الهداية

شرح

بداية المبتدی

للامام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

رحمه الله تعالى المتوفى ٥٩٣ھ

مع

شرح العلامة عبد الحي اللكنوي

رحمه الله تعالى المتوفى ١٣٠٣ھ

اعتنى بإخراجه وتنسيقه وتخريج أحاديثه من نصب الراية والدراية

نعيم أشرف نور أحمد

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

٤٣٧- دی ٥ گاردن ایست ٥ کراتشی ۵ ٥ باکستان

الطبعة الأولى: .... ١٤١٧ هـ
الصف والطبع والإخراج: .... بإدارة القرآن كراتشي
أشرف على طباعته: .... فهيم أشرف نور

من منشورات
إدارة القرآن والعلوم الإسلاميه
D/ ٤٣٧ گارڈن ايست كراتشي ٥ - باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٤٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١
E. Mail: quran@biruni.erum.com.pk

ويطلب أيضا من:
المكتبة الإمدادية .... باب العمرة مكة المكرمة - السعودية
مكتبة الإيمان .... السمانية، المدينة المنورة - السعودية
مكتبة الرشد .... الرياض - السعودية
إدارة إسلاميات .... انار كلي لاهور - باكستان

فهرس الموضوعات
كتاب الطهارة

كتاب الصلاة

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

* * * * *

فهرس موضوعات الجزء الثامن

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الناشر

سبحانك اللّهم ، لك الحمد ، كما أنت أهله ، كما يليق بجلال وجهك ، وعظيم سلطانك . صلّ على صفوة خلقك ، رسول الرحمة محمد ، وآله ، وأهل بيته وعترته وصحبه ، صلاة ترضيك وترضيه عنا يا رب العلمين .

وبعد ،

فهي نعمة عظيمة ، ومنّة جسيمة ، وشرف وسعادة ، من الله سبحانه وتعالى أن وفقنا لتقديم كتاب الهداية شرح بداية المبتدي مع حاشيته للعلامة عبد الحي اللكنوي رحمه الله تعالى ، بحروف جميلة واضحة ، وطباعة حديثة فائقة .

وقد ذكر العلامة محمد يوسف البنوري رحمه الله تعالى في تقدمة "نصب الرأية" ، كلمات إمام العصر المحدث الشيخ محمد أنور شاه الكشميرى رحمه الله تعالى في تعريف كتاب "الهداية" ، وإليك نصه :

"ليس في أسفار المذاهب الأربعة كتاب بمثابة كتاب "الهداية" في تلخيص كلام القوم وحسن تعبيره الرائق ، والجمع للمهمات في تفقه نفس ، بكلمات كلها درر وغرر .

وقد صدق من قال من بعض الأفاضل : إن كتب الأدب العربي في المسلمين

ثلاثة: التنزيل العزيز، وصحيح البخاري، وكتاب "الهداية".

براعة الإنشاء وفضل الأدب يظهر في إفصاح التعبير الأدبي في غوامض الأبحاث، ومشكلات المسائل، ليست المزية في فصاحة عبارات الحدائق والأزهار، وذكر النسائم، وخرير الأنهار، فإنه باب طرقه كل شاعر وكاتب.

لا يدرك شأو صاحب الهداية في فقهه ألف فقيه مثل صاحب "الدر المختار"؛ فإن صاحب الهداية فقيه النفس، علمه علم الصدر، وعلم صاحب "الدر المختار" علم الصحف والأسفار، وإن البون بينهما لبعيد.

سألني بعض الفضلاء: هل تقدر على أن تؤلف كتابا مثل "فتح القدير" (وهو شرح الهداية) في الدقة والتحرير؟ قلت: نعم. قال: ومثل "الهداية"؟ قلت: كلا، ولو عدة أسطر". اهـ[١].

قال العلامة البنوري رحمه الله تعالى: "وناهيك بهذه الكلمات، من هذا الأستاذ الإمام إمام العصر، في منزلة هذا الكتاب الجليل، وإنها ليست مجازفة وإطراء، بل خرجت من فكرة دقيقة صائبة، غاصت في درك الكتاب بمكابدة العناء والتعب، فقدّم درر تحقيقه للقوم التي أخرجها عن دركه بعد برهة من الدهر". اهـ[٢].

أما حواشي العلامة اللكنوى النافعة الممتعة، التي تحتوي عليها هذه الطبعة فهي مغنية عن ما عدا ها من الشروح لكتاب "الهداية" في حل العبارات، وتوضيح المباحث، وتنقيح المسائل، وتفصيل المذاهب والأدلة، كما هو شأن جميع مصنفات الإمام اللكنوى رحمه الله، وقال شيخ مشايخنا العلامة المحدث الشيخ عبد الفتاح أبو غدّة حفظه الله تعالى (الذي يرجع إليه الفضل لإحياء ونشر كتب العلامة اللكنوى في هذا الزمان، بخدمة علمية جليلة، وبطباعة

---

(١) نصب الراية (١ : ١٤).

(٢) نفس المصدر.

حديثة ممتازة، وبذوق رفيع نفيس جزاه الله خيرا وأطال بقائه علينا بصحة وعافية) في تقدمته على كتاب "التعليق الممجد على موطأ محمد":

"وقد تحقق عندي واستقرَّ في نفسي، من تتبعي لكتب الإمام محمد عبدالحي اللكنوي رحمه الله تعالى ومؤلَّفاته: رسائلَ صغيرة في صفحات، أو كتباً كبيرة في مجلدات. أنَّ تصانيفَهُ دائماً ــ على اختلاف مواضيعها ــ تتميَّزُ بمزايا لا تجتمع عند غيره.

ففيها التميُّزُ بالضبط التام الدقيق للألفاظ المقتضية ذلك، والشرحُ الوافي للمعاني، وتبيينُ الأحكام الفقهية ــ إن كان الموضوع فقهاً ــ بما يكفي ويشفي.

وفيها تراجم العلماء الذين يأتي ذكرُهم في سياق البحثِ عنده، لزيادة التعريف بهم، بإيجازٍ في محله، وباستيعابٍ في محله.

وفيها الحديثُ عن رجال الإسناد أو بيانُ حاله إذا كان المقامُ يقتضي ذلك.

وفيها تنوُّع مَعارفه المتوازنُ المتينُ، في التفسير، والحديث وعلومهما، والفقه، والأصول، والفتاوى، والكلام، والتاريخ، والسِّيَر، والتراجم، والأنساب، واللغة، والنحو، والصرف، والمنطق، والمناظرة، والحكمة. وقلَّ أن يجتمع هذا كلُّه في العلماء.

وفيها التمكنُ التام من الولوجِ في كل علم أو فن يؤلِّفُ فيه، بل فيه التفوُّقُ والمهارة البارزة والإتقان الظاهر في كل ما يكتبه.

وفيها من التواضع البالغ عند عرض المسائل والآراء، التي يختارها أو يرجحها أو يجزم بها ويُخطِّئ سواها، فلا انتفاخ ولا صُراخ، ولااستكبار ولا استعلاء، ولا تكلف ولا مغالاة.

وفيها الإنصاف والاعتدال، والبعدُ عن التعصب لمذهب أو رأيٍ معيَّن، بوضوح وجلاء، اتباعاً منه للدليل ولوجاهة الرأي المختار.

وفيها استيعابُ الاستدلال للمسألة التي يحققها حتى ينتهي بالقارئ إلى

الحكم الذي قرَّره ويُقنعَه به.

وفيها الصبر والجَلَدُ القوي على مناقشة ما يَحتاج إلي المناقشة بتروٍّ وأناة، ليتميَّز الصوابُ من الخطأ في الموضوع.

وفيها كثرةُ المصادر المعروفة وغيرِ المعروفة، يَسردُها بلا كلل ولا ملل، وكأنها كلَّها كالخاتم في يده، أو السطورِ أمامَ عينيه، فينقلُ منها ما يريد، لدعم ما انتهى إلى تقريره بكل أمانة ودقة واستيفاء. وكثيرٌ من تلك المصادر التي يَنقُلُ منها، ما سَمِعَ جِلَّةُ العلماء المشتغلين في العلم بأسمائها، فضلاً عن معرفتهم بذواتها وقراءتها، فلذا يكثرُ الجديدُ والمفيدُ في كل ما يكتبه.

وإني لأتعجَّبُ كيف نَقَل تلك النقول من مكامِنها، وهي في بطون الكتب البعيدة عن الأيدي والأنظار، التي لا فهارس لها ولا أدلةَ على مضامِينها، وإني أتصور أنَّ بينه وبين تلك النقول شعاعاً مرشداً إليها ومغناطيساً دالاً عليها أصدَق الدلالة وأدقَّها.

نعم! الأمرُ كذلك في تصوري، وذلك الشعاع والمغناطيس هو الذِّهْنُ الفريدُ المتقد، العجيب، الذي أكرمه الله به. فهو يرشده إلى كل شاذة وفاذة في الباب، فتراهُ يُوردُها في تأليفه دِراكاً تباعاً، حتى كأنه قد استظهرها حفظاً، وتمثَّلها لفظاً". اهـ.

وسيجد القارئ المطالع في حاشية الهداية، المزايا التي استنبطها الشيخ عبد الفتاح أبو غدّة أدام الله ظله، وسيدهش من قوّة ملكته ناصية التحقيق والتدقيق، والضبط والإتقان، ومناقشة المذاهب والآراء، والترجيح والتضعيف، والتجرد والإنصاف، دون ليّ للنصوص ولا اعتساف.

هذه الحاشية الممتعة، طبعت أول مرّة في حياة المؤلف سنة ١٢٨٧هـ، بالطباعة الحجرية القديمة، وأعيد طبعها إلى الآن في الهند وباكستان مرّات عديدة كثيرة؛ لما أن كتاب "الهداية" داخل في مقرر الدراسة النظامية في الهند

وباكستان، ولكن هذه الطبعات كلها كانت حالها كما صوّره الشيخ عبد الفتاح أبوغدّة دامت بركاته بلفظه :

" الطباعة الهندية الحجرية، ذات الحواشي الغواشي! والسطور المنمنمة، والعبارات المستديرة على جوانب الصفحة الثلاث، والعبارات القصيرة المتداخلة بين السطور، لضبط اسم أو كلمة، أو بيان عطف على معطوف أو إعراب، أو لغة أو رواية، أو اختلاف فيها أو ما إلى ذلك. وبعض هذه العبارات القصيرة كُتِبت تحت السطر على امتداده ومستواه، وبعضها كتبت فوق السطر مقلوبة عليه مع قرب السطور وتداخل الكلمات، فصارت قراءته -مع نفاسة مضمونه في كل جملة شارحة، أو تعليقة موضّحة- عسيرة، لا يصبر عليها إلا سادتنا ومشايخنا العلماء الهنديّون والباكستانيون، الذين أَلِفوا هذه الطريقة في الطباعة الحجرية، وفي تداخل الكلمات في السطور، وإلا أفراد قليلون من العلماء العرب، الذين يستهويهم التحقيق العلمي والفتوحات الربانية في المطبوعات الهندية، النفيسة المضمون والعلم.

وأما عامّة القراء العرب فما أبعدهم من الصبر على قراءة مثل هذا الكتاب، ومن المطبوعات الهندية القديمة، فلذا حرم من هذا الكتاب وأمثاله كثيرون من إخواننا العلماء العرب، وحيل بينهم وبين ما يشتهون" . اهـ(١).

هذه هي الأسباب التي عسّرت الاستفادة والإفادة، لكثير من العلماء والطلاب من هذا الكتاب القيم المفيد.

و أضف إلى تلك طباعته على القطع الكبير، في مجلدين ضخمين ثقيلين، حتى إن الطالب المتأدب لما أراد قراءة العبارات المدوّرة، أو الكلمات معكوسة الكتابة لَيجِد الأنسبَ له أن يطوف حول الكتاب ويدور بنفسه، بدل أن يحوّل الكتاب ويدوّره.

---

(١) تقدمة التعليق الممجد صفحة ٣٩ من الطبعة الجديدة المنقحة.

وأيضا من جملة تلك الأسباب وقوع الأخطاء المطبعية الفاحشة، والسقطات، والكلمات المطموسة، وعدم ربط بعض الكلمات الشارحة بالألفاظ المتصلة بها فيما بين السطور.

ولما أن إدارة القرآن والعلوم الإسلامية قد حرصت منذ أسسها والدنا العالم المجاهد الشيخ نور أحمد رحمه الله تعالى، على أن تتحف العلماء والمكتبات الإسلامية، بكل ما هو مفيد ونافع من الكتب النادرة المحجوبة، فأردنا نشرهذا الكتاب وتقديمه إلى العلماء وطلبة العلم، بأحسن أسلوب وأبرع منهاج، ونشكر الله سبحانه وتعالى أن وفقنا لإكمال هذا المشروع، وإنا لنرجو أن يقع هذا العلق النفيس لدى أهل العلم وأولي المعرفة موقع القبول، تلقاء ما لاقينا من العناء في تحسين محياه الجميل.

وطبعتنا هذه تتميز بميزات تالية :

١ * نسخ الكتاب مع الحواشي على نهج حديث: مراعياً علامات الترقيم وتقسيم العبارات في الفقرات، وتمييز المتن من الشرح بالخط الفوقي.

٢ * تنزيل الشروح والتعليقات في منازلها، وربطها بالألفاظ المتصلة بها.

٣ * بعض الكلمات من عبارات كتاب الهداية يوجد عليها تعليقان من المحشي العلام، إحداها بين السطور، وثانيها في الهامش، فأدرجنا ما بين السطور في الذي في الهامش، ولكن جعلناه بين المعقوفين، تمييزا بينهما وقدحملنا على هذا مخافة تكثير الصفحات والبياض؛ لأن غالب هذه التعليقات قصيرة جدا، بحيث تشتمل على كلمة أو كلمتين أو أكثر.

٤ * أما ما عداها من التعليقات الصغيرة فيما بين السطور، فنقلناها في الحواشي المستقلة.

٥ * تصحيح الأغلاط الفاحشة التي توجد في الطبعات الهندية والباكستانية السابقة، صححناها بعد المراجعة إلى المآخذ مثل : فتح القدير لابن الهمام،

والبناية للعلامة العينى، والكفاية والعناية وغيرها من شروح الهداية.

٦* وألحقنا في آخر كل مجلد من هذا الكتاب تخريج أحاديث الهداية للحافظ ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى المسمى بالدراية فى تخريج أحاديث الهداية.

٧* وذكرت في كل حديث في هامشه موضعَ تخريجه في كتابي: "نصب الراية" للعلامة الزيلعى و "الدراية" للحافظ ابن حجر رحمهما الله تعالى بالإشارة إلى رقم الحديث والصفحة والجلد، مع ذكر اسم الراوي والمصدرلوما ذكرهما المحشي العلام رحمه الله تعالى، وللتمييز بين تعليق التخريج وبين تعليقات العلامة اللكنوى رحمه الله وضعنا نجمة صغيرة إشارة إلى تخريج الحديث وكتب في آخره (نعيم) بين القوسين.

٨* ذكر عنوان الكتب والأبواب في رأس الصفحات.

وفي الأخير نخص بالذكر الذين ساهموا معنا في تصحيح نصوص الكتاب والبروفات المطبعية، وساعدونا كل المساعدة، نشكرهم من أعماق قلوبنا جزاهم الله خيرا وهم:

أستاذنا العالم الفاضل الشيخ مولانا مولابخش أدام الله ظله.

(مدير المدرسة العربية الصديقية ببلوشستان)

الأستاذ المفتى عبد الغفار حفظه الله تعالى.

(مدير مدرسة مدينة العلوم كراتشي)

الأستاذ مولانا مولا بخش حفظه الله تعالى

الأستاذ مولانا لقمان حكيم حفظه الله تعالى

الأستاذ مولانا أمير حمزه حفظه الله تعالى

الأستاذ مولانا عبد الماجد حفظه الله تعالى

والله نسأل أن يوفقنا لخدمة الدين وعلومه وأهله، وخاصّة لإكمال مشاريعنا

من إخراج الموسوعة الفقهية النادرة "المحيط البرهانى" والإصدار الجديد من كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر للعلامة الحموى رحمهما الله، والأشباه والنظائر لابن الملقن رحمه الله تعالى، والإصدار الجديد من كتاب مناسك ملا على قاري رحمه الله، والطبع الجديد لكتاب غنية الناسك في المناسك وغيره من الكتب، كما نسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعل عملنا هذا خالصًا لوجهه الكريم، مقبولا عنده، وأن ينفع به الطلاب وأهل العلم وأن يجعله لنا صدقة جارية، وأن يحفظ علينا وعلى أهلينا وذريّاتنا وإخواننا إسلامَنا وإيمانَنا به حتى نلقاه وهو راضٍ عنا، وأن يرحمَنا ويرحمَ والدينا ومشايخنا والمسلمين والمسلمات، إنه أرحم الراحمين.

الناشرون

أبناء الشيخ نورأحمد رحمه الله تعالى

وكتبه

نعيم أشرف نورأحمد عفا الله عنه

١٤ من رجب سنة ١٤١٦هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الهداية

للإمام أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي رحمه الله تعالى

حـــــامــــدًا ومصـليًـا

أقول: إن هذه رسالة مسمّاة بـ "مقدمة الهداية" تفيد البصيرة فى إدراك مسائل "الهداية"، نمقها متعوّذًا من شرور العى والغى محمد عبد الحى، بن النحرير الفخيم ذى الفضل الجلى مولانا الحافظ الحاج محمد عبد الحليم اللكنوى، أدام الله الكريم فيضه العميم، حين الإقامة فى بلدة حيدر آباد، صانها الله عن الشر والفساد، مستمسكًا بعروة من يلحظه الكفاية، فاز المنى من استظل بظل العناية سدته السنية محط رحال أرباب الدراية، هو المستعان فى البداية والنهاية، الوزير الجواد الأعظم، والدستور الكريم الأفخم، عالى الجناب، النواب المستطاب، شجاع الدولة مختار الملك تراب على خان بهادر سالار جنك، لا زال شمس جلاله بازغة، ويد جوده باسطة، اللّهم أيده كما أيّدته بمحامد الدارين، بحرمة آل النبى سيد الثقلين عليه وآله صلوات رب المشرقين.

ورتبتها على ست هدايات تحوى المهمات، تبصرةً لقاصد التبصّر والدرايات.

هداية

فى ترجمة مؤلف الهداية وذكر تصانيفه

اعلم أن مؤلفها هو شيخ الإسلام الإمام الهمام، برهان الدين أبو الحسن على بن أبى بكر ابن عبد الجليل بن الخليل بن أبى بكر الفرغانى المرغينانى[١]، من أولاد سيدنا أبى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه، كان متعبّدًا بارعًا فى العلوم، فقيهًا أصوليًا ثقةً ناسكًا لقى المشايخ العظام، وتبرك بأنفاس الأئمة الكرام، تفقّه على والده وعلى الشيخ الإمام بهاء الدين على ابن محمد بن إسماعيل الإسبيجابى، المتوفى بسمرقند سنة خمس وثلاثين وخمسمائة.

وكتب بعض أجدادى نقلا عن خط علاء الدين نبيره أن صاحب "الهداية" ولد عقيب

(١) مرغينان بفتح الميم وسكون الراء وكسر الغين المعجمة تحتية ونونين مدينة بفرغانة، كذا قيل.

صلاة العصر يوم الاثنين الثامن من رجب سنة إحدى عشرة وخمسمائة ، ووفق لحج بيت الله وزيارة قبر الرسول ﷺ فى سنة أربع وأربعين وخمسمائة ، وتوفى ليلة الثلثاء الرابع عشر من ذى الحجة سنة ثلاث وتسعين وخمسمائة ، كذا فى "كشف الظنون" .

وقيل : سنة ستة وتسعين وخمسمائة ، ودفن فى سمرقند ، وقد نقل أن فى سمرقند تربة المحمديين ، دفن فيها نحو من أربع مائة نفس كل منهم يقال له : محمد.

صنف وأفتى وأخذ عنه الجم الغفير ، ولما مات صاحب الهداية منعوا دفنه بها ودفن بقربها كذا قال الشامى فى رد المحتار .

وله تآليف منها كتاب مجموع النوازل ، وكتاب فى الفرائض ، وكتاب التجنيس والمزيد ، وكتاب بداية المبتدى ، وكتاب كفاية المنتهى ، وكتاب الهداية ، ومناسك الحج . أما بداية المبتدى فقد جمع فيه بين مسائل مختصر القدورى والجامع الصغير ، واختار فيه ترتيب الجامع الصغير تبركا بما اختاره الإمام محمد بن الحسن ، وقال فى مبدأها وعدا : ولو وفقت لشرحها أرسمه بكفاية المنتهى . ثم وفق لشرحها ورسمه بكفاية المنتهى ، وهو كتاب عزير الوجود[1] فى ثمانين مجلدًا ، كذا فى مفتاح السعادة[2] .

ولما تبين فيه الإطناب وخشى أن يهجر منه الكتاب ، شرح المتن ثانيًا مختصرًا حاويًا نافعًا وافيًا سماه بـ" الهداية" جمع فيه من عيون الرواية ، ومتون الدراية ، وافتتح بتأليفه ظهر يوم الأربعاء من ذى القعدة سنة ثلاث وسبعين وخمسمائة ، وهو مقبول بين الأنام من الخواص والعوام ، وقد أنشد الإمام عماد الدين بن شيخ الإسلام صاحب "الهداية" فى حقها :

كتاب الهداية يهدى الهدى إلى حافظيه ويجلو العمى
فلازمه واحفظه يا ذا الحجى فمن ناله نال أقصى المنى

كذا قال العلامة اله داد فى حاشية الهداية ولغيره :

إن الهداية كالقرآن قد نسخت ما صنفوا قبلها فى الشرع من كتب

وهل هذا القبول إلا بما روى أن صاحب الهداية بقى فى تصنيفها ثلاث عشرة سنة ، وكان صائما فى تلك المدة لا يفطر أصلا ، وكان يجتهد أن لا يطلع على صومه أحد ، فإذا أتى خادمه بطعام يوم كان يقول له : خله ورح ، فإذا راح كان يطعمه أحد الطلبة أو غيرهم ، فإذا أتى الخادم ووجد الإناء فارغا يظن أنه أكل بنفسه .

وأول من قرأ الهداية على مؤلفها شمس الأئمة الكردرى[3] كذا قال سعدى فى حاشية

---

(١) قال العينى فى شرح الهداية هو مفقود الآن.

(٢) للمولى أحمد آفندى ابن مصطفى المعروف بطاش كبرى زاده المتوفى سنة اثنتين وستين وتسع مائة، كذا فى كشف الظنون.

(٣) كردر كجعفر ناحية ايست بعجم. (من)

العناية، وقد اعتنى جم غفير من العلماء وجمع كثير من الفضلاء بتحرير الحواشى والشروح على الهداية، وبعض الشافعية طعنوا على صاحب الهداية بأنه أورد فيها الأحاديث التى ليست بتلك، وهل هذا إلا بعدم الوقوف بجلالة قدره وعدم الاطلاع على فخامة علمه، وقد خرج أحاديثه الشيخ محى الدين عبد القادر بن محمد القرشى المصرى وسماه العناية بمعرفة أحاديث الهداية وتوفى سنة خمس وسبعين وسبعمائة، والشيخ علاء الدين وسماه الكفاية فى معرفة أحاديث الهداية، والشيخ جمال الدين عبد الله ابن يوسف الزيلعى[١] سماه نصب الرأية لأحاديث الهداية، ولخصه أحمد بن على بن حجر العسقلانى[٢] المتوفى سنة اثنتين وخمسين وثمان مائة، وسماه الدراية فى منتخب أحاديث الهداية، كذا فى "كشف الظنون".

هداية
فى عادات[٣] صاحب الهداية فيها

اعلم أن له فيها آدابًا وعادات لزومًا أو غلبة.

منها: أنه إذا قال: "قال رضى الله عنه" يريد نفسه كذا قال الشيخ عبد الحق المحدث الدهلوى فى مدارج النبوة. وقال أبو السعود: إن صاحب "الهداية" إذا ذكر خاصة تصترفه يقول: قال العبد الضعيف عفا عنه إلا أن بعض تلامذته بعد وفاته قدس سره غير هذه العبارة، إلى "قال رضى الله عنه" انتهى، وإنما لم يذكر نفسه بصيغة المتكلم تحرزًا عن توهم الأنانية، وهذا من العادات المستمرة لسادات الفقهاء والمحدثين رحمهم الله تعالى.

ومنها: أنه يؤخر[٤] دليل المذهب الذى هو المختار عنده، كذا فى النهاية فى آخر كتاب أدب القاضى. وفى العناية فى باب البيع الفاسد وفى فتح القدير فى كتاب الصرف، وفى نتائج الأفكار[٥]: من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القوى عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم، وإن كان قدم القوى فى الأكثر عند نقل الأقوال.

ومنها: أنه إذا قال "مشايخنا" يريد به علماء ماوراء النهر من بخارا[٦] وسمرقند، كذا فى العناية. ونقل فى وقف النهر عن العلامة قاسم أن المراد بالمشايخ فى الاصطلاح من لم يدرك الإمام.

---

(١) زيلع بالفتح شهريست بساحل درياى حبشة. (من)

(٢) عسقلان بالفتح شهريست بشام وآنرا عروس الشام گويند. (من)

(٣) الفقهاء إنما يستعملون لفظ المثل حيث يقولون: وبمثله كذا فيما إذا كانت المسألتان متشابهتين صورة ومختلفتين حكمًا. كذا فى "النهاية" قبيل كتاب الصرف.

(٤) كذا نقل صاحب الدر المختار عن النهر فى باب الصرف.

(٥) لزين الدين الشيخ محمد آفندى بن الحسن الشهير بقاضى زاده الرومى المتوفى سنة ثلاث عشرة وتسعمائة، كذا قيل.

(٦) بخارا تكتب بالألف لأنها عجمية والألف فيها للكثرة كما فى لسان الفارسية مثل خوشا وبدا يعنى بسيار خوش، وبسيار بد.

ومنها: أنه إذا قال: "فى ديارنا" يريد به المدن التى وراء النهر، كذا يفهم من فتح القدير.

ومنها: أنه يعبر عن الآية التى ذكرها فيما قبل بـ"ما تلونا"، وعن الدليل العقلى الذى ذكره فيما قبل بـ"ما ذكرنا وما بينا"، وعن الحديث الذى ذكره فيما قبل بـ"ما روينا"[١] كذا فى نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار. وقلما يقول إشارة إليه "لما ذكرنا" كذا يفهم من فتح القدير فى كتاب الصرف، وربما يقول "لما بينا" مشيرا إلى الكتاب والسنة والمعقول، كذا يفهم من الكفاية فى باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه. وفى مفتاح السعادة أنه يقول: "لما ذكرنا" فيما هو أعم ويعبر عن قول الصحابى رضى الله تعالى عنه بالأثر، وقد لا يفرق بين الخبر والأثر كذا فى مفتاح السعادة.

ومنها: أنه يجعل كثيرا ما علة النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسألة إفادة للفائدتين كذا فى نتائج الأفكار.

ومنها: أنه يعبر عن الدليل العقلى بالفقه ويقول: "والفقه فيه كذا" كذا فى مفتاح السعادة.

ومنها: أنه ربما يذكر الدليل العقلى بعد العقلى كأنه يؤمى إلى لمه، قال فى نتائج الأفكار دأب المصنف أنه يقول بعد ذكر دليل على مدعى، وهذا لأن إلخ، ويريد به ذكر دليل لمى بعد أن ذكر دليلا إنيا.

ومنها: أنه حيث ذكر الأصل أراد به المبسوط للإمام أبى عبد الله محمد بن الحسن الشيبانى[٢] الحنفى كذا فى شرح مولانا حميد الدين. وقال فى كشف الظنون: الأصل الذى كان يستصحبه الإمام أبو يوسف معه هو المؤلف المعروف بالمبسوط الذى هو أصل الشيبانى الذى استمد منه الجامع الصغير، وهو من رواية الإمام أبى حنيفة نفسه، وهو أصل الفقه.

ومنها: أنه حيث يذكر لفظ المختصر يريد به مختصر القدورى وحيث يذكر لفظ الكتاب يريد به مختصر القدورى أيضًا كذا فى كشف الظنون[٣]، وشرح مولانا حميد الدين إلا أن أكثر الشراح والمحشين حرروا فى بعض المواضع ذيل لفظ الكتاب بتفسيره الجامع الصغير، وفى بعضها بتفسيره مختصر القدورى، وفى بعضها بتفسيره المتن.

ومنها: أنه يذكر لفظ "قال" إذا كانت المسألة مسألة القدورى أو الجامع الصغير، أو كانت مذكورة فى البداية، كذا فى غاية البيان، وفيها فى فصل أحكام الخنثى إنما يقول لفظ "قال" إذا كانت المسألة مذكورة فى البداية مسندًا للفعل إما إلى الإمام محمد أو إلى القدورى.

وقال القاضى محمود العينى: الهداية فى الحقيقة شرح الجامع الصغير للإمام محمد

---

(١) بفتح الراء علي صيغة المعروف على تأويل قرأنا وسمعنا ونقلنا، وقد قال بعضهم: بضم الراء والتخفيف على صيغة ما لم يسم فاعله على معنى القى إلينا سماعة أو إجازة، أو رواية، أو نحوها أى نقل إلينا، ولو كان فى آخره هاء فلا يقرأون إلا على صيغة المعروف وهذا هو الظاهر من حيث العربية والمعنى.

(٢) شيبان نام قبيلة ايست. (كنز اللغات)

(٣) وقال عبد الغفور اللاري فى حاشيته على الهداية : الظاهر من لفظ الكتاب إذا أطلق هو القدوري.

والقدوری . وفى مفتاح السعادة : يذكر لفظ "قال" فى أول كل مسألة إذا كانت مسألة القدورى ، أو الجامع الصغير أو كانت مذكورة فى البداية ، وإن كانت مذكورة فى غيرها لا يذكر قال . وهكذا قال صاحب العناية وغيره .

أقول : هذا بحسب الغالب وإلا قال صاحب الهداية[1] فى أوائل كتاب الإقرار : "قال : وإن قال : له على أو قبلى إلخ" ، وقال فى نتائج الأفكار : إن هذا القول قول الإمام محمد فى المبسوط ، وليس هذه المسألة فى الجامع الصغير ، فتأمل .

ومنها : أنه إذا قال : هذا الحديث محمول على المعنى الفلانى يريد به أنه حمله على هذا المعنى أئمة الحديث ، وإذا قال نحمله يريد به أنه يحمل على هذا المعنى ، ولم يحمله أهل الحديث ، كذا فى مفتاح السعادة .

ومنها : أنه لا يذكر الفاء فى جواب أما اعتماداً على ظهور المعنى . كذا فى مفتاح السعادة ، والعبد الضعيف طالع كثيرا من النسخ المطبوعة والقديمة المصححة بالقلم فما وجد فيها هذا الالتزام بل قد يأتى بها ، وقد لا يأتى .

ومنها : أنه إذا قال "عند فلان" يريد أنه مذهبه ، وإذا قال "عن فلان" يريد أنه رواية عن فلان ، كذا فى مفتاح السعادة . وقال العينى فى شرح الهداية كلمة "عن" تستعمل فى غير ظاهر الرواية ، وقال ابن الهمام إن كلمة "عند" تدل على المذهب .

ومنها : أنه يسقط الواو في إن الوصلية ، كذا قيل . قال صاحب الهداية فى آخر فصل وكالة الرجلين : وأما المرتد فتصرفه في ماله إن كان نافذا إلخ ، وشرحه فى نتائج الأفكار بقوله : أى وإن كان نافذاً إلخ ، والعبد الضعيف ما وجد هذا الالتزام فى النسخ الصحيحة .

ومنها : أنه إذا تحقق نوع مخالفة بين عبارة القدورى وعبارة الجامع الصغير يصرح بلفظ الجامع الصغير ، كذا فى مفتاح السعادة .

ومنها : أن لفظ "قالوا" إنما يستعمله فيما فيه اختلاف إذ حكم الإجماع يعلم بإجراء اللفظ على إطلاقه بدونه ، كذا فى النهاية فى آخر كتاب الغصب .

ومنها : أنه يجيب السؤال المقدر ، ولا يصرح السؤال والجواب بقول : فإن قيل كذا قلنا كذا ، وأمثاله إلا فى مواضع عديدة . منها فى آخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار حيث قال : فإن قال قائل : الإعطاء إلخ فنقول قد يكون إلخ . ومنها فى أول كتاب الحجر ، ومنها فى آخر كتاب الأضحية ، ومنها فى كتاب الرهن فى آخر باب الرهن الذى يوضع على يد العدل .

ومنها : أنه إذا أورد النظير فى مسألة ثم أراد أن يشير ، فيشير إلى النظير باسم الإشارة الذى

---

(١) وقال صاحب الهداية في كتاب الحدود في باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه : قال: الوطي الموجب للحد الخ. وهذا القول ليس فى مختصر القدوري ولا فى الجامع الصغير، فأسند الفعل إلى نفسه.

يستعمل للبعيد ويشير إلى تلك المسألة التى أورد لها النظير بالذى يستعمل للقريب، كذا فى مفتاح السعادة.

ومنها: أنه إذا قال: "والتخريج كذا" يريد به تخريج نفسه وينسب تخريج غيره إلى صاحبه، كذا فى الفتاوى الخيرية للعلامة الخطيب خير الدين بن الخطيب تاج الدين إلياس زاده.

هداية

فى ذكر بعض المسامحات التى وقعت فى النصف الأخير[1] من الهداية

منها: ما قال فى المسائل المنثورة من كتاب البيوع "لقوله عليه السلام فى ذلك الحديث: فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين". انتهى

هذه الإشارة وقعت سهوا من قلم الناسخ، قال الزيلعى: لم أعرف الحديث الذى أشار إليه المصنف، ولم يتقدم فى هذا المعنى إلا حديث معاذ، وهو فى كتاب الزكاة، وحديث بريدة، وهو فى كتاب السير وليس فيهما ذلك. انتهى.

ومنها: ما قال فى كتاب الكفالة فى آخر فصل الضمان: والشافعى ألحق الثانى بالأول، وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الأول بالثانى. انتهى.

فى الكفاية تبعا لما فى النهاية هذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه، وهو أن يقال والشافعى ألحق الأول بالثانى، وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الثانى بالأول، انتهى. وفى العناية فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما، ومنهم من حمل على الغلط من الناسخ ولعله أظهر، انتهى، وفى فتح القدير أن هذا سهو من الكاتب.

ومنها: ما قال فى كتاب القسمة فى باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها فى فصل بيان الاستحقاق: وهكذا ذكر فى الأسرار.

هذا من المسامحات فإن وضع المسألة فى الأسرار فى استحقاق بعض شائع، وههنا الكلام فى استحقاق بعض بعينه، كذا فى الكفاية.

ومنها: ما قال فى كتاب الذبائح: فإنه، أى الحلقوم مجرى العلف والماء والمرئى مجرى النفس.

هذا ليس بجيد، والحق عكسه فإن الحلقوم مجرى النفس والمرئى مجرى العلف والماء، كذا فى الإيضاح والمغرب وغيرهما.

ومنها: ما قال فى كتاب الذبائح "والنخاع عرق أبيض فى عظم الرقبة"

نسبه صاحب النهاية إلى السهو، وقال هو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب.

ومنها: ما قال فى كتاب الديات فى فصل بعد فصل الشجاج: وقالا وزفر والحسن إلخ.

---

(١) أما المسامحات التى وقعت فى النصف الأول من الهداية فسيجئ ذكرها فى الذيل (نعيم).

هذا التركيب غير جائز ، ولو قال وقالا هما وزفر والحسن إلخ كان صوابا كذا فى العناية .

ومنها : ما قال فى كتاب الوصايا فى آخر باب العتق فى مرض الموت : فعنده الوديعة أقوى وعندهما ، هما سواء .

أقول : هذا من المسامحات فإن الكبار القدماء ذكروا الخلاف على العكس ، فالفقيه أبو الليث السمرقندى فى كتاب مختلف الرواية ، والقدورى فى كتاب التقريب ، وفخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير ، والصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير ، والإمام نجم الدين أبو جعفر عمر النسفى فى كتاب الحصر وغيرهم قالوا : إن عندهما الوديعة أقوى وعنده هما سواء ، والتفصيل فى غاية البيان .

ومنها : ما قال فى كتاب الوصايا فى الفصل الثانى لباب العتق فى مرض الموت : وهو قول محمد

أقول : لعل المصنف وجد رواية وإلا فالقدورى فى شرح مختصر الكرخى وشمس الأئمة البيهقى فى الكفاية وصاحب التحفة والشيخ أبو نصر فى شرح الأقطع جعلوا قول محمد تقديم الزكاة على الحج ، كذا فى غاية البيان .

ومنها : ما قال فى كتاب الوصايا فى باب الوصية للأقارب وغيرهم : لما روى أن النبى ﷺ لما تزوج صفية إلخ

هذا من المسامحات والصواب جويرية كذا يفهم من رواية أبى داود وغيره .

هداية

فى بيان ما هو المراد من ظاهر الرواية

اعلم أن كتب ظاهر الرواية المسماة بالأصول هى الكتب الستة للإمام محمد بن الحسن الشيبانى المبسوط والزيادات والجامع الصغير والجامع الكبير والسير الصغير والسير الكبير كذا فى كشف الظنون ورد المحتار ، وإنما سميت بظاهر الرواية لأنها رويت عنه بروايات الثقات فهى ثابتة عنه ، إما متواترة أو مشهورة ، كذا قال الشامى ، وفى البحر إن كتب ظاهر الرواية كتب ستة ، وبعضهم لم يعد السير الصغير منها ، فحينئذ كتب ظاهر الرواية خمسة كذا أورده فى تعاليق الأنوار حاشية الدر المختار لعبد المولى الدمياطى(١) ، وبعضهم لم يعد منها السير بقسميه ، كذا قال الطحطاوى ، فظاهر الرواية حينئذ لكتب الأربعة ، كذا قال مؤيد زاده .

وفى نتائج الأفكار : المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط ، والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها ، وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكور فى مواضع شتى ، انتهى .

---

(١) دمياط: بلد مشهور بمصر، وقيل: بكسر الذال المعجمة.

وفى العناية المراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية، اهـ.

وقال فى مفتاح السعادة: إنهم يعبرون عن المبسوط والزيادات والجامعين برواية الأصول ومن المبسوط والجامع الصغير والسير الكبير بظاهر الرواية، ومشهور الرواية.

وقال السيد السند الشريف فى الاصطلاحات: ظاهر المذهب وظاهر الرواية المراد بهما ما فى المبسوط والجامع الكبير، والجامع الصغير والسير الكبير.

وقال بعض العلماء[1]: إن ظاهر الرواية هى المبسوط والزيادات والمحيط، انتهى. وفيه نظر إما أولا فبأنه يخالف ما قال هو فى موضع آخر ظاهر الرواية هى الرواية المذكور فى الجامع الصغير والجامع الكبير والزيادات والسير تصانيف محمد، وأما تصانيفه الأخرى كالمبسوط وغيره فيطلق على ما فيها غير ظاهر الرواية، انتهى. وإما ثانيًا فبأن المحيط ليس من ظاهر الرواية عند أحد، ولا يستبعد أمثال هذا الخطأ عنه، فإنه قال فى حاشيته: يجرى الربا بين المعدودين كما يجرى بين الموزونين، انتهى.

وأما النوادر فهى المسائل المروية لا فى كتب ظاهر الرواية كالرقيات، هى مسائل جمعها محمد حين كان قاضيا بالرقة، بفتح الراء المهملة، وتشديد القاف مدينة على جانب الفرات رواها عنه محمد بن سماعة، والكيسانيات هى مسائل أملاها محمد على أبى عمر وسليمان بن شعيب الكيسانى نسبة إلى كيسان بفتح الكاف فنسبت إليه، كذا قال الطحطاوى. وفى مفتاح السعادة: أن الكيسانيات جمعها لرجل يسمى كيسان والهارونيات هى مسائل جمعها محمد فى زمن هارون الرشيد كذا قال الطحطاوى. وفى مفتاح السعادة: أن الهارونيات مسائل جمعها لرجل مسمى بهارون، والجرجانيات هى مسائل جمعها محمد بجرجان، كذا قال الطحطاوى فى حاشية مراقى الفلاح شرح نور الإيضاح. وإنما قيل لها غير ظاهر الرواية لأنها لم ترو عن محمد بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة كالكتب الأولى.

ومنها: كتب الأمالى المروية عن أبى يوسف والأمالى جمع إملاء وهو ما يقوله العالم بما فتح الله عليه من ظهر قلبه، ويكتبه التلامذة، وكان ذلك عادة السلف كذا قال الشامى.

ثم اعلم أن الإمام محمد صنف أولا المبسوط، وسماه بالأصل، وأملاه على أصحابه، ونسخ المبسوط المروى عنه متعددة أظهرها وأشهرها مبسوط أبى سليمان الجوزجانى، وشرح المبسوط جماعة كثيرة كشيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده، وشمس الأئمة الحلوائى وغيرهما، وصنفوا الشروح مختلطة بكلام الإمام محمد من غير تميز لكلامه كما فعل شراح الجامع الصغير كفخر الإسلام على البزدوى، وقاضى خان، فحيث يقال ذكره قاضى خان فى الجامع الصغير يراد به شرحه، وحيث وقع فى الخلاصة نسخة شيخ الإسلام وغيره فالمراد شروحهم.

---

(١) [illegible] مير جان الحيدرآبادى.

وروى أن الشافعى استحسن مبسوط محمد وحفظه ، وأسلم حكيم من أهل الكتاب بسبب مطالعته ، وقال : هذا كتاب محمدكم الأصغر ، فكيف كتاب محمدكم الأكبر ، كذا فى كشف الظنون .

ثم بعده صنف الجامع الصغير ، ولم يرتب مسائله ، وإنما رتبه أبو عبد الله الحسن بن أحمد الزعفرانى الفقيه الحنفى ، كذا قال قاضى خان فى شرحه للجامع الصغير ، وهو كتاب يشتمل على ألف وخمسمائة واثنين وثلاثين مسألة ، كذا قال البزدوى ، وجمع فيه ما رواه له أبو يوسف عن أبى حنيفة ، وأبو يوسف مع جلالة قدره كان لا يفارق هذا الكتاب ، لا فى حضر ولا فى سفر ، وكان فى الزمان القديم لا يقلد أحد القضاء إلا إذا حفظ الجامع الصغير ، وقد شرحه جماعة .

ثم بعده صنف الجامع الكبير ، قال الشيخ أكمل الدين هو كاسمه لجلائل مسائل الفقه جامع كبير ، قد اشتمل على عيون الروايات ومتون الدرايات ، وجمع فيه ما رواه له أبو حنيفة ، وكان من عادات الملك المعظم عيسى بن أبى بكر الأيوبى صاحب الشام أن يعطى مائة دينار لمن يحفظ الجامع الكبير ، وخمسين دينارا لمن يحفظ الجامع الصغير ، واعتنى بشرحه الجم الغفير .

ثم بعده صنف الزيادات ، وإنما سمى به لأنه كان يختلف إلى أبى يوسف ، وكان يكتب من أماليه فجرى على لسان أبى يوسف أن محمداً يشق عليه تخريج هذه المسائل ، فبلغه فبناه مفرعًا على مسألة بابًا وسماه الزيادات ، أى زيادة على ما املاه أبو يوسف .

وقيل : إنما سمى به لأنه لما فرغ من تصنيف الجامع الكبير تذكر فروعا لم يذكرها فى الكبير ، فصنفه ثم تذكر فروعا أخرى ، وصنف كتابا آخر سماه زيادات الزيادات ، كذا قال قاضى خان ، وقد شرحه الكثيرون .

ثم صنف بعده السير الصغير ، ووقع بيد الأوزاعى إمام أهل الشام ، فقال : لمن هذا الكتاب ، فقيل : لمحمد العراقى ، فقال : ما لأهل العراق والتصنيف فى هذا الباب فإنه لا علم لهم بالسير ، فبلغ ذلك محمدا ، فصنف بعد ذلك السير الكبير ، فلما نظر فيه الأوزاعى فقال : لو لا ما ضمنه من الأحاديث لقلت إنه يضع العلم من نفسه ، ثم أمر محمد أن يكتب هذا الكتاب فى ستين دفترا ، وأن يحمل إلى الخليفة ، فأعجبه ، وعده من مفاخر أيامه ، وهو آخر مصنفاته فى الفقه بعد انصرافه من العراق ، ولهذا لم يروه عنه أبو حفص ، ولم يذكر اسم أبى يوسف فى شىء منه لأنه صنفه بعد ما استحكمت النفرة بينهما ، وكلما احتاج إلى رواية عنه قال : اخبرنى الثقة ، وهذا كله من كشف الظنون ، وقال الطحطاوى : إن كل تأليف لمحمد وصف بالصغير ، فهو من روايته عن أبى يوسف عن الإمام ، وما وصف بالكبير فروايته عن الإمام بلا واسطة .

هداية

فى ترجمة بعض المذكورين فى النصف الأخير[1] من الهداية

على حسب ما تيسر من صفاتهم، وأحوالهم وقد التزمت فى ذكر عنواناتهم ما عنون به صاحبها من علم أو كنية أو لقب، أو نسبة وأحررها على ترتيب حروف الهجاء تسهيلا على الطلاب إنه الميسر للصعاب.

حرف الألف

أبو أسيد: بضم أوله كذا قال ابن حجر هو مالك بن ربيعة بن البدن بفتح الموحدة والمهملة بعدها نون، هو صحابى ساعدى شهد بدرا وغيرها، مات سنة ثلاثين كذا فى التقريب، وقال الواقدى: سنة ثلاث وخمسين. وقال المدائنى مات سنة ستين، قيل وهو آخر من مات من البدريين.

أبو بكر: هو عبد الله بن أبى قحافة عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم ابن مرة بن كعب التيمى، كان خليفة رسول الله ﷺ، وصهره، وثانى اثنين إذهما فى الغار، ورفيقه فى الحضر والسفر، وأمه أم الخير سلمى بنت صخر بن عامر أسلم أبواه، وكان ملقبًا بالعتيق. وروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال: إن الله هو الذى سمى أبا بكر عتيقا على لسان رسول الله ﷺ، وقالت عائشة رضى الله عنها: قال رسول الله ﷺ أبو بكر عتيق الله من النار. قال الذهبى: قال عروة: أسلم وله أربعون ألف دينار، وروى أبو نعيم فى الحلية بسنده أن رسول الله ﷺ دعا له فقال: اللهم اجعل أبا بكر معى فى درجتى يوم القيامة، فأوحى الله إليه إن الله قد استجاب لك.

تولى الخلافة بعد النبى ﷺ سنتين وشيئًا، وكان قليل الاعتياد بالرواية، توفى يوم الاثنين فى جمادى الأولى، وقال العارف الشعرانى: فى الثانى والعشرين من جمادى الأخرة سنة ثلاث عشرة من الهجرة، وهو ابن ثلث وستين سنة، وصلى عليه عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنهما، ودفن مع رسول الله ﷺ فى حجرة ابنته عائشة رضى الله تعالى عنهم، ولنعم ما قيل:

له مفخر فى الغار حيا ومفخر ... له فى الثرى فى مضجع خير مضجع

أبو بكر محمد بن الفضل الكمارى: فقيه من الأجلة، قال فى غاية البيان الكمارى بضم الكاف وتخفيف الميم بعدها الألف، وبعدها الراء المكسورة، وفى آخرها ياء ساكنة اسم قرية ببخارا.

---

(١) أما تراجم المذكورين في النصف الأول من كتاب الهداية فمذكورة في ذيل المقدمة المذكور بعدها في هذه الطبعة.

أبو جعفر: هو البلخى الهندوانى كان بارعًا فى الفقه شيخ زمانه يقال له أبو حنيفة الأصغر توفى ببخارا سنة اثنين وستين وثلاث مائة ، كذا قال الإمام اليافعى .

أبو حنيفة: هو النعمان بن ثابت بن زوطى بضم الزاء المعجمة ، وفتح الطاء المهملة ، وقيل : بفتحتين ، كذا فى تعاليق الأنوار على الدر المختار ابن ماه الإمام الفقيه الكوفى ، وجدّه زوطى من أهل كابل ، قيل : من أهل بابل . وقيل : من أهل الأنبار . وقيل : من أهل ترمذ ، وهو الذى مسه الرق فأعتق مولاه من بنى تيم الله ، وولد ثابت على الإسلام . وقيل : إنه النعمان بن ثابت بن النعمان بن المرزبان من أبناء فارس من الأحرار ، وما وقع عليه رق .

والنعمان بن المرزبان أبو ثابت هو الذى أهدى إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه ألفًا لوذج فى يوم مهرجان ، فقال على : مهر جوننا كل يوم كذا ، قال الخطيب فى تاريخه : وذهب ثابت إلى على بن أبى طالب ، وهو صغير فدعا له بالبركة فيه ، وفى ذريته ، ونقل فى مفتاح السعادة ، أن ثابتا توفى وتزوج أم الإمام الإمام جعفر الصادق ، وكان الإمام صغيرًا وتربى فى حجر الإمام جعفر الصادق ، وهذا منقبة عظيمة .

وقال ابن خلكان : أدرك الإمام أربعة من الصحابة ، وهم أنس بن مالك بالبصرة ، وعبد الله ابن أبى أوفى بالكوفة ، وسهل بن سعد الساعدى بالمدينة ، وأبو الطفيل عامر بن واثلة بمكة ، ولم يلق أحدا منهم ولا أخذ عنه ، وقال ابن حجر : إنه روى عن ابن أبى أوفى حديثًا واحدًا ، وذكر الخطيب فى تاريخ بغداد أنه رأى أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه ، وقال ابن حجر : قد صح كما قال الذهبى إنه رآه وهو صغير ، وفى رواية قال : رأيته مرارا ، وكان يخضب بالحمرة ، وجاء من طرق إنه روى عنه أحاديث ثلاثة ، وأثبت العينى سماعه لجماعة من الصحابة ، ورده عليه الشيخ الحافظ قاسم الحنفى ، وقيل : إنه أدرك بالسن نحو عشرين صحابيا ، وإن لم يلق كلهم ، وقال الخوارزمى فى مسند الإمام : اتفق العلماء على أنه روى عن أصحاب رسول الله ﷺ ستة أو سبعة ، أو ثمانية على اختلاف الروايات .

ونقل على القارى فى شرح شرح النخبة عن السخاوى أن المعتمد أنه لا رواية للإمام عن أحد من الصحابة لصغره فى زمن إدراكه إياهم ، وكان هو زاهدا عابدا ورعا تقيا كثير الخشوع كثير الصمت دائم التضرع إلى الله تعالى صاحب الكرامات . وقد عد مشايخه فبلغ أربعة آلاف شيخ ، كذا فى مفتاح السعادة .

وذكر الخطيب فى تاريخه وغيره أن أبا حنيفة رأى فى المنام كأنه ينبش قبر رسول الله ﷺ ، ويجمع عظامه إلى صدره ، فبعث من سأل محمد ابن سيرين ، فقال ابن سيرين : صاحب هذه الرؤيا يثور علما لم يسبقه إليه أحد قبله .

قال الشافعى : قيل لمالك : هل رأيت أبا حنيفة ، فقال : نعم رأيت رجلا لو كلمك فى هذه

السارية أن يجعلها ذهبا لقام بحجته . وروى حرملة بن يحيى عن الشافعى أنه قال : من أراد أن يتبحر فى الفقه فهو عيال على أبى حنيفة . وروى الربيع عن الشافعى الناس عيال فى الفقه على أبى حنيفة رحمه الله . وروى أبو عبيد عن الشافعى رحمه الله يقول : من أراد أن يعرف الفقه فيلزم أبا حنيفة ، وأصحابه كذا فى تعاليق الأنوار .

وقال يحيى بن معين : الفقه فقه أبى حنيفة على هذا أدركت الناس . وقال ابن المبارك : قلت لسفيان الثورى : يا عبد الله ما أبعد أبا حنيفة عن الغيبة ما سمعته يغتاب عدوا له قط ، فقال : هو أعقل من أن يسلط على حسناته ما يذهبها . وروى أنه حج خمسا وخمسين حجة ، وأنه صلى صلاة الفجر بوضوء العشاء أربعين سنة . وكان غالبا يقرأ جميع القرآن فى الليل فى ركعة واحدة ، وكان يسمع بكاؤه فى الليل حتى يرحمه جيرانه . وقال الشعرانى فى الطبقات : قال عبد الله بن المبارك : بلغنا عن أبى حنيفة رحمه الله أنه صلى الصلوات الخمس أربعين سنة بوضوء واحد ، وكان نومه جالسًا ينام لحظة بين الظهر والعصر ، وفى الشتاء ينام لحظة من أول الليل ، وقال الحسن بن عمارة لما تولى غسل أبى حنيفة : رحمك الله وغفر لك لم تفطر منذ ثلاثين سنة ، ولم تتوسد يمينك فى الليل منذ أربعين سنة .

قال ابن خلكان : فمثل هذا الإمام لا يشك فى دينه ولا فى ورعه وتحفظه ، وبعض من العلماء السابقين الذين لهم تعصب لا يبالون بالطعن على الأئمة كالخطيب طعن على أبى حنيفة والإمام أحمد ، وكابن الجوزى فإنه تابع الخطيب فى الطعن على أبى حنيفة ، وقال سبطه : ليس العجب من الخطيب فإنه طعن فى جماعة من العلماء إنما العجب من الجد كيف سلك أسلوبه . وكأبى نعيم فإنه لم يذكر أبا حنيفة فى الحلية . وذكر من دونه علما وزهدا . قال ابن حجر فى بعض رسائله : إن الطعن إن كان من غير أقران الإمام فهو مقلد لما قاله أو كتبه أعداءه ، وإن كان من أقرانه فلا يعتد به ، لأن قول الأقران بعضهم فى بعض غير مقبول كما صرح به الذهبى ، قال : ولا سيما إذا لاح أنه لعداوة المذهب إذ الحسد لا ينجو منه إلا من عصمه الله تعالى .

وقال التاج السبكى : ينبغى لك أن تسلك سبيل الأدب مع الأئمة الماضين ، فإياك ثم إياك أن تصغى إلى ما اتفق بين أبى حنيفة وسفيان الثورى . وقال الغزالى : أما أبو حنيفة فلقد كان أيضًا عابدا زاهدا عارفا بالله تعالى خائفًا منه مريدا وجه الله تعالى بعلمه . والعجب من مقلدى الإمام الشافعى كيف يطعنون إمامًا كان يتأدب معه الإمام الشافعى ، هل هذا إلا طعن إمام مذهبه . قال الشعرانى فى الميزان : لو أنصف المقلدون للإمام مالك والشافعى لم يضعف أحد منهم قولا من أقوال أبى حنيفة بعد أن سمعوا مدح أئمتهم له . ولو لم يكن من التنويه برفعة مقامه إلا كون الإمام الشافعى ترك القنوت فى الصبح لما صلى عند قبر الإمام أبى حنفية لكان فيه كفاية فى لزوم أدب مقلديه معه وقد انكشف لبعض أصحاب الكشف كالإمام الشعرانى وغيره ، أن مذهب الإمام أبى

حنيفة آخر المذاهب انقطاعًا كما هو أول المذاهب المدونة .

وما فى الدر المختار من أنه يحكم بمذهبه عيسى عليه السلام فهو أمر لا دليل عليه . قال الحافظ السيوطى : إن ما يقال : إن عيسى يحكم بمذهب من المذاهب الأربعة باطل لا أصل له . وكيف يظن نبى أنه يقلد مجتهدا بل إنما يحكم بالاجتهاد ، أو بما كان يعلمه قبل من شريعتنا بالوحى أو بما تعلمه منها وهو فى السماء أو أنه ينظر فى القرآن فيفهم منه . واتفق معه على القارى وقال : إنه أمر لا أصل له ، ولا منع من أن ينزل على عيسى عليه السلام وحى فإنه ليس دليل قاطع على أنه لا ينزل الوحى بعد نبينا ﷺ ، نعم أنه لا نبى بعد نبينا ﷺ انتهى ملخصًا .

وكذا من اختراعات الحنفية الجهلة أن الخضر عليه السلام تعلم من أبى حنيفة ثلاثين سنة فى حياته ، وبعد موته من قبره ، قال على القارى : أما ترى أن الخضر عبد من عباد الله قال تعالى فى شأنه : ﴿آتيناه رحمة من عندنا وعلمناه من لدنا علمًا﴾ ، وكان قد علم موسى عليه السلام فكيف يكون من جملة تلاميذ أبى حنيفة ، وكذا من الافتراءات أن الإمام المهدى يقلد أبا حنيفة قال على القارى : إنه مجتهد مطلق لا يجوز له التقليد . وقال الشيخ ابن العربى : إن المهدى يحرم عليه القياس ، وما يحكم هو إلا بما يلقى إليه الملك من عند الله تعالى الذى بعثه الله تعالى ليسدده ، وعلى كل تقدير فكيف يقلد أبا حنيفة .

وقد أوردوا فى مناقب أبى حنيفة أحاديث :

منها : إنه عليه الصلاة والسلام قال : إن آدم افتخر بى وأنا أفتخر برجل من امتى اسمه نعمان ، وكنيته أبو حنيفة هو سراج امتى . وروى عنه عليه الصلاة والسلام أن سائر الأنبياء يفتخرون بى وأنا افتخر بأبى حنيفة من أحبه فقد أحبنى ، ومن أبغضه فقد أبغضنى . كذا أورد فى الدر المختار ناقلا عن التقدمة شرح مقدمة أبى الليث .

وأورد القاضى أبو البقاء ابن الضياء المكى فى الضياء المعنوى شرح مقدمة الغزنوى حديثا آخر لفظه من رواية أبى هريرة فى أمتى رجل اسمه النعمان ، وكنيته أبو حنيفة هو سراج أمتى هو سراج أمتى هو سراج أمتى . وقال ابن الجوزى إن هذه الأخبار موضوعة ، واتفق معه الحافظ الذهبى والحافظ السيوطى والحافظ ابن حجر العسقلانى والشيخ قاسم الحنفى . وشأن أبى حنيفة أرفع من أن يثبت له فضل بمثل هذه الأحاديث الموضوعة ، ويكفى فى إثبات علو درجته الأحاديث الصحيحة . منها ما رواه الشيخان عن أبى هريرة أن النبى ﷺ وضع يده على سلمان فقال : لو كان الإيمان عند الثريا لناله رجال من هؤلاء ، وقوله : من هؤلاء جمع اسم الإشارة والمشار إليه سلمان وحده على إرادة الجنس ، ويحتمل أن يراد بهم أهل العجم كلهم ، وقد كان جد أبى حنيفة من فارس .

وقال الحافظ السيوطى : هذا الحديث الذى رواه الشيخان أصل صحيح يعتمد عليه فى

الإشارة إلى أبى حنيفة، وقال العلامة الشامى: صاحب السيرة تلميذ الحافظ السيوطى ما جزم به شيخنا من أن أبا حنيفة هو المراد من هذا الحديث ظاهر لا شك فيه لأنه لم يبلغ من أبناء فارس فى العلم مبلغه أحد.

وقال الشامى: وأما سلمان الفارسى فهو وإن كان أفضل من أبى حنيفة من حيث الصحبة لكنه لم يكن فى العلم والاجتهاد ونشر الدين وتدوين أحكامه كأبى حنيفة، وقد يوجد فى المفضول ما لا يوجد فى الفاضل.

ومنها: ما أورده العلامة ابن حجر المكى من أنه عليه الصلاة والسلام قال: ترفع زينة الدنيا سنة خمسين ومائة، وقد قال شمس الأئمة الكردرى: إن هذا الحديث محمول على أبى حنيفة لأنه مات فى تلك السنة. وقال ابن عبد البر: لا تتكلم فى أبى حنيفة بسوء، ولا تصدقن أحدًا يسيء القول فيه فإنى والله ما رأيت أفضل ولا أورع ولا أفقه منه.

وكان يزيد بن هبيرة أمير العراقين أراد أن يلى القضاء بالكوفة أيام مروان بن محمد آخر مملوك بنى أمية، فأبى عليه فضربه مائة سوط بعشرة أيام كل يوم عشرة أسواط، وهو على الامتناع، فلما رأى ذلك خلى سبيله.

ونقله أبو جعفر المنصور من الكوفة إلى بغداد، وأراد أن يوليه قضاء القضاء، فأبى فحلف عليه ليفعلن وحلف أبو حنيفة أن لا يفعل وجرى بينهما كلام واستقر الإمام على الامتناع، فأمر به إلى الحبس، ونقل أن الإمام قال: إنا لا أصلح للقضاء فقال له المنصور كذبت أنت، فقال له الإمام: كيف يحل لك أن تولى قاضيًا من هو كذاب. وحكى الخطيب أيضًا فى بعض الروايات إن المنصور جعله قاضيا جبرا، وتولى الإمام القضاء يومين، وبعد اليومين اشتكى الإمام فمرض ستة أيام، ثم مات.

وكانت ولادته سنة ثمانين من الهجرة بالكوفة، كذا قال ابن حجر. وقيل: سنة إحدى وسبعين. وقيل: سنة سبعين. وقيل: سنة إحدى وستين. وتوفى فى رجب. وقيل: فى شعبان سنة خمسين ومائة. وقيل: ثلاث وخمسين ببغداد فى السجن. وقيل: إنه لم يمت فى السجن. وقيل: إنه دفع إليه قدح فيه سم فامتنع. وقال لا أعين على قتل نفسى، فصب فى فيه قهراً. وقيل: إن ذلك بحضرة المنصور، ومات منه، وصلى عليه الحسن بن عمارة، وحرز من صلى عليه مقدار خمسين ألفا، وجاء المنصور، فصلى على قبره، وكان الناس يصلون على قبره إلى عشرين يوما كذا فى مفتاح السعادة، ودفن فى بغداد، وقبره هناك يزار، وصح إن الإمام لما أحس بالموت سجد فمات وهو ساجد رضى الله تعالى عنه وعن تابعيه.

أبو حفص الكبير: هو أحمد بن حفص أخذ عن محمد بن الحسن. ووفاته سنة سبع عشر ومائتين، كذا قال العينى. وله أصحاب كثيرة ببخارا كان فى زمن محمد بن إسماعيل

البخارى صاحب الصحيح، كذا قيل، وابنه عبد الله معروف بأبى حفص الصغير.

أبو خازم: بالخاء المعجمة كذا فى المغرب اسمه عبد الحميد بن عبد العزيز كان قاضيا حنفيا أصله من البصرة وسكن بغداد كان ثقة ورعا عالما بفنون علم الحساب والفرائض حاذقا فى عمل المحاضر والسجلات، وقد كان أخذ العلم عن هلال بن يحيى البصرى، وولى قضاء الكوفة وغيرها توفى فى جمادى الأولى سنة اثنتين وتسعين ومأتين، كذا قال فى غاية البيان.

أبو سليمان: هو موسى بن سليمان الجوزجانى أخذ الفقه عن محمد بن الحسن عرض عليه المامون القضاء فاستعفى فعفى له، وله كتب السير الصغير، وكتاب الصلاة، وأصل محمد بن الحسن المتعارف فى ديار الروم رواية عنه، كذا فى مفتاح السعادة، ووفاته بعد المائتين من الهجرة، كذا قال العينى.

أبو عبيدة بن الجراح: هو عامر بن عبد الله بن الجراح القرشى الفهرى أسلم قديما وشهد بدرا والمشاهد كلها، وهو أحد العشرة المبشرة، وأمين الأمة، وكان أحب إلى رسول الله ﷺ بعد أبى بكر وعمر، كذا روى عن أم المؤمنين عائشة رضى الله تعالى عنهم، ومناقبه كثيرة مات فى طاعون عمواس سنة ثمانى عشر وهو ابن ثمان وخمسين سنة.

أبو عبيدة معمر بن المثنى: هو تيمى نسبة إلى تيم قريش كان مولاهم البصرى النحوى اللغوى، وقد رمى برأى الخوارج، وكان هو من اتباع التابعين، وكان يبغض العرب، ولا يزال يصنف حتى بلغ تصانيفه مائتين مات بالبصرة سنة ثمان ومائتين. وقيل: بعد ذلك وقد قارب المائة كذا فى التقريب، وقال ابن خلكان: إنه كان لا يرضى من لسانه أحد، ولا يسلم أحد من لسانه لا شريف ولا غيره، ولذا لما مات لم يحضر جنازته أحد.

أبو عصمة نوح بن أبى مريم المروزى: لقب بالجامع لأنه أول من جمع فقه أبى حنيفة. وقيل: لأنه كان له أربع مجالس مجلس للأثر، ومجلس لأقاويل أبى حنيفة ومجلس للنحو ومجلس للشعر، قال ابن حجر: كذبوه فى الحديث، وقال ابن المبارك: كان يضع مات سنة ثلاث وسبعين ومائة، وكان على قضاء مرو لأبى جعفر المنصور كذا فى مفتاح السعادة. وقال فى غاية البيان: إن أبا عصمة المروزى هو سعد بن معاذ المروزى تلميذ إبراهيم بن يوسف وهو تلميذ أبى يوسف القاضى.

أبو الليث: هو الفقيه الإمام نصر بن محمد السمرقندى الحنفى كان من معتمدى الحنفية، وله شرح على الجامع الصغير وعلى الجامع الكبير، وله بستان وتصانيف أخرى توفى سنة ثلاث وسبعين وثلاث مائة. وقيل: خمس وسبعين وثلاث مائة. وقيل غير ذلك.

أبو منصور الماتريدى: هو محمد بن محمد، وكان شيخ الحنفية فى علم الكلام ينتهى سلسلة تلمذه إلى أبى حنيفة بثلاث وسائط، وماتريد قرية من قرى سمرقند توفى سنة اثنتين

وثلاثين وثلاث مائة كذا قيل.

أبو موسى الأشعرى: هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بفتح الحاء المهملة وتشديد الضاد المعجمة، كذا فى التقريب، صحابى جليل حضر المدينة المنورة بعد فتح خيبر، واستعمله ﷺ على زبيد وعدن، واستعمله عمر على البصرة وولى الكوفة زمن عثمان رضى الله تعالى عنهم كان حسن الصوت قصيرا خفيف اللحم كذا قال الذهبى مات سنة اثنين وأربعين، وقال الإمام اليافعى: سنة أربع وأربعين، وقال الهيثم بن عدى: مات سنة خمسين. وقيل: سنة إحدى وخمسين وعن المدائنى سنة ثلاث وخمسين قيل: بالكوفة وقيل: بمكة، والأشعرى نسبة إلى أشعر وهو نبت بن أدو، وإنما قيل له أشعر لأن أمه ولدته والشعر على بدنه، كذا قال ابن خلكان.

أبو هريرة: كانت له هرة صغيرة كذا قال الشعرانى، أسلم فى السنة السابعة كذا قال الإمام اليافعى، وهو صحابى دوسى جليل القدر حافظ الصحابة ثبت سكن الصفة واستوطنها طول عمر النبى ﷺ ولم ينتقل عنها، وكان هو عريف من سكن الصفة ومن نزلها، وكان النبى ﷺ إذا أراد أن يجمع أهل الصفة لطعام حضره تقدم إلى أبى هريرة ليدعوهم لمعرفته بهم وبمنازلهم ومراتبهم، وكان هو أصبر على الفقر الشديد معرضًا عن مخالطة الأغنياء فقيها مفتيًا قائمًا بالليل وصائمًا بالنهار.

وقال الذهبى: يقال: روى عنه ثمان مائة نفس، واختلف فى اسمه واسم أبيه، فقيل عبد الرحمن بن صخر، وقيل: ابن غنم، وقيل: عبد الله بن عائذ، وقيل: ابن عامر، وقيل: ابن عمرو، وقيل: عامر بن عبد شمس، وقيل ابن عمير، وقيل: سعيد بن الحارث، وقيل: عبد شمس واختاره أبو نعيم فى الحلية، وقال ابن حجر ذهب الأكثرون إلى الأول، ويقطع بأن عبد شمس غير بعد أن أسلم تولى أمرة المدينة فى أيام معاوية، وتحمل يومًا حزمة حطب على ظهره، وقال طرقوا للأمير. وروى عنه أنه كان يصلى خلف على رضى الله عنه ويأكل من سماط معاوية، ويعتزل القتال، فسئل عن ذلك فقال: الصلاة خلف على أفضل وسماط معاوية أدسم، وترك القتال أسلم، هكذا حكى عنه، كذا قال الإمام اليافعى رحمه الله، توفى سنة سبع وقيل: سنة ثمان، وقيل: تسع وخمسين وهو ابن ثمان وسبعين سنة.

أبو يوسف: هو الإمام القاضى يعقوب بن إبراهيم بن حبيب من أولاد سعد بن حبتة الأنصارى وهو أحد الصحابة رضى الله عنهم، ومشهور فى الأنصار بأمه وهى حبتة بنت مالك من بنى عمرو بن عوف، وهو قاتل قتالا شديدا يوم الخندق مع حداثة سنه فرآه النبى ﷺ وقال: من أنت؟ فقال سعد بن حبتة، فقال: أسعد الله جدك ومسح على رأسه رضى الله عنه، وكان القاضى أبو يوسف من أهل الكوفة، وصاحب أبى حنيفة، وكان فقيهًا حافظًا كان فى حفظه

أربعون ألف حديث من الأحاديث الموضوعة، فما ظنك بالصحيحة.

وروى عنه محمد بن الحسن الشيباني ويحيى بن معين وغيرهما وقال ابن عبد البر: إنه كان يحضر المحدث ويحفظ خمسين ستين حديثا ثم يقوم، فيمليها على الناس، وقد سكن بغداد وتولى القضاء بها لثلاثة من الخلفاء المهدى وابنه الهادى، ثم هارون الرشيد، وكان الرشيد يكرمه ويبجله وهو أول من دعى بقاضى القضاة، وكان هو فى أول الحال حين طلب الحديث والفقه صعلوكا فيتعهده أبو حنيفة ويعطيه دراهم، وكان أبوه وأمه يمنعان من تحصيل العلوم والاشتغال به، ويحرضان على تحصيل المعاش وطلب الدنيا وهو لا يسلم قولهما فى هذا الباب حتى نفعه الله تعالى بالعلم ورفعه إلى الدرجة العليا فى الدين والدنيا.

وقال هلال بن يحيى كان أبو يوسف يحفظ التفسير والمغازى وأيام العرب، وكان أقل علومه الفقه ولم يكن فى أصحاب أبى حنيفة مثل أبى يوسف، وقال على بن الجعد سمعت أبا يوسف يقول: العلم شيء لا يعطيك بعضه حتى تعطيه كلك.

وروى أنه كان عند عيسى بن جعفر جارية سأله الرشيد أن يهبها له فامتنع، وسأله أن يبيعها فأبى فحلف الرشيد والله لئن لم يفعل هذا أحد الأمرين لأقتلنه، وحلف عيسى أن أبيع هذه الجارية أو أهبها، فكل ما أملك صدقة، وكل مملوكى حر، وزوجتى طالق، فسأل الرشيد أبا يوسف هل فى ذلك مخرج، قال أبو يوسف: نعم، يهب عيسى لك نصفها، ويبيعك نصفها، فكان لم يهب الجارية ولم يبع فوهب عيسى للرشيد نصف الجارية وباع نصفها الباقى بمائة ألف دينار، فقبل الرشيد الهبة، وقال: اشتريت نصفها بمائة ألف دينار، فلما تم البيع والهبة قبض الرشيد الجارية، وقال لأبى يوسف: إن هذه مملوكة ولا بد أن تستبرأ، ووالله لئن لم أبت معها ليلتى هذه لأظن أن نفسى ستخرج، قال أبو يوسف: يا أمير المؤمنين أعتقها وتزوجها فإن الحرة لا تستبرأ فأعتقها الرشيد وتزوجها تلك الساعة بحضرة شاهدين على عشرين ألف دينار، ودعا بالمال ودفعه إليها، وأعطى الرشيد بصلة هذه الفتوى أبا يوسف مائتى ألف درهم وعشرين تختا ثيابًا.

وولد القاضى أبو يوسف ثلاث عشرة ومائة بالكوفة وتوفى يوم الخميس أول وقت الظهر لخمس خلون من ربيع الأول سنة اثنتين وثمانين ومائة ببغداد. وقيل: سنة اثنين وتسعين ومائة، ومات وهو على القضاء.

ابن أبى ليلى: هو عبد الرحمن بن أبى ليلى الأنصارى قاضى الكوفة أقام حاكمًا ثلاثا وثلاثين سنة ولى لبنى أمية ثم لبنى العباس كان فقيها بل أفقه كذا قال الإمام اليافعى، ولد سنة أربع وسبعين من الهجرة، ومات سنة ثمان وأربعين ومائة كذا قال العينى.

ابن رستم: كان فقيها ثقة معتمداً.

ابن زياد: هو شيخ أبى حنيفة روى عنه أبو إسحاق الشيبانى وهو روى عن ابن عمر وغيره.

ابن سماعة: هو عبد الله محمد بن سماعة بن عبيد بن هلال من كبار أصحاب محمد وأبى يوسف كان من العابدين يصلى فى كل يوم مائتى ركعة كذا فى نتائج الأفكار، كان حافظًا ثقة توفى سنة ثلاث وثلاثين ومائتين كان قاضيا للمامون ببغداد فلم يزل قاضيًا إلى أن ضعف بصره فعزل. له كتاب أدب القاضى، وكتاب المحاضر والسجلات كذا فى مفتاح السعادة.

ابن شبرمة: هو عبد الله بن شبرمة الكوفى فقيه أهل الكوفة وقاضيهم عداده فى التابعين روى عن أنس بن مالك، كذا قال العينى، ولد سنة اثنين وسبعين من الهجرة كان عفيفا عارفا عاقلا شاعرا جوادا مات سنة أربع وأربعين ومائة كذا قال الإمام اليافعى.

ابن عباس: هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمى ابن عم رسول الله ﷺ دعا له رسول الله ﷺ بالفهم فى القرآن فكان يسمى البحر والحبر لسعة علمه، روى عنه أنه قال قبض النبى صلى الله عليه وسلم وأنا ابن ثلاث عشرة سنة، وروى عنه أنه قال: أنا ابن خمس عشرة سنة، وقد كان ابن عمر يقول: ابن عباس أعلم أمة محمد ﷺ بما أنزل على محمد ﷺ. مات بالطائف سنة ثمان وستين. وقيل: سنة تسع وستين. وقيل: سبعين، وصلى عليه محمد بن الحنفية وقال: اليوم مات ربانى هذه الأمة وكان هو كثير الرواية وفقيها من العبادلة.

ابن عمر: هو عبد الله بن عمر بن الخطاب يكنى أبا عبد الرحمن أسلم قديما وهو صغير وهاجر مع أبيه إلى المدينة واستصغر يوم أحد وهو ابن أربع عشر سنة، ثم شهد الخندق والمشاهد بعدها. قالت أم المؤمنين حفصة: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن عبد الله رجل صالح» وقال مالك: أفتى الناس ستين سنة، وكان هو أحد المكثرين من الصحابة، وواحدًا من العبادلة، وشديد التمسك بآثار النبى ﷺ مات فى مكة سنة ثلاث وسبعين وهو ابن أربع وثمانين سنة. وقيل: سنة أربع وسبعين. ودفن بذى طوى فى مقبرة المهاجرين، كذا قال ابن خلكان. وروى أن عبد الملك لما أرسل إلى الحجاج أن لا يخالف ابن عمر شق عليه ذلك، فأمر رجلا معه حربة يقال: إنها كان مسمومة فلما دفع الناس من عرفة لصق ذلك الرجل به فأمر الحربة على قدمه فمرض منها أياما ومات رضى الله عنه. قال نافع: ما مات ابن عمر حتى أعتق ألف إنسان أو ما زاد.

ابن مسعود: هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلى يكنى أبا عبد الرحمن أسلم بمكة قديما، وشهد بدرا والمشاهد كلها، وكان صاحب نعل رسول الله ﷺ وعصاه ومن كبار العلماء، وأمره عمر على الكوفة، قال البخارى: مات بالمدينة قبل عثمان. وقيل: مات سنة اثنتين وثلاثين. وقيل: سنة ثلاث وثلاثين، وقيل: مات بالكوفة.

الأوزاعى: هو عبد الرحمن بن عمرو بن أبى عمرو الأوزاعى يكنى أبا عمر وإمام أهل

الشام كان فقيها من كبار التابعين جمع العبادة والورع ، وكان ثقة مامونا صدوقا حافظا أجاب عن ثمانين ألف مسألة فى الفقه من حفظ ، ولد سنة ثمان وثمانين ومات ببيروت سنة مائة وسبع وخمسين يوم الأحد لليلتين بقيتا من صفر . وقيل : فى ربيع الأول ، وقبره فى قرية على باب بيروت يقال لها : حنتوس ، وهو مدفون فى قبلة المسجد ، والأوزاعى نسبة إلى أوزاع بطن من ذى الكلاع من اليمن . وقيل : بطن من همدان . وقيل : الأوزاع اسم قرية مشهورة بدمشق على طريق باب الفراديس .

أياس بن معاوية: بن قرة بن أياس المزنى نسبة إلى مزينة البصرى من التابعين ثقة مشهور بالذكاء كذا قال ابن حجر ، ولاه عمر بن عبد العزيز قضاء البصرة ، وكان لأياس جد أبيه صحبة كذا فى غاية البيان ، قال ابن خلكان : فطانته ضرب المثل روى أنه سمع يهوديا يقول : ما أحمق المسلمين يزعمون أن أهل الجنة يأكلون ولا يحدثون ، فقال له أياس : أفكل ما تأكله تحدثه ، قال : لا ، لأن الله تعالى يجعله غذاء قال : فلم تنكر أن الله تعالى يجعل كل ما يأكله أهل الجنة غذاء فسكت . توفى أياس سنة اثنين وعشرين ومائة . وقال فى العام الذى توفى فيه رأيت فى المنام كأنى وأبى على فرسين فجريا معا ، فلم أسبقه ، ولم يسبقنى وعاش أبى ستا وسبعين سنة وها أنا فيها ، فلما كان آخر لياليه قال : أتدرون أية ليلة هذه هذه ليلة استكمل فيها عمر أبى ونام فأصبح ميتا .

حرف الباء

بريرة: على وزن فعيلة مولاة عائشة رضى الله تعالى عنها مشهورة عاشت إلى زمن يزيد ابن معاوية .

حرف التاء المثناة

تميم بن طرفة: بفتح التاء والراء والفاء الطائى الكوفى من التابعين مات سنة أربع وتسعين ، وقيل سنة خمس وتسعين . وقيل غير ذلك . وقال ابن سعد : كان ثقة قليل الحديث ، وقال الشافعى : تميم بن طرفة مجهول . وقال النسائى : ثقة ، ونقل عن أبى داود أنه ثقة مأمون .

حرف الجيم

جابر بن عبد الله السلمى الأنصارى: صحابى جليل كثير العلم من أهل بيعة الرضوان ، ومن أهل العقبة ، عاش أربعا وتسعين سنة ، وتوفى بالمدينة المنورة سنة ثمان وسبعين ، كذا قال الإمام اليافعى .

جبير بن مطعم: بن عدى بن نوفل بن عبد مناف القرشى النوفلى، صحابى قدم على النبى ﷺ فى فداء أسارى بدر، ثم أسلم بعد ذلك عام خيبر. وقيل: يوم الفتح كان عارفًا بالأنساب، توفى بالمدينة سنة تسع وخمسين. وقال المداينى: سنة ثمان وخمسين.

جرّحد بن رزاح: بكسر الراء بعدها زاء معجمة وآخره مهملة كذا فى التقريب، وفى الإصابة أن أباه خويلد، وأما رزاح ففى أجداده، وهو صحابى أسلمى يكنى أبا عبد الرحمن. وقيل غير ذلك. قال ابن حبان: عداده فى أهل البصرة، ومات فى ولاية معاوية، وروى ابن السكن أنه شهد الحديبية، وروى أنه كان من أهل الصفة. وقيل: إنه مات فى المدينة، وفى التقريب إنه مات سنة إحدى وستين.

الجرجانى: هو الفقيه أبو عبد الله المرشد كذا فى نتائج الأفكار، واسمه محمد بن يحيى، كذا فى مفتاح السعادة، والقدورى يروى عن أبى عبد الله الجرجانى.

الجصاص: هو أحمد بن على الرازى يكنى بأبى بكر صاحب التصانيف فى الفروع والأصول، له شرح مختصر الكرخى، وشرح مختصر الطحاوى وغيرهما، تفقه على أبى الحسن الكرخى، وإليه انتهت رياسة أصحاب أبى حنيفة ببغداد بعد الشيخ أبى الحسن الكرخى، وكانت ولادته سنة خمس وثلاث مائة، ومات ببغداد سنة سبعين وثلاث، كذا فى نتائج الأفكار.

جويرية بنت الحارث: بن أبى ضرار الخزاعية من بنى المصطلق أم المؤمنين كان اسمها برة، فالنبى ﷺ غيّرها وسماها جويرية لكراهة أن يقول: خرج من برة ماتت سنة ست وخمسين كذا قال الإمام اليافعى. وقيل غير ذلك.

حرف الحاء المهملة

الحاكم الشهيد: هو أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المقتول شهيد، وله مؤلف عزيز الوجود ذكر فيه نوادر المذهب سماه بالمنتقى، وله كتاب سماه بالكافى جمع فيه ما كتب محمد بن الحسن فى المبسوط، وجامعيه، وقد شرحه جماعة من المشايخ منهم شمس الأئمة السرخسى، وهو المشهور بمبسوط السرخسى، وهو المراد إذا أطلق المبسوط فى شروح الهداية وغيرها، ولما ابتلى بمحنة القتل بمرو من جهة الأتراك قال: هذا جزاء من آثر الدنيا على الآخرة، والعالم متى جفا علمه وترك حقه خيف عليه أن يلحق بما يسوءه. وقيل: كان سبب ذلك أنه لما رأى فى كتب الإمام محمد مكررات وتطويلات حذف المكررات وهذب فرأى فى المنام محمدا فقال له: لم فعلت هذا بكتبى؟ فقال: لأن الفقهاء كسالى فحذفت المكرر، وذكرت المقرر، فغضب محمد، وقال قطعك الله كما قطعت كتبى، فابتلى بالأتراك حتى جعلوه على رأس شجرتين فقطع نصفين. قال فى كشف الظنون أنه توفى سنة أربع وثلاثين وثلاث مائة.

حبان بن منقذ: بن عمرو أنصارى صحابى كانت له مأمومة فى رأسه ، ولذا كان يغبن فى البياعات ، وكان رجلا ضعيفا ، وكان فى لسانه ثقل لا يتلفظ باللام بل يقول بدله دالا كذا نقل على القارى فى شرح النقاية .

حجاج بن يوسف: بن أبى عقيل الثقفى نسبة إلى ثقيف هى قبيلة كبيرة مشهور بالطائف أمير مشهور ظالم معروف تابعى ، ولد سنة خمس وأربعين أو بعدها ، ونشأ بالطائف وتوجه إلى قتال عبد الله بن الزبير بمكة ، ورمى الكعبة إلى أن قتل عبد الله بن الزبير ، وولاه عبد الملك بن مروان الحرمين مدة ثم ولاه الكوفة ، وجمع له العراقين ، واستمر فى الولاية نحوا من عشرين سنة كان فصيحا بليغا فقيها ، وكان يزعم أن طاعة الخليفة فرض على الناس فى كل ما يرومه .

وأخرج الترمذى من طريق هشام بن حسان أحصينا من قتل الحجاج صبرا ، فبلغ مائة ألف وعشرين ألفا . وقال عمر بن عبد العزيز لو جاءت كل أمة بخبيثها وجئنا بالحجاج لغلبناهم . وكفره جماعة ، وقال طاوس : عجبت لمن يسميه مؤمنا ، وبالجملة هو ليس بأهل أن يروى عنه . مات سنة خمس وتسعين فى رمضان ، وقيل : فى شوال ، وعمره ثلاث وقيل : أربع وخمسون سنة . وروى أنه لما جاءت موت الحجاج أتى حسن البصرى سجد لله شكرًا ، وقال : اللهم إنك قد أمته فأمت عنا سنته . وكانت وفاته بمدينة واسط التى بناها هو بنفسه وإنما سماها واسط لأنها بين البصرة والكوفة ، ودفن بها وعفى قبره وأجرى عليه الماء ، كذا قال ابن خلكان .

الحسن بن على: بن أبى طالب الهاشمى سبط رسول الله ﷺ وريحانته من الدنيا ولد للنصف من رمضان سنة ثلاث ، وكان أشبه الناس به ﷺ فيما بين الصدر إلى الرأس ، وكان أخوه الحسين بن على رضى الله عنه أشبه به ﷺ من صدره إلى قدمه ، فهما كالصورة المحمدية ، وكان ورعًا متواضعًا حليمًا جوادًا ، ولما مات على بايع الناس الحسن فبايعه أربعون ألفًا ، ووقع خلاف بينه وبين معاوية ، فكره الحسن القتال وصالح معاوية وبايعه . وذلك فى ربيع الأول سنة إحدى وأربعين ، وكانت مدة خلافته قريبا من نصف سنة ، وإنما كان ذلك ليتم ما قال ﷺ : الخلافة بعد ثلثون سنة سقاه السم زوجته جعدة بنت الأشعث بن قيس ، فكان مرضه الأسهال الكبدى ، وتقطع الأمعاء مات وهو ابن خمس وأربعين سنة وكسر ، قيل : أزيد من ذلك فى الربيع الأول ، وقيل : فى صفر سنة تسع وأربعين ، كذا قال الإمام اليافعى . وقيل : سنة خمسين . وقيل : سنة ست وخمسين ودفن بالبقيع .

الحسن البصرى: هو أبو سعيد الحسن بن أبى الحسن يسار البصرى من التابعين كان زاهدا ورعا فقيها ، وأبوه مولى زيد بن ثابت الأنصارى رضى الله تعالى عنه ، وأمه مولاة أم المؤمنين أم سلمة زوج النبى ﷺ ، وربما غابت أمه فى حاجة ، فيبكى فيعطيه أم سلمة ثديها تعلله به إلى أن تجيء أمه ، فدر عليه ثديها فيشر به ، فيرون أن تلك الحكمة والفصاحة فيه من بركة لبن أم

سلمة . ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب بالمدينة ، وتوفى بالبصرة مستهل رجب سنة عشر ومائة رضى الله عنه عشية الخميس ودفن يوم الجمعة . وقال رجل : قبل موت الحسن لابن سيرين أنا رأيت كان طائرا أخذ أحسن حصاة بالمسجد ، فقال : إن صدقت رؤياك مات الحسن ، فلم يكن إلا قليلا حتى مات الحسن ، ولم يحضر ابن سيرين جنازته لشيء كان بينهما ، كذا قال ابن خلكان .

الحسن بن زياد: اللؤلؤى قاضى الكوفة صاحب الإمام أبى حنيفة رحمه الله كان يقول : كتبت عن بعض شيوخنا اثنى عشر ألف حديث ، كان رأسًا فى الفقه ، توفى سنة أربع ومائتين .

حفصة بنت عمر بن الخطاب: أم المؤمنين تزوجها النبى ﷺ بعد خنيس بن حذافة سنة ثلاث . وماتت سنة خمس وأربعين . وقيل : سنة إحدى وأربعين .

حكيم بن حزام: بكسر الحاء المهملة وبالزاء المعجمة ابن خويلد بن أسد بن عبد العزى القرشى الأسدى المكى ، وعمته أم المؤمنين خديجة زوج النبى ﷺ ولد هو فى جوف الكعبة . وروى أنه كان يقول : ولدت قبل الفيل بثلاث عشر سنة ، وكان من سادات قريش فى الجاهلية ، وكان عالما بالنسب ، وأسلم هو يوم الفتح ، وله ستون سنة وعاش فى الإسلام ستين ومات وهو ابن مائة وعشرين سنة ، كذا قال البخارى سنة أربع وخمسين ، كذا قال إبراهيم بن المنذر . وقيل : سنة ثمان وخمسين ، وقيل : سنة ستين . وقال العينى : إنه ذهب بصره قبل أن يموت ، وكان موته بالمدينة المنورة ، كذا فى نتائج الأفكار .

حمزة بن عبد المطلب: عم النبى ﷺ ورضيعه أرضعتهما ثوبية جارية أبى لهب اللعين ، مات يوم أحد ، وقبره هناك يزار ، ويتبرك به .

حمل بن مالك: بن النابغة الهذلى يكنى أبا فضلة صحابى نزل البصرة ، روى عن النبى ﷺ فى قصة الجنين ، وله ذكر فى الصحيحين ، وروى أبو موسى فى الذيل أن حمل هذا قتل فى عهد النبى ﷺ ، وقال ابن حجر : إن هذا عندى من الأوهام ، فإنه كان حيا فى عهد عمر . وروى عنه عمر رضى الله عنهم .

حرف الخاء المعجمة

خالد بن الوليد: بن المغيرة بن عبد الله بن عمرو بن مخزوم القرشى المخزومى من كبار الصحابة يكنى أبا سليمان أسلم بين الحديبية والفتح ، وشهد موتة ، ويومئذ سماه رسول الله ﷺ سيف الله ، وشهد الفتح وحنينا . وقال الواقدى : هو أسلم بعد فتح خيبر أول يوم من صفر سنة ثمان ، واستعمله أبو بكر على قتال أهل الردة ومسيلمة الكذاب ، ثم وجهه إلى العراق ، ثم إلى الشام مات بحمص . وقيل بالمدينة سنة إحدى وعشرين . وقيل : سنة اثنين وعشرين .

خبيب: هو صحابى جليل، وقع فى أيدى الكفار فى عهد النبى ﷺ وصلب وأخبر الله عز وجل نبيه ﷺ بموته بإنزال آية كانت تتلى فى القرآن، ثم نسخت.

الخصاف: هو أبو بكر أحمد بن عمر الشيبانى كان محدثا لكنه قل ما روى شيخ الحنفية حاسبا عالما بالرأى مقدما عند المهتدى بالله زاهدا ورعا كان يأكل من صنعته صنف تصانيف ككتاب الخراج، وكتاب الحيل، وأدب القاضى وأحكام الوقوف وغيرها، ولما قتل المهتدى نهبت دار الخصاف وذهبت بعض كتبه، وكان قد قارب الثمانين مات ببغداد إحدى وستين ومائتين، كذا فى أعلام النبلاء. وقال قاضى خان: أن الخصاف كان كبيرا فى العلم.

الخليل: بن أحمد الفرا هيدى الأزدى هو إمام اللغة والعروض والنحو كان بارعا ذكيا مستنبط علم العروض ومخترعه. وقيل: إنه دعا بمكة أن يرزق علما لم يسبق إليه أحد، فلما رجع من حجة ألقي عليه علم العروض واجتمع هو فى البصرة مع أبى عمرو وجلس فى حلقته لكنه لم يناظر معه وما كلمه، مات سنة سبعين ومائة، وقيل: فى ستين ومائة.

خواهر زادة: هو شيخ الوقت فقيه ماوراء النهر اسمه محمد بن حسين بن محمد البخارى يكنى بأبى بكر وهو ابن أخت القاضى أبى ثابت محمد بن أحمد البخارى ولذا لقب بخواهرزادة، وكان من بحور العلم توفى ببخارا فى الجمادى الأولى سنة ثلاث وسبعين وأربع مائة كذا فى أعلام النبلاء. وقيل: سنة ثلاث وثمانين وأربع مائة، وله كتاب الذخيرة وغيره.

حرف الزاء المعجمة

الزعفرانى: هو أبو عبد الله الحسن بن أحمد الفقيه الحنفى وهو الذى رتب الجامع الصغير للإمام محمد والزعفرانى أيضًا هو أبو على الحسن بن محمد بن الصباح كان بارعا فى الفقه والحديث ولزم الإمام الشافعى حتى تبحر، وهو أحد رواة الأقوال القديمة عن الشافعى رحمهما الله توفى فى سلخ شعبان، وقيل: فى رمضان سنة ستين ومائتين. وقيل: فى ربيع الآخر سنة تسع وأربعين ومائتين، والزعفرانى نسبة إلى الزعفرانية وهى قرية بقرب بغداد والمحلة التى ببغداد تسمى درب الزعفرانى منسوبة إليه لأنه أقام بتلك المحلة، كذا قال ابن خلكان.

زفر: هو ابن الهذيل بن قيس بن سليم من نسل معد بن عدنان فقيه حنفى كان جامعا بين العلم والعبادة، وكان أولا من أصحاب الحديث، ثم غلب عليه الرأى، وهو قيّاس أصحاب أبى حنيفة، يقول أبو حنيفة: زفرنا قياسنا. وقال حماد بن أبى حنيفة لم يكن بعد أبى يوسف فى أصحاب أبى حنيفة مثل زفر، مولده سنة عشر ومائة، وتوفى فى شعبان سنة ثمان وخمسين ومائة، كذا فى ابن خلكان. وقال الدمياطى فى تعاليق الأنوار على الدر المختار: إنه كان متوليا لقضاء البصرة ومات فيها.

الزهرى: هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب القرشى الزهرى كان فقيها من التابيعن فى المدينة رأى عشرة من الصحابة وكتب عمر بن عبد العزيز إلى الآفاق عليكم بابن شهاب ، فإنكم لا تجدون أحدا أعلم بالسنة الماضية منه ، وكان أبو جده عبد الله بن شهاب شهد مع المشركين بدرا ، وكان أبوه مع مصعب بن الزبير توفى ليلة الثلثاء لسبع عشرة ليلة خلت من رمضان سنة أربع وعشرين ومائة . وقيل : ثلاث وعشرين وقيل : خمس وعشرين وهو ابن اثنين . وقيل : ثلاث وسبعين ، ودفن فى ضيعته أدامى ، وهى خلف شغب وبداوهما واديان . وقيل قريتان بين الحجاز والشام فى موضع هو آخر عمل الحجاز ، وأول عمل فلسطين . وقيل : إنه مات فى بيته بنعف وهى قرية عند القرى المذكورة ، وقبره على الطريق ليدعو له كل من يمر عليه ، كذا قال ابن خلكان والزهرى نسبة إلى زهرة بن كلاب بن مرة . هى قبيلة كبيرة من قريش .

زياد بن أبى مريم الجزرى: قال العجلى : إنه تابعى ثقة ، وذكره ابن حبان فى الثقات ، وقال الدارقطنى : زياد بن أبى مريم ثقة ، وزعم البخارى أن اسمه زياد بن الجراح ، فزياد ابن أبى مريم وزياد بن الجراح رجل واحد ، وتبعه على ذلك ابن حبان فى الثقات ، والأظهر أنهما اثنان ، فإن زياد بن الجراح رجل من أهل الحجاز من موالى عثمان ، وكان زياد بن أبى مريم رجلا من أهل الكوفة كذا قال فى تهذيب التهذيب .

زيد بن أرقم: صحابى أنصارى خزرجى يكنى أبا عمر ويقال : أبا عامر ، غزا مع رسول الله ﷺ سبع عشرة غزوة ، وقال ابن السكن : أول مشاهده الخندق نزل الكوفة وشهد صفين مع على ، وكان من خواصه قال خليفة : مات بالكوفة أيام المختار سنة ست وستين ، وقال الهيثم ابن عدى : سنة ثمان وستين ، وأرخه ابن حبان سنة خمس وستين .

زيد بن ثابت: بن ضحاك صحابى أنصارى نجارى مدنى يكنى أبا سعيد ، ويقال : أبو خارجة قدم النبى ﷺ المدينة وهو ابن إحدى عشر سنة ، وكان يكتب له الوحى ، وكان من أصحاب الفتوى ، وقال مسروق : كان هو من العلماء الراسخين ، ويوم مات قال أبو هريرة : مات اليوم خير الأمة . وقال ابن عباس : والله لقد دفن اليوم علم كثير . قال يحيى بن كثير : توفى سنة خمس وأربعين . وقيل : سنة ثمان وأربعين . وقيل سنة إحدى وخمسين . وقيل : سنة خمس وخمسين .

زيد بن عياش: هو أبو عياش مدنى من التابعين ، قال ابن حجر : إنه صدوق ، وذكره مالك فى الموطأ ، وقال ابن حزم : هو مجهول . وفى بعض حواشى الهداية أن أبا حنيفة لما دخل بغداد قال فى مناظرة وقعت بينه وبين أهل بغداد أن زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه ، واستحسن هذا الطعن منه أهل الحديث ، حتى قال ابن المبارك : كيف يقال إن أبا حنيفة رحمه الله لا يعرف الحديث وهو يقول : إن زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه ، وقال ابن الجوزى : قال أبو حنيفة : زيد

أبو عياش مجهول ، فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل .

حرف السين المهملة

سعد بن أبي وقاص: اسمه مالك بن وهيب ابن عبد مناف بن زهرة بن كلاب هو صحابي زهري يكنى أبا إسحاق ، أسلم قديما روى ابن المسيب عنه أنه قال : لقد مكثت سبعة أيام ، وأني لثالث الإسلام ، وقد هاجر قبل رسول الله ﷺ وشهد بدرا ، والمشاهد كلها ، وقد رمى يوم أحد ألف سهم ، وكان مجاب الدعوات ، وكان أميرا على الكوفة لعمر ، وفتح الله على يده القادسية ، وذكر غير واحد أنه توفى بالعقيق ، وحمل إلى المدينة ، ودفن بالبقيع سنة إحدى وخمسين . وقيل : سنة خمس وخمسين ، وهو المشهور وهو ابن ثلاث وسبعين . وقيل : أربع وسبعين ، وهو آخر العشرة المبشرة وفاة .

سعيد بن جبير: بن هشام الأسدى بالولاء مولى بطن من بنى أسد الكوفى من التابعين أخذ العلم عن عبد الله بن عباس ، وسمع منه التفسير وأكثر روايته عنه ، كان فقيها عابدا فاضلا ورعا ثقة إماما حجة على المسلمين ، روى أنه كان له ديك يقوم من الليل لصياحه ، فلم يصح ليلة حتى أصبح ، فلم يستيقظ سعيد فشق عليه فقال : ما له قطع الله صوته فما سمع له صوت بعدها ، وكان ابن عباس إذا أتاه أهل الكوفة يستفتونه يقول : أليس فيكم سعيد بن جبير ، وكان هو مع عبد الرحمن بن محمد بن الأشعث بن قيس لما خرج هو على عبد الملك بن مروان ، فلما قتل عبد الرحمن هرب سعيد ولحق بمكة وأخذ وبعث به إلى الحجاج الظالم الثقفى ، فقتله ذبحا ببلدة واسط فى شعبان سنة خمس وتسعين ، وهو ابن تسع وأربعين سنة ، ودفن فى ظاهر بلدة واسط ، وقبره يزار . وقيل : إنه فى مدة مرضه كان إذا نام رأى سعيد بن جبير آخذا بمجامع ثوبه ، ويقول له : يا عدو الله فبم قتلتنى ، فيستيقظ مذعورا ، ويقول : مالى ولسعيد بن جبير كذا قال ابن خلكان .

سعيد بن المسيب: بفتح الياء المثناة التحتية مشددة ، وقيل بكسر الياء مخزومى نسبة إلى مخزوم من أجداده قرشى ، قال قتادة : ما رأيت أحدا قط أعلم بالحلال والحرام منه ، وكان هو من أفقه التابعين ، وأحد الفقهاء فى المدينة ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر ، كذا رواه أحمد ابن حنبل ، وكان هو أحفظ الناس لأحكام عمر وأقضيته ، وقال مالك : بلغنى أن عبد الله بن عمر كان يرسل إلى ابن المسيب يسأله عن بعض شأن عمر وأمره ، وقال قتادة : كان الحسن إذا أشكل عليه شيء كتب إلى سعيد بن المسيب ، وكان هو رجلا صالحا ورعا لا يأخذ العطاء ، وكان له بضاعة يتجربها ، وحج أربعين حجة ، وما فاته التكبيرة الأولى منذ خمسين سنة ، وصلى الصبح بوضوء العشاء خمسين سنة ، قال الواقدى : مات سنة أربع وتسعين فى خلافة الوليد ، وهو ابن

خمسة وسبعين سنة، وقال أبو نعيم: مات سنة ثلاث وتسعين، وفى التقريب مات بعد التسعين، وقد ناهز الثمانين. وقيل: إنه توفى فى سنة خمس ومائة، كذا قال ابن خلكان.

سلمان الفارسي: أبو عبد الله، ويقال له: سلمان الخير أصله من أصبهان، وقيل: من غيره أسلم عند قدوم النبى ﷺ المدينة، وأول مشاهده الخندق، ونقل فى البدر المنير أن العلماء اتفقوا على أن سلمان عاش مائتين وخمسين سنة، واختلفوا فقيل: ثلاث مائة وخمسين، وقيل: أدرك زمن عيسى عليه السلام، وقال الواقدى مات بالمدائن فى خلافة عثمان، وقال أبو عبيد: مات سنة ست وثلاثين. وقال خليفة: سنة سبع وثلاثين. وقيل: مات سنة ثلاث وثلاثين، قال ابن حجر: وهو أشبه.

سيرين: هى أخت مارية القبطية أهداهما المقوقس ملك الاسكندرية إليه ﷺ، فوهب سيرين هو ﷺ لحسان بن ثابت، فولدت له عبد الرحمن ابن حسان، كذا فى مدارج النبوة.

حرف الشين المعجمة

الشافعي: هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد يزيد ابن هاشم بن عبد المطلب بن عبد مناف القرشى المطلبى الإمام المكى من أتباع التابعين، وكان السائب صاحب رأية بنى هاشم يوم بدر فأسر وفدى نفسه ثم أسلم، وابنه شافع لقى رسول الله ﷺ وكان الإمام الشافعى أعلم كتاب الله وآثار الصحابة لغويًا أديبًا شاعرًا فصيحًا عارفًا بالناسخ والمنسوخ، وقال أحمد بن حنبل: إن الشافعى كالشمس للدنيا، وكان الشافعى يركب بغلته، وأحمد بن حنبل يمشى خلفه، قال الربيع بن سليمان: رأيت على باب دار الإمام الشافعى سبع مائة راحلة لطلب سماع كتبه، كذا قال الشعرانى، وقال ﷺ: «لا تسبوا قريشًا فإن عالمها يملأ طباق الأرض علمًا»، أورده الحافظ السيوطى فى تبييض الصحيفة، كذا قال الطحطاوى، فحمله بعضهم على الإمام الشافعى، وبعضهم على ابن عباس، فإنه كان حبر الأمة وترجمان القرآن، وقال العلامة محمد أكرم فى شرح النخبة: وضع مأمون بن أحمد الهروى قال: حدثنا أحمد بن عبد الله حدثنا عبد الله بن سعدان الأزدى مرفوعا يكون فى أمتى رجل يقال له محمد بن إدريس يكون أضر على أمتى من إبليس، ويكون فى أمتى رجل يقال له أبو حنيفة هو سراج أمتى.

ولد الإمام الشافعى فى اليوم الذى توفى فيه أبو حنيفة سنة خمسين ومائة بمدينة غزة على الأصح. وقيل: بعسقلان، وقيل: باليمن، ونشأ بمكة ورحل إلى الإمام مالك حين كان سنه ثلاث عشر سنة، وأخذ منه وأقام بمصر آخر عمره، وتوفى هناك سنة أربع ومائتين، ودفن بالقرافة الصغرى، وقبره يزار بها. وقال الإمام اليافعى: إنه مات يوم الجمعة آخر يوم من رجب ودفن بعد العصر من يومه، وقد كنت أنا ووالدى العلام دام ظله شريك السفر فى المركب الحامدى حين

الرجوع من مكة المعظمة إلى الهند مع الشريف السيد عبد ابن السيد عقيل نائب حرم مكة، وهو كان رجلا معمراً مؤرخاً محدثاً شافعياً فطناً ذكياً.

قال يوما: إنه وقع بين الحنفية والشافعية مقاولة مزاحاً فالحنفية يقولون: إمامكم كان مخفيا حتى انتقل إمامنا والشافعية قالوا: لما ظهر إمامنا هرب إمامكم، فقال والدى العلام دام ظله هذا تعصب من الطرفين، وكلا الإمامين من معتمدينا والحق أنه لما درى إمامنا أنه يجىء قريننا ومثلنا ولا حاجة للناس حينئذٍ إلينا، وكبر السن يقتضى الرجوع إلى المولى والدنيا ليست بدار قرار ذهب وخلى الدنيا للشافعى فحسّنه كثيرا، وقال: هذا هو الإنصاف.

شريح: هو ابن الحارث بن قيس وهو كندى يكنى أبا أمية، كذا قال الإمام اليافعى، هو من كبار التابعين واستقضاه عمر بن الخطاب على الكوفة، فأقام قاضيا خمساً وسبعين سنة لم يتعطل فيها إلا ثلاث سنين امتنع فيها من القضاء فى فتنة ابن الزبير، واستعفى الحجاج ابن يوسف من القضاء، فأعفاه، ولم يقض بين اثنين حتى مات كان ذا فطنة وأعلم الناس بالقضاء ذا عقل شاعرا توفى سنة سبع وثمانين وهو ابن مائة سنة، وقيل: سنة اثنين وثمانين. وقيل: سنة ثمان وسبعين، وقيل: سنة ثمانين، وقيل: سنة تسع وسبعين. وقيل: سنة ست وسبعين وهو ابن مائة وعشرين سنة. وقيل: مائة وثمان سنين، كذا قال ابن خلكان.

شريك بن عبد الله: يكنى أبا عبد الله النخعى تولى قضاء الكوفة أيام المهدى، ثم عزله موسى الهادى كان فقيها فطنا كان مولده ببخارا سنة خمس وتسعين للهجرة، وتوفى يوم السبت مستهل ذى القعدة سنة سبع وسبعين ومائة بالكوفة. وقيل: مات سنة ثمان وسبعين ومائة، وكان هارون الرشيد بالحيرة فقصده ليصلى عليه فوجدهم قد صلوا عليه، فرجع كذا قال ابن خلكان.

الشعبى: بفتح الشين هو عامر بن شراحيل يكنى أبا عمرو كوفى ثقة من التابعين فقيه أدرك خمس مائة من الصحابة، قال مكحول: ما رأيت أفقه منه مات فجاءة بالكوفة بعد المائة سنة أربع. وقيل: ثلاث، وقيل: ست. وقيل: سبع، وقيل: خمس، وله نحو من ثمانين سنة والشعبى نسبة إلى شعب هو بطن من همدان، وقال الجوهرى: هذه النسبة إلى جبل باليمن نزله حسان بن عمرو الحميرى هو وولده ودفن به، وهو ذو شعبين، فمن كان بالكوفة منهم قيل لهم: شعبيون، وما كان منهم بالشام قيل لهم: شعبانيون، كذا قال ابن خلكان، وقال الإمام اليافعى: وشعب فى بلاد اليمن مكان معروف بالقرب من صنعاء، والله أعلم من أى شعب ذلك الشعبى.

شمس الأئمة السرخسى: وسرخس بفتح السين والراء المهملتين وسكون الخاء المعجمة بلدة مشهورة بخراسان كذا فى الانتباه كان شيخاً عالماً فقيها اسمه محمد بن أحمد ابن سهل يكنى بأبى بكر كذا فى مفتاح السعادة كان صلباً فى مذهب أبى حنيفة ولد سنة أربع مائة، وقدم بغداد سنة عشر وأربع مائة مع أبيه للتجارة، ومات فى الجمادى الأولى سنة أربع

وتسعين وأربع مائة. وقيل: سنة ثلاث وثمانين وأربع مائة. قال فى شرح الكافى: وكان شيخنا الإمام يعنى شمس الأئمة الحلوانى يقول إلخ.

وفى أعلام النبلاء أنه أبو محمد عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح البخارى والحلوان بضم الحاء المهملة وسكون اللام ونون بعد الألف اسم بلدة، وقد يقال الحلوائى بالهمزة بدل النون نسبة لبيع الحلوى، كذا فى مفتاح السعادة، وفى أعلام النبلاء أن الحلوائى بفتح الحاء وبالمد، وفى الانتباه حلوانى بفتح الحاء وسكون اللام بعدها واو وألف ساكنة، وفى آخرها النون منسوب إلى عمل الحلواء، ويقال بالهمزة مكان النون، وكان الحلوانى معدودا فى المجتهدين، كذا فى ذخيرة العقبى، وتوفى سنة ثمان أو تسع وأربعين وأربع مائة بكشّ وحمل إلى البخارا، ودفن هناك، وقيل: فى تاريخه غير ذلك.

حرف الصاد المهملة

صفية: أم المؤمنين بنت حيي توفيت سنة خمسين، كذا قيل.

حرف الطاء المهملة

الطحاوى: هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك الأزدى الطحاوى، وانتهت إليه رياسة أصحاب أبى حنيفة بمصر برع فى الفقه والحديث وهو ابن أخت أبى إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزنى صاحب الشافعى نسبة إلى مزينة بنت كلب وهى قبيلة كبيرة مشهورة، وكان الطحاوى على مذهب الشافعى، ويقرأ على المزنى ثم انتقل إلى مذهب أبى حنيفة، وسئل عن وجه الانتقال فقال: لأنى كنت أرى خالى يديم النظر فى كتب أبى حنيفة، فلذلك انتقلت إليه، وهو صنف كتبا منها أحكام القرآن، واختلاف العلماء، ومعانى الآثار، وكتاب الشروط، وله تاريخ كبير وغير ذلك، ونقل ابن خلكان عن أبى سعد السمعانى أنه ولد سنة تسع وعشرين ومائتين، وزاد غيره فقال: ليلة الأحد لعشر خلون من ربيع الأول، وتوفى سنة إحدى وعشرين وثلاث مائة ليلة الخميس مستهل ذى العقدة بمصر، ودفن بالقرافة، وقبره مشهور بها، وطحاء بفتح الطاء والحاء المهملتين وبعدها ألف قرية بصعيد مصر والأزد بفتح الهمزة وسكون الزاء المعجمة وبالدال المهملة قبيلة كبيرة مشهورة من قبائل اليمن، كذا قال ابن خلكان.

طلحة: بن عبيد الله بن عثمان بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة القرشي التيمي، أبو محمد المدنى أحد العشرة المبشرة، وأحد السابقين غاب عن بدر فضرب له رسول الله ﷺ بسهم وشهد أحدا وما بعدها، وقال قيس بن أبى حازم: رأيت يد طلحة شلاء، وقى بها رسول الله ﷺ يوم أحد وسماه رسول الله ﷺ طلحة الخير، كذا قال الشعرانى، فلما التقى القوم يوم

الجمل رمى مروان طلحة بسهم فأصاب ركبتيه، فمات منه، وذلك يوم الجمعة لعشر خلون من جمادى الأخرى سنة ست وثلاثين، قال المدائنى مات وهو ابن خمس وستين. وقيل: هو ابن ثلاث وستين، وروى أن عبد الملك بن مروان يقول: لو لا أن أمير المؤمنين مروان أخبرنى أنه قتل طلحة ما تركت أحدا من ولد طلحة إلا قتلته بعثمان، وقبره بالبصرة مشهور يزار كذا قال الشعرانى.

حرف العين المهملة

عائشة بنت أبى بكر الصديق: أم المؤمنين رضى الله عنهما، كانت أفقه النساء وأحبهن إلى رسول الله ﷺ، وقال هو ﷺ: «فضل عائشة على النساء كفضل الثريد على سائر الأطعمة». توفيت فى المدينة فى رمضان سنة سبع وخمسين على الصحيح، كذا فى التقريب.

عبادة بن الصامت: أنصارى خزرجى مدنى صحابى بدرى مشهور مات بالرملة سنة أربع وثلاثين، وله اثنان وسبعون. وقيل: عاش إلى خلافة معاوية، قال سعيد بن عفير: كان طوله عشرة أشبار، كذا فى التقريب.

عبد الرحمن بن عوف: قرشى زهرى أحد العشرة المبشرة، ولد بعد الفيل بعشر سنين، وأسلم قديما وهاجر الهجرتين، وشهد المشاهد كلها، وكان اسمه عبد الكعبة، فغيره النبى ﷺ وكان من أغنياء الصحابة. وقيل: إنه كان يفتى على عهد رسول الله ﷺ، ومناقبه شهيرة، توفى سنة اثنين وثلاثين. وقيل: سنة ثلاث وثلاثين. وقيل: إحدى، وقال بعضهم: كان ابن خمس وسبعين سنة.

عبد الله بن جعفر الطيار: بن أبى طالب هاشمى لما هاجر جعفر بن أبى طالب إلى الحبشة حمل امرأته اسماء بنت عميس معه، فولدت له هناك عونا ومحمدا، ثم قدم جعفر بهم المدينة كان من الصحابة أجود، قال ابن حبان: كان يقال له: قطب السخا. توفى بمكة سنة ثمانين. وقيل غير ذلك، وكان يوم توفى النبى ﷺ ابن عشر سنين.

عبد الله بن سهل: بن زيد بن كعب بن عامر بن عدى الأنصارى الأوسى الحارثى، قتل فى عهد النبى ﷺ لما خرج للتجارة إلى خيبر مع أخيه عبد الرحمن بن سهل، وبعض أقربائه، وتفرقوا بحوائجهم، فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب من قلب خيبر، فجاءوا إلى رسول الله ﷺ، وقصته فى القسامة مشهورة.

عبد الله بن الزبير: بن العوام بن خويلد القرشى الأسدى، أمه أسماء بنت أبى بكر هاجرت به أمه إلى المدينة وهى حامل فولد بعد الهجرة بعشرين شهراً، وقيل: فى السنة الأولي وكان أول مولود ولد فى الإسلام بالمدينة من قريش. وكان هو من عباد الصحابة وبويع له

بالخلافة، وكان ممن لم يبايع يزيد فغلب على الحجاز والعراقين واليمن ومصر وأكثر الشام، وكانت ولايته تسع سنين، وقتله الحجاج بن يوسف فى أيام عبد الملك بن مروان فى ذى الحجة سنة ثلاث وسبعين فى مكة.

عتاب بن أسيد: بفتح أوله ابن أبى العيص بكسر المهملة بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف يكنى بأبى عبد الرحمن، ويقال: أبو محمد هو صحابى مكى أسلم يوم فتح مكة كذا قال الإمام اليافعى، وكان صالحا خيرا استعمله النبى ﷺ على مكة حين خروجه إلى حنين، ولم يزل واليًا على مكة حتى قبض رسول الله ﷺ وأقره أبو بكر فلم يزل عليها واليا، وتزوج بابنة أبى جهل فولد له منها عبد الرحمن بن عتاب. وقد ذكر أبو جعفر الطبرى عتابا فيمن لا يعرف تاريخ وفاته، وقال فى تاريخه: إنه كان واليا بمكة لعمر سنة عشرين. وقال الزيلعى فى تخريج أحاديث الهداية: أنه مات فى جمادى الأخرى سنة ثلاث عشرة. وقال الواقدى أنه مات يوم مات أبو بكر الصديق رضى الله تعالى عنهم.

عثمان بن أبى العاص الثقفى الطائفى: صحابى شهير استعمله رسول الله ﷺ على الطائف ومات فى خلافة معاوية بالبصرة.

عثمان بن عفان: بن أبى العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف الأموى القرشى يكنى أبا عمرو، أسلم قديما وتزوج بنتى رسول الله ﷺ رقية ثم أم كلثوم مرة بعد أخرى، ولقب بذى النورين، وهو أحد الخلفاء الأربعة والعشرة المبشرة، ولد بعد الفيل لست سنين، ولم يشهد بدرا لأنه كان فى خدمة مرض زوجته رقية بنت النبى ﷺ. وقال ابن مسعود حين بويع عثمان بايعنا خيرنا وكان هو أوصل للرحم من زهاد الصحابة قائم الليل كريم النفس استشهد فى المدينة فى ذى الحجة بعد عيد الأضحى. وقيل: ثانى عشر ذى الحجة سنة خمس وثلاثين قتله المصريون والمصحف مفتوح بين يديه، وهو يقرأ فانتفخ الدم، ووقع على قوله تعالى: ﴿فسيكفيكهم الله وهو السميع العليم﴾، وكان مدة خلافته اثنى عشر سنة وعمره ثمانون وقيل: أقل وقيل: أكثر.

عدى ابن حاتم: بن عبد الله الطائى رئيس طى يكنى أبا طريف، ويقال: أبو وهب صحابى شهير متواضع قدم عليه ﷺ فى شعبان سنة سبع وهو من المعمرين حضر فتح المدائن، وشهد مع على الجمل وصفين وغيرهما، وتوفى بعد ذلك بالكوفة وقال ابن حاتم السجستانى فى كتاب المعمرين، قالوا: عاش مائة وثمانين سنة، وقيل: مائة وعشرين سنة، وقال خليفة: توفى بالكوفة سنة ثمان وستين. وقيل: سبع وستين.

عرفجة بن أسعد: بن كرب بفتح الأول وكسر الثانى، هو صحابى تيمى قد أصيب أنفه يوم الكلاب يروى عنه الفرزدق الشاعر وهو نزل بالبصرة.

عقيل بن أبى طالب: بن عبد المطلب هاشمى أخو على أسلم قبل الحديبية، وشهد

عزوة موتة ، وكان أسن من جعفر بعشر سنين ، وكان جعفر أسن من علي بعشر سنين ، وكان عالما بنسب قريش ذكيا حاضر الجواب ، توفى فى خلافة معاوية بعد ما عمى ، وقيل : مات فى أول حكومة يزيد بن معاوية قبل وقعة الحرة .

على بن أبى طالب: بن عبد المطلب بن هاشم ابن عم النبى ﷺ ، وزوج ابنته ، وأمير المؤمنين والخليفة الرابع وواحد من العشرة المبشرة ، وأمه فاطمة بنت أسد بن هاشم ، وهو أول من أسلم فى صغره وشهد بدرا وأحدا وسائر المشاهد ، وكان بيده لواء رسول الله ﷺ فى مواطن كثيرة ، ولم يتخلف إلا فى تبوك خلفه رسول الله ﷺ على المدينة . وقال له ﷺ : ﴿أنت منى بمنزلة هارون من موسى إلا أنه لا نبى بعدى﴾ ، قتله عبد الرحمن بن ملجم ليلة الجمعة لثلاث عشر خلت . وقيل : بقيت من رمضان سنة أربعين . وقيل فى أول ليلة من العشر الآخر من رمضان . وروى عن أبى جعفر أن قبر على جهل موضعه ، وقيل : دفن فى قصر الأمارة . وقيل : فى رحبة الكوفة ، توفى وهو ابن ثلاث وستين على الأصح . وقيل : أقل ، وقيل : أكثر .

عمار بن ياسر: بن عامر بن مالك العنسى بالنون ساكنة ومهملة مولى بنى مخزوم صحابى جليل مشهور من السابقين الأولين بدرى قتل مع على بصفين سنة سبع وثلاثين .

عمر بن أبى سلمة: بن عبد الأسد المخزومى ربيب النبى ﷺ صحابى صغير أمه أم المؤمنين أم سلمة زوج النبى ﷺ تزوج النبى ﷺ أم سلمة بعد وقعة بدر فى سنة اثنتين ، وكان هو يوم توفى رسول الله ﷺ ابن تسع سنين ، قاله الواقدى . وقال ابن الجوزى : إنه كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله ﷺ ثلاث سنين ، فكأنه عليه السلام تزوجها سنة أربع ، وقال ابن الهادى : إن هذا بعيد كيف وقد قال ابن عبد البر : إنه ولد فى السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة ، ويقوى هذا ما أخرجه مسلم فى صحيحه عن عمر بن أبى سلمة أنه سأل رسول الله ﷺ عن القبلة للصائم ، فقال ﷺ : «سل هذه» فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك ، فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر ، فقال ﷺ : أما والله إنى لأتقاكم لله تعالى ، وظاهر هذا أنه كان كبيرا كذا نقل فى نتائج الأفكار ، وأمره على البحرين ، ومات سنة ثلاث وثمانين على الصحيح ، كذا فى التقريب .

عمر بن عبد العزيز: ابن مروان بن الحكم بن أبى العاص بن أمية بن عبد شمس القرشى الأموى المدنى ، ثم الدمشقى يكنى أبا حفص وأمه أم عاصم بنت عاصم بن عمر ابن الخطاب . ذكره ابن حبان فى ثقات التابعين قال ابن سعد : قالوا : ولد سنة ثلاث وستين ، وقيل : ولد مقتل الحسين سنة إحدى وستين كان هو ثقة مأمونا فقيها مجتهدا حافظا للقرآن ورعا إماما عادلا ، قال مالك بن أنس : كان سعيد بن المسيب لا يأتى أحدا من الأمراء غيره ولى أمرة المدينة للوليد ، وكان مع سليمان بن عبد الملك كالوزير ، وتوفى سليمان فى صفر سنة تسع

وتسعين واستخلف عمر بن عبد العزيز يوم مات فولى الخلافة بعده ، وعد من الخلفاء الراشدين ، وما تم له أربعون سنة حتى مات فى رجب سنة إحدى ومائة ، ومدة خلافته سنتان ونصف . وقال الشعرانى أنه دفن بدير سمعان من أرض حمص .

عمرو بن حزم: ابن زيد صحابى أنصارى يكنى أبا الضحاك شهد الخندق وله خمسة عشر سنة ، واستعمله النبى ﷺ على نجران وهو ابن سبعة عشر سنة قال : خليفة مات سنة إحدى أو اثنتين وخمسين . وقال : سعيد بن عفير سنة ثلاث وخمسين ، وقال ابن إسحاق سنة أربع وخمسين . وقيل : توفى فى خلافة عمرو فى التقريب أنه وهم .

عمر بن الخطاب: ابن نفيل بن عبد العزى بن رياح بن عبد الله بن قرط بن رزاح ابن عدى بن كعب القرشى العدوى يكنى أبا حفص أمير المؤمنين كان كثير العلم وافر الفهم زاهدا متواضعا أحد الخلفاء الأربعة من العشرة المبشرة كان إسلام عمر نصرة للمسلمين شهد بدرا والمشاهد كلها ، وفتح الله فى عهده بلادا كثيرة ، وكان نقش خاتمه كفى بالموت واعظا ، وولى الخلافة عشر سنين وشهورا واستشهد فى المدينة المنورة يوم الأربعاء لأربع بقين من ذى الحجة . وقيل : لثلاث سنة ثلاث وعشرين وهو ابن ثلاث وستين سنة . وقيل : غير ذلك ، ودفن مع صاحبيه فى حجرة عائشة بعد أن استأذنها فى حياته ، وأوصى أن يستأذن أيضًا بعد موته كذا قال الإمام اليافعى .

عيسى بن أبان: من علماء الأصول كان فقيها ذا اعتماد ، وقال ابن الملك : ابن أبان كان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأى تفقه على محمد بن الحسن ، وكان موته سنة إحدى وعشرين ومائتين .

حرف الفاء

فخر الإسلام: هو على بن الحسين بن عبد الكريم النسفى البزدوى نسبة إلى بزدة قلعة حصينة كذا فى أعلام النبلاء ، كان إمام الأصحاب بماوراء النهر درس بسمرقند ، وكان ممن يضرب به المثل فى حفظ المذهب ، وله التصانيف الجليلة ، وأخوه صدر الإسلام محمد بن محمد ابن الحسين بن عبد الكريم وعبد الكريم هذا تلميذ الشيخ الإمام أبى منصور محمد بن محمد الماتريدى السمرقندى يكنى فخر الإسلام بأبى العسر لكون تصانيفه عسيرة ، ويكنى أخوه بأبى اليسر لكون تصانيفه يسيرة ولد فى حدود سنة أربع مائة ، وتوفى بكش فى رجب سنة أثنتين وثمانين وأربع مائة .

حرف القاف

القدورى: هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان الفقيه الحنفى، انتهت إليه رياسة الحنفية بالعراق كان قد سمع الحديث، وروى عنه أبو بكر الخطيب صاحب التأريخ، وصنف فى مذهبه مختصراً مشهوراً كانت ولادته سنة اثنتين وستين، وثلاث مائة. وتوفى يوم الأحد الخامس من رجب سنة ثمان وعشرين وأربع مائة ببغداد، ودفن من يومه بداره فى درب أبى خلف، ثم نقل إلى تربة فى شارع المنصور، ودفن هناك بجنب أبى بكر الخوارزمى الفقيه الحنفى والقدور بضم القاف والدال المهملة وسكون الواو وبعدها راء مهملة وهى جمع قدر قال ابن خلكان ولا أعلم سبب نسبته إليها بل هكذا ذكره السمعانى فى كتاب الأنساب. وقيل: إنه نسبة إلى بيع القدور أوالى عملها. وقيل: القدور اسم قرية.

حرف الكاف

الكرخى هو الإمام أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال كان من ثقات الحنفية وشيوخهم، وله مختصرفى الفروع الحنفية شرحه القدورى وغيره، توفى سنة أربعين وثلاث مائة.

حرف الميم

مارية أم سيدنا إبراهيم ولد النبى ﷺ كانت قبطية أهداها له ﷺ المقوقس ملك الاسكندرية ومصر توفيت سنة السادسة عشر كذا قال الإمام اليافعى.

مالك بن أنس: ابن مالك بن أبى عامر بن عمرو الأصبحى أبو عبد الله المدنى الفقيه إمام دار الهجرة رأس المتقين من كبار أتباع التابعين، كذا قال ابن حجر كان هو إذا أراد أن يحدث توضأ وجلس على صدر فراشه وسرج لحيته وتمكن فى جلوسه بوقار وهيئة ثم حدث وكان يكره أن يحدث على الطريق أو قائماً أو مستعجلا، وكل هذا لتعظيم حديث رسول الله ﷺ، وكان لا يركب فى المدينة المنورة مع ضعفه وكبر سنه، ويقول: لا أركب فى مدينة فيها جثة رسول الله ﷺ مدفونة كانت ولادته سنة خمس وتسعين للهجرة. وقيل: سنة ثلاث وتسعين. وقيل: سنة تسعين وتوفى لعشر مضين من ربيع الأول سنة تسع وسبعين بعد المائة، وقيل: سنة ثمان وسبعين، وتوفى بالمدينة ودفن بالبقيع، وروى الترمذى عن أبى هريرة مرفوعا يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل يطلبون العلم، فلا يجدون أحدا أعلم من عالم المدينة قال: سفيان ابن عيينة: إنه مالك بن أنس ومثله عن عبد الرزاق، كذا فى المشكاة والأصبحى بفتح الهمزة وسكون الصاد

المهملة وفتح الباء الموحدة نسبة إلى ذى أصبح واسمه الحارث بن عوف وهو من يعرب بن قحطان وهى قبيلة كبيرة باليمن.

محمد بن الحسن: ابن فرقد الشيبانى بالولاء الإمام الفقيه الحنفى، وهو ابن خالة الفراء النحوى اللغوى وأصله من قرية على باب دمشق فى وسط الغوطة اسمها حرستا وقدم أبوه من الشام إلى العراق، وأقام بواسط فولد له بها محمد ونشأ هو بالكوفة وطلب الحديث وحضر مجلس أبى حنيفة سنين، ثم تفقه على أبى يوسف، وأخذ الحديث من الإمام مالك وصنف الكتب الكثيرة حتى قيل: إنه صنف فى العلوم الدينية تسع مائة وتسعة وتسعين كتابا، وكان هو رحمه الله فصيحا لغويا أديبا استند بقوله: أبو عبيد فى غريب الحديث، وجرى بينه وبين الإمام الشافعى مجالس، وتزوج هو بأم الشافعى، وفوض إليه كتبه وماله حتى قال الإمام الشافعى: حملت من علم محمد بن الحسن وقر بعير. وقال أيضًا: أمن الناس على فى الفقه محمد بن الحسن، وقال أيضًا ما رأيت سمينا ذكيا إلا محمد بن الحسن، وكان الرشيد قد ولاه قضاء الرقة، ثم عزله عنها وقدم بغداد، ولم يزل هو ملازما للرشيد حتى خرج إلى الرى خرجته الأولى، فخرج معه ومات برنبوية قرية من قرى الرى فى سنة تسع وثمانين ومائة ومولده سنة خمس وثلاثين. وقيل: إحدى وثلاثين، وقيل: اثنين وثلاثين ومائة ويوم مات هو مات الإمام فى النحو والقراءة أبو الحسن على بن حمزة الكسائى حتى قيل: إن الرشيد كان يقول: دفنت الفقه والعربية بالرى.

محمد بن مقاتل: هو من الآخذين عن تبع الأتباع ممن لم يلق التابعين، وأصله من الرى مات بعد المائتين كذا قال ابن حجر.

معاوية بن أبى سفيان صخر: ابن حرب بن أمية الأموى أبو عبد الرحمن صحابى أسلم قبل الفتح. وقيل: يوم الفتح، وروى أنه كان كاتب الوحى ودعا له النبى ﷺ حيث قال: اللهم علم معاوية الحساب والكتاب وقه العذاب، وصالح معه الحسن بن على، وولى الأمارة حتى مات فى رجب سنة ستين، وقد قارب الثمانين.

حرف النون

النخعى: هو إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعى يكنى أبا عمران كوفى فقيه ثقة من التابعين وكان مفتى أهل الكوفة مات سنة ست، وقيل: خمس وتسعين وهو ابن خمسين، وقال ابن خلكان: الأصح أنه كان ابن تسع و أربعين سنة ونسبته إلى النخع بفتح النون والخاء المعجمة وبعدها عين مهملة، وهى قبيلة كبيرة من مذحج باليمن وأبوها.

حرف الهاء

هلال بن يحيى: بن مسلم البصرى الرائى نسبة إلى الرأى لأنه كان على مذهب الكوفيين ورائهم ، وهو من أصحاب يوسف ابن خالد البصرى ، ويوسف هذا من أصحاب أبى حنيفة . وقيل : إن هلالا أخذ العلم عن أبى يوسف وزفر ، ووقع فى المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازى ، وفى المغرب هو تحريف ، لأنه من البصرة لا من الرى والرازى نسبة إلى الرى . وهكذا صحح فى مسند أبى حنيفة ، كذا فى رد المختار . وقيل له : كتاب الشروط وأحكام الوقف مات سنة خمس وأربعين ومائتين ، كذا فى مفتاح السعادة .

حرف الياء

يحيى بن معين: ابو بكر المرى البغدادى . وقيل : إنه كان من قرية من قرى الأنبار ، وهو إمام فى الحديث ثقة حافظ متقن لم يلق التابعين بل أخذ عن تبع الأتباع ، وكتب بيده ست مائة ألف حديث ولد سنة ثمانين وخمسين ومائة ، كذا قال الذهبى ، وقال أحمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس هو بحديث ، كذا فى غاية البيان . قيل : إنه خرج مرة من المدينة المنورة لطلب الحج فرأى النبى ﷺ فى المنام ، فقال : يا يحيى أ ترغب عن جوارى فقام من الغد ورجع ، وأقام بالمدينة ثلاثة أيام ثم مات فى المدينة المنورة فى ذى القعدة سنة ثلاث وثلاثين ومائتين ، وله بضع وسبعون سنة كذا قال ابن حجر وصلى عليه والى المدينة ، ودفن بالبقيع والمرى بضم الميم وتشديد الراء وهذه النسبة إلى مرة بن غطفان ، وهى قبيلة كبيرة مشهورة كذا قال ابن خلكان .

اليمان: اسمه حسيل مصغرا وقيل : حسل بكسر ثم سكون هو ابن جابر العبسى بالموحدة وهو هرب إلى المدينة فحالف بنى عبد الأشهل ، وتزوج بامرأة من بنى عبد الأشهل فولد له منها حذيفة وأسلم اليمان وابنه حذيفة وشهدا أحدا فقتل اليمان بها ، وأما حذيفة فهو صاحب سر النبى ﷺ ، وروى مسلم أنه قال : لقد حدثنى رسول الله ﷺ بما كان وما يكون حتى تقوم الساعة واستعمله عمر على المدائن سكن الكوفة ومات بعد قتل عثمان بأربعين يومًا كذا فى تهذيب التهذيب . وقال الذهبى : إنه مات سنة ست وثلاثين .

هداية

فى ذكر بعض الأسانيد إلى مؤلف الهداية

اعلم أنه أجازنى بجميعها الشيخ الفقيه الكامل النبيه السيد أحمد بن زين دحلان الشافعى المدرس فى الحرم الشريف المكى بمكة المعظمة فى ذى القعدة سنة التاسعة والسبعين بعد الألف

والمائتين من هجرة رسول الثقلين، وله إجازة بجميعها من طرق عديدة.

منها: عن العلامة الشيخ عثمان الدمياطى الشافعى المدرس بالجامع الأزهر فى المصر الأنور ابن المرحوم الشيخ حسن الدمياطى، عن الشيخ محمد بن الشيخ على ابن الشيخ منصور الشنوانى المدرس بالجامع الأزهر على ما هو مثبت مسلسلا فى ثبته المسمى بالدرر السنية فيما علا من الأسانيد الشنوانية، وعن الشيخ العلامة أبى محمد محمد بن محمد الأمير على ما هو مصرح مرفوعًا إلى صاحب الهداية فى ثبته، وكتاب سنده.

ومنها: عن العلامة الشيخ عبد الرحمن بن الشيخ الإمام محمد بن الشيخ عبد الرحمن الكزبرى الدمشقى على ما هو مثبت مسلسلا فى رسالة سنده.

ومنها: عن الشيخ أبى على محمد العمرى عن إمام المحدثين فى بلد الله الحرام الشيخ عمر بن عبد الكريم بن عبد الرسول على ما هو مثبت فى مدارج الأسناد، والشيخ الإمام الوالد القمقام أدام الله ظله إلى يوم القيامة عن الشيخ رئيس المدرسين فى بلد الله الأمين شيخ العلماء جمال ابن عبد الله شيخ عمر الحنفى عن الشيخ المرحوم عبد الله السراج، وعن الشيخ محمد بن محمد العزب الشافعى المدرس فى المسجد النبوى، وعن بعض الثقات عن العلامة محدث دار الهجرة الشيخ محمد عابد السندى على ما هو مصرح فى ثبته المسمى بحصر الشارد، وعن أشياخ آخرين تغمدهم الله بغفرانه، وأسكنهم بحبوحة جنانه.

وقد قرأ الوالد العلام أدام الله ظله الجلدين الأخيرين من الهداية أعنى من كتاب البيوع إلى الآخر على عمه الشيخ القدوة المفتى محمد يوسف حفظه الله عن موجبات التاسف، وهو قرأ على أستاذه وجد أبيه بحر العلوم والجاه مولانا المرحوم المفتى محمد ظهور الله اللكنوى، وهو قرأ على أبيه مهبط الفيض الأزلى مولانا المرحوم المفتى محمد ولى، وهو يرويها عن أخ جده أستاذ الأساتذة شيخ المحققين مولانا المرحوم نظام الملة والدين، عن أبيه سند الكاملين قدوة العارفين مولانا المرحوم الشيخ قطب الدين الشهيد اللكنوى السهالوى، وهو مستغن عن الأوصاف لاشتهاره فى الأقطار والأطراف.

هذا ولقد استراح القلم من تحرير هذه المقدمة نهار الأول من الربيع الأول سنة إحدى وثمانين بعد الألف والمائتين من هجرة رسول الثقلين صلى عليه الله رب المشرقين والمغربين وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

مذيلة الدراية لمقدمة الهداية

للإمام أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي رحمه الله تعالى

بسم الله الرحمن الرحيم

حامدًا ومصليًا

يقول أبو الحسنات محمد عبد الحى الأنصارى اللكنوى ابن علامة دهره فهامة عصره مرجع الأنام فى زمانه مطلب الأعلام فى أوانه، مولانا الحاج الحافظ عبد الحليم جعله الله من ورثة جنة النعيم: هذه رسالة مسماة بمذيلة الدراية لمقدمة الهداية، مرتبة على عدة هداية، كل منها لطالب الهداية كفاية جعلتها ذيلا[1] لما ألفته سابقًا، وتتمة لما صنفته سالفا.

هداية

فى تراجم من ذكر فى المجلدين الأولين من الهداية

آخذا من التهذيب وتهذيبه وتذهيبه، والإصابة وغيرها، كتهذيب الأسماء واللغات للنووى، وشروح الهداية ملاحظًا فى التعبير عنهم بعنوان صاحب الهداية.

حرف الألف

أُبى: بضم الأول وفتح الباء الموحدة، وتشديد الياء التحتانية المثناة هو ابن كعب ابن قيس ابن عبيد بن زيد الخزرجى الأنصارى، كنّاه رسول الله ﷺ بأبى المنذر، وكناه عمر ابن الخطاب رضى الله عنه بأبى الطفيل، شهد العقبة الثانية فى سبعين من الأنصار، وشهد بدرًا وغيرها من المشاهد، ومن أجل مناقبه ما ثبت فى صحيح البخارى ومسلم عن أنس أن رسول الله قرأ على أبى سورة "لم يكن" وقال: «أمرنى الله تعالى أن أقرأ عليك». وقال الواقدى: أول من كتب لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أبى، وكانت وفاته بالمدينة سنة ثلاثين فى خلافة عثمان رضى الله تعالى عنه، قال أبو نعيم: هو الصحيح، وقيل: سنة تسع وعشرين، وقيل: عشرين، وقيل غير ذلك.

أبو حميد: اسمه عبد الرحمن بن سعد، ويقال: ابن عمرو بن سعد، وقيل: اسمه المنذر ابن سعيد، وقيل: غير ذلك روى عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عدة

(١) الذيل بقية الشيء وآخره، وذيل تصنيف عبارة عما زيد عليه.

أحاديث ، وروى عنه ولد ولده سعيد وجابر وعباس بن سهل وغيرهم ، كان أعلم أحداث الصحابة بصلاة رسول الله ﷺ كما رواه عنه أصحاب السنن شهد أحدًا وما بعدها من المشاهد ، وتوفى فى آخر خلافة معاوية رضى الله تعالى عنه .

ابن المبارك: هو عبد الله بن المبارك بن واضح أبو عبد الرحمن المروزى الزاهد الفقيه المحدث جمع بين الفقه والأدب والنحو واللغة والورع والعبادة ، وأحد شيوخ الإمام أحمد ، أخذ عن سفيان الثورى ، والإمام مالك ، والإمام أبى حنيفة ، ومدحه فى مواضع كثيرة ، وشهدت بفضله الأئمة ، ونقل ابن خلكان عن كتاب النصوص على مراتب أهل الخصوص ، أنه قدم هارون الرشيد الرقة فانجفل الناس خلف ابن المبارك ، فأشرفت أم ولد أمير المؤمنين ، فلما رأت الناس قالت : ما هذا؟ قالوا : عالم خراسان ، فقالت : والله الملك ، لاملك هارون الذى لا يجمع الناس إلا بأعوان .

وكانت وفاته فى رمضان سنة إحدى ، وقيل : اثنتين وثمانين بعد المائة . ويحكى أنه كان يعمل فى بستان لمولاه ، فجاء مولاه يوما وقال له : أريد رمانا حلوا ، فمضى إلى بعض الشجر ، وأحضر منها رمانًا ، فكسره مولاه ، فوجده حامضا ، فرده عليه ، وقال : اطلب الحلو ، فتحضر الحامض ، هات حلوا ، فمضى وقطع من شجرة أخرى ، فلما كسره المولى وجده أيضًا حامضا ، فاشتد غضبه عليه ، وفعل ذلك دفعة ثالثة ، فقال له المولى بعد ذلك : أنت ما تعرف الحلو من الحامض ، فقال : لا ، لأنى ما أكلت منه شيئًا حتى أعرفه ، فقال : ولم لا تأكل؟ ، فقال : لأنى لم يحصل لى الإذن منك ، فكشف عن ذلك ، فوجده حقا ، فعظم فى عينه ، وزوجه ابنته .

ويقال : إن هذه الحكاية للمبارك أبى عبد الله ، ونسبها بعضهم إلى إبراهيم بن أدهم ، والله أعلم .

أفلح: عم عائشة رضى الله تعالى عنها من الرضاعة ، قيل : هو ابن أبى القعيس ، وقيل : أفلح أبو القعيس قال النووى فى تهذيب الأسماء : واللغات الصحيح أفلح أخو أبى القعيس ، وقال الخطيب فى كتاب الأسماء : المبهمة كنيته أبو الجعد ، وهكذا فى فتح البارى ، وروى الأئمة الستة عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت : دخل على أفلح فاستترت منه ، قال : وأنا عمك ، قلت : من أين ، قال : أرضعتك امرأة أخى ، قالت : إنما أرضعتنى المرأة ، فدخل على رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فحدثته ما وقع بينى وبين أفلح ، فقال : «إنه عمك ، فليلج عليك» .

أبو سعيد الخدرى: هو سعد بن مالك بن سنان بن عبيد بن ثعلبة الأنصارى الخزرجى ، اشتهر بكنيته ، وروى عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كثيرًا ، وعن الخلفاء ، وزيد ابن ثابت وغيرهم رضى الله تعالى عنهم ، وعنه ابن عباس وابن عمر وجابر ، وأبو الطفيل وغيرهم رضى الله تعالى عنهم لم يكن أحد من إحداث الصحابة أفقه منه . وروى سعيد بن منصور عن العلاء بن المسيب عن أبيه قال : قلنا لأبى سعيد هنيئًا لك برؤية رسول الله ﷺ ، قال : يا أخى إنك

لا تدرى ما أحدثنا بعده. مات سنة أربع وسبعين، وقيل: أربع وستين، وقيل: ثلاث وستين، وقيل: خمس وستين.

ابن السكيت: اسمه يعقوب بن إسحاق، ويكنى بأبى يوسف، وإنما عرف بابن السكيت بكسر السين المهملة، وتشديد الكاف المكسورة بعدها ياء مثناة تحتية، ثم تاء مثناة فوقية، لأنه كان كثير السكوت طويل الصمت، وأصله من دورق بفتح الدال المهملة بعدها الواو الساكنة بعدها راء مهملة بعدها قاف، بليدة من أعمال خوزستان بضم الخاء المعجمة وبعد الواو زاء معجمة وهو إقليم بين بلاد فارس والبصرة حكى عن أبيه أنه كان قد حج فسأل الله تعالى فى الطواف أن يرزق ابنه العلم فأجاب الله دعاءه، فتعلم ابن السكيت الصرف والنحو وسائر فنون الأدب، وبرع فيها حتى قال ثعلب: أجمع أصحابنا على أنه لم يكن بعد ابن الأعرابى أعلم باللغة من ابن السكيت، وكان المتوكل قد ألزمه تأديب ولده المعتز بالله، فلما جلس عنده قال له: بأىّ شىء يحب الأمير أن نبدأ من العلوم، فقال المعتز: بالانصراف، قال ابن السكيت: فأقوم، فقال المعتز: فأنا أخف نهوضًا منك، فقام فاستعجل فعثر بسراويله، فسقط، والتفت إلى ابن السكيت خجلا، وقد أحمر وجهه، فأنشد ابن السكيت:

يصاب المرأ من عثرة بلسانه ... وليس يصاب المرأ من عثرة الرجل

فعثرة فى القول تذهب رأسه ... وعثرته بالرجل تبرأ على مهل

فلما كان من الغد دخل يعقوب على المتوكل فأخبره بما جرى فأمر له بخمسين ألف درهم.

ولابن السكيت تصانيف جليلة كإصلاح المنطق وكتاب الأمثال، وكتاب المقصور والممدود وغير ذلك مما هو مذكور فى تاريخ ابن خلكان، وكانت وفاته ليلة الاثنين لخمس خلون من رجب سنة أربع وأربعين ومائتين، وقيل: ست وأربعين، وقيل: ثلاث وأربعين.

أبو ذر الغفارى: اسمه برير مصخر ابن جندب، أو جندب بن عبد الله، والمشهور جندب بن جنادة كان من السابقين إلى الإسلام مصاحبا لرسول الله ﷺ وسائلا له عن كل شىء كما ذكره أبو نعيم فى الحلية مات بالربذة سنة اثنتين وثلاثين، ومناقبه كثيرة.

أبو داود: ذكره صاحب الهداية فى فصل الماء الذى يجوز الوضوء به وما لا يجوز به، بقوله: وما رواه الشافعى من حديث القلتين ضعفه أبو داود، انتهى. والمراد به أبو داود صاحب السنن على ما اختاره صاحب غاية البيان، وصاحب العناية وغيرهما من الشراح وترجمته على ما فى تهذيب النووى أنه سليمان بن الأشعث بن شداد بن عمرو بن عامر السجستانى قاله أبو حاتم وغيره. وقيل: سليمان بن بشر بن شداد، وقال أبو عبيد وأبو بكر بن داسة سليمان بن الأشعث ابن إسحاق بن بشر بن شداد. قال الحافظ أبو طاهر السافى: هذا القول أمثل: والقلب إليه أميل، وأصله من سجستان بفتح السين وكسرها، وهو الأشهر والجيم مكسورة اسم مملكة لكن لما كانت

البلدة المعروفة بزرنج دار مملكتها غلب عليها هذا الاسم سمع أبو داود عبد الله بن مسلمة القعنبى، وأبا الوليد الطيالسى، وأحمد بن حنبل، ويحيى بن معين وغيرهم، وسمع عنه الترمذى والنسائى، وأبو عوانة وغيرهم كان أحد حفاظ الإسلام لحديث رسول الله ﷺ، وعلله حصل له القبول فى ديار الشام والحجاز والعراق وخراسان وغيرها، ولما صنف كتاب السنن صار لأصحاب الحديث كالمصحف يتبعونه اثنى عليه جم من العلماء، ومدحه جمع من الفضلاء.

وحكى عن المحسن بن محمد الرازى أنه قال: رأيت رسول الله ﷺ فى المنام، فقال: من أراد أن يستمسك بالسنن، فليقرأ سنن أبى داود. كانت ولادته سنة ثنتين ومائتين، ووفاته بالبصرة لأربع عشرة بقيت من شوال سنة خمس وسبعين ومائتين هنا، فإن قلت: قد روى أبو داود هذا فى سننه حديث القلتين، ولم يذكر تضعيفه بل سكت عليه، فهو على مقتضى عادته صحيح، فكيف يصح قول صاحب الهداية: ضعفه أبو داود؟ قلت: التضعيف وإن لم يكن مصرحا فى كلامه لكنه يستنبط منه لأنه فى سنده ضعفا، وفى متنه اضطرابا قاله صاحب النهاية. وقيل: يحتمل أن يكون تضعيفه فى غير سننه، وقال العينى: يحتمل أن يكون المراد بأبى داود أبو داود الطيالسى لا صاحب السنن.

أبو دجانة: بضم الدال اسمه سماك بن خرشة، وقيل: ابن أوس بن خرشة الخزرجى الأنصارى شهد بدرا، وكان من الشجعان ودافع عن رسول الله ﷺ يوم أحد، وشهد اليمامة، وشارك فى قتل مسليمة الكذاب، وتوفى فى خلافة أبى بكر رضى الله تعالى عنه، كذا قال النووى.

أبو عبيد: بغير تاء مذكور فى باب الجنايات من كتاب الحج اسمه القاسم بن سلام كان ذا باع طويل فى فنون الأدب والفقه، قال القاضى أحمد بن كامل: كان أبو عبيد فاضلا فى دينه متفننا فى أصناف العلوم من القراءات والفقه والعربية والأخبار حسن الرواية صحيح النقل، روى عن أبى زيد والأصمعى، وأبى عبيدة، وابن الأعرابى والكسائى والفرا وغيرهم. وروى الناس من كتبه المصنفة بضعة وعشرين فى الحديث والقراءات والأمثال ومعانى الشعر وغريب الحديث وغير ذلك، ويقال: إنه أول من صنف فى غريب الحديث. وقال الهلال: منّ الله تعالى على هذه الأمة بأربعة فى زمانهم بالشافعى فى فقه الحديث، وبأحمد بن حنبل فى المحنة، ولو لاه لكفر الناس، وبيحيى بن معين فى ذب الكذب عن الأحاديث، وبأبى عبيد القاسم بن سلام فى غريب الحديث.

وكانت وفاته بمكة، وقيل: بالمدينة سنة اثنتين أو ثلاث وعشرين ومائتين، وقال البخارى: سنة أربع وعشرين، ويوجد فى بعض نسخ الهداية فى الموضع المذكور أبو عبيدة بالتاء، واسمه معمر بن المثنى، وقد ذكرنا ترجمته فى الأصل، وقال العينى فى شرح أبو عبيد: اسمه معمر بن المثنى التيمى، وفى بعض النسخ أبو عبيدة بالتاء، واسمه القاسم بن سلام البغدادى، والأول

أصح ، انتهى . وهذا مخالف لما فى تاريخ ابن خلكان وغيره من التواريخ المعتمدة من أن أبا عبيد بغير التاء كنيته القاسم ، وبالتاء كنيته معمر ، والله أعلم .

أبو قتادة: المشهور أن اسمه الحارث ابن ربعى الأنصارى ، وجزم الواقدى وابن الكلبى بأن اسمه النعمان ، وقيل : عمرو ، وأمه كبشة بنت مطهر بن حرام شهد أحدا وما بعدها ، وكان يقال له : فارس رسول الله ﷺ روى عنه وعن معاذ وعمر وغيرهم ، وروى عنه ابناه ثابت وعبدالله وأنس وجابر وغيرهم مات بالكوفة فى خلافة على رضى الله تعالى عنه وصلى عليه ، وقال الواقدى مات بالمدينة سنة أربع وخمسين ، وذكره البخارى فى من مات بين الخمسين والستين .

أبو محذورة: اسمه أوس ، وقيل : سمرة بن معبر بكسر الميم وسكون العين المهملة ، وفتح التحتانية ، وهو المشهور علمه رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم الأذان وقصته طويلة مروية فى سنن ابن ماجة والنسائى ، وكان تعليمه إياه بالجعرانة مات سنة تسع وخمسين ، وقيل : تسع وتسعين ، وقد ذكرت نبذا من ترجمته فى رسالتى خير الخبر فى أذان خير البشر .

أسامة: هو ابن زيد بن حارثة بن شرجيل بن عبد العزى مولى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ومحبه يكنى بأبى زيد ، وقيل : بأبى محمد مات رسول الله ﷺ وعمره عشرون أو ثمانية عشرة سنة ، وكان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أمره على جيش عظيم ، فمات قبل أن يتوجه أسامة ، فأنفذه أبو بكر فهو آخر البعوث النبوية ، وأول البعوث الصديقية ، واعتزل الفتن إلى أن مات فى أواخر خلافة معاوية بالمدينة ، وصحح ابن عبد البر أنه مات سنة أربع وخمسين .

الأصمعى: هو عبد الملك بن قريب بن عبد الملك بن على بن أصمع من أولاد مضر بن نزار بن معد بن عدنان على ما هو مذكور فى تاريخ ابن خلكان كان صاحب لغة ونحو ، وأما ما فى الأخبار والنوادر سمع شعبة بن الحجاج ومسعر بن كدام وغيرهما ، وروى عنه عبد الرحمن ابن أخيه عبد الله وأبو عبيد ، وأبو حاتم وغيرهم ، وهو من أهل البصرة ، وقدم بغداد فى أيام هارون الرشيد ، وصار مرجعا للأنام ، صنف كثيرا ككتاب خلق الإنسان ، وكتاب الأجناس ، وكتاب الهمزة وغيرها ، وكانت ولادته سنة اثنتين ، وقيل : ثلاث وعشرين ومائة ، وتوفى فى صفر سنة ست عشرة ، وقيل : أربع عشرة ، وقيل : سبع عشرة ومائتين بالبصرة ، وقيل : بمرو ، وعاش ثمانيا وثمانين سنة .

أم سلمة: بنت أبى أمية ابن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشية أم المؤمنين اسمها هند على الأصح ، واسم أمها عاتكة كانت أولا تحت ابن عمها أبى سلمة بن عبد الأسد ابن المغيرة ، فمات فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم سنة أربع ، وقيل : سنة ثلاث وكانت ممن أسلم قديما ، وزوجها أيضًا ، وهاجر إلى الحبشة ، ثم قدما مكة وهاجرا إلى المدينة ، وأخرج النسائى بسند صحيح عنها قالت : لما انقضت عدتى خطبنى أبو بكر ، فلم أقبل ،

فبعث رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم عمر يخطبنى عليه، فقلت أخبره أنى امرأة ذو غيرة، وإنى ليس أحد من أوليائى شاهدا، فقال رسول الله ﷺ لعمر: قل لها: سأدعو الله فيذهب غيرتك، وليس أحد من أوليائك شاهد، ولا غائب يكره ذك، فقال عمر: لابنها سلمة قم فزوجها برسول الله ﷺ، وكانت موصوفة بالجمال البارع والعقل البالغ والرأى الصائب، ماتت فى شوال سنة تسع وخمسين على ما قاله الواقدى، وصلى عليها أبو هريرة، وقال أبو نعيم: سنة اثنتين وستين، وهى آخر أمهات المؤمنين موتا، وقال ابن حبان: ماتت فى آخر سنة إحدى وستين بعد ما جاءها نعى الحسين رضى الله تعالى عنه، ويرد هذه الأقوال ما ثبت فى صحيح مسلم أن الحارث بن عبد الله وعبد الله بن صفوان دخلا على أم سلمة فى خلافة يزيد، فسألا عن الجيش الذى يخسف به، وكان ذلك حين جهز يزيد مسلم بن عقبة بعسكر الشام إلى المدينة، وكانت وقعة الحرة سنة ثلاث وستين، كذا قال ابن حجر[1] فى الإصابة.

أنس: هو ابن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد بن حرام الخزرجى الأنصارى، خادم رسول الله ﷺ واحد مكثرى الرواية عنه أتت به أم سليم أمه عند رسول الله ﷺ وهو ابن عشر سنين، وقالت: هذا غلام يخدمك، فقبله، وكناه بأبى حمزة، فخدمه عشر سنين، ودعى له رسول الله ﷺ بقوله: اللهم أكثر ماله وولده، وبارك فيه فأجابه الله تعالى دعاءه، فكثر ماله حتى إن أرضه كانت تثمر فى السنة مرتين، ودفن من صلبه سوى ولد ولده مائة وخمسة وعشرين نفسًا، كما أخرجه الطبرانى عنه، وكانت إقامته بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فى المدينة ثم شهد الفتوح، ثم سكن البصرة، ومات فيها وهو آخر الصحابة موتا فيها سنة إحدى وتسعين، وبلغ عمره إلى مائة إلا سنة، وقال أبو نعيم الكوفى: مات سنة ثلاث وتسعين وعمره مائة وثلاث، وقال النووى فى تهذيب الأسماء: الصحيح الذى عليه الجمهور هو هذا.

أوس: بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوير بن عمرو بن عوف ابن الخزرج الأنصارى أخو عبادة بن الصامت الذى ذكرنا ترجمته فى الأصل شهد بدرا وما بعده، وهو الذى ظاهر من امرأته وكان ذلك أول ظهار فى الإسلام، توفى بالرملة سنة اثنتين وثلاثين.

أبو طالب: بن عبد المطلب عم النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ووالد على رضى الله عنه كان جوادا سخيا شريفا ذاب الأذى عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وناصرًا له مات فى رمضان أو شوال من السنة العاشرة من النبوة. وقيل: مات فى رجب، ولم يجد حظًّا من الإسلام على الصحيح، فقد روى البخارى وغيره أن أبا طالب لما حضرته الوفاة دخل عليه رسول الله ﷺ وعنده أبو جهل وعبد الله بن أبى أمية، فقال: أى عم قل: لا إله إلا الله أحاج لك

---

(١) ما وقع فى مسك الختام شرح بلوغ المرام لبعض أفاضل عصرنا أنها ماتت سنة ثمان وأربعين فشطط لا يلتفت إليه، وقد فصلت الأقوال المختلفة فى رسالتى تبصرة البصائر فى معرفة الأواخر.

بها عند الله ، فقال أبو جهل وعبد الله : أترغب عن ملة عبد المطلب ، فلم يزالا يرادانه حتى قال أبو طالب : آخر ما كلمهم على ملة عبد المطلب ، وأبى أن يسلم ، فقال رسول الله ﷺ : لأستغفرن لك ما لم أنه عنه فأنزل الله : ﴿ما كان للنبى والذين أمنوا أن يستغفروا للمشركين﴾ الأية .

وفى صحيح البخارى ومسلم عن العباس أنه قال لرسول الله ﷺ إن أبا طلب كان ينصرك ويحفظك ويغضب لك ، فهل ينفعه ذلك ، قال : نعم ، وجدته فى غمرات من النار ، فأخرجته إلى ضحضاح .

وروى جماعة من المحدثين كما بسطنا فى غاية المقال فى ما يتعلق بالنعال مرفوعًا أن أهون أهل النار عذابا أبو طالب ، يعطى له نعلان من نار يغلى منهما دماغه .

وروى أبو داود والنسائى وأحمد وغيرهم عن على قال : لما مات أبو طالب انطلقت إلى رسول الله ﷺ فقلت : إن عمك الضال قد مات قال : أذهب فوار أباك ، ثم لاتحدثن شيئًا حتى تأتينى ، فذهبت فواريته ، وجئته ، فأمرنى فأغتسلت ، فهذه الأحاديث وأمثالها صريحة فى موت أبى طلب على الكفر ، وهو المختار عند المحققين .

وذهب بعضهم إلى موته على الإيمان ، مستندين بما ورد فى رواية ابن إسحاق عن ابن عباس رضى الله عنهما بإسناد فيه من لم يسم أنه لما تقارب موت أبى طلب نظر العباس إليه يحرك شفتيه ، فأصغى إليه أذنه ، فقال : يا ابن أخى والله لقد قال أخى الكلمة التى أمرته ، فقال رسول الله ﷺ : «لم أسمع» والجواب عن هذه الرواية أنها مع ضعفها لا تعارض الأحاديث الصحيحة الصريحة فى موته كافرا على أن العباس كان فى ذلك الوقت كافرا ، فلا اعتبار لقوله ، ولذلك رد رسول الله ﷺ شهادته بقوله : «لم أسمع» فافهم . وفى المقام تفصيل لو لا غرابة المقام لأتيته وفى ما ذكرت كفاية .

حرف الباء الموحدة

براء: بن عازب بن الحارث بن عدى الأوسى أبو عمارة ، ويقال : أبو عمرو ، ويقال : أبو الطفيل المدنى نزيل الكوفة ، وهو بتخفيف الراء ، وبالمد على الصحيح المشهور عند طوائف العلماء ، وحكى فيه القصر استصغره رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يوم بدر وهو أول مشاهده كما روى البخارى وغيره عنه استصغرت أنا وابن عمر يوم بدر . وفى صحيح البخارى عنه قال : غزوت مع رسول الله ﷺ خمس عشرة غزوة ، وكانت وفاته بالكوفة زمن مصعب بن الزبير .

براء: بن أوس ذكره ابن مندة فى كتاب الصحابة من الصحابة ، وروى له حديثا ، وفى فتح البارى أنه ظئر إبراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ، ومرضعته أم سيف ، وقيل : أم بردة بنت المنذر بن زيد بن لبيد الأنصارية زوجة البراء بن أوس .

بلال: بن رباح بفتح الراء المهملة الحبشى القرشى ، مولى أبى بكر رضى الله تعالى عنه ،

كان ممن يعذب فى الله ، فيصبر على العذاب ، وكان أمية بن خلف يعذبه ، فقدر الله تعالى أن قتله بلال يوم بدر ، وهو أول من أذن لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ، وما دام مؤذنا زمان حياته ، ولما توفى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ذهب إلى الشام ، وأقام بها إلى أن مات . وقيل : إنه أذن لأبى بكر فى حياته ، وأذن لعمر مرة حين قدم عمر الشام ، فلم ير باكيا أكثر من ذلك اليوم ، وأذن أيضًا فى قدمة قدمها إلى المدينة لزيارة قبر رسول الله صلى الله وعلى آله وسلم ، وله فضائل كثيرة ، ومناقب غفيرة من أجلها ما ثبت فى صحيح البخارى ومسلم أن رسول الله ﷺ قال : دخلت الجنة ، فسمعت حشف نعليك بين يدى ، وما اشتهر من أن سين بلال عند الله شين ، فموضوع كما قال ابن كثير فى تاريخه . وكذا ما اشتهر من قصة سقوطه من المنارة عند الأذان فى المدينة . ووفاته بها فإن الصحيح أن وفاته كانت بدمشق سنة عشرين . وقيل : إحدى وعشرين ، وقد ذكرت نبذا من ترجمته فى رسالتى خير الخبر فى أذان خير البشر ، فارجع إليها .

حرف الثاء المثلثة

ثابت: بن قيس بن شماس بن مالك بن امرئ القيس الخزرجى أبو عبد الرحمن خطيب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ، والمشهود له بالجنة شهد بدرا والمشاهد كلها ، ودخل عليه رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وهو عليل ، فقال : «أذهب البأس رب الناس عن ثابت بن قيس بن شماس» استشهد باليمامة فى خلافة أبى بكر سنة اثنتى عشر ، وروى الطبرانى والبغوى عن أنس أن ثابتا لما قتل كان عليه درع ، فمر به رجل مسلم فأخذها فبينما رجل نائم إذ أتاه ثابت فى المنام ، وقال : إنى لما قتلت أخذ فلان درعى ، ومنزله فى أقصى الناس ، وعند خباءه فرس لى فأت خالدا ، فكان أمير الجيش ، فمره فليأخذها ، وليقل لأبى بكر : إن على من الدين كذا وكذا ، فليؤده ، وإن فلانا من عبيدى عتيق ، فاستيقظ الرجل ، وأتى خالدًا فأخبره ، فبعث إلى الدرع ، فأتى بها وحدث أبا بكر برؤياه ، فأنفذ وصيته .

فائدة :

قال العلماء الوصية فى المنام غير نافذة إلا وصية ثابت فهو من خصائصه رضى الله تعالى عنه .

ثعلبة: بن صعير العدوى ، ويقال : ابن عبد الله بن صعير . ويقال : ابن أبى صعير ، ويقال : عبد الله بن ثعلبة بن صعير ، له حديث واحد عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فى صدقة الفطر . وروى عنه ابنه عبد الله وفيه اختلاف كثير كذا فى التهذيب . وقال العينى فى شرحه : ثعلبة بن صعير بضم الصاد المهملة ، وفتح العين المهملة ، وسكون الياء التحتانية المثناة فى آخره راء مهملة ، والمذكور فى سنن أبى داود وغيره ابن أبى صعير ، وفى كتب الفقه ذكروه بلا كنية ، وفى الكمال ذكره فى ترجمة ابنه عبد الله ، وقال المزى : عبد الله بن صعير مسح رسول

الله ﷺ رأسه ووجهه زمن الفتح، وذعى له، وكانت ولادته قبل الهجرة بأربع سنين، وقيل بعدها، وتوفى سنة سبع وثمانين، وقال الانزارى قال جمال الدين فى نسبه العذرى بضم العين المهملة، وسكون الذال المعجمة آخره راء مهملة. وقيل العدوى منسوب إلى جده عدي.

ثلجى: هو محمد بن شجاع أحد أصحاب الإمام أبى حنيفة نسبة إلى ثلج بن عمر ابن مالك بن عبد مناف، وليس هو منسوبا إلى بيع الثلج، ويقال له ابن الثلجى، وله تصانيف كثيرة مات فجاءة فى صلاة العصر وهو ساجد سنة ست وستين ومائتين، كذا قال العينى.

ثمامة: بضم الثاء ابن أثال بضم الألف، وتخفيف الثاء مصروف بلا خلاف ابن العلماء ابن عبيد بن ثعلبة بن يربوع بن ثعلبة بن الدوال ابن حنيفة الحنفى اليمامى سيد أهل اليمامة، أسره رسول الله ﷺ ثم أطلقه، فأسلم وحسن إسلامه، وقصته مروية فى الصحيحين وغيرهما.

حرف الجيم

جعفر: هو ابن أبى طالب بن عبد المطلب بن هاشم أبو عبد الله الطيار ابن عم رسول الله ﷺ أسلم قديما وهاجر إلى الحبشة مع أصحابه، ووقع سببا لإسلام النجاشى، واستعمله رسول الله ﷺ على غزوة موتة، واستشهد بها سنة ثمان وله فضائل مذكورة فى الصحاح، وإنما لقب بالطيار لقول رسول الله ﷺ رأيت جعفر بن أبى طالب يطير مع الملائكة، رواه الترمذى والطبرانى والحاكم وغيرهم لا لأنه كان يطير فى الدنيا كرامة كما يفهم من شرح العقائد النسفية.

حرف الحاء المهملة

الحارث: هو ابن عبد المطلب بن هاشم عم النبى ﷺ، ولم يدرك الإسلام، فقد كان لعبد المطلب ثلاثة عشر أولادا، ولم يدرك الإسلام إلا أربعة، منهم أبو طلب، وأبو لهب، وحمزة رضى الله تعالى عنه والعباس رضى الله تعالى عنه، ولم يسلم إلا اثنان حمزة والعباس رضى الله تعالى عنهما، كذا فى تاريخ الخميس.

حبيب بن أبى سلمة: هكذا وقع فى الهداية فى فصل التنفيل، وصوابه ابن مسلمة كما نبه عليه الزيلعى، وهو المذكور فى كتب أسماء الرجال أنه حبيب بن مسلمة بن مالك بن وهب بن ثعلبة القرشى الفهرى، كان يقال له حبيب الروم لكثرة دخوله عليهم، وأنكر الواقدى سماعه من رسول الله ﷺ وإن كان عمره حين وفاته عليه الصلاة والسلام اثنتى عشرة سنة، وقال مكحول: سألت الفقهاء هل كان لحبيب صحبة فلم يعرفوا ذلك، فسألت قومه عنه، فقالوا: نعم، وقال ابن معين أهل الشام يثبتون له السماع أيضًا، ومات فى خلافة معاوية رضى الله تعالى عنه، وقال ابن

سعد: لم يزل مع معاوية رض في حروبه حتى وجهه إلى أرمينية واليا، فمات بها سنة اثنتين وأربعين.

وروى إسحاق بن راهويه في "مسنده" أنه ذكر لحبيب بن مسلمة الفهري أن صاحب قبرس خرج بتجارة بطريق أرمينية، فخرج عليها حبيب فقاتله، وجاء بسلبه على خمس بغال من الحرير والديباج والياقوت والزبرجد وأمثالها، فأراد أن يأخذ كلها، وأبى أبو عبيدة، وكان أمير الجيش إلا أن يأخذ بعضه، فقال حبيب له: قد قال رسول الله ﷺ: «من قتل قتيلا فله سلبه»، فقال أبو عبيدة لم يكن ذلك للأبد، وسمع معاذ رضي الله تعالى عنه ابن جبل هذه المخاصمة، فقال لحبيب: ألا تتقى الله، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه» فاجتمع رأيهم على ذلك، فأعطوه الخمس.

وروى نحوه الطبراني في معجمه الكبير والبيهقي في المعرفة، وأسناده ضعيف، وأما ما ذكره صاحب الهداية من أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال لحبيب بن أبي سلمة: ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك، فليس بصحيح كما بسطه العيني في شرحه.

حذيفة: بضم الحاء هو ابن حسل بكسر الحاء المهملة، وإسكان السين المهملة المعروف باليمان[1] بن جابر بن ربيعة، أسلم هو وأبوه وهاجرا إلى المدينة، وشهدا أحدا، وقتل أبوه يومئذٍ، قتله المسلمون خطأ، فوهب لهم دمه، وأسلمت أم حذيفة وهاجرت كما روى الترمذي في مناقب الحسن والحسين، وكان صاحب سر رسول الله ﷺ، وكان فتح همدان والري، والدينور في زمان خلافة عمر رضي الله تعالى عنه على يده وشهد فتح الجزيرة، وولاه عمر رضي الله تعالى عنه المدائن، فلم يزل بها حتى مات سنة ست وثلاثين بعد قتل عثمان رضي الله تعالى عنه بأربعين ليلة.

الحسين: بن علي بن أبي طالب سبط رسول الله ﷺ وريحانته في الدنيا، وسيد شباب أهل الجنة مناقبه مشهورة، وقصة قتله في كتب السير مسطورة، وفي مرآة الجنان لليافعي ولد الحسن بن علي في السنة الثالثة من الهجرة في رمضان، ولم أرهم ذكروا تاريخ ولادة أخيه الحسين والذي يقتضي ما ذكروه من زمان وفاتهما، ومدة عمرهما أن تكون ولادة الحسين في السنة الخامسة، ثم وقفت على كلام للقرطبي المالكي يذكر فيه أن الحسن ولد في شعبان من السنة الرابعة، فعلى هذا ولد الحسين قبل تمام السنة من ولادة الحسن، ومثل هذا غريب في العادة نادر الوقوع، ويؤيد هذا ما وقفت عليه من نقل الواحدي أن فاطمة علقت بالحسين بعد مولد الحسن بخمسين ليلة، والله أعلم.

حنظلة: غسيل الملائكة هو ابن الراهب من سادات الصحابة، وفضلائهم، مناقبه شهيرة

---

(١) إنما لقب باليمان لأنه أصاب دما في قومه، فهرب إلى المدينة، فحالف بني عبد الأشهل من الأنصار، فسماه قومه اليمان، لأنه حالف الأنصار وهم من اليمن، كذا قال النووي.

من أجلها أنه لما استشهد سنة ثلاث من الهجرة فی یوم أحد قال رسول الله ﷺ: «ما بال حنظلة غسلته الملائكة»، فسألوا امرأته فقالت سمع الهاتفة، وفی رواية الهيعة، أی الصوت الشديد من جانب أحد وهو جنب، فلم يتأخر للاغتسال، رواه الطبرانی والحاكم وابن حبان، وغيرهم، وذكر الواقدی أن زوجته جميلة بنت أبی بن أبی سلول، وكانت قد ابتنى بها تلك الليلة فرأت فی منامها كان بابًا من السماء فتح، فدخل حنظلة وأغلق بابه دونها، فعرفت أنه مقتول من الغد، فلما أصبحت دعت برجال من قومها، وأشهدهم أنه دخل بها خشية أن يقع فی ذلك نزاع، كذا ذكره الزيلعی فی تخريج أحاديث الهداية.

فائدة:

وقع فی رواية الطبرانی حنظلة بن الراهب، وجاء فی رواية ابن حبان حنظلة بن أبی عامر، فيوهم هذا الاختلاف تعدده، وليس كذلك، فإن والد حنظلة عمرو بن صيفی بن زيد بن أمية، وكنيته أبو عامر، وقيل اسمه عبد عمرو الأنصاری الأوسی المدنی، وكان يعرف فی الجاهلية بالرهب، وكان هو وعبد الله ابن أبی سلول منافقين، فعبد الله كان يبطنه، وأبو عامر يظهره، وسماه رسول الله ﷺ بالفاسق، لأنه كان يروح من المدينة إلی مكة، وقدم مع قريش يوم أحد محاربًا، وكان بمكة إلی أن فتحت فهرب إلی هرقل فمات هناك كافرا سنة تسع أو عشر، كذا قال النووی والعينی.

حرف السين المهملة

سعد بن معاذ: هو أبو عمر سعد بن معاذ بن النعمان بن امرئ القيس الأنصاری المدنی سيد الأوس، أسلم علی يد مصعب بن عمير حين بعثه رسول الله ﷺ إلی المدينة لتعليم الناس، وشهد بدرا وأحدا والخندق، وتوفی شهيدا عام الخندق من جرح أصابه، وثبت فی الصحيح أن رسول الله ﷺ قال اهتز عرش الرحمن لموته، وفی الصحيحين عن البراء قال: أهدی لرسول الله ثوب حرير، فجعلنا نتعجب من حسنه، فقال لمناديل سعد فی الجنة خير من هذا والين، وله مناقب كثيرة.

سلمة بن الأكوع: الأسلمی المدنی روی عنه ابنه أياس، ومولاه يزيد بن أبی عبيد والحسن بن محمد ابن الحنفية وغيرهم مات سنة أربع وثمانين.

سليمان بن بريدة: بضم الباء الأسلمی المروزی، روی عن أبيه بريدة، وعمران بن حصين، وعائشة وغيرهم، قال أحمد عن وكيع: يقولون: إن سليمان كان أصح حديثا من أخيه عبد الله بن واثق، وقال ابن معين، وأبو حاتم ثقة مات سنة خمس وخمسين ومائة، وفی يوم موته مات أخوه أيضًا، وكانا قد ولدا من بطن واحد، وأبوه بريدة بن الحصيب بن عبد الله بن الحارث

أسلم قبل بدر ، وشهدها ، وشهد خيبر ، وفتح مكة ومات بمرو سنة ثلث وستين ، بريدة صحابى وابنه ليس بصحابى ، وبه ظهر ما فى قول صاحب الهداية فى باب كيفية القتال ، فإن أبوا استعانوا بالله عليهم وحاربواهم لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سليمان بن بريدة : «فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية إلخ» من المسامحة ، فإن المتبادر من هذه العبارة أن راوى الحديث المذكور عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم هو سليمان وليس كذلك بل هو مروى فى صحيح مسلم وغيره عن سليمان عن أبيه ، فافهم .

سمرة بن جندب: بضم الدال وفتحها وبضم الجيم هو أبو سعيد ، ويقال : أبو عبد الرحمن بن هلال بن جريح بن مرة الفزارى توفى أبوه وهو صغير ، فقدمت به أمه إلى المدينة غزا مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم غزوات ، ثم سكن البصرة ، كان شديدا على الخوارج ، ولذا كانت الحرورية يبغضونه ، كان الحسن وابن سيرين من فضلاء البصرة يثنون عليه ، توفى بها سنة تسع ، وقيل : ثمان وخمسين ، وقال البخارى : توفى سمرة بعد أبى هريرة ، يقال : آخر سنة تسع وخمسين ، ويقال : ستين .

سودة: أم المؤمنين بنت زمعة بالفتح ابن قيس بن عبد شمس القرشية العامرية كانت أولا تحت ابن عمها السكران بن عمرو ، وهاجرت معه إلى الحبشة ، ثم قدما مكة ، فتوفى السكران بها رضى الله تعالى عنه ، ولم يعقب وتزوج رسول الله ﷺ بها سنة عشر من البنوة بعد وفاة خديجة رضى الله تعالى عنها ، وقبل تزويج عائشة رضى الله تعالى عنها ، قاله ابن إسحاق وقتادة وغيرهما . وقال عبد الله بن محمد بن عقيل تزوجها بعد عائشة رضى الله تعالى عنها ماتت فى آخر خلافة عمر رضى الله تعالى عنه على قول الأكثر ، وقال الواقدى : إلا ثبت عندنا أنها ماتت فى شوال سنة أربع وخمسين فى خلافة معاوية رضى الله تعالى عنه .

فائدة :

قال النووى : قال إسحاق : أول من تزوجها رسول الله ﷺ خديجة ، ثم سودة ، ثم عائشة ، ثم حفصة ، ثم زينب ، ثم أم حبيبة ، ثم أم سلمة ، ثم زينب بنت جحش ، ثم جويرية ، ثم صفية ، ثم ميمونة رضى الله تعالى عنهن .

سهل بن صخر: قال أبو عمر : له صحبة ، وقال الذهبى : سهل بن صخر الليثى ، وقيل : سهيل نزيل البصرة ، وحديثه عن خالد السمنى عن أبيه كذا نقل العينى وهو غير ابن صخر الذى ظاهر من امرأته ، فإن اسمه سلمة ، أو سليمان ، وقد غلط صاحب الهداية ، فكتب أحدهما مكان الآخر كما ستقف عليه عن قريب .

حرف الشين المعجمة

شراحة: بضم الشين المعجمة وتخفيف الراء بعدها حاء مهملة من قبيلة همدان كذا قال القسطلانى فى شرح صحيح البخارى : هى التى أقرت بالزنا عند على رضى الله تعالى عنه فرجمها .

حرف الصاد المهملة

صبى: بضم الصاد المهملة وفتح الباء الموحدة التغلبى الكوفى بن معبد ذكره ابن حبان فى الثقات ، وقال مسلمة بن قاسم : هو تابعى ثقة روى عن عمر بن الخطاب ، وعامة أصحاب رسول الله ﷺ ، كذا فى تهذيب التهذيب ، وتذهيب التهذيب ، ولم يذكروا تاريخ وفاته .

صفوان بن أمية: هو أبو وهب وقيل : أبو أمية صفوان ابن أمية بن خلف بن وهب القرشى المكى أسلم بعد أن شهد حنينا كافرا ، وكان من المؤلفة ، وتوفى بمكة سنة اثنتين وأربعين ، وقيل : توفى فى خلافة عثمان ، وقيل : عام الجمل سنة ست وثلاثين ، وقتل أبوه يوم بدر كافراً .

صفوان بن عسال: بعين المهملة مفتوحة ، وسين مشددة مهملة المرادى الكوفى غزا مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ثنتى عشرة غزوة ، ومن مناقبه أن عبد الله بن مسعود روى عنه .

حرف العين المهملة

عباس بن عبد المطلب: عم رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ، كان أسن منه بثلاث سنين ، وكان وصولا للأرحام سخيا ، له مناقب شهيرة به استسقى عمر بن الخطاب بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كما هو مروى فى صحيح البخارى وغيره ، وكان ذلك فى السنة السابعة عشر من الهجرة كما فى مرآة الجنان ، واختلفوا فى زمن إسلامه ، فروى الواقدى بسنده عن ابن عباس إن أبى أسلم بمكة قبل بدر ، وأسلمت أم الفضل معه ، إلا أنه لم يهاجر فأسر مع الكفار يوم بدر . ورده الحافظ ابن حجر فى تهذيب التهذيب بأنه ثبت فى الصحيح أنه قال يوم بدر لرسول الله ﷺ حين أسر إنى فاديت نفسى وعقيلا ، فلو كان مسلما لما فادى ، فالصحيح أنه أسلم حين أسر ، ثم استحكم إسلامه حتى قال رسول الله ﷺ : «أيها الناس من آذى عمى فقد أذانى فإنما عم الرجل صنو[1] أبيه» . وكانت وفاته فى رمضان سنة اثنتين وثلاثين . وقيل : أربع وثلاثين .

فائدة :

ذكر ابن إسحاق وغيره من أرباب السير أن عبد المطلب لما لقى من قريش ما لقى عند حفر

---

(١) بكسر الصاد المهملة، وسكون النون أى مثله.

زمزم نذر إن كمل الله عشرة من الولد، ثم بلغوا حتى يمنعوه لينحر أحدهم، فاما بلغوا ووافقوه على النذر أقرع بينهم فخرجت القرعة على عبد الله والد رسول الله ﷺ، وكان أصغرهم وأحبهم إليه، فبادر لذبحه، فمنعته قريش، ثم اتفقوا على تحكيم بعض الكهان فأشار أن يقرع بين عبد الله وعشرة من الإبل، فخرجت مائة من الإبل، فنحرها، ومن ثم لقب عبد الله بالذبيح.

وروى نحوه الطبراني وغيره، وقال العلامة ابن حجر المكى الهيثمى فى كتاب النعمة الكبرى على العالم بمولد سيد ولد آدم: جملة أولاد عبد المطلب اثنى عشر كما قيل، وحمزة أصغر من عبد الله والعباس أصغر من حمزة، فعدهم عشرة قبل وجود هذين. وما قيل: إن عبد الله أصغرهم فالمراد به عند إرادة الذبح، انتهى كلامه.

عثمان بن حنيف: بن وهب بن العكيم الأنصارى الأوسى أبو عمرو المدنى روى عن رسول الله ﷺ وعنه ابن أخيه، وعبيد الله بن عبد الله وعمارة بن خزيمة وغيرهم، شهد أحدا وما بعدها، قاله العسكرى وغيره، وتفرد الترمذى فى قوله: شهد بدرا، وولاه عمر بن الخطاب السواء مع حذيفة بن اليمان، فوضع على الجريب من الكرم عشرة دراهم واستعمله على رضى الله تعالى عنه على البصرة قبل الجمل، وبقى إلى زمن معاوية رضى الله عنه.

عقبة بن عامر: بن عبس بن عمرو بن عدى الجهنى ابن سعاد، ويقال: ابن عامر، ويقال: أبو عمرو، ويقال: أبو عبس، روى عن رسول الله ﷺ وعن عمر رضى الله عنه، وروى عنه جماعة كان قاريا عالما بالفرائض والفقه، فصيح اللسان أحد من جمع القرآن، قال فى تهذيب التهذيب: ومصحفه إلى الأن بمصر بخطه على غير ترتيب عثمان رضى الله تعالى عنه، ولاه معاوية رضى الله تعالى عنه مرة مصر، ثم عزله، وتوفى فى آخر خلافته، وقيل: سنة ثمان وخمسين، وروى أبو زرعة الدمشقى فى تاريخه عن عبادة بن نسى، قال: رأيت جماعة على رجل فى خلافة عبد الملك بن مروان وهو يحدثهم، فقلت من هذا فقالوا: عقبة بن عامر الجهنى، قال أبو زرعة: فذكر ذلك أحمد بن صالح، فأنكر، وقال: مات عقبة فى آخر خلافة معاوية رضى الله تعالى عنه.

عمرو بن العاص: بن وائل بن هاشم بن سعيد بضم السين مصغرًا القرشى السهمى أسلم عام خيبر أول سنة سبع، وقيل: فى صفر سنة ثمان، وشهد له رسول الله ﷺ بالصلاح، واستعمله على عمان، فلم يزل بها حتى توفى رسول الله، ثم أرسله أبو بكر رضى الله تعالى عنه أميرًا إلى الشام، فشهد فتوجه، وولاه عمر رضى الله تعالى عنه فى جيش إلى مصر، ففتحها، ولم يزل واليها بها حتى توفى عمر رضى الله تعالى عنه، ثم عزله عثمان رضى الله تعالى عنه فى آخر خلافته، ثم استعمله معاوية رضى الله تعالى عنه على مصر، فبقى عليها حتى توفى واليا عليها ليلة عيد الفطر سنة ثلاث وأربعين. وقيل: ثمان، وقيل: إحدى وخمسين. قال النووى:

الأول أصح .

فائدة :

الجمهور على كتابة العاصى بالياء، وهو الفصيح عند أهل العربية، ويقع فى كثير من كتب الحديث والفقه بحذف الياء، وهى لغة، وقد قرأ فى السبع نحوه كالكبير المتعال والداع ونحوهما كذا قال النووى .

عمران: بكسر العين ابن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعى البصرى أبو نجيد أسلم هو وأبو هريرة عام خيبر سنة سبع من الهجرة، وغزا مع رسول الله ﷺ غزوات، وبعثه عمر إلى البصرة ليفقه أهلها، وكان مجاب الدعوة، وفى صحيح مسلم عنه قال: كان قد يسلم على حتى اكتويت فترك ثم تركت الكى فعاد يعنى سلام الملائكة .

وروى نحوه الحاكم فى المستدرك، وقال النووى فى شرح صحيح مسلم: كانت بعمران بواسير، وكان يصبر على همها، وكانت الملائكة تسلم عليه، فاكتوى فانقطع سلامهم، ثم ترك فعاد سلامهم، انتهى. ونقل السيوطى فى كتابه "تنوير الملك فى رؤية والنبى والملك" عن البيهقى أنه قال: لو كان النهى عن الكى بطريق التحريم لم يكتو عمران مع علمه بالحديث غير أنه ارتكب المكروه ففارقه ملك كان يسلم عليه فحزن، انتهى .

وقال الترمذى فى تاريخه، والبيهقى فى دلائل النبوة، وأبو نعيم: كان عمران يأمرنا أن تكنس الدار، ونسمع السلام عليكم، ولا نرى أحداً. وأخرج أبو نعيم فى دلائل النبوة عن يحيى بن سعيد القطان، قال: ما قدم علينا البصرة من الصحابة أفضل من عمران أتت عليه ثلاثون سنة تسلم الملائكة عليه من جوانب بيته، وكانت وفاته سنة ثنتين وخمسين .

واختلفوا فى إسلام أبيه حصين، وصحبته، وصحح ابن الجوزى فى التلقيح إسلامه، وأيده بما روى الترمذى فى باب جامع الدعوات عن عمران قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لأبى: يا حصين كم تعبد إلها قال سبعة فى الأرض وواحدا فى السماء، قال: فأيهم تعد لرغبتك ورهبتك، قال: الذى فى السماء، فقال: يا حصين أما أنك لو أسلمت علمتك كلمتين تنفعانك، فلما أسلم قال: يا رسول الله علمنى، فقال: قل: اللهم ألهمنى رشدى، وأعذنى من شر نفسى. قال الترمذى: هذا حديث حسن غريب .

حرف الفاء

فاطمة بنت قيس: التى طلقها زوجها وخطبها معاوية، وأبو الجهم، فتزوجت أسامة، وهى فاطمة بنت قيس بن خالد الأكبر ابن وهب بن ثعلبة الفهرية القرشية أخت الضحاك بن

قيس، وكانت من المهاجرات الأول ذات عقل وافر وكمال، روى عنها جماعة من التابعين، كذا قال النووى.

حرف الميم

ماعز: الأسلمى هو ابن مالك المعترف بالزنا المرجوم، وقصته مروية فى الصحاح.

مصعب بن عمير: بن هاشم بن عبد مناف أبو عبد الله القرشى كان من فضلاء الصحابة، وخيارهم أسلم فى مكة وهاجر إلى الحبشة، ثم إلى المدينة بعد العقبة الأولى ليعلم الناس بعثة رسول الله ﷺ وهو أول من جمع الجمع فى المدينة، وأسلم على يديه سعد بن معاذ، وأسيد بن حضير استشهد يوم أحد، كذا قال النووى.

معاذ بن جبل: بن عمرو بن أوس الخزرجى الأنصارى المدنى أبو عبد الرحمن، أسلم وهو ابن ثمان عشرة سنة، وشهد العقبة الثانية، وشهد بدرًا وأحدًا وغيرهما، وآخى رسول الله ﷺ بينه وبين عبد الله بن مسعود له فضائل كثيرة منها أنه قال له رسول الله ﷺ: «إنى أحبك»، رواه أبو داود والنسائى، ومنها أنه جمع القرآن فى العهد النبوى ﷺ، ومنها أنه أعلمهم بالحلال والحرام، رواه الترمذى وغيره، توفى فى طاعون عمواس[1] بالشام سنة ثمان عشرة على الأصح، وقيل: سبع عشرة.

المعلى: هو ابن منصور الرازى تلميذ أبى يوسف ومحمد روى عنهما الأمالى، وسمع حماد بن زيد وغيره، وقال البخارى: مات ببغداد فى ربيع الأول سنة إحدى عشرة ومائتين، ودخلت عليه سنة عشر ومائتين، ولم يحدث البخارى عنه فى الجامع شيئًا، وإنما حدث عن رجل عنه، كذا قال العينى.

معن بن يزيد: بن الأخنس قال الذهبى له ولأبيه ولجده صحبة أدرك أمرة مروان، انتهى، وروى البخارى عنه قال بايعت رسول الله ﷺ أنا وأبى وجدى وخطب على فأنكحنى، وكان أبى يزيد أخرج دنانير يتصدق بها، فوضعها عند رجل فى المسجد، فأخذتها، فقال: والله ما إياك أردت، فخاصمته إلى رسول الله ﷺ، فقال: «لك ما نويت يا يزيد، ولك ما أخذت يا معن».

مغيرة بن شعبة: بن أبى عامر بن مسعود الثقفى الكوفى أبو عبد الله أبو عيسى أسلم عام الخندق، وشهد الحديبية، وولاه عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه البصرة مدة ثم نقله فولاه الكوفة حتى قتل، فأقره عثمان رضى الله تعالى عنه، ثم عزله واعتزل الفتنة بعد قتل عثمان رضى الله تعالى عنه وشهد الحكمين، ثم استعمله معاوية على الكوفة، فلم يزل بها حتى

---

(١) بفتح الأول والثانى موضع بين الرملة وبيت المقدس نسب الطاعون إليها لأنه بدأ منها.

مات سنة خمسين، وقيل: إحدى وخمسين.

ميمونة: أم المؤمنين بنت الحارث بن حزن الهلالية تزوجها رسول الله ﷺ سنة ست من الهجرة، وقيل: سنة سبع كان اسمها برة، فغيرها رسول الله ﷺ، ماتت بسرف بفتح السين المهملة وراء مكسورة، ثم فاء موضع على ستة أميال من مكة، وقيل: سبعة إلى جهة المدينة، ودفنت هناك، وبنى بها رسول الله هناك أيضًا، وكانت وفاتها سنة إحدى وخمسين على الأظهر وقيل: اثنتين، وقيل: إحدى وستين، وقيل: ست وستين، قال النووى: هذه الأقوال الثلاثة شاذة باطلة.

فائدة:

اختلفوا فى أنها تزوج رسول الله ﷺ بها فى حالة الحرام، أو فى حالة الإحلال، فاختارت الشافعية الثانى، وهو الأصح رواية وثبوتا، واختار أصحابنا الأول وهو الأدق نظرا كما بسطه الأصوليون.

حرف النون

ناجية الأسلمى: هو ابن جندب بن كعب. وقيل: ناجية بن كعب بن جندب صاحب بدن رسول الله ﷺ شهد الحديبية، وبيعة الرضوان. وقيل: كان اسمه ذكوان، فسماه رسول الله ﷺ ناجية إذ نجا من قريش توفى فى خلافة معاوية، قال النووى فى تهذيب الأسماء: واللغات جعل أحمد بن جنبل فى مسنده صاحب البدن ناجية بن الحارث الخزاعى المصطلقى، والأول هو المشهور، انتهى. وزيادة التفصيل فى هذا المقام فى رسالتى غاية المقال فى ما يتعلق بالنعال.

ناطفى: هو أبو العباس أحمد بن محمد بن عمر الناطفى أحد الأئمة الأعلام من تصانيف الأجناس والفروق والواقعات مات بالرى سنة ست وأربعين وأربع مائة، ونسبته إلى عمل الناطف وبيعه وهو تلميذ الشيخ أبى عبد الله الجرجانى وهو تلميذ أبى بكر الجصاص، وهو تلميذ الكرخى، وهو تلميذ أبى حازم القاضى، وهو تلميذ عيسى بن أبان، وهو تلميذ محمد بن الحسن، وهو تلميذ الإمام أبى حنيفة، كذا قال العينى.

حرف الواو

وائل بن حجر: بضم الحاء المهملة، وسكون الجيم ابن ربيعة الحضرمى كان من مملوك حمير، ويقال: للملك منهم، قَيْل بفتح القاف وسكون الياء المثناة التحتية، وجمعه أقيال وكان أبوه من ملوكهم وجاء هو وافدا على رسول الله ﷺ وكان رسول الله ﷺ بشر بقدومه قبل قدومه

بأيام، وقال : يأتيكم وائل من أرض بعيدة من حضرموت راغبًا إلى الله تعالى ، فلما دخل عليه رحّب به وأجلسه مع نفسه واستعمله على بلاده وأقطعه أرضا نزل الكوفة ، وعاش إلى أيام معاوية رضى الله تعالى عنه ، روى عنه ابناه علقمة وعبد الجبار .

حرف الهاء

هلال بن أمية: بن عامر بن قيس بن عبد الأعلم الأنصارى أحد الثلاثة الذين تخلفوا فى غروة تبوك ، وهو هلال وكعب بن مالك ومرارة بن ربيعة ، وورد قبول توبتهم فى سورة براءة ، وأحد من لاعن مع امرأته ، ورماها بشريك بن سحماء ، كما هو مروى فى سنن أبى داود وغيره مفصلا شهد بدرًا وأحدًا .

هند: امرأة أبى سفيان هى بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشية أم معاوية ، أسلمت فى الفتح بعد إسلام زوجها بليلة وحسن إسلامها وتوفيت فى أول خلافة عمر رضى الله تعالى عنه يوم توفى أبو قحافة والد أبى بكر رضى الله تعالى عنهما .

هداية

فى شرح المبهمات الواقعة فى النصف الأول من الهداية والأخير كليهما وعلمها من المهمات

قوله فى فصل البئر : له أنه عليه الصلاة والسلام أمر العرنيين بشرب أبوال الإبل وألبانها .

أقول: وقع فى رواية البخارى فى كتاب الجهاد : أن رهطا من عكل وهو بضم العين وسكون الكاف قبيلة من تيم الرباب ، ووقع فى رواية أخرى له أن ناسا من عرينة ، وفى رواية ثالثة له أن ناسًا من عكل وعرينة بالواو العاطفة ، قال الحافظ ابن حجر فى شرحه : هذا هو الصواب ، ويؤيده ما رواه أبو عوانة والطبرى من طريق سعيد عن قتادة قالوا : كانوا أربعة من عرينة وثلاثة من عكل .

فإن قلت : هذا مخالف لما فى رواية البخارى فى الجهاد أن رهطا من عكل ثمانية ، **قلت** : يحتمل أن يكون الثامن من غير القبيلتين جاء متبعا لهم ، وقد كان قدومهم على رسول الله ﷺ فى ما قاله ابن إسحاق فى الجمادى الأولى سنة ست ، كذا فى إرشاد السارى شرح صحيح البخارى للقسطلانى .

قوله فى فصل البئر من كتاب الطهارة : لأن ابن الزبير وابن عباس أفتيا بنزح الماء كله حين

مات زنجى فى بئر زمزم.

أقول: هكذا رواه الدارقطنى وابن أبى شيبة والبيهقى وغيرهم، وفى رواية: فمات غلام قال العينى فى شرحه: يمكن أن يكون هذا الغلام زنجيا أو حبشيا، والزنجى بالفتح منسوب إلى الزنج، وهو جبل من السودان، وجاء فيه كسر الزاء أيضًا، وفى رواية الطحاوى وغيره حبشى، انتهى كلامه.، ولم أقف إلى الآن على اسم هذا الزنجى الواقع فى بئر زمزم.

قوله فى باب التيمم: لما روى أن قوما جاءوا إلى رسول الله ﷺ وقالوا: إنا قوم نسكن هذه الرمال، ولا نجد الماء شهرا أو شهرين، وفينا الجنب والحائض والنفساء، فقال: عليكم بأرضكم.

أقول: هذا القوم كانوا من أهل البادية كما ورد فى رواية أحمد والبيهقى وإسحاق بن راهويه وغيرهم.

قوله فى فصل الاستنجاء: لقوله تعالى: ﴿فيه رجال يحبون أن يتطهروا﴾ نزلت فى أقوام يتبعون الحجارة الماء.

أقول: هذه الأقوام أهل قباء كما رواه أبو داود والترمذى، وابن ماجة، وأبو الشيخ وابن مردوية، وعبد الرزاق وابن أبى شيبة وأحمد والبخارى فى تاريخه، وابن جرير والبغوى فى معجمه، وأبو نعيم فى المعرفة على ما هو مبسوط فى الدر المنثور، وروى الطبرانى، وأبو الشيخ والحاكم وابن مردويه عن ابن عباس قال: لما نزلت ﴿فيه رجال﴾ الآية بعث رسول الله ﷺ إلى عويم بن ساعدة، فقال: ما هذا الطهور الذى أثنى الله عليكم، فقال: يا رسول الله ﷺ ما خرج منا رجل ولا امرأة من الغائط إلا غسل مقعدته.

وروى ابن سعد وابن أبى حاتم، وأبو الشيخ وابن مردويه أن عويم بن ساعدة سأل رسول الله ﷺ من الذين قال الله فيهم: ﴿فيه رجال يحبون أن يتطهروا﴾ فقال: نعم القوم، منهم عويم ابن ساعدة، قال عروة بن الزبير لم يبلغنا أنه سمى رجلا غير عويم. وروى ابن سعد عن جابر ابن عبد الله مرفوعًا: نعم العبد عويم، قال موسى بن يعقوب: أحد رواته كان عويم أول من غسل مقعدته بالماء فى ما بلغنى.

قلت: الجمع بين الماء والحجر بعد الغائط ثابت من فعل رسول الله ﷺ وأصحابه، وبه مدح الله تعالى أهل قباء كما عرفت، وظن قوم أن هذه الآية نزلت فى الجمع بينهما بعد البول وحكموا بأنه لا بد أن يستنجى بالحجر والماء كليهما بعد البول أيضًا، وليس كذلك فإنه لا يخفى على الواقف على طرق تفسير الآية المذكورة أن نزولها إنما كانت فى الجمع بينهما بعد الغائط، وأما بعد

البول فلم ينقل لنا صريحا عن رسول الله ﷺ ، ولا عن أصحابه أنهم فعلوه إلا عن عمر رضى الله تعالى عنه ، رواه الطبراني فى الأوسط ، وأبو نعيم فى الحلية عن عبد الرحمن بن أبى ليلى ، قال : رأينا عمر بال ، ثم مسح ذكره بالتراب ، ثم التفت إلينا وقال : هكذا علمنا .

وعنه أنه كان يبول ثم يمسح ذكره بحجر ، ثم يمسه الماء رواه عبد الرزاق والفقه فى هذ الباب أن التنقية بالحجر بعد البول ليست من ضروريات الدين بل يكفى التطهير بالماء ، نعم من خاف التقاطر يحسن له أن ينقى بالحجر أيضًا ، وذلك يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص والبلدان كما لا يخفى على أولى الألباب .

قوله فى باب الأذان : صفة الأذان معروفة ، وهو كما أذن الملك النازل من السماء .

أقول : قد روى أصحاب السنن والمسانيد قصة رؤية عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأذان فى المنام بألفاظ مختلفة ، وفى جميعها أنه جاء رجل . . . زاد فى بعضها : عليه ثوبان أخضران ، فعلمه الأذان .

وروى إسحاق بن راهويه فى مسنده عن عبد الرحمن قال : جاء عبد الله بن زيد إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ﷺ إنى رأيت رجلا نزل من السماء فقام على حائط ، فاستقبل القبلة ، وقال : الله أكبر الله أكبر الحديث ، وهذا صريح فى أنه ذلك المعلم كان ملكا كما أشار إليه صاحب الهداية ، ويستنبط ذلك من رواية أبى داود وغيره أيضًا حيث قال فى آخرها : قال له رسول الله ﷺ لما عرض عليه عبد الله رؤياه : أنها لرؤيا حق إن شاء الله تعالى ، فإن الرؤيا الحق لا تكون إلا من الله تعالى ، وقد ثبت فى بعض الروايات أن لله تعالى ملكا يرى عباده ما شاء هو فى المنام ، وهل هذا الملك هو جبرئيل عليه السلام أم غيره ، تردد فيه العينى ، و استظهر الأول .

قوله : لأن النبى عليه الصلاة والسلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس .

أقول : التعريس النزول فى آخر الليل ، وإنما لقبت تلك الليلة به لأنه عرس رسول الله ﷺ وأصحابه فيها ، واختلفوا فى زمانها ، فأخرج مسلم من حديث أبى هريرة ما يدل على أن القصة كانت بخيبر ، وبه صرح ابن إسحاق وغيره من أهل المغازى ، وقالوا : كان ذلك حين قفوله من خيبر وصححه ابن عبد البر ، وقال بعضهم : حين مرجعه من حنين ، وفى حديث ابن مسعود أن ذلك كان زمن الحديبية ، رواه أبو داؤد ، وفى حديث عطاء بن يسار فى غزوة تبوك ، قال ابن عبد البر أحسبه وهما لم يعرض ذلك لرسول الله ﷺ إلا مرة ، وقال بعضهم : هى ثلاث نوازل مختلفة ، كذا قال العينى .

قوله فى باب شروط الصلاة : هكذا فعله أصحاب رسول الله ﷺ .

أقول: لم أقف على تعيينهم، وقال الزيلعى: هذا غريب، وقال العينى: روى الخلال بإسناده عن ابن عمر أن قومًا انكسرت بهم لسفينة، فخرجوا عراة وكانوا يصلون جلوسًا يؤمون بالركوع والسجود.

قوله: لأن الصحابة تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله ﷺ.

أقول: لم يرد تسمية جميعهم فى رواية، نعم يعلم من رواية الترمذى وعبد بن حميد، وأبى داود الطيالسى، وابن ماجة وابن جرير، وابن أبى حاتم، والدارقطنى، وأبى نعيم والبيهقى أن عامر بن ربيعة رضى الله تعالى عنه أيضًا كان فيهم، ويعلم من رواية البيهقى، وابن مردوية والدارقطنى أن جابر بن عبد الله أيضًا كان منهم.

قوله: لأن أهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم.

أقول: لم أقف على تعيينهم.

قوله فى باب صفة الصلاة: لقوله عليه السلام: «قم فصل فإنك لم تصل» قاله لأعرابى حين أخف الصلاة.

أقول هو خلاد بن رافع الزرقى جد على بن يحيى بن عبد الله بن خالد، كذا فى فتح البارى، وهو المراد من قول صاحب الهداية فى ما بعد لقوله عليه السلام فى حديث الأعرابى: ثم ارفع رأسك إلخ.

قوله فى باب الإمامة: ولنا أنه عليه السلام تقدم على أنس واليتيم حين صلى بهما.

أقول: هذا اليتيم هو ضمير بن أبى ضميرة مولى رسول الله ﷺ، ولأبيه صحبة، وقيل: اليتيم أخو أنس لأبيه، واسمه ضميرة، كذا قال العينى.

قوله فى باب ما يفسد الصلاة: كما فعل رسول الله ﷺ لولدى أم سلمة.

أقول: هذان الولدان أحدهما زينب وثانيهما عبد الله، أو عمر بن أبى سلمة كما ورد فى رواية ابن ماجة.

قوله فى باب قضاء الفوائت: لأن رسول الله ﷺ شغل عن أربع صلوات يوم الخندق إلخ.

أقول: هى الظهر والعصر والمغرب والعشاء، كما رواه الترمذى والنسائى والبزار وغيرهم، قال الزيلعى فى تخريج أحاديث الهداية ظاهر الحديث أن العشاء أيضًا من الفوائت، وليس كذلك، وإنما صلاها فى وقتها، لكن لما أخرها عن وقتها المعتاد سماها الراوى فائتة مجازًا.

قوله فى باب صلاة العيدين : وجه الثانى قوله عليه السلام فى حديث الأعرابى عقيب سؤاله هل علىّ غيرهن؟ قال : لا إلا أن تطوع .

أقول: هذا الأعرابى هو ضمام بن ثعلبة كما قيل ذكره القسطلانى والسيوطى فى شرح صحيح البخارى .

قوله فى فصل الصلاة على الميت : لأنه عليه السلام صلى على قبر امرأة من الأنصار .

أقول: روى ابن حبان والحاكم وغيرهما أن امرأة من الأنصار ماتت ودفنت بالليل ، فمر رسول الله ﷺ على قبرها وسأل عنه ، فقالوا : فلانة فعرفها ، فقال : أفلا آذنتمونى ، قالوا : كنت قائلا صائما ، قال : فلا تفعلوا الحديث ، ولم تسم تلك المرأة .

وروى البخارى ومسلم عن أبى هريرة أن امرأة سوداء ، أو رجلا أسود كانت تقوم المسجد ، فماتت ، فسأل رسول الله عنها ، فقالوا ماتت ، فقال : أفلا آذنتمونى دلونى على قبره ، فأتى على قبرها ، وصلى . قال الحافظ ابن حجر فى مقدمة فتح البارى : هذا الشك من الراوى ، وفى رواية أخرى لا أظنها إلا امرأة وبه جزم أبو الشيخ فى كتاب الصلاة وسماها أم محجن ، وروى من طريق ابن بريدة عن أمية اسمها محجنة وهو فى البيهقى .

قوله فى فصل الدفن : ومن شاهد قبر النبى عليه الصلاة والسلام أخبرانه مسنم .

أقول : منهم سفيان بن دينار التمار أبو سعيد الكوفى رواه عنه البخارى ، وأبو نعيم فى المستخرج وابن أبى شيبة ، وابن سعد وغيرهم ، ومنهم أبو جعفر محمد بن على ، والقاسم بن محمد بن أبى بكر ، وسالم بن عبد الله كما رواه أبو حفص بن شاهين فى كتاب الجنائز ، وفى الوفاء بما يجب لحضرة المصطفى لنور الدين[1] على بن أحمد السمهودى . قال يحيى حدثنى هارون بن موسى قال : حدثنى غير واحد من مشايخ المدينة أن صفات القبور الشريفة أنها مسطحة عليها بطحاء ، وأما ما فى صحيح البخارى عن سفيان من أنه رأى قبر رسول الله ﷺ مسنما ، فلا يعارضه ، لأن سفيان ولد فى زمان معاوية ، ولم ير القبر الشريف إلا فى آخر الأمر ، فيحتمل كما قال البيهقى : إن القبر فى الأول لم يكن مسنما ، ثم سنم لما سقط عنه الجدار ، فقد روى يحيى عن عبد الله بن عبد الله بن الحسين أنه رآه مسنما فى زمن الوليد بن هشام ، انتهى .

قوله فى باب من يجوز دفع الصدقة إليه ، ومن لا يجوز لقوله عليه السلام : «لك أجران أجر الصدقة ، وأجر الصلة ، قاله لامرأة ابن مسعود .

أقول: هى زينب بنت معاوية ، أو عبد الله بن معاوية الثقفية ، كما هو مصرح فى رواية

(١) وفاته فى سنة إحدى عشرة وتسع مائة.

الجماعة إلا أبى داود.

قوله: لما روى أن رجلا جعل بعيرا له فى سبيل الله، فأمره رسول الله ﷺ أن يحمل عليه الحاج.

أقول: هو أبو معقل كما ورد فى رواية أبى داود والنسائى.

قوله فى كتاب الصوم: ولنا قوله عليه الصلاة والسلام بعد ما شهد الأعرابى برؤية الهلال: «ألا من أكل فلا يأكلن بقية يومه ومن لم يأكل فليصم».

أقول: لم أقف على اسمه.

قوله: وقد صح أن رسول الله ﷺ قبل شهادة الواحد فى رؤية هلال رمضان.

أقول: هذا هو ابن عمر رضى الله تعالى عنه قبل رسول الله ﷺ شهادته فيه كما رواه أبو داود وابن حبان والبيهقى والحاكم وغيرهم، وكذلك قبل شهادة أعرابى أيضًا جاء من الحرة أخرجه أصحاب السنن الأربعة.

قوله فى باب ما يوجب القضاء والكفارة: وجه الاستحسان قوله عليه السلام للذى أكل وشرب ناسيًا: «تم على صومك».

أقول: رواه أبو داود بإبهام الرجل ولم أقف على اسمه.

قوله: ولحديث الأعرابى فإنه قال: يارسول الله هلكت وأهلكت، فقال: ما صنعت قال: واقعت امرأتى فى نهار رمضان متعمدًا.

أقول: قيل هو سلمة بن صخر البياضى من بنى بياضة رواه ابن أبى شيبة وابن الجارود وبه جزم الحافظ عبد الغنى، وتعقب عليه بأن سلمة هو المظاهر فى رمضان أتى أهله بالليل، رأى خلخالها فى القمر، وروى ابن عبد البر فى التمهيد من طريق سعيد بن بشر عن قتادة عن سعيد بن المسيب أن الرجل الذى وقع على أهله فى رمضان فى العهد النبوى هو سلمان بن صخر أحد بنى بياضة، وقال: أظنه وهما من الرواة لأن المحفوظ إنما هو سلمة أو سلمان فى الظهار، وفى فتح البارى أن المجامع فى رمضان كان أعرابيا كما ورد فى رواية أبى هريرة.

قوله فى كتاب الحج: وأمر أخا عائشة أن يعمرها من التنعيم.

أقول: هو عبد الرحمن بن أبى بكر رضى الله تعالى عنه كما أخرجه البخارى وغيره.

قوله فى باب الإيلاء: وهو المأثور عن على وعثمان والعبادلة الثلاثة رضوان الله تعالى عليهم.

أقول: المراد بهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهم، كذا قال العينى، وقال النووى فى تهذيب الأسماء واللغات: اعلم أن عبد الله ابن الزبير أحد العبادلة الأربعة وهم ابن الزبير وابن عباس وابن عمر، وابن عمرو بن العاص، هكذا قال أحمد وغيره من المحدثين. وقيل لأحمد: فابن مسعود قال: ليس هو منهم، قال البيهقى: لأن وفاته قد تقدمت وهؤلاء عاشوا طويلا حتى احتيج إلى علمهم، ويلتحق بابن مسعود فى هذا سائر المسلمين، وأما قول الجوهرى فى صحاحه: إن ابن مسعود أحد العبادلة الأربعة، وأخرج ابن عمرو بن العاص، فغلط ظاهر، انتهى كلامه.

قلت: قد غلط الجوهرى صاحب القاموس أيضًا فى إدخاله ابن مسعود فى العبادلة، والحق أنه لا وجه للتغليط، فإن فى العبادلة مشربين، أحدهما مشرب المحدثين، وهو ما ذكره النووى وغيره، والثانى مشرب الفقهاء، وهو إدخال ابن مسعود، وإخراج عبد الله بن عمر، وكيف لا، ولابن مسعود أيضًا فضائل وافرة ومناقب متكاثرة، وهو صاحب نعل رسول الله ﷺ وعصاه، وقد ذكرنا نبذا من ترجمته فى غاية المقال فى ما يتعلق بالنعال. وقال ابن الهمام: ابن مسعود أيضًا مشتهر بالفقه، فكان أولى بأن يدخل فيهم، انتهى، وهذا هو الذى ذكره الجوهرى[1] واكتفى عليه، ومن ذكر أحد المشربين فى أمر لا ينسب إليه الغلط كما لا يخفى.

قوله فى باب الظهار: لقوله عليه السلام للذى واقع فى ظهاره قبل الكفارة: «استغفر الله».

أقول: هو سلمة بن صخر بن سليمان بن الصمة بن حارثة بن الحارث بن زيد الخزرجى، وإنما قيل له البياضى، لا لأنه منهم بل لأنه كانت دعوته فيهم فنسب إليهم، وقيل: هو سلمان بن صخر كذا ذكر الترمذى فى جامعه.

قوله فى باب اللعان: دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبى عليه الصلاة والسلام كذبت عليها يارسول الله إلخ.

أقول: هو عويمر العجلانى كذا ورد فى روايات الحديث، ووقع فى الوسيط أن آية اللعان وردت فى عوف بن مالك العجلانى، قال النووى: هذا غلط صريح، وصوابه عويمر كما هو فى الصحيحين وغيرهما بل فى كل من كتب الحديث والفقه والتواريخ والأنساب وغيرها.

قوله: لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال.

(١) هذا على تقدير صحة نسبة النووى إليه إدخال ابن مسعود فى العبادلة، والذى رأيته فى صحاحه هكذا العبادلة ثلاثة عبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن عمرو بن العاص، انتهى.

أقول: اسم امرأته خولة بنت عاصم كما فى فتح البارى، وولدها كان من الزنا، قال عكرمة: وكان أميرا على البصرة، وما يدعى لأب.

قوله فى فصل الحداد: وقال عليه السلام للتى قتل زوجها: «اسكنى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله».

أقول: هى فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه كما فى رواية أصحاب السنن.

قوله فى باب الولد من أحق به: روى أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ، وقالت: إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء إلخ.

أقول: لم أقف على اسمها. قوله: إليه أشار الصديق بقوله: ريقها خير له من عسل وشهد عندك يا عمر، قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته.

أقول: هى أم عاصم بن عمر، واسمها جميلة كذا قال العينى.

قوله فى فصل ثان من فصول باب النفقة: وأما البائن فوجه قوله: ما روى عن فاطمة أنها قالت طلقنى زوجى ثلاثا الحديث.

أقول: اسمه أبو عمرو بن حفص، وذكر النسائى أن اسمه أحمد، وقيل: الأشهر فى اسمه عبد الحميد، كذا قال العينى.

قوله فى فصل من كتاب العتاق: لقوله عليه الصلاة والسلام فى عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين هو عتقاء الله.

أقول: منهم أبو بكرة عبد الحارث بن كلدة، ووردان عبد لعبد الله بن ربيعة الثقفى، ويسار عبد لعثمان بن عبد الله بن نافع عبد لغيلان بن سلمة، وإبراهيم بن جابر عبد لخرشة الثقفى، ومرزوق عبد لعثمان كما رواه الواقدى فى كتاب المغازى ونقله عنه الزيلعى.

قوله فى باب الاستيلاد: وقد سر رسول الله صلى عليه وعلى آله وسلم بقول القائف فى أسامة بن زيد.

أقول: اسمه مجزز بميم مضمومة، ثم جيم مفتوحة، ثم زاء معجمة مشددة مكسورة، ثم زاء أخرى المدجلى بضم الميم وسكون الدال وكسر اللام نسبة إلى بنى مدلج هذا هو المشهور الصحيح، وحكى بعضهم عن ابن جريح فتح الزاء الأولى فى مجزز وحكى عنه أنه محرز بإسكان الحاء المهملة بعدها راء مهملة كذا قال النووى فى شرح صحيح مسلم، وقصته مروية فى الصحاح الستة وغيرها.

قوله فى كتاب الحدود: وقد حبس رسول الله ﷺ رجلا بالتهمة.

أقول: لم أقف على اسمه.

قوله فى فصل كيفية الحد: لهما ما روى أن النبى على الصلاة والسلام رجم يهوديين قد زنيا.

أقول: أحدهما امرأة اسمها بسرة ذكره ابن العربى فى أحكام القرآن، وثانيهما رجل ولم يسم فى رواية كذا فى فتح البارى.

قوله فى باب حد الشرب: لما روى أن عمر أقام الحد على أعرابى سكر من النبيذ.

أقول: هكذا رواه الدارقطنى وابن أبى شيبة وغيرهما، ولم ترد تسميته فى رواية.

قوله فى فصل الحرز من باب السرقة: وقد قطع رسول الله ﷺ من سرق رداء صفوان.

أقول: هكذا ورد فى رواية أبى داود والنسائى وغيرهما.

قوله فى باب كيفية القتال: وحين رأى رسول الله ﷺ امرأة مقتولة قال: هاه.

أقول هكذا رواه النسائى، وأبو داود وغيرهما.

قوله فى باب الغنائم: من رسول الله على بعض الأسارى يوم بدر.

أقول: منهم أبو العاص بن الربيع زوج زينب رضى الله تعالى عنها بنت رسول الله ﷺ وقصة المن عليه مروية فى "طبقات ابن سعد"، وصحيح البخارى وغيرهما ومنهم المطلب ابن حنطب أسره أبو أيوب الأنصارى، فخلى سبيلة، ومنهم عمرو بن عبد الله بن عثمان بن جمح الجمحى كان محتاجًا ذا بنات فكلم رسول الله ﷺ، فمن عليه كذا ذكره بن هشام في سيرته، وذكر الواقدى منهم عمير بن أبى سفيان ووهب بن عمير بن وهب وغيرهما.

قوله فى كتاب المفقود: هكذا قضى عمر رضى الله تعالى عنه فى الذى استهواه الجن.

أقول: رواه ابن أبى الدنيا وغيره كما فى آكام المرجان فى أحكام الجان ولم ترد تسمية الذى استهواه.

قوله فى باب البيع الفاسد: ولنا قول عائشة لتلك المرأة وقد باعت بستمائة إلخ.

أقول: ورد فى رواية الدارقطنى والبيهقى أن اسمها أم محبة بضم الميم وكسر الحاء، ورد فى رواية أحمد أن التى باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمان مائة كانت أم ولد زيد بن أرقم.

قوله: فى فصل ما يكره: وهب النبى عليه السلام لعلى غلامين أخوين صغيرين.

أقول: هكذا ورد فى رواية ابن ماجة والترمذى وغيرهما من غير تسميتهما .

قوله فى باب المرابحة والتولية : وقد صح أن النبى ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين إلخ .

أقول: هكذا ذكره ابن إسحاق ، وقال الواقدى بإسناده أخذ رسول الله ﷺ القصوى ، وكان أبو بكر اشتراه بثمان مائة درهم ، وقالت عائشة رضى الله تعالى عنها : فى ما ذكره ابن هشام هى الجدعاء ، وكذا حكى السهيلى عن ابن إسحاق كذا فى تاريخ الحافظ ابن كثير رحمه الله .

قوله فى كتاب الشهادة : لقوله عليه السلام للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك.

أقول: هذا الرجل اسمه هزال ، قاله الزيلعى ، وقصته مروية فى الصحاح .

قوله فى باب ما يدعيه الرجلان : ولنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله ، فقضى بينهما نصفين.

أقول: هكذا رواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق وغيرهما .

قوله فى كتاب الولاء : لقوله عليه السلام للذى اشترى عبداً ، فأعتقه هو أخوك ومولاك .

أقول: رواه الدارمى وعبد الرزاق بإبهام الرجل .

قوله فى فصل اللبس : رأى رسول الله ﷺ على رجل خاتم صفر إلخ .

أقول: **رواه أبو داود والنسائى** وغيرهما بإبهام الرجل .

قوله فى مسائل متفرقة : وصح أن رسول الله ﷺ عاد يهوديا مرض بجواره .

أقول: اسمه عبد القدوس ، كما فى فتح البارى .

هداية
فى الأنساب والقبائل ونحوها الواقعة فى الهداية

بنو تميم قبيلة من العرب منسوبة إلى تميم بن مر بن طابخة كانت منازلهم بأرض نجد دائرة من هناك على البصرة واليمامة وامتدت إلى اليمامة والعذيب من أرض الكوفة ، ثم تفرقوا بعد

ذلك كذا فى سبائك الذهب[١] فى أنساب العرب ناقلا عن العبر.

بنو تغلب: قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية: تغلب بكسر اللام أبو قبيلة والنسبة إليها تغلبى بفتح اللام استيحاشا لتوالى الكسرتين، وربما قالوا بالكسر، هكذا فى الصحاح، وبنو تغلب قوم من مشركى العرب طالبهم عمر رضى الله تعالى عنه بالجزية، فأبوا وقالوا: نعطى الصدقة مضاعفة، فصولحوا على ذلك، فقال عمر رضى الله تعالى عنه: هذه جزيتكم فسموها ما شئتم، انتهى.

وقال الفاضل يوسف چلپى فى حواشيه عليه: هكذا فى المغرب، وقال فى الكافي والكفاية وغاية البيان: بنو تغلب قوم من نصارى العرب، انتهى.

وفى شرح الوقاية لابن بنت شيخ التسليم الشيخ نظام الدين[٢] الهروى بنو تغلب قوم من نصارى العرب، وما فى الصدرية من أن التغلبى قوم من مشركى العرب، فسهو منه لما ثبت أن عمر لم يوظف على مشركى العرب بل على شأنهم، أما السيف أو الإسلام، انتهى. وقال العينى: بنو تغلب بفتح التاء وسكون الغين وكسر اللام ابن وائل بن قاسط بن هنب، اختاروا فى الجاهلية النصرانية، فدعاهم عمر رضى الله تعالى عنه إلى الجزية، فأبوا وقالوا: نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض، فقال: لا نأخذ من مشرك صدقة، فحلق بعضهم فقال العثمان: يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد، فخذ منهم الجزية باسم الصدقة، فبعث عمر رضى الله تعالى عنه فى طلبهم وضعف عليهم وأجمع الصحابة على ذلك، انتهى. وهكذا فى سبائك الذهب.

بنو حنيفة: قبيلة معروفة تنسب إلى حنفية بن لجيم بن مصعب بن على بن بكر بن وائل بن قاسط بن هنب بهاء مكسورة ونون ساكنة، ثم باء موحدة ابن أفصى بفتح الهمزة، وإسكان الفاء، وفتح الصاد المهملة بن دعمى بضم الدال وعين ساكنة مهملتين، ثم ميم مكسورة، ثم ياء مشددة بن جديلة بن أسد بن ربيعة، وكان غالب هذه القبيلة أولا فى اليمامة، ثم تفرقوا كذا قال النووى فى التهذيب.

بنو المطلب: بطن من بنى عبد مناف من قريش تنسب إلى المطلب بن عبد مناف.

بنو هاشم: نسبة إلى هاشم بن عبد مناف أخى المطلب، وهى خير قبائل العرب وأشرفها حيث جعل الله رسوله ﷺ منها.

أهل نجران: هو بفتح النون وسكون الجيم بلد من اليمن غلبت على أهلها النصرانية.

---

(١) للشيخ الفاضل أبى الفوائد أمين البغدادى.

(٢) هو الذى رد عليه صدر الشريعة فى باب زكاة السوائم بقوله: فانظر إلى هذا الذى أدرج فى الأيمان ركنا آخر إلخ.

أهل حروراء: هو بفتح الحاء المهملة، وضم الراء المهملة تمد وتقصر قرية بالكوفة كان فيها اجتماع الخوارج، فنسبوا إليها فقيل: أهل حروراء حروري، كذا قال العيني.

الأنصار: هم الذين نصروا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ومن هاجر معه بعد هجرته من مكة، وفي صحيح البخاري عن غيلان بن جرير. قلت لأنس بن مالك: أرأيت اسم الأنصار، أكنتم تسمون به أم سماكم الله قال: بل سمانا الله تعالى في كتابه، وردت في مناقبهم أحاديث كثيرة.

ثقيف: هو ابن منبه بن بكر وبنو ثقيف بطن من هوازن ينسبون إليه واشتهروا باسم أبيهم، فيقال لهم: ثقيف أيضًا، وزعم بعض النسابة أنهم من بقايا ثمود. وليس كذلك فإن ثمود ممن لم يبق لهم خلف، قال ابن خلدون في العبر بنو ثقيف بطن متسع وكانت منازلهم بالطائف.

بنو آدم: أي ذريته وهو خطاب خاطبنا الله تعالى به في مواضع من كتابه.

الجن: هم جيل معروف خلقهم الله تعالى على صنوف شتى وعمرهم الأرض قبل خلق الإنس ولم يخالف أحد من طوائف العقلاء في وجودهم إلا شرذمة قليلة من الفلاسفة، وفي أحوالهم كتاب نفيس للقاضي بدر الدين الشبلي الحنفي جامع لأخبارهم حاوٍ لآثارهم سماه آكام المرجان، فليراجع.

الحبشة: هم من أولاد حام بن نوح على نبينا وعليه الصلاة والسلام كما أخرجه الترمذي وابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم وغيرهم، وأخرج الحاكم في مستدركه وصححه وغيره عن ابن مسعود أن نوحا اغتسل يوما فرأى ابنه حام ينظر إليه، فقال: تنظر إلي وأنا اغتسل **سوّد الله لونك فهو أبو السودان**. وقد وردت في فضائلهم أحاديث من شاء الإطلاع عليها، **فليراجع إلى بهجة أزهار العروش** في أخبار الحبوش للسيوطي رحمه الله.

الخوارج: هم طائفة خرجوا على علي رضي الله تعالى عنه، وبغضوه ضد الروافض.

العرنيون: جمع عرني بضم العين نسبة إلى عرينة ابن نذير بن قسر قال صاحب السبائك: فبنو عرينة بطن من أنمار ومنهم الرهط الذين قدموا على رسول الله واستاقوا الإبل كما هو مذكور في كتب الحديث، انتهى. وفي شرح المنار لابن ملك عرنة واد بعرفات تصغيرها عرينة، وهي قبيلة تنسب إليها العرنيون سقطت ياء التصغير وتاء التأنيث عن النسبة. كما يقال في جهينة: جهني، انتهى.

غامدية: نسبة إلي غامد قال المبرد في الكامل بنو غامد بن مضر بن الأزد قبيلة.

همدانية: نسبة إلى همدان حي من العرب.

النصارى: هم الذين أقروا بنبوة عيسى على نبينا وعليه الصلاة والسلام، ولقبوا به لأنهم نصروه.

اليهود: هم الذين أقروا برسالة موسى على نبينا وعليه الصلاة والسلام.

المهاجرون: هم الذين هاجروا من مكة، فمنهم من هاجر إلى المدينة أولا، ومنهم من هاجر إلى الحبشة أولا، ثم إلى المدينة وهم أصحاب الهجرتين.

هداية
فى شرح أسماء المواضع الوقعة فى الهداية

آذر بيجان: بهمزة مفتوحة غير ممدودة، ثم ذال معجمة ساكنة، ثم را مفتوحة، ثم باء موحدة مكسورة، ثم ياء مثناة من تحت، ثم جيم، ثم ألف ونون هذا هو الأشهر وعليه الأكثر، ونقل النووى عن ابن الصلاح مد الهمزة مع فتح الذال، وإسكان الراء وإلا فصح القصر وإسكان الذال وهى ناحية تشتمل على بلاد معروفة، وقيل: هو بمد الهمزة مع ضم الذال وإسكان الراء، وقيل: بمدها وضم الذال وكسر الراء، وقيل: غير ذلك، و قال العينى النسبة إليها أذرى، وأذربى.

أوزجند: قال العينى: فرغانة اسم لإقليم ما وراء النهر، وفيها سكك منها سكة تسمى بأوزجند.

بساخ: بكسر الباء الموحدة قرية من قرى فرغانة.

بصرة: بفتح الباء بلدة مشهورة عمرها عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه، قال النووى: فيها ثلاث لغات، فتح الباء وضمها، وكسرها حكاهن الأزهرى فى تهذيب اللغة والفتح أفصح، ويقال لها البصيرة بالتصغير والمؤتفكة، لأنها ايتكفت بأهلها فى أول الدهر، أى انقلبت وقبة الإسلام، وخزانة العرب بناها عتبة بن غزوان فى خلافة عمر سنة سبع عشرة، وسكنها الناس سنة ثمان عشرة والنسبة إليها بصرى بكسر الباء وفتحها وجهان مشهوران، ولم يقولوا بالضم.

بئر بضاعة: بضم الباء وكسرها لغتان، ذكرهما ابن فارس فى مجمل اللغة والضم أشهر وأفصح، بئر بالمدينة الطيبة بدار بنى ساعدة، قيل: هو اسم للبئر، وقيل: كان اسم لصاحبها، فسميت باسمه، وقال السمهودى فى وفاء الوفاء: هو بضم الموحدة، وحكى كسرها وفتح الضاد المعجمة وأهلها بعضهم اسم دار بنى ساعدة التى بها هذا البئر قاله المجد ونقله ابن حجر عن بعضهم ومقتضى كلام البعض أنها اسم للبنيان الذى فيه هذا البئر، والظاهر إطلاقها على الثلاثة، انتهى.

وفى وفاء الوفاء أيضًا قال ابن النجار: هذا البئر اليوم ماءها عذب طيب، ولونه صاف

وريحها كذلك، وقد ذرعتها، فكان طولها أحد عشر ذراعا وشبرا، وعرضها ستة أذرع كما ذكره أبو داود فى سننه، انتهى. وقد روى أصحاب السنن والطبرانى وغيرهم أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم توضأ من هذه البئر، وبصق فيها، وكان فى السابق يلقى فيه الحيض[1] والنتن، فسئل عن الوضوء منها، فقال: الماء طهور لا ينجسه شيء، وهذا هو مستند الشافعية فى أن الماء إذا زاد على القلتين لم ينجس واستندت المالكية به، فقالوا: يجوز التوضى بالقليل ما لم يتغير طعمه أو لونه، أو ريحه، وروى الطحاوى فى شرح معانى الآثار بسنده عن الواقدى أن ماء بضاعة كان جاريًا فى البساتين يأتى من جانب ويخرج من جانب، فله حكم الأنهار الجارية.

بئر زمزم: بئر فى المسجد الحرام بينها وبين الكعبة ثمان وثلاثون ذراعا على ما ذكره النووى، سميت بها لكثرة مائها، يقال: ماء زمزم أى كثير، ولها أسماء كثيرة كطيبة وسيدة وسالمة وكافية ومونسة وغيرها مما هو مبسوط فى العقد الثمين فى فضائل البلد الأمين، وقصة نبعها فى زمان إبراهيم على نبينا وعليه السلام مذكورة بالبسط فى مبارق الإظهار شرح مشارق الأنوار لابن ملك. وقد وردت لها فضائل فى أحاديث كثيرة وأجمع العلماء على أن ماءها أفضل مياه الدنيا إلا ماء نبع من أصابع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وهل ماء زمزم أفضل من ماء الكوثر أيضًا اختلفوا فيه، فمنهم من قال: لا وذهب أهل التحقيق إلى كونه أفضل منه أيضًا أخذا مما روى فى قصة المعراج من غسل الملائكة صدر رسول الله ﷺ بمائه، فلو كان ماء الكوثر أفضل منه لجيء به كما لا يخفى.

بويرة: بضم الباء وفتح الواو بعدها راء مهملة نخل بقرب المدينة الطيبة، ويقال لها: البويلة باللام أيضًا، وقال المجد البويرة موضع منازل بنى النضير، وقيل: اسم موضع مخصوص منهم كذا نقله السمهودى عنه، ورجح الأول.

بخار: بضم الباء بلدة معروفة بماوراء النهر لم تزل موطنا للفضلاء.

بغداد: بفتح الباء الموحدة وسكون الغين المعجمة، وفتح الدال المهملة بعدها ألف بعدها دال مهملة وضبط السمعانى فى كتاب الأنساب الذال المعجمة في الآخر، وقال: إنما سميت بهذا الاسم لأن كسرى أهدى له خصى من المشرق فاقطعه هذا المصر، وكان لهم صنم بالمشرق يعبدونه يقال له البغ، فقيل له: بغداد، يقول أعطانى الصنم، والفقهاء يكرهون هذا الاسم من أجل هذا، وسماها أبو جعفر المنصور بمدينة السلام، لأن دجلة كان يقال لها وادى السلام، وكان ابن المبارك يقول: لا يقال بغداذ بالذال المعجمة بل بغداد بالمهملة، وكان أبو عبيدة، وأبو زيد يقولان: بغداد بمهملتين، وبغذاذ بمعجمتين، وبغداذ بمعجمة آخرا فقط جميعها راجع إلى أنه عطية الصنم، انتهى كلامه ملخصًا.

---

(١) بكسر الحاء وفتح الياء جمع حيضة بكسر الحاء وسكون الياء الخرق التى تمسح النساء بها دم الحيض.

وهكذا فى تاريخ الخطيب البغدادى، وزاد عن ابن الأنبارى أنه قال: من العرب من يقول: بغدان بالباء والنون، ومنهم من يقول: بغداد بالدالين المهملتين، وبعضهم يقول بالمعجمة فى الآخر، وهى أشد اللغات.

بدر: اسم لموضع الغزوة العظمى بسبع عشرة خلت من رمضان من السنة الثانية من الهجرة، قال ابن قتيبة فى كتاب المعارف: بئر كانت لرجل يدعى بدرا، فسميت باسمه، وهناك قرية عامرة على نحو أربع مراحل من المدينة الطيبة. وفى وفاء الوفاء بدر اسم رجل من غفار اسمه بدر بن قريش ابن مخلد، وقيل: رجل من بنى ضمرة سكن ذلك الموضع سمى باسمه، ويقال بدرا اسم البئر التى كانت فيه.

وحكى الواقدى إنكار ذلك كله عن غير واحد من شيوخ بنى غفار، وقالوا إنما هى ماءنا وملكنا وما ملكها أحد قط يسمى بدرا، وإنما هو علم لها كغيرها من البلاد، انتهى. وقد وردت فى مناقب البدريين أحاديث كثيرة، ومن عجائب بدر أنها تضرب فيها طبل النصر من زمان الفتح إلى قيام الساعة، قد سمعه غير واحد من الأعلام وحكاه جمع من العظام، ولا معتبر بإنكار بعض الكرام، فإن من علم شيئًا حجة على من لم يعلمه فاعلم، فعلم المرء ينفعه.

التنعيم: بفتح التاء أقرب أطراف الحل إلى الكعبة على ثلاثة أميال، وقيل: أربعة من مكة. وقال صاحب المطالع على أربع فراسخ منها، وليس بذلك، ويقال: سمى بذلك، لأن على يمينه جبلا يقال له نعيم، وعلى يساره جبل يقال له ناعم والوادى يقال له نعمان بفتح النون.

ترك: بالضم قوم معروف من نسل يافث بن نوح على نبينا وعليه الصلاة والسلام كما أخرجه الحاكم، والخطيب وغيرهما وورد فى بعض روايات سنن أبى داود إطلاق بنى قنطورا عليهم، قال بعض شراحه هو بفتح القاف وضم الطاء مقصورًا اسم أبى الترك، وقيل: هو اسم جارية لإبراهيم على نبينا وعليه الصلاة والتسليم، ولدت له أولادا، وجاء من نسله الترك.

الثعلبية: بفتح الثاء المثلثة، قال العينى: هو من منازل البادية بعد العذيب بكثير.

جحفة: بضم الجيم وسكون الحاء المهملة قرية كبيرة كانت عامرة فى العهد السابق واقعة على طريق المدينة بينها وبين مكة ثلاث مراحل، ونقل النووى عن صاحب المطالع وغيره فى وجه تسميتها به أن السيل اجتحفها وحمل أهلها، وقال أبو الفتح الهمدانى الجحفة فعلة من جحف السيل واجتحف وهو من باب الغرفة كما تقول: غرفت غرفة بالضم كذلك جحف السيل جحفة بالفتح والمجحوف الجحفة بالضم، وذكر بعض الأعلام أن الجحفة كانت فى العهد النبوى مسكنا لليهود، ولذا دعا رسول الله ﷺ بنقل حمى المدينة إليها، وأجاب الله دعاءه كما ورد فى كثير من الأحاديث.

جيحون: بفتح الجيم وضم الحاء المهملة نهر معروف فى طرف خراسان عند بلخ[١] ، قال أبو الفتح الهمدانى : يمكن أن يكون فعلونا أو فيعولا فان كان الأول كان من الاحتياج والنون زائدة وإن كان الثانى فهو من الجحن[٢] بفتح الجيم والحاء وهذا النهر غير النهر المعروف بجيحون ، فإنه نهر المصيصية لا نهر الشام كما ذكره الجوهرى . كذا قال النووى ، ونقل العينى عن تقويم البلدان : أن جيحون يقال له جيحان أيضًا .

جبل أبو قبيس: بضم القاف معروف بمكة قريب المسجد الحرام ، وإنما سمى به لأن أول من نهض يبنى فيه رجل كان يسمى بأبى قبيس ، فلما صعد بالبناء فيه سمى به ، وكان يسمى فى الجاهلية بالأمين ، لأن الحجر الأسود كان مستودعا فيه من عام الطوفان وهو أول جبل وضعه الله تعالى على الأرض ، كما حكى عن مجاهد ، وله فضائل كثيرة ذكر بعضها صاحب العقد الثمين .

جبل أحد: بضمتين معروف بجنب المدينة الطيبة على نحو ميلين وردت فى فضائله أحاديث منها أحد جبل يحبنا ونحبه ، قال على القارى فى بعض رسائله[٣] محبة الحى للجماد إعجابه وسكون النفس إليه والموانسة به ومحبة الجماد للحى مجاز عن كونه نافعا له ، انتهى .

الحيرة: بكسر الحاء وسكون الياء التحتانية مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر على رأس ميل من الكوفة كذا فى المغرب .

الحديبية: بضم الحاء وفتح وتخفيف الياء ، كذا قال أهل اللغة ، وقال أكثر المحدثين بتشديد الياء ، قال النووى هما وجهان مشهوران ، وهى قرية ليست بكبيرة سميت باسم بئر كانت هناك عند الشجرة وهى على نحو مرحلة من مكة .

الحرم: حرم مكة عبارة عما أحاط بها من جوانبها ، وجعل فى حكمها تشريفا لها ، وتحقيق حدودها مذكور فى موضعها ، وأما حرم المدينة فهو ما بين عير بفتح العين المهملة وسكون الياء المثناة التحتية إلى ثور ، وهما جبلان فى المدينة كذا ورد فى الصحيحين ، و للحنفية فيه خلاف مع الشافعية مذكور فى موضعه .

الحجر: بكسر الحاء وإسكان الجيم اسم للحطيم وهو الموضع الذى حطموه من البيت وهو منه .

الحجر الأسود: حجر معظم مركوز فى جانب الكعبة ، وردت فى مناقبه أحاديث ذكر نبذا منها صاحب العقد الثمين منها ما ورد فى الصحاح عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه جاء

---

(١) هكذا فى الصحاح وغيره، وفى النهاية أنه نهر ترمذ وتبعه صاحب العناية.

(٢) فقال غلام جحن أى سيئ الغذاء سمى به لقلة أصله وصغر ينبوعه.

(٣) أى رسالته المؤلفة فى تحقيق حب الهرة من الإيمان.

إلى الحجر الأسود وقبله، وقال: إنى أعلم أنك حجر لا تنفع ولا تضر، ولولا أنى رأيت رسول الله ﷺ ما قبلتك. زاد الحاكم فى روايته فقال على رضى الله تعالى عنه: بل يا أمير المؤمنين هو يضر وينفع ولو علمت ذلك من تأويل كتاب الله لعلمت أنه كما أقول قال الله تعالى: ﴿وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم﴾ الآية. فلما أقروا أنه الرب وأنهم العبيد كتب ميثاقهم فى رق وألقمه فى هذا الحجر، وأنه يبعث يوم القيامة، وله عينان ولسان وشفتان يشهد لمن وافى بالموافاة، فهو أمين الله فى هذا الكتاب، فقال له عمر رضى الله تعالى عنه: لا أبقانى الله بأرض ليست فيها يا أبا الحسن.

خيبر: بالفتح بلدة معروف على نحو أربع مراحل من المدينة الطيبة إلى جهة الشام ذات نخيل ومزارع، فتحها رسول الله ﷺ سنة سبع من الهجرة.

الخندق: هو خندق المدينة حفره رسول الله ﷺ وأصحابه بصلاح سلمان الفارسى رضى الله تعالى عنه، لما تخربت الأحزاب عليه سنة أربع، وقيل: خمس.

خيف بنى كنانة: هو الموضع الذى تحالف فيه قريش وبنو كنانة على بنى هاشم وبنى المطلب أن لا يناكحوهم ولا يبايعوهم حتى يسلموا إليهم رسول الله، ويسمى بالمحصب والإبطح أيضًا.

خشمران: بضم الخاء والميم قرية ببخارا كذا قيل.

دجلة: بكسر الدال اسم لنهر بغداد مشتق من قولهم: بعير مدجل، أى مطلى بالقطران طليا كثيرا، ويجوز أن يكون مشتقا من معنى الكثرة كذا قال أبو الفتح الهمدانى.

ذو الحليفة: بضم الحاء ميقات أهل المدينة على نحو ستة أميال منها. وقيل: سبعة، وقيل: أربعة. وقال السمهودى: قد اختبرت ذلك بالمساحة، فكان من باب عتبة المسجد النبوى ﷺ المعروف بباب السلام إلى عتبة مسجد الشجرة تسعة عشر ألف ذراع وسبع مائة واثنان وثلاثون ونصف ذراع، وذلك خمسة أميال وثلثا ميل بنقص مائة ذراع.

ذات عرق: بكسر العين وسكون الراء ميقات أهل العراق على مرحلتين من مكة.

الرى: بفتح الراء المهملة بلدة كبيرة من بلاد الديلم، ويقال فى النسبة إليها رازى بزيادة الزاء المعجمة، لأن النسبة على الياء مما تتقل.

زند: بالفتح قرية ببخارا، ومنه ثوب زندينجى، وهو نسبة على خلاف القياس كذا قال السغناقى فى النهاية.

سرف: قد مر ذكره فى الهداية الأولى.

سواد العراق: اختلف فى وجه تسميته به، فقيل: لسواده بالأشجار، وقيل: لكثرته، ومنه السواد الأعظم والعراق بالكسر إقليم معروف سمى به لاستواء أرضه وخلوها عن الجبال.

والعراق فى اللغة الاستواء، وفيه وجوه آخر ذكرها النووى.

سمرقند: بفتح السين موضع معروف.

سيحون: قال صاحب غاية البيان: هو اسم نهر الترك، وقال فى النهاية: نهر خجند، وأخرج أحمد فى مسنده مرفوعا سيحان وجيحان، والنيل والفرات من أنهار الجنة.

الصفاء: بالفتح مقصورا مكان مرتفع عند باب المسجد الحرام، وهو مبدأ للسعى، ومنتهاه المروة بالفتح، وهى لا طية جدا.

الشام: إقليم معروف، قال النووى: هو بهمزة ساكنة مثل رأس، ويجوز حذفها، وجاء شام بالمد حكاها جماعة، وسبب تسميته به أن قوما من بنى كنعان تشاء مواليها ذكره الحافظ أبو نعيم فى أول تاريخ دمشق، وعن ابن الأنبارى أنه يجوز أن يكون مأخوذاً من اليد الشؤمى، أى اليسرى، ويجوز أن يكون فعلا من الشؤم.

طبرستان(١): بالفتح بلدة معروفة بعراق العجم والنسبة إليها طبرانى وطبرى أيضًا وهى غير طبرية الشام، فإنها مدينة بالشام فى ناحية الأردن.

طائف: بلد معروف على مرحلتين من مكة فى جهة المشرق ذات مزارع وبساتين، وحكى عياض عن هشام بن الكلبى أنه إنما سمى الطائف به لأن رجلا أصاب دما فى قومه بحضرموت، فخرج هاربًا حتى نزل بوجّ، وهو واد بالطائف، وحالف مسعود بن معتب، وكان له مال عظيم، فقال لهم: هل ابنى لكم طوفا عليكم يكون لكم ردءا من العرب، فقالوا: نعم، فبناه وهو الحائط المطيف. وقيل: فى وجه تسميته به غير ذلك أيضًا.

عرفات: قال المجد فى القاموس: هو موقف الحاج يوم التاسع من ذى الحجة على اثنى عشر ميلا من مكة، وغلط الجوهرى فقال: موضع بمنى، انتهى. وقال الحاكم: بين القاموس والصحاح العلامة أبو زيد عبد الرحمن بن عبد العزيز مكة نزيل مكة فى كتابه الوشاح فى رد توهيم المجد الصحاح قلت: لما كان منى منزلا لقريش الظواهر مشهوراً كشهرة مكة أضاف الجوهرى عرفات إليه، وقوله: أقرب من قول ابن فارس عرفات بمكة، ومن قول الزبيدى عرفات جبل بمكة، انتهى. وإنما سميت به لأن آدم عليه السلام عرف حواء هناك، وقيل: لأنه عرف جبرئيل إبراهيم الخليل عليه السلام مناسك الحج، وجمعت وإن كان موضعا واحدا، لأن كل قطعة منها تسمى بعرفة، ولهذا كانت مصروفة كقصبات قال النحويون: ويجوز ترك صرفه كما يجوز ترك صرف غايات وأذرعات على أنها اسم مفرد.

عذيب: بضم العين المهملة، وفتح الذال منزل الحاج العراق قريب من الكوفة، وهو حد السواد.

---

(١) بفتح الطاء وسكون الباء وفتح الراء وإسكان السين كذا نقل النووى عن الحازمى.

عبادان: بفتح العين وتشديد الباء الموحدة جزيرة مشهورة تحت البصرة، وكانت قديما من ثغور المسلمين قال الحازمى فى كتاب المؤتلف: قد وردت فى فضائلها أحاديث غير ثابتة.

عقبة حلوان: بضم الحاء وإسكان اللام بلد معروف وهو آخر حد سواد العراق مما يلى المشرق. قال النووى قال الحازمى: هو منسوب إلى حلوان بن عمران بن قضاعة لأنه بناه.

فرات: بضم الفاء نهر معروف بين الشام والعراق يخرج من جبل ببلاد الروم، وهو من أنهار الجنة كما جاءت به الأحاديث.

قادسية: بكسر الدال والسين وتشديد الياء بينها وبين الكوفة نحو مرحلتين وبينها وبين بغداد خمس مراحل، كذا قال النووى.

قبا: بضم القاف وتخفيف الباء ممدودا ومقصورا والمختار أنه ممدود منون مصروف، كما قال النووى، وهو قرية بعوالى المدينة، وقيل: مدينة كبيرة كانت متصلة بها وهو فى الأصل اسم لبئر كانت هناك، وقال السمهودى: قد اختبرته من عتبة باب المسجد النبوى المعروف بباب جبرئيل إلى عتبة مسجد قباء، فكان سبعة آلاف ذراع وخمس مائة ذراع، وذلك ميلان وخمسا سبع ميل على المعتمد من أن الميل ثلاثة آلاف ذراع وخمس مائة، وفضائل قباء ومسجده مذكورة فى القرآن والأحاديث كما بسطه السمهودى فى وفاء الوفاء.

قرن: بفتح القاف ميقات أهل نجد يقال له قرن المنازل، وقرن الثعالب، قال النووى: وسكون الراء لا خلاف فى هذا بين رواة الحديث وأهل اللغة والفقهاء وأصحاب الأخبار وغيرهم، وغلطوا الجوهرى صاحب الصحاح فى قوله: إنه بفتح الراء، انتهى. وفى الوشاح شاهد الجوهرى ما فى مشارق عياض، قال قرن المنازل وقرن الثعالب واحد، ورواه بعضهم بفتح الراء وهو غلط وفى تعليق عن القابسى من قال: قرن بالإسكان أراد الجبل المشرف على الموضع، ومن قال: قرن بالفتح أراد الطرق التى تفترق منه فإنه موضع فيه طرق.

كوفة: بلدة معروفة مصرها عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه سميت بذلك لاستدارتها تقول العرب: رأيته كوفانا، وكوفا للرملة المستديرة، وقيل: سميت كوفة لاجتماع الناس من قول العرب تكون الرمل إذا ركب بعضه بعضا، وقيل: غير ذلك.

مكة: هى أفضل الأرض عند جماعة من العلماء، وعند مالك ومن تبعه المدينة أفضل منها سميت بها من قولهم: أمتك الفصيل ضرع أمه إذا امتصته، ولها أسماء أخر كبكة وأم القرى وصلاح بفتح الصاد وغيرها.

المسجد الحرام: هو المسجد الذى حول الكعبة فضائله مأثورة ومناقبه مشهورة.

المدينة: لها أربع وتسعون اسما مبسوطة فى وفاء الوفاء، وكثرة الاسم تدل على شرف المسمى يكفيه كونه مسكنا لسيد الخلق صلى الله عليه وعلى آله وسلم ومدفنا له، ومن أسمائها

يثرب بالفتح ، ويقال : أثرب كانت تسمى به في الجاهلية ، وورد النهى عن تسميته به فى بعض الأخبار إما لأنها مأخوذ من الثرب بالتحريك وهو الفساد أو لا لكراهة التثريب ، ولا يعارضه ما جاء فى بعض الأحاديث تسميتها به لأنها لبيان الجواز .

منى: بكسر الميم تصرف ، ولا تصرف سميت بذلك لما يمنى فيها من الدماء ، أى يراق ويصب ، وقيل : غير ذلك .

مقام إبراهيم: هو الحجر الذى قام عليه إبراهيم على نبينا وعليه الصلاة والسلام ، فأثر قدمه فيه .

المهرة: بالكسر وسكون الهاء بلد باليمن وهو فى الأصل اسم رجل ، وقيل : اسم قبيلة تنتسب إليها الإبل المهرية .

مصر: بالكسر بلدة معروفة ذات مناقب مشهورة فيه وجهان الصرف وتركه ، والفصيح هو الترك سميت به لأن مصر بن كابيل بن دوانيل بن عرياب بن آدم على نبينا وعليه الصلاة والسلام نزل بها وقسمها بين أولاده ، وقيل : بل سميت باسم مصر الثانى ، وهو مصرام بن يعراوش الجبار بن مصريم الأول . وقيل : بل بمصر الثالث وهو مصر بن بنصر بن حام بن نوح عليه السلام . وقيل غير ذلك ، كذا فى كتاب المواعظ[1] والاعتبار بذكر الخطط والآثار ووردت فى مناقبه أحاديث مرفوعة وآثار موقوفة ذكرها السيوطى فى حسن المحاضرة فى أخبار مصر والقاهرة .

هراة: بلدة معروفة لا زالت معدنا لأرباب الفضل والكمالات .

هند: بالكسر إقليمنا لا زال معدنا للفضل له فضائل كثيرة كيف لا وهو الإقليم الذى هبط فيه آدم على نبينا وعليه الصلاة والسلام ، وحل فيه نور سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وسلم أولا ، ووجه تسميته به مذكور فى كتب التواريخ كتاريخ فرشتة وغيره .

وآذر: بالفتح وكسر الذال قرية بسمرقند كذا قال السغناقى .

يمن: إقليم معروف يقال فى النسبة إليه يمنى ، ويمان بالتخفيف من غير ياء ، لأن الألف بدل منها ، فلا يجتمعان . وحكى سيبويه يمانى بالياء المشددة .

يلملم: ميقات أهل اليمن ، ويقال فيه الملم بهمزة وهو جبل من جبال تهامة على نحو مرحلتين من مكة .

---

(١) للشيخ تقى الدين أحمد بن على المورخ المقريزى المتوفى سنة خمس وأربعين وثمان مائة.

هداية(١)

في المسامحات التي وقعت من صاحب الهداية في النصف الأول

منها: قوله في باب الأذان والإمامة: لقوله عليه السلام لابني أبي مليكة إلخ.

هذا غلط فقد رواه الأئمة الستة في كتبهم مطولا ومختصرا عن مالك بن الحويرث، قال: أتيت رسول الله ﷺ أنا وصاحب لي وفي رواية: وابن عم لي، وفي رواية النسائي وابن عمر، فلما أردنا الانصراف قال لنا: إذا حضرت الصلاة فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما، فالصواب لقوله عليه السلام لمالك بن الحويرث، وصاحب له، أو ابن عم له أو ابن عمر على اختلاف الروايات، وقد ذكره صاحب الهداية أيضًا على الصواب في كتاب الصرف حيث قال في مسألة السيف المحلى، لأن الاثنين قد يراد بهما الواحد قال الله تعالى: ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾، والمراد أحدهما وقال عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عمر إذا سافرتما فأذنا والمراد أحدهما، انتهى.

كذا قال الزيلعي في تخريج أحاديثها وابن الهمام في فتح القدير وغيرهما، وقد تكلم الانزاري في غاية البيان بما يفضي العجب، فقال: روى أبو داود في سننه بإسناده إلى أبي قلابة عن مالك بن الحويرث أن رسول الله قال له ولصاحب له: إذا حضرت الصلاة الحديث، ويجوز أن يسمى أحد الأخوين صاحبا للآخر، ويجوز أن تكون كنية الحويرث أبو مليكة ولكن لفظ مبسوط شيخ الإسلام غير ذلك حيث قال: يروى أن رسول الله ﷺ قال لمالك وابن عم له فعلى هذا يجوز تسمية الابنين للابن وابن عم له. وقول صاحب الهداية بطريق التغليب على اعتبار أن ابن العم يسمى ابنا، انتهى كلامه.

قال العيني في شرحه الانزاري مع دعواه وسعة نظره في الحديث خبط كثير، لأنه ذكر الحديث أولا على أصله، ثم حمل كلام صاحب الهداية عليه بتأويل غير مقبول، وقول صاحب الهداية غلط في نفس الأمر، والصواب مالك وصاحب له، أو ابن عم له، أو ابن عمر، ثم أكد غلطه بقوله: يجوز أن تكون كنية الحويرث أبو مليكة، وهذا لم يقل به أحد، ثم استدرك بقوله: لكن وأوله بقوله: فعلى هذا توفيقا بين لفظ الحديث، ولفظ صاحب الهداية، ولا توفيق على أن صاحب الهداية ذكر هذا الحديث في كتاب الصرف على الصواب، انتهى.

ومنها: قوله في باب صفة الصلاة: لقوله تعالى: ﴿واركعوا واسجدوا﴾ إلخ.

هذا غلط فإن الواو في واركعوا ليست في القرآن، والصواب اركعوا واسجدوا.

ومنها: قوله في باب صلاة الجنائز: كذا قاله رسول الله ﷺ حين وضع أبا دجانة في القبر.

---

(١) هداية في المسامحات الواقعة في النصف الأول من الهداية.

هذا غلط فإن أبا دجانة توفى بعد رسول الله ﷺ فى وقعة اليمامة سنة اثنتى عشرة فى خلافة أبى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه، كما رواه الواقدى فى كتاب الردة، كذا قال الزيلعى، وقال العينى: هذا وهم فاحش فإن أبا دجانة قتل يوم اليمامة كما أسنده الطبرانى فى معجمه عن محمد ابن إسحاق وسبب هذا الوهم التقليد فإن شيخ الإسلام ذكر فى المبسوط أيضًا هكذا، وكذا ذكره صاحب البدائع والذى وضعه رسول الله ﷺ فى قبره هو ذوالبجادين واسمه عبد الله وكان أولا اسمه عبد العزى، فغيره رسول الله ﷺ إليه مات فى غزوة تبوك والبجاد بكسر الباء الموحدة الكساء الغليظ، ولما أراد المصير إلى رسول الله ﷺ قطعت أمه بجادا لها، فارتدأ بأحدهما، واتزر بالأخرى، فلقب به، انتهى كلامه.

قلت: لقد صدق فى أن سبب هذا الوهم التقليد وقد قلدهم العينى أيضًا فى منحة السلوك شرح تحفة الملوك، فذكر ما ذكره صاحب الهداية، فلم يصب وقصة دفن ذى البجادين مروية فى حلية الأولياء للحافظ أبى نعيم وغيرها، وقد بسطتها فى رسالتى رفع الستر عن كيفية ادخال الميت وتوجيهه إلى القبلة فى القبر، فلتراجع.

ومنها: قوله فى باب الصلاة فى الكعبة: الصلاة فى الكعبة جائز فرضها ونفلها خلافًا للشافعى فيهما إلخ.

قال السغناقى فى النهاية: هذا وقع سهوا من الكاتب، فإن الشافعى يرى جواز الصلاة فيها كذا أورد أصحابه فى كتبهم من الوجيز، والخلاصة والدخيرة وغيرها، ولم يورد أحد من علماءنا هذا الخلاف فى ما عندى من الكتب كالمبسوط والإسرار والإيضاح والمحيط وشروح الجامع الصغير وغيرها.

ومنها: قوله فى باب ما يوجب القضاءوالكفارة من كتاب الصوم: والكفارة: مثل كفارة الظهار، لما روينا ولحديث الأعرابى فإنه قال: يارسول الله ﷺ هلكت وأهلكت الحديث، وهو حجة على الشافعى فى قوله: يخير إلخ.

هذا خطأ فإن الشافعى لا يقول بالتخيير بل يقول مثل قولنا كما هو منصوص فى كتب أصحابه كالخلاصة والوجيز وغيرهما كذا قال العينى.

ومنها: قوله فى باب الإحرام عند ذكر صلاة الصبح بمزدلفة: حتى روى فى حديث ابن عباس إلخ.

قال العينى: هذا وهم ولم ينبه عليه أحد من الشراح، واعتذر بعضهم بأن المصنف لم يرد به عبد الله بن عباس بل كنانة بن عباس بن مرداس وفيه خطأ من وجهين أحدهما أن ابن عباس إذا أطلق لا يراد به إلا عبد الله لا غيره، والثانى أنه ليس من عادة المصنف أن يذكر التابعى دون الصحابى عند ذكر الحديث.

ومنها: قوله بعد القول المذكور بسطر: وقال الشافعي: إنه ركن إلخ.

قال فى فتح القدير: إنه سهو فإن كتبهم ناطقة بخلافه.

ومنها: قوله فى باب الحج عن الغير: لحديث الخثعمية فإنه عليه السلام قال فيه: حجى واعتمرى عن أبيك.

قال العينى: فيه وهم فإن حديث خثعمية رواه الستة، وليس فيه ذكر اعتمرى بل هو فى حديث أبى رزين العقيلى كما أخرجه أصحاب السنن.

ومنها: قوله فى كتاب النكاح: نكاح المتعة باطل، وقال مالك جائز إلخ.

قال الكاكى: هذا سهو فإن المذكور فى كتب مالك حرمة نكاح المتعة انتهى. واعتذر عنه صاحب العناية بأنه يجوز، وأن يكون شمس الأئمة الذى أخذ منه المصنف اطلع على أقوال له فى جوازه ورده العينى بأنه لم يذكر فى كتاب من كتب المالكية رواية جوازه وبالاحتمال نقل قول إمام غير موجه، مع أن مالكًا روى فى موطئه حديث الزهرى عن على قال نهى رسول الله ﷺ عن متعة النساء يوم خيبر وعادته أنه لا يروى حديثا فى موطأه إلا وهو يذهب إليه أو يعمل به.

ومنها: قوله فى فصل كفارة الظهار: لقوله عليه السلام فى حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخرا إلخ.

هذا سهو والصواب سلمة بن صخر أو سلمان بن صخر فإن الذى ظاهر من امرأته اسمه سلمة أو سلمان لا سهل كما فى تهذيب التهذيب، لابن حجر، وتهذيب النووى وغيرهما.

ومنها: قوله فى باب العشر والخراج: من الثعلبية إلى عباذان إلخ.

هذا سهو والصواب من العلث[1] كما فى غاية البيان، هذا.

ولقد استراح القلم من تحرير هذا الذيل نهاراً لسادس عشر يوم السبت من الربيع الثانى سنة سبع وثمانين بعد الألف والمائتين من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والتحية، وأهديته كأصله إلى مجمع المناصب العلية ومنبع المناقب الجلية معدن الفضل والإحسان، مخزن الكرم والامتنان الوزير الأكرم والدستور الأعظم. النواب المستطاب عالى الجناب شجاع الدولة مختار الملك تراب على خان سالار جنك بهادر لا زالت شموس إقباله طالعة وأقمار أفضاله بازغة، فإن وقع فى حيز القبول فهو غاية المامول، والله المستعان وعليه التكلان فى كل زمان ومكان.

(١) بفتح العين وسكون اللام آخره ثاء مثلثة قرية موقوفة على العلوية على شرقى دجلة وهو أول العراق، كذا قال العينى.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد[١] لله الذى أعلى[٢] معالم العلم وأعلامه[٣]، وأظهر[٤] شعائر[٥] الشرع وأحكامه[٦]، وبعث رسلا وأنبياء[٧] -صلوات الله عليهم أجمعين[٨]- إلى سبيل الحق هادين[٩]، وأخلفهم[١٠] علماء إلى سنن[١١]

(١) قوله: "الحمد لله" اختار هذه الجملة اتباعا لكتاب الله سبحانه، وتنبيها على أن الحمد لله تعالى وإن لم يحمدوه، واللام للاستغراق، أى جميع المحامد له، حتى الحمد بمقابلة كسب العبد، فإنه أيضًا له تعالى نظرا إلى الإقدار، والتمكين، أو للعهد، أى نوع من الحمد له، وهو الحمد بمقابلة الخلق، دون ما هو مقابل للكسب، فإنه للعبد. أو للجنس، أى ماهية الحمد وحقيقته له تعالى شأنه. (حاشية ملا إله دادر ح)

(٢) قوله: "أعلى" [من الإعلاء، على وزن الإكرام]، وقوله: المعالم. جمع معلم، موضع العلم، فيكون فيه تجريد، أو موضع العلامة، وعلى كل معنى، فالمراد: إما الدلائل القاطعة، أو هى والظنية، أو العلماء. وأعلامه جمع علم بمعنى العلامة، أو الجبل، أو الراية، وعلى الأول المراد به: الدليل، وعلى الثانى: العلماء، وعلى الثالث: نفسه، بأن شبه العلم بسلطان له رأية فى كونه واجب الإطاعة والانقياد. (عبد الغفورر ح)

(٣) قوله: "أعلامه" الضمير المجرور راجع إلى العلم، ويمكن أن يرجع إلى لفظ الله تعالى، ولا يخفى معناه على ذى الفهم على كل تقدير. (مولوى عبد الحى رحمه الله)

(٤) قوله: "وأظهر" [أى أوجد وبين]، تعميم بعد تخصيص، إذ الشعار ما يتميز به عن دين الكفر كالجمعة والعيدين، والأحكام أعم منه، قيل: أراد بالشرع ههنا المشروعات دون الشارع، وإلا لقيل: وأظهر شعائره، قلت: جاز أن يكون من وضع المظهر موضع المضمر، وهو الظاهر، لأن ضمير قوله: "وأحكامه" يرجع إلى الشرع، والأحكام إنما تضاف إلى الشار ع لا إلى المشروعات، وعوده إلى الله تعالى شأنه مما يبعد عنه الطبع. (د)

(٥) قوله: "شعائر" جمع شعيرة. (عبد)

(٦) قوله: "وأحكامه" المراد منه إما الخطاب، أو أثره، أو النسبة التامة. (عبد)

(٧) قوله: "رسلا وأنبياء" إشارة إلى الفرق والتغاير بين الرسول والنبى كما قيل فى "الكشاف": إن الرسول هو من معه كتاب، كموسى، على نبينا وعليه الصلاة والسلام، والنبى أعم. (د)

(٨) جملة اعتراضية دعائية. (عبد)

(٩) قوله: "هادين" فيه تجريد: وهو وصف لرسلا، أو حال منه إن جوز الحال عن النكرة الغير المخصصة، أو قيل: بالتخصيص لاستناد بعث. (عبد)

(١٠) قوله: "وأخلفهم" [إشارة إلى حديث:« العلماء ورثة الأنبياء»] أى جعلهم خلفاء للأنبياء. وقوله: فيما لم يؤثر، أى لم يرو من أثر الحديث إذا رواه. وقوله: مسلك الاجتهاد. أى يدخلون فى ما لم يرو عنهم مدخلا هو الاجتهاد، فالإضافة بيانية. (د)

سننهم داعين، يسلكون فيما لم يؤثر[(١)] عنهم مسلك الاجتهاد، مسترشدين[(٢)] منه في ذلك وهو ولي الإرشاد، وخص[(٣)] أوائل[(٤)] المستنبطين[(٥)] بالتوفيق، حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق، غير[(٦)] أن الحوادث متعاقبة الوقوع، والنوازل يضيق عنها نطاق[(٧)] الموضوع، واقتناص[(٨)] الشوارد[(٩)] بالاقتباس[(١٠)] من الموارد، والاعتبار[(١١)] بالأمثال من صنعة[(١٢)] الرجال، وبالوقوف[(١٣)] على المآخذ[(١٤)] يعض[(١٥)] عليها

---

(١١) قوله: "إلى سنن سننهم" السنن جمع سنة، بضم السين وتشديد النون، بمعنى راه وعادت، كذا في "المنتخب"، فالمراد من لفظ السنن الأول الطريق، وبلفظ السنن الثاني إما العادات، فيكون المعنى داعين إلى طرق موصلة إلى عادات الأنبياء على نبينا وعليهم الصلاة والسلام، بحيث لو اختار الإنسان هذه الطرق لوصل إلى عاداتهم وأخلاقهم، أو الطرق، فيكون المعنى داعين إلى طرق موصلة لسالكيها إلى طرق الأنبياء الموصلة إلى الحق تعالى شأنه. (مولوى عبد الحى رحمه الله)

(١) أي ما لم ينقل عن الأنبياء.

(٢) قوله: "مسترشدين" من الاسترشاد.

(٣) قوله: "خص" في اختيار المضاعف، إشارة إلى تضاعف ثواب المجتهدين، كما جاء في الحديث. (د)

(٤) يعني أبا حنيفة وأصحابه. (عبد)

(٥) فيه إشارة إلى كلفة العمل في الاجتهاد. (د)

(٦) قوله: "غير أن الحوادث إلخ" جواب لما يرد أن الأوائل لما وضعوا المسائل من كل جلي ودقيق، فلأي معنى تصدى من بعدهم من المستنبطين والمصنفين للاستنباط والتصنيف، ولم تصديت أنت لتصنيف هذا الكتاب، أليس يكفي موضوعاتهم. (د)

(٧) قوله: "نطاق" بالكسر، كمر بند، وشبه موضوعهم بالإنسان، وأثبت له النطاق.

(٨) قوله: "واقتناص" أي اصطياد الصيود النافرة، شبه المسائل التي يستصعب فهمها وإفهامها بالصيود النافرة في انتفاء المؤانسة والارتباط، وأثبت له الاقتناص الذي هو الاصطياد على سبيل الترشيح، ثم شبه المآخذ التي يستنبط منها المسائل بالموارد في أن كلا منهما محل لأخذ ما هو سبب الحياة، فإن الماء سبب الحياة، قال الله تعالى: ﴿وجعلنا من الماء كل شيء حي﴾، وكذلك العلم، قال النبي ﷺ: «من صار بالعلم حيا لم يمت أبدا»، وقوله: والاعتبار. أي إلحاق كل شيء بما يماثله من صنعة الكملة من الإنسان. (د)

(٩) قوله: "الشوارد" [أي الصيود الوحشية]، بفتح الشين وراء مهملة بمعنى رمندگان وگريزندگان، جمع شارد. (ع)

(١٠) أي بالأخذ.

(١١) مبتدأ.

(١٢) قوله: "من صنعة الرجال» [خبر] أي الذين استحق لهم الرجولية كالأوائل. (عبد)

بالنواجذ[١].

وقد جرى عليَّ الموعد في مبدأ[٢] بداية المبتدئ، أن أشرحها بتوفيق الله تعالى شرحا أرسمه[٣] بكفاية المنتهى، فشرعت فيه، والوعد يسوّغ[٤] بعض المساغ[٥]، وحين أكاد أتكأ عنه[٦] اتكاء الفراغ، تبيّنت[٧] فيه نبذا[٨] من الإطناب[٩]، وخشيت أن يهجر[١٠] لأجله الكتاب، فصرفت عنان[١١]

---

(١٣) قوله: "وبالوقوف" هذه الجملة إشارة إلى أن تصوير المسائل إذا كان مع الدليل يصير محكما، فذلك إشعار بأنه لم يكتف في كتابه بذكر المسائل، بل أورد الدلائل أيضًا. (عبد)

(١٤) أي مآخذ المسائل.

(١٥) العضّ: گزيدن. (عبد)

(١) قوله: "بالنواجذ" ناجذ دندان پسين وآن چهار دندان اخير است جمع او نواجذ. (م)

(٢) أي ديباجة.

(٣)قوله: "أرسمه" أي أعلمه وأسميه، وفيه أنّ الشرح مصدر فلا يصح رجوع الضمير إليه إلا إذا جعل من باب الاستخدام، وفيه أنه لا يصح حينئذ توصيفه به، أو جعل في كلامه مضاف محذوف مقدر، أي أرسم أثره هكذا. (عبد)

(٤)قوله: "يسوغ" أي يجوز الشروع في الشرح بعض التجويز، لمعارضة الموانع الدينية والدنيوية من الشروع إياه، ولولا معارضة تلك الموانع لكان الوعد موجبا قويا للشروع. (د)

(٥) **قوله: "بعض المساغ"** استكسار للنفس وإلا فالمناسب أن يجب ذلك لأنه كتاب من الفقه، والإقبال **بتصنيفه مستحب**، فكأنه قال: التوكيد بالوعد وإن اقتضى ذلك، لكن قصور الباع وقلة البضاعة لا يقتضي إلا جواز الاشتغال بتمامه. (عبد)

(٦) أي أتبعه عنه. (عبد)

(٧) أي علمت. (عبد)

(٨) أي جانبا وطرفا. (إله داد)

(٩) قوله: "من الإطناب" هو الكلام الزائد على المقصود لنكتة وفائدة، فإن لم يكن فيه فائدة، فهو تطويل. (د)

(١٠)قوله: "أن يهجر" أي يترك لأجله، أي بسبب نبذ من الإطناب، الكتاب المراد منه إما الكفاية، أي الناس يتركون الكفاية ولا يقفون على ما فيها للإطناب فرسمت الهداية المأخوذة منه. أو المتن، أي بداية المبتدئ؛ لأنه لما كان الكفاية شرحا ذا تطويل تترك، فيترك المتن لعدم وجود شرحه سواه، أو الكتابة أي بسبب التطويل يترك كتابة الكفاية، فلا يتوجه الناس إلى نقله، فلا يشتهر حتى يصير مهجورا. (عبد)

(١١) قوله: "عنان العناية" كأنه شبّه العناية بالمطية؛ لأن كلا منهما موصل إلى المقصد، فأثبت له العنان على سبيل التخييل. (د)

العناية[١] إلى شرح آخر موسوم بالهداية، أجمع فيه[٢] بتوفيق الله تعالى بين عيون[٣] الرواية ومتون[٤] الدراية، تاركا[٥] للزوائد فى كل باب، مُعرضا عن هذا النوع[٦] من الإسهاب[٧]، مع[٨] ما أنه يشتمل على أصول ينسحب[٩] عليها فصول، وأسأل الله تعالى أن يوفقنى لإتمامها، ويختم[١٠] لى بالسعادة بعد اختتامها[١١]، حتى[١٢] إن من سمت[١٣] همّته إلى مزيد الوقوف، يرغب فى الأطول[١٤] والأكبر، ومن أعجله الوقت عنه[١٥] يقتصر

---

(١) قوله: "العناية" العنان بكسر أول: لگام، والعناية بالكسر والفتح: قصد كردن واهتمام داشتن بچيزى. (منتخب اللغات)

(٢) يعلم منه أن الخطبة ابتدائية.

(٣) قوله: "بين عيون الرواية" بمعنى المرويات من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف أى المرويات المختارة. (عبد)

(٤) قوله: "ومتون الدراية" المتن الصلب، أى الدلائل العقلية القوية؛ لأن قوة الشخص بالظهر، وكذلك قوة العلم بالدليل. (عبد)

(٥) قوله: "تاركا للزوائد" أراد به الزوائد المعهودة، فإن الكتاب خالٍ من الزيادة التى ليست لها فائدة. (عبد)

(٦) قوله: "عن هذا النوع" أتى باسم الإشارة للقريب، نظرا إلى أنه قريب بحسب الذكر. (عبد)

(٧) بمعنى بسيار گفتن.

(٨) قوله: "مع ما" دفع لما يتوهّم أنّ فى هذا الكتاب قصورا، فإنه وإن كان قد دفعه بقوله: معرضا إلخ، دفعه مرة أخرى توضيحا للمرام. (عبد الغفور)

(٩) أى يتفرع عليها فروع. (عبد)

(١٠) وقت الموت.

(١١) قوله: "اختتامها" بضمير الإفراد فى كلا الموضعين والضمير للهداية، وفى بعض النسخ بلفظ التثنية فيهما فالضمير للشرحين. (عناية)

(١٢) قوله: "حتى إنّ إلخ" متعلق بما عُلم سابقا من صرف عنان القصد إلى افتتاح شرح حاو لأصولٍ يخرج منه فروع خالٍ من الإطناب بعد فراغه عن رسم الشرح الأكبر الموسوم بـ"كفاية المنتهى"، وقوله: «سمَت» من السمو بضمّتين وتشديد الواو بمعنى العلو، كذا فى "المنتخب". (عبد)

(١٣) أى علت.

(١٤) وهو الشرح السابق.

(١٥) أى الوقوف على مضامين الأكبر.

على الأصغر والأقصر[١]، وللناس[٢] فيما يعشقون مذاهب. والفن[٣] خير كله.

ثم سألني بعض إخواني[٤] أن أملئ[٥] عليهم المجموع[٦] الثاني، فافتتحته[٧] مستعينا بالله تعالى في تحرير ما أقاوله[٨]، متضرعا إليه في التيسير لما أحاوله[٩]، إنه الميسّر[١٠] لكل عسير، وهو على ما يشاء قدير، وبالإجابة جدير، وحسبنا الله ونعم الوكيل.

---

(١) وهو الهداية.

(٢) قوله: "وللناس فيما يعشقون مذاهب" أي طرق مختلفة، مقتبس من قول الشاعر:

علىّ لربع العامريّة وقفة ... ليملى على الشوق والدمع كاتب

ومن عادتي حبّ الديار لأهلها ... وللناس فيما يعشقون مذاهب (د)

(٣) قوله: "والفن" اللام للعهد، أي هذا الفن خير كله قليله وكثيره، أو الفن مطلقًا خير كله فإنّ العلم مطلقًا خير من الجهل. (عبد)

(٤) أي في الدين. (عيني)

(٥) الإملاء: نوشتن چيزے. (م)

(٦) قوله: "المجموع الثاني" الظاهر أنّ المراد منه الهداية؛ لأن الكلام مسوق لأجله، لا الدفتر الثاني منها؛ لعدم دلالة السابق عليها، فيكون قوله: صرفت وشرعت محمولين على العزم. (عبد)

(٧) معطوف على سألني. (عبد)

(٨) أي أقوله.

(٩) أي أطلبه. (عبد)

(١٠) تعليل للسابق. (عبد)

كتاب(١) الطهارات(٢)

قال (٣) الله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا إذا قمتم(٤) إلى الصلاة(٥)

---

(١) قوله: "كتاب الطهارات" الكتاب في الأصل: مصدر يطلق على المكتوب، وفي الاصطلاح: طائفة من المسائل اعتبرت مستقلة، سواء كانت مستقلة في نفسها ككتاب اللقطة، أو تابعة لما بعدها ككتاب الطهارة، أو مستتبعة لما قبلها ككتاب الصلاة، أو نوعا ككتاب اللقيط، أو أنواعا ككتاب الطهارة. (مجمع الأنهر الشيخ عبد الرحمن بن سليمان المعروف بـ" شيخ زاده" شرح ملتقى الأبحر)

(٢) قوله: "كتاب الطهارات" المشروعات أربعة بالاستقراء: حقوق الله تعالى، وحقوق العباد، وما اجتمع فيه الحقّان، وحق الله تعالى، أو حق العبد فيه غالب، وقدم المصنف في البيان حقوق الله تعالى لعظمها، ثم قدمت الصلاة؛ لأنها أقوى أركان الإسلام بعد الإيمان، قال الله تعالى: ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلوة﴾ الآية، وقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «الصلاة عماد الدين من أقامها فقد أقام الدين ومن هدمها فقد هدم الدين»، ومن أراد أن ينصب خيمة بناء ينصب العماد، وهي من أعلى معالم الدين ما خلت شريعة عنها. (د)

قوله: «الطهارات" لما كانت الطهارة شرطا لا تسقط بخلاف الشروط الباقية للصلاة، قدمها على الشروط الباقية. (عبد)

قوله: "الطهارات" يجوز جمع المصادر وتثنيتها إذا كانت في آخرها تاء التأنيث، كما في قولهم: أجزأته السجدة عن التلاوتين، والتلاوات المتعددة في مكان واحد بمنزلة تلاوة واحدة، أو لأنّ المصدر يؤول بالحاصل بالمصدر فيجمع كالعلوم والبيوع ومنه قوله تعالى: ﴿وتظنون بالله الظنونا﴾. (نهاية)

قوله: "الطهارات" في الإتيان بالجمع إشارة إلى أنّ الطهارة أنواع، فإنّ رفع النجاسة طهارة، ورفع الخبث أيضًا طهارة، وهما نوعان مختلفان. (عبد)

قوله: "الطهارات" الطهارة بالضم اسم لما يتطهّر به من الماء كذا قال القهستاني، وقيل: هو فضل ما يتطهر به، وبالكسر آلة النظافة، وبالفتح مصدر بمعنى النظافة لغة، وأما شرعًا: فهي النظافة عن حدث وخبث، أي التنزه عن الأدناس.

وما في "الدراية" من أنّ الطهارة شرعا نظافة الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس، فهو تعريف بالخاص، فإنّ المعرّف بالكسر مختص بالوضوء، والمعرّف بالفتح أعمّ منه. (حاشية شرح الوقاية لمولانا عبد الحليم)

قوله: "الطهارات" قيل: سبب وجوبها الحدث والخبث، ورد بأنهما ينقضان الوضوء والغسل، فكيف يوجبانهما؟

وقد يقال: لا منافاة بين نقضهما شرعا، الصفة الحاصلة من تطهير سابق وإيجاب تطهير آخر. (ف)

(٣) قوله: "قال الله تعالى" تبرك المصنف بتقديم الآية الدالة على فرضية الوضوء على حكمها، وإن كان القاعدة في الدعاوى تقديمها. (عناية)

(٤) قوله: ﴿إذا قمتم﴾ ظاهر الآية يوجب الوضوء على كل من قام إلى الصلاة محدثا كان أو غيره، وعليه أصحاب الظواهر. (د)

(٥) قوله: ﴿إلى الصلاة﴾ في الآية أبحاث: الأول: أنّ الخطاب في قوله تعالى: ﴿إذا قمتم﴾ والغيبة في قوله تعالى: ﴿آمنوا﴾ كُلّ منهما في موضعه، فإن صلة الموصول في الاستعمال المتعارف تكون من صيغ الغيبوبة، وحق الكلام بعد تمام المنادى أن يكون بطريق الخطاب، فلا يقال: يا فلان! إذا فعل كذا، فما في

فاغسلوا وجوهكم﴾ الآية [١]، ففرض [٢] الطهارة [٣] غسل [٤] الأعضاء

"المستصفى" من أنّ فى الآية صنعة التفات من الغيبة إلى الخطاب فشطط.

الثانى: أنّ الخطاب فى ﴿فاغسلوا﴾ للإيجاب على ما هو ظاهر الأمر، فالخطاب إما إلى المحدثين خاصة بقرينة أنّ التيمم الذى هو بدل الوضوء مقيّد بالحدث، والبدل لا يخالف الأصل، وإما إلى كل من آمن، لكن التقدير يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة وأنتم محدثون. وهذا أيضًا بالقرينة السابقة، وإما إلى كل من آمن محدثا كان أو متوضئا، وليس فى التقدير أيضًا ذِكر الحدث، لكن التوضئ للمتوضئ قد نسخ بالسنّة، فقد روى أنّ النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم صلى الصلوات بوضوء واحد.

الثالث: أنّ كلمة آمنوا [illegible]م، وإن كانت صيغة جمع المذكر، لكنها تتناول النساء أيضًا، فلا تصغ إلى ما قيل من أنّ فرضية الوضوء على النساء ثابتة بدلالة النص. (حاشية شرح الوقاية لمولانا عبد الحليم)

(١) قوله: "الآية" إما مرفوع، فالتقدير الآية معلومة فلا حاجة إلى ذكرها تامة، وإما مجرور بحذف المضاف، أى باقى الآية معلوم، وإما منصوب فالمعنى اقرأ الآية. (حاشية شرح الوقاية لمولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٢) قوله: "ففرض" الفرض لغة: القطع والتقدير، وفى الاصطلاح قيل: هو حكم ثبت بدليل لا شبهة فيه، وفيه أن هذا التعريف ليس بمانع لدخول بعض المندوبات فيه، نحو قوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾، فهو فى الاصطلاح عبارة عن حكم قطع بلزومه، وثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه كمسح الرأس.

وحكمه: استحقاق تاركه بلا عذر العقاب، وإكفار جاحده، فإن قلتَ: إنّ مسح ربع الرأس فرض، ولا يكفر جاحده كمالك والشافعى. قلتُ: المراد بالجاحد من جحد بلا تأويل، وهذان مؤولان، هذا هو الفرض الاعتقادى.

وأما الفرض العملى فيطلق على الواجب، فإنه كالفرض فى العمل يستحق تاركه العقاب، لا فى العلم فلا يكفر جاحده، كالثابت بدليل ظنّى كعام مخصوص، وتفصيل المقام فى حاشيتنا المسماة بـ"قمر الأقمار لنور الأنوار". (حاشية شرح الوقاية لمولانا محمد عبد الحليم)

(٣) قوله: "الطهارة" [المراد بالطهارة الوضوء. عناية] تحتاج إلى بيان نفس الطهارة لغة وشرعا، وبيان سببها، وركنها، وحكمها، أما تفسيرها لغة: فهى النظافة، وخلافها الحدث، وسببها: وجوب الصلاة؛ لأنها تقوم بها، وهى شرط الصلاة، فإن قلتَ: لما كانت الصلاة سببا لها كانت الطهارة حكما للصلاة، إذ المراد من السبب العلة، وكيف يكون الشىء الواحد حكما لشىء وشرطا له؟ إذ بينهما منافاة، إذ الشرط يقتضى التقدم، والحكم يقتضى التأخر.

قلت: الصلاة سبب الطهارة من حيث الوجوب، أى وجوب الطهارة عند وجود الحدث بسبب وجوب الصلاة، وإلا فلا يجب، والطهارة شرط الصلاة من حيث الجواز، أى إنا لا نجوز الصلاة عند عدم وجود الطهارة، فلم يكن الحكم والشرط بنسبة واحدة، فيجوز كالصوم للاعتكاف الواجب، فإن سبب وجوب ذلك الصوم وجوب الاعتكاف، ثم الصوم شرط جواز الاعتكاف؛ لأنه إنما يجوز الاعتكاف عند وجود الصوم.

وشرط وجوب الطهارة: الحدث، ومن المحالات أن يكون الحدث سببا، ألا ترى أنه إزالة وتبديل، فلا يصلح سببا لها، ولو كان سببا لاجتمع معها كالصوم مع شهود الشهر والصلاة مع دلوك الوقت.

وركنها: غسل الأعضاء الثلاثة مع مسح الرأس؛ لأن ركن الشىء ما يقوم به ذلك الشىء، وقيام الطهارة بهذا، وحكمها استباحة الصلاة. (نهاية)

قوله: "طهارة" إضافة الفرض إليها إما بتقدير فى أى الفرض فى الطهارة، أو بتقدير اللام أى الفرض

الثلاثة، ومسح الرأس بهذا النص(١)، والغسل(٢) هو الإسالة(٣) والمسح هو الإصابة(٤)، وحد الوجه(٥) من قصاص(٦) الشعر(٧) إلى أسفل(٨) الذقن(٩) وإلى شحمتى(١٠) الأذنين(١١)؛ لأن المواجهة(١٢) تقع بهذه الجملة،

للطهارة، أو بيانيه أى الفرض الذى هو الطهارة. (عبد)

(٤) قوله: "غسل" الغسل بالضم، اسم الماء الذى يغسل به، وللفعل أى غسل تمام الجسد، وبالكسر الذى يغسل به الرأس كالخطمى وغيره، وبالفتح شستن وهو المراد ههنا. (عبد الحليم)

قوله: "غسل إلخ" المفروض هو الغسل بمعنى المصدر المعروف، لكن ما دام محدثا وعند وصول الماء إلى أعضاءه يصير طاهرا، فيسقط الغسل، وجاز أن يراد ههنا بالغسل المصدر المجهول، وبالفرض ما لا بدّ للطهارة منه، أى ما لا بدّ للطهارة منه مغسولية الأعضاء الثلاثة وممسوحية الرأس. (مولانا إله داد رحمه الله)

(١) قوله: "بهذا النص" أورد عليه مولانا الهداد بأنّ الفاء فى قوله: "ففرض الطهارة" من حيث إنها للنتيجة مغنية عن هذا، إذ لا معنى لكون فرضية الغسل والمسح نتيجة لهذا النص سوى ثبوته به انتهى. ومبناه أنّ الفاء تعقيبيّة وهو مختار صاحب "العناية".

قلت: لو جعل الفاء للتفسير كما يشير إليه كلام صاحب "النهاية" لما ورد ما أورد، وكذا إذا قيل: تقدير الكلام هكذا: إذا عرفت الآية، فاعلم أنّ فرض إلخ، فافهم. (عبد)

(٢) قوله: "والغسل" إنما فسّر الغسل والمسح مع ظهور معناهما، إشارة إلى دفع ما ذهب إليه الشافعى من تكرار مسح الرأس على ما سيجىء، وإلى أنّ البلل بالماء فى المغسولات لا يسقط الفرض، كما روى عن أبى يوسف رحمه الله. (عناية)

(٣) قوله: "هو الإسالة" يفيد أن الدلك ليس من حقيقته، خلافا لمالك فلا يتوقف تحققه عليه، ومرجعه فيه قول العرب: غسلت المطر الأرض، وليس فى ذلك إلا الإسالة. (ف)

(٤) بدون التقاطر.

(٥) طولا.

(٦) قوله: "قصاص [مثلثة القاف]" فى الديوان قصاص الشعر بفتح القاف، وقصاصه بضمّها بمعنى وهو منتهاه فى الرأس. (نهاية)

(٧) قوله: "الشعر" اللام عوض عن المضاف إليه، والمراد منه شعر ينبت على جانب مقابل لجانب القفا، فلا يرد أنه يصدق على جانب القفا. (عبد الحليم)

(٨) قوله: "إلى أسفل الذقن" ذكر فى الذخيرة فى فصل الشجاج أنّ الذقن من الوجه بلا خلاف، وأما اللحيان فمن الوجه عندنا. (إله داد)

(٩) قوله: "الذقن" هو بفتحتين ما تحت العنفقة، وهو مجمع العظمين اللذين هما منبت الأسنان السفلى. (عبد الحليم)

(١٠) قوله: "وإلى شحمتى [عرضا]" الشحمة أسفل الأذن وهو معلق القرط. (مغرب)

(١١) قوله: "الأذنين" قد تسامح صاحب الكنز حيث قال: وإلى شحمتى الأذن، والأولى أن يقول: إلى شحمتى الأذنين. (عبد الحليم)

وهو مشتق(١) منها(٢).

والمرفقان(٣) والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر ح، وهو يقول(٤): إن الغاية لا تدخل تحت المغيّا كالليل في باب الصوم، ولنا(٥) أن هذه الغاية لإسقاط(٦) ما وراءها، إذ لولاها(٧) لاستوعبت الوظيفة(٨)

---

(١٢) قوله: "لأنّ المواجهة" إلخ، فإن قلت: اشتقاقه من المواجهة لا يقتضي أن يتعيّن اسما لما يقع به المواجهة، ألا ترى أنّ اللحم مشتق من الالتحام، ثم لا يتعين اسما لما فيه الالتحام أي الشدة من الدموي، بل هو حقيقة في لحم السمك أيضًا صرّح به الإمام فخر الإسلام في بحث ما ترك من الحقيقة.

قلت: اشتقاقه منها وإن كان لا يوجب تعيينه اسما لما يقع به المواجهة، فهو يوجب أن يكون ذلك القدر هو الكامل بما يقع عليه الاسم. (مولانا إله داد رحمه الله)

(١) قوله: "وهو مشتق منها" اعترض ههنا بأنّ الثلاثي لا يكون مشتقا من المنشعبة، وليس بشيء؛ لأنّ ذلك في الاشتقاق الصغير، وأما في الاشتقاق الكبير وهو أن يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى، فهو جائز. (عناية)

(٢) أي المواجهة. (ن)

(٣) قوله: "والمرفقان" المرفق بكسر الأول، على وزن المنبر ملتقى عظم العضد والذراع. (عبد الحليم)

(٤) قوله: "وهو يقول إلخ" هذا الذي ذكره المصنف لزفر يخالف ما ذكر له في نسخ الأصول، فإنّ المذكور له أنّ فيها تعارض الأشباه، وهو أنّ من الغايات ما يدخل كقوله: قرأت القرآن من أوله إلى آخره، ومنها ما لا يدخل كما في قوله تعالى: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾، وهذه الغاية أعني المرافق تشبه كلا منهما، فلا تدخل بالشك.

وتأويل كلام المصنف أنّ هذه الغاية -أي المرافق- لا تدخل بتعارض الأشباه كما لم تدخل في أتموا الصيام إلى الليل. (عناية)

(٥) قوله: "ولنا" جواب بالقول بالموجب، وهو أنّ المعلِّل نصب الدليل في غير محل النزاع. (مولانا إله داد رحمه الله)

(٦) قوله: "لإسقاط إلخ" الأصل في هذا أنّ الغاية قد تُذكر لمدّ الحكم إليها، وقد تُذكر لقصر الحكم عما وراءها، وإنما يتبيّن ذلك بالنظر إلى صدر الكلام، إن كان صدر الكلام لا يتناول الغاية وما وراءها لو اقتصر على ذلك الصدر، يعلم أنّ ذكر الغاية لإثبات الحكم ومده إليها، فيجعل غاية للإثبات فلا يدخل تحت الإثبات، ومتى كان صدر الكلام يتناول الغاية وما وراءها لو اقتصر عليه، يُعلم أنّ ذكر الغاية لقصر الحكم فيجعل الغاية للإسقاط، والذي نحن فيه من قبيل هذا؛ لأنّ قوله تعالى: ﴿وأيديكم﴾ يتناول كل اليد من رؤوس الأصابع إلى الإبط، فصار ذكر الغاية أي المرفق لإخراج ما وراء المرفق فبقي حكم الغسل باقيا في المرفق بصدر الكلام.

وأما الصوم فهو من قبيل الأول؛ لأنه يتناول الإمساك ساعة لغة، حتى لو حلف لا يصوم فصام ساعة حنث، فلا يدخل محل الغاية تحت حكم الصدر؛ لأنّ هذه الغاية لمدّ الحكم لما قلنا. (نهاية)

(٧) قوله: "إذ لولاها إلخ" قد ذكر صاحب الكافي في كتاب السرقة أن اليد ذات مقاطع ثلث من الرسغ والمرفق والإبط، وكل ذلك يحتمل حينئذ. (مولانا إله داد رحمه الله)

الكل . وفى باب الصوم لمد الحكم إليها ؛ إذ الاسم(١) يطلق على الإمساك ساعة ، والكعب هو العظم الناتئ(٢) هو الصحيح(٣) ، ومنه الكاعب .

قال : والمفروض(٤) فى مسح(٥) الرأس مقدار الناصية(٦) وهو ربع الرأس؛ لما(٧) روى المغيرة بن شعبة* أن النبى ﷺ(٨) أتى سباطة(٩) قوم فبال ، وتوضأ ومسح(١٠) على ناصيته وخفّيه . والكتاب(١١) مجمل

---

(٨) الذى هو الوضوء ههنا.

(١) قوله: "إذ الاسم إلخ" يشعر بأنه لولا قوله إلى الليل لتناول الصوم فى الآية مطلق الإمساك، وهو مشكل، إذ الصوم إذا ذكر ينصرف إلى الكامل وهو المعتبر شرعا. (إله داد)

(٢) الظاهر.

(٣) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما رواه هشام عن محمد، أنّه الذى فى وسط الرجل عند معقد الشراك، فإنّ مراد محمد رحمه الله بذلك الكعب الذى يقطع المحرم أسفله من الخف إذا لم يجد النعلين. (ف)

(٤) قوله: "والمفروض" أى المقدر على جهة الفرضية مقدار الناصية، وهو كما ترى يشير إلى أنه يجوز من أى جانب كان. (عناية)

(٥) قوله: "فى مسح الرأس" قلت: إنما لم يتعرض لمسح اللحية مع أنّ مسحها أيضًا مفروض؛ إما لأنّ الأصل هو مسح الرأس، ومسح اللحية ثبت بإلحاقها به، فاكتفى بذكر الأصل عن ذكر الفرع، وإما لأنه اختار أنه لا يفرض مسح شىء من اللحية؛ لأنه زيادة على النص بالرأى. (إله داد)

(٦) موئے پیشانی ومحل آن. (م)

(٧) قوله: "لما روى" إنما لم يقتصر على إيراد الحديث بقوله: "مسح على ناصيته" مع كفايته للمدعى؛ لأنّ نقل الحديث بما يتلوه من الحكاية يوجب صحته. (نهاية)

* أما حديث السباطة فأخرجه ابن ماجه من حديث المغيرة بن شعبة، وأما حديث المسح على الناصية فأخرجه مسلم من رواية عروة بن المغيرة عن أبيه. انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١و٢ ، ص١١، ونصب الراية ج١ ص١ (نعيم).

(٨) وآله وأصحابه.

(٩) قوله: "سباطة قوم" السباطة والكناسة بمعنى واحد، وبالفارسية روفتهءخانه يعنى المكان الذى ألقى القوم فيه الكناسة. (نهاية)

(١٠) قوله: "ومسح على ناصيته" هذا الحديث تمام متنين رواهما المغيرة، أحدهما ما رواه مسلم: «أنه عليه الصلاة والسلام توضأ ومسح بناصيته وعلى الخفين»، والآخر رواه ابن ماجة عنه: «أنه عليه الصلاة والسلام أتى سباطة قوم فبال قائما»، فجمع القدورى بينهما، ووهم الشيخ علاء الدين حيث جعله مركّبا من حديث مغيرة أنه مسح على الناصية، وحديث حذيفة أنه أتى سباطة قوم. (ف)

(١١) قوله: "والكتاب مجمل" لا يقال: المجمل ما لا يمكن العمل به وقد أمكن ههنا؛ لأنه يخرج من عهدته بأدنى ما يطلق عليه اسم المسح، قلنا: لم يرد ذلك؛ لأنه يحصل بغسل الوجه، فلا يحتاج إلى إيجاب على حدة،

فالتحق بيانا به، وهو(١) حجة على الشافعي رح في التقدير بثلاث(٢) شعرات، وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب، وفي بعض(٣) الروايات قدره(٤) بعض أصحابنا رح بثلاث أصابع اليد؛ لأنها أكثر ما هو الأصل في آلة المسح.

قال: وسنن(٥) الطهارة(٦) غسل(٧) اليدين قبل إدخالهما(٨) الإناء، إذا

كذا في "الكافي". (إله داد)

(١) قوله: "وهو حجة على الشافعي" مسألة مسح الرأس في المقدار مخمّسة، قولان من أصحابنا، وقول الشافعي، وقول مالك، وقول الحسن البصري. قال الحسن: المفروض أكثر الرأس، استدلّ مالك بفعل النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم فإنه مسح بيديه كلتيهما، أقبل بهما وأدبر، وبه استدلّ الحسن إلا أنه قال: الأكثر يقوم مقام الكل، ولكنا نقول: إن فعل الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم لا يدل على الركنية لأدائه إلى زيادة النص، وإنما كان ذلك لإكمال الفضيلة، ولا يجوز اعتبار الممسوح بالمغسول؛ لأن المسح بني على التخفيف، وفي كتاب الله تعالى ما يدلّ على التبعيض في المسح لاتصال الفعل إلى محل المسح بحرف الباء، وعن هذا قال الشافعي: يتأدّى بأدنى ما يتناوله الاسم، قيل: هو ثلاث شعرات؛ لأنه المتيقن، لكنا نقول: من مسح برأسه ثلاث شعرات لا يقال: إنه مسح برأسه عادة. (نهاية)

(٢) قوله: "بثلاث شعرات" وذهب الشافعي في جماعة إلى أنّ الواجب ما يطلق عليه اسم المسح ولو شعرة واحدة. (إله داد)

(٣) قوله: "وفي بعض الروايات [هي رواية "النوادر" لا ظاهر الرواية؛ فإن ظاهر الرواية مقدار الناصية. عيني] وهو رواية عن محمد ذكرها ابن رستم رحمه الله في "نوادره": أنه إذا وضع ثلاث أصابع ولم يمدّها، جاز في قول محمد، جاز في المسح والخف جميعاً. (نهاية)

(٤) قيل: هو ظاهر الرواية. (ع)

(٥) قوله: "وسنن الطهارة" إفراد الفرض وجمع السنة إشارة إلى أنّ مجموع أجزاء الطهارة بمنزلة جزء واحد، حتى يفسد بفساد جزء، بخلاف السنة فإنّ فساد واحد منها لا يستلزم فساد الأخرى، ولقائل أن يقول: إنّ هذه الفائدة حاصلة من الإضافة البيانية، ولا يمكن القول بها فيما نحن فيه. (عبد)

قوله: "وسنن الطهارة" السنة ما واظب عليه النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم مع تركه أحيانا. (فتح القدير)

(٦) أي الوضوء. (عناية)

(٧) قوله: "غسل اليدين" الظاهر أن المذكور في الكتاب بيان ما هو السنة في حق المستيقظ الشاك الذي يريد أن يغترف من الإناء، لا بيان سنة غسل اليدين قبل غسل الأعضاء الذي هو سنة للمستيقظ وغيره، سواء أراد الاغتراف أولا، وإلا فلا وجه للتقييد بقوله: قبل إدخالهما في الإناء، وبقوله: «إذا استيقظ» إلخ. (ملا إله داد)

(٨) قوله: "قبل إدخالهما الإناء" ذكر الإناء ههنا وقع على عادتهم، فإنهم كانوا يتوضأون من الإناء. (نهاية)

استيقظ[١] المتوضئ من نومه؛ لقوله[٢] عليه السلام*: «إذا استيقظ[٣] أحدكم من منامه فلا يغمسن[٤] يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثا فإنه لا يدرى أين باتت يده». ولأن[٥] اليد آلة التطهير، فتسن البداية بتنظيفها، وهذا الغسل إلى الرسغ[٦] لوقوع الكفاية به في التنظيف.

قال: وتسمية[٧] الله تعالى في ابتداء الوضوء[٨]؛ لقوله[٩] عليه

(١) قوله: "إذا استيقظ" وأما تعليقه بالاستيقاظ فمنهم من أطلق فيه، ومنهم من قيّده بما إذا نام مستنجيا بالأحجار أو متنجِّس البدن، أما لو نام متيقِّنا طهارتهما مستنجيا بالماء، فلا يسن. وقيل: بأنه سنة مطلقًا للمستيقظ وغيره في ابتداء الوضوء، وهو الأولى. (ف)

(٢) قوله: "لقوله عليه السلام" قلت: أخرجه الأئمة الستة في كتبهم. (تخريج زيلعي)

* أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة، انظر الدراية: ج١ رقم الحديث ٣ ص ١٣، ونصب الراية ج١ ص ٢ (نعيم).

(٣) استيقاظ: بيدار شدن. (م)

(٤) قوله: "فلا يغمسن" الحديث المذكور في الصحيحين بغير نون التأكيد، وأما بها ففي مسند البزار من حديث هشام بن حسان (ف).

قوله: "فلا يغمسن" ظاهر النهي يدلّ على الحرمة، ويؤكده نون التأكيد، لكنه من باب خبر الواحد، فلو جعلنا الغسل فرضا، يلزم الزيادة على الكتاب به، وذا لا يجوز عندهم، فلا بدّ من أن يحمل على الوجوب، أو السنة، لكن الأول لا يجوز؛ لأن الواجب لا يكون في الطهارة، فلا بدّ من أن ينزل من الوجوب بقدر الضرورة، فحملناه على السنة. (عبد)

(٥) قوله: "ولأنّ اليد" مبناه أيضًا على أنّ ما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب، لكنه ترك؛ لأنّ طهارة العضو حقيقة وحكما تدلّ على عدم الوجوب. (عناية)

(٦) قوله: "إلى الرسغ" هو منتهى الكف عند المفصل. (نهاية)

(٧) قوله: "وتسمية الله تعالى" قال الطحاوي: هو أن يقول: بسم الله العظيم، والحمد لله على دين الإسلام، هو المنقول عن السلف، وقيل: إنه مرفوع إلى صاحب المعجزات صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (عناية)

قوله: "وتسمية الله تعالى" قال ملا إله داد رحمه الله: أي ذكر الله تعالى انتهى. فوجه التسمية بأنّ المراد به ذكر الله تعالى، واستدلّ عليه بما حاصله أنه لو أريد منها معناه الحقيقي فهو لازم، فكيف أضافه إلى لفظ الله تعالى؟ أقول: لو أريد من التسمية نام ذكر كردن لم تبعد فتفكر. (عبد)

(٨) قوله: "الوضوء" الوضوء بالضم لغة: النظافة، وفي الشرع: نظافة مخصوصة، أي غسل الوجه واليدين والرجلين ومسح الرأس، وبالفتح الماء الذي يتوضأ به. (محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٩) قوله: "لقوله [رواه الترمذي وأحمد وأبو داود. ف]" قلت: روى من حديث أبي هريرة، ومن حديث سعيد بن زيد، ومن حديث أبي سعيد الخدري، ومن حديث سهل بن سعد الساعدي ومن حديث أبي بسرة. (ت)

السلام: «لا[١] وضوء لمن لم يسمّ» *، والمراد به نفى الفضيلة، والأصح[٢] أنها مستحبّة، وإن سمّاها فى الكتاب[٣] سنة، ويسمّى قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح[٤]، والسواك[٥] لأنه[٦] عليه السلام كان يواظب[٧] عليه **، وعند فقده[٨] يعالج*** بالإصبع[٩]؛ لأنه[١٠] عليه السلام فعل كذلك[١١]. والمضمضة والاستنشاق؛ لأن النبى عليه

---

(١) قوله: "لا وضوء لمن لم يسمّ" ووجه ذلك: أنّ لا لنفى الجنس، فحقيقته يقتضى أن لا يجوز الوضوء إلا بالتسمية، وإليه ذهب أصحاب الظواهر وأحمد، وجعلوا التسمية من شروط الوضوء، لكنا قلنا: المراد به نفى الفضيلة؛ لئلا يلزم نسخ آية الوضوء به. (عناية)

* أخرج بمعناه أبو داود وابن ماجه والحاكم من حديث أبي هريرة انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٤، ص١٤، ونصب الراية ج١ ص٣ (نعيم).

(٢) . كونها سنة مختار الطحاوى والقدورى. (عناية)

(٣) أى القدورى.

(٤) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما قيل: قبله فقط، وما قيل: بعده فقط. (ف)

(٥) قوله: "والسواك" أى استعمال السواك، كذا فى "الكافى"، وفى "النهاية" أى استعمال السواك على حذف المضاف؛ لما أنّ السواك والمسواك واحد، وهو اسم للخشبة المتعينة للاستياك، وليست الخشبة بسنة. (د)

قوله: "والسواك" يكون بغلظ الخنصر، وطول الشبر، ويستاك عرضا لا طولا عند المضمضة. (عناية)

(٦) قوله: "لأنه عليه السلام" أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم من حديث أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لو لا أن أشقّ على أمّتى لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة»، وقال مسلم: «عند كل صلاة» انتهى، وعند النسائى فى رواية: «عند كل وضوء». (ت)

(٧) قوله: "يواظب عليه" أى مع تركه أحيانا، بدليل أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم علّم الأعرابى الوضوء، ولم ينقل فيه تعليم السواك. (نهاية)

** متفق عليه من حديث حذيفة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٥، ص١٦، ونصب الراية ج١ ص٨ (نعيم)

(٨) قوله: "عند فقده" فى "الكافى": ولا يقوم الإصبع مقام الخشبة عند وجودها، فهو بظاهره يدلّ على أن لو عالج بالإصبع مع وجود الخشبة وحضورها، لا يكون مقيما للسنة.

وفى بعض الحواشى: وأما عند وجودها فالأولى استعمالها؛ لأنها قوى على إزالة ما على الأسنان من الدرن لخشونتها من الإصبع، فهو يدل على أنه يقع سنة. (د)

*** أخرجه البيهقى قولا من حديث أنس، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٦ ص١٧، ونصب الراية ج١ ص٩ (نعيم).

(٩) مثلثة الهمزة.

(١٠) رواه البزار. (عينى)

(١١) قلت: حديث غريب. (ت)

السلام* فعلهما (٢) على المواظبة (٣)، وكيفيتهما(٤): أن يمضمض ثلاثا يأخذ لكل مرة (٥) ماء جديدا ثم يستنشق كذلك، هو المحكى** من وضوءه ﷺ (٦)، ومسح (٧) الأذنين، وهو سنة بماء الرأس خلافا (٨) للشافعي رح؛ لقوله عليه السلام: «الأذنان (٩) من الرأس»***، والمراد (١٠)

* انظرالدراية ج١رقم الحديث٧و٨، ص١٨، ونصب الراية ج١ ص١٠ (نعيم).

(٢) قوله: "فعلهما [يعني مع الترك أحيانا. ع]" قلت: الذين رووا صفة وضوء النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم من الصحابة عشرون نفرا: عبد الله بن زيد بن عاصم، وعثمان بن عفان، وابن عباس، والمغيرة ابن شعبة، وعلى بن أبى طالب، والمقدام بن معدى كرب، والربيع بن معوذ، وأبو مالك الأشعرى، وأبو هريرة، وأبو بكرة، ووائل بن حجر، وأبو جبير الكندى، وأبو أمامة، وعائشة، وأنس، وكعب بن عمرو اليمامى، وأبو أيوب الأنصارى، وعبد الله بن أبى أوفى، والبراء ابن عازب، وأبو كاهل رضى الله عنهم أجمعين، كلهم حكوا فيه المضمضة والاستنشاق. (ت)

(٣) قوله: "على المواظبة" حتى قال أهل الحديث: هما فرضان فى غسل الجنابة والوضوء. (نهاية)

(٤) قوله: "وكيفيتهما" إنما فسّر كيفيتهما نفيا لقول الشافعي رحمه الله، فإنّ عنده الأفضل أن يتمضمض ويستنشق بكفه بماء واحد. (ن)

(٥) لأنه أبلغ فى الطهارة. (د)

** أخرجه أبو داود، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٩، ص٢٠، ونصب الراية ج١ ص١٧(نعيم).

(٦) قلت: رواه الطبرانى فى "معجمه". (ت)

(٧) قوله: "ومسح الأذنين" عن الحلوانى وشيخ الإسلام يدخل الخنصر فى أذنيه ويحركهما، كذا فعل النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم انتهى، والذى فى ابن ماجة بإسناد صحيح عن ابن عباس رضى الله عنهما: «أنّ النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم مسح أذنيه فأدخلهما السبابتين، وخالف إبهاميه إلى ظاهر أذنيه، فمسح ظاهرهما وباطنهما»، وقول من قال: يعزل السبابتين فى مسح الرأس من مشايخنا يدل على أنّ السنة عنده إدخالهما وهو الأولى. (ف)

(٨) قوله: "خلافا للشافعي" فإنّ السنة عنده مسح كل واحد من وجهتى الأذنين والصماخين بماء جديد. (د)

(٩) قوله: "الأذنان من الرأس" قال البيهقى: أشهر أسناد الحديث هذا، يعنى رواية أبى داود والترمذى وابن ماجة، من حديث حمّاد بن زيد عن سنان بن ربيعة عن شهر بن حوشب عن أبى أمامة الباهلى، أنّ النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم توضأ، فغسل وجهه ثلاثا ويديه ثلاثا ومسح برأسه، وقال: «الأذنان من الرأس». (ف)

*** أخرجه ابوداود من حديث أبي أمامة ،انظرالدراية ج١ رقم الحديث١٠ص٢٠، ونصب الراية ج١ ص١٨(نعيم).

(١٠) قوله: "والمرادا إلخ" يعنى وجه التمسك، أنّ المراد بقوله: «الأذنان من الرأس» إما أن يكون بيان

بيان الحكم دون الخِلقة.

قال: وتخليل اللحية؛ لأن[1] النبى عليه السلام أمره[2] جبريل عليه السلام بذلك*، وقيل: هو[3] سنة عند أبى يوسف رح، جائز[4] عند أبى حنيفة ومحمد رح؛ لأن السنة[5] إكمال الفرض فى محلّه، والداخل[6] ليس[7] بمحل الفرض. وتخليل[8] الأصابع؛ لقوله عليه السلام:

الخِلقة، والنبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم غير مبعوث لذلك، على أنه مشاهد فلا يحتاج إلى بيان، أو بيان أنهما ممسوحان كالرأس، لا بماء الرأس، ولا سبيل إليه؛ لأنّ الاشتراك بين الشيئين فى أمر لا يوجب كون أحدهما من الآخر، فتعيّن المطلوب. (ع)

(١) قوله: "لأنّ إلخ" قلت: رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" فى باب الأحاديث المخالفة لمذهب أبى حنيفة، فقال: حدّثنا وكيع، حدّثنا الهيثم بن حماد عن يزيد بن أبان عن أنس أنّ النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «أتانى جبريل فقال: إذا توضأت فخلّل لحيتك» انتهى. (تخريج زيلعى)

(٢) قوله: "أمره" وجه التمسك أنّ الأمر للوجوب، إلا أنّا تركناه لئلا يعارض الكتاب، وفيه نظر؛ لأنه إنما يلزم ذلك لو أفاد الفرضية ولم يقل به أحد، وأما إذا أفاد الوجوب فلا مانع كخبر الفاتحة، والحق أنّ الوجوب يثبت بالمواظبة من غير ترك، وما ثبت ذلك، فإنه روى عن أبى حنيفة أنه قال: ما روى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أخذ كفا من ماء تخلّل به لحيته، وقال: «بهذا أمرنى ربى» لم يثبت إلا مرة واحدة. وعن هذا نقل أنه قال: مسح اللحية جائز، ليس بسنّة. (عبد)

* أخرجه ابن أبي شيبة وابن ماجه وابن عدي من حديث أنس، انظرالدراية ج١رقم الحديث ١١، ص٢٢، ونصب الراية ج١ ص٢٣ (نعيم).

(٣) قوله: "هو سنّة" يستحب أن يمسح ثلث اللحية أو ربعها، وفى بعض الروايات تمسح كلها، وهو الأصح. ويغسل الموضع المنكشف بين العذار والأذن فى قول محمد، وهو رواية عن الإمام. (نهاية)

(٤) أى لا يبتدع فاعله كما يبتدع ماسح الحلقوم. (نهاية)

(٥) قوله: "لأنّ السنة" إلخ، أى السنة فى أركان الوضوء هو إكمال فرض الطهارة فى محله كالتثليث، واستيعاب الرأس، وتخليل الأصابع، وكل ذلك سنة لمعنى الإكمال فى الطهارة، ولا يوجد هذا المعنى فى تخليل اللحية، فلا يكون سنة، وبهذا يسقط ما يقال: لا يلزم أن يكون السنة من إكمال الفرض، فكثير من السنن كالختان لم يشرع من إكمال الفرض فى محله، وكذا يسقط ما يروى: أنّ النية والترتيب سنتان فى الوضوء، وليسا لإكمال الفرض فى محله. (إله داد)

(٦) أى داخل اللحية. (عناية)

(٧) قوله: "ليس بمحل الفرض" لعدم وجوب إيصال الماء إليه، فأورد بالمضمضة والاستنشاق بأنهما سنتان، وداخل الفم والأنف ليس بمحل الفرض. وأجيب بأنّ الفم والأنف من الوجه إذ لهما حكم الخارج من وجه، والوجه محله. (عناية)

(٨) قوله: "وتخليل الأصابع" صفته فى الرجلين: أن يخلّل بخنصر يده اليسرى خنصر رجله اليمنى،

«خلّلوا[١] أصابعكم* كي لا تتخلّلها[٢] نار جهنّم» ولأنه إكمال الفرض في محله[٣]، وتكرار[٤] الغسل إلى الثلاث؛ لأن النبي[٥] عليه السلام توضأ[٦] مرة مرة، وقال: «هذا وضوء لا يقبل[٧] الله تعالى الصلاة إلا به»، وتوضأ مرتين مرتين، وقال: «هذا وضوء من يضاعف الله له الأجر مرتين»، وتوضأ ثلاثا ثلاثا، وقال: «هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من قبلي[٨] فمن[٩] زاد على هذا أو نقص فقد تعدّى[١٠] وظلم[١١]»، **

ويختم بخنصر رجله اليسرى. (ف)

(١) قوله: "خلّلوا أصابعكم" ينبغي أن يكون واجبا نظرا إلى الأمر، إلا أنه لا مدخل للوجوب في الوضوء؛ لأنه شرط الصلاة فيكون تبعا لها، فلو قلنا بالوجوب، لساوى التبع الأصل. (د)

* أخرجه الدارقطني عن أبي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث ١٢، ص٢٤، ونصب الراية ج١ ص٢٦ (نعيم).

(٢) قوله: "كي لا تتخللها" متن الحديث على ما في الدار قطني: خلّلوا أصابعكم، لا يخَلِّلها الله النار يوم القيامة. (ف)

(٣) الذي هو اليد.

(٤) قوله: "وتكرار الغسل" ظاهر لفظ الكتاب أنّ السنة هو الغسل، بل تكراره إلى ثلاث مرات. وقيل: إنّ الأول فريضة، والثانية سنة، والثالثة فضيلة. (د)

(٥) من ههنا إلى قوله: فمن زاد، رواه ابن ماجة والدارقطني. (ف)

(٦) قوله: "توضأ مرة مرة [قلت: غريب بجميع هذا اللفظ. (ت)]" أي غسل كل عضو مرة مرة. (عناية)

(٧) إشارة إلى عدم الجواز. (ع)

(٨) هذا قطعة من حديث آخر رواه النسائي وابن ماجة فجمع المصنف بينهما، ولا عيب في ذلك؛ فإنه لم ينسبه إلى معين، كذا في "الفتح القدير".

(٩) قوله: "فمن زاد" أي على هذا العدد، هو الثلاث على الحد المذكور لأعضاء الوضوء؛ لأن التحجيل مستحب بالأحاديث الصحاح على ما عرف في موضعه. (د)

(١٠) قوله: "فقد تعدّى" راجع إلى الزيادة؛ لأنه مجاوزة الحد، قال الله تعالى: ﴿ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾.

والظلم يرجع إلى النقصان، قال الله تعالى: ﴿ولم نظلم منه شيئا﴾ أي، لم ننقص. (نهاية)

(١١) قوله: "وظلَم" يريد ههنا أنّ في صورة الزيادة يستحق الوعيد لفعل الإسراف، والله لا يحب المسرفين، وأما في صورة النقصان فلا وجه للوعيد، إذ غاية الأمر ترك السنّة، وبه لا يستحق التارك الوعيد.

والجواب عنه: أنّ الوعيد لعدم رؤيته سنة، يعني معنى الحديث، فمن زاد على العدد أو نقص عنه معتقدا عدم سنيته فقد تعدى وظلم على نفسه، وهذا هو حاصل قول المصنف: والوعيد إلخ.

والوعيد(۱) لعدم(۲) رؤيته سنة.

قال: ويستحب(۳) للمتوضئ أن ينوي(٤) الطهارة، فالنية(٥) في الوضوء سنة(٦) عندنا، وعند الشافعي رح فرض؛ لأنه عبادة(۷) فلا يصح(۸) بدون النية كالتيمّم. ولنا(۹) أنه(۱۰) لا يقع قربة إلا بالنية، ولكنه يقع(۱۱)

وحرّر ملا إله داد الجواب بأنّ قوله: تعدّى وظلم راجع إلى الكل، أي من زاد فقد تعدى وظلم، ومن نقص فقد تعدّى وظلم؛ لأنّ قوله: «فقد تعدّى وظلم» جزاء لكل واحد من الفعلين، ولكن التعدّي والظلم في صورة الزيادة ظاهر، إلى آخر ما قلناه.

أقول: لا يخفى على عالم معنى التعدّي والظلم: أنّ الأول متعلق بالأول، والثاني بالثاني كما حققه صاحب "النهاية"، على أنه لا دخل في الإيراد لتعلق كل منهما بكل منهما، كما يشهد عليه تقريرنا، فافهم واستقم. (عبد)

** هذا الحديث مركب من حديثين: الأول أخرجه ابن ماجه من حديث أبي بن كعب، والثاني أخرجه أصحاب السنن إلا الترمذي، وللتفصيل انظر الدراية ج۱رقم الحديث۱۳و١٤، ص٢٥، ونصب الراية ج۱ ص۲۷(نعيم).

(۱) دفع دخل مقدر.

(۲) قوله: "لعدم رؤيته سنة" فلو رآه وزاد لقصد الوضوء على الوضوء، أو لطمأنينة القلب عند الشك فلا بأس به. (ف)

(۳) قوله: "ويستحب" قيل: المستحب ما يثاب المرء على فعله، ولا يلام على تركه. (ع)

(٤) قوله: "أن ينوي" صورته: أن ينوي إزالة الحدث، أو إباحة الصلاة. (عناية)

(٥) قوله: "فالنية في الوضوء إلخ" أي في الوضوء بالماء، أما الوضوء بنبيذ التمر فلا يجوز إلا بالنية، فقد ذكر القدوري عن أصحابنا أنّ التوضئ بنبيذ التمر لا يجوز إلا بالنية؛ لأنه بدل عن الماء كالتيمم. (إله داد)

(٦) قوله: "سنة" أورد عليه أن الاستحباب والسنة منافيان؛ لأنّ المستحب ما يثاب على فعله، ولا يعاقب ولا يلام على تركه. والسنّة ما يثاب على فعله، ويلام على تركه، فكيف يصح إطلاق السنّة عليه في الشرح بعد إطلاق المستحب عليه في المتن؟ وكيف يصح تفريع قوله فالنية على ما في المتن. أجاب عن الأول صاحب "العناية" بقوله: الظاهر أنّ الأول مذهب القدوري، والثاني مذهب المصنف.

أقول: بهذا ازداد الإيراد الثاني قوة؛ لعدم صحة تفريع مذهب أحد على مذهب آخر. وأجاب عن الثاني ملا إله داد رحمه الله بقوله: قلت: إنّ المراد بقوله: يستحبّ، أعمّ من السنة إلخ. أقول: يردّه تقابل الاستحباب بالسنية فافهم. (عبد)

(۷) قوله: "لأنه عبادة" لأنّ العبادة اسم لنوع فعل، ابتلي الآدمي بفعله تعظيما لله تعالى، على خلاف هوى نفسه. (نهاية)

(۸) قوله: "فلا يصح" لأنّ كل عبادة لا تصح بدون النية؛ لقوله تعالى: ﴿وما أُمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدّين﴾ ولا إخلاص إلا بالنية. (ع)

(۹) قوله: "ولنا" هذا قول بالموجب للعلة، حيث التزم ما ألزمه الشافعي. (ن)

مفتاحا للصلاة[١]؛ لوقوعه[٢] طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم؛ لأن التراب غير مطهر إلا في حال[٣] إرادة الصلاة، أو هو ينبئ[٤] عن القصد[٥]. ويستوعب[٦] رأسه بالمسح[٧]، وهو السنة*، وقال الشافعي رح: السنة هو التثليث[٨] بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول[٩].

ولنا[١٠]: أن أنسا رضي الله تعالى عنه[١١] توضأ[١٢] ثلاثا ثلاثا، ومسح

---

(١٠) قوله: "أنه لا يقع" يعني لا نزاع في أنّ الوضوء لا يكون عبادة إلا بالنية، إنما النزاع في أنه هل يكون مفتاحا للصلاة أو لا؟. (د)

(١١) قوله: "ولكنه يقع" لأنه شرط الصلاة، والشروط يراعى وجودها، لا وجودها قصدا. (نهاية)

(١) وإن لم ينو. (د)

(٢) قوله: "لوقوعه طهارة" فإنّ قوله تعالى: ﴿وأنزلنا من السماء ماء طهورا﴾ بإطلاقه يوجب أنّ استعمال الماء مزيل للنجاسة الحسية والحكمية، نوى أو لم ينو. (د)

(٣) قوله: "إلا في حال إرادة الصلاة" فكان التطهير به تعبدا محضا، وفيه يحتاج إلى النية فيفسد قياسه على التيمم. (ف)

(٤) فلا يتحقق دونه. (ف)

(٥) بخلاف الوضوء.

(٦) قوله: "ويستوعب" وكيفيته: أن يبلّ كفيه وأصابع يديه، ويضع بطون ثلاث أصابع من كل كف على مقدّم الرأس، ويعزل الإبهامين والسبابتين، ويجافي الكفين ويجرّهما إلى مؤخر الرأس، ثم يمسح الفودين بالكفين ويجرّهما إلى مقدّم الرأس، ويمسح ظاهر الأذنين بباطن الإبهامين، وباطن الأذنين بباطن السبابتين، ويمسح رقبته بظاهر اليدين، حتى يصير ماسحا ببلل لم يصر مستعملا، كذا علمنا عيانا الأستاذ الشفيق مولانا فخر الملة والدين رحمه الله. (ن)

(٧) أي على اختيار المصنف. (عناية)

* متفق عليه من حديث عبد الله ابن زيد، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٥، ص٢٦، ونصب الراية ج١ ص٢٩ (نعيم).

(٨) قوله: "التثليث" الرواية منصوصة في الشرح بأنّ التثليث عنده مع الاستيعاب سنّة. (د)

(٩) قوله: "بالمغسول" كأنه أراد بالمغسول ما يسنّ غسله كغسل باطن الفم والأنف، والسنة فيه تكرار الغسل، فكذا ههنا يكون السنة تكرار الاستيعاب. (د)

(١٠) قوله: "ولنا أنّ أنسا إلخ" عزاه بعضهم إلى معجم الطبراني، عن راشد أبي محمد قال: "رأيت أنسا بالزاوية فقلت: أخبرني عن وضوء رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فإنه بلغني أنك كنت توضئه"، وساق الحديث إلى أن قال: ثم مسح مرة برأسه، غير أنه أمرهما على أذنيه فمسحهما، قال الزيلعي: وهذا لم أجده في "معجم الطبراني". (ف)

برأسه مرة واحدة، وقال: هذا وضوء رسول الله عليه السلام*.
والذى[٢] يروى[٣] من التثليث** محمول عليه بماء واحد وهو مشروع[٤] على ما روى عن أبى حنيفة رح، ولأن[٥] المفروض هو المسح، وبالتكرار يصير غسلا، فلا يكون مسنونا، فصار كمسح[٦] الخف بخلاف[٧] الغسل؛ لأنه لا يضره التكرار.

ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره، وبالميامن[٨]، والترتيب فى الوضوء[٩] سنة عندنا، وعند الشافعى رح فرض؛ لقوله تعالى:

---

(١١) هذا حديث غريب. (ف)

(١٢) قوله: "توضأ" عزاه بعضهم إلى "معجم الطبرانى"، قال الزيلعى: لم أجده فيه، هو سهو عنه، أو لم يكن في نسخته، وإلا فهو موجود فى "الأوسط" من مسند إبراهيم البغوى. (ف)

* أخرجه الطبراني في الأوسط من طريق راشد أبي محمد الحماني، انظرالدراية ج١ رقم الحديث ١٦، ص٢٦، ونصب الراية ج١ ص٣٠(نعيم).

(٢) يشعر بضعفه. (ف)

(٣) قوله: "والذى يروى" هو ما روى عن عثمان رضى الله عنه وعلىّ رضى الله عنه، أنهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فغسلا ثلاثا ثلاثا ومسحا ثلاثا. (نهاية)

** **انظرالدراية ج١رقم الحديث١٧**، ص٢٧، ونصب الراية ج١ ص٣١ (نعيم).

(٤) قوله: "وهو مشروع" روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: إذا مسح ثلاثا بماء واحد كان مسنونا. (ف)

(٥) قوله: "ولأنّ إلخ" تقريره المفروض هو المسح، والمسح يصير بالتكرار غسلا. فالمفروض هو الغسل، وهو خلاف الكتاب والسنة والإجماع، فلا يكون التكرار مسنونا؛ لأنّ السنة فى الوضوء إكمال الفرض فى محله لا نقله من كونه مسحا إلى كونه غسلا. (ع)

(٦) قوله: "كمسح الخف" تقريره: مسح الرأس مسح فى الوضوء، وكل ما هو مسح فى الوضوء لا يسنّ تثليثه كمسح الخف. (ع)

(٧) قوله: "بخلاف الغسل" معناه: أنّ المسح يفسد بالتكرار، بخلاف الغسل فإنه لا يفسد، فكان قياس الشافعي الممسوح على المغسول قياسا فاسدا. (عناية)

(٨) قوله: "وبالميامن" قد يقال: إن كانت البداية بالميامن من جملة الترتيب لم يستقم نصب الخلاف على الوجه المذكور، إذ البداية بالميامن ليست بسنة عندنا، ولا فريضة عند الشافعى، بل هى فضيلة، وإن لم يكن من جملته لم يستقم عطفه على قوله: بما بدأ الله تعالى. (د)

(٩) الكلام فى كونه سنة، أو مستحبا مر. (عناية)

﴿فَاغْسِلُوْا وُجُوْهكُمْ﴾ الآية، والفاء[١] للتعقيب.

ولنا: أن المذكور فيها حرف الواو، وهى لمطلق الجمع بإجماع[٢] أهل اللغة، فتقتضى إعقاب غسل جملة الأعضاء، والبداية بالميامن فضيلة؛ لقوله عليه السلام[٣]: «إن[٤] الله تعالى يحب التيامن فى كل شىء حتى التنعُّل[٥] والترجُّل»*.

فصل[٦] فى نواقض الوضوء

المعانى الناقضة للوضوء كل[٧] ما يخرج من السبيلين[٨]؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنْكُمْ مِنَ الْغَآئِطِ﴾ الآية، وقيل[٩] لرسول الله

---

(١) قوله: "والفاء للتعقيب" فيفيد تعقيب القيام إلى الصلاة بغسل الوجه، فيلزم الترتيب بين الوجه وغيره، فيلزم على ذلك فى الكل لعدم القائل بالفصل. قلنا: لا نسلم أنّ تعقيب القيام بغسل الوجه يستفاد منه، بل جملة الأعضاء. (ف)

(٢) قوله: "بإجماع أهل اللغة" إن قيل: كيف ادّعى المصنف إجماع أهل اللغة، ومنهم من يقول: إنه يفيد الترتيب، ومنهم من يقول: إنه يفيد القران؟.
يجاب: بأنّ أبا على الفارسى ذكر أنّ النحاة أجمعوا على أنّ الواو لمطلق الجمع، ذكره سيبويه فى سبعة عشر موضعا فى كتابه، فاعتمد المصنف على ذلك، وبأن خلاف القليل لا يمنع الإجماع اللغوى. (عناية)

(٣) لم يوجد هذا الحديث بهذا اللفظ.

(٤) قوله: "إنّ الله إلخ" هو معنى ما روى الستة عن عائشة رضى الله عنها: كان النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم يحب التيامن فى كل شىء حتى فى طهوره، وتنعُّله، وترجُّله، وشأنه كله». (ف)

(٥) بالفارسية: نعل در پائے كردن. (نهاية)

* الحديث بمعناه في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٨، ص٢٨، ونصب الراية ج١ ص٣٤ (نعيم).

(٦) قوله: "فصل" الفصل فى اللغة ظاهر، ويعرف بأنه طائفة من المسائل الفقهية، تغيّرت أحكامها بالنسبة إلى ما قبلها غير مترجمة بالباب والكتاب. (ع)

(٧) قوله: "كل ما يخرج" أى خروج كل ما يخرج منهما، ليكون الخبر موافقا للمبتدأ. (نهاية)

(٨) قوله: "من السبيلين" قد استثنى فى بعض الكتب الريح الخارج من القبل والذكر، وإنه صحيح؛ لأن الوضوء منه غير واجب إلا فى رواية عن محمد رحمه الله. (د)

(٩) قوله: "وقيل إلخ" قلت: غريب، وروى الدارقطنى فى "كتابه غرائب مالك": حدثنا الحسين ابن رشيق ومحمد بن مظفر، قالا: حدثنا محمد بن عمير البزار بمصر، حدثنا أحمد بن عبد الله بن محمد اللجاج، حدثنا يوسف بن أبى روح، حدثنا سوادة ابن عبد الله الأنصارى، حدثنى مالك بن أنس عن نافع عن ابن عمر

ﷺ: وما الحدث؟ قال: «ما يخرج من السبيلين»*، وكلمة "ما" عامة فتتناول المعتاد[٢] وغيره، والدم والقيح إذا خرجا من البدن فتجاوزا[٣] إلى موضع[٤] يلحقه حكم التطهير، والقيء ملء الفم.

وقال[٥] الشافعي رحمه الله: الخارج من غير السبيلين لا ينقض[٦] الوضوء؛ لما روى[٧] أنه عليه السلام قاء[٨] فلم يتوضأ**، ولأن غسل غير موضع الإصابة امر تعبّدى[٩] فيقتصر على مورد الشرع، وهو المخرج المعتاد.

قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا ينقض الوضوء إلا ما خرج من قبل أو دبر»، انتهى. (ت)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث١٩، ص٣٠، ونصب الراية ج١ ص٣٧(نعيم).

(٢) قوله: "المعتاد وغيره" فيه نفى لقول مالك: من أن غير المعتاد كدم الاستحاضة لا ينقض الطهارة عنده، كذا فى "المبسوط". (نهاية)

(٣) قوله: "فتجاوزا" شرط الخروج؛ لأن نفس النجاسة غير ناقضة مالم يوصف بالخروج. (نهاية)

(٤) قوله: "إلى موضع يلحقه حكم التطهير" أى فى الحدث أو الجنابة، حتى لو سال الدم إلى الأنف انتقض الوضوء؛ لأن الاستنشاق فرض فى الجنابة، سنة فى الوضوء، بخلاف نزول البول إلى قصبة الذكر. (د)

(٥) قوله: "وقال الشافعى" إلخ. حاصل الأقوال لا ينقض عند الشافعى مطلقًا، وينقض عند **زفر -رحمه الله- مطلقًا** سال أو لا، وامتلأ الفم من القيء أو لا، وعندنا مشروط بالشرط المذكور. (ف)

(٦) قوله: "لا ينقض الوضوء" إن قلت: إن انسد المسلك المعتاد، وانفتح موقع انتقض الطهر بالخارج منهما، معتادا كان أو غيره، مع أنه غير خارج من السبيلين؟ قلت: لا بد للإنسان بالعادة من منفذ يخرج منه الفضلات التى تدفعها الطبيعة، فإن انسد الأصلى وانفتح مقامه آخر، كان الخارج من المنفذ الآخر كالخارج من أحد السبيلين، فينقض به. (إله داد)

(٧) قلت: غريب جدا. (ت)، لا أثر لهذا الحديث فى الكتب، وللشافعى أحاديث أخر ذكرها العينى.

(٨) قوله: "قاء فلم يتوضأ" فيه بحث، أما أولا فلأن القيء يجوز أن لا يكون ملء الفم، فلا يثبت دعواه، ولا ينفى دعواهم، نعم، يصح إذا كانت حكاية الفعل عامة، والأصح أنها ليست بعامة، لا يقال: فكيف يصح الاستدلال على شفعة الجار بحديث قضى بشفعة الجار، لأنا نقول: لفظه يكون للفعل والحكم، والمراد المعنى الأخير، فهو حكم بحسب المعنى، وأما ثانيا فلأن عدم التوضئ حالة الانتقاض لا يدل على عدم التوضئ مطلقًا. (حاشية ملا عبد الغفور)

** انظر الدراية ج١رقم الحديث ٢٠، ص٣٠، ونصب الراية ج١ ص٣٧ (نعيم).

(٩) قوله: "أمر تعبدى" [تعبد بندگى گرفتن. (نهاية)] أى تعبدنا الله تعالى، وكلفنا بغسل الأعضاء الأربعة عند وجود الحدث من السبيلين من غير أن ندركه بالعقول، إذ العقل يقتضى غسل موضع إصابة النجاسة، وأمر

ولنا قوله[١] عليه السلام: «الوضوء[٢] من[٣] كل دم سائل»*، وقوله[٤] عليه السلام: «من قاء أو رعف[٥] في صلاته فلينصرف[٦] وليتوضأ[٧] وليَبنِ على صلاته ما لم يتكلّم»**، ولأن[٨] خروج النجاسة

الوضوء على عكس هذا، فإن النجاسة تخرج من أحد السبيلين، وأنت تغسل الوجه واليد، فكان هذا أمرا غير مدرك بالعقل فيقتصر على مورد النص. (نهاية)

(١) قوله: "قوله عليه السلام" إلخ. قلت روى من حديث تميم الدارى ومن حديث زيد بن ثابت [رواه الدارقطنى وابن عدى]. (تخريج زيلعى)

(٢) لعل الشافعى رح يحمل الوضوء على المعنى اللغوى. (عبد)

(٣) قوله: "من كل دم سائل" من بمعنى الأجل، والجار والمجرور إذا وقع خبرا يتعلق بالفعل العام، أعنى الوجود، ولا يصح ههنا حمله على المعنى الحقيقى، إذ يلزم كذب كلام الشارع، إذ كثيرا ما يتحقق الدم السائل، ولا يتوضأ الشخص، وذلك محال فى حقه، فلا بد أن يحمل على المعنى المجازى، وأقرب معانى المجاز إلى الوجود الوجوب. (حاشية ملا عبد الغفور)

* أخرجه الدارقطني من حديث تميم الداري، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٢١، ص ٣٠، ونصب الراية ج١ ص٣٧ (نعيم).

(٤) قوله: "وقوله عليه السلام" [أخرجه ابن ماجه.(ف)] قلت: روى من حديث عائشة -رضى الله عنها- ومن حديث الخدرى. (ت)

(٥) أى سال رعافه. (نهاية)

(٦) أى من الصلاة. (عبد)

(٧) قوله: "وليتوضأ" إلخ. قيل: الاستدلال بهذا الحديث من قوله: فلينصرف، وفيه أنه لا يدل على الحدث، نعم، يدل على انتفاء شيء مما لا بد منه فى الصلاة، والحق أن الاستدلال بقوله: وليتوضأ، إذ الأمر للوجوب، لا يقال: الأمر فى قوله: وليبن للإباحة بالاتفاق، فكذا ما قارنه، لأنا نقول: القران فى الذكر لا يدل على القران فى الحكم. (حاشية ملا عبد الغفور)

** أخرجه ابن ماجه من حديث عائشة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٢٢، ص ٣٠، ونصب الراية ج١ ص٣٨ (نعيم).

(٨) قوله: "ولأن خروج النجاسة" إثبات صفة النجاسة لما يخرج من غير السبيلين بطريق القياس، وبيانه على وجه واضح يحتاج إلى ذكر الأصل، والفرع، وشروط القياس، فلا بد علينا أن نذكر ذلك إجمالا، فنقول: القياس إبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته فى الآخر.

فالمذكور الأول: هو الأصل، والثانى: هو الفرع، وشروطه أن لا يكون الأصل مخصوص الحكم بنص آخر، وأن لا يكون معدولا به عن القياس، كبقاء صوم رمضان مع الأكل ناسيا، وأن يتعدى الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه إلى فرع، هو نظيره، ولا نص فيه.

وأما معرفة تفاصيل ذلك، وما يحترز عنه بكل قيد من القيود، فموضعه أصول الفقه، فنقول: أما الأصل فيما نحن فيه فهو الخارج من السبيلين، أعنى الغائط، وهو يشتمل على معنى معقول، وهو أن لخروج النجاسة أثرا فى

مؤثر[١] فى زوال الطهارة، وهذا القدر فى الأصل معقول، والاقتصار[٢] على الأعضاء الأربعة غير معقول، لكنه يتعدى ضرورة تعدى الأول، غير أن[٣] الخروج إنما يتحقق[٤] بالسيلان[٥] إلى موضع يلحقه حكم التطهير، وبملء الفم فى القىء، لأن بزوال[٦] القشرة[٧] تظهر النجاسة[٨] فى محلها، فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين؛ لأن ذاك الموضع

زوال الطهارة عن المخرج لاتصافه بضد الطهارة، وهو التلوث بالنجاسة، وعن سائر البدن باعتبار أن الاتصاف بالحدث لا يقبل التجزى، وعلى معنى غير معقول وهو الاقتصار على الأعضاء الأربعة.

وأما الفرع فيه فهو الخارج من غير السبيلين، وذلك لأن علماءنا اعتبروا فاستنبطوا أن الخارج من السبيلين كان حدثا، لكونه نجسا خارجا من بدن الإنسان من قوله تعالى: ﴿أو جاء أحد منكم من الغائط﴾ وهو نص معلول بذلك الوصف، لظهور أثره فى جنس الحكم المعلل به، وهو انتقاض الطهارة بخروج دم الحيض والنفاس، ووجدوا ذلك فى الخارج من غير السبيلين، فعدوا الحكم الأول إليه، وتعدى الحكم الثانى، وهو الاقتصار على الأعضاء الأربعة إليه أيضاً ضرورة تعدى الأول؛ لأنه لو لم يتعد إليه تغير حكم النص بالتعليل، وذلك يفسد القياس، كما لا يخفى. (عناية)

(١) قوله: "مؤثر" إن أراد أنه مؤثر فى زوال طهارة كل البدن، فقوله: وهذا القدر إلخ غير مستقيم للقطع بأن تنجس جميع البدن بخروج النجاسة عن موضع واحد لا يهتدى إليه العقل، وإن أراد أنه مؤثر فى زوال الطهارة من موضع الخروج، فهو وإن كان معقولا لكن تعديته بالقياس لا يجدى نفعا.(من حاشية ملا إله داد)

(٢) قوله: "والاقتصار" أى العقل يقتضى أن يغسل بعضًا ما، وذلك البعض فى الواقع هو المحل الذى خرج منه النجاسة، لكن الشارع اكتفى من المطلق بالأعضاء الأربعة، وذلك غير معقول المعنى. (عبد)

(٣) قوله: "غير أن إلخ" استدراك بناء على أن الفرع والأصل لا يتفاوتان، فإذا كان الأصل الذى هو الخارج المعتاد يوجب زوال الطهارة، سائلا كان أو غير سائل، فيجب أن يكون فى غيره كذلك. (ملا عبد الغفور رح)

(٤) قوله: "إنما يتحقق إلخ" لأن الخروج عبارة عن الانتقال من محل باطن إلى محل ظاهر، كذا فى "الأسرار". (نهاية)

(٥) قوله: "بالسيلان" قلت: نعم، إن الخروج لا يتحقق إلا بالسيلان؛ لأن ما ليس بسائل فهو باد، أما التجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير، فلا يحتاج إليه لتحقق نفس الخروج، فكأنه أراد الخروج الموجب لتطهير جميع الأعضاء، وأنه لا يتحقق إلا بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير. (ملا إله داد)

(٦) قوله: "لأن بزوال إلخ" دليل على أن الخروج يتحقق بالسيلان. (عبد)

(٧) قوله: "القشرة" بالكسر پوست درخت وحيوان وجز آن.

(٨) قوله: "تظهر النجاسة" إن قلت: ما لم يكن حدثا، لم يكن نجسا، والبادى ليس بنجس، فكيف قال: تظهر النجاسة، وهى ليست بنجاسة ما لم تتجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير، أجيب: بأن البادى نجس عند محمدرح، فسماه نجاسة على مذهبه، وقيل: سماه نجاسة باعتبار المآل. (ملا إله داد)

ليس[1] بموضع النجاسة، فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج.
وملء[2] الفم أن يكون[3] بحال لا يمكن ضبطه إلا بتكلّف، لأنه[4] يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا.
وقال زفر رح: قليل القيء وكثيره سواء[5]، وكذا لا يشترط السيلان[6] اعتبارا[7] بالمخرج المعتاد، ولإطلاق قوله[8] عليه السلام: «القلس[9] حدث»*. ولنا قوله عليه السلام**: «ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون[10] سائلا»[11]، وقول[12] علي رضي الله تعالى

(١) قوله: "ليس بموضع النجاسة" فبالظهور يعلم أنه قد انتقل من محله، فتحقق الخروج؛ لوجود حده. (ن)

(٢) مبتدأ.

(٣) خبر.

(٤) قوله: "لأنه يخرج ظاهرا" حاصله أن له شبهين: شبه بالظاهر إذا فتح الفم، وشبه بالباطن إذا ضم، فالمناسب أن يعتبر في حق الملء الأول؛ لأن الغالب الخروج، وفي غير الملء يعتبر الثاني؛ لأن الظاهر عدم الخروج. (عبد الغفور)

(٥) في النقض. (عبد)

(٦) في الدم.

(٧) قوله: "اعتبارا" [أي قياسا] إما دليل على الدعوى الأخيرة، والحديث دليل على الأول، أو الأول للمجموع، والحديث للأخير. (عبد)

(٨) قوله: "قوله إلخ" رواه الدارقطني في "سننه" من حديث سوار بن مصعب عن زيد بن علي عن أبيه عن جده. (ت)

(٩) قوله: "القلس" أي القيء، لكن قال في المغرب: القلس: القيء ملء الفم، فعلى هذا لا يصح الاستدلال به. (عبد)

* أخرجه الدارقطني انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٢٣، ص ٣٢، ونصب الراية ج١ ص ٤٣ (نعيم).

** أخرجه الدارقطني، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٢٤، ص ٣٣، ونصب الراية ج١ ص ٤٤ (نعيم).

(١٠) قوله: "إلا أن يكون سائلا" أي ليس في القليل من الدم وضوء إلا أن يكون سائلا، فيكون المراد من القطرة والقطرتين القليل منه. (عبد)

(١١) قلت: رواه الدارقطني أيضاً. (ف)

(١٢) قوله: "وقول علي رضي الله عنه" وهذا مشكل؛ لأن عليا قال: لا يعاد الوضوء إلا من سبعة: قيء زراع، أو دم سائل، أو دسعة تملأ الفم، أو تقاطر بول، أو حدث، أو قهقهة في الصلاة، أو نوم مضطجع، هكذا

عنه حين[١] عد الأحداث جملة: "أو دسعة[٢] تملأ الفم"*، وإذا تعارضت[٣] الأخبار يحمل ما رواه الشافعي رح على القليل، وما رواه زفر رح على الكثير، والفرق بين المسلكين[٤] ما قدمناه[٥]

ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملأ الفم فعند أبي يوسف رح يعتبر[٦] اتحاد المجلس، وعند محمد رح يعتبر[٧] اتحاد السبب وهو الغثيان[٨]، ثم ما

ذكر فى الشروح، فقد ذكر القيء مطلقًا بقوله: قيء زراع، ومقيدا بملء الفم، والمطلق فى الأسباب يجرى على إطلاقه، والمقيد على تقييده، اللهم إلا أن يراد بقوله: قئ زراع، نوع من القيء الذى يخرج من فيه، وهو الدم المائع. (د)

قوله: "وقول على" هذا لم يعرف، وروى البيهقى فى "الخلافيات" عن النبى صلّى الله عليه وعلى آله وسلم: «يعاد الوضوء من سبع: من تقاطر البول، والدم السائل، والقيء، ومن دسعة تملأ الفم، ونوم المضطجع، وقهقهة الرجل فى الصلاة، وخروج الدم»، وفيه سهل بن عفان ضعيف. (ف)

(١) قوله: "حين عد" إنما قال: هذا لأن المفهوم المخالف غير معتبر عندهم، فإنما يصح الاستدلال إذا كان السكوت فى معرض البيان والضبط بدل الحصر، هذه عبارة عبد الغفوررح.

أقول: لا حاجة ههنا إلى اعتبار مفهوم المخالفة؛ أو كون السكوت فى موضع البيان بيانا، إذا الحصر صريح فى كلامه رضى الله عنه على ما نقله ملا إله دادرح. (مولوى محمد عبد الحى رح)

(٢) قوله: "أو دسعة [بفتح دال قے. م]" قلت: غريب، وأخرج البيهقى فى "الخلافيات" عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يعاد الوضوء من سبع إلخ. (ت)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٥، ص٣٣، ونصب الراية ج١ ص٤٤(نعيم).

(٣) قوله: "وإذا تعارضت الأخبار إلخ" إن قلت: إذا تعارضت السنتان يصار إلى أثر الصحابى، وههنا قد وجد أثر على، فهلا صير من الخبرين إليه، قلت: أثر الصحابى إذا كان غير معقول المعنى، كان محمولا على السماع البتة؛ لأنه غير مدرك بالرأى، حتى يكون قياسا، وهم غير متهمين، فتعين السماع، وكان الأثر كحديث ثالث، ولا يجوز المصير من السنتين إلى ثالثة، فكذا إلى أثر محمول على السماع؛ لأنه كسنة ثالثة، وإذا تعذر المصير تعين التوفيق، فوفقنا بينهما على نحو ما ذكر. (د)

(٤) يعنى السبيلين وغيرهما. (ف) [أى المعتاد وغيره. عبد].

(٥) قوله: "ما قدمناه" من أن الظهور فى المعتاد علامة الخروج عن المحل بخلاف غير المعتاد. (عبد الغفور)

(٦) قوله: "يعتبر اتحاد المجلس" [إذ الغثيان مبطن لا يوقف عليه. د] لأن لاتحاده مدخلا فى جمع المتفرقات، كما فى الآية المكررة تلاوته فى مجلس واحد، فإنه لا يجب عليه إلا سجدة واحدة. (عبد)

(٧) قوله: "يعتبر اتحاد السبب" لأن الظاهر من السبب اتحاد المسبب. (عبد)

(٨) قوله: "هو الغثيان" بالغين المعجمة ثم الثاء المثلثة ثم الياء المنقوطة بنقطتين تحتانيتين ثم النون وبفتحتين [شوريدگئ دل. م]. (ملا إله داد)

لا يكون حدثا[١] لا يكون نجسا، يروى ذلك عن أبى يوسف وهو الصحيح[٢]؛ لأنه ليس بنجس حكما[٣]، حيث لم ينتقض[٤] به الطهارة، وهذا[٥] إذا قاء مرة[٦]، أو طعاما، أو ماء، فإن قاء بلغما[٧] فغير[٨] ناقض عند أبى حنيفة رح ومحمد رح. وقال أبو يوسف رح: ناقض إذا قاء ملء الفم، والخلاف[٩] فى المرتقى من الجوف[١٠]، أما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق؛ لأن الرأس[١١] ليس بموضع النجاسة، لأبى يوسف رح أنه نجس بالمجاورة[١٢]. ولهما أنه لزج[١٣] لا تتخلّله[١٤] النجاسة، وما يتصل به

---

(١) أى سببا لحدث. (عبد)

(٢) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عن قول محمدرح: إنه نجس، وكان الإسكاف والهندوانى يفتيان بقوله، وجماعة اعتبروا قول أبى يوسف رفقا بأصحاب القروح، حتى لو أصاب ثوب أحدهم أكثر من قدر الدرهم لا تمتنع الصلاة فيه لو كان غير سائل. (ف)

(٣) قوله: "حكما" إشارة إلى أن النجس هو ما يحكم به الشرع بنجاسته، والشرع لم يحكم بنجاسته. (عناية)

(٤) قوله: "حيث لم ينتقض" إن قلت: عدم انتقاض الطهارة لا يدل على عدم كونه نجسا، ألا ترى أن النجاسة فى محلها كالبول فى المثانة، والعذرة فى المعدة نجاسة مع أن الطهارة لا تنتقض به، فعلم أن انتقاض الطهارة ليس بلازم للنجاسة.
أجيب بأن الانتقاض وإن كان غير لازم للنجاسة مطلقًا، فهو لازم لها بشرط عدم بقاءها فى محلها، وما لا يكون حدثا لا ينتقض به الطهارة، وإن لم يبق فى محله. (ملا إله داد)

(٥) قوله: "وهذا" أى الحكم المذكور من كون القيء ناقضا إذا كان ملء الفم، وإلا فلا، وما فى حاشية عبد الغفور رحمه الله هذا أى القيء الذى يعتبر فيه ملء الفم انتهى، فشطط، كما لا يخفى. (عبد)

(٦) قوله: "مرة" [بالكسر. م] يعنى به السوداء والصفراء. (حاشية ملا عبد الغفوررح)

(٧) هو النخامة. (م)

(٨) قوله: "فغير ناقض" حكى عن الإمام أبى منصور الماتريدى قال: ليس هذا اختلاف حجة، بل هو اختلاف صورة، فتصور لأبى حنيفة ومحمد أن البلغم يهيج من جوانب الفم، فأجابا بأنه طاهر، وتصور لأبى يوسفرح أنه يهيج من البطن، ويعلو منه، فأجاب أنه نجس. (نهاية)

(٩) بين الثلاثة.

(١٠) إلى الفم.

(١١) قوله: "لأن الرأس ليس بموضع النجاسة" فيه أن الدم أيضًا يوجد فى الرأس، فكيف يصح هذا، ويدفع بأنه أراد أن موضع البلغم من الرأس ليس بمحل النجاسة. (عبد)

(١٢) قوله: "بالمجاورة" أى بمجاورة ما فى المعدة من النجاسة، وقد خرج إلى موضع يلحقه حكم التطهير،

قليل، والقليل فى القىء غير ناقض.

ولو قاء دما وهو[(١)] علق يعتبر فيه ملء الفم؛ لأنه سوداء[(٢)] محترقة، وإن كان مائعا[(٣)] فكذلك[(٤)] عند محمد رح اعتبارا بسائر أنواعه[(٥)] وعندهما إن سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وإن[(٦)] كان قليلا؛ لأن المعدة ليست بمحل الدم فيكون[(٧)] من قرحة فى الجوف.

ولو نزل من الرأس إلى ما لان من الأنف[(٨)] نقض[(٩)] الوضوء بالاتفاق؛ لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج.

فيكون نجسا. (عناية)

(١٣) قوله: "أنه لزج" لزج الشيء إذا كان يتمدد ولا ينقطع، عن الحلوائى: البلغم لزج دسم لا يمازجه نجاسة. (مغرب)

(١٤) قوله: "لا تتخلله النجاسة" [أى لا ينفذ فيه النجاسة. عبد] إن قيل: ينتقض هذا ببلغم يقع فى النجاسة، ثم يرفع يحكم بنجاسته، قلت: لا رواية فى هذه المسألة، ولئن سلم فالفرق بينهما أن البلغم ما دام فى البطن تزداد ثخانة، فيزداد لزوجة بخلاف ما إذا انفصل عن البطن. (نهاية)

(١) قوله: "وهو علق [بفتحتين خون بسته]" أى قاء دمًا غليظا منجمدا غير سائل كالعلق لم ينقض الوضوء، حتى يملأ الفم؛ لأن ذلك ليس بدم، وإنما هى مرة سوداء محترقة والسوداء المحترقة تخرج من المعدة، وما يخرج منها لا يكون حدثا ما لم يكن ملء الفم. (نهاية)

(٢) خلطے است از اخلاط اربعه.

(٣) رواں.

(٤) أى يعتبر فيه ملء الفم. (ن)

(٥) قوله: "بسائر أنواعه" أنواعه خمسة: الطعام، والماء، والمِرّة، والصفراء، والسوداء، كذا ذكر الإمام المحبوبى. (نهاية)

(٦) وصلية.

(٧) قوله: "فيكون من قرحة" فيعتبر بالخارج من القرحة الظاهرة، والمعتبر هناك السيلان، فكذلك ههنا ذكر فى "مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده" أن قول أبى يوسف فى هذه المسألة مضطرب منهم من جعله مع محمد، ومنهم من جعله مع أبى حنيفة رح، واختاره المصنف. (عناية)

(٨) من المارن. (عناية)

(٩) قوله: "نقض الوضوء" إن قيل: حكم هذه المسألة قد علم من قوله فى أول الفصل: والدم والقيح إذا خرجا من البدن، فتجاوزا إلى موضع يلحقه حكم التطهير، فكان ذكره تكرارا.

أجيب بأن ذكره ههنا ليس لبيان حكمه، بل ذكر ههنا بيانا للاتفاق بين أصحابنا، لأن عند زفر رح لاينقض الوضوء بوصوله إلى قصبة الأنف، وإنما ينقض إذا وصل إلى ما لان، وإليه أشار بقوله: بالاتفاق. (عناية)

والنوم مضطجعا[١]، أو متكئا[٢]، أو مستندا[٣] إلى[٤] شيء لو أزيل[٥] لسقط؛ لأن الاضطجاع سبب لاسترخاء[٦] المفاصل[٧]، فلا يعرى[٨] عن خروج شيء عادة، والثابت عادة كالمتيقّن به[٩]، والاتكاء يزيل مُسكة[١٠] اليقظة[١١] لزوال المقعد عن الأرض، ويبلغ الاسترخاء في النوم غايته بهذا النوع من الاستناد، غير أن السند يمنعه من السقوط، بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة وغيرها هو الصحيح[١٢][١٣]؛ لأن بعض الاستمساك باقٍ، إذ لو زال لسقط فلم يتم

---

(١) قوله: "مضطجعًا" [هو أن يضع النائم جنبه على الأرض. عناية] وكان أبو موسى الأشعرى يقول: لا ينتقض الوضوء بالاضطجاع، حتى يعلم بخروج شيء منه، وكان إذا نام أجلس عنده من يحفظه. (نهاية).

(٢) قوله: "متكئا" أى على أحد وركيه، فهو بمعنى المتورك المذكور فى "الأسرار" و "الإيضاح". (نهاية)

(٣) الاستناد: پشت بر جائے نهادن.

(٤) قوله: "إلى شيء" متعلق بقوله: مستندًا لا غير بدلالة تفصيله. (نهاية)

(٥) قوله: "لو أزيل" لسقط" هذا مما اختاره الطحاوى، لا من أصل رواية "المبسوط"، فإنه ذكر فى "المبسوط"، فإن كان القاعد مستندا إلى شيء فنام، قال الطحاوى: إن كان بحال لو أزيل سنده عنه لسقط، انتقض الوضوء؛ لزوال الاستمساك. (نهاية)

(٦) قوله: "لاسترخاء المفاصل" قد يقال: المعتبر من الاسترخاء الاسترخاء الكامل المتكامل، لا نفس الاسترخاء، والحكم بتكامل الاسترخاء محل تأمل، وجوابه أن النوم مضطجعا يحتمل أن يكون متكاملا، فيتكامل الاسترخاء، ويحتمل أن لا يكون متكاملا، فلما دار يجعل متكاملا احتياطا. (ملا إله دادرح)

(٧) قوله: "المفاصل" الاسترخاء سست شدن وفروگذاشته شدن، والمفاصل جمع مفصل بالفتح پيوند عضو، وعرى برهنه وتهيدستى، واليقظة بيدار شدن وبيدارى. (منتخب اللغات)

(٨) قوله: "فلا يعرى" أى لا يخلو.

(٩) قوله: "كالمتيقن به" ألا ترى أن من دخل المستراح، ثم شك فى وضوءه يحكم بنقض وضوءه. (عناية)

(١٠) بالضم.

(١١) قوله: "مسكة اليقظة" أى التماسك الذى يكون لليقظان. (نهاية)

(١٢) هو ظاهر الرواية. (عناية)

(١٣) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن ما ذكره ابن شجاع أنه لا يكون حدثا فى هذه الأحوال إذا كان فى الصلاة، أما إذا كان خارج الصلاة، فهو حدث. (عناية)

الاسترخاء، والأصل(١) فيه قوله عليه السلام*: «لا وضوء(٢) على من نام قائما أو قاعدا أو راكعا أو ساجدا إنما الوضوء(٣) على من نام مضطجعا فإنه إذا نام مضطجعا استرخت مفاصله».

والغلبة(٤) على العقل بالإغماء والجنون(٥)؛ لأنه(٦) فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء(٧). والإغماء(٨) حدث(٩) في الأحوال(١٠) كلها،

---

(١) قوله: "والأصل فيه" أي النوم الناقض؛ لأن ما قلناه: قياس، والمعتمد هو الحديث. (عبد)

* أخرجه البيهقي انظر الدراية ج١ رقم الحديث٢٦، ص٣٣، ونصب الراية ج١ ص٤٤ (نعيم).

(٢) قوله: "لا وضوء على من نام إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى أبو داود والترمذي من حديث أبي خالد عن قتادة عن أبي العالية عن ابن عباس «أنه رأى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نام وهو ساجد حتى غط أو نفخ ثم قام يصلي، فقلت: يا رسول الله! إنك قد نمت، قال: إن الوضوء لا يجب إلا على من نام مضطجعا، فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله» انتهى. (تخريج زيلعي)

(٣) قوله: "إنما الوضوء إلخ" الحصر إضافي بالنسبة إلى الأحوال السابقة، وأما حال الاتكاء والاستناد، فيفهم من التعليل. (عبد)

(٤) قوله: "والغلبة" المراد منه المغلوبية، والغالب هو الإغماء أو الأمر المفضي إلى الإغماء، وإنما أتى به مع أن الظاهر أن يكون الإغماء ناقضا ليعلم لميته. (عبد الغفور رحمه الله تعالى)

(٥) قوله: "والجنون" بالرفع؛ لأنه ليس عطفا على الإغماء لأنه ليس غلبة العقل، بل زواله. (ف)

(٦) قوله: "لأنه [أي كل واحد من الجنون والإغماء (ع)] فوق النوم" وذلك لأن النائم يتنبه بالتنبيه، والمغمى عليه لا. (عبد)

(٧) قوله: "في الاسترخاء" إن قلت: لا استرخاء للمجنون فضلا عن أن يكون فوق النوم، وذلك لأنه يمشي ولا يمكن المشي مع الاسترخاء، أجيب بأن المراد من الاسترخاء هو زوال القوة الماسكة، والجنون أكمل في زوالها من النوم. (د)

(٨) قوله: والإغماء" وفي "الخلاصة": السكر حدث إذا لم يعرف الرجل من المرأة. (ف)

(٩) قوله: "حدث" وصف الإغماء بأنه حدث باعتبار أنه سبب للحدث. (عبد)

(١٠) قوله: "في الأحوال كلها" من القيام والقعود وغير ذلك، وهو القياس في النوم، وذلك لأنهم اذا اعتبروا سببا أقاموه مقام السبب، ولا يفرقون بين الضعيف والقوي منه، فالقياس يقتضي أن لا يفرق في النوم أيضًا، لكن ورد نص في خصوصه، فلا يتجاوز إلى غيره؛ إذ يجب الاكتفاء بمورد النص.

إن قلت: هذا يكفي في البيان، ولا حاجة إلى المقدمة القائلة: بأن الإغماء فوق النوم؛ لأنه لو لم يكن فوقه، لكان الأمر على ما ذكر أيضًا.

قلنا: هذا إنما يكون إذا لم يكن النص منشأ القياس، ولا يخفى أن هذا النص معلل منشأ لقياس، فلا بد من ذكر المقدمة بأن يقال: إذا كان منشأ لقياس يصح القياس عليه، لكنه لا يصح لأنه فوقه. (عبد)

وهو القياس فى النوم، إلا أنّا عرفناه بالأثر، والإغماء[١] فوقه فلا يقاس عليه. والقهقهة[٢] فى صلاة[٣] ذات ركوع وسجود، والقياس أنها لا تنقض، وهو قول الشافعي رح[٤]؛ لأنه ليس[٥] بخارج نجس، ولهذا[٦] لم يكن حدثا فى صلاة الجنازة، وسجدة التلاوة، وخارج الصلاة.

ولنا قوله عليه السلام: «ألا من[٧] ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعا»* وبمثله[٨] يترك القياس، والأثر ورد فى صلاة

---

(١) بالكسر بيهوش شدن. (م)

(٢) قوله: "والقهقهة" هذا مخصوص بغير النائم والصبى. (عبد)

(٣) احتراز عن صلاة الجنازة (ع)، المراد ما أصلها الركوع والسجود ليدخل صلاة المريض. (ف)

(٤) قوله: "قول الشافعيرح" الإنصاف أن قصة أعرابى وقع فى المسجد من سقوطه، وقهقهة الأصحاب، وأمر النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم إياهم بإعادة الوضوء والصلاة، ليست أخفى من حديث تغريب العام فى زنا البكر، رواه عبادة ابن الصامت. (التلويح حاشية التوضيح)

(٥) قوله: "لأنه ليس بخارج نجس" إن قلت: مس الذكر ببطن الكف، ومس بشرة المرأة تنقض الوضوء عند الشافعيرح، وأنه ليس بخارج نجس.
أجيب بأن خروج النجاسة شرط الانتقاض عنده، ومس الذكر والمرأة بالنص بخلاف القياس، ونص القهقهة مرسل، والمراسيل ليست بحجة عنده. (إله داد)

(٦) قوله: "ولهذا إلخ" أى لو كان حدثا لكان المناسب أن يكون حدثا فى صلاة الجنازة وغيرها أيضًا. (عبد)

(٧) قوله: "ألا من ضحك إلخ" يفهم من تحرير الزيلعيرح أن أحاديث القهقهة بعضها مسندة، وبعضها مرسلة، أما المسندة: فرواها الطبرانى فى "معجمه" من حديث أبى موسى الأشعرى، والدارقطنى من حديث أبى هريرة، وابن عدى فى "الكامل" من حديث عبد الله بن عمر، والدارقطنى من حديث أنس، وحديث جابر ابن عبد الله، وحديث عمران بن حصين، وحديث أبى المليح.
وأما المراسيل فأربعة: الأول: مرسل أبى العالية، له وجهان أخرجهما الدارقطنى. الثانى: مرسل معبد الجهنى، وأخرجه الدارقطنى أيضًا. الثالث: مرسل إبراهيم النخعى، أخرجه الدارقطنى أيضًا. الرابع: مرسل الحسن البصرى، وقصته أن الصحابة كانوا يصلون خلف رسول الله ﷺ، فجاء أعرابى، وفى عينه سوء، فوقع فى حفرة كانت هناك، فضحك بعض الصحابة، فقال لهم رسول الله: «ألا من ....»، الحديث. (مولوى عبد الحى رحمه الله)

* أخرجه ابن عدي من حديث ابن عمر انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٢٧ ص ٣٤، ونصب الراية ج١ ص٤٧ (ن).

(٨) قوله: "وبمثله" أى بمثل ذلك الحديث أى الحديث المشهور المعمول به يترك القياس. (عبد الغفور)

مطلقة[١] فيقتصر[٢] عليها، والقهقهة[٣]: ما يكون مسموعا له ولجيرانه، والضحك[٤]: ما يكون مسموعا له دون جيرانه، وهو على[٥] ما قيل: يفسد الصلاة[٦] دون الوضوء.

والدابّة تخرج[٧] من الدبر ناقضة[٨]، فإن خرجت من رأس[٩] الجرح، أو سقط اللحم منه لا ينقض، والمراد[١٠] بالدابّة الدودة، وهذا[١١] لأن النجس[١٢] ما عليها[١٣]، وذلك قليل، وهو حدث في السبيلين دون[١٤]

---

(١) أي كاملة. (ع)

(٢) قوله: "فيقتصر عليها" فلا يتعدى إلى صلاة الجنازة، وسجدة التلاوة، وصلاة الصبي، وصلاة البانى بعد الوضوء على إحدى الروايتين. (ع)

(٣) قوله: "والقهقهة إلخ" لا تنقض قهقهة النائم في الصلاة، ولا تبطل الصلاة، وقيل: تنقض وتبطل، وعن شداد تنقض الوضوء، ولا تبطل الصلاة، وقيل: عكسه، والأول: أصح؛ لأنها إنما جعلت حدثا بشرط كونها جناية ولا جناية من النائم. (ف)

(٤) قوله: "والضحك إلخ" لم يذكر التبسم؛ لأنه ليس بمفسد للصلاة ولا للوضوء، فليس له ههنا مدخل، قال جابر بن عبد الله: ما رآني رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلا تبسم ولو في الصلاة. (عناية)

(٥) قوله: "على ما قيل" إنما قال: ذلك لعدم الرواية فيه عن الإمام. (عبد الغفور)

(٦) ذكره استطرادا. (عبد)

(٧) قوله: "تخرج من الدبر" إما صفة للدابة على أن اللام محمول على العهد الذهني، أو حال من ضمير ما بعده. (حاشية ملا عبد الغفور رح)

(٨) للوضوء.

(٩) الأشمل أن يقول من غير الدبر. (عبد)

(١٠) قوله: "والمراد إلخ" وجدت بخط من الثقة: إنما فسر الدابة بها؛ لما أنه لو طار الذباب في الدبر وخرج، لاينتقض الوضوء. (نهاية)

(١١) قوله: "وهذا" أي الفرق بين كونه ناقضا في صورة غير ناقض في صورة أخرى. (عبد)

(١٢) قوله: "لأن النجس ما عليها" قيل: فيه بحث؛ لأن هذا القول منافٍ لما قال سابقا من أن ما ليس بحدث ليس بنجس، ويمكن أن يجاب عنه بوجوه: أحدها: أن هذا على قول محمد رح، وثانيها: أن معنى العبارة لو كان في هذه المادة نجس كان ما عليها، وهو قليل في كلتي الصورتين، والقليل في غير السبيلين ليس بحدث، وثالثها: أن المراد بالنجس المستقذر سواء كان في الشرع نجسا أولا. (عبد)

(١٣) لأن نفس الدودة ليست بنجسة. (ع)

(١٤) قوله: "دون غيرهما" إن قيل: القليل في غيرهما إنما لم يكن حدثا لعدم الخروج، وههنا قد

غيرهما، فأشبه(١) الجشاء(٢) والفُساء، بخلاف(٣) الريح(٤) الخارجة من القُبل والذَّكر، لأنها لا تنبعث عن محل النجاسة، حتى لو كانت المرأة مُفضاة(٥) يستحب(٦) لها الوضوء؛ لاحتمال خروجها من الدبر.

فإن قشرت(٧) نفطة(٨) فسال منها ماء أو صديد(٩) أو غيره، إن سال عن رأس الجرح نقض، وإن لم يسل لا ينقض، وقال زفر رح: ينقض في الوجهين. وقال الشافعي رح: لا ينقض في الوجهين، وهي مسألة الخارج

خرج، فكان قد خرج، قلنا: الخروج فيه مقدر بالسيلان، فدار الحكم عليه، فلم يجعل حدثا، وإن وجد حقيقة الخروج، كذا في "الكافي"، وفيه بحث لأن إدارة الحكم المتعلق بالخروج على السيلان، إنما يصح إذا تعذر إدارته على حقيقته، فيجب أن يدار على الخروج، وقد يجاب بأنه مخرج، وليس بخارج حيث يخرج بقوة الدودة. (ملا إله داد)

(١) قوله: "فأشبه إلخ" لف ونشر أي القليل من غير السبيلين أشبه الجشاء، ومن السبيلين أشبه الفساء ذكر الإمام التمرتاشي أبو بكر رح: اختلف في أن الريح ينجس بنفسه أم بسبب مرورها على النجاسة، وثمرته تظهر فيما إذا خرج منه الريح، وعليه سراويل مبتلّة. (نهاية)

(٢) قوله: "الجشاء والفساء" جشاء بالضم والمد آروغ، وفساء بالضم باديكه از كس جدا گردد وآواز برنيايد. (منتخب)

(٣) قوله: "بخلاف الريح الخارجة إلخ" إن قلت: قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين سئل من الحدث: «كل ما يخرج من السبيلين» عام يتناول الريح وغيره، أجيب بأن المراد كل نجس يخرج من السبيلين بإجماع المجتهدين. (إله داد)

(٤) يعني أنه ليس بناقض. (ع)

(٥) قوله: "مفضاة" المفضاة المرأة التي اختلط سبيلاها، وقيل: مسلك البول والحيض، وقوله: في التعليل لاحتمال إلخ إشارة إلى الأول. (ف)

(٦) قوله: "يستحب لها الوضوء" إن قلت: ينبغي أن يكون واجبا، كما قال به أبوحفص الكبير، أجيب بأن الاحتياط إنما يجب إذا لم يمكن العمل بالأصل، ألا يرى أنه إذا أخبر عدل بنجاسة الماء، وآخر بطهارته يتوضأ، ولا يجب له الاحتياط؛ لأن الأصل في الماء هو الطهارة، فيعمل به عند التعارض، وههنا العمل بالأصل ممكن، لأن الطهارة كانت ثابتة بيقين، فيعمل به عند تعارض جانبي الانتقاض وعدمه. (د)

(٧) قوله: "قشرت [قشر بالفتح پوست باز كردن. (م)]" إنما أعاد هذه المسألة وإن كانت تعلم مما تقدم ليعلم الفرق بين الخارج والمخرج، أو ليعلم أن حكم الماء حكم غيره. (عناية)

(٨) بالكسر بالفارسية: آبله. (م)

(٩) زرد آب [illegible] حت. (م)

من غير السبيلين، وهذه الجملة(١) نجسة؛ لأن الدم ينضج(٢) فيصير قيحا(٣)، ثم يزداد نضجا فيصير صديداً، ثم يصير ماء، هذا(٤) إذا قشرها فخرج بنفسه، وأما إذا عصرها فخرج(٥) بعصره فلا ينقض؛ لأنه(٦) مُخرج وليس بخارج، والله أعلم.

فصل(٧) فى الغسل

وفرض(٨) الغسل: المضمضة(٩) والاستنشاق، وغسل سائر(١٠) البدن، وعند الشافعى رح هما سنتان فيه؛ لقوله عليه السلام*: «عشر من الفطرة(١١)» أى: من السنة، وذكر منها(١٢) المضمضة والاستنشاق، ولهذا(١٣)

(١) أى الماء والصديد وغيره.

(٢) نضج بالضم بالفارسية: پختن هر چيز مثل خون. (م)

(٣) بالفتح بالفارسية: ريم. (م)

(٤) قوله: "وهذا" أى الذى ذكر من أنه إذا سال نقض. (عناية)

(٥) قوله: "فخرج بعصره [بالفتح بمعنى افشردن]" ذكر فى "المحيط": عصرت القرحة، فخرج منها شىء كثير كان بحال لو لم يعصر لخرج ينتقض وضوءه، وحمل ما ذكر فى الكتاب على القليل ممايأباه تعليله بقوله، لأنه مخرج إلخ، لأنه يتناول القليل والكثير إلا أن يقال: الغالب فى الكثير الخروج، وكان إخراجه كخروجه، وصار كالمخرج من السبيلين. (ملا إله دادرح)

(٦) قوله: "لأنه مخرج إلخ" وذكر فى "الكافى": الأصح أن المخرج ناقض انتهى كيف لا؟ وجميع الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس تدل على تعليق النقض بالخارج النجس، وهو ثابت فى المخرج. (ف)

(٧) قوله: "فصل فى الغسل" إنما ذكر الغسل بعد الوضوء؛ لأن الحاجة إلى الوضوء أكثر، أو لأن محل الوضوء جزء من البدن، ومحل الغسل كل البدن، والجزء مقدم على الكل، أو اقتداء بكتاب الله تعالى. (عناية)

(٨) أى المفروض. (عبد)

(٩) قوله: "المضمضة" المراد منه غسل الفم، ولا يراد منه تحرك الماء قليلا. (عبد)

(١٠) قوله: "سائر البدن [فيجب تحريك الخاتم والقرط الضيقين. ف]" إن أريد بالبدن ظاهره يراد من السائر الجميع، وإن أريد الظاهر والباطن، فيراد من السائر الباقى، وتخصيص المضمضة والاستنشاق بالذكر للاختلاف فيه، كما ستعرف. (عبد)

* أخرجه مسلم والأربعة من حديث عائشة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٣٠، ص٤٦، ونصب الراية ج١ ص٧٦ (نعيم).

(١١) قوله: "من الفطرة" الفطرة لغة الخلقة سمى السنة بها؛ لأنها مقتضى الطبيعة السليمة. (عبد)

كانا سنتين في الوضوء.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوْا﴾، أمر بالاطّهار، وهو تطهير(١) جميع البدن، إلا أن ما تعذّر(٢) إيصال الماء إليه خارج(٣) بخلاف الوضوء؛ لأن الواجب(٤) فيه غسل(٥) الوجه، والمواجهة فيهما منعدمة(٦)، والمراد(٧) بما روى حالة الحدث، بدليل قوله عليه السلام: «إنهما فرضان(٨) في الجنابة سنتان في الوضوء»*.

---

(١٢) قوله: "وذكر منها المضمضة إلخ" قلت: رواه الجماعة إلا البخارى، فمسلم وأبو داود وابن ماجة فى الطهارة والترمذى فى الاستئذان، وقال: حديث حسن، والنسائى كلهم عن مصعب بن شيبة عن طلق ابن حبيب عن عبد الله بن الزبير عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «عشر من الفطرة قص الشارب وإعفاء اللحية والسواك والاستنشاق بالماء وقص الأظفار وغسل البراجم ونتف الإبط وحلق العانة وانتفاض الماء»، قال الراوى: ونسيت العاشرة. (ت)

(١٣) تنوير للدليل. (عبد)

(١) قوله: "وهو تطهير جميع البدن" هذا مفهوم إما بحسب تعلق الاطّهار بالمخاطبين، لا ببعض أجزاءهم، وهو بحسب الظاهريشمل الظاهر والباطن، وهو مستثنى لدفع ما فيه حرج، وإما لأجل تعلق الإيجاب بغسل الظاهر، والصيغة للمبالغة فيفيده. (عبد الغفور)

(٢) قوله: "ما تعذر إليه إيصال الماء" كداخل العينين لما فى غسلهما من الضرر والأذى، ولذا سقط غسلهما عن حقيقة النجاسة كمن اكتحل بكحل نجس، فأما المضمضة والاستنشاق، فيمكن كل منهما من غير مشقة، فافترض غسلهما فى الجنابة الحقيقية. (نهاية)

(٣) قوله: "خارج [جواب عن قياس الشافعيرح. ع]" بقوله تعالى: ﴿لا يكلّف الله نفسا إلا وسعها﴾ أى مطاقهاو مقدورها. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٤) أى ليس الأمر فيه بتطهير الجميع. (عبد)

(٥) قوله: "غسل الوجه" أى كامل المواجهة إذا اللفظ فى الآية من قوله تعالى: ﴿فاغسِلُوا وجوهكم﴾ وقع مطلقًا، فينصرف إلى الكامل، وهو ما يقع به المواجهة الكاملة، وهذا النوع من المواجهة الكاملة منعدمة فى حق داخل الفم والأنف، وبهذا يندفع ما يرد إشكالا على ظاهر لفظ الكتاب من أنه يقتضى أن لا يكون الفم والأنف من الوجه مع أنه من خلاف مذهب علماءنا. (د)

(٦) قوله: "منعدمة" أى لا يلزمها المواجهة وإن وجدت فى بعض الأوقات. (حد)

(٧) جواب عن حديث الشافعى. (عناية)

(٨) قوله: "إنهما فرضان إلخ" قلت: غريب، وروى الدارقطنى ثم البيهقى فى "سننهما" من حديث بركة ابن محمد الحلبى عن يوسف بن أسباط عن سفيان عن خالد الحذاء عن ابن سيرين عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «المضمضة والاستنشاق للجنب ثلاثا فريضة» انتهى. (ت)

* أخرج بمعناه الدارقطني والحاكم وابن عدي من حديث أبي هريرة، انظر الدراية ج١ رقم

وسنته: أن يبدأ المغتسل فيغسل[١] يديه[٢]، وفرجه، ويزيل[٣] النجاسة إن كانت على بدنه، ثم يتوضأ[٤] وضوءه للصلاة إلا رجليه، ثم يفيض[٥] الماء على رأسه وسائر جسده[٦] ثلاثا، ثم يتنحّى[٧] عن ذلك المكان فيغسل رجليه، هكذا[٨] حكت ميمونة رضى الله تعالى عنها اغتسال[٩] رسول الله ﷺ *.

الحديث ٣١، ص٤٧، ونصب الراية ج١ ص٧٨ (نعيم).

(١) تفسير لـ "يبدأ". (عبد)

(٢) قوله: "يديه وفرجه" ولم يكتف بذكر إزالة النجاسة؛ لأن الفرج مسنون اغتساله، نجسا كان أو لا، وكذا اليدان. (عبد)

(٣) قوله: "ويزيل النجاسة" اللام للعهد الذهنى، وأنه فى معنى النكرة حتى يوصف المحلى بلام العهد بالجملة التى لا يوصف بها إلا النكرات نحو: ولقد أمر على اللئيم يسبنى، وقوله تعالى: ﴿كمثل الحمار يحمل أسفارا﴾ فلا يرد أن قوله: ويزيل نجاسة أولى من قوله: ويزيل النجاسة لأنه لو أريد به العهد يأباه قوله: إن كانت؛ لأن العهد يقتضى التقرير ذكرا، أو علما، وإن أريد به الجنس، فإن أريد به الفرد الحكمى لم يصح؛ لأن كون النجاسات كلها على بدنه محال، وقس عليه الاستغراق، وإن أريد به الحقيقى، وهو أقل النجاسة التى لا أقل منها، وهو الجزء الذى لا يتجزأ لم يستقم تعليله فى الكتاب بقوله: لئلا يزداد إلخ. (د)

(٤) قوله: "ثم يتوضأ وضوءه للصلاة [من العلماء قال: الوضوء واجب. ن]" أى يمسح رأسه أيضًا احتراز عما روى الحسن ابن زياد عن أبى حنيفةرح أن الجنب يتوضأ، ولا يمسح رأسه. (إله داد)

(٥) قوله: "ثم يفيض" لم يذكر كيفية الصب، فقال الحلوائى: يفيض على منكبه الأيمن ثلاثا، والأيسر ثلاثا، **ثم على سائر جسده،** وقيل: يبدأ بالأيمن، ثم الرأس، ثم الأيسر. (ف)

(٦) **قوله: "وسائر جسده"** أى سائر ما بقى من الرأس فيشتمل الأعضاء المغسولة فى الوضوء. (عبد)

(٧) التنحى بالفارسية: خميده شدن. (م)

(٨) قوله: "هكذا حكت" قلت: أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم فى حديث مطول. قوله: "هكذا حكت" قالت: وضعت للنبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم ماءً يغتسل به، فأفرغ على يديه، فغسلهما مرتين، أو ثلاثا، ثم أفرغ بيمينه على شماله، فغسل مذاكيره ثم دلك يده بالأرض، ثم تمضمض واستنشق، ثم غسل وجهه ويديه، ثم غسل رأسه ثلاثا، ثم أفرغ على جسده، ثم تنحى عن مقامه، فغسل قدميه. (فتح القدير)

(٩) قوله: "اغتسال إلخ" قلت: وليس فى حديث ميمونة ما يدل على المواظبة، ولا أن يتوضأ وضوءه للصلاة، فالأولى التمسك بما روت عائشة رضى الله تعالى عنها «كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا اغتسل من الجنابة بدأ يغسل يديه ثم يتوضأ كما يتوضأ للصلاة» الحديث. (د)

* متفق عليه، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٣٢، ص٤٨، ونصب الراية ج١ ص٧٩ (نعيم).

وإنما يؤخر غسل رجليه ؛ لأنهما فى مستنقع[١] الماء المستعمل، فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح[٢] لا يؤخر، وإنما يبدأ بإزالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد بإصابة الماء.

وليس على المرأة أن تنقض[٣] ضفائرها فى الغسل إذا بلغ الماء أصول الشعر ؛ لقوله[٤] عليه السلام لأم سلمة رضى الله تعالى عنها : «يكفيكِ إذا بلغ الماء أصول شعرِكِ»*، وليس عليها بلّ ذوائبها[٥] هو[٦] الصحيح، لما فيه من الحرج بخلاف[٧] اللحية ؛ لأنه لا حرج فى إيصال الماء إلى أثنائها.

قال[٨] : والمعانى[٩] الموجبة للغسل : إنزال[١٠] المنىّ على وجه الدفق

(١) قوله "فى مستنقع الماء المستعمل [أى مجتمع الماء المستعمل. عينى]" فإن كان الماء المستعمل نجسا فغسلهما ظاهر، وان لم يكن نجسا فللتنظيف. (عبد)

(٢) بالفتح چوب وتخته. (م)

(٣) قوله: "أن تنقض [من النقض بمعنى نشر عقدها. عبد]" وفى نقض ضفائر الرجل اختلاف الرواية عن المشايخ. (ف)

(٤) قوله: لقوله إلخ" روى مسلم وغيره عنها، قلت: يا رسول الله! "إنى امرأة أشد ضفر رأسى، أفأنقضه فى غسل الجنابة، فقال: لا، إنما يكفيك أن تحثى على رأسك ثلاث حثيات، ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين". (ف)

* أخرجه مسلم والأربعة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٣٣، ص٤٨ ، ونصب الراية ج١ ص٨٠ (نعيم).

(٥) ويقال بالفارسية: گيسوها. (م)

(٦) قوله: "هو الصحيح" وذهب بعضهم إلى غمس الذوائب فى الماء ثلاثا وعصرها. (عبد)

(٧) دفع دخل مقدر.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: والمعانى الموجبة" أى المعانى التى يجب الغسل معها، لا بها، وإنما حرفناه عن الظاهر؛ لأن الموجب عندهم ما يجوز اجتماعه مع الموجب، والظاهر امتناعه؛ لأن الغسل والإنزال لا يجتمعان. (عبد)

(١٠) قوله: "إنزال المنى" هو ما خلق منه الولد، ورائحته عند خروجه كرائحة الطلع، وعند يبسه كرائحة البيض. (مجمع الأنهر)

والشهوة من الرجل والمرأة(١) حالة(٢) النوم واليقظة، وعند الشافعي رح خروج المنيّ كيف(٣) ما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام(٤): «الماء من الماء»* أي: الغسل من المنيّ.

ولنا أن الأمر بالتطهير يتناول الجنب، والجنابة(٥) في اللغة خروج المنيّ على وجه الشهوة، يقال: أُجنِب(٦) الرجل إذا قضى شهوته من المرأة(٧). والحديث(٨) محمول(٩) على الخروج عن شهوة.

ثم المعتبر(١٠) عند أبي حنيفة رح ومحمد رح انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة. وعند(١١) أبي يوسف رح ظهوره أيضًا اعتبارًا(١٢) للخروج بالمزايلة،

(١) قوله: "والمرأة" روى عن أم سليم أنها سألت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن المرأة ترى في منامها مثل ما يرى الرجل، فقال: أتجد لذلك لذة، قالت: نعم، قال: فلتغتسل. (نهاية)

(٢) قوله: "حالة النوم" سواء تذكر الشهوة بعد النوم، أو لا احتياطا. (عبد)

(٣) قوله: "كيف ما كان" حتى إذا خرج منه لا بسبب الشهوة، بل بعارض آخر بان حمل حملا ثقيلا، أو سقط من السطح، فخرج منه المني يصير جنبا. (نهاية)

(٤) رواه مسلم وأبو داود. (ت)

* أخرجه مسلم وأبو داود انظر الدراية ج١رقم الحديث٣٤، ص٤٨، ونصب الراية ج١ ص٨٠(نعيم).

(٥) قوله: "الجنابة خروج المني عن شهوة"، إذا ثبت في اللغة أن الجنابة هو الخروج على وجه الشهوة ثبت أن لاغسل على من خرج منه المني بلا شهوة. (د)

(٦) بضم الهمزة وكسر النون. (عيني)

(٧) قوله: "من المرأة" **قيل: إنما ذكره** ليخرج قضاء شهوة البطن؛ لأن قاضيها لا يسمى جنبا، وقيل: ذكره **اتفاقا لوجوبه على المحتلم، والمحتلمة ثبت** الوجوب عليها بالحديث. (عناية)

(٨) أي قوله: "الماء من الماء". (ع)

(٩) قوله: "محمول" لأنه يتناول البول والمذي والودي والمني عن شهوة وغير شهوة، والكل غير مراد إجماعا، وهو عام فيراد به أخص الخصوص لما عرف، والمني عن شهوة مراد إجماعا، فيحمل عليه. (د)

(١٠) قوله: "ثم المعتبر إلخ" قد يقال: الجنابة في اللغة إن كانت عبارة عن خروج المني عن شهوة سابقة أعم من أن يكون مع الشهوة، أو بدونها، فلا وجه لما يقوله أبو يوسف رحمه الله من اشتراط الشهوة وقت الخروج، وإن كانت عبارة عن خروج المني مع الشهوة، فلا وجه لما يقوله الطرفان من عدم اشتراطها وقت الخروج، وأيا ما كان، فلا وجه لهذا الاختلاف إلا أن يقال: قد علم أن نفس الشهوة شرط في اللغة، أما وجودها عند الخروج لم يعرف ذلك في اللغة، فاختلفوا. (د)

(١١) "وعند أبي يوسف" ثمرة الخلاف تظهر فيمن أمسك ذكره حتى سكنت شهوته، فخرج بلا شهوة

إذ الغسل يتعلّق بهما، ولهما[١] أنه متى وجب من وجه، فالاحتياط في الإيجاب.

والتقاء الختانين[٢] من غير إنزال[٣]؛ لقوله[٤] عليه السلام*: «إذا التقى[٥] الختانان وغابت الحشفة[٦] وجب الغسل أنزل أو لم ينزل»، ولأنه سبب للإنزال، ونفسه[٧] يتغيب عن بصره، وقد يخفى عليه لقلّته[٨]،

يجب الغسل عندهما، لا عنده. (مجمع الأنهر)

(١٢) قوله: "اعتباراً" أي إذا اعتبروا الشهوة في المزايلة، لزم اعتبارها في الخروج؛ لأن كلا منهما مشروط، وفيه نظر إذا القياس لا يجرى في الشروط. (عبد)

(١) قوله: "ولهما إلخ" يعني أن الخروج على وجه الشهوة قد وجد، وإنما عدم الدفق لا غير، فباعتبار ما وجد يجب الاغتسال، وباعتبار ما عدم لا يجب، فترجح جانب الإيجاب. (نهاية)

(٢) بكسر الخاء المعجمة. (عبد)

(٣) قيد به لأن الإنزال موجب بالاتفاق. (عبد)

(٤) قوله: "لقوله عليه السلام" قلت: رواه الإمام أبو محمد عبد الله بن وهب في "مسنده". (ت)

* أخرجه ابن وهب في مسنده انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٣٥ص، ونصب الراية ج١ ص٨٤(نعيم).

(٥) قوله: "التقى الختانان إلخ" في "النهاية": الختانان موضع القطع من الذكر والأنثى، وذكر الختانين بناء على عادتهم أنهم يختنون النساء انتهى، ومثله في "فتح القدير" حيث قال: الختانان موضع القطع من الذكر والفرج، وهو سنة للرجل مكرمة لها؛ إذ جماع المختونة ألذ انتهى، ومثله في "المرقاة شرح المشكاة" حيث قال: وهو موضع القطع، سواء كان مختونا، أو لا.

إذا عرفت هذا، فاعلم أن التقاء الختانين أعم من غيبوبة الحشفة في القبل؛ إذ قد يكون بتماس الختانين بدون الدخول، فلما كان لمتوهم أن يتوهم من قول النبي ﷺ: إذ التقى الختانان أنه يجب الغسل بتماسهما فقط، أيضاً احتاج إلى زيادة قوله: وغابت الحشفة.

ولهذا زاد صاحب "النهاية" تحت قول المصنف: والتقاء الختانين، قوله: أي مع توارى الحشفة، فإن نفس ملاقاة الفرج الفرج من غير التوارى لا يوجب الغسل، لكن يوجب الوضوء عند محمد رحمه الله تعالى إلخ، فما قال عبد الغفور: لم يقيد الالتقاء بغيبوبة الحشفة لاستلزامه الغيبوبة لا يسمع.

ويعجبني تحريره بعد ذلك متصلا: وإنما قيد في الحديث لدفع وهم من يتوهم أن التقاء الختانين يحصل بمجرد تماس الذكر لختان المرأة، انتهى.

ويمكن أن يقال: الإضافة في قول المصنف: والتقاء الختانين عهدية، فيستفاد منه الغيبوبة، ولا يحتاج إلى تفسير صاحب "النهاية"، فافهم. (مولوى محمد عبد الحى رحمه الله تعالى)

(٦) أي ما فوق الختان من رأس الذكر. (ع)

(٧) فلا يدرك الإنزال بالبصر.

(٨) فلا يدرك وجدانا. (عبد)

فيقام[1] مقامه، وكذا الإيلاج فى الدبر لكمال السببيّة[2]، ويجب على المفعول به احتياطًا[3] بخلاف[4] البهيمة وما دون الفرج؛ لأن السببيّة ناقصة. والحيض[5]؛ لقوله تعالى: ﴿حَتَّى يَطَّهَّرْنَ﴾ بالتشديد، وكذا النفاس بالإجماع[6].

وسن[7] رسول الله ﷺ الغسل للجمعة[8]، والعيدين، وعرفة،

(١) قوله: "فيقام مقامه" لأن هذا الفعل أقيم مقام الإنزال فى حق وجوب الحد، فلأن يقوم فى الاغتسال أولى. (د)

قوله: "فيقام مقامه" فى "المحيط": لو أتى من امرأته وهى بكر فلا غسل ما لم ينزل؛ لأن ببقاء البكارة يعلم أنه لم يوجد الإيلاج. (نهاية)

(٢) قوله: "لكمال السببيه [أى كونه سببا للشهوة. عبد]" حتى إن الفسقة رجحوا قضاء الشهوة من الدبر على قضاء الشهوة من القبل. (نهاية)

(٣) قوله: "احتياطا" لأن المفعول به يجوز أن يتلذذ فيمنى، وأن لا يتلذذ فلا يمنى، والاحتياط فى الطهارة مطلوب، فوجب الغسل عليه.

(٤) قوله: "بخلاف البهيمة" فإنه لا يجب فيه الغسل بمجرد الإيلاج من غير إنزال، وبخلاف ما دون الفرج كالتفخيذ والتبطين، فلا يجب الغسل فيه أيضًا. (عناية)

(٥) قوله: "والحيض [أى انقطاعه، وكذا فى النفاس. ف] لقوله تعالى: ﴿حتى يطهرن﴾ إلخ" اعلم أن الله تعالى حرم القربان، وعلله بالأذى إلى الاطهار الذى هو الاغتسال، فيلزم وجوب الغسل؛ إذ لو لم يجب لزم إبطال حق الزوج، وإذا ثبت وجوب الاغتسال فى حق القربان الذى لا يقتضى الطهارة؛ لجوازه فى الحدث والجنب- كان الاغتسال فى حق الصلاة التى تقتضى الطهارة أولى، وهذه الدلالة ظاهرة على مذهب الشافعى، فإنه يحرم القربان عنده فى جميع الصور حتى يغتسل.

وأما على مذهب الحنفية ففيه كلام، وذلك لأنهم لا يحرمون القربان مطلقًا، فإنهم يقولون: ينتهى التحريم فيما إذا انقطع الحيض على العشر، وكذا إذا انقطع فيما دون العشر، ومضى عليها وقت صلاة، نعم لا ينتهى التحريم حتى يغتسل فى غيرهما من الصورتين، وهو أن ينتهى الحيض فيما دون العشر ولم يمض عليها وقت الصلاة، وذلك لأن فى الآية قراءتان: بالتشديد وهو يقتضى، وبالتخفيف، وحينئذٍ يكون المراد الخروج عن الحيض فقط، فبالقراءة الأولى يجب أن يكون الانتهاء متوقفا على الاغتسال، وبالقراءة الثانية يلزم أن ينتهى الحرمة بمجرد الخروج، فلا بد من التوفيق، اللّهم إلا أن يقال: لما ثبت الوجوب فيما دون العشر فى وقت ثبت فى غيره قياسا. (من حاشية ملا عبد الغفور رحمه الله تعالى)

(٦) قوله: "بالإجماع" منشأه ههنا النص فى الحيض، والقياس عليه فإن فيه أيضًا أذى والقذر، بل فيه أكثر زمانا واظهر. (عبد الغفور)

(٧) حكى فعله بطريق السنية فيثبت الدعوى. (عبد)

(٨) قوله: "للجمعة إلخ" قلت: أما الجمعة ففى "الصحيحين" من حديث عمر بن الخطابرض، وأما

والإحرام*، صاحب[٢] الكتاب نص على السنية، وقيل: هذه الأربعة مستحبة، وسمى[٣] محمد رح الغسل في يوم الجمعة حسنا في "الأصل"[٤].

وقال مالك رح: واجب[٥]؛ لقوله[٦] عليه السلام: «من أتى الجمعة فليغتسل»**.

ولنا[٧] قوله[٨] عليه السلام: «من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت، ومن اغتسل فهو أفضل»***، وبهذا[٩] يحمل ما رواه على الاستحباب، أو على النسخ[١٠].

العيدان ففيهما أحاديث: منها: حديث الفاكه بن سعد رواه ابن ماجة في "سننه": «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يغتسل يوم الفطر ويوم النحر ويوم عرفة»، وأما الإحرام ففيه حديثان: أحدهما أخرجه مسلم في الحج، والثاني أخرجه الترمذي في الحج. (ت)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث٣٦، ص٥٠، ونصب الراية ج١ ص٨٥ (نعيم).

(٢) قوله: "صاحب الكتاب" أي القدوري، نص أي صرح على السنية حيث قال: وسن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلخ. (عبد)

(٣) قوله: "وسمى محمد رح"، المقصود أن عبارة محمد رح يحتمل الاستحباب والسنية، إذ الحسن قد يطلق على المستحب، وقد يقال على معنى يشتمل السنة. (عبد)

(٤) أي "المبسوط". (عبد)

(٥) قوله: "واجب" لأن الأمر للوجوب، وقال بعضهم: الأمر ليس للوجوب، فيكون الدليل حينئذٍ ما روى أن الغسل واجب. (عبد)

(٦) رواه الترمذي وابن ماجة بلفظه. (ت)

** أخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث ابن عمر، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٣٧، ص٥١، ونصب الراية ج١ ص٨٦ (نعيم).

(٧) قوله: "ولنا إلخ" إن كان المقصود نفي مذهب الخصم فالأمر هين، وإن كان المراد بيان مذهبه، فلا يخفى أنه لا يدل على السنية نعم يدل على الاستحباب. (عبد)

(٨) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي عن قتادة بلفظه. (ت)

*** انظر الدراية ج١ رقم الحديث٣٨، ص٥١، ونصب الراية ج١ ص٨٨ (نعيم).

(٩) توفيقا بين الحديثين. (عبد)

(١٠) قوله: "أو على النسخ" ولهذا قالت عائشة: كان الناس عمال أنفسهم، وكانوا يلبسون الصوف.

ثم هذا الغسل للصلاة عند أبي يوسف رح، وهو الصحيح؛ لزيادة فضيلتها[١] على الوقت، واختصاص الطهارة بها، وفيه[٢] خلاف الحسن رح[٣]، والعيدان بمنزلة الجمعة؛ لأن فيهما الاجتماع، فيستحب الاغتسال[٤]؛ دفعًا للتأذي[٥] بالرائحة[٦]، وأما في عرفة والإحرام فسنبينه[٧] في المناسك إن شاء الله تعالى.

قال: وليس في المذي[٨] والودي[٩] غسل، وفيهما[١٠] الوضوء[١١]؛

ويعرقون فيه، والمسجد قريب السقف، وكان يتأذى بعضهم برائحة البعض، فأمروا بالاغتسال، ثم نسخ حين لبسوا غير الصوف، وتركوا العمل بأيديهم. (د)

(١) قوله: "لزيادة فضيلتها" يعني أن قول النبي ﷺ: «من أتى الجمعة فليغتسل» يحتمل أن يكون معناه فيلغتسل ليوم الجمعة، وأن يكون معناه فليغتسل لصلاة الجمعة، لكن الثاني أولى لزيادة إلخ.

(٢) قوله: "وفيه" خلاف الحسن،رح فإن هذا الغسل عنده لليوم، فإن قلت: إذا اغتسل بعد الصلاة لا يكون مقيما للسنة بالاتفاق، ويجب أن يكون مقيما لها عند من يقول: بأنه لليوم لبقاء اليوم بعد الصلاة. أجيب بأن فضل اليوم للصلاة، فإذا أديت الصلاة خرج يوم الجمعة حكما. (ملا إله داد)

(٣) قوله: "خلاف الحسن [ابن زياد]" ثمرة الخلاف تظهر فيمن لا جمعة عليه، هل يسن له الغسل أولا. (ف)

(٤) فلو رجحناه لكنا رجحنا اليوم مع مرجوحيته. (عبد)

(٥) آزرده شدن. (م)

(٦) الكريهة.(د)

(٧) قوله: "فسنبينه" الاغتسال أحد عشر نوعا، خمسة منها فريضة: الاغتسال من التقاء الختانين، ومن إنزال الماء، و من الاحتلام، ومن الحيض والنفاس، وأربعة منها سنة: الاغتسال يوم الجمعة، ويوم عرفة، وعند الإحرام، ويوم العيدين، وواحد واجب، هو غسل الميت، ، وآخر مستحب، وهو غسل الكافر الذى أسلم. (نهاية)

(٨) بسكون الذال المعجمة. (مجمع الأنهر)

(٩) بسكون الدال المهملة. (مجمع الأنهر)

(١٠) قوله: "وفيهما الوضوء" اعترض عليه بأنه سيصرح بأن الودي بول، ويكون متأخرا عنه، فلا معنى لاعتباره في وجوب الوضوء.

أجيب بأن التأخير لا يقتضي أن يكون بلا مهلة، ولئن سلم أنه يلزم البول بلا تراخ، فنقول: يظهر اعتباره في سلس البول، فإن وضوءه لا يبطل بالبول ما لم يفرغ عن الصلاة للصلاة، وأما في حق الودي فيبطل. (عبد)

(١١) قلت: لا يوجد في بعض النسخ. (ت)

لقوله عليه السلام: «كل[(١)] فحل يمذى وفيه الوضوء»*، والودى الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجًا، فيكون معتبرا[(٢)] به، والمنى[(٣)] خاثر[(٤)] أبيض ينكسر[(٥)] منه الذكر، والمذى رقيق يضرب[(٦)] إلى البياض، يخرج عند ملاعبة[(٧)] الرجل أهله، والتفسير مأثور[(٨)] عن عائشة رضى الله عنها.

باب[(٩)] الماء الذى يجوز[(١٠)] به الوضوء وما لا يجوز به

الطهارة من الأحداث[(١١)] جائزة بماء السماء[(١٢)]، والأودية[(١٣)]،

(١) قوله: "كل فحل يمذى" أخرجه أبو داود وأحمد من حديث عبد الله بن سعد الأنصارى. (ف)

* أخرجه ابوداود وأحمد، انظرالدراية ج ١رقم الحديث٣٩، ص٥٢ ، ونصب الراية ج١ ص٩٣(نعيم)

(٢) أى مقيسًا. (عبد)

(٣) قوله: "والمنى" أى منى الرجل يدل عليه تفسيره بقوله: خاثر أى غليظ. (عبد)

(٤) قوله: "خاثر" قال الإنزارى: يرد على التعريف منى المرأة؟ لأن منيها ليس بتلك الصفة، فإذن يحتاج إلى التعريف الجامع بين منى الرجل والمرأة، وقال: ما وجدت فى ما عندى من الكتب، ولا كتب اللغة يوجد منه إلا أنه ذكر فى "كتاب الأجناس" ناقلا عن المجرد: ويقال: المنى هو الماء الدافق يكون منه الولد، وهذا حسن، ثم قال: لا يقال: ماء المرأة ليس بدافق؛ لأنا نقول: لا نسلم لأن الله أراد بالماء الدافق ماء الرجل والمرأة كليهما حيث قال: ﴿خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب﴾.
قلت: هذا كلام عجيب صادر من غير روية، والتعريف الذى ذكره المصنف هو لمنى الرجل، ولا يرد عليه منى المرأة؛ لأن منى كل منهما يعرف، فمنى الرجل خاثر غليظ، رائحته كرائحة الطلع، فيه لزوجة ينكسر منه الذكر، ويتولد منه الولد، ومنى المرأة ماء أصفر رقيق، فتعريف إحدى الماهيتين المختلفتين، كيف يورد عليه تعريف الماهية الأخرى؟، ثم استحسانه لما ذكر فى المجرد غير مساعد له؛ لأن هذا منى الرجل والدفق أيضًا من صفات منى الرجل، وليس فى منى المرأة دفق. (عينى)

(٥) قوله: "ينكسر منه الذكر" يعنى على تقدير وجود الشهوة، وإلا فانكسار الذكر للمنى ليس بلازم. (د)

(٦) أى يميل.

(٧) با كسے بازى كردن. (م)

(٨)[رواه ابن المنذر. (ف)] وقول الصحابى فيما لا يعقل معناه يكون محمولا على السماع، فيكون تمسكا بالنص كذا فى الحاشية. (د)

(٩) قوله: "باب [فى بعض النسخ فصل فى المياه. ف]" لما فرغ من بيان الطهارتين ذكر ما يحصل به الطهارة، وهو الماء المطلق. (ع)

(١٠) قوله: "يجوز به الوضوء" لم يذكر الغسل معه مع أن الكلام فيه وفى الوضوء، اكتفاء بالوضوء إذ من المعلوم اتحادهما فى الحكم، وإنما لم يعكس الأمر لكثرة دورانه. (عبد)

(١١) قوله: "من الأحداث" قيد بالأحداث؛ لأن ثبوت الحكم فى الجنب بالطريق الأولى. (إله داد)

والعيون، والآبار[(١)]، والبحار؛ لقوله[(٢)] تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُوْرًا﴾، وقوله عليه السلام: «الماء[(٣)] طهور لا ينجسه شيء إلا ما غير لونَه أوطعمه[(٤)] أوريحه»*، وقوله[(٥)] عليه السلام فى البحر: «هو الطهور ماءه والحل ميتته»**، ومطلق الاسم يطلق[(٦)] على هذه المياه.

ولا يجوز بما اعتصر[(٧)] من الشجر والثمر؛ لأنه ليس[(٨)] بماء مطلق،

(١٢) قوله: "بماء السماء إلخ" وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿وأنزلنا من السمآء مآء طهورا﴾ فى حق ماء السماء ظاهر، وكذا فى الأودية، وأما فى حق ماء العيون والآبار، فإما أن أصل المياه كلها من السماء قال الله تعالى: ﴿هو الذى أنزل من السماء مآء فسلكه ينابيع﴾ أو يصرف وجه التمسك بالآية إلى ماء السماء، ويصرف تمسك بالحديث إلى غيره، والطهور البليغ فى الطهارة، وفى المغرب: وما حكى عن ثعلب أن الطهور ما كان طاهرا فى نفسه مطهرا لغيره، إن كان هذا زيادة بيان النهاية فى الطهارة، فصواب حسن، وإلا فليس فعول من التفعيل فى شيء، وقياس هذا على ما هو مشتق من الأفعال المتعدية كقطوع ومنوع غير سديد. (كفايه)

(١٣) جمع وادى. (م)

(١) قوله: "والآبار [جمع بئر، بالفارسية: چاه. م]" جمع البئر فى القلة أبير وأبار بهمزة بعد الباء، ومن العرب من يقلب الهمزة قبل الباء. (عينى)

(٢) قوله: "لقوله تعالى" لا يقال: الآية تدل على أن الماء المنزل من السماء طهور، لا أن غيره مطهر أيضًا؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ألم تر أن الله أنزل من السمآء مآء فسلكه ينابيع فى الأرض﴾، وفى موضع آخر: ﴿أنزل من السمآء مآء فسالت أودية بقدرها﴾ (عناية)

(٣) قوله: "الماء طهور إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى ابن ماجة فى "سننه" من حديث رشد ابن سعد عن معاوية بن صالح عن راشد بن سعد عن أبى أمامة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إن الماء لا ينجسه إلا ما غلب على ريحه أو طعمه أو لونه» انتهى. (ت)

(٤) بالفتح بالفارسية: مزهٔ طعام. (م)

* أخرجه ابن ماجه والطبراني والدارقطني، انظرالدراية ج١رقم الحديث ٤٠، ص٥٢، ونصب الراية ج١ ص٩٤(نعيم).

(٥) رواه أصحاب السنن، وصححه الترمذى. (ف)

** أخرجه أصحاب السنن وابن أبي شيبة وابن خزيمة وابن حبان والحاكم من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث٤١، ص٥٣، ونصب الراية ج١ ص٩٥(نعيم).

(٦) قوله: "يطلق على هذه المياه" إن قلت: هذا الحديث محمول على الماء الجارى، فكيف يستقيم التمسك به على طهورية هذه المياه.

وأجيب بأن موجب الحديث شيئان: أحدهما: طهورية جميع المياه، والثانى: عدم تنجسها إلا بما غير أحد أوصافه، غير أنه فى الحكم الثانى قد خص منه الماء الجامد بدليل آخر، كما سيجيء. (ملا إله داد)

(٧) قوله: "بما اعتصر [بالقصر لا بالمد. ك]" بالقصر على أن ما موصولة، قال الأكمل: هكذا المسموع،

والحكم[١] عند فقده منقول[٢] إلى التيمم، والوظيفة[٣] في هذه الأعضاء تعبدية[٤]، فلا تتعدى[٥] إلى غير المنصوص[٦] عليه، أما الماء الذي يقطر من الكرم[٧]، فيجوز التوضئ به؛ لأنه ماء خرج من غير[٨] علاج، ذكره[٩] في "جوامع أبي يوسف رح"، وفي الكتاب[١٠]: إشارة[١١] إليه حيث

وقال تاج الشريعة: ما اعتصر غير ممدود، وكذا قال في "المستصفى"، وقال السغناقي: بالقصر؛ لأنها موصولة، وإن كان يصح بمعنى الممدود، ولكن المنقول هو الموصولة، ولأن في الممدودة وهم جواز التوضئ بماء انعصر هو بنفسه وليس الأمر كذلك، وقال الإنزاري: لا نسلم، ولئن سلم لكن يجوزالتوضى بالمنعصر بنفسه؛ لأنه خارج بلاعلاج، كما ذكره في المتن، وقال بعضهم:إذا قيل بالمد أوقع في الوهم أن المراد الماء المطلق، قال الإنزاري:لا نسلم؛ لأنه قيده بصفة الاعتصار، فكيف يقع وهم الإطلاق. (عيني)

(٨) قوله: "ليس بماء مطلق" تحقيق ذلك أنه لو فرضنا في بيت إنسان ماء بئر، أو بحر وغيره، وماء اعتصر من شجر أو ثمر، فقيل: هات ماءً، لا يسبق ذهن المخاطب إلا إلى الأول. (ع)

(١) قوله: "والحكم" أي التطهير أو وجوب التطهير بالماء. (عبد)

(٢) لقوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾. (عناية)

(٣) قوله: "والوظيفة إلخ" جواب إشكال يرد على قوله: والحكم إلخ بأن يقال: سلمنا أن الماء الذي اعتصر من شجر أو ثمر، ليس بماء مطلق، لكنه في معنى الماء المطلق من حيث إزالة النجاسة الحقيقية، فيلحق به كما ألحقه أبو حنيفة وأبو يوسف بالماء المطلق في إزالة النجاسة، فأجاب بأن شرط صحة القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولا به عن القياس، وأنه معدول عنه. (نهاية)

(٤) قوله: "تعبدية" بخلاف اعتبار الماء في النجاسات الحقيقية، فإن العلة كونه مزيلا للنجاسة، وقد وجد ههنا. (عبد)

(٥) قوله: "فلا تتعدى إلى غير المنصوص عليه" لأن شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولا به عن القياس، وليس في ما نحن فيه كذلك، فلا يصح القياس بخلاف إزالة النجاسة الحقيقية، فإن قلت: إن لم تمكن التعدية بطريق القياس يلتحق بالدلالة، فإن كونه معقولا ليس بشرط فيه.

قلت: سائر المائعات ليس في معنى الماء من كل وجه؛ لأن الماء مبذول عادةً، وسائر المائعات ليس كذلك، فإن قلت: كيف ألحقته به في النجاسة الحقيقية، قلت: قياسا لا دلالة؛ لأنه معقول المعنى. (عيني)

(٦) وهو الماء المطلق.

(٧) بالفتح بالفارسية: درخت انگور. (م)

(٨) قوله: "من غير علاج" فيكون باقيا على الصفة التي كانت له قبل. (ملا إله داد)

(٩)قوله: ذكره [أي ذكره أبو يوسف في "جوامعه". عيني] في "جوامع أبي يوسف" فيه ضميران مرفوع ومنصوب أي ذكر أبو يوسف جواز الوضوء بالماء الذي يقطر من الكرم في "جوامعه"، فإن قلت: فيه إضمار قبل الذكر، قلت: جاز ذلك للقرينة، كما في قوله تعالى: ﴿حتى توارت بالحجاب﴾ أي الشمس، ويجوز أن يكون الضمير المرفوع راجعا إلى جامع الجوامع. (عيني)

شرط الاعتصار[١]. ولا يجوز[٢] بماء غلب عليه غيره،فأخرجه[٣] عن طبع[٤] الماء، كالأشربة[٥]، والخل[٦]، وماء[٧] الورد، وماء الباقلى[٨]، والمرق، وماء الزردج؛ لأنه لا يسمى[٩] ماء مطلقًا، والمراد بماء الباقلى ما تغير[١٠] بالطبخ، فإن تغير بدون الطبخ يجوز التوضئ به. ويجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر، فغير[١١] أحد أوصافه، كماء المد[١٢]، والماء الذى

(١٠) أى مختصر القدورى. (نهاية)

(١١) قوله: "إشارة" إقناعية لا إلزامية، فلا يرد أن التنصيص بالشيء لا يدل على نفى ما عداه. (إله داد)

(١) بمعنى افشردن. (م)

(٢) قوله: "ولا يجوز" أى لا يترتب عليه آثار الطهارة، ونظيره لا يجوز البيع. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٣) قوله: "فأخرجه" تفسير للعلة، واختلف فى المراد من الإخراج من الطبع، فقيل: المعنى منه أن يصير الغير غالبا بحسب المقدار، وقيل: أن يزول رقة المائية وسيلانها، والمراد منه الزوال العرفى. (ملا عبدالغفور رحمه الله تعالى)

(٤) قوله: "عن طبع الماء" وضع المظهر موضع المضمر لينقطع شبهة الموصولية فى قوله: بماء غلب ويتعين بالمد. (ملا إله داد)

(٥) قوله: "كالأشربة" إن كان المراد بالأشربة المتخذة من الشجر كشراب الحماض، ومن الخل الخل الخالص، كانا من نظير المعتصر من الشجر والثمر، وكان ماء الباقلى والمرق وغيره نظير الماء الذى غلب عليه غيره، فكان من صنعة اللف والنشر، وإن كان المراد بالأشربة المخلوطة بالماء كالشهد المخلوط به، ومن الخل الخل المخلوط بالماء، كانت الأربعة كلها نظيرة الماء الذى غلب عليه غيره. (نهاية)

(٦) بفتح الخاء المعجمة وتشديد اللام، بالفارسية: سركه. (غياث)

(٧) قوله: "وماء الورد" بالفتح گل سرخ كه آں را گلاب گويند. (از "منتخب". غياث)

(٨) قوله: "وماء الباقلى" باقلى بهمزة وتشديد لام وبے همزه معروف. مرق بالفتح: شوربا. (منتخب)

(٩)قوله: "لا يسمى ماء مطلقًا" يحتمل أن يكون صفة الماء، وحاصله أن الماء إذا أطلق لم يفهم منه تلك الأمور، ونظيره الوجود الخارجى، فإنه يفهم عند إطلاق الوجود، فيكون النفى حينئذٍ راجعا إلى القيد أعنى الإطلاق، لا إلى الماء، ويجوز أن يكون قيد النفى التسمية أى لا يسمى قطعا، وفيه أن المرق يقال له: ماء مقيد. (عبد)

(١٠) قوله: "ما تغير بالطبخ" لأنه امتزج به أجزاء الباقلى، وأما إذا تغير بدون الطبخ، ولم يمتزج به أجزاءه. (ملا عبد الغفور رح)

(١١)قوله: فغير أحد أوصافه" التى هى اللون والطعم و الريح، إشارة إلى أنه إذا غير الوصفين لا يجوز التوضئ به قال فى "النهاية": لكن المنقول من الأساتذة أنه يجوز حتى إن أوراق الأشجار وقت الخريف تقع فى الحياض، فيتغير ماءها من حيث اللون والطعم والريح، ثم إنهم يتوضأون منه من غير نكير، وكذا أشار إليه

اختلط به الزعفران، أو الصابون، أو الأشنان[١] . قال: أجرى في المختصر[٢] ماء الزردج[٣] مجرى[٤] المرق، والمروى عن أبى يوسف رح أنه بمنزلة ماء الزعفران، هو الصحيح[٥]، كذا اختاره الناطفى والإمام السرخسى. وقال الشافعى رح[٦]: لا يجوز التوضئ بماء الزعفران وأشباهه[٧] مما ليس من جنس الأرض؛ لأنه[٨] ماء مقيد، ألا يرى أنه يقال[٩]: ماء الزعفران، بخلاف أجزاء الأرض؛ لأن الماء لا يخلو عنها عادة. ولنا أن اسم الماء باقٍ على الإطلاق، ألا يرى[١٠] أنه لم يتجدد له اسم

الطحاوى، ولكن الشرط أن يكون باقيا على رقته. (عناية)

(١٢) قوله: "كماء المد [بالفتح بمعنى السيل.ك]" واحد المدود وهو السيل، ومنه ماء المد. (مغرب)

(١) قوله: "أو الأشنان [بالضم]" گيا هے ست شور كه در زمين شور رويد چوں بداں جامه شويند مثل صابون سفيد شود از برهان. (غث)

(٢) أى القدورى. (عبد)

(٣) قوله: "الزردج" هو ما يخرج من العصفر المنقوع. (ع)

(٤) أى فى عدم جواز التوضئ به.

(٥) قوله: "وهو الصحيح" لأنه خالطه طاهر، فغير أحد أوصافه، كماء الزعفران، واعلم أن ما ذكره فى "المختصر" إن كان على إطلاقه كما يفهم من ظاهر لفظه كان بين رواية "المختصر"، والمروى عن أبى يوسف رح خلاف، وإن كان المراد به ما إذا كان الماء مغلوبا بأجزاء الزردج، فلا خلاف بينهما. (ع)

(٦) قوله: "وقال الشافعى رح إلخ" اعلم أن الاتفاق على أن الماء المطلق يزال به الأحداث أعنى ما يطلق عليه الماء، والمقيد لا يزيل؛ لأن الحكم منقول إلى التيمم عند فقد المطلق، إنما الخلاف فى الماء الذى خالطه الزعفران ونحوه، وهو مبنى على أنه مقيد بذلك أولا، فقال الشافعى: إنه مقيد؛ لأنه يقال: ماء الزعفران ونحوه، ونحن لا ننكر أنه يقال ذلك، ولكن لا يمتنع مع ذلك ما دام المخالط مغلوبا. (ف)

(٧) قوله: "وأشباهه" أى أشباه الزعفران أوأشباه ماء الزعفران ، بإرجاع الضمير إلى الزعفران المضاف إليه للفظ الماء، أو إلى المضاف، وما قال مولانا إله داد: إنه لا بد على التقدير الثانى من حذف المضاف انتهى سهو. (مولوى عبد الحى نور الله مرقده)

(٨) قوله: "لأنه ماء مقيد" فعنده يجوز التيمم مع وجود ماء الأشنان والزعفران ونحوه، ونحن نقول: إن شرط المصير إلى التيمم عدم مطلق الماء، وهذا ماء مطلق، فلا يجوز التيمم مع وجوده. (عبد)

(٩) قوله: "يقال: ماء الزعفران" بالإضافة، ومثله يوجب التقييد كماء الشجر وماء الثمر وماء الورد. (إله داد)

(١٠) قوله: "ألا يرى إلخ" إن قلت: لم يتجدد لماء الباقلى وماء الورد اسم على حدة مع أنه لم يبق له اسم

على حدة، وإضافته[١] إلى الزعفران كإضافته[٢] إلى البئر والعين؛ ولأن الخلط القليل لا يعتبر به[٣]؛ لعدم إمكان الاحتراز عنه كما في أجزاء الأرض، فيعتبر الغالب، والغلبة بالأجزاء لا بتغير اللون، هو الصحيح[٤]. وإن تغير بالطبخ بعد[٥] ما خلط به غيره لا يجوز التوضئ به؛ لأنه لم يبق في معنى المنزل من السماء، إلا[٦] إذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالأشنان ونحوه؛ لأن الميت يغسل بالماء الذي أغلى بالسدر، بذلك[٧] وردت السنة، إلا أن يغلب ذلك على الماء، فيصير كالسويق[٨] المخلوط لزوال اسم الماء عنه.

وكل[٩] ماء وقعت النجاسة فيه لم يجز الوضوء به، قليلا[١٠] كانت

الماء على الإطلاق، قلنا: الأصل في ما لم يتجدد له اسم آخر إطلاق اسم الماء غير أنه تخلف في ماء الباقلي ونحوه باعتبار أنه لم يبق فيه طبع الماء. (د)

(١) قوله: "وإضافته" إلى آخره، يعني أن هذه الإضافة لتمييز هذا الماء عن سائر المياه، فتحقق اسم الماء، إذ التمييز إنما يحتاج إليه عند الاشتراك بخلاف ماء الباقلي والورد والشجر، فإنه للتقييد. (د)

(٢) قوله: "كإضافته إلى البئر والعين" يعني لا كإضافته إلى العنب في قوله: ماء العنب، فيراد به عصره، وذلك لأنه لو أتى بماء الزعفران عند طلب مطلق الماء، لا يخطأ لغة بخلاف ماء العنب. (د)

(٣) قوله: "لا يعتبر به" لأن الماء لايخلو عنه عادة، فلو اعتبر ما يعتبر لزم أن لا يوجد ماء مطلقًا. (عبد الغفور)

(٤) قوله: "هو الصحيح" كأنه احتراز عن ما ذكر في "التحفة" أنه يعتبر الغلبة أولا من حيث اللون أو الطعم، ثم من حيث الأجزاء، فإن كان شيئا يخالف لونه لون الماء كاللبن، فإن غلب لون الماء يجوز التوضئ به، وإن كان مغلوبا لم يجز، نحو ماء البطيخ، والعبرة للطعم إن كان شيئا له طعم يظهر في الماء، والغالب طعم ذلك الشيء لم يجز التوضئ به كنقيع الزبيب، وإن كان شيئا لا يطعم، فالعبرة فيه لكثرة الأجزاء. (د)

(٥) قوله: "بعد ما خلط به غيره" إنما قيد به لأن الماء إذا طبخ وحده، وتغير به جاز الوضوء به. (ع)

(٦) قوله: "إلا إذا طبخ فيه" استثناء من قوله: لا يجوز التوضئ به، وإنما جاز ذلك؛ لأن السنة وردت به في غسل الموتى بالماء الذي أغلى بالسدر. (ع)

(٧) الله أعلم بذلك، والذي في "الصحيحين" حديث المحرم الذي وقصته ناقته: «اغسلوه بماء وسدر»، والحديث ليس فيه إغلاء، ولا مزج. (عيني)

(٨) قوله: "كالسويق" بفتح أول وكسر واو پست كه بهندى ستو گويند بفتح سين مهملة وتشديد تاء فوقاني. (غث)

(٩) قوله: "كل ماء" المراد منه الماء الغير الجاري وغير ما هو في معنى الماء الجاري، كالحوض الكبير الذي

النجاسة أو كثيرا[١]، وقال مالك رح: يجوز مالم يتغير أحد أوصافه لما روينا[٢]، وقال الشافعي رح: يجوز إن[٣] كان الماء قلتين؛ لقوله عليه السلام: «إذا بلغ[٤] الماء قلتين لا يحمل خبثا»*.

ولنا حديث[٥] المستيقظ من منامه**، وقوله[٦] عليه السلام***: «لا يبولن[٧] أحدكم في الماء الدائم[٨] ولا يغتسلن فيه

هو عشر في عشر. (نهاية)

(١٠) قوله: "قليلا [احتراز عن قول مالك رح. ع] كانت إلخ" ترك علامة التأنيث بعد ما جعل القليل والكثير صفتين للنجاسة مع أن كل واحد منهما فعيل بمعنى فاعل، وفي مثله يفرق بين المذكر والمؤنث كسميع وسميعة وعليم وعليمة؛ لأن فعيلا بمعنى فاعل قد يشبه بفعيل بمعنى مفعول، ومنه قوله تعالى: إن رحمة الله قريب من المحسنين﴾ (نهاية)

(١) احتراز عن قول الشافعي رح. (ع)

(٢) قوله: "لما روينا" من قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «الماء طهور لا ينجسه شيء» الحديث. (عناية)

(٣) قوله: "إن كان الماء قلتين" اضطربت أقوالهم في مقدار القلة، فقيل: القلتان خمس قرب، وكل قربة خمسون منا، وقيل: ثلاث مائة من تقريباً، لاتحديدا، وقيل: القلة ما يسع فيه قربتان. (ع)

(٤) قوله: "إذا بلغ الماء قلتين إلخ" قلت: رواه أصحاب السنن الأربع من حديث ابن عمر قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وهو يسأل عن ماء يكون في الفلاة، وما ينوب به من السباع والدواب،: «إذا كان الماء قلتين لم يحمل خبثا». (ت)

* أخرجه الأربعة وابن حبان والحاكم من حديث ابن عمر، انظرالدراية ج١ رقم الحديث ٤٣، ص٥٥، ونصب الراية ج١ ص١٠٤ (نعيم).

(٥) قوله: "حديث المستيقظ من منامه" وهو قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثا» وجه التمسك بأنه لما كان النهي عن الغمس لأجل احتمال النجاسة، فحقيقة النجاسة أولى أن يكون نجسا. (عناية)

** أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث٣، ص١٣، ونصب الراية ج١ ص٢ (نعيم).

(٦) قوله: "وقوله عليه السلام" في "الصحيحين"، قلت: ورواه بهذا اللفظ أبو داود وابن ماجة. (ت)

*** أخرجه أبوداود وابن ماجه من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١ رقم الحديث ٤٤، ص٥٦، ونصب الراية ج١ ص١١٢ (نعيم).

(٧) قوله: "لا يبولن إلخ" وهذه حجة على الفريقين، أما على مالك فلأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن الاغتسال، وإنه لا يغير أوصاف الماء بيقين، وأما على الشافعي فلأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن البول في الماء الدائم، ومطلق النهي يقتضي التحريم لا سيما على مذهبه، ولم يفصل بين دائم

من الجنابة»[١] من غير فصل[٢]، والذى[٣] رواه مالك* ورد فى بئر[٤] بضاعة، وماءه[٥] كان جاريا فى البساتين[٦]، وما رواه الشافعى رح ضعفه[٧] أبو داود، أو[٨] هو يضعف عن احتمال[٩] النجاسة. والماء الجارى[١٠] إذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به إذا لم ير لها أثر؛ لأنها لا تستقِرُّ مع جريان الماء، والأثر هو الطعم، أو الرائحة، أو اللون،

ودائم، فكان القلتان وغيرهما سواء. (ع)

(٨) الذى لا يجرى.

(١) انتهى الحديث.

(٢) بين القلة وغيره. (عناية)

(٣) قوله: "والذى رواه مالك إلخ" قلت: يريد به حديث «الماء طهور» إلخ، وقد تقدم أول الباب، ووروده فى بئر بضاعة أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى عن عبيد الله بن عبد الله بن رافع بن خديج عن أبى سعيد الخدرى قال: قيل: يا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم! أنتوضأ من بئر بضاعة وهى تلقى فيها الحيض ولحوم الكلاب والنتن؟ فقال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إن الماء طهور لا ينجسه شيء» انتهى. (ت)

* حديث بير بضاعة أخرجه أصحاب السنن الثلاثة من حديث أبي سعيد، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٤٥، ص٥٦ ، ونصب الراية ج١ ص١١٣ (نعيم)

(٤) قوله: "فى بئر بضاعة" تكسر وتضم، كذا فى "الصحاح"، وفى "المغرب" بالكسر لا غير، وهى بئر قديمة فى المدينة. (ن)

(٥) رواه الطحاوى. (ت)

(٦) قوله: "فى البساتين" إن قلت: الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص المورد، واللفظ عام، أجيب بالمنع فإن اللفظ إنما يكون عاما إذا كان اللام فى الماء للجنس، وإنه غير مسلم، بل هو للعهد. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٧) قوله: "ضعفه أبو داود [أى لوقوع الاضطراب فى سنده عنده، وإن لم يقع التضعيف صراحة. ف]" وهذا غير صحيح، فإن أبا داود روى حديث القلتين، وسكت عنه فهو صحيح عنده على عادته. (ت)

(٨) قوله: "أو" إنما أتى بكلمة "أو" بوجهين: أحدهما: أن هذا التأويل يرده ما روى فى الرواية الأخرى: «إذا بلغ الماء قلتين لا يتنجس»، والثانى: أن ما فوق القلتين ما لم يبلغ عشرا أيضاً ضعيف عن احتمال النجاسة، فلا يحتاج إلى التقييد. (د)

(٩) قوله: "عن احتمال النجاسة" يعنى إذا قل الماء لم يحمل خبثا أى ضعف عن احتماله فيتنجس. (ملا إله داد)

(١٠) قوله: "والماء الجارى إلخ" ألحقوا بالجارى حوض الحمام إذا كان الماء ينزل من أعلاه، حتى لو أدخلت القصعة النجسة أو اليد النجسة فيه لا يتنجس. (ف)

والجارى[(١)] ما لا يتكرر[(٢)] استعماله . وقيل : ما يذهب بتبنة[(٣)] .
والغدير العظيم[(٤)] الذى[(٥)] لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك[(٦)] الطرف الآخر إذا وقعت نجاسة فى أحد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر ؛ لأن الظاهر أن النجاسة لاتصل[(٧)] إليه ، إذ أثر[(٨)] التحريك فى السراية فوق[(٩)] أثر النجاسة ، ثم عن[(١٠)] أبى حنيفة رح أنه يعتبر التحريك بالاغتسال[(١١)] ، وهو قول أبى يوسف رح ، وعنه بالتحريك[(١٢)] باليد ، وعن محمد رح بالتوضئ[(١٣)] ، ووجه[(١٤)] الأول أن الحاجة إليه فى الحياض أشد[(١٥)] منها إلى التوضئ ،

---

(١) وقيل: مايعده الناس جاريا. (ف)

(٢) قوله: "ما لا يتكرر استعماله" حتى إذا غسل يده وسال الماء منها إلى النهر، فإذا أخذه ثانيًا لا يكون فيه شيء من الماء الأول. (عناية)

(٣) بكسر أول وسكون ثانى، بالفارسية: گياه خشک. (غث)

(٤) قوله: "والغدير العظيم" الغدير فعيل بمعنى مفعول من غدر أى ترك. (ع)

(٥) قوله: "الذى" [صفة كاشفة للغدير] لا يتحرك إلخ المراد بالتحرك، التحرك بارتفاع وانخفاض. (عبد)

(٦) قوله: "بتحريك الطرف الآخر" قال علماءنا الثلاثة: إذا كان الماء بحيث يخلص أى يصل بعضه إلى بعض كان قليلا، وإذا كان بحيث لا يخلص كان كثيرا لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه إلا أن يتغير لونه أو طعمه أو ريحه كالماء الجارى، لكن اختلفوا بعد هذا أنه بأى سبب يعرف خلوص النجاسة إلى الجانب الآخر، فقد اتفقت الرواية عن علماءنا الثلاثة أن الخلوص يعتبر بالتحريك. (ن)

(٧) قوله: "لا تصل إليه" يعنى فى الحال أما الوصول إليه فى المآل باعتبار رقة الماء، وخلوص بعضه ببعض مما لا يمكن الاحتراز عنه، ولهذا كان عفوا عند الشارع. (إله داد)

(٨) قوله: "إذا أثر التحريك إلخ" فيه نظر؛ إذ هذا الدليل يقتضى الجزم بعدم الوصول مع أنه حكم أغلبى على ما لا يخفى. (عبد)

(٩) قوله: "فوق أثر النجاسة" فلما لم يصل إليه أثر التحريك، فأثر النجاسة أولى بأن لا يصل. (إله داد)

(١٠) رواه عنه أبو يوسف. (ن)

(١١) قوله: "بالاغتسال" [لأنه يكون أحوط. نهاية] بأن يغتسل إنسان فى جانب منه اغتسالا وسطا، ولم يتحرك الجانب الآخر. (ع)

(١٢) قوله: "بالتحريك باليد" بأن يحرك أحد جانبيه بتحريك اليد تحريكا متوسطا.(عبد)

(١٣) قوله: "بالتوضئ" لأن مبنى الماء فى حكم النجاسة على الخفة، فإن القياس أن ينجس وإن كثر إلا أنه سقط حكم النجاسة عن بعض المياه تخفيفا، فاعتبر التحريك الوسط، وهو التحريك بالتوضئ؛ لأنه بين الاغتسال والتحريك باليد. (نهاية)

(١٤) قوله: "ووجه الأول إلخ" ووجه الثانى أن التحريك يكون بالاغتسال، و بالتوضئ، وبغسل اليد، إلا

وبعضهم قدروا(١) بالمساحة عشرا(٢) في عشر بذراع(٣) الكرباس(٤)

أن التحريك بغسل اليد أخف، فكان الاعتبار به أولى توسعة للناس. (ع)

(١٥) فإن الوضوء يكون في البيوت غالبًا. (عناية)

(١) قوله: "قدروا إلخ" إنما اعتبروا هذا لأن هذا المقدار يساوي ما اعتبر فيه من عدم تاثير النجاسة.

قوله: "قدروا الخ "علم مما سبق أن المتقدمين اتفقوا على أنه يعتبر الخلوص بالتحريك، لكن اختلفوا في السبب الذي يعرف به التحريك، والمتأخرون من أصحابنا اعتبروا الخلوص بشيء آخر، فقد روى عن محمد ابن سلام أنه اعتبر الخلوص بالكدرة، فقال: إن كان بحال لو اغتسل فيه يتكدر الجانب الذي اغتسل فيه بسبب الاغتسال، إن وصلت الكدرة إلى الجانب الآخر، فهو ما يخلص بعضه ببعض، وإن لم يصل فهو مما لا يخلص.

وحكي عن الشيخ الإمام إسماعيل الزاهدي عن عيسى السمرقندي عن أبي حفص الكبير صاحب محمد ابن الحسن أنه اعتبر الخلوص بالصبغ، فقال: يلقى زعفران في جانب منه، فإن أثر الزعفران في الجانب الآخر، كان مما يخلص بعضه ببعضه، وإن لم يؤثر فهو مما لا يخلص، ومنهم من اعتبر الخلوص بالمساحة أي إن كان عشرا في عشر، فهو مما لا يخلص، وإن كان أقل فهو مما يخلص. هذا حاصل ما ذكره شيخ الإسلام في "مبسوطه".

وعن محمد في "النوادر": أنه سئل عن هذه المسألة فقال: إن كان مثل مسجدي هذا فهو مما لا يخلص بعضه ببعض، فلما قام مسح مسجده، فكان ثمانيًا في ثمانٍ في رواية، وعشرا في عشر في رواية، وعامة المشايخ أخذوا بقول أبي سليمان الجوزجاني الذي يعتبر المساحة. (ن)

قوله: "قدروا بالمساحة" فإن قلت: نصب المقدرات بالرأى لا يجوز، وكيف اخترتم في حد الماء الكثير عشرا في عشر، وما استنادكم، في هذا؟ وكل واحد من الأئمة الثلاثة استند في هذا الباب على الأثر، أما مالك فإنه اعتمد على حديث أبي سعيد الخدري، وقال: "إن الماء لا ينجس بشيء إلا إذا تغير أحد اوصافه"، وبه قال **الأوزاعي والليث بن سعد وعبد الله بن وهب** وإسماعيل بن إسحاق ومحمد بن بكير والحسن بن صالح، وبه قال **أحمد في رواية.**

وأما الشافعي فإنه اعتبر القلتين بالحديث الوارد فيه، وبه قال أحمد في رواية مشهورة عنه، وقالت الظاهرية: الماء لا ينجس أصلا سواء كان جاريا أو راكدا، وسواء كان قليلا أو كثيرا، تغير طعمه أو لونه أو ريحه، أو لم يتغير، لظاهر حديث أبي سعيد الخدري: «الماء طهور لا ينجسه شيء»، وقال ابن حزم في "المحلى": وممن روى عنه القول مثل قولنا: إن الماء لا ينجسه شيء، عائشة رض وعمر وا بن مسعود وابن عباس والحسن بن علي وميمونة وأبو هريرة وحذيفة رضي الله عنهم، والأسود وعبد الرحمن أخوه، وابن أبي ليلى وسعيد بن جبير ومجاهد وسعيد بن المسيب والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق والحسن البصري وعكرمة وجابر بن زيد وغيرهم.

قلت: حديث بئر بضاعة يصلح أن يكون استنادا في التقدير بعشر في عشر، وبيان ذلك أن محمدا لما سئل عن ذلك، قال: إن كان قدر مسجدي فهو كثير، فلما قاسوه وجدوه ثمانيا في ثمانٍ من داخله، وعشرا في عشر من خارجه، وقيل: اثنى عشر في اثنى عشر، وكان وسع بئر بضاعة ثمانيا في ثمانٍ.

والدليل عليه ما قال أبو داود: وقد ذرعت بئر بضاعة بردائي، ثم ذرعتها فإذا عرضها ستة أذرع، وسألت الذي فتح الباب وأدخلني هل غيرتموها عما كانت عليه؟، فقال: لا، ورأيت الماء متغير اللون انتهى. فإذا كان عرضها ستة أذرع يكون طولها أكثر منها؛ لأن الغالب أن يكون الطول أمد من العرض، ولو كانت البئر مدورة، يقال: فإذا دورها ستة أذرع فإن أضيفت ما في الطول من الزيادة إلى العرض يكون مقدار الثمانية في الثمانية؛ لأن منشأ ذلك على التقدير، لا على التحرير، فأخذ محمد من هذا. (عيني)

توسعة[١] للأمر على الناس، وعليه الفتوى[٢].

والمعتبر في العمق أن يكون بحال لا ينحسر[٣] بالاغتراف[٤] هو الصحيح[٥]، وقوله في الكتاب[٦]: جاز الوضوء من الجانب الآخر إشارة[٧] إلى أنه ينجس[٨] موضع[٩] الوقوع وعن أبي يوسف رح أنه لا ينجس[١٠] إلا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري.

قال: وموت ما ليس[١١] له نفس سائلة في الماء[١٢] لا ينجسه كالبق[١٣]،

---

(٢) قوله: "عشرا في عشر" [بأن يصير مائة ذراع] قال محيي السنة: التقدير بعشر في عشر لايرجع إلى أصل معتمد عليه. (د)

(٣) قوله: "بذراع الكرباس" هو ست قبضات ليس فوق كل قبضة إصبع قائمة، وجعل الولوالجي سبعا، وذراع المساحة سبع فوق كل قبضة إصبع قائمة، هل المعتبر ذراع المساحة أو ذراع الكرباس، أو في كل زمان ومكان حسب عادتهم أقوال.

(٤) "الكرباس" بالكسر والباء الموحدة والسين المهملة بالفارسية: جامهٔ سفيد (از منتخب) ومؤيد ومدار، ودر سراج نوشته كه اين معرب كرپاس بالفتح باشد بمعنى پنبه. (غث)

(١) قوله: "توسعة" تعليل لأصل المساحة لا للكمية، وتعليل أيضاً لاعتبار ذراع الكرباس؛ لأن ذراع المساحة سبع مشتات مع قيام إصبع، إما في كل واحد من المشتات، أو في واحد منها على اختلاف القولين. (عبد)

(٢) قوله: "وعليه الفتوى" كل الأقوال في الحوض المربع، فإن كان مدورا، فقدر بأربعة وأربعين، وثمانية وأربعين، والمختار ستة وأربعون. (ف)

(٣) أي لا ينكشف.

(٤) بالفارسية: از كف آب خوردن. (غياث)

(٥) قوله: "هو الصحيح" وقيل: ذراع، وقيل: شبر. (فتح القدير)

(٦) أي القدوري. (عبد)

(٧) قوله: "إشارة إلى أنه إلخ" قلت: وإلى أن يترك من موضع النجاسة إلى ما لا يصل إليه أثر النجاسة. (د)

(٨) قوله: "ينجس" وعلى هذا صاحب "المبسوط" و"البدائع"، وجعله صاحب "الكنز" أصح، ومشايخ بخارى وبلخ قالوا: يتوضأ من جانب الوقوع في غير المرئية، وفي المرئية لا. (ف)

(٩) قوله: "موضع الوقوع" لعله أراد من موضع الوقوع موضعا يتحرك بالتحريك. (عبد)

(١٠) هذا الذي ينبغي تصحيحه. (ف)

(١١) قوله: "ما ليس له نفس [بسكون الفاء الدم] سائلة" أي دم سائل، وذكر الزنابير بلفظ الجمع دون

والذباب، والزنابير(١)، والعقرب، ونحوها، وقال الشافعي رح يفسده(٢)؛ لأن التحريم لا بطريق الكرامة(٣) آية للنجاسة(٤)، بخلاف(٥) دود النحل(٦)، وسوس(٧) الثمار؛ لأن(٨) فيه ضرورة. ولنا قوله(٩) عليه السلام فيه*: «هذا(١٠) هو الحلال أكله وشربه والوضوء منه». ولأن(١١) المنجس(١٢) اختلاط الدم المسفوح بأجزاءه عند الموت، حتى حل(١٣)

غيره؛ لأن له أنواعا شتى. (نهاية)

(١٢) قوله: "في الماء" ليس قيدا احترازيا، بل اعتباره يجرى مجرى العادة. (عبد)

(١٣) قوله: "كالبق إلخ" بق بفتح باء وتشديد قاف بمعنى پشه، گاهے در فارسى بضرورت نظم تخفيف مى آرند، وذباب بضم أول مگس (از منتخب)، وزنبور معروف ست (از قاموس)، وعقرب بالفتح بمعنى كژدم. (غث)

(١) جمع زنبور.

(٢) أى ينجسه. (عبد)

(٣) كما فى الآدمى. (عبد)

(٤) قوله: "آية للنجاسة" إن قلت: صيد البحر حلال عنده، قلت: إنما يحل بشرط الذبح. (د)

(٥) قوله: "بخلاف دود النحل إلخ" دود دال أول مضموم، وواو معروف بمعنى كرمها. (غث)

(٦) [يعنى مگس شهد. (غث)] ويوجد فى بعض النسخ: دور النحل.

(٧) بمعنى كرم. (عبد)

(٨) قوله: "لأن فيه ضرورة" فإذا ماتت الدود والسوس فى النحل والثمار لا ينجسان. (عناية)

(٩) قوله: "قوله عليه السلام [رواه الدارقطنى، ف]" وهو فى ما رواه سلمان الفارسى رض أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم سئل عن إناء فيه طعام أو شراب يموت فيه ما ليس له دم سائل، فقال: «هذا هو الحلال أكله وشربه والوضوء منه»، كذا فى "المبسوطين". (كفايه)

* أخرجه الدارقطني من حديث سلمان، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٤٦، ص٥٧، ونصب الراية ج١ ص١١٤ (نعيم).

(١٠) يعنى ما وقع فيه ما ليس له نفس سائلة. (ف)

(١١) قوله: "لأن المنجس إلخ" الحاصل أنها حال الحياة ليست نجسة، والموت ليس منجسا؛ لأنه تفريق العروق مثلا، وليس شيء منه يوجب النجاسة، وليس شيء من انتقال الدم من موضعه، فيعتبر هذا. (ملا عبد الغفور رح)

(١٢) للطاهر.

(١٣) قوله: "حتى حل المذكى" يعنى أن سبب شرعية الذكاة فى الأصل سببا للحل زوال الدم بها، لكن الشارع أقام نفس الفعل من الأهل مقامه، حتى لو امتنع الخروج بمانع كأن أكلت ورق العنّاب حل. (ف)

المذكى(١) لانعدام(٢) الدم فيه، ولا دم فيها(٣)، والحرمة(٤) ليست من ضرورتها النجاسة كالطين(٥). وموت ما يعيش فى الماء(٦) فيه لا يفسده كالسمك(٧)، والضفدع(٨)، والسرطان. وقال الشافعي رح: يفسده إلا السمك لما مر(٩). ولنا أنه مات(١٠) فى معدنه، فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة(١١) حال مُحّها(١٢) دما، ولأنه(١٣) لا دم(١٤) فيها(١٥)، إذ الدموى لا

---

(١) أى المذبوح.

(٢) بإقامة الفعل منابه.(عناية)

(٣) قوله: "ولا دم فيها" أى فى الأشياء المذكورة من البق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها. (عبد الغفور)

(٤) جواب عن قياس الشافعي. (ع)

(٥) قوله: "كالطين [إذ هو حرام لا لكرامة، وليس نجسًا. ع]" أكل الطين مكروه، وذكر الحلوائى إن كان يضر يكره، و إن كان يتناوله قليلا، أو يفعله أحيانا فلا بأس به.
قال العبد أصلحه الله: ويقاس على هذا أنه يباح أكل النورة مع الورق المأكول فى ديار الهند؛ لأنه قليل نافع، فإن الغرض المطلوب من الورق المذكور لا يحصل بدونها. (نصاب الاحتساب)

(٦) قوله: "فى الماء فيه" ليس فى بعض النسخ قوله: فيه، فيكون قوله: "فى الماء" من باب التنازع بأن تنازع فيه الموت والعيش. (عبد)

(٧) قوله: "كالسمك [ماهى. غث] إلخ" هذه المسألة داخلة فى التى قبلها؛ لأن ما يعيش فى الماء لا دم له، ثم لا فرق بين أن يموت فى الماء أو خارجه ثم ينقل إليه فى الصحيح، وغير الماء من المائعات كالماء. (ف)

(٨) بمعنى غوك. (غث)

(٩) قوله: "لما مر" من قوله: لأن التحريم لا بطريق الكرامة إلخ. (عناية)

(١٠) قوله: "أنه مات فى معدنه" إن قلت: الأرض معدن لجميع الحيوانات مع أنها إذا ماتت فيها يعطى له حكم النجاسة. الجواب أن الأرض وإن كانت معدن البريات فهى لا تموت فى الأرض، بل على الأرض، وأما البحرى فيموت فى الماء. (د)

(١١) قوله: "كبيضة" حتى لو صلى، وفى كمه تلك البيضة يجوز؛ لأن النجاسة فى معدنه. (نهاية)

(١٢) بضم الميم وتشديد المهملة(ن) أى تغير صفرتها. (عينى)

(١٣) قوله: "لأنه" جعل السرخسى هذاالتعليل أصح، فقال: والثانى أن ليس لهذه الحيوانات دم سائل، فإن ما يسيل منها إذا شمس بيض، والدم إذا شمس يسود. (نهاية)

(١٤) قوله: "لا دم فيها" وما ترى من أنه دم، فهو ليس دما حقيقةً. (حاشية ملا عبد الغفور رح)

(١٥) أى هذه الحيوانات. (ع)

يسكن فى الماء، والدم هو النجس، وفى غير الماء[(١)] قيل: غير السّمك يفسده لانعدام[(٢)] المعدن. وقيل: لا يفسده[(٣)] لعدم الدم، وهو الأصح. والضفدع[(٤)] البحرى والبرى سواء. وقيل: البرى يفسد لوجود الدم وعدم المعدن، وما يعيش[(٥)] فى الماء ما يكون توالده ومثواه فى الماء، ومائى المعاش[(٦)] دون مائى المولد مفسد.

قال: الماء[(٧)] المستعمل لا يُطهر[(٨)] الأحداث، خلافا[(٩)] لمالك والشافعى رح، هما يقولان[(١٠)]: إن الطهور[(١١)] ما يطهر غيره مرة بعد أخرى كالقطوع[(١٢)]. وقال زفر- وهو أحد قولى الشافعى رح-: إن كان المستعمل

---

(١) كالخل والعصير والحليب. (عناية)

(٢) قوله: "لانعدام المعدن" وهو قول نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة، وهو رواية عن أبى يوسف رح. (نهاية)

(٣) قوله: "وقيل: لا يفسده" هو قول محمد بن مقاتل، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة وهشام عن محمد رح. (ع)

(٤) قوله: "والضفدع البحرى [اين لفظ بفتح دال نيز آمده، بالكسر ودال مهملة نيز مكسور وعين مهملة. غث]" هو ما يكون بين أصابعه سترة بخلاف البرى. (فتح القدير)

(٥) قوله: "وما يعيش إلخ" شروع فى بيان أن المراد بما يعيش فى الماء ما هو. (ع)

(٦) كالبط. (عبد)

(٧) قوله: "الماء المستعمل" بدأ بالحكم قبل تعريفه؛ لأنه أهم مع أن فى تعريفه اختلافا. (عبد)

(٨) قوله: "لا يطهر الأحداث [أى لا يزيل الأحداث (د)]" خص الأحداث بالذكر؛ لأنه يطهر الأنجاس إذ هو مائع مزيل كالخل، بل أقوى منه، هذا على ما جاء أنه طاهر غير طهور ظاهر، وكذا على ما روى نجس؛ لأنه يطهر عن الخبث الذى يزيله، إنما الباقى بعد زواله نجاسة الماء. (د)

(٩) قوله: "خلافا لمالك" والشافعى له فى الماء المستعمل ثلاثة أقوال: أظهرها كما قال محمد: إنه طاهر غير طهور، وقال فى قول: طاهر ومطهر، وقال فى قول: إن كان المستعمل إلخ، وقال مالك: طاهر وطهور. (ن)

(١٠) هذا الدليل محكى عن ثعلب. (ع)

(١١) يعنى جعل الله تعالى الماء المطلق فى كلامه طهورا، والطهور ما يطهر إلخ، وهذا إنما يكون إذا لم يكن نجسا، بل يطهر فى كل وقت، وهو المراد.

(١٢) قوله: "كالقطوع" إن كان قياسا ففاسد؛ لأن اللغة لا يثبت بالقياس، وإن كان توضيحا فيمنع أن الطهور ما يطهر إلخ. (عبد)

متوضئًا فهو طهور[١]، وإن كان محدثا فهو طاهر غير طهور؛ لأن العضو طاهر حقيقة، وباعتباره يكون الماء طاهرا، لكنه[٢] نجس حكما[٣]، وباعتباره يكون الماء نجسا، فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا[٤] بالشبهين[٥]. وقال محمد رحـ -وهو[٦] رواية عن أبي حنيفة رحـ-: هو طاهر[٧] غير طهور؛ لأن[٨] ملاقاة الطاهر[٩] الطاهر[١٠] لا توجب[١١] التنجس إلا أنه أقيمت[١٢] به قربة، فتغيرت[١٣] به صفته كمال[١٤] الصدقة، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحـ: هو نجس[١٥]؛ لقوله عليه السلام: «لا

(١) وفي بعض النسخ: طاهر وطهور. (عبد)

(٢) قوله: "لكنه نجس حكما" الحاصل أن الدليل الأول يقتضي الطاهرية والطهورية، والثاني يقتضي النجاسة المستلزمة لعدم الطهارة والطهورية. (عبد)

(٣) من جانب الشارع.

(٤) قوله: "عملا" بأن أخذنا من الأول الطهارة، ومن الثاني عدم الطهورية؛ لعدم تصور غير ذلك. (عبد)

(٥) قوله: "بالشبهين" فكان هذا كسؤر الحمار، فإنه لما تعارضت الأدلة بعضها يوجب الطهارة، وبعضها يوجب النجاسة خرج من أن يكون طهورا، وبقي طاهرا، بخلاف ما إذا لم يكن المستعمل محدثا؛ لأنه لم يتحول الماء، لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الحكم. (ن)

(٦) وهو المختار للفتوى؛ لعموم البلوى. (ع)

(٧) قوله: "هو طاهر"؛ لما روي عن سعد بن أبي وقاص أنه مرض فتوضأ رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وصب الغسالة عليه فأفاق، وكذا في حق جابر، ولو كان نجسا لما صبه رسول الله ﷺ (نهاية).

(٨) قوله: "لأن إلخ" قلنا: لا نسلم أنه لاقى الطاهر، بل لاقى النجس؛ لأن نجاسة المحل وإن لم يظهر على الإطلاق، فقد ظهرت في حق منع الصلاة وغيره. (د)

(٩) هو الماء الطاهر. (ع)

(١٠) هو العضو المغسول. (عناية)

(١١) ولم يثبت بدليل آخر تنجسه فيكون طاهرا.

(١٢) قوله: "أقيمت به قربة" حتى لو غسل أعضاء الوضوء متبردا لا بنية القربة، فإن الماء يبقى حينئذ طهورا عنده. (نهاية)

(١٣) قوله: "فتغيرت" لأن لإقامة القربة تأثيرا في تغيير ما أقيمت به. (ع)

(١٤) قوله: "كمال الصدقة" فإن الشخص إذا نوى الزكاة انتقص من مرتبته، ولذا حرم على النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم وآله مال الصدقة. (عبد)

(١٥) تقدم قريبًا. (ت)

يبولن[(١)] أحدكم فى الماء[(٢)] الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة»*، ولأنه[(٣)] ماء أزيلت به النجاسة الحكمية، فيعتبر[(٤)] بماء[(٥)] أزيلت به النجاسة الحقيقية[(٦)].

ثم فى رواية[(٧)] الحسن عن أبى حنيفة رح نجاسة غليظة[(٨)] اعتبارًا[(٩)]

---

(١) قوله: "لا يبولن إلخ" فالنبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم سوى بين النجاسة الحقيقية والحكمية، فإنه كما نهى عن البول كذلك نهى عن الاغتسال، فدل على أن الاغتسال فيه يوجب النجاسة. (نهاية)

(٢) قوله: فى الماء الدائم إلخ" فإن الظاهر أن النهى للتحريم خصوصًا إذا كان مع نون التأكيد، لايقال: يجوز أن يكون النهى للتنديب والتنزيه؛ لأنا نقول: التخصيص حينئذٍ بالماء الدائم غير ظاهر، فإن التنزيه مطلوب فى الكل. (عبد)

* أخرجه أبوداود وابن ماجه من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١ رقم الحديث ٤٤، ص٥٦، ونصب الراية ج١ ص١١٢ (نعيم).

(٣) قوله: "ولأنه إلخ" فيه أن ذلك لا يجرى فى تجديد الوضوء إذا نوى به القربة، قيل: ما ورد أن الوضوء على الوضوء طهارة يدل على ثبوت شيء من النجاسة، وفيه نظر. (عبد)

(٤) قوله: "فيعتبر إلخ" الحاصل أن الشارع لما جعل النجاسة الحكمية فى حكم النجاسة الحقيقية يعتبر حكمها بحكمها، إلا إذا وجد دليل يدل على خلافه ولم يوجد. (حاشية عبد الغفور)

(٥) قوله: "بماء أزيلت به إلخ والدليل عليه أن الجنب إذا اغتسل يؤخر غسل رجليه كيلا ينجس رجلاه ثانيا بالماء المستعمل، ولأنهم أجمعوا على أن المسافر إذا خاف العطش حل له التيمم، ولا يؤمر بالتوضئ، وجمع الغسالة للشرب. (نهاية)

(٦) قوله: "الحقيقية" وفى بعض النسخ: بل أشد؛ لأن الحكمية لا يعفى قليلها.

(٧) قوله: "ثم فى رواية الحسن" هى رواية شاذة غير مأخوذة بها. (مجمع الأنهر)

قوله: "ثم فى رواية الحسن إلخ" سمعت سيدى عليا الخواص يقول: مدارك الإمام أبى حنيفة دقيقة لايطلع عليها إلا أهل الكشف من أكابر الأولياء، قال: وكان الإمام أبو حنيفة إذا رأى ماء الميضاة يعرف سائر الذنوب التى خرت فيه من الكبائر والصغائر، فلهذا جعل ماء الطهارة إذا تطهر به المكلف له ثلاثة أحوال: أحدها: أنه كالنجاسة المغلظة احتياطا لاحتمال أن يكون المكلف ارتكب كبيرة، الثانى: أنه كالنجاسة المتوسطة لاحتمال أن يكون المكلف ارتكب صغيرة.

الثالث: أنه طاهر فى نفسه غير مطهر لغيره لاحتمال أن يكون المكلف ارتكب مكروها، أو خلاف الأولى، فإن ذلك ليس ذنبا حقيقة؛ لجواز ارتكابه فى الجملة، وفهم جماعة من مقلديه أن هذه ثلاثة أقوال فى حال واحد، والحال أنها فى أحوال، كما ذكرنا بحسب حصر الذنوب الشرعية فى ثلاثة أقسام، ولا يخلو غالب المكلفين أن يرتكب واحدا منها إلا نادرا. (الميزان لعبد الوهاب الشعرانى)

(٨) فيقدر بالدرهم. (عناية)

(٩) قوله: "اعتبارًا إلخ" إن أراد الاعتبار بالمستعمل فى الحقيقية أعم من أن تكون خفيفة أو غليظة،

بالمستعمل فى الحقيقية، وفى رواية أبى يوسف رح عنه -وهو قوله- نجاسة خفيفة؛ لمكان[١] الاختلاف[٢].

والماء[٣] المستعمل هو[٤] ماء أزيل به حدث، أو استعمل[٥] فى البدن على وجه[٦] القربة، قال رض: و هذا[٧] عند أبى[٨] يوسف رح، وقيل: هو قول أبى حنيفة رح أيضًا، وقال محمد رح[٩]: لا يصير مستعملا إلا بإقامة القربة؛ لأن الاستعمال[١٠] بانتقال نجاسة[١١] الآثام إليه، وإنما[١٢] تزال

فلا وجه إليه؛ لظهور أن المستعمل فى الحقيقية الخفيفة لا يصير نجاسة غليظة، وإن أراد الاعتبار بالحقيقية غير الخفيفة، فذلك يتوقف على إثبات أن الحكمية نجاسة غليظة وهو ممنوع. (إله داد رحمه الله تعالى)

(١) قوله: "لمكان الاختلاف" كأنه دليل على قوله: وهو قوله، لا على قوله: وفى رواية أبى يوسف رح عنه. (حاشية ملا إله داد رح)

(٢) فإن اختلاف العلماء يورث تخفيفا، كما سيجيء. (عناية)

(٣) بيان لحقيقته. (ع)

(٤) قوله: "هو ماء أزيل" اعلم أن التعريف غير مانع؛ إذ يصدق هذا التعريف على الماء الغير المزال عن العضو، ويمكن أن يدفع بأن التعريف بالأعم جائز، أو يقال: إن الماء الغير المنفصل أيضًا مستعمل، لكنه لا يعطى له حكم المستعمل إلا بعد الانفصال، أو يقيد التعريف بالإزالة بقرينة اللاحق. (حاشية عبد الغفور رح)

(٥) قوله: "أو استعمل إلخ" لفظة "أو" ليس للترديد فى التعريف، بل فى التعريف ترديد. (عبد)

(٦) قوله: "على وجه القربة" الحاصل أن سبب ثبوت صفة الاستعمال عند أبى حنيفة رح وأبى يوسف رح كل من رفع الحدث والتقرب، وعند محمد رح التقرب كان معه الرفع أولا، وعند زفر رح الرفع كان معه تقرب أولا، والتقرب هو أن ينوى الوضوء وغيره حتى يصير عبادة. (ف)

(٧) قوله: "هذا" أي كون أحد الأمرين ماء مستعملا عنده. (عبد)

(٨) قوله: "عند أبي يوسف رح" ذكر شيخ الإسلام فى "مبسوطه": يجب أن يكون قول أبى حنيفة مع قول أبى يوسف رح. (نهاية)

(٩) قوله: "وقال محمد رح إلى آخره" فلو توضأ محدث بنية القربة صار الماء مستعملا بالإجماع، ولو توضأ المتوضئ للتبرد لا يصير مستعملا بالإجماع، ولو توضأ المحدث للتبرد صار مستعملا عندهما وعند زفر، خلافا لمحمد؛ لعدم قصد القربة، وكذا عند الشافعي رح لعدم إزالة الحدث عنده بلا نية، ولو توضأ المتوضئ للقربة صار مستعملا عند الثلاثة خلافا لزفر والشافعي الموافق له. (عناية)

(١٠) قوله: "لأن الاستعمال إلخ" أى لا استعمال إلا بإقامة القربة، وانتقال نجاسة الآثام إليه؛ إذ لا دليل لكونه مستعملا إلا إلحاقه بمال الصدقة، والمال لا يصير خبثا إلا بنية القربة. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(١١) قوله: "نجاسة الآثام" لأن الإثم قذر؛ لقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من أصاب هذه القاذورات، فليستتر بستر الله تعالى» ولأنه شعبة من الكفر، وهو أقوى النجاسات. (نهاية)

بالقربة. وأبو يوسف رح يقول: إسقاط[١] الفرض مؤثر[٢] أيضًا[٣]، فيثبت[٤] الفساد بالأمرين، ومتى[٥] يصير الماء مستعملا؟ الصحيح[٦] أنه[٧] كما زايل العضو[٨] صار[٩] مستعملا؛ لأن سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة، ولا ضرورة[١٠] بعده. والجنب[١١] إذا انغمس[١٢] في البئر[١٣] لطلب الدلو فعند أبي يوسف رح الرجل بحاله[١٤]؛ لعدم الصب،

---

(١٢) قوله: "وإنها [أي كل إثم سوى الكبائر. عبد] تزال إلخ" لقائل أن يقول: لو كان انتقال نجاسة الآثام سبب الاستعمال وعدم الطهورية، لكان تحقق الآثام في الشخص موجبا لزوال طهوريته. وأجيب عن ذلك بأن نور الإيمان مانع عن تصرف الآثام إليه. (عبد)

(١) أي إزالة الحدث. (عبد)

(٢) في الاستعمال وخبث الماء. (د)

(٣) قوله: "مؤثر أيضًا" لأن التغير عندهما إنما يكون بزوال نجاسة حكمية عن المحل. (عناية)

(٤) قوله: "فيثبت الفساد بالأمرين" أي بإقامة القربة ورفع الحدث قياسا على الماء الذي أزيلت به النجاسة الحقيقية. (د)

(٥) قوله: "ومتى يصير إلخ" هذا هو بيان وقت أخذ حكم الاستعمال. (نهاية)

(٦) قوله: "الصحيح" احتراز عن قول كثير من المشايخ، وهو قول سفيان الثوري: إنه لا يصير مستعملا حتى يستقر في مكان. (ف)

(٧) قوله: "أنه كما زايل إلخ" الكاف للمفاجأة لا للتشبيه، كما يقال: كما خرجت من البيت رأيت زيدا. (نهاية)

(٨) أي يصير الماء مستعملا مفاجئا وقت زواله عن العضو. (ن)

(٩) قوله: "صار مستعملا" حتى لو أصاب ثوبه تنجس. (عناية)

(١٠) قوله: "ولا ضرورة بعده" فإن قلت: فيه ضرورة لتعذر صون الثياب عنه، أجيب بأن صون الثياب عنه غير واجب؛ لأن الماء المستعمل طاهر في ظاهر الرواية، فأما من قال: بأنه نجس، فالظاهر أنه إنما يأخذ حكم الاستعمال عنده إذا استقر في موضع، لا كما زال عن العضو؛ لأن الحرج منتف إجماعا. (حاشية ملا إله داد رح)

(١١) قوله: "والجنب [لم يذكر المحدث؛ لأنه في حكمه. عبد]" هذه المسألة أخرجها أبو بكر الرازي. (نهاية)

(١٢) قوله: "إذا انغمس إلخ" أي الجنب الذي ليس في بدنه نجاسة من المني وغيره، وفيه إشارة إلى أنه لو انغمس للاغتسال للصلاة يفسد الماء عند الكل. (نهاية)

(١٣) أي ماء قليل غير جار. (عبد)

(١٤) أي يبقى جنبا.

وهو شرط(١) عنده لإسقاط(٢) الفرض، والماء بحاله(٣) لعدم(٤) الأمرين، وعند محمد رح كلاهما طاهران. الرجل(٥) لعدم اشتراط الصب، والماء لعدم نية القربة، وعند أبي حنيفة رح كلاهما نجسان؛ الماء لإسقاط الفرض عن البعض بأول الملاقاة(٦)، والرجل لبقاء الحدث في بقية الأعضاء، وقيل: عنده نجاسة(٧) الرجل بنجاسة الماء المستعمل. وعنه(٨) أن الرجل طاهر؛ لأن الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال، وهو أوفق الروايات(٩) عنه.

قال: وكل(١٠) إهاب(١١) دبغ فقد طهر، وجازت الصلاة فيه، والوضوء منه إلا جلد(١٢) الخنزير والآدمي؛ لقوله عليه السلام(١٣): «أيما إهاب دبغ

(١) قوله: "وهو شرط عنده" أي في الماء الذي ليس بجار، ولا هو في حكم الجاري، حتى إنه لايشترط في الماء الجاري والحياض الكبيرة. (ن)

(٢) قوله: "لإسقاط الفرض" وروى عنه أن الثوب لا يطهر إلا بالصب أيضًا، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى. (نهاية)

(٣) أي طاهر.

(٤) قوله: "لعدم الأمرين" فإذا انغمس وحكمنا بطهارته استلزم ذلك الحكم كون الماء مستعملا، ولو حكمنا باستعماله لكان نجسا بأول الملاقاة، فلا تحصل له الطهارة، فكان الحكم بطهارته مستلزما للحكم بنجاسته، فقلنا: الرجل بحاله، والماء بحاله. (ف)

(٥) لزوال حدثه. (مج)

(٦) قوله: "بأول الملاقاة" فإن الماء يصير مستعملا، وإن لم يوجد النية؛ لأنها ليست بشرط عنده. (ع)

(٧) قوله: "نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل" يعني أن الرجل يطهر عن الجنابة، لكنه يتنجس عنده بالماء المستعمل. (د)

(٨) هذه هي الرواية الصحيحة. (ف)

(٩) قوله: "أوفق الروايات" بالفقه؛ لأن الأولى والثانية تقتضيان ثبوت حكم الاستعمال، كذا في "الحاشية الحميدية". (د)

(١٠) قوله: "وكل إهاب" يتناول كل جلد يحتمل الدباغة، لاما لا يحتمله، فلا يطهر جلد الحية والفأرة.

(١١) بكسر أول وباي موحده بمعنى پوست حيوان كه آں را دباغت نه كرده باشند يا پوست مطلق. (غث)

(١٢) قوله: "إلا جلد الخنزير والآدمي" قيل: قدم الخنزير؛ لأن الموضع موضع إهانة، وفي مثله التعظيم في التأخير، كما في قوله تعالى: ﴿لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد﴾، قلت: هذه النكتة إشارة إلى أن جلد

فقد طهر»* وهو بعمومه[٢] حجة على مالك[٣] في جلد الميتة، ولا يعارض بالنهى[٤] الوارد عن الانتفاع من الميتة، وهو قوله عليه

الآدمي لا يقبل الدباغة؛ إذ الإهانة إنما هي في عدم الطهارة بالدباغة، لكن ذكر في "التحفة" أن جلد الآدمي يطهر بالدباغة، غير أنه لا يجوز ابتذاله واستعماله لكرامته، وعن هذا قيل: إنه استثناء عن قوله: جازت، فالنكتة فيه أنه إنما قدم لفظ الخنزير تبعيدا لـــذكر الخنزير عن ذكر قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في التعليل. (د)

قوله: "إلا جلد الخنزيرو الآدمي" جلد الخنزير هل يقبل الدباغ أو لا، وكذلك جلد الآدمي اختلف فيه، فقال بعضهم: جلد الخنزير لا يقبل الدباغ؛ لأن فيه جلودا مترادفة بعضها فوق بعض، ذكره في "المحيط" و"البدائع"، وقيل: يقبل الدباغ، ولكن لا يجوز استعماله؛ لأنه نجس العين، لأنه رجس.

والهاء في قوله تعالى: ﴿فإنه رجس﴾ ينصرف إليه، دون لحمه؛ لقربه، فلذلك لا يجوز الانتفاع به، ولا بيعه، ولا جميع أنواع التملكات، ولا يضمن مثله للمسلم، وهو رواية عن أبي يوسف ذكره في "المحيط"، وهو مذهب الليث بن سعد وداود.

وأما جلد الآدمي فقد ذكر في "المحيط" و "البدائع": أن جلد الإنسان يطهر بالدباغ، ولكن يحرم سلخه ودبغه والانتفاع به احتراما له كشعره، و في أحد قولي الشافعي: الآدمي ينجس بالموت، ويطهر جلده بالدبغ في أحد الوجهين، وقيل: جلد الآدمي أيضاً لا يقبل الدباغ كجلد الخنزير،

إذا عرفت هذا، فقد توجه في الاستثناء وجهان: أحدهما: أن يكون من دبغ، ويكون المعنى: وكل إهاب يقبل الدباغ إذا دبغ فقد طهر إلا جلد الخنزير والآدمي، فإنه لا يطهر؛ لأنه لا يقبل الدباغ.

والوجه الثاني: أن يكون من قوله: طهر، والمعنى: كل إهاب يقبل الدباغ إذا دبغ فقد طهر إلا جلد الخنزير، فإنه لا يطهر، وإن كان يقبل الدباغ.

فإن قلت: هذا الوجه يقتضي أن يطهر جلد الآدمي؛ لأن تعليله بكرامته لا ينفي طهارته، قلت: على قول من يقول: لا يقبل الدباغ، لا يطهر، وعلى قول من يقول: إنه يقبل، يطهر، ولكن يحرم استعماله. (عيني)

(١٣) رواه الترمذي وصححه. (ف).

* أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عباس، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٤٧، ص٥٧ ، ونصب الراية ج١ ص١١٥ (نعيم).

(٢) لكونه نكرة موصوفة بصفة عامة. (عناية)

(٣) قوله: "على مالك [فإنه يقول: بأنه لا يطهر. عناية] إلخ" عند مالك لا يجوز الصلاة على جلد الميتة، ولا الانتفاع به وإن كان مدبوغا إلا في الجامد من الأشياء، وقال بعض الناس: إن كان جلد ما يؤكل لحمه يطهر بالدباغة؛ لحديث ميمونة، وهو ما روى أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم مر بشاة لميمونة رض، فقال: هلا انتفعتم بإهابها، فقيل: إنها ميتة، فقال: إنما حرم من الميتة أكلها، وإن كان جلد ما لا يؤكل لحمه لا يطهر بالدباغ؛ لقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾. (نهاية)

(٤) قوله: "بالنهي الوارد إلخ" قلت: رواه أصحاب السنن الأربع من حديث الحكم بن عيينة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عبد الله بن حكيم عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، أنه كتب إلى جهينة قبل موته بشهر: «أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب و لا عصب »انتهى. (ت)

السلام[١] : «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب»* ؛ لأنه اسم لغير المدبوغ[٢] ، وحجة على الشافعي رح في جلد[٣] الكلب[٤] ، وليس[٥] الكلب نجس العين ، ألا ترى أنه ينتفع[٦] به حراسة واصطيادا ، بخلاف[٧] الخنزير ؛ لأنه نجس[٨] العين ، إذ الهاء[٩] في قوله تعالى[١٠] : ﴿فَإِنَّهُ رِجْسٌ﴾ منصرف[١١]

---

(١) دليل مالك. (نهاية)

* أخرجه الأربعة وابن حبان وأحمد والطبراني من حديث عبد الله بن عكيم، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٤٨، ص٥٨ ، ونصب الراية ج١ ص١٢٠ (نعيم).

(٢) قوله: "لغير المدبوغ [دباغت بالكسر بالفارسية: پيراستن پوست وپاک کردن. غث"] كذا قال الأصمعي: ويدل عليه ما روى عن عائشة أنها كانت تخطب وتمدح أباها، فقالت: يرحم الله أبا بكر قرر الرؤوس على كواهلها، والدماء في أهبها، كذا في "مبسوط شيخ الإسلام". (نهاية)

(٣) قوله: "في جلد الكلب" ونحوه ما حرم أكله؛ لما روى أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم دعى إلى دار قوم فأجاب، ودعى إلى دار قوم فلم يجب، فقيل له: في ذلك، فقال: إن في دار فلان كلبا، فقيل له: وفي دار فلان هرة، فقال: إنها ليست نجسة، فدل هذا على أن الكلب نجس. (د)

(٤) قوله: "الكلب ليس في التخصيص بالكلب زيادة فائدة. (نهاية)

(٥) قوله: "وليس إلخ" [جواب عن قياس الشافعي الكلب على الخنزير، وإن لم يذكر في الكتاب. ع] اختلفت في هذه المسألة الروايات، فمنهم من ذهب إلى كونه نجس العين، قال شمس الأئمة السرخسي: المذهب عندنا عين الكلب نجس، وإليه يشير محمد في الكتاب في قوله: وليس الميت أنجس من الكلب والخنزير، قيل: والأصح أنه ليس بنجس العين. (عناية)

(٦) قوله: "ينتفع به إلخ" يشكل بالسرقين فإنه ينتفع به بالإيقاد، أجيب بأن هذا انتفاع بالاستهلاك، وهو جائز في نجس العين، كإراقة الخمر، وفيه نظر؛ لأن الانتفاع به لو كان كالاقتران بالخمر للإراقة، لما كان دليلا على جواز بيعه، وقد استدل المصنف على جواز بيعه بذلك سابقا، والظاهر أن يقال: القياس أن لا يصح الانتفاع بالسرقين إلا أنا جوزناه بالإجماع. (د)

(٧) قوله: "بخلاف الخنزير" متصل بقوله: إلا جلد الخنزير. (عناية)

(٨) قوله: "لأنه نجس العين إلخ" وقال بعض من يعد من المشايخ: إنما لا يطهر جلد الخنزير؛ لأن دباغته غير متصور؛ لعدم تصور انفكاك شعره وجلده من لحمه، كذا في "النهاية".

أقول: وفيه أن هذا الدليل يقتضي أن لا يطهر جلد الإنسان أيضًا بالدباغة؛ لأن جلده لا يتصور منفكا من لحمه مع أنه قد نقل ملا إله داد رح من "التحفة": أنه يطهر لو دبغ، فتفكر. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٩) قوله: "إذا الهاء إلخ" فيه بحث إذا الترجيح بالقرب إنما يصح إذا دار الضمير بين أن يكون للحم، أو للخنزير، وإنما يدور ههنا إذا تعين لحم الخنزير مرجعا له، وليس كذلك، بل مرجعه جميع ذلك من المحرمات؛ لأن الظاهر أنه خرج مخرج التعليل للاستثناء المذكور أي إلا أن يكون ميتة، أو دما مسفوحا، أو لحم خنزير؛ لما أنه

إليه لقربه، وحرمةُ[1] الانتفاع بأجزاء الآدمي لكرامته، فخرجا[2] عما رويناه. ثم[3] ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ[4] وإن كان[5] تشميسا أو تتريبا؛ لأن المقصود[6] يحصل به، فلا معنى لاشتراط[7] غيره[8]. ثم ما يطهر جلده بالدباغ يطهر[9] بالذكاة[10]؛ لأنه[11] يعمل عمل الدباغ[12] في

رجس، فينصرف إلى الكل، على أن الخنزير وإن كان قريبًا لكن اللحم مقصود بالذكر، وعود الضمير إلى المقصود أحق. (إله داد)

(١٠) قال الله تعالى: ﴿قل لا أجد في ما أوحي إليّ محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أوفسقا أهل لغير الله به﴾ الآية.

(١١) قوله: "منصرف إليه" فإن الضمير يجوز أن يرجع إلى كل من المضاف والمضاف إليه، ورجوعه إلى المضاف إليه فيما نحن فيه أولى؛ لكونه أشمل للأجزاء وأحوط. (عناية)

(١) متصل بقوله: الآدمي.

(٢) قوله: "فخرجا" من الخروج اللازم بصيغة المعلوم، كما هو الظاهر، فما قال مولانا إله داد: على صيغة المجهول انتهى: ليس بصحيح، اللهم إلا أن يجعل من باب التفعيل، عما رويناه، أى رويت سابقا فى هذا الكتاب، وهو قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أيما إهاب دبغ فقد طهر» الدال على شمول جلد الخنزير والآدمى بعمومه على ما هو دأب المصنف فى هذا الكتاب من أنه إذا قال: روينا يريد به الحديث الذى ذكره سابقا، ومولانا إله داد قال: أى، خرج عن ما روينا من الأحاديث الدالة على جواز الانتفاع بجلود الميتة إذا دبغت مطلقًا منها إلخ، فكأنه فهم معنى قوله: ما روينا ما رواه معاصرنا، والله أعلم. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٣) قوله: "ثم ما يمنع إلخ" لما تبين بقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أيما إهاب دبغ فقد طهر» أن الدباغ يوجب الطهارة، بقى الكلام فى معنى الطهارة والدباغة، فقال: ثم إلخ. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٤) قوله: "فهو دباغ" قال محمد فى "الآثار": حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: كل شيء يمنع الجلد من الفساد، فهو دباغ. (عناية)

(٥) قوله: "وإن كان إلخ" الدباغة أعم من أن تكون حقيقية كالقرظ ونحوه، أو حكمية كالتتريب والتشميس والإلقاء في الريح، فإن كانت بالأولى لا يعود نجسا أبدًا، وإن كانت بالثانية، ثم أصابه الماء، ففيه روايتان عن الإمام، والأظهر أنه يعود قياسا، وعندهما لا يعود استحسانا، وهو الصحيح. (مجمع الأنهر)

(٦) وهو منع الفساد بإزالة الرطوبات النجسة. (ع)

(٧) قوله: "لاشتراط غيره" كاستعمال القرظ ونحوه على ما اشترطه الشافعي. (ملا إله داد)

(٨) كالقرظ وهو ورق شجر يدبغ به، والشث بالشين المعجمة والثاء المثلثة نبت طيب الرائحة.

(٩) قوله: "يطهر" إنما يطهر الجلد بالذكاة إذا كانت فى المحل من الأهل، فذكاة المجوسى لا تطهر. (فتح القدير)

إزالة الرطوبات النجسة، وكذالك يطهر لحمه، وهو[1] الصحيح، وإن لم يكن مأكولا. وشعر[2] الميتة وعظمها طاهر[3]، وقال[4] الشافعی رح: نجس؛ لأنه[5] من أجزاء الميتة[6]. ولنا: أنه لا حياة فيهما؛ ولهذا لا يتألم بقطعهما، فلا يحلهما الموت، إذ الموت زوال[7] الحياة، وشعر الإنسان وعظمه طاهر.

وقال الشافعی رح: نجس؛ لأنه لا ينتفع[8] به، ولا يجوز بيعه، ولنا أن عدم الانتفاع والبيع لكرامته، فلا يدل على نجاسته.

---

(١٠) قوله: "بالذكاة" بالذال المعجمة الذبح وبالزاء المعجمة التطهير. (حاشية ملا إله داد رح)

(١١) ذكر الضمير لأن الذكاة بمعنى الذبح. (عناية)

(١٢) قوله: "عمل الدباغ" الخ: إن قيل: الجلد يكون متصلا باللحم واللحم نجس ولا يطهر بالذكاة، فكيف يكون الجلد طاهرا؟

قلنا: من مشايخنا من قال: اللحم طاهر وإن لم يحل الأكل. ومنهم من يقول: إنه نجس، وهو الصحيح عندنا؛ لما مر أن الحرمة لا لكرامة تدل على النجاسة، ولكنا نقول بين اللحم والجلد جلد دقيق، يمتنع به مماسة اللحم مع الجلد، فلا ينجس. (نهاية).

(١) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما قال كثير من المشايخ أنه يطهر جلده لالحمه، وهو الأصح. كما اختاره الشارحون كصاحب العناية،والنهاية، وغيرها؛ لأن سوره نجس، ونجاسة السور لنجاسة اللحم.

(٢) قوله: "شعر الميتة" غير الخنزير إذ هو بجميع أجزاءه نجس العين خلافا لمحمد فی شعره. (مجمع الأنهر)

(٣) قوله: "طاهر" ذكر هذه المسألة ههنا باعتبار أنه إذا وقع شيء منها فی الماء، هل يجوز الوضوء به، أو لا؟ (ع)

(٤) قوله: "وقال الشافعی إلخ" ذكر فی "المبسوط": هذا الاختلاف مبنی على أن لا حياة للشعر والعظم عندنا، وقال الشافعی رح: فيهما حياة، وقال مالك: فی العظم حياة دون الشعر. (نهاية)

(٥) قوله: "لأنه من أجزاء الميتة" قلنا:لانسلم أن كل جزء من أجزاء الميتة نجس، بل النجس منه ما كان فيه حياة. (نهاية)

(٦) وهی نجسة.

(٧) قوله: "زوال الحياة" قال شيخی رح: هذا تعريف بلازم الشیء، بل الموت أمر حسی يلزم منه زوال الحياة. (نهاية)

(٨) مع إمكان الانتفاع به. (عناية)

فصل[١] فى البئر

وإذا وقعت فى البئر نجاسة نزحت[٢]، وكان نزح ما فيها من الماء طهارة[٣] لها بإجماع السلف[٤]، ومسائل[٥] البئر مبنية على اتباع الآثار دون القياس.

فإن وقعت فيها بعرة[٦] أو بعرتان من بعر الإبل أو الغنم لم تفسد الماء استحسانا، والقياس أن تفسده لوقوع النجاسة فى الماء القليل.

وجه[٧] الاستحسان: أن[٨] آبار الفلوات[٩] ليست لها رؤوس

(١) قوله: "فصل فى البئر" لما ذكر حكم الماء القليل بأنه يتنجس عند وقوع كل نجاسة، حتى يراق كله، ورد عليه ماء البئر نقضا فى أنه لا ينزح كله فى بعض الصور، فذكر ماء البئر فى فصل على حدة بيانا لوجه المخالفة. (عناية)

(٢) قوله: "نزحت [ما لم تكن عشرا فى عشر. مج]" إسناد مجازى أى نزح ماءها، والأولى أن يسند إلى النجاسة. (فتح القدير)

(٣) قوله: "طهارة لها" إشارة إلى أنه إنما تطهر بمجرد النزح من غير توقف على غسل الأحجار وغيره. (نهاية)

(٤) الصحابة ومن بعدهم. (ع)

(٥) قوله: "مسائل البئر إلخ" ماء البئر مخصوص بأحكام يخالف فيها حكم الماء القليل، فإن حكمه يتفاوت بتفاوت الماء اتباعا للآثار، ومن هذا قالوا: مسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار، وإلا ففيه قياسان: إذا وقعت فيه نجاسة أن لا ينتفع به أبداً؛ لاختلاط النجاسة بالأوحال والجدران، كما قاله بشر.

وإما أن لا ينجس أبداً كالماء الجارى؛ لأنه كلما يؤخذ من أعلاه ينبع من أسفله، فصار كحوض الحمام إذا كان يصيب من جانب، ويؤخذ من جانب حتى لا يتنجس، كما نقل عن محمد رحمه الله تعالى. (نهاية)

(٦) قوله: "بعرة [بالفتح سرگين شتر وغيره. غث] أو بعرتان" كنى به عن القلة ولم يرد به التخصيص بالبعرتين، وأن ما زاد عليه مفسد حتى يخالف ما سيجيء من تفسير الكثير. (ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٧) وجه الاستحسان إلخ" لا فرق على هذا الوجه بين الرطب واليابس، والصحيح والمنكسر، وروث الفرس والحمار، وروث البقر والجاموس، وبعر الإبل والغنم لشمولها الضرورة. (نهاية)

(٨) قوله: "أن آبار إلخ" هذا يقتضى الفرق بين آبار الفلوات والأمصار، فلذا اختلف المشايخ فيها، فبعض المشايخ على أنها يتنجس بالبعر لعدم الاستحسان المذكور فيه، وبعضهم لا ينجسها اعتبارا لوجه آخر من الاستحسان، وهو أن البعر صلب، وما عليه من رطوبة الأمعاء، فلا ينتشر من سقوطه فى الماء نجاسة، وعلى هذا ينبغى أن يتنجس بالمنكسر. (ف)

(٩) جمع الفلاة بالفتح بمعنى بيابان، كذا فى "الغياث".

حاجزة[١]، والمواشى[٢] تبعر حولها، فتلقيها الريح فيها، فجعل القليل عفوا للضرورة، ولا ضرورة فى الكثير، وهو ما يستكثره الناظر إليه فى المروى عن أبى حنيفةرح، وعليه[٣] الاعتماد، ولا[٤] فرق بين الرطب واليابس، والصحيح والمنكسر، والروث[٥] والخثى[٦] والبعر؛ لأن الضرورة تشمل الكل. وفى شاة تبعر فى المَحلَب[٧] بعرة أو بعرتين قالوا: ترمى[٨] البعرة ويشرب اللبن لمكان[٩] الضرورة، ولا يعفى القليل فى الإناء على ما قيل لعدم الضرورة، وعن أبى حنيفةرح أنه كالبئر[١٠] فى حق البعرة والبعرتين. فإن وقع فيها خرء[١١] الحمام أو العصفور[١٢] لا يفسده، خلافا للشافعىرح[١٣]، له أنه استحال[١٤] إلى نتن وفساد، فأشبه خرء[١٥]

---

(١) مانعة.

(٢) جمع ماشية.

(٣) قوله: "وعليه الاعتماد" احترازعما قيل: إن الكثير أن يأخذ ثلث الماء، وقيل: أن يأخذ ربع وجهه، وقيل: أكثره، وقيل: كله، فيحتمل كله، وقيل: أن لا يخلودلو عن بعرة. (ف)

(٤) قوله: "ولا فرق إلخ" وذكر الحاكم الشهيد فى "كتاب الإشارة" فقال: إن كان رطبا يتنجس، وإن كان يابسا لا يتنجس. (ن)

(٥) للفرس. (ف)

(٦) بكسر الخاء المعجمة للبقر. (ف)

(٧) أى الظرف الذى يحلب فيه اللبن.

(٨) قالوا: "يرمى إلخ" معناه لا يتنجس إذا رميت قبل أن يتغير لونه. (ع)

(٩) قوله: "لمكان الضرورة" لأن من عادتها أنها تبعر عند الحلب. (عناية)

(١٠) فى عدم تنجسه. (عناية)

(١١) طاهر عندنا خرءه.

(١٢) بمعنى كنجشك. (غث)

(١٣) والقياس ما قاله. (نهاية)

(١٤) قوله: "استحال إلخ" فإن ما يحيله الطبع من الغذاء على نوعين: نوع يحيله إلى نتن وفساد كالبول والغائط، وهو نجس، ونوع يحيله إلى صلاح كالبيض واللبن والعسل، وهذا من النوع الأول. (عناية)

(١٥) وهو نجس بالاتفاق. (ع)

الدجاجة، ولنا إجماع[١] المسلمين على اقتناء الحمامات فى المساجد[٢] مع ورود[٣] الأمر بتطهيرها*، واستحالته[٤] لا إلى نتن[٥] رائحة[٦] فأشبه الحمأة[٧]. فإن بالت فيها[٨] شاة[٩] نزح[١٠] الماء كله عند أبى حنيفة رح وأبى يوسف، وقال محمد رح: لا ينزح إلا إذا غلب[١١] على الماء[١٢]، فيخرج من أن يكون طهورا. وأصله أن بول ما يؤكل لحمه طاهر[١٣] عنده، نجس[١٤]

---

(١) قوله: "إجماع المسلمين" مع ورود الأمر بتطهير المساجد؛ لقوله تعالى: ﴿أن طهّرا بيتى﴾، وقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «جنبوا مساجدكم صبيانكم»، وفى ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسته، وأصله من حديث، أبى أمامة الباهلى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم شكر الحمامة، فقال: «إنها أوكرت على باب الغار حتى سلمت فجازاه الله تعالى بأن جعل المساجد مأواها». (عناية)

(٢) حتى المسجد الحرام. (نهاية)

(٣) رواه أبو داود. (ف)

* أخرجه الأربعة من حديث عائشة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٤٩، ص٥٩، ونصب الراية ج١ ص١٢٢ (نعيم).

(٤) قوله: "واستحالته" [جواب عن دليل الشافعي (ع)] قلت: كأن الشافعي اعتبر نفس النتن، ونحن نعتبر التفاحش منه، ونفس النتن موجود فى خرء الحمام، والفاحش منه فائت، فقال الشافعي رحمه الله بنجاسته، وقلنا بعدم نجاسته وبهذا يسقط مايقال: إنه إن استحال إلى نتن فلا وجه لنفيه، وإلا فلاوجه لإثباته، وهل هذا إلا تكذيب بلا دليل من كل واحد للآخر. (د)

(٥) بالفتح بوئے بد از كشف. (غث)

(٦) قوله: "رائحة" قول الشافعي: إنه استحال إلى نتن وفساد يشكل بالمنى على مذهبه. (ن)

(٧) بالفتح گل سياه. (غث)

(٨) أى البئر. (ع)

(٩) بل ما يؤكل لحمه.

(١٠) بالفتح آب چاه كشيدن. (م)

(١١) البول.

(١٢) ماء البئر.

(١٣) قوله: "طاهر عنده" حتى لو وقع فى الماء القليل لا يوجب نجاسته، ويجوز التوضئ به إلا أن يكون البول غالبًا، فحينئذ لا يجوز التوضئ، كما لو وقع فيه لبن غالب على الماء. (نهاية)

(١٤) قوله: "نجس عندهما" وإن وقعت قطرة منه فى الماء القليل يتنجس؛ لأن القطرة فى الماء يكون كثيرا، وإذا أصاب الثوب وكان كثيرا فاحشا، لا تجوز الصلاة معه، وعند محمد يجوز. (نهاية)

عندهما. له أن النبى[(١)] عليه السلام أمر[(٢)] العرنيين[(٣)] بشرب[(٤)] أبوال الإبل وألبانها*. ولهما[(٥)] قوله[(٦)] عليه السلام: «استنزهوا عن البول فإن[(٧)] عامة عذاب القبر منه»** من[(٨)] غير فصل[(٩)]. ولأنه يستحيل[(١٠)] إلى نتن وفساد، فصار كبول[(١١)] ما لا يؤكل لحمه، وتأويل ما

---

(١) رواه البخارى ومسلم فى باب الصلاة. ورواه ابن ماجة وأبو داود فى كتاب الحدود والترمذى فى باب الطهارة، والنسائى فى تحريم الدم. (ت)

(٢)قوله: "أمر إلخ" قلت: رواه الأئمة الستة فى كتبهم من حديث أنس أن أناسا من عرينة اجتووا المدينة فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يأتوا إبل الصدقة، فيشربوا من ألبانها وأبوالها، فقتلوا الراعى واستاقوا الدواب، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فأتى بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم، وتركهم بالحرة يعضون الحجارة. انتهى. (زيلعى)

(٣) قوله: "العرنيين" عرنة وادٍ بحذاء عرفات، وبتصغيرها سميت عرينة، وهى قبيلة ينسب إليها العرنيون، وإنما سقطت ياء التصغير عن النسبة إليها، حيث لم يقل: العرينيين؛ لما أن الياء فى فعيلة وفعلة يسقط عند النسبة قياسا مطردا. (نهاية)

(٤) قوله: "بشرب أبوال الإبل وألبانها" وجه الاستدلال أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أمرهم بشرب أبوال الإبل، ولو كان نجسا لما أمر بذلك؛ لكونه حراما، وقد قال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم. (ع)

* متفق عليه من حديث أنس، انظرالدراية ج١رقم الحديث٥٠، ص٥٩ ، ونصب الراية ج١ ص١٢٣(نعيم).

(٥)قوله: "لهما إلخ" على أن التاريخ ههنا مجهول، فيحمل على أنهما وردا معا، فيحملان على المعارضة دون التخصيص، إذ الخصص لابد، وأن يكون متأخرا، وإذا تعارضتا رجحنا المحرم. (نهاية)

(٦) رواه الحاكم. (ف)

(٧) قوله: "فإن عامة إلخ" وجه مناسبة عذاب القبر مع ترك استنزاه البول هو أن القبر أول منزل من منازل الآخرة، والطهارة أول منزل من منازل الصلاة. (نهاية)

** أخرجه الدارقطني من حديث أنس، انظرالدراية ج١رقم الحديث٥١، ص٥٩ ، ونصب الراية ج١ ص١٢٨(نعيم).

(٨) قوله "من غير فصل" ولما ابتلى سعد بن معاذ ضغطة القبر سئل رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن سببه، فقال: إنه كان لا يستنزه من البول، ولم يرد به بول نفسه، فإن من لا يستنزه منه لا يجوز صلاته، فإنما أراد أبوال الإبل عند معالجتها. (نهاية)

(٩) بين بول ما يؤكل لحمه، وما لا يؤكل. (نهاية)

(١٠) تقدم بيانه. (عناية)

(١١) فى النجاسة.

روى أنه عرف شفاءهم(١) وحيًا، ثم عند أبى حنيفة رح لا يحل شربه للتداوى؛ لأنه لا يتيقن بالشفاء فيه، فلا يعرض عن الحرمة، وعند أبى يوسف رح يحل(٢) للتداوى(٣) للقصة(٤)، وعند محمد رح يحل للتداوى(٥) وغيره لطهارته عنده.

وإن(٦) ماتت فيها فأرة(٧)، أو عصفورة، أو سودانية(٨)، أو صعوة(٩)، أو سام أبرص(١٠)، نزح(١١) منها عشرون(١٢) دلوا إلى ثلاثين(١٣) بحسب كبر الدلو وصغرها، يعنى بعد(١٤) إخراج الفأرة؛ لحديث(١٥) أنس رض

(١) قوله: "شفاءهم [ولا يوجد مثله فى زماننا. ع] إلخ" ولأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم علم موتهم مرتدين وحيا، ولا يبعد أن يكون شفاء الكافر فى نجس، كذا فى "الكافى". (د)

(٢) قوله: "يحل" قلت: كأنه أراد بقوله: يحل، أنه يعامل به معاملة الحلال، أعم من أن يكون حلالا كالميتة عند المخمصة، أو مرخصا فيه كأكل مال الغير عند خوف الهلاك. (د)

(٣) وجوابه ما مر. (د)

(٤) أى قصة العرنيين. (إله داد)

(٥) وجوابه ما مر.

(٦) قوله: "وإن ماتت إلخ" حاصل هذه المسائل أن الحيوان الواقع فى البئر لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن تكون فأرة أو نحوها، أو دجاجة ونحوها، أو شاة ونحوها، ولا يخلو إما أن يخرج حيا أو ميتا، وبعد الموت إما أن يكون منتفخا أو لا. (نهاية)

(٧) قوله: "فأرة [بالفارسية: موش. غث] إلخ" أما إذا استخرج حيا فى الفصول كلها لا يوجب التنجس إلا الكلب عند البعض والخنزير. (ن)

(٨) قوله: "أو سودانية [بهندى آنرا بهجنگاه گويند] إلخ" قال المطرزى: الصعو صغار العصافير واحده صعوة، والسودانية طويرة طويلة الذنب تأكل العنب والجراد، وسام أبرص الكبير من الوزغ. (ع)

(٩) وبهندى ممولا.

(١٠) بالفارسية: كرفش نوعے از چلپاسه. (ب)

(١١) قوله: "نزح منها إلخ" وفى "الجوهرة" الفأرة إذا وقعت هاربة من الهرة تنزح كله؛ لأنها تبول، وكذا إذا كانت مجروحة، أو متنجسة، أو غير ذلك. (مج)

(١٢) وجوبًا. (مج)

(١٣) استحسانًا. (مج)

(١٤) قوله: "بعد إخراج الفأرة" يعنى أن النزح إنما يكون معتبرا إذا كان بعد إخراج الفأرة؛ لأن سبب نجاسة البئر حصول الفأرة الميتة فيها، فلا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب. (ع)

أنه قال فى الفأرة إذا ماتت فى البئر وأخرجت من ساعته: "ينزح[١] منها عشرون دلوا"، والعصفورة ونحوها[٢] تعادل الفأرة فى الجثة، فأخذت حكمها، والعشرون بطريق[٣] الإيجاب، والثلاثون بطريق الاستحباب،

فإن ماتت فيها حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور[٤] نزح منها ما بين أربعين دلوا إلى ستين. وفى "الجامع الصغير": أربعون أو خمسون، وهو[٥] الأظهر؛ لما روى عن أبى سعيد الخدرى رض أنه قال فى الدجاجة إذا ماتت فى البئر: "ينزح[٦] منها أربعون دلوا"، هذا لبيان الإيجاب، والخمسون بطريق الاستحباب، ثم المعتبر[٧] فى كل بئر دلوها[٨] الذى يستقى به منها، وقيل: دلو يسع فيه صاع، ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول[٩] المقصود.

وإن ماتت[١٠] فيها شاة، أو آدمى[١١]، أو كلب[١٢]، نزح جميع ما فيها

(١٥) قوله: "لحديث أنس إلخ" ما ذكر من حديث أنس وأبى سعيد الخدرى ذكره مشايخنا غير أنه أخفاه عنا قصور نظرنا، وقال الشيخ علاء الدين: إن الطحاوى رواهما، فيمكن كونهما فى غير "شرح الآثار". (فتح القدير)

(١) قوله: "ينزح منها عشرون دلوا" لو نزح منها عشرون وهو يقطر فيها لم يضرها، وذلك لأن النزح على وجه لا يقطر شيء منه فيها متعذر. (نهاية)

(٢) من الصعوة وغيرها.

(٣) قوله: "بطريق الإيجاب" لحديث أنس رضى الله عنه، والثلاثون بطريق الاستحباب؛ لحديث ابن عباس أنه قال فى فأرة تموت فى البئر: ينزح منها ثلاثون دلوا، فحملنا أثر أنس على الوجوب، وأثر ابن عباس على الاستحباب توفيقا. (إله داد)

(٤) بالفارسية: گربه.

(٥) قوله: "وهو الأظهر" قيل: الجامع الصغير آخر التصنيفات، فيكون القول فيه هو الرجوع إليه. (ع)

(٦) مع إخراج ما وقع.

(٧) تفسير للدلو. (ع)

(٨) قوله: "دلوها إلخ" وقيل: دلو يسع فيه صاع، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رح. (عناية)

(٩) قوله: "لحصول المقصود" وهو نزح المقدار الذى قدره الشرع. (ع)

(١٠) قوله: "وإن ماتت فيها شاة إلخ" أما فى غير الكلب والخنزير إذا استخرج حيالا ينزح شيء من الماء،

من الماء؛ لأن ابن عباس رضى الله عنه[١] وابن الزبير رضى الله عنه رض[٢] أفتيا بنزح الماء كله حين مات زنجى فى بئر زمزم.

فإن انتفخ الحيوان فيها، أو تفسّخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان أو كبر؛ لانتشار البلة فى أجزاء الماء. وإن كانت البئر معينة[٣] بحيث[٤] لا يمكن نزحها أخرجوا مقدار[٥] ما كان فيها من الماء، وطريق معرفته أن تحفر حفرة[٦] مثل موضع الماء من البئر، ويصب فيها ما ينزح منها إلى أن تمتلئ، أو ترسل[٧] فيها قصبة[٨]، وتجعل لمبلغ الماء علامة، ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء[٩]، ثم تعاد القصبة فتنظر كم انتقص، فينزح[١٠] لكل قدر منها عشر

وهذا إذا لم يصب الماء فمه، أما إذا أصابه فإن كان سؤره طاهرا فالماء طاهر، وإن كان سؤره نجسا فالماء نجس، وإن كان مكروها، فالماء مكروه، ويستحب أن ينزح منها عشر دلاء، وإن كان مشكوكا ينزح ماء البئر كله، كذا فى "شرح الطحاوى". (نهاية)

(١١) قوله: "أو آدمى" الظاهر أنه عطف على شاة، فيلزم تأنيث الفعل مع تذكير فاعله، فالأولى أن يجعل معطوفا على ماتت بحذف مات. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(١٢) قوله: "أو كلب" موت الكلب ليس بشرط، حتى لو انغمس وأخرج حيا ينزح جميع الماء، وكذا كل شيء سؤره نجس، أو مشكوك، وإن كان مكروها، فيستحب نزحه فى رواية، والشاة إذا أخرجت حية إن كانت هاربة من السبع نزح كله خلافا لمحمد، والآدمى إذا أخرج حيا إن كان محدثا نزح أربعون، وإن كان جنبا نزح كله، ولو وقع إنسان ميت قبل الغسل ينجس، وإن وقع بعد الغسل لا، إلا أن يكون كافرا أو جنبا. (مجمع)

(١) رواه الدارقطنى. (ف)

(٢) رواه الطحاوى. (ف)

(٣) قوله: "معينة" من معنت الأرض أى رويت، وماء معين أى جار. (عناية)

(٤) صفته. (ع)

(٥) قوله: "مقدار ما كان فيه" فيه إشارة إلى أن الاعتبار للماء الذى كان فى وقت وقوع النجاسة. (ع)

(٦) حفر بالفتح زمين كندن از "منتخب". (غث)

(٧) طريق آخر.

(٨) بفتحات بمعنى نے، وهرچه مانند نى باشد. سكون صاد خطا ست. (غث)

(٩) جمع دلو.

(١٠) قوله: "فينزح إلخ" حتى إذا كان طول الماء عشر قبضات فانتقص بعشر دلاء قبضة واحدة يعلم أن كل الماء مائة دلو، فينزح تسعون دلوا أخرى. (عناية)

دلاء، وهذان عن أبى يوسف رح. وعن محمد رح[1] نزح مائتا دلو إلى ثلاث مائة، فكأنه بنى قوله على[2] ماشاهد فى بلده[3]. وعن أبى حنيفة رح فى "الجامع الصغير" فى مثله[4]: ينزح حتى يغلبهم[5] الماء، ولم يقدر الغلبة بشىء كما[6] هو دأبه، وقيل: يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة فى أمر الماء، وهذا[7] أشبه بالفقه.

وإن وجدوا فى البئر فأرة أو غيرها، ولا يدرى متى وقعت، ولم ينتفخ أعادوا صلاة يوم وليلة إذا كانوا توضأوا منها، وغسلوا كل شىء أصابه ماءها، وإن كانت قد انتفخت أو تفسخت أعادوا صلاة ثلاثة أيام ولياليها، وهذا[8] عند أبى حنيفة رح. وقالا[9]: ليس عليهم إعادة شىء حتى يتحققوا[10] أنها متى وقعت؛ لأن[11] اليقين لا يزول بالشك، وصار

---

(١) قوله: "وعن محمد [فى "النّوادر". نهاية] إلخ" والمروى عن أبى حنيفة رح إذا نزح منها مائة يكتفى، وهو بناء على آبار الكوفة لقلة الماء فيها. (نهاية)

(٢) قوله: "على ماشاهد إلخ" من غالب مياه آبار بغداد؛ لأن آبار بغداد لا تزيد على ثلاث مائة دلو. (ع)

(٣) بغداد. (ع)، كذا فى "المبسوط". (ن)

(٤) أى البئر المعين النجس.

(٥) أى أخرجوا الماء حتى لا يطيقوا أزيد منها.

(٦) قوله: "كما هو دأبه" فإن عادته أن يفوض مثل هذا إلى رأى المبتلى به، كما تقدم من قوله: هو ما يستكثره الناظر. (عناية)

(٧) قوله: "وهذا أشبه بالفقه" أى بالمعنى المستنبط من الكتاب والسنة؛ لأن الله تعالى اعتبر قول رجلين عدلين فى تقويم الصيد، كما قال: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل﴾، وكذلك فى الشهادة، قال الله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾، وإنما اشترطت البصارة لهما فى الماء؛ لأن الأحكام إنما تستفاد ممن له علم بها، أصله قوله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾. (ملا إله داد)

(٨) أى المذكور من الإعادة بالفرق المذكور.

(٩) قوله: "وقالا [وهو القياس. نهاية] إلخ" وكان أبو يوسف يقول بقول أبى حنيفة رح، حتى رأى طائرا فى منقاره فأرة ميتة، فألقاها فى البئر، فرجع إلى هذا القول. (نهاية)

(١٠) تحقق درست دانستن. (نهاية)

(١١) قوله: "لأن اليقين إلخ" بيانه أن الماء كان طاهرا بيقين، ووقع الشك فى نجاسته فى ما مضى، واليقين لا يزول بالشك، فلا يحكم بالنجاسة إلا زمان التيقن بوقوع النجاسة؛ لأن التيقّن لا يزول إلا بيقين

كمن[١] رأى فى ثوبه النجسة، ولا يدرى متى أصابته.

ولأبى حنيفة رح أن للموت[٢] سببًا ظاهرًا، وهو الوقوع فى الماء، فيحال[٣] به عليه[٤]، إلا أن الانتفاخ دليل التّقادم، فيقدر[٥] بالثلاث، وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد، فقدرناه بيوم وليلة؛ لأن[٦] ما دون ذلك ساعات لا يمكن[٧] ضبطها. وأما مسألة النجاسة[٨] فقد قال المعلى: هى على الخلاف، فيقدر بالثلاث فى البالى[٩]، وبيوم وليلة فى الطرى[١٠]، ولو سلم فالثوب بمرأى[١١] عينه؛ والبئر غائبة عن بصره،

مثله. (عناية)

(١) قوله: "كمن رأى إلخ" حيث لا يلزمه إعادة شيء من الصلوات. (نهاية)

(٢) قوله: "إن للموت إلخ" يعنى أن الإحـ على السبب الظاهر واجب عند خفاء المسبب، والكون فى الماء قد تحقق، وهو سبب ظاهر للموت، والموت فيه فى نفس الأمر قد خفى، فيجب اعتبار أنه مات فيه إحالة على السبب الظاهر عند خفاء المسبب. (ف)

(٣) قوله: "فيحال [أى الموت] عليه" يشكل بالصيد إذا جرح وغاب، وقد تقاعد الطالب عن طلبه، ثم وجده ميتا لا يؤكل؛ لأن احتمال الموت بسبب آخر قائم، فاعتبر ههنا احتمال سبب آخر مع وجود سبب ظاهر، وهو الجرح، وههنا لم يعتبر احتمال سبب آخر، وأحال الموت على لسبب الظاهر، وجوابه أن ما شرع مع المنافى، فالموهوم فيه كالمتحقق كما فى مسألة الصيد بخلاف مسألة البئر. (د)

(٤) قوله: "عليه [أى الوقوع. د]" كمن جرح إنسانا، فلم يزل المجروح صاحب فراش، حتى مات يحال موته على تلك الجراحة. (نهاية)

(٥) قوله: "فيقدر بالثلاث" قلت: قدر مدة الانتفاخ ههنا بثلاثة أيام، وقال فى الميت الذى دفن بلا صلاة: إنه يصلى عليه قبل أن ينتفخ، والمعتبر فى ذلك أكبر رأى المبتلى هو الصحيح؛ لاختلاف الحال بالزمان والمكان، فلم يقدر الانتفاخ ههنا بالثلث. (د)

(٦) قوله: "لأن ما دون ذلك ساعات" وأما اليوم والليلة فلساعاته حكم ساعة واحدة. (د)

(٧) لما فيه من الترجيح بلا مرجح.

(٨) جواب عن قياسهما على مسألة الثوب.

(٩) قوله "فى البالى" هو أخص من اليابس؛ لأنه عبارة عن اليابس الذى تقادم عهده، وقدم العهد لا يتحقق إلا بمضى مدة طويلة، فيقدر بالثلاث، فلا يرد ما قيل: إن يبس النجاسة حاصل فى أقل من يوم وليلة، فكيف يستدل به على أن مدة إصابتها ثلاثة أيام. (د)

(١٠) أى الجديد. (د)

(١١) فى كل الأوقات.

فيفترقان[١].

فصل[٢] فى الآسار[٣] وغيرها

وعرق[٤] كل شيء معتبر[٥] بسؤره[٦]؛ لأنهما[٧] يتولدان من لحمه، فأخذ أحدهما حكم صاحبه.

وسؤر[٨] الآدمى وما يؤكل لحمه طاهر[٩]؛ لأن المختلط به اللعاب، وقد تولد من لحم طاهر، ويدخل فى هذا الجواب الجنب[١٠]، والحائض[١١]،

---

(١) فالقياس مع الفارق.

(٢) قوله: "فصل فى الآسار" لما فرغ عن بيان فساد الماء، وعدمه باعتبار وقوع نفس الحيوانات فيه ذكرهما باعتبار ما يتولد منها وهو السؤر. (عناية)

(٣) قوله: "فى الآسار [جمع سؤر]" وهى أربعة عندنا: طاهر كسؤر الآدمى، ومكروه كسؤر الهرة، ونجس كسؤر الخنزير، وسباع البهائم، ومشكوك فيه كسؤر البغل والحمار. (عناية)

(٤) قوله: "وعرق كل شيء إلخ" الأنسب عكس ذلك؛ لأن الفصل معقود للسؤر، لكن لما كان المقصود بيان حكم المخالط له من المائعات، وذلك فى اللعاب؛ إذ هو الذى تكثر مخالطته لها، بخلاف العرق، قال ذلك: ليقع ذكر السؤر أخيرا، فيتصل به تفصيل ما خالطه. (ف)

(٥) قوله: "معتبر بسؤره" هذا جواب القياس، ولكنهم استحسنوا فى عرق الحمار، فجعلوه طاهرا؛ لأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم ركبه كثيرا. (د)

(٦) أى لعابه. (إله داد)

(٧) اى العرق واللعاب المذكور فى ضمن السؤر. (ن)

(٨) قوله: "وسؤر [بالضم پس خورده وپس مانده. م] الآدمى" مطلقا إلا حال شرب الخمر، فإن سؤره فى تلك الحالة نجس قبل بلع ريقه، فإن بلع ريقه ثلاث مرات طهر فمه عند الإمام؛ لأن المائع مطلقًا مطهر عنده من غير اشتراط الصب عنده، وما يؤكل لحمه من الطيور والدواب إلا الإبل والبقر الجلالة، وهى التى تأكل العذرة. (مجمع الأنهر)

(٩) قوله: "طاهر" لما روى: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أتى بقدح من لبن فشرب وناول الباقى أعرابيا كان من يمينه فشربه ثم ناوله أبا بكر فشربه»، ولأن عين الآدمى طاهر، وإنما لا يؤكل لكرامة، لا لنجاسة.(د)

(١٠) قوله: "الجنب" لأن ما لاقى الجنب من الماء شفتاه، أو إحدى شفتيه، والشفتان طاهرتان حقيقةً؛ لأنه لا نجاسة على أعضاءه من حيث الحقيقة؛ لما بينا، والنجاسة الحكمية على قول محمد: لا تغير صفة الماء، إذا لم يقصد به القربة، ولم يقصد به ههنا القربة، إنما قصد به الشرب، فلا يتغير صفة الماء على مذهبه، وكذا على قولهما؛ لأن النجاسة الحكمية وإن كانت توجب تنجس الماء إذا أسقط به فرضا، وقد أسقط به فرضاً، وإن قصد به الشرب، إلا أن الماء لم يتنجس نفيا للحرج، كما سقط اعتبار النجاسة فى إدخال اليد، وإن سقط به الفرض من

والكافر(١).

وسؤر الكلب نجس، ويُغسل الإناء من ولوغه ثلاثا؛ لقوله(٢) عليه

جـ١ 11 F

اليد. (نهاية)

(١١) قوله: "والحائض" لما روى أن عائشة شربت من إناء فى حال حيضها، فوضع فمه رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم على موضع فيها، وشرب. (د)

(١) قوله: "والكافر" لما روى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنزل وفد ثقيف فى المسجد، وكانوا مشركين، ولو كان عين المشرك نجسا لما فعل ذلك. ولا يعارض بقوله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس﴾ لأن المراد به الخبث فى الاعتقاد. (عناية)

(٢) قوله: "لقوله عليه السلام" قال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا ولغ الكلب فى إناء أحدكم فليهرقه وليغسله ثلاث مرات» انتهى، رواه ابن عدى فى "الكامل". (ت)

قوله: "لقوله عليه السلام" «يغسل الإناء» إلخ هذا الحديث رواه أبو هريرة، روى عنه من طريقين: الأول: أخرجه الدارقطنى فى "سننه" عن عبد الوهاب بن ضحاك عن إسماعيل عن هشام عن عروة عن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «يغسل الإناء من ولوغ الكلب ثلاثا أو خمسا أو سبعا».

الثانى: أخرجه ابن عدى فى "الكامل" عن الحسين ابن على الكرابيسى: حدثنا إسحاق حدثنا عبد الملك عن عطاء عن أبى هريرة مرفوعا: «إذا ولغ الكلب فى إناء أحدكم فليهرقه وليغسله ثلاث مرات»، فإن قلت: قال الدارقطنى: تفرد به عبد الوهاب ابن الضحاك، وغيره يروى عن إسماعيل بن عياش بهذا الإسناد: «فاغسلوه سبعا» وهو الصواب، وقال البيهقى: فى إسناده إسماعيل بن عياش، وهو لا يحتج به خصوصا إذا روى عن أهل الحجاز.

قلت: ظاهر هذا الكلام إطلاق القول، وأنه لا يحتج به، وأنه إذا روى من أهل الحجاز كان أشد فى عدم الاحتجاج به، وعلى هذا قد خالف البيهقى ههنا ما ذكره فى "باب ترك الوضوء من الدم"، وقال القدورى فى "تجريده": إن قولهم: عبد الوهاب بن ضحاك عن إسماعيل، وهما ضعيفان غير معتد به، حتى يبينوا صفة الضعف، فإن الجرح المبهم غير مقبول.

وروى الدارقطنى هذا الحديث بسند صحيح من حديث عبد الملك عن عطاء عن أبى هريرة: «إذا ولغ الكلب فى إناء فأهريقوه ثم اغسلوه ثلاث مرات»، وروى أيضا من حديث عطاء عن أبى هريرة "أنه كان إذا ولغ الكلب فى الإناء يهرقه ويغسله ثلاث مرات"، ورواه الطحاوى أيضا بإسناد صحيح، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن معمر قال: سئلت الزهرى عن الكلب يلغ فى الإناء قال: "يغسل ثلاثا"، فهذا الزهرى لو لم يثبت عنده نسخ السبع لما أفتى بما أفتى به أبو هريرة، وروى عبد الرزاق أيضا عن ابن جريج قال: قال لى عطاء: "يغسل الإناء الذى ولغ الكلب فيه كل ذلك سبعا وخمسا وثلاث مرات"، وقد شنع ابن حزم ههنا على أبى حنيفة وأساء الأدب، فقال: قال أبو حنيفة: "لا يغسل الإناء من ولوغ الكلب إلا مرة واحدة وإن كل ما فى الإناء يهراق أى شيء كان"، وهذا قول لا يحفظ عن أحد من الصحابة، ولا من التابعين.

واحتج له بعض مقلديه بأن أبا هريرة قد روى عنه أنه خالفه، وهو باطل؛ لأنه روى هذا الخبر الساقط عبد السلام بن حرب، وهو ضعيف.

قلت: هذا الكلام فى غاية السخافة والسفاهة؛ لأنه لم يقل فيه بالرأى، ولا أحد من أصحابه، بل مذهبه أن

السلام: «يغسل الإناء من ولوغ[1] الكلب ثلاثا»* . ولسانه يلاقى الماء دون الإناء، فلما تنجس الإناء فالماء[2] أولى، وهذا[3] يفيد[4] النجاسة والعدد[5] فى الغسل، وهو حجة على الشافعى رح[6] فى اشتراط السبع؛ ولأن ما يصيبه بوله يطهر[7] بالثلاث، فما يصيبه سؤره -وهو[8] دونه-[9] أولى، والأمر[10] الوارد** بالسبع[11] محمول[12] على ابتداء

يغسل ثلاث مرات، كما أفتى به أبو هريرة، وكيف يقول: هذا لا يحفظ عن أحد من الصحابة، والحكم على عبد السلام بالسقوط ساقط، وعبد السلام ثقة مأمون حافظ، أخرج له الجماعة. (من البناية للعينى رح)

(١) قوله: "من ولوغ الكلب" حقيقة الولوغ شرب الكلب المائعات بأطراف لسانه، ذكره فى "الصحاح". (نهاية)

* أخرجه الدارقطني من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث٥٢، ص٦٠ ، ونصب الراية ج١ ص١٣٠ (نعيم).

(٢) يشير إلى أنه ثابت بالدلالة. (ع)

(٣) المشار إليه الحديث المذكور.

(٤) دلالة.

(٥) صراحة.

(٦) الذى يشترط فى ولوغ الكلب غسل الإناء سبع مرات.

(٧) قوله: "يطهر بالثلاث" فيه نظر؛ لأن بول الكلب ودمه، وسائر ما هو منه لا يطهر إلا بالغسل سبعًا عند الشافعى رح، فكيف القياس. (د)

(٨) السؤر.

(٩) البول.

(١٠) قوله: "والأمر الوارد إلخ" قلت: رواه الأئمة الستة فى كتبهم من حديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «يغسل الإناء إذا ولغ فيه الكلب سبع مرات أولهن أو آخرهن بالتراب». (ت)

** متفق عليه من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث٥٣، ص٦١ ، ونصب الراية ج١ ص١٣٢ (نعيم).

(١١)قوله: "بالسبع" فيه تأمل؛ لأنه قد روى حديث الغسل سبع مرات أبو هريرة أيضًا، وهو ممن أسلم سنة سبع من الهجرة، والأولى أن يقال: هو محمول على التنظيف، لا على الاشتراط، والتفصيل فى "فتح البارى شرح صحيح البخارى" لابن حجر. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(١٢) قوله: "محمول على ابتداء الإسلام" فإن قلت: ما الدليل على أنه محمول على ابتداء الإسلام، قلت: هو أنه عليه السلام كان يشدد فى أمر الكلاب حتى يمتنعوا من الاقتناء، ونهاهم عن المخالطة، كما أمر بكسر دنان الخمر، ثم ترك ذلك، وقال: ما لى وللكلاب. (عينى رح)

الإسلام[١].

وسؤر الخنزير نجس ؛ لأنه نجس العين على ما مر ، وسؤر سباع[٢] البهائم نجس ، خلافا[٣] للشافعي رح فيما سوى الكلب والخنزير ؛ لأن لحمها نجس ، ومنه يتولد اللعاب ، وهو لمعتبر فى الباب[٤].

وسؤر[٥] الهرة[٦] طاهر مكروه، وعن أبى يوسف رح أنه[٧] غير مكروه[٨] ؛ لأن النبى عليه السلام[٩] «كان[١٠] يصغى لها الإناء ، فتشرب منه ، ثم يتوضأ منه»*.

ولهما قوله عليه السلام[١١] : «الهرة[١٢] سبع»**. والمراد بيان[١٣]

---

(١) أى على النسخ.(د)

(٢) كالأسد والفهد والنمر. (ن)

(٣) قوله: "خلافا للشافعي رح" لأنه سؤر حيوان يطهر جلده بالدباغ والذكاة، فكان طاهرا. (إله داد)

(٤) أى فى باب طهارة اللعاب ونجاسته. (د)

(٥) قوله: "وسؤرة الهرة طاهر مكروه"، قال شمس الأئمة فى "شرح الجامع الصغير": وبهذا تبين جهل العوام أنهم يتركون الهرة تدخل تحت لحافهم وتلحشهم، فلا يغلسون ذلك الموضع، وذلك مكروه عند أبى حنيفة رح، ويضعون الطعام بين يدى الهرة، فتأكل بعضه، فيرفع الجاهل ويأكله، وذلك مكروه. (نهاية)

(٦) بالكسر والتشديد: گربه. (غث)

(٧) قوله: "أنه غير مكروه" روى عن عائشة أنها كانت تصلي وفى بيتها قصعة من هريسة، فجاءت هرة فأكلت منها، فلما فرغت من صلاتها دعت جاريات لها، فكن يتحامين من مقام فمها، فمدت يدها وأخذت من موضع فمها، وأكلت. (نهاية)

(٨) وهو قول الشافعي رح. (ن)

(٩) رواه الدارقطني بلفظه من طريقين. (ق)

(١٠) قوله: "كان يصغى إلخ" روى الدارقطني وابن ماجة من حديث حارثة عن عمرة عن عائشة قالت: "كنت أتوضأ أنا ورسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فى إناء واحد قد أصابت منه الهرة قبل ذلك". (ف)

* أخرجه الدارقطني من حديث عائشة، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٥٤، ص٦١ ، ونصب الراية ج١ ص١٣٣ (نعيم).

(١١) رواه الحاكم عن أبى هريرة. (ف)

(١٢) قوله: "الهرة سبع" وهذا الحديث يدل على النجاسة، وحديث عائشة يدل على الطهارة، فأثبتنا حكم الكراهة عملا بهما. (نهاية)

الحكم، إلا[١] أنه سقطت النجاسة لعلة[٢] الطواف* فبقيت[٣] الكراهة، وما رواه[٤] محمول على ما قبل[٥] التحريم. ثم قيل: كراهته[٦] لحرمة اللحم. وقيل[٧]: لعدم تحاميها[٨] النجاسة، وهذا يشير إلى التنزه[٩]، والأول إلى القرب من التحريم. ولو أكلت الفأرة، ثم شربت على فوره الماء يتنجس، إلا إذا مكثت ساعة، لغسلها فمها بلعابها، والاستثناء[١٠] على مذهب[١١] أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح[١٢]، ويسقط

** أخرجه الدارقطني والحاكم من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث ٥٥، ص٦٢، ونصب الراية ج١ ص١٣٤ (نعيم).

(١٣) قوله: "بيان الحكم" دون الخلقة والصورة؛ لأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم إنما بعث لبيان الشرائع. (عناية)

(١) قوله: "إلا أنه إلخ" أي إن قيل: فكان الواجب القول بنجاسته، فأجاب عنه بقوله: إلا أنه إلخ. (عناية)

(٢) قوله: "لعلة الطواف" المنصوصة في قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إنها ليست بنجسة لأنها من الطوافين عليكم والطوافات» رواه الأربعة. (ف)

* حديث الطواف المعلل به طهارة الهر أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث مالك، انظرالدراية ج١رقم الحديث٥٦، ص٦٢، ونصب الراية ج١ ص١٣٦ (نعيم).

(٣) قوله: "فبقيت" يعني أنها تدخل المضايق، ولازمه شدة المخالطة بحيث يتعذر معه صون الأواني منها، والضرورة اللازمة من ذلك أسقطت النجاسة، كما أنه تعالى أوجب الاستئذان، وأسقطه عن المملوكين، والذين لم يبلغوا الحلم. (ف)

(٤) من إصغاء الإناء (عناية)

(٥) قوله: "على ما قبل التحريم" ولو سلم فيجوز أن يكون النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم فعله لتعليم الجواز، ورب فعل يكون مكروها يفعله لتعليم الجواز. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٦) هو قول الطحاوى. (عناية)

(٧) هو قول الكرخي. (ع)

(٨) بالفارسية: پرهيز كردن. (م)

(٩) قيل: هو الأصح والأقرب إلى موافقة الأثر. (عناية)

(١٠) يعني به قوله: إلا إذا مكثت ساعة. (نهاية)

(١١) قوله: "على مذهب أبي حنيفة إلخ" وأما على قول محمد رح فلا؛ لأن النجاسة عنده لا تزال إلا بالماء. (ف)

(١٢) قوله: "وأبي يوسف رح" لأنهما يجوزان إزالة النجاسة بالمائعات الطاهرة، ولكن الصب شرط عند أبي يوسف رح للتطهير في العضو، وسقط اعتباره ههنا للضرورة. (نهاية)

اعتبار الصب للضرورة.

وسؤر الدجاجة(١) المخلاة(٢) مكرو؛ لأنها تخالط النجاسة، ولو كانت محبوسة بحيث(٣) لا يصل منقاره(٤) إلى ما تحت قدميها لا يكره؛ لوقوع الأمن عن المخالطة(٥)، وكذا(٦) سؤر سباع الطير؛ لأنها(٧) تأكل الميتات، فأشبه الدجاجة المخلاة. وعن أبي يوسف رح أنها(٨) إذا كانت محبوسة يعلم صاحبها أنه لا قذر على منقارها لا يكره؛ لوقوع الأمن عن المخالطة، واستحسن المشايخ(٩) هذه الرواية. وسؤر ما يسكن البيوت كالحية والفأرة مكروه؛ لأن حرمة(١٠) اللحم أوجبت نجاسة السؤر، إلا أنه سقطت النجاسة لعلة الطواف، فبقيت الكراهة، والتنبيه(١١) على العلة في

---

(١) بالفتح. (غث)

(٢) قوله: "المخلاة [رها كرده شده. غث]" الجائلة في عذرات الناس. (مجمع الأنهر)

(٣) قوله: "بحيث لا يصل إلخ" المحبوسة على قسمين: أحدهما أن تكون محبوسة في بيت نفسها، والثاني: أن تكون محبوسة بحيث يكون رأسها وشربها وأكلها خارج البيت، والأولى تجول في عذرات نفسها دون الثانية، وإنما قيد بقوله: بحيث إلخ إشارة إلى الوجه الثاني. (عناية)

(٤) بالكسر بالفارسية: نول مرغ. (م)

(٥) بالنجاسة.

(٦) قوله: "وكذا سؤر سباع الطير" أي كما يكره سؤر الدجاجة المخلاة يكره سؤر سباع الطير، والقياس أن يكون نجسا كسؤر سباع البهائم؛ لتنجس لعابها المتولد من اللحم النجس، وجه الاستحسان أنها تشرب بمنقارها، وأنها عظم جاف طاهر بخلاف سباع البهائم، فإنها تشرب بلسانها، ولسانها رطب بلعابها، ولأن في سباع الطير ضرورة؛ لأنهاتنقضي في الهواء فتشرب، ولا يمكن صون الأواني منها سيما في الصحاري بخلاف سباع البهائم، لكن سباع الطير تأكل العذر غالبًا، فلذا أورث كراهة. (ملا إله داد)

(٧) قوله: "لأنها تأكل الميتات" قال الفقيه أبو الليث: روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: إن كان هذا الطير لا يتناول الميتة مثل البازي الأهلي فلا يكره. (ع)

(٨) أي سباع الطير. (ع)

(٩) وأفتوا بها. (نهاية)

(١٠) قوله: "لأن حرمة اللحم" أي لا بطريق التكريم، فلا ينتقض الحكم بالآدمي. (مولوي محمد عبد الحي رحمه الله)

(١١) قوله: "والتنبيه على العلة في الهرة" قيل: معناه بقي التنبيه على العلة التي كانت في الهرة، وقيل: هو

الهرة. وسؤر الحمار والبغل مشكوك(١) فيه، قيل: الشك فى طهارته؛ لأنه(٢) لو كان طاهرا لكان(٣) طهورًا ما لم يغلب اللعاب على الماء.

وقيل: الشك فى طهوريته؛ لأنه لو وجد الماء(٤) لا يجب(٥) عليه غسل رأسه(٦). وكذا لبنه(٧) طاهر(٨)، وعرقه لا يمنع(٩) جواز الصلاة وإن فحش(١٠)، فكذا سؤره، وهو الأصح(١١)، ويروى(١٢) نص محمدؒ على

جواب سؤال مقدر تقديره ما ذا الذى دلكم على كون الطواف علة لسقوط النجاسة، ووجه ذلك أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم علل سقوط النجاسة عن سؤر الهرة بعلة الطواف بقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إنها من الطوافين عليكم والطوافات»، وقد وجد الطواف فى سواكن البيوت أزيد منه فى الهرة. (عناية)

(١) قوله: "مشكوك فيه" كان الشيخ أبو طاهر ينكر هذه العبارة، ويقول: لايجوز كون شيء من أحكام الشرع مشكوكا فيه، بل هو محتاط فيه، وفى "النوازل": يحل ما شرب منه الحمار. (ف)

قوله: "مشكوك فيه [المشايخ قالوا: المردا بالشك التوقف فيه؛ لتعارض الأدلة، والشافعي يجعله طاهرا وطهورا. ع] لتعارض الأدلة؛ لما روى عن ابن عباس أنه قال: "سؤر الحمار طاهر"، وعن ابن عمر: "أنه نجس". (مجمع الأنهر)

(٢) قوله: "لأنه لو كان طاهرا إلخ" أما إثبات الملازمة فلأن الماء لا يكون طاهرا غير مشكوك إلا أن يكون اللعاب المختلط به طاهرا غير مشكوك؛ لاستحالة أن لا يكون الماء مشكوكا مع الشك فى ما هو المختلط به، إذ الماء يتصف بصفة المختلط به، ومتى كان اللعاب طاهرا غير مشكوك لا يخرج الماء عن الطهورية إلا بعد أن يغلب اللعاب عليه. (ملا إله دادؒ)

(٣) واللازم باطل(د)

(٤) المطلق. (عناية)

(٥) قوله: "لا يجب عليه" ولو كان طهارة الماء مشكوكا لوجب غسل رأسه الذى مسحه بسؤر الماء احتياطا؛ إذ الشك يوجب الغسل، وإن كان التوهم لا يوجبه، بل يقتضى الاستحباب. (حاشية إله دادؒ)

(٦) بعد ما مسح بسؤره. (ع)

(٧) قوله: "وكذا لبنه" أى الحمار إذا المذكور هو الحمار، فإن قلت: اللبن يكون للأتان دون الحمار، قلت: المراد بالحمار هذا الجنس، فيتناول الذكر والأنثى، وتخصيص الحمار؛ لشرفه باعتبار الذكورة، وقد يجاب بأن الحمار سبب اللبن، فيصح أن يضاف إليه اللبن تسببيا. (حاشية إله داد)

(٨) قوله: "طاهر" قيل: المذكور ليس بظاهر الرواية، وإنما هو فيه نجس، والمذكور فى الكتاب إنما هو رواية عن محمدؒ. (عناية)

(٩) قوله: "لا يمنع جواز الصلاة" فى عرقه عن أبى حنيفة ثلاث روايات: فى رواية قال: هو طاهر، وفى رواية قال: هو نجس نجاسة خفيفة، وفى رواية أخرى قال: هو نجس نجاسة غليظة. (نهاية)

(١٠) أى كثر.

(١١) راجع إلى قوله: والشك فى طهوريته. (ن)

طهارته، وسبب الشك تعارض(١) الأدلة فى إباحته وحرمته، أو اختلاف(٢) الصحابة رضى الله عنهم فى نجاسته وطهارته(٣).

وعن أبى حنيفة رح: أنه نجس ترجيحا(٤) للحرمة والنجاسة، والبغل من نسل الحمار، فيكون بمنزلته.

---

(١٢) قوله: "ويروى إلخ وهو ما روى عن محمد أنه قال: أربع لوغمس فيه الثوب لم ينجس، وهى سؤر الحمار، والماء المستعمل، ولبن الأتان، وبول ما يؤكل لحمه. (عناية)

(١) قوله: "تعارض الأدلة" فحديث خيبر فى إكفاء القدور، وفى بعض رواية: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أمر مناديا ينادى بإكفاءها، فإنها رجس»، رواه الطحاوى وغيره- يفيد الحرمة، وحديث غالب ابن أبجر حيث قال له النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: هل لك من مالك؟ فقال: ليس لى مال إلا حميرات، فقال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «كل من سمين مالك» يفيد الحل (ف)

(٢) قوله: "أو اختلاف الصحابة" وفيه نظر؛ لأن اختلاف الصحابة لا يورث شكا، بل ينبغى أن يعمل بأيهما شاء، قال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم»، وصار اختلافهم كتعارض القياسين، فإن تعارضهما لا يوجب الشك، بل يجب أن يعمل المجتهد بأيهما شاء بشهادة القلب عندنا، وعند الشافعى لا يشترط شهادة القلب؛ لأن كلا منهما حجة بخلاف النصين المتعارضين؛ لأن أحدهما منسوخ، والمنسوخ ليس بحجة، فلو عمل بأيهما شاء كان فيه احتمال العمل بلا دليل، فيوجب الشك البتة، فكل من قول الصحابة حجة كالقياسين. (ملا إله داد رح)

(٣) قوله: "وطهارته" قال شيخ الإسلام: والأصح فى التمسك دليل الإشكال، وهو أن الحمار يربط فى الدور والأفنية، فيشرب من الأوانى، وللضرورة والبلوى أثر في إسقاط النجاسة، كما فى الفأرة والهرة إلا أن الضرورة فى الحمار متقاعدة عن الضرورة فى الهرة والفأرة؛ لأنهما تدخلان فى مضايق البيت بخلاف الحمار، ولو لم يكن الضرورة ثابتة أصلا- كما فى سؤر السباع والبهائم- لوجب الحكم بنجاسة سؤره بلا إشكال، ولو كانت الضرورة مثل ضرورة الهرة، لوجب الحكم بإسقاط النجاسة، فثبت الضرورة من وجه دون وجه، فقد استوى ما يوجب الطهارة والنجاسة، فتساقطا للتعارض فوجب المصير إلى ما كان ثابتا قبل التعارض، والثابت قبله شيئان، الطهارة فى جانب الماء، والنجاسة فى جانب اللعاب؛ لأن اللعاب متولد من اللحم، ولحمه نجس، فكان اللعاب نجسا، وليس أحدهما أولى من الآخر، فبقى الأمر مشكلا. (نهاية)

(٤) قوله: "ترجيحا للحرمة والنجاسة" استشكل بما إذا أخبر عدل بحل طعام، وآخر بحرمته، فإنه يرجح خبر الحل، وبما إذا أخبر عدل بطهارة الماء، وآخر بنجاسته فيترجح الطهارة.

وأجيب بأن تعارض الخبرين فى الطعام يوجب التهاتر والعمل بالأصل وهو الحل، ولا يجوز ترجيح الحرمة بالاحتياط لاستلزامه تكذيب خبر الحل من غير دليل، فأما أدلة الشرع فى حل الطعام وحرمته، فتوجب الترجيح بدليل، وهو تقليل النسخ الذى هو خلاف الأصل على ما عرف فى الأصول، والعمل بالاحتياط واجب عند عدم المانع، وكذا إذا تعارض الخبران فى الماء يوجب التهاتر، والعمل بالأصل؛ لوقوع الشك باختلاط النجاسة به، والأصل عدمه، فبقى الماء على أصله، وهو الطهارة، فأما ههنا فقد اختلط اللعاب المتولد من اللحم بالماء بيقين، وقد ترجح جهة الحرمة فيه باتفاق الروايات عن أصحابنا، فيجب ترجيح النجاسة بهذا الدليل. (عناية)

فإن لم يجد غيرهما[١] يتوضأ[٢] بهما ويتيمم، ويجوز[٣] أيهما قدم، وقال زفر رح: لا يجوز إلا أن يقدم الوضوء؛ لأنه ماء واجب الاستعمال فأشبه الماء المطلق. ولنا: أن المطهر[٤] أحدهما، فيفيد[٥] الجمع دون الترتيب[٦]، وسؤر الفرس طاهر عندهما؛ لأن لحمه مأكول. وكذا عنده في الصحيح[٧]؛ لأن[٨] الكراهة لإظهار شرفه.

فإن[٩] لم يجد إلا نبيذ التمر[١٠] قال أبو حنيفة رح: يتوضأ به ولا يتيمم)؛ لحديث[١١] ليلة الجن*، فإن النبي عليه السلام[١٢] توضأ[١٣]

(١) أي سؤر الحمار والبغل.

(٢) قوله: "يتوضأ إلخ" وفي "شرح الجامع الصغير" للإمام المحبوبي: وعن نصير بن يحيى في رجل لم يجد إلا سؤر الحمار، قال: يهريق ذلك السؤر حتى يصير عادما للماء، ثم يتيمم، فعرض قوله على أبي القاسم الصفار، فقال: هو قول أبي حنيفة. (نهاية)

(٣) قوله: "ويجوز أيهما قدم" ههنا فرعان: الأول: اختلفوا في النية في الوضوء بسؤر الحمار، والأحوط أن ينوي، الثاني: لو توضأ بسؤر الحمار وصلى الظهر، ثم تيمم فصلاها صحت الظهر. (ف)

(٤) في الواقع. (ع)

(٥) قوله: "فيفيد الجمع" وصورته أن يتوضأ ويتيمم ثم يصلي، أو يتوضأ فيصلي، ويتيمم فيصلي ثانيا، أو بالعكس. (د)

(٦) قوله: "دون الترتيب" يعني أن المطهر في الواقع أحدهما، إما السؤر أو التراب، فإن كان الأول فلا فائدة في استعمال الثاني، تقدم أو تأخر، وإن كان الثاني فلا يضر التقديم والتأخير، فوجب الضم دون الترتيب. (عناية)

(٧) قوله: "في الصحيح [احتراز عن سائر الروايات. ن]" في "المحيط": في سؤر الفرس عن أبي حنيفة أربع روايات: قال في رواية: أحب إلي أن يتوضأ بغيره، وهو رواية البلخي عنه، وفي رواية الحسن عنه أنه مكروه كلحمه، وفي رواية قال: هو مشكوك كسؤر الحمار، وفي رواية كتاب الصلاة قال: هو طاهر، وهو الصحيح من مذهبه. (نهاية)

(٨) قوله: "لأن الكراهة إلخ" يعني كراهة لحم الفرس لاحترامه لأنه آلة الجهاد، لا للنجاسة فلا يؤثر في كراهة سؤره. (مجمع الأنهر)

(٩) قوله: "فإن لم يجد [أي إذا عدم الماء المطلق. عناية] إلا نبيذ إلخ" إنما ذكر نبيذ التمر في فصل الآسار؛ لأن له شبها خاصًا لسؤر الحمار والبغل على قول محمد، فإنه يقول: يضم التيمم إلى الوضوء به احتياطًا. (عناية)

(١٠) شرابے كه ازخرما يا ازجو سازند. (غث)

(١١) قوله: "لحديث ليلة الجن" رواه الطحاوي في "كتابه": حدثنا يحيى بن عثمان، حدثنا أصبغ

به حين لم يجد الماء. وقال أبو يوسف رح: يتيمم ولا يتوضأ به، وهو رواية عن أبي حنيفة رح، وبه قال الشافعي رح عملاً[1] بآية التيمم؛ لأنه أقوى[2]، أو هو[3] منسوخ بها[4]؛ لأنها[5] مدنية، وليلة الجن[6] كانت مكية.

ابن الفرج وموسى بن هارون قالا: حدثنا جرير بن عبد الحميد عن قابوس عن أبيه عن ابن مسعود قال: "انطلق رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فخط لي خطا، وأدخلني فيه، وقال لي: لا تبرح حتى أرجع إليك، ثم أبطأ فما جاء حتى السحر، وجعلت أسمع الأصوات، ثم جاء فقلت: أين كنت يا رسول الله! قال: أرسلت إلى الجن، فقلت: ما هذه الأصوات التي سمعت، قال: هي أصواتهم حين ودعوني وسلموا علي" انتهى. (ت)

* أخرجه الأربعة إلا النسائي من حديث ابن مسعود، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٥٧، ص٦٣، ونصب الراية ج١ ص١٣٧ (نعيم).

(١٢) رواه أبو داود وغيره. (ت)

(١٣) قوله: "توضأ به حين لم يجد الماء" عن فزارة عن أبي زيد عن عبد الله بن مسعود: أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال ليلة الجن: ما في إداوتك؟ قال: نبيذ تمر، فقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «تمرة طيبة وماء طهور»، وفي رواية الترمذي «فتوضأ منه». (فتح القدير)

(١) قوله: "عملا بآية التيمم" فإنها تنقل التطهير عند عدم الماء المطلق إلى التراب ونبيذ التمر ماء من وجه. (عناية)

(٢) عن الحديث. (ع)

(٣) قوله: "أو هو [أي الحديث. ع] منسوخ بها" فإن قيل: نسخ السنة بالكتاب لا يجوز عند الشافعي، فكيف يستقيم قوله: أو هو منسوخ بها، أجيب أن ذلك جواب أبي يوسف رح خاصة، والمشترك بينهما هو قوله: عملا إلخ. (عناية)

(٤) أي بآية التيمم. (ع)

(٥) قوله: "لأنها مدنية" كان بدء التيمم ما أخبرنا أبو الحسن محمد بن محمد السرخسي أخبرنا أبو علي زاهر بن أحمد السرخسي أخبرنا أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الصمد الهاشمي أخبرنا أبو مصعب عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قالت: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم في بعض أسفاره حتى إذا كنا بالبيداء، أو بذات الجيش انقطع عقد لي، فأقام رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم على التماسه، وأقام الناس معه، وليسوا على ماء، وليس معهم ماء، فأتى الناس أبا بكر، فقالوا: ألا ترى ما صنعت عائشة؟ أقامت برسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وبالناس، وليسوا على ماء، وليس معهم ماء، فجاء أبو بكر ورسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم واضع رأسه على فخذي قد نام، فقال: أحبست رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم والناس وليسوا على ماء، وليس معهم ماء؟، قالت: فعاتبني أبو بكر، وقال: ما شاء الله أن يقول: وجعل يطعن بيده في خاصرتي، فلا يمنعني من التحرك إلا ما كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم على فخذي، فقام رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين أصبح على غير ماء، فأنزل الله تعالى آية التيمم، فقال أسيد ابن حضير -وهو أحد النقباء-: ما هي بأول بركتكم يا آل أبي بكر، قالت عائشة: فبعثنا البعير الذي كنت عليه فوجدنا العقد تحته. (تفسير معالم التنزيل)

(٦) كما ورد التصريح به في بعض الروايات.

وقال محمد رحمه الله: يتوضأ[١] به ويتيمم؛ لأن فى الحديث اضطرابًا[٢]، وفى التاريخ[٣] جهالة، فوجب الجمع احتياطًا. قلنا[٤]: ليلة[٥] الجن كانت[٦] غير واحدة، فلا يصح[٧] دعوى النسخ، والحديث[٨] مشهور[٩] عملت[١٠] به الصحابة[١١]، وبمثله[١٢] يزاد على الكتاب.

وأما الاغتسال[١٣] به فقد قيل: يجوز عنده اعتبارًا بالوضوء، وقيل:

---

(١) هو رواية عن أبى حنيفة أيضًا. (ف)

(٢) قوله: "اضطرابًا" لاعتبار أن بعض الأحاديث تدل على أن ابن مسعود شهد مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ليلة الجن، وبعض الروايات تدل على أنه لم يشهدها معه، وإذا وقع الاضطراب فى الحديث لم يكن بذاك. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٣) قوله: "وفى التاريخ جهالة" ولذا اختلفوا فى انتساخ هذا الحديث بآية التيمم بجهالة التاريخ. (عناية)

(٤) قوله: "قلنا [جواب عن استدلال أبى يوسف رحمه الله] إلخ" دفع دخل مقدر تقريره أن آية التيمم مدنية بلا شك، كما يشهد عليه أقوال المفسرين، وليلة الجن مكية، كما صرح به فى بعض الروايات من عبد الله ابن مسعود فما معنى جهالة التاريخ، بل لا جرم يكون الحديث منسوخا. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٥) قوله: "ليلة الجن إلخ" قال السروجى: قوله: ليلة الجن كانت غير واحدة، يوهم أنها كانت بالمدينة أيضًا، ولم ينقل ذلك فى كتب الحديث. (تخريج زيلعى)

(٦) قوله: "كانت غير واحدة" ذكر صاحب "آكام المرجان فى أحكام الجان" أن ظاهر الأحاديث الواردة فى ليلة الجن أنها كانت ست مرات، وذكر منها مرة فى بقيع الغرقد، قد حضرها ابن مسعود مرتين بمكة، ومرة رابعة خارج المدينة حضرها الزبير بن العوام، فلا يقطع بالنسخ. (ف)

(٧) قوله: "فلا يصح دعوى النسخ" إذ يجوز أن يكون الدفعة الثانية فى المدينة بعد آية التيمم. (عناية)

(٨) قوله: "والحديث إلخ" فيه نظر إذا المشهور ما كان آحادا فى الأصل، ثم تواتر عند المتأخرين، وليس هذا كذلك، بل تكلم فيه كثير من المتأخرين. (ف)

(٩) قوله: "مشهور" ليس يريد به المشهور الاصطلاحى، بل المعنى اللغوى. (ت)

(١٠) قوله: "عملت به الصحابة" ففى "سنن الدارقطنى" عن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال: "النبيذ وضوء من لم يجد الماء"، وأخرج أيضًا عن الحارث عن على: "أنه كان لا يرى بأسا بالوضوء بالنبيذ". (زيلعى)

(١١) قوله: "الصحابة" وعن هذا قال أبو حنيفة: إن اشتبه كون عبد الله بن مسعود مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن قلنا: فى الباب ما يكفى الاعتماد عليه، وهو رواية هذه الكبار من الصحابة، كذا فى "مبسوط شيخ الإسلام". (نهاية)

(١٢) قوله: "بمثله [أى بمثل هذا الحديث المشهور. عناية] يزاد على الكتاب" فيكون التقدير بحكم الزيادة: فإن لم تجدوا ماء ولا نبيذ تمر فتيمموا. (د)

(١٣) قوله: "وأما الاغتسال إلخ" اختلف مشايخنا فى الاغتسال بنبيذ التمر عند أبى حنيفة، منهم من

لا يجوز؛ لأنه[١] فوقه[٢]. والنبيذ المختلف فيه أن يكون[٣] حلوا[٤] رقيقا يسيل على الأعضاء كالماء، وما اشتد منها صار حراما لا يجوز التوضئ به، وإن غيرته النار، فما دام حلوا، فهو على الخلاف[٥]، وإن اشتد، فعند أبى حنيفة رح يجوز التوضئ به؛ لأنه يحل شربه عنده.

وعند محمد رح لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده، ولا يجوز التوضئ بما سواه[٦] من الأنبذة جريا على قضية القياس.

باب[٧] التيمم[٨]

ومن[٩] لم يجد[١٠] الماء وهو مسافر، أو خارج[١١] المصر، بينه[١٢] وبين

لم يجوز؛ لأن الأثر فى الوضوء خاصة، والأصح أنه يجوز؛ لأن المخصوص عن القياس بالنص ملحق به ما فى معناه من كل وجه. (ن)

(١) أى الغسل.

(٢) أى الوضوء.

(٣) قوله: "أن يكون حلوا إلخ" قال فى "الخزانة": إنما اختلفت أجوبة أبى حنيفة فى الوضوء لاختلاف المسائل، سئل مرة إن كان الماء غالبا، قال: يتوضأ، وسئل مرة إن كانت الحلاوة غالبة، قال: لا يتوضأ بل يتيمم، وسئل مرة إذا لم يدر أيهما الغالب، قال: يجمع بينهما، وعلى هذا الغسل. (ف)

(٤) بأن يلقى تميرات. (عناية)

(٥) بين الإمام وصاحبيه.

(٦) قوله: "بما سواه من الأنبذة" وعند الأوزاعى يجوز التوضئ بسائر الأنبذة بالقياس على نبيذ التمر. (نهاية)

(٧) قوله: "باب" لما فرغ عن ذكر الطهارة بالماء، شرع فى ذكر التيمم؛ لما أن حق الخلف أن يعقب الأصل. (عناية)

(٨) قوله: "التيمم" التيمم لغة القصد، وشرعًا قصد التراب للتطهير. (عبد)

(٩) الواو ابتدائية. (عبد)

(١٠) قوله: "ومن لم يجد الماء" أى الماء الكافى لاستعماله بقرينة ما ذكر فى الآية. (حاشية ملا عبد الغفور)

(١١) قوله: "أو خارج المصر" إن قرئ بالرفع، فمعطوف على المسافر، وإن قرئ بالنصب كان حالا معطوفا على الجملة الحالية قبله، أعنى وهو مسافر، وفيه أنه يلزم كون الحال معرفة؛ لأن الإضافة معنوية إلا أن يقال: إن المصر مفعول بحسب المعنى. (عبد)

قوله: "أو خارج المصر" تصريح بجواز التيمم لمن خرج من المصر غير مسافر، لا كما زعم البعض أنه لا يجوز لمن خرج من المصر إلا إذا قصد سفرا صحيحا، وإشارة إلى أنه لا يجوز التيمم لعادم الماء فى المصر؛ لأنه

المصر[1] ميل أو أكثر[2] يتيمم[3] بالصعيد؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا[4] مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾. وقوله عليه السلام: «التراب[5] طهور[6] المسلم ولو إلى عشر حجج[7] ما لم يجد الماء»*.

نادر، وقد نص عليه في "المبسوط" و "المحيط"، وذكر في "الأسرار": إذا عدم الماء في المصر تيمم لتحقق حقيقة العجز، والنادر إذا كان متناول النص يجب اعتباره. (د)

(١٢) قوله: "بينه وبين المصر إلخ" متعلق بكل من المسافر وخارج المصر كما هو الأظهر، والمراد بالمصر موضع الماء، سواء كان مصرا، أو لا، كنى به عن موضع الماء؛ لأنه موضع الماء غالبًا، وقال عبد الغفور رحمه الله حينئذٍ يكون المصر كناية عن الماء إن جعل بينه وبين المصر متعلقا بكل من المسافر والمريض، وإن لم يجعل المصر كناية عن الماء يجعل بينه وبين المصر متعلقا بخارج المصر، وترك حال المسافر ليعلم بالمقايسة انتهى.

أقول فيه ما لا يخفى: أما أولا: فبأن احتمال تعلقه بكل من المسافر والمريض عجيب؛ إذ ذكر المريض سيأتي بعد، فما معنى تعلقه به، فالصواب خارج المصر مكان المريض.

وأما ثانيا: فبأن كون المصر كناية عن الماء ليس بموقوف على أن يتعلق بينه بكل من المسافر وخارج المصر، وأما ثالثا: فبأنه لو لم يجعل المصر كناية عن الماء، لا وجه لتعلقه بخارج المصر فقط، وترك حال المسافر بالمقايسة.

وأما رابعا: فحق العبارة على تحريره أن يقول: حينئذ يكون المصر كناية عن الماء إن جعل بينه وبين المصر متعلقا بكل من المسافر والمريض، وإن جعل متعلقا بخارج المصر فقط، وترك حال المسافر ليعلم بالمقايسه يجعل المصر كناية عن الماء، انتهى والله أعلم بالصواب. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(١) في بعض النسخ بدل المصر الماء. (عبد)

(٢) قوله: "أوأكثر" قيل: حال الأكثر يعلم بالأولى، فلا حاجة إلى ذكره، قلنا: التحديدات الشرعية قد يكون غير معقولة المعنى، فيجوز أن يذهب الوهم إلى أن هذه التحديدات غير معقولة المعنى. (عبد)

(٣) قوله: "يتيمم" المراد بالتيمم معناه اللغوى فلا يكون الصعيد مستدركا. (عبد)

(٤) قوله: "فلم تجدوا إلخ" سابقته ﴿وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا﴾ الآية. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٥) قوله: "التراب طهور المسلم إلخ" قلت: روى من حديث أبي ذر ومن حديث أبي هريرة، فحديث أبي ذر رواه أبو داود والترمذى والنسائي من حديث أبي قلابة عن عمرو بن نجدان عن أبي ذر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو إلى عشر سنين ما لم يجد الماء فإذا وجد الماء فليمسه بشره» انتهى. (ت)

(٦) قوله: "طهور [من حديث أبي هريرة رواه البزار في "مسنده". ت]" لفظ الطهارة يدل على أن التراب ليس بدلا ضروريا، فيجوز بتيمم واحد صلوات متعددة. (عبد)

(٧) جمع حجة بالكسر وتشديد الجيم بمعنى سال. (م)

* أخرجه أصحاب السنن وابن حبان من حديث أبي ذر، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٥٨، ص٦٧، ونصب الراية ج١ ص١٤٨ (نعيم).

والميل هو(١) المختار في المقدار(٢)؛ لأنه يلحقه(٣) الحرج بدخول المصر(٤)، والماء(٥) معدوم حقيقة، والمعتبر المسافة دون خوف(٦) الفوت؛ لأن التفريط(٧) يأتي(٨) من قبله.

ولو كان يجد الماء إلا أنه مريض، فخاف إن استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم؛ لما تلونا(٩)، ولأن الضرر في زيادة المرض فوق(١٠) الضرر في زيادة

(١) قوله: "هو المختار" وعن محمد إنما يجوز التيمم إذا كان الماء على قدر ميلين، وعن أبي يوسف أن الماء إذا كان بحيث لو ذهب إليه وتوضأ يذهب القافلة، ويغيب عن بصره. (د)

(٢) قوله: "في المقدار" وروى عن زفر إن كان بحيث يصل إلى الماء قبل خروج الوقت لا يجزئه التيمم، وإلا فيجزئه. (عناية)

(٣) قوله: "يلحقه الحرج" إن قلت: قد يتحرج في ما دون الميل أيضًا، بأن كان الماء بحيث لو ذهب إليه يذهب القافلة، قلت: ذهاب القافلة إن كان يضره، ويخاف في الانقطاع عن القافلة سبعا، أو عدوا، جاز له التيمم حينئذ. (إله داد)

(٤) أي موضع الماء.

(٥) قوله: "والماء معدوم حقيقة" يجوز أن يكون تلويحا إلى ما يقال: النص مطلق عن ذكر المسافة، فتقييده بالميل تقييد المطلق من الكتاب بالرأي، وهو لا يجوز، وتقريره أن المنصوص عليه كون الماء معدوما حقيقة لكن نعلم بيقين أن عدمه مع القدرة عليه بلا حرج ليس بمجوز للتيمم، وإلا لجاز لمن سكن بشاطئ البحر وقد عدم الماء من بيته، فجعلنا الحد الفاصل بين البعد والقرب لحوق الحرج؛ لأن الطاعة بحسب الطاقة، قال الله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾. (عناية)

(٦) احتراز عن ما ذكرنا من قول زفر آنفًا. (عناية)

(٧) قوله: "لأن التفريط إلخ" فإن قلت: ربما لا يكون مفرطا كمن وجد ماء ولم يبق من الوقت ما أمكنه الصلاة فيه بالوضوء، وقد يكون مفرطا وجازله التيمم كمن خاف فوت العيد، أو الجنازة، وأيضًا لا خطاب قبل تضييق الوقت، فلا تفريط، قلت: بأن هذا التعليل جزئي، وأما إذا لم يكن مفرطا، فعدم الجواز بما أشار إليه المصنف في ما سيأتي من الدليل العام بقوله: وكذلك إذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويقضي ما فاته؛ لأن الفوات إلى خلف كلا فوات، فلم يكن متضررا، وخوف الفوت في العيد يوم زحمة واستعجال الإمام، فأبحنا له التيمم دفعا للضرر عنه، وبأن الخطاب بالصلاة إن كان عند التضيق، فهو مخاطب بالطهارة بحيث يتمكن من الشروع في الصلاة عند التضيق، فمتى أخر التطهير إلى أن عجز عن الصلاة معه، فقد قصر، فلا تعذر. (حاشية ملا إله داد)

(٨) قوله: "يأتي من قبله" بتأخير الصلاة، فليس له أن يتيمم إذا كان الماء قريبًا منه، كذا في "المبسوط"، وفي "جامع ابن شجاع": الميل ثلاثة آلاف ذراع وخمس مائة ذراع إلى أربعة آلاف. (نهاية)

(٩) قوله: "لما تلونا [من قوله تعالى: ﴿وإن كنتم مرضى﴾ الآية. عنايه]" هذا الكلام غير واقع في موضعه، فإن المتلو ليس إلا قوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا﴾. (مولوي محمد عبد الحي نور الله

ثمن الماء، وذلك يبيح التيمم فهذا أولى، ولا فرق بين أن يشتد مرضه[١] بالتحرك أو بالاستعمال، واعتبر الشافعي رح خوف التلف[٢]، وهو[٣] مردود بظاهر النص.

ولو خاف الجنب[٤] إن اغتسل أن يقتله البرد، أو يمرضه يتيمم بالصعيد، وهذا إذا كان خارج المصر؛ لما بينا، ولو كان[٥] في المصر، فكذلك عند أبي حنيفة رح خلافا لهما.

هما يقولان[٦]: إن تحقق هذه الحالة نادر في المصر، فلا يعتبر، وله أن العجز ثابت حقيقة، فلا بد[٧] من اعتباره.

والتيمم[٨] ضربتان: يمسح بإحداهما وجهه، وبالأخرى يديه إلى المرفقين[٩]؛ لقوله[١٠] عليه السلام: «التيمم ضربتان[١١] ضربة[١٢] للوجه

مرقده)

(١٠) قوله: "فوق الضرر" والمال خلف وقاية النفس، فكان تبعا، فلما كان الحرج مدفوعا عن الوقاية التي هي تبع لأن يكون مدفوعا عن الموقى الذي هو أصل بالطريق الأولى. (نهاية)

(١) كالمبطون. (ن)

(٢) أي تلف نفسه، أو عضوه. (ع)

(٣) قوله: "وهو مردود بظاهر النص"؛ لأن قوله تعالى: ﴿وإن كنتم مرضى﴾ يبيح التيمم لكل مريض من غير فصل. (نهاية)

(٤) قوله: "ولو خاف الجنب" ولم يذكر المحدث إذا خاف الهلاك من العضو في المصر، قال في "الأسرار": هما سواء. (عناية)

(٥) قوله: "ولو كان في المصر فكذلك" قال مشايخنا: في ديارنا لا يباح للمقيم أن يتيمم؛ لأن في عرف ديارنا أجرة الحمام تعطى بعد الخروج، فيمكنه أن يدخل الحمام، فيتعلل بالعسرة. (نهاية)

(٦) قوله: هما يقولان إلخ" منهم من جعل الخلاف بينهم في هذه المسألة ناشيا عن اختلاف زمان لا برهان بناء على أجر الحمام. (فتح القدير)

(٧) قوله: "فلا بد من اعتباره" وما قالاه من أنه نادر، قلنا: النادر إذا كان متناول النص يجب اعتباره؛ لأن عدم اعتباره بالرأي، ولا معتبر بالرأي عند وجود النص. (ملا إله داد)

(٨) قوله: "والتيمم ضربتان" فيه إشارة إلى أن من ضرب بيديه على الأرض للتيمم، فقبل أن يمسح بهما وجهه وذراعيه أحدث، ثم مسح بهما وجهه وذراعيه لا يجوز، كذا ذكر الإمام الشهيد أبو شجاع. (نهاية)

(٩) قوله: "إلى المرفقين" نفي لقول الزهري: إنه يمسح إلى الإبط، وهو رواية عن مالك رح، ولرواية الحسن

وضربة لليدين»*، وينفض(٢) يديه بقدر(٣) ما يتناثر التراب كيلا يصير(٤) مثلة(٥)، ولا بد(٦) من الاستيعاب فى ظاهر(٧) الرواية؛ لقيامه(٨) مقام الوضوء، ولهذا قالوا: يخلل(٩) الأصابع، وينزع الخاتم ليتم المسح. والحدث والجنابة(١٠) فيه سواء، وكذا الحيض(١١) والنفاس؛ لما روى(١٢)

عن أبى حنيفة رح :أنه إلى الرسغ، وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما. (ع)

(١٠) رواه الحاكم والدارقطنى بهذا الفظ.(ف)

(١١) يفيد أن الضرب ركن. (ف)

(١٢) قوله: "ضربة للوجه إلخ" وهو حجة على ابن سيرين بأنه ثلاث ضربات، ضربة للوجه، وضربة لكفيه، وضربة لذراعيه، وقيل: ضربة للوجه، وضربة للذراعين، وضربة لهما، وعلى عطاء ومكحول والأوزاعى وأحمد رح وإسحاق وابن المنذر، وعامة أصحاب الحديث، فإن الواجب عندهم ضربة واحدة للوجه واليدين والكفين. (إله داد)

* أخرجه الدارقطني والحاكم من حديث ابن عمر، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٥٩، ص٦٧، ونصب الراية ج١ ص١٥٠ (نعيم).

(٢) قوله: "وينفض [النفض تحريك الشيء ليسقط ما عليه من غبار ونحوه. ع]" لما روى عمار أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم «ضرب بكفيه الأرض ونفخ فيهما، ثم مسح بهما وجهه وكفيه». (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٣) قوله: "بقدر إلخ" فيه إشارة إلى أنه لا يقدر بمرة، كما روى عن محمد، بل إن احتاج إلى الثانى فعل، وبمرتين كما روى عن أبى يوسف، بل إن تناثر بمرة لا يحتاج إلى الثانى. (عناية)

(٤) قوله: "كيلا يصير" فيه إشارة إلى أن النفض واجب؛ لأن المثلة حرام؛ لما روى: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم ما قام خطيبا إلا نهانا عن المثلة». (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٥) قوله: "مثلة [بضم الميم وفتح اللام. غث]" المثلة ما يتمثل به فى تبديل خلقته، وتغيير هيئته، سواء كان بقطع عضو، أو تسويد وجه، أو تغييره.

(٦) قوله: "ولا بد" يعنى أن الاستيعاب شرط فى التيمم حتى إذا ترك شيئا لم يجز. (ع)

(٧) قوله: "فى ظاهر الرواية" احتراز عن رواية الحسن عن أبى حنيفة أنه قال: الأكثر يقوم مقام الكل. (عناية)

(٨) قوله: "لقيامه مقام الوضوء" والاستيعاب فى الوضوء شرط، فكذا فى ما قام مقامه. (عناية)

(٩) قوله: "يخلل الأصابع" عن محمد يحتاج إلى ثلاث ضربات: ضربة للوجه، وضربة للذراعين، وضربة لتخليل الأصابع، لكنه خلاف النص. (ف)

(١٠) قوله: "والجنابة" قد وردت فى جوازه للجنب الأحاديث الصحيحة المشهورة. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(١١) قوله: "وكذا الحيض إلخ" وقال بعض الناس: إنه لا يتيمم الجنب والحائض والنفساء، والمسألة مختلفة

أن قوما جاءوا إلى رسول الله ﷺ وقالوا: إنا قوم نسكن هذه الرمال[١]، ولا نجد الماء شهرا أو شهرين، وفينا الجنب، والحائض، والنفساء، فقال: «عليكم بأرضكم»*.

ويجوز[٢] التيمم عند أبي حنيفة ومحمد رح بكل[٣] ما كان من جنس[٤] الأرض كالتراب[٥]، والرمل، والحجر، والجص[٦]،

بين الصحابة: روى عن عمر رضى الله عنه وعبد الله بن مسعود رض وعبد الله بن عمر رضى الله عنهما "أنهم كانوا لا يبيحون التيمم للجنب"، وعن على رضى الله تعالى عنه وابن عباس رضى الله تعالى عنهما وعائشة رضى الله تعالى عنها "أنهم كانوا يبيحون التيمم للجنب"، وحاصل اختلافهم راجع إلى أن المراد من قوله: ﴿أو لا مستم النساء﴾ ماذا؟، كان عمر رضى الله عنه وعبد الله ابن مسعود وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم على المس باليد يحملونه، وكانوا يقولون: إن الله تعالى أباح التيمم للمحدث فقط، فلا يباح للجنب؛ لأن القياس أن لا يكون التيمم طهورا، وإنما عرف طهورا فى حق المحدث بخلاف القياس، والجنابة فوق الحدث، فلا يثبت طهوريته فى حقها، وعلى رضى الله عنه وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم كانوا يحملون المس على الجماع، وكانوا يقولون: إن الله تعالى أباح التيمم للجنب، كما أباح للمحدث، وأصحابنا أخذوا بقول على وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم. (نهاية)

(١٢)قوله: "لما روى إلخ" عن أبى هريرة رضى الله عنه أن ناسا من أهل البادية أتوا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم، فقالوا: إنا نكون بالرمال الأشهر الثلاثة والأربعة، ويكون فينا الجنب والحائض والنفساء، ولسنا نجد الماء، فقال: «عليكم بالأرض ثم ضرب بيده على الأرض لوجهه ضربة واحدة ،ثم ضرب ضربة أخرى فمسح بها على يديه إلى المرفقين»، أخرجه أحمد. (ف)

(١) رمل بالفتح بمعنى ريگ. (غث)

* أخرجه أحمد من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث ٦٠، ص٦٩ ، ونصب الراية ج١ ص١٥٦(نعيم).

(٢) قوله: "ويجوز التيمم إلخ" شرع فى بيان ما يصح به التيمم فقال: ويجوز التيمم إلخ. (نهاية حاشية هداية)

(٣) قوله: "بكل ما كان من جنس الأرض" قيل: هو ما لا يحترق ولا يصير رمادا بالنار، ولا يلين ولا ينطبع، قلت: ذكر فى "المحيط" أن التيمم بالرماد لا يجوز مع أن الرماد لا يحترق ولا يصير رماداً ثانيا، وكذا لا يلين ولا ينطبع، إلا أن يقال: الرماد محترق؛ لأنه شيء قد قبل الاحتراق، وإن لم يبقَ قابلا له بعد ما قبله بالفعل، والمراد بقوله: ما لا يحترق ما لا يقبل الاحتراق، لا بالفعل ولا بالصلاحية، فيخرج الرماد؛ ولأنه قبل الاحتراق بالفعل. (ملا إله داد)

(٤) قوله: "من جنس الأرض" ههنا لطيفة، وهى أن الله تعالى خلق درة ونظر إليها فصارت ماء، ثم تكاثف منه، فصار ترابا، وتلطف منه، فصار هواء، وتلطف منه فصار نارا، فكان الماء أصلا ذكره المفسرون، وهو منقول عن التوراة، فإذا تعذر الطهارة بالأصل انتقل إلى التبع ، وأقيم مقامه، والنبات كالشجر ونحوه، والمعدنى كالحديد ليس بتبع للماء وحده، حتى يقوم، ولا للتراب كذلك حتى يقوم مقامه، وإنما هو مركب من

والنورة[١]، والكحل[٢]، والزرنيخ[٣].

وقال[٤] أبو يوسف رح: لا يجوز إلا بالتراب والرمل، وقال الشافعي رح: لا يجوز إلا بالتراب المنبت، وهو رواية عن أبي يوسف رح؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيْدًا طَيِّبًا﴾ أى ترابا منبتا، قاله ابن عباس رض[٥]، غير أن أبا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذى رويناه[٦].

ولهما: أن الصعيد[٧] اسم[٨] لوجه الأرض، سمى به لصعوده[٩]، والطيب[١٠] يحتمل الطاهر[١١]، فحمل عليه؛ لأنه أليق بموضع[١٢] الطهارة،

العناصر الأربعة. (عناية)

(٥) قوله: "كالتراب إلخ" وكذا باليا قوت والفيروزج والزمرد؛ لأنها أحجار مضيئة، ولا يجوز التيمم باللؤلؤ، ولو مسحوقا والزجاج المتخذ من الرمل، وشيء آخر، والماء المنجمد والمعادن إلا أن تكون فى محلها، أو مختلطة بالتراب. (م ج)

(٦) بالفتح وتشديد صاد مهملة معرب گچ. (غث)

(١) قوله: "والنَورة" بالفتح يعنى چونه، قلعى.

(٢) سُرمه.

(٣) بالكسر: هڑتال. (غث)

(٤) رجع عنه إلى أنه لا يجوز إلا بالتراب الخالص. (ع)

(٥) قوله: "قاله ابن عباس" فإن قلت: تأويل الصحابى ليس بحجة بالإجماع، إنما الخلاف فى مذهبه، قلت: لم يذكره احتجاجا، بل تعويلا كأنه قال: المراد بالطيب ههنا المنبت؛ لأنه احتمل الطاهر والمنبت، غير أن المنبت متيقن؛ لأنه مراد بكل حال، أما لو أريد المنبت فظاهر، وأما لو أريد الطاهر، فلأنه يتناول المنبت وغيره، وكان المنبت متيقنا، فيؤخذ به، وترك المحتمل كيف؟ وقد روى عن ابن عباس أنه أراد بالطيب المنبت، ولو لم ينقل ذلك عنه لقلنا به، فكيف إذا نقل عنه. (د)

(٦) من قوله: «عليكم بأرضكم». (عناية)

(٧) فعيل بمعنى فاعل أو مفعول. (د)

(٨) قوله: "اسم لوجه الأرض" قال النبى ﷺ: «تحشر العلماء فى صعيد واحد كأنما سبيكة فضة فيقول الله: يا معشر العلماء إنى لم أضع علمى فيكم إلا لعلمى بكم، وإنى لم أضع حكمتى فيكم وأنا أريد أن أعذبكم انطلقوا مغفورا لكم »فدل على أن الصعيد هو الأرض». (نهاية)

(٩) قوله: "لصعوده [إشارة أنه فعيل بمعنى فاعل. عناية]" أى لارتفاعه يقال: صعد على الجبل أى ارتفع. (ملا إله داد)

(١٠) فى الآية.

أو هو[١] مراد[٢] بالإجماع.

ثم لا يشترط أن يكون عليه غبار عند أبي حنيفة رح[٣]؛ لإطلاق[٤] ما تلونا[٥]، وكذا يجوز بالغبار[٦] مع القدرة[٧] على الصعيد عند أبي حنيفة ومحمد رح؛ لأنه[٨] تراب رقيق.

والنية فرض في التيمم، وقال زفر رح: ليس بفرض؛ لأنه خلف[٩] عن

(١١) كما في قوله تعالى: ﴿حلالا طيبًا﴾ (عناية)

(١٢) قوله: "بموضع الطهارة" ألا يرى أنه لو كان التراب المنبت نجسا، لما جاز التيمم به إجماعًا، نعلم أن الإنبات ليس له أثر في هذا الباب، ومما يؤيده قوله تعالى: ﴿ولكن يريد ليطهركم﴾. (ع)

(١) قوله: "أو هو مراد بالإجماع" رد إما لضعفها؛ إذ لا دليل على إجماعها سوى اشتراط الطهارة إجماعا، وهو لا يصلح دليلا؛ لجواز أن يكون اشتراطه بدليل دلالة النص، وكيف يصح دعوى الإجماع؟ وأبويوسف رح أراد المنبت، ولا عموم للمشترك، فلا يمكنه أن يريد به الطاهر، أو لأن إرادة الطاهر لم ينقل من الخصم، فاحتمل أنه اشترط الطهارة بعبارة النص، فحينئذ كان الطاهر مرادا بالإجماع، واحتمل أنه اشترطها بدليل آخر، فحينئذ كان الطاهر مرادًا؛ لأنه أليق بموضع الطهارة. (حاشية ملا إله داد)

(٢) قوله: "مراد بالإجماع" فيجب أن لا يكون المنبت مرادا؛ لأن الطيب اسم مشترك بينهما. (نهاية)

(٣) قوله: "عند أبي حنيفة رح" وعند محمد في احدى الروايتين عنه. (عناية)

(٤) قوله: "لإطلاق ما تلونا" من قوله تعالى: ﴿فتيمموا صعيدا طيبا﴾، فلا فصل بين أن يكون غبارا، وبين أن لا يكون. (د)

(٥) قوله: "ما تلونا" وفي رواية أخرى عنه، وهو قول أبي يوسف والشافعي وأحمد: لا يجوز بدون الغبار؛ لقوله تعالى: ﴿فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ أي من التراب، وهو كما ترى يوجب المسح بشيء من الأرض؛ لكون كلمة من للتبعيض.

والجواب أن الضمير يجوز أن يعود إلى الحدث، أو يحمل من على ابتداء الغاية. (عناية)

(٦) بأن نفض ثوبه وتيمم بغباره. (نهاية)

(٧) قوله: "مع القدرة إلخ" وعند أبي يوسف رح لا يجوز مع القدرة، ووجهه أن الغبار ليس بتراب خالص، ولكنه تراب من وجه، والمأمور به التيمم بالصعيد، فإن قدر عليه لم يجز إلا بالصعيد، وإن لم يقدر، فحينئذ يتيمم بالغبار، كما أن العاجزعن الركوع والسجود يصلي بالإيماء، وهما احتجا بحديث ابن عمر فإنه كان مع أصحابه في سفر ومطر، فأمرهم أن ينفضوا لبودهم وسروجهم وتيمموا بغبارها. (نهاية)

(٨) قوله: "لأنه تراب" إذ من نفض ثوبه يتأذى جاره من التراب إلا أنه رقيق، فكما يجوز بخشن منه على كل حال كذلك برقيق منه، كذا في "المبسوط"، وذكر المصنف في التجنيس: إذا تيمم بغبار الثوب النجس لا يجوز إلا إذا وقع التراب بعد ما جف الثوب؛ لأنه حينئذ يكون الغبار طاهرا، ثم الشرط في التيمم في الغبار هو المسح بيده بالغبار، لا مجرد إصابة الغبار مع النية ذكره في "الذخيرة". (نهاية)

(٩) قوله: "خلف" لأن الخلف هو ما لا يجوز الإتيان به إلا عند عذر وجد في الأصل، وما نحن فيه

الوضوء، فلا يخالفه(١) في وصفه(٢).

ولنا: أنه ينبئ(٣) عن القصد، فلا يتحقق دونه، أو جعل(٤) طهورا في حالة مخصوصة، والماء(٥) طهور بنفسه(٦) على ما مر. ثم إذا نوى الطهارة أو استباحة الصلاة أجزأه(٧)، ولا يشترط نية التيمم للحدث أو للجنابة، هو الصحيح من المذهب(٨). فإن تيمم نصراني يريد به الإسلام، ثم أسلم، لم يكن متيمما عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: هو متيمم؛ لأنه نوى قربة(٩) مقصودة، بخلاف(١٠) التيمم لدخول المسجد ومس المصحف؛ لأنه ليس بقربة مقصودة.

كذلك. (عناية)

(١) قوله: "فلا يخالفه [فلو لم يصح التيمم بدونها كان الخلف مخالفا لأصله، وهو لا يجوز لخروجه عن الخلفية. عناية]" في وصفه، فعلى هذا لو هبت الريح بالتراب، فأصاب أعضاء التيمم يجب أن يكون مطهرا عند زفر. (حاشية ملا إله داد)

(٢) أي في وصف الصحة. (عناية)

(٣) لغة. (ف)

(٤) قوله: "أو جعل [دليل آخر. ع] إلخ" قال شيخ الإسلام: الشرع جعل التراب طهورا بشرط عدم الماء، أو بشرط أن يكون التيمم للصلاة، فكما لا يفيد التيمم الطهارة عند وجود الماء، فكذا لا يفيد حال عدم النية، وإنما قلنا ذلك لأن قوله تعالى: ﴿فتيمموا صعيدا طيبا﴾ بناء على قوله تعالى: ﴿وإذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا﴾ إلخ، والمراد به فاغسلوا للصلاة، فكذا قوله: ﴿فتيمموا﴾. (نهاية)

(٥) قوله: "والماء طهور بنفسه" جواب سؤال مقدر تقريره أن الماء أيضًا في الآية جعل طهورا في حالة مخصوصة، كما ذكرتم، فكان الواجب أن يكون النية شرطا فيه. (عناية)

(٦) أي عامل بطبعه. (ع)

(٧) قوله: "أجزأه" وهذا عندنا وعند الشافعي لا بد من نية استباحة الصلاة، أو غيرها مما يفتقر إلى الطهارة، ولا يجوز نية الطهارة؛ لأنها رفع الحدث والتيمم لا يرفعه. (ملا إله داد)

(٨) قوله: "من المذهب" احتراز عمّا قال به أبو بكر الرازي فإنه كان يقول: يحتاج إلى نية التيمم للحدث، أو للجنابة. (عناية)

(٩) قوله: "قربة مقصودة" أما كونها قربة، فلأن الإسلام أعظم القرب، وأما كونها مقصودة، فلأن المراد بها ههنا ما لا يكون في ضمن شيء آخر كالشروط، وإذا كان كذلك صح تيممه. (عناية)

(١٠) فإنه لا يكون متيمما. (ع)

ولهما: أن التراب ما جعل طهورا إلا في حال[١] إرادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة، والإسلام قربة مقصودة يصح[٢] بدونها، بخلاف[٣] سجدة التلاوة؛ لأنها قربة[٤] مقصودة لا تصح بدون الطهارة.

وإن توضأ لا يريد به الإسلام، ثم أسلم فهو[٥] متوضئ، خلافا للشافعي رحمه الله، بناء[٦] على اشتراط النية، فإن تيمم مسلم، ثم ارتد -والعياذ بالله- ثم أسلم فهو على تيممه.

---

(١) قوله: "حال إرادة قربة مقصودة إلخ" فإن قلت: التيمم لمس المصحف، ودخول المسجد جائز، وليسا بقربتين مقصودتين؛ إذ المقصود من المس القراءة، ومن الدخول الصلاة، قلت: بأن المراد بالقربة المقصودة هي أن لا تكون تابعة لعبادة أخرى وجوبا وسقوطا كالوضوء. (إله داد)

(٢) قوله: "يصح بدونها" ولو كان لا يصح بدونها لكان الكافر أهلا للتيمم، ويصح تيممه بنية الإسلام كتيمم المسلم بنية الصلاة. (د)

(٣) قوله: "بخلاف سجدة التلاوة إلخ" قلت في "المنية" وشرحها: تيممه لدخول مسجد، ومس مصحف مع وجود الماء ليس بشيء، بل هو عدم؛ لأنه ليس بعبادة يخاف فوتها، لكن في القهستاني عن "المختار": المختار أنه يجوز مع الماء لسجدة التلاوة، لكن سيجيء تقييده بالسفر، لا الحضر، ثم رأيت في الشرعة وشروحها ما يؤيد كلام البحر من أنه يجوز لكل ما لا يشترط له الطهارة، قال: فظاهر البزازية جوازه لتسع مع وجود الماء، وإن لم تجز الصلاة به.

قلت: بل لعشر بل أكثر لما مر من الضابط أنه يجوز لكل ما لا يشترط له الطهارة، ولو مع وجود الماء، وأما ما تشترط له الطهارة، فيشترط فقد الماء كتيمم لمس مصحف، فلا يجوز لواجد الماء.

وأما للقراءة: فإن كان محدثا فكالأول، أو جنبا فكالثاني، وقالوا: لو تيمم لدخول المسجد، أو القراءة، ولو من مصحف، أو مسه، أو كتابته، أو تعليمه، أو زيارة القبور، أو عيادة مريض، أو دفن ميت، أو أذان، أو إقامة، أو إسلام، أو سلام، أو رده لم تجز الصلاة به عند العامة بخلاف صلاة جنازة، أو سجدة تلاوة. (فتاوى شيخنا خير الدين الرملي). قلت: وظاهره أنه يجوز فعل ذلك. (در مختار)

(٤) قوله: "لأنها قربة مقصودة" فإن قلت: لو كانت سجدة التلاوة قربة مقصودة لصح النذر بالسجدة المجردة؛ لأن كل ما هو عبادة مقصودة، فالنذر بمثله صحيح، وقد صرح الإمام فخر الإسلام في "أصوله" أنها ليست بمقصودة، واستدل عليه بعض المشايخ بعدم صحة النذر به.

أجيب بأن النذر إنما لا يصح بالعبادة المقصودة الواجبة علينا عند أبي حنيفة رحمه الله، فلا يلزم بالنذر ضرورة، إذا النذر هو إيجاب النفل، فما لم يكن مشروعا بطريق النفل لم يصح إيجابه بالنذر. (حاشية ملا إله داد)

(٥) قوله: "فهو متوضئ" لأن النية فيه ليست بشرط عندنا، فعدم أهليته لا يضر، وقال الشافعي: ليس بمتوضئ؛ لأن النية شرط، وهو ليس من أهله. (عناية)

(٦) دليل الشافعي ويفهم منه دليلنا. (ع)

وقال زفر رح: يبطل تيممه[١]؛ لأن الكفر ينافيه، فيستوى[٢] فيه الابتداء والانتهاء[٣] كالمحرمية[٤] فى النكاح.

ولنا[٥]: أن الباقى[٦] بعدالتيمم صفة كونه طاهرا، فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه[٧]، كما لو اعترض على الوضوء، وإنما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم[٨] النية منه.

وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء؛ لأنه[٩] خلف عنه فأخذ[١٠]

(١) قوله: "يبطل تيممه" لأن الكفر ينافيه، وذلك لأن الشارع جعل التراب طهور المسلم، فلا يكون طهورا فى حق الكافر، قلنا: نعم، إن التراب طهور المسلم، وهو قد كان مسلما حين استعمله فوقع مطهرا. (د)

(٢) قوله: "فيستوى فيه الابتداء إلخ" فكما لا يصح ابتداء التيمم، وهو كافر، فلا يصح بقاءه مع الكفر. (فتح القدير)

(٣) قوله: "والانتهاء" اعترض ههنا بأن الكفر ينافى التيمم باعتبار كونه عبادة، وكونه عبادة إنما هو بالنية، وهى ليست بشرط عند زفر، فيكون اعتراض الكفر عليه كاعتراضه على الوضوء، وأجيب بأنه روى عن زفر فى رواية أخرى اشتراط النية للتيمم، وقيل: المنافاة بينهما باعتبار عدم الأهلية؛ لأنه شرع للصلاة، والكافر ليس بأهل لها، فكان فعله كفعل البهيمة، فيكون تيممه باطلا، نوى أو لم ينو. (ع)

(٤) قوله: "كالمحرمية فى النكاح" كما تمنع ابتداء النكاح تمنع بقاءه حتى لو كان الزوجان صغيرين، فأرضعتها امرأة ارتفع النكاح، أو كبيرين فمكنت الزوجة ابن زوجها عن نفسها ارتفع بعد الثبوت، والأصل أن كل صفة منافية لحكم يستوى فيها الابتداء والبقاء، إلا أن يخرج شيء بالنص كبقاء الصلاة عند سبق الحدث، حتى جاز البناء. (ف)

(٥) حاصله تسليم الأصل المذكور، ومنع صدقه فى المتنازع فيه. (ف)

(٦) أى ليس التيمم نفسه باقيًا حتى يرتفع بورود الكفر. (ف)

(٧) قوله: "لا ينافيه" فإن قيل: أليس أن الردة تحبط عمله لقوله تعالى: ﴿ومن يكفر بالإيمان فقد حبط عمله﴾، ووضوءه وتيممه من عمله، قلنا: الردة تحبط ثواب العمل، وذلك لا يمنع زوال الحدث كمن توضأ رياء زال الحدث، وإن كان لا يثاب على عمله، كذا فى "المبسوط". (ن)

(٨) قوله: "لعدم النية منه" أى ليس التيمم فى نفسه منافى الكفر، وإنما ينافيه شرطه، وهو النية، وهو ليس أهلا له. (ف)

(٩) قوله: "لأنه خلف عنه" وحكم الخلف يجب أن يكون متحدا مع الأصل. (ملا إله داد)

(١٠) قوله: "فأخذ حكمه" فإن قلت: قد خالف فى النية، فإنها شرط فى التيمم عندنا دون الوضوء، أجيب بأن التيمم خلف عن الوضوء المأمور به، والنية شرط فى الوضوء المأمور به الذى هو عبادة، فلا يكون الخلف مخالفا للأصل، وبأن التيمم إنما يصير خلفا عن الوضوء فى حال إرادة الصلاة، لا مطلقًا، وبعد ما أراد الصلاة لا يحتاج إلى النية. (ملا إله داد)

حكمه، وينقضه[١] أيضًا رؤية[٢] الماء إذا[٣] قدر على استعماله؛ لأن القدرة هى المراد بالوجود الذى[٤] هو غاية[٥] لطهورية[٦] التراب، وخائف السبع، والعدو[٧]، والعطش[٨] عاجز[٩] حكما[١٠]، والنائم[١١] عند[١٢]

(١) قوله: "وينقضه أيضًا" مقتضاه أن كل ما ينقض الوضوء ينقض التيمم، وشيء آخر أيضًا ينقضه، وهو رؤية الماء، وليس الأمر كذلك، غير أن الوضوء يفيد طهارة مطلقة، والتيمم طهارة مقيدة بقيد وقت عدم رؤية الماء، وبعد ما رأى الماء ظهر أثر الحدث السابق، وينتهى عمل التراب. (إله داد)

(٢) قوله: "رؤية الماء" إضافة النقض إلى رؤية الماء مجاز؛ لما أن الناقض هو الحدث السابق. (نهاية)

(٣) قوله: "إذا قدر على استعماله" لأنه إذا قدر عليه، ولكن لم يقدر على استعماله، فوجوده كعدمه. (مجمع الأنهر)

(٤) قوله: "الذى هو غاية" سماه غاية من حيث المعنى إذ ليس فى لفظ الكتاب العزيز ما يدل على ذلك، والمذكور فى الحديث قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ما لم يجد الماء»، وكلمة ما للمدة أى ما دام أنه غير واجد للماء، ولكن معناهما يلتقيان فى أن الحكم بعد ذلك الوقت يخالف ما قبله، فسمّى باسم الغاية، قيل: لا يلزم من انتهاء الطهورية انتهاء الطهارة الحاصلة بالتراب كالماء، فإنه يصير نجسا بالاستعمال، وينتهى طهوريته، ويبقى الطهارة الحاصلة منه. (عناية)

(٥) فى قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج». (ف)

(٦) قوله: "لطهورية التراب" وتوقيت الطهورية به يشعر بكونها ضرورية ومتى كانت ضرورية كانت الطهارة الحاصلة بها ضرورية أيضًا، فيتقدر بقدر الضرورة، وقد انتهت الضرورة برؤية الماء، فينتهى الطهارة، فاندفع ما قيل عليه. (د)

(٧) قوله: والعدو" قلت: يجب أن يكون الإعادة بالوضوء على الخائف من العدو بعد زوال العذر؛ لما أن العذر جاء من قبل العباد، وقد ذكر المصنف فى التجنيس، والإمام الولوالجى فى "فتاواه": رجل أراد أن يتوضأ، فمنعه إنسان عن التوضئ، قيل: ينبغى أن يتيمم ويصلى، ثم يعيد الصلاة بعد زوال ذلك عنه؛ لأن هذا عذر جاء من قبل العباد، فلا يسقط عنه فرض الوضوء، كالمحبوس فى السجن إذا وجد التراب طاهرا، ولم يجد الماء يتيمم ويصلى، فإذا خرج يعيد، فكذا هذا. (نهاية)

(٨) : "والعطش" على نفسه أو دابته أو رفيقه. (ف)

(٩) قوله: "عاجز" لأن صيانة النفس أوجب من صيانة الطهارة بالماء، فإن لها بدلا، ولا بدل للنفس، ولأن هذا فى معنى المريض بجامع خوف الفوات، وفى حق المريض التيمم منصوص عليه، فألحق هذا به. (ن)

(١٠) قوله: "حكما" وكذا إذا خاف الجوع بأن كان محتاجا إلى الماء للعجين، أما إن احتاج إليه للمرقة، فلا يتيمم. (ف)

(١١) قوله: "والنائم" يعنى من لم يكن مضطجعا، ولا مستندا فى المحمل، فإنه إذا كان كذلك، ينتقض تيممه بالنوم. (ع)

(١٢) قوله: "عند أبى حنيفةرح" فى "فتاوى قاضيخان": متيمم مر على الماء نائما ذكر فى بعض الروايات أن على قول أبى حنيفة ينتقض تيممه، ثم قال: وقيل: ينبغى أن لا ينتقض عند الكل؛ لأنه لو تيمم، وبقربه ماء

أبي حنيفة رحمه الله قادر[١] تقديرا[٢]، حتى لو مر النائم المتيمم على الماء بطل تيممه عنده، والمراد[٣] ما يكفي للوضوء[٤]؛ لأنه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء. ولا يتيمم إلا بصعيد[٥] طاهر؛ لأن الطيب أريد[٦] به الطاهر، ولأنه آلة التطهير، فلا بد[٧] من طهارته في نفسه كالماء.

ويستحب لعادم[٨] الماء وهو يرجوه[٩] أن يؤخر[١٠] الصلاة إلى آخر

لا يعلم به يجوز تيممه عند الكل. (نهاية)

(١) قوله: "قادر تقديرًا" لأنه عجز عن استعمال الماء بعذر من العباد، فلا يعتبر، ولأن النوم باطن، فلا يوقف عليه، فقد يتعلق الحكم بالسبب الظاهر، وهو المرور على الماء، ولأن النوم في حالة السفر على وجه لا يشعر بالماء في غاية الندرة، فلم يعتبر نومه. (ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٢) قوله: "تقديرًا [حكما. ع]" واعلم أنهم قالوا: لو صلى بتيمم، ثم طلع عليه رجل معه ماء، فإن غلب على ظنه أنه يعطيه يطلب، وإن غلب أنه لا يعطيه مضى على صلاته. (ف)

(٣) قوله: "المراد" يعني في قوله: "وينقضه أيضًا رؤية الماء "ما يكفي للوضوء، فلو وجد المتيمم ماء، فتوضأ به فنقص عن إحدى رجليه إن كان غسل كل عضو ثلاثًا، أو مرتين انتقض تيممه، وإن مرة لا ينتقض؛ لأنه في الأول وجد ماء يكفيه؛ إذ لو اقتصر على أدنى ما يتأدى به الفرض كفاه بخلاف الثاني، وقال الشافعي: لا يجوز مع وجود الماء القليل، حتى يستعمله فيفنيه، ثم يتيمم؛ لأن قوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء﴾ يفيده؛ لأنه نكرة وقع في سياق النفي، وصار كما إذا وجد ماء يكفي لإزالة بعض النجاسة الحقيقية، أوثوبا يستربعض عورته. ولنا أن المراد في النص ماء يكفي لإزالة المانع؛ لأنه سبحانه أمر بغسل الأعضاء الثلاثة، والمسح بالماء، ثم نقل إلى التيمم عند عدمه بقوله: ﴿فلم تجدوا ماء﴾، فبالضرورة يصير التقدير فاغسلوا وامسحوا بالماء، فإن لم تجدوا ماء تغسلون به وتمسحون ما عينته عليكم فتيمموا، والقياس على النجاسة الحقيقية والعورة فاسد؛ لأنهما يتجزيان. (ف)

(٤) قوله: "للوضوء" أي لحصول الطهارة فيتناول ما كان جنبا أيضًا. (إله داد)

(٥) قوله: "إلا بصعيد طاهر" وعن هذا قلنا: إن الأرض إذا تنجست،ثم جفت لا يجوز التيمم بها، ويجوز الصلاة عليها؛ لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «زكاة الأرض يبسها» إلا أن اشتراط الطهارة في التيمم، إنما ثبت بعبارة النص، فلا يعارضه خبر الواحد، وأما اشتراط الطهارة في مكان الصلاة، فثبت بدلالة النص، فيعارضه خبر الواحد. (نهاية)

(٦) أي في قوله تعالى: ﴿فتيمموا صعيدا طيبا﴾. (نهاية)

(٧) قوله: "فلا بد من طهارته في نفسه" قد يشكل بأن الشيء يطهر عن المحل نجاسة أخرى مع كونه نجسا بنفسه ألا يرى أن البول لو غسل به الثوب النجس يطهر الثوب عن تلك النجاسة، ويبقى نجاسته. (ملا إله داد)

(٨) قوله: "لعادم الماء" ليس احترازا عن غير عادم الماء، بل هو احتراز عن قول الشافعي رحمه الله. (عناية)

(٩) لأنه إذا كان لا يرجوه لا يؤخر الصلاة. (نهاية)

(١٠) قوله: "أن يؤخر الصلاة" قيل: هذه المسألة يدل على أن الصلاة في أول الوقت أفضل عندنا أيضًا إلا إذا تضمن التأخير فضيلة لا تحصل بدونه، كتكثير الجماعة، وأداء الصلاة بأكمل الطهارتين. (نهاية)

الوقت، فإن وجد الماء يتوضأ، وإلا تيمم وصلى؛ ليقع الأداء بأكمل الطهارتين[١]، فصار كالطامع[٢] فى الجماعة.

وعن أبى حنيفة رح وأبى يوسف رح فى غير رواية الأصول[٣] أن التأخير حتم؛ لأن غالب الرأى كالمتحقق[٤]، وجه الظاهر أن العجز ثابت حقيقة، فلا يزول حكمه إلا بيقين[٥] مثله.

ويصلى بتيممه[٦] ما شاء[٧] من الفرائض والنوافل، وعند[٨] الشافعى رحمه الله تعالى يتيمم لكل[٩] فرض؛ لأنه طهارة[١٠] ضرورية،

---

(١) قوله: "بأكمل الطهارتين" كأنه أراد بأكملهما وصفا، لا ذاتا، فلا يرد أن الوضوء لما كانت أكمل الطهارتين وجب أن لا يصح إمامة المتيمم للمتوضئ لامتناع بناء القوى على الضعيف، وذلك لأن كمال صلاة المقتدى وصفا لا يمنع من البناء، حتى إن المقتدى إذا أتى بجميع مكملات الصلاة من الواجبات والسنن والآداب، ولم يأت الإمام بشيء منها صح الاقتداء إلخ. (د)

(٢) قوله: "كالطامع فى الجماعة" ليس احترازا عن غير الطامع، بل هو إلزام على الشافعى؛ لأن مذهبه أن التأخير مستحب إذا كان طامعا للجماعة. (عناية)

(٣) من رواية "النوادر" و "الهارونيات". (ع)

(٤) قوله: "كالمتحقق" لما سمى الله تعالى غالب الرأى علما فى قوله تعالى: ﴿فإن علمتوهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار﴾ الآية (نهاية).

قوله: "كالمتحقق" أقول: أراد بالمتحقق الموجود، وتقدير العبارة هكذا: لأن ما بغالب الرأى كالمتحقق يعنى أن ما بغالب الرأى، وهو وجود الماء، وملاقاته كالموجود بالفعل، فإذا كان موجودا بالفعل لا يجوز التيمم، فكذا ههنا لا يجوز له التيمم، وليس المراد منه المتيقن حتى يرد ما أورده مولانا عبد العزيز رح على ما نقله صاحب "العناية" ما ملخصه: أنه يقتضى أن لا يجوز التيمم إذا كان حصول الماء متيقنا مع أنه صرح المصنف فى الأوائل أن الخارج من المصر إذا كان البعد من الماء بقدر الميل أو أكثر يجوز له التيمم، والله أعلم. (ع)

(٥) قوله: "إلا بيقين [وغالب الرأى كالمتيقن. إله داد] مثله" فإن قلت: يشكل بما إذا غلب على ظنه أن بقربه ماء حيث يجب له الطلب، ولا يجوز له التيمم مع أن العجز ثابت حقيقة، أجيب بأنه مغالطة؛ لأن الماء إذا كان بقربه بظنه كان واجدا للماء أى قادرا على استعماله. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٦) ما لم يجد الماء أو يحدث. (ع)

(٧) فى وقت واحد أو أوقات متعددة. (ع)

(٨) قوله: "وعند الشافعى رحمه الله تعالى" الخلاف يبتنى تارة على أنه رافع للحدث عندنا، مبيح عنده لا رافع، وتارة على أنه طهارة ضرورية عنده مطلقة عندنا، كما اقتصر عليه المصنف. (ف)

(٩) قوله: "لكل فرض" قيد به لأنه يجيز النوافل المتعددة بالتيمم الواحد تبعية للفرض. (ف)

(١٠) قوله: "لأنه طهارة ضرورية" وأن الحاجة إلى الفرائض تزول بفرض واحد، ولا يتجدد حاجة أخرى

ولنا أنه طهور(١) حال عدم الماء، فيعمل عمله ما بقي شرطه.

ويتيمم(٢) الصحيح في المصر(٣) إذا حضرت(٤) جنازة والولي غيره، فخاف(٥) إن اشتغل بالطهارة(٦) أن تفوته(٧) الصلاة؛ لأنها لا تقضى، فيتحقق(٨) العجز. وكذا من حضر العيد فخاف إن اشتغل بالطهارة أن يفوته العيد يتيمم؛ لأنها لا تعاد، وقوله الولي غيره، إشارة(٩) إلى أنه لا يجوز للولي، وهو(١٠) رواية الحسن عن أبي حنيفةرح، هو الصحيح(١١)؛ لأن للولي حق الإعادة، فلا فوات في حقه.

إلا بمجيء وقت آخر بخلاف النوافل. (نهاية)

(١) قوله: "أنه طهور" أي التراب طهور بشرط عدم الماء بالنص، وكل ما هو طهور بشرط يعمل عمله ما بقي شرطه كالماء، فإنه طهور بشرط كونه طاهرا، فيعمل عمله ما دام شرطه موجودا. (عناية)

(٢) قوله: "ويتيمم الصحيح إلخ" وكذا إذا حضرت صلاة العيد، وهذا عندنا، وقال الشافعي: لا يتيمم لهما؛ لأن التيمم طهور شرعا عند عدم الماء، ومع وجوده لا يكون طهورا، ولا صلاة إلا بطهور، ومذهبنا مذهب ابن عباس قال: إذا جاءتك جنازة فجئتَ على غير وضوء، وتخاف أن تفوتك تيمم وصلِّ.
ونقل عن ابن عمر في صلاة العيد مثله، وقد ورد أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم رد السلام بطهارة التيمم حين خاف الفوت بمواراة المسلم عن بصره، فصار هذا أصلا في أن كل ما يفوت لا إلى بدل يجوز أداءه بالتيمم مع وجود الماء، وصلاة الجنازة تفوت لا إلى بدل؛ لأنها لا تعاد عندنا، فكان الخلاف مبنيا على هذا الأصل، كذا في "المبسوط". (نهاية)

(٣) قوله: "في المصر" احتراز عن المفازة؛ لأن التيمم فيها جائز، وليا كان أو غيره؛ لعدم الماء فيها غالبًا. (ع)

(٤) لأن الوجوب إنما هو بالحضور. (ع)

(٥) لأنه إذا لم يخف الفوت لا يجوز. (ع)

(٦) قوله: "بالطهارة" أي بالوضوء صرفا للطهارة إلى المعهود، أو المطلق إلى الكامل. (إله داد)

(٧) قوله: "أن تفوته الصلاة" يشير إلى أن المرخص هو خوف فوت كل الصلاة. (د)

(٨) قوله: فيتحقق العجز" ثم إذا صلى وحضرت أخرى خاف فوتها كذلك كان له أن يصلي بذلك التيمم عندهما خلافًا لمحمدرح. (ف)

(٩) قوله: "إشارة إلخ" وفي "الذخيرة": فإن كان إماما أو كان حق الصلاة له جاز التيمم له أيضًا، وعن أبي حنيفة برواية الحسن أنه لا يجوز التيمم. (نهاية)

(١٠) أي عدم جواز التيمم. (عناية)

(١١) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن ظاهر الرواية أنه يجوز للولي أيضًا؛ لأن الانتظار فيها مكروه. (ف)

وإن أحدث الإمام، أو المقتدى فى صلاة العيد تيمم (١)، وبنى عند أبى حنيفة رح، وقالا: لا يتيمم؛ لأن اللاحق يصلى (٢) بعد فراغ الإمام، فلا يخاف الفوتَ، وله أن الخوف باقٍ؛ لأنه يوم (٣) زحمة، فيعتريه عارض يفسد عليه صلاته، والخلاف فيما إذا شرع بالوضوء، ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق (٤)؛ لأنا (٥) لو أوجبنا الوضوء يكون (٦) واجدا للماء فى صلاته فيفسد (٧).

---

(١) قوله: "تيمم وبنى إلخ" وفى "المحيط:" لو علم أنه إذا اشتغل بالوضوء لا يفرغ الإمام عن صلاته لا يجزئه التيمم. (مجمع الأنهر)

(٢) وذلك فى حكم الصلاة بالجماعة. (عناية)

(٣) أى هو يوم ازدحام، فلا يؤمن من اعتراض عارض. (عناية)

(٤) قوله: "بالاتفاق" فى "الفوائد الظهيرية" فإن كان شروعه بالتيمم، فسبقه الحدث تيمم عند أبى حنيفة رح بلا إشكال، وأما على قولهما: فاختلف المشايخ فيها، قال بعضهم: يتيمم ويبنى، كما هو قول أبى حنيفة؛ لأنه لا يمكنه التوضئ للبناء؛ لما فيه من بناء القوى على الضعيف، كما إذا وجد الماء فى خلال الصلاة يستأنفها، ولا يبنى عليها.

وقال بعضهم: لا، بل يتوضأ ويبنى، ويجوز أن يكون ابتداء الصلاة بالتيمم، والبناء بالوضوء، كما قلنا فى جنب معه ماء قدر ما يكفيه للوضوء: فإنه يتيمم ويصلى، فإذا تيمم وأحرم للصلاة، ثم سبقه الحدث يتوضأ بذلك الماء، ويبنى، كما لا يخفى. (نهاية)

(٥) قوله: "لأنا لو أوجبنا إلخ" يعنى لو كان شرع بالتيمم فى صلاة العيد، فسبقه الحدث، لو أوجبنا عليه الوضوء؛ نظرا إلى أنه لا حق، فلا فوت عليه -كان هذا الإيجاب شرعًا فرع الحكم بوجود الماء؛ إذ لا يجب الوضوء مع حكم الشرع بعدم الماء، والحكم بوجود الماء يوجب فساد الصلاة بالتيمم، وهذا بناء على أن الحكم بأنه واجد للماء بعد سبق الحدث يستلزم الحكم بأنه واجد فى الصلاة؛ إذ لا فصل بين زمانه وما قبله بشيءٍ أصلا، وقد يقال: لا يلزم ذلك؛ لأن الحكم شرعا بالعدم السابق بناء على خوف الفوت، وقد زال بسبق الحدث، فيجب أن يتغيّر الاعتبار الشرعى، فيعد قبل السبق عادمًا، وبعده واجدًا على ما هو ظاهر. (فتح القدير)

(٦) قوله: "يكون واجدا للماء" قيل فى التعليل: لو أوجبنا الوضوء فسدت صلاته برؤية الماء، فيقع الفوات، وفيه نظر ظاهر؛ إذ الانتقاض برؤية الماء لا يتحقق؛ لأن انتقاض التيمم قد وجد قبله بسبق الحدث. (ف)

(٧) قوله: "فيفسد" قيل: هذا مختار بعض المتأخرين، ومنهم من قال: يتوضأ ويبنى؛ لقدرته على الماء، والأداء لما مر أن اللاحق يصلى إلخ، وفرق بين هذا، وبين متيمم يجد الماء فى خلال الصلاة بأن التيمم ينتقض هناك بصفة الاستناد إلى ابتداء وجود الحدث عند إصابة الماء؛ لأنه يصير محدثا بالحدث السابق؛ إذ الإصابة ليست بحدث، وفى ما نحن فيه لم ينتقض التيمم عند إصابة الماء بصفة الاستناد بل بالحدث الطارئ على التيمم. (عناية)

ولا يتيمم للجمعة و إن[١] خاف الفوت لو توضأ، فإن أدرك الجمعة صلاها وإلا صلى الظهر أربعا[٢]؛ لأنها[٣] تفوت إلى خلف وهو[٤] الظهر، بخلاف العيد. وكذا[٥] إذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم،[٦] ويتوضأ ويقضى ما فاته؛ لأن الفوات إلى خلف، وهو القضاء.

والمسافر[٧] إذا نسى[٨] الماء[٩] فى رحله[١٠]، فتيمم وصلى، ثم ذكر

---

(١) وصلية.

(٢) قوله: "أربعًا" قيل: هو تأكيد وقطع لإرادة الجمعة بالظهر مجازًا. (عناية)

(٣)قوله: "لأنها [أى الجمعة. عناية] تفوت إلخ" أشار من ههنا أن كل ما يفوت لا إلى خلف صح أداءها بالتيمم عند خوف فوته، إذا اشتغل بالوضوء، سواء كان الخوف بتقصير منه بأن أخر إلى أن خاف الفوات، أو لا بتقصيره، وقد أشار فى أول الباب عند قوله: لأن التقصير يأتى من قبله إلى أن خوف الفوات لما كان بتقصير منه لا يبيح له الصلاة بالتيمم، سواء كان لها خلف أو لا، وبينهما نوع تنافر. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٤) قوله: "وهو الظهر" أطلق الخلف على الظهر مع أنه ليس بخلف؛ لأن أربع ركعات لا يكون خلفا عن اثنين، إما لأنه خلف عند البعض، وإما لأنه يتصور بصورة الخلف حيث يصير يصار إليه عند العجز عن أداء الجمعة. (ملا إله داد)

(٥) قوله: "وكذا إذا خاف إلخ" لا يقال: هذا قد وقع مكررًا؛ لأن هذا الحكم قد عرف فى أول الباب من قوله: والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لذهاب الوقت؛ لأن ذلك كان قول صاحب "الهداية"، وهذا قول القدورى، وقيل: لأنه علل بتعليل آخر، وفيه نظر. (عناية)

(٦) قوله: "لم يتيمم إلخ" بل يتوضأ ويقضيها خلافًا لزفر رح له أن التيمم إنما شرع لتحصيل الصلاة فى وقتها، فلمـ يلزمه قولهم: إن الفوات إلى خلف كلا فوات، ولم يتجه لهم سوى أن التقصير جاء من قبله، فلا يوجب الترخيص عليه، وهو إنما يتم إذا أخر لا لعذر. (فتح القدير)

(٧)قوله: "والمسافر إلخ" وذكر الإمام الزاهدى أن المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن وضعه بنفسه، ولم يطلب، أو وضعه غلامه أو أجيره، وهو لا يعلم، أو وضعه بنفسه ونسيه، ففى الأول: لا يجوز صلاته بالإجماع؛ لأن التقصير جاء من قبله حيث لم يطلب، وفى الثانى يجوز بالإجماع؛ لأن المرء لا يخاطب بفعل الغير، وإن وضعه بنفسه ثم نسيه، فهو على الاختلاف. (نهاية)

(٨) قوله: "وإذا نسى الماء" قيد المسألة بالنسيان؛ لأن فى الظن لا يجوز له التيمم بالإجماع. (نهاية)

(٩) اللام للعهد. (ف)

(١٠) قوله: "فى رحله" ولو كان الماء فى إناء فى ظهره، أو معلقا بعنقه، أو موضوعا بين يديه، ثم نسيه وتيمم لا يجزئه بالإجماع؛ لأنه نسى ما لا ينسى، فلا يعتبر نسيانه، وإن كان الماء معلقا على الإكاف، فإن كان راكبا والماء فى مؤخر الرحل يجزئه عندهما؛ لأنه نسى ما ينسى وإن كان سابقا، فإن كان الماء فى مقدم الرحل يجزئه عندهما، وإن كان فى مؤخر الرحل لا يجزئه بالإجماع، كذا ذكره الإمام المحبوبى فى "شرح الجامع

الماء لم يُعدها عند أبي حنيفة ومحمد رح، وقال(١) أبو يوسف رح: يعيدها.

والخلاف فيما إذا وضعه بنفسه، أو وضعه غيره بأمره، وذكره في الوقت وبعده سواء، له أنه واجد للماء، فصار كما إذا كان في رحله ثوب(٢) فنسيه(٣)، ولأن(٤) رحل المسافر معدن(٥) للماء عادة، فيفترض(٦) الطلب.

ولهما أنه لا قدرة بدون العلم، وهي(٧) المراد بالوجود، وماء(٨) الرحل(٩) معد للشرب، لا للاستعمال، ومسألة(١٠) الثوب على الاختلاف، ولو كان(١١) على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا إلى خلف، والطهارة بالماء تفوت إلى خلف وهو التيمم.

الصغير". (نهاية)

(١) وهو قول الشافعي رح. (ع)

(٢) فلا يجوز صلاته، والإعادة واجبة.

(٣) وصلى عريانًا، ثم تذكره.

(٤) قوله: "ولأن رحل المسافر إلخ" هذه النكتة تشير إلى أن الفصول الثلاثة، وهي ما إذا وضعه بنفسه، أو وضعه غيره بأمره، أو وضعه غيره بغير أمره، وهو لا يعلم به على الاختلاف، وهو رواية عن محمد في غير رواية الأصول. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٥) قوله: "معدن للماء" وكل ما هو معدن للماء عادة يفترض على المتيمم طلب الماء فيه. (عناية)

(٦) قوله: "فيفترض [فقولهما: لا قدرة بدون العلم لا يفيد بعد هذا التقرير. ف] الطلب" ولذا وجبت الإعادة إذاصلى بثوب نجس، أو عاريا، أو بنجاسة حقيقية ناسيا للماء، والثوب الطاهر في رحله؛ لوجود اشتراط الطلب. (ف)

(٧) كما تقدم. (عناية)

(٨) جواب عن النكتة الثانية. (عناية)

(٩) قوله: "وماء الرحل إلخ" تقريره أن رحل المسافر معدن للماء عادة للشرب، أو للاستعمال، الأول مسلم غير مفيد، والثاني ممنوع. (عناية)

(١٠) قوله: "ومسألة الثوب إلخ [جواب عن المقيس عليه. عناية]" تقريره أن الحكم فيه عندنا كذلك، فلا يصير حجة. (ع)

(١١) قوله: "ولو كان على [هذا على المفارقة. عناية] الاتفاق إلخ" يعني أن الفرق بينهما موجود، فلم لا يجوز أن يكون الحكم مضافا إلى الفارق دون المشترك، فلا يصح القياس. (ع)

وليس[١] على المتيمم طلب[٢] الماء إذا[٣] لم يغلب على ظنه أن بقربه[٤] ماء؛ لأن الغالب عدم الماء في الفلوات، ولا دليل على الوجود، فلم يكن واجدا.

وإن غلب على ظنه أن هناك ماء لم يجز له أن يتيمم حتى يطلبه؛ لأنه واجد للماء نظرا إلى الدليل[٥]، ثم يطلب مقدار الغلوة[٦]، ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته[٧]. وإن كان مع رفيقه ماء طلب منه قبل أن يتيمم؛ لعدم المنع غالبًا، فإن منعه منه يتيمم لتحقق العجز، ولو تيمم[٨] قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة رح[٩]؛ لأنه لا يلزمه الطلب من ملك الغير، وقالا[١٠]: لا يجزئه؛ لأن الماء مبذول عادة.

ولو أبى[١١] أن يعطيه إلا بثمن[١٢] المثل، وعنده ثمنه[١٣] لا يجزئه

(١) قوله: "وليس إلخ" لنا أن قوله تعالى: ﴿فلم تجدوا﴾ يقتضي عدم الوجدان مطلقًا عن قيد الطلب، فيعمل بإطلاقه. (عناية)

(٢) قوله: "طلب الماء" وقال الشافعي رح: الطلب شرط في جميع المواضع، ولو تيمم من غير طلب لا يجزئه، واحتج في ذلك بقوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء﴾، ومعناه بعد الطلب؛ إذ لا يقال لغير الطالب لم يجد. (نهاية)

(٣) قوله: "إذا لم يغلب إلخ" وقال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة عن المسافر لا يجد الماء أ يطلب عن يمين الطريق، وعن يساره، قال: إن طمع في ذلك فعل. (نهاية)

(٤) ولو علم أن بقربه ماء لم يجز له التيمم. (ع)

(٥) وهو غلبة الظن. (عناية)

(٦) الغلوة بالفتح (م): مقدار رمية سهم، وقيل: ثلاث مائة ذراع. (ع)

(٧) جمع رفيق.

(٨) قوله: "ولو تيمم قبل الطلب إلخ" لم يذكر في عامة النسخ قول أبي حنيفة في هذا الموضع، بل قيل: لا يجوز التيمم قبل الطلب إذا كان في غالب ظنه أنه يعطيه مطلقًا من غير نكير بين أصحابنا الثلاثة رح. (نهاية)

(٩) قوله: "عند أبي حنيفة رح" ذكر الاختلاف في "الإيضاح" و "التقريب" و "شرح الأقطع". (ع)

(١٠) قوله: "وقالا إلخ" وعن الجصاص لا خلاف بينهم، فمراد أبي حنيفة إذا غلب على ظنه منعه، ومرادهما إذا ظن عدم المنع. (ف)

(١١) قوله: "ولو أبى إلخ" هذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن أعطاه بمثل قيمة، أو بالغبن اليسير، أو بالغبن الفاحش، ففي الوجه الأول والثاني لا يجزئه التيمم؛ لتحقق القدرة، فإن القدرة على البدل قدرة على الماء،

التيمم؛ لتحقق القدرة ولا يلزمه[١] تحمل[٢] الغبن الفاحش[٣]؛ لأن الضرر مسقط، والله أعلم.

باب[٤] المسح على الخفين[٥]

المسح على الخفين جائز[٦] بالسنة[٧]، والأخبار[٨] فيه* مستفيضة[٩]، حتى[١٠] قيل: إن من لم يره[١١] كان مبتدعاً[١٢]، لكن[١٣] من

فيمنع جواز التيمم، كما أن القدرة على ثمن الرقبة تمنع التكفير بالصوم، وفي الوجه الثالث جاز له التيمم؛ لوجود الضرر، فإن حرمة مال المسلم كحرمة نفسه، والضرر في النفس مسقط، فكذا في المال. (عناية)

(١٢) أي بقيمة يباع مثل هذا الماء في مثل هذا الموضع بعوضه.

(١٣) فإن لم يكن معه ثمن، فهو يتيمم بالإجماع. (ن)

(١) قوله: "ولا يلزمه" وقال الحسن البصري: يلزمه الشراء بجميع ماله. (نهاية)

(٢) قوله: "تحمل الغبن الفاحش" وقال الشافعي: الزيادة على ثمن المثل تصير عذرا له في ترك الشراء قل أو كثر. (عناية)

(٣) قوله: "الفاحش" اختلف في تفسير الغبن الفاحش، ففي "النوادر" جعله بتضعيف الثمن، وقال بعضهم: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين. (عناية)

(٤) قوله: "باب المسح على الخفين" إنما عقب المسح على الخفين التيمم؛ لأن كل واحد منهما طهارة مسح، أو لأنهما بدلان عن محل الغسل، أو من حيث إنهما رخصة موقتة إلى غاية. (عناية)

(٥) قوله: على الخفين" المسح على الخفين يحتاج إلى معرفة خمسة أشياء: أحدها: معرفة أصل المسح، والثاني: معرفة مدة المسح، والثالث: معرفة خف يمسح عليه، والرابع: معرفة ما ينتقض به المسح، والخامس: معرفة صورة المسح، وستعرفها. (نهاية)

(٦) قوله: "جائز" أي للرجال والنساء عملا بالإطلاق. (ف)

(٧) قوله: "بالسنة" رد على من قال: إنه جائز بالكتاب حملا لقراءة الخفض في قوله تعالى: ﴿وأرجلكم﴾ على حالة التخفف. (ملا إله دادرح)

(٨) قوله: "والأخبار فيه إلخ" قال أبو حنيفةرح: ما قلت بالمسح حتى جاء ني فيه مثل ضوء النهار، وعنه أخاف بالكفر على من لم ير المسح على الخفين؛ لأن الآثار التي جاءت فيه في حيز التواتر، وقال أبو يوسفرح: خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته، وقال أحمد: ليس في قلبي من المسح شيء. فيه أربعون حديثا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ما رفعوا وما وقفوا، وروى ابن المنذر عن الحسن البصري قال: حدثني سبعون رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم «أنه مسح على الخفين». (ف)

* وقد جمع الحافظ ابن حجر أكثر من أربعين حديثًا في هذا الباب، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٦١، ص٧٠، ونصب الراية ج١ ص١٦٢ (نعيم).

(٩) قوله: "مستفيضة [أي شائعة مشهورة فعلا وقولا]" وممن روى المسح على الخف عن النبي صلى الله

رآه ثم لم يمسح آخذًا بالعزيمة كان[١] مأجورًا[٢]. ويجوز[٣] من كل حدث موجب[٤] للوضوء إذا لبسهما على طهارة كاملة، ثم أحدث، خصّه[٥] بحدث موجب للوضوء؛ لأنه لا مسح من الجنابة على ما نبين -إن شاء الله- وبحدث[٦] متأخر؛ لأن الخف عهد[٧] مانعا[٨]، ولو جوزناه بحدث

عليه وعلى آله وسلم أبو بكر وعمر وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وسعد والمغيرة وأبو موسى الأشعري وعمرو ابن العاص وأبو أيوب وأبو أمامة وسهل بن سعد وجابر بن عبد الله وأبوسعيد وبلال وصفوان بن عسال وعبد الله بن الحارث وسلمان وثوبان وعبادة بن الصامت ويعلى بن مرة وأسامة بن زيد وعمرو بن أمية الضمري وبريدة وأبو هريرة وعائشة رضي الله عنهم أجمعين. (ف)

(١٠) قوله: "حتى قيل إلخ" وسئل أبو حنيفة عن مذهب أهل السنة والجماعة، فقال: "هو أن يفضل الشيخين، يعني أبا بكر وعمر على سائر الصحابة، وأن يحب الختنين، يعني عثمان وعلي، و أن يرى المسح على الخفين". (نهاية)

(١١) أي لم يعتقد جوازه. (ع)

(١٢) قوله: "كان مبتدعًا" قال الشيخ أبو عمرو بن عبد البر: لم يرو عن أحد من الصحابة إنكار المسح إلا ما روي عن ابن عباس وعائشة وأبي هريرة، فأما ابن عباس وأبو هريرة فقد جاء عنهما بالأسانيد الحسان خلاف ذلك، وموافقة سائر الصحابة، وأما عائشة ففي "صحيح مسلم" أنها أحالت ذلك على علم علي، وفي رواية قالت: وسئلت عنه: ما لي بهذا علم، وما رواه محمد بن مهاجر البغدادي عنها: لأن أقطع رجلي بالموسى أحب إلي من أن أمسح على الخفين، حديث باطل نص على ذلك الحفاظ. (ف)

(١٣) استدراك من قوله: من لم يره. (عناية)

(١) قوله: "كان" باعتبار اختيار الغسل الذي هو أشق على البدن، لا باعتبار ترك المسح. (د)

(٢) قوله: "مأجورا [هذا اللفظ أتى به شيخ الإسلام في "مبسوطه"، فتابعه المصنف ونعم المتبوع. ع]" وقيل: هذه رواية خالفت روايات أصول الفقه، فإن فيها أن المسح على الخفين رخصة إسقاط كالصلاة في السفر، والعزيمة لم تبق مشروعة فيها، فكيف يؤجر على غير المشروع، أجيب بأنه إنما يكون كذلك ما دام المكلف متخففا، فأما إذا نزع خفيه، أوأحدهما وله ذلك لا محالة لحقه الغسل، فلا يجوز المسح حينئذٍ، فلم يكن من ذلك النوع، وصار ذلك كإبطال السفر للإتمام. (ع)

(٣) المسح.

(٤) قوله: "موجب للوضوء" جعل الحدث موجبًا مجازًا، فإنه ناقض للوضوء، فلا يكون موجبًا، لكنه شرط لوجوبه، فجاز أن يضاف الإيجاب إليه. (ع)

(٥) القدوري. (عناية)

(٦) معطوف على قوله: بحدث موجب للوضوء. (نهاية)

(٧) شرعًا.

(٨) لسراية الحدث، لا رافعًا للحدث؛ لأن الرافع هو المطهر والخف ليس كذلك. (ع)

سابق كالمستحاضة(١) إذا لبست ثم خرج الوقت(٢)، والمتيمم(٣) إذا لبس، ثم رأى(٤) الماء كان(٥) رافعًا. وقوله: "إذا لبسهما على طهارة كاملة" لا يفيد(٦) اشتراط(٧) الكمال وقت(٨) اللبس، بل وقت الحدث، وهو المذهب(٩) عندنا(١٠) حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم أكمل الطهارة، ثم أحدث يجزئه المسح، وهذا(١١) لأن الخف(١٢) مانع حلول الحدث بالقدم،

(١) قوله: "كالمستحاضة" أى التى سال دمها وقت الوضوء واللبس، أو وقت الوضوء دون اللبس، أو بالعكس، فإنها لا تمسح بعد خروج الوقت، وأما إذا كان منقطعا وقت الوضوء واللبس، فإنها والصحيحة سواء. (نهاية)

(٢) قوله: "ثم خرج الوقت" يفيد أن منعها من المسح بعد الوقت فقط، فتمسح فى الوقت (ف)

(٣) قوله: "والمتيمم إلخ" لأن برؤية الماء ظهر حكم الحدث السابق، فلو جاز المسح كان الخف رافعًا، وليس كذلك. (عناية)

(٤) قوله: "ثم رأى إلخ" وفى "الكافى": لو تيمم ولبس خفيه، ثم أحدث ثم وجد ماء يكفى للوضوء، يتوضأ ويغسل رجليه، ولم يجز المسح؛ لأن تيممه بطل برؤية الماء مستندا إلى الأول، فتبين أنه لبس الخف بلا طهارة كاملة هذا كلامه، وهذا مشكل لظهور أن المتيمم إذا أحدث ثم وجد الماء، إنما يبطل تيممه بالحدث، لا برؤية الماء؛ لأنه لم يكن متيممًا عند الرؤية حتى يبطل به التيمم، وانتقاض التيمم بالحدث لا يستند إلى أول الاستعمال ،صرح به القاضى الإمام فخر الدين فى فصل المسح. (حاشية ملا إله داد)

(٥) جزاء.

(٦) قوله: "لا يفيد إلخ" ليس المراد أنه لا يفيد اللفظ؛ لأنه مفيد له، بل إن القدورى لا يفيد بهذا اللفظ هذا المعنى، بل قصد به إفادة ما ذكره المصنف، وعلى هذا يكون الجار والمجرور متصلا بحدث موجب للوضوء والتقدير جائز بالسنة من كل حدث موجب للوضوء على طهارة كاملة، إذا لبسهما ثم أحدث. (ف)

(٧) قوله: "اشتراط الكمال" وتحقيقه أن اللبس فعل يحتمل الدوام، حتى يصح فيه ضرب المدة، فيكون بقاءه كابتداءه، ويسمى بقاءه لبسا، كما يسمى ابتداءه لبسا، فيصدق قوله: إذا لبسهما على طهارة كاملة. (ملا إله داد)

(٨) قوله: "وقت اللبس" أى وقت ابتداء اللبس، وإلا فحالة البقاء أيضًا لبس. (حاشية ملا إله داد)

(٩) قوله: "وهو المذهب" وعند الشافعى يشترط كمال الطهارة فى وقت اللبس، حتى لو غسل إحدى رجليه، ولبس الخف ثم لبس الآخر لا يجوز المسح عنده. (ملا إله داد)

(١٠) قوله: عندنا إلخ" الشافعى يقول: وقت اللبس حال انعقاد العلة؛ لأنه منع سراية الحدث فى وقت الحدث حال ثبوت اللبس، فيشترط الطهارة فى الطرفين، كما فى نصاب الزكاة، يشترط كماله فى طرفى الحول، ولنا أنه إنما يحتاج إلى المسح وقت الحدث، فيشترط كمال الطهارة حينئذ . (ملا إله داد)

(١١) قوله: "وهذا لأن إلخ" وأما قول الشافعى: إن اللبس حال انعقاد العلة، قلنا: ليس كذلك؛ لأن انعقاد العلة لا يتصور بدون محلها، ومحلها الحدث، لأن محل العلة هو محل حكمها، وحكمها منع الحدث. (نهاية)

فيراعى[١] كمال الطهارة وقت المنع، حتى لو كانت[٢] ناقصة عند ذلك كان الخف رافعًا. ويجوز[٣] للمقيم يوما وليلة، وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها؛ لقوله عليه السلام[٤]: «يمسح[٥] المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها»*، قال[٦]: وابتداءها[٧] عقيب[٨] الحدث؛ لأن الخف مانع سراية[٩] الحدث، فتعتبر المدة[١٠] من وقت المنع[١١].

---

(١٢) قوله: "لأن الخف إلخ" وكل ما هو مانع حلول الحدث بالقدم يراعى فيه كمال الطهارة وقت المنع عن حلول الحدث. (ع)

(١) قوله: "فيراعى كمال الطهارة" أما إذا كانت ناقصة عند الحدث يصير الخف رافعًا حدثا كان بالرجلين من حيث الحكم، وإن لم يكن من حيث الحقيقة، وهو شرع مانعا لا رافعا. (نهاية)

(٢) الطهارة. (ن)

(٣) قوله: ويجوز إلخ" ذكر في "الأسرار" قال عامة العلماء: مدة المسح مقدرة، وقال مالك: غير مقدرة ذكر من غير فصل بين المقيم والمسافر-كما ترى- وقال شيخ الإسلام في "مبسوطه": وقال مالك: بأن مدة المسح في حق المسافر غير موقت، بل يمسح كما شاء إذا لبسهما على الطهارة، وجعل هذا القول الإمام السرخسي قول الحسن البصري، قال: وكان الحسن البصري يقول: المسح يؤبد للمسافر.

واحتج من ادعى التأبيد للمسافر بحديث عمار بن ياسر قال: "قلت: يا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم! أ أمسح يومًا؟ قال: نعم، فقلت: يومين، قال: نعم، حتى انتهيت إلى سبعة أيام، فقال: إذا كنت في سفر، فأمسح ما بدا لك"، وتأويله: عندنا أن مراد النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم بيان أن المسح مؤبد غير منسوخ. (نهاية)

(٤) رواه عمر وعلي وجابر وخزيمة وصفوان وعوف بن مالك وأبو بكر وغيرهم .(عناية)

(٥) قوله: "يمسح إلخ" قلت: رواه مسلم في "صحيحه" من حديث شريح بن هانئ قال: أتيت عائشة أسألها عن مسح الخفين، فقالت: عليك بابن أبي طالب، فإنه كان يسافر مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فسألناه، فقال: «جعل رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر، ويوما وليلة للمقيم»، انتهى. (ت)

* أخرجه مسلم من حديث علي انظر الدراية ج ١ رقم الحديث ٦٢، ص ٧٧ ونصب الراية ج ١ ص ١٧٤ (نعيم)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) أي مدة المسح. (عناية)

(٨) قوله: "عقيب الحدث" لا من وقت اللبس، كما ذهب إليه الحسن البصري مستدلا، بأن جوازه بسببه، فتعتبر من وقته، ولا من حين المسح، كما ذهب إليه الأوزاعي وأبو ثور وأحمد في رواية. (عناية)

(٩) أي وصول الحدث وبلوغه إلى الرجلين. (نهاية)

(١٠) لأن ما قبل ذلك طهارة الوضوء. (ف)

والمسح على ظاهرهما(١) خطوطا(٢) بالأصابع، يبدأ(٣) من قبل الأصابع إلى الساق؛ لحديث(٤) مغيرة أن النبى عليه السلام وضع يديه على خفيه، ومدهما من الأصابع إلى أعلاهما مسحة واحدة، وكأنى أنظر إلى أثر المسح على خف رسول الله عليه السلام خطوطا بالأصابع»*، ثم المسح(٥) على الظاهر حتم(٦)، حتى لا يجوز على باطن الخف، وعقبه، وساقه؛ لأنه(٧) معدول به عن القياس، فيراعى(٨) جميع ما ورد به الشرع،

(١.١) وإنما منع من وقت الحدث. (ف)

(١) قوله: "والمسح على ظاهرهما إلخ" وقال الشافعي: المسح على ظاهر الخف وباطنه سنة، وهو قول مالك لما روى: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم مسح أعلى الخف وأسفله». (عناية)

(٢) قوله: "خطوطًا" هو منصوب على الحالية بمعنى مخطوطًا، احتراز عن قول عطاء، فإنه يقول: بتثليث المسح؛ اعتباراً بالغسل، وذلك لأن الخطوط إنما تبقى إذا مسح مرة واحدة. (عناية)

(٣)قوله: "يبدأ من قبل الأصابع" صورته أن يضع أصابع اليد اليمنى على مقدم خفه الأيمن، وأصابع اليسرى على مقدم الأيسر، ويمدهما إلى الساق فوق الكعبين، ويفرج أصابعه هذا هو الوجه المسنون، ولو مسح بإصبع واحدة ثلاث مرات، كل مرة بماء جديد على موضع جديد جاز، وإلا لا يجوز.

وفى "الخلاصة": لو وضع الكف ومدها مع الأصابع إلى الكعبين حسن، والأحسن أن يمسح بجميع اليد يعنى بأصابعها، ولو مسح بظاهر كفه جاز، وكذا برؤوس الأصابع، إذا بلغ قدر ثلاث أصابع، ويجوز ببلل بقى بيده من غسل عضو، وإن لم يكن متقاطراً، لا بما بقى من مسح، وعلله القاضى خان بأنه بلة مستعملة بخلاف الأول. (ف)

(٤) قوله: "لحديث [قلت: غريب بهذا اللفظ. ت] مغيرة إلخ" يقرب منه ما رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه": حدثنا الحنفى عن أبى عامر الخزان حدثنا الحسن عن المغيرة بن شعبة قال: «رأيت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بال ثم توضأ ومسح على خفيه ووضع يده اليمنى على خفه الأيمن ويده اليسرى على خفه الأيسر ثم مسح أعلاهما مسحة واحدة حتى أنظر إلى أصابع رسول الله ﷺ على الخفين» انتهى (تخريج زيلعى)

* أخرجه ابن أبى شيبة، انظرالدراية ج١رقم الحديث٦٣، ص٧٩، ونصب الراية ج١ ص١٨٠ (نعيم).

(٥) قوله: "ثم المسح على الظاهر" من محل الفرض، وهو مقدم الرجل إذا وجد منه قدر ثلاث أصابع، فلو قطعت إحدى رجليه، وبقى منها أقل منه، أو بقى ثلاث أصابع لكن من جانب العقب، لا من موضع المسح، فلبس على الصحيحة، والمقطوعة لا يمسح لوجوب غسل ذلك الباقى، كما لو قطعت من الكعب حيث يجب غسل الرجلين، ولا يمسح. (ف)

(٦) أى ضرورى.

(٧) قوله: "لأنه معدول به عن القياس" إذ القياس أن لا يقوم المسح الذى لا يزيل النجاسة مقام الغسل

والبداية من الأصابع استحباب[(١)] اعتبارا بالأصل، وهو الغسل.

وفرض ذلك مقدار[(٢)] ثلاث أصابع من أصابع[(٣)] اليد، وقال الكرخي رحمه الله: من أصابع الرجل[(٤)]، والأول أصح اعتبارا لآلة المسح.

ولا يجوز المسح على خف فيه خرق[(٥)] كثير يتبين[(٦)] منه قدر ثلاث أصابع[(٧)] من أصابع الرجل، وإن كان أقل من ذلك جاز، وقال زفر[(٨)]

الذى يزيلها، كما أشار إليه على رضي الله عنه: "لو كان الدين بالرأى لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره، ولكنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يمسح على ظاهر الخفين دون باطنهما". (ع)

(٨) قوله: "فيراعى جميع ما ورد به الشرع" فإن قلت: الشرع كما ورد بالمسح على الظاهر ورد بالخطط، والبداية من الأصابع، والاستيعاب إلى أعلى الرجلين، وكل ذلك ليس بحتم.

أجيب بأن حديث: «يمسح المسافر» إلخ مطلق لا يقتضى إلا مسح مقدار ثلاث أصابع، فلا يقيد بالتخطيط، والبداية من الأصابع؛ لأنه هو المشهور، فلا يقيد بأخبار الآحاد، وأما تقييده بظاهر الخف، فلأنهم أجمعوا على أن كل الخف ليس بمحل المسح، حتى لو اكتفى بالمسح على الساق لا يجوز، ولما سقط اعتبار كله محلا للمسح، وتعين البعض مرادا صار مجملا فى ذلك البعض المراد من النص، فتحقق فعله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بيانا له. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(١) حتى لو بدأ من الساق جاز أيضًا. (ع)

(٢) قوله: "مقدار ثلاث أصابع" لأن نبى الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم رأى رجلا يغسل خفيه فقال: «أما يكفيك ثلاث أصابع». (حاشية ملا إله داد)

(٣) قوله: "من أصابع اليد" فى كل رجل، فلو مسح على رجل إصبعين، وعلى أخرى قدر خمسة لم يجز، ولا فرق فيه بين إذا كان بفعله، أو بإصابة مطر. (ف)

(٤) لأن المسح يقع عليه. (عناية)

(٥) قوله: "خرق كثير" بالثاء المثلثة أو بالباء الموحدة الأول مقابل القليل، والثانى مقابل الصغير. (عناية)

(٦) قوله: "يتبين إلخ" يعنى إذا كان فى محل الفرض منفرجا، أو ينفرج عند المشى، فإن كان شقًا لا يظهر ما تحته إن كان أكثر من ثلاث أصابع، أو يظهر منه دونها، وهو أكبر منها لا يمنع، ولو كان فى الكعب لا يمنع وإن كبر، كذا فى "الاختيار"، وفى "الفتاوى": فإن كان الخرق فى موضع العقب إن كان يخرج منه أقل من نصف العقب جاز المسح عليه، وإن كان أكثر لا يجوز. (ف)

(٧) قوله "ثلاث أصابع" فى مبسوط شيخ الإسلام: فقد اعتبر فى حق الخرق ثلاث الرجل، وفى حق المسح ثلاث أصابع اليد. والفرق بينهما هو أن الخرق إذا كان مقدار ثلاث أصابع إنما منع جواز المسح؛ لأنه مما يمنع قطع السفر، والمشى إنما يتحقق من الرجل فيعتبر ثلاث أصابع الرجل، واما فعل المسح فإنها يعتبر من اليد، فاعتبر بأصابع اليد. (نهاية)

(٨) قوله: "وقال زفر إلخ" فى هذه المسألة أربعة أقوال: الأول: شمول المنع للقليل والكثير، وهو مذهب زفر والشافعى. والثانى: شمول الجواز فيهما، وهو مذهب سفيان الثورى، وقد روى عن مالك. والثالث:

والشافعي رح: لا يجوز وإن قل؛ لأنه لما وجب غسل[١] البادي يجب غسل الباقي. ولنا: أن الخفاف لا تخلو[٢] عن قليل خرق عادة، فيلحقهم الحرج في النزع، وتخلو عن الكثير، فلا حرج.

والكثير أن ينكشف قدر ثلاث أصابع الرجل أصغرها هو الصحيح[٣]؛ لأن الأصل في القدم هو الأصابع[٤] والثلاث أكثرها، فتقام مقام الكل. واعتبار الأصغر للاحتياط، ولا معتبر[٥] بدخول الأنامل إذا كان لا ينفرج عند المشي، ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة، فيجمع الخرق في خف واحد، ولا يجمع[٦] في خفين؛ لأن الخرق في أحدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر، بخلاف النجاسة[٧] المتفرقة؛ لأنه حامل للكل، وانكشاف العورة نظير[٨] النجاسة.

الفصل بين القليل والكثير، وهو قول علمائنا، وهو استحسان. والرابع: القول بغسل ما ظهر من القدم، ومسح ما لم يظهر، وهو قول الأوزاعي. (عناية)

(١) بسبب ظهوره.

(٢) وإن كان جديدا،ولهذا يدخلها التراب، (عناية)

(٣) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن المعتبر ثلاث أصابع من أصابع اليد؛ لأنه آلة المسح، وعن ما قال شمس الأئمة الحلوائي: المعتبر في الخرق أكبر الأصابع إن كان الخرق عند أكبرها وأصغرها إن كان عند أصغرها. (عناية)

(٤) ولذا قالوا: من قطع أصابع رجل إنسان يلزمه جميع الدية. (كفايه)

(٥) قوله: "ولا معتبر إلخ" ولم يذكر إذا كان يبدو قدر ثلاث أنامل من أصابع الرجل، قال بعضهم: يمنع المسح، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وقال بعضهم: لا يمنع، بل الشرط أن يبدو قدر ثلاث أصابع بكمالها، وإليه أشار شمس الأئمة الحلوائي، وقال في "النهاية": هو الأصح. (ع)

(٦) قوله: "ولا يجمع في خفين" قيل: ينبغي أن يجمع في الخفين أيضًا؛ لأن الرجلين صارتا كعضو واحد؛ لدخولهما تحت خطاب واحد، وأجيب بأنهما صارتا كعضو واحد في حق حكم شرعي، والخرق أمر حسي، فلا يكونان فيه كعضو واحد، كما في قطع المسافة، ولذا لو مد الماء من الأصابع إلى العقب جاز، ولم يظهر له حكم الاستعمال؛ لأنه عضو واحد، ولو مد الماء من إحدى الرجلين إلى الأخرى لم يجز. (عناية)

(٧) قوله: "بخلاف النجاسة" يعني إذا كان في أحد الخفين نجاسة قليلة، وفي الآخر كذلك يجمع بينهما. (عناية)

(٨) قوله: "نظير النجاسة" في أن المانع انكشاف عين العورة، وقد وجد كما أن المانع وجود النجاسة،

ولا يجوز[1] المسح لمن وجب[2] عليه الغسل؛ لحديث[3] صفوان ابن عسال رض[4] أنه قال: «كان[5] رسول الله ﷺ يأمرنا إذا كنا سفرا[6] أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها إلا عن جنابة[7]، ولكن عن بول، أو غائط، أو نوم» ولأن الجنابة[8] لا تتكرر عادة، فلا حرج في النزع، بخلاف الحدث؛ لأنه يتكرر.

وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء؛ لأنه[9] بعض الوضوء،

وقد وجد. (عناية)

قوله: "نظير النجاسة" يعني أنه يجمع وإن كان في مواضع، كما يجمع النجاسة المتفرقة في بدن الإنسان، أو ثوبه، أو خفه، وفي "الزيادات": لو انكشف شيء من فرجها، وشيء من فخذها، وشيء من ساقها، وشيء من شعرها بحيث لو جمع يكون ربع ساقها، أو شعرها، أو فرجها لا يجوز صلاتها. (عيني)

(١) قوله: "ولا يجوز" لأن الجنابة لما التزمه غسل جميع البدن كان الحدث ساريا إلى القدم، فلا ينوب المسح عنه؛ لما أن المسح إنما يعمل باعتبار أن الحدث حل بظاهر الخف، ولم يسر إلى القدم، وههنا سرت النجاسة، فلم يعمل عمله، ولأنه لا يتأتى الغسل مع وجود الخف ملبوسا، وهذا التقرير يغني عن التصوير. (نهاية)

(٢) قوله: "لمن وجب عليه الغسل" قيل: صورته مسافر أجنب، ولا ماء عنده، فتيمم ولبس، ثم أحدث، ووجد ماء يكفي وضوءه، لا يجوز له المسح؛ لأن الجنابة سرت إلى القدمين، والتيمم ليس بطهارة كاملة. (ف)

(٣) قوله: لحديث [رواه النسائي والترمذي. ف] إلخ" فإن قلت: قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «يمسح المقيم يوما وليلة» مطلق يتناول الجنب والمحدث، وهو مشهور، فلا يجوز تقييده بحديث صفوان؛ لأنه من الآحاد، أجيب بعد تسليم أنه من الآحاد بأنه موافق لدلالة الإجماع، فإنهم أجمعوا على أن المسح رخصة، وأن المطلوب من الرخصة اليسر، واليسر للجنب في غسل القدم. (ملا إله داد)

(٤) بالعين المهملة. (عناية)

(٥) قوله: "كان إلخ" هذا يشعر بأن نزع الخف للغسل مكروه؛ لأن أدنى درجات الأمر الاستحباب. (حاشية ملا إله داد)

(٦) بفتح السين وسكون الفاء: جمع مسافر. (عيني)

(٧) قوله: "إلا عن جنابة" بكلمة "لا" النافية، فالمعنى عدم النزع ليس من جنابة، فإن فيها النزع، ولكن عن بول أو غائط أو نوم. والمشهور في الروايات كلمة "إلا" الاستثنائية، فالمعنى أمرنا أن لا ننزع خفافنا إلا من جنابة، فننزع فيها ولكن عن بول أو غائط أو نوم، ففيها عدم النزع ثم المشهور في كتب المحدثين بالواو في قوله: أو غائط أو نوم، والمشهور في كتب الفقه بـ "أو"، كذا قال العيني. (مولوي عبد الحي نور الله مرقده)

(٨) قوله: "ولأن الجنابة إلخ" يشير إلى أن شرعية المسح لدفع الحرج، والحرج في مايتكرر، وهو الحدث دون الجنابة. (ع)

(٩) قوله: "لأنه بعض الوضوء" فلو لم يكن لكان ما فرضناه ناقضا للوضوء لم يكن ناقضا له، بل بعضه

وينقضه أيضًا نزع[١] الخف؛ لسراية[٢] الحدث إلى القدم[٣]، حيث زال المانع[٤]، وكذا نزع أحدهما؛ لتعذر[٥] الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة[٦] واحدة.

وكذا مضى المدة؛ لما روينا[٧]، وإذا تمت[٨] المدة نزع[٩] خفيه[١٠] وغسل رجليه وصلى، وليس[١١] عليه إعادة بقية الوضوء، وكذا إذا نزع قبل

هذا باطل. (عناية)

(١) قوله: "نزع الخف" لما روى عن عبد الله بن عمر أنه كان في غزوة، فنزع خفيه، وغسل قدميه، ولم يعد الوضوء، وهكذا روى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فعلم أن الحدث إنما يزول بالمسح زوالا موقتا. (د)

(٢) قوله: "لسراية الحدث" وقد غسل سائر الأعضاء، ولم يغسل القدمين، فكان عليه غسل القدمين. (نهاية)

(٣) قوله: "إلى القدم" وفي "فتاوى قاضي خان": مسح الخف إذا انقضت مدة مسحه في الصلاة، ولم يجد ماء فإنه يمضي على صلاته؛ لأنه لا فائدة في قطع الصلاة؛ لأن حاجته بعد انقضاء المدة إلى غسل القدمين، فلو قطع الصلاة، وهوعاجز عن غسل الرجلين، فإنه يتيمم، ولا حظ للرجلين من التيمم، فلهذا يمضي على صلاته، ومن المشايخ من قال: تفسد، والأول أصح. (نهاية)

(٤) وهو الخف. (عناية)

(٥) قوله: "لتعذر الجمع" يعني المسح مع الغسل لم يشرع، والمسح طهارة غير معقولة، فيقتصر على مورد الشرع، فالمراد بالتعذر التعذر الشرعي، أو المراد أنه يتعذر حكم الجمع بينهما. (حاشية ملا إله دادح)

(٦) قوله: "في وظيفة [هي غسل الرجلين. عناية] واحدة" قيد بالواحدة؛ لأنهما في غيرها يجتمعان كغسل الوجه واليدين، ومسح الرأس والرجلين (عناية)، قوله: لما روينا من حديث صفوان ؛ لأنه يدل على عدم النزع ثلاثة أيام ولياليها. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٧) قوله: "لما روينا" وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «يمسح المقيم يومًا وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها»، وقال الأكمل :لما روينا من رواية صفوان "أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام"، وكذا قال صاحب "الدراية": والأكمل أخذه منه، والأوجه هو الأول، كما لا يخفى. (عيني)

(٨) قوله: "وإذا تمت إلخ" قيل: هو تكرار فإنه علم مما سبق من قوله: وكذا مضى المدة، أجيب بأنه ذكره تمهيدا لما رتبه عليه. (عناية)

(٩) لسريان الحدث إلى الرجلين. (ف)

(١٠) احتراز عن قول ابن أبي ليلى أنه لا يعيد شيئًا من الوضوء. (نهاية)

(١١) قوله: "وليس عليه إلخ" احتراز عن قول الشافعي، فإنه يقول: عليه أن يعيد الوضوء؛ لأن طهارة الرجلين قد انقضت بمضي المدة، وانتقاض الطهارة مما لا يتجزأ، فصار كالمنتقض بالحدث، والجواب أن الحدث اسم لخارج نجس، والمضي ليس كذلك، وإنما سرى حدث كان قبل المضي إلى الرجلين خاصة؛ لأن غسل

المدة؛ لأن عند النزع يَسْرى الحدث السابق إلى القدمين كأنه لم يغسلهما، وحكم النزع[١] يثبت بخروج القدم إلى الساق[٢]؛ لأنه[٣] لا معتبر به فى حق المسح، وكذا[٤] بأكثر[٥] القدم هو الصحيح[٦].

ومن ابتدأ المسح وهو مقيم، فسافر قبل[٧] تمام يوم[٨] وليلة، مسح

سائر الأعضاء قد وجد، فلا يجب غسلها ما لم يوجد الحدث فى حقهما. (ع)

(١) قوله: "وحكم النزع إلخ" قال شيخ الإسلام: إذا توضأ الرجل ولبس خفيه، ثم بدا له أن ينتزعهما، فاخرج رجليه إلى الساق، ثم بدا له أن يعيدهما، فأراد أن يمسح على الخف بعد ذلك ليس له ذلك، إنما عليه أن يغسل رجليه فى قول علمائنا.

وقال الشافعى: له أن يمسح على خفيه؛ لما أنه لم يظهر من محل الفرض شيء، فلا يلزمه غسل الرجلين.

واحتج أصحابنا بأن ما اعترض من الحالة مما يمنع قطع السفر يبطل مسحه قياسا على ما لو نزع إحدى خفيه، فإن المسح يبطل على الخف القائم، لأن هذه الحالة تمنع ابتداء المسح، فتمنع بقاء المسح، وأما قوله: لم يظهر شيء من محل الفرض، فيشكل بما لو أخرج الخفين عن الرجلين، وعلى الرجلين لفافة. (نهاية)

(٢) أى ساق الخف.

(٣) قوله: "لأنه لا معتبر به" وما لا معتبر به فى حقه، فالخروج إليه ناقض. (ع)

(٤) قوله: "وكذا بأكثر القدم" هذا هو المروى عن أبى يوسف وهو قول الحسن بن زياد (عناية).

قوله: "وكذا إلخ" أى كذا يثبت حكم النزع بخروج أكثر القدم إلى ساق الخف، وفى "مبسوط شيخ الإسلام" أخرج رجليه إلى الساق، ثم أعادهما لا يمسح عليهما بعد ذلك، وقال الشافعى فى القديم: له المسح لما أنه لم يظهر من محل الفرض شيء، فلا يلزمه الغسل.

وفى الجديد -وهو الأصح، وهو قولنا وقول مالك وأحمد-: لا يجوز المسح هو الصحيح، وفى "شرح الطحاوى" إذا خرج أكثر العقب من الخف ينتقض مسحه، وعن محمد إذا بقى فى الخف من القدم قدر ما يجوز المسح عليه جاز، وإلا فلا، وهذا إذا قصد النزع، ثم بدا له أن لا ينزع.

وفى "الذخيرة": رجل أعرج يمشى على قدميه، وقد ارتفع عقبيه من عقب الخف، أو كان لا عقب للخف، وصدور قدميه فى الخف، أو رجل صحيح أخرج قدميه من عقب الخف إلا أن مقدم قدميه فى الخف فى موضع المسح، له أن يمسح ما لم يخرج صدور قدميه من الخف إلى الساق. (عينى)

(٥) قوله: "بأكثر القدم [لأن الاحتراز عن خروج القليل متعذر. ع]" وعن أبى يوسف فى "الإملاء" بخروج نصف القدم، وعن محمد إن كان الباقى قدر محل الفرض أعنى ثلاثة أصابع لا ينتقض، وقال أبوحنيفة: إن خرج أكثر العقب، بطل المسح. (ف)

(٦) قوله: "هو الصحيح" أى القول باشتراط خروج الكل، أو الأكثر لثبوت حكم الانتقاض من خروج أكثر القدم. (د)

(٧) قوله: "قبل إلخ" وفى صورة لا تتحول مدة المقيم إلى مدة المسافر بالاتفاق، وهو ما إذا سافر بعد ما أحدث، أو بعد ما استكمل مدة المقيم. (عناية)

(٨) قوله: "تمام يوم وليلة" سواء سافر قبل انتقاض الطهارة أو بعده، وفى الثانى خلاف الشافعى.

ثلاثة أيام ولياليها، عملا بإطلاق الحديث، ولأنه حكم متعلق[١] بالوقت، فيعتبر[٢] فيه آخره، بخلاف ما إذا استكمل المدة للإقامة ثم سافر؛ لأن الحدث قد سرى إلى القدم، والخف ليس برافع.

ولو أقام وهو مسافر إن استكمل مدة الإقامة نزع؛ لأن رخصة السفر لا تبقى بدونه، وإن لم يستكمل أتمها؛ لأن هذه مدة الإقامة وهو مقيم.

ومن[٣] لبس الجرموق[٤] فوق الخف مسح[٥] عليه، خلافا للشافعي رحمه الله؛ فإنه يقول: البدل لا يكون[٦] له بدل.

ولنا[٧]: أن النبى عليه السلام مسح على الجرموقين*، ولأنه تبع

لنا إطلاق قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «يمسح المسافر» الحديث، وهذا مسافر فيمسحها بخلاف ما بعد كمال المدة؛ لأن الحدث سرى إلى القدم، وما استدل به من أن هذه عبادة ابتدأت حالة الإقامة، فيعتبر فيها حالة الابتداء كصلاة ابتدأها مقيما فى سفينة، فسافرت، وصوم شرع فيه مقيما، فسافر، حيث يعتبر فيه حكم الإقامة، فغنى عن بيان تكلف الفرق؛ لعدم ظهور وجه الجمع. (ف)

(١) قوله: "حكم متعلق بالوقت" وكل ما هو كذلك يعتبر فيه آخر الوقت كحائض إذا طهرت فيه يجب عليها الصلاة، والطاهرة إذا حاضت فيه سقطت عنه. (عناية)

(٢) قوله: "فيعتبر فيه آخره" وليس كالصوم والصلاة؛ لأن الصلاة الواحدة والصوم الواحد مما لايتجزئ، فاعتبار الإقامة فى أوله لا يبيح الفطر، واعتبار السفر فى آخره يبيح، فترجح جانب الحرمة، وكذا فى الصلاة حيث يرجح جانب الإقامة للاحتياط؛ لما أنهما لا يتجزآن، فيغلب جانب التكميل، وأما الوقت فمما يتجزأ بعضه عن بعض، فلم يجتمع الإقامة والسفر فى شيء واحد، فكان الاعتبار لما وجد وهو السفر. (نهاية)

(٣) يعنى قبل أن يحدث. (عناية)

(٤) بضم الجيم والميم: ما يلبس فوق الخف. (مج)

(٥) قوله: "مسح عليه" لو مسح على الجرموقين، ثم نزع أحدهما مسح على الخف الظاهر، وعلى الجرموق الباقى، وفى بعض روايات الأصل قال: ينزع الجرموق الثانى، ويمسح على الخفين، وقال زفر: يمسح على الخف الذى نزع منه الجرموق، وليس عليه فى الآخر شيء. (نهاية)

(٦) قوله: "لا يكون له بدل" أى بالرأى، فإن الشرع ورد بالمسح على الخفين بدلا عن غسل الرجل لا غير. (عناية)

(٧) قوله: "ولنا [رواه أحمد فى "مسنده". ف] إلخ" هذا الحديث رواه بلال وأنس وأبو ذر أما حديث بلال، فأخرجه أبو داود من حديث أبى عبد الله بن عبد الرحمن شهد عبد الرحمن بن عوف يسأل بلالا عن وضوء رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فقال: «كان يخرج يقضى حاجته فأتيته بالماء فيتوضأ ثم يمسح على عمامته وجرموقيه»، رواه ابن خزيمة والحاكم فى "المستدرك"، ورواه الطبرانى فى "معجمه"، وأما حديث

للخف استعمالا[(١)] وغرضًا، فصار[(٢)] كخف ذى طاقين، وهو[(٣)] بدل عن الرجل[(٤)] لا عن الخف، بخلاف[(٥)] ما إذا لبس الجرموق بعد ما أحدث؛ لأن الحدث حل بالخف، فلا يتحول إلى غيره، ولو كان الجرموق[(٦)] من[(٧)] كرباس[(٨)] لا يجوز المسح عليه؛ لأنه لا يصلح[(٩)] بدلا عن الرجل إلا أن تنفذ البلة إلى الخف.

ولا يجوز[(١٠)] المسح على[(١١)] الجوربين عند أبى حنيفة رح[(١٢)] إلا[(١٣)]

أنس، فرواه البيهقى، وأما حديث أبى ذر، فرواه الطبرانى. (عينى)

* أخرجه أبو داود وابن خزيمة والحاكم، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٦٤، ص ٨٠، ونصب الراية ج١ ص١٨٣ (نعيم).

(١) قوله: "استعمالا وغرضاً" أما الاستعمال فإنه يدور مع الخف مشيا وقياما وقعودا وارتفاعا وانخفاضا، وأما الغرض فلأنه وقاية للخف كما أن الخف وقاية للرجل. (عناية)

(٢) قوله: "فصار كخف ذى طاقين" أى فصار الخف من هاتين الخفين كخف ذى طاقين، ثم نزع أحد طاقيه، أو كان الخف ذا شعر، فمسح عليه، ثم حلق الشعر، فإنه لا يجب إعادة المسح.

قلت: لما كانت تبعية فى الاستعمال، والغرض لم تكن بالأصالة، فإذا زال بالنزع زالت التبعية، وحل الحدث بما تحته، فيجب إعادة المسح، وأما طاقا الخف فلشدة اتصال أحدهما بالآخر كانا كالشعر مع البشرة، وقد تقدم أنه لو مسح على الرأس، ثم حلقه لا يجب عليه إعادة المسح. (عينى رح)

(٣) قوله: "وهو [جواب عن قول الخصم. ع] بدل إلخ" تقريره أنا لا نسلم أنه بدل عن البدل. (عناية)

(٤) قوله: "عن الرجل" قيل: لو كان كذلك لوجب غسل الرجلين عند نزعهما، كما فى نزع الخفين، وهو ليس كذلك، فكان بدل الخف، ولزم بدلية البدل، وأجيب بأنه بدل الرجل ما لم ينتزع، فإذا نزع زالت البدلية عنه. (عناية)

(٥) فإنه لا يجوز ح المسح عليه عندنا أيضًا. (ف)

(٦) أى الخفان اللذان يلبسان فوق الخف؛ ليكونا وقاية لهما من الوحل والنجاسة. (شرح وقايه)

(٧) قوله: "من كرباس" وإن كان الجرموق من أديم أو نحوه جاز المسح عليهما سواء لبسهما منفردا، أو على الخف. (شرح الوقاية)

(٨) بالكسر. (غث)

(٩) قوله: "لأنه لايصلح بدلا عن الرجل" إذ لا يمكن تتابع المشى عليه إلا أن تنفذ البلة، فيصير المسح عليهما مسحا على الخف فيجوز. (علوى على شرح الوقاية)

(١٠) قوله: "ولا يجوز" صرح فقهاؤنا أنه لا يجوز المسح على النعلين، لكن روى ابن ماجة والترمذى وأبو داود أنه عليه الصلاة والسلام «مسح على النعلين».

ولأصحابنا فى الجواب عنه مسالك ثلاثة: الأول: حمله على الجورب المنعل. والثانى: حمله على أنه قد كان

أن يكونا[١] مجلدين[٢] أو منعلين.

وقالا: يجوز إذا كانا ثخينين لا يشفّان[٣]؛ لما روى[٤]: «أن النبى عليه السلام مسح على جوربيه»*، ولأنه[٥] يمكنه المشى فيه إذا كان ثخينا، وهو أن يتمسك على الساق من غير أن يربط بشىء، فأشبه[٦] الخف، وله أنه ليس فى معنى الخف؛ لأنه لا يمكن مواظبة المشى فيه، إلا إذا كان منعلا، وهو[٧] محمل الحديث، وعنه[٨] أنه رجع[٩] إلى قولهما، وعليه الفتوى.

لبس النعلين فوق الجوربين، كما قاله الخطابى. والثالث: أن مسح النعلين منسوخ، ذكره الدارمى، وأيضاً روايات المسح ضعيفة، من (غاية المقال فى ما يتعلق بالنعال للمولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده.)

(١١) قوله: "على الجوربين إلخ" المسح على الجوربين على ثلاثة أوجه: فى وجه يجوز المسح عند الكل، وهو ما إذا كانا ثخينين، وفى وجه لا يجوز بالاتفاق، وهو أن يكونا غير ثخينين وغير منعلين، وفى وجه اختلفوا فيه، وهو ما إذا كانا ثخينين غير منعلين، كذا فى "شرح الطحاوى"، وقال الشافعى: لا يجوز المسح على الجوربين، كذا فى "الأسرار" (نهاية)

(١٢) وعنه أنه رجع إلى قولهما، وبه يفتى. (شرح الوقاية)

(١٣) قوله: "إلا أن يكونا مجلدين إلخ" المجلد: هو الذى وضع الجلد أعلاه وأسفله، فيكون كالخف، والمنعل: بالتخفيف وسكون ما بعد الميم، ويجوز تشديد العين مع فتح النون ما وضع الجلد على أسفله كالنعل. (مج)

(١) قوله: "أن يكونا مجلدين" المجلد: ما وضع الجلد على أعلاه وأسفله، والمنعل: بالتخفيف وسكون النون ما وضع على أسفله جلدة كالنعل للقدم. (كفايه)

(٢) ولو كان من الكرباس لا يجوز. (مج)

(٣) قوله: "لا يشفان [تأكيد للثخانة. نهاية]" من شف الثوب إذا رق حيث رأيت ماوراءه من باب ضرب. (عناية)

(٤) قوله: "لما روى" كما قال الترمذى فى حديث المغيرة بن شعبة: «إن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم توضأ ومسح على الجوربين والنعلين». (ف)

* أخرجه أصحاب السنن الأربعة وابن حبان، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٦٥، ص٨١، ونصب الراية ج١ ص١٨٤ (نعيم).

(٥) قوله: "ولأنه إلخ" إن كان الجورب من الشعر، فالصحيح أنه إن كان صلبا مستمسكا يمشى معه فرسخاً، أو فراسخ، فعلى هذا الخلاف، كما فى "الشمنى". (مجمع الأنهر)

(٦) فيلحق به. (عناية)

(٧) قوله: "وهو محمل الحديث" لأنها واقعة حال لا عموم لها. (ف)

(٨) قوله: "وعنه إلخ" عن أبى حنيفة أنه مسح على جوربيه فى مرضه، ثم قال لأصحابه: فعلت ما كنت

ولا يجوز[١] المسح على العمامة[٢]، والقلنسوة، والبرقع[٣]، والقفازين[٤]؛ لأنه[٥] لا حرج[٦] في نزع هذه الأشياء، والرخصة لدفع الحرج. ويجوز[٧] المسح[٨] على الجبائر[٩] وإن شدها[١٠] على غير وضوء؛ لأنه عليه السلام[١١] فعل[١٢] ذلك، وأمر عليا به*، ولأن الحرج فيه فوق

أمنع الناس عنه، فاستدلوا به على رجوعه. (عناية)

(٩) قوله: "أنه رجع" في آخر عمره قبل موته بتسعة أيام، وقيل: ثلاثة أيام. (مجمع الأنهر)

(١) قوله: "ولا يجوز المسح" فيه نفي لقول من يجوز المسح على العمامة كالأوزاعي وأحمد بن حنبل وأهل الظاهر، قالوا: صح «أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم مسح على عمامته وخفيه». (عناية)

(٢) قوله: "على العمامة" بالكسر واحد العمائم، والقلنسوة بفتح القاف واللام وسكون النون وضم السين معروف، البرقع بضم الباء وضم القاف وفتحها الخمار، والقفازين بضم القاف وتشديد الفاء ما يعمل في اليدين؛ لدفع البرد أو مخلب الصقر. (مجمع الأنهر)

(٣) بضم القاف وفتحها: روپوش زنان.

(٤) بالضم وتشديد الفاء: دستانه كه زنان در دست پوشند. (م)

(٥) قوله: "لأنه لا حرج إلخ" والتمسك بالحديث ضعيف؛ لأن قوله تعالى: ﴿وامسحوا برؤوسكم﴾ يقتضي عدم جواز مسح غير الرأس، فالعمل بالحديث يكون زيادة عليه بخبر الواحد، وهو نسخ فلا يجوز، أو هو منسوخ. (عناية)

(٦) لكن لو مسحت على الخمار، ونفذت البلة على رأسها، حتى ابتل قدر الربع جاز. (مجمع الأنهر)

(٧) قوله: "ويجوز المسح على الجبائر" في "فتاوى قاضي خان": إنما يجوز المسح على الجبائر إذا كان يضره المسح على الجراحة، وفي "المحيط": ذكر هذا القيد عن أبي الحسن النسفي، ثم قال: وكان ينبغي أن يحفظ؛ إذا الناس عنه غافلون. (نهاية)

(٨) قوله: "المسح على الجبائر" ولو تركه جاز، وإن لم يضره، وعندهما إن لم يضره لم يجز؛ لأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أمر عليا بذلك، والأمر للوجوب، وله أن الفرضية لا تثبت بخبر الواحد، كذا في "الكافي". (د)

(٩) قوله: "على الجبائر [وكذا موضع الفصد. مج]" هي العيدان التي تشد على العظام المكسورة. (مجمع الأنهر)

(١٠) قوله: "وإن شدها على غير وضوء" وإنما شرطت الطهارة في الخف دونها؛ لأنها تربط غالبًا حال العجلة والضرورة، فاشتراط الطهارة فيها مفض إلى الحرج. (چلپى بر شرح وقايه)

(١١) رواه الدارقطني عن ابن عمر.

(١٢) قوله: "فعل ذلك وأمر إلخ" أما أمره فرواه ابن ماجة عن زيد بن علي عن أبيه عن جده الحسين بن علي عن علي بن أبي طالب قال: انكسرت إحدى زندي، فسألت النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم فأمرني أن أمسح على الجبائر. (ف)

الحرج في نزع الخف، فكان أولى بشرع المسح، ويكتفى[١] بالمسح على أكثرها[٢] ذكره الحسن[٣]، ولا يتوقت[٤]؛ لعدم[٥] التوقيف بالتوقيت.

وإن سقطت الجبيرة عن غير برء[٦] لا يبطل المسح؛ لأن العذر قائم، والمسح عليها كالغسل[٧] لما تحتها مادام العذر باقيا. وإن سقطت عن برء[٨] بطل؛ لزوال العذر، وإن كان في الصلاة استقبل؛ لأنه[٩] قدر على الأصل قبل حصول[١٠] المقصود بالبدل.

---

* أما حديث المسح على الجبائر فقد أخرجه الدارقطني من حديث ابن عمر، وأما حديث علي فأخرجه ابن ماجه، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٦٦و٦٧، ص٨٣، ونصب الراية ج١ ص١٨٦ (نعيم).

(١) قوله: "ويكتفى إلخ" في "مبسوط شيخ الإسلام": إذا مسح على بعض دون بعض، هل يجزئه؟ لم يذكرفي ظاهر الرواية. (نهاية)

(٢) قوله: "على أكثرها" والفرق بينه وبين مسح الرأس، ومسح الخف حيث لا يشترط فيهما الأكثر أن مسح الرأس شرع بالكتاب، والباء دخلت على المحل، فأوجب تبعيضه، والمسح على الخفين إن كان بالكتاب كان حكمه حكم المعطوف عليه، وإن كان بالسنة، فهي أوجبت مسح البعض، فأما المسح على الجبائر، فإنما ثبت بحديث علي رضى الله تعالى عنه، وليس فيه ما ينبئ عن البعض إلا أن القليل سقط اعتباره؛ دفعا للحرج. (عناية)

(٣) في "إملاءه". (نهاية)

(٤) قوله: "ولا يتوقت [بيان الفرق بين مسح الجبيرة ومسح الخف. عناية] إلخ" قال في تتمة "الفتاوى": المسح على الجبيرة يخالف المسح على الخفين في ثلاثة أحكام: أحدها: جواز المسح عليها، وإن شدها على غير وضوء.

وثانيها: أن المسح على الخفين ينتقض بانقضاء مدة المسح، ومسح الجبيرة لا ينتقض إلا بالحدث كالغسل، وثالثها: مسح الخف إذا خلع إحدى خفيه يلزمه الغسل، وإذا سقطت الجبائر، لا عن برء لا يلزمه الغسل. (نهاية)

(٥) قوله: "لعدم التوقيف" حيث لم يرد به أثر، ولا خبر، والمقام لا يعرف إلا سماعا، فيمسح إلى وقت البرء. (عناية)

(٦) بالضم. (م)

(٧) قوله: "كالغسل لما تحتها" ولذا لو مسح على عصابة فسقطت، فأخذ أخرى لا تجب الإعادة عليه، لكنه الأحسن نقله في "الخلاصة". (ف)

(٨) بمعنى از بيمارى به شدن.(م)

(٩) قوله: "لأنه قدر إلخ" فصار كمتيمم يجد الماء في خلال صلاته. (عناية)

(١٠) قوله: "قبل حصول المقصود بالبدل" قيل: يشكل هذا ما إذا صلى ركعة، أو ركعتين بالتحرى، ثم ثبت جهة الكعبة عنده، فإنه يبنى ولا يستقبل مع أن جهة التحرى بدل عن الكعبة. (عناية)

باب(١) الحيض(٢) والاستحاضة(٣)

أقل(٤) الحيض(٥) ثلاثة أيام ولياليها(٦)، وما نقص من ذلك فهو استحاضة؛ لقوله(٧) عليه السلام: «أقل(٨) الحيض للجارية(٩) البكر والثيب ثلاثة أيام(١٠) ولياليها، وأكثره عشرة أيام»*، وهو(١١) حجة على

---

(١) قوله: "باب" اختلف الشارحون في التعبير عن الحيض والنفاس بأنهما من الأحداث، أو الأنجاس، فمنهم من ذهب إلى الثاني، ومنهم من ذهب إلى الأول، وهو الأنسب؛ لأن المصنف يقول بعد ذلك: باب الأنجاس ثم لما فرغ من الأحداث التي يكثر وقوعها ذكر ما هو أقل وقوعًا منه. (عناية)

(٢) قوله: "الحيض" لقب الباب بالحيض،وترك النفاس لكثرته، أو لكونه حالة معهودة في بنات آدم دون النفاس. (عناية)

(٣) قوله: "والاستحاضة" لم يعنون الباب بالنفاس مع أنه مذكور فيه؛ لأنه في معنى الحيض، فكأنه هو. (عبد)

(٤) قوله: "أقل الحيض إلخ" سبب الحيض في الابتداء أن أمنا حواء لما عصت المالك الحقيقي بأكل الشجرة التي نهاها الله تعالى عن أكل ثمرتها ابتلاها الله تعالى بذلك، فاستمر في أولادها، وتفسيره لغةً: الدم الخارج، وشرعًا: قيل: هو دم ينفضه رحم امرأة سليمة من الداء والصغر، فقوله: ينفضه رحم، احتراز عن دم الجراحة، ودم الاستحاضة؛ لأنه دم عرق، كما ورد به الحديث، وقوله: سليمة من الداء، احتراز عن دم النفاس؛ لأن النفساء في حكم المريضة.

وفي هذا التعريف خدشات: الأولى: أن قيد الصغر مستدرك؛ لأن دم الصغيرة استحاضة، لا حيض. الثانية: أن جعل النفساء في حكم المريضة تكلف، ثم ما يخرج من الصغيرة ليست إلا دم عرق، وحد الصغر قيل: ست، وقيل: سبع، وقيل: تسع، وقيل: اثنا عشر، والمختار هو الثالث.

وكذا ما يخرج بعد سن الإياس، وقدروه بستين سنة، وبعضهم بخمس وخمسين سنة، والمختار أنها إذا رأت الدم الأسود، أو الأحمر القاني كان حيضا، وإن كانت بعد ستين، والتعريف الأولى للحيض دم من الرحم لا بولادة، من هذا البيان يعرف مدة الحيض وأوانه. (ملخص من كتب الفقه والحواشي)

(٥) لغةً: الدم الخارج. (عبد)

(٦) قوله: "ولياليها" يريد بالليالي الليالي التي يتخلل بين هذه الأيام، كذا في "الحميدي". (د)

(٧) قوله: "لقوله إلخ" روى الدارقطني عن أبي أمامة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أقل الحيض للجارية البكر والثيب الثلاث وأكثره ما يكون عشرة أيام فإذا زاد فهي مستحاضة» انتهى. (ف)

(٨) دليل على الأول، لا على المجموع. (عبد)

(٩) قوله: "للجارية البكر إلخ" اعلم أن العلامة الزيلعي قد خرج هذا الحديث بتخريجات كثيرة، وليس في شيء منها لفظ "ولياليها"، ويؤيده ما قال مولانا إله دادح، ثم ذكر الأيام يستتبع الليالي إلى آخر ما قال. (مولوي محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(١٠) المراد منها مقدارها. (عبد)

الشافعي رح في التقدير بيوم وليلة، وعن أبي يوسف رح أنه يومان والأكثر من اليوم الثالث، إقامة للأكثر مقام الكل، قلنا: هذا(١) نقص عن تقدير الشرع. وأكثره عشرة أيام، والزائد استحاضة؛ لما روينا(٢)، وهو(٣) حجة على الشافعي رح في التقدير(٤) بخمسة عشر(٥) يومًا، ثم الزائد والناقص استحاضة؛ لأن(٦) تقدير الشرع يمنع إلحاق غيره به.

وما تراه المرأة(٧) من الحمرة(٨)، والصفرة(٩)، والكدرة حيض(١٠)*، حتى ترى البياض(١١) خالصًا.

* أخرجه الطبراني والدارقطني من حديث أبي أمامة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٦٨، ص٨٤، ونصب الراية ج١ ص١٩١ (نعيم).

(١١) قوله: "وهو حجة على الشافعي رح إلخ" في الشرح اختلف العلماء على خمسة أقوال، فعندنا: أقل مدة الحيض ثلاثة أيام ولياليها، وعن أبي يوسف: يومان، والأكثر من اليوم الثالث، وروى الحسن عن أبي حنيفة: ثلاثة أيام بما يتخللها، وذلك ليلتان؛ لأن في "الآثار" ذكر الأيام، فجعلنا الأيام أصلا، وما يتخللها من الليالي يتبعها، وقال مالك: بقدر ما يوجد، ولو ساعة، وقدر الشافعي بيوم وليلة. (إله داد)

(١) قوله: "هذا نقص" فإن الشرع قدر أقل المدة بثلاثة، فلو كان ما دونها يكفي لم يبق الثلاثة أقل مدته. (إله داد)

(٢) أي قوله: أقل الحيض إلخ.

(٣) قوله: "وهو حجة" والمراد بالشطر ليس حقيقته، بل البعض. (عناية)

(٤) قوله: "في التقدير بخمسة عشر يوما" لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في نقصان دين النساء: «تقعد إحداكن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي»، والمراد به زمان الحيض والشطر هو النصف. (عناية)

(٥) وهو قول أبي حنيفة الأول. (عناية)

(٦) بالتنصيص على الأقل والأكثر. (د)

(٧) قوله: "وما تراه المرأة إلخ" [بيان ألوانه. (عناية)] ألوانه ستة: الحمرة والسواد والصفرة والكدرة والخضرة والتربية، ولم يذكر السواد؛ لأنه لا إشكال في كونه حيضا لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «دم الحيض أسود عبيط محتدم». (عناية)

(٨) قوله: "من الحمرة [هي اللون الأصلي. عناية] إلخ" لم يذكر التربية، وهي التي تميل إلى التراب؛ لأنها مندرجة في الكدرة. (عبد)

(٩) قوله: "والصفرة" الحمرة عند غلبة الصفراء يرق، فتصير صفرة. (نهاية)

(١٠) أي علامة حيض، وإن جعل المبادئ مثل المشتقات، فلا حاجة. (عبد)

(١١) سواء رأت الكدرة في أول الأيام، أو لا. (نهاية)

وقال أبو يوسف رح: لا تكون الكدرة من الحيض إلا بعد الدم؛ لأنه(١) لو كان من الرحم لتأخر(٢) خروج الكدر عن الصافي، ولهما(٣) ما روى أن عائشة رض جعلت ما سوى(٤) البياض الخالص حيضاً*، وهذا(٥) لا يعرف إلا سماعاً(٦)، وفم(٧) الرحم(٨) منكوس(٩)، فيخرج(١٠) الكدر أولا

---

(١) قوله: "لأنه لو كان إلخ" حاصله أن المعتاد في دم الرحم أن يخرج الصافي أولا، ثم الكدر، وفي دم العرق على العكس، فلما خرج الكدر أولا، علم أنه من العرق، وإلا لزم خلاف العادة، ولقائل: أن يقول قول المصنف في ما بعد في جواب أبي يوسف: وفم الرحم منكوس إلخ لا يصلح جوابا لأبي يوسف على ما قرر من دليله؛ لأنه بناء على المعتاد في دم الرحم، ودم العرق من تقدم الصافي على الكدر في الأول، وعكسه في الثاني، وكون فم الرحم منكوسا لا يرد ما هو المعتاد في الدمين، نعم يصلح جوابا له لو علل قول أبي يوسف: بأن الكدر والصافي إذا اجتمعا يكون الكدر بعد الصافي، فيخرج الصافي أولا ثم الكدر. (إله داد)

(٢) الملازمة ممنوعة. (عبد)

(٣) قوله: "ولهما ما روى إلخ" قلت: روى مالك ومحمد في "موطأهما" عن علقمة بن أبي علقمة عن أمه مولاة عائشة قالت: كان النساء يبعثن إلى عائشة بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيضة تسألنها عن الصلاة، فتقول لهن: لا تعجلن حتى ترين القصة [بفتح القاف وتشديد الصاد المهملة: شيء يخرج من أقبال النساء بعد انقطاع الدم شبيه الخيط الأبيض. عناية] البيضاء تريد بذلك الطهر من الحيضة، انتهى. (ت)

(٤) قوله: "ما سوى البياض إلخ" روى عنها أيضاً أنها قالت: كنا نعد الصفرة والكدرة حيضا في عهد رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وهذا أولى بالتمسك مما تمسك به صاحب "الكافي" من قول عائشة: لا حتى ترين القصة البيضاء؛ لأنه نفى الخروج عن الحيض بكل شيء من ألوانه إلا بالبياض، ولا كلام فيه، فإن أبا يوسف رح أيضاً لا يرى الخروج بالكدرة ونحوه من الألوان، وإنما خالف في أن رؤية الكدرة هل يوجب الدخول في الحيض؟ فزعم أنه لا يوجبه، وزعم الطرفان أنه يوجبه على ما سبق. (د)

* أخرجه مالك، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٦٩، ص٨٥ ، ونصب الراية ج١ ص١٩٣ (نعيم).

(٥) قوله: "وهذا [فعدم الرفع في حكم الرفع. عبد] لا يعرف إلا سماعاً" فيحمل على أنها سمعته من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (ع)

(٦) قوله: "إلا سماعاً" لأن هذا الحكم غير معقول المعنى، وكل ما هو كذلك يحمل على السماع من النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (عبد)

(٧) جواب عن قول أبي يوسف: لتأخر إلخ. (عناية)

(٨) قوله: "فم الرحم إلخ" يعني أن فم الرحم من جانب السفل، فيخرج الكدر أولا. لا يقال: يلزم حينئذ أن لا يخرج الكدر إلا منكوسا، وليس على زعمهم ذلك؛ لأنا نقول: هذا دليل إلزامي لأبي يوسف رح حيث زعم أنه يجتمع الصافي والكدر، وبعد ذلك يخرج. (عبد)

(٩) قوله: "منكوس" فإن قلت: فينبغي أن لا يكون الكدرة حيضا إذا تأخر من الصافي، أجيب بأن التقدم والتأخر في الخروج على وجه ذكره أبو يوسف رح، إنما يتصور عند اجتماع الصافي مع الكدر، وعند اجتماعهما

كالجرّة(١) إذا ثقب(٢) أسفلها.

وأمّا الخضرة(٣) فالصحيح(٤) أن المرأة إذا كانت من ذوات الأقراء تكون حيضًا، ويحمل على فساد(٥) الغذاء، وإن(٦) كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة تحمل(٧) على فساد المنبت، فلا تكون(٨) حيضًا.

والحيض(٩) يسقط(١٠) عن الحائض الصلاة، ويحرم(١١) عليها الصوم،

وجب أن لا يخرج الصافي أولا؛ لأن فم الرحم منكوس، وأما إذا تأخر الكدر عن الصافي يكون حيضًا؛ لجواز أن يكون الدم صافيا كذ، ثم ينكدر بتغير المزاج، فيخرج كدرًا.

وبالجملة إنما ندعي تقدم الكدر على الصافي في الخروج عند اجتماعهما، لا مطلقًا على أن القياس أن لا يكون الكدرة حيضًا، إذا تأخرت عن الصافي لكنا تركناه بالإجماع. (د)

(١٠) قوله: "فيخرج الكدر أولا" وما قاله أبو يوسف رح فيما إذا كان الثقب في أعلى الرحم، فأما إذا كان في أسفله فالكدرة تسبق خروجا الصافي، وههنا الثقب من الأسفل، فجعلنا الكدرة حيضا، وكان شيخي يقول: من خاصة الطبيعة أنها تدفع الكدرة أولا، وهو محسوس في الافتصاد. (نهاية)

(١) بالفتح وتشديد الراء سبوئے جمع جرار بالكسر. (م)

(٢) فإن الكدرة حينئذٍ تخرج أولا. (عناية)

(٣) ذكر أبو على الدقاق أن الخضرة نوع من الكدرة. (نهاية)

(٤) قوله: "فالصحيح" احتراز عن قول من قال: أأكلت فصيلا على وجه الإنكار والاستبعاد. (ف)

(٥) قوله: "على فساد الغذاء" كأنها أكلت غذاء فاسدا أفسد صورة دمها. (عناية)

(٦) قوله: "وإن كانت كبيرة" أي آئسة بأن تكون بنت ستين سنة على الأصح. (عبد)

(٧) قوله: "تحمل على فساد المنبت" لأن فساد الغذاء لا يدوم، فيكون لفساد المنبت، فلا يكون حيضًا؛ إذ الحيض هو الدم الخارج من منبت الولد، وبعد ما فسد لم يبق المنبت منبتا له. (د)

(٨) قوله: "فلا تكون حيضا" لأن الدم في الأصل لا يكون أخضر. (عناية)

(٩) قوله: "والحيض [هذا بيان أحكام الحيض. عناية] إلخ" في "النهاية" وغيرها أحكام الحيض اثنى عشر: ثمانية يشترك فيها الحيض والنفاس، وأربعة مختصة بالحيض، فأما الثمانية فترك الصلاة لا إلى قضاء، وترك الصوم إلى قضاء، وحرمة الدخول في المسجد، وحرمة الطواف بالبيت، وحرمة قراءة القرآن، وحرمة مس المصحف بدون الغلاف، وحرمة جماعها، والثامن: وجوب الغسل عند الانقطاع.

وأما الأربعة المخصوصة، فانقضاء العدة، والاستبراء، والحكم ببلوغها، والفصل بين طلاقي السنة والبدعة، فالسبعة الأولى تتعلق ببروز الدم عندهما، وذلك بمجاوزته موضع البكارة، وعن محمد أنها تتعلق بالإحساس بالبروز، فلو توضأت ووضعت الكرسف، ثم أحست بنزول الدم من الرحم إلى الكرسف قبل غروب الشمس، ثم رفعت الكرسف، فالصوم تام، وعن محمد في ظاهر الرواية أنها تقضيه، والثامن يتعلق بنصاب الحيض، ويستند إلى ابتداءه، والأربعة الباقية تتعلق بانقضاءه. (عناية)

(١٠) قوله: "يسقط" ظاهره أن الصلاة تجب عليها ثم تبطل، إذا السقوط يتلو الوجوب، وإليه مال القاضي

وتقضى الصوم ولا تقضى الصلوات؛ لقول[١] عائشة رض: "كانت إحدانا على عهد رسول الله عليه السلام إذا طهرت من حيضها تقضى الصيام ولا تقضى الصلوات"*، ولأن فى قضاء الصلوات حرجًا لتضاعفها، ولا حرج[٢] فى قضاء الصوم.

ولا تدخل المسجد، وكذا الجنب؛ لقوله عليه السلام[٣]: «فإنى[٤] لا أحل المسجد لحائض ولا جنب[٥]»*، وهو بإطلاقه حجة على الشافعى رح فى إباحة[٦] الدخول على وجه العبور والمرور، ولا تطوف[٧]

أبو زيد، فإنه يقول: إن الصلاة تجب عليها؛ نظرا إلى الوقت، ثم تسقط للحرج، وعامة المشايخ على أنها لا تجب عليها أصلا.

(١١) قوله: "ويحرم عليها الصوم" إنما قال: يحرم عليها، ولم يقل: يسقط إشارة إلى أنه يقضى. (عناية)

(١) قوله: "لقول عائشة" قلت: رواه الأئمة الستة فى كتبهم من حديث معاذة بنت عبد الله العدوية قالت: سألت عائشة ما بال الحائض تقضى الصوم، ولا تقضى الصلاة، فقالت: أحرورية أنت؟ قلت: لست بحرورية، ولكنى أسأل، قالت: كان يصيبنا ذلك، فنؤمر بقضاء الصوم، ولا نؤمر بقضاء الصلاة، انتهى. (ت)

* متفق عليه بمعناه، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٧٠، ص٨١ ، ونصب الراية ج١ ص١٩٣ (نعيم).

(٢) قوله: "ولا حرج فى قضاء الصوم" فإن قلت: وجوب القضاء يستدعى وجوب الأداء؛ لأنه خلفه، والخلف إنما يجب بما يجب به الأصل، وأداء الصوم لا يجب على الحائض، بل يحرم عليه، فكيف يجب عليها قضاءه؟ أجيب بأن الشيء قد يجب لذاته، وقد يجب ليترتب عليه خلفه. (د)

(٣) رواه ابن ماجة والبخارى فى "تاريخه الكبير". (ف)

(٤) قوله: "فإنى لا أحل إلخ" عن أفلت عن جسرة بنت دجاجة عن عائشة قالت: "جاء رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ووجوه بيوت أصحابه شارعة فى المسجد، فقال: وجهوا هذه البيوت عن المسجد، ثم دخل ولم تصنع القوم شيئًا رجاء أن تنزل فيهم رخصة، فخرج إليهم، فقال: وجهوا هذه البيوت عن المسجد، فإنى لا أحل المسجد لحائض، ولا جنب". (ف)

(٥) قوله: "ولا جنب" قال فى "المبسوط": مسافر بمسجد فيه ماء عين، وهو جنب ولا يجد غيره، فإنه يتيمم لدخول المسجد؛ لأن الجنابة تمنعه عن دخول المسجد سواء كان قصده المكث أولا. (نهاية)

* أخرجه أبوداود من حديث عائشة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٧١، ص٨٥ ، ونصب الراية ج١ ص١٩٣ (نعيم).

(٦) قوله: "إباحة الدخول على وجه العبور والمرور" متمسكا بقوله تعالى: ﴿لا تقربوا الصلوة وأنتم سكرى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا إلا عابرى سبيل حتى تغتسلوا﴾، والمراد بالصلاة المسجد؛ إذ الصلاة جنبا لا يجوز، وإن كان عابر سبيل.

قلنا: الآية محتملة لوجهين: أحدهما: أن يراد بالصلاة المسجد، وبالجنب حقيقة، وثانيهما: أن يكون المراد

بالبيت؛ لأن(١) الطواف(٢) في المسجد(٣)، ولا يأتيها(٤) زوجها؛ لقوله(٥) تعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُوْهُنَّ حَتّى يَطْهُرْنَ﴾.

وليس للحائض، والجنب، والنُّفَساء(٦) قراءة القرآن؛ لقوله ﷺ: «لاتقرأ(٧) الحائض والجنب شيئًا من القرآن(٨)»*، وهو حجة على مالك(٩) في الحائض(١٠)، وهو(١١) بإطلاقه يتناول ما دون الآية، فيكون

بالجنب غير المغتسل، وبالصلاة حقيقتها، لكن تعين الاحتمال الثاني؛ لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا أحل المسجد» إلخ. (إله داد)

(٧) قوله: "ولا تطوف بالبيت" لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم لعائشة حين حاضت بسرف: «افعلي ما تفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تطهري». (د)

(١) قوله: "لأن الطواف في المسجد" فإن قلت: فعلي هذا يكون النهي عن الدخول في المسجد نهيا عن الطواف فيه، فلا حاجة إلى التعرض له، قلت: إنما تعرض؛ لأنه ربما يتوهم جواز الطواف باعتبار شدة الحاجة إليه، أو باعتبار جواز الوقوف بعرفة مع أنه من أقوى أركان الحج. (د)

(٢) وهي ممنوعة غن الدخول فيها. (د)

(٣) قوله: "في المسجد" أي المسجد الحرام، ولو فعلت الحائض كانت عاصية معاقبة، وتتحلل به من إحرامها لطواف الزيارة، وعليها بدنة كطواف الجنب، والأولى عدم الاقتصار على التعليل المذكور، فإن حرمة الطواف جنبا ليس منظوراً فيه إلى دخول المسجد بالذات، بل لأن الطهارة واجبة في الطواف نفسه، فلو لم يكن ثمة مسجد حرم عليها الطواف أيضًا. (فتح القدير)

(٤) قوله: "لا يأتيها [أي لا يطأها. ع] زوجها" وهل يستمتع بها؟ قال محمد: يجتنب مقام الدم، ويستمتع بها ما دون السرة بلا إزار، وقالا: يستمتع بها ما فوق السرة، وما تحت الركبة، ويجتنب غير ذلك. (د)

(٥) قوله: "لقوله تعالى إلخ" ولو أتاها مستحلا كفر، وعالما بالحرمة ارتكب كبيرة، ووجبت التوبة، ويتصدق بدينار أو بنصفه استحبابا، وقيل: بدينار إن كان أول الحيض، وبنصفه إن أتاها في آخره. (ف)

(٦) لفظ مفرد. (عبد)

(٧) رواه الترمذي وابن ماجة. (ف)

(٨) أي من حيث هو قرآن، فلا بأس إذا لم يقصد به القرآن مثل أن تقول شاكرة: والحمد لله رب العالمين. (عبد)

* أخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث ابن عمر، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٧٢، ص٨٥، ونصب الراية ج١ ص١٩٥ (نعيم).

(٩) قوله: "على مالك" هو يقول: الجنب قادر على تحصيل صفة الطهارة بالاغتسال، فيلزمه تقديمه على القراءة، والحائض عاجزة عن ذلك، فكان لها أن تقرأ. (نهاية)

(١٠) دون الجنب. (نهاية)

حجة على الطحاوى فى إباحته(١).

وليس(٢) لهم مس المصحف(٣) إلا بغلافه(٤)، ولا أخذ درهم فيه(٥) سورة من القرآن إلا بصرته(٦)، وكذا المحدث لا يمس المصحف(٧) إلا بغلافه؛ لقوله(٨) عليه السلام: «لا(٩) يمس القرآن إلا طاهر»(١٠)*. ثم الحدث(١١) والجنابة حلا(١٢) اليد، فيستويان فى حكم(١٣) المس، والجنابة

---

(١١) قوله: "وهو بإطلاقه يتناول ما دون الآية" ولا يلزم من ذلك حرمة كلمة أو حرف؛ لأنه ليس قرآنا؛ إذ القرآن كلام أى مركب. (عبد)

(١) قوله: "فى إباحته" ذكر نجم الدين الزاهد أنه رواية ابن سماعة عن أبى حنيفةرح، وأن عليه الأكثر. (ف)

(٢) قوله: "وليس لهم مس المصحف" وكذا مس لوح مكتوب فيه آية من القرآن. (نهاية)

(٣) قوله: "المصحف" ولم يفصله بين ما إذا كتب من حيث إنه قرآن، أو من حيث إنه دعاء، والقياس هو الأول قياسا على القراءة. (عبد)

(٤) قوله: "إلا بغلافه" أى إلا مسًا ملابسًا بغلافه. (عبد)

(٥) قوله: "فيه سورة القرآن" ذكر السورة بناء على أن العادة جرت سابقا على كتابة السورة. (عبد)

(٦) بالضم: هميانى. (م)

(٧) ومس ما فيه ذكر اختلفوا فيه. (ف)

(٨) قوله: "لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم" إنما عدل عن التمسك بقوله تعالى: ﴿إنه لقرآن كريم فى كتاب مكنون لا يمسه إلا المطهرون﴾؛ لأن قوله: ﴿لا يمسه﴾ يحتمل أن يكون صفة لكتاب مكنون، والمراد به اللوح المحفوظ، ويحتمل أن يكون صفة لقرآن كريم، وعلى الأول: لا يصلح التمسك، وعلى الثانى: يصلح، فلا يكون حجة بالشك، وجوابه أن الآية تصلح حجة على الوجه الأول أيضا، وذلك لأن المصحف فى العالم العلوى هو المصحف فى العالم السفلى، فلما لم يكن مساس اللوح إلا للمطهرين لم يكن مساس المصحف إلا للمطهرين. (د)

(٩) نفى فى قوة النهى. (عبد)

(١٠) رواه النسائى فى "سننه" فى كتاب الديات، وأبو داود فى "المراسيل". (ت)

* أخرجه أبوداود في المراسيل والنسائي من حديث عمرو بن حزم، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٧٣، ص٨٦، ونصب الراية ج١ ص١٩٦(نعيم).

(١١) قوله: "ثم الحدث والجنابة إلخ" بيان لمشاركتهما فى حرمة المس، وافتراقهما فى حكم القراءة، وتقريره أنه لما ثبت حكم الحدثين فى اليد لم يجز مس المصحف باليد لهما جميعًا، ولما لم يثبت حكم الحدث فى الفم حيث لم يجب غسله، وثبت حكم الجنابة فيه حيث وجب غسله، جازت قراءة المحدث دون الجنب. (عناية)

حلت الفم دون[١] الحدث، فيفترقان في حكم القراءة، وغلافه ما يكون[٢] متجافيًا[٣] عنه، دون ما هو متصل به[٤] كالجلد[٥] المشرّز، هو الصحيح[٦]، ويكره[٧] مسه بالكم، هو الصحيح[٨]؛ لأنه تابع له،

(١٢) قوله: "حلا اليد" فيه أن حلول الحدث ليس إلا بالقياس إلى الأعضاء المغسولة في الوضوء، ويجوز مس المصحف بغير المغسولة؛ لعدم حلول الحدث فيه، ودفع بالتجويز، وبأن الحلول في باب المس، فاستوى سائر الأعضاء. (عبد)

(١٣) قوله: "في حكم المس" يفيد جواز نظر الجنب؛ لأنها لم تحل العين. (ف)

(١) قوله: "دون الحدث" هذا مشكل؛ لما تقرر أن بدن الآدمي غير متجز في حكم الحدث، بل الشخص كله موصوف بأنه محدث، وكان ينبغي أن يجب غسل الكل إلا أنه أقيم غسل رؤوس الأعضاء مقام الكل تيسيرا، ولأنه يكره للمحدث مس المصحف بعضده مع أن العضد كالفم حيث لا يجب غسله، ولأن الحدث والجنابة حلا الرجل، ومع ذلك يفترقان في حكم دخول المسجد حتى لم يجز للجنب دون المحدث.
والجواب أن الحدث والجنابة، وإن كانا يحلان في كل البدن، فحلول الجنابة تام معتبر في وجوب الاغتسال، فيظهر في جميع ما يتعلق به الطهارة كالقراءة والمس ودخول المسجد، وحلول الحدث ليس بتلك الهوية، فقلنا: المس فوق القراءة، فيحرم بهما، والنظر أدون منه، فلا يحرم بشيء منهما، والقراءة بين بين، فيحرم بالأكبر دون الأصغر، كما أن مس المصحف فوق دخول المسجد في الحرمة، فيحرم بهما، ولم يحرم دخول المسجد إلا بالجنابة، فظهر أن المراد بقوله: الجنابة حلت الفم دون الحدث، أنها حلت الفم حلولا كاملا دون الحدث؛ لأن حلوله دون حلولها. (د)

(٢) قوله: "ما يكون متجافيا" بأن يكون شيئا ثالثا بين الماس والممسوس، ولا يكون تبعا لأحدهما كالكم في حق الماس، والجلد في حق الممسوس. (نهاية)

(٣) قوله: "متجافيًا [أي متباعدًا. نهاية] عنه" وهو الخريطة خلافا لمن قال: هو الجلد أو الكم؛ لأن الجلد الملصق تابع له حتى يدخل في بيعه بغير شرط، فلمسه حكم مسه، والكم تابع للماس، فالمس به مس بيده، وخلافا لمن قال: المكروه مس الكتابة لا مس موضع البياض. (ف)

(٤) أي ملصق. (عبد)

(٥) قوله: "كالجلد المشرز" يقال: مصحف مشرز أي مضموم شرزا أجزاءه بعضها مع بعض أي مسده، وفي العباب: مصحف مشرز أي مضموم الكراريس، والأجزاء بعضها مع بعض مضموم الطرفين، فإن لم يضم طرفاه، فهو مشرش بشينين. (عيني)

(٦) قوله: "هو الصحيح" إنما قال ذلك؛ لأن بعضهم ذهب إلى أن المتصل به كالغلاف. (حاشية ملا عبد الغفور رح)

(٧) قوله: "ويكره مسه" المراد به كراهة التحريم، ولذا قال في "الفتاوى": لا يجوز للجنب والحائض أن يمسا المصحف بكميهما أي بعض ثيابهما؛ لأن الثياب بمنزلة أيديهما. (ف)

(٨) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما ذهب إليه الجمهور أنه لا يكره مسه بالكم؛ لأن المحرم هو المس، وهو اسم للمباشرة بلا حائل. (د)

بخلاف كتب[(١)] الشريعة لأهلها، حيث يرخص في مسّها بالكم، لأن فيه ضرورة، ولا بأس[(٢)] بدفع[(٣)] المصحف إلى الصبيان، لأن[(٤)] في المنع تضييع حفظ القرآن، وفي الأمر بالتطهير حرجا بهم، وهذا هو الصحيح[(٥)].

وإذا انقطع دم الحيض لأقل من عشرة أيام لم تحل[(٦)] وطئها حتى تغتسل؛ لأن الدم يدِرّ[(٧)] تارة وينقطع أخرى، فلا بد من الاغتسال ليترجح[(٨)] جانب الانقطاع، ولو لم تغتسل ومضى عليها أدنى وقت الصلاة بقدر أن تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطئها[(٩)]؛ لأن الصلاة

---

(١) قوله: "بخلاف كتب الشريعة" يعني كتب الفقه والحديث يرخص لأهلها مسها بالكم للضرورة، وفيه إشارة إلى أن مسها بلا طهارة مكروه. (ع)

(٢) قوله: "ولا بأس إلخ" إنما ذكره مع أن الصبيان غير مكلفين بشيء من التكليفات بشبهة ترد، وهي أن الصبيان وإن لم يكونوا مخاطبين بالتكليفات، ولكن الدافع البالغ إلى الصبي المحدث يجب أن يكون مكلفا بأن لا يدفع المصحف إليه، كما هو مكلف بأن لا يلبس الذكر من الصبيان الحرير، وأن لا يسقى الخمر، وأن لا يوجه الطفل الصغير إلى جهة القبلة عند قضاء حاجة الطفل. (نهاية)

(٣) قوله: "بدفع" إنما قال: بدفع، ولم يقل: بأخذ؛ لأن الصبيان غير مكلفين بالأفعال. (عبد)

(٤) قوله: "لأن في المنع إلخ" يعني لو لم يكن ذلك، فإما أن يمنع عنهم المصحف، وفيه تضييع حفظ القرآن، أو يؤمروا بالتطهير، وفيه حرج عليهم؛ لأنهم لم يكلفوا بذلك، ويجوز أن يكون معنى قوله: حرجا بهم، أن في أمر الأولياء بتطهير الصبيان حرجا بالأولياء. (ع)

(٥) قوله: "وهذا هو الصحيح" احتراز عما روى عن بعض مشايخنا أن دفع المصحف أو اللوح الذي كتب فيه القرآن إليهم مكروه. (ع)

(٦) قوله: "لم تحل وطئها حتى تغتسل" هذا إذا انقطع الدم على عادتها. (د)

(٧) بكسر الدال وبضمها: أي يسيل. (عناية)

(٨) قوله: "ليترجح جانب الانقطاع" أي ليتأكد جانبه بجريان أحكام الطاهرات عليها شرعًا، وبهذا يسقط ما يتوهم أن الانقطاع متحقق، والعود موهوم، والموهوم لا يعارض المتحقق، حتى لا يحتاج إلى الترجيح المنبئ عن استواء الاحتمالين، وذلك لأن المراد بالترجيح التأكيد، وقطع احتمال الغير بقدر الوسع، ويسقط أنه لا أثر للاغتسال في انقطاع احتمال عود الدم كيف؟ وربما يعود الدم بعد الاغتسال. (د)

(٩) قوله: "حل وطئها" وإن انقطع الحيض لتمام العشرة حل وطئها قبل الغسل؛ لأن الحيض لا يزيد على العشرة، فلا يحتمل عود الدم بعده، لكن يستحب أن لا يطأها حتى تغتسل، وقال الشافعي وزفر ومالك وأحمد: لا يحل وطئها قبل الغسل. (ملتقى الأبحر مع شرحه مجمع الأنهر)

صارت دينا فى ذمتها، فطهرت[(١)] حكمًا.

ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق[(٢)] الثلاث لم يقربها حتى تمضى عادتها وإن اغتسلت؛ لأن العود فى العادة غالب، فكان الاحتياط فى الاجتناب، وإن انقطع الدم[(٣)] لعشرة[(٤)] أيام حل[(٥)] وطئها قبل الغسل؛ لأن الحيض لا مزيد له على العشرة، إلا[(٦)] أنه لا يستحب قبل الاغتسال للنهى فى القراءة[(٧)] بالتشديد.

والطهر[(٨)] إذا تخلل[(٩)] بين الدمين فى مدة[(١٠)] الحيض فهو كالدم[(١١)] المتوالى، قال رض: هذه[(١٢)] إحدى الروايات عن أبى حنيفة رح[(١٣)]، ووجهه أن

(١) قوله: "فطهرت حكمًا" لأن الشارع أوجب عليها الصلاة، وهى لاتوجد بدون الطهارة فكأنها طاهرة(عبد)

(٢) قوله: "فوق الثلاث" قيد ليثبت الحكم فى ما إذا انقطع الدم دون الثلاث بالطريق الأولى إذ ا لعود فيها أظهر؛ لابتلاء بنات آدم بالحيض فى كل شهر، وأنه لا يكون أقل من ثلاثة أيام. (إله داد)

(٣) أى دم الحيض. (د)

(٤) قوله: "لعشرة أيام" أى لمضى عشرة أيام، فاللام للعلة؛ لأن لمضى العشرة تأثيرا فى انقطاع دم الحيض؛ إذ لا مزيد له على العشرة، وبهذا يسقط ما يقال: لا حاجة إلى ذكر الانقطاع؛ لجواز قربانها لمضى العشرة انقطع الدم أولا.(د)

(٥) قوله: "حل وطئها" ولم يذكر تفاوت وجوب الصلاة عليها عند إدراك جزء من وقت الصلاة، وحاصله أنه يشترط تمكن الاغتسال والتحريمة فى الوقت فى الصورة الأولى دون الثانية. (نهاية)

(٦) استثناء من قوله: حل وطئها. (ع)

(٧) قوله: "فى القراءة بالتشديد" وإن كان مؤولا بما دون العشرة لكنه بحسب الظاهر يشمل ما دون العشرة والعشرة. (عبد)

(٨) قوله: "والطهر [أى النقاء عن الدم. عبد] إذا إلخ" صورته مبتدأة رأت يومًا دما وثمانية طهرا، ويومًا دما فالعشرة كلها كالدم المتوالى؛ لإحاطة الدم بطرفى العشرة، ولو رأت يوما دما، وتسعة طهراً، ويومًا دما لم يكن شيء منها حيضا. (عناية)

(٩) قوله: "إذا تخلل بين الدمين" شرط أن يكون الدم محيطا بطرفى العشرة، وعلى هذه الرواية لا يجوز بداية الحيض وختمه بالطهر؛ لأن الطهر ضد الحيض فلا يبدأ بما يضاده، ولا يختم به، ولكن المتخلل بين الدمين نجعله تبعا لهما. (د)

(١٠) أى فى مدة يمكن فيها الحيض شرعًا. (عبد)

(١١) قوله: "فهو كالدم [سواء كان حيضًا أو استحاضة. عبد] المتوالى" فإن كانت مبتدأة فالكل حيض، وإن كانت معتادة فأيام العادة حيض، والباقى استحاضة. (عبد)

(١٢) قوله: "هذه [أى هى رواية محمد عنه] إحدى الروايات" والثانية: وهو قول زفر رح: أن الدم إن كان

استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالإجماع، فيعتبر أوله وآخره كالنصاب[(١)] في باب الزكاة، وعن[(٢)] أبي يوسف رح[(٣)] -وهو رواية[(٤)] عن أبي حنيفة رح، وقيل: هو آخر أقواله-: أن الطهر[(٥)] إذا كان أقل من خمسة عشر يوماً لا يفصل، وهو كله كالدم المتوالي؛ لأنه طهر فاسد[(٦)]، فيكون بمنزلة الدم، والأخذ بهذا القول[(٧)] أيسر[(٨)]، وتمامه يعرف في كتاب[(٩)] الحيض.

في مدة الحيض ثلاثة أيام لا يكون الطهر فاصلا، ويكون كالدم المتوالي، وإن كان أقل من ذلك يكون فاصلا، والثالثة: وهو قول محمد: أن الطهر المتخلل بين الدمين إذا كان أقل من ثلاثة أيام، لا يكون فاصلا، وإن كان ثلاثة أيام فصاعدا، فإن كان أقل من الدمين، أو مثلهما لا يكون فاصلا أيضًا، وإن كان أكثر منهما يكون فاصلا، والرابعة: ما روى عن أبي يوسف رح. (د)

(١٣) قلت: عن أبي حنيفة أربع روايات.

(١) قوله: "كالنصاب في باب الزكاة" من أن كمال النصاب شرط في أوله وآخره، ولا يضره النقصان في خلاله. (إله داد)

(٢) وبه أخذ. (ف)

(٣) قوله: "وعن أبي يوسف إلخ" وعلى هذا يجوز بداية الحيض بالطهر، وختمه به أيضًا، ويجوز بدايته به إذا كان قبله فقط، ولا يختم به حينئذٍ، ويجوز ختمه به إذا كان بعده دم لا قبله، مثاله من المسائل امرأة عادتها في أول كل شهر خمسة أيام، فرأت قبل أيامها بيوم يومًا دما، ثم طهرت خمستها، ثم رأت يوما دما، فعنده خمستها حيض، وقس عليه. (عناية)

(٤) وعليه الفتوى. (ف)

(٥) قوله: "أن الطهر إلخ" وحجته في ذلك أن الطهر الذي هو دون خمسة عشر لا يصلح للفصل بين الحيضتين، فكذا للفصل بين الدمين؛ لأن أقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوما، فما دونه فاسد، وبين صفة الصحة والفساد تنافٍ. (نهاية)

(٦) والفاسد لا يتعلق به أحكام الصحيح شرعًا.

(٧) للمفتي والمستفتي. (عبد)

(٨) قوله: "أيسر" لعدم التفصيل فيه أصلا، وفي القول الأول: تفصيل من حيث إن الطهر الفاسد لا يكون فاصلا، إذا كان الدم محيطا في العشرة، ويكون محيطا إذا لم يكن فيه، وفي القول الثاني والثالث: تفصيل ظاهر. (د)

(٩) قوله: "في كتاب الحيض" أي في "المبسوط" للإمام تلميذ الإمام الأفخم محمد رح. (عبد)

وأقل[١] الطهر خمسة عشر[٢] يومًا، هكذا نقل[٣] عن إبراهيم النخعي[٤]، وإنه لا يعرف[٥] إلا توقيفا[٦]، ولا غاية[٧] لأكثره؛ لأنه يمتد إلى سنة وسنتين،[٨] فلا يتقدر بتقدير، إلا[٩] إذا استمر[١٠] بها الدم،

---

(١) قوله: "وأقل الطهر [وعند مالك أقله ما وجد. د]" أي أقل مدة الطهر خمسة عشر يوما مع لياليها. (عبد)

(٢) قوله: "خمسة عشر يومًا" قيل: وأجمعت الصحابة عليه. (ف)

(٣) قوله: "هكذا نقل إلخ" وقال عطاء: أقله تسعة عشر؛ لأنه يشتمل الشهر عادة على الحيض والطهر، وقد يكون الشهر تسعة وعشرين يومًا، وإذا كان أكثر الحيض عشرة، بقى تسعة عشر يومًا.
ولنا أن مدة الطهر نظير الإقامة من حيث إنها تعيد ما كان ساقطا من الصوم والصلاة، وقد ثبت بالأخبار أن أقل مدة الإقامة خمسة عشر، فكذا أقل مدة الطهر. (نهاية)

(٤) من التابعين. (عبد)

(٥) قوله: "وإنه لا يعرف إلخ" فالظاهر أنه سمع من صحابي سمع من النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (إله داد)

(٦) قوله: "إلا توقيفًا" هذا يشكل بما ذكر في "كشف البزدوي" أن قول من بعد الصحابة من التابعي، وسائر المجتهدين في ما لا يدرك بالرأي ليس بحجة. (إله داد)

(٧) قوله: "ولا غاية لأكثره" معناه ما رأت الطهر تصلي وتصوم وإن استغرق عمرها. (نهاية)

(٨) وقد لا تحيض أصلا. (ف)

(٩) قوله: "إلا إذا استمر" فإن حينئذ يكون لأكثره غاية عند عامة العلماء خلافا لأبي عصمة سعد ابن معاذ المروزي والقاضي أبي حازم، فإنه لا غاية لأكثره عندهما على الإطلاق؛ لأن نصب المقادير بالسماع، ولا سماع ههنا، وعلى هذا إذا بلغت امرأة، فرأت عشرة دمًا، وسنة أو سنتين طهرًا، ثم استمر بها الدم، فعندهما طهرها ما رأت، وحيضها عشرة أيام، تدع الصلاة والصوم من أول زمان الاستمرار عشرة أيام، وتصلي سنة، أو سنتين. (عناية)

(١٠) قوله: "إذا استمر بها الدم" عند العامة مقدر ثم اختلفوا، فقال محمد بن إبراهيم الميداني: يتقدر بستة أشهر إلا ساعة؛ لأن الطهر المتخلل بين الشيئين دون مدة الحبل عادة، وأدنى مدة الحمل ستة أشهر، فقدرنا مدة أكثر الطهر بستة أشهر إلا ساعة، وقال الزعفراني: الطهر مقدر في حقها بسبعة وعشرين يوما؛ لأن الشهر يشتمل على الحيض والطهر، وأقل الحيض ثلاثة فبقى الطهر سبعة وعشرين يومًا، كذا في "الكافي".
وذكر في "المحيط" بيان هذا فقال: مبتدأة رأت عشرة دمًا سنة طهرًا، ثم استمر الدم، قال أبو عصمة: حيضها وطهرها ما رأت، حتى إن عادتها تنقضي بثلاث سنين وثلاثين يومًا.
وقال الميداني: عدتها تنقضي بتسعة أشهر إلا ثلاث ساعات؛ لجواز أن يقع الطلاق في الحيض، فيحتاج إلى

يعرف[١] ذلك في كتاب[٢] الحيض.

ودم الاستحاضة كالرعاف[٣] لا يمنع الصوم، ولا الصلاة، ولا الوطئ؛ لقوله عليه السلام: «توضئي[٤] وصلى وإن[٥] قطر الدم على الحصير»*، ولما عرف حكم الصلاة ثبت[٦] حكم الصوم والوطئ بنتيجة[٧] الإجماع.

ثلاثة أطهار كل طهر ستة أشهر إلا ساعة، وكل حيض عشرة أيام، وقيل: طهرها أربعة أشهر إلا ساعة؛ لأنه أقل مدة استبانة الخلق، ونقصنا منه بساعة؛ لما قلنا، والحاكم الشهيد قدره بشهرين، كذا في "الشرح".

وقال أبو علي الدقاق: أكثره سبعة وخمسون يوما، ولو استمر الدم في المبتدأة، وطلقها زوجها لا تنقضي عدتها أبدا عند أبي عصمة، كذا في "الحاشية الحميدية". (إله داد)

(١) قوله: "يعرف ذلك" لما كان في الأقوال فيه كثرة أعرض المصنف عنها، وقال: يعرف ذلك إلخ.(عناية)

(٢) الذي صنفه محمد مستقلا في بيان الحيض. (عيني)

(٣) بالضم: خون بيني. (م)

(٤) قوله: "توضئي وصلى" قلت: رواه ابن ماجة في "سننه" من حديث وكيع عن الأعمش عن حبيب ابن أبي ثابت عن عروة بن الزبير عن عائشة قالت: جاءت فاطمة بنت أبي حبيش إلى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فقالت: يا رسول الله! إني امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة، قال: «إنما ذلك عرق وليس بالحيضة اجتنبي الصلاة أيام محيضك ثم اغتسلي وتوضئي لكل صلاة وإن قطر الدم على الحصير». (ت)

(٥) قوله: "وإن قطر الدم على الحصير" شيخنا علاء الدين وهم في عزو هذا الحديث لأبي داود مقلدا لغيره في ذلك، وأبو داود وإن كان أخرجه لكن لم يقل فيه: وإن قطر إلخ، فليس هو حديث الكتاب. (ت)

* أخرجه ابن ماجه من حديث عائشة في قصة فاطمة بنت حبيش، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٧٤، ص٨٨ ، ونصب الراية ج١ ص١٩٩(نعيم).

(٦) قوله: "ثبت إلخ" إذا الإجماع منعقد على أن دم الرحم يمنع الصوم والصلاة والوطئ، ودم العرق لا يمنع واحدا منها، فلما لم يمنع هذا الدم الصلاة علم أنها دم عرق، لا دم رحم، فيثبت الحكمان الآخران دلالة، كذا في "الكافي"، وهو مشكل؛ إذ الإجماع على أن دم العرق لا يمنع شيئًا منها إنما هو في ما إذا لم يكن في الوطئ اقتراب الدم كالرعاف، وإلا لا، فقد روينا عن عائشة: أن المستحاضة لا يأتيها زوجها، وبه قال النخعي والحكم، وكرهه ابن سيرين،وقال أحمد: لايأتيها إلا أن يطول ذلك، وفي رواية عنه: لا يجوز إلا أن يخاف زوجها العنت. (د)

(٧) قوله: "بنتيجة الإجماع" أي بدلالته ،وتقريره أجمع المسلمون على وجوب الصلاة، وهو يوجب الصوم وحل الوطئ بالطريق الأولى؛ لأنه لما جعل الدم عدما في حق الصلاة مع المنافاة الثابتة بينهما؛ لكونه منافيا لشرطها، فلأن يجعل عدما في حق الصوم والوطئ الذين لا منافاة بينهما أولى.

ولو زاد[١] الدم على عشرة أيام، ولها[٢] عادة معروفة دونها، ردت[٣] إلى أيام عادتها، والذى[٤] زاد[٥] استحاضة؛ لقوله[٦] عليه السلام: «المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها[٧]»*، ولأن الزائد على العادة يجانس[٨] ما زاد على العشرة، فيلحق به[٩]، وإن ابتدأت[١٠] مع

وقال فى "المجتبى": تفسير نتيجة الإجماع بالدلالة غير صحيح لفظا ومعنًى، وتفسيره بالحكم أشد انطباقا، وقال عبد العزيز رح: يجوز أن تسمى نتيجة من حيث إن دلالة النص أو الإجماع لا تحصل إلا به، ويستحيل أن يثبت قبله، فكأنه نتيجة، والنص والإجماع أصل، ولو فسرت بالحكم وهم أن الإجماع منعقد عليه قصداً. (ع)

(١) قوله: "ولو زاد الدم على العشرة" وأما إذا زاد على عادتها المعروفة دون العشرة، فقد اختلف فيه المشايخ، فذهب أئمة بلخ إلى أنها تؤمر بالاغتسال والصلاة؛ لأن حال الزيادة متردد بين الحيض والاستحاضة؛ لأنه إن انقطع الدم قبل أن يجاوز العشرة كان حيضا، وإن جاوز العشرة كان استحاضة، فلا تترك الصلاة مع التردد، وقال مشايخ بخارا: لا تؤمر بالاغتسال والصلاة؛ لأنا عرفناها حائضا بيقين، ودليل بقاء الحيض -وهو رؤية الدم- قائم، ولا تكون استحاضة حتى تستمر، فتتجاوز العشرة، ولا دليل على ذلك، فلا تؤمر حتى يتبين أمرها، فإن جاوزت العشرة أمرت بقضاء ما تركت من الصلاة بعد أيام عادتها، قال فى "المجتبى": وهو الأصح. (ع)

(٢) قوله: "ولها عادة معروفة" وهى تثبت بمرتين، لا بمرة واحدة، كما ذهب إليه بعضهم. (عبد)

(٣) بالإجماع. (ع)

(٤) قوله: "والذى زاد استحاضة" ثم لا تصلى فى الزائد على العادة؛ لاحتمال صيرورتها أهلا وعدم صيرورتها، فيبقى كذلك، كذا فى "الكافى". (د)

(٥) على العادة المعروفة. (ع)

(٦) رواه أبو داود. (ت)

(٧) الإضافة للعهد. (عبد)

* أخرجه أصحاب السنن الأربعة إلا النسائي، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٧٥، ص٨٨، ونصب الراية ج١ ص٢٠١ (نعيم).

(٨) قوله: "يجانس" من حيث إنه زيادة على المقدر إذ المقدر العادى كالمقدر الشرعى. (ف)

(٩) قوله: "فيلحق به" وقال الشافعي: المرأة إذا استحيضت، ولها أيام معلومة فى الحيض، فإنها تميّز باللون فيما زاد على الأيام، فإن كان أسود عبيطا أو أحمر خالصا تجعلها حيضا، ولا عبرة للأيام، وإن لم يكن أسود وأحمر كان استحاضة، وإن لم يمكن التمييز باللون بأن لم يمكن أسود خالصا، وأحمر خالصا، بل يشبه هذا وهذا، فحينئذٍ يعتبر الأيام. (ن)

البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة أيام من كل شهر[(١)]، والباقى استحاضة؛ لأنا[(٢)] عرفناه حيضًا، فلا يخرج عنه بالشك والله أعلم.

فصل[(٣)]:

والمستحاضة، ومن[(٤)] به سلسل[(٥)] البول، والرعاف[(٦)] الدائم، والجرح الذى لا يرقأ[(٧)] يتوضأون[(٨)] لوقت كل صلاة[(٩)]، فيصلون بذلك الوضوء فى الوقت ما شاءوا من الفرائض والنوافل[(١٠)].

وقال[(١١)] الشافعى رح: تتوضأ[(١٢)] المستحاضة لكل[(١٣)] مكتوبة؛ لقوله[(١٤)]

(١٠) بالبناء للفاعل والمفعول، واختاره صاحب "النهاية". (ع)

(١) قوله: "من كل شهر" وعن أبى يوسف: رح حيضها ثلاثة أيام فى حق الصلاة والصوم، وعشرة فى حق الوطئ أخذا بالاحتياط، كذا فى "الظهيرية". (ف)

(٢) قوله: "لأنا عرفناه إلخ" لأنا حكمنا فى الثلاثة أنه حيض بيقين، وأما الباقى فيتردد أحيض أم لا، واليقين لا يزول بالشك، فثبت أنه حيض فى العشرة بالاستصحاب. (عبد)

(٣) قوله: "فصل" لما كان الحيض أكثر وقوعا، قدمه وأعقبه بالاستحاضة؛ لأنه أكثر وقوعًا من النفاس باعتبار كثرة أسبابها. (ع)

(٤) قوله: "ومن به سلس البول إلخ" لما ذكر المستحاضة للمعنى الذى ذكرنا من أن الدماء المختصة بالنساء ثلاثة: حيض، واستحاضة ،ونفاس، ذكر أيضًا من هو فى حكمها. (نهاية)

(٥) قوله: "بالكسر: رجل سلس أى لين. (ن)، هو من لا يقدر على إمساكه. (م)

(٦) قوله: "والرعاف الدائم" أى الشامل للأوقات بحيث لا يسع الصلاة. (عبد)

(٧) أى لا يسكن. (عبد)

(٨) قوله: "يتوضأون" ولم يذكر غسل ثوب ابتل بالدم، وذكر فى "الذخيرة" أنه لا يلزم فى ظاهر الرواية، وعن أبى يوسف أنه يلزم فى وقت كل صلاة مرة، كذا فى "الحاشية الحميدية" (د)

(٩) قوله: "لوقت كل صلاة" وقال بعض الناس: إنها تغتسل لكل صلاة، وقال إبراهيم النخعى: تغتسل فى آخر وقت الظهر، فتصلى الظهر فى آخر وقت، والعصر فى أول وقت بغسل واحد، ثم تغتسل فى آخر وقت المغرب، فتصلى المغرب فى آخر الوقت، والعشاء فى أول وقته بغسل واحد، وكذا فى العشاء مع الفجر. (نهاية)

(١٠) قوله: "والنوافل" ليس بمنحصر فيهما، بل كما يصلون الفرائض والنوافل، كذلك يصلون النذور والواجبات أيضًا. (نهاية)

(١١) قوله: "وقال الشافعى" هذا الاختلاف بيننا، وبين الشافعى فى المستحاضة، ومن به سلس البول،

عليه السلام: «المستحاضة تتوضأ لكل[1] صلاة»*، ولأن[2] اعتبار طهارتها ضرورة أداء المكتوبة، فلاتبقى[3] بعد الفراغ منها.

ولنا قوله عليه السلام: «المستحاضة[4] تتوضأ لوقت كل صلاة»**، وهو[5] المراد بالأول؛ لأن اللام تستعار[6] للوقت[7]،

واستطلاق البطن، وانفلات الريح من الدبر، أما في حق صاحب الجرح السائل، والرعاف الدائم، فالخلاف بيننا وبينه بوجه آخر؛ لما أنه لا يرى الخارج من غير السبيلين حدثا. (نهاية)

(١٢) قوله: "تتوضأ المستحاضة" وقال مالك: لا تتوضأ؛ لأن ما يناقض الوضوء يقارنه، فلا فائدة فى الاشتغال به. (نهاية)

(١٣) قوله: "لكل مكتوبة" والنفل تبع للفرض، فلا يفرد له حكم على حدة. (د)

(١٤) رواه ابن ماجة. (ت)

(١) قوله: "لكل صلاة" فإن قلت: كل صلاة أعم من أن يكون مكتوبة أو غيرها، فتقييدها بالمكتوبة تحكم، وكما أنه لا ضرورة بعد أداء المكتوبة، لا ضرورة فى النوافل؛ إذ لا حرج فى تركها، فاعتبار عدمها بالنسبة إلى المكتوبة دونها أيضًا تحكم.

أجيب بأن قوله: «لكل صلاة» مطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل هو المكتوبة، فينصرف إليها، وبأن الحاجة فى النوافل لم ترتفع؛ لأنها خير محض فى كل وقت، وفى إلزام الطهارة حرج بين. ورد بأنا لا نسلم أن الصلاة مطلق، بل عام بدليل دخول كل. (عناية)

* أخرجه ابن حبان من حديث عائشة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٧٦، ص٨٩، ونصب الراية ج١ ص٢٠٢ (نعيم).

(٢) قوله: "ولأن اعتبار إلخ" الحاصل أن اعتبارها للضرورة، وما يكون اعتباره للضرورة يتقدر بحسبها. (حاشية ملا عبد الغفور رح)

(٣) قوله: "فلا تبقى بعد الفراغ منها" يشعر بأن أداء النوافل إنما يجوز له عند الشافعي رح قبل المكتوبة لا بعدها، وهو المذكور فى "الجامع الصغير" للإمام بدر الدين رح. (ملا إله داد)

(٤) قوله: "المستحاضة إلخ" ذكر سبط ابن الجوزى أن الإمام أبو حنيفة رح رواه انتهى، وفى "شرح مختصر الطحاوى": روى أبو حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال لفاطمة بنت أبى حبيش: «توضئى لوقت كل صلاة» ذكره محمد فى "الأصل" مفصلا. (ف)

** قال الحافظ في الدراية: لم أجده هكذا، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٧٧، ص٨٩، ونصب الراية ج١ ص٢٠٤ وقال العيني في البناية: ج١ ص٤١٦ قال بعضهم: هذا غريب، يعني بلفظ: "لوقت كل صلاة" قلت: ليس كذلك، بل روي هذا الحديث بهذه اللفظة في بعض ألفاظ حديث فاطمة بنت حبيش: "توضئي لوقت كل صلاة" ذكره ابن قدامة فى "المغنى" وروى الإمام أبو حنيفة هكذا: "المستحاضة تتوضأ لوقت كل

يقال[١]: آتيك لصلاة الظهر أى وقتها، ولأن[٢] الوقت أقيم[٣] مقام الأداء تيسيرا[٤]، فيدار الحكم عليه.

وإذا خرج[٥] الوقت بطل وضوءهم واستأنفوا[٦] الوضوء لصلاة

صلاة" ذكره السرخسي في "المبسوط"، وروى أبو عبد الله بن بطة بإسناده عن حمنة بنت جحش أنه عليه السلام أمرها أن تغتسل لوقت كل صلاة، والغسل يغنى عن الوضوء فبطل الاشتراط لكل صلاة اهـ(نعيم).

(٥) قوله: "وهو المراد بالأول [أى بما رواه الشافعي. عناية]" لأن الأول محتمل، والثانى: محكم، فيحمل المحتمل على المحكم. (إله داد رحمه الله تعالى)

(٦) قوله: "تستعار" فإن للوقت اختصاصاً بالأشياء، فباعتبار أن الاختصاص لازم للوقت استعير لفظ اللام له.

(٧) قوله: "للوقت" فإن قلت: اللام حرف، والوقت اسم، والحرف لا يستعار للاسم، أجيب أولا: بالمنع فقد تستعار إلا بمعنى غير وبالعكس، وما ذلك الاستعارة الحرف للاسم، والاسم للحرف.

وثانيا: بما تقرر فى علم البيان أن الاستعارة فى الحروف تابعة للاستعارة فى متعلق معناها ،حتى يسمى استعارة تبعية نحو قوله تعالى: ﴿فالتقطه آل فرعون ليكون لهم عدوا وحزنا﴾ شبه ترتب العداوة والحزن على الالتقاط بترتب العلة الغائية التى هى المحبة والتبنى، ثم استعمل فى المشبهة اللام الموضوعة للدلالة على ترتب العلة الغائية التى هى المشبهة بها، فجرت الاستعارة أولا فى العلية والغرضية، وتبعهما فى اللام، فهكذا فى قوله: «لكل صلاة» كأنه أراد بالصلاة الوقت، كما فى قوله تعالى: ﴿أضاعوا الصلٰوة﴾ أى وقتها، ثم شبه الوقت بما هو غرض الوضوء. (د)

(١) قوله: "يقال: آتيك لصلاة" يراد به الوقت، وذلك بالكتاب والسنة ومتعارف الناس، أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فخلف من بعدهم خلف أضاعوا الصلاة﴾ أى أوقات الصلاة، وأما السنة فما روى عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «جعلت لى الأرض سجداً وطهوراً أينما أدركتنى الصلاة تيممت وصليت»، وأراد بذلك وقت الصلاة لا نفس الصلاة؛ لأن الصلاة فعله، وفعله لا يسبقه ولا يتأخر عنه، وأما متعارف الناس، فما يقال: آتيك إلخ. (نهاية)

(٢) قوله: "ولأن الوقت" هذا دليل موافق للقواعد الشرعية. (عبد)

(٣) قوله: "أقيم مقام الأداء" قد يقال: لا يجدى نفعا؛ لأن الخصم يساعدنا فى بقاء الطهارة ما بقى الوقت، ولكنه يقول: إنها طهارة ضرورية، فلا يظهر إلا فى حق أداء الفرض، وما يتبعه من النوافل حتى يصح النفل عنده بعد أداء المكتوبة، بل بعد خروج أيضاً على ما صرح به فى "شرح الحاوى" إلا أن يقال: هذا التعليل خرج ردا لما ذكره الإمام بدر الدين رح. (حاشية ملا إله داد)

(٤) قوله: "تيسيراً" لأن المكلف قد يحتاج إلى أداء فرضين، أو أكثر فى وقت واحد، فلو لم يقم الوقت مقام الأداء لأدى إلى الحرج. (ملا إله داد)

(٥) قوله: "وإذا خرج الوقت بطل وضوءهم" إضافة بطلان الوضوء إلى خروج الوقت مجاز على ما سيجىء بعد هذا بقوله: أى بالحدث السابق أى إنما يظهر أثر الحدث السابق عند خروج الوقت، فأضيف

أخرى[١]، وهذا عند أصحابنا الثلاثةرح.

وقال زفررح: استأنفوا إذا دخل الوقت[٢]، فإن توضأوا[٣] حين تطلع الشمس أجزأهم حتى يذهب وقت الظهر، وهذا عند أبي حنيفةرح ومحمدرح. وقال أبو يوسف[٤] وزفررح: أجزأهم حتى يدخل وقت الظهر، وحاصله[٥] أن طهارة المعذور تنتقض بخروج[٦] الوقت بالحدث السابق عند أبي حنيفة ومحمدرح، وبدخول[٧] الوقت عند زفررح، وبأيهما كان عند أبي يوسفرح.

وفائدة الاختلاف لا تظهر[٨] إلا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا،

إلى الخروج مجازًا، وكان هذا نظير ما قال في "المصباح": وأما ما ينصب المفرد، فسبقه الواو بمعنى مع إلخ؛ إذ لا شك أن الناصب هو الفعل المتقدم لا الواو. (نهاية)

(٦) قوله: "واستأنفوا [يجوز أن يكون تأكيدا. ع] الوضوء" قيل: قوله: واستأنفوا إلخ مستدرك؛ لأن بطلان الوضوء يستلزمه، أجيب بأنه قد لا يستلزم كالتيمم لصلاة الجنازة في المصر، فإنه إذا صلى عليها بطل تيممه بالنسبة إلى غير صلاة الجنازة، وبقيت في حق صلاة جنازة أخرى. (ع)

(١) قوله: "لصلاة أخرى" إنما قيد بأخرى ليكون إشارة إلى أن الصلوات المؤداة في الوقت لا حاجة لها إلى أداء آخر. (عبد)

(٢) الآخر.

(٣) بيان موضع الخلاف. (ع)

(٤) قوله: "وقال أبو يوسف" لو نقل مذهب أبي يوسفرح أولا، كما نقل مذهب زفر لكان أحسن. (عبد)

(٥) قوله: "وحاصله" لما كان ذكر أبي يوسف مع زفر في هذه المسألة كالمناقض؛ لما ذكر من قوله: وهذا عند علمائنا الثلاثة، احتاج إلى بيان الأصل، فقال: وحاصله إلخ. (عناية)

(٦) قوله: "بخروج الوقت" هذا إذا توضأ على السيلان، أو وجد السيلان بعده، أما إذا كان على الانقطاع ودام إلى خروج الوقت، فلا يبطل بالخروج ما لم يحدث حدثا آخر. (ف)

(٧) قوله: "وبدخول الوقت عند زفر إلخ" ورأى فخر الإسلام أن زفر لم ير ذلك، ولا أبا يوسف، فالكل متفقون على انتقاضه عند الخروج. (ف)

(٨) قوله: "لا تظهر إلا إلخ" لأن في الأولى دخولا بلا خروج، فلا ينتقض عند أبي حنيفة ومحمد حتى

أو قبل طلوع الشمس، لزفرؒ أن اعتبار الطهارة مع المنافى للحاجة إلى الأداء، ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر[١]، ولأبى يوسفؒ أن الحاجة مقصورة على الوقت، فلا يعتبر[٢] قبله ولا بعده.

ولهما أنه لا بد[٣] من تقديم الطهارة على الوقت؛ ليتمكن من الأداء[٤] كما دخل الوقت، وخروج الوقت دليل زوال الحاجة، فظهر اعتبار الحدث عنده، والمراد بالوقت[٥] وقت المفروضة، حتى لو توضأ المعذور لصلاة العيد له أن يصلى الظهر به عندهما، وهو الصحيح[٦]؛ لأنها بمنزلة[٧] صلاة الضحى، ولو توضأ مرة للظهر فى وقته، وأخرى[٨] فيه للعصر،

يذهب وقت الظهر، وينتقض عندهما، وفى الثانية خروجا بدون دخول، فينتقض عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد، ولا ينتقض عند زفرؒ.

(١) قوله: "فلا تعتبر [أى الطهارة قبل دخول الوقت. نهاية]" فإن قلت: فلما لم تعتبر الطهارة قبل الوقت عنده، فكيف يوصف بالانتقاض عند دخول الوقت.

قلت: عدم الاعتبار قبل الوقت باعتبار أن الحاجة المتعلقة بأداء الوقتية منعدمة فى حق تلك الطهارة، لا أنها غير معتبرة أصلا، بل هى معتبرة فى حق النوافل وقضاء الفوائت. (نهاية)

(٢) قوله: "فلا يعتبر قبله ولابعده" هذا أيضًا لا يستقيم إلا وأن يراد بالانتقاض بالدخول عدم اعتبارها فى أداء الوقتية. (د)

(٣) قوله: "أنه لا بد إلخ" لقائل أن يقول: فيجب أن لا ينتقض الطهارة فيما إذا توضأ المعذور بعد أداء الظهر لصلاة العصر بخروج وقت الظهر؛ لأنه يحتاج إلى تقديم الطهارة على وقت العصر؛ ليتمكن من أداءها كما دخل، والمسألة بخلافه، كما سيجيء فى الكتاب. (د)

(٤) قوله: "من الأداء كما [الكاف للمفاجأة] دخل" أى ليفاجئ الأداء تمكن الأداء بدخول الوقت. (ن)

(٥) الذى اعتبر خروجه ودخوله. (عناية)

(٦) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عما قال بعض المشايخ: ليس له أن يصلى الظهر به؛ لأنه خرج وقت صلاة واجبة. (ع)

(٧) قوله: "بمنزلة [من حيث إنها ليست بمفروضة] صلاة الضحى" حتى قال بعض المشايخ: إنها صلاة الضحى أديت بجماعة. (عناية)

(٨) قوله: "وأخرى فيه للعصر" قيل: إنما وضع المسألة فى الظهر ليتبين أن ليس بين وقت الظهر والعصر

فعندهما[١] ليس له أن يصلى العصر به؛ لانتقاضه بخروج وقت المفروضة.

والمستحاضة هى[٢] التى لا يمضى عليها وقت[٣] صلاة إلا والحدث الذى ابتليت به يوجد[٤] فيه، وكذا كل[٥] من هو فى معناها، وهو من ذكرناه[٦] ومن به استطلاق[٧] بطن، أو انفلات[٨] ريح؛ لأن الضرورة بهذا[٩] يتحقق، وهى تعم الكل.

فصل فى النفاس[١٠]

والنفاس[١١] هو الدم[١٢] الخارج عقيب[١٣] الولادة؛ لأنه[١٤] مأخوذ من

وقت مهمل، وما روى أسد بن عمرو عن أبى حنيفة أن ظل كل شىء إذا صار مثله خرج وقت الظهر، ولم يدخل وقت العصر ليس بصحيح. (عناية)

(١) قوله: "فعندهما [أى أبى حنيفة ومحمد. ع] إلخ" إنما خصهما بالذكر مع أن الكل على هذا؛ لأن الشبهة تأتى على قولهما؛ إذ له أن يقدم الطهارة على الوقت، ولا ينتقض بالدخول، ومع هذا لا تصلى العصر بهذا؛ لأنه دخول مشتمل على الخروج. (ف)

(٢) قوله: "هى التى إلخ" قيل: والصحيح أن يقال: المستحاضة هى من لا يخلو وقت الوضوء، أو بعده فى الوقت عن الحدث الذى ابتليت به ؛وذلك لأنه يرد على القول الأول ما إذا رأت الدم فى أول الوقت لا تنتقض طهارتها إذا انقطع فتوضأت ودام الانقطاع حتى خرج الوقت. (نهاية)

(٣) قوله: "وقت صلاة" لا بد من العناية فيه بأن يقال: المراد من وجود الحدث فى وقت الصلاة هو أن يوجد فى الوضوء فى وقت الصلاة، أو بعد الوضوء فى وقت الصلاة. (نهاية)

(٤) قوله: "يوجد فيه" كأنه أراد بالمستحاضة المستحاضة المعذورة، وإلا فهذا الذى ذكر ليس بتعريف للمستحاضة؛ لأن المرأة التى زاد دمها على العشرة، أو انتقص من الثلاثة مستحاضة، ولو ساعة. (إله داد)

(٥) أى يكون حكمه حكمها. (ع)

(٦) من قوله: ومن به سلس البول إلخ. (ع)

(٧) أى مشيه. (ع)

(٨) هو خروج الشىء فلتة أى بغتة. (ع)

(٩) أى بما ذكرناه من الأحداث. (ع)

(١٠) قوله: "والنفاس" قد يكون جمعًا لنفساء، وقد يكون مصدرًا. (عبد)

(١١) بفتح النون وكسرها، والضم فيه خطأ. (مغرب)

(١٢) قوله: "هو الدم الخارج" يشعر بأن خروج الدم شرط حتى لو خرج الولد، ولم ترد ما لا تكون نفساء، وهو رواية عن أبى يوسف رح، وفى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: إنها تكون نفساء بمجرد خروج

تنفس الرحم بالدم، أو من خروج النفس[1] بمعنى الولد، أو بمعنى الدم.

والدم الذى تراه الحامل ابتداء[2]، أو حال ولادتها قبل خروج[3] الولد استحاضة وإن كان ممتدا[4]، وقال الشافعى رح: حيض اعتبارا[5] بالنفاس، إذهما جميعا من الرحم.

ولنا[6] أن بالحبل[7] ينسد فم الرحم، كذا العادة، والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد، ولهذا كان نفاسًا بعد خروج[8] بعض[9] الولد فيما

الولد، وإن لم ترد ما ؛لأنه لا يخلو عن بل الدم، وبه يكون نفساء، وأكثر المشايخ أخذوا بقول أبى حنيفة، وبه كان يفتى الصدر الشهيد، وبعضهم أخذوا بقول أبى يوسف، وثمرة الخلاف تظهر فى حق الغسل؛ لأن الوضوء يجب من خروج الولد اتفاقًا. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(١٣) قوله: "عقيب الولادة" ثم الأولى أن يقول: هو الدم الخارج من القبل عقيب الولادة؛ إذ لو خرج من السرة، أو سال الدم من دبرها لا تكون نفساء، بل تكون ذات جرح سائل. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(١٤) قوله: "لأنه مأخوذ إلخ" فيه تسامح؛ لأنه تعليل فى موضع التعريف، ويتدارك بأنه جعله من باب التسمية، كأنه قال: سمى الدم الخارج عقيب الولادة نفاسًا؛ لأنه إلخ. (عناية)

(١) قوله: "أو من خروج النفس" بسكون الفاء بمعنى الولد، أو بمعنى الدم من قولهم: له نفس سائلة، وقال صاحب "المغرب": وأما اشتقاقه من تنفس الرحم، أو خروج النفس بمعنى الولد، فليس بذاك. (عناية)

(٢) قوله: "ابتداء" أى سابقًا على الولادة، وهو ما يشتمل جميع أوقات الحبل. (حاشية ملا عبد الغفور رحمه الله تالى)

(٣) قوله: "قبل خروج الولد" أى بتمامه، أو ما هو فى حكم التمام. (عبد)

(٤) أى بلغ مبلغ النصاب من الحيض. (ن)

(٥) قوله: "اعتبارًا بالنفاس" يعنى فيما إذا ولدت ولدين فى بطن واحد، فرأت الدم قبل خروج الولد الثانى، فإنه نفاس عندهما، خلافًا لمحمد على ما سيجىء. (نهاية)

(٦) هو مذهب عائشة. (نهاية)

(٧) قوله: "بالحبل ينسد" وذلك لأن فم الرحم منكوس، ولا يتقرر فى المنكوس شىء فى مجرى العادة، إلا إذا انسد فمه. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٨) قوله: "بعد خروج بعض الولد" إنما أبهم البعض لاختلاف وقع فى الرواية ،روى خلف بن أيوب عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أن الدم الذى تراه المرأة بعد خروج أكثر الولد نفاس، وروى المعلى عن أبى يوسف بعد خروج بعض الولد، وروى هشام عن محمد بعد خروج الرأس ونصف البدن، أو الرجلين، وأكثر من نصف

يروى عن أبي حنيفة ومحمد رح؛ لأنه ينفتح، فيتنفس به.

والسقط(١) الذي استبان بعض(٢) خلقه ولد، حتى تصير به نفساء، وتصير(٣) الأمة أم ولد(٤) به، وكذا العدة تنقضي به.

وأقل النفاس لا حد له(٥)؛ لأن تقدم الولد علَم الخروج من الرحم، فأغنى عن امتداد جعل علما عليه(٦)، بخلاف(٧) الحيض، وأكثره

البدن، وعنه أنها لا تصير نفساء حتى يخرج جميع ولدها.

وذكر شيخ الإسلام في "مبسوطه" أن أبا يوسف مع أبي حنيفة رح في خروج الأكثر، وهو مصحح على ما روى خلف ابن أيوب، وأما محمد فلم يذكر أنه مع أبي حنيفة رح، و ليس على قياس مذهب محمد، فإن مذهبه أن النفاس إنما يثبت بوضع الحمل، فما لم يوجد وضع الحمل كله لا يثبت النفاس، فلعل المصنف اطلع على رواية فنقلها. (عناية)

(٩) أي أكثره. (ف)

(١) بالكسر بچہ ناتمام (م)، بالحركات الثلاث في السين. (عيني)

(٢) قوله: "بعض خلقه [كالإصبع والظفر]" وجملته أن المرأة إذا أسقطت سقطا، فإن كان استبان شيء من خلقه كإصبع مثلا، فهي نفساء في ما رأت الدم، وله حكم الولد التام، وإن لم يستبن شيء من خلقه، فلا نفاس لها، ولكن إن أمكن جعل المرئي من الدم حيضا بأن يتقدمه طهر تام يجعل حيضا، وإن لم يمكن جعله حيضا، فهو استحاضة، فإن رأت الدم قبل إسقاط السقط وما بعده، فإن كان مستبين الخلق، فما رأته قبل الإسقاط لا يكون حيضا، وهي نفساء فيما رأت ما بعد السقط، وإن لم يكن السقط مستبين الخلق، فما رأت قبل الإسقاط حيض إن أمكن جعله حيضا بأن وافق أيام عادتها، أو كان مرئيا عقيب طهر صحيح، أو كان السقط لا يدرى أهو مستبين الخلق أو لا، بأن خرج من المخرج، واستمر بها الدم، وهي مبتدأة في النفاس. (نهاية)

(٣) قوله: "وتصير الأمة أم ولد به" قد يشكل بأن السقوط مع الموت لا يثبت النسب بالدعوة؛ لعدم الحاجة، وأمومية الأم تتبع نسب الولد، ألا يرى إلى أن لو باع أمة فجاءت بولد بأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فمات الولد فادعاه البائع لا يثبت استيلاد الأم؛ لأنه تابع للولد، ولم يثبت نسبه بعد الموت؛ لعدم الحاجة إلى ذلك، فلا يتبعه إلى استيلاد الأم، ذكره المصنف في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى. (إله داد)

(٤) إن ادعاه المولى. (ع)

(٥) قوله: "لا حد له" وعليه اتفق أصحابنا، فلو انقطع دم النفاس بعد الولادة ساعة يجب عليها أن تصوم وتصلي بعد الاغتسال، صرح بذلك شيخ الإسلام في "مبسوطه"، فما تعارف في زماننا هذا من أن النساء لا تؤدين الفرائض إلا بعد انقضاء أربعين يوما، وإن انقطع الدم قبله- ذنب كبير. (مولوى محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(٦) الضمير إلى خروجه من الرحم. (ف)

أربعون[١] يومًا، والزائد عليه استحاضة؛ لحديث[٢] أم سلمة رضـ: «أن النبى عليه السلام وقّت للنفساء أربعين يومًا»*، وهو حجة على الشافعى رحـ فى اعتبار[٣] الستين.

ولو جاوز الدم الأربعين، وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة فى النفاس ردت إلى أيام عادتها[٤]؛ لما بينا فى الحيض، وإن لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها أربعون يومًا؛ لأنه أمكن جعله نفاسًا، فإن ولدت ولدين فى بطن واحد[٥] فنفاسها من الولد[٦] الأول عند أبى حنيفة رحـ وأبى يوسف رحـ، وإن كان[٧] بين الولدين أربعون يومًا، وقال محمد رحـ: من الولد الأخير، وهو[٨] قول زفر رحـ؛ لأنها حامل بعد وضع الأول، فلا تصير نفساء كما أنها

---

(٧) قوله: بخلاف الحيض" فإنه اشترط فيه امتداد الدم ثلاثة أيام، ليعلم أن ذلك الدم من الرحم؛ إذ لا دليل على كونه من الرحم، وفى النفاس قد علم ذلك بانفتاح فم الرحم. (ع)

(١) قوله: "أربعون يومًا" وقول الأوزاعى فى النفاس من الجارية كقولنا، وفى الغلام خمسة وثلاثون يومًا. (مجمع الأنهر)

(٢) قوله: "لحديث أم سلمة" قلت: رواه أبو داود والترمذى وابن ماجة من حديث كثير بن زياد أبى سهل قال: حدثتنى قيسة الأزدية عن أم سلمة قالت: كانت المرأة من نساء النبى ﷺ تقعد فى النفاس أربعين يومًا، أو أربعين يومًا وليلةً، وكنا نطلى وجوهنا بالورس والكلف، انتهى. (ت)

* أخرجه الحاكم والأربعة إلاالنسائي من حديث أم سلمة، انظرالدراية ج١رقم الحديث٧٨، ص٨٩، ونصب الراية ج١ ص٢٠٤ (نعيم)

(٣) قوله: "فى اعتبار الستين" تمسكا بما روى عن الأوزاعى أنه قال: عندنا امرأة ترى النفاس شهرين، وعن ربيعة: أدركت الناس يقولون: أكثر ما تنفس المرأة ستون يومًا. (إله دادرحـ)

(٤) والباقى استحاضة.

(٥) هما ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر. (مج)

(٦) وقوله: "من الولد الأول" ما لم يكن بينهما مدة ستة أشهر؛ لأنهما حينئذٍ توأمان. (ف)

(٧) قوله: "وإن [وصلية] كان إلخ" احتراز عن قول بعض المشايخ: إن النفاس فيه يكون من الولد الثانى عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وليس بصحيح. (ع)

(٨) قوله: "وهو قول زفر" وحكى عن أبى يوسف أنه قال: لا نفاس لها من الولد الثانى، وإن رغم أنف

لا تحيض، ولهذا تنقضى العدة بالأخير بالإجماع.

ولهما أن الحامل[١] إنما لاتحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا، وقد انفتح بخروج الأول وتنفس بالدم، فكان نفاسًا، والعدة[٢] تعلقت بوضع حمل مضاف[٣] إليها، فيتناول الجميع.

باب[٤] الأنجاس[٥] وتطهيرها[٦]

تطهير[٧] النجاسة واجب[٨] من بدن المصلى[٩]، وثوبه، والمكان[١٠]

أبى يوسف، ولكنها تغتسل لما تضع الولد الثانى وتصلى، كذا فى "المحيط". (نهاية)

(١) جواب عن استدلالهما.

(٢) قوله: "والعدة إلخ" جواب عن قياس محمد النفاس على العدة. (نهاية)

(٣) قوله: "حمل مضاف إليها" لقوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾، والحمل اسم لكل ما فى البطن، وما بقى الولد فيها كانت حاملا، فلا تنقضى العدة حتى تضع الجميع. (ع)

(٤) قوله: "باب [الإضافة باعتبار أن بيانها فيه. مج]" لما فرغ من بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها، شرع فى بيان النجاسة الحقيقية وتطهيرها، لأن الأولى أقوى، إذ الطهارة عنهما شرط لجواز الصلاة، حتى إن قليلها يمنع جواز الصلاة. (نهاية)

(٥) قوله: "الأنجاس [هى تشمل الحقيقية والحكمية، لكن المراد الأولى. عبد]" جمع نجس بالفتح، وهو فى الأصل مصدر، ثم نقل إلى ما يستقذر منه، وقال بعضهم: النجس بالفتح والكسر صفة مشبهة. (عبد)

(٦) قوله: "وتطهيرها" أى نفس محلها أما هى فلا تطهر. (ف)

(٧) أى إزالتها.

(٨) قوله: "واجب" مقيد بالإمكان، وبما إذا لم يستلزم ارتكاب ما هو أشد. (ف)

(٩) قوله: "من بدن المصلى" الكلام ههنا فى مواضع، فى الدليل الذى يوجب التطهير، وفى الآلة التى يقع التطهير بها، وفى بيان أنواع النجاسات، وفى كيفية التطهير، وفى القدر الذى يصير المحل به نجسًا، وفيما يتعذر فيه التطهير، وستعرفها. (نهاية)

(١٠) قوله: "والمكان الذى يصلى فيه" والمعتبر موضع القدم؛ لأنه لا بد من القيام، ويكون بالقدم، وأما موضع السجود فيشترط فى رواية محمد عن أبى حنيفة؛ لأنه ركن كالقيام، وفى رواية أبى يوسف عنه لا يشترط؛ لأن السجود تتأدى بالأنف، وأنه أقل من قدر الدرهم، وعندهما يشترط؛ لأن السجود على الجبهة فرض، وذلك يزيد عليه. (د)

الذي يصلي عليه؛ لقوله تعالى: ﴿وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾[١]، وقال[٢] عليه السلام: «حُتِّيه ثم اقرصيه[٣] ثم اغسليه بالماء ولا يضرك[٤] أثره»*، وإذا وجب[٥] التطهير في الثوب وجب[٦] في البدن والمكان[٧]؛ لأن

---

(١) قوله: "وثيابك فطهّر [وهو للوجوب. عناية]" أي في الصلاة، وذلك يعلم من الخارج. (عبد)

(٢) قوله: "وقال إلخ" المصنف إنما استدل به على وجوب الطهارة من الثياب، والبيهقي في "سننه" استدل به على أصحابنا في وجوب الطهارة بالماء، دون غيره من المائعات، وهو مفهوم مخالف لا يقول به إمامه. (ت)

قوله: "وقال عليه السلام إلخ" هذا له أصل في الحديث الصحيح، ولكن ما روى بهذا اللفظ، وروى الأئمة الستة في كتبهم واللفظ لمسلم من حديث هشام بن عروة عن امرأته فاطمة بنت المنذر بن الزبير عن جدته أسماء بنت أبي بكر قالت: جاءت امرأة إلى رسول الله، فقالت: إحدانا يصيب ثوبها من دم الحيضة، كيف تصنع به، قال: «تحته وتقرصه بالماء ثم تنضحه ثم تصلي فيه».

وفي رواية لأبي داود: «حتيه ثم اقرصيه بالماء ثم انضحيه»، وفي رواية له: «وإن رأت فيه دما فلتقرصه بشيء من الماء ولتنضح ما لم ير وتصلي فيه»، ورواه ابن أبي شيبة في "مصنفه"، ورواه الإمام أبو محمد عبد الله ابن علي بن الجارود في "كتاب المنتقى"، وفي رواية: «حتيه واقرصيه بالماء واغسليه وصلي فيه ورشيه بالماء». (عيني)

(٣) قوله: "ثم اقرصيه" الحت: القشر باليد أو العود، والقرص: القشر بأطراف الأصابع. (نهاية)

(٤) قوله: "ولا يضرك أثره" قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى الأئمة الستة في كتبهم واللفظ لمسلم من حديث هشام بن عروة عن امرأته فاطمة بنت المنذر بن الزبير عن جدته أسماء بنت أبي بكر قالت: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فقالت: إحدانا يصيب ثوبها من دم الحيضة، كيف تصنع به، قال: «تحته ثم تقرصه بالماء ثم تصلي فيه» انتهى.

وفي رواية لأبي داود: «حتيه ثم اقرصيه بالماء ثم انضحيه»، وفي رواية له: «فإن رأت فيه دما فلتقرصه بشيء من الماء ولتنضح ما لم تر وتصلي فيه»، ورواه ابن أبي شيبة، وفيه قال: «اقرصيه بالماء واغسليه وصلي فيه». (ت)

* أخرجه ابن الجارود من حديث أسماء بنت أبي بكر، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٧٩، ص٩٠، ونصب الراية ج١ ص٢٠٧ (نعيم).

(٥) بما ذكرنا. (ف)

(٦) قوله: "وجب [بطريق الدلالة. نهاية] في البدن والمكان" بطريق أولى؛ لأنهما ألزم للمصلي منه لتصور انفصاله دونهما. (ف)

(٧) قوله: "والمكان" الدليل على اشتراط طهارة المكان أنه لما ثبت وجوب طهارة الثوب بقوله تعالى: ﴿وثيابك فطهر﴾ بعبارته دل ذلك على اشتراط طهارة المكان أيضاً؛ لأنه إنما وجب طهارة الثوب؛ لأن حالة الصلاة حالة مناجاة مع الرب، وهي أعلى حال العبد، فيجب أن يكون على أحسن الأحوال، وذلك في طهارته،

الاستعمال في حالة الصلاة يشمل الكل.

ويجوز تطهيرها بالماء، وبكل[١] مائع طاهر[٢] يمكن إزالتها به، كالخلّ وماء الورد ونحو ذلك مما إذا عصر[٣] انعصر[٤]، وهذا عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح. وقال محمد رح وزفر رح والشافعي رح: لا يجوز إلا بالماء؛ لأنه[٥] يتنجس بأول الملاقات، والنجس لا يفيد الطهارة، إلا[٦] أن هذا

وطهارة ما صلى فيه، وقد وجب عليه تطهير الثوب بالنص مع قصور الاتصال به، وإمكان الصلاة بدونه، فلأن يشترط طهارة مكانه مع كمال اتصاله به أولى، كذا ذكروه.

وقد أثبت في "الهداية" تطهير البدن أيضًا بدلالة هذا النص الوارد في تطهير الثوب، وأنت تعلم أنه لايحتاج إلى إثبات طهارة المكان والبدن في الصلاة إلى دلالة النص، بل هما ثابتان بعبارة النصوص، أما الثاني فقد عرفت ما ورد فيه من النصوص، وأما الأول فلأن النبي ﷺ نهى عن الصلاة في مواضع النجاسات كالمزبلة وغيرها، كما ورد في الأحاديث الصحاح، فدل ذلك على اشتراط طهارة المكان.

وقال العيني في "شرح الهداية": «نهى رسول الله ﷺ عن الأماكن السبعة» رواه ابن ماجة؛ لأنها مظنة النجاسات، ولما حمل عمر عن صخرة بيت المقدس التراب والزبل الذي كان عليها نهى الناس أن يصلوا عليها حتى يصيبها ثلاث مطرات، رواه حرب بإسناده، فأفاد نجاسة الزبل، وأنها مانعة عن جواز الصلاة عليها، انتهى.

أقول: ظاهر كلامه يقتضي أن النهي عن الصلاة في الأماكن السبعة الذي رواه ابن ماجة، إنما وقع لأجل كونها مظنة للنجاسات مع أنه ليس كذلك، فإن السبعة التي روى النهي عنها بسنده عن ابن عمر مرفوعا هي المزبلة أي الموضع الذي يقع فيه الزبل، وهي السرجين، والمجزرة أي الموضع الذي ينحر فيه الإبل، وتذبح البقرة والشاة، والمقبرة وقارعة الطريق أي وسطها، والحمام، ومعطن الإبل، وفوق الكعبة ،ظاهر أن النهي عن الصلاة فوق بيت الله إنما هو لتعظيمه، والنهي عن الصلاة في وسط الطريق إنما هو لئلا يتأذى به الناس، ولا يشتغل قلبه. (السعاية في كشف ما في شرح الوقاية للمولوي محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(١) قوله: "وبكل مائع" بعضهم قيده بالطاهر، فإنه إذا لم يكن طاهرا لا يطهر، وبعضهم أبقى على عمومه، وقال: إن النجس يزيل النجاسة الأولى. (حاشية ملا عبد الغفور رح)

(٢) احتراز عن بول ما يؤكل لحمه. (ع)

(٣) قوله: "مما إذا عصر انعصر" يخرج الدهن واللبن والسمن. (ف)

(٤) فيه أدنى مسامحة. (عبد)

(٥) قوله: "لأنه يتنجس بأول الملاقاة" مقيد بما إذا كان بحيث يخرج بعض أجزاءها في الماء، ألا يرى إلى ما ذكروه من أنه لو مشى ورجله مبتلة على أرض، أو لبد نجس جاف لا يتنجس. (ف)

(٦) قوله: "إلا أن هذا القياس إلخ" قلنا: المعنى الذي لأجله سقط القياس في حق الماء ذلك المعنى موجود في غيره من المائعات. (نهاية)

القياس ترك في الماء للضرورة.

ولهما: أن المائع قالع(١)، والطهورية(٢) بعلة(٣) القلع والإزالة، والنجاسة(٤) للمجاورة(٥)، فإذا انتهت أجزاء النجس يبقى طاهراً(٦)، وجواب الكتاب(٧) لا يفرق بين الثوب والبدن، وهذا قول أبي حنيفة رح، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رح، وعنه أنه فرق بينهما، فلم يجوز(٨) في البدن بغير الماء.

وإذا أصاب الخف(٩) نجاسة لها جرم كالروث(١٠)، والعذرة(١١)، والدم، والمني، فجفت(١٢) فدلكه(١٣) بالأرض جاز(١٤)، وهذا(١٥)

(١) كالماء، قلع بالفتح، بالفارسية: بركندن. (د)

(٢) أي إفادتها الماء. (د)

(٣) قوله: "بعلة [فيلحق به دلالة] القلع والإزالة" والحاصل أنا نعلم أن طهورية الماء ليست إلا لكونه قالعًا مزيلا، وعلة القلع والإزالة موجودة في المائع، فيثبت الطهورية فيه. (عبد)

(٤) جواب عن استدلالهم. (عناية)

(٥) الظاهر أنه قول بالموجب. (ع)

(٦) قوله: "يبقى طاهراً" يعني سلمنا أنه ينجس بأول الملاقاة لكن المحل لم يكن نجسًا لعينه، بل لمجاورة النجاسة، فإذا انتهت أجزاء النجاسة بالعصر بقي المحل طاهراً. (عناية)

(٧) أي القدوري.

(٨) قوله: "فلم يجوز" والفرق له أن البدن كما يقبل النجاسة الحكمية يقبل النجاسة الحقيقية، ثم الحكمية اختص زوالها بالماء، فكذا الحقيقية، وأيضًا حرارة البدن جاذبة، فلا يدخل فيه إلا الماء. (إله داد)

(٩) وما في معناه. (عبد)

(١٠) بالفتح: سرگينها، روثة واحد. (م)

(١١) بفتح العين وكسر الذال المعجمة: الغائط الذي يلقيه الناس. (ع)

(١٢) قوله: "فجفت [احتراز عن ما إذا ارطبت. عبد]" اعلم أن محمدا ذكر في "الجامع الصغير" أن الخف والنعل تطهر بالحك والحت عندهما، وذكر في "المبسوط" المسح، قال مشايخنا: لولا ذكر الحت والحك في "الجامع" لكنا نقول: لا تطهر إلا بالمسح؛ لأن الحك أو الحت ليس لهما أثر في التطهير، كذا في "الذخيرة"،

استحسان. وقال[١] محمد رح: لا يجوز -وهو[٢] القياس- إلا[٣] فى المنى خاصة[٤]؛ لأن المتداخل فى الخف لا يزيله[٥] الجفاف والدلك، بخلاف المنى على ما نذكره. ولهما قوله[٦] عليه السلام: «فإن[٧] كان بهما أذًى[٨]

وفى "شرح الأشباه والنظائر" للحموى: فى التمرتاشى نقلا عن أبى اليسر أن الخف إنما يطهر بالدلك إذا أصاب النجس موضع الوطئ، فإن أصاب ما فوقه لا يطهر إلا بالغسل، والصحيح أنه على الاختلاف. (غاية المقال فى ما يتعلق بالنعال. (من تصانيف المولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(١٣) قوله: "فدلكه [دلك بالفتح بالفارسية: بدست ماليدن]" قلت: الدلك بالأرض ليس بشرط، بل الحك والحت يكفيان أيضًا؛ لأنهما يعملان عمل المسح، فيقومان مقامه. (إله داد)

(١٤) قوله: "جاز" أى طهر فى حق جواز الصلاة. (عناية)

(١٥) قوله: "وهذا استحسان" للاستحسان أقسام: أحدها: أن يكون دليل فى مقابلة القياس الجلى، وثانيها: أن يكون بالتعامل، وثالثها: أن يكون قياسا خفيا قد يكون غير ذلك، وههنا الأول. (حاشية ملا عبد الغفور رح)

(١) قوله: "وقال محمد [وهو قول زفر. نهاية]" وعن محمد أنه رجع من هذا القول بالرى لما رأى من كثرة السرقين فى طرقهم، كذا فى "المحيط". (نهاية)

(٢) قوله: "وهو القياس" أى على الثوب والبساط بجامع أن النجاسة تداخلت فى أجزاء الخف كتداخلها فيهما. (نهاية)

(٣) استثناء من قوله: لا يجوز. (عبد)

(٤) فإنه يطهر. (ع)

(٥) قوله: لا يزيله حتى إنها تبقى متصلة بالخف بعد الجفوف. (نهاية)

(٦) قوله: "قوله عليه السلام" وذلك بعد أن خلع النعلين فى الصلاة، وتبعه الصحابة، وذلك الخلع فى أثناء الصلاة بإخبار جبرئيل فى حقه أن فيه أذًى، إن قيل: لو كان فيه أذى لوجب استقبال الصلاة أى استئنافها، ولم يستأنف، قلنا: يحتمل أن يكون وجوب طهارة الملبوس فى أثناء الصلاة، أو كانت أقل من الدرهم. (عبد الغفور رح)

(٧) قوله: "فإن كان إلخ [رواه أبو داود فى الصلاة بمعناه. ت]" قال أبو سعيد الخدرى: بينما رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يصلى بأصحابه إذ خلع نعليه، فوضعهما عن يساره، فلما رأى القوم ذلك ألقوا نعالهم، فلما قضى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم صلاته، قال: ما حملكم على القائكم نعالكم، قالوا: رأيناك ألقيت نعليك، فألقينا نعالنا، فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إن جبرئيل أتانى فأخبرنى أن فيها قذرًا وقال إذا جاء أحدكم إلى المسجد فلينظر فإن رأى فى نعليه قذرا أو أذًى فليمسحه وليصل فيهما»، انتهى (ت)

(٨) وهو ما يستقذر. (ع)

فليمسحهما[١] بالأرض فإن[٢] الأرض لهما طهور»*، ولأن الجلد لصلابته لايتداخله أجزاء النجاسة إلا قليل، ثم يجتذبه الجرم إذا جف، فإذا زال زال[٣] ما قام به[٤]. وفى الرطب[٥] لا يجوز حتى يغسله؛ لأن المسح بالأرض يكثّره ولا يطهره. وعن أبى يوسف رحمه الله أنه إذا مسحه بالأرض حتى لم يبق أثر[٦] النجاسة يطهر[٧] لعموم البلوى، وإطلاق[٨] ما يروى[٩]، وعليه مشايخنا رحمهم الله.

فإن أصابه بول فيبس، لم يجز حتى يغسله، وكذا كل ما لا جرم[١٠] له

(١) قوله: "فليمسحهما بالأرض" أما إذا أصابه الماء بعد ذلك، هل يعود نجاسته كما كان؟ ففيه روايتان. (عناية)

(٢) قوله: "فإن الأرض لهما طهور" قالت عائشة: سألت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم الرجل يطأ بنعليه فى الأذى، قال: التراب لهما طهور، رواه أبو داود. (تخريج زيلعى)

* أخرجه أبوداود وابن حبان والحاكم من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١ رقم الحديث ٨٠، ص٩١ ، ونصب الراية ج١ ص٢٠٧ (نعيم).

(٣) بالدلك.

(٤) وهو النجاسة.

(٥) قوله: "وفى الرطب" أى فى الروث والعذرة والدم أصاب الخف، وهى رطب بعد لا يطهر إلا بالغسل.. (نهاية)

(٦) ولا رائحتها. (نهاية)

(٧) وعليه الفتوى (ملتقى الأبحر)، وهو المختار. (ف)

(٨) قوله: "وإطلاق ما يروى" فإن قيل: الحديث كما لم يفرق بين الرطب واليابس لم يفرق بين ما له جرم وما ليس له جرم، فكان الواجب أن يستويا فى الحكم.
أجيب، بأنه فرق بينهما، وأخرج الذى لا جرم له بالتعليل، وهو قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فإن الأرض لهما طهور أى مزيل لنجاستهما، ونحن نعلم أن الخف إذا تشرب البول والخمر لا يزيله المسح، ولا يخرجه عن أجزاء الجلد. (عناية)

(٩) من حديث: فإن كان بهما أذى. (عبد)

(١٠) قوله: "ما لا جرم له" الفاصل بين ما لا جرم له وبين ما له جرم هو أن كل ما يرى بعد الجفاف على

كالخمر؛ لأن الأجزاء تتشرب فيه، ولا جاذب[١] يجذبها، وقيل[٢]: ما يتصل به من الرمل جرم[٣] له.

والثوب لا يجزئ فيه إلا الغسل وإن يبس؛ لأن الثوب[٤] لتخلخله يتداخله كثير من أجزاء النجاسة، فلا يخرجها إلا الغسل.

والمني[٥] نجس يجب غسله رطبا، فإذا جف على الثوب أجزأ[٦] فيه[٧] الفرك[٨]؛ لقوله عليه السلام لعائشة رض: «فاغسليه[٩] إن كان

ظاهر الخف كالعذرة والروث والدم ونحوه، فهو ذو جرم، وما لا يرى بعد الجفاف ليس بذي جرم. (مج)

(١) كما كان في ذي جرم، كما مر.

(٢) قوله: "وقيل إلخ" قال الإمام المحبوبي: إذا مشى الرجل على بول، أو خمر، ثم مشى على الرماد، أو الرمل، أو التراب، فالتصق به وجف، فمسحه بالأرض حتى تناثر أنه يطهر، وما التصق به كالجرم له، وقال السرخسي: وهو صحيح. (نهاية)

(٣) قوله: "جرم له" الحاصل أن الجرم أعم من أن يكون من جنس النجاسة، أو من غير جنسها. (عبد)

(٤) قوله: "لأن الثوب إلخ" قولهم: أجزاء الثوب متخلخلة، أي في خلالها فرج لرخاوتها، كذا في "المغرب". (نهاية)

(٥) قوله: "والمني نجس" وكونه أصل خلقة الآدمي لا ينفي صفة النجاسة كالمضغة والعلقة، وتعلق الشافعي بحديث ابن عباس لا يصح؛ لأن ذلك موقوف عليه، ولئن ثبت كونه مرفوعا فنقول: الحديث يشهد لنا من وجه؛ لأنه أمر بالإماطة، والأمر للوجوب، والتشبيه بالمخاط والبزاق وإن كان يشهد له، فظاهر الأمر يشهد لنا، فسقط الاحتجاج به، كذا في "المبسوطين". (نهاية)

(٦) قوله: "أجزأ [استحسانًا. م]" هذه المسألة مشكلة، فإن الفحل يمذي، ثم يمني، والمذي بالتجفيف لا يطهر بالفرك، إلا أنه جعل المذي في هذه الصورة مغلوبا، فكان الاعتبار للمني دون المذي. (إله داد)

(٧) قوله: "فيه" وعن البعض أن مني المرأة لا يطهر بالفرك؛ لأنه يكون رقيقًا. (نهاية)

(٨) قوله: "الفرك" قال الفقيه أبو إسحاق الحافظ: المني اليابس إنما يطهر بالفرك إذا خرج المني بعد ما كان رأس الذكر طاهراً بأن كان بال واستنجى، وأما إذا لم يكن طاهراً لا يطهر، قالوا: وهكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رح. (نهاية)

(٩) قوله: فاغسليه [قلت: غريب. ت]" الذي في "صحيح أبي عوانة" عن عائشة قالت: "كنت أفرك المني من ثوب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا كان يابسًا، وأمسحه، أو أغسله -شك الحميدي- إذا كان رطبًا"، ورواه الدارقطني: "وأغسله"، من غير شك هذا فعلها، وأما إن النبي صلى الله عليه وعلى آله

رطبًا وافركيه[١] إن كان[٢] يابسًا»*.

وقال[٣] الشافعي رحمه الله: المنى[٤] طاهر، والحجة[٥] عليه ما رويناه، وقال[٦] عليه السلام: «إنما[٧] يغسل الثوب من خمس»**، وذكر[٨]

وسلم قال لها ذلك، فالله أعلم.

لكن الظاهر أن ذلك بعلم النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم خصوصًا إذا تكرر منها ذلك مع التفات النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلى طهارة ثوبه. (فتح القدير)

(١) قوله: "وافركيه" ثم إذا أفرك المنى، وحكم بطهارة الثوب، ثم أصاب الماء ذلك الثوب، هل يعود نجسا؟ فهو على الروايتين عن أبى حنيفة، كذا فى "المحيط". (نهاية)

(٢) قوله: "إن كان يابسًا" واختلف فى ما إذا كان للثوب طاق آخر، فنفذت البلة إلى الطاق، الصحيح أنه يطهر بالفرك؛ لأنه من أجزاء المنى، كذا ذكره التمرتاشى رحمه الله. (ن)

* قال العلامة الزيلعي: غريب، وأخرج الدارقطني في سننه من حديث عائشة قالت: كنت أفرك المني من ثوب رسول الله ﷺ إذا كان يابسا وأغسله إذا كان رطبا اهـ، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٨١، ص٩١، ونصب الراية ج١ ص٢٠٩ (نعيم).

(٣) قوله: "وقال الشافعى" وهو مروى عن على رضى الله عنه وسعد بن أبى وقاص وابن عمر وعائشة ود ود، وأحمد فى أصح الروايتين، وهو مذهب أصحاب الحديث. (د)

(٤) قوله: "المنى طاهر" وأما منى باقى الحيوانات غير الآدمى، فمنها الكلب والخنزير، فمنيهما نجس بالإجماع، وما عداهما فى منيه ثلاثة أوجه: الأصح أنها كلها طاهرة من مأكول اللحم وغيره، والثانى: أنها نجس، والثالث: منى مأكول اللحم طاهر وغيره نجس. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٥) قوله: "والحجة عليه" ما ذكرنا، واحتج بحديث ابن عباس قال: المنى كالمخاط فأمطه عنك ولو بإذخر. شبهه بالمخاط، وهو طاهر، وبما روى عن عائشة كنت أفرك المنى من ثوب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وهو يصلى، وبأن المنى أصل خلقة الآدمى، فكان طاهرا كالتراب؛ لاستحالة أن يقال: إن الأنبياء خلقوا من نجس. (إله داد)

(٦) دليل آخر على نجاسته. (ع)

(٧) قوله: "إنما يغسل إلخ" قلت: رواه الدارقطنى فى "سننه" من حديث ثابت بن حمّاد عن على ابن زيد عن سعيد بن المسيب عن عمار بن ياسر قال: مر بى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وأنا أسقى راحلة لى فى ركوة إذ تنخمت، فأصابت نخامتى ثوبى، فأقبلت أغسلها، فقال: يا عمار! ما نخامتك ولا دموعك إلا بمنزلة الماء الذى فى ركوتك، إنما يغسل الثوب من خمس من البول، والغائط، والمنى، والدم، والقيء، انتهى (ت)

** أخرجه الدارقطني من حديث عمار، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٨٢، ص٩٢، ونصب الراية ج١ ص٢١٠ (نعيم).

منها المنى، ولو أصاب[1] البدن قال مشايخنا رح[2]: يطهر بالفرك؛ لأن البلوى فيه أشد[3]. وعن أبي حنيفة رح أنه لا يطهر إلا بالغسل؛ لأن حرارة البدن جاذبة، فلا يعود[4] إلى الجرم، والبدن لا يمكن فركه.

والنجاسة إذا أصابت المرآة أو السيف[5] اكتفى بمسحهما[6]؛ لأنه لا تتداخلهما النجاسة، وما على ظاهره يزول بالمسح.

وإن أصابت الأرض نجاسة فجفت[7] بالشمس وذهب[8] أثرها، جازت الصلاة على مكانها، وقال زفر والشافعي رح: لا تجوز؛ لأنه

---

(٨) قوله: "وذكر منها المنى" ولفظ إثبات يدل على الوجوب، **وأيضًا القران فى الذكر يدل على القران فى الحكم، بعض الأمور نجسة يجب غسلها، فكذا فى البعض الآخر. (عبد)**

(١) المنى. (ع)

(٢) قيل: يريد مشايخ ماوراء النهر. (ع)

(٣) قوله: "أشد" لانفصال الثوب عن المنى دون البدن. (عناية)

(٤) قوله: "فلا يعود" ما تشرب منه البدن إلى الجرم، ولئن عاد فإنما يطهر بالفرك، والبدن لا يمكن فركه. (عناية)

(٥) قوله: "أوالسيف [ونحوه كالسكين. ع]" المصقل، **وإنما قيدنا بالمصقل؛ لأن السيف لو كان منقوشًا لا يطهر إلا بالغسل. (مج)**

(٦) قوله: "اكتفى بمسحهما، **وبه قال مالك، وقال زفر والشافعي وأحمد: لا يطهر إلا بالغسل، وهو** القياس، وقال الزاهدى فى "شرح المختصر": سيف، أو سكين أصابه البول، أو الدم، فى الأصل: أنه لا يطهر إلا بالغسل، والقذر الرطبة واليابسة تطهر بالحت عند الشيخين، وعند محمد لا يطهر إلا بالغسل.
وفى "مختصر الكرخى": السيف يطهر بالمسح من غير فصل بين الرطب واليابس، والبول والعذرة، والإمام القدورى اختار ما ذكره الكرخى، وكذا المصنف، ولم يذكر خلاف محمد، وهو المختار للفتوى؛ لأن الصحابة كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم، ثم يمسحونها ويصلون معها. (مج)

(٧) قوله: "فجفت [قيد اتفاقى لا شرطي. عبد] إلخ" لا فرق بين الجفاف بالشمس والنار والريح، والمراد من الأثر الذاهب اللون، أو الريح. (ف)

(٨) قوله: "وذهب أثرها" وهو اللون والرائحة والطعم، ومن قصر على الأولين فقد قصر، كما فى "بحر الرواية". (مج)

لم يوجد المزيل، ولهذا[(١)] لا يجوز التيمم بها.

ولنا قوله عليه السلام[(٢)]: «زكاة[(٣)] الأرض يبسها[(٤)]»*، وإنما[(٥)] لا يجوز التيمم؛ لأن طهارة الصعيد ثبت شرطًا بنص الكتاب[(٦)]، فلا تتأدى[(٧)] بما ثبت بالحديث[(٨)].

(١) قوله: "ولهذا لا يجوز التيمم بها" وذكر ابن كأس النخعي عن أصحابنا أنه يجوز التيمم به؛ لأنه حكم بطهارته حين ذهب أثر النجاسة بدليل جواز الصلاة عليها، كذا في "المبسوط". (نهاية)

(٢) قوله: "ولنا [ذكره بعض المشايخ أثرا عن عائشة. ف] قوله عليه السلام إلخ" قلت: غريب، وأخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن أبي جعفر محمد بن علي قال: «ذكاة الأرض يبسها»، وأخرج عن ابن الحنفية وأبي قلابة قال: "إذا جفت الأرض فقد ذكت"، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" أخبرنا معمر عن أيوب عن أبي قلابة قال: "جفوف الأرض طهورها"، انتهى. (ت)

(٣) قوله: "ذكاة الأرض" أي طهارتها إطلاقا للسبب باسم المسبب؛ لأن الذكاة -وهي الذبح- سبب للطهارة. (ع)

(٤) قوله: "يبسها" أي يبسها ذكاتها؛ لأن يبس الأرض طهارة، وطهارة الأرض قد يكون يبسًا، وقد يكون بالماء. (د)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٨٣، ص٩٢، ونصب الراية ج١ ص٢١١ (نعيم).

(٥) جواب عن قولهما. (عناية)

(٦) قوله: "بنص الكتاب إلخ" فإن قلت: طهارة الثوب ثبتت بالكتاب أعني قوله تعالى: ﴿وثيابك فطهر﴾ ثم هو يتأدى بما ثبت بالحديث من طهارة الثوب من المني بالفرك، وطهارة الخف عن النجاسة التي لها جرم بالدلك، وكذا طهارة المكان ثبتت بدلالة النص على ما مر، والدلالة يعمل العبارة، ثم هو يتأدى بما ثبت من الحديث المذكور: ذكاة الأرض يبسها.

أجيب بأنه أراد بنص الكتاب الدليل القطعي؛ لأن أكثر نصوص الكتاب قطعية، وبالحديث الدليل الظني؛ لأن الغالب فيه أن يكون ظنيا، وما ثبت بالقطعي لا يتأدى بما ثبت من الظني؛ لأن اليقين لا يزول إلا بمثله، وطهارة الثوب إن ثبتت بالكتاب، فهو نص مؤول، فقد قيل: طهر نفسك مما يستقذر من الأفعال، يقال: فلان طاهر الثوب إذا وصفوا بالنقاء من المعائب، وفلان دنس الثياب، إذا وصفوا بنقصانه، حتى ذهب مالك إلى أن طهارة الثوب ليست بشرط في صحة الصلاة. (د)

(٧) قوله: "فلا تتأدى إلخ" فإن قيل: فالطيب أيضًا يحتمل الطاهر والمنبت، وعلى الثاني حمله أبويوسف والشافعي، ولا يجوز أن يكونا مرادين؛ لعدم عموم المشترك، فيكون مؤولا، وهو من الحجج الظنية كالعام المخصوص البعض، فيجب أن يجوز التيمم، أجيب بأن الاحتمال في الطيب مسلم لكن الطاهر مراد بالإجماع، كما تقدم. (ع)

وقدر الدرهم وما دونه من النجس[١] المغلظ كالدم[٢]، والبول[٣]، والخمر، وخُرء[٤] الدجاج[٥]، وبول الحمار[٦] جازت الصلاة[٧] معه، وإن زاد لم تجز، وقال زفر والشافعي رح: قليل[٨] النجاسة وكثيرها سواء[٩]؛ لأن النّص الموجب للتطهير لم يفصل[١٠].

(٨) الواحد. (ع)

(١) قوله: "من النجس المغلظ" النجاسة على نوعين: غليظة و، فالغليظة عند أبي حنيفةرح: ما ورد في نجاسته نص، ولم يعارضه نص آخر كالدم ونحوه، ومما لم يوجد فيه تعارض النصين، اختلف الناس فيه، أو اتفقوا، وإن عارضه نص آخر، فهي خفيفة اتفقوا أم اختلفوا، وعندهما ما ساغ الاجتهاد في طهارته، فهو مخفف. (علوى على شرح الوقاية)

(٢) قوله: "كالدم [وليس دم البق والبراغيث والسمك بشيء. ف]" السائل إلا دم الشهيد في حقه، وإنما قيدنا بالسائل، فلأن ما بقي في اللحم والعروق ليس بنجس. (مجمع الأنهر)

(٣) قوله: "والبول" ولو من صغير لم يأكل. (ملتقى الأبحر)

(٤) بالضم. (ن)

(٥) والبط والأوز وغيره. (ف)

(٦) قوله: "وبول الحمار" والهرة والفأرة، اعترض بعض شراح الوقاية ههنا، أن المراد بقوله: وبول الحمار إلخ بول ما لا يؤكل لحمه، فلو طرح قوله: والبول لكان أحسن انتهى، وفيه كلام وهو أنه فرق بين ما لا يؤكل لحمه للكرامة، وبين ما لا يؤكل لحمه للنجاسة، كما صرحوا به، ولذا وقع التصريح في الكتب بحكم كل واحدة منها على حدة، كذا قال المحشي يعقوب بادشاه، ولم يتفطن بعض شراح هذا الكتاب لهذه الدقيقة، فقال في تفسير قوله: والبول أي من حيوان لم يؤكل، وإنسان، وقوله: بول الحمار نص عليه لئلا يتوهم أن حكمه يخالف حكم غيره من غير المأكول في البول؛ لما خالفه في العرق والسؤر، ولم يقيد التدارك بقوله: والهرة والفأرة مع أنه يمكن التدارك فيهما؛ لأنه اختلف المشايخ فيهما.

فقال بعضهم: بول الهرة والفأرة وخرءهما نجس في أظهر الروايتين، يفسد الماء والثوب، وقال بعضهم: بول الخفاش ليس بنجس للضرورة، وكذا بول الهرة والفأرة إذا أصاب الثوب لا يفسد. (مج)

(٧) قوله: "جازت الصلاة" سواء أصاب الثوب أو البدن. (عبد)

(٨) قوله: "قليل النجاسة" إلا ما لا يأخذه العين؛ لأنه لا يمكنه الامتناع عنه، كالذباب النجسة تقعن عليه، ودم البراغيث. (نهاية)

(٩) قوله: "سواء" ذكر في "شرح الحاوي" قليل دم البرغوث والقمل والبعوض، والقرح والفصد والحجامة والبشرة، وبول الخفاش، وطين الشارع النجس عفو؛ لتعذر الاحتراز عنه، فعلم أن القليل الذي لا يمكن الاحتراز عنه عفو عنده أيضًا. (د)

ولنا أن القليل لا يمكن التحرز عنه، فيجعل[١] عفوا، وقدرناه بقدر[٢] الدرهم أخذا[٣] عن موضع الاستنجاء[٤]، ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث[٥] المساحة، وهو قدر عرض الكف فى الصحيح[٦]، ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير[٧] المثقال، وهو ما يبلغ وزنه مثقالا[٨].

وقيل[٩]: فى التوفيق[١٠] بينهما[١١]: إن الأولى[١٢] فى الرقيق والثانية

---

(١٠) بين القليل والكثير. (ع)

(١) قوله: "فيجعل عفوا" وحجتنا فى ذلك ما روى عن عمر أنه سئل عن قليل النجاسة فى الثوب، فقال: إذا كان مثل ظفرى هذا لا يمنع الصلاة. (نهاية)

(٢) مفعول مطلق من قدرنا؛ لأن فيه معنى الأخذ. (عناية)

(٣) قوله: "أخذًا إلخ" وجه الأخذ ما ذكره الإمام أبو زيد الدبوسى فى "الأسرار"، وهو الصحيح، فقال: روى عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «من اكتحل فليوتر ومن لا فلا حرج عليه ومن استجمر فليوتر ومن لا فلا حرج عليه»، والاستجمار هو الاستنجاء، فثبت أن الاستنجاء غير واجب بالحجارة، ولا حرج فى ذلك، فعلم أنه سقط حكمه؛ لقلة النجاسة، وأن ذلك القدر عفو، لأن الشافعى وافقنا فى أن الاستنجاء بالماء سنة غير واجب، والحجارة لا تستأصل النجاسة عنه، كما لو أصاب موضعًا آخر من بدنه، فمسح بالحجارة لم يطهر، فدل أنه عفو لقلة المكان. (نهاية)

(٤) قوله: "موضع الاستنجاء" فإنا أجمعنا على أن الاستنجاء بالحجر يكفى، وأنه لا يستأصل النجاسة حتى لو جلس فى ماء قليل نجسه. (د)

(٥) قوله: "من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف" هو ما وراء مفاصل الأصابع. (مجمع الأنهر)

(٦) قوله: "فى الصحيح" متعلق بقوله: اعتبار الدرهم من حيث المساحة، لا بقوله: وهو قدر عرض الكف؛ لعدم رواية الخلاف. (عبد)

(٧) قوله: "الكبير المثقال" أى كبير وزنه وثقله، فالمراد بالمثقال الثقل، ولو رفع المثقال يكون صفة أخرى للدرهم، فالمعنى ما يبلغ وزنه مثقالا على ما قاله المصنف رح. (د)

(٨) قوله: "مثقالا" المثقال عشرون قيراطًا، والدرهم أربعة عشر قيراطًا، والقيراط خمس شعيرات. (شرح الوقاية)

(٩) قوله: "وقيل" القائل الفقيه أبو جعفر رح. (ن)

في الكثيف، وإنما كانت نجاسة هذه الأشياء[١] مغلظة لأنها ثبتت بدليل[٢] مقطوع به.

وإن كانت مخففة كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى يبلغ[٣] ربع الثوب[٤]، يروى ذلك عن أبي حنيفةرح؛ لأن التقدير فيه بالكثير الفاحش، والربع[٥] ملحق بالكل في بعض[٦] الأحكام، وعنه[٧] ربع

(١٠) قوله: "في التوفيق" كان الحامل على التوفيق هو أن الرواية الثانية لو كانت على الظاهر أدى إلى القول بعفو المغلظة، وإن كان يبلغ الأكثر، فإنها إذا كانت رقيقة ربما يأخذ أكثر من الربع. (دُ)

(١١) قوله: "بينهما" إنما احتاج إلى ذكر التوفيق؛ لأن محمدا ذكر الدرهم الكبير في "النوادر"، واعتبره هناك من حيث العرض، فقال: الدرهم الكبير يكون مثل عرض الكف، وذكره في كتاب الصلاة، واعتبره من حيث الوزن، فقال أبو جعفر: يوفق بين ألفاظ محمدرح. (ن)

(١٢) قوله: "أن الأولى إلخ" واختار شارح "الكنز" تبعا لكثير من المشايخ ما قيل من التوفيق بين الروايتين. (ف)

(١) قوله: "هذه الأشياء" يعني المذكورة في أول البحث. (ع)

(٢) قوله: "بدليل مقطوع به" لم يرد بالمقطوع ما لا شبهة فيه؛ إذ الموجب للتخفيف إنما هو تعارض الآثار، ولم يقل أحد: إن ما يكون فيه دليل قطعي، فهو مغلظ، وما يكون دليله ظنيا، فهو مخفف، فيراد بالمقطوع به ما لم يكن معارضًا، ولا مجتهداً فيه. (حاشية ملا إله داد)

(٣) قوله: "حتى يبلغ ربع الثوب" فإذا بلغ ربع الثوب كان نجسا غير معفو عنه. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٤) قوله: "ربع الثوب "قال صاحب التحفة: وأما حد الكثير في النجاسة الخفيفة فهو الكثير الفاحش، ولم يذكر حده في ظاهر الرواية، واختلف الروايات عن الإمام، روى عن أبي يوسف أنه قال: سألت أبا حنيفة عن الكثير الفاحش، فكره أن يحد له حدا، وقال: الكثير الفاحش مايستفحشه الناس ويستكثرونه، وري الحسن عنه أنه قال: شبر في شبر، وذكر الحاكم في مختصره عن الطرفين الربع، وهو الأصح. (مج)

(٥) فهو كالكثير الفاحش.

(٦) قوله: "في بعض الأحكام [فيلحق به ههنا. عناية]" كمسح الرأس، وانكشاف العورة وغيرهما. (عناية)

(٧) قوله: "وعنه إلخ" اختلفوا في الربع، فقيل: ربع ثوب يجوز فيه الصلاة كالمئزر؛ لأنه أقصر الثوب، وقيل: ربع أي ثوب كان، وهو المتبادر من المتن، وفي المضمرات أنه ربع جميع الثوب هو الصحيح، وفي الكرماني الأصح ربع الموضع المصاب إن كما فكما، وإن ذيلا فذيلا؛ لأنه أدخل في الاحتياط، وعليه فتوى أكثر المشايخ، وعن أبي يوسف ذراع في ذراع. (شرح الوقاية غير المفرد)

أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر(١)، وقيل: ربع الموضع الذى أصابه كالذيل(٢) والدخريص(٣)، وعن أبى يوسف رحـ شبر(٤) فى شبرٍ، وإنما كان(٥) مخففا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحـ(٦) لمكان(٧) الاختلاف فى نجاسته، أو لتعارض النصين على اختلاف(٨) الأصلين(٩).

وإذا أصاب الثوب(١٠) من الروث أو من أخثاء(١١) البقر أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند أبى حنيفة رحـ؛ لأن النص(١٢) الوارد فى

---

(١) بالكسر بالفارسية: زير جامه. (م)

(٢) قوله: "كالذيل [بالفتح وبالفارسية: دامن از جامه]" المراد بالذيل القدر الذى يفهم من قولهم: فلان شمر الذيل، كذا فى "الفوائد الظهيرية". (نهاية)

(٣) قوله: "والدخريص" بكسر الدال والراء المهملتين بينهما خاء معجمة ساكنة، وآخره صاد مهملة ما يوسع به القميص من الشعب. (مغرب)

(٤) قوله: "شبر فى شبر [بالكسر بالفارسية: يک دست]" أى يكون شبر طولا، وشبر عرضًا. (عناية)

(٥) أى، بول ما يؤكل لحمه. (ع)

(٦) وعند محمد: بول ما يؤكل لحمه طاهر، فلم يذكر.

(٧) مصدر ميمى.

(٨) قوله: "على اختلاف [يشير إلى الحديث: «استنزهوا من البول»، وحديث العرنيين. ت]" فإن الأصل عند أبى حنيفة تعارض النصين، وعند أبى يوسف تعارض المذهبين. (عبد)

(٩) قوله: "الأصلين" وقد يشكل بالمنى على الأصلين، فإنها مغلظة بالاتفاق مع تعارض الآثار، واختلاف العلماء فى نجاسته، ويمكن أن يجاب بالتزام التخفيف غير أن أثر التخفيف ظهر فيه بطهارة المحل عنه بالفرك، فيكفى مؤنته، فلا يظهر فى حق ما دون الربع، كما أن أثر الضرورة فى الأرواث فى حق النعال لما ظهر فيه بالمسح لم يظهر فى العفو عما وراء قدر الدرهم، على أن الآثار لما تعارضت تساقطت فأخذنا بقوله تعالى: ﴿ألم نخلقكم من ماء مهين﴾ فإن الهوان المطلق إنما يكون بالنجاسة، فلم يكن المنى مما تعارض فيه النصوص، والاختلاف إنما يعتبر إذا كان فى محل الاجتهاد، والمنى ليس بمحل له؛ لورود النص فى نجاسته، وهو ما تلونا.(د)

(١٠) قوله: "الثوب" وكذا البدن والمكان لا غيرها كالماء، فإنه يصير بالقليل نجسا غير معفو عنه. (عبد)

(١١) قوله: "أو من أخثاء البقر" الأخثاء جمع خثى هو ما يسقط من البقر. (عبد)

(١٢) قوله: "لأن النص الوارد إلخ" لا يقال: غلظ النجاسة لا يثبت إلا بالنص عنده، وليس كذلك ههنا؛

نجاسته -وهو ما روى(١): «أنه عليه السلام رمى بالروثة وقال: هذا رجس(٢) أو ركس»*- لم يعارضه(٣) غيره، وبهذا يثبت التغليظ عنده، والتخفيف بالتعارض(٤).

وقالا: يجزئه حتى يفحش؛ لأن(٥) للاجتهاد فيه مساغا(٦)، وبهذا يثبت التخفيف عندهما، ولأن(٧) فيه ضرررة لامتلاء الطرق بها، وهى مؤثرة فى التخفيف، بخلاف بول(٨) الحمار؛ لأن الأرض تنشفه(٩)،

لأنا نقول: المقصود أن النجاسة إذا ثبتت بالنص، ولم يعارضه غيره وإن عارضه الرأى، فهو غليظ. (عبد)

(١) قوله: "وهو ما روى" وهو ما فى "صحيح البخارى" من حديث ابن مسعود: «أتى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم الغائط فأمرنى أن آتيه بثلاثة أحجار فوجدت حجرين والتمست الثالثة فلم أجد فأخذت روثة فأتيته بها فأخذ الحجرين وألقى الروثة وقال هذا ركس». (ف)

(٢) قوله: "هذا رجس [بالكسر. م]" أى نجس، ولفظة "أو" لشك الراوى. (عبد)

* أخرجه البخاري من حديث ابن مسعود، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٨٦، ص ٩٣ (نعيم).

(٣) قوله: "لم يعارضه غيره" والبلوى لا يعتبر فى موضع النص، ألا ترى أن البلوى فى بول الحمار أكثر؛ لأنه يترشش، فيصيب الثياب، ومع ذلك لا يعفى عنه أكثر من قدر الدرهم؛ لأنه منصوص على نجاسته. وكذلك البلوى للآدمى فى بوله أكثر، ومع ذلك لا يعفى عنه أكثر، وكذلك اختلاف العلماء لا يخرجها عن كونهما غليظة؛ لأنه لما لم ير ونص بخلافه كان اختلاف العلماء بالرأى، والرأى لا يعارض النص. (ن)

(٤) صورة. (عبد)

(٥) قوله: "لأن إلخ" أى لثبوت الاجتهاد إذ يكفى احتمال الاجتهاد. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٦) قوله: "مساغا" وذلك لأن مالكا يقول: بأن البعر والروث وخثى البقر طاهر، وقال ابن أبى ليلى: السرقين ليس بشىء قليلا أو كثيرا. (نهاية)

(٧) قوله: "ولأن فيه ضرورة [خصوصا لصاحب الدواب. ن]" وللبلوى تأثير فى تخفيف حكم النجاسة، ألا ترى أن لها تأثيرا فى إسقاط النجاسة، كما فى سؤر الهرة إلا أن الضرورة فى الأرواث دون الضرورة فى سؤر الهرة، فأوجبنا التخفيف دون الإسقاط، كذا فى "مبسوط شيخ الإسلام". (نهاية)

(٨) قوله: "بخلاف بول الحمار" جواب عما يقال: إن الضرورة فى بول الحمار كالضرورة فى روثه، وقد قلتم: بتغليظه. (عناية)

(٩) قوله: "تنشفه [بالفارسية: جذب مى كند]" فلا يبقى على وجه الأرض شىء يبتل به بخلاف

قلنا: الضرورة في النعال، وقد أثرت[١] في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح، فتكفي[٢] مؤنتها.

ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم، وزفر رح فرق بينهما،[٣] فوافق أبا حنيفة في غير مأكول اللحم، ووافقهما في المأكول، وعن محمد رح أنه لما دخل الري[٤]، ورأى البلوى أفتى أن الكثير الفاحش لا يمنع أيضًا، وقاسوا عليه[٥] طين بخارا، وعند ذلك رجوعه[٦] في الخف يروى[٧].

وإن أصابه بول الفرس[٨] لم يفسده حتى يفحش عند أبي حنيفة رح

الروث. (عناية)

(١) قوله: "وقد أثرت إلخ" حاصله أن الضرورة ليست إلا في النعال، وهي أثرت بأن صار النعال طاهرة بالمسح، وليس في غيرها ضرورة، فلا يتعدى أثر الضرورة إلى غيرها. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٢) قوله: فتكفي [من غير غسل كما يؤمر به في البول. نهاية] مؤنتها [بهذا التخفيف. ع]" الكفاية بالفارسية: كار گزاری کردن من حد ضرب يقال: فلان كفاه مؤنته. (د)

(٣) قوله: "فرق بينهما" وقاس الخارج من أحد السبيلين على الخارج من السبيل الآخر، وهو البول، فإنه يختلف باختلاف كونه مأكول اللحم وغيره. (نهاية)

(٤) بالتشديد: بلد معروف. (عبد)

(٥) قوله: "وقاسوا عليه [أي على قياس محمد رح. م]" يعني أن المشايخ قالوا: لا يكون الكثير الفاحش منه مانعًا، وإن كان مختلطا بالعذرات. (عناية)

(٦) قوله: "رجوعه" عن الرواية المشهورة عنه في الخف من أنه لا يطهر بالدلك بالأرض. (عناية)

(٧) قوله: "يروى" هذا يدل على نجاسته عنده، وقوله: الكثير الفاحش لا يمنع أيضًا، رجوع إلى طهارته، فكان عند دخول الري أفتى أولا بأن الخف يطهر بالدلك، ثم أفتى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضًا رجوعًا إلى طهارته، على أن الفتوى بأن الكثير الفاحش لا يمنع، لا يدل على طهارته؛ لجواز أن يكون نجسا معفوا عنه. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٨) قوله: "بول الفرس" وكذا كل ما يؤكل لحمه كما يدل عليه الدليل. (حاشية ملا عبد الغفور رحمه الله تعالى)

وأبي يوسف رح، وعند محمد رح لا تمنع وإن فحش؛ لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده، مخفف نجاسته عند أبي يوسف رح، ولحمه مأكول (١) عندهما، وأما عند أبي حنيفة رح فالتخفيف لتعارض (٢) الآثار.

وإن أصابه خرء (٣) ما لا يؤكل لحمه من الطيور أكثر من قدر الدرهم

---

(١) وبول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة مخففة عند أبي يوسف. (عناية)

(٢) قوله: "لتعارض الآثار" من حديث: «استنزهوا من البول»، وقصة العرنيين، ويرد عليه إيرادان: الإيراد الأول: أن التعارض إنما هو في بول ما يؤكل لحمه، ولذا لم يثبت في بول الحمار، ولحم الفرس غير مأكول عند الإمام، فأين التعارض فيه؟ والجواب عنه أن الفرس لا يؤكل لحمه عنده؛ لحرمته باستعماله في الجهاد، لا لنجاسته، فكان مأكول اللحم حقيقة، فوجد التعارض فيه.

والإيراد الثاني: أن التعارض إنما يثبت إذا جهل التاريخ، وههنا في حديث العرنيين دلالة التقدم؛ لأن فيه المثلة وهي منسوخة. وأجاب عنه صاحب "النهاية" بأن انتساخ المثلة لا يدل على انتساخ بول ما يؤكل لحمه؛ لأنهما حكمان مختلفان، انتهى.

ورده صاحب "العناية" بقوله: وهو فاسد؛ لأن حديث العرنيين الدال على طهارة بول ما يؤكل لحمه إما أن يكون منسوخا، أو لا، فإن كان الأول انتفى التعارض، وإن كان الثاني لم يثبت نجاسة بول ما يؤكل لحمه عنده بقوله: «استنزهوا» إلخ انتهى.

أقول بعناية الإله القدير في دفع الرد أولا: بأنه ما ذا أراد بحديث العرنيين في ترديده، وإن أراد كله. فنختار الشق الثاني، وإن أراد البعض فنختار الأول، ولا يضر مقصودنا، كما يظهر من نهاية التأمل.

وثانيا: بأنا نختار الشق الثاني، وما ذكره من قوله: لم يثبت إلخ من العجائب؛ لأن حديث العرنيين لما بقي غير منسوخ، وعارضه استنزهوا صار بول ما يؤكل لحمه منجسا بنجاسة خفيفة، وأما نفس نجاسته فثبت من موضع آخر، كما لا يخفى على من به فتح القدير.

ثم أقول في الجواب عن الإيراد الثاني: أولا: أن ما ذكر إنما يدل على تقديم حديث العرنيين على حديث انتساخ المثلة، لا على حديث: «استنزهوا» إلا إذا ثبت تأخر حديث: «استنزهوا» من حديث الانتساخ، ولم يظهر بعد.

وثانيا: أن وجود التعارض صورة يكفي لثبوت النجاسة الخفيفة عند الإمام على ما يدل عليه قول مولانا عبد الغفور رح صورة "تحت قول المصنف سابقا: والتخفيف بالتعارض -والله أعلم بحقيقة الحال- فلا يضرنا المذكور.

ثم أقول: بقي ههنا شيء آخر، وهو أن قول المصنف:" لتعارض الآثار" يدل على أن تخفيف النجاسة إنما هو في الفرس عند الإمام الأعظم؛ لعدم تعارض الآثار في غيره، ويشهده تصويرا لماتن المسألة، فما قال مولانا عبد الغفور تحت قول الماتن: وإن أصابه بول الفرس إلخ، وكذا بول ما يؤكل لحمه، كما يدل عليه الدليل ساقط، اللهم إلا إذا ثبت قياس غير الفرس عليه، هذا ما حصل لي في هذا الآن بفضل الملك المنان. (مولوى محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(٣) هو ما يسقط من الطير. (عبد)

أجزأت[١] الصلاة فيه عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح. وقال محمد رح: لا يجوز، فقد قيل: إن الاختلاف[٢] في النجاسة، وقد قيل: في المقدار[٣] وهو[٤] الأصح، هو يقول[٥]: إن التخفيف للضرورة، ولا ضرورة؛ لعدم[٦] المخالطة، فلا يخفف[٧]. ولهما[٨] أنها تذرق[٩] من الهواء، والتحامي عنه متعذر، فتحققت الضرورة، ولو وقع في الإناء قيل[١٠]:

---

(١) قوله: "أجزأت إلخ" هذا عند الإمام؛ لأنها تذرق في الهواء، والتحامي عنها متعذر، وعندهما نجس مغلظ في رواية الهندواني هو الصحيح، ومخففة في رواية الكرخي من الشيخين، وعند محمد نجس نجاسة غليظة، قال شمس الأئمة السرخسي: إن خرء ما لا يؤكل لحمه طاهر عند الشيخين؛ إذ لا فرق بين مأكول اللحم وغيره، انتهى (مجمع الأنهر)

(٢) قوله: "إن الاختلاف في النجاسة" يعني أنه طاهر عندهما، وهو المنقول عن الكرخي، ونجس عند محمد رح. (عناية)

(٣) قوله: "في المقدار" يعني أنه نجس بالاتفاق لكنه خفيف عند أبي حنيفة غليظ عندهما، وهو المنقول عن أبي جعفر الهندواني. (عناية)

(٤) قوله: "وهو الأصح" يفهم من كلام المصنف أن أبا يوسف مع أبي حنيفة في الروايتين جميعًا، وهكذا ذكره فخر الإسلام في "الجامع الصغير"، وهو خلاف ما في المنظومة والمختلف فإن فيهما أن أبا يوسف مع أبي حنيفة على رواية الكرخي، ومع محمد على رواية الشيخ الهندواني. (عناية)

(٥) قوله: "يقول" على طريقة صاحب "الهداية" وفخر الإسلام. (عناية)

(٦) قوله: "لعدم المخالطة" أي عدم مخالطة عوام الناس. (عبد)

(٧) قوله: "فلا يخفف" لأن تحقق التخفيف ليس إلا للضرورة، ولا ضرورة ههنا، فلا تخفيف، وإنما قلنا ذلك لأن عدم الدليل لا يستلزم عدم المدلول إلا إذا انحصر الدليل فيه. (عبد)

(٨) قوله: "ولهما إلخ" يخطر بالبال -والله أعلم بحقيقة الحال- أن مدار التخفيف عند الإمام الهمام أبي حنيفة رح تعارض النصين فيه، ولم يتبين بعد، وعند أبي يوسف وجود الاجتهاد بالفعل لا إمكانه، كما يظهر من تحرير مولانا عبد الغفور رح، ولم ينكشف، فكيف يكون وجود الضرورة شاهدا على وجود التخفيف عندهما؟ فليتفكر فيه. (مولوي محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(٩) الذرق بالفارسية: ريختن. (عبد)

(١٠) قوله: "قيل يفسده" لإمكان صون الأواني عنه، وبه أخذ أبو بكر الأعمش. (ع)

يفسده، وقيل: لا يفسده[١] لتعذر صون الأواني عنه.

وإن أصابه من دم السمك، أو من لعاب البغل، أوالحمار أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة فيه، أما دم السَّمَك فلأنه ليس بدم[٢] على التحقيق[٣]، فلا يكون[٤] نجسًا. وعن أبى يوسف رح أنه اعتبر فيه الكثير الفاحش، فاعتبره نجسًا، وأما لعاب البغل والحمار فلأنه مشكوك[٥] فيه، فلا يتنجس به الطاهر. فإن انتضح عليه البول مثل[٦] رؤوس الإبر، فذلك ليس بشئ[٧]؛ لأنه[٨] لا يستطاع الامتناع عنه. والنجاسة ضربان[٩]:

(١) به أخذ الكرخى. (ع)

(٢) قوله: "ليس بدم [ألا ترى أنه يحل تناوله من غير ذكاة. نهاية]" وما يسيل منه عند الشق، فذاك ليس بدم، إنما ذاك ماء أبيض أى متغير، ألا ترى أنه إذا شمس ابيض، وسائر الدماء تسود بالشمس. (نهاية)

(٣) قوله: "على التحقيق" إلا على قول أبى يوسف رحمه الله: فإن دمه نجس عنده، وهو ضعيف، كذا فى "المبسوط". (نهاية)

(٤) قوله: "فلا يكون نجسا" وكذا دم البق والقمل والبرغوث والذباب طاهر، كما فى "الخانية" (مج)

(٥) قوله: "مشكوك فيه" وعند أبى يوسف مخفف حتى إذا فحش يمنع جواز الصلاة؛ لأنه متولد من اللحم النجس، وإنما قدر بالكثير الفاحش للضرورة. (مج)

(٦) قوله: "مثل رؤوس [ولو كان مقدار عرض الكف إذا جمع. مج] الإبر [جمع إبرة، وهى المخيط. مج]" قال الهندوانى: يدل على أنه لو كان مثل الجانب الآخر اعتبر، وغيره من المشايخ لا يعتبر الجانبين معًا دفعًا للحرج، وما لم يعتبر إذا أصابه ماء فكثر لا يجب غسله. (ف)

(٧) قوله: "ليس بشيء" أى معتبر فى النجاسة حتى يجب غسله يعنى لا يجب غسله، فيجوز الصلاة معه، وإنما فسرنا بهذا؛ لأن ذلك موجود، فكان شيئا حقيقة، وذلك لأنه لا يستطاع عنه الامتناع خصوصًا فى مهب الريح، وقد سئل ابن عباس عن ذلك، فقال: أرجو أن عفو الله تعالى أوسع من هذا، ولأن الذباب يقعن على النجاسة، ثم يقعن على ثياب المصلى، ولا بد أن يكون على أرجلهن شيء من النجاسة، وأحد لا يستطيع الامتناع منه، ولا يستحسن استعداد ثوب لدخول الخلاء، فقد روى أن محمد بن على زين العابدين كلف لذلك يعنى استعد لبيت الخلاء ثوبا على حدة، ثم ترك، وقال: لم يتكلف لهذا من هو خير منى، يعنى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، والخلفاء الراشدين رضى الله عنهم.

وعن الحسن البصرى أن رجلا سأله عن دم البق، فقال له: من أين أنت؟ قال: من الشام، فقال لأصحابه: انظروا إلى قلة حياء هذا الرجل، فإنه من قوم أراقوا دم ابن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ثم جاء سألنى عن دم البق، فعند الحسن البصرى هذا السؤال من التعمق، وكره له التكلف فيه؛ لما فيه من حرج الناس، والأصل فيه قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «بعثت بالحنيفية السمحة السهلة ولم أبعث بالرهبانية الصعبة». (نهاية)

مرئية وغير مرئية، فما كان منها مرئيا، فطهارتها بزوال عينها؛ لأن النجاسة حلّت المحلّ باعتبار العين، فتزول بزواله، إلا أن يبقى[١] من أثرها ما يشق إزالته[٢]؛ لأن الحرج مدفوع، وهذا[٣] يشير إلى أنه لا يشترط الغسل بعد زوال العين[٤]، وإن زال[٥] بالغسل مرة واحدة، وفيه[٦] كلام.

وما ليس بمرئي[٧] فطهارته أن يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل أنه قد طهر؛ لأن[٨] التكرار لا بد منه للاستخراج، ولا يقطع بزواله، فاعتبر

(٨) قوله: "لأنه لا يستطاع إلخ" وعن أبي يوسف أنه يجب غسله؛ لأنه نجس، وعند الشافعي لا يعفى فى ما يمكن إزالته عن الثوب. (مجمع الأنهر)

(٩) قوله: "ضربان" الحصر بين المرئية وغير المرئية ضروري؛ لدورانه بين النفي والإثبات، وذلك لأن النجاسة بعد الجفاف إما أن تكون متجسدة كالغائط والدم، أو لا كالبول ونحوه. (عناية)

(١) قوله: "إلا أن يبقى إلخ" يرد عليه أن في الاستثناء لا بد من دخول المستثنى فى المستثنى منه، وهذا الأمر ههنا معدوم؛ لأن الأثر الذى بعد إلا ليس بداخل في العين الذى قبل إلا، فأشار إلى جوابه صاحب "العناية" بأن الاستثناء منقطع، وتصدى صاحب "النهاية" لدفعه بأن لفظ الأثر محذوف، وتقدير العبارة: فطهارتها بزوال عينها وأثرها، إلا أن يبقى إلخ، وجعل الشاهد على هذا التوجيه قول الإمام أبى بكر خواهرزاده: فإن طهارتها بزوال عينها وأثرها إلا أن يكون نجاسة لا يكون أثرها زائلا انتهى.فيكون الاستثناء على هذا التقدير متصلا مفرغًا، والعجب من مولانا عبد الغفور أنه قال: مستثنى مفرغ، ثم اعترض على توجيه صاحب "النهاية" بأنه يحتاج فيه إلى التقدير، ولعلمي ما معنى الاستثناء المفرغ، ثم العجب العجب منه عن تفسيره عبارة المصنف بقوله: وحاصله أنه يجب زوال العين لحصول الطهارة فى جميع الأوقات إلا وقت أن يبقى من أثرها ما يشق، فإن زوال العين حينئذٍ ليس بشرط انتهى، فإنه مفيد لطهارة النجاسة المرئية بلا زوال العين عند شق زوال الأثر، ولم يقل به أحد، والمسائل لا تكون اختراعية، بل نقلية. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٢) قوله: "ما يشق إزالته" من لونها أو ريحها مما يحتاج إلى استعمال غير الماء كالصابون والأشنان، وعلى هذا قالوا: لو صبغ ثوبه أو يده بصبغ، أو حناء نجسين، فغسل إلى أن صفى الماء يطهر مع قيام اللون. (ف)

(٣) أى الحكم بأن طهارته بزوال عينه. (عبد)

(٤) يعنى لا حاجة إلى التثليث. (عبد)

(٥) وهو أقيس. (ف)

(٦) قوله: "وفيه كلام [للمشايخ. ف]" فمنهم من قال: يغسل بعد زوال العين ثلاثا إلحاقا لها بعده بنجاسة غير مرئية، وعن الفقيه أبى جعفر مرتين كغير مرئية غسلت مرة. (ف)

(٧) كالبول أو الخمر. (نهاية)

(٨) قوله: "لأن التكرار إلخ" إنما قال: ذلك ردا لما قاله: إنه لا حاجة إلى التكرار. (حاشية عبد الغفور)

غالب الظن كما فى أمر(١) القبلة، وإنما قدروا(٢) بالثلاث؛ لأن غالب الظن يحصل عنده، فأقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا، ويتأيد ذلك بحديث(٣) المستيقظ من منامه، ثم لا بد(٤) من العصر(٥) فى كل مرة(٦) فى ظاهر الرواية(٧)؛ لأنه هو المستخرج.

فصل(٨) فى الاستنجاء(٩)

---

(١) أى فى باب التحرى، فإنه يعتبر فيه غالب ظن المصلى المسافر الفاقد جهة القبلة.

(٢) أى الفقهاء، قد يشير إلى أن التقييد بالثلث ليس بقيد.

(٣) قوله: "بحديث [فإنه ذكر فيه حتى يغلسها ثلاثا. عناية] المستقيظ [قد تقدم. ع] إلخ" فيه كلام؛ لأنه لا وجه للاستدلال بهذا الحديث؛ لأنه يدل على اشتراط الغسل ثلاثا عند توهم النجاسة، فعند التحقيق ينبغى الزيادة احتياطًا. (مجمع الأنهر)

(٤) مقتصر على ما يعصر. (ف)

(٥) ويعتبر قوة العاصر. (ف)

(٦) ويبالغ فى المرة الثالثة. (مج)

(٧) قوله: "فى ظاهر الرواية" احتراز عما روى عن محمد من الاكتفاء بالعصر فى المرة الأخيرة. (ف)

(٨) قوله: "فصل فى الاستنجاء" اعترض عليه بأن الاستنجاء من سنن الوضوء، فالمناسب ذكره فى سنن الوضوء، بل هو أهم منها ذكرا؛ لأن الاستنجاء لرفع النجاسة الحقيقية، وبواقى السنن لرفع النجاسة الحكمية.
وأجيب عنه بأن الاستنجاء لم يذكر فى القرآن المجيد، فلذا لم يذكره هناك، وفيه أن المضمضة أيضًا غير مذكورة فيه، كذا فى "النهاية"، وأجاب عنه مولانا عبد الغفور رح بقوله: لا نسلم أنه سنة، بل الاستنجاء بمنزلة إزالة النجاسة من عضو، ولذا جاز تقديمه على الوضوء وتأخيره، وأيضًا ما لو استنجى فلا يجب عليه الإعادة وإن تخلل الحدث بغير الخارج من السبيلين، ولو كان من سنن الوضوء لوجب الإعادة، كما فى المضمضة والاستنشاق، انتهى.
يقول العبد الفقير معتصما بحبل الإله القدير: إن فى تحرير جوابه بعبارته المسطورة مؤاخذات لفظية ومعنوية، المؤاخذة الأولى: ما ذا أراد بقوله: لا نسلم أنه سنة؟ إن أراد أنا لا نسلم أنه سنة مطلقة فى أى وقت توضأ كالاستنشاق، فمسلم لكنه لا يفيد؛ إذ غرض المورد أنه من سنن الوضوء، وإن كان مقيدا بوقت البول أو الغائط قبل الوضوء بمعنى أنه إذا بال، أو ذهب إلى بيت الخلأ، ثم توضأ بلا استنجاء يأثم إثم ترك السنة المؤكدة، وإن أراد أنا لا نسلم أنه سنة أصلا، فغير صحيح؛ لأنه سنة البتة، يشهد عليه قوله: الاستنجاء سنة، وإن أراد أنا لا نسلم أنه سنة مؤكدة فينافيه تعليل المصنف لأن مواظبة النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم دليل على كونه من السنن المؤكدة، وما فى "فتاوى مجمع البركات" وغيره من أنه سنة مؤكدة.
إن قيل: مواظبة النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم تدل على الوجوب، فينبغى أن لا يكون سنة، بل واجبا، يجاب عنه بأن مواظبة النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم إنما تدل على الوجوب إذا لم يقع شيء معارض له، وههنا قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من استجمر فليوتر فمن عمل فحسن ومن

الاستنجاء سنة[١]؛ لأن النبي عليه السلام واظب[٢] عليه*، ويجوز فيه الحجر، وما قام مقامه،[٣] يمسحه حتى ينقيه؛ لأن المقصود هو الإنقاء، فيعتبر ما هو المقصود.

وليس فيه عدد مسنون، وقال الشافعي رح: لا بد من الثلاث؛ لقوله عليه السلام: «وليستنج[٤] منكم بثلاثة أحجار»**، ولنا قوله[٥]

لا فلا حرج» يدل على خلافه، فتكون المواظبة ههنا دليلا للسنية فقط، كذا أفاد في "مجمع الأنهر".

وفيه أنا لا نسلم أن قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ومن لا فلا حرج» متعلق بالاستنجاء، بل هو مرتبط بقوله: «فليوتر»، كذا أفاد مولانا إله داد رح

المؤاخذة الثانية.قوله: ولذا جاز إلخ غير مسلم إنما جاز تأخيره ولم يجب تقديمه بناء على أن القليل من النجاسة عفو، فجواز التأخير لا ينافي كونه سنة مؤكدة. المؤاخذة الثالثة، قوله: ولو كان من سنن الوضوء لوجب الإعادة، ممنوع؛ إذ السنة على قسمين على ما سنقول، وهذا من القسم الذي ليس منه المضمضة، فيكون تقديمه على الوضوء ضروريا بلا تخلل حدث، أو بتخلله، المؤاخذة الرابعة، قوله: يجب، يفيد وجوبه، وليس كذلك، فتفكر.

والحق في الجواب عن الاعتراض ما ظهر لي هو أن السنة على نوعين: أحدهما: ما يستحسن اعادته لو تخلل حدث كالمضمضة. وثانيهما: ما ليس كذلك كالاستنجاء، ولا شك أن السنة حقيقة هو القسم الأول، فلذا بينها في سنن الوضوء، ولم يبين فيه القسم الثاني.

وجه آخر: السنة على قسمين: أحدهما: ما يتكرر بتكرر الوضوء كالاستنشاق، وثانيهما: ما بخلافه كالاستنجاء، فبين في مباحث الوضوء القسم الأول، وأفرد الثاني منه، والله أعلم بالصواب وعنده حسن الثواب. (عبد)

(٩) قوله: "في الاستنجاء [أصله من النجوة هو المكان المرتفع. مج]" هو إزالة ما على السبيل من النجاسة.(ف)

(١) وعند الشافعي فرض. (مج)

(٢) قوله: "واظب [مع الترك. عبد] عليه" قلت: فيه أحاديث: منها ما أخرجه البخاري ومسلم عن أنس قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يدخل الخلاء فأحمل أنا وغلام نحوي إداوة من ماء وعنزة فيستنجي بالماء»، انتهى. (ت)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٨٨، ص٩٤ ، ونصب الراية ج١ ص٢١٣ (نعيم).

(٣) قوله: "وما قام مقامه [كالمدر. عبد]" يعني من الأعيان الطاهرة المزيلة، فخرج الزجاج والثلج والآجر والفحم. (ف)

(٤) قوله: وليستنج إلخ" قلت: رواه البيهقي في "سننه" من حديث القعقاع بن حكيم عن أبي صالح عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «إنما أنا لكم مثل الوالد إذا ذهب أحدكم إلى الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها بغائط ولا بول وليستنج بثلاثة أحجار ونهى عن الروث والرمة وأن يستنجي الرجل بيمينه»، انتهى (ت)

عليه السلام: «من استجمر[١] فليوتر، فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج»*، وما[٢] رواه متروك[٣] الظاهر؛ فإنه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف[٤] جاز[٥] بالإجماع، وغسله[٦] بالماء أفضل؛ لقوله تعالى: ﴿فِيْهِ رِجَالٌ يُحِبُّوْنَ أَنْ يَتَطَهَّرُوْا﴾ نزلت[٧] فى أقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء، ثم[٨] هو أدب[٩]، وقيل[١٠]: سنة[١١] فى زماننا[١٢].

** أخرجه البيهقي من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث٨٩، ص٩٥، ونصب الراية ج١ ص٢١٤ (نعيم).

(٥) رواه أبو داود وابن ماجة. (ت)

(١) الاستجمار بالفارسية: استنجا كردن به سنگ. (صراح)

* أخرجه أبو داود وابن ماجه من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٩٠، ص٩٦، ونصب الراية ج١ ص٢١٧ (نعيم).

(٢) جواب عن استدلال الشافعي.

(٣) أو الأمر للاستحباب. (عناية)

(٤) جمع حرف بمعنى گوشه.

(٥) "جاز بالإجماع" فعلم أن المراد عدد المسحات غير أنه قدر الثلاث؛ لأن غالب الظن يحصل به. (ف)

(٦) أى بعد المسح بالأحجار. (عبد)

(٧) قوله: "نزلت فى إلخ" قلت: رواه البزار فى "مسنده": حدثنا عبد الله بن شبيب حدثنا أحمد ابن محمد بن عبد العزيز قال: وحدثنى أبى عن الزهرى عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس قال: نزلت هذه الآية فى أهل قباء ﴿فيه رجال يحبون أن يتطهروا والله يحب المطهرين﴾، فسألهم رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فقالوا: إنا نتبع الحجارة الماء انتهى. (تخريج الزيلعي ح)

(٨) قوله: "ثم هو" أى الغسل بالماء بعد المسح بالأحجار. (ملا عبد الغفور)

(٩) قوله: "أدب" لأن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يستنجى بالماء مرة وتركه مرة. (ع)

(١٠) القائل الحسن البصرى. (ف)

(١١) قوله: "سنة" سئل الحسن البصرى عن الاستنجاء بالماء، فقال: سنة، فقيل له: فكيف؟ ورسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم والخيار من الصحابة رضى الله عنهم قد تركوه، فقال: إنهم كانوا يبعرون بعرا وأنتم تثلطون ثلطًا، إن قلت: السنة لا تثبت إلا بالمواظبة، ولا مواظبته، أجيب بأن المواظبة ثابتة دلالة، فإن

ويستعمل الماء إلى أن يقع في غالب ظنه أنه قد طهر، ولا يقدر[(١)] بالمرّات إلا إذا كان مُوسوِسًا[(٢)]، فيقدر[(٣)] بالثلاث في حقه، وقيل[(٤)]: بالسبع.

ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز[(٥)] إلا الماء، وفي بعض النسخ:[(٦)] إلا المائع، وهذا[(٧)] يحقق اختلاف الروايتين في تطهير[(٨)] العضو بغير الماء على ما بينا[(٩)]، وهذا[(١٠)] لأن المسح غير مزيل، إلا أنه

حالهم لو كان كحالنا لواظبوا على الغسل بالماء. (د)

(١٢) قوله: "في زماننا" والنظر إلى ما تقدم أول الفصل من حديث أنس وعائشة يفيد أن الاستنجاء بالماء سنة مؤكدة في كل زمان لإفادة المواظبة، والله أعلم. (ف)

(١) قوله: "ولا يقدر بالمرات" الأنسب تقديرها تسهيلا، وبعضهم قدروه بالثلاث، وبعضهم بالخمس، وبعضهم بالسبع. (عبد)

(٢) قوله: "موسوسًا" بكسر الواو لأن الوسوسة حديث النفس، فهو نفسه يتحدث، وإذا فتح وجب وصله، فيقال: موسوسا إليه أي تلقى إليه الوسوسة. (ف)

(٣) قوله: "فيقدر بالثلاث [ومنهم من شرط في الإحليل ثلاثا، والمقعد خمسًا. ف]" كما في نجاسة غير مرئية كالبول والغائط، وإن كان مرئيا، فالمستنجي لا يراه، فكانت بمنزلة نجاسة غير مرئية. (نهاية)

(٤) قوله: "وقيل [وبعضهم قدروه بالعشر. عبد]" اعتدادا بالحديث الذي ورد في ولوغ الكلب، كذا في "مبسوط شيخ الإسلام". (نهاية)

(٥) **إذا أريد** إزالتها. (عبد)

(٦) أي نسخ المختصر. (عناية)

(٧) قوله: "وهذا" أي قوله: إلا الماء، أو إلا المائع يحقق إلخ؛ لأنه يدل على أن إزالة النجاسة الحقيقية عن البدن لا تجوز إلا بالماء. (عناية)

(٨) قوله: "في تطهير العضو" إذ قوله: إلا المائع يدل على أن إزالته تجوز بالمائع الذي يمكن به إزالة النجاسة. (عناية)

(٩) أي في أول باب الأنجاس. (ع)

(١٠) قوله: "وهذا" أي الذي قلنا: من اشتراط المائع أو الماء إذا جاوزت النجاسة مخرجها؛ لأن المسح غير

اكتفى به في موضع الاستنجاء، فلا يتعداه(١)، ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح؛ لسقوط(٢) اعتبار ذلك الموضع، وعند محمد رح مع موضع الاستنجاء اعتبارا(٣) بسائر المواضع.

ولا يستنجي بعظم ولا بروث؛ لأن النبي عليه السلام نهى(٤) عن ذلك*، ولو فعل يجزئه(٥) لحصول المقصود، ومعنى النهي في الروث النجاسة(٦)، وفي العظم كونه زاد الجن، ولا بطعام؛ لأنه إضاعة وإسراف، ولا بيمينه؛ لأن النبي عليه السلام نهى(٧) عن الاستنجاء باليمين**.

مزيل إلا أنه اكتفى به في موضع الاستنجاء بالضرورة، والثابت بالضرورة لا يتعداها. (عناية)

(١) فلا يجوز إلا الماء، أو المائع. (عناية)

(٢) قوله: "لسقوط اعتبار ذلك الموضع" تقدم أن كون الدرهم ليس مانعا مأخوذ من سقوط غسل أحد السبيلين، ومعناه ليس إلا أنه سقط شرعًا بدليله. (ف)

(٣) قوله: "اعتبارا بسائر المواضع" يعني أن في سائر المواضع قدر الدرهم معفو، فإذا زاد عليه يكون مانعا، فكذا ههنا. (عناية)

(٤) قوله: "نهى عن ذلك" روى البخاري من حديث أبي هريرة قال له النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ا[illegible] أحجارا أستنفض بها، ولا تأتني بعظم ولا روثة، قلت: فما بال العظام والروثة؟ قال: هما من الجن». (ف)

* أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١ رقم الحديث ٩١، ص٩٧، ونصب الراية ج١ ص٢١٩ (نعيم).

(٥) ولا يكون مقيمًا للسنة. [illegible] ج)

(٦) قوله: "النجاسة" المشهور أن العظام طعام الجن، والروث طعام دوابهم، ولذا استدل المصنف على عدم جواز الاستنجاء بالروث بنجاسته، لكن الحديث الذي أخرجه الزيلعي رح يدل على أنهما من أطعمة الجن، وبناء عليه قال من به فتح القدير، وعلى هذا لقائل أن يقول مستدلا على طهارة الأرواث كقول مالك رح: فإنه لو كان نجسًا لم يحل طعامًا للجن، انتهى، وتفصيل هذا المرام في حاشيتي على صدر الشريعة. (عبد)

(٧) قوله: "نهى عن الاستنجاء باليمين" قلت: أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن أبي قتادة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا بال أحدكم فلا يمس ذكره بيمينه، وإذا أتى الخلاء فلا يمسح بيمينه، وإذا شرب فلا يشرب نفسًا واحدًا»، انتهى. (ت)

** متفق عليه من حديث أبي قتادة، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٩٢، ص٩٧، ونصب الراية ج١ ص٢٢٠ (نعيم).

كتاب[١] الصلاة[٢]

باب[٣] المواقيت[٤]

أول[٥] وقت الفجر إذا طلع الفجر الثانى، وهو المعترض[٦] فى الأفق، وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس[٧]؛ لحديث إمامة[٨] جبريل عليه السلام* أنه[٩] أمّ رسول الله عليه السلام فيها[١٠] فى اليوم الأول حين

(١) قوله: "كتاب الصلاة [حكمها سقوط الواجب عنه بالأداء فى الدنيا. عناية]" قد تقدم وجه تقديم الصلاة على سائر المشروعات فى أول الكتاب، وهى فى اللغة عبارة عن الدعاء، وفى الشريعة عبارة عن الأركان المعهودة، والأفعال المخصوصة، وسميت بالصلاة لأنها شاملة عليها، فهى من المنقولات الشرعية، وسبب وجوبها أوقاتها، وشرائطها الطهارة، وستر العورة، واستقبال القبلة، والوقت، والنية، وتكبيرة الافتتاح إن قيل: جعل الوقت سببا، فكيف يكون شرطًا، قلنا: هو سبب للوجوب شرط للأداء. (ع)

(٢) قوله: "الصلاة [أركانها القيام والقعدة الأخيرة مقدار التشهد والقرائة والركوع والسجود. ع]" هى فريضة قائمة، وشريعة ثابتة عرفت فرضيتها بالكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿أقيموا الصلاة﴾، وقوله: ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾، فإنه يدل على فرضيتها، وعلى كونها خمسا؛ لأنه بحفظ جميع الصلوات، وعطف عليه الصلاة الوسطى، وبناء على المغايرة بالعطف أقل جمع يمكن فيه الوسطى ههنا هو الخمس، وبالسنة وهو قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إن الله فرض على كل مسلم ومسلمة فى كل يوم وليلة خمس صلوات»، وهو من المشاهير وبالإجماع. (عناية)

(٣) قوله: "باب" قدمه على سائر الأبواب؛ لأن أسباب الوجوب تقدم على المسبب. (عبد)

(٤) قوله: "المواقيت" جمع ميقات، وهو ما وقت به أى حدد من زمان كمواقيت الصلاة، أو مكان كمواقيت الإحرام. (عناية)

(٥) قوله: "اول وقت الفجر" اعلم أنه قدم الفجر على سائر الصلوات مع أن المقدم فى الحديث وقت الظهر؛ لأنها أول صلاة اليوم، ولأنها أول عمل يجب على النائم الذى كالميت. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٦) قوله: "وهو المعترض" أى الذى يفيد الاعتراض والانبساط فى أطراف الأفق. (حاشية ملاعبدالغفور)

(٧) قوله: "ما لم تطلع الشمس" أى ما دام لم تطلع الشمس، ولا يخفى أنه إطلاق اسم الكل على الجزء، فلا بد من القول بالمجاز، بأن أراد من الكل الجزء لا معناه الحقيقى، حتى ما يرد ما يرد. (عبد)

(٨) قوله: "لحديث [رواه أبو داود والترمذى. ت] إمامة جبريل" عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أمنى جبريل عند البيت مرتين فصلى بى الظهر فى الأولى منهما حين كان الفيء مثل الشراك ثم صلى العصر حين كان كل شيء مثل ظله ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس وأفطر الصائم ثم صلى العشاء حين غاب الشفق ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم وصلى المرة الثانية الظهر حين كان ظل كل شيء مثله لوقت العصر بالأمس ثم صلى العصر حين كان ظل كل شيء مثليه ثم صلى المغرب كوقته الاول ثم صلى العشاء الآخرة حين ذهب ثلث الليل ثم صلى الصبح حين أسفرت الأرض ثم التفت جبريل وقال يا محمد هذا وقت الانبياء من قبلك والوقت فيما بين هذين الوقتين»، رواه ابو داود. (ف)

× أخرجه الترمذى والنسائى وابن حبان والحاكم من حديث جابر، انظرالدراية ج١رقم الحديث٩٣،

طلع الفجر، وفى اليوم الثانى حين أسفر جدا، وكاد الشمس تطلع، ثم قال(١) فى آخر الحديث: «ما بين هذين(٢) الوقتين وقت لك ولأمتك»، ولا

ص٩٨، ونصب الراية ج١ ص٢٢١(نعيم).

(٩) قوله: "أنه أم إلخ" اعترض عليه بأن الملائكة غير مكلفين بالعبادات، فصلاة جبريل تكون نفلا، وصلاة النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم خلفه كانت فرضا، واقتداء المفترض بالمتنفل باطل.

وأجيب عنه بأنه صلى صلى الله عليه وعلى آله وسلم لعله أعاد الصلوات التى أداها خلف جبريل، وفيه نظر ظاهر؛ لعدم كفاية الاحتمال ما لم يثبت.

والحق فى الجواب أن جبريل لما أمره الله تعالى بأن يؤم النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ويصلى الصلوات الخمس فى اليومين إماما له - صار مكلفا عند ذلك، فصارت الصلوات فى حقه أيضًا فرضًا فى اليومين، فلا يلزم اقتداء المفترض بالمتنفل، بل بالمفترض، ولئن أمهلنى الله تعالى لأجمع فى هذه المسألة رسالة أسميها بـ"تدوير الفلك". (مولوى عبد الحى رح)

(١٠) أى صلاة الفجر.

(١) ثم قال [أى جبريل. عبد] فى آخر الحديث إلخ قلت: حديث إمامة جبريل رواه جماعة من الصحابة، منهم: ابن عباس وجابر وأبو مسعود وأبو هريرة وعمرو بن حزم وأبو سعيد الخدرى وأنس وابن عمر.

أما حديث ابن عباس فرواه أبو داود والترمذى عن عبد الرحمن بن الحارث بن أبى ربيعة عن حكيم: أخبرنى نافع بن جبير بن مطعم عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «أمنى جبريل عند البيت مرتين فصلى الظهر فى الأولى منهما حين كان الفىء مثل الشراك، ثم صلى العصر حين كان ظل كل شىء مثله، ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس وأفطر الصائم ثم صلى العشاء حين غاب الشفق ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم وصلى المرة الثانية الظهر حين كان ظل كل شىء مثله لوقت العصر بالأمس ثم صلى العصر حين كان ظل كل شىء مثليه ثم صلى المغرب لوقته الأول ثم صلى العشاء الآخرة حين ذهب ثلث الليل ثم صلى الصبح حين أسفرت الأرض ثم التفت إلى جبريل فقال يا محمد! هذا وقت الأنبياء من قبلك والوقت فى ما بين هذين الوقتين»، ورواه ابن حبان فى "صحيحه"، والحاكم فى "المستدرك"، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

وأما حديث جابر، فرواه الترمذى والنسائى، وأما حديث أبى مسعود، فرواه إسحاق بن راهويه فى "مسنده" والبيهقى والطبرانى، وأما حديث أبى هريرة، فرواه البزار فى "مسنده" والنسائى والحاكم.

وأما حديث عمرو، فرواه عبد الرزاق فى "مصنفه"، وأما حديث الخدرى، فرواه أحمد فى "مسنده"، والطحاوى فى "شرح معانى الآثار"، وأما حديث أنس، فرواه الدارقطنى، وأما حديث ابن عمر، فرواه الدارقطنى.

واختلف فى أول صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بجبريل، فرواية الدارقطنى عن ابن عمر تشهد بأنها صلاة الفجر، وبقية الأحاديث تشهد بأنها صلاة الظهر، وهذا هو الصحيح.

ويشهد له ما رواه الطبرانى عن أبى هريرة وأبى سعيد قالا: أول صلاة فرضت على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم صلاة الظهر، وإن شئت التفصيل فارجع إلى "نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية للحافظ جمال الدين الزيلعى رح". (مولوى عبد الحى رح)

(٢) قوله: "ما بين هذين الوقتين" اعترض عليه بأن هذه العبارة تدل على انحصار الوقت فى ما بين

معتبر بالفجر الكاذب[١]، وهو البياض الذى يبدو[٢] طولا ثم يعقبه[٣] الظلام؛ لقوله[٤] عليه السلام: «لا يغُرنكم[٥] أذان[٦] بلال ولا الفجر المستطيل، وإنما الفجر المستطير فى الأفق»* أى المنتشر فيها.

وأول وقت الظهر إذا زالت الشمس؛ لإمامة[٧] جبريل عليه السلام فى اليوم الأول حين زالت الشمس.

وآخر وقتها عند أبى حنيفة رحمه الله إذا صار ظل كل شىء مثليه سوى فىء الزوال، وقالا: إذا صار الظل مثله، وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله.

وفىء الزوال: هو الفىء الذى يكون للأشياء وقت الزوال، لهما إمامة جبريل فى اليوم الأول للعصر فى هذا الوقت.

ولأبى حنيفة رحمه الله قوله[٨] عليه السلام: «أبردوا[٩] بالظهر فإن شدة الحر

الوقتين، فيخرج الوقتان أنفسهما، وأجيب بأن حالهما علم بالنقل. (عبد)

(١) يسميه العرب ذنب السرحان. (ع)

(٢) أى يظهر.

(٣) قوله: "ثم يعقبه الظلام [بالفتح، بالفارسية: تاريكى. م]" تصريح بأن الفجر الأول بعد طلوعه يغيب، ويطلع الثانى بعد غيوبته، حيث قال: ثم يعقبه الظلام، وليس كذلك عند المشاهدة، فإنا نشاهد أنه لا يغيب، بل يبقى إلى أن يطلع الفجر الثانى من تحت الأفق المظلم الشبيه بالخيط الأسود. (إله داد)

(٤) رواه ابن ماجة. (ت)

(٥) قوله: "لا يغرنكم إلخ" لفظ مسلم: «لا يغرنكم من سحوركم أذان بلال، ولا الفجر المستطيل، ولكن الفجر المستطير فى الأفق». (ت)

(٦) قوله: "أذان بلال" اعلم أن بلالا كان يؤذن قبل طلوع الصبح الصادق، وكان ابن أم مكتوم يؤذن بعده، فلذلك قال عليه الصلاة والسلام: «لا يغرنكم أذان بلال» أى لا تظنوا بأذانه دخول وقت صلاة الفجر، فإنه ليس للفجر، بل للتهجد، أو السحور كما يدل عليه الرواية، فإنه يؤذن ليرجع قائمكم ويوقظ نائمكم. (مولوى عبد الحى رحمه الله)

* أخرجه مسلم وأبوداود و الترمذى والنسائى من حديث سمرة بن جندب، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٩٤، ص١٠٠، ونصب الراية ج١ ص٢٢٧ (نعيم).

(٧) قلت: تقدم. (ت)

(٨) قلت: أخرجه البخارى فى "صحيحه". (ت)

(٩) أى صلوها إذا سكنت شدة الحر. (عناية)

من فيح[١] جهنّم»*، وأشد الحر فى ديارهم فى هذا[٢] الوقت، وإذا تعارضت الآثار[٣] لا ينقضى الوقت بالشك.

وأول وقت العصر إذا[٤] خرج وقت الظهر على القولين[٥]، وآخر وقتها ما[٦] لم تغرب الشمس[٧]؛ لقوله[٨] عليه السلام: «من أدرك ركعة من العصر قبل[٩] أن تغرب الشمس فقد[١٠] أدركها»**.

وأول وقت المغرب إذا غربت الشمس، وآخر وقتها ما لم يغب الشفق،

---

(١) أى شدة حرها. (ع)

* أخرجه البخاري من حديث سعيد واتفقا عليه من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٩٦، ص١٠٠ ، ونصب الراية ج١ ص٢٢٨ (نعيم).

(٢) أى إذا صار ظل كل شيء مثله. (عبد)

(٣) يعنى حديث الإمامة وهذا الحديث. (ف)

(٤) وروى عنه المهمل. (عبد)

(٥) أى اختلاف القولين. (عبد)

(٦) قوله: "ما لم تغرب الشمس" من إطلاق اسم الكل على الجزء. (عبد)

(٧) قوله: "الشمس" من الأفق الحسى، لا الحقيقى، فإنه لا يمكن تحقيقه. (مج)

(٨) قوله: "لقوله" اللفظ للبخاري ومسلم من حديث أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من أدرك من الصبح ركعة قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح، ومن أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب فقد أدرك العصر» انتهى.

(٩) قوله: "قبل أن تغرب الشمس" قلت: هذا الحديث يدل على بقاء وقت العصر بعد الاصفرار بالإشارة، وما روى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «وقت العصر ما لم يصفر الشمس» بعبارته يدل على انعدام وقته بالاصفرار، والعبارة راجحة، كذا قال مولانا إله دادرح.

أقول: الحديث الثانى مؤول بالوقت المستحب، فلا تعارض، ومن هذا اندفع ما قال بعد: وأيضاً إذا تعارضت الآثار وجب الأخذ بالأقل انتهى.

وفى "مجمع الأنهر": وقال الحسن البصرى: إذا اصفرت الشمس خرج وقت العصر، وأظن أن مراده خروج الوقت المختار، وإلا يلزم أن يوجد وقت مهمل بين العصر والمغرب، ولم يوجد فى الروايات، انتهى. (مولوى محمد عبد الحىرح)

(١٠) قوله: "فقد أدركها" هو مخالف لحديث إمامة جبريل، والحمل على أن قول جبريل: "الوقت ما بين هذين الوقتين" يراد به الوقت غير المكروه أولى من الحمل على النسخ. (ف)

** متفق عليه من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١ رقم الحديث٩٧، ص١٠١ ، ونصب الراية ج١ ص٢٢٨ (نعيم).

وقال الشافعي رح[١] : مقدار ما يصلى فيه ثلاث[٢] ركعات ؛ لأن جبريل[٣] عليه السلام أمّ في يومين في وقت[٤] واحد* .

ولنا[٥] قوله عليه السلام : «أول[٦] وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخر وقتها حين يغيب الشفق»** ، وما رواه[٧] كان للتحرز عن الكراهة . ثم الشفق[٨] هو البياض[٩] الذي في الأفق بعد الحمرة[١٠]

---

(١) قوله: "وقال الشافعي رح" قلت: ليس مذهب الشافعي ما ذكر؛ لأن وقت المغرب في قوله الجديد: هو مقدار ما يتطهر ويؤذن ويقيم، ويصلي ثلاث ركعات وركعتين بعده، والاختيار في جميع ذلك بالوسط، حتى إذا مضى هذا المقدار انقضى الوقت، وفي قوله القديم يمتد وقتها إلى غيبوبة الشفق، قال النووي: والأحاديث الصحيحة مصرحة بالقديم، وتأويل بعضها متعذر هو الصواب.

واختاره ابن جرير والخطابي والبيهقي والغزالي، وعلى القول الجديد لو شرع في المغرب في وقته، جاز له مدها إلى غروب الشفق على الصحيح، وإن لم يجز تأخير غيرها من الصلوات إلى خروج بعض عن الوقت؛ لما روى أن الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم قرأ سورة الأعراف في المغرب، كذا في "شرح الحاوي" (ملا إله داد)

(٢) قوله: "ثلاث ركعات" أي مع توابعها، فيشمل الوضوء والسنة المرتبة عليها، واندفع ما يرد. (ملا عبد الغفور)

(٣) قلت: تقدم في حديث ابن عباس. (ت)

(٤) قوله: "في وقت واحد" والمقصود تعليم لأول الوقت وآخره. (حاشية ملا عبد الغفور)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث٩٨، ص١٠٢ ، ونصب الراية ج١ ص٢٢٩ (نعيم).

(٥) قلت: غريب. (ت)

(٦) بمعناه رواه مسلم. (ت)

** انظر الدراية ج١ رقم الحديث٩٩، ص١٠٢ ، ونصب الراية ج١ ص٢٣٠ (نعيم).

(٧) قوله: "وما رواه" من حديث إمامة جبريل أنه أم في اليومين في وقت واحد كان للتحرز عن المكروه؛ لأن تأخير المغرب إلى آخر الوقت مكروه. (عناية)

(٨) قوله: "ثم الشفق إلخ" ضرب من الاستدلال من طريق اللغة والفقه يدل على أنه هو البياض، أما اللغة فلأن الشفق عبارة عن الرقة يقال: ثوب شفق أي رقيق، والشفقة من رقة القلب ومحبته، والبياض أولى بهذا الاسم؛ لأن أجزاء البياض أرق من أجزاء الحمرة.

وأما الفقه فلأن المغرب بمنزلة الفجر، ثم البياض المعترض في باب الفجر في حكم الحمرة، فليكن كذلك في مسألتنا هذه. (نهاية)

(٩) قوله: "هو البياض إلخ" قال ابن النجيم: "إن الصحيح المفتى به قول صاحب المذهب دون صاحبيه. (مجمع)

(١٠) قوله: "بعد الحمرة" وأما قولهما: من أن الشفق المعتاد في العرف هو الحمرة، قلنا: ليس كذلك فإنهم

عند[١] أبى حنيفة رح. وعندهما[٢] هو الحمرة[٣]، وهو رواية[٤] عن أبى حنيفة[٥]، وهو قول الشافعى رح؛ لقوله[٦] عليه السلام: «الشفق الحمرة»*. ولأبى حنيفة رح قوله[٧] عليه السلام: «وآخر[٨] وقت المغرب إذا اسودّ الأفق»**، وما رواه[٩] موقوف[١٠] على ابن عمر رض، ذكره مالك[١١] فى "الموطأ"، وفيه اختلاف[١٢] الصحابة.

وأول وقت العشاء إذا غاب الشفق، وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر[١٣]؛ لقوله[١٤] عليه السلام: «وآخر[١٥] وقت العشاء حين يطلع الفجر[١٦]»***

كما يطلقون اسم الشفق على الحمرة يطلقونه على البياض، كذا جاء عن المبرد وأحمد بن يحيى. (نهاية)

(١) قوله: "عند أبى حنيفة" ونقل عن أبى بكر الصديق ومعاذ بن جبل وعائشة وابن عباس فى رواية وأبى هريرة رضى الله عنهم، وبه قال عمر بن عبد العزيز والأوزاعى والمزنى وابن المنذر والخطابى، واختاره المبرد وثعلب. (ف)

(٢) قيل: وبه يفتى. (ملتقى الأبحر)

(٣) فى "المبسوط" قول الإمام: أحوط، وقولهما: أوسع.

(٤) رواه أسد. (مج)

(٥) رواه عن عبادة بن الصامت. (عناية)

(٦) قلت: رواه الدارقطنى فى "سننه" (ت)

* أخرجه الدارقطني في السنن والغرائب من حديث ابن عمر، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٠٠، ص١٠٣، ونصب الراية ج١ ص٢٣٢ (نعيم).

(٧) قلت: غريب. (مع)

(٨) بمعناه رواه أبو داود. (ت)

** انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٠١، ص١٠٣، ونصب الراية ج١ ص٢٣٤ (نعيم).

(٩) قوله: "وما رواه" يعنى قول النبى ﷺ: «الشفق هو الحمرة». (ع)

(١٠) قوله: "موقوف" والموقوف لا يصح الاستدلال به. (عبد)

(١١) قوله: "ذكره مالك إلخ" إن قلت: وقفه على ابن عمر لا يقدح فى الاحتجاج؛ لأن أثر الصحابى إذا كان غير معقول المعنى حجة، أجيب بأن غير المعقول إنما يجب حمله على السماع إذا لم يعرف ذلك إلا سماعًا من صاحب الوحى، ومعرفة الشفق لا يتوقف عليه؛ إذ ربما يعرف بالرجوع إلى أهل اللسان. (د)

(١٢) قوله: "وفيه اختلاف الصحابة" أى ولئن سلم أنه مسند، فالحديث المرفوع لا يصح الاستدلال به إذا كان فيه اختلاف الصحابة. (عبد)

(١٣) الصادق. (مج)

(١٤) قلت: غريب. (ت)

وهو حجة(١) على الشافعي رح في تقديره(٢) بذهاب ثلث الليل.

وأول وقت الوتر بعد العشاء(٣)، وآخره ما لم يطلع الفجر؛ لقوله عليه السلام في الوتر(٤): «فصلوها(٥) ما بين العشاء إلى طلوع الفجر»*، قال رض: هذا عندهما، وعند أبي حنيفة رح وقته(٦) وقت العشاء(٧)، إلا أنه

---

(١٥) قوله: "وآخر وقت العشاء إلخ" تكلم الطحاوي في "شرح معاني الآثار" ههنا كلاما حسنا. ملخصه: أنه قال: يظهر من مجموع الأحاديث أن آخر وقت العشاء حين طلع الفجر، وذلك لأن ابن عباس وأبا موسى الأشعري وأبا سعيد الخدري رووا «أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أخرها إلى ثلث الليل»، وروى أبو هريرة وأنس «أنه أخرها حتى انتصف الليل»، وروى ابن عمر «أنه أخرها حتى ذهب ثلثا الليل»، وروت عائشة: «أنه اعتمر بها حتى ذهب عامة الليل»، وكل هذه الروايات في الصحيح قال: فثبت بهذا أن الليل كله وقت لها، ولكن على أوقات ثلثه.(ت)

(١٦) الصادق.

*** انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٠٢، ص١٠٣، ونصب الراية ج١ ص٢٣٤ (نعيم).

(١) قوله: "وهو حجة [احتج بحديث الإمامة. نهاية] على الشافعي إلخ" ووجه ذلك أنه يدل على قيام الوقت إلى الفجر، وحديث إمامة جبريل يدل على أن آخر الوقت هو ثلث الليل فتعارضا، وإذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت الثابت يقيناً بالشك. (ع)

(٢) قوله: "في تقديره إلخ" في "مبسوط شيخ الإسلام": ثم إذا غاب الشفق أجمعوا على أنه يدخل وقت العشاء، واختلفوا في أنه متى يخرج، فعلى قول علمائنا لا يخرج وقت العشاء ما لم يطلع الفجر الثاني. وقال الشافعي في قول: بأنه يخرج وقت العشاء متى مضى ثلث الليل، وقال في قول: متى مضى نصف الليل خرج وقت العشاء إلا أن يكون مسافرا، فيمتد حينئذٍ إلى وقت طلوع الفجر الثاني، وقال في قول: بأنه يخرج ما لم يطلع الفجر الثاني. (نهاية)

(٣) أي صلاة العشاء. (عبد)

(٤) سيأتي في الوتر. (ت)

(٥) قوله: "فصلوها إلخ" قلت: رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث خارجة بن حذافة قال: خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فقال: «إن الله يأمركم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر فجعلها لكم في ما بين العشاء إلى طلوع الفجر»، انتهى. (ت)

* أخرجه وأبوداود و الترمذي وابن ماجه من حديث خارجه بن حذافة، انظر الدراية ص١٠٠، ونصب الراية ج١ ص٢٣٥ (نعيم).

(٦) قوله: "وقته وقت العشاء" لأن الوتر عنده فرض عملا، والوقت إذا جمع بين صلاتين واجبتين كان وقتا لهما جميعًا. (ع)

(٧) قوله: "وقت العشاء" في "مبسوط شيخ الإسلام": إذاأوتر قبل العشاء متعمدا، كان عليه الإعادة بلا خلاف، وإن أوتر ناسيًا قبل العشاء أو صلى العشاء على غير وضوء، ثم نام وقام وتوضأ، وأوتر ثم تذكر أنه صلى العشاء على غير وضوء، فعلى قول أبي حنيفة: لا يعيد الوتر، وعلى قولهما: يعيد، فإن على قولهما: يعيد

لا يقدم عليه عند التذكير للترتيب[١].

فصل[٢]

ويستحب[٣] الإسفار[٤] بالفجر؛ لقوله عليه السلام[٥]: «أسفروا[٦] بالفجر[٧] فإنه[٨] أعظم للأجر»*، وقال[٩] الشافعي رح: يستحب[١٠] التعجيل[١١] في كل[١٢] صلاة، والحجة عليه ما رويناه[١٣]،

في الحالين؛ لأن الوتر عندهما سنة من سنن العشاء. (نهاية)

(١) قوله: "للترتيب" لأنهما فرضان عنده، وإن كان أحدهما اعتقاداً، والآخر عملا. (مج)

(٢) قوله: "فصل" لما فرغ عن ذكر مطلق الأوقات شرع في بيان الكامل والناقص منها.

(٣) قوله: "ويستحب [إلا بمزدلفة. مج]" بحيث يمكن أداءه بترتيل أربعين آية، أو أكثر، ثم إن ظهر فساد الطهارة يمكنه الوضوء وإعادته على الوجه المذكور. (ملتقى الأبحر)

(٤) قوله: "الإسفار" الإسفار: الإضاءة والباء للتعدية. (حاشية ملا عبد الغفور رحمه الله تعالى)

(٥) رواه أصحاب السنن الأربع. (ت)

(٦) قوله: "أسفروا" وتأويله بأن المراد من «أسفروا» تبيين الفجر بحيث لا يشك فيه ليس بشيء؛ إذ مالم يتبين لم يحكم بجواز الصلاة، فضلا عن إصابة الأجر المفاد بقوله: «فإنه أعظم للأجر». (فتح القدير)

(٧) قوله: "بالفجر" فإن قلت: هو معارض بحديث أبي مسعود الأنصاري قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم صلى الصبح مرة بغلس، ثم صلى مرة فأسفر بها، ثم كانت صلاته في التغليس إلى أن فارق الدنيا، وبحديث عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ يصلي الصبح فينصرف النساء متلففات بمروطهن ما يعرفن من الغلس»، أجيب بأنه لما تعارضت الأخبار صرنا إلى القياس. (د)

(٨) قوله: "فإنه أعظم للأجر" والمعنى الفقهي فيه أن تأخير الفجر إلى آخر الوقت مباح بلا كراهة، وتقليل الجماعة أمر مكروه، وكذلك إيقاع الناس في الحرج، والتغليس في الفجر يؤدي إلى أحد الأمرين: إما إزعاج الناس لأول الوقت، وفيه حرج لأنه أمر بخلاف العادة، وإما تقليل الجماعة، وهو فاسد.
ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى معاذاً عن التطويل في القراءة، وعلل له بتنفير الناس عن الجماعة مع أن تطويل القراءة سنة فوق تعجيل الصلاة لأول الوقت. (نهاية)

* أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث رافع بن خديج، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٠٣، ص١٠٣، ونصب الراية ج١ ص٢٣٥ (نعيم).

(٩) قوله: "وقال الشافعي" وقال الطحاوي: يبدأ بالتغليس، ويختم في الإسفار، ويجمع بينهما بتطويل القراءة. (عناية)

(١٠) قوله: "ويستحب" لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أول الوقت رضوان الله وآخره عفو الله»، والعفو يقتضي تقصيراً، وقال في جواب أي العمل أحب إلى الله تعالى: «الصلاة في أول وقتها». (ف)

(١١) قوله: "التعجيل في كل صلاة" بأسباب الصلاة كالطهارة والستر والأذان، كما دخل الوقت، فإنه لا يعد حينئذ مؤخراً، والشغل الخفيف كأكل اللقمة، وكلام كثير لا يمنع إدراكه، ولا يكلف على خلاف العادة،

وما نرويه[١].

والإبراد بالظهر في الصيف، وتقديمه في الشتاء؛ لما روينا[٢]، ولرواية[٣] أنس رض قال: كان رسول الله ﷺ إذا كان في الشتاء بكّر[٤] بالظهر، وإذا كان في الصيف أبرد بها*. وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الصيف والشتاء؛ لما فيه[٥] من تكثير النوافل لكراهتها بعده، والمعتبر تغير القرص، وهو[٦] أن يصير بحال لا تحار[٧] فيه الأعين، هو[٨]

ولو كان متلبسًا بالأسباب بأن كان متوضئا مستور العورة، وأخر بقدر الاشتغال بها كان مدركًا للفضيلة أيضًا، كذا في "شرح الحاوي". (د)

(١٢) قوله: "في كل صلاة" ليس كما ينبغي لما أن الإبراد بالظهر أيضًا مستحب عند الشافعي بشدة الحر في ملك كالحجاز لطالب الجماعة في مسجد يأتي الناس من بعيد إلا أن يقال: الاستغراق يوجب شمول الأفراد، لا شمول الأحوال. (د)

(١٣) قوله: "ما رويناه" يعني من حديث رافع بن خديج، وهو قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر»، وذلك لأنه أمر بذلك، وأقله الندب. (ع)

(١) قوله: "وما نرويه" إشارة إلى قوله: «وإذا كان في الصيف أبرد بها» فإنه يدعى التعجيل في كل صلاة، فكان الإبراد بالظهر حجة عليه. (ن)

(٢) قوله: "لما روينا [قبل هذا الفصل. ع]" من قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم»، فقوله: لما روينا متعلق بقوله: والإبراد بالظهر فقط، وقوله: ولرواية أنس إلخ متعلق بالمسألتين جميعًا. (ع)

(٣) قوله: "ولرواية أنس" قلت: رواه البخاري من حديث خالد بن دينار قال: صلى بنا أميرنا يوم الجمعة، ثم قال لأنس: كيف كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يصلي الظهر، قال: «كان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا اشتد البرد بكر بالصلاة وإذا اشتد الحر أبرد بالصلاة» انتهى.

(٤) تبكير شتاب كردن. (م)

* أخرجه البخاري، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٠٤، ص١٠٥، ونصب الراية ج١ ص٢٤٤ (نعيم).

(٥) قوله: "لما فيه من تكثير النوافل" ولذا كان التعجيل في المغرب أفضل؛ لأن أداء النافلة قبلها مكروه، كما بعد العصر. (ن)

(٦) قوله: "وهو أن يصير إلخ" تكلموا في معرفة تغير القرص، قال بعضهم: إذا قامت الشمس للغروب قدر رمح أو رمحين لم يتغير، وإذا صار أقل من ذلك فقد تغيرت، وقال بعضهم: يوضع طست ماء في صحوة ينظر فيه، فإن كان القرص يبدو للناظر فقد تغيرت، وقال بعضهم: بما ذكر في الكتاب، فكان تفسيره بقوله: هو أن يصير إلخ احتراز عن التفسيرين. (ن)

(٧) قوله: "لا تحار فيه الأعين" من الحيرة والتحير، وقولهم: لا تحار فيه الأعين، أي ذهب ضوءها

الصحيح[١]، والتأخير[٢] إليه مكروه.

ويستحب تعجيل المغرب؛ لأن[٣] تأخيرها مكروه، لما فيه من التشبه باليهود، وقال[٤] عليه السلام: «لا يزال[٥] أمتي بخير[٦] ما عجلوا[٧] المغرب وأخّروا العشاء»*. وتأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل؛ لقوله عليه السلام: «لولا[٨] أن أشق على أمتي لأخرت[٩] العشاء إلى ثلث

بحيث لا يتحير فيه البصر، كذا في "المغرب". (ن)

(٨) الضمير إلى تغير القرص. (نهاية)

(١) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول سفيان الثوري وإبراهيم النخعي: إن المعتبر تغير الضوء الذي يقع في الجدران، قال شمس الأئمة: أخذنا بقول الشعبي: وهو تغير القرص؛ لأن تغير الضوء يحصل بعد الزوال. (عناية)

(٢) قوله: "والتأخير إليه مكروه" قالوا: وأما الفعل فغير مكروها؛ لأنه مأمور بالفعل، ولا يستقيم إثبات الكراهة مع الأمر به. (ع)

(٣) قوله: "لأن تأخيرها مكروه" فيه نظر؛ لأن كل ما يكون تأخيرها مكروهًا لا يلزم أن يكون تعجيلها مستحبا؛ لجواز أن يكون مباحا، ألا يرى أن تأخير العشاء إلى نصف الليل مكروه، ولا يلزم من تركه الاستحباب؛ لأن تأخير العشاء إلى نصف الليل مباح، على ما سيجيء.

والجواب أن التأخير ههنا مكروه؛ لما فيه من التشبه باليهود، وما فيه التشبه باليهود فتركه مستحب؛ لأن الإباحة فيه قد تفضي إلى المسامحة، وما ذكر في "النهاية" وغيرها في جواب السؤال المسطور مبنيا على أمر الضدين، أو النقيضين لا يتمشى، فتأمل. (عناية)

(٤) قوله: "وقال [قلت: غريب. ت]" اعترض على المصنف في تأخير الحديث عن الدليل العقلي، وأجيب بأنه فعل ذلك؛ لأن للحديث دلالة على تأخير العشاء، فكره الفصل بينه وبين المدلول. (ع)

(٥) قوله: "لا يزال" أخرج ابن ماجة عن عباد بن العوام عن عمر بن إبراهيم عن قتادة عن الحسن عن الأحنف بن قيس عن العباس بن عبد المطلب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا تزال أمتي على الفطرة ما لم يؤخروا المغرب حتى يشتبك النجوم»، انتهى (ت)

(٦) قوله: "بخير" وجه التمسك أن الشرع رتب استمرار الخير على تعجيل المغرب، والمباح لا يترتب على فعله خير شرعي. (ع)

(٧) قوله: "ما عجلوا المغرب" ما ههنا توقيت للفعل بمعنى المصدر إلى زمان تعجيلهم للمغرب. (ن)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٠٥، ص١٠٦، ونصب الراية ج١ ص٢٤٦ (نعيم).

(٨) قوله: "لولا أن أشق إلخ" روى الترمذي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم أن يؤخروا العشاء إلى ثلث الليل أو نصفه»، وقال: حسن صحيح.

(٩) قوله: "لأخرت إلخ" فإن قلت: ينبغي أن يكون التأخير سنة كالسواك حيث قال فيه: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل وضوء»، قلت: ثبت سنيته بمواظبة النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم،

الليل»*، ولأن فيه قطع السمر(٢) المنهى(٣) عنه بعده(٤)، ** وقيل: فى الصيف تعجل(٥) كيلا تتقلل الجماعة، والتأخير(٦) إلى نصف الليل مباح؛ لأن دليل الكراهة وهو تقليل(٧) الجماعة عارضه دليل الندب، وهو(٨) قطع السمر بواحد، فيثبت(٩) الإباحة إلى النصف، وإلى النصف

ولولاه لقلنا باستحبابه، ولا مواظبة ههنا. (إله داد)

* أخرجه الترمذى وابن ماجه من حديث أبي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث١٠٦، ص١٠٦، ونصب الراية ج١ ص٢٤٧ (نعيم).

(٢) قوله: "قطع السمر [بفتحتين، بالفارسية: حديث بشب. م]" وقد أجاز العلماء السمر بعده، واستدلوا بحديث أخرجه البخارى ومسلم عن سالم عن ابن عمر قال: صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ذات ليلة صلاة العشاء فى آخر حياته، فلما سلم قال: أرأيتكم ليلتكم هذه، فإن على رأس مائة سنة لا يبقى ممن هو على ظهر الأرض أحد انتهى، وبوب عليه النسائى فى "سننه": باب السمر فى العلم. (ت)

(٣) قوله: "المنهى" على ما روى الستة فى كتبهم أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يكره النوم قبلها، والحديث بعدها، رووه مختصرا ومطولا. (ف)

(٤) قوله: "بعده" والمعنى الفقهى أن يكون اختتام الصحيفة بالعبادة كما جعل ابتداء الصحيفة بها. (ن)

** متفق عليه من حديث أبي برزة، انظرالدراية ج١رقم الحديث١٠٧، ص١٠٧، ونصب الراية ج١ ص٢٤٨ (نعيم).

(٥) قوله: فى الصيف تعجل"، التأخير والتعجيل فى قطع السمر على السواء؛ لأنهم ينامون كما يغيب الشفق؛ لكون الليل قصيرا، وفى التعجيل تكثير الجماعة. (ن)

(٦) قوله: "والتأخير [من الثلث. نهاية]" يعنى فى الصيف والشتاء، وقال فى "النهاية": أى فى الشتاء، وفيه نظر؛ لأنه لو كان كذلك لكان فى الصيف مكروها، وليس كذلك. (ع)

(٧) قوله: "وهو تقليل الجماعة" فإن قلت: لو كان تقليل الجماعة دليل الكراهة وجب أن يكره أداء الفجر فى أول وقته؛ لأن فيه تقليل الجماعة الذى هو دليل الكراهة من غير معارضة دليل الندب، والمسألة بخلافها.

أجيب بمنع عدم المعارضة، بل عارضه قوله تعالى: ﴿وسارعوا إلى مغفرة من ربكم﴾، وقوله تعالى: ﴿فاستبقوا الخيرات﴾، كما ذكره شيخ الإسلام ذكره الش.

وفيه بحث: أما أولا: فلأن المسارعة إلى المغفرة لو كانت دليلا لاستحباب التعجيل لكان دليلا لكراهة التأخير، فتعارض دليل الاستحباب فى الإسفار، وهو تكثير الجماعة، فيجب أن لا يستحب بمعارضته.

وأما ثانيا: فلأن الشارح ذكر فى الجواب عن تعلق الشافعى بنص المسارعة أن المسارعة إلى المغفرة إنما يكون فى المسارعة إلى الشيء الذى هو أفضل عند الله تعالى، وهو تكثير الجماعة، وذلك فى التنوير، ، فكان فى التنوير مسارعة إلى مغفرة، لا فى التغليس، وبهذا يظهر أن نص المسارعة لا يصلح معارضا لدليل الكراهة.

(٨) قوله: "وهو قطع السمر بواحد" بالكلية، دليل الندب هو قطع السمر بالكلية؛ لأن عند ذلك لا يوجد السمر من واحد للناس، فكان قوله: وهو قطع السمر بواحد عبارة عن المبالغة فى قطع السمر؛ لأنه لما انقطع السمر بواحد كان منقطعا باثنين، وما فوقه، فكان هذا نظير ما جاء فى رجل فى اقتضاء العموم، ولوكانت الرواية

الأخير مكروه[١]؛ لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع[٢] السمر قبله.

ويستحب في الوتر لمن يألف صلاة الليل آخر الليل[٣]، فإن لم يثق[٤] بالانتباه أوتر قبل النوم؛ لقوله عليه السلام[٥]: «من خاف أن لا يقوم آخر الليل فليوتر أوله، ومن طمع أن يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل»*.

وإذا كان[٦] يوم غيم[٧] فالمستحب في الفجر والظهر[٨] والمغرب[٩]

وهو قطع السمر بواحدة بالتاء كانت صفة للمرة أي بمرة واحدة أي كانت مفيدة له ظاهراً. (نهاية)

(٩) قوله: "فيثبت الإباحة" فيه نظر؛ لأن المعنى أن التأخير ملزوم لأمرين: مكروه وهو تقليل الجماعة ،ومندوب وهو قطع السمر، وإذا لزم من تحصيل المندوب كقطع السمر ارتكاب مكروه -وهو تقليل الجماعة- ترك على ما عرف في مسائل، فينبغي كون التأخير إلى النصف مطلوب الترك، فلا يكون مباحا؛ لأنه لا ترجيح في أحد طرفي المباح، والله الموفق. (ف)

(١) قوله: "مكروه" لأن دليل الكراهة سالم عن معارضة دليل الندب؛ لأنه ليس ههنا المسارعة إلى العبادة، ولا تكثير الجماعة، ولا قطع السمر. (عناية)

(٢) قوله: وقد انقطع [فلم يوجد دليل الندب. نهاية] السمر قبله" لأن قطع السمر إنما يتحقق لو تصور السمر فيه غالبًا، أو مساويا، كما في الوقتين قبله، وفي النصف الأخير إلى آخر الليل لا يوجد السمر، لا غالباً ولا مساويا، فلا يتحقق قطع السمر حينئذٍ؛ لانعدام السمر قبله. (نهاية)

(٣) قوله: "آخر الليل" روي بالنصب، وتقديره أن يوتر آخر الليل، فيكون ظرفًا، وروي مرفوعا، وهو مفعول أقيم مقام فاعل يستحب، وفي بعض النسخ: ويستحب في الوتر لمن يألف صلاة الليل تأخيرها إلى آخر الليل، وهو ظاهر. (عناية)

(٤) أي لم يعتمد اليقظة بعد النوم.

(٥) قلت: أخرجه مسلم. (ت)

* أخرجه مسلم من حديث جابر، انظرالدراية ج١ رقم الحديث١٠٨، ص١٠٧ ، ونصب الراية ج١ ص٢٤٩ (نعيم).

(٦) قوله: "وإذا كان إلخ" يعني أن ما ذكرنا من الاستحباب إذا كانت السماء مصحية، فأما إذا كانت متغيمة فالضابط العين مع الغين ،يعني كل ما كان في أوله عين كالعصر والعشاء يعجل في الغيم، والباقي يؤخر. (ع)

(٧) بالفتح بالفارسية: ابر. (م)

(٨) قوله: والظهر" لما أن تأخيرها مباح، وإن كان تعجيلها في الشتاء أفضل، والغيم يكون غالبا في الشتاء إلا أنه لو عجل في الغيم لا يؤمن من أن يقع قبل الوقت، وأنه لا يحل، فصار التأخير المباح في الشتاء أولى. (ن)

(٩) قوله: "والمغرب" لأن في التعجيل لا يؤمن من أن يقع قبل الوقت، لأن وقتها قصير، وذلك لا يجوز، والتأخير بالعذر مباح، كما في السفر. (ن)

تأخيرها، وفى العصر والعشاء تعجيلها؛ لأن فى تأخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار[١] المطر، وفى تأخير العصر توهم[٢] الوقوع فى الوقت المكروه، ولا توهم فى الفجر؛ لأن[٣] تلك المدة مديدة، وعن أبى حنيفة رح التأخير فى الكل للاحتياط، ألا ترى أنه يجوز[٤] الأداء بعد الوقت لا قبله.

فصل[٥] فى الأوقات[٦] التى تكره فيها الصلاة

لا تجوز[٧] الصلاة عند طلوع الشمس، ولا عند[٨] قيامها فى

(١) قوله: "على اعتبار المطر" وذلك لأنه لو أخر العشاء يتكاسل الناس فى الخروج إلي المسجد مترخصين بقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا ابتلت النعال فالصلاة فى الرحال»، فكان التعجيل يؤدى إلى تكثير الجماعة، فكان أولى. (نهاية)

(٢) قوله: "توهم الوقوع" وإن كان فيه تقليل النوافل؛ لأن ترك النافلة مباح. (ن)

(٣) قوله: "لأن تلك المدة مديدة" يعنى ما بين التنوير وطلوع الشمس مدة مديدة، فيؤمن من أن يقع الأداء وقت طلوع الشمس. (ع)

(٤) كما فى القضاء.

(٥) قوله: "فصل" لما ذكر الأوقات التى يستحب فيها الصلاة استدعى ذلك ذكر ما يقابله من الأوقات التى يكره فيها الصلاة. (ن)

(٦) قوله: الأوقات التى تكره إلخ" لقب الفصل بما يكره مع أن فيه ذكر ما لا يجوز فيه الصلاة أيضًا، إما باعتبار الغالب، أو باعتبار أن الكراهة أعم من عدم الجواز؛ لأن فى كل ما لا يجوز كانت الكراهية ثابتة أيضًا، كما هى ثابتة فى المكروه، فكانت ثابتة فى الصورتين بخلاف العكس، وهذا التسمية مثل تسمية باب البيع الفاسد فى البيوع، وإن انخرط فيه البيع الباطل والفاسد. (نهاية)

(٧) قوله: لا تجوز إلخ" اعلم أن الفرائض لا تجوز عندنا فى هذه الأوقات، وكذلك النوافل فى بعض الروايات، وعند الشافعى لا يجوز الفرض فى هذه الأوقات فى جميع البلدان، وتجوز النوافل عنده فيها بمكة، فقوله: لا تجوز إن أراد بالصلاة الفرض والنفل جميعًا بجعل الألف واللام للجنس لزمه أن لا يجوز النفل، وإذا لم يجز فإن شرع فيه وأفسده لم يجب عليه قضاءه، ولكن يجب عليه قضاءه، ذكره شمس الأئمة السرخسى فى "أصوله" بلا ذكر خلاف، والتمرتاشى فى "الجامع الصغير" عند أبى حنيفة وأبى يوسف.

وإن أراد به الفرض وحده، وأن النفل جائز مكروه لم يستقم جعل الحديث حجة على الشافعى فى تجويزه بالنوافل، فصاحب "النهاية" جعل اللام للجنس متناولا للفرض والنفل.

وأجاب عن ورود النفل، ووجوب قضاءه بالشروع بأن معنى قوله: لا يجوز فعله شرعًا، فأما لو شرع لزمه، كما تقول: لا يجوز مباشرة البيع الفاسد، أما لو باشره وقبض المبيع ثبت الملك، ويلزم عليه أن يكون عدم الجواز فى الفرض بمعنى، وفى النوافل بمعنى آخر، فإنه يجعله فيها من قبيل النهى يقتضى القبح لمعنى فى غيره يجاوره جمعًا، وذلك يقتضى الكراهة، كما عرف فى أصول الفقه، وغيره جعل اللام لنوع مخصوص، وهو الفرض، وقال: حتى لو صلى النوافل فى الأوقات المكروهة جاز، ويكره ذلك، نقل ذلك عن الكرخى والإسبيجابى.

الظهيرة، ولا عند غروبها؛ لحديث[١] عقبة بن عامر رضـ قال: "ثلاثة أوقات نهانا رسول الله عليه السلام أن نصلى، وأن نقبر فيها موتانا، عند[٢] طلوع الشمس حتى ترتفع[٣]، وعند زوالها حتى تزول، وحين تضيف[٤] للغروب حتى تغرب[٥]"*، والمراد بقوله: وأن نقبر، صلاة الجنازة؛ لأن الدفن غير مكروه[٦]. والحديث بإطلاقه حجة على الشافعى رحـ فى

ويلزمه أن لا يستقيم جعل الحديث حجة على الشافعى لما ذكرنا آنفًا، لا يقال: المراد بقول المصنف: لا تجوز الصلاة، الفرض، والحجة على الشافعى الحديث، فإن صاحب النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: "نهانا أن نصلى" والمراد بالصلاة الفرض والنفل جميعًا"، والدليل يجوز أن يكون أعم من المدلول؛ لأنا نقول: إن كان المراد بالنهى عدم الجواز فى النفل والفرض جميعًا، لزم عليه ما نقل عن الكرخى، والإسبيجابى.

وإن كان الجواز مع الكراهة فيهما لم يكن الحديث حجة لنا على الشافعى، إلا إذا ثبت أن أصحابنا يقولون بالجواز مع الكراهة فيهما، وهو يقول: بالجواز بلا كراهة، ولم أطلع على ذلك فى ما وجدته من الكتب، وإن كان عدم الجواز فى الفرض، والجواز مع الكراهة فى النفل، لزم اختلاف معنيى اللفظ الواحد مرادين، لا على سبيل الكناية، وهو غير جائز.

وأرى أن المراد عدم الجواز فى الفرض والنفل على بعض الروايات، كما ذكرنا، ولا يلزمه ما نقل عن الكرخى والإسبيجابى؛ لأنه اختار خلافه والله أعلم. (ع)

(٨) قوله: "عند قيامها فى الظهيرة [بالفارسية: نيم روز گرم. م]" أى وقت وقوف الشمس فى نصف النهار. (مج)

(١) قلت: رواه الجماعة إلا البخارى.

(٢) قوله: "عند" بدل من الأوقات أى وقت طلوع الشمس حتى ترفع أى ارتفاع الشمس. (عبد)

(٣) قوله: "حتى ترتفع" اختلف العلماء فى الارتفاع قيل: إذا ارتفع الشمس قدر رمح أو رمحين، وقال الفضيلى: ما دام الإنسان يقدر على النظر إلى قرص الشمس، فالشمس فى الطلوع لا تصح الصلاة. (عناية)

(٤) أصله تتضيّف بالتائين، فحذف أحدهما، يقال: ضافت الشمس إذا مالت للغروب. (ن)

(٥) قوله: "حتى تغرب" قيل التخصيص بالثلاثة يفيد الانحصار، وقد ذكر الأصحاب غيرها من الأوقات ما يكره فيها الصلاة، وذلك يستلزم إبطال العدد المنصوص عليه شرعًا.

وأجيب بأن غيرها ليس فى معناها؛ لأنه يجوز فيها صلاة الجنازة، وسجدة التلاوة، وقضاء الفوائت فيها بخلاف الثلاثة المذكورة، وإذا كان المعنى مختلفًا لا يلزم الإبطال، بل يكون كل واحد منهما ثابتًا بدليل على حدة، فالثلاثة المذكورة، فثبتت بحديث عقبة بن عامر، وغيرها ثبت من قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب»، وقس عليه. (عناية)

* أخرجه مسلم والأربعة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٠٩، ص١٠٧، ونصب الراية ج١ ص٢٤٩ (نعيم).

(٦) قوله: "غير مكروه" أى بالإجماع نص على ذلك الشيخ أبو حامد، وصاحب "الحاوى"، والشيخ نصير، ذكره النووى فى كتاب الجنائز. (د)

تخصيص[١] الفرائض وبمكة[٢]، وحجة على أبي يوسف رح في إباحة[٣] النفل يوم الجمعة وقت الزوال.

قال: و لا صلاة جنازة[٤]؛ لما روينا[٥]، ولا سجدة تلاوة؛ لأنها[٦] في معنى الصلاة إلا عصر[٧] يومه عند[٨] الغروب؛ لأن السبب

---

(١) قوله: "تخصيص الفرائض" قلت: عبارة الكتاب مع اختلاف النسخ لا يفي مذهب الشافعي، إنما الوافي به ما ذكره شارح "الحاوي" حيث قال: إن كل صلاة لها سبب متقدم أو مقارن، فإنها لا تكره في هذه الأوقات، فمنها الفوائت؛ لعموم قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلّها إذا ذكرها»، وسواء في ذلك قضاء الفوائت والسنن والنوافل التي اتخذها وردا.

ومنها: صلاة الجنازة قال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «يا علي! لا تؤخر أربعًا»، وذكر منها الجنازة إذا حضرت.

ومنها: تحية المسجد إذا اتفق دخوله في هذه الأوقات بغرض غير التحية من انتظار صلاة وغيره؛ لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا دخل المسجد أحدكم فلا يجلس حتى يصلي ركعتين»، أما إذا دخل المسجد لغرض التحية فيكره ،كما لو أخر الفائتة ليقضيها فيها؛ لكونه متحريا بالصلاة، وقد روى: «لا تتحروا لصلاتكم طلوع الشمس ولا غروبها».

ومنها: صلاة الاستسقاء؛ لأن الحاجة الداعية موجودة في الوقت.

ومنها: صلاة الخسوف إذ ربما يفوت بالانجلاء على تقدير التأخير.

ومنها: الركعتان بعد الظهر، وسجود الشكر، وسجود التلاوة، وإنما يكره في هذه الأوقات صلاة لا سبب لها إلا في حرم مكة؛ لما روى عن أبي ذر أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «لا صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس ولا بعد الصبح حتى تطلع إلا في مكة»، والمعنى شرف البقعة وزيادة فضيلة الصلاة فيها، ولا يختص عدم الكراهة بمسجد الحرام؛ لأن الدليل يشمل كل الحرم للاستواء في الفضيلة. (إله داد)

(٢) قوله: "وبمكة" الصحيح من الرواية أن يذكر الفرائض، ومكة بدون الواو ليكون تعميم جواز الفرائض في جميع الأمكنة، وتعميم جواز الصلاة كلها من الفرائض والنوافل في مكة، وذلك أن يستفاد بالذي ذكرته، وهو أيضاً بخط شيخي. (ن)

(٣) قوله: "في إباحة النفل إلخ" لحديث أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم «نهى عن الصلاة في نصف النهار إلا يوم الجمعة»، وأجيب بأن الاستثناء منقطع. (عناية)

(٤) معطوف على أول الكلام. (ع)

(٥) أي وأن نقبر فيها موتانا.

(٦) قوله: "لأنها في معنى الصلاة" فكانت داخلة تحت النهي. (ن)

(٧) قوله: "إلا عصر يومه" استثناء من قوله: ولا عند غروبها. (ع)

(٨) قوله: "عند الغروب" قد سبق أن سبب وجوب الصلاة أوقاتها، ولكن لا يمكن أن يكون كل الوقت سببا؛ لأنه لو كان كله سببا لوقع الأداء بعده؛ لوجوب تقديم السبب على المسبب بجميع أجزاءه، فلا يكون أداء، وليس دليل يدل على قدر منه كالربع والخمس أو غيرهما، فوجب أن يجعل بعض منه سببًا، وأقل ما يصلح

هو الجزء القائم من الوقت(١)؛ لأنه لو تعلق بالكل(٢) لوجب الأداء بعده، ولو تعلق بالجزء الماضى، فالمؤدى فى آخر الوقت قاضٍ(٣)، وإذا كان كذلك فقد أداها كما وجبت، بخلاف غيرها من الصلوات؛ لأنها وجبت كاملة، فلا تتأدّى بالناقص. قال رض(٤): والمراد بالنفى(٥) المذكور فى

لذلك الجزء الذى لا يتجزأ، والجزء السابق لعدم المزاحمة أولى.

فإن اتصل به الأداء تعين لحصول المقصود، وهو الأداء، وإن لم يتصل انتقل إلى الجزء الذى يليه ثم وثم إلى أن يضيق الوقت، ولم يتقرر على الجزء الماضى؛ لأنه لو تقرر كان الصلاة فى آخر الوقت قضاء، وليس كذلك لما نذكر، فكان الجزء الذى يلى الأداء هو السبب، أو الجزء المضيق إذا ضاق الوقت، أو كل الوقت إن لم يقع الأداء فيه؛ لأن الانتقال من الكل إلى الجزء كان لضرورة وقوع الأداء خارج الوقت على تقدير سببية الكل، وقد زالت، فيعود كل الوقت سببًا.

ثم الجزء الذى يتعين سببًا يعتبر صفته من الصحة والفساد، فإن كان صحيحًا بأن لا يكون موصوفا بالكراهة، ولا منسوبًا إلى الشيطان كالظهر مثلا وجب المسبب كاملا، فلا يتأدى ناقصًا، وإن كان فاسدًا أى ناقصًا كالعصر يستأنف وقت احمرار الشمس وجب الفرض فيه ناقصًا، فيجوز أن يتأدى ناقصًا؛ لأنه أداه كما وجب بخلاف غيرها من الصلوات. (ع)

(١) أى من الوقت الذى يلى الشروع. (كفاية)

(٢) لأن السببية لما تعلقت بالكل، فما لم يوجد الكل لا يحصل السبب. (ك)

(٣) قوله: "ولو تعلق بالجزء الماضى فالمؤدى فى آخر الوقت قاضٍ" يرد ههنا إيرادان: الأول: على قوله: لأن السبب إلخ، وتقريره أن السبب إما الكل عند خروجه، أو الجزء الذى يلى الأداء، أوالجزء المضيق على ما علم فى موضعه، فالحصر باطل.

وأجاب عنه شيخ صاحب "العناية" بأن كلامه فيمن أخر العصر إلى الغروب، ولا شك أن السبب فى حقه هو الجزء القائم المعبر بالجزء المضيق انتهى.وبالجملة الحصر ليس بحقيقى، والثانى: على قوله: فالمؤدى إلخ ومنشأه أن قاضٍ اسم فاعل من القضاء مقابل الأداء، تحريره أن صلاة آخر الوقت أداء فى الوقت، لا قضاء، وأيضا ينافيه قوله: فا لمؤدى.

أقول بعناية العزيز جل جلاله: إن القضاء قد يكون بمعنى الأداء، وهو المراد ههنا، ويؤيده قوله: فالمؤدى، فصحت العبارة، ومن ههنا اندفع ما يقال: إن تقرير المصنف يقتضى أن يصح قضاء عصر أمس فى وقت الغروب، وليس كذالك فافهم.

فإن قلت: ينبغى أن يصح عصر أمس عند غروب اليوم؛ لأن سببه ناقص، وهو آخر وقت عصر أمس، فيتأدى بالناقص. قلت: لا نسلم أن وقته آخر الوقت بل سببه الكل، فإن قلت: لا يندفع الشبهة إذا الكل أيضا ناقص؛ إذ نقصان الجزء يوجب فساد الكل، قلت: هب لكن غلب ههنا الأكثر على الأندر، فجعل الكل كالصحيح غير الناقص والله أعلم. (مولوى محمد عبد الحى رح)

(٤) أى المصنف.

(٥) بقوله: ولا صلاة جنازة إلخ، يعنى به نفى عدم الجواز. (عناية)

صلاة[١] الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة[٢]، حتى لو صلاها فيه، أو تلا سجدة فيه، وسجدها جاز؛ لأنها أديت ناقصة كما وجبت؛ إذ الوجوب بحضور الجنازة، والتلاوة.

ويكره أن يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تغرب؛ لما روى[٣] أنه عليه السلام نهى[٤] عن ذلك*، ولا بأس بأن يصلى فى هذين[٥] الوقتين الفوائت، ويسجد للتلاوة، ويصلى على الجنازة؛ لأن[٦] الكراهة كانت لحق الفرض؛ ليصير الوقت كالمشغول به، لا

---

(١) قوله: "فى صلاة الجنازة" بخلاف الفرائض فى هذه الأوقات الثلاثة إلا عصر يومه، فإن قوله: لا تجوز الصلاة إلخ مجرى على حقيقته. (ن)

(٢) قوله: "الكراهة" إن قلت: فعلى هذا يكون" لا يجوز" مستعملا فى عدم الجواز بالنسبة إلى الفرائض، وفى الكراهة بالنسبة إلى صلاة الجنازة، وسجدة التلاوة، وهو الجمع بين الحقيقة والمجاز، قلت: يقدر الفعل فى المعطوف بمعنى الكراهة. (عناية)

(٣) رواه الأئمة الستة فى كتبهم عن ابن عباس. (ت)

(٤) قوله: "نهى عن ذلك" واستشكل بأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم غيّا الكراهة إلى الطلوع والغروب، وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها، وههنا ليس كذلك؛ لأنها ثابتة بعد الطلوع إلى ارتفاعها، وبعد الغروب إلى أداء المغرب.

والجواب أنه يثبت بمفهوم الغاية، وهو ليس بلازم على أن المخالفة ثابتة؛ إذ الكراهة بعد الطلوع والغروب بمعنى آخر. (ع)

* متفق عليه من حديث ابن عباس، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٠٩، ص١٠٧، ونصب الراية ج١ ص٢٥٢ (نعيم).

(٥) قوله: "هذين الوقتين [يعنى بعد العصر والفجر. عناية] إلخ" فإن قلت: كم من كراهة تثبت فى حق الفرائض، دون النوافل كتكرار السورة فى ركعة واحدة، والاعتماد على حائط، أو أسطوانة من غير عذر، والتربع لا على وجه التكبر، وهو على وفاق القياس، وههنا انقلب الأمر، فما وجهه ؟، قلت: وجهه ما ذكر فى الكتاب بقوله: لأن الكراهة إلخ. (ن)

(٦) قوله: "لأن الكراهة" تفسيره هو أن الفوائت فى الأوقات الثلاثة إنما لا تجوز لمعنى فى الأوقات، وهو أن الشمس إذا طلعت ومعها قرن الشيطان، فإذا ارتفعت فارقها، فإذا زالت فارقها، فإذا دنت للغروب قارنها، فإذا غربت فارقها، فلذلك أثر فى النقصان المتمكن فى الوقت فى حق الفرائض والنوافل.

وأما النهى الوارد فى هذين الوقتين، فلم يكن لمعنى اتصل بالوقت، وإنما نهى عن صلاة النفل؛ لإقامة ما هو أولى من النفل، وهو مراعاة الوقت مشغولا بالفرض بما بقى من الوقت كأنه فى الصلاة بعد، ومراعات جعل الوقت مشغولا بالفرض أولى من إقامة النفل، فإذا صرفه فى النفل، وهو دون الفرض كره له، فأما الوقت فخال

لمعنًى[١] فى الوقت، فلم تظهر فى حق الفرائض، وفيما وجب[٢] لعينه كسجدة التلاوة، وظهر[٣] فى حق المنذور؛ لأنه[٤] تعلق وجوبه بسبب من جهته، وفى حق ركعتى الطواف، وفى الذى[٥] شرع فيه ثم أفسده؛ لأن الوجوب[٦] لغيره، وهو ختم الطواف[٧]، وصيانة المؤدّى[٨] عن البطلان.

ويكره أن يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر[٩] من ركعتى الفجر؛ لأنه عليه

عن ما يوجب النقصان، فلما أدى القضاء فى هذين الوقتين، فقد صرفه إلى مقتضاه، فيجوز، ألا ترى أنه لو نوى فرض الوقت فيهما جاز، فكذا سائر الفرائض، هذا حاصل ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله. (ن)

(١) تأكيد لقوله: لحق الفرض. (عناية)

(٢) قوله: "وفيما وجب لعينه" المراد بما وجب لعينه ما لم يتعلق وجوبه بعارض بعد أن كان نفلا كالمنذور، وسواء كان مقصوداً بنفسه أو لغيره، كمخالفة الكفار وموافقة الأبرار فى سجدة التلاوة، وقضاء حق الميت فى الجنازة. (ف)

(٣) قوله: "وظهر فى حق المنذور" وعن أبى يوسف رحمه الله لا يكره المنذور؛ إذ لا أثر لإيجاب العبد، كما لا أثر لتلاوته فى إثبات الكراهة فى السجدة، وقد يقال: وجوب السجدة فى التحقيق متعلق بالسماع، لا بالاستماع، ولا التلاوة، وذلك ليس فعلا من المكلف، بل وصف خلقى فيه بخلاف النذر والطواف، والمشروع فيه، ولولاه لكانت الصلاة نفلا. (ف)

(٤) قوله: "لأنه تعلق إلخ" يعنى لما كان وجوب المنذور بسبب من جهة الناذر، لا من جهة الشرع جعل كالتطوع المبتدأ، فيؤثر فى المنذور أيضاً؛ لأنه مثل التطوع المبتدأ من حيث إن كلا منهما من جهة العباد بخلاف صلاة الجنازة، وسجدة التلاوة. (نهاية)

(٥) قوله: "وفى الذى شرع فيه [أى التطوع]" ثم أفسده، وعن الشيخ محمد بن الفضل: رجل جاء إلى الإمام، وخاف لو اشتغل بالسنة أن يفوته الفجر بالجماعة يترك السنة، ويقضيها بعد ما طلعت الشمس عند محمد رحمه الله وإن أراد أن يقضيها قبله يشرع فى السنة، ثم يفسدها، فإذا فرغ من الفرائض يقضيها قبل الطلوع، ولا يكره؛ لأنها صارت ديناً عليه كمن شرع فى التطوع، ثم أفسدها، ثم قضاها، وإذاً لا يكره، كذا ههنا.

وعن المشايخ من قال فى هذه الحيلة أمر بفساد العمل، وقد قال الله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾، فالأحسن أن يشرع فى السنة، ثم يكبر للفريضة، فيخرج بهذا التكبير من السنة، ويصير شارعا فى الفريضة، ولا يصير مفسدا للعمل، بل مجاوزاً من عمل إلى عمل، كذا فى "شرح الأوراد"، وأنه على خلاف المتن. (د)

(٦) قوله: "لأن الوجوب لغيره" فإن قيل: ركعتا الطواف واجب عندنا، على ما سيجيء فى كتاب الحج، فوجوبه من جهة الشرع بعد الطواف كوجوب سجدة التلاوة، فإن وجوبها بالتلاوة، وهى فعله، فالجواب عنه ما أشرنا إليه أن السجدة قد تجب بتلاوة غيره إذا سمعه من غير قصد، ولا كذلك ركعتا الطواف، فافترقا. (ع)

(٧) بفعله. (ع)

(٨) فيما إذا شرع ثم أفسد.

(٩) قوله: "بأكثر من ركعتى الفجر" قال شيخ الإسلام: والنهى فيه عما سوى ركعتى الفجر لحق ركعتى الفجر، حتى لو نوى تطوعا، كان عن ركعتى الفجر، فقد منع عن تطوع آخر دونه ليبقى جميع الوقت كالمشغول

السلام لم يزد(١) عليهما مع حرصه(٢) على الصلاة*.

ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض؛ لما فيه من تأخير المغرب، ولا إذا خرج الإمام للخطبة يوم الجمعة(٣) إلى أن يفرغ من خطبته؛ لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة.

باب(٤) الأذان

الأذان(٥) سنة(٦) للصلوات الخمس(٧)، والجمعة(٨) لا سواها(٩)؛

بركعتي الفجر مراعاة لحقه، ولكن الفرض الآخر فوقه، فجاز أن يصرف الأوقات إليه بخلاف الأوقات الثلاثة. (نهاية)

(١) قوله: "لم يزد عليهما" قلت: روى البخاري ومسلم، واللفظ له من حديث عبد الله بن عمر عن أخته حفصة قالت: «كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا طلع الفجر لا يصلى إلا ركعتين خفيفتين»، انتهى. (ف)

(٢) قوله: "مع حرصه على الصلاة" يعنى أن الترك مع الحرص دليل الكراهة. (ع)

* متفق عليه من حديث حفصة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١١١، ص١١٠، ونصب الراية ج١ ص٢٥٥ (نعيم).

(٣) قوله: "يوم الجمعة" أقول: لو حذف المصنف هذه الكلمة لكانت العبارة أخصر وأشمل؛ لشمولها خطبة العيدين، والاستسقاء، وصلاة الكسوف والخسوف. (مولوى محمد عبد الحى رح)

(٤) قوله: "باب" لما ذكر أوقات الصلاة التي هى أسباب وجوب الصلاة، وهى فى الحقيقة أعلام للوجوب؛ لما أن الوجوب فى الحقيقة مضاف إلى الله تعالى، ولكن ذلك غيب عنا، فأقام الله تعالى برأفته الكاملة ورحمته الشاملة الأسباب الظاهرة أعلاما على إيجابه، ذكر الأذان الذى هو إعلام لتلك الأعلام، فتناسبا من حيث الإعلام، وقدم ذكر الأوقات على ذكر الأذان؛ لأن فى الأوقات معنى السببية فى حق العباد، والسبب مقدم على العلامة لقوته. (نهاية)

(٥) قوله: "الأذان إلخ" هو لغةً: إعلام، وشرعًا: إعلام دخول وقت الصلاة على وجه مخصوص، ويطلق على الألفاظ المخصوصة، والترتيب بينها مسنون، فلو غير الترتيب كانت الإعادة أفضل، وسببه ابتداء أذان ملك ليلة الإسراء وإقامته حين صلى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم إمامًا بالملائكة، وأرواح الأنبياء.
والأشهر أن السبب رؤيا من الصحابة فى ليلة واحدة، وهو مشهور نزول جبريل على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ولا منافاة بين هذه الأسباب؛ لإمكان ثبوته بمجموعها. (مج)

(٦) قوله: "سنة [مؤكدة. ع]" هو قول عامة الفقهاء، وكذا لإقامة، وقال بعض مشايخنا: واجب؛ لقول محمد: لو اجتمع أهل بلدة على تركه قاتلناهم عليه، وأجيب بأن القتال إنما يلزم للاجتماع على تركه باستخفافهم بالدين.

(٧) للرجال. (مج)

للنقل[١] المتواتر، وصفة[٢] الأذان معروفة، وهو كما[٣] أذّن الملك[٤] النازل من السماء*، ولا ترجيع[٥] فيه، وهو أن يُرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما، وقال الشافعي رحمه الله[٦] فيه[٧] ذلك[٨]؛

---

(٨) قوله: "والجمعة" ذكر الجمعة لدفع وهم من توهم أن الأذان لها كصلاة العيدين بجامع أن كليهما يتعلقان بالإمام والمصر، وإلا فهو داخل في الخمس. (عناية)

(٩) قوله: "لا سواها" فلا يؤذن لصلاة العيدين، وصلاة الكسوف. (ف)

(١) قوله: للنقل المتواتر" الظاهر أنه متعلق بكلا المطلوبين، أما سنية الأذان للصلوات الخمس، فقد تواتر من زمان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلى الآن سنيته، وأعمال الصحابة به، وأذان النفس النفيس صلى الله عليه وعلى آله وسلم وإن اختلف فيه، لكن عملته الصحابة رضي الله عنهم بحضرته، وبعد وفاته صلى الله عليه وعلى آله وسلم به، فكانت سنة تقريرية وأمرية، لا فعلية.
وأما عدم سنيته لباقي الصلوات، فقد روي في الأحاديث وقوع الكسوف زمن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وصلاة العيدين والجنازة بلا أذان وإقامة والله أعلم. (مولوي محمد عبد الحي رح)

(٢) أي كيفية.

(٣) قوله: وهو كما أذن إلخ" قلت: رواه أبو داود في "سننه" من طريق محمد بن إسحاق: حدثني محمد بن إبراهيم التيمي عن محمد بن عبد الله بن زيد بن عبد ربه حدثني أبي عبد الله بن زيد قال: لما أمر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بالناقوس يعمل به؛ ليضرب به للناس لجمع الصلاة طاف بي وأنا نائم رجل يحمل ناقوساً في يده، فقلت: يا عبد الله! أ تبيع الناقوس، وقال: وما تصنع به، فقلت: ندعو به إلى الصلاة، قال: أفلا أدلك على ما هو خير من ذلك، قلت: بلى، قال: فقل: الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمدا رسول الله، أشهد أن محمدا رسول الله، حي على الصلاة، حي على الصلاة، حي على الفلاح، حي على الفلاح، الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله، ثم استأخر عني غير بعيد، ثم قال: ثم قل إذا أقيمت الصلاة: الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمدا رسول الله أشهد أن محمدا رسول الله، حي على الصلاة حي على الصلاة، حي على الفلاح حي على الفلاح، قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة، الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله.
قال: فلما أصبحت أتيت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فأخبرته بما رأيت، فقال: إنها لرؤيا حق إن شاء الله تعالى، فقم مع بلال، فألقِ عليه ما رأيت، فليؤذن به، فإنه أندى صوتا منك، فقمت مع بلال، فجعلت ألقي إليه، ويؤذن، قال: وسمع عمر ذلك وهو في بيته، فجعل يجر رداءه، ويقول: والذي بعثك بالحق لقد رأيت مثل ما رأى، فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: فلله الحمد. (ت)

(٤) الأظهر أنه جبريل. (عيني)

* أخرجه أبوداود، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١١٢، ص١١٠، ونصب الراية ج١ ص٢٥٩ (نعيم).

(٥) قوله: "ولا ترجيع فيه" الترجيع أن يأتي الشهادتين مرتين مرتين بصوت خفض، ثم يمد صوته، فيأتي بكل منهما مرتين أخريين بالصوت الذي افتتح الأذان به. (د)

(٦) وعنده لو تركه لا يضر البتة.

لحديث(١) أبي محذورة: أن النبي عليه السلام أمره(٢) بالترجيع*، ولنا(٣) أنه(٤) لا ترجيع في المشاهير(٥)، وكان(٦) ما رواه تعليما، فظنه ترجيعا.

---

(٧) الأذان.

(٨) أي الترجيع.(ع)

(١) قوله: "لحديث [رواه الجماعة إلا البخاري. ت] أبي محذورة أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم" علمه الأذان الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمدا رسول الله أشهد أن محمداً رسول الله، ثم يعود، فيقول: أشهد أن لا إله إلا الله مرتين، أشهد أن محمدا رسول الله مرتين، حي على الصلاة [الحديث] رواه مسلم هكذا، والتكبير في أوله مرتان، وبه استدل مالك رح، ورواه أبو داود والنسائي، والتكبير في أوله أربعا، وإسناده صحيح. (ف)

(٢) قوله: "أمره بالترجيع" احتج الشافعي بحديث أبي محذورة، وبالقياس على التكبير، فكما أن يأتي بلفظة التكبير أربع مرات، فكذا بكلمة الشهادتين. (نهاية)

* أخرجه مسلم والأربعة، انظرالدراية ج١رقم الحديث١١٣، ص١١٢، ونصب الراية ج١ ص٢٦٣ (نعيم).

(٣) قوله: "ولنا إلخ" وأما التكبير فهو دليلنا، فإن ذكر التكبير مرتين لما كان بصوت واحد، فهو ككلمة واحدة. (نهاية)

(٤) قوله: "أنه لا ترجيع" ولأن المقصود من الأذان «حي على الصلاة حي على الصلاة»، ولا ترجيع في هاتين الكلمتين فيما سواهما أولى. (ن)

(٥) قوله: "في المشاهير" فيه أحاديث: منها حديث عبد الله بن زيد بن عبد ربه بجميع طرقه، ومنها ما رواه أبو داود عن ابن عمر قال: إنما كان الأذان على عهد رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم مرتين مرتين، والإقامة مرة مرة، الحديث. (ف)

(٦) قوله: "وكان ما رواه [فيه نظر] إلخ" قال الطحاوي في "شرح الآثار": يحتمل أن الترجيع إنما كان؛ لأن أبا محذورة لم يمد بذلك صوته، كما أراده النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فقال له النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ارجع فامدد من صوتك»، وهذا قريب بما قاله صاحب الكتاب.

وقال ابن الجوزي في التحقيق: إن أبا محذورة كان كافرا قبل أن يسلم، فلما أسلم ولقنه النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم الأذان أعاد عليه الشهادة، وكررها ليثبت عنده، ويحفظها، ويكررها على أصحابه المشركين، فإنهم كانوا ينفرون منها، فلما كررها عليه ظنها من الأذان، فعده تسع عشرة كلمة، وأيضا فأذان أبي محذورة عليه أهل مكة، وما ذهبنا إليه عليه أهل مدينة، والعمل على المتأخر من الأمور.

وهذه الأقوال الثلاثة متقاربة المعنى، ويردها لفظ أبي داود، وقلت: يا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم! علمني سنة الأذان، وفيه: «ثم تقول: أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمداً رسول الله تخفض بها صوتك، ثم ترفع بها صوتك»، فجعله من سنته، وهو كذلك في صحيح ابن حبان، ومسند أحمد بن حنبل، لكنه معارض بما أخرجه الطبراني عن أبي محذورة، وليس فيه ترجيع. (ت)

ويزيد(١) في أذان الفجر بعد الفلاح "الصلاة خير من النوم" مرتين؛ لأن(٢) بلالا رض قال: "الصلاة خير من النوم"، حين وجد النبي عليه السلام راقدا، فقال عليه السلام: «ما أحسن(٣) هذا يا بلال! اجعله في أذانك»*، وخص الفجر به؛ لأنه وقت نوم وغفلة، والإقامة مثل الأذان إلا أنه يزيد فيها بعد الفلاح "قد قامت الصلاة" مرتين، هكذا فعل(٤) الملك النازل من السماء** وهو المشهور، ثم هو حجة(٥) على الشافعي رح(٦) في قوله: إنها(٧) فرادى فرادى إلا قوله: "قد قامت الصلاة".

ويترسّل(٨) في الأذان، ويحدر(٩) في الإقامة؛ لقوله عليه

---

(١) قوله: "ويزيد" وهذه الزيادة مستحبة بالنص، وأما زيادة "حي على خير العمل" مكروهة تحريما، صرح به في "البحر الرائق"؛ إذ لا أثر لها في الأحاديث والآثار إلا ما شذ، وقد صنفت في هذه المسألة رسالة سميتها بـ"الرد الأكمل على المؤذن بحي على خير العمل"، ثم أدرجتها في التحقيق العجيب. (محمد عبد الحي رح)

(٢) قوله: "لأن بلالا إلخ" وروى عن الإمام أن قوله: «الصلاة خير من النوم» بعد الأذان، لا فيه. (مج)

(٣) من ههنا يعلم أن هذه الزيادة مستحبة، كذا في "البحر الرائق".

* أخرجه البيهقي وأحمد وابن ماجه، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١١٤، ص١١٣، ونصب الراية ج١ ص٢٦٤ (نعيم).

(٤) قوله: "هكذا فعل الملك إلخ" قلت: رواه أبو داود في "سننه" من حديث المسعودي عن عمرو بن مرة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن معاذ بن جبل قال: "أحيلت الصلاة ثلاثة أحوال، وأحيل الصيام ثلاثة أحوال"، إلى أن قال: "فجاء عبد الله بن زيد -رجل من الأنصار-، وقال فيه: فاستقبل القبلة يعني الملك، وقال: الله أكبر الله أكبر إلخ، ثم أمهل ثم أقام، فقال مثلها إلا أنه زاد بعد ما قال: حي على الفلاح: "قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة"، قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: لقنها بلالا، فأذن بها بلال" انتهى مختصراً. (ت)

** أخرجه أبو داود من حديث معاذ، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١١٥، ص١١٤، ونصب الراية ج١ ص٢٦٦ (نعيم).

(٥) قوله: "هو حجة على الشافعي" له حديث أنس، فإنه قال: أمر بلال أن يشفع الأذان، ويوتر الإقامة، فإن قلت: لما تعارض الخبران وجب بأن يؤخذ بالأقل المتيقن، أجيب بأن ما رويناه مشهور، فلا يعارض بما رواه واحد. (إله داد)

(٦) **فإنه يقول: يشفع الأذان**، ويوتر الإقامة. (عناية)

(٧) **قيل: أول من أفرد الإقامة** معاوية رض.

(٨) قوله: "ويترسل إلخ" بيان للسنن التي في الأذان، وهي نوعان: ما يرجع إلى نفس الأذان، وما يرجع

السلام[1]: «إذا أذنتَ فترسَّل وإذا أقمتَ فاحدُر»*، وهذا[2] بيان الاستحباب، ويستقبل[3] بهما القبلة؛ لأن النازل من السماء أذّن[4] مستقبل القبلة**، ولو ترك الاستقبال جاز؛ لحصول المقصود، ويكره لمخالفة السنة.

ويحوّل[5] وجهه[6] للصلاة والفلاح يمنة ويسرة[7]؛ لأنه خطاب للقوم فيواجههم[8]، وإن استدار في صومعته[9]، فحسن، ومراده[10] إذا

إلى صفات المؤذن. (عناية)

(٩) قوله: "ويحدر [من باب نصر ينصر. النهر الفائق]" الترسل في الأذان: هو أن يفصل بين كلمتين بسكتة، والحدر: أن لا يفصل. (ف)

(١) قلت: أخرجه الترمذي. (ت)

* أخرجه الترمذي، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١١٦، ص١١٦، ونصب الراية ج١ ص٢٧٥ (نعيم).

(٢) قوله: "وهذا بيان الاستحباب" لو ترسل في الإقامة قيل: يكره لمخالفة السنة، وقيل في ما ذكر في المتن: يشير إلى عدم الكراهة. (ف)

(٣) إلا في الحيعلتين. (عناية)

(٤) قلت: تقدم عن أبي داود. (ت)

** أخرجه الإمام إسحق بن راهويه في مسنده، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١١٧، ص١١٦، ونصب الراية ج١ ص٢٧٤ (نعيم).

(٥) وقال الحلواني: إذا أذن لنفسه لا يحول، والصحيح أنه يحول. (مج)

(٦) لا صدره. (مج)

(٧) قوله: "يمنة [بالفتح طرف دست راست] ويسرة [بالفتح طرف دست چپ. م]" ثم قيل: يلتفت يمنة للصلاة ويسرة للفلاح، وقيل: يمنة ويسرة لكل منهما، واختار بعضهم الأول والثاني أوجه. (ف)

(٨) قوله: "فيواجههم" ويقع لمن خلفه إعلام بذلك الالتفات مع ثبات القدمين، فلا حاجة إلى ارتكاب مكروه باستدبار القبلة اللازم من مواجهتهم. (ف)

(٩) قوله: "في صومعته [بالفتح: عبادت خانه]" قال في "البحر": الصومعة: المنارة وهي في الأصل متعبد الراهب، ذكره العيني انتهى.

قلت: هذا ذكره العيني في "شرح الكنز"، وقال في "شرح الهداية": الصومعة: هي الموضع العالي على رأس المأذنة، يقف فيها المؤذن يؤذن، وفي الأصل للنصارى، والواو فيه زائدة، والشيء الدقيق المحدد الرأس يسمى مصمعا، ومنه الصومعة؛ لأنها دقيقة الرأس انتهى.

ويفهم من ههنا أن الأذان على موضع عالٍ مستحب، وقد صرح به في "القنية"، وذكر أن في المغرب اختلاف المشايخ، واستظهر صاحب "البحر" استحبابه فيه أيضاً، وقد بسطنا الكلام في هذا المقام في "سباحة

لمْ يستطع (١) تحوّل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة*، بأن(٢) كانت الصومعة(٣) متسعة، فأما من غير حاجة فلا.

الفكر في الجهر بالذكر".

وهذا الاستحباب مأخوذ مما رواه أبو داود عن عروة بن الزبير عن امرأة من بني النجار "قالت: كان بيتي أطول بيت حول المسجد، فكان بلال يؤذن عليه للفجر، فيأتي بسحر، فيجلس على البيت ينظر إلى الفجر، فإذا رآه تمطى، قال: اللهم إني أحمدك وأستعينك على قريش أن يقيموا دينك، قالت: ثم يؤذن، قالت: والله ما علمته كان تركها ليلة واحدة هذه الكلمات".

وفي الفصل السابع عشر من الباب الرابع من "وفاء الوفاء بأخباردار المصطفى": يظهر من سياق ما تقدم أن أول جعل المنارات في المسجد كان في زيادة الوليد في المسجد النبوي، ويشهد لذلك ما رواه ابن إسحاق وأبو داود والبيهقي أن امرأة من بني النجار "قالت: كان بيتي أطول بيت حول المسجد، وكان بلال يؤذن عليه كل غداة" الحديث.

وروى ابن عمرو عن أبي بردة الأسلمي قال: من السنة الأذان في المنارة، والإقامة في المسجد، وروى غيره: أن الأذان في زمنه صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان على أسطوانة في دار عبد الله بن عمر التي في قبلة المسجد.

قال ابن زبالة: حدثني محمد بن إسماعيل وغيره قال: "كان في دار عبد الله بن عمر أسطوانة في قبلة المسجد يؤذن عليها بلال يرقى عليها بأقتاب".

والأسطوانة مربعة قائمة إلى اليوم، وهي في منزل عبيد الله بن عبد الله بن عمر يقال لها: المطمار، وأسند يحيى من طريق عبد العزيز بن عمران عن قدامة عن نافع عن ابن عمر قال: "كان بلال يؤذن على منارة في دار حفصة ابنة عمر التي تلي المسجد، وكان يرقى عليها بأقتاب".

والظاهر أنه تجوز في تسمية أسطوانة منارة، وعبد العزيز بن عمران كان كثير الغلط؛ لأن كتبه قد احترقت، فكان يروي من حفظه. فتركوه، ثم الظاهر أن عمر وعثمان لم يتخذا في المسجد منارة، وإلا نقل، انتهى كلام السمهودي في "وفاء الوفاء" ملخصا.

وفي "كتاب الأوائل" للسيوطي: أول من رقى منارة مصر شرحبيل بن عامر وبني مسلمة المنائر للأذان، ولم تكن قبل ذلك، وفي هذا توقير وسعة، وكان بناءها بأمر معاوية، وقال ابن سعد: حدثني محمد بن عمر حدثني معاذ بن محمد عن يحيى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سعد بن زرارة قال: أخبرني من سمع النوار أم زيد بن ثابت تقول: "كان بيتي أطول بيت حول المسجد، فكان بلال يؤذن فوقه من أول ما يؤذن إلى أن بنى رسول الله ﷺ المسجد، فكان يؤذن بعده على سقف المسجد، وقد رفع له شيء فوق ظهره". (السعاية في كشف ما في شرح الوقاية لمولانا محمد عبد الحي ح)

(١٠) قوله: "ومراده إلخ" يعني إذا كانت الصومعة مأذنته بحيث لو حول وجهه مع ثبات قدميه لا يحصل الإعلام استدار فيها، فيخرج رأسه من الكوة اليمنى، ويقول: ما قاله، ثم يذهب إلى الكوة اليسرى، فيفعل به ما فعل. (مج)

(١) قوله: "إذا لم يستطع" المراد أنه كان المأذنة بحيث لو حول وجهه مع ثبات قدميه لا يحصل الإعلام به. (شرح وقايه)

* يشير إلى حديث أبي جحيفة متفق عليه، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١١٨، ص١١٧، ونصب

والأفضل للمؤذّن أن يجعل (١) إصبعيه (٢) فى أذنيه، بذلك (٣) أمر النبى عليه السّلام بلالا*، ولأنه أبلغ فى الإعلام، وإن لم يفعل فحسن (٤)؛ لأنها (٥) ليست بسنة أصلية (٦).

والتثويب (٧) فى الفجر "حىّ على الصلاة" "حىّ على الفلاح" مرتين بين الأذان والإقامة حسن؛ لأنه وقت نوم وغفلة، وكره فى سائر الصلوات (٨)، ومعناه (٩) العود إلى الإعلام، وهو (١٠) على حسب ما

الراية ج١ ص٢٧٦ (نعيم).

(٢) قوله: "بأن كانت الصومعة متسعة" لا يمكنه الإعلام إلا بالاستدارة، فعلى هذا قوله: "بأن كانت" متعلق بنفى الفعل أى عدم الاستطاعة بسبب أن كانت الصومعة، أو معناه إذا لم يقدر على التحويل مع ثبات قدميه؛ لخوف السقوط بأن كانت الصومعة مئذنة ضيقة، ففى المكان المرتفع الضيّق لا يمكن التحول مع إثبات قدميه، فكان قوله: بأن كانت متعلقا بالفعل المنفى. (إله داد)

(٣) أى المسجد. (د)

(١) لأنه أبلغ فى الإعلام. (مج)

(٢) وجاز وضع يديه أيضًا، كما فى "الدر". (مج)

(٣) قلت: رواه ابن ماجة فى "سننه". (ت)

* أخرجه ابن ماجه والحاكم من حديث سعد القرظ، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١١٩، ص١١٧، ونصب الراية ج١ ص٢٧٨ (نعيم).

(٤) قوله: "فحسن" أى الأذان حسن لا ترك الفعل؛ لأن ذلك الفعل وإن لم يكن من السنن الأصلية، لكنه فعل أمر به النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم بلالا، فلا يليق أن يوصف تركه بالحسن، لكن لما لم يكن من السنن الأصلية لم تؤثر زوال ذلك الفعل فى زوال الحسن المتمكن من نفس الأذان، فكان معناه أن الأذان بذلك الفعل أحسن، وبتركه حسن، واستناد الحسن إلى الأذان مذكور فى "الفوائد الظهيرية". (ن)

(٥) قوله: "لأنها إلخ" قال فى "العناية": لعبد القادر فيه نظر؛ لما تقدم من الأحاديث الصحيحة مع لفظة الأمر، انتهى. وفيه نظر إذ ما تقدم مع لفظ الأمر مصروف عن الوجوب؛ لأنه شرع كيفية لما هو سنة، فيكون المراد به السنية، والأصلية أمر زائد صرف عنه التعليل. (ف)

(٦) قوله: "أصلية" لأنه لم يذكر فى حديث عبد الله بن زيد بن عبد ربه، وهو الأصل فى الباب، وإنما كان ذلك لإقامة سنة الصوت، ألا ترى إلى قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين أمر بلال معللا، قال: إنه أندى لصوتك.

(٧) قوله: "والتثويب" قال فى "المبسوط": أما معنى التثويب لغةً فالرجوع، ومنه سمى الثواب به؛ لأن منفعة عمله تعود إليه، ويقال: ثاب إلى المريض نفسه إذا برأ، فهو عود إلى الإعلام بعد الإعلام. (ع)

(٨) قوله: "سائر الصلوات" لما روى أن عليًا رأى مؤذنًا يثوب فى العشاء، فقال: أخرجوا هذا المبتدع من

تعارفوه[١]، وهذا[٢] تثويب أحدثه[٣] علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رض لتغير أحوال الناس، وخصوا الفجر به*؛ لما ذكرناه[٤]، والمتأخرون استحسنوه[٥] فى الصلوات[٦] كلها لظهور التّوانى[٧] فى الأمور الدينية.

وقال أبو يوسف رح[٨]: لا أرى بأسًا أن يقول المؤذن للأمير فى الصلوات كلها: السلام عليك أيها الأمير ورحمة الله وبركاته، حىّ على الصلاة، حىّ على الفلاح، الصلاة يرحمك الله، واستبعده[٩] محمد رح؛

المسجد، وروى مجاهد قال: دخلت مع ابن عمر مسجدا، فصلى فيه الظهر، فسمع مؤذّنا يثوب فغضب، وقال: قم، حتى نخرج من عند هذا المبتدع. (ع)

(٩) أى التثويب. (ن) فى الاصطلاح (عناية)

(١٠) قوله: "وهو على حسب ما تعارفوه" يفيد عدم تعين الحيعلتين، نحو الصلاة الصلاة أو قامت قامت (ف).

(١) قوله: "ما تعارفوه" لأنه للمبالغة فى الإعلام، وإنما يحصل بما يتعارفونه، كذا فى "المبسوط". (نهاية)

(٢) قوله: "وهذا" إشارة إلى قوله: «حى على الصلاة»، «حى على الفلاح». (عناية)

(٣) قوله: "أحدثه" ولم يذكر القديم ههنا، وذكر فى "الأصل" أن التثويب الأول كان فى صلاة الفجر بعد الأذان «الصلاة خير من النوم»، فأحدث الناس هذا التثويب. (عناية)

* وورد بهذا الحديث أخرجه الترمذي من حديث بلال، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٢١، ص١١٨، ونصب الراية ج١ ص٢٧٩ (نعيم).

(٤) من أنه وقت نوم وغفلة. (ف)

(٥) قوله: "استحسنوه [أى التثويب المحدث. ع]" ولكن لم يشترطوا عين ذلك اللفظ الذى هو «حى على الصلاة» «حى على الفلاح». (نهاية)

(٦) قوله: "الصلوات كلها [سوى صلاة المغرب]" قلت: على هذا التقرير كان استحسان المتأخرين إحداثا بعد إحداث؛ لأن التثويب الأصلى كان «الصلاة خير من النوم» لا غير فى أذان الفجر خاصة، وأحدث علماء الكوفة «حى على الصلاة» «حى على الفلاح» فى صلاة الفجر خاصة مع إبقاء الأول، وأحدث المتأخرون التثويب بين الأذان و الإقامة على ما تعارفوه فى جميع الصلوات مع إبقاء الأول. (ن)

(٧) بالفارسية: سستى كردن. (م)

(٨) قوله: "وقال أبو يوسف" فى "الجامع الصغير" لقاضى خان: وإنما قال أبو يوسف ذلك: فى أمراء زمانهم؛ لأنهم كانوا مشغولين بالنظر فى أمور الرعية، فاستحسن زيادة الإعلام فى حقهم، ولا كذلك أمراء زماننا. (نهاية)

(٩) قوله: "واستبعده" أقول: لا وجه لاستبعاده، أو لم يسمع ما ورد فى الأحاديث من أن بلالا كان يحضر بباب الحجرة النبوية، ويخبره بالصلاة بعد ما أذن فى الفجر، وهذا هو أصل أبى يوسف

لأن الناس سواسية[(١)] في أمر الجماعة، وأبو يوسف رح خصهم بذلك؛ لزيادة اشتغالهم بأمور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة، وعلى هذا القاضي والمفتي[(٢)]. ويجلس[(٣)] بين الأذان والإقامة إلا في المغرب، وهذا[(٤)] عند أبي حنيفة رح. وقالا: يجلس في المغرب أيضًا جلسة خفيفة؛ لأنه لا بد من الفصل؛ إذ الوصل مكروه، ولا يقع[(٥)] الفصل بالسكتة؛ لوجودها بين كلمات الأذان، فيفصل بالجلسة[(٦)] كما بين الخطبتين، ولأبي حنيفة رح[(٧)] أن التأخير[(٨)] مكروه، فيكتفي بأدنى الفصل احترازًا عنه،

في التخصيص، ولي في هذا المبحث تحقيق شريف ذكرته في رسالتي "التحقيق العجيب في مسألة التثويب". (مولوي محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(١) جمع سواء على خلاف القياس، أي أشباه. (نهاية)

(٢) ومن يعمل للعامة. (نهاية)

(٣) قوله: "ويجلس" لا خلاف أن وصل الأذان بالإقامة مكروه؛ لأن المقصود بالأذان إعلام الناس بدخول الوقت؛ ليتأهبوا للصلاة بالطهارة، فيحضروا المسجد لإقامة الصلاة، وبالوصل ينتفي هذا المقصود، فإن كانت الصلاة مما يتطوع قبلها، مسنونًا كان أو مستحبًا، يفصل بينهما بالصلاة؛ لقول النبي ﷺ: بين كل أذانين صلاة، فإن لم يصل يجلس بينهما لحصول المقصود به. (عناية)

(٤) قوله: "وهذا عند أبي حنيفة رح إلخ" حاصل المذهب أن العلماء اتفقوا على أنه لا يصل الإقامة بالأذان في "المغرب"، بل يفصل بينهما، لكنهم اختلفوا في مقدار الفصل، فعند أبي حنيفة المستحب أن يفصل بينهما بسكتة يسكت قائما ساعة، ثم يقيم.

ومقدار السكتة عنده قدر ما يتمكن فيه من قراءة ثلاث آيات قصار، أو آية طويلة، وروى عنه مقدار ما يخطو ثلاث خطوات، وعندهما يفصل بينهما بجلسة خفيفة مقدار الجلسة بين الخطبتين، وذكر الإمام الحلواني الخلاف في الأفضلية، حتى إن عند أبي حنيفة إن جلس جاز، والأفضل أن لا يجلس، وعندهما على العكس ذكره التمرتاشي. (نهاية)

(٥) على ما قال الإمام رح.

(٦) الخفيفة.

(٧) قوله: "ولأبي حنيفة إلخ" تهذيب المراد أنه لا بد من الفصل البتة، ثم التأخير مكروه، فيكتفي بأدنى الفصل ليوجد ما لا بد منه، ويجتنب من الكراهة، وقياسهما على جلسة الخطيب فيما بين الخطبتين فاسد؛ لأن مكان الخطبتين واحد، فلا يعد السكتة فصلا البتة بخلاف ما نحن فيه؛ لأن مكان الأذان والإقامة مختلفة عادة، فيكتفي بها.

وأما قولهما: إن السكتة موجودة بين كلمات الأذان أيضًا، فلما لم تعد فصلا، لا تعد فصلا ههنا أيضًا.

فجوابه أن هناك النغمة واحدة فلا يعد السكتة فصلا، وههنا نغمة الأذان والإقامة مختلفة، فتفكر. (مولوي

والمكان في مسألتنا مختلف، وكذا النغمة، فيقع الفصل بالسكتة، ولا[١] كذلك الخطبة. وقال الشافعي[٢]: يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات، والفرق قد ذكرناه.[٣] قال[٤] يعقوب[٥]: رأيت أبا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم، ولا يجلس بين الأذان والإقامة، وهذا يفيد ما قلناه[٦]، وأن[٧] المستحب كون المؤذن عالما بالسنة[٨]؛ لقوله عليه السلام: «ويؤذن[٩] لكم خياركم[١٠]»*.

ويؤذن[١١] للفائتة ويقيم لأنه عليه السلام** قضى الفجر[١٢] غداة

محمد عبد الحي رح)

(٨) قوله: "التأخير إلخ" وعن هذا قلنا: لا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض. (ن)

(١) لاتحاد المكان.

(٢) قوله: "وقال الشافعي" المذكور ههنا من مذهب الشافعي منافٍ لما تقدم في باب المواقيت من وقت المغرب، وهو أن يصلي ثلاث ركعات. (ع)

(٣) قوله: "قد ذكرناه" إشارة إلى أن التأخير مكروه إلخ. (نهاية)

(٤) قوله: "قال يعقوب" هو أبو يوسف، وهذا لفظ محمد في "الجامع الصغير". (ف)

(٥) قوله "يعقوب" قيل: إنما ذكر محمد في "الجامع الصغير" أبا يوسف باسمه دون كنيته دفعًا لتوهم التسوية في التعظيم بين الشيخين، وكان مأمورا من جهة أبي يوسف أن يذكره باسمه حيث ذكر أبا حنيفة. (ع)

(٦) قوله: "ما قلنا" من أنه لا جلوس عنده في أذان المغرب. (عناية)

(٧) معطوف على ما قلنا. (ع)

(٨) أي بأحكام الشرع. (ع)

(٩) قوله: "ويؤذن [بالواو، والذي في أبي داود عن ابن عباس: «ليؤذن لكم خياركم وليؤمكم قراءكم». ف] إلخ" قلت: رواه أبو داود في الصلاة "باب من أحق بالإمامة". (ت)

(١٠) قوله: "خياركم" فعلم أن المراد أن المستحب كونه عالما عاملا؛ لأن العالم الفاسق ليس من الخيار؛ لأنه أشد عذابًا من الجاهل الفاسق على أحق القولين. (ف)

* أخرجه أبو داود وابن ماجه من حديث ابن عباس، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٢٠، ص١١٨، ونصب الراية ج١ ص٢٧٩ (نعيم).

(١١) قوله: "ويؤذن" أي يستحب الأذان للفائتة سواء كانت من المنفرد أو بالجماعة. (عبد)

** أخرجه أبو داود من حديث أبي هريرة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٢٣، ص١١٨، ونصب الراية ج١ ص٢٨١ (نعيم).

(١٢) قوله: "قضى الفجر إلخ" في "سنن أبي داود" وغيره أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أمر بلالا

ليلة التعريس[١] بأذان[٢] وإقامة[٣]، وهو حجة[٤] على الشافعي في اكتفاءه[٥] بالإقامة، فإن فاتته صلوات أذن للأولى وأقام؛ لما روينا[٦]، وكان[٧] مخيرًا في الباقي، إن شاء أذن وأقام[٨]؛ ليكون[٩] القضاء على حسب[١٠] الأداء، وإن شاء اقتصر على الإقامة؛ لأن

بالأذان والإقامة حين ناموا عن الصلاة، وصلوها بعد ارتفاع الشمس. (ف)

(١) قوله: "غداة ليلة التعريس [نزول المسافر في آخر الليل]" ذكره البخاري مختصرًا، ولفظه: عن أبي قتادة قال: سرنا مع النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم ليلة، فقال بعض القوم: لو عرست بنا يا رسول الله! فقال: أخاف أن تناموا عن الصلاة، فقال بلال: أنا أوقظكم فاضطجعوا وأسند بلال ظهره إلى راحلته، فغلبته عيناه، فنام فاستيقظ النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم وقد طلع حاجب الشمس، فقال: يا بلال! أين ما قلت، فقال: ما ألقيت على نومة مثلها قط، قال: إن الله قبض أرواحكم حين شاء، وردها عليكم حين شاء، يا بلال! قم، فأذن بالناس بالصلاة، فتوضأ فلما ارتفعت الشمس، وانتصب قام فصلى، انتهى. (ت)

(٢) قوله: "بأذان" لا يقال: قد روى أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أمر بلالا فأقام بدون ذكر الأذان؛ لأن القصة واحدة، فالعمل بالزيادة أولى، وفيه نظر؛ لأن ذلك إنما يكون إذا كان راويهما واحدا، ولم يثبت ههنا ذلك.

والجواب أن الراوي إذا كان متعددا إنما يعمل بالخبرين إذا أمكن العمل بهما، ولا يمكن ههنا لكون القصة واحدة. (عناية)

(٣) قوله: "وإقامة" لا يقال: إن فعله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لا يدل على الاستحباب لجواز أن يكون للإباحة، وأن الواقع من النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم الصلاة بالجماعة، فلا يفيد الاستحباب بالنظر إلى المنفرد، لأنا نقول: يثبت الاستحباب من حديث الأصل من الخارج، والاشتباه في أن القضاء له حكم الأداء أم لا، والحديث قد دل على أن القضاء كالأداء. (عبد)

(٤) قوله: "وهو حجة على الشافعي إلخ" وقد رجح القونوي أنه لا يكتفى بالإقامة، بل يؤذن ويقيم. (عبد)

(٥) في أحد قوليه. (ف)

(٦) من حديث ليلة التعريس. (ع)

(٧) قوله: "وكان مخيّرًا" اعترض عليه بأن الرفق إذا كان متعينا في أحد الجانبين لا يخير هناك، ومن الظاهر أن الرفق متعين في أحدهما، ويجاب بأن ذلك في الواجب، وأما في السنن فلا. (عبد)

(٨) قوله: "إن شاء أذن وأقام" روى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف بإسناده إلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين شغلهم الكفار قضاهن بأذان وإقامة يعني الصلوات الأربع. (ف)

(٩) قوله: "ليكون القضاء إلخ" لم يعلله بما روى لأن المروى لا يدل على قضاء الفوائت المتعددة نعم حديث الخندق يدل، وهو غير مدرك. (عبد)

(١٠) قوله: "على حسب الأداء" الأصل عندنا أن يؤذن لكل فرض أدى أو قضى إلا الظهر يوم الجمعة في

الأذان(١) للاستحضار، وهم(٢) حضور(٣)، قال رض: وعن محمد رح(٤) أنه يقام لما بعدها(٥)، قالوا(٦): يجوز أن يكون هذا قولهم جميعاً(٧).

وينبغي(٨) أن يؤذن ويقيم على طهر، فإن أذن على غير وضوء جاز(٩)؛ لأنه ذكر، وليس(١٠) بصلاة، فكان الوضوء فيه استحباباً، كما في القراءة(١١)، ويكره أن يقيم على غير وضوء؛ لما فيه من الفصل(١٢) بين

المصر، فإن أداءه بهما مكروه، روى ذلك عن علي إلا ما تؤديه النساء، أو تقضيه بجماعتهن. (ف)

(١) قوله: "لأن الأذان إلخ" لا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن لا يكون المنفرد في الفائتة الأولى مخيرا، وليس كذلك مع أن هذا حكمه، والحكم يراعى في الجنس، ولذا قالوا: إن من يأذن للصبي يراعي يمنة ويسرة. (عبد)

(٢) قوله: "وهم" هذا صحيح في الجماعة، وأما في المنفرد فحاله ظاهر لعدم الجماعة، ويجوز أن يعمم الحاضرون بحيث يشمل الملك، وحينئذ يتحقق بالنسبة إلى المنفرد أيضاً حضور، هو في الأصل مصدر. (عبد)

(٣) قوله: "حضور" قال في "الصحاح": هم حضور أي حاضرون. (عبد)

(٤) قوله: "وعن محمد [أي رواية عنه. عبد]" ووجهه أنهما صلاتان اجتمعتا في وقت واحد يؤذن ويقام للأولى، ويقام للباقية كالظهر والعصر بعرفة، ولهما ما روى أبو يوسف بسنده أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين شغلهم الكفار يوم الأحزاب عن أربع صلوات عن الظهر، والعصر، والمغرب، والعشاء قضاهن على الولاء، وأمر بلالا أن يؤذن ويقيم لكل واحدة منهن، ولأنها صلاة مفروضة يقيمها المخاطب بالإقامة بالجماعة، فيقيمها كالجماعة بخلاف النساء، وصلاتا عرفة لو كان على القياس لم يعارض النص، فكيف وهما على خلاف القياس. (ف)

(٥) قوله: "أنه يقام لما بعدها" أي من غير اختيار بين الجمع بينهما، وبين أفراد الإقامة. (نهاية)

(٦) قوله: "قالوا إلخ" قال أبو بكر الرازي: يجوز أن يكون هذا قولهم: جميعا، والمذكور في الكتاب محمول على الصلاة الواحدة، فيرتفع الخلاف بين أصحابنا. (ع)

(٧) يعني الإمام أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمداً رحمهم الله تعالى (عبد)

(٨) قوله: "وينبغي" أي يستحب كما يدل عليه قوله الآتي. (عبد)

(٩) قوله: "جاز" أي بلا كراهة في ظاهر الرواية. (عناية)

(١٠) حتى يجب فيه الوضوء.

(١١) قوله: "كما في القراءة [أي قراءة القرآن. عبد]" فيه أن استحباب الوضوء فيه؛ لكونه كلام الله تعالى، لا لكونه ذكرا فلا يقاس عليه، اللهم إلا أن يقال: إن هذا تنيظر لا تمثيل، أو تمثيل لا لاستحباب الوضوء، بل لجواز ترك الوضوء. (عبد)

(١٢) قوله: "لما فيه من الفصل [بالاشتغال بأعمال الوضوء. ع] إلخ" هذا لا يدل على الكراهة في من صلى وأقام للغير، اللهم إلا أن يقال: المقيم يلزمه أن يصلي، ولا يدرى هذه الرواية. (عبد)

الإقامة والصلاة، ويروى أنه لا تكره الإقامة أيضًا؛ لأنه أحد الأذانين[١]، ويروى أنه يكره الأذان أيضًا؛ لأنه[٢] يصير داعيًا إلى ما لا يجيب بنفسه[٣].

ويكره أن يؤذن وهو جنب رواية واحدة[٤]، ووجه الفرق[٥] على إحدى الروايتين[٦] هو أن للأذان شبهًا[٧] بالصلاة[٨]، فيشترط[٩] الطهارة عن أغلظ الحدثين[١٠] دون[١١] أخفهما عملا بالشبهين.

وفي "الجامع الصغير[١٢]": إذا أذن على غير وضوء وأقام لا يعيد، والجنب أحب إليّ أن يعيد، وإن لم يعد أجزأه، أما الأول[١٣]: فلخفة

---

(١) قوله: "لأنه أحد الأذانين" والأذان لا يكره بغير وضوء، فكذا الإقامة. (ع)

(٢) قوله: "لأنه يصير إلخ" لأنه وإن كان داعيا للصلاة لكن المقصود من ذلك تهيؤ الصلاة، وهو لم يتهيأ، فيدخل تحت قوله: ﴿أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم﴾. (عبد)

(٣) قوله: "ما لا يجيب بنفسه" الظاهر أن يقول: لم يجب بنفسه، ويمكن أن يقال: إن لا لنفي الحال. (عبد)

(٤) قوله: "رواية واحدة" أي الرواية ليست إلا واحدة. (عبد)

(٥) قوله: "ووجه الفرق" أي بين عدم كراهة الأذان بغير الوضوء، وكراهته بالجنابة. (نهاية)

(٦) قوله: "على إحدى الروايتين [في المحدث. ف]" وهي عدم كراهة الأذان على تقدير أن يكون غير متوضئ، وأما على الرواية الأخرى، فالكراهة ثابتة فيهما، فلا معنى للفرق. (عبد)

(٧) قوله: "شبهًا" إلا أنه ليس بصلاة حقيقة، ولو كان صلاة بالحقيقة لا يجوز مع الحدث والجنابة. (نهاية)

(٨) قوله: "بالصلاة" من حيث إنهما يفتتحان بالتكبير، ويؤديان مع الاستقبال، ويترتب كلمات الأذان كأركان الصلاة. (ع)

(٩) اعتبارًا للشبه. (عناية)

(١٠) قوله: "عن أغلظ الحدثين" وإنما لم يعكس لأنا لو اعتبرنا في الحدث جانب الشبه لزمنا اعتباره في الجنابة بالطريق الأولى؛ لأن الجنابة أغلظ الحدثين، فحينئذ يتعطل جانب الحقيقة. (نهاية)

(١١) اعتبارًا لجانب الحقيقة. (نهاية)

(١٢) قوله: "وفي الجامع الصغير" ذكره لاشتماله على ما ليس في القدوري من الإعادة؛ لأن الكراهة، وهي المذكورة فيه لا تستلزم الإعادة، كأذان القاعد والراكب في المصر يكره، ولا إعادة. (ف)

(١٣) قوله: "أما الأول" أي عدم إعادة أذان المحدث. (ع)

الحدث. وأما الثاني[(١)]: ففى الإعادة بسبب الجنابة روايتان[(٢)]، والأشبه أن يعاد الأذان دون الإقامة؛ لأن تكرار الأذان[(٣)] مشروع[(٤)] دون الإقامة، وقوله[(٥)]: إن لم يعد أجزأه، يعنى[(٦)] الصلاة؛ لأنها جائزة بدون الأذان والإقامة.

قال: وكذلك[(٧)] المرأة تؤذن[(٨)] معناه[(٩)] يستحب أن يعاد ليقع على

---

(١) قوله: "وأما الثاني" أى استحباب الإعادة بسبب الجنابة. (ع)

(٢) قوله: "ففى الإعادة بسبب الجنابة روايتان [فى ظاهر الرواية يستحب، وفى رواية الكرخى يجب. عناية]" اعلم أن كلام المص إما اعتراض على "الجامع الصغير"، فحينئذٍ حمل كلامه على الإعادة المتعلقة بمجموع الأذان والإقامة، وحاصل الاعتراض أن فى إعادتهما روايتين، إعادتهما وعدم إعاتهما، والأشبه التفصيل، ولا وجه لكلام "الجامع الصغير"، وحينئذٍ حمل كلامه على إعادة الأذان دون الإقامة، وإن كان فيه تكلف تخصيص كلامه، وأيضًا لفظ وأقام ينافيه. (عبد)

(٣) كما فى الجمعة. (عبد)

(٤) أى فى الجملة. (عبد)

(٥) قوله: "وقوله إلخ" رد على ما فى الإيضاح حيث جعل الضمير راجعا إلى الأذان؛ لما هو المتبادر من سوق الكلام. (عبد)

(٦) قوله: يعنى الصلاة" فيه بحث؛ لأنه إن أراد بقوله: والأشبه أن يعاد الأذان، الإعادة على وجه الاستحباب، فلا حاجة إلى تأويل قوله: وإن لم يعد أجزأه، مع أن الظاهر لفظًا ومعنًى هو إرادة الأذان، وإن أراد الإعادة على وجه اللزوم بمعنى أنه إن لم يعد لا يكون مقيما للسنة، فالتأويل المذكور وإن كان يحتاج إليه لدفع المخالفة لكنه غير معقول؛ لتصريح محمدرح باستحباب الإعادة فى قوله: وأحب إلى أن يعيد، اللهم إلا أن يقال: ليس المراد بقوله: أحب، الإعادة مستحبة، بل معناه ينبغى أن يعاد، وذلك يحتمل أن يكون لدفع الكراهة، أو لتبع السنة، فلو حمل على الأول ما كان معنى قوله: أجزأه الصلاة من غير أذان، واختار المصنف المعنى الثانى زعما منه أن الطهارة عن الجنابة من شرائط الأذان على ما صرح به قبيل هذا من أن للأذان شبها بالصلاة، وليس بصلاة، فاشترط له الطهارة عن الجنابة دون الحدث عملا بالاعتبارين. (إله داد)

(٧) قوله: "وكذلك" أى كما يعاد الأذان فى صورة الجنب يعاد الأذان فيما أذنت المرأة. (عبد)

(٨) قوله: "المرأة تؤذن" يشعر أن المقصود هو الأذان؛ لأن الظاهر أنه من تتمة "الجامع الصغير". (عبد)

(٩) قوله: "معناه إلخ" قال الإمام المحبوبى: قال: المرأة تؤذن أحب إلى أن يعاد، وإن صلوا أجزأهم؛ لأن أذان النساء لم يكن فى المتقدمين، فكان من جملة المحدثات، ولما لم يفوض إلى واحد منهن حين يحضرن الجماعة، فبعد انتساخ ذلك أولى، ولأن المؤذن مندوب أن يرفع صوته حتى يستحب له أن يعلو المنارة، أو أعلى المواضع عند الأذان، والمرأة منهية عن رفع الصوت؛ لأن فى صوتها فتنة، ولذا جعل النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم التسبيح للرجال، والتصفيق للنساء، وكذلك منهية عن تشهير النفس بأن يكون فى بيتها وراء الحجاب، فلذا يستحب إعادة أذانها. (نهاية)

وجه السنة[١]، ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها[٢]، ويعاد في الوقت؛ لأن الأذان للإعلام، وقبل الوقت[٣] تجهيل[٤].

وقال أبو يوسف رح -وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى-: يجوز للفجر[٥] في النصف الأخير من الليل؛ لتوارث[٦] أهل الحرمين، والحجة على الكل[٧] قوله[٨] عليه السلام لبلال رض: «لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا»*، ومد[٩] يديه عرضًا.

والمسافر يؤذن ويقيم؛ لقوله عليه السلام لابني أبي مليكة[١٠]: «إذا سافرتما[١١] فأذنا وأقيما»**، فإن تركهما جميعًا يكره[١٢]، ولو اكتفى

(١) هو كون المؤذن رجلا. (عبد)

(٢) قوله: "قبل دخول وقتها" فإن قيل: جاء في الحديث «لا يغرنكم أذان بلال»، ويعلم منه أنه كان يؤذن قبل الوقت، قلنا: هو حجة لنا حيث لم يعتبر النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أذانه، وأمر الناس بأن لا يعتبروا أذانه مثل اعتبارهم الأذان في الوقت، وقال: «لا يغرنكم أذان بلال، فإنه يؤذن ليرجع قائمكم، ويتسحر صائمكم ويقوم نائمكم، فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم» وكان هو أعمى لا يؤذن حتى يسمع الناس يقولون: أصبحت. (نهاية)

(٣) للناس. (عبد)

(٤) للوقت. (عبد)

(٥) وفي رواية عندهم جميع الليل وقت لأذان الفجر. (ف)

(٦) قوله: "لتوارث أهل الحرمين" أي أخذ بعضهم عن بعض الوراثة. (عبد)

(٧) قوله: "على الكل" أي على أبي يوسف والشافعي وأهل الحرمين. (عبد)

(٨) أخرجه أبو داود. (ت)

* أخرجه أبو داود، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٢٤، ص١١٩، ونصب الراية ج١ ص٢٨٣ (نعيم).

(٩) هذا من كلام الراوي. (عبد)

(١٠) قوله: "لابني [غلط. ت] أبي مليكة" الصواب مالك بن الحويرث وابن عم له، وقد ذكره المصنف في الصرف على الصواب، كما ذكره صاحب "المبسوط"، وفخر الإسلام في "الجامع" والمحبوبي رح. (ف)

(١١) قوله: "إذا سافرتما [أي أحدكما. عبد] إلخ" في "الصحيحين" عن مالك بن الحويرث أتيت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنا وصاحب لي، فلما أردنا الانتقال من عنده، قال لنا: «إذا حضرت الصلاة فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما»، وفي رواية الترمذي: أنا وابن عم لي، وهي مفسرة للمراد بالصاحب. (ف)

** أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن مالك بن الحويرث، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٢٥،

بالإقامة جاز؛ لأن الأذان لاستحضار الغائبين[١]، والرفقة حاضرون، والإقامة لإعلام الافتتاح، وهم إليه محتاجون، فإن صلى فى بيته فى المصر يصلى بأذان وإقامة؛ ليكون الأداء على هيئة الجماعة[٢]، وإن تركهما جاز[٣]؛ لقول ابن مسعود رض: "أذان الحى[٤] يكفينا[٥]"*.

باب[٦] شروط الصّلاة[٧] التى تتقدمها[٨]

يجب على المصلى[٩] أن يقدم الطهارة من الأحداث والأنجاس على ما قدمناه[١٠]، قال الله تعالى: ﴿وثيابك فطهّر﴾، وقال الله تعالى: ﴿وإن كنتم جنبًا فاطهروا﴾، ويستر عورته؛ لقوله تعالى[١١]: ﴿خذوا زينتكم عند

ص١٢١، ونصب الراية جـ١ ص٢٩٠ (نعيم).

(١٢) لأنه مخالف لحديث مالك بن الحويرث. (ف)

(١) قوله: "لأن الأذان لاستحضار الغائبين" فيه أن الأذان أيضًا للتأهب، ولم يحصل. (عبد)

(٢) قوله: "على هيئة الجماعة" المراد بهيئة الجماعة الاشتمال على الأذان والإقامة، فيجرى هذا الدليل فى المنفرد والجماعة. (عبد)

(٣) إذا صلى فى داره. (ت)

(٤) قوله: "أذان الحى [أى القبيلة. عبد]" قلت: غريب، وروى الطبرانى فى "معجمه": حدثنا إسحاق ابن إبراهيم الديرى عن عبد الرزاق عن الثورى عن حماد عن ابن مسعود وعلقمة والأسود "صلوا بغير أذان وإقامة قال سفيان: كفتهم إقامة المصر"، انتهى. (ت)

(٥) قوله: "يكفينا" وبهذا يظهر الفرق بين المقيم والمسافر، فإن المسافر ليس له أذان، ولا إقامة؛ إذا لم يؤذن ولم يقم، لا حقيقةً ولا حكمًا، بخلاف المقيم، فإنه وإن لم يكن له أذان وإقامة حقيقة لكن له كلاهما حكمًا. (عبد)

* انظر الدراية جـ١ رقم الحديث١٢٦، ص١٢١، ونصب الراية جـ١ ص٢٩١ (نعيم).

(٦) قوله: "باب شروط إلخ" لما فرغ من ذكر السبب، وما هو علامة عليه ذكر بقية الشروط. (ع)

(٧) قوله: "شروط الصلاة" هى أمور خارجة عن الصلاة يتوقف عليها الصلاة. (عبد)

(٨) قوله: "التى تتقدمها" هو إما صفة موضحة، أو مخصصة، فإن الشرط قد يقارن الصلاة كتكبير التحريمة، والقعدة الأخيرة، والترتيب بين الركوع والسجود. (عبد)

(٩) قوله: "يجب إلخ" لا يقال: قد علم فى باب تطهير الأنجاس، فيكون تكرارا؛ لأنا نقول: المذكور سابقا ليس من حيث إنه شرط. (عبد)

(١٠) فى صدر الكتاب وباب الأنجاس. (ف) أى على كيفية قدمناها. (عبد)

(١١) قوله: "لقوله تعالى [الأوجه أن يستدل بالإجماع على افتراض الستر فى الصلاة. ف]" فإن قلت:

كل مسجد(١)﴾ أى ما يوارى عورتكم(٢) عند كل صلاة(٣)، وقال عليه

الآية وردت فى الطواف، قلت: العبرة لعموم اللفظ، لا لخصوص السبب، وكلمة كل عامة، فيتناول بعمومه جميع ما يحل فى المسجد من الصلاة والطواف، فإن قلت: النص لايتناول غير ما ورد فيه إلا كما يتناول ما ورد فيه، وقد يتناول الطواف فى حق الوجوب دون الافتراض، حتى كان الطواف عريانا معتدا به، فكذا فى الصلاة.

قلت: النص يدل على الفرضية فيهما إلا أنه سقطت فى الطواف بدليله، وهو الإجماع، ولا دليل على سقوطها فى حق الصلاة، فتبقى، كذا فى "الشرح".

وقد يمنع الإجماع مع مخالفة الشافعي رحمه الله وهو أليق بمعرفة الإجماع، فلو كان الإجماع لعرفه، ولم يخالفه، والأظهر أن يقال: الآية مؤولة لاحتمال أن يكون المراد بالمسجد الطواف، أو الصلاة، أو الدخول فيه، أو ما يحل فيه طوافًا كان أو صلاة، أو غيرهما، فلا يثبت به فرضية الستر فى الطواف، وإلا لزم تقييد المطلق، وهو قوله تعالى: ﴿وليطوفوا﴾، الآية بالآية المؤولة، وذا غير جائز.

وأما الصلاة: فالاحتمالات المذكورة لا تقدح فى اقتضاء لزوم الستر فى الصلاة بكل حال، أما إن كان المراد بالمسجد الصلاة، أو ما يحل فيه، فبالعبارة، وأما إن كان المراد منه الطواف، فبالدلالة؛ لأن الستر لما وجب فى الطواف —وبابه أوسع من باب الصلاة حتى حل فيه النطق دونها— فلأن يجب فى الصلاة أولى.

وأما إن أريد الدخول فكذلك؛ لأن المقصود وهو الصلاة من الدخول فيه، فإذا لزم الستر عند الدخول فيه، فلأن يجب عند أداء المقصود أولى، فكانت الآية قطعية فى حقها، فيفترض بها الستر فيها.

فأما الطواف: فلا موجب للآية فى لزوم الستر فيه على تقدير إرادة الصلاة، لابالعبارة وهو ظاهر، وكذا بالدلالة؛ لأن بابها أضيق من بابه، فلا يدل وجوب الستر فيها وجوبه فيه، فيكون احتمال التاويل بالصلاة قادحا فى اقتضاءها وجوب الستر فى الطواف، فلا يثبت به الفرضية. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(١) قوله: "عند كل مسجد [عام فلا يختص بالمسجد الحرام. عناية]" تفسير المسجد بالصلاة باعتبار إطلاق اسم المحل على الحال، وإنما فسره به؛ لأن ذلك ليس للناس، وإلا لكان السوق بهذا المعنى أولى، فمن تخصيص المسجد يعلم أن المراد به الصلاة. (عبد)

(٢) قوله: "أى ما يوارى عورتكم [تفسير إجماعى. عبد]" إنما صح الإرادة باعتبار أن الزينة سبب فيكون من باب إطلاق السبب على المسبب. (عبد)

(٣) قوله: "عند كل صلاة" ثم ههنا بحث، وذلك لأن العرب كانت يطوفون بالبيت عراة الرجال بالنهار، والنساء بالليل، وكانوا يقولون: لا نطوف البيت فى الثياب التى حصلنا فيها الذنوب، فنزل قوله تعالى: ﴿خذوا زينتكم عند كل مسجد﴾ نهيا لهم عما كانوا عليه، وتنصيصا بأن الستر واجب فى كل حال فى العبادة وغيرها، لا كما زعمتم أن نزع الثياب عند الطواف حسن، فكانت الآية ناطقة بافتراض الستر عند الصلاة مثل افتراضه فى غيرها، ولا دلالة لها على كونه من فروض الصلاة؛ لجواز أن يكون الشيء فرضًا فى الصلاة، ولا يكون من فروض الصلاة، كغض البصر عن الأجنبية.

وبالجملة لا دلالة للآية على كون الستر فرضًا لحق الصلاة؛ لاحتمال أن يكون فرضًا لحق الناس، غير أنه قيد بقوله: ﴿عند كل مسجد﴾ ردا لما كانوا عليه، وجوابه أن التعميم الوارد فى قوله تعالى: ﴿عند كل مسجد﴾ ينافى حمله على هذا المعنى؛ إذ لا يجب الستر حينئذٍ عند كل مسجد، بل عند مسجد يراه فيه غيره، ولما قال: ﴿عند كل مسجد﴾ علم أن المراد بيان لزوم الستر لحق العبادة؛ تعظيما لشأنه، وهذا لما عرف من أنه إذا كان للنص محملان يحتاج فى أحدهما إلى التخصيص دون الآخر، فما لا يحتاج فيه إلى ذلك، فهو أحق، والله أعلم. (د)

السلام(١): «لا صلاة لحائض(٢) إلا بخمار(٣)»* أي لبالغة(٤).

وعورة الرجل ما تحت السرّة إلى الركبة؛ لقوله عليه السّلام: «عورة الرجل(٥) ما بين سرته إلى ركبته(٦)»**، ويروى(٧): «ما دون سرته حتى تجاوز ركبته»(٨)، وبهذا يتبين(٩) أن السرة(١٠) ليست من العورة،

---

(١) قوله: "وقال [رواه الحاكم في "المستدرك". ت] إلخ" في دلالة الآية والحديث على افتراض الستر نظر، أما الآية فإنها تفيد الوجوب في حق الطواف حتى كان طواف العاري معتدا به، فلو أفادت الفرضية في حق الصلاة، لكان لفظ ﴿خذوا﴾ مستعملا في الوجوب والافتراض، وذلك غير جائز، وأما الحديث فلأنه خبر واحد، وهو لا يفيد الفرضية.

وأجيب بأن الآية قطعي الثبوت دون الدلالة على ذلك التقدير، والحديث قطعي الدلالة لأداة الحصر ظني الثبوت؛ لكونه خبر الواحد، فبمجموعهما يحصل الدلالة على الافتراض. (عناية)

(٢) قوله: "لحائض" هو بحسب المعنى المراد البالغة من قبيل تسمية اللازم باسم الملزوم، فإن الحيض مستلزم للبلوغ، أو تسمية المسبب باسم السبب. (عبد)

(٣) بالكسر، بالفارسية: دامنے يعني چادر باريک يک عرض كه زنان مى پوشند. (غث)

* أخرجه أصحاب السنن الأربعة إلا النسائي من حديث عائشة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٢٧، ص١١٣، ونصب الراية ج١ ص٢٩٥ (نعيم).

(٤) قوله: "لبالغة" لأن الحائض لا صلاة لها لا بالخمار، ولا بغيره. (عناية)

(٥) قوله: "عورة الرجل إلخ" أخرجه الحاكم في "المستدرك" في كتاب الفضائل عن أبي الأشعث أحمد ابن المقدام: حدثنا الأصرم بن حوشب حدثنا إسحاق بن واصل الصبي عن أبي جعفر محمد بن علي ابن الحسين قال: قلنا لعبد الله بن جعفر بن أبي طالب: حدثنا بما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ولا تحدثنا عن غيرك، وإن كان ثقة، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «ما بين السرة إلى الركبة عورة» مختصر، وسكت عنه، قال الذهبي في "مختصره": أظنه موضوعًا. (ت)

(٦) قوله: "ما بين إلخ" إن قيل: مدخول بين يجب أن يكون متعددًا، ولا تعدد ههنا، وأجيب بأن هناك متعددًا. وحاصله ما بين سرته وغيرها إلى ركبته، وفيه أنه يقتضي خروج الطرفين، فإن طرفي بين يخرجان إلا في صورة الأعداد، كما تقول: ما بين ستين إلى سبعين، وأيضًا هذا التوجيه لا يوافق ما ذكره من أن "إلى" بمعنى مع. (عبد)

** أخرجه الحاكم من حديث عبد الله بن جعفر، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٢٨، ص١٢٢، ونصب الراية ج١ ص٢٩٦ (نعيم).

(٧) قوله: "ويروى [غريب. ت] إلخ" فيه أحاديث: منها ما أخرجه الدارقطني في "سننه" عن سوار ابن داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «مروا صبيانكم بالصلاة في سبع سنين واضربوهم عليها في عشر وفرقوا بينهم في المضاجع وإذا زوج أحدكم أمته عبده، أو أجيره فلا ينظروا إلى ما دون السرة وفوق الركبة فإن ما تحت السرة إلى الركبة من العورة». (ت)

(٨) بالضم بالفارسية: زانو. (م)

خلافًا(١) لما يقوله الشافعي رح، والركبة(٢) من العورة(٣) خلافًا له أيضًا، وكلمة(٤) "إلى" نحملها على كلمة "مع" عملا بكلمة(٥) "حتى"، أو عملا بقوله عليه السلام(٦): «الركبة من العورة»*.

وبدن الحرة كلها(٧) عورة إلا وجهها وكفيها(٨)؛ لقوله عليه السلام(٩): «المرأة عورة مستورة»**، واستثناء العضوين للابتلاء

---

(٩) قوله: "وبهذا يتبين إلخ" لأن قوله: «ما بين سرته إلى ركبته» في الرواية الأولى، «ما دون السرة» في الرواية الثانية يدلان على أنها ليست بداخلة في العورة. (ت)

(١٠) بالضم والتشديد، بالفارسية: موضعي كه ازان ناف ببرند. (م)

(١) قوله: "خلافا" للشافعي، وذكر في "المبسوط" خلاف أبي عصمة المروزي رح، وقال: إنها إحدى حدى العورة، فتكون من العورة كالركبة، بل أولى؛ لأنها في معنى الاشتهاء فوق الركبة. (ن)

(٢) قوله: "والركبة من العورة" ذكر في "الجامع الصغير" لقاضي خان: واختلفوا في الركبة مع الفخذ منهم من جعل كل واحد منهما عضوا على حدة، ومنهم من جعل الركبتين مع الفخذ عضواً واحداً، فيعتبر حينئذ انكشاف ربع الكل، فيختلف التخريج في "من" أنها بيانية أو تبعيضية. (نهاية)

(٣) قوله: "من العورة" فإن قيل: كلمة "إلى" للغاية، فلا تدخل، أجاب بقوله: وكلمة "إلى" نحملها على كلمة "مع"، كما في قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم﴾. (عناية)

(٤) قوله: "وكلمة إلى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى" لأنه محكم، وإلى قد يستعمل بمعنى "مع"، ولو كانت على حقيقتها، وهي الغاية، وهي غاية الإسقاط فيدخل، ولئن كانت غاية للمد لا يدخل، فتعارضت الروايتان، فتساقطتا، فثبت عورية الركبة بموضع آخر، كذا في "الكافي". (د)

(٥) قوله: "بكلمة حتى إلخ" فيه نظر؛ لأن "حتى" إذا دخل الفعل كان بمعنى "إلى"، فلا فرق بينهما، وكان ينبغي أن يقول: وعملا بقوله عليه السلام بالواو؛ لأن المعارضة قائمة بكل منهما، والجواب عن الأول أنه بمعنى "إلى" لكن مع دخول الغاية، وعن الثاني بأن كلمة "أو" لمنع الخلوّ، لا لمنع الجمع. (ع)

(٦) أخرجه الدارقطني. (ت)

* أخرجه الدارقطني من حديث علي، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٢٩، ص١٢٣، ونصب الراية ج١ ص٢٩٧ (نعيم).

(٧) قوله: "كلها [في بعض النسخ كله. ف]" الضمير إلى البدن، والتأنيث باعتبار المضاف إليه. (عبد)

(٨) قوله: "وكفيها" يشير إلى أن ظهر الكف عورة. (نهاية)

(٩) قوله: "لقوله" قلت: أخرجه الترمذي في آخر الرضاع عن همام عن قتادة صوابه عن مورق عن أبي الأحوص عوف بن مالك عن عبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: المرأة عورة، فإذا خرجت استشرفها الشيطان انتهى، وقال: حديث حسن صحيح غريب، انتهى. (ت)

** أخرجه الترمذي من حديث عبد الله بن مسعود، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٣٠، ص١٢٣،

بإبداءهما، قال رض: وهذا تنصيص على أن القدم عورة، ويروى أنها ليست بعورة، وهو الأصح.

فإن صلت وربع ساقها مكشوف، أو ثلثها[١] تعيد الصلاة[٢] عند أبى حنيفة رح ومحمد رح، وإن كان أقل من الربع لا تعيد[٣].

وقال أبو يوسف رح: لا تعيد إن كان أقل من النصف؛ لأن الشيء إنما يوصف[٤] بالكثرة إذا كان ما يقابله أقل منه؛ إذ هما من أسماء المقابلة[٥]، وفى النصف عنه[٦] روايتان، فاعتبر[٧] الخروج عن حد

ونصب الراية ج١ ص٢٩٨ (نعيم).

(١) قوله: "أو ثلثها" قيل: ما وجه الجمع بين الثلث والربع، وأجيب بأوجه: بأنه سهو من الكاتب، ولذا لم يكتبه فخر الإسلام وعامة المشايخ رح؛ لعدم الفائدة، وبأنه شك وقع من الراوى عن محمد رح، وبأنه إذا ذكر الربع علم ما نعية الثلث بالدلالة والتنصيص بما ثبت دلالة غير قبيح، قال الله تعالى: ﴿فذلك يومئذ يوم عسير على الكافرين غير يسير﴾، وبأن الربع مانع قياسا، والثلث استحسانا.

فأورده على القياس والاستحسان، وبأن الربع مانع مع القدم، والثلث بدونها، وبأن أبا حنيفة سئل عن هذه المسألة على هذا الوجه، فأورده محمد كذلك. (ع)

(٢) قوله: "تعيد الصلاة" يعنى إذا استمر ذلك زمانًا كثيرًا إلا إذا كان قليلا، وقدر الكثير ما يؤدى فيه ركن، والقليل دونه، فلو انكشف فغطاها فى الحال لا تفسد.

فالحاصل أن الانكشاف الكثير في الزمن القليل لا يفسد، والانكشاف القليل فى الزمن الكثير أيضًا لا يفسد. (ف)

(٣) قوله: "لا تعيد" ووجهه أن القليل عفو؛ لاعتباره عدمًا باستقراء قواعد الشرع بخلاف الكثير. (ف)

(٤) الحاصل أن الأقل من النصف ليس بكثير. (عبد)

(٥) قوله: "من أسماء المقابلة" يريد بالمقابلة تقابل التضايف، والإضافة التى هى هيئة معقولة بالنسبة إلى الهيئة المعقولة بالنسبة إليها كالعلية والمعلولية، قيل: والذى فى الشرح أن التقابل بينهما تقابل الضدين ليس بشيء لاجتماعهما فى محل واحد، فإن الشيء الواحد يجوز أن يكون قليلا بالنسبة إلى شيء و كثيرًا بالنسبة إلى آخر، انتهى.

أقول: اجتماع الكثرة والقلة فى شيء بالنسبة إلى اعتبارين لا ينافى التقابل الذى هو عدم إمكان اجتماع شيئين فى محل واحد باعتبار واحد، فضلا عن أن يثبت به عدم التضاد، بل دليله أن التضاد هو كون الشيئين وجوديين مع عدم توقف أحدهما على الآخر وجودًا وتعقلا، ولا يوجد هذا المعنى فى القلة والكثرة؛ لأنه من جنس الأبوة والبنوة. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٦) أبى يوسف. (ع)

(٧) دليل الروايتين. (عناية)

القلة[١]، أو عدم الدخول فى ضده[٢].

ولهما أن الربع يحكى حكاية الكمال[٣]، كما فى مسح الرأس[٤]، والحلق فى الإحرام[٥]، ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته[٦]، وإن لم ير إلا أحد جوانبه الأربعة[٧]، والشعر والبطن[٨] والفخذ كذلك يعنى[٩] على هذا الاختلاف: لأن كل واحد عضو[١٠] على حدة، والمراد[١١] به النازل[١٢]

---

(١) قوله: "الخروج عن حد القلة" يعنى أن النصف لما خرج عن حد القلة؛ لأن مقابله ليس بأكثر منه كان داخلا تحت حد الكثرة، فتجب به الإعادة. (عناية)

(٢) قوله: "أو عدم الدخول [أى القليل. ع] فى ضده [أى مقابله. ع]" يعنى أنه لما لم يكن داخلا فى ضده، وهو الكثير، فإن مقابله وهو النصف الآخر ليس بأقل منه لم يكن داخلا تحت حد الكثرة، وكان قليلا لا تجب به الإعادة. (ع)

(٣) قوله: "حكاية الكمال" يعنى أن ربع الشىء أقيم مقام الكل فى مواضع كثيرة من الأحكام، واستعمال الكلام. (ع)

(٤) قوله: "كما فى مسح الرأس" فيه بحث؛ لأن الواجب فيه لو كان الجميع وقام مسح الربع مقامه، يصح التمثيل، وأما الجواب بأن الأصل هو غسل سائر الرأس قياسا على سائر الأعضاء، لكن الشارع إنما أوجب الربع عناية منه، فليس بشىء؛ لأن ذلك أمر غير معقول المعنى، فلا يقاس عليه شىء. (عبد)

قوله: "مسح الرأس" فإن القياس يقتضى غسل كل البدن فى الوضوء لا تصاف الكل بالحدث، غير أن الشارع خفف الأمر علينا بأن أقام رؤوس الأعضاء مقام الكل، ثم القياس فى الرأس مسح كله إلا أنه أقام مسح ربعه مقام كله تكميلا للتخفيف، فإقامة الربع مقام الكل بهذا الوجه، ولا حاجة إلى شرعية الحكم فى الكل. (إله داد)

(٥) فإنه لو حلق المحرم ربع رأسه يجب الدم، كما لو حلق كله، كما فى "تنوير الأبصار".

(٦) قوله: "ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته" يقول: رأيت زيدا مثلا، وإن لم ير إلا أحد جوانبه الأربعة؛ لأن للإنسان أربعة أطراف، والوجه أحد الجوانب. (نهاية)

(٧) قوله: "أحد جوانبه [أى الغير. ن] الأربعة" فإن قلت: بل أقل من الربع إذا الوجه من الإنسان لا يبلغ الربع منه، قلت: كأنه أراد برؤية الوجه رؤية الجانب الذى فيه الوجه، أو جعل رؤية الوجه لتمييز الإنسان كرؤية جميع جانبه، وعبارة "الكافى" ظاهر حيث قال: فإنه إذا رأى طرفا من شخص إلخ. (د)

(٨) قوله: "والبطن" التعرض للشعر ظاهر للاختلاف فى أن المراد من الشعر ما هو؟، وكذا الفخذ لمكان الاختلاف فى أن الركبة داخل فيه أم لا، وأما التعرض للبطن فغير ظاهر. (عبد)

(٩) قوله: "يعنى على هذا الاختلاف" أى الاختلاف الذى تقدم آنفًا، وهو انكشاف ربع العورة مانع عندهما، وعند أبى يوسف انكشاف النصف فى رواية، وانكشاف ما فوقه فى جميع الروايات. (نهاية)

(١٠) قوله: "عضو" جعل الشعر من الأعضاء للتغليب، أو لأنه جزء من الآدمى، حتى لا يجوز بيعه. (ع)

من الرأس هو الصحيح(١). وإنما وضع غسله فى الجنابة(٢) لمكان الحرج(٣)، والعورة الغليظة(٤) على هذا الاختلاف(٥)، والذكر يعتبر بانفراده(٦)، وكذا الأنثيان، وهذا هو الصحيح دون الضم(٧). وما كان عورة(٨) من الرجل فهو عورة من الأمة(٩)، وبطنها وظهرها عورة(١٠)، وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة؛ لقول(١١) عمر رض: "ألقى عنكِ الخمار(١٢)

(١١) قوله: "والمراد به إلخ" مراد المصنف من الشعر الذى ذكره ههنا، هو الشعر النازل من الرأس. (عبد)

(١٢) المرسل. (ع)

(١) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن اختيار الصدر الشهيد وغيره، فإنه ذكر فى "الجامع الصغير" أن المراد من الشعر ما على الرأس، وأما المسترسل هل هى عورة، ففيه روايتان. (نهاية)

(٢) قوله: "وإنما وضع إلخ" جواب عما يقال: لو كان الشعر النازل عورة، لكان غسله واجبا باعتبار أنه من بدنها، وليس كذلك؛ لأن غسله فى الجنابة موضوع. (ع)

(٣) قوله: "لمكان الحرج" أى لا لأنه ليس من البدن، أو ليس مما تناوله حكم البدن. (ف)

(٤) هى القبل والدبر. (نهاية)

(٥) قوله: "على هذا الاختلاف" الذى ذكر من أن الاعتبار لانكشاف الربع، أو النصف. (نهاية)

(٦) قوله: "يعتبر بانفراده" حتى لو انكشف ربع الذكر يمنع جواز الصلاة عند أبى حنيفة ومحمدرح، وعند أبى يوسف الاعتبار لانكشاف النصف، أو ما فوقه على ما ذكره، وبمجموع هذا ينتفى ما ذكره الكرخى من اعتباره قدر الدرهم فى العورة الغليظة، وفى "المحيط": وذكر الكرخى فى "كتابه" أن يعتبر فى الصورتين قدر الدرهم و فيما عدا ذلك الربع.

وإنما قال ذلك لأن العورة نوعان: غليظة ،وخفيفة كالنجاسة، ثم فى النجاسة الغليظة يعتبر قدر الدرهم، وفى الخفيفة يعتبر الربع، فكذا العورة، لكن هذا وهم من الكرخى؛ لأنه قصد به التغليظ فى العورة الغليظة، وهذا فى الغليظة تخفيف؛ لأنه اعتبر فى الدبر قدر الدرهم، والدبر لا يكون إلا قدره، فهذا يقتضى جواز الصلاة، وإن كان جميع الدبر مكشوفًا. (نهاية)

(٧) قوله: "دون الضم" هو احتراز عما قيل: إن الخصيتين مع الذكر عضو واحد. (نهاية)

(٨) بالنصب. (نهاية)

(٩) قوله: "من الأمة" قال فى "شرح الطحاوى": ومن كان فى رقبتها شيء من الرق، فهو فى معنى الأمة. (ع)

(١٠) لأنهما محل الشهوة. (ع)

(١١) غريب. (ت)

(١٢) قوله: "ألقى إلخ" بمعناه روى عبد الرزاق فى "مصنفه": أخبرنا معمر عن قتادة عن أنس أن

يا دفارُ!(١) أتتشبهين بالحرائر"*، ولأنها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها(٢) عادة، فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال(٣)؛ دفعًا للحرج. قال: ولو لم يجد ما(٤) يزيل به النجاسة صلى معها، ولم يُعد، وهذا على وجهين: إن كان ربع الثوب أو أكثر(٥) منه طاهرًا يصلي فيه(٦)، ولو صلى عُريانًا لا يجزئه؛ لأن ربع الشيء يقوم مقام كله.

وإن كان الطاهر أقل من الربع فكذلك(٧) عند(٨) محمد رح، وهو أحد قولي الشافعي رح؛ لأن في الصلاة فيه(٩) ترك فرض واحد(١٠)، وفي

عمر رضي الله عنه ضرب أمة لآل أنس رآها متقنعة، فقال: اكشفي رأسك ولا تتشبهي بالحرائر، انتهى. (ت)

(١) بكسر الدال. (ع) أي يا فتية. (ع)

* أخرج بمعناه عبد الرزاق في مصنفه انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٣١، ص١٢٤، ونصب الراية ج١ ص٣٠٠ (نعيم).

(٢) بفتح الميم وكسرها: الخدمة. (نهاية)

(٣) يعني غير السيد. (ف)

(٤) بالقصر ليتناول المائعات. (ع)

(٥) ليس ضروريًا ذكره. (عبد)

(٦) قوله: "يصلي فيه" لأن الربع قام مقام الكل، ويفهم منه أن هذه قاعدة مقررة، والأمر كذلك إلا إذا ورد معارض. (عبد)

(٧) قوله: "فكذلك" في "الأسرار": أن خطاب التطهير ساقط عند عدم الماء، فصار هذا الثوب، وثوب طاهر مساويين، وليس عليه خطاب التطهير، ولأن ربع الثوب لو كان طاهرا لم يجز إلا أن يصلي فيه، فكذلك ههنا؛ لأن نجاسة ثلاثة أرباع في إفساد الصلاة، ونجاسة الكل فيه سواء حالة الاختيار، وهما سواء أيضًا في حالة الاضطرار في أن لا يفسدها إلا أنا نقول: إن خطاب الستر بسبب النجاسة ساقط في حق الصلاة؛ لأن الله تعالى ما خاطب بالستر للصلاة إلا طاهرًا، ولما سقط الخطاب بالستر صار حال العرى كحال الستر باعتبار أن خطاب الستر عنه ساقط، فحينئذٍ صار عرى العورة كعرى الوجه في جق سقوط الخطاب بالستر، فلما استوى الجانبان من غير تفاوت بينهما كان مخيرًا بينهما.

وأما إذا كان ربع الثوب طاهرًا، فقد توجه عليه الخطاب، فبقدر الطاهر توجه، وسقط بقدر النجس، فرجحنا جهة الوجوب؛ لأن الباب باب العبادات. (نهاية)

(٨) قوله: "عند محمد" قال في "الأسرار": ولكن قول محمد أحسن، وفيه نظر. (ف)

(٩) قوله: "لأن في الصلاة فيه" أي في الثوب الذي يكون الطاهر منه أقل من الربع. (عناية)

الصلاة عريانًا ترك الفروض[١].

وعند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح يتخير بين أن يصلي عريانًا، وبين أن يصلي فيه، وهو الأفضل؛ لأن كل واحد[٢] منهما[٣] مانع جواز الصلاة حالة الاختيار، ويستويان[٤] في حق المقدار[٥]، فيستويان في حكم الصلاة، وترك الشيء[٦] إلى خلف[٧] لا يكون تركا[٨]، والأفضلية لعدم اختصاص الستر بالصلاة، واختصاص الطهارة بها[٩].

---

(١٠) ترك فرض واحد [وهو الطهارة. ع]" فإن قلت: بل ليس فيه ترك الفرض أصلا؛ لسقوط التطهير عند العجز، أجيب بأن المراد أن المكلف ههنا مبتلى بين أن يترك من جملة الفروض التي لا يسع تركها اختيارا فرض واحد أو أكثر، فيختار الأقل. (إله داد)

(١) قوله: "ترك الفروض" وهي القيام والركوع والسجود، وترك العورة في الجملة، وهو مانع كما أن ستر كل عورة مانع، وفيه بحث؛ لأن الدليل لا يثبت دعواه؛ إذ للعريان جواز ترك القيام، فلم يلزم ترك الفروض مطلقًا، نعم يلزم ترك الفروض على الوجه الأفضل. (عبد)

(٢) قوله: "لأن إلخ" حاصله أنهما يستويان في الموضعين في المنع، والمقدار، فيجب أن يستويا في حق الصلاة. (ع)

(٣) قوله: "منهما" أي من انكشاف العورة والنجاسة. (ع)

(٤) قوله: "ويستويان" خبر مبتدأ محذوف؛ ليكون عطف جملة اسمية على اسمية. (ع)

(٥) قوله: "في حق المقدار" أي في أن القليل من كل منهما معفو، وإن لم يكونا في كيفية القلة متساويين. (عبد)

(٦) قوله: "وترك الشيء إلخ" جواب عما قاله محمدرح: من أنه يلزم حينئذٍ ترك الفروض. (عبد)

(٧) قوله: "إلى خلف [وهو الإيماء. عبد]" فإن قلت: الإيماء ليس بخلف عن الركوع والسجود؛ لأنه بعضهما وبعض الشيء لا يصلح خلفا عنه؛ لأن فيه جعل الشيء خلفا عن نفسه، إذ الأصل مجموع هو داخل فيه، فمتى صار خلفا عن المجموع كان خلفا عن نفسه ضرورة، وعن هذا صرح صاحب "الكافي" في باب المريض أن الإيماء ليس بخلف عن الركوع والسجود، لكنه يسقط عنه ما عجز ولزم ما قدر من عينه.
أجيب أولا بالنقض، فإنهم يقيمون الأكثر مقام الكل، ولا ذلك سوى إقامة بعض الشيء مقامه، وجعله خلفا عنه، وثانيا: بالحل، وذلك أن البعض إنما يقام مقام الكل إذا أفاد ما أفاده الكل، فهو في التحقيق ليس من إقامة بعض الشيء مقام كله، بل هو من إقامة ما يفيده البعض مقام ما يفيده الكل، وما يفيده البعض ليس بجزء لما يفيده الكل مثلا أنا نقيم التعظيم الحاصل بالإيماء مقام التعظيم الحاصل بالأركان، والتعظيمان متغايران. (د)

(٨) فإن خلف الشيء يكون حكمه حكم ذلك الشيء. (عبد)

(٩) قوله: "اختصاص الطهارة بها" يعني أن نفع الستر شامل للصلاة وغيرها، وهو نظر الناس بخلاف

ومن لم يجد ثوبًا صلّى عريانًا قاعدا يومئ بالركوع والسجود، هكذا(١) فعله أصحاب * رسول الله عليه السلام(٢)، فإن صلى قائمًا أجزأه؛ لأن فى القعود ستر العورة الغليظة، وفى القيام أداء هذه الأركان(٣)، فيميل إلى أيهما شاء إلا أن الأول(٤) أفضل(٥)؛ لأن الستر وجب لحق الصلاة وحق الناس، ولأنه لا خلف له، والإيماء خلف عن الأركان. قال: وينوى الصلاة التى يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل(٦)، والأصل فيه قوله عليه السلام(٧): «الأعمال بالنيات(٨)»**، ولأن ابتداء الصلاة بالقيام(٩)، وهو متردد بين

الطهارة. (عبد)

(١) قوله: "هكذا إلخ" أخبرنا معمر عن قتادة قال: إذا خرج ناس من البحر عراة، فأمّهم أحدهم صلوا قعودا، وكان إمامهم فى الصف يومئون إيماء، رواه عبد الرزاق فى "مصنفه". (ت)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٣٢، ص١٢٤، ونصب الراية ج١ ص٣٠١ (نعيم).

(٢) قوله: "أصحاب إلخ" روى أنهم ركبوا فى سفينة، فانكسرت بهم السفينة، فخرجوا من البحر عراة، فصلوا قعودا. (عناية)

(٣) قوله. "أداء هذه الأركان" ظاهر ما فى "الهداية" يحكم بأنه لا يجوز الإيماء قائما، وفى "ملتقى الأبحر": إن شاء صلى عُريانًا بالركوع والسجود، أو مومئًا، إما قائمًا، أو قاعدًا.
قال الزيلعى: هذا نص على جواز الإيماء قائمًا، وفى "البحر": على هذا فالمخير فيه أربعة أشياء، وينبغى أن يكون الرابع دون الثالث فى الفضل، انتهى. قلت: الحق جواز الصور الأربع، وعليه مشى الطرابلسى فى "البرهان"، والزاهدى فى "المجتبى"، والحلبى فى "شرحيه الصغير والكبير"، والقهستانى فى "شرح النقاية"، وإلياس زاده فى "شرح النقاية"، والشرنبلالى فى "نور الإيضاح". (السعاية)

(٤) أى الصلاة قائمًا. (ن)

(٥) قوله: أفضل [من الصلاة قائما. ن]" لأن فى القعود ستر العورة الغليظة، وفرضية ستر العورة آكد من فرضية الركوع والسجود بدليل أن النافلة تصلى على الدابة بإيماء، ولا تجوز الصلاة بدون ستر العورة حالة المقدرة بحال ما. (نهاية)

(٦) قوله: "بعمل" المراد منه ههنا عمل ليس من جنسه مجوزا فى الصلاة، كالأكل والشرب دون الحركة إلى المسجد والتوضئ. (عبد)

(٧) رواه الأئمة الستة فى كتبهم كلهم بلفظ "إنما". (ت)

(٨) قوله: "الأعمال [رواه ابن حبان بغير "إنما"] بالنيات". فإن قلت: الحديث محمول على حكم الآخرة

العادة والعبادة، ولا يقع التميز(١) إلا بالنية(٢)، والمتقدم(٣) على التكبير كالقائم عنده(٤) إذا لم يوجد ما يقطعه، وهو عمل لا يليق بالصلاة، ولا معتبر(٥) بالمتأخرة منها(٦) عنه؛ لأن ما مضى(٧) لا يقع عبادة لعدم النية، وفي الصوم جوزت(٨) للضرورة.

من الثواب والعقاب على ما صرح به في البزدوي، فكيف يصح التمسك به لاشتراط النية في صحة الصلاة التي من أحكام الدين.

أجيب بالمنع لجواز أن يكون المراد بنفس الحكم أعم من الدنيوي والأخروي؛ إذ لا وجه لتخصيص الأخروي، وما ذكره فخر الإسلام من وجه التخصيص به، ففيه كلام عرف في موضعه، ولئن سلم فهو على تقدير حمله على الحكم الأخروي يدل على عدم صحة العبادات بدون النية؛ لأن المقصود منها الثواب حتى لا يخاطب بها الكافر؛ لأنه ليس بأهل لحكمه، فلا يكون صحيحة بدون الثواب، إذا الشيء يبطل ببطلان ما هو المقصود منه، ولا ثواب إلا بالنية، فيشترط لصحة العبادات بالضرورة. (د)

** أخرجه الأئمة الستة انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٣٣، ص١٢٤، ونصب الراية ج١ ص٣٠١ (نعيم).

(٩) قوله: "لأن إلخ" حاصله أن الصلاة عبادة، والعبادة لا يمكن حصولها بدون نية امتثال الأمر، أو تعظيم الحق إلى غير ذلك، فإن الشخص إذا قام يحتمل ذلك القيام عادة وعبادة وغيرها، فلم يتيقن أنها عبادة، فإذا أريد اعتبار كونها عبادة لزمه النية حتى يتحقق كونه عبادة. (عبد)

(١) قوله: "إلا بالنية" لا يقال: يحصل بالتكبير؛ لأنا نقول: لا نسلم ذلك؛ فإن الله أكبر يحتمل أن يكون بغرض آخر. (عبد)

(٢) قوله: "ولا يقع التميز إلا بالنية" لا يقال: هذا يقتضي مقارنة النية للقيام مع أنه لا يشترط المقارنة، قلنا: القياس هو المقارنة لكن جوز التقديم في الجملة؛ لأنه في حكم المتحقق معه. (عبد)

(٣) ذكر وقته. (ع)

(٤) قوله: "كالقائم [هذا على سبيل الجواز. عناية] عنده" في "الخلاصة": ولو نوى قبل الشروع، عن محمد لو نوى عند الوضوء أن يصلي الظهر أو العصر مع الإمام، ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلاة إلا أنه لما انتهى إلى مكان الصلاة لم تحضره النية جازت صلاته بتلك النية، وهكذا روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رح. (ف)

(٥) قوله: "ولا معتبر [رد على الكرخي. ع] بالمتأخرة منها [أي النية. عبد] عنه" وعن الكرخي أنه يجوز بنية متأخرة عن التحريمة، واختلفوا على قوله: إنه إلى متى يجوز.

قال بعضهم: إلى انتهاء الثناء، وقال بعضهم: إلى التعوذ، وقال بعضهم: إلى أن يركع، وقال بعضهم: إلى أن يرفع رأسه من الركوع.

(٦) أي النية. (عبد)

(٧) قوله: "ما مضى" يعني من الأجزاء لا تقع عبادة لعدم النية، والباقية مبنية عليه فلم تجز. (ع)

(٨) قوله: "جوزت" متأخرة عن أول جزئه للضرورة؛ لأن ذلك وقت نوم وغفلة، فلو شرطت النية وقت

والنية(١) هى الإرادة، والشرط(٢) أن يعلم بقلبه(٣) أى صلاة يصلى، أمّا الذكر(٤) باللسان فلا معتبر به(٥)، ويحسن(٦) ذلك لاجتماع عزيمته،

الشروع، وهو وقت انفجار الفجر، لضاق الأمر على الناس، وأما الصلاة فإنها تقع فى يقظة، فلا ضيق فى اشتراط النية عنده. (ع)

(١) ذكر نفس النية بأنها ما هى. (عناية)

(٢)قوله: "والشرط أن يعلم إلخ" مما ينبغى أن يعلم أنه قال فى "الهداية": النية هى الإرادة، والشرط أن يعلم بقلبه أى صلاة يصلى، أما الذكر باللسان فلا يعتبر به، ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته، واعترض عليه بأن هذا يرجع إلى تفسير النية بالعلم، وهو غير صحيح.

وأجاب عنه بعضهم بأن مراده الجزم بتخصيص الصلاة التى يدخل فيها، وتمييزها عن فعل العادة إن كانت نفلا، وعما يشاركها فى أخص أوصافها. وهو الفرضية إن كانت فرضًا؛ لأن التخصيص والتمييز بدون العلم لا يتصور، ورده ملا خسرو فى "الدرر" بأن هذا الجواب يقوى الاعتراض ولا يدفعه؛ لأن الجزم علم خاص، انتهى.

فالأحسن فى الجواب هو ما أشار إليه العينى، وصوبه صاحب "الدرر" من أن مراده بيان أن المعتبر فى النية التى هى الإرادة عمل القلب اللازم للإرادة، وهى أن يعلم بداهة أى صلاة يصلى، وإن لم يقدر على الجواب إلا بتأمل لم يجز صلاته، فعلم من ذلك أن العلم غير النية، ولكنه شرطها، وقريب منه ما ذكره ابن ملك فى "شرح مجمع البحرين" لتأويل كلام محمد بن سلمة، (السعاية فى كشف ما فى شرح الوقاية).

قوله: "والشرط أن يعلم إلخ" قيل: العلم ليس بنية، ولذا لو نوى الكفر غداً، يكفر فى الحال، ولو علم الكفر لا يكفر، بل هى قصد الفعل، وأنت قد علمت أن المصنف فسرها بالإرادة، وإنما أراد بالعلم التمييز، فحاصل كلامه النية الإرادة للفعل، وشرطها التعيين فى الفرائض. (ف)

(٣) قوله: "أن يعلم بقلبه إلخ" أقول: ما ذكر صاحب "فتح القدير" حاصل الكلام يلغو عليه ما سيأتى من بيان التعيين فى الفرائض، اللهم إلا أن يقال: لما ذكر بعيد هذا حال نية النفل استطرد بذكر نية الفرائض للتشريح، وأجيب أن المعنى والشرط القصد بأن يعلم بقلبه إلخ والله أعلم. (مولوى محمد عبد الحى)

(٤) وعند الشافعى لا بد منه. (نهاية)

(٥) أى فى حق الجواز. (عناية)

(٦) قوله: "ويحسن [أى الذكر باللسان. عبد] ذلك" اختلفوا فى ذلك اختلافا كثيرا، فمن قائل: إنه بدعة، ومن قائل: إنه مكروه، ومن قائل: إنه سنة، ومن قائل: إنه مستحب، والأصح أنه بدعة حسنة، وقد بسط البحث ملا على القارئ فى أوائل "شرح المشكاة" وزدت أنا كثيرا فى "شرح شرح الوقاية"، وفقنا الله لإتمامه. (مولوى محمد عبد الحى)

قوله: "يحسن ذلك إلخ" اختلفت عبارات فقهائنا وغيرهم فى التلفظ باللسان أنه ما ذا؟ هل هو سنة، أم مستحب، أم بدعة، أم مكروه؟ فذكر جمع أنه حسن أو مستحب، كصاحب "الهداية"، وأقره عليه شراحها، وتبعهم المصنف، والشارح فى "مختصره" وكقاضى خان والنسفى فى "الكافى"، وصححه الزاهدى فى "المجتبى"، وفى "المنية": هو المختار، وبه جزم فى "الغرر" و "التنوير"، وهو مذهب الشافعية، ومنهم من قال: إنه مكروه؛ لأن عمر رض زجر على من سمع ذلك منه، نقله العينى عن جامع الكردرى، والشرنبلالى عن "مجمع

ثم[1] إن كانت الصلاة نفلا يكفيه مطلق النية[2]، وكذا إذا كانت سنة فى الصحيح[3]، وإن كانت فرضًا، فلا بد من تعين الفرض، كالظهر[4] مثلا لاختلاف الفروض، وإن كان مقتديا بغيره ينوى الصلاة ومتابعته؛ لأنه يلزمه فساد[5] الصلاة من جهته، فلا بد من التزامه. قال: ويستقبل القبلة؛ لقوله تعالى: ﴿فولُّوا وجوهكم شطره[6]﴾، ثم من كان بمكة[7]، ففرضه

الروايات"، وهو مذهب المالكية، كما حكاه فى "المرقاة".

وأجيب عن زجر عمررض أنه إنما زجر من جهر به، لا على التلفظ مطلقًا، وقد نقل على القارئ الإجماع على أن الجهر بالنية غير مشروع، فلا يثبت من زجر عمر كراهة مطلق التلفظ.

ومنهم كصاحب "التحفة" من قال: إنه سنة، وعزاه فى "الاختيار" إلى محمد، وقال ابن عابدين عن "البدائع": إن محمدا لم يذكره فى الصلاة، بل فى الحج، فحملوا الصلاة على الحج، وهو حمل على الفارق على ما ذكره فى "الحلية" من أن الحج لما كان مما يمتد، وتقع فيه العوارض والموانع، ويحصل بأفعال شاقة، استحب فيه الجهر بالنية بقوله: «اللهم إنى أريد الحج» إلخ، ولم يشرع مثله فى الصلاة؛ لأن وقتها يسير.

وقال العينى فى "شرح التحفة": لا عبرة بالذكر باللسان، لأنه كلام لا نية، فإن فعله ليجتمع عزيمته عليه، فهو حسن، وهو معنى قول المصنف: اللفظ سنة، انتهى.

أقول: هذا التأويل لا يحتمله لفظ صاحب "التحفة"، والأولى أن يؤول بما ذكره الشرنبلالى فى "مراقى الفلاح" من أن من قال من مشايخنا: إن التلفظ سنة لم يرد به سنة النبى ﷺ، بل سنة بعض المشايخ؛ لاختلاف الزمان، وكثرة الشواغل على القلوب بعد زمان التابعين، انتهى.

ومنهم من قال: إنه بدعة ليس بمستحب، وهو مذهب الحنابلة، ونقل فى "المرقاة" عن "زاد المعاد فى هدى خير العباد" لابن القيم: «كان رسول الله ﷺ إذا قام إلى الصلاة قال الله أكبر»، ولم يقل شيئًا قبلها، ولا تلفظ بالنية، ولا قال: أصلى صلاة كذا مستقبلا للقبلة أربع ركعات إمامًا أو مأمومًا، ولاقال: أداء، ولا قضاء، ولا تلفظ بالنية، وهذه بدع، لم ينقل عنه أحد قط لا بسند صحيح، ولا بسند ضعيف، ولا مسند، ولا مرسل، بل ولا عن أحد من أصحابه، وما استحبه التابعون، ولا الأئمة الأربعة. (السعاية)

(۱) بيان لكيفية النية. (عناية)

(۲) قوله: "مطلق النية" لأن ذكر النية فى النفل للتمييز عن العادة، وهو يحصل بمطلق النية. (عناية)

(۳) قوله: "فى الصحيح" احتراز عما قيل: إنه لا بد من أن ينوى سنة رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم؛ لأن فيها صفة زائدة على النفل المطلق كالفرض. (عناية)

(٤) إذا قرن باليوم. (ع)

(٥) قوله: "فساد الصلاة من جهته" أى يلزم المقتدى فساد الصلاة من جهة الإمام، فلا بد من التزام الاقتداء حتى لو ظهر ضرب فساد كان ضررًا ملتزمًا. (نهاية)

(٦) أى المسجد الحرام. (عناية)

(۷) وكذا المدنى؛ لثبوت قبلة المدينة بالوحى. (الدر المختار)

إصابة عينها[١]، * ومن كان غائبًا، ففرضه إصابة جهتها هو الصحيح[٢]؛ لأن التكليف بحسب الوسع، ومن كان خائفًا[٣] يصلى إلى أى جهة قدر؛ لتحقق العذر، فأشبه حالة الاشتباه. فإن اشتبهت عليه القبلة، وليس[٤] بحضرته[٥] من يسأله عنها اجتهد[٦]؛ لأن الصحابة[٧] تحروا وصلوا، ولم ينكر عليهم رسول الله عليه السّلام، ** ولأن العمل

(١) لأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم صلى فى المسجد الحرام متوجهًا إلى الكعبة، ومضى على ذلك الصحابة والتابعون، فكان إجماعًا. (عناية)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٣٤و١٣٥، ص١٢٥، ونصب الراية ج١ ص٣٠٣(نعيم).

(٢) قوله: "هو الصحيح" ذكر فى "المحيط": ومن كان غائبًا عن الكعبة، ففرضه جهة الكعبة، لا عينها. وهذا قول الشيخ أبى الحسن الكرخى، والشيخ أبى بكر الرازى؛ لأنه ليس فى وسعه سوى هذا، والتكليف بحسب الوسع، وعلى قول الشيخ أبى عبد الله الجرجانى من كان غائبًا عنها، ففرضه إصابة عينها؛ لأنه لا فصل فى النص، وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط نية عين الكعبة، فعلى قول أبى عبد الله: يشترط، وهذا لأن عند أبى عبد الله لما كانت إصابة عينها فرضًا، ولا يمكن إصابة عينها حال الغيبة عنها إلا من حيث النية شرط نية عينها. (نهاية)

(٣) من عدو، أو غيره. (ع)

(٤) قوله: "وليس إلخ" لأنه لو كان بحضرته من أهل المكان من يسأله لا يجوز التحرى، وكذا لا يجوز مع المحاريب، فلو لم يكن من أهل المكان، ولا عالمًا بالقبلة، أو كان المسجد لا محراب له، أو سألهم، فلم يخبروه تحرى. (ف)

(٥) قوله: "بحضرته" إشارة إلى أنه ليس عليه طلب من يسأله عند الاشتباه، والأوجه أنه إذا علم أن للمسجد قوما من أهله مقيمين غير أنهم ليسوا بحاضرين فيه وقت دخوله وجب طلبهم ليسألهم قبل التحرى؛ لأن التحرى معلّق بالعجز عن تعرف القبلة بغيره. (ف)

(٦) قوله: "اجتهد" فلو صلى من اشتبهت عليه بلا تحرٍّ، فعليه الإعادة إلا أن علم بعد الفراغ أنه أصاب. (ف)

(٧) قوله: "لأن الصحابة إلخ" قلت: روى من حديث عامر بن ربيعة ومن حديث جابر، فحديث عامر ابن ربيعة أخرجه الترمذى، وابن ماجة عن أشعث بن سعيد السمان عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله ابن عامر ابن ربيعة عن أبيه عامر بن ربيعة قال: "كنا مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فى سفر"، زاد الترمذى: "فى ليلة مظلمة"، قال: فتغيمت السماء، وأشكلت علينا القبلة، فصلينا بما علمنا، فإذا طلعت الشمس إذا نحن صلينا لغير القبلة، فذكرنا ذلك للنبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم فأنزل الله تعالى ﴿فأينما تولوا فثم وجه الله﴾، انتهى. (ت)

** كما في حديث أخرجه أبوداود الطيالسي والترمذي وابن ماجه من حديث عامر بن ربيعة انظر الدراية ج١رقم الحديث١٣٦، ص١٢٥، ونصب الراية ج١ ص٣٠٤(نعيم).

بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه، والاستخبار(١) فوق التحرى(٢)، فإن علم أنه أخطأ بعد ما صلى لا يعيدها.

وقال الشافعى رح: يعيدها إذا استدبر لتيقنه بالخطأ(٣)، ونحن نقول: ليس فى وسعه إلا التوجه إلى جهة التحرى، والتكليف مقيد بالوسع(٤).

وإن علم ذلك فى الصلاة استدار إلى القبلة؛ لأن أهل قباء(٥) لما

---

(١) فيترك به التحرى. (ف)

(٢) قوله: "فوق التحرى" فإن لم يخبره المستخبر حين سأله، فصلى بالتحرى، ثم أخبره لا يعيد لو كان مخطئاً. (ف)

(٣) قوله: "لتيقنه بالخطأ" لا يخفى أن تيقن الخطأ ثابت فى توجهه إلى جهة اليمنة و اليسرة، فجعله المدار يوجب الإعادة فى الصور كلها، نعم فى الاستدبار تمام البعد عن الاستقبال. (ف)

(٤) قوله: "مقيد بالوسع" فإن قلت: هذا التعليل لا يكون جوابا للشافعى، فإن له أن يقول: سلمنا أن التكليف مقيد بالوسع، لكن هذا حال العمل فإن له أن يعمل حال توجه الخطاب إليه بالفعل بما فى وسعه، ولا يأثم بما فعل عند ضهور الخطأ، فأما إذا ظهر خطأه يقينا، فكان فعله كلا فعل فى حق وجوب الإعادة، كما إذا صلى فى ثوب باجتهاده على أنه طاهر، ثم تبين أنه نجس، وكما إذا توضأ بما فى الأوانى بالتحرى بأنه طاهر، ثم تبين أنه نجس، وكذا إذا حكم الحاكم باجتهاده فى حكم، ثم وجد نصا بخلافه، فكان فعله كلا فعل، فعليه الإعادة فى هذه المسائل لظهور خطئه بيقين مع جواز العمل بما فى وسعه عند توجه الخطاب بالعمل بذلك، والذى نحن بصدده من قبيل هذا؛ لأنه لما كان مستدبرا للقبلة فى صلاة ظهر خطئه بيقين، فكان من جنس هذه المسائل حتى إنه لو ظهر أنه صلى على يمين القبلة، أو يساره، فإنا نساعدكم فيه لأنه لم يظهر خطأه بيقين.

قلت: فى هذا التعليل جواب له، وهذا لأن التكليف بالشيء الذى غاب عنه علمه حقيقة على نوعين: أحدهما: ما غاب عنه علمه حقيقة. ولكن لو استقصى فى طلبه يمكن درك حقيقته، ويمكن العمل به على وجه لا يبقى فيه شبهة.

والثانى: هو ما انقطع حقيقته من جنس الانس، ولا يدرك حقيقته أحد منهم وإن استقصى أحدهم، فمن الأول هو ما ذكر من المسائل، وذلك لأن القاضى مثلا؛ لما قضى باجتهاده، ثم روى له نص بخلافه كان الجهل به جاء من تقصيره فى الطلب، فإنه لو طلب حق الطلب لأصابه، فصار كالذى اجتهد فى المصر، وأخطأ المحراب، وكذلك المصلى فى ثوب أمر بإصابة الطاهر حقيقة؛ لأن فى وسعه غسل ذلك، وكذلك فى ماء الوضوء كان استخباره فى وسعه ممن له العلم بحقيقة نجاسته، وأما علم جهة الكعبة فمن النوع الثانى، وذلك لأن مبنى علم جهة الكعبة للغائب على النجم، لا على خبر الناس، فإن المخبر لو أخبره إنما يخبره عن النجم مثلا، ثم كل منهما عجز عن الاستدلال بالنجم بعارض الغيم، وذلك من الله تعالى. (نهاية)

(٥) قوله: "لأن أهل قباء [بالضم والمد: قباء مسجد بالمدينة المنورة. عناية] إلخ" أخرجه البخارى ومسلم عن مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال: بينما الناس فى صلاة بقباء إذ جاءهم آتٍ، فقال: إن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قد أنزل عليه الليلة قرآن، وقد أمر أن يستقبل الكعبة، فاستقبلوها، وكانت وجوههم إلى الشام، فاستداروا إلى الكعبة، انتهى. (ف)

سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم فى الصلاة، واستحسنه النبى عليه السلام، * وكذا إذا تحول رأيه إلى جهة أخرى، توجه إليها؛ لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدّى(٢) قبله.

ومن أمّ قومًا فى ليلة مظلمة(٣)، فتحرى القبلة، وصلى إلى المشرق، وتحرى من خلفه(٤)، فصلى كل واحد منهم إلى جهة، وكلهم خلفه(٥)، ولا يعلمون ما صنع الإمام أجزأهم؛ لوجود التوجه إلى جهة التحرى، وهذه المخالفة(٦) غير مانعة(٧)، كما فى جوف الكعبة(٨).

---

* أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عمر انظر الدراية ج١رقم الحديث١٣٧، ص١٢٥، ونصب الراية ج١ ص٣٠٥ (نعيم).

(٢) قوله: "من غير نقض المؤدى" لما ذكرنا من أن دليل الاجتهاد بمنزلة دليل النسخ، وأثر النسخ يظهر فى المستقبل فى الماضى. (ع)

(٣) قوله: "ومن أم إلخ" أى صلى قوم فى ليلة مظلمة بالجماعة، وتحروا القبلة، وتوجه كل واحد إلى جهة تحريه، ولم يعلم أحد أن الإمام إلى أى جهة توجه، لكن يعلم كل واحد أن الإمام ليس خلفه جازت صلاتهم. (شرح الوقاية)

(٤) من اقتدى.

(٥) قوله: "وكلهم خلفه" فى قوله: وهم خلفه تساهل؛ لأن كلا منا فى ما إذا لم يعلم أحد أن الإمام إلى أى جهة توجه، فكيف يعلم أنه خلف الإمام؟

فالمراد أنه يعلم أن الإمام أمامه، وهذا أعم من أن يكون خلف الإمام أولا؛ لأن الإمام إذا كان قدامه يحتمل أن يكون وجهه إلى وجه الإمام، أو إلى جنبه، أو إلى ظهره، وإنما يكون هو خلف الإمام إذا كان وجهه إلى ظهر الإمام، وحينئذٍ يكون جهة توجه الإمام معلومة، وكلامنا ليس فى هذا. (شرح الوقاية)

قوله: "وكلهم خلفه إلخ" اعترض ههنا بأن صورة هذه المسألة مشكلة؛ لأن صلاة الليل جهرية، فيعلم كل من المقتدين حال الإمام بصوته.

وأجيب عنه بوجوه: الأول: يحتمل أن تكون الجماعة فى قضاء صلاة سرّية، الثانى: أنه يجوز أن يترك الإمام الجهرسهوًا.

الثالث: أنه لا يلزم من سماع صوته معرفة جهته، فلعلهم عرفوا بصوته أنه ليس خلفهم، لكن لم يحصل لهم التمييز أنه إلى أى جهة توجه، كذا فى "النهاية" وغيرها. (السعاية فى كشف ما فى شرح الوقاية)

(٦) من المقتدى للإمام.

(٧) لصحة الاقتداء. (علوى)

(٨) قوله: "كما فى جوف الكعبة" فإنه لو جعل بعض القوم ظهره إلى ظهره جاز. (علوى على شرح الوقاية)

ومن علم منهم[١] بحال إمامه تفسد صلاته[٢]؛ لأنه اعتقد إمامه على الخطأ[٣]، وكذا لو كان متقدمًا على الإمام؛ لتركه فرض المقام[٤].

باب[٥] صفة الصّلاة[٦]

فرائض[٧] الصلاة ستة[٨]: التحريمة[٩]؛ لقوله تعالى[١٠]: ﴿وربّك فكبر[١١]﴾، والمراد به[١٢] تكبيرة الافتتاح، والقيام؛ لقوله تعالى: ﴿وقوموا لله قانتين[١٣]﴾، والقراءة؛ لقوله تعالى: ﴿فاقرأوا ما تيسر[١٤] من القرآن﴾.

---

(١) أى القوم المقتدين. (نهاية)

(٢) قوله: "تفسد صلاته" بخلاف جوف الكعبة؛ لأنه ما اعتقد إمامه مخطئا إذ الكل قبلة. (علوى)

(٣) قوله: "لأنه اعتقد إمامه على الخطأ" قالوا: دلت المسألة على الخطأ فى الاجتهاد. (د)

(٤) لأن مقامه خلفه. (علوى)

(٥) قوله: "باب" شرع فى المقصود بعد الفراغ من مقدماته. (ف)

(٦) قوله: صفة [من قبيل إضافة الجزء إلى الكل. نهاية] الصلاة" الصفة والوصف مترادفان، والهاء عوض عن الواو، كما فى العدة والوعد، وعند المتكلمين من أصحابنا الوصف: هو كلام الواصف، والصفة: هى المعنى القائم بذات الموصوف، والظاهر أن المراد بالصفة ههنا الهيئة الحاصلة للصلاة من القيام والركوع والسجود. (ع)

(٧) قوله: "فرائض الصلاة" ذكرها بلفظ الفرائض دون الأركان؛ لما أنها أعم من الأركان والشروط، ولفظ الفرائض يتناولهما، فإن الأربعة منها، وهى القيام والقراءة والركوع والسجود أركان أصلية.
والتحريمة شرط جواز الصلاة، والقعدة الأخيرة هى وإن كانت فرضا إلا أنها ليست بركن أصلى فى الصلاة بدليل أنها لم تشرع فى الركعة الأولى، كذا فى "مبسوط شيخ الإسلام". (نهاية)

(٨) قوله: "ستة" القياس أن يقال: ست؛ لأن الفرائض جمع فريضة، وهى مؤنثة لكنه قال: على تأويل الفروض. (نهاية)

(٩) قوله: "التحريمة" إنما اختصت التكبيرة الأولى بهذا الاسم؛ لأنها تحرم الأشياء المباحه قبلها بخلاف سائر التكبيرات. (نهاية)

(١٠) قوله: "لقوله تعالى" روى أنه لما نزل «قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: الله أكبر فكبرت خديجة وفرحت وأيقنت أنه وحى»؛ لأن سورة المدثر أول سورة نزلت. (عناية)

(١١) دخلت الفاء لمعنى الشرط. (ع)

(١٢) قوله: "والمراد به [بإجماع أهل التفسير. ع]" لأنه لا يجب خارج الصلاة. (نهاية)

(١٣) قوله: "قانتين" أى ساكتين، وقيل: خاشعين، وقيل: مطيعين. (عناية)

والركوع والسجود(١)؛ لقوله تعالى: ﴿واركعوا(٢) واسجدوا﴾، والقعدة(٣) في آخر الصلاة(٤) مقدار التشهد؛ لقوله(٥) عليه السلام لابن مسعود رضـ حين علّمه التشهد: «إذا قلت(٦) هذا أو فعلتَ هذا فقد تمت

---

(١٤) قوله: "ما تيسر" وسنذكر مقدار القراءة وقول مخالفنا في فصل القراءة. (ع)

(١) قوله: "والسجود" واعترض على المصنف وغيره من الفقهاء أن الأولى لهم أن يقولوا: والسجدتان؛ لأن الفرض في كل ركعة هو هذا، ووفقه القهستاني بأن المراد بالسجود السجدتان بناء على أن أسماء الأجناس تدل على العدد عند أهل العربية، وفيه ضعف ظاهر، فإن دلالة اسم الجنس عندهم إنما هو على التوحد، لا على التثنية، بل قد صح عند محققيهم أيضاً أن لا دلالة لاسم الجنس على العدد، فإنه موضوع لنفس الطبيعة، والعدد يستفاد من الخارج ،على أن دلالته على العدد إنما هو في اسم الجنس المنكر، لا المعرف.
فالأولى في الجواب أن يقال: غرضهم في هذا المقام ليس إلا تعداد جنس الفرائض من دون تعيين كمياتها، ولذا أفردوا القيام والركوع مع كونهما متعددين في الصلاة. (السعاية)

(٢) ليست الواو في القرآن.

(٣) قوله: "والقعدة" ذكر في "الإيضاح" :فأما القعدة الأخيرة، فمن جملة الفروض، وليست من الأركان، والفرق بين الركن والفرض، أن ركن الشيء ما يفسر به ذلك الشيء، وتفسير الصلاة لا يقع بالقعدة،وإنما يقع بالقيام والقراءة، والركوع والسجود، ودرجة القراءة في الركنية أحط من غيرها، ولذا لو حلف لا يصلي، فقام وقرأ وركع وسجد يحنث في يمينه، ولو كان القعدة من جملة الأركان لتوقف الحنث عليها. (ن)

(٤) قوله: "في آخر الصلاة" اختلف المشايخ في قدر الفرض من القعدة قيل: قدر ما يأتي بالشهادتين، والأصح أنه قدر قراءة التشهد إلى عبده ورسوله. (ف)

(٥) قوله: "لقوله" فإن قيل: هذا خبر واحد، وهو بصراحته لا يفيد الفرضية، فكيف مع هذا التكلف العظيم؟
أجيب بأن قوله تعالى: ﴿أقيموا الصلاة﴾ مجمل، وخبر الواحد لحق بيانا له، والمجمل من الكتاب إذا لحقه البيان الظني كان الحكم بعده مضافا إلى الكتاب، لا إلى البيان في الصحيح، وقد قررناه في التقرير، لا يقال: فليكن الأمر في قراءة الفاتحة كذلك، فتكون واجبة؛ لأن نص القراءة ليس بمجمل، بل هو خاص، فيكون الزيادة عليه نسخًا بخبر الواحد، وهو لا يجوز.
ووجه آخر وهو أن خبر الواحد إذا كان متلقى بالقبول جاز إثبات الركنية به، فأولى أن يجوز إثبات الفرضية؛ لأن درجة الركنية أعلى، وقد ثبتت ركنية الوقوف بعرفات بقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «الحج عرفة»، والوقوف معظم أركان الحج لا محالة. (ع)

(٦) قوله: "إذا قلت [الأصح أنه مدرج في آخر الحديث من قول ابن مسعود، لكنه لا يضر، فإن للموقوف في ما لا يعقل بالرأي حكم المرفوع، كذا في "فتح القدير"] هذا إلخ" قلت: أخرجه أبو داود في "سننه": حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي حدثنا زهير حدثنا الحسن بن الحر عن القاسم بن مخيمرة قال: «أخذ علقمة بيدي، فحدثني أن عبد الله بن مسعود أخذ بيده، وأن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أخذ بيد عبد الله فعلمه التشهد في الصلاة فذكره إذا قلت هذا أو قضيت هذا فقد قضيت صلاتك إن شئت أن تقعد فاقعد» انتهى. (ت)

صلاتك»*، علّق التمام بالفعل قرأ أو لم يقرأ[٢].

قال: وما سوى ذلك[٣] فهو سنة، أطلق[٤] اسم السنة وفيها واجبات[٥] كقراءة الفاتحة، وضم السورة معها، ومراعاة الترتيب فيما شرع[٦] مكرراً من الأفعال[٧]، والقعدة الأولى، وقراءة التشهد في

---

* أخرجه أبوداود انظر الدراية ج١رقم الحديث١٣٨، ص١٢٦، ونصب الراية ج١ ص٣٠٦(نعيم).

(٢) قوله: "أو لم يقرأ" لأن معناه إذا قلت وأنت قاعد، أو قعدت ولم تقل شيئا؛ لأن قراءة التشهد بدون فعل القعود لا يتصور، فصار الفعل أصلا دون القول، كذا وجدت بخط الأستاذ مولانا فخر الدينرح. (نهاية)

(٣) أي ما ذكرنا من الفرائض. (ع)

(٤) القدورى.

(٥) قوله: "واجبات" المراد من واجبات الصلاة هو أن تجوز الصلاة بدونها، وتجب سجدتا السهو بتركها ساهيًا، والسنن: ما فعله رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم على طريق المواظبة، ولم يتركها إلا بعذر نحو الثناء والتعوذ، وتكبيرات الركوع والسجود.

والآداب: كل ما فعله رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم مرة أو مرتين، ولم يواظب عليه، كزيادة التسبيحات في الركوع والسجود على الثلاثة، والزيادة على القراءة المسنونة. (نهاية)

(٦) قوله: "في ما شرع مكررا [في كل ركعة. د] من الأفعال" كالسجدة، فإن ترك الثانية من الركعة الأولى ساهيا، ثم قام وصلى صلاته، ثم تذكر فعليه أن يسجد المتروكة، وسجد للسهو، ولو تذكر في ركوع الثانية أنه ترك سجدة من الركعة الأولى، فانحط من ركوعه وسجدها، لا يلزم عليه إعادة الركوع؛ لأن الترتيب ليس بفرض، فلا يرتفض الركوع بخلاف ما شرع غير مكرر، فإن الترتيب فيها فرض، حتى يرتفض الركوع بالعود إلى السورة، كذا في "الحميدية". (د)

(٧) قوله: "من الأفعال" ذكر في "حواشي الهداية" نقلا عن "المبسوط" كالسجدة، فإنه لو قام إلى الثانية بعد ما سجد سجدة واحدة قبل أن يسجد الأخرى يقضيها، ويكون القيام معتبرا؛ لأنه لم يترك إلا الواجب.

أقول: قوله: فيما تكرر، ليس قيدا يوجب نفي الحكم عما عداه، فإن مراعاة الترتيب في الأركان التي لا يتكرر في ركعة واحدة كالركوع ونحوه واجب أيضًا على ما سيأتي في باب سجود السهو أن سجود السهو تجب بتقديم ركن إلخ.وأوردوا لذلك نظير الركوع قبل القراءة، وسجدة السهو لا تجب إلا بترك الواجب، فعلم أن الترتيب بين الركوع والقراءة واجب مع أنهما غير مكرر في ركعة واحدة،

وقد قال في "الذخيرة":أما تقديم الركن نحو أن يركع قبل أن يقرأ، فلأن مراعاة الترتيب واجبة عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر، فإنها فرض عنده، فعلم أن رعاية الترتيب واجبة مطلقًا، فلا حاجة إلى قوله: فيما تكرر، فلذا لم أذكره في "المختصر"، ويخطر ببالي أن المراد بما تكرر في الصلاة على سبيل الفرضية احتراز عما لا يتكرر في الصلاة على سبيل الفرضية، وهو تكبيرة الافتتاح، والقعدة الأخيرة، فإن مراعاة الترتيب في ذلك فرض. (شرح وقاية)

الأخيرة(١)، والقنوت في الوتر، وتكبيرات العيدين، والجهر فيما يجهر فيه، والمخافتة فيما تخافت فيه، ولهذا يجب عليه سجدتا السهو بتركها، هذا(٢) هو الصحيح، وتسميتها سنة(٣) في الكتاب؛ لما أنه ثبت وجوبها بالسنة(٤). وإذا شرع(٥) في الصلاة كبّر؛ لما تلونا(٦)، وقال عليه السلام(٧): «تحريمها التكبير»*، وهو شرط(٨) عندنا، خلافا للشافعي رح حتى إن(٩) من تحرم للفرض كان(١٠) له أن يؤدي بها التطوع، وهو(١١) يقول:

---

(١) قوله: "في الأخيرة" في "الهداية": أن قراءة التشهد في القعدة الأولى سنة، وفي الثانية واجبة، لكن المصنف لم يأخذ بهذا؛ لأن قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم لابن مسعود: «قل التحيات لله» إلخ، لا يوجب الفرق في قراءة التشهد في الأولى والثانية، بل يوجب الوجوب في كليهما، ولما كانت القراءة في القعدة الأولى واجبة، كانت القعدة الأولى واجبة أيضًا لا سنة، هذه عبارة "شرح الوقاية"، واعترض عليه بعض شراح "الوقاية" بأن في "الهداية" لم يصرح بأن قراءة التشهد في الأولى سنة.

أقول: قد قيد فيها القعدة بالأخيرة، وهو يؤذن بأن قراءة التشهد في الأولى ليست واجبة إذا التخصيص في الروايات ينفي ما عداه. (چلپی)

(٢) قوله: "هذا هو الصحيح" احتراز عن جواب القياس في تكبيرات العيدين، وقنوت الوتر، فإن فيهما الاستحسان والقياس، ولكن الصحيح جواب الاستحسان. (نهاية)

(٣) ذكر في "مبسوط شيخ الإسلام" و "التحفة": للصلاة واجبات وسنن وآداب. (نهاية)

(٤) فتدخل الواجبات. (ف)

(٥) أي أراد الشروع. (ف)

(٦) يعني ﴿وربك فكبّر﴾. (عناية)

(٧) قال: «مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم» رواه أبو داود. (ت)

* أخرجه أصحاب السنن الأربعة إلا النسائي من حديث علي، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٣٩، ص١٢٦، ونصب الراية ج١ ص٣٠٧ (نعيم).

(٨) للقادر. (ف)

(٩) قوله: "حتى إن إلخ" فإن التكبير للافتتاح لما صار شرطا عندنا جاز أداء النفل بنية الفرض، كما لو طهر للفرض، فأدى بها التطوع جاز، فكذا هذا، وعن الشافعي لا يتأدى النفل بتحريمة الفرض؛ لأنها ركن. (ن)

(١٠) قوله: "كان له إلخ" ومقتضى كون هذا ثمرة كونه شرطا أن يجوز أيضًا بناء الفرض على الفرض، وعلى النفل، وقد روى إجازة ذلك عن أبي اليسر والجمهور على منعه، ومنع الملازمة بين كونه شرطًا، وجواز ما ذكر، أصله النية شرط، ولا تجوز صلاتان بنية واحدة، والوضوء شرط، وكان واجبًا لكل صلاة في صدر الإسلام، نعم بقي أن يقال: إن شرط لكل صلاة لزم أن لا يصح بناء

إنه[١] يشترط لها ما يشترط[٢] لسائر الأركان، وهذا آية الركنية.

ولنا[٣] أنه عطف[٤] الصّلاة عليه في قوله تعالى[٥]: ﴿وذكر اسم ربه فصلى﴾، ومقتضاه[٦] المغايرة، ولهذا لا يتكرر كتكرار[٧] الأركان[٨]، ومراعاة الشرائط لما يتصل[٩] به من القيام.

النفل على الفرض، والأصح بناء الفرض على الفرض، وعلى النفل، ولا جواب إلا باختيار الأول، وصحة النفل تبعا. (ف)

(١١) أي الشافعيرح.

(١) قوله: "إنه يشترط لها إلخ" وكل ما يشترط له ما يشترط لسائر الأركان ركن؛ قياسًا على كل واحد من الأركان. (ع)

(٢) قوله: "ما يشترط لسائر الأركان" من الطهارة، وستر العورة، واستقبال القبلة، والنية، والوقت. (ن)

(٣) قوله: "ولنا إلخ" روى عن ابن عباسرض معنى قوله تعالى: ﴿وذكر اسم ربه فصلى﴾ ذكر معاده وموقفه بين يدى ربه فصلى له، وعن الضحاك ذكر اسم ربه في طريق المصلى، فصلى صلاة العيد، فمع هذه التأويلات كيف يصح الاستدلال به على الخصم؟ (د)

(٤) قوله: "عطف الصّلاة عليه" ولو كانت التكبيرة ركنا كانت من الصلاة، فلا يستقيم عطف الصلاة حينئذٍ؛ لأن الشيء يعطف على غيره، لا على نفسه. (نهاية)

(٥) نزلت الآية في التكبيرة. (نهاية)

(٦) قوله: "ومقتضاه المغايرة" فإن قلت: المغايرة متحققة على تقدير كونه ركنا؛ إذ الجزء غير الكل، أجيب بأن الجزء والكل ليسا بغيرين من كل وجه، فوجبت أن يكون شرطا قولا بكمال المغايرة، وبأن العطف بالفاء التعقيبية يقتضى المغايرة من كل وجه لاستحالة تعقب الكل عن الجزء. (إله داد)

(٧) قوله: "كتكرار الأركان" أقول: إن أريد به تكرار الأركان في جميع ركعات الصلاة كالقيام، والركوع، والسجود، فينتقض بالقراءة حيث لا تتكرر في الركعة الثالثة والرابعة، فيتكلف بأن الأصل في جميع الأركان أن يتكرر في كل الركعات إلا أن القراءة ركن منحط عن درجة الأركان الأخر بدليل أن القادر على القيام، والقعود، والركوع يخاطب بالصلاة، وإن كان أخرس دون العكس، فلذا لم تتكرر في الركعات سوى الأوليين، وإن أريد به التكرار في الجملة، فلا يرد الإيراد المذكور لكن يرد القعدة في صلاة الصبح، اللهم إلا أن يراد التكرار ولو كان في بعض المقامات، هذا ما حضر في بال الآثم والله هو العالم. (مولوى محمد عبد الحيرح)

(٨) الركوع والسجود. (ع)

(٩) قوله: "لما يتصل به" جواب عن قوله: يشترط لها ما يشترط لسائر الأركان، ووجهه أن اشتراط ذلك ليس للتحريمة نفسها، وإنما هو لما يتصل به من القيام الذى هو ركن.
ألا ترى أن الأداء لما انفصل عن الإحرام في باب الحج لم يشترط في الإحرام سائر شرائط الأركان، فإن

ويرفع(١) يديه مع التكبير، وهو(٢) سنة(٣)؛ لأن النبى عليه السّلام واظب(٤) عليه*، وهذا اللفظ يشير إلى اشتراط المقارنة، وهو المروى عن أبى يوسف، والمحكى(٥) عن الطحاوى(٦).

والأصح(٧) أنه(٨) يرفع يديه أولا، ثم يكبر؛ لأن(٩) فعله نفى الكبرياء(١٠) عن غير الله تعالى، والنفى مقدم(١١).

ويرفع يديه حتى يحاذى(١٢) بإبهامَيه شحمة(١٣) أذنيه، وعند

الوقت شرط لأداء سائر الأركان، ولا يشترط للإحرام عندنا. (عناية)

(١) ولا يتكلف للتفريق بين الأصابع عند الرفع. (ع)

(٢) قوله: "وهو" رفع اليدين فى أول الصلاة سنة بلا خلاف. (ع)

(٣) قوله: "سنة [قلت: هذا معروف فى أحاديث صفة صلاة النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم. ت]" لأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين علم الأعرابى الواجبات لم يذكر فيه رفع اليدين بخلاف قراءة الفاتحة، وضم السورة، فإنها مذكورتان فى بعض الروايات. (إله داد)

(٤) قوله: "واظب عليه" والمواظبة وإن كانت من غير ترك تفيد الوجوب، لكن إذا لم يكن ما يفيد أنها ليست للوجوب، وقد وجد، وهو تعليمه الأعرابى من غير ذكره. (ف)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٤٠، ص١٢٧، ونصب الراية ج١ ص٣٠٨ (نعيم).

(٥) قوله: "والمحكى" المروى عبارة عن القول، والمحكى عبارة عن الفعل. (ع)

(٦) قوله: "عن الطحاوى" واختاره شيخ الإسلام، وصاحب "التحفة"، وقاضيخان. (ف)

(٧) قوله: "والأصح" لحديث وائل بن حجر: أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين قام إلى الصلاة يرفع يديه ثم يكبر، ولكنه لما كان معارضا لحديث آخر وهو أن النبى ﷺ كبر ثم رفع، ترك المصنف الاحتجاج بالحديث المسطور. (إله داد)

(٨) وعليه عامة المشايخ. (ف)

(٩) قوله: "لأن فعله إلخ" وعورض بأن الرفع سنة التكبير، فكان مقارنا كتسبيحات الركوع والسجود، وبأن الرفع لإعلام الأصم، فيجب أن يقارن التكبير؛ إذ لو تأخر التكبير عنه، فربما يكبر الأصم قبل تكبيرة الإمام. (د)

(١٠) قوله: "نفى الكبرياء" فإنه يرفع اليد بنفى الكبرياء عن غير الله تعالى، وبالتكبير يثبتها لله تعالى. (نهاية)

(١١) على الإثبات. (ف) كما فى كلمة الشهادتين. (نهاية)

(١٢) قوله: "حتى يحاذى بإبهاميه [بالكسر، بالفارسية: انگشت نر. م]" وبرؤوس أصابعه فروع

الشافعي رح[١] يرفع إلى منكبيه، وعلى هذا[٢] تكبيرة القنوت، والأعياد، والجنازة. له[٣] حديث أبي حُميد الساعدى رض قال: «كان النبى عليه السلام إذا كبر رفع يديه إلى منكبيه»*. ولنا رواية[٤] وائل بن حجر، والبراء[٥]، وأنس رض[٦]: «أن النبى عليه السلام كان إذا كبر رفع

أذنيه. (ف)

(١٣) بالفارسية: نرمهء گوش.

(١) قوله: "وعند الشافعي" مذهبنا هو قول أبي موسى الأشعرى، ومذهب الشافعي قول ابن عمر، ذكره شمس الأئمة السرخسى. (ع)

(٢) الخلاف. (ف)

(٣) قوله: "له حديث أبي حميد الساعدى" قلت: رواه الجماعة إلا مسلما من حديث محمد ابن عمرو عن عطاء، قال: سمعت أبا حميد الساعدى في عشرة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم منهم أبو قتادة، قال أبو حميد: أنا أعلمكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، قالوا: ولم؟ فو الله ما كنت بأكثرناله تبعة، ولا أقدمنا له صحبة، قال: بلى، قالوا:فأعرض، قال: كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا قام إلى الصلاة يرفع يديه حتى يحاذى بهما منكبيه، ثم كبر حتى يقر كل عظم في موضعه معتدلا، ثم يقرأ، ثم يكبر، فيرفع يديه،حتى يحاذى بهما منكبيه، ثم يركع ويضع راحتيه على ركبتيه، ثم يعتدل، فلا يصب رأسه، ولا يقنع، ثم يرفع رأسه، فيقول: «سمع الله لمن حمده»، ثم يرفع يديه حتى يحاذى منكبيه معتدلا، ثم يقول: الله أكبر، ثم يهوى إلى الأرض، فيجافى يديه عن جنبيه، ثم يرفع رأسه، ويثنى رجله اليسرى، فيقعد عليها، ويفتح أصابع رجليه إذا سجد، ثم يقول: «الله أكبر»، ويرفع ويثنى رجله اليسرى، فيقعد عليها حتى يرجع كل عظم إلى موضعه، ثم يصنع في الأخرى مثل ذلك، ثم إذا قام من الركعتين كبر ،ورفع يديه حتى يحاذى بهما منكبيه، كما كبر عند افتتاح الصلاة، ثم يصنع ذلك في بقية صلاته، حتى إذا كانت السجدة التى فيها التسليم أخر رجله اليسرى، وقعد متوركا على شقه الأيسر، قالوا: صدقت ، هكذا كان يصلى. (تخريج زيلعى)

* أخرجه البخاري وأصحاب السنن الأربعة انظرالدراية ج١ رقم الحديث١٤١، ص١٢٧ ، ونصب الراية ج١ ص٣٠٩ (نعيم).

(٤) قوله: "رواية [رواه مسلم. ت]" عن وائل بن حجر أنه رأى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم رفع يديه حين دخل الصلاة حيال أذنيه، ثم التحف بثوبه، ثم وضع يده اليمنى على اليسرى، فلما أراد أن يركع أخرج يديه من الثوب، ثم رفعهما، ثم كبر فركع، فلما قال: «سمع الله لمن حمده» رفع يديه، فلما سجد وضع بين كفيه، انتهى. (ت)

(٥) قوله: "والبراء [رواه أحمد وإسحاق بن راهويه. ت]" قال: كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا صلى رفع يديه حتى تكون إبهاماه حذاء أذنيه، انتهى. (ت)

(٦) قوله: "وأنس [رواه الحاكم في "المستدرك". ت]" قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله

يديه حذاء أذنيه»* ، ولأن رفع(٢) اليد لإعلام(٣) الأصم ، وهو(٤) بما قلناه ، وما رواه(٥) يحمل على حالة العذر .

والمرأة ترفع يديها حذاء منكبيها(٦) ، هو الصحيح(٧) ، لأنه أستر لها ، فإن قال بدل(٨) التكبير : الله أجل ، أو أعظم ، أو الرحمن أكبر ، أو لا إله إلا الله ، أو غيره(٩) من أسماء الله تعالى أجزأه(١٠) عند أبي حنيفة رح(١١)

وسلم كبر، فحاذى بإبهاميه أذنيه، ثم ركع حتى استقر كل مفصل منه، وانحط بالتكبير حتى سبقت ركبتاه يديه، انتهى. (ت)

* انظرالدراية ج١ رقم الحديث١٤٢و١٤٣و١٤٤، ص١٢٧ ، ونصب الراية ج١ ص٣١٠ (نعيم).

(٢) قوله: "لأن رفع اليد إلخ" قيل: لو كان لإعلام الأصم لما أتى به المنفرد، أجيب بأن الأصل هو الأداء بالجماعة. (عناية)

(٣)قوله: "لإعلام الأصم" قلت: كان يجب عليه أن يقول: لإعلام الأصم أيضًا، بزيادة "أيضا "لرفع التناقض صورةً؛ لأنه ذكر أولا أن معنى رفع اليد نفي الكبرياء عن غير الله تعالى، فلا يكون لغيره، حتى يكون لتخصيصه فائدة، ولذا يكون هو لغيره معه إذا كان له معنيان وهو النفي، والإعلام، وهو يحصل بذكر قوله أيضًا: إلا أن المصنف تبع شمس الأئمة السرخسي كذلك ذكره، فإن دابهم ترك التكلف، وتفهيم المعاني. (نهاية)

(٤)قوله: "وهو" أي إعلام الأصم بما قلنا من رفعهما حتى يحاذي بإبهاميه شحمتي أذنيه. (عناية)

(٥) قوله: "وما رواه" يعني من حديث أبي حميد الساعدي محمول على حالة العذر، روى عن وائل ابن حجر أنه قال: قدمنا المدينة، فوجدتهم يرفعون أيديهم إلى الأذنين، ثم قدمت عليهم من القابل، وعليهم الأكسية والبرانس من شدة البرد، يرفعون أيديهم إلى المناكب. (عناية)

(٦) ذكره محمد بن مقاتل في "إملاءه". (نهاية)

(٧)قوله: "هو الصحيح" احترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أنها ترفع حذاء أذنيها. (ف)

(٨) قوله: "فإن قال بدل التكبير إلخ" اعلم أن الشارع في الصلاة إذا قال: الله أكبر، كان شارعا في الصلاة بلا خلاف، وكذلك إذا قال: الله الأكبر، خلافا لمالك، وكذلك إذا قال: الله الكبير، خلافا له وللشافعي.
وأما إذا قال: الله أجل، أو أعظم، أو الرحمن أكبر، أو لا إله إلا الله، أو قال: الحمد لله، أو سبحان الله، أو لا إله غيره، فقد قال أبو حنيفة ومحمد: أجزأه، وقال أبو يوسف: إن كان يحسن التكبير أي يمكنه أن يقول: الله أكبر، أو الله الأكبر، أو الله الكبير لا يجوز، وإن لم يحسن جاز. (عناية)

(٩) قوله: "أو غيره من أسماء الله تعالى" لو قال: الله، لا يصير شارعًا في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة يصير شارعًا، وذكر شمس الأئمة يصير شارعًا عند محمد. (د)

(١٠) قوله: "أجزأه" وقد استدل على الإجزاء بقوله تعالى: ﴿وذكر اسم ربه فصلى﴾، والمراد تكبيرة الافتتاح؛ لأن الذكر الذي يتعقبه الصلاة بلا فصل هو تكبيرة الافتتاح، فقد شرعت بمطلق الذكر، فلا يجوز تقييده بلفظ دون لفظ؛ لأنه نسخ. (حاشية ملا إله داد)

ومحمد رح. وقال أبو يوسف رح(١): إن كان(٢) يحسن التكبير لم يجز إلا قوله(٣): الله أكبر، أو الله الأكبر، أو(٤) الله الكبير.

وقال الشافعي رح: لا يجوز إلا بالأولين، وقال مالك رح: لا يجوز إلا بالأول؛ لأنه(٥) هو المنقول*، والأصل فيه التوقيف، والشافعي رح يقول: إدخال الألف واللام أبلغ(٦) في الثناء، فقام(٧) مقامه.

وأبو يوسف رح يقول: إن أفعل وفعيلا في صفات الله تعالى سواء(٨) بخلاف ما إذا كان لا يحسن؛ لأنه لا يقدر إلا على المعنى، ولهما أن التكبير(٩) هو(١٠) التعظيم لغةً، وهو حاصل.

(١١) قوله: "عند أبي حنيفة ومحمد"، وهل يكره؛ الأصح أنه يكره، فقد ذكر القدوري عن أبي حنيفة نصا أنه كره الافتتاح إلا بقوله: الله أكبر. (حاشية ملا إله داد)

(١) قوله: "وقال أبو يوسف" حاصل الخلاف راجع إلى ما ذكره شيخ الإسلام، وهو أن ركن التحريمة هو عين التكبير أم الركن عمل اللسان من الثناء. (نهاية)

(٢) قوله: "إن كان يحسن التكبير إلخ" وذكر في كتاب الصلاة: وقال أبو يوسفرح: إذا كان يحسن التكبير، ويعلم أن الصلاة تفتتح بالتكبير، لا يصير شارعًا إلا بما ذكرنا من الألفاظ، فإذا كان لا يعرف الافتتاح بالتكبير، وإن كان يحسن التكبير يجوز. (نهاية)

(٣) قوله: "إلا قوله إلخ" قال أبو يوسف في "الجامع الصغير": إذا كان يحسن التكبير لم يجز إلا بأربعة ألفاظ منها الله كبير، والباقي مذكور في الكتاب. (ف)

(٤) قوله: "أو الله الكبير" وعن أبي يوسف: لو قال: الله الكبار يصير شارعًا. (نهاية)

(٥) قوله: "لأنه هو المنقول" من فعل النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وهو المتوارث من قوله. (ف)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٤٥، ص١٢٨، ونصب الراية ج١ ص ٣١١ (نعيم).

(٦) قوله: "أبلغ في الثناء" لأن تعريف الخبر يقتضي حصر الخبر في المبتدأ، كما تقرر في موضعه، كما في قولك: زيد العالم. (عناية)

(٧) قوله: "فقام مقامه" فيكون ما زاد فيه من المبالغة في مقابلة ما فاته من كونه منقولا. (ع)

(٨) قوله: "سواء" لأنه لا يراد بأكبر إثبات الزيادة في صفته بالنسبة إلى غيره بعد المشاركة؛ لأنه لا يساويه أحد في أصل الكبرياء، فكان أفعل بمعنى فعيل. (ف)

(٩) قوله: "أن التكبير" أي المذكور في قوله تعالى: ﴿وربك فكبر﴾، وقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «وتحريمها التكبير». (ف)

فإن افتتح الصلاة بالفارسية، أو قرأ فيها بالفارسية، أو ذبح[١] وسمّى بالفارسية، وهو يحسن العربية أجزأه عند أبي حنيفة رح، وقالا: لا يجزئه إلا في الذبيحة، وإن لم يحسن العربية أجزأه.

أما الكلام في الافتتاح فمحمد رح[٢] مع أبي حنيفة رح في العربية، ومع[٣] أبي يوسف في الفارسية؛ لأن لغة العرب لها من المزيّة[٤] ما ليس لغيرها، وأما الكلام[٥] في القراءة، فوجه[٦] قولهما: أن القرآن[٧] اسم لمنظوم عربي، كما نطق[٨] به النص، إلا[٩] أن عند العجز يكتفي بالمعنى

---

(١) قال الله تعالى: ﴿رأينه أكبرنه﴾ أي عظمنه. (نهاية)

(١) قوله: "أو ذبح" لو سمى عند الذبح بالفارسية، أو لبى بالإحرام بالفارسية، وبأي لسان كان، جاز في قولهم جميعًا، سواء كان يحسن العربية أو لا، كذا في "شرح الطحاوي"، وزاد على ذلك الإمام التمرتاشي بقوله: وكذا الشهادة عند الحكام، واللعان، والعقود يصح، وكذلك لو حلف لا يدعو فلانا، فدعاه بالفارسية يحنث. (نهاية)

(٢) فيجوز عنده بكل ما يفيد التعظيم بعد ما كان عربيًا. (ف)

(٣) فلم يجوز الافتتاح بالفارسية. (نهاية)

(٤) قوله: "من المزية [أي الزيادة]" ما ليس لغيرها "لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في معرض تفضيل لسان العرب على سائر الألسنة: «أنا عربي، والقرآن عربي، ولسان أهل الجنة عربي، كذا في "المبسوط". (نهاية)

(٥) قوله: "الكلام" جواز الصلاة عنده بالفارسية إنما هو لعذر حكمي، وهو أن حالة الصلاة حالة المناجاة مع الله تعالى، والنظم العربي معجز بليغ، فلعله لا يقدر عليه، أو لأنه إن اشتغل بالعربي ينتقل الذهن منه إلى حسن البلاغة، ويلتذ بالأسجاع والفواصل، فيكون هذا النظم حجابا بينه وبين الله تعالى، وكان أبو حنيفة مستغرقًا في بحر التوحيد والمشاهدة، لا يلتفت إلا إلى الذات، فلا طعن عليه في أنه كيف يجوز القراءة بغير العربية مع القدرة على العربي. (نور الأنوار في شرح المنار)

(٦) قوله: "فوجه قولهما [وعن الشافعي مثله. ع] إلخ" ولهما أن القرآن معجز، والإعجاز في النظم والمعنى جميعًا، فإذا قدر عليهما لا يتأدى الواجب، إلا بهما، فإذا عجز عن النظم أتى بما قدر عليه كمن عجز عن الركوع والسجود يصلي بالإيماء. (نهاية)

(٧) والفرض قراءة القرآن، وهو عربي، فالفرض العربي. (ف)

(٨) قوله: "كما نطق به النص" يعني قوله تعالى: ﴿قرآنا عربيًا غير ذي عوج لعلهم يتقون﴾. (ف)

(٩) بيان لما إذا لم يقدر.

كالإيماء، بخلاف[١] التسمية؛ لأن الذكر يحصل بكل لسان.

ولأبى حنيفة رح[٢] قوله تعالى[٣]: ﴿وإنه لفى زبر الأولين﴾، ولم يكن[٤] فيها بهذه اللغة، ولهذا يجوز عند العجز، إلا أنه يصير مسيئا لمخالفة السنة المتوارثة[٥]، ويجوز بأىّ لسان كان سوى الفارسية، هو الصحيح[٦]؛ لما تلونا، والمعنى[٧] لا يختلف باختلاف اللغات، والخلاف فى الاعتداد[٨]، ولا خلاف[٩] فى أنه[١٠] لا فساد، ويروى[١١] رجوعه[١٢]

---

(١) حيث يجوز بالفارسية، وإن كان قادرًا.

(٢) قوله: "ولأبى حنيفة" له ما روى أن الفرس كتبوا إلى سلمان الفارسى أن يكتب لهم الفاتحة بالفارسية، فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم بنام يزدان بخشائنده إلخ، فكانوا يقرأون فى الصلاة إلى أن تعلموا العربية، وبعد ما كتب عرض على النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ثم بعثه إليهم، ولم ينكر عليه النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، كذا فى "المبسوط". (ن)

(٣) قوله: "قوله تعالى" منع أخذ العربية فى مفهوم القرآن. (ف)

(٤) قوله: "ولم يكن فيها بهذه اللغة" الحق أن قرآنًا المنكر لم يعهد فيه نقل عن المفهوم اللغوى، فيتناول كل مقروء، فأما القرآن باللام فالمفهوم منه العربى فى عرف الشرع، وإن أطلق على المعنى المجرد القائم بالذات أيضًا المنافى للسكوت والآفة، والمطلوب بقوله تعالى: ﴿فاقرأوا ما تيسر من القرآن﴾ الثانى. (ف)

(٥) من سالف الزمان إلى الآن.

(٦) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن تخصيص البردعى قول أبى حنيفة بالفارسية. (ف)

(٧) قوله: "والمعنى إلخ" الحاصل معنى القرآن كما يؤدى بالفارسية يؤدى بغيره من التركية بلا اختلاف، واللفظ العربى ليس بضرورى لما مر من قوله تعالى: ﴿وإنه لفى زبر الأولين﴾، فما وجه التخصيص بالفارسية. (مولوى محمد عبد الحى رح)

(٨) قوله: "والخلاف [بين الإمام وصاحبيه فى أنه لا يجوز عندهما بغير العربية، وعنده يجوز] فى الاعتداد" فى أنه هل يقع محسوبًا عن فرض القراءة أم لا. (ن)

(٩) قوله: "ولا خلاف إلخ" مخالف لما ذكره الإمام نجم الدين النسفى، والقاضى فخر الدين أنها تفسد عندهما. (ف)

(١٠) قوله: "فى أنه لا فساد" وهذا إذا قرأ بالفارسية كل لفظ بما هو فى معناه من غير أن يزيد فيه شيئا، وأما بالفارسية على سبيل التفسير يفسد بالإجماع، كذا فى "المبسوط" وغيره. (نهاية)

(١١) عن الإمام رواه نوح ابن أبى مريم.

(١٢) وعليه الفتوى. (الدر المختار)

فى أصل المسألة إلى قولهما، وعليه الاعتماد[١]، والخطبة والتشهد على هذا[٢] الاختلاف، وفى الأذان يعتبر[٣] التعارف.

وإن افتتح الصّلاة[٤] باللهم اغفر لى لا يجوز؛ لأنه مشوب بحاجته[٥]، فلم يكن تعظيما خالصًا، وإن افتتح بقوله: اللهم، فقد قيل: يجزئه؛ لأن[٦] معناه يا الله! وقد قيل: لا يجزئه؛ لأن معناه يا الله! أمنا بخير، فكان سؤالا. قال: ويعتمد[٧] بيده اليمنى[٨] على اليسرى[٩] تحت السرة؛ لقوله[١٠] عليه السلام: «إن من السنة[١١] وضع[١٢] اليمين على

---

(١) لأن ما قاله يخالف كتاب الله ظاهرا حيث وصف القرآن بالعربى. (تلويح)

(٢) قوله: "على هذا الاختلاف" فعنده يجوز بالفارسية، وعندهما لا يجوز إلا بالعربية. (ف)

(٣) قوله: "يعتبر التعارف" فى "المبسوط": وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لو أذن بالفارسية، والناس يعلمون أنه أذان جاز، وإن كانوا لا يعلمون لم يجز؛ لأن المقصود هو الإعلام، ولم يحصل به. (ن)

(٤) قوله: "وإن افتتح إلخ" إن افتتح الصلاة باللهم اغفر لى وأعوذ بالله، أو ما شاء الله، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، أو بالتسمية لا يكون شارعًا لتضمنها السؤال فى المعنى أو صريحًا. (ف)

(٥) وهو المغفرة.

(٦) قوله: "لأن معناه يا الله! يفيد الصحة بـ"يا الله" اتفاقًا. (ف)

(٧) قوله: "ويعتمد [فى الديوان اعتمده أى قصده. نهاية] إلخ" قال شيخ الإسلام: يجب أن يعلم أن فى الاعتماد أربع مسائل: إحداها: أنه هل يضع يده اليمنى على اليسرى فى الصلاة أم لا، والثانية: أنه كيف يضع، والثالثة: أنه أين يضع، والرابعة: أنه متى يضع. (ف)

(٨) **قوله: "بيده اليمنى" الباء** زائدة، كما فى قوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾، أى ويقصد وضع يده اليمنى على اليسرى. (ن)

(٩) قوله: "على اليسرى [هو المسألة الثالثة. نهاية]" أما صفة الوضع، وهى المسألة الثانية، ففى الحديث المرفوع لفظ الأخذ، وفى حديث على لفظ الوضع، واستحسن كثير من مشايخنا الجمع بينهما بأن يضع باطن كفه اليمنى على ظاهر كفه اليسرى، ويحلق بالخنصر، والإبهام على الرسغ؛ ليكون عاملا بهما. (ن)

(١٠) قوله: "لقوله عليه السلام [رواه أبو داود عن على]" هكذا ذكر فى نسخ "الهداية"، ونسب صاحب "الكافى" و "المبسوط"، والنووى والشارحون هذا القول إلى عليرض والله أعلم.

(١١) قوله: "إن من السنة [لا يعرف مرفوعًا. ف] إلخ" ضعيف متفق على ضعفه، كذا قال النووى. (د)

(١٢) قوله: "وضع إلخ" المراد بالوضع هو الوضع على وجه الأخذ والاعتماد بدليل ما روى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم النخعى «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يعتمد بيده اليمنى على اليسرى تواضعا»،

الشمال[١] تحت السرة»*، وهو حجة على مالك رح[٢] في الإرسال[٣]، وعلى الشافعي رح[٤] في الوضع على الصدر، ولأن[٥] الوضع تحت السرة أقرب إلى التعظيم، وهو المقصود، ثم الاعتماد[٦] سنة القيام عند[٧] أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح حتى لايرسل[٨] حالة الثناء، والأصل[٩] أن كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه، وما لا فلا، هو الصحيح[١٠]، فيعتمد في حالة القنوت، وصلاة الجنازة، ويرسل في

وما روى أن النبي ﷺ أمرنا أن نأخذ شمائلنا بأيماننا، فحينئذٍ يكون الحديث موافقًا للمدعى. (د)

(١) قوله: "اليمين على الشمال" قلت: رواه داود في سننه من حديث عبد الرحمن بن إسحاق الواسطي عن زياد بن زيد السوائي عن أبي جحيفة عن علي رضي الله عنه قال: السنة وضع الكف على الكف، انتهى، والله أعلم أن هذا الحديث لا يوجد في غالب نسخ أبي داود، وإنما وجدناه في النسخة التي هي من رواية ابن داسته.(ت)

* أخرجه أبوداود من حديث علي، انظرالدراية ج١ رقم الحديث١٤٦، ص١٢٨ ، ونصب الراية ج١ ص٣١٣(نعيم).

(٢) قوله: "على مالك" وحجته في قوله: «إن النبي ﷺ كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم يرسل» قلنا: معناه يرسل عن الرفع، وبه نقول. (د)

(٣) قوله: "في الإرسال" قال مالك: بأنه يرسل إرسالا، وإن شاء اعتمد، فالإرسال عند مالك عزيمة والاعتماد رخصة، وفي "المبسوط": والأصل الاعتماد سنة إلا على قول الأوزاعي، فإنه كان يقول: يتخير المصلي بين الاعتماد والإرسال. (ن)

(٤) قوله: "وعلى الشافعي" وحجته حديث وائل قال: «صليت مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ووضع يده اليمنى على اليسرى على صدره». (د)

(٥) قوله: "ولأن الوضع إلخ" هذا تعليل بمقابلة حديث وائل، فيرد، وحديث علي لا يعارضه لما ذكرنا من ضعفه. (د)

(٦) هي المسألة الرابعة. (ن)

(٧) وروى عن محمد أنه سنة القراءة. (نهاية)

(٨) قوله: "حتى لا يرسل إلخ" عند محمدرح يرسل يديه عند الثناء، فإذا أخذ في القراءة اعتمد، وفي ظاهر الرواية كما يكف يديه بعد التكبير يعتمد. (ن)

(٩) قوله: "والأصل [قاله شمس الأئمة الحلوائي. ن] إلخ" وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي، والصدر الشهيد حسام الأئمة، كذا في "المحيط". (ن)

(١٠) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول الإمام الزاهد أبي حفص الفضيلي، وعن قول أصحاب

القومة، وبين تكبيرات الأعياد.

ثم يقول: سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره، وعن أبي يوسف رح أنه يضم إليه قوله: ﴿إني وجهت وجهي﴾ إلى آخره[١]، لرواية علي رض[٢] أن النبي عليه السلام كان يقول ذلك[٣]*، ولهما رواية أنس رض[٤] أن النبي عليه السّلام كان إذا افتتح الصّلاة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره، ولم يزد على هذا، ** وما رواه محمول[٥] على التهجد، قوله: وجلّ ثناءك، لم يذكر في المشاهير[٦]، فلا يأتي به في الفرائض، والأولى أن لا يأتي بالتوجه[٧] قبل التكبير ليتصل النية به، هو الصحيح[٨].

الفضيلي: فقال أبو حفص: السنة في صلاة الجنازة، وفي تكبيرت العيدين، والقومة التي بين الركوع والسجود الإرسال، وقال أصحاب الفضيلي: منهم القاضي الإمام أبو علي النسفي، والحاكم عبد الرحمن الكاتب، والإمام الزاهد عبد الله الخير رحمهم الله تعالى: السنة في هذه المواضع الاعتماد. (ن)

(١) قوله: "إلى آخره" المراد من قوله: إلى آخره إلى آخر ما يقول المصلي بعد الثناء المعهود عنده، وهو قوله: ﴿إني وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين﴾، كذا في "المبسوطين". (ن)

(٢) قلت: غريب من حديث علي. (ت)

(٣) قوله: "كان يقول ذلك" قد روى من حديث ابن عمر، ومن حديث جابر أما حديث ابن عمر فأخرجه الطبراني في "معجمه": حدثنا الحسين بن إسحاق التستري حدثنا عبد الوهاب بن فليح المكي حدثنا ابن عمران عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن محمد بن المنكدر عن عبد الله بن عمر قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا افتتح الصلاة قال: وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفا مسلما وما أنا من المشركين سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك إن صلاتي ونسكي» إلخ. (ت)

* غريب من حديث علي وروى من حديث ابن عمر ومن حديث جابر انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٤٧، ص١٢٩، ونصب الراية ج١ ص٣١٨ (نعيم).

(٤) رواه الطبراني في كتابه المفرد في الدعاء. (ت)

** أخرجه الدارقطني انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٤٨، ص١٢٩، ونصب الراية ج١ ص٣٢٠ (نعيم).

(٥) قوله: "محمول على التهجد [المراد به النوافل تهجدا أو غيره. ن]" فإن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يطول صلاته بالليل. (عبد)

(٦) أي الأحاديث المشهورة. (عبد)

(٧) هو وجهت گفتن. (نهاية)

ويستعيذ بالله[١] من الشيطان الرجيم ؛ لقوله تعالى : ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ ، معناه إذا أردت قراءة القرآن ، والأولى أن يقول : أستعيذ بالله ليوافق القرآن ، ويقرب[٢] منه أعوذ بالله ، ثم التعوذ تبع[٣] للقراءة دون الثناء عند أبي حنيفة ومحمد رح ؛ لما تلونا[٤] حتى يأتي به[٥] المسبوق[٦] دون المقتدى ، ويؤخر[٧] عن تكبيرات العيد ، خلافا[٨] لأبي يوسف رح.

ويقرأ[٩] بسم الله الرّحمن الرّحيم ، هكذا[١٠] نقل في المشاهير[١١]*

---

(٨) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول بعض المتأخرين: إنه يقولها قبل التكبير، ومنهم الفقيه أبو الليث. (نهاية)

(١) قوله: "ويستعيذ إلخ" وهو سنة، وقال عطاء والثوري: بوجوبه. (ف) ذكر الزاهدي الإجماع على أن الاستعاذة قبل القراءة. (ملا إله دادرح)

(٢) قوله: "ويقرب [وقال مالك: لا يتعوذ في الصلاة. ن] منه أعوذ بالله" اختار أبو عمرو وعاصم وابن كثير أعوذ بالله من الشيطان الرجيم، وزاد حفص من طريق هبيرة: أعوذ بالله العظيم السميع من الشيطان الرجيم، واختار حمزة: أستعيذ بالله من الشيطان الرجيم، وهو قول ابن سيرينرح، وبكل ذلك ورد الأثر. (نهاية)

(٣) قوله: "تبع للقراءة" لأنه شرع لافتتاح القراءة، فكان كالشرط، وشرط الشيء ما يكون تابعًا للمشروط إن كان سابقًا كالطهارة. (نهاية)

(٤) قوله: "لما تلونا" من قوله تعالى: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾. (عبد)

(٥) أي يتعوذ المسبوق دون المؤتم.

(٦)قوله: "المسبوق" أي كل من يدرك ركعة، ثم يتم ما بقي، فإنه يقرأ ولا يثني، وأما من أدرك الركعات كلها، وهو المقتدي، فلا يتعوذ؛ لأن القراءة ساقطة عنه. (عبد)

(٧) قوله: "ويؤخر عن تكبيرات العيد" ولو كان تابعا للثناء لكان متقدما عليه؛ لأن الثناء كان متقدما عليها. (عبد)

(٨) قوله: "خلافًا لأبي يوسف" لأنه شرع بعد الثناء، وإنه من جنسه؛ لأنه دعاء كالأول. (نهاية)

(٩) قوله: "ويقرأ [معطوف علي قوله: ويستعيذ] إلخ" هذا احتراز عن قول مالك، وما احتج به، فإنه يقول: لا يأتي المصلى بالتسمية لا سرا، ولا جهراً؛ لحديث عائشةرض «أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يفتتح القراءة بـ﴿الحمد لله رب العالمين﴾». (ن)

(١٠) قوله: "هكذا نقل إلخ" قلت: فيه أحاديث: منها: حديث نعيم المجمر، قال: "صليت خلف أبي هريرة، فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم، ثم قرأ بأم القرآن فلما سلم، قال: والذي نفسي بيده إني لأشبهكم

ويُسِرّ بهما[١]؛ لقول[٢] ابن مسعود: رض "أربع يخفيهن الإمام،" وذكر من جملتها[٣] التعوذ، والتسمية، وآمين*.

وقال الشافعي رح: يجهر[٤] بالتسمية عند[٥] الجهر بالقراءة؛ لما روى[٦] «أن النبي عليه السلام جهر[٧] في صلاته بالتسمية»**.

قلنا[٨]: هو محمول[٩] على التعليم[١٠]؛ لأن[١١] أنسًا رض أخبر أنه

صلاة برسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم" انتهى، رواه ابن خزيمة وابن حبان في "صحيحيهما"، والحاكم في "المستدرك"، وقال: "صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه". (ن)

(١١) قوله: "في المشاهير [أي الأحاديث المشهورة. عبد]" فيأول قول عائشةرض: إن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم يفتتح الصلاة بالحمد لله بأنها أرادت في الافتتاح في ما يحمد به. (عبد)

* انظرالدراية ج١ رقم الحديث١٤٩، ص١٣٠، ونصب الراية ج١ ص٣٢٣(نعيم).

(١) بالتسمية والتعوذ. (عناية)

(٢) قوله: "لقول ابن مسعود رضي الله عنهما" قلت: غريب، وبمعناه ما رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه": حدثنا هشيم عن سعيد بن المرزبان حدثنا أبو وائل عن ابن مسعود أنه كان يخفي بسم الله الرحمن الرحيم، و الاستعاذة، وربنا لك الحمد. (ت)

(٣) والرابع: التحميد، وروى الأربعة ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي. (ف)

* انظرالدراية ج١رقم الحديث١٥٠، ص١٣١، ونصب الراية ج١ ص٣٢٥(نعيم).

(٤) قوله: "يجهر بالتسمية" وهو قول ابن عباس وأبي هريرةرض. (ن)

(٥) قوله: "عند الجهر بالقراءة" في "المبسوط": المسألة في الحقيقة يبتنى على أن التسمية ليست بأول آية من الفاتحة، ولا من السور عندنا، بل آية نزلت للفصل بين السور، لا من السور، وهو اختيار أبي بكر الرازي، حتى قال محمد: يكره للجنب والحائض قراءة التسمية على وجه قراءة القرآن، وقال الشافعي: التسمية آية من أول الفاتحة قولا واحدا، وله في أوائل السور قولان. (ت)

(٦) قلت: فيه أحاديث. (ت)

(٧) قوله: "جهر إلخ" أخرج الدارقطني عن سعيد بن جبير عن ابن عباسرض قال: "كان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم يجهر في الصلاة ببسم الله الرحمن الرحيم" انتهى. (ت)

** أخرجه الدارقطني والحاكم من حديث أنس، انظرالدراية ج١رقم الحديث١٥١، ص١٣١، ونصب الراية ج١ ص٣٢٦ (نعيم).

(٨) قوله: "قلنا إلخ" وقيل: كان الجهر في الابتداء قبل نزول قوله تعالى: ﴿ادعوا ربكم تضرعا وخفية﴾. (عناية)

(٩) قوله: "هو محمول إلخ" أي جهر بهما لتعليم السامعين أنه مما ينبغي أن يؤتى بها، وارتكاب المكروه

عليه السلام كان لا يجهر[١] بها*، ثم عن[٢] أبى حنيفة رح أنه لا يأتى بها فى أوّل[٣] كل ركعة كالتعوذ[٤]، وعنه[٥] أنه يأتى[٦] بها احتياطا[٧]، وهو قولهما، ولا يأتى بها بين السورة والفاتحة إلا عند محمد، فإنه يأتى بها فى صلاة[٨] المخافتة.

ثم يقرأ[٩] فاتحة الكتاب، وسورة أو ثلاث آيات[١٠] من أى سورة شاء،

لأجل التعليم ليس بمكروه. (د)

(١٠) قوله: "على التعليم" وذلك التعليم فعلى، فإن التعليم كما يكون بالقول يكون بالفعل. (عبد)

(١١) قوله: "لأن أنسًا إلخ" لم يستدل فى رد الشافعى بقول ابن مسعودرض، بل بما روى عن أنسرض؛ لأن ما حكاه عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أقوى. (عبد الغفور)

(١) قوله: "كان لا يجهر بها" قلت: أخرجه البخارى ومسلم فى "صحيحيهما" عن شعبة عن قتادة عن أنسرض قال: صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وخلف أبى بكر وعمر وعثمان، فلم أسمع أحدا منهم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم. (تخريج زيلعى)

* أخرجه أحمد والنسائي انظرالدراية ج١رقم الحديث١٥٢، ص١٣١، ونصب الراية ج١ ص٣٢٦(نعيم).

(٢) هو رواية الحسن عنه. (ف)

(٣) بل يسمى فى أول صلاته فحسب. (د)

(٤) قوله: "كالتعوذ" يعنى أن التعوذ يكون فى أول الركعات فكذا البسملة. (عبد)

(٥) وهو رواية أبى يوسفرح عنه. (ع)

(٦) فى كل ركعة. (عبد)

(٧) قوله: "احتياطًا" لأن العلماء اختلفوا فى التسمية، هل هى من الفاتحة أم لا، وعليه قراءة الفاتحة فى كل ركعة، فكان عليه قراءتها فى كل ركعة؛ ليكون أبعد عن الاختلاف. (عناية)

(٨) قوله: "فى صلاة المخافتة" لأنه أقرب إلى متابعة المصحف، ولا يأتى بها فيما يجهر؛ لئلا يختلف نظم القراءة. (ع)

(٩) قوله: "ثم يقرأ إلخ" اختلف العلماء فيما هو الركن من القراءة، فذهب علماءنا إلى ركنية قراءة آية، والشافعى إلى ركنية الفاتحة، ومالك إلى ركنية الفاتحة وضم سورة معها. (ع)

(١٠) قوله: "أو ثلاث آيات [عطف على سورة. عبد] إلخ" قلت: أو آية طويلة، وفى "الذخيرة": قراءة ثلاث آيات قصار، أو آية طويلة من واجبات الصلاة بالإجماع، فلو قرأ مع الفاتحة آية قصيرة سهوًا، فعليه السهو، وذكر فى "شرح الأوراد": أنه لو اكتفى مع الفاتحة على قوله تعالى: ﴿ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله توابا رحيما﴾، أو قوله تعالى: ﴿فمن يعمل سوء أو يظلم نفسه ثم

فقراءة الفاتحة لا تتعين[١] ركنا عندنا، وكذا ضم السورة إليها خلافا[٢] للشافعي رح في الفاتحة، ولمالك فيهما. له قوله عليه السّلام: «لا صلاة[٣] إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها»*، وللشافعي رح قوله عليه السّلام: «لا صلاة[٤] إلا بفاتحة[٥] الكتاب»**، ولنا[٦] قوله تعالى: ﴿فاقرءوا[٧] مَا تيسر من القرآن﴾، والزيادة[٨] عليه بخبر الواحد[٩] لا يجوز، لكنه[١٠]

يستغفر الله يجد الله غفورا رحيما﴾، كما ذكر في "الأوراد"، أنه يقرأ لتحية الوضوء الفاتحة مع الآية الأولى في الركعة الأولى، ومع الثانية في الركعة الثانية جاز بلا كراهة؛ إذ الواجب مع الفاتحة هو قدر ثلاث آيات قصار، كما هو المذكور في الكتب المعتبرة، والآيات القصار مثل ﴿فقتل كيف قدر ثم نظر ثم عبس﴾، وعند تفاوت الآيات المعتبر كثرة الكلمات وعدد الحروف، ذكره في "الخانية" و"الظهيرية"، و"الحجة"، فحروف هذه الآيات أقل من حروف: ولو أنهم ...إلخ، أو أقل من آية ﴿فمن يعمل﴾ إلخ. (ملا إله داد)

(١) قوله: "لا تتعين ركنا" أي هي بخصوصها ليست ركنا، وإن وقعت من الركن لحصول الفرض، وهو القراءة في ضمنها، فإن العام يتحقق في ضمن الخاص. (عبد)

(٢) قوله: "خلافًا للشافعي إلخ" حتى لو ترك حرفا منها في ركعة لا تجوز صلاته. (ن)

(٣) قوله: "لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها"، قلت: أخرجه الترمذي وابن ماجة بمعناه عن أبي سفيان عن طريق الساعدي عن أبي نضرة عن أبي سعيد قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم، ولا صلاة لمن لم يقرأ بالحمد وسورة في فريضة وغيرها» انتهى بلفظ الترمذي. (ت)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٥٣، ص١٣٧، ونصب الراية ج١ ص٣٦٣ (نعيم).

(٤) رواه الأئمة الستة في كتبهم. (ف)

(٥) قال صاحب "التنقيح": انفرد زياد بن أيوب بلفظ: لا يجزئ، ورواه جماعة: «لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب» هو الصحيح. (ت)

** متفق عليه من حديث عبادة انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٥٤، ص١٢٤، ونصب الراية ج١ ص٣٦٥ (نعيم).

(٦) قوله: "ولنا قوله تعالى إلخ" وجه الاستدلال أن قوله: "من القرآن مطلق يطلق على ما يسمى قرآنًا، فيكون أدنى ما يطلق عليه لفظ القرآن فرضًا؛ لكونه مأمورًا به، فإن قراءته خارج الصلاة ليست بفرض، فتعين أن يكون في الصلاة. (عناية)

(٧) قوله: "فاقرأوا إلخ" فإن قيل: هذه الآية نزلت في حق صلاة الليل، وقد انتسخت فرضية صلاة الليل، فكيف جاز التمسك بها؟ قلنا: ما شرع ركنا لم يصر منسوخا. (ن)

(٨) جواب لمالك والشافعي. (ع)

(٩) قوله: "بخبر الواحد إلخ" قيل فيه: إنه خبر مشهور، فيجوز الزيادة به، ويدفع بأنا لا نسلم ذلك، ولئن

يوجب العمل، فقلنا[1]: بوجوبهما.

وإذا قال الإمام: ﴿ولا الضالين﴾، قال[2]: آمين، ويقولها[3] المؤتم؛ لقوله[4] عليه السّلام: «إذا أمَّن الإمام فأمِّنوا[5]»*، ولا متمسك لمالك رح في قوله عليه السّلام: «إذا قال[6] الإمام: ﴿ولا الضالين﴾ فقولوا آمين»** من حيث القسمة؛ لأنه قال في آخره: فإن الإمام يقولها[7].

سلم، فنقول: الحديث ليس محكما؛ لجواز أن يراد نفي الفضيلة. (عبد)

(١٠) قوله: "لكنه يوجب العمل" بقي أن يقال: ثبوت الوجوب بهذا الظني إنما هو إذا لم يعارضه معارض، لكنه ثابت بقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم للأعرابي الذي أخف صلاته لما علمه: «فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن»، ومقام التعليم لا يجوز فيه تأخير البيان، فلو كانتا واجبتين لنص عليهما له.

والجواب أن وجوبهما كان ظاهرا، ولم يظهر من حال الأعرابي حفظه لهما، فقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «فاقرأ ما تيسر معك» أي سواء كان ما معك الفاتحة أو غيرها، غير أنه كان معه الفاتحة، فالمقصود ما تيسر بعدها لظهور لزومها. (ف)

(١) قوله: "فقلنا: بوجوبهما" على إرادة الأعم من السورة بالسورة، فإن الواجب بعد الفاتحة ثلاث آيات قصار، أو آية طويلة سواء كان ذلك سورة أولا. (فتح القدير)

(٢) قوله: "قال: آمين" إنما قال: ذلك لنفي شبهة القسمة التي اقتضاها ظاهر الحديث، وهو قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا قال الإمام ﴿ولا الضالين﴾ فقولوا آمين»، كما هو مذهب مالك رح. (نهاية)

(٣) قوله: "ويقولها المؤتم" هذا أعم من كونه في السرية إذا سمعه، أو في الجهرية، وفي السرية منهم من قال: يقوله، ومنهم من قال: لا. (فتح القدير)

(٤) رواه الأئمة الستة. (ت)

(٥) «فإنه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه»، انتهى. (ت)

* متفق عليه من حديث أبي هريرة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٥٥، ص١٣٨، ونصب الراية ج١ ص٣٦٨ (نعيم).

(٦) قوله: "إذا قال الإمام إلخ" قلت: روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا قال الإمام: ﴿ولا الضالين﴾ فقولوا: آمين، فإن الملائكة تقول: آمين، وإن الإمام يقول آمين فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه» انتهى، ورواه عبد الرزاق في "مصنفه": أخبرنا معمر به. (ت)

** أخرجه النسائي من حديث أبي هريرة انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٥٦، ص١٣٨، ونصب الراية ج١ ص٣٦٨ (نعيم).

(٧) قوله: "فإن الإمام يقولها" قلت: فيه حجتان لنا: إحداهما: على مالك بأن الإمام يقولها، والثانية على

قال: ويخفونها؛ لما روينا[١] من حديث ابن مسعود*، ولأنه[٢] دعاء، فيكون مبناه على الإخفاء، والمد[٣] والقصر فيه وجهان[٤]، والتشديد[٥] فيه خطأ[٦] فاحش. قال: ثم يكبر ويركع[٧]، وفي "الجامع الصغير": "ويكبر مع الانحطاط؛ لأن النبي عليه السلام كان يكبر[٨] عند[٩] كل خفض، ورفع[١٠]**.

الشافعي بأنه يخفيها الإمام؛ لأنه لو كان جهرا لكان مسموعًا، فحينئذٍ استغنى عن قوله: فإن الإمام يقولها. (ف)

(١) قوله: "لما روينا" يعني قوله: «أربع يخفيهن الإمام»، وذكر منها آمين، وقد تقدم الكلام عليه. (ت)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٥٧، ص١٣٩,(نعيم).

(٢) قوله: "ولأنه دعاء" لأن معناه استجب، فيكون مبناه على الإخفاء؛ لقوله تعالى: ﴿وادعوا ربكم تضرعًا وخفية﴾. (عبد)

(٣) أي الألف.

(٤) أي لغتان. (ت)

(٥) أي على الميم.

(٦) قوله: "خطأ فاحش" في التجنيس تفسد به؛ لأنه ليس بشيء، وقيل: عندهما لا تفسد، وعليه الفتوى، قال الحلوائي: له وجه؛ لأن معناه ندعوك قاصدين إجابتك لأن معنى آمين قاصدين، كما في قوله تعالى: ﴿ولا آمين البيت الحرام﴾. (ف)

(٧) قوله: "ويركع" له احتمالان: أحدهما: مقارنة التكبير للشروع في الركوع، فيكون راجعًا إلى ما نقل في "الجامع الصغير"، وثانيهما: أن يراد تقدم التكبير، ويستفاد ذلك من الترتيب المذكور، فيكون مخالفًا للجامع الصغير، ولأجل هذه المخالفة نقل ما في "الجامع الصغير"، كما هو دأبه في ما وقع نوع اختلاف بين عبارة "القدوري" و "الجامع الصغير". (عبد الغفور)

(٨) قوله: "يكبر عند كل إلخ" قلت: روى الترمذي والنسائي من حديث أبي إسحاق عن عبد الرحمن ابن الأسود عن علقمة والأسود عن ابن مسعود قال: "كان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم يكبر في كل خفض ورفع وقيام وقعود، وأبو بكر وعمر" انتهى. (تخريج زيلعي)

(٩) قوله: "عند إلخ" لفظ عند للحضور، فيفيد مقارنة التكبير للخفض والرفع، فيكون الحديث دليلا؛ لما في "الجامع الصغير"، لا يقال: في "لدى" يشترط الحضور، أما في "عند" فلا، مثلا يجوز أن يقال: المال عند زيد، وإن لم يكن المال عنده بخلاف لدى. لأنا نقول: في كل منهما يشترط الحضور، وهما يقتضيان الحضور، لكن الحضور في عند أعم من أن يكون تحقيقيا، أو تقديريا بخلاف لدى، فإنه يشترط فيه الحضور التحقيقي، ولا يخفى أن التكبير إذا كان سابقا على الخفض لم يوجد مدخول عند. (ملا عبد الغفور)

(١٠) قوله: "ورفع" المراد بالخفض والرفع ابتداء كل ركن وانتهاءه. (عناية)

ج1
2F
B

ويحذف[١] التكبير حذفًا؛ لأن المد في أوله خطأ من حيث الدين؛ لكونه استفهامًا[٢]، وفي آخره لحن من حيث اللغة، ويعتمد[٣] بيديه على ركبتيه، ويفرج بين أصابعه؛ لقوله[٤] عليه السلام لأنس رض: «إذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرّج بين أصابعك»*، ولا يندب[٥] إلى التفريج إلا في هذه الحالة؛ ليكون[٦] أمكن من الأخذ، ولا إلى الضم إلا[٧] في حالة السجود، وفيما[٨] وراء ذلك يترك[٩] على العادة[١٠].

** انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٥٨، ص١٤٠، ونصب الراية ج١ ص٣٧٢(نعيم).

(١) المراد بالحذف: القصر. (عبد)

(٢) قوله: "لكونه استفهاما" [كما هو مقتضى اللغة. عبد] فهذا يقتضي أن لا يثبت عنده كبرياء الله تعالى، وعظمته، وهو كفر، وفي آخره لحن من حيث اللغة أي عدول عن سنن الصواب في اللغة؛ لأن أفعل التفضيل لا يحتمل المد في اللغة، حتى قال مشايخنا: لو أدخل المد بين الباء والراء في لفظ أكبر عند افتتاح الصلاة، لا يصير شارعًا في الصلاة، بخلاف ما لو فعل المؤذن في أذانه حيث لا تجب إعادة الأذان، وإن كان خطأ؛ لأن أمر الأذان أوسع، كذا في "الجامع الصغير" للإمام المحبوبي، وهذا يشير بأن الضمير في أوله وآخره راجع إلى لفظ أكبر، بخلاف ما ذكر في "كشف الغوامض" أي لا يمد في كلمة الله، ولا في أكبر، وفصل كلا منهما في "الفوائد الظهيرية".

قال: يحذف التكبير؛ لأن تطويل التكبير إما أن يكون مفسدا، وإما أن يكون خطأ؛ لأنه إذا قال: الله أكبر بمد الهمزة أي همزة الله، تفسد صلاته، ولو تعمد يكفر؛ لأنه شك، فأما إذا مد آخره بأن خلل الألف بين لام لفظ الله، وألف أكبر، فهذا لا يضر؛ لأنه إشباع، ولكن الحذف أولى، وأما إذا مد الهمزة من أكبر، فيفسد أيضًا؛ لمكان الشك، وأما إذا مد الآخر بأن وسط الألف بين الباء والراء، قال بعضهم: يفسد، وقال بعضهم: لا يفسد. (ن)

(٣) ناصبًا ساقيه. (ف)

(٤) رواه الطبراني في "معجمه". (ت)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٥٩، ص١٤٠، ونصب الراية ج١ ص٣٧٢(نعيم).

(٥) قوله: "ولا يندب إلى التفريج إلخ" أي لا يدعى إليه، وليس بالمعنى المعتبر، وإلا فالمناسب حذف إلى. (عبد)

(٦) قوله: "ليكون أمكن من الأخذ" كأن الأخذ ملحوظ في قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «فضع يديك»، وإن كان العبارة لا تدل عليه. (عبد)

(٧) قوله: "إلا في حالة السجود" لورود حديث بذلك، وحاصله يرجع إلى المندوب هو توجه رؤوس الأصابع إلى القبلة، وذلك إنما يحصل إذا حصل الضم. (عبد)

(٨) قوله: "وفيما وراء ذلك" وهو حالة الافتتاح والتشهد. (ع)

ويبسط[١] ظهره؛ لأن النبي[٢] عليه السلام كان إذا ركع بسط ظهره*، ولا يرفع[٣] رأسه، ولا ينكسه[٤]؛ لأن النبي عليه السلام[٥] كان إذا ركع لا يصوّب[٦] رأسه، ولا يقنعه[٧]**.

ويقول: سبحان ربي العظيم ثلاثا، وذلك أدناه؛ لقوله عليه السلام: «إذا ركع أحدكم[٨] فليقل في ركوعه: سبحان ربي العظيم ثلاثا، وذلك أدناه»***[٩] أي أدنى[١٠] كمال الجمع[١١].

---

(٩) قوله: "يترك إلخ فلا يتكلف للضم، ولا إلى التفريج؛ لأنه لا حاجة إليهما. (ن)

(١٠) قوله: "على العادة" أي على الوضع الطبعي المعتاد. (عبد)

(١) البسط بالفارسية: هموار ساختن. (عبد)

(٢) رواه ابن ماجة في "سننه". (ت)

* أخرجه ابو العباس السراج في مسنده من حديث البراء، وأخرج بمعناه ابن ماجه عن وابصة بن معبد، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٦٠، ص١٤١، ونصب الراية ج١ ص٣٧٤ (نعيم).

(٣) معناه يسوى رأسه. (ن)

(٤) قوله: "ولا ينكسه" يقال: نكس إذا طأطأ رأسه أي خفض، فهو ثلاثي مجرد من باب ضرب يضرب، وليس من باب التفعيل. (عبد)

(٥) رواه الترمذي. (ت)

(٦) من التصويب، وهو الخفض. (عبد)

(٧) قوله: "ولا يقنعه" أقنع الرجل إذا رفعه، ومنه قوله تعالى: ﴿مهطعين مقنعي رؤوسهم﴾، كذا في "الصحاح".

** كما في حديث أبي حميد عند البخاري، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٦١، ص١٤١، ونصب الراية ج١ ص٣٧٥ (نعيم).

(٨) قوله: "إذا ركع أحدكم" الخ قلت: أخرجه أبوداود والترمذي وإبن ماجة عن عون بن عبد الله عتبة عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا ركع أحدكم فليقل ثلاث مرات سبحان ربي العظيم وذلك أدناه وإذا سجد فليقل سبحان ربي الأعلى ثلاث مرات وذلك أدناه»، انتهى. (ت)

*** انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٦٢، ص١٤١، ونصب الراية ج١ ص٣٧٥ (نعيم).

(٩) قوله: "وذلك أدناه" في "الشرح": قال أبو مطيع البلخي: لو نقص من ثلاث تسبيحات في الركوع، أو في السجود لم تجز صلاته. (د)

(١٠) قوله: "أي أدنى كمال الجمع" لا أدنى الجواز؛ لأن التسبيحات ليست بفريضة، ولا واجبة، بل هي سنة؛ لأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم لم يذكرها في حديث الأعرابي. (د)

ثم يرفع رأسه، ويقول: سمع[١] الله لمن حمده[٢]، ويقول المؤتم: ربنا لك الحمد[٣]، ولا يقولُها الإمام[٤] عند أبى حنيفةرح. وقالا: يقولها فى نفسه[٥]؛ لما روى[٦] أبو هريرة: «أن النبى عليه السلام كان يجمع[٧] بين الذكرين[٨]»*، ولأنه[٩] حرّض غيره، فلا ينسى نفسه، ولأبى حنيفةرح قوله[١٠] عليه السلام: «إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده قولوا ربنا لك الحمد[١١]»**، هذه قسمة، وإنها[١٢] تنافى الشركة،

(١١) قوله: "كمال الجمع" وشيخ الإسلام قال فى "مبسوطه": يريد به أدنى من حيث جمع العدد، فإن أقل جمع العدد ثلاثة، والمصنف جمع بينهما فقال: أدنى كمال الجمع، فإن قيل: المشهور فى مثله أدنى الجمع ثلاثة، فما معنى كمال الجمع؟

فالجواب أن أدنى الجمع لغة يتصور في الاثنين؛ لأن فيه جمع واحد مع واحد، وأما كماله، فهو الذى يكون ثلاثة؛ لأن فيه معنى الجمع لغة، واصطلاحًا وشرعًا. (ع)

(١) أى قبل. (ف)

(٢) قوله: "لمن حمده" مجرور اللام محذوف أى لحمد من حمده، والجملة دعائية أى قبل الله حمد من حمّده. (عبد)

(٣) قوله: "ربنا لك الحمد"، وفى بعض الروايات بزيادة الواو، وفى بعضها بزيادة اللهم قبل ربنا مع الواو. (عبد)

(٤) قوله: "ولا يقولها الإمام" وفى "شرح الأقطع": عن أبى حنيفةرح يجمع بينهما الإمام والمأموم. (ف)

(٥) أى خفية. (عبد)

(٦) قوله: "لما روى [قلت: رواه البخارى. ت] إلخ" دليل على أصل القول، وأما الإخفاء فمجمع عليه. (عبد)

(٧) وكان غالب أحواله الإمامة. (ع)

(٨) أى سمع الله لمن حمده وربنا لك الحمد. (ت)

* متفق عليه من حديث ابي هريرة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٦٣، ص١٤٢، ونصب الراية ج١ ص٣٧٦ (نعيم).

(٩) الإمام. (ع)

(١٠) رواه الجماعة إلا ابن ماجة. (ت)

(١١) فإنه من وافق قوله قول الملائكة، غفر له ما تقدم من ذنبه، انتهى. (ت)

** متفق عليه من حديث أنس، انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٦٤، ص١٤٢، ونصب الراية ج١ ص٣٧٧ (نعيم).

(١٢) قوله: وأنها تنافى الشركة" أى إلا إذا دل الدليل على خلافه، كما فى التأمين. (د)

ولهذا[١] لا يأتى المؤتم بالتسميع عندنا، خلافًا للشافعى رح، ولأنه يقع تحميده بعد تحميد المقتدى[٢]، وهو خلاف موضوع الإمامة[٣]، وما رواه[٤] محمول على حالة الانفراد، والمنفرد يجمع بينهما[٥] فى الأصح[٦]، وإن كان يروى الاكتفاء بالتسميع[٧]، ويروى بالتحميد[٨]، والإمام[٩] بالدلالة عليه أتى به معنى[١٠].

قال: ثم إذا استوى[١١] قائمًا كبّر[١٢] وسجد[١٣]، أما التكبير والسجود

---

(١) قوله: "ولهذا" أى لأن القسمة تنافى الشركة. (ع)

(٢) قوله: "بعد تحميد المقتدى" لأن المقتدى يأتى بالتحميد حين يقول الإمام التسميع، فلا جرم يقع تحميده بعد تحميد المقتدى (ع)

(٣) قوله: "خلاف موضوع الإمامة" أى السبيل المعين لمنصب الإمامة، فإن سبيله موافقة المأموم، أو متابعته، وليس شئ منها متحققا ههنا.(عبد)

(٤) يعنى أبو هريرة. (ع)

(٥) الذكرين. (ع)

(٦) قوله: "فى الأصح" احتراز عن القولين الآخرين المذكورين بعد: أحدهما: الاكتفاء بالتسميع، وثانيهما: الاكتفاء بالتحميد. (ع)

(٧) قوله: "الاكتفاء بالتسميع" لأنه إمام فى حق نفسه، فيكون على هيئة الجماعة. (ع)

(٨) قوله: "ويروى بالتحميد إلخ" وجه الاكتفاء بالتحميد، وهو المذكور فى "الجامع الصغير" أن الجمع بين الذكرين يفضى إلى وقوع الثانية فى حالة الاعتدال، ولم يشرع فى الاعتدال ذكر مسنون، كما فى القعدة بين السجدتين. (ع)

(٩) قوله: "والإمام إلخ" جواب عن قوله: ولأنه حرض غيره فلا ينسى نفسه. (عبد)

(١٠) قوله: "أتى به معنى" لقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «الدال على الخير كفاعله»، فلا يدخل فى وعيد قوله تعالى: ﴿أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم﴾. (د)

(١١) من ركوعه. (ع)

(١٢) قوله: "كبّر" يتبادر منه أن التكبير واقع فى القيام، وليس كذلك، بل يتصل التكبير به بمعنى أنه يبدأ فى القيام، ويتم فى الخفض؛ لما ذكر أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم يكبر عند كل خفض ورفع، وأيضًا لو كان واقعا فى القيام لزم ثبوت ذكر مسنون فى القومة، والمشهور أن ليس فى القومة ذكر مسنون، يقال: من أثبت للإمام التحميد لزم وقوع ذكر مسنون فيه؛ لأن وقوع التسميع مجمع عليه، وهو فى حالة الرفع، فإذا قال: التحميد يقع بعد الرفع، وهو حالة القومة.
أجيب بأن من يثبت التحميد يجوز له أن يقول: وقوع التحميد والتسميع كليهما يكون فى حالة الرفع إذا

فلما بينا[١]، وأما الاستواء[٢] قائمًا فليس بفرض، وكذا الجلسة بين السجدتين، والطمأنينة[٣] في الركوع والسجود، وهذا عند أبي حنيفة رح ومحمد رح، وقال أبو يوسف رح: يفترض ذلك[٤] كله، وهو قول الشافعي رح؛ لقوله عليه السّلام: «قم فصلّ[٥] فإنّك[٦] لم تصلّ»* قاله[٧] لأعرابي[٨] حين[٩] أخفّ الصّلاة.

لم يكن على عجل. (عبد)

(١٣) قوله: "وسجد" أي شرع في السجدة، وهو متصل بالقيام، وهذا الاتصال يكفي لاستعمال إذا، وإن كان الظاهر من لفظة إذا وقوع الجزاء في زمان الشرط. (عبد)

(١) قوله: "فلما بينا" من أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم يكبر عند كل خفض ورفع، وما ذكر في أول الباب من قوله تعالى: ﴿واركعوا واسجدوا﴾. (عناية)

(٢) بعد الركوع، ويسمى قومة. (عناية)

(٣) أي القرار فيهما. (عناية)

(٤) أي المذكور من القومة، والجلسة، والطمأنينة. (عبد)

(٥) قوله: "قم فصل [ظاهر الأمر الافتراض. عبد] إلخ" قلت: أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي في كتبهم. قال أبو داود: حدثنا القعنبي حدثنا أنس بن عياض، وحدثنا ابن المثنى حدثني يحيى بن سعيد عن عبيد الله، وهذا لفظ ابن المثنى حدثني سعيد بن أبي سعيد عن أبيه عن أبي هريرة «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم دخل المسجد فدخل رجل فصلى ثم جاء فسلم على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فرد عليه السلام، وقال: ارجع فصل فإنك لم تصل، حتى فعل ذلك مرارا، فقال الرجل: والذي بعثك بالحق ما أحسن غير هذا فعلمني، قال: إذا قمت إلى الصلاة فكبر، ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن، ثم اركع حتى تطمئن راكعا، ثم ارفع حتى تعتدل قائما، ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا، ثم اجلس حتى تطمئن جالسا، ثم افعل ذلك في صلاتك كلها». قال القعنبي عن سعيد بن المقبري عن أبي هريرة: وقال في آخره: فإن فعلت هذا، فقد تمت صلاتك، وما انتقصت من هذا، فإنما انتقصته من صلاتك، انتهى. (ت)

(٦) قوله: "فإنك لم تصل" فالحديث ناطق بعدم جواز الصلاة بغير الطمأنينة. (د)

* اخرجه الترمذي من حديث رفاعة بن رافع، انظرالدراية ج١رقم الحديث ١٦٥، ص١٤٣، ونصب الراية ج١ ص٣٧٨(نعيم).

(٧) قوله: "قاله إلخ فإن قلت: الفرضية لا يثبت بخبر الواحد، أجيب بأن هذا الخبر لمجمل قوله تعالى: ﴿أقيموا الصلاة﴾ مبين (إله داد)

(٨) اسمه خلاد بن رافع. (ف)

(٩) قوله: "حين أخف الصلاة" حال الأعرابي هو ترك الأمور المذكورة، لكن هذا لا يدل على المدعى؛ لجواز أن يكون لترك واحد من الثلاثة، أو اثنين منها، أو لترك الثلاثة بتمامها، فلا يدل على أن كلا منها فرض. (عبد)

ولهما أن الركوع(١) هو الانحناء، والسجود هو الانخفاض(٢) لغةً، فيتعلق الركنية بالأدنى فيهما، وكذا(٣) فى الانتقال؛ إذ هو(٤) غير مقصود، وفى آخر(٥) ما روى تسميته(٦) إياه صلاة(٧) حيث قال: «وما نقصتَ من هذا شيئًا، فقد نقصت من صلاتك»، ثم القومة(٨) والجلسة سنة(٩) عندهما، وكذا الطمأنينة فى تخريج الجرجانى رح(١٠) و فى "تخريج

(١) قوله: "أن الركوع إلخ" يعنى أن الركوع هو المطلوب بالنص جزء للصلاة، وكذا السجود؛ لقوله تعالى: ﴿اركعوا واسجدوا﴾، ولا إجمال فيهما ليفتقرا إلى البيان، ومسماهما يتحقق بمجرد الانحناء، ووضع بعض الوجه مما لا يعد سخرية مع الاستقبال، والطمأنينة دوام على الفعل لا نفسه، فهو غير المطلوب به. (ف)

(٢) قوله: "هو الانخفاض لغة" قلت: فى "الصراح": السجود سر بر زمين نهادن، فالسجود عبارة عن وضع الرأس على الأرض، لا عن مطلق الخفض، فإنه ضد الارتفاع، ويطلق على الركوع أيضًا، كما جاءفى الحديث: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم يكبر عند كل خفض ورفع»، وكأنه أراد بالانخفاض التام الذى هو الالتزاق بالأرض، والوضع عليه. (د)

(٣) قوله: "وكذا فى الانتقال [فلا يفرض القومة، والجلسة. عبد]" أى من الركوع إلى السجدة، ومن السجدة إلى سجدة أخرى". (عبد)

(٤) قوله: "إذ هو غير مقصود" أى كما يكتفى بالأدنى فى الركوع والسجود لإطلاق النص يكتفى بالأدنى فى الانتقال أيضًا؛ إذ هو غير مقصود إنما المقصود تحقيق السجود، فيتقدر بقدر ما يتحقق به السجود؛ إذ لو اشترط فيه ما لا يتوقف عليه السجود، لكان مقصودا، وأنه خلاف الإجماع. (إله داد)

(٥) جواب عن حديث الأعرابى. (ع)

(٦) قوله: "تسميته إلخ" فإن قيل: أراد الصلاة الواجبة عليه، ولا يلزم من ذلك أن يسمى الفعل الصادر منه صلاة، أجيب بأن المعنى حينئذٍ إنك نقصت من الصلاة الواجبة عليك، وإثبات النقصان يدل على حصول الأصل، فحصل المراد. (عبد)

(٧) قوله: "صلاة" فلو كان ترك التعديل مفسدا لما سماه صلاة، كما لو ترك الركوع أو السجود. (ع)

(٨) قوله: "ثم القومة إلخ" إذا لم يكن التعديل فرضا عندهما، فهل هو واجب، أو سنة؟ فأما الطمأنينة فى الانتقال، وهى القومة، والجلسة، فهى سنة عندهما.
وأما الطمأنينة فى الركوع والسجود، ففى "تخريج الجرجانى" سنة، وفى تخريج الكرخى واجبة، حتى تجب سجدتا السهو بتركها عنده، وجه الجرجانى أن هذه طمأنينة مشروعة لإكمال ركن، وكل ما هو كذلك فهو سنة كالطمأنينة فى الانتقال، ووجه الكرخى أن هذه الطمأنينة مشروعة لإكمال ركن مقصود بنفسه، وكل ما هو كذلك فهو واجب كالقراءة، بخلاف الانتقال فإنه ليس بمقصود كما تقدم. (عناية)

(٩) قوله: "سنة [أى بالاتفاق. ف] عندهما" قلت: ينبغى أن تكونا واجبتين؛ لورود الأمر بهما فى حديث

الكرخي رح" واجبة[١]، حتى تجب سجدتا السهو بتركها عنده. ويعتمد[٢] بيديه على الأرض؛ لأن[٣] وائل بن حجر[٤] وصف[٥] صلاة رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم*: فسجد وادّعم[٦] على راحتيه[٧]، ورفع عجيزته[٨]، ووضع وجهه بين كفيه، ويديه حذاء أذنيه؛ لما روى أنه عليه السّلام فعل[٩] كذلك**.

قال: وسجد على أنفه[١٠] وجبهته[١١]؛ لأن النبي[١٢] عليه السلام

الأعرابي، اللهم إلا إذا ثبت عدم مواظبة النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم على ذلك. (إله داد)

(١٠) الشيخ أبي عبد الله. (ن)

(١) قوله: "واجبة" أقول: هذا هو الأصح، كيف لا؟ وقد قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لذلك الأعرابي الذي خفف في صلاته: «صل فإنك لم تصل»، والأمر للفرضية، ولولا أنه خبر الواحد لقلنا بما قال به الشافعي، وخبر الواحد يثبت الوجوب للنية، فلا بد أن يكون واجبا، والقول بكونه سنة مخالف للحديث الصريح الصحيح، فافهم. (مولوى محمد عبد الحي رح)

(٢) يعني يضع، لا أن يأخذ. (عبد)

(٣) قوله: "لأن وائل بن جحر إلخ" قلت: غريب من حديث وائل، ورواه أبو يعلى الموصلي في "مسنده" من حديث البراء بن عازب، فقال: حدثنا محمد بن الصباح حدثنا شريك عن أبي إسحاق قال: وصف لنا البراء بن عازب السجود، فسجد، فادعم على كفيه، ورفع عجيزته، وقال: هكذا كان يفعل رسول الله ﷺ. (ت)

(٤) بضم الحاء المهملة، وبعده الجيم. (ك)

(٥) أي بالفعل، لا بالقول. (عبد)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٦٦، ص١٤٣، ونصب الراية ج١ ص٣٨٠(نعيم).

(٦) قوله: "وادعم" هو افتعال من دعمت الشيء دعما أي جعلته دعامة. (ن)

(٧) بالفارسية: كف دست. (م)

(٨) قوله: "عجيزته [هي العجزة للمرأة، فاستعير للرجل، والعجز مؤخر الشيء. مجمع البحار]" هذا القول وإن لم يكن له مدخلا فيما ادعاه لكن من متممات الحديث، فلذا تعرض له. (عبد)

(٩) قوله: "فعل كذلك" قلت: لم أجده إلا مفرقا، فروى مسلم في "صحيحه" صدره الأول من حديث وائل: «أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم سجد فوضع وجهه بين كفيه» مختصراً، وروى إسحاق ابن راهويه في "مسنده" باقيه، فقال: أخبرنا الثوري عن عاصم بن كليب عن أبيه عن وائل بن حجر قال: رمقت النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فلما سجد وضع يديه حذاء أذنيه، انتهى. (ت)

** انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٦٧، ص١٤٤، ونصب الراية ج١ ص٣٨١(نعيم).

(١٠) قوله: "على أنفه" وجه تقديم الأنف على الجبهة باعتبار أن الأرض يقرب من الأنف، فيضعه أولا. (عناية)

واظب عليه*، فإن اقتصر على أحدهما(٢) جاز(٣) عند أبي حنيفة وقالا: لا يجوز الاقتصار على الأنف إلا من عذر وهو رواية عنه لقوله عليه السلام: «أمرت(٤) أن أسجد على سبعة(٥) أعظم»**، وعد(٦) منها الجبهة.

ولأبي حنيفة رح أن(٧) السجود يتحقق بوضع(٨) بعض الوجه، وهو

---

(١١) قوله: "وجبهته" ثم قيل في كيفية السجود والقيام منه أن يضع أولا ما كان أقرب إلى الأرض عند السجود، وأن يرفع ما كان أقرب إلى السماء، فيضع أولا ركبتيه، ثم يديه، ثم وجهه، وقيل: أنفه ثم جبهته، ويرفع أولا وجهه، ثم يديه، ثم ركبتيه. (ع)

(١٢) رواه أبو داود والترمذي والنسائي. (ت)

* اخرجه البخاري من حديث ابي حميد، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٦٨، ص ١٤٤، ونصب الراية ج١ ص ٣٨٢ (نعيم).

(٢) قوله: "على أحدهما" لكن الاقتصار على الأنف إساءة. (عبد)

(٣) والفتوى على قولهما. (شرح الوقاية)

(٤) قوله: "أمرت [أخرجه الأئمة الستة. ت] إلخ" وجه التمسك بهذا الحديث أن الأمر بالسجود مجمل؛ لأن السجدة عبارة عن وضع بعض الوجه على الأرض، ومطلق البعض غير مراد بالإجماع حتى لو وضع الخد والذقن لا يجزئه، فكان مجملا في ما يراد به، فيلحق هذا الخبر بيانا لمجمل الكتاب، وقد ذكر فيه الجبهة دون الأنف، فالفرضية تثبت بخبر الواحد إذا كانت بيانا لمجمل الكتاب، ولا يثبت به ابتداء. (د)

(٥) قوله: "على سبعة أعظم" المراد منها اليدان والركبتان والقدمان والجبهة. (عبد)

** انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٦٩، ص ١٤٥، ونصب الراية ج١ ص ٣٨٣ (نعيم).

(٦) قوله: "وعد منها الجبهة" ليس الدليل إلا على تعيين الجبهة بكونها محل الفرض، وليس المحل أعم من الجبهة، والأنف، وإنما قلنا ذلك إذ لو كان دليلا على كونه فرضًا لزم أن يكون السجدة على الركبتين، واليدين فرضًا، وليس كذلك. (عبد)

(٧) قوله: "أن السجود إلخ" يعني أن السجود يتحقق بوضع بعض الوجه؛ لأن وضع جميعه غير ممكن؛ لأن الأنف والجبهة عظمان ناتئان يمنعان وضع جميع الوجه، وهذا ظاهر، وإذا تعذر وضع الكل كان المأمور به وضع البعض إلا أن الخد والذقن خرجا بالإجماع؛ إذا التعظيم لم يشرع بوضعهما، فبقي الأنف والجبهة، والجبهة تصلح محلا للسجود، فكذا الأنف، وهذا لأن الأنف لا يخلو إما أن يكون محلا للفرض أو لا، لا سبيل للثاني؛ لأن الفرض ينتقل إليه بالاتفاق عند العذر، ولو لم يكن محلا للفرض لما انتقل إليه كالذقن، بل ينتقل الفرض إلى الإيماء، كما لو كان بهما عذر، فتعين الأول، ويجوز الاقتصار على الجبهة، فكذا على الأنف. (عناية)

(٨) قوله: "بوضع بعض الوجه [مما لا سخرية فيه. ف]" فإن قلت: فلو وضع بعضا يسيرا من الجبهة وجب أن يجزئه؛ لأنه وضع بعض الوجه، والرواية منصوصة في التجنيس أنه لو وضع جبهته على حجر صغير، إن وضع أكثر الجبهة على الأرض يجوز، وإلا لا.

أجيب بأن النص مقيد ببعض يحصل به كمال التعظيم المقصود من افتراض السجدة، حتى لا يصح وضع الخد

المأمور به(١) إلا أن الخد(٢)، والذقن(٣) خارج(٤) بالإجماع، والمذكور(٥) فيما روى الوجه(٦) فى المشهور(٧)، ووضع اليدين والركبتين سنة(٨) عندنا(٩)؛ لتحقق(١٠) السجود بدونهما(١١)، وأما وضع القدمين فقد ذكر

والذقن، وكمال التعظيم لا يحصل إلا بوضع كل الجبهة، أو أكثر، فلا يجزئه وضع الأقل بدلالة النص، والله أعلم. (د)

(١) فى كتاب الله تعالى. (ن)

(٢) بالفتح وتشديد الدال، بالفارسية: رخسار. (ن)

(٣) بفتحتين بالفارسية: زنخدان. (م)

(٤) قوله: "خارج بالإجماع" لأن وضع الذقن ليس تعظيما، والخد يستلزم الانحراف من القبلة، فما بقى إلا الجبهة والأنف. (عبد)

(٥) إبطال لما استدلوا به. (عبد)

(٦) قوله: "الوجه" لا الجبهة، فيكون الأنف مع الجبهة داخلين على السواء. (ن)

(٧) قوله: "في المشهور" قلت: روى أصحاب السنن الأربع من حديث العباس بن عبد المطلب أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «إذا سجد العبد سجد معه سبعة آراب: وجهه، وكفاه، وركبتاه، وقدماه»، انتهى. (ت)

(٨) قوله: "سنة" أى ليس بفرض، ولا بواجب، أما الأول: فلأن نص السجدة مطلق يقتضى الإجزاء بوضع الجبهة والأنف سواء وضع الأعضاء الآخر، أو لا، فلو قلنا بافتراض وضع الركبتين، واليدين بحديث «أمرت أن أسجد» إلخ لزم الزيادة على الكتاب بخبر الواحد، وإنه لا يجوز.
وأما الثاني: فلأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم لم يذكره فى حديث الأعرابى حين علمه الواجبات، فلو كان واجبا لذكره، ولقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «مثل الذى يصلى وهو عاقص كمثل الذى يصلى وهو مكفوف» شبه العاقص بالمكفوف، وهو تارك للسنة، فكذا المكفوف، فظهر أن قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أمرت» إلخ إما محمول على الاستحباب، أو على اختصاصه بالنبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وقد يستدل على عدم اللزوم، بأنه لو وجب وضعهما، لوجب الإيماء بهما عند العجز، كما فى الجبهة، وإذ ليس فليس. (د)

(٩) قوله: "عندنا" احتراز عن قول زفر، وهو قول الشافعي، ومختار الفقيه أبى الليث: أنه واجب؛ لقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء». (عناية)

(١٠) قوله: "لتحقق إلخ" قلت: كأنه دليل على عدم الافتراض المفهوم عن دعوى السنية، وتقريره أنه لا وجه لافتراضهما سوى أن لا يتوصل إلى السجدة به؛ لما عرفت أن الحديث الوارد فى الباب لا يصلح لإثبات الفرضية، ولكن السجود يتحقق بدون وضعهما كما لا يخفى، فلا يكون فرضا إذ الحكم ينتفى بانتفاء العلة المنحصرة، وإنما قلنا: إنه دليل على ذلك؛ لأن السنية لا تثبت إلا بالمواظبة، أو بدليلها، ولا ينتفى بإمكان التحقق بدونهما. (د)

(١١) قوله: "بدونهما" إن قيل: فلا يكون وضع القدمين فرضا، أو يلزم الزيادة على الكتاب، قلنا: وضعه

القدوري رح أنه فريضة(١) في السجود(٢).

فإن سجد على كور عمامته(٣)، أو فاضل ثوبه(٤) جاز(٥)؛ لأن النبي عليه السّلام كان(٦) يسجد على كور عمامته*.

ويروى(٧) أنه عليه السّلام صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الأرض وبردها**، ويبدى ضبعيه(٨)؛ لقوله عليه السلام(٩): «وأبد

في السجود لا يثبت بحديث «أمرت» إلخ، بل بدليل آخر. (عبد)

(١) قوله: "أنه فريضة" لأن السجدة إنما يتم بالوضع والرفع، وكلاهما لا يتيسر إلا بوضعهما، و ما لا يتيسر الفرض إلا به يفترض أيضًا، وذلك لأن المعتبر من القدرة هو المعتاد، دون ما فيه كلفة ظاهرة، والسجدة بدون وضع القدم لا يحصل إلا بكلفة بليغة بخلاف ما إذا رفع الركبتين، أو اليدين حيث لا يحتاج إلى كلفة زائدة منتفية في العادة. (د)

(٢) قوله: "في السجود" فإذا سجد ورفع أصابع رجليه من الأرض لا يجوز، كذا ذكره الكرخي والجصاص، ولو رفع إحداهما جاز، قال قاضي خان: يكره، وذكر التمرتاشي أن اليدين والقدمين سواء في عدم الفرضية، وهو الذي يدل عليه كلام شيخ الإسلام في "مبسوطه"، وهو الحق. (عناية)

(٣) قوله: "كور عمامته" الكور بفتح الكاف وسكون الواو بالفارسية: پيچ دستار. (عبد)

(٤) قوله: "أو فاضل ثوبه إلخ" هذا في الحائل التابع أما الفاضل الذي هو بعضه، فقد اختلفوا فيه، فلو سجد على كفه، وهي على الأرض، قيل: لا يجوز، وصحح الجواز، أو على فخذه، قيل: لا يجوز ولو بعذر، وقيل: يجوز بلا عذر. (د)

(٥) قوله: "جاز [كالمصلي على البساط. ن]" خلافا للشافعي فإنه لا يجوز السجدة عنده على كور العمامة، وزعم أن كشف الجبهة عند السجود واجب. (د)

(٦) قوله: "كان يسجدعلى كور عمامته" رواه أبو نعيم من حديث ابن عباس في "الحلية" في ترجمة إبراهيم بن أدهم. (ف)

* اخرجه عبد الرزاق في مصنفه من حديث ابي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث١٧٠، ص١٤٥ ، ونصب الراية ج١ ص٣٨٤(نعيم).

(٧) قوله: "ويروى [رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه". ت] إلخ" فإن قلت: هذه حكاية فعل لا عموم له، فجاز أن ما يتقي به النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم حر الأرض وبردها من فاضل ثوبه، بحيث لا يتحرك بتحركه قياما وقعودا، والسجدة عليه جائزة بالاتفاق، فلا يكون حجة، أجيب بأن التلبيس بلباس الفاضل بعضه بحيث لا يتحرك بتحرك اللابس غير معتاد، فيجب حمله على المعتاد.(د)

** اخرجه ابن ابي شيبة واحمد وإسحاق، وأبويعلى والطبراني من حديث ابن عباس، انظرالدراية ج١رقم الحديث١٧١، ص١٤٦ ، ونصب الراية ج١ ص٣٨٦(نعيم).

(٨) قوله: "ضبعيه" ذكر في "المغرب" الضبع بالسكون -لا غير- العضد، وفي "مبسوط شيخ

ضبعيك[١]»*، ويروى: وأبدّ: من الإبداد، وهو المدّ، والأول من الإبداء، وهو الإظهار. ويجافى[٢] بطنه عن فخذيه؛ لأنه عليه السّلام «كان[٣] إذا سجد جافى حتى[٤] إن بهمة لو أرادت أن تمرّ بين يديه لمرت»**، وقيل: إذا كان فى صف لا يجافى[٥] كيلا يؤذى جاره.

ويوجّه أصابع رجليه نحو القبلة[٦]؛ لقوله عليه السّلام[٧]: «إذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من أعضاءه القبلة ما استطاع»***، ويقول[٨] فى سجوده: سبحان ربى الأعلى ثلاثًا، وذلك أدناه؛ لقوله عليه السلام: «إذا[٩] سجد أحدكم فليقل فى سجوده سبحان ربى

الإسلام": اختلف أهل اللغة فى قوله: ضبعيه، فقال بعضهم: بجزم الباء، وقال بعضهم: بالرفع، وهما لغتان، وآثر العينى الرفع على الجزم. (ن)

(٩) قوله: "لقوله إلخ" قلت: هذا حديث غريب، وهو فى "مصنف عبد الرزاق" من كلام ابن عمررض. (ت)

(١) بفتح الضاد المعجمة. (مجمع البحار)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٧٢، ص١٤٦، ونصب الراية ج١ ص٣٨٦ (نعيم).

(٢) أى يباعد. (ن)

(٣) أخرجه مسلم. (ن)

(٤) قوله: "حتى إن بهمة إلخ" رواه الحاكم فى "المستدرك" والطبرانى فى "معجمه"، وقال فيه: بهيمة بالياء التحتانية، ورأيت على الباء ضمة بخط بعض الحفاظ تصغير بهمة، وهو الصواب، وفتح الباء فيه خطأ، ورواه البيهقى عن الحاكم بسنده، وقال فيه: بهمة، يعنى أن الحاكم رواه بلفظ البهمة، وسكت الحاكم عنه، والبهم بفتح الباء أولاد الضأن والمعز الصغار، واقتصر الجوهرى على أولاد الضأن، وخصه القاضى عياض بأولاد المعز، وقال الجوهرى: والبهمة تقع على المذكر والمؤنث. (ت)

** انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٧٣، ص١٤٦، ونصب الراية ج١ ص٣٨٦ (نعيم).

(٥) على الوجه المتعارف. (عبد)

(٦) المحفوظ رواية ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام أخرجه البخارى وغيره. (ف)

(٧) قوله: "لقوله إلخ" المحفوظ رواية ذلك من فعل النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (ف)

*** انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٧٤، ص١٤٧، ونصب الراية ج١ ص٣٨٧ (نعيم).

(٨) قالوا: ويكره تركها ونقصها من الثلاث. (ف)

(٩) قوله: "وإذا سجد [تقدم فى الباب. ت]" بالواو معطوف على قوله: وإذا ركع أحدكم، لأنهما فى

الأعلى ثلاثًا وذلك أدناه»*، أى أدنى كمال الجمع، ويستحب أن يزيد على الثلاث فى الركوع والسجود بعد(٢) أن يختم بالوتر؛ لأنه عليه السلام(٣) كان يختم بالوتر(٤)**، وإن كان إماما لا يزيد على وجه يُمِلّ(٥) القوم، حتى لا يؤدّى إلى التنفير، ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة؛ لأن النص(٦) تناولهما دون تسبيحاتهما، فلا يزاد(٧) على النص، والمرأة تنخفض فى سجودها، وتلزق بطنها بفخذيها؛ لأن ذلك أستر لها.

قال: ثم يرفع(٨) رأسه، ويكبر؛ لما روينا(٩)، فإذا اطمأنّ جالسًا كبّر، وسجد؛ لقوله عليه السّلام فى حديث الأعرابى: «ثم ارفع رأسك(١٠) حتى

حديث واحد. (ن)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٧٥، ص١٤٧، ونصب الراية ج١ ص٣٨٨ (نعيم).

(٢) قوله: "بعد أن يختم بالوتر" إن كان متعلقا بيستحب، فالأمر ظاهر، وحاصله أن ثبوت الاستحباب إنما يتحقق بشرط الختم على الوتر، وإن كان متعلقًا بيزيد، فبعد بمعنى مع. (عبد)

(٣) قلت: غريب جداً. (ت)

(٤) قوله: "كان يختتم [يعنى تسبيحات الركوع والسجود. ت] بالوتر" قد يستدل لذلك بالحديث المشهور: «إن الله وتر يحب الوتر»، وفى "إحياء العلوم" عن بعض الصحابة: "كنا نسبح وراء رسول الله ﷺ فى الركوع والسجود عشراً عشراً"، قال الحافظ زين الدين العراقى فى "تخريجه": لم أجد له أصلاً إلا فى حديث رواه أبو داود والنسائى عن سعيد بن جبير، قال: سمعت أنس بن مالك يقول: ما صليت بعد رسول الله وراء أحد أشبه بصلاته من هذا الفتى يعنى عمربن عبد العزيز قال سعيد: فحرزنا فى ركوعه عشرتسبيحات، وفى سجوده كذلك. (عبد)

** انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٧٦، ص١٤٧، ونصب الراية ج١ ص٣٨٨ (نعيم).

(٥) من الإملال.

(٦) دليل على نفى الفرضية. (عبد)

(٧) قوله: "فلا يزاد على النص" عدم الزيادة لا يستلزم القول بالسنية؛ لجواز الوجوب للمواظبة، والأمر من قوله: فليقل يقتضيه إلا الصارف، بخلاف قول أبى مطيع بافتراضها، فإنه مشكل جداً، وقيل فى الصارف: إنه عدم ذكرها للأعرابى عند تعليمه، فيكون أمر استحباب. (ف)

(٨) قوله: "ثم يرفع إلخ" فريضة لما أن السجدة الثانية فرض، فلا بد من رفع الرأس ليتحقق السجدة الثانية، والتكبير سنة. (ن)

(٩) قوله: "لما روينا" يشير إلى الحديث: «كان يكبر عند كل خفض ورفع». (ت)

(١٠) قلت: تقدم فى حديث المسيء صلاته. (ت)

تستوى جالسًا»*، ولو لم يستوِ جالسًا، وكبر وسجد أخرى، أجزأه عند أبى حنيفة رح ومحمد رح، وقد ذكرناه[٢]، وتكلموا[٣] فى مقدار الرفع، والأصح أنه إذا كان إلى السجود أقرب لا يجوز؛ لأنه[٤] يعد ساجدًا، وإن كان إلى الجلوس أقرب جاز؛ لأنه يعد جالسًا، فتحقق الثانية[٥]. قال: فإذا اطمأنّ ساجدًا كبر، وقد ذكرناه[٦]، واستوى قائما على صدور قدميه[٧]، ولا يقعد[٨]، ولا يعتمد[٩] بيديه على الأرض.

وقال الشافعى رح: يجلس جلسة خفيفة، ثم ينهض معتمدا على الأرض؛ لأن النبى عليه السلام فعل ذلك[١٠]**.

---

* متفق عليه من حديث ابي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث ١٧٧، ص١٤٧، ونصب الراية ج١ ص٣٨٨(نعيم).

(٢) فى بيان تعديل الأركان.

(٣) قوله: "وتكلموا [أى المشايخ. عناية] فى مقدار الرفع إلخ" قال بعضهم: إذا زايل جبهته عن الأرض، ثم أعادها جاز ذلك عن السجدتين، وإلا يكون عن سجدة واحدة، وفى القدورى: أنه يكتفى بأدنى ما يطلق عليه اسم الرفع، وجعل شيخ الإسلام هذا أصح، وقال: لأن الواجب هو الرفع، فإذا وجد أدنى ما يتناوله اسم الرفع، بأن رفع جبهته كان مؤديًا لهذا الركن.

قال المصنف: والأصح أنه إذا كان إلى السجود أقرب لا يجوز؛ لأنه يعد ساجدًا، وإن كان إلى الجلوس أقرب جاز؛ لأنه يعد جالسًا، فيتحقق السجدة الثانية يعنى بعد ذلك المقدار من الرفع، وهو المروى عن أبى حنيفةرح ذكره فى "شرح الطحاوى". (ع)

(٤) قوله: "لأنه يعد ساجدا" أى بالسجدة الأولى؛ لقربه إليه، فلم يتحقق الثانية. (د)

(٥) أى السجدة الثانية. (نهاية)

(٦) قوله: "وقد ذكرناه" قيل: أراد قوله: «كان النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم يكبر عند كل خفض ورفع»، والمناسب لذلك أن يقول: ما روينا، ولعله إشارة إلى قوله: لما روينا. (ع)

(٧) قوله: "على صدور قدميه" المقصود أنه يقوم بالوضع الذى يجلس. (عبد)

(٨) قوله: "ولا يقعد" أى لا يجلس جلسة خفيفة. (ن)

(٩) قوله: "ولا يعتمد [خلافًا للشافعى. عبد] إلخ" فكان الخلاف بيننا وبين الشافعيرح فى موضعين: أحدهما: فى اعتماد اليدين، عندنا يعتمد بهما على ركبتيه، وعنده يعتمد بهما على الأرض، والثانى: فى الجلسة. (نهاية)

(١٠) رواه البخارى. (ت)

ولنا حديث أبي هريرة:[١] «أن النبي عليه السلام كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه»*، وما رواه[٢] محمول على حالة[٣] الكبر، ولأن هذه قعدة استراحة، والصّلاة ما وضعت[٤] لها.

ويفعل في الركعة الثانية مثل ما فعل في الركعة الأولى؛ لأنه[٥] تكرار[٦] الأركان إلا أنه[٧] لا يستفتح[٨] ولا يتعوذ؛ لأنهما لم يشرعا[٩] إلا مرة واحدة، ولا يرفع يديه إلا في التكبيرة الأولى، خلافًا للشافعي رح في الركوع[١٠]، والرفع منه؛ لقوله عليه السّلام[١١]: «لا ترفع الأيدي[١٢] إلا في

** اخرجه البخاري من حديث مالك بن الحويرث، انظرالدراية ج١رقم الحديث ١٧٩، ص١٤٧، ونصب الراية ج١ ص٣٨٨(نعيم).

(١) قلت: أخرجه الترمذي. (ت)

* اخرجه الترمذي من حديث ابي هريرة، انظرالدراية ج١رقم الحديث١٧٨، ص١٤٧، ونصب الراية ج١ ص٣٨٩(نعيم).

(٢) قوله: "وما رواه إلخ" وما رويناه محمول على حالة القدرة، فيوفق بين الأخبار بهذا الوجه. (ن)

(٣) يعني أنه فعله حين أسنّ. (عناية)

(٤) قوله: "ما وضعت لها" يشكل بالقعدة الأولى في رباعية، فإنها أيضًا قعدة استراحة مع أنها واجبة، وذلك لأن المقصود من هذه الاستراحة أن يكون أقدر على مقاسات القيام وغيره من الأركان في ما يعد من الصلاة، فلا يبعد أن يشرع القعدة بين الركعتين كما شرعت بين الشفعين؛ لا للاستراحة، بل تكميلا لما بقي من الصلاة، فإن النشاط يتجدد بالقعدة بعد فتور الرغبة، وللقوة بأول الصلاة، والمعاناة فيه.
وجوابه أن الاستراحة لا يشرع في الصلاة إلا لحاجة تجديد النشاط بعد فتوره، وهو إنما يكون بالشفع؛ لأنه صلاة معتبرة. (د)

(٥) قوله: "لأنه" ذكر الضمير باعتبار الخبر، وهو تكرار الأركان. (ع)

(٦) قوله: "تكرار الأركان" والتكرار يقتضي إعادة الأولى، كما لا يخفى. (ع)

(٧) قوله: "إلا إلخ" استثناء من قوله: ويفعل في الركعة الثانية إلخ. (عبد)

(٨) قوله: "لايستفتح" المراد بالاستفتاح الثناء الذي بعد التكبير. (عبد)

(٩) على وجه السنة والاستحباب. (عبد)

(١٠) قوله: "خلافًا للشافعي إلخ" لقي الأوزاعي أبا حنيفةرح، فقال: ما بال أهل العراق لا يرفعون أيديهم عند الركوع، ورفع الرأس منه، وقد حدثني الزهري عن سالم عن ابن عمر: «أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يرفع عند الركوع، وعند رفع الرأس منه»، فقال أبو حنيفةرح: حدثني حماد عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود: «كان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم رفع يديه عند تكبيرة الافتتاح، ثم لا يعود».

سبع مواطن[١] تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين»*، وذكر[٢] الأربع في الحج، والذي يروى من الرفع** محمول على الابتداء، كذا[٣] نقل[٤] عن ابن الزبير رض. وإذا رفع رأسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية، افترش رجله اليسرى، فجلس عليها، ونصب اليمنى نصبا، ووجّه أصابعه[٥] نحو القبلة، هكذا وصفت[٦] عائشة رض

فقال الأوزاعي: عجبا من أبي حنيفةرح أحدثه عن الزهري عن سالم عن ابن عمر، وهو يحدثني عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود، فرجح حديثه بعلو إسناده.

فقال أبو حنيفة: أما حماد، فأفقه من الزهري، وإبراهيم أفقه من سالم، ولو لاسبق ابن عمر لقلت: إن علقمة أفقه منه، وأما عبد الله فعبد الله ،فرجح حديثه بفقهه، وهو المذهب أن الترجيح بفقه الرواة، لا بعلو الإسناد.(د)

(١١) قوله: "عليه السلام" روى الطبراني مرفوعًا: «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن: حين يفتتح الصلاة، وحين يدخل المسجد الحرام، وحين يقوم على المروة، وحين يقف عشية عرفة، وحين يرمي جمرة العقبة، والكلام في هذا المبحث طويل من جهة الطحاوي وغيره، والقدر المتحقق ثبوت كل من الأمرين من رسول الله الرفع عند الركوع، وعدمه، فيحتاج إلى الترجيح، ويترجح ما صرنا إليه بأنه قد علم نسخ أفعال كانت مباحة في الصلاة، فلا يبعد أن يكون هو أيضًا مشمولا بالنسخ خصوصًا، وقد ثبت ما يعارضه ثبوتا لا مرد له، بخلاف عدمه، فإنه لا يتطرق إليه احتمال عدم الشرعية؛ لأنه ليس من جنس ما عهد فيه ذلك، وكذا بأفضلية الرواة، كما قاله أبو حنيفة للأوزاعي في القصة المشهورة. (ف)

(١٢) قوله: "لا ترفع [وهو الحديث المشهور] إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وقد روى من حديث ابن عباس، وحديث ابن عمر مع تنقيص وتغيير. (ت)

(١) قوله: "إلا في سبع مواطن" يشكل برفع اليد في الدعاء إلا أن يقال: المرادحصر الرفع المنصوص. (عبد)

* انظرالدراية ج١رقم الحديث١٨٠، ص١٤٨ ، ونصب الراية ج١ ص٣٨٩(نعيم).

(٢) قوله: "وذكر الأربع في الحج" هو تكبير عرفات، وتكبير الجمرتين، وتكبير الصفا والمروة، وتكبير الاستلام. (عبد)

** إشارة إلى ما يوجد في بعض نسخ الهداية : للشافعي ماروي عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ كان يرفع يديه إذا ركع وإذا رفع رأسه من الركوع» متفق عليه، انظرالدراية ج١رقم الحديث ١٨١، ص١٤٩ ، ونصب الراية ج١ ص٣٩٢(نعيم).

(٣) قوله: "كذا" أي كون ذلك في ابتداء الإسلام. (عبد)

(٤) قوله: "نقل [قلت: غريب. ت]" فإن عبد الله بن الزبير رأى رجلا يصلي في المسجد الحرام، كان يرفع يديه عند الركوع، وعند رفع الرأس منه، فلما فرغ من صلاته، قال: لا تفعل، فإن هذا شيء فعله النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ثم ترك. (ن)

(٥)قوله: "أصابعه" أي أصابع الرجلين جميعًا، لكن أصابع اليمنى مرفوعة، وأصابع اليسرى مخفوضة،

قعود رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم في الصلاة*.

ووضع(٢) يديه على فخذيه، وبسط(٣) أصابعه، وتشهد، يروى(٤) ذلك في حديث وائل**، ولأن فيه توجيه(٥) أصابع يديه إلى القبلة.

وإن كانت امرأة(٦) جلست على إليتها اليسرى(٧)، وأخرجت رجليها(٨) من الجانب الأيمن؛ لأنه أستر لها.

والتشهد(٩): التحيات لله(١٠) والصلوات(١١) والطيبات(١٢) السلام عليك(١٣) أيها النبي إلى آخره، وهذا(١٤) تشهد عبد الله بن مسعود، فإنه قال:

لكن رؤوسها مائلة إلى القبلة. (عبد)

(٦) قلت: غريب بهذا اللفظ، وفي "مسلم" بعضه. (ت)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٨٢، ص١٥٥، ونصب الراية ج١ ص٤١٨(نعيم).

(٢) يعني في التشهد. (ت)

(٣) ولا يقبض. (ع)

(٤) قلت: غريب. (ت)

** انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٨٣، ص١٥٦، ونصب الراية ج١ ص٤١٩(نعيم).

(٥) أي في الجملة. (عبد)

(٦) قوله: "وإن كانت امرأة إلخ" الأنسب تقديمه ليكون قريبًا من جلسة الرجل؛ لأن وضع اليدين، وما يتلوه من تتمة الجلسة، فأراد أن يفرغ عنها. (عبد)

(٧) بن ران. (م)

(٨) ليكون قعودها على الإلية اليسرى. (د)

(٩) قوله: "والتشهد إلخ" اعلم أن الصحابة اختلفوا في التشهد، فلعمر تشهد، ولعلي تشهد، ولعبد الله ابن عباس تشهد، ولعبد الله بن مسعود تشهد، ولعائشة تشهد، ولجابر تشهد، ولغيرهم أيضًا.
فعلماءنا أخذوا بتشهد عبد الله بن مسعود، وأخذ الشافعي تشهد عبد الله بن عباس، وتشهده ما ذكر في الكتاب إلا أنه قال في آخره: وأشهد أن محمدا رسوله بدون عبده. (ن)

(١٠) أي العبادات القولية. (ع)

(١١) أي العبادات البدنية. (ع)

(١٢) أي العبادات المالية. (ع)

(١٣) قوله: "السلام عليك" حكاية للسلام الذي رده الله تعالى على نبيه ليلة المعراج؛ لما أثنى على الله تعالى بثلاثة أشياء. (ع)

"أخذ[١] رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بيدى، وعلمنى التشهد كما كان يعلّمنى سورة من القرآن، وقال: قل: التحيات لله إلى آخره"*. والأخذ بهذا أولى[٢] من الأخذ بتشهد ابن عباس، وهو قوله[٣]: التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته، سلام علينا إلى آخره**؛ لأن[٤] فيه الأمر، وأقله[٥] الاستحباب، والألف واللام[٦] وهما للاستغراق، وزيادة الواو[٧]، وهى لتجديد الكلام، كما فى القسم، وتأكيد التعليم[٨].

ولا يزيد[٩] على هذا فى القعدة الأولى؛ لقول ابن مسعود[١٠]:

---

(١٤) أخرجه الأئمة الستة. (ت)

(١) قوله: "أخذ" ليكون حاضراً، فلا يفوته شيء. (عبد)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٨٤، ص١٥٦، ونصب الراية ج١ ص٤١٩ (نعيم).

(٢) بوجوه عشرة ذكر بعضها فى الكتاب. (ع)

(٣) أخرجه الجماعة إلا البخارى. (ت)

** انظر الدراية ج١ رقم الحديث ١٨٥، ص١٥٦، ونصب الراية ج١ ص٤٢٠ (نعيم).

(٤) متصل بقوله: أولى. (ن)

(٥) قوله: "وأقله الاستحباب" أى الظاهر منه الوجوب، ولو أنا قطعنا عنه لقلنا: أن لا أقل من الاستحباب، فيكون أولى. (عبد)

(٦) فى قوله: السلام عليك. (ع)

(٧) قوله: "وزيادة الواو [فى الصلوات ع]" فيصير كل كلام ثناء على حدة؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه، وبغير الواو يصير الكل ثناء واحدا بعضه صفة للبعض، ألا ترى أن من قال: والله والرحمن لا أفعل كذا، ففعل لزمه كفارتان، ولو قال: والله الرحمن لا أفعل كذا، ففعل لزمه كفارة واحدة. (ن)

(٨) وقوله: "وتأكيد التعليم" هو مستفاد من قوله: كما علمنى سورة من القرآن، فإن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يكرر السورة مرارا حتى يحفظ. (عبد)

(٩) قوله: "ولا يزيد على هذا [التشهد. ع] إلخ" هذا عندنا، وقال الشافعى: يزيد الصلاة على النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فإن الصلاة عليه عنده سنة، قال الطحاوى: قول من قال: إنه سنة مخالف للإجماع. (ن)

(١٠) قوله: "لقول [رواه أحمد فى "مسنده". ت] إلخ" وما رواه الشافعى محمول على التطوع، فإن كل

علّمني رسول الله ﷺ[١] التشهد في[٢] وسط الصلاة، وآخرها، فإذا كان وسط الصلاة نهض إذا فرغ من التشهد، وإذاكان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء*. ويقرأ في الركعتين الأخريين بفاتحة الكتاب وحدها؛ لحديث[٣] أبي قتادة رض «أن[٤] النبي عليه السلام قرأ في الأخريين بفاتحة الكتاب»**، وهذا[٥] بيان الأفضل[٦]، هو الصحيح[٧]؛ لأن القراءة فرض[٨] في الركعتين[٩] على ما يأتيك من بعد، إن شاء الله.

شفع التطوع صلاة على حدة. (ع)

(١) قوله: "علمني إلخ" عنه أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم علمه التشهد، وكان يقول إذا جلس في وسط الصلاة، وفي آخرها على وركه اليسرى: التحيات لله إلخ، ثم إن كان في وسط الصلاة نهض حين يفرغ من التشهد، وإن كان في آخرها دعا بما شاء أن يدعو بعد تشهده ثم يسلم، انتهى. (ت)

(٢) متعلق بالتشهد لا يعلمني. (عبد)

* انظرالدراية ج١رقم الحديث١٨٧، ص١٥٧، ونصب الراية ج١ ص٤٢٢(نعيم).

(٣) قوله: "لحديث إلخ" دليل على قراءة الفاتحة في الأخريين، لا على القراءة. (عبد)

(٤)قوله: "أن إلخ" أخرجه البخاري ومسلم عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورتين، وفي الأخريين بفاتحة الكتاب، ويسمعنا الآية أحيانًا، ويطيل في الركعة الأولى ما لا يطيل في الثانية، وهكذا في الصبح. (ت)

** ما خرّجه الحافظ في الدراية، ولكن خرّجه الحافظ الزيلعي في نصب الراية ج١ ص٤٢٢(نعيم).

(٥) قوله: "وهذا إلخ" ذكر في "المحيط": وإن ترك القراءة والتسبيح في الأخريين لم يكن حرج، ولم يكن عليه سجدتا السهو إن كان ساهيا، لكن القراءة أفضل، هذا هو الصحيح من الروايات، كذا ذكره القدوري في شرحه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة لو سبح في كل ركعة يعني من الأخريين ثلاث تسبيحات أجزأه، وقراءة الفاتحة أفضل، وإن لم يقرأ ولم يسبح كان مسيئا إن كان متعمدا، فإن كان ساهيا، فعليه سجدتا السهو؛ لأن القيام في الأخريين مقصود، فيكره إخلاءه عن الذكر والقراءة جميعًا، كما في الركوع والسجود، وعن أبي يوسف أنه يسبح ولا يسكت، إلا أنه إذا أراد أن يقرأ الفاتحة، فليقرأ على جهة القراءة، وبه أخذ بعض المتأخرين. (ن)

(٦) قوله: "الأفضل" لا بيان الوجوب؛ لأن القراءة في الأوليين ينوب عنها في الأخريين، والفاتحة وإن كانت واجبة في الصلاة، فقد نابت قراءتها في الأوليين عن قراءتها في الأخريين. (د)

(٧) قوله: "هو الصحيح [فلا يكون واجبا، ولا فرضًا، كما ذهب إليه الشافعي. عبد]" احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة. (عبد)

(٨) قوله: "فرض" لا يقال: لو كان فرضًا لزم أن لا يقع من إذا أتى به في الأخريين؛ لأنا نقول: وقوعها

وجلس في الأخيرة[١] كما جلس[٢] في الأولى ؛ لما روينا[٣] من حديث وائل وعائشة ، ولأنها أشق[٤] على البدن ، فكان أولى من التورك الذي يميل إليه مالك رح[٥] ، والذي يروى[٦] أنه عليه السّلام قعد متوركًا* ، ضعفه الطحاوي رح[٧] ، أو يحمل على حالة الكبر[٨] .

ويتشهد[٩] ، وهو واجب عندنا ، وصلى على النبي عليه السلام ، وهو

فيه باعتبار أنها قضاء، لا أداء. (عبد)

(٩) قوله: "الركعتين [أي الأوليين. عبد]" فإن قلت: فرضيتها في الأوليين لا ينافي وجوبها في الأخريين، أجيب بأن المراد فرضيتها فيهما على وجه ينوب عنها في الأخريين، فكيف كانت واجبة في الأخريين، فقد نابت عنها قراءتها في الأوليين (د)

(١) قوله: "في الأخيرة" قيل: إنما قال: في الأخيرة، ليتناول قعدة العجز، وقعدة المسافر، وليس بواضح؛ لأن قوله: كما جلس في الأولى ينبو عن ذلك. (ع)

(٢) قوله: "كما جلس في الأولى" وقال مالك: يتورك في القعدتين؛ لحديث أبي حميد: «أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا قعد في الصلاة قعد متوركا»، وقال الشافعي: يفترش في الأولى، ويتورك في الثانية؛ عملا بالروايتين، كذا في "الكافي". (د)

(٣) قوله: "لما روينا إلخ" قلت: قد تقدم الكلام عليها في القعدة الأولى، وأخذ بعض الجاهلين يعترض ههنا على المصنف، وقال: إن هذا سهو؛ لأن المصنف لم يذكره في ما تقدم إلا عن عائشةرض، وهذا إقدام منه على تخطئة العلماء بجهل؛ لأن المصنف هناك ذكر في الجلوس أشياء، وعزى بعضها عن عائشة، وبعضها عن وائل، وجمعها ههنا بقوله: وجلس في الأخيرة، كما جلس في الأولى؛ لما روينا إلخ.
فإن قيل: إنما أراد بذلك هيئة الجلوس، وهو نصب اليمنى، وافتراش اليسرى، وهذا لم ينقل إلا عن عائشةرض، ويدل على ذلك قوله فيما بعد: ولأنها أشق إلخ، قلنا: لا يمتنع أن يريد المصنف بقوله: كما جلس عموم الحالات التي ذكرها، ثم خصص في التعليل منها الجلوس. (ت)

(٤) وما كان أشق فهو أفضل. (ع)

(٥) قوله: "يميل إليه مالك" وفي "المصابيح" حديث أبي حميد على وجه يوافق مذهب الشافعي دون مالك. (د)

(٦) رواه الجماعة إلا مسلمًا في حديث أبي حميد الساعدي :كنت أحفظكم لصلاة رسول الله إلخ. (ت)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٨٨، ص١٥٧ ، ونصب الراية ج١ ص٤٢٣ (نعيم).

(٧) قوله: "ضعفه الطحاوي" وقال: إن هذا من حديث عبد الحميد بن جعفر، وهو ضعيف عند نقلة الحديث. (نهاية)

(٨) قوله: "أو يحمل على حالة الكبر" لم يقل: في حالة الضعف؛ رعاية للأدب. (عبد)

(٩) معطوف على قوله: جلس. (ع)

ليس بفريضة عندنا، خلافًا للشافعى رح فيهما[١]؛ لقوله عليه السّلام: «إذا قلت[٢] هذا أو فعلت فقد تمت صلاتك[٣] إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد»*.

والصلاة[٤] على النبى عليه السّلام خارج الصّلاة واجبة، إما مرة واحدة[٥]، كما قاله الكرخى، أو كلما ذكر النبى عليه السّلام، كما اختاره

(١) قوله: "خلافًا للشافعى فيهما [أى التشهد والصلاة. عبد]" أما التشهد فلما روى ابن مسعود: كنا نقول قبل أن يفرض علينا التشهد: السلام على الله، السلام على جبريل وميكائيل، حتى قال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «قولوا: لتحيات لله إلخ إلى أن قال فى آخره: إذا قلت: هذا أو فعلت هذا، فقد تمت صلاتك»، أطلق اسم الفرض على التشهد، وقال له: قل: والأمر للوجوب، وعلق التمام به، فلا يتم بدونه.

وأما الصلاة على النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فلقوله تعالى: ﴿صلو عليه وسلموا تسليمًا﴾، والأمر للوجوب، ولا وجوب خارج الصلاة، فكان فيها، ولنا على عدم فرضية التشهد حديث ابن مسعود، فإنه علق التمام بأحد الأمرين، وأجمعنا على أن التمام يتعلق بالقعدة، فإنه لو تركها لم يجز، فلا يتعلق بالثانى؛ ليتحقق التخيير، فإن موجب التخيير بين الشيئين الإتيان بأحدهما، وكذلك على عدم فرضية الصلاة عليه؛ لأنه علق بأحدهما، فمن علق بثالث، وهو الصلاة، فقد خالف النص.

والجواب عن استدلاله بالحديث أن معنى الفرض التقدير أى قبل أن يقدر التشهد، والأمرصدر على سبيل التعليم، فلا يفيد الفرضية، فإنه لم يعدهافى بعض الكلمات، فإن الفرض عندهم خمس كلمات، وقد أجبنا عن قوله: علق التمام الخ آنفا، وعن الآية أنا لانسلم أنه لاوجوب خارج الصلاة فإنها واجبة فيه، إما مرة واحدة، كما ذكره الكرخى، أو كلما ذكر النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، كما اختاره الطحاوى، فكفينا مؤنة الأمر؛ لأن الوجوب الذى يقتضيه الأمر قد حصل، فإنه لا تدل الآية على كونها فى الصلاة البتة. (ع)

(٢) قوله: "إذا قلت [قد تقدم. ت]" أخرجه أبو حنيفة وأبو داود فى "سننه"، والبيهقى والخطيب وغيرهم، وجاء فى بعض الروايات، ثم قال ابن مسعود: إذا قلت هذا إلخ، فيعلم منه أنه موقوف عليه، وأن رواية أبى داود مدرجة، وقد رجح كثير من المحدثين كالحافظ زين الدين العراقى وابن الهمام وقفه إلا الحافظ البدر العينى، فإنه رجح وصله فى "شرح الكتاب" لوجوه، وأيا ما كان فالمقصود حاصل؛ لأن الموقوف فى ما لا يدرك بالرأى فى حكم المرفوع. (مولوى محمد عبد الحى رح)

(٣) قوله: "فقد تمت صلاتك إلخ" قلت: التمسك بالحديث على ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من أن الخروج بصنعه فرض، وأن معناه قاربت التمام مشكل إلا أن يقال: الحديث يوجب تمام الصلاة بالقعدة، غير أنه ترك موجبه فى زيادة الخروج بفعله بدلالة النص والإجماع على ما يجيء بيانه، ولا دليل على زيادة الصلاة والتشهد، فبقى فى حقهما عاملا بموجبه. (إله داد)

* انظرالدراية ج١رقم الحديث١٨٩، ص١٥٧، ونصب الراية ج١ ص٤٢٤(نعيم).

(٤) إشارة إلى ما ذكرنا من الجواب. (ع)

(٥) هو مختار شمس الأئمة. (ع)

الطحاوى[١]، فكفينا مؤنة الأمر، والفرض[٢] المروى فى التشهد هو التقدير[٣]* . قال: ودعا بما يشبه[٤] ألفاظ القرآن، والأدعية[٥] المأثورة[٦]؛ لما روينا[٧] من حديث ابن مسعود** قال له النبى عليه السلام[٨]: «ثم اختر من الدعاء[٩] أطيبها[١٠] وأعجبها[١١] إليك»، ويبدأ بالصلاة على النبى عليه السلام؛ ليكون أقرب[١٢] إلى الإجابة.

---

(١) جعل فى "التحفة" قوله أصح. (عناية)

(٢) إشارة إلى ما ذكرنا. (ع)

(٣) قوله: "هو التقدير" فإن قلت: قوله: "علينا" يأبى إرادة التقدير، أجيب بأنه لتضمين معنى الإيجاب أى قبل أن يقدر التشهد لازما علينا. (حاشية ملا إله داد)

* إشارة إلى حديث ابن مسعود أخرجه النسائى، انظرالدراية ج١رقم الحديث١٩٠، ص١٥٨(نعيم)

(٤) قوله: "بما يشبه إلخ" مثل أن يقول: اللهم اغفر لى ولوالدى، ومثل قوله: اغفر لأبى. (عناية)

(٥) قوله: "والادعية" الخ يجوز بالنصب عطفا على ألفاظ، ويجوز بالجر عطفا على القرآن.(ع)

(٦) قوله: "المأثورة" هى المروية عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (عناية)

(٧) قوله: "لما روينا" قلت: كأنه يشير إلى الحديث المتقدم عن ابن مسعود: علمنى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم التشهد فى وسط الصلاة وآخرها، فإذا كان وسط الصلاة نهض إذا فرغ من التشهد، وإذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء، وقد قدمنا أن هذا الحديث عند أحمد، وقد قدمنا فى تشهد ابن مسعود: ثم يتخيّر من الدعاء أعجبه، فيدعو به.
وفى رواية: ثم يتخير من المسألة ما شاء، وليس فى هذا كله دليل للمصنف على ما ذكره، وخصوصًا عند البخارى: ثم ليتخيربعد من الكلام ما شاء، ذكره فى الدعوات والاستئذان. (ت)

** انظرالدراية ج١رقم الحديث١٩١، ص١٥٨ ، ونصب الراية ج١ ص٤٢٨(نعيم)

(٨) قوله: "قال له إلخ" إن كان هذا من تتمة حديث ابن مسعود، فيكون أراد بحديث ابن مسعود تشهد ابن مسعود، وإن كان كلامًا مستأنفًا مقطوعًا من حديث ابن مسعود، فيكون أراد بحديث ابن مسعود، قوله: علمنى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم التشهد فى وسط الصلاة إلخ، وأراد بالآخر حديث التشهد، وهذا يترجح بأنهما حديثان لكن الأول أظهر. (ت)

(٩) قوله: "ثم اختر إلخ" قلت: بل الحديثان حجة للشافعى فى إباحة الدعاء بكلام الناس نحو: اللهم زوجنى امرأة حسناء، وأعطنى بستانًا أنيقًا، ولكن المانعون يحملون ذلك على الدعاء المأثور، ولو استدل صاحب الكتاب بحديث: « أن صلاتنا لا يصلح فيها شىء من كلام الناس»، لكان أصوب. (ت)

(١٠) قوله: "أطيبها [الأصح: أطيبه وأعجبه عبد] إلخ" لعل التأنيث باعتبار ما يشمله الجنس يعنى الكثرة. (عبد)

(١١) فى الرواية بتذكير الضمير.

(١٢) من حيث إنه وسيلة. (عبد)

ولا يدعو بما يشبه كلام الناس؛ تحرزا[١] عن[٢] الفساد، ولهذا يأتى بالمأثور[٣] المحفوظ، وما لا يستحيل[٤] سؤاله من العباد كقوله: اللهم زوجنى فلانة يشبه كلامهم، وما يستحيل[٥] كقوله: اللهم اغفر لى، ليس من كلامهم، وقوله: اللهم ارزقنى من قبيل[٦] الأول؛[٧] لاستعمالها فيما بين العباد، يقال[٨]: رزق الأميرُ الجيشَ.

ثم يُسلّم عن يمينه، فيقول: السلام عليكم ورحمة الله، وعن يساره[٩] مثل ذلك؛ لما روى[١٠] ابن مسعود: * «أن النبى[١١] عليه السلام كان

(١) قوله: "تحرزا عن الفساد" أى فساد الجزء الملاقى بكلام الناس، لا جميع الصلاة بالاتفاق؛ لأن حقيقة الكلام بعد التشهد لا تفسد الصلاة، فكيف ما يشبهه، وهذا عندهما ظاهر، وكذا عند أبى حنيفة؛ لأن كلام الناس صنع من المصلى، فتتم به صلاته، فكان بالدعاء الذى يشبه كلام الناس خارجا من الصلاة، لا مفسدا لها. (عناية)

(٢) قوله: "عن الفساد" الظاهر أنه أراد بالفساد ههنا هو الخروج لا على وجه المسنون، أو أراد به نفس الخروج عنها، والسنة فى الدعاء أن يأتى بها فى حال الصلاة؛ لأنها حال المناجاة، والدعاء ساعتئذٍ أسرع إلى القبول، فلا يأتى بالدعاء على وجه يخرجه عن الصلاة. (حاشية ملا إله داد)

(٣) لا بأى ما شاء. (عبد)

(٤) قوله: "وما لا يستحيل إلخ" فسر ما يشبه كلام الناس وما لايشبه، فقال: وما لايستحيل إلخ. (عناية)

(٥) قوله: "وما يستحيل إلخ" لقائل أن يقول: بين هذا التفسير، وبين ما تقدم من قوله: ودعا بما يشبه ألفاظ القرآن إلخ منافاة؛ لأنه لو قال: اللهم اغفر لأخى، ينبغى أن لا يجوز نظرًا إلى الأول، وقد نقل عن أبى بكر محمد بن الفضل، وأن يجوز بالنظر إلى الثانى.
ويمكن أن يجاب عنه بأن ذلك ليس اختيار المصنف، وليس المراد أن يكون ألفاظ الدعاء عين ألفاظ القرآن، فلا يمتنع نحو اللهم اغفر لأخى. (عناية)

(٦) قوله: "من قبيل الأول [وفى بعض النسخ هو الصحيح. ع]" ومنهم من يقول: لا بأس به؛ لأن الرزاق هو الله تعالى. (ع)

(٧) قوله: "الأول" أقول: يرده ما ورد فى السنن: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يدعو فى ما بين السجدتين: اللهم اغفر لى وارزقنى» الحديث. (مولوى محمد عبد الحى)

(٨) قوله: "يقال إلخ" الرزق ما سيق إلى العباد، أو ما ساقه الله تعالى إلى العباد، فعلى الثانى لا يصح إسناده إلى الأمير. (عبد)

(٩) قوله: "عن يساره إلخ" وقال مالك: يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه، كذا روت عائشة رضى الله عنها. (د)

(١٠) قوله: "لما روى [قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربع، واللفظ للنسائى. ت] إلخ" وهذا أولى من

يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الأيمن، وعن يساره حتى يرى بياض خده الأيسر».

ونوى[١] بالتسليمة[٢] الأولى من على يمينه من الرجال والنساء والحفظة[٣]، وكذلك في الثانية[٤]؛ لأن الأعمال بالنيات، ولا ينوى[٥] النساء في زماننا[٦]، ولا من لا شركة[٧] له في صلاته، هو[٨] الصحيح؛ لأن[٩] الخطاب حظّ الحاضرين.

رواية عائشةرض؛ لأن ابن مسعود كان يلي رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بخلاف النساء. (كافي)

* انظرالدراية ج١رقم الحديث١٩٢، ص١٥٩، ونصب الراية ج١ ص ٤٣٠(نعيم).

(١١) قوله: "أن النبي إلخ" وعلى هذا الوجه قول جمهور العلماء وكبار الصحابة ،مثل عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم أجمعين. (عناية)

(١) قوله: "نوى [أى بخطابه]" إلخ إنما ينوى عند التسليمة؛ لأنه إقامة سنة، فليكن بالنية، كما في سائر السنن، وهكذا قالوا: في التسليم خارج الصلاة ينوى السنة. (عناية)

(٢) هذا لفظ "الجامع الصغير".

(٣) قوله: "والحفظة" قدم ذكر الحفظة في "المبسوط"، وأخر في "الجامع الصغير"، فظن بعض أصحابنا أن ما ذكر في "المبسوط" بناء على قول أبي حنيفة الأول في تفضيل الملائكة على البشر، وما ذكر في "الجامع الصغير" بناء على قوله الآخر في تفضيل البشر على الملائكة، وليس كما ظنوا، فإن الواو لا يوجب الترتيب. (نهاية)

(٤) قوله: "وكذلك في الثانية" أي ينوى فيها ما نوى في الأولى. (عناية)

(٥) قوله: "ولا ينوى النساء في زماننا" لفساد الزمان، فإن الإمام لا يناسبه ملاحظة النساء؛ لتوجه الخاطر إليهن. (عبد)

(٦) قوله: "في زماننا" يعني أن ما قال محمدرح كان في زمانه، وأما في زماننا فلا ينوى النساء؛ لأن حضورهن ا لجماعات متروك بإجماع المتأخرين. (عناية)

(٧) من الرجال والنساء.

(٨) قوله: "هو الصحيح" أكثر مشايخنا يخص بهذه النية من شاركه في الصلاة من الرجال والنساء، فأما الحاكم الشهيد كان يقول: ينوى جميع الرجال والنساء ممن يشاركه أو لا يشاركه. (نهاية)

(٩) قوله: "لأن الخطاب حظ الحاضرين" بخلاف سلام التشهد، فإنه تحية عامة للحضور والغيب الصالحين من عباده ،قال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: إذا قال المصلي: السلام علينا وعلى عباد الله

ولا بد للمتقدى[(١)] من نية إمامه[(٢)]، فإن كان الإمام من الجانب الأيمن، أو الأيسر نواه فيهم، وإن كان بحذاءه[(٣)] نواه فى الأولى عند أبى يوسف رح ترجيحا[(٤)] للجانب الأيمن، وعند محمد رح -وهو[(٥)] رواية عن أبى حنيفة رح- نواه فيهما؛ لأنه ذو حظ من الجانبين[(٦)].

والمنفرد ينوى الحفظة، لا غير؛ لأنه ليس معه سواهم، والإمام ينوى بالتسليمتين، هو الصحيح[(٧)]، ولا ينوى فى الملائكة[(٨)] عددا[(٩)]

الصالحين، أصاب كل عبد صالح ما بين السماء والأرض. (ع)

(١) قوله: "ولا بد" إلخ وفى "المبسوط" :كان ابن سيرين يقول: المقتدى يسلم ثلاث تسليمات: إحداهن ليرد السلام على الإمام، وهذا ضعيف، فإن مقصود الرجل حاصل بالتسليمتين. (ن)

(٢) قوله: "من نية إمامه" قيل: تخصيص الإمام بالذكر يؤيد قول من يقول: إنه ينوى، من يشاركه فى الصلاة دون غيره. (ع)

(٣) بأن كان المقتدى على ظهر الإمام.

(٤) لأن التيامن معتبر. (عبد)

(٥) قوله: "وهو" الضمير راجع إلى ما هو مذكور حكما أى ما ذهب إليه محمدرح. (عبد)

(٦) قوله: "من الجانبين" فإن له نسبة من اليمين، ونسبة من اليسار. (حاشية ملا عبد الغفوررح)

(٧) قوله: "هو الصحيح" إنما قال ذلك؛ لأن بعضهم ذهب إلى عدم الاحتياج إلى النية، وبعضهم ذهب إلى أنها تكفى فى تسليمة واحدة. (عبد)

(٨) تفصيل هذا المبحث فى رسالة الحافظ السيوطى المسماة بـ"الحبائك فى أخبار الملائك"، وقد طالعته بتمامه. (مولوى محمد عبد الحى)

(٩) قوله: "عددا محصورا" يشير إلى أن المراد بالحفظة ليس الكرام الكاتبون فقط، كما زعم بعضهم أنه ينوى به ذلك، وهم اثنان: واحد عن يمينه يكتب الحسنات، وآخر عن يساره يكتب السيئات، بل المراد به من معه من الملائكة، ولا يحصر فى ذلك عددا معلوما؛ لأن الأخبار فى عددهم قد اختلفت. (ع)
قوله: "عددا محصورا" ذكر ابن أمير الحاج فى "الحلية" أن الصبى المميز لا ينوى الكتبة؛ إذ ليسوا معه، وإنما ينوى الحافظين له من الشيطان انتهى، وأقره عليه صاحب "البحر" وغيره.
قلت: ظاهر الأحاديث الواردة فى الكتبة أنهم مع كل من يكتب عمله، كيف لا؟ وقد تحقق فى موضعه أن الصبى المميز يثاب على عبادته، فلا بد أن يكون معه كاتب، والله أعلم. (السعاية فى كشف ما فى شرح الوقاية لمولانا محمد عبد الحى رح)

محصورا؛ لأن الأخبار في عددهم قد اختلفت،[١] فأشبه الإيمان بالأنبياء[٢] عليهم السلام، ثم إصابة[٣] لفظة السلام واجبة عندنا، وليس بفرض خلافا للشافعي رح، هو يتمسك[٤] بقوله[٥] عليه السّلام: «تحريمها التكبير وتحليلها التسليم».

ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود[٦]، والتخيير[٧] ينافي الفرضية والوجوب، إلا أنا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا، وبمثله لا يثبت[٨] الفرضية والله أعلم.

فصل[٩] في القراءة

قال: ويجهر[١٠] بالقراءة في الفجر، والركعتين الأوليين من المغرب

(١) قوله: "قد اختلفت" في رواية اثنان، وفي بعض الروايات خمسة، وفي بعضها ستون، وفي بعضها مائة وستون. (عبد)

(٢) قوله: "بالأنبياء" نؤمن بهم ولا نحصرهم في عدد، لئلا يخرج منهم من هو فيهم، ولا يدخل فيهم من ليس منهم. (عناية)

(٣) الإصابة بالفارسية: يافتن. (عبد)

(٤) قوله: "هو يتمسك إلخ" وجه التمسك أن المضاف إلى المعرفة إذا لم يكن هناك قرينة على العهد يحمل على الاستغراق، أو نقول: إن المصدر المضاف إلى المعرفة يفيد الحصر. (عبد)

(٥) قوله: "بقوله [تقدم أول الباب. ت] إلخ" وجه الدليل منه أنه لما قال: تحريمها التكبير، فكان لا يصح الدخول في الصلاة إلا بالتكبير، فكذلك قوله: وتحليلها التسليم أي لا يخرج من الصلاة إلا به. (ت)

(٦) تقدم غير مرة. (ت)

(٧) قوله: "والتخيير" أي بين القيام والقعود في آخر الحديث: «إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت» إلخ. (د)

(٨) لأنه خبر واحد. (ع)

(٩) إنما أفرد بحث القراءة مع أنها جزء من الصلاة لكثرة مباحثها. (عبد)

(١٠) قوله: "ويجهر إلخ" ابتدأ بذكر الجهر دون القدر مع أن القياس يقتضي أن يذكر القدر أولا؛ إذ القدر معنى راجع إلى الذات، والجهر والمخافتة راجع إلى الصفة، والذات قبل الصفة على ما عرف في باب الترجيح، إلا

والعشاء إن كان إماما، ويخفى فى الأخريين[(١)]، هذا[(٢)] هو المتوارث، وإن كان منفردا، فهو[(٣)] مخير، إن شاء جهر وأسمع[(٤)] نفسه؛ لأنه إمام فى حق

أن وجوب الجهر -وهو المراد ههنا- من صفات الأداء الكامل، والقدر يشمل الكل. (نهاية)

(١) قوله: "فى الأخريين" الأولى أن يقول فى البواقى، وكأنه قال تغليبا لحال العشاء على حال المغرب. (عبد)

(٢) قوله: "هذا هو المتوارث" قلت: فيه حديثان مرسلان أخرجهما أبو داود فى "مراسيله". (ت)

(٣) قوله: "فهو مخير إلخ" يعنى أنه إمام من وجه دون وجه؛ لأنه إمام فى حق نفسه دون غيره، والجهر من خواص الإمامة، فخير بين أن يجهر، ويكتفى بأدنى الجهر، وهو إسماع نفسه؛ لأن المقصود من الجهر التفكر فى آيات الله تعالى، وهو يحصل فى حقه بإسماع نفسه، فلا يزيد عليه، وإن شاء خافت اعتبار الجانب عدمها. (ملا إله داد)

قوله: "فهو مخير إلخ" إن كان المنفرد يؤدى الفرضية الجهرية، فهو مخير بين الجهر والسر بالاتفاق بين فقهائنا؛ لأن وجوب الجهر من خصائص الجماعة، وإذ ليست فليس إلا أن الأفضل هو الجهر، وإن كان يؤدى الفريضة السرية، فظاهر الرواية أنه أيضًا مخير بين الجهر والسر؛ لأن وجوب السر من خصائص الجماعة، وإذ ليست فليس، وذكر الناطفى فى "واقعاته" رواية عن أبى حنيفة أن المنفرد إذا جهر فى ما يخافت يجب عليه سجود السهو.

وفى "نوادر الظهرية": وى أبو سليمان أن المنفرد إذا ظن أنه إمام، فجهر يلزمه سجود السهو، كذا فى "البناية".

وذكر صاحب "العناية" و"الكفاية" و"النهاية" و"المعراج" و"المحيط" وغيرها، أنه لا سهو عليه فى ظاهر الرواية، لكن صحح المحققون من المتأخرين كصاحب "فتح القدير"، وشراح "الكنز" وشراح "المنية"، وصاحب "الدرر"، وصاحب "المنح" وغيرهم وجوب السر حتما،وقالوا: إنه المذهب، وإن كان يقضى الجهرية فى وقت المخافتة، فصحح صاحب "الهداية" وجوب السر، وعلله بأن الجهر يختص إما بالجماعة، أو بالوقت فى حق المنفرد على وجه التخيير، ولم يوجد أحدهما، وتعقبه صاحب "غاية البيان" بقوله: هذا بسبيل من المنع بأن يقال: لا نسلم أن الجهر ينتفى بانتفاء ما قال، لأن الحكم يجوز أن يكون معلولا بعلل شتى، كيف؟ فإن القضاء يحكى الأداء، والمنفرد كان بسبيل من القضاء، كما فى الأداء، انتهى.

وفى "خزائن الأسرار": هذا ما صححه صاحب "الهداية"، ولم يوافق عليه، بل تعقبه فى الغاية، ونظر فيه فى "الفتح"، وبحث فيه فى "النهاية"، وحرر خسرو أنه ليس بصحيح رواية ولا دراية، وقد اختار شمس الأئمة، وفخر الإسلام، والتمرتاشى، وجماعة من المتأخرين أن القضاء كالأداء قال قاضيخان: هو الصحيح، وفى "الذخيرة" و"النهر" و"الكافى": هو الأصح، وفى "الشرنبلالية": أنه الذى ينبغى أن يعول عليه، وذكر وجهه، انتهى.

وإن كان يقضيها فى وقت الجهرية فهو مخير،كما فى حواشى الدر المختار، وإن كان بقضى السرية يسر حتمًا عند من أوجب السر فى أداءها، كما هو مختار المحققين، ويخير على ظاهر الرواية بناء على اعتبار موافقة القضاء الأداء، كما لا يخفى. (السعاية)

(٤) قوله: "وأسمع نفسه" إنما ذكر قوله: وأسمع نفسه، إما دفعًا لما يقال: فائدة الجهر الإسماع، ولا إسماع ههنا؛ إذ ليس معه أحد يسمعه، ووجهه أن الفائدة لم تنحصر فى إسماع الغير، بل من فائدته إسماع

نفسه[١]، وإن شاء خافت؛ لأنه[٢] ليس خلفه من يسمعه، والأفضل هو الجهر؛ ليكون[٣] الأداء على هيئة الجماعة.

ويخفيها[٤] الإمام فى الظهر والعصر، وإن كان بعرفة؛ لقوله[٥] عليه السلام: «صلاة[٦] النهار عجماء[٧]»* أى ليست[٨] فيها قراءة مسموعة، وفى عرفة خلاف[٩] لمالك رح، والحجة[١٠] عليه ما رويناه.

نفسه، فيجهر لذلك، أو بيانا للحكم. (ع)

(١) قوله: "فى حق نفسه" أى بالنظر إلى ذاته، وإن لم يقتد به غيره، ألا يرى أنه لو اقتدى به غيره صح، ولو لم يكن إمامًا لما صح. (د)

(٢) قوله: "لأنه ليس إلخ" كناية عن أنه ليس إمامًا فى الواقع. (عبد)

(٣) قوله: "ليكون الأداء إلخ" فيه دليل على أن الجهر هو إسماع الغير؛ لأن هيئة الجماعة هو الجهر بمعنى إسماع الغير، إذا المقصود تدبر القوم، ولا يحصل إلا بإسماعهم. (د)

(٤) القراءة. (ع)

(٥) قلت: غريب، رواه عبد الرزاق عن قول مجاهد وأبى عبيدة. (ت)

(٦) قوله: "صلاة النهار" هذا عام مخصوص البعض، وهو صلاة الجمعة والعيدين. (عبد)

(٧) قوله: "عجماء" هو من العجم، وهو الخلو، فالعجماء من هو خالٍ عن النطق. (عبد)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٩٣، ص١٦٠، ونصب الراية ج٢ ص١ (نعيم).

(٨) قوله: "أى ليست إلخ" ظاهر الحديث يدل على أنه لا قراءة فى صلاة النهار، وهو قول ابن عباس، ولكنا لما عرفنا وجوب القراءة فيها بقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا صلاة إلا بقراءة»، وبما روى عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه كان يسمع الآية والآيتين أحيانا فى الظهر، وأنه يضطرب لحيته فى صلاة الظهر والعصر، حملناه على أنه ليس فيها قراءة مسموعة. (إله داد)

(٩) قوله: "خلاف لمالك" هو قاس على الجمعة والعيدين. (عبد)

(١٠) قوله: "والحجة عليه ما رويناه" أورد عليه بأنه ليس بحديث، إنما هو من كلام الحسن البصرى ذكره فى "الفائق" للزمخشرى، ولئن سلم فهو عام خص منه الجمعة والعيد، فيجوز تخصيصه بالقياس على الجمعة. أجيب بأن أصحابنا ملأوا كتبهم به، ونقلوا أن ابن عباس يفسره بعدم القراءة، كما تقدم، وليسوا من أهل الأهواء والبدع، ولولا ثبت عندهم إسناده لما فعلوا ذلك، وعن الثانى بأن الجمعة والعيدين ليست بمخصوصة؛ لأن الجمعة فرضت بالمدينة، وكانت الغلبة للمسلمين، فجهر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فيها بالقراءة، فكان نسخا لا تخصيصا، والنسخ بالقياس لا يجوز، وبه عرف حكم الجمعة والعيدين. (عناية)

ويجهر في الجمعة والعيدين؛ لورود[١] النقل المستفيض بالجهر[٢]*، وفي التطوع بالنهار يخافت[٣]، وفي الليل يتخير اعتبارًا[٤] بالفرض في حق المنفرد، وهذا[٥] لأنه مكمل له[٦]، فيكون تبعًا له. ومن[٧] فاتته العشاء[٨]، فصلاها بعد طلوع الشمس،[٩] إن أمَّ فيها جهر، كما فعل[١٠] رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة**، وإن كان وحده خافت حتمًا، ولا يتخير، هو الصحيح[١١]؛ لأن الجهر يختص إما بالجماعة[١٢]

---

(١) قوله: "لورود النقل المستفيض [أي المشهور. عبد]" قلت: استدل البيهقي بما رواه الجماعة إلا البخاري. (ت)

(٢) قوله: "بالجهر" فإنه روى أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم جهر فيهما. (د)

* إشارة إلى حديث علي أخرجه البيهقي وفيه: «الجهر في العيدين من السنة». انظر الدراية ج١ ص١٦١، ونصب الراية ج٢ ص٣(نعيم).

(٣) قوله: "يخافت" قلت: فيه إشارة إلى أن المخافتة بالنهار على المنفرد المفترض والمتنفل واجبة. (د)

(٤) أي إلحاقا. (عبد)

(٥) أي النفل. (عبد)

(٦) على ما ورد به الحديث. (عبد)

(٧) قوله: "ومن فاتته إلخ" ليس في بعض النسخ قوله: ومن فاتته إلى قوله: ومن قرأ إلخ، والصواب ذكرها لما أن ذلك من أصل مسائل "الجامع الصغير" حيث قال فخر الإسلام في "الجامع الصغير": هذه المسألة مسألة الكتاب، والمصنف التزم ذكر مسائل "الجامع الصغير". (نهاية)

(٨) أي الصلاة الجهرية. (عبد)

(٩) قوله: "بعد طلوع الشمس" قيد به؛ لأنه لو صلاها قبل طلوع الشمس بعد طلوع الفجر لا يستحب الجهر بالقراءة؛ لما فيه من اشتباه الأمر على الناس أنه يصلي صلاة الفجر، أم صلاة العشاء، كذا قال صاحب "الفوائد": وفيه أنه منقوض بما إذا قضى العشاء بالجماعة في وقت العشاء، فإنه يجهر فيها مع أن فيه اشتباه الأمر على الناس أنه يصلي الوقتية، أو الفائتة، فالوجه أن يقال: إنه قيده به يبين أن المعتبر في حكم الجهر والمخافتة حالة الأداء، لا حالة القضاء، وحالة أداء العشاء حالة الجهر؛ لأنها من صلاة الليل، وبعد طلوع الشمس حالة المخافتة، ومع ذلك يجهر فيها اعتبارا بحالة الأداء، بخلاف قبل طلوع الشمس فإنه أيضا حالة الجهر. (د)

(١٠) رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار". (ت)

** انظر الدراية ج١ رقم الحديث١٩٤، ص١٦١، ونصب الراية ج٢ ص٣(نعيم).

(١١) قوله: "هو الصحيح" قلت: هو مخالف لما ذكره شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام،

حتمًا، أو بالوقت(١) فى حق المنفرد على وجه التخيير، ولم يوجد أحدهما. ومن قرأ فى العشاء فى الأولين(٢) السورة، ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد(٣) فى الأخريين، وإن قرأ الفاتحة ولم يزد عليها، قرأ فى الأخريين الفاتحة والسورة، وجهر(٤)، وهذا عند(٥) أبى حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يقضى(٦) واحدة منهما؛ لأن(٧) الواجب إذا فات عن وقته لا يقضى(٨) إلا بدليل، ولهما -وهو الفرق بين الوجهين- أن قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة، فلو قضاها فى الأخريين تترتب(٩) الفاتحة على(١٠) السورة، وهذا(١١) خلاف الموضوع، بخلاف ما إذا

وقاضى خان، والإمام التمرتاشى، والإمام المحبوبى فى شروحهم للجامع الصغير. (ن)

(١٢) قوله: "إما بالجماعة إلخ" تقريره أن الجهر إما أن يكون واجبا، أو جائزا، وسبب الأول الجماعة، والفرض ههنا عدمها، وسبب الثانى الوقت، والفرض عدمه، فتعين الإخفاء. (عناية)

(١) قوله: "أو بالوقت" ومنع بأن السبب ليس بمنحصر فى ذلك، لم لايجوزأن يكون موافقة القضاءالأداء سببا أيضًا للجواز فى حق المنفرد؟، ويمكن أن يجاب عنه بأن ما ذكره المصنف من سببى الجهر ثابت بالإجماع، وقد انتفى كل منهما، فينتفى الحكم، وأما موافقة القضاء للأداء، فليس على سببيتها إجماع، ولا نص يدل عليها. (ع)

(٢) أى الركعتين الأولين.

(٣)قوله: "لم يعد فى الأخريين" وقال عيسى بن أبان: ينبغى أن يكون الجواب على العكس أى إذا ترك الفاتحة يعيدها فى الأخريين، وإن ترك السورة لا يقضى، ووجه ذلك أن قراءة الفاتحة واجبة، وقراءة السورة غير واجبة، والواجب أولى بالقضاء. (ن)

(٤) يعنى على الصحيح. (عناية)

(٥)قوله: "هذا عند أبى حنيفة إلخ" وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنه يقضيهما. (ن)

(٦) قوله: "لا يقضى واحدة منهما" أما الفاتحة فلما يذكر، وأما السورة فلأنها سنة فى الأولين، وما كان سنة فى وقتها كان بدعة فى غير وقتها، فلا يقضى. (نهاية)

(٧) قوله: "لأن الواجب إلخ" إنما قيد بالواجب؛ لأن الفرض يقضى. (عبد)

(٨) قوله: "لا يقضى" ووجه ذلك أن قضاء الواجب أمر ليس معقول المعنى، فيقصر على مورد النص. (عبد)

(٩) قوله: "تترتب الفاتحة" إذا التقدير أنه قرأ السورة، ثم يقضى الفاتحة فى الشفع الثانى، والذى وقع فى

ترك السورة؛ لأنه أمكن قضاءها على الوجه[(١)] المشروع.

ثم ذكر[(٢)] ههنا[(٣)] ما يدل[(٤)] على الوجوب، وفي "الأصل"[(٥)] بلفظة[(٦)] الاستحباب: لأنها[(٧)] إن كانت[(٨)] مؤخرة، فغير موصولة بالفاتحة[(٩)]، فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه. ويجهر بهما هو الصحيح[(١٠)]؛ لأن الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع[(١١)]،

الشفع الثاني بعد الذي وقع في الشفع الأول، فتكون الفاتحة بعد السورة. (ع)

(١٠) قوله: "على السورة" إن قلت: الفاتحة في الأخريين قضاء، فيلحق بموضعه، فيصير في الحكم كان أتى بهما في الأوليين، فلا يلزم ترتب الفاتحة على السورة.
أجيب بأن الالتحاق بموضعه لا يقلع ترتب الفاتحة على السورة، وكما يجب الاحتراز عن خلاف الموضوع حقيقة يجب الاحتراز عما هو خلافه. (د)

(١١) قوله: "وهذا خلاف الموضوع" يشكل بما إذا سهى عن الفاتحة في الركعة الأولى، أو الثانية، فتذكر بعد الفراغ من السورة، أو في الركوع حيث يأتي بها، ثم يعيد السورة، ولا يخفى أن بإعادتها إن كان يندفع ترتب الفاتحة على السورة معنى، فلا يندفع حكماً. (د)

(١) هو ترتب السورة على الفاتحة. (ع)

(٢) أي الجامع الصغير. (ع)

(٣) أي الكتاب. (عبد)

(٤) قوله: "ما يدل على الوجوب" لأنه قال: قرأ فيكون بمنزلة الأمر، بل آكد. (ع)

(٥) أي المبسوط. (عبد)

(٦) قوله: "بلفظة الاستحباب" لأنه قال: إذا ترك السورة في الأوليين أحب إلي أن يقضيها. (ع)

(٧) أي السورة. (ع)

(٨) قوله: "إن كانت مؤخرة إلخ" ولم يذكر الشق الآخر، وهو أن تكون السورة متقدمة على الفاتحة لبعده؛ لأنه يفضي إلى غير مشروع آخر، وهو تقديم السورة على الفاتحة، وإن ذهب إليه بعضهم. (ع)

(٩) قوله: "بالفاتحة" أي الأولى إذ وقع الفصل بالفاتحة الثانية. (عناية)

(١٠) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما روى عن أبي حنيفة أنه يخافت بهما؛ لأن الفاتحة مقدم على السورة، فكانت أصلاً، والسورة دون الفاتحة، وهو اختيار فخر الإسلام. (د)

(١١) قوله: "شنيع" فإما أن يخفيهما كماروى هشام عن محمد، وفي ذلك تغيير صفة الواجب، وهو

وتغيير(١) النفل، وهو -الفاتحة- أولى(٢)، ثم المخافتة أن يُسمع نفسَه، والجهر أن يُسمع(٣) غيرَه، وهذا عند الفقيه أبي جعفر الهندواني رح؛ لأن مجرد حركة اللسان لا يسمى(٤) قراءة بدون الصوت.

وقال الكرخي: أدنى الجهر أن يسمع نفسه، وأدنى المخافتة تصحيح(٥) الحروف؛ لأن القراءة فعل اللسان(٦) دون(٧) الصماخ، وفي لفظ الكتاب

السورة لأجل مراعاة صفة النفل، وهو الفاتحة، وهو اتباع الأقوى للأدنى، وإما أن يجهر بهما، وفيه تغيير صفة النفل لأجل صفة الواجب، فهو أولى. (ع)

(١) قوله: "وتغير النفل إلخ" فإن قلت: فما الوجه على قول من جعل الفاتحة في الأخريين واجبة، أجيب بأنها وإن كانت واجبة، فوجوب السورة أقوى من وجوبها؛ لأن علماءنا اختلفوا في وجوب الفاتحة في الأخريين، واتفقوا على وجوب السورة في الأوليين. (د)

(٢) من تغير السورة، وهي واجبة. (د)

(٣) قوله: "أن يسمع غيره" وبشر المريسي شرط لصحة القراءة خروج الصوت من الفم، وإن لم يصل إلى أذنه، لكن يشترط أن يكون مسموعا في الجملة، حتى لو أدنى أحد أذنه إلى فيه سمع. (ن)

قوله: أن يسمع غيره" تفسير الجهر والمخافتة هو الصحيح، أما دراية فلأن القراءة وإن كانت فعل اللسان لكن فعله الذي هو كلام، والكلام بالحروف، والحروف كيفية تعرض للصوت، لا للنفس، فمجرد تصحيح الحروف بلا صوت إيماء إلى الحروف بالمخارج، لا حروف، فلا كلام، كذا في "فتح القدير"، وأما رواية فلرواية البخاري وغيره عن أبي معمر، قلت لخباب بن الأرت: أكان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقرأ في الظهر والعصر، قال: نعم، قلنا له: من أين علمت قال: باضطراب لحيته، فقد استدل البيهقي بهذا الحديث على أن الإسرار بالقراءة لا بد فيه من إسماع المرء نفسه، فإن ذلك لا يكون إلا بتحريك اللسان بالشفتين بخلاف ما لو أطبق شفتيه، وحرك لسانه، فإنه لا تضطرب لحيته، كذا في "فتح الباري"، لكن قال في "إرشاد الساري": فيه نظر لا يخفى، انتهى.

ولعل وجهه أن تحريك عضلات المخارج مع ضم شفتيه أيضًا يوجد تحريك باللحية، ويمكن أن يجاب عنه بالفرق بين تحريك اللحية، واضطرابها المشعر بكثرة تحركها، والأولى عندي أن يستند بما رواه الشيخان عن عطاء أنه سمع أبا هريرة يقول: في كل صلاة يقرأ فما أسمعنا رسول الله أسمعناكم، وما أخفى علينا أخفينا عنكم الحديث، فإنه صريح في أن حد الجهر إسماع الغير، وحد السر إسماع نفسه. (السعاية).

(٤) قوله: "لا يسمى [أي لا عرفا ولا لغة. ع] قراءة" وفيه نظر، فإن من رأى رجلا يصلي يحرك شفتيه من بعيد يخبر أنه يقرأ. (ع)

(٥) قوله: "تصحيح الحروف" اعترض عليه بأن الكتابة يوجد بها تصحيح الحروف، ولا يسمى قراءة؛ لعدم الصوت، وهو فاسد؛ لأنه لم يجعل تصحيح الحروف مطلقًا قراءة، بل تصحيح الحروف باللسان قراءة ألا يرى إلى قوله: لأن القراءة فعل اللسان. (عناية)

(٦) وذلك بإقامة الحروف، لا بالسماع. (نهاية)

إشارة(١) إلى هذا(٢)، وعلى هذا الأصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق(٣) والعتاق والاستثناء، وغير(٤) ذلك. وأدنى(٥) ما يجزئ(٦) من القراءة في الصلاة آية(٧) عند أبي حنيفة رح، وقالا: ثلاث آيات قصار، أو آية طويلة(٨)؛ لأنه(٩) لا يسمى قارئًا بدونه، فأشبه(١٠) قراءة ما دون الآية،

---

(٧) قوله: "دون الصماخ" يعني فعل الصماخ مما لا مدخل له في تحقق ما نحن فيه، وهو القراءة. (عبد)

(١) قوله: "إشارة إلى هذا" وذلك لأن المصنف جعل قوله: وأسمع نفسه، محمولا على التفسير، ولو حمل على بيان الفائدة والحكم لم يكن إشارة إليه. (عبد)

(٢) أي على هذا الخلاف. (عبد)

(٣) قوله: "كالطلاق إلخ يعني إذا قال: أنتِ طالق، وأنت حر، ولم يسمع نفسه، وقع الطلاق عند الكرخي دون الهندواني، وكذا إذا جهر بهما، وخافت بالاستثناء والشرط بحيث لم يسمع نفسه لم يقعا في الاستثناء أصلا، وتأخرا إلى وجود الشرط عند الكرخي، وعند الهندواني يقعان في الحال. (عناية)

(٤) قوله: "وغير ذلك" كالتعليق، وحكم التسمية على الذبيحة، ووجوب سجدة التلاوة، وجواز الصلاة، كذا في "الجامع الصغير" لقاضيخان. (ن)

(٥) قوله: "وأدنى إلخ" اعلم أن القراءة في الحضر في الصلاة على أقسام: قسم يدخل به الجواز، وقسم يخرج به عن حد الكراهة، وقسم يدخل به في الاستحباب.
أما الأول: لو قرأ آية قصيرة، ولم يقرأ بفاتحة الكتاب، جاز في قول أبي حنيفة ويكره، وعندهما لا يجوز، وإن قرأ الفاتحة ومعها سورة قصيرة، أو ثلاث آيات قصار، أو آية طويلة جاز من غير كراهة، والمستحب من القرآن في الفجر- أربعون آية سوى فاتحة الكتاب في الركعتين، كذا في "الجامع الصغير" لقاضي خانرح. (نهاية)

(٦) بالهمزة أي يكفي. (عبد)

(٧) قوله: "آية" ثم على قول أبي حنيفة إذ قرأ آية قصيرة هي كلمات أو كلمتان نحو قوله تعالى: ﴿فقتل كيف قدر ثم نظر﴾، وما أشبه ذلك يجوز بلا خلاف بين المشايخ، وأما إذا قرأ آية قصيرة هي كلمة واحدة نحو قوله تعالى: ﴿مدهامّتان﴾، أو آية قصيرة هي حرف واحد نحو ﴿ق﴾ ﴿ص﴾ ﴿ن﴾، فإن هذه آيات عند بعض القراء، اختلف المشايخ فيه. (نهاية)

(٨) قوله: "أو آية طويلة [مقدار ثلاث آيات قصار. عبد]" لا يشترط أن تكون آية تامة، فلو كان نصف الآية بمقدار ثلاث آيات قصار جاز. (عبد)

(٩) قوله: "لأنه لا يسمى قارئًا بدونه" فيه بحث فإنه لو قرأ ثلاث آيات لزم أن يقال له قارئ. (عبد)

(١٠) قوله: "فأشبه قراءة ما دون الآية" الحاصل أن الشارع لما لم يجعله في حكم القراءة حيث جوز قراءته

جـ1 23 B

وله[١] قوله تعالى: ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ من[٢] غير فصل إلا[٣] أن ما دون الآية خارج[٤]، والآية ليست[٥] في معناه[٦].

وفي السفر[٧] يقرأ بفاتحة الكتاب، وأيّ سورة شاء؛ لما روى[٨] أن

للحائض والنفساء لم يكن قرآنا من وجه. (عبد)

(١) قوله: "وله إلخ" حاصل هذا الكلام يرجع إلى أصل مذكور في أصول الفقه، وهو أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده، وعندهما المجاز المتعارف أولى. (نهاية)

(٢) قوله: "من غير فصل [بين آية وما فوقها. ع]" وهذا لأن الآية الواحدة قرآن حقيقة وحكما، أما حقيقة فظاهر، وأما حكما فلأنها تحرم قراءتها على الحائض والجنب. (عناية)

(٣) قوله: "إلا أن إلخ" جواب عما يقال: لو كان المراد من قوله: ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ مطلقة من غير فصل، لجاز بما دون الآية، كما جاز بالآية؛ لأن الإطلاق يتناولهما تناولا واحدا، ولكن لم يجز بما دون الآية، فكذلك بالآية. (ع)

(٤) قوله: "خارج [بالإجماع. ع]" لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل من القرآن ما هو قرآن حقيقة وحكما، وما دون الآية، وإن كان قرآنا حقيقة، لكنه ليس بقرآن حكمًا. (ع)

(٥) قوله: "ليست" لأن الشارع اعتبرها قرآنا، ولهذا لم يجز قراءته للحائض والنفساء. (عبد)

(٦) قوله: "في معناه" الضمير راجع إلى ما دون الآية أي ليست الآية في معنى ما دون الآية. (نهاية)

(٧) قوله: "وفي السفر إلخ" إنما ذكره متصلا بهذا المبحث؛ لأنه شريك لصاحبه في قلة القراءة. (عبد)

قوله: "وفي السفر إلخ" اعلم أنه قال محمد في "الجامع الصغير": يقرأ في السفر بفاتحة الكتاب، وأي سورة شاء انتهى، ولم يقيده بالعجلة، فأفاد بإطلاقه جريان هذا الحكم، سواء كان في حالة العجلة أوغيرها، واختار الإطلاق صاحب "الكنز" أيضًا، ولكن قيد شراح الجامع بحالة الضرورة، ومنهم الصدر الشهيد حيث قال في شرحه: هذا في حالة الضرورة.

وأما في حالة الاختيار، وهو أن يكونوا آمنين في السفر، فيقرأ في صلاة الفجر نحو سورة البروج وانشقت، وفي الظهر مثل ذلك، وفي العصر والعشاء دون ذلك، وفي المغرب بالقصار جدا، انتهى.

وتبعهم صاحب "الهداية"، وقد رده صاحب "البحر" تبعا لصاحب "الحلية" بقوله: ما في "الهداية" ليس له أصل يعتمد عليه من جهة الرواية، ومن جهة الدراية، أما الأول: فما علمته من إطلاق الجامع، وعليه أصحاب المتون.

وأما الثاني: فلأن المسافر إذا كان على أمن وقرار صار كالمقيم، فينبغي أن يراعي السنة، والسفر وإن كان مؤثرا في التخفيف لكن التحديد بقدر سورة البروج في الفجر والظهر، لا بد له من دليل، انتهى.

وأجاب عنه صاحب "النهر" بما توضيحه أن السنة للمقيم في قراءة الفجر أن تكون من طوال المفصل، وأن لا ينقص مقدار الآيات المقروءة من حيث العدد عن أربعين آية في ركعتي الفجر، لكن للسفر تأثير في التخفيف مطلقًا، ولذا يجوز له الفطر، وإن كان في أمنة، فناسب أن يقرأ نحو سورة البروج وانشقت مما هو من طوال

النبی علیه السّلام قرأ فی صلاة الفجر فی سفره بالمعوذتین*، ولأن(٢) للسفر أثرا فی إسقاط شطر الصّلاة، فلأن یؤثّر فی تخفیف القراءة أولی، وهذا إذا کان علی عجلة من السیر، وإن کان فی أمَنة(٣) وقرار(٤) یقرأ فی الفجر نحو سورة البروج وانشقت؛ لأنه یمکنه مراعاة السنة مع التخفیف.

ویقرأ فی الحضر فی الفجر فی الرکعتین بأربعین آیة(٥)، أو خمسین آیة سوی فاتحة الکتاب، ویروی من أربعین إلی ستین، ومن ستین إلی مائة، وبکل(٦) ذلك ورد(٧) الأثر**، ووجه التوفیق(٨) أنه یقرأ

المفصل، وإن لم یبلغ المقدار الخاص، وهذا معنی قول صاحب "الهدایة": لإمکان مراعاة السنة مع التخفیف أی التخفیف بعدم اعتبار العدد الخاص. (السعایة فی کشف ما فی شرح الوقایة)

(٨) قوله: "لما روی إلخ" قلت: رواه أبو داود فی فضائل القرآن، والنسائی فی الاستعاذة. (ت)

* أخرجه أبو داود من حدیث عقبة بن عامر، انظرالدرایة ج١رقم الحدیث١٩٥، ص١٦١، ونصب الرایة ج٢ ص٤ (نعیم).

(٢) قوله: "ولأن للسفر إلخ" الحاصل أنه لما نقص من الأصل شیء کان الأولی أن ینقص من وصفه. (عبد)

(٣) بفتح المیم. (عنایة)

(٤) تفسیر لأمنة. (عبد)

(٥) قوله: "بأربعین إلخ" یعنی یقرأ أربعین آیة فی مجموع الرکعتین علی وجه القسمة بأن یقرأ فی الأولی بعشرین آیة، وفی الثانیة بعشرین مثلا، ولم یرد أنه یقرأ فی کل رکعة بأربعین نص علیه فی "المحیط"، والله سبحانه وتعالی أعلم. (حاشیة ملا إله داد)

(٦) قوله: "وبکل ذلك ورد الأثر" قلت: روی مسلم فی "صحیحه" من حدیث جابر بن سمرة أن النبی صلی الله علیه وعلی آله وسلم کان یقرأ فی الفجر بقاف ونحوها، وأخرج أیضًا عن أبی بردة قال: "کان رسول الله صلی الله علیه وعلی آله وسلم یقرأ فی الفجر ما بین الستین إلی مائة آیة"، وفی لفظ ابن حبان: "کان یقرأ بالستین إلی المائة".

وأخرج عن ابن عمر قال: إن کان رسول الله صلی الله علیه وعلی آله وسلم لیؤمنا فی الفجر بالصافات، انتهی، وأخرج عن جابر بن سمرة: أن النبی صلی الله علیه وعلی آله وسلم کان یقرأ فی صلاة الفجر بالواقعة ونحوها من السور. (ت)

(٧) قوله: "ورد الأثر" فلما اختلفت مقادیر قراءة رسول صلی الله علیه وعلی آله وسلم اختلفت مقادیر محمدرح فی القراءة، (نهایة)

بالراغبين[(١)] مائة، وبالكسالى أربعين، وبالأوساط ما بين خمسين إلى ستين، وقيل: ينظر إلى طول الليالي وقصرها، وإلى كثرة الأشْغَال وقلتها.

قال: وفي الظهر مثل ذلك[(٢)]؛ لاستواءهما[(٣)] في سعة الوقت[(٤)]، وقال في "الأصل": أو[(٥)] دونه؛ لأنه[(٦)] وقت الاشتغال، فينقص[(٧)] عنه تحرزا عن الملال، والعصر والعشاء سواء[(٨)] يقرأ فيهما بأوساط المفصل[(٩)]، وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصّل[(١٠)]، والأصل فيه[(١١)] كتاب

** انظر الدراية ج١ ص١٦١، ونصب الراية ج٢ ص٤ (نعيم).

(٨) يعني بين الروايات. (ع)

(١) بالقراءة. (عبد)

(٢) قوله: "مثل ذلك" أي مثل ما قرأ في الفجر. (ع)

(٣) قوله: "لاستواءهما إلخ" لا يقال: العشاء وقته مستحب إلى ثلث الليل، فيتسع، لأنا نقول: قد ورد إمكان التأخير إلى قبيل الثلث، فلو طول وأخر لاحتمل الخروج. لا يقال: فكذا نقول في الفجر، فإن استحباب التأخير إلى الإسفار، فلو شرع وطول لاحتمل الخروج عن الوقت؛ لأنا نقول: أول الإسفار أثره ظاهر بخلاف العشاء، فاحتمال الخروج فيه قائم بخلاف الفجر. (عبد)

(٤) أي المستحب. (عبد)

(٥) قوله: "أو دونه" لفظ أو ليس للتخيير؛ لجواز العمل بكل منهما، بل للإباحة. (عبد)

(٦) لأن كل ذلك قد روى. (ن)

(٧) قوله: "فينقص عنه إلخ" الحاصل أن للظهر شبهين: شبه بالفجر من حيث اتساع الوقت، وشبه بالعصر؛ لأنه وقت الاشتغال، فإذا نظر إلى الأول جعل حكمه حكم الفجر، وإذا نظر إلى الثاني جعل حكمه حكم العصر. (عبد)

(٨) قوله: "سواء" أي في سعة الوقت المستحب. (ع)

(٩) قوله: "بأوساط المفصل إلخ" طوال المفصل من سورة الحجرات إلى سورة ﴿والسماء ذات البروج﴾، والأوساط منها إلى سورة ﴿لم يكن﴾، والقصار منها إلى الآخر. (ع)

(١٠) قوله: "بقصار المفصل [وفي "صحيح مسلم" كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقرأ في الظهر قدر ثلاثين آية. ف]" قيل: طوال المفصل من الحجرات إلى سورة عبس، وأوساطه من ﴿كورت﴾ إلى ﴿والضحى﴾، والقصار منه إلى آخر المصحف. (ع)

(١١) قوله: "فيه كتاب" أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" بدون قوله: في الظهر بطوال المفصل، بل في

عمر إلى أبى موسى الأشعرى*: أن اقرأ[٢] فى الفجر والظهر بطوال[٣] المفصل، وفى العصر والعشاء بأوساط المفصل، وفى المغرب بقصار المفصل، ولأن مبنى المغرب على العجلة، والتخفيف أليق بها، والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير[٤]، وقد يقعان بالتطويل فى وقت غير مستحب، فيوقّت فيهما بالأوساط. ويطيل[٥] الركعة الأولى من الفجر على الثانية؛ إعانة للناس على إدراك الجماعات[٦]: قال: وركعتا الظهر سواء، وهذا عند أبى حنيفةرح وأبى يوسفرح، وقال محمدرح: أحبُّ[٧] إلىّ أن يطيل الركعة الأولى على الثانية فى الصلوات كلها؛ لما روى[٨] أن النبى عليه السّلام كان يطيل الركعة الأولى على غيرها فى الصلوات كلها**، ولهما أن الركعتين استويا[٩] فى استحقاق القراءة،

"جامع الترمذى" فى الباب الذى يلى باب القراءة بالصبح: روى عن عمر أنه كتب إلى أبى موسى أن أقرأ فى الظهر بأوساط المفصل. (ف)

* انظرالدراية ج١رقم الحديث١٩٦، ص١٦٢، ونصب الراية ج٢ ص٥(نعيم).

(٢) قوله: "أن اقرأ [قلت: غريب بهذا اللفظ. ت] إلخ" مفسر للكتاب؛ لأن الكتاب بمعنى القول. (عبد)

(٣) قوله: "بطوال المفصّل إلخ" روى عبد الرزاق فى "مصنفه": أخبرنا سفيان الثورى عن على ابن زيد بن جدعان عن الحسن وغيره قال: كتب عمر إلى أبى موسى الأشعرى أن أقرأ فى المغرب بقصار المفصل، وفى العشاء بوسط المفصل، وفى الصبح بطوال المفصل، انتهى. (ت)

(٤) على ما مر.

(٥) قوله: "ويطيل إلخ" به جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلى يومنا هذا، حتى روى الحسن عن أبى حنيفة قال: يقرأ الإمام فى الركعة الأولى سورة ق، أو والذاريات، أو المرسلات. (ن)

(٦) أى إدراك الناس كل الصلاة. (عب)

(٧) قوله: "أحب إلى" أشار إلى أن فى دليله ضعفا، وذلك لاحتمال ما ذكره. (عبد)

(٨) رواه البخارى وغيره. (ت)

** متفق عليه من حديث قتادة، انظرالدراية ج١رقم الحديث١٩٧، ص١٦٢، ونصب الراية ج٢ ص٥(نعيم).

(٩) قوله: "استويا" لأنه ركن فى الجميع، وكل ما كان كذلك يستويان فى المقدار إلا بعارض غير

فيستويان[١] فى المقدار بخلاف الفجر؛ لأنه وقت نوم وغفلة. والحديث محمول[٢] على الإطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية، ولا معتبر[٣] بالزيادة والنقصان بما دون[٤] ثلاث آيات؛ لعدم إمكان الاحتراز عنه من غير حرج. وليس[٥] فى شىء من الصلوات قراءة سورة[٦] بعينها لا يجوز غيرها؛ لإطلاق ما تلونا[٧]. ويكره أن يوقّت بشىء من القرآن لشىء من الصلوات*؛ لما فيه من هجر الباقى[٨]، وإيهام[٩] التفضيل. ولا يقرأ[١٠] المؤتم[١١] خلف الإمام[١٢] خلافا[١٣]

اختيارى.(ع)

(١) قوله: "فيستويان فى المقدار" وأما إطالة الركعة الثانية على الأولى، فمكروه بالإجماع، كذا فى "المحيط". (ن)

(٢) قوله: "محمول إلخ" فيه أن المتبادر ما قاله محمدرح. (عبد)

(٣) قوله: "ولا معتبر إلخ" فقد صح أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قرأ المعوذتين فى صلاة الفجر، وفى صلاة المغرب فى الركعتين، والثانية أطول من الأولى. (ن)

(٤) قوله: "دون [نحو آية أو آيتين. ن] ثلاث آيات" قيل: هو ظاهر على ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمدرح من أن فرض القراءة لا يتأدى إلا بثلاث آيات قصار، أو آية طويلة. (د)

(٥) قوله: "وليس إلخ" أى لا يعين الشارع ولا يفرض سورة معينة فى شىء من الصلوات. (عبد)

(٦) قوله: "قراءة سورة بعينها إلخ" هذه المسألة والتى بعدها يتراءى أنهما فى إفادة الحكم واحد، وليس كذلك، بل هما متغايران وضعا وبيانا، أما الوضع فلأن الأولى من مسائل القدورى، والثانية من مسائل "الجامع الصغير"، وقد التزم المصنف الإتيان بهما إذا اختلفت الروايتان، وأما البيان فلأن معنى الأولى ليس فى شىء من الصلوات مطلقًا تعيين قراءة سورة بعينها بحيث لا تجوز الصلاة بغيرها. (ع)

(٧) من قوله تعالى: ﴿فاقرءوا ما تيسّر من القرآن﴾ (عبد)

* انظر الدراية ص١٦٢، ونصب الراية ج٢ ص٦(نعيم).

(٨) وهو خطأ فاحش. (ن)

(٩) قوله: "وإيهام التفضيل" قد يقال: بعض السور أعلى طبقة من البعض، وكذا بعض الآيات أفضل من البعض، فلما جاز التفضيل، فلأن يجوز إيهام التفضيل أولى. (د)

(١٠) قوله: "ولا يقرأ" سواء كان فى الصلاة الجهرية أو غيرها. (ع)

للشافعي رح في الفاتحة، له أن(١) القراءة ركن(٢) من الأركان، فيشتركان فيه. ولنا(٣) قوله عليه السّلام: «من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة(٤)»*، وعليه(٥) إجماع(٦) الصحابة**، وهو(٧) ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الإنصات(٨) والاستماع، قال(٩) عليه السّلام:

---

(١١) قوله: "المؤتم" وعند أهل المدينة منهم مالك يقرأ في صلاة الظهر والعصر، ولا يقرأ في صلاة الجهر. (ن)

(١٢) قوله: "خلف الإمام" إنما قيد به؛ لأن المؤتم إذا صار صلاة إمامه تماما، كان له حكم المنفرد. (عبد)

(١٣) قوله: "خلافًا للشافعي" فإنه يقول: يجب عليه قراءتها في الصلاة السرية، وفي الركعات التي لا يجهر فيها، وكذا فيما يجهر فيه على الصحيح من مذهبه. (ع)

(١) قوله: "أن القراءة" أي قراءة الفاتحة، ولو جعل دليلا على أصل القراءة لم يحتج إلى التقدير. (عبد)

(٢) قوله: "ركن من الأركان" فلا يسقط بسبب الاقتداء عند الاختيار كالركوع والسجود، بخلاف ما إذا أدرك الإمام في الركوع؛ لأن تلك الحالة حالة الضرورة، وبسبب الضرورة قد يسقط بعض الأركان، ألاترى أن القيام بعد التكبير ركن، وقد سقط ههنا للضرورة، كذا في "المبسوط". (ن)

(٣) قوله: "ولنا قوله [أخرجه ابن ماجة. ك] إلخ" يدل على نيابة قراءة الإمام عن قراءة المقتدي، وهذا لا يدل على منع المقتدي عن القراءة، والمدعى هو منعه عنها.
وأجيب بأن إثبات الولاية للمقتدي يوجب حجره عنها؛ لأن ثبوت الولاية على الغير دليل على عجزه عنه، والمقتدي غير عاجز عن القراءة حسا، فيجعل عاجزا حكما. (د)

(٤) قوله: "قراءة" أي يقع قراءته من قراءته. (عبد)

* أخرجه ابن ماجه من حديث جابر، انظرالدراية ج١رقم الحديث١٩٨، ص١٦٢، ونصب الراية ج٢ ص٦(نعيم)

(٥) قوله: "وعليه [أي على أن لا يقرأ المؤتم. عبد] إجماع الصحابة" قد يقال: لو كان فيه إجماع لكان الشافعي أعرف به. (د)

(٦) قوله: "إجماع الصحابة" سماه إجماعا باعتبار الأكثر، وقد روى منع القراءة عن ثمانين نفرا من الصحابة. (عيني)

** انظرالدراية ج١ص١٦٤، ونصب الراية ج٢ ص١٢(نعيم).

(٧) قوله: "وهو ركن مشترك إلخ" جواب عن قوله: القراءة ركن إلخ تقريره أنا سلمنا أنه ركن مشترك بينهما، لكن حظ المقتدي إلخ. (ع)

(٨) قوله: "الإنصات والاستماع" هذا مشكل؛ لأنه لا معنى للاشتراك إلا أن يكون كل واحد من فعل

«وإذا قرأ فأنصتوا»*، ويستحسن(٢) على سبيل(٣) الاحتياط فيما يروى(٤) عن محمد رح، ويكره(٥) عندهما(٦)؛ لما فيه من الوعيد(٧).

ويستمع وينصت، وإن قرأ الإمام آية الترغيب(٨) والترهيب(٩)؛ لأن الاستماع والإنصات فرض بالنص(١٠)** والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ

الإمام والمقتدى داخلا فى كلى واحد كركوع الإمام وركوع المقتدى، وسجود الإمام وسجود المقتدى وقراءة الإمام وإنصات المقتدى لا يشتركان فى كلى واحد، بل كل منهما جزئى لكلي آخر، اللهم إلا على مبيل التسامح، كأنه جعل الإنصات الذى هو سبب التدبر فى المقروء كالقراءة مشتركًا فى اسم القراءة أعم من أن يكون قراءة حكمًا، أو حقيقةً. (د)

(٩) رواه مسلم. (ت)

* أخرجه مسلم من حديث أبى موسى، انظرالدراية ج ١رقم الحديث١٩٩، ص١٦٤، ونصب الراية ج٢ ص١٤(نعيم).

(٢) أى القراءة. (عبد)

(٣) قوله: "على سبيل الاحتياط" لاحتمال أن يكون الواقع ما قاله الشافعى. (عبد)

(٤) قوله: "فى ما يروى عن محمد" وقال شمس الأئمة السرخسى: تفسد صلاته فى قول عدة من الصحابة، وعن عبد الله البلخى أنه قال: يملأ فوه من التراب، وقيل: يستحب أن يكسر أسنانه. (نهاية)

(٥) قوله: "ويكره" المراد كراهة التحريم كما يفيده قول المصنف، :لمافيه من الوعيد. (ف)

(٦) قوله: "عندهما" فقد روى أن منع المقتدى من القراءة مأثور عن ثمانين من الصحابة، وقال على: من قرأ خلف الإمام، فقد أخطأ السنة، وقال عبد الله: من قرأ خلف الإمام، ألقى على فيه ترابا، وقال سعد ابن وقاص وزيد بن ثابت: من قرأ خلف الإمام، فلا صلاة له، وآثار الصحابة إذا كانت غير مدركة بالقياس كان محمولا على السماع، فيعارض به الخبر المقتضى لوجوب قراءة الفاتحة على المأموم، والنص الموجب والمحرم إذا تعارضا يعمل بالمحرم، وترك ذرة من ما نهى الله تعالى خير من عبادة الثقلين، وكان الاجتناب عن المحرم أفضل من ارتكاب الواجب. (إله داد)

(٧) قوله: "من الوعيد [رواه أبو حيان. ت]" قال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من قرأ خلف الإمام ففى فيه جمرة». (نهاية)

(٨) أى الإحالة إلى الجنة. (عبد)

(٩) أى التخويف من النار. (عبد)

(١٠) قوله: "بالنص" يعنى قوله تعالى: ﴿وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون﴾. (عبد)

من النار كل ذلك[١] مخلّ به.

وكذلك[٢] فى الخطبة[٣]، وكذلك[٤] إن صلى على النبى عليه السّلام؛ لفرضية الاستماع إلا أن يقرأ[٥] الخطيب قوله تعالى: ﴿يا أيّها الذين آمنوا صلوا عليه﴾ [الآية]، فيصلى السّامع فى نفسه[٦]، واختلفوا[٧] فى النائى عن المنبر، والأحوط هو السكوت[٨] إقامة لفرض الإنصات والله أعلم بالصواب.

** انظر الدراية ج١ ص١٦٤، ونصب الراية ج٢ ص١٣ (نعيم).

(١) قوله: "كل ذلك مخل به" وهل يسأل ويتعوذ الإمام والمنفرد، أو لا؟ لم يذكر ههنا، فأما الإمام فلا يفعل ذلك؛ لأنه لم ينقل ذلك عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ولا عن الأئمة بعده، ولأنه يؤدى إلى تطويل الصلاة على القوم، وهو مكروه، وكذلك المنفرد إذا كان فى الفرض؛ لأنه غير منقول عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ولا عن الأئمة بعده، وأما إذا كان فى ا لتطوع، فهو حسن. (عناية)

(٢) قوله: "وكذلك" أى يستمع وينصت. (ع)

(٣) قوله: "فى الخطبة" لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «من قال لصاحبه والإمام يخطب، أنصت فقد لغا ومن لغا فلا صلاة له». (عناية)

(٤) قوله: "وكذلك [أى يستمع وينصت] إلخ" روى عن أبى جعفر الطحاوى أنه قال: يستحب للقوم أن يستمعوا وينصتوا فى الخطبة الأولى، وكذلك فى الثانية إلى أن يبلغ إلى قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين﴾ إلخ. (ن)

(٥) قوله: "إلا أن يقرأ إلخ" أفاد وجوب السكوت فى الثانية كلها ما خلا المستثنى، والاستثناء مروى عن أبى يوسف، واستحسنه بعض المشايخ؛ لأن الإمام يحكى أمر الصلاة من الله تعالى، واشتغل هو بالامتثال، فيجب عليهم موافقته. (ف)

(٦) قوله: "فيصلى السامع فى نفسه [أى سرا. ع]" موافقة لظاهر الأمر، وإن لم يكن الأمر إلا باعتبار وقت من الأوقات. (عبد)

(٧) قوله: "واختلفوا فى النائى [أى البعيد. عبد] إلخ" لا رواية فيه عن المتقدمين، واختلف المتأخرون. (ف)

(٨) قوله: "هو السكوت" يعنى عدم القراءة والكتابة، ونحوها الكلام المباح، فإنه مكروه فى المسجد فى غير حال الخطبة، فكيف فى حالها. (ف)

باب[1] الإمامة

الجماعة[2] سنة[3] مؤكدة[4]؛ لقوله[5] عليه السّلام: «الجماعة[6] من سنن[7] الهدى[8] لا يتخلف عنها إلا منافق[9]»*.

وأولى الناس بالإمامة أعلمهم بالسنة[10]، وعن أبي يوسف رح أقرأهم[11]؛ لأن القراءة[12] لا بد منها، والحاجة إلى العلم إذا نابت[13]

(١) قوله: "باب الإمامة" لما ذكر أفعال الإمام في ما تقدم من بيان وجوب الجهر والمخافتة، وذكر أفعال المقتدي من وجوب الاستماع والإنصات، أتبعه ذكر صفة شرعية الإمامة، بأنها على أي صفة من المشروعات، فذكر من يصلح لها، وما يتلوها من خواص الإمامة. (نهاية)

(٢) ما زاد على الواحد، فهو جماعة في غير الجمعة عن محمد. (ف)

(٣) قوله: "سنة" فإن قلت: قوله تعالى: ﴿واركعوا مع الراكعين﴾ نص في وجوب الجماعة، والزيادة على النص غير جائزة، أجيب بأنه خطاب لليهود حيث لا ركوع في صلاتهم. (د)

(٤) قوله: "مؤكدة" أي قوية يشبه الواجب في القوة، حتى استدل بمعاهدتها على وجود الإيمان، بخلاف سائر المشروعات، حتى قال بعض الناس: بأن الصلاة بالجماعة فريضة إلا أن منهم من يقول: بأنها من فرض الكفايات. (ن)

(٥) قوله: "لقوله" إلخ روى مسلم عن أبي الأحوص قال: قال عبد الله بن مسعود: "لقد رأيتنا وما يتخلف عن الصلاة إلا منافق، وأن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم علمنا من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذي يؤذن فيه" انتهى. (ت)

(٦) غريب بهذا اللفظ. (ت)

(٧) قوله: "من سنن الهدى" المراد بالسنن الهدى ما واظب عليه النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم بطريق العبادة مع الترك أحيانا. (عبد)

(٨) قوله: "الهدى" السنن التي أخذها هدى، وتركها ضلالة. (ع)

(٩) قوله: "إلا منافق [أي من هو سيرته سيرة المنافق. د]" ليس المراد بالمنافق المنافق المصطلح، وهو الذي يبطن الكفر، ويظهر الإيمان، وإلا لكانت الجماعة فريضة؛ لأن المنافق كافر، ولا يثبت الكفر بترك غير الفريضة، وكان آخر الكلام مناقضا لأوله، والله أعلم. (عناية)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٠٠، ص١٦٦، ونصب الراية ج٢ ص ٢١(نعيم).

(١٠) قوله: "أعلمهم بالسنة [أي الطريقة المسلوكة. عبد]" حاصله أعلمهم بالمسائل من مفاسد الصلاة وصحتها. (عبد)

(١١) قوله: "أقرأهم" أي أعلمهم بالقراءة، وأداء حروفها ووقوفها. (ع)

(١٢) قوله: "لأن القراءة لا بد منها" إلخ أي القراءة ضرورية، وأما العلم بجميع المصالح والمفاسد، فمما

نائبة، ونحن نقول: القراءة مفتقر إليها لركن واحد[١]، والعلم لسائر[٢] الأركان. فإن تساووا[٣] فأقرأهم؛ لقوله عليه السّلام: «يؤمّ القوم[٤] أقرأهم لكتاب الله، فإن كانوا سواء فأعلمهم بالسنة»*، وأقرأهم[٥] كان أعلمهم؛ لأنهم كانوا[٦] يتلقونه بأحكامه، فقدم في الحديث، ولا كذلك

لا يحتاج إليه في أداء الصلاة، فإنه يجوز أن يؤدى الصلاة بالطريق الفاضلة، ولم يعلم بالفاسد، وإنما الاحتياج إلى العلم بالجميع إذا نابت نائبة، وهي نادرة. (عبد)

(١٣) قوله: "إذا نابت نائبة" أي إذا عرض عارض مفسد ليمكنه إصلاح صلاته، وقد يعرض، وقد لا يعرض. (عناية)

(١) قوله: "لركن واحد [أي لتحصيل ركن واحد. عبد]" فإن قلت: ذلك الركن الواحد هو القراءة، فيكون التقدير القراءة محتاج إليها للقراءة، ولا معنى له، أجيب بأن المراد بالقراءة علم القراءة. (إله داد)

(٢) قوله: "لسائر الأركان" فمن حيث إن الأول متعلق بواحد، والثاني متعلق بالكل رجح الثاني. (عبد)

(٣) في العلم. (ع)

(٤) قوله: "يؤم [اللفظ لمسلم. ف] القوم [رواه الجماعة إلا البخاري. ت]" إلخ فإن قلت: هذا الحديث لا يصلح دليلا على تقديم الأعلم؛ لأنه مع كونه خلاف الظاهر غير مستقيم، لأن النص بظاهره يدل على تقديم الأقرأ، كما هو المروي عن أبي يوسف‌رح، لا على تقديم الأعلم، ولئن قيل: أقرأ زمن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان أعلم.

قلنا: المدعي تقديم الأعلم بالسنة أي أفقههم في دين الله، وأقرأهم وإن كان أعلمهم بأحكام الكتاب، فلا يلزم منه أن يكون أعلم بالسنة، حتى يكون أفقه بالدين، ولا يصلح دليلا على قوله: فإن تساووا فأقرأهم، كما هو الظاهر؛ لظهور أنه لا دلالة للنص على تقديم الأقرأ عند تساويهم في علم السنة.

أجيب بأنه جاز بأن يكون دليلا على تقديم الأعلم بالدين، بأن يقال: النص بعبارته إن كان يدل على تقديم الأقرأ، فهو يدل على تقديم الأفضل فالأفضل، والأحوج فالأحوج، فأقرأ زمن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان أفضل زمانه، ففي شرعة الإسلام: وكان القارئ بين الصحابة يعرف بصفوة لونه، ونحور جسمه، وكثرة بكاءه يبكي إذا ضحك الناس، ويحزن قلبه إذا فرحوا، ويصوم إذا أفطروا، ومن هذه صفته فهو أفضل، فكان أحق بالإمامة. وأما في زماننا فلا يعاين هذه القراءة، وكان الأعلم أحوج من الأقرأ في زماننا، وجاز أن يقال دليلا على قوله: فإن تساووا، بأن يقال: ظاهر النص يوجب تقديم الأقرأ على الكل، ولكنا تركنا ظاهره في تقديم الأعلم بدلالته. (د)

* أخرجه مسلم والأربعة من حديث أبي مسعود، انظرالدراية ج١رقم الحديث٢٠١، ص١٦٨، ونصب الراية ج٢ ص٢٤(نعيم)

(٥) جواب عن تمسك أبي يوسف بالحديث المذكور. (د)

(٦) قوله: "كانوا يتلقونه [التلقي بالفارسية: خبر از كسے گرفتن. ن]" إلخ على ما روى عن عمر أنه حفظ سورة البقرة في ثنتي عشرة سنة. (حاشية ملا إله داد)

في زماننا، فقدمنا الأعلم.

فإن تساووا[١] فأورعهم[٢]؛ لقوله[٣] عليه السّلام: «من صلى خلف عالم تقى فكأنما صلى خلف نبى» *، فإن تساووا فأسنّهم[٤]؛ لقوله عليه السلام[٥] لابنى أبى مليكة: «وليؤمكما أكبركما سنا» **، ولأن فى تقديمه تكثير الجماعة.

ويكره[٦] تقديم العبد[٧]؛ لأنه لا يتفرغ[٨] للتعليم، والأعرابى[٩]؛

---

(١) قوله: "فإن تساووا فأورعهم" هذا ليس فى لفظ الحديث فى ترتيب الإمامة، إنما فى الحديث بعد ذكر الأعلم ذكر أقدمهم هجرة، لكن أصحابنا جعلوا مكان الهجرة الورع والصلاح؛ لأن الهجرة كانت منقطعة فى زمانهم، فجعلوا الهجرة عن المعاصى مكان تلك الهجرة؛ لأن أقدمهم هجرة يكون أعلمهم بالسنة، لأنهم كانوا يهاجرون؛ ليعلم الأحكام، فعند ذلك يزداد الورع. (نهاية)

(٢) قوله: "فأورعهم" الورع أخص من التقوى؛ لأنه ترك المحرمات والشبهات،والتقوى هو الأول. (عبد)

(٣) قوله: "لقوله عليه السلام: «من صلى» إلخ [غريب بهذا اللفظ. ت]" ولأن المستحب فى الخلافة أن يقدم العالم الورع التقى، وهى لأمر الدنيا، فلأن يستحب فى التقدمة فى باب الصلاة -وهى لأمر الدين- أولى، كذا فى "المبسوطين". (نهاية)

قوله: "لقوله عليه السلام" روى الطبرانى مرفوعًا: «إن سركم أن تقبل صلاتكم فليؤمكم علماءكم فإنهم وفدكم ما بينكم وبين ربكم»، وأخرج الحاكم والبيهقى نحوه.

وأما لفظ الحديث المذكور فى الكتاب، فلم يوجد، بل قال بعض المحدثين: إنه موضوع، وعندى أنه مأخوذ من حديث: «علماء أمتى كأنبياء بنى إسرائيل»، وهو حديث مشهور بين الألسنة، وذكره السيوطى فى "أنموذج اللّبيب" للحافظ العينى فى شرح خطبة الكتاب بلا سند، لكن ذكر السخاوى فى "المقاصد الحسنة" أنه حديث لم يوجد. (مولوى محمد عبد الحى رح)

* انظر الدراية ج١ص١٦٨، ونصب الراية ج٢ ص٢٦ (نعيم).

(٤) قوله: "فأسنهم" لم يذكر إن تساووا فى السن، وذكر غيره أحسنهم خلقًا، ثم أحسبهم، ثم أصبحهم وجهًا. (ع)

(٥) قلت: تقدم. (ت)

** متفق عليه من حديث مالك بن الحويرث، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٢٠٢، ص١٦٨، ونصب الراية ج٢ ص٢٦ (نعيم).

(٦) قوله: "ويكره تقديم العبد" فإن قلت: روى عن أبى سعيد مولى أبى أسيد أنه قال: "دعوت رهطا من أصحاب النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم فيهم أبو ذر، فحضرت الصلاة، فقدمونى، وأنا يومئذٍ عبد،" ففيه دليل على أن تقديم العبد غير مكروه، وإلا لما قدموه، أجيب بأنهم قدموه؛ لأنه كان صاحب المنزل، وصاحب المنزل أحق بالإمامة. (د)

لأن الغالب فيهم الجهل، والفاسق(١)؛ لأنه لا يهتم لأمر دينه، والأعمى؛ لأنه لا يتوقى(٢) النجاسة، وولد الزنا؛ لأنه ليس له أب(٣) يثقّفه(٤)، فيغلب عليه الجهل، ولأن فى تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره، وإن تقدموا جاز؛ لقوله عليه السّلام(٥): «صلوا خلف كل بر(٦) وفاجر»**.

ولا يطول الإمام(٧) بهم الصلاة؛ لقوله عليه السّلام(٨): «من أمَّ قومًا فليصلِّ بهم صلاة أضعفِهم فإن فيهم المريض والكبير وذا الحاجة»***.

ويكره للنساء أن يصلين وحدهن الجماعة(٩)؛ لأنها لا تخلو عن ارتكاب(١٠) محرم(١١)، وهو قيام الإمام وسط الصف، فيكره كالعراة(١٢)،

---

(٧) قوله: "تقديم العبد" وعند الشافعى الحر والعبد إذا استويا فى القراءة والعلم والورع لا يرجح الحر عليه. (ع)

(٨) قوله: "لأنه لا يتفرغ للتعلم [ليعلم أحكام الصلاة. ع]" الدليل غير جار فى العبد المتفرغ للعلم، فلا يثبت الكلية. (عبد)

(٩) قوله: "والأعرابى" لقول النبى ﷺ: «ألا لا يؤمن امرأة رجلا ولا أعرابى». (د)

(١) وقال مالك: لا تجوز الصلاة خلفه. (ع)

(٢) بسبب العمى. (عبد)

(٣) ومن ينوم مقامه. (عبد)

(٤) أى يؤدبه. (عبد)

(٥) أخرجه الدارقطنى. (ت)

(٦) قوله: "كل بر وفاجر" هو يشمل الجماعة المذكورة، إذ ما من مسلم إلا وهو داخل فى هذين المقدمين. (حاشية ملا عبد الغفور)

** أخرجه الدارقطني من حديث أبي هريرة، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٠٣، ص١٦٨، ونصب الراية ج٢ ص٢٦ (نعيم).

(٧) قوله: "ولا يطول [بحسب الكيفية. عبد]" المراد من التطويل المنفى الزيادة على مقدار السنة. (عبد الغفور)

(٨) أخرجه البخارى ومسلم. (ت)

*** أخرج بمعناه الشيخان من حديث أبي هريرة، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٠٤، ص١٦٩، ونصب الراية ج٢ ص٢٩ (نعيم).

(٩) أى منفردات من الرجال. (عبد)

(١٠) هو ترك السنة. (د)

وإن فعلن[١] قامت الإمام وسطهن؛ لأن عائشة رض فعلت كذلك[٢]*، وحُمل[٣] فعلها الجماعة على ابتداء الإسلام[٤]، ولأن[٥] في التقدم زيادة الكشف. ومن صلى مع واحد أقامه عن يمينه لحديث** ابن عباس[٦]،

(١١) أى مكروه كراهة التحريم. (د)

(١٢) فإن جماعتهم مكروهة.

(١) أى صلين بجماعة. (عناية)

(٢) أخرجه الحاكم. (ت)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٠٥، ص١٦٩، ونصب الراية ج٢ ص٣٠ (نعيم).

(٣) قوله: "وحمل إلخ" جواب عما يقال: إذا كانت إمامتهن مكروهة، فكيف فعلت عائشة رض. (عناية)

(٤) قوله: "على ابتداء الإسلام" كذا في "المبسوط"، قال السروجي: فيه نظر، فإن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أقام بمكة بعد النبوة ثلاث عشرة سنة، كما رواه البخاري ومسلم، ثم تزوج بعائشة بالمدينة، وبنى بها، وهي بنت تسع سنين، وبقيت عنده تسع سنين، وما تؤم إلا بعد بلوغها، فأين ذلك من ابتداء الإسلام لكن يمكن أن يقال: إنه منسوخ، فعلته حين تحضر النساء الجماعات، انتهى. (ف)

(٥) قوله: "ولأن في التقدم إلخ" فيه بحث من أوجه: الأول: ما قاله السروجي، الثاني: أن المذهب عندنا أن انتفاء صفة الوجوب تستلزم انتفاء صفة الجواز، كما عرف، ولا فرق بين الوجوب والسنية في ذلك؛ لوجود الموجب فيها كوجوده فيه، وهو واضح للمزاولين في علم آخر، وقررناه في التقرير، فإذا نسخت السنية نسخ الجواز، والاستدلال بالمنسوخ غير صحيح.

الثالث: أن إمامتهن في صلاة الجنازة غير مكروهة، وبقاء الحكم مع وجود ارتكاب أحد المحرمين غير صحيح.

الرابع: أن التعليل بزيادة الكشف غير صحيح؛ لبقاء الحكم بدونها، فإن المرأة لو لبست ثوبًا محشوا من قرنها إلى قدمها، وأمت النساء خاصة، ولا رجل ثمه يكره، ولا كشف هناك فضلا عن زيادة الكشف.

والجواب عن الأول أنه يجوز أن يكون المراد من ابتداء الإسلام ما قبل الانتساخ، فإنه ابتداء بالنسبة إلى ما بعده، وعن الثاني بأن الجواز الباقي جواز مع الكراهة، والذي كان في ضمن السنية نسخ معها.

والاستدلال بفعلها لبيان أنها كانت سنة ونسخت، وإنما جوزت في زماننا بمقتضى الجواز الذي كان من استجماع شرائطه، ورفع موانعه مع ما يوجب كراهته من ارتكاب محرم.

وعن الثالث بأن تركهن الجماعة إنما كان لاجتماع السنة مع الكراهة، فتركت السنة لأجل الكراهة، وفي صلاة الجنازة اجتمع الفرض مع الكراهة؛ لأن النساء إن صلين جماعة، وقامت الإمام وسطهن أقمن فرضًا؛ لكون الصلاة فرضًا، وارتكبن مكروهًا، وإن صلين فرادى تركن المكروه، لكن على وجه يؤدي إلى فوات الصلاة عن بعضهن؛ لأن الفرض يسقط بأداء الواحدة، وقد يتفق فراغ الواحدة قبل الباقيات، وعن الرابع بأن ذلك نادر لا حكم له. (من العناية)

** انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٠٦، ص١٧٠، ونصب الراية ج٢ ص٣٣ (نعيم).

(٦) أخرجه الأئمة الستة. (ت)

فإنه عليه السلام صلّى به وأقامه عن يمينه، ولا يتأخر عن الإمام(١)، وعن محمد رح: أنه يضع أصابعه عند(٢) عقب الإمام، والأول هو الظاهر، وإن صلى خلفه، أو في يساره جاز، وهو مسيء(٣)؛ لأنه(٤) خالف السنة.

وإن أمّ اثنين تقدم عليهما، وعن أبي يوسف رح يتوسطهما، ونقل ذلك(٥) عن عبد الله بن مسعود*، ولنا أنه عليه السلام تقدم(٦) على أنس واليتيم(٧) حين صلى بهما**، فهذا(٨) للأفضلية، والأثر دليل الإباحة(٩).

---

(١) هذا في ظاهر الرواية. (ن)

(٢) قوله: "عند عقب الإمام" أي بحيث إذا خرج خط مستقيم من رؤوس الأصابع مر على عقب الإمام. (عبد)

(٣) قوله: "وهو [هذا هو المذهب. ن] مسيء" لم يفصل بين ما إذا وقف خلف الإمام، أو عن يساره، ومنهم من فرق، وقال: لا يكون مسيئًا إذا كان خلف الإمام. (ع)

(٤) قوله: "لأنه خالف السنة [يعني ما ذكرنا من حديث ابن عباس. ع]" لأن ترك السنة لا يوجب العقوبة بالنار، ولكن يوجب حرمان الشفاعة، ونيل المراتب. (عبد)

(٥) قوله: "ونقل [إنه فعل كذلك (عبد)، أخرجه مسلم. ت] ذلك" وهو ما روى أن ابن مسعود صلى بعلقمة والأسود، فقام وسطهما. (نهاية)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٠٧، ص١٧٠، ونصب الراية ج٢ ص٣٣ (نعيم).

(٦) قوله: "تقدم [أخرجه الجماعة إلا ابن ماجه. ت] على أنس إلخ" عن أنس بن مالك أن جدته مليكة دعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لطعام صنعته، فأكل منه، ثم قال: قوموا فأصلي لكم، قال أنس: فقمت إلى حصير لنا، وقد اسود من طول ما لبث، فنضحته بماء، فقام النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وصففت أنا واليتيم وراءه، والعجوزة من ورائنا، فصلى بنا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ركعتين. (عناية)

(٧) لعله أخو أنس. (عبد)

** انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٠٨، ص١٧٠، ونصب الراية ج٢ ص٣٥ (نعيم).

(٨) قوله: "فهذا" أي تقدم النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم دليل الأفضلية، والأثر وهو ما نقل عن ابن مسعود دليل الإباحة. (ع)

(٩) قوله: "دليل الإباحة" ولم يعكس الأمر ليكون من باب تعليم الجواز والإباحة، كما زعم أبو يوسف حملا لفعل النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم على الأفضلية (عناية).

قوله: "دليل الإباحة" أجيب عن حديث ابن مسعود بثلاثة أجوبة: الأول: أن ابن مسعود لم يبلغه حديث أنس، والثاني: أنه فعل لضيق المسجد، أو لعذر آخر، لا على أنه من السنة.

ولا يجوز للرجال أن يقتدوا بامرأة[١]، أو صبى[٢]، أما المرأة فلقوله عليه السلام[٣]: «أخّروهن من حيث أخرهن الله[٤]»*، فلا يجوز تقديمها[٥]. وأما الصبى[٦] فلأنه متنفل، فلا يجوز[٧] اقتداء المفترض به،

والثالث: ما ذكره البيهقى فى "كتاب المعرفة" أنه رأى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم يصلى وأبصر عن يمينه رجلا كل واحد يصلى لنفسه، فقام ابن مسعود خلفهما، فأومأ إليه النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم بشماله، فظن عبد الله أن ذلك سنة الموقف، ولم يعلم أنه لا يؤمهما، وعلمه أبو ذر حتى قال فيما روى عنه: يصلى كل رجل لنفسه. (عينى)

(١) قوله: "أن يقتدوا إلخ" قيل: قد مر كراهة إمامة النساء، فما وجه إعادتها، قلت: قد مر كراهة إمامة النساء للنساء، وههنا بيان إمامة النساء للرجال، فأين الإعادة حتى يستفسر عن وجهها؟ ولا حاجة إلى أن يجاب عنه بأن ما سبق هو الكراهة، وههنا بيان عدم الجواز على ما لا يخفى. (مولوى محمد عبد الحى رح)

(٢) قوله: "أو صبى" قيل: يعنى غير البالغ، قلت: لا يعلم وجه هذا التفسير، فإن الصبى هو غير البالغ. (مولوى محمد عبد الحى رح)

(٣) قوله: "فلقوله إلخ" قلت: حديث غريب مرفوعا، وهو فى "مصنف عبد الرزاق" موقوف على ابن مسعود. (ت)

(٤) قوله: "من حيث إلخ" فى "الأسرار": حيث عبارة عن المكان، ولا مكان يجب تأخيرهن عنه إلا مكان الصلاة، وقيل: يجوز أن يكون للتعليل يعنى كما أخرهن الله تعالى فى الشهادات، والإرث، والسلطنة، وجميع الولايات، كذا وجدت بخط الأستاذ رح. (نهاية)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث٢٠٩، ص١٧١، ونصب الراية ج٢ ص٣٦ (نعيم).

(٥) قوله: "فلا يجوز تقديمها" أراد من التقديم ما يقابل التأخير، فيشمل التسوية والتقديم. (عبد)

(٦) قوله: "وأما الصبى إلخ" وعند الشافعى يجوز إمامة الصبى بناء على أن اقتداء المفترض بالمتنفل يجوز عنده، والفعل يصح من الصبى نفلا، لا فرضًا، كذا فى "المحيط" (نهاية).

قوله: "وأما الصبى" إلخ وقال الحسن والشافعى: تصح إمامة الصبى، وفى الجمعة له قولان: قال فى "الأم": لا يجوز.

وقال فى "إملاءه": يجوز؛ لما روى البخارى عن عمرو بن سلمة أنه قال: أممت على عهد رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وأنا غلام ابن ست سنين، أو ابن سبع سنين، وسلمة صحابى، والأشهر أن عمرو لم يسمع من رسول الله، ولم يرو، وقال الخطابى: كان الحسن يضعف حديث عمرو ابن سلمة، وقال مرة: دعه ليس بشىء بين، وقال أبو داود: وقيل لأحمد: حديث عمرو قال: لا أدرى ما هذا، فلعله لم يتحقق بلوغ أمر النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: وقد خالفه أمثال الصحابة، وقد قال عمرو: كنت إذا سجدت خرجت إستى، وهذا غير سائغ.

والعجب أنهم لم يجعلوا قول أبى بكر وعمر، وكبار الصحابة حجة، واستدلوا بفعل صبى ست سنين، ولا يعرف فرائض الوضوء والصلاة، فكيف يتقدم فى الإمامة؟ ومنعه أحوط فى الدين، وعن ابن عباس: لا يؤم الغلام حتى يحتلم، وعن أبى مسعود: لا يؤم الغلام الذى لا تجب عليه الحدود، رواهما الأثرم فى سننه. (عينى)

وفى التراويح والسنن المطلقة(١) جوّزه مشايخ بلخ رح(٢)، ولم يجوزه مشايخنا رح(٣)، ومنهم من حقّقَ الخلاف فى النفل المطلق(٤) بين أبى يوسف رح، وبين محمد رح. والمختار(٥) أنه لا يجوز فى الصلوات كلها؛ لأن نفل الصبى دون نفل البالغ؛ حيث(٦) لا يلزمه القضاء بالإفساد بالإجماع، ولا يبنى(٧) القوى على الضعيف بخلاف(٨) المظنون(٩)؛ لأنه مجتهد(١٠) فيه، فاعتبر(١١) العارض عدما بخلاف اقتداء(١٢) الصبى بالصبى؛

(٧) سيجيء بيانه. (ع)

(١) قوله: "والسنن المطلقة" أى الرواتب، وصلاة العيد على إحدى الروايتين، والوتر عندهما، وصلاة الكسوف والخسوف والاستسقاء عندهما. (ف)

(٢) قوله: "جوزه [قياساً علي المظنون. ف] إلخ" والظاهر أنهم لا يخصون الحكم بالسنن المطلقة، بل يجوزون فى النفل غير الموقت أيضاً؛ لأنه أولى من السنة، فالتخصيص ليس إلا بحسب الذكر. (عبد)

(٣) أى مشايخ ما وراء النهر. (عبد)

(٤) قوله: "فى النفل المطلق [أى النفل غير الموقت. عبد]" يكون معنى الكلام أن منهم من أجرى الخلاف فى ذلك أيضاً، كما كان فى السنة المطلقة، ويحتمل أن يراد من النفل المطلق مطلق النفل، سواء كان موقتاً، أو غير موقت. فمعنى قوله: إن الناس لم يبينوا الخلاف المذكور أنه مختص بالسنة، أو يشمل النفل مطلقاً، وبعضهم حققوا أن الخلاف لا يختص بالسنة، بل يشمل النفل غير الموقت أيضاً، وفيه أن المناسب حينئذٍ أن يقال: بدل قوله: أبى يوسف ومحمد: بين مشايخ بلخ وما وراء النهر، ويجوز أن يقال: معناه أن الخلاف كما تحقق بين مشايخ بلخ وبخارا تحقق بين أبى يوسف ومحمد رح فى النفل المطلق. (عبد)

(٥) اختيار لمذهب مشايخ ما وراء النهر. (ع)

(٦) تعليلية.

(٧) قوله: "ولا يبنى القوى على الضعيف" لأن صلاة المقتدى فى ضمن صلاة الإمام، ومندرج فيها، ولا يتحمل الأضعف الأقوى. (عبد)

(٨) جواب عن قياس مشايخ بلخ. (عناية)

(٩) قوله: "المظنون [أى الصلاة المظنونة. عبد]" كمن تم صلاته مثلا وظن أنه لم يتم، فإنه يقوم، ويصلى مثلا ركعة أو ركعتين، وهذا صلاة النفل، فلو اقتدى به فى تلك الحالة، جاز صلاته مع أنه اقتداء الأقوى بالأضعف. (عبد)

(١٠) قوله: "مجتهد فيه" لأنه عند زفر يجب القضاء على الظان عند إفساده ما يصلى. (ن)

(١١) قوله: "فاعتبر العارض عدماً" أى يجعل الظن عدماً فى حق المقتدى؛ لأنه عارض غير ممتد عرض بعد أن لم يكن بخلاف الصبا. (نهاية)

(١٢) فإنه يجوز.

جـ1
24
B

لأن الصلاة متحدة. و يصفّ الرجال، ثم الصبيان، ثم النساء؛ لقوله عليه السّلام(١): «لِيَلِينِى(٢) منكم أولُو الأحلام(٣) والنُّهى»*، ولأن المحاذاة(٤) مفسدة، فيؤخرن.

وإن حاذته امرأة(٥) -وهما مشتركان فى صلاة واحدة- فسدت صلاته(٦) إن نوى الإمام إمامتها(٧)، والقياس أن لا تفسد، وهو قول الشافعى رحمة الله تعالى عليه؛ اعتبارًا بصلاتها(٨) حيث لا تفسد.

---

(١) قوله: "لقوله عليه السلام [أخرجه أبو داود. ت]" قال الزيلعى فى تخريج أحاديث "الهداية": المصنف استدل بهذا الحديث على قوله: ويصف إلخ، ولا ينهض ذلك إلا على تقديم الرجال.
ويمكن أن يستدل بحديث أبى مالك الأشعرى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يصفهم فى الصلاة، فيجعل الرجال قدام الغلمان، والغلمان خلفهم، والنساء خلف الغلمان، رواه الحارث فى "مسنده".
وأخرج ابن أبى شيبة عنه أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أقام الرجال يلونه، وأقام الصبيان خلف ذلك، وقال الأكمل: الصبيان تابعة للرجال، قلت: إذا سلمنا هذا فما الدليل على كون النساء بعد الصبيان. (عينى)

(٢) قوله: "ليَلِنِى [من الولى، وهو القرب. ن]" حقه أن يحذف منه الياء؛ لأنه أمر غير أنهم يروونها مع الياء وسكونها، ووجدناها مثبة فى رسم ا لكتب، فالظاهر أنه غلط من بعض الرواة، ولعل السبط الأول أثبتوا الياء فى الخط على أصل الكلمة، فتداولتها السنة الرواة، فأثبتوها فى اللفظ، فأما من نصب الياء، فالرجه فيه لو ثبت الرواية أن يقال: اللام متعلقة بمحذوف دل عليه أول الحديث، ولم يذكره الراوى اختصارا، وفيه تعسف، بل ليس بشيء، كذا فى "التيسير"، وفى علمى يروى ليلنى بحذف الياء، وليلينى بإشباع الكسرة، وبفتح الياء بنون التأكيد والله أعلم.(د)

(٣) قوله: "أولو الأحلام" فى "المفاتيح": الأحلام جمع حلم وهوالسكون والوقار، والنهى جمع نهية بالضم وهى العقل. (د)

* أخرجه مسلم وأبوداود والترمذي والنسائي من حديث عبد الله بن مسعود، انظر الدراية ج ١رقم الحديث ٢١٠، ص١٧١، ونصب الراية ج٢ ص٣٧ (نعيم).

(٤) تمهيد لذكر مسألة المحاذاة. (ع)

(٥) قوله: "وإن حاذته" أى حاذت المرأة الرجل، وحد المحاذاة أن يحاذى عضو منها عضوا من الرجل، حتى لو كانت المرأة على الظلة، والرجل بحذاءها أسفل منها إن كان يحاذى الرجل منها تفسد صلاته.
وقال الزيلعى: المعتبر فى المحاذاة الكعب والساق على الصحيح، وفى إطلاقه إشعار بأن قليل المحاذاة مفسد، كما قال أبو يوسف، وأما عند محمد فيشترط مقدار ركن. (مج)

(٦) قوله: "فسدت صلاته" الحكم بفساد صلاته دون صلاتها مشكل، والحق التفصيل. (مج)

(٧) قوله: "إن نوى الإمام إمامتها" سواء كانت حاضرة وقت النية، أو لا، وسواء كانت النية قبل الشروع، أو بعده. (جامع الرموز)

(٨) قوله: "اعتبارا بصلاتها" ووجهه ظاهر؛ لأن المحاذاة فعل يتحقق من الجانبين. (ع)

وجـه الاسـتـحـسـان مـا رويناه(١)، وأنه من المشـاهـيـر(٢)، وهو(٣) المخاطب به(٤) دونها(٥)، فيكون(٦) هو التارك لفرض المقام، فتفسد صلاته دون صلاتها، كالمأموم(٧) إذا تقدم على الإمام.

وإن لم ينوِ إمامتها لم تضره، ولا تجوز صلاتها(٨)؛ لأن الاشتراك دونها لا يثبت دونها عندنا، خلافًا لزفر رح ألا ترى(٩) أنه يلزمه الترتيب في

(١) قوله: "ما رويناه" من أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «أخروهن من حيث أخرهن الله»، أمر الرجال بالتأخير، ولا مكان يجب تأخيرهن فيه في غير الصلاة، فتعين أن يكون في الصلاة، فإن قيل: هذا خبر واحد، ولا يثبت به الفرضية، أجيب بأنه من المشاهير، وإليه أشار المصنف بقوله: وأنه من المشاهير. (ع)

(٢) قوله: "وأنه من المشاهير [فصحت الزيادة على كتاب الله تعالى. إله داد]" ولئن سلم أنه من الآحاد، فنقول: فرض الترتيب من فروض الجماعة، وهي ما ثبتت إلا بالسنة، فيثبت بذلك الطريق أيضًا، بخلاف فرائض الصلاة، فإنها لا تثبت بخبر الواحد؛ لأن الصلاة لا يثبت فرضيتها به، كذا قيل. (د)

(٣) قوله: "وهو إلخ" إشارة إلى اشتراط العقل والبلوغ في الذكر، فإن الخطاب إنما يتعلق بأفعال المكلفين، كذا في بعض شروح "الجامع الصغير"، فلا تفسد صلاة الصبي بالمحاذاة على هذا. (ف)

(٤) قوله: "والمخاطب به [لما روى عن عبد الله بن مسعود رض. ع]" لما أنها وإن خوطبت بالتأخر لكن إنما خوطبت به في ضمن وجود التأخر حتى لو خوطبت بالتأخر نصًا، ولم تتأخر تفسد صلاتها دون صلاته، لترك الخطاب المنصوص. (ن)

(٥) قوله: "دونها" قلت: قد لا يمكنه التأخير بالتقدم عليها، ولا يفيد تأخيره بلا تأخرها، وذلك بأن حاذته بعد ما شرع الصلاة، فإن تقدمه بخطوة أو خطوتين مع كونها مكروهًا ربما يتعذر، بأن لا يكون أمامه موضع ما يمكنه التخطي، كما إذا كان في المحراب، أو قريب حائط، أو كان التقدم عليها تقدما على الإمام، ففي هذه الصورة لو أخرها بما يمكن به التأخير كالإشارة باليد، أو بالرجل، فلم تتأخر وجب أن تفسد صلاتها، لا صلاته، كما حكى ذلك عن مشايخ العراق. (د)

(٦) جواب عن القياس. (ع)

(٧) أي المقتدي. (ن)

(٨) قوله: "ولا تجوز صلاتها" قال شمس الأئمة السرخسي: وهذا لأنا لو صححنا اقتداءها به بغير النية قدرت على إفساد صلاة الرجل كل امرأة متى شاءت بأن تقتدي به، فتقف إلى جنبه، وفيه من الضرر ما لا يخفى، وفي الجمعة والعيدين أكثر مشايخنا قالوا: لا يصح اقتداءها به ما لم ينو إمامتها. (ن)

(٩) قوله: "ألا ترى [توضيح لقوله: لأن الاشتراك لا يثبت دونها. ع] إلخ" تقريره أن الإمام يلزمه الترتيب في المقام بالنص، وكل من يلزمه شيء يتوقف على التزامه كالاقتداء، فإن لزوم فساد صلاة المقتدي لما كان من جانب الإمام محتملا لم يصح الاقتداء إلا بالالتزام، والالتزام إنما يكون بالنية، فكما أن الاقتداء لا يصح إلا بالنية؛ ليكون الضرر اللازم من جانب الإمام ضررًا مرضيًا، كذلك لا يصح إمامة النساء بدون النية لإمامة النساء،

المقام، فيتوقف على التزامه(١) كالاقتداء، وإنما يشترط نية الإمامة إذا ائتمت محاذية(٢)، وإن لم يكن بجنبها رجل، ففيه روايتان(٣)، والفرق على إحداهما(٤) أن الفساد في الأول(٥) لازم(٦)، وفي الثاني محتمل(٧).

ومن شرائط المحاذاة(٨) أن تكون الصلاة(٩) مشتركة(١٠)، وأن تكون(١١)

ليكون الضرر اللازم للإمام من جانبهن ضرراً مرضياً. (ع)

(١) قوله: "فيتوقف على التزامه" يرد عليه، كما أن المحاذاة من الإمام يفسد صلاته، فالمحاذاة مع المقتدى أيضاً يفسد صلاته، وترتيب المقام كما يلزم الإمام، يلزم المقتدى، والالتزام إن وجد من الإمام بنية إمامتها، فلم يوجد من المقتدين أصلا، فلو كان لزوم مثله متوقفا على الالتزام لم يلزم المقتدى ذلك لعدم الالتزام منه، وحيث يلزمه علم أنه لا يتوقف على الالتزام إلا أن يجعل الاقتداء بالإمام التزاماً بما التزمه الإمام، أو يجعل التزام الإمام نافذاً على المقتدى بطريق الولاية كالقراءة والله أعلم بالصواب (إله داد).

قوله: "فيتوقف على التزامه" فإن قلت: يشكل على هذا قول أبي حنيفة في اقتدا القارئ بالأمي، فإن صلاة الأمي تفسد بسبب اقتداء القارئ به، ومع ذلك لا يشترط للأمي نية، قلت: يمنع اشتراط النية على قول الكرخي، ولئن سلمنا، ففيه لا يلحقه الفساد بسبب الاقتداء، وأما فساد صلاة الإمام في المحاذاة، فبسبب الاقتداء لا غير، فيتوقف على التزامه. (عيني)

(٢) قوله: "إذا ائتمت [أي اقتدت. ن] محاذية" للإمام فيشترط نية الإمام لصلاة النساء، وأما إذا وقفت خلف صف، فإما أن يكون بجنبها رجل أو لا، فإن كان فالصواب أن اقتداءها لا يصح إلا بنية من جهة الإمام؛ لأنه يلزم الفساد على من بجنبها، وذلك يستدعي النية ممن بجنبها على الأصل المار، إلا أنه مولى عليه من جهة إمامه، فيتوقف ما يلزمه على التزام إمامه، وإن لم يكن بجنبها، ففيه روايتان. (عناية)

(٣) قوله: "روايتان" في رواية يشترط؛ لأنه احتمل الفساد من جهتها، فيتوقف على التزامه. (د)

(٤) وهي رواية عدم الاشتراط. (عبد)

(٥) هو ما إذا كانت محاذية. (ع)

(٦) قوله: "لازم [أي واقع. ع]" فلا بد من النية؛ ليكون الفساد بالتزامه. (د)

(٧) قوله: "وفي الثاني محتمل" فإن قلت: فساد صلاة المأموم بالاقتداء أيضاً غير لازم، بل محتمل مع أنه يشترط نية الاقتداء، قلت: بأنه وإن كان محتملا فاحتماله أقوى من احتمال فساد صلاة الإمام باقتداء المرأة؛ إذ هي غير مرخصة بالمحاذاة، فالظاهر أنها لا تحاذيه، وأما فساد صلاة المقتدى بناء على فساد صلاة الإمام، فله وجوه كثيرة لا يمكن التحرز عنها، فصار كاللازم. (إله داد)

(٨) المفسدة. (ع)

(٩) قوله: "أن تكون الصلاة مشتركة" فأما محاذاتها في الصلاة بدون الاشتراك، فمورث للكراهة. (ف)

(١٠) قوله: "مشتركة [مشتركة أي تحريمة وأداء. ف]" ذكر في "المحيط": ويعني بالشركة أن يكون لهما إمام في ما يؤديان حقيقة، أو تقديراً كما في اللاحق، ثم الشركة تكون عند اتحاد الفرضين، وعند اقتداء المتطوعة بالمتطوع، وعند اقتداء المتطوعة بالمفترضة. (ن)

مطلقة(١)، وأن تكون المرأة(٢) من أهل الشهوة،(٣) وأن لا يكون بينهما حائل(٤)؛ لأنها عرفت(٥) مفسدة بالنص بخلاف القياس، فيراعى(٦) جميع ما ورد به النص(٧). ويكره(٨) لهن حضور الجماعات(٩) يعنى الشواب(١٠) منهن؛ لما فيه من خوف الفتنة(١١)، ولا بأس للعجوز(١٢) أن

---

(١١) قوله: "وأن تكون إلخ" احتراز عن صلاة الجنازة، فإن المحاذاة لا تفسدها؛ لأنها ليست بصلاة على الحقيقة، وإنما هى دعاء للميت، وإنما لا يصح اقتداء الرجل بالمرأة فيها لشبهها بالصلاة. (عناية)

(١) قوله: "مطلقة" وهى التى له ركوع وسجود، ولو بالإيماء. (مج)

(٢) قوله: "المرأة [ذكر مطلقًا ليتناول الأجنبية والزوجة. ن]" ذكر فى "المحيط" أن تكون ممن تصح منها الصلاة، وهى بالغة أو صبية مشتهاة حتى إن المجنونة إذا حاذت الرجل لا تفسد صلاته. (نهاية)

(٣) قوله: "من أهل الشهوة" سواء كان فى الحال، أو فى الماضى ليتناول الصغيرة المشتهاة، والكبيرة التى يتنفر عنها الرجال. (نهاية)

(٤) قوله: "وأن لا يكون بينهما حائل [كسترة]" وعن هذا قال أبو يوسف: لو قام صف النساء بحذاء صف الرجال فسدت صلاة رجل واحد بين النساء والرجال، وصار ذلك الرجل كسترة بينهم وبينهن. (د)

(٥) قوله: "عرفت مفسدة بالنص إلخ" لأن الأمر بالتأخير لمراعاة الترتيب الذى هو فرض المقام الذى هو من حكم الجماعة، والجماعة إنما يكون إذا كانت الصلاة مشتركة تحريمة وأداء، والنص ورد فى الصلاة المطلقة بدليل سياق الحديث، وهو قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها، وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها، أخروهن من حيث أخرهن الله»، وهذا لا يمكن فى الجنازة؛ لأن خير الصفوف فيها آخرها، والأمر بالتأخير ورد لغيره، وهو التحامى عن تشويش الأمر على الرجل، وهو إنما يكون إذا كانت مشتهاة، ولم يكن بينهما حائل، كذا فى بعض الشروح. (إله داد)

(٦) قوله: "فيراعى إلخ" بناء على أن الفساد بها على خلاف القياس. (ف)

(٧) قوله: "جميع ما ورد به النص" الظاهر منه أن النص وارد فى صفوف النساء اللاتى كانت مستجمعة بجميع هذه الشروط، ولو ثبت ذلك فالأمر فى اشتراط هذه الشروط بين. (د)

(٨) قوله: "ويكره لهن إلخ" والجملة فى هذه المسألة أن النساء كان يباح لهن الخروج إلى الصلاة، ثم منعن بعد ذلك؛ لما صار خروجهن سببًا للفتنة؛ لقوله تعالى: ﴿ولقد علمنا المستقدمين منكم ولقد علمنا المستأخرين﴾ جاء فى التفسير أن الآية نزلت فى شأن النسوة كان المنافقون يتأخرون حتى يطلعوا على عوراتهن. (ن)

(٩) قوله: "حضور الجماعات" وقال الشافعى رح: يباح لهن الخروج، واحتج بقول النبى ﷺ: «ولا تمنعوا إماء الله مساجد الله»، واحتج أصحابنا بنهى عمر عن الخروج لما رأى من الفتنة. (نهاية)

(١٠) قوله: "يعنى الشوابّ منهن" تقييد فى حق عدم الخلاف فى إطلاق الحكم، لا فى أصل الحكم، فإن العجوز ممنوعة عنه فى بعض الصلوات. (ف)

(١١) قوله: "لما فيه من خوف الفتنة" إن قيل: ينبغى أن يجوز الخروج فى الصلاة التى يجوز فيها للعجوز،

تخرج فی الفجر والمغرب والعشاء، وهذا عند أبی حنيفةرح.

وقالا[١]: يخرجن فی الصلوات كلها؛ لأنه لا فتنة لقلة الرغبة، فلا يكره كما فی العيد[٢]، وله أن فرط[٣] الشبق حامل[٤]، فتقع الفتنة، غير أن الفساق انتشارهم فی الظهر والعصر والجمعة[٥]، أما فی الفجر والعشاء هم نائمون، وفی المغرب بالطعام مشغولون، والجبانة[٦] متسعة، فيمكنها الاعتزال عن الرجال، فلا يكره[٧].

قال: ولا يصلی الطاهر[٨] خلف[٩] من هو فی معنی المستحاضة،

قلنا: لا، وذلك لأن الفساق يتركون الأكل والنوم للشواب لا للعجائز، فإذا فی الشواب يلزم الفساد. (عبد)

(١٢) قوله: "للعجوز إلخ" العجوز المرأة الكبيرة، قال ابن السكيت: ولا تقول: عجوزة، والعامة تقولها، والجمع عجائز وعجز، كذا فی "الصحاح". (ن)

(١) قوله: "وقالا إلخ" وأبو حنيفةرح يقول: إن وقت الظهر والعصر والجمعة وقت يكثر فيه انتشار الفساق، والحريص منهم يرغب فی العجائز، فيصير خروجهن سبباً للفتنة. (نهاية)

(٢) قوله: "كما فی العيد [بالاتفاق. ع]" إما للصلاة، كما روی الحسن عن أبی حنيفة أن يخرجن للصلاة، ويقمن فی آخر الصفوف، فيصلين مع الرجال؛ لأنهن من أهل الجماعة، أو لتكثير السواد، كما روی المعلی عن أبی يوسف عن أبی حنيفة أن خروجهن لتكثير السواد يقمن فی ناحية، ولا يصلين؛ لأنه صح أن النبی صلی الله عليه وعلی آله وسلم أمر الحيض بذلك. (ع)

(٣) قوله: "أن فرط" بسكون الراء: مجاوزة الحد، والشبق هو بفتحتين: شدة الشهوة. (عناية)

(٤) علی الوقاع. (ع)

(٥) قوله: "والجمعة" جعل الجمعة كالظهر، والمغرب كالعشاء، وقد اختلف الروايات فی ذلك، والمذكور رواية "المبسوط" وغيره ورواية "مبسوط شيخ الإسلام" أن الجمعة كالعيد، والمغرب كالظهر. (ف)

(٦) يعنی دشت (عبد)، جواب عن قياسهما علی صلاة العيد. (ع)

(٧) قوله: "فلا يكره" والفتوی اليوم علی كراهة حضورهن فی الصلوات كلها. (ع)

(٨) قوله: "ولا يصلی الطاهر إلخ" الأصل فی جنس هذه المسائل أن المقتدی إذا كان أقوی حالا من الإمام لا تجوز صلاته، وإن كان دونه أو مثله جاز؛ لأن المقتدی إذا قدر علی أركان لم يقدر الإمام عليها كان المقتدی فيها كالمنفرد قبل فراغ الإمام من الصلاة؛ لانعدام جواز بناء القوی علی الضعيف، والانفراد فی موضع الاقتداء قاطع للصلاة. (ن)

(٩) قوله: "خلف من هو فی معنی المستحاضة [كمن به سلس البول وانفلات الريح، واستطلاق البطن. ف] إلخ" ويجوز اقتداء معذور بمثله إذا اتحد عذرهما، لا إن اختلف. (ف)

ولا الطاهرة خلف المستحاضة؛ لأن الصحيح أقوى حالا من المعذور، والشيء[(١)] لا يتضمن ما هو فوقه، والإمام[(٢)] ضامن بمعنى[(٣)] تضمن صلاته صلاة المقتدى. ولا يصلى القارئ[(٤)] خلف الأمى[(٥)]، ولا المكتسى[(٦)] خلف العارى؛ لقوة حالهما.

ويجوز[(٧)] أن يؤم المتيمم المتوضئين[(٨)]، وهذا عند أبى حنيفة رح وأبى يوسف رح[(٩)]، وقال محمد رح: لا يجوز[(١٠)]؛ لأنه[(١١)] طهارة ضرورية،

---

(١) قوله: "والشيء لا يتضمن ما هو فوقه" فإن قلت: الشيء كما لا يتضمن ما هو فوقه لا يتضمن ما هو مثله أيضًا، صرح به المصنف فى المضاربة حيث قال: ولا يضارب المضارب؛ لأن الشيء لا يتضمن مثله؛ لتساويهما فى القوة، بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه، فيجب أن لا يصح الاقتداء إلا إذا كان صلاة الإمام أقوى من صلاة المقتدى، وليس كذلك، أجيب بأنا جوزنا الاقتداء عند التماثل بالإجماع، على أن فى تضمن المثل روايتين، فلنا أن نمنع. (د)

(٢) قوله: "والإمام ضامن" وصلاة المقتدى إذا كان أقوى حالا من صلاة الإمام كان فوق صلاته، والشيء إنما يتضمن ما هو دونه، أو مثله، لا ما هو فوقه. (ع)

(٣) قوله: "بمعنى تضمن صلاته صلاة المقتدى" لأنا نعلم بيقين أن معناه ليس أن الضمان فى الذمة، فإن صلاة المقتدى ليست فى ذمة الإمام. (عناية)

(٤) قوله: "ولا يصلى القارئ" وذكر فى "المحيط": أن القارئ إذا اقتدى بالأمى، قال بعضهم: لا يصير شارعًا، حتى لو كان فى التطوع لا يجب القضاء، وقال بعضهم: يصير شارعًا ثم يفسد، حتى لو كان فى التطوع يجب القضاء، والصحيح هو الأول نص عليه محمد فى "الأصل". (ن)

(٥) قوله: "خلف الأمى" وذكر قاضى خان فى "فتاواه": لا يصح اقتداء الأمى بالأخرس؛ لأن الأخرس لا يأتى بالتحريمة، وهو فرض، والأمى يأتى بها. (نهاية)

(٦) أى اللابس. (نهاية)

(٧) قوله: "ويجوز أن يؤم المتيمم إلخ" قلت: إذا اقتدى متوضئ بمتيمم، فرأى المتوضئ ماء دون المتيمم تفسد صلاته، وذا دليل على أن اقتداء المتوضئ بالمتيمم إنما يجوز إذا كان المتوضئ فاقدا للماء، لا مطلقًا. (د)

(٨) قوله: "المتوضئين" ذكر فى "الخلاصة": أن اقتداء المتوضئ بالمتيمم فى صلاة الجنازة جائز بلا خلاف. (ن)

(٩) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف إلخ" قلت: هذا فى الحقيقة بناء على ما ذكر فى أصول الفقه، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف التراب خلف عن الماء، وعند محمد التيمم خلف عن الوضوء. (ن)

(١٠) سواء كان مع المتوضئين ماء أو لا. (ن)

(١١) قوله: "لأنه طهارة ضرورية" جعل محمد طهارة المتيمم ههنا ضرورية، وفى مسألة الرجعة مطلقة،

والطهارة بالماء أصلية[١]، ولهما أنه طهارة مطلقة[٢]، ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة. ويؤم الماسح الغاسلين؛ لأن الخف مانع سراية[٣] الحدث إلى القدم، وما حلّ بالخف يزيله[٤] المسح، بخلاف المستحاضة؛ لأن الحدث لم يعتبر[٥] زواله شرعًا مع قيامه حقيقةً.

ويصلي القائم خلف القاعد[٦]، وقال محمد رح: لا يجوز[٧]، وهو القياس؛ لقوة حال القائم، ونحن[٨] تركناه بالنص[٩]، وهو ما روى أن

فإن المعتدة إذا انقطعت دمها في الحيض الثالثة لأقل من عشرة، فتيممت ينقطع حق الرجعة عنده، كما إذا اغتسلت، وهما جعلاها مطلقة ههنا ضرورية في الرجعة، حتى لا ينقطع حق الرجعة عندهما بالتيمم ما لم تصل، وذلك أنها مطلقة من حيث إنها غير موقتة كطهارة المستحاضة ضرورية من حيث إنها تلويث لا يرفع الحدث حقيقة، حتى إذا وجد ماء يكون محدثا بالحدث السابق.

فمحمد رح أخذ في المسألتين بالاحتياط، وهما اعتبرا جانب الإطلاق في الإمامة؛ لأن الشرع أعطى لها حكم الطهارة المطلقة حيث قال: ﴿يريد ليطهركم﴾، ولكنها في الحقيقة تلويث، فعملا بهذا الحقيقة في غير الصلاة، فلا ينقطع حق الرجعة ما لم يتأكد بمؤكد، وهو الصلاة؛ لأنها مقصودة بالتيمم، والشيء يتأيد بما هو مقصود منه. (إله داد)

(١) قوله: "أصلية" ولا شك أن حال من اشتمل على الطهارة الأصلية أقوى من حال من اشتمل على الطهارة الضرورية. (عناية)

(٢) أي غير موقت بوقت كطهارة المستحاضة. (ع)

(٣) قوله: "مانع سراية الحدث" فإن قيل: لا نسلم أنه باقٍ على كونه غاسلا؛ لأن الخف قائم مقام بشرة القدم، والحدث قد حله، أجاب عنه بقوله: وما حل إلخ. (ع)

(٤) قوله: "يزيله المسح" وما حل وإن حل في كل الخف لكن يزول بالمقدار المعتبر من المسح، فهو نظير الحدث الوارد على البدن الزائل من الأعضاء المخصوصة. (عبد)

(٥) فلم يجز اقتداء غير المعذور بها.

(٦) قوله: "خلف القاعد" إذا كان الإمام قاعداً يركع ويسجد، فاقتدى به من يصلي قائماً بركوع وسجود. (ن)

(٧) قياساً على اقتداء الصحيح بالمريض المومئ. (ن)

(٨) قوله: "ونحن تركناه إلخ" فيكون ثابتاً بالاستحسان، وهو راجح على القياس. (عبد)

(٩) قوله: "بالنص" وهو ما روى أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم لما ضعف في مرضه الذي قبض فيه، قال: مروا أبا بكر يصلي بالناس، فقالت عائشة لحفصة: قولي له: إن أبا بكر رجل أسيف إذا وقف في مكانك لا يملك نفسه، فلو أمرت غيره، فقالت ذلك مرتين، فقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنتن صواحبات يوسف مروا أبا بكر يصلي بالناس»، فلما افتتح أبو بكر الصلاة وجد رسول الله صلى الله عليه وعلى

النبى عليه السلام صلى[١] آخر صلاته قاعداً[٢]، والقوم خلفه قيام*.

ويصلى المومئ خلف مثله؛ لاستواءهما فى الحال إلا أن يومئ المؤتم قاعدا، والإمام مضطجعا لأن[٣] القعود معتبر، فيثبت به القوة، ولا يصلى الذى يركع ويسجد خلف المومئ؛ لأن[٤] حال المقتدى أقوى، وفيه خلاف[٥] زفر رح، ولا يصلى المفترض خلف المتنفل**؛ لأن الاقتداء بناء[٦]، ووصف الفرضية معدوم[٧] فى حق الإمام، فلا يتحقق البناء على المعدوم. قال: ولا من يصلى فرضًا خلف من يصلى فرضًا آخر؛ لأن الاقتداء شركة[٨] وموافقة، فلا بد من الاتحاد، وعند الشافعى رح يصح فى

آله وسلم فى نفسه خفة، فخرج يهادى بين علي وعباس، ورجلاه يخطان الأرض خطا حتى دخل المسجد، فسمع أبوبكر حس مجئ رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فتأخر، وتقدم النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وجلس يصلى، وأبو بكر يصلى بصلاته، والناس يصلون بصلاته يعنى أنه يسمع تكبير رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (ع)

(١) أخرجه البخارى ومسلم. (ت)

(٢) قوله: "قاعداً إلخ" فإن قلت: روى عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «لا يؤم أحد بعدى جالسًا»، ولم يرد اقتداء الجالس بالجالس؛ لأنه جائز إجماعًا، فكان المراد اقتداء القائم بالجالس، أجيب بأن معناه لا يقتدى أحد بعدى جالسًا مع القدرة على القيام. (د)

* أخرجه الشيخان من حديث عائشة، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢١٢، ص١٧٢، ونصب الراية ج٢ ص٤١ (نعيم).

(٣) قوله: "لأن القعود معتبر" دليله أن صلاة التطوع مستلقيًا بالإيماء مع القدرة على القعود لا يجوز. (ع)

(٤) قوله: "لأن حال المقتدى أقوى" قلت: ربما يكون حال المومئ أقوى من حال الراكع الساجد، وذلك بأن يقتدى عار يصلى قائمًا ويسجد بعار يصلى قاعداً يومئ إيماء. (د)

(٥) قوله: "وفيه خلاف زفر" لأن الإيماء خلف، فيجوز الاقتداء كالمتيمم، والمتوضئ، والماسح، والغاسل. (د)

** وللتفصيل نظر الدراية ج١رقم الحديث٢١٣، ص١٧٣، ونصب الراية ج٢ ص٥٢ (نعيم).

(٦) قوله: "بناء" أى بناء أمر وجودى؛ لأنه عبارة عن متابعة شخص لآخر فى أفعاله بصفاتها، وهو مفهوم وجودى، لا سلب فيه، وبناء الأمر الوجودى على العدمى لا يصح. (ع)

(٧) فيما نحن فيه. (ع)

(٨) قوله: "شركة [فى التحريمة. عناية] وموافقة [فى الأعمال. ع]" ولا شركة ولا موافقة إلا عند

جميع[١] ذلك؛ لأن الاقتداء[٢] عنده[٣] أداء على سبيل[٤] الموافقة، وعندنا[٥] معنى التضمن مراعًى، ويصلي المتنفل خلف المفترض؛ لأن الحاجة في حقه[٦] إلى أصل[٧] الصلاة، وهو موجود في حق الإمام، فيتحقق البناء. ومن اقتدى بإمام، ثم علم[٨] أن إمامه محدث أعاد[٩]؛ لقوله عليه السلام[١٠]: «من[١١] أمَّ قوما ثم ظهر أنه كان محدثًا أو جنبًا أعاد صلاته وأعادوا»*، وفيه[١٢] خلاف الشافعي رحـ بناء[١٣] على ما تقدم،

اتحادهما فعلا. (ع)

(١) قوله: "في جميع ذلك" الظاهر أنه إشارة إلى جميع ما تقدم من قوله: ولا يصلي الطاهر إلخ، وعليه يدل كلام صاحب "الكافي"، ولكن ذكر في "الحاوي"، لا بل في شرحه أن اقتداء القارئ بالأمي غير جائز. (د)

(٢) قوله: لأن الاقتداء عنده إلخ" يعني أن كل واحد يصلي بذاته إلا أن المقتدي يوافق الإمام في الأركان والانتقال من حيث الوقت. (ع)

(٣) قوله: "عنده إلخ" قلت: لو كان الاقتداء عنده أداء على سبيل الموافقة دون التضمن وجب أن لا تفسد صلاة المأموم بفساد صلاة الإمام. (د)

(٤) قوله: "على سبيل الموافقة" فيه نظر؛ لأنه استدل بالموافقة على عدم جواز الاقتداء، واستدل بها أيضًا الشافعي رحـ على جوازه، وذلك ظاهر الفساد.
الجواب أن المراد بالموافقة في دليلنا موافقة تبعية، وفي دليله موافقة في تطبيق أفعاله الصادرة منه على الزمان الذي طابقه أفعال الإمام. (ع)

(٥) قوله: "وعندنا إلخ" إشارة إلى ما تقدم من قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «الإمام ضامن»، على ما تقدم من معناه. (ع)

(٦) أي المتنفل. (ع)

(٧) قوله: "إلى أصل الصلاة" إلخ هذا بناء على أن مطلق النية كاف في صحة صلاة النفل، والفرض يشتمل عليه، فيصح الاقتداء بخلاف العكس. (ع)

(٨) قوله: "ثم إلخ" قيد بالعلم بعد الاقتداء؛ لأنه لو علم أن إمامه محدث قبل الاقتداء لا يصح الاقتداء به بالإجماع. (ن)

(٩) قوله: "أعاد" فيه أثر عن علي رواه محمد بن الحسن في "الآثار". (ت)

(١٠) قلت: غريب. (ت)

(١١) روى محمد بن الحسن في "كتاب الآثار" نحوه عن علي. (ف)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٢١٤، ص١٧٣، ونصب الراية ج٢ ص٥٨ (نعيم).

ونحن نعتبر معنى التضمن، وذلك فى الجواز والفساد.

وإذا صلى أمّى بقوم يقرأون، وبقوم أميين، فصلاتهم فاسدة(١) عند أبى حنيفة رح، وقالا(٢): صلاة الإمام، ومن لم يقرأ تامة؛ لأنه معذور أمّ قومًا معذورين، فصار(٣) كما إذا أمّ العارى عراة ولا بسين.

وله(٤) أن الإمام ترك فرض القراءة مع القدرة(٥) عليها، فتفسد صلاته، وهذا(٦) لأنه لو اقتدى بالقارئ تكون قراءته قراءة له(٧)، بخلاف تلك المسألة(٨) وأمثالها؛ لأن الموجود فى حق الإمام لا يكون(٩) موجودًا فى حق المقتدى.

---

(١٢) قوله: "وفيه خلاف الشافعى رح" لقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أيما رجل صلى بقوم ثم تذكر جنابة أعاده ولم يعيدوا»، وروى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم دخل فى صلاة، وأحرم الناس خلفه، ثم تذكر أنه جنب، فأشار إليهم كما أنتم ثم خرج، واغتسل ورأسه يقطر ماء، ولم يأمر بالإعادة، وروى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «إذا صلى الإمام بقوم وهو على غير وضوء أجزأهم صلاتهم وهو يعيد»، قلنا: هذا كان فى بدء الإسلام، ثم نسخ بما روينا. (د)

(١٣) قوله: "بناء على ما تقدم" من أن الاقتداء عنده أداء على سبيل الموافقة. (عناية)

(١) قوله: "فاسدة" سواء علم الإمام أن خلفه قارئ، أو لم يعلم؛ لأن القراءة فرض، فلا يختلف بين العلم والجهل، كما لو ترك القراءة ناسيًا. (د)

(٢) قوله: "وقالا إلخ" وعلى هذا الخلاف إذا أم الأخرس قومًا قارئين وخرسًا. (ن)

(٣) قوله: "فصار كما إذا أم العارى عراة ولابسين" وكما إذا أم صاحب الجرح السائل لأصحاب الجرح والأصحاء. (د)

(٤) قوله: "وله إلخ" وشرط الكرخى فى الفساد نية الإمامة؛ لأنه لا يأتى الفساد إلا من قبله. (ف)

(٥) قوله: "مع القدرة [بعد ظهور الرغبة فى صلاة الجماعة. ف] عليها" فإن قلت: هذا اعتبار بقدرة الغير، وهو خلاف مذهبه، قلنا: بل هذا اعتبار بقدرته؛ لأنه بالاقتداء يجعل قادرًا عليه. (د)

(٦) إشارة إلى ترك فرض القراءة. (ع)

(٧) لما روينا. (ع)

(٨) يريد به ما استشهدا به. (ع)

(٩) قوله: "لا يكون موجودًا فى حق المقتدى [ولما فسد صلاة الإمام فسد صلاة جميع المقتدين. ن]" لأنه لا يقال للمقتدى العارى بالإمام اللابس: إنه لابس لا عرفًا، ولا شرعًا. (عبد)

ولو كان يصلى[١] الأمى[٢] وحده والقارئ وحده جاز، هو الصحيح[٣]؛ لأنه لم يظهر[٤] منهما رغبة فى الجماعة، فإن قرأ الإمام فى الأولين، ثم قدّم[٥] فى الأخريين أميّا فسدت صلاتهم[٦]، وقال زفر رح: لا تفسد[٧]؛ لتأدى فرض القراءة[٨].

ولنا أن كل ركعة صلاة، فلا تخلى عن القراءة إما تحقيقًا[٩]، أو تقديراً[١٠]، ولا تقدير[١١] فى حق الأمى؛ لانعدام[١٢] الأهلية، وكذا على هذا[١٣] لو قدمه[١٤] فى التشهد، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) قوله: "ولو كان إلخ" فيه شائبة الجواب عما يقال: لو كان النظر إلى القدرة على جعل الصلاة بقراءة الإمام معتبرا، لما جاز صلاة الأمى وحده، والقارئ وحده؛ لاقتداره أن يجعل القارئ إمامه. (ع)

(٢) قوله: "الأمى" هو منسوب إلى الأم أى هو كما ولدته الأم. (عناية)

(٣) قوله: "هو الصحيح" فى "شرح الطحاوى": لا رواية فيه عن أبى حنيفة، واختلف فيه، فقيل: يفسد فى قياس قوله. (ف)

(٤) قوله: "لأنه لم يظهر منهما إلخ" تحقيقه أن الأمى عند وجود القارئ يجعل قادرا على القراءة من وجه، دون وجه؛ لأنه قادر عليه بالغير عاجز بالذات على ما حققناه، ثم إذا وجد منهما رغبة فى الجماعة ترجح جانب القدرة على جانب العجز، فيعتبر قادراً مخاطباً بجعل صلاته بقراءة، أما إذا لم يوجد منهما رغبة فى الجماعة، فلا يصير حينئذٍ جانب القدرة ظاهراً، فيعتبر عاجزاً، والعجز ينافى الخطاب، والله أعلم.(د)

(٥) أى أحدث، فاستخلف أميًا. (ع)

(٦) كما لو استخلف صبيًا، أو امرأة. (ن)

(٧) وكذا عن أبى يوسف فى غير رواية الأصول. (ن)

(٨) قوله: "لتأدى فرض القراءة" لأن الإمام الأول أدى فرض القراءة، وليس فى الأخريين قراءة، فكان استخلاف الأمى والقارئ سواء. (ن)

(٩) كما فى الأولين. (ع)

(١٠) قوله: "أو تقديراً" كما فى الأخريين، فإن القراءة فى الأولين قراءة فى الأخريين بالحديث. (عناية)

(١١) قوله: "ولا تقدير إلخ" فإن قلت: قراءة الإمام قراءة فى حق الأمى تقديراً مع انعدام الأهلية، قلت: قراءة الإمام نفذت فى حق المقتدى بطريق الولاية، ومن ضرورته حجر المولى عليه، فلما وجب حجر من هو أهل للولاية تحقيقًا لأن تثبت فى حق من ليس بأهل للقراءة أولى، كذا فى "الكافى". (د)

(١٢) قوله: "لانعدام الأهلية" والشيء إنما يقدر إذا أمكن تحقيقه. (ع)

(١٣) قوله: "وكذا على هذا إلخ" أى على هذا لو رفع رأسه من السجدة، ثم سبقه الحدث، فاستخلف أميّاً

باب[1] الحدث في الصّلاة

ومن سبقه الحدث في الصلاة انصرف[2]، فإن كان إماماً استخلف[3]، وتوضأ[4] وبنى[5]، والقياس أن يستقبل[6]، وهو قول الشافعي رح؛ لأن الحدث ينافيها، والمشي والانحراف يفسدانها[7]، فأشبه[8] الحدث العمد.

ولنا[9] قوله عليه السلام[10]: «من قاء أو رعف أو أمذى في صلاته

فسدت صلاته وصلاة القوم عندنا، فأما إذا قعد قدر التشهد، ثم أحدث، فاستخلف أميًا، فهو على الخلاف المعروف بين أبي حنيفة وصاحبيه، كذا في "المبسوط". (نهاية)

(١٤) أي الأمي. (ع)

(١) قوله: "باب إلخ" لما فرغ عن ذكر أحكام السلامة عن العوارض المفسدة في الصلاة انفرادًا، أو جماعةً؛ لأنها هي الأصل، ذكر في هذا الباب ما يعرض لها من العوارض، ويمنعه من المضي. (ع)

(٢) قوله: "انصرف" أي في الحال بلا مكث، وإلا فسد الصلاة؛ لأن الجزء المقارن بالحدث من الصلاة فسد، وفساد الجزء يستلزم فساد الكل، فإن الفساد لا يتجزأ. (عبد الغفور رح)

(٣) قوله: "استخلف" تفسير الاستخلاف هو أن يأخذ بثوب رجل، ويجره إلى المحراب. (نهاية)

(٤) قوله: "وتوضأ إلخ" معطوف على قوله: انصرف، لا على قوله: استخلف، فإن هذين الحكمين لا يختصان بالإمام. (عبد)

(٥) قوله: "وبنى" وكان مالك رح يقول في الابتداء: إنه يبني، ثم رجع، وقال: لا يبني. (نهاية)

(٦) قوله: "أن يستقبل [المقصود الاستئناف. عبد]" لأن الحدث في الصلاة ينافيها؛ لأنها تستلزم الطهارة، والحدث ينافي الطهارة، ومنافي اللازم منافي الملزوم، والشيء لا يبقى مع المنافي. (عناية)

(٧) قوله: "يفسدانها [الصلاة]" وكل ما يفسدها لا يبقى معه، كالحدث العمد، فالصلاة لا تبقى مع الانحراف والمشي. (ع)

(٨) قوله: "فأشبه الحدث العمد" فكما لا يجوز في العمد لا يجوز في غيره. (عبد)

(٩) قوله: "ولنا إلخ" وأجمع الخلفاء الراشدون وغيرهم، كعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وأنس بن مالك وسلمان الفارسي رضي الله تعالى عنهم على ما قلنا، وبمثله يترك القياس. (عناية)

(١٠) قوله: "قوله عليه السلام [تقدم في نواقض الوضوء. ت]: من قاء إلخ" فإن قلت: هذا الحديث معارض بما روى عن علي بن طلق قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا فسى أحدكم في الصلاة فلينصرف وليتوضأ وليعد الصلاة»، ولما تعارضت الأخبار وجب الرجوع إلى القياس، وهو يوجب الاستقبال بما بينا.

أجيب بأن التوفيق مقدم على التساقط، ونحن نوفق بين الحديثين، فيحمل الأول على سبق الحدث من

فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته(١) ما لم يتكلم»*، وقال عليه السلام(٢): «إذا صلى أحدكم فقاء أو رعف فليضع يده على فمه(٣) وليقدم(٤) من لم يسبق بشيء(٥)»**، والبلوى(٦) فيما يسبق دون ما يتعمده، فلا يلحق به، والاستئناف أفضل(٧)؛ تحرزًا عن شبهة الخلاف(٨)، وقيل: المنفرد يستقبل(٩)، والإمام والمقتدى يبنى صيانة

غير تعمد، والثانى على صورة العمد. (د)

(١) قوله: "وليبن [الأمر للإباحة. ع] إلخ" إن قيل: الأمر فى قوله: فليتوضأ، وفى: ولينصرف للوجوب، فليكن فى: وليبن كذلك، وهو خلاف المطلوب، فالجواب أن القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم. (عناية)

* أخرجه ابن ماجه من حديث عائشة، انظر الدراية ج ١رقم الحديث ٢١٥، ص١٧٤ ، ونصب الراية ج ٢ ص٦٠ (نعيم).

(٢) غريب. (ت)

(٣) قوله: "فليضع يده على فمه" وبه يشير إلى القيء والرعاف. (عبد)

(٤) قوله: "وليقدم [بيان للأفضل. ع] إلخ" قلت: هذا القدر من الحديث يصلح دليلا على قوله: استخلف، لا على قوله: توضأ وبنى حيث لا يدل على جواز البناء، وعدم فساد الصلاة، كما هو متنازع بيننا وبينه، وإنما يدل على الاستخلاف، والخصم لا يخالفنا فيه إلا أن يقال: صحة الاستخلاف يدل على بقاء صلاة الإمام؛ إذ لو فسدت فسدت صلاة القوم أيضًا على ما حققناه من أن صلاة الإمام يتضمن صلاة القوم جوازًا وفسادا؛ لقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «الإمام ضامن»، فلا يفيد الاستخلاف، فحينئذٍ يكون دليلا على المجموع، وحجة على الخصم. (د)

(٥) قوله: "من لم يسبق بشيء" أى يقدم المدرك، لا المسبوق، ولو قدم المسبوق فإذا أتم صلاته لزم عليه أن يقدم مدركا حتى يتم صلاة الإمام بالتسليم، فلزم من تقديم المسبوق تكرر الاستخلاف. (عبد)

** انظر الدراية ج ١رقم الحديث٢١٦، ص١٧٤ ، ونصب الراية ج٢ ص٦٢ (نعيم).

(٦) قوله: "والبلوى إلخ" قيل: هو جواب عن قياس الشافعى الحدث السابق بالحدث العمد. وتقريره: أن قياس الحدث السابق على الحدث العمد فاسد لوجود الفارق؛ لأن السابق فيه البلوى لحصوله بغير فعله، فجاز أن يجعل معذورا، بخلاف العمد، فلا يجوز إلحاق السابق به، كذا فى بعض الشروح.

وفيه نظر؛ لأنه قال: والقياس أن يستقبل، وفيه اعتراف بصحة القياس إلا أنه تركه بالنص، فالاشتغال ببيان فساده تناقض، والظاهر أن مراده بيان ترك إلحاق العمد بالسابق. (عناية)

(٧) قوله: "والاستئناف أفضل" فإن قلت: فيه إبطال العمل، قلنا: نعم، لكن للإكمال. (د)

(٨) قوله: "عن شبهة الخلاف" فإن قيل: كيف يقوله أبو حنيفة والشافعى متأخر عنه، قلنا: الخلاف يجوز أن يكون من قبله، ولئن سلمنا، فنقول: هذه مسألة اجتهادية للمتأخرين، ولئن سلمنا فنقول: كان للإمام فى

لفضيلة الجماعة. والمنفرد إن شاء أتم فى منزله[١]، وإن شاء عاد[٢] إلى مكانه[٣]، والمقتدى يعود إلى مكانه[٤] إلا أن يكون إمامه قد فرغ، أو لا يكون بينهما[٥] حائل[٦]، ومن ظن أنه أحدث[٧]، فخرج[٨] من المسجد، ثم علم أنه لم يحدث استقبل الصلاة، وإن لم يكن خرج من المسجد، يصلى ما بقى[٩]. والقياس[١٠] فيهما الاستقبال، وهو[١١] رواية عن محمد رح لوجود الانصراف من غير عذر[١٢]، ووجه الاستحسان[١٣] أنه

المسألة دليل آخر أما هذا الدليل فعند المتأخرين. (عبد)

(٩) أى الأفضل له ذلك. (ع)

(١) الذى توضأ فيه بعد الانصراف. (ع)

(٢) قوله: "عاد [وهو اختيار بعض مشايخنا. ن] إلى مكانه" ليكون كل صلاته مؤدّاة فى مكان واحد. (عبد)

(٣) قوله: "إلى مكانه" فإن قيل: متى عاد إلى مكانه يجب أن تفسد الصلاة؛ لأنه مشى فى صلاته بغير حاجة، فإن أداء الباقى فى منزله جائز، والمشى فى الصلاة من غير حاجة يفسد الصلاة، قلنا: المشى وإن وجد بحسب الحقيقة، فلم يوجد بحسب الحكم. (نهاية)

(٤) قوله: "يعود [حتماً] إلى مكانه" ولو صلى فى مكانه فسدت صلاته؛ لأن بينه وبين إمامه ما يمنع صحة الاقتداء من طريق، أو نهر، أو شجر، أو حائط. (عناية)

(٥) الإمام والمقتدى.

(٦) أى مانع من صحة الاقتداء. (ف)

(٧) أى سبقه الحدث. (عبد)

(٨) قوله: "فخرج من المسجد" أى بقصد الإصلاح، أما إذا لم يقصده، فلا يجوز البناء، خرج أو لم يخرج. (عبد)

(٩) إذ له حكم البقعة الواحدة. (ف)

(١٠) قوله: "والقياس فيهما الاستقبال [كما إذا كان قصده الرفض. ع]" كما إذا ظن المتيمم الماء، وكان سراباً، فانصرف من الصلاة، أو ظن المصلى أن فى ثوبه نجاسة، فانصرف، وعلم أن ليس فيه نجاسة، لا يجوز له البناء؛ لوجود الانصراف من غير عذر. (عبد)

(١١) قوله: "وهو رواية عن محمد" خلاف محمد فيما إذا كان يمشى فى المسجد على غير حائط القبلة؛ لتحقق الانصراف، وأما إذا كان يمشى فى المسجد، ووجهه إلى القبلة بأن كان باب المسجد على حائط القبلة لا تفسد صلاته بالاتفاق. (ن)

(١٢) ثابت فى نفس الأمر. (ف)

انصرف على قصد الإصلاح، ألا ترى[١] أنه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته، فالحق قصد الإصلاح[٢] بحقيقته[٣] ما لم يختلف المكان بالخروج.

وإن كان استخلف[٤] فسدت[٥]؛ لأنه[٦] عمل كثير من غير عذر[٧]، وهذا بخلاف ما إذا ظن أنه افتتح على غير وضوء، فانصرف، ثم علم أنه على وضوء حيث تفسد وإن لم يخرج[٨]؛ لأن الانصراف على سبيل الرفض[٩]، ألا ترى[١٠] أنه لو تحقق ما توهمه يستقبله، فهذا[١١] هو

---

(١٣) قوله: "وجه الاستحسان" أى الوجه الذى هو الاستحسان. (عبد)

(١) قوله: "ألا ترى أنه إلخ" يعنى لو تحقق متوهمه لبنى على صلاته، فعلم أنه قصد الإصلاح، فجعل قصد الإصلاح فى حكم الإصلاح، لكن إذا كان المكان متحداً، فإنه إذا لم يختلف المكان صار جانب البناء راجحاً، بخلاف ما إذا اختلف المكان، فإن جانب الاستقبال حينئذٍ صار راجحاً، وذلك لأن الصلاة الواحدة تكون فى مكان واحد. (عبد)

(٢) قوله: "فالحق إلخ" وجه صحة هذا الاعتبار جواز الرمى على الكفار المتترسين بالمسلمين بشرط قصد الكفار. (ف)

(٣) قوله: "بحقيقته" فإن القصد إلى الشيء يجعل كأنه يفعل الشيء. (ن)

(٤) قوله: "وإن كان استخلف إلخ" ولو استخلف القوم فسدت صلاتهم، لا صلاة الإمام. (د)

(٥) قوله: "فسدت [وإن لم يجاوز الحد المذكور. ف]" قيل: الفساد بالاستخلاف قولهما، لا قوله. (ف)

(٦) قوله: "لأنه عمل كثير" فيه أن الاستخلاف يجوز أن يتحقق بالإشارة، وهى ليست عملا كثيراً، نعم لو أخذ ثوبه وجره لتحقق عمل كثير. (عبد)

(٧) قوله: "من غير عذر" فإن قلت: استخلف بقصد الإصلاح؛ لأن خروج الإمام من المسجد بلا استخلاف يبطل الصلاة للقوم، فيجب أن يلحق بحقيقة الإصلاح، كالمشى والانحراف.
أجيب بأن الاستخلاف فى غير موضعه منافٍ، كالخروج من المسجد، وإنما يتحمل عند العذر، ولم يوجد، وقصد الإصلاح إنما يتحقق ويلتحق بحقيقته إذا لم يوجد المفسد حكماً، كالمشى والانحراف قبل خروجه من المسجد، فإنه ما دام فيه يجعل قائماً فى مكانه، كأنه لم ينحرف، والاستخلاف وجد حقيقة وحكماً، وهو منافٍ للصلاة بغير عذر، فيفسد كالخروج من المسجد. (د)

(٨) من المسجد.

(٩) أى ترك الصلاة. (عبد)

(١٠) قوله: "ألا ترى أنه لو تحقق إلخ" دليل على أن الانصراف على سبيل الرفض. (عبد)

(١١) قوله: "فهذا" أى الذى ذكرنا من أن الانصراف إن كان على قصد الإصلاح لم يفسد صلاته ما

جـ1 25 F

الحرف[١]، ومكان[٢] الصفوف في الصحراء له حكم المسجد[٣]، ولو تقدم قدّامه فالحد السترة، وإن لم تكن فمقدار الصفوف[٤] خلفه، وإن كان منفردا، فموضع سجوده من كل جانب.

وإن جن، أو نام فاحتلم[٥]، أو أغمي[٦] عليه استقبل[٧]؛ لأنه يندر وجود هذه العوارض، فلم يكن في معنى ما ورد به النص[٨]، وكذلك إذا قهقه؛ لأنه بمنزلة[٩] الكلام، وهو قاطع[١٠].

وإن حصر الإمام عن القراءة[١١]، فقدم غيره أجزأهم[١٢] عند

لم يخرج من المسجد، أو لم يستخف، وإذا كان على قصد الإعراض والرفض، فسدت الصلاة. (ع)

(١) قوله: "هوالحرف [أي الأصل. ن]" فإذا تحقق قصد الإصلاح، ولم يتحقق ما يرجح جانب عدم اعتباره كالمنافيات الأخر للصلاة، كان ملحقًا بحقيقته. (عبد)

(٢) قوله: "ومكان الصفوف إلخ" هذا لبيان أنه إذا لم يكن في المسجد ما ذا يكون حكمه. (عناية)

(٣) قوله: "له حكم المسجد" فإذا وقع خارجًا عن الصفوف، بأن وقع خلفها لا يجوز له البناء، وكذا إذا جاوز عن الصفوف من جانب اليمين، أو اليسار. (عبد)

(٤) قوله: "فمقدار الصفوف" إلخ مبدأه الإمام، وآخره منتهى الصفوف. (عبد)

(٥) قوله: "فاحتلم" لا يقال: لا حاجة إلى التقييد بالاحتلام؛ لأن النوم نفسه ناقض، لأنا نقول: لا نسلم ذلك، فإن النوم إذا لم يكن ناقضًا، كما إذا كان في الركوع، أو السجود، لم يكن له هذا الحكم. (عبد)

(٦) مجهول لم يستعمل معروفه. (عبد)

(٧) قوله: "استقبل" أي إن وجدت قبل التشهد الأخير، أما بعد ما قعد قدر التشهد فلا، لأنه إما أن يمكث ساعة، فيصير مؤديًا جزء من الصلاة بالحدث، أو يضطرب عندها، وهو فعل منه، وبه تتم الصلاة عند أبي حنيفة رح، وإن لم يقصده؛ لأن الفعل المفسد لا يختلف بين كونه مقصودا أو لا. (فتح القدير)

(٨) قوله: "ما ورده به النص" وهو قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من قاء أو رعف أو أمذى» إلخ. (عناية)

(٩) قوله: "لأنه [أي القهقهة. عناية] بمنزلة الكلام" لأنه صوت مظهر لأمر هو السرور. (عبد)

(١٠) قوله: "وهو [أي الكلام. عبد] قاطع" لأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «ما لم يتكلم». (عناية)

(١١) قوله: "وإن حصر [من باب علم. عبد] الإمام إلخ" ذكر في "الصحاح": كل من امتنع عن شيء فقد حصر عنه. (نهاية)

(١٢) قوله: "أجزأهم إلخ" وذكر أبو اليسر إنما يجوز الاستخلاف إذا كان يحفظ القرآن إلا أنه لحقه خجل

1ج
25
B

أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجزئهم[١]؛ لأنه[٢] يندر وجوده، فأشبه الجنابة، وله أن الاستخلاف[٣] بعلة العجز، وهو هنا ألزم[٤]، والعِجز[٥] عن القراءة غير نادر، فلا يلحق بالجنابة.

ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلاة[٦]، لا يجوز بالإجماع[٧]؛ لعدم الحاجة إلى الاستخلاف، وإن سبقه الحدث بعد التشهد، توضأ وسلم[٨]؛ لأن التسليم واجب، فلا بد من التوضئ؛ ليأتى به.

وإن تعمد الحدث فى هذه الحالة[٩]، أو تكلم، أو عمل عملا ينافى الصلاة، تمت صلاته[١٠]؛ لأنه تعذر البناء لوجود القاطع، لكن لا إعادة عليه؛ لأنه لم يبقَ عليه شيء من الأركان، فإن رأى المتيمم الماء فى صلاته، بطلت[١١]، وقد مر من قبل[١٢].

أو خوف، فامتنعت عنه القراءة، فأما إذا نسى فصار أميا لم يجز الاستخلاف. (ع)

(١) قوله: "لا يجزئهم" قال فى "النهاية": بل يتمها بدون القراءة كالأمى إذا أمّ قوما أميين، ونسبه بعض الشارحين إلى السهو؛ لأن مذهبهما أنه يستقبل، وبه صرح فخر الإسلام فى "الجامع الصغير". (ع)

(٢) قوله: "لأنه" أى الحصر عن القراءة يندر وجوده، كالجنابة فى الصلاة، فلم يكن فى معنى ما ورد به النص من الحدث الذى يعم به البلوى. (ع)

(٣) فى باب الحدث. (ع)

(٤) قوله: "وهو هنا ألزم" لأن المحدث يجد ماء فى المسجد، فيمكنه إتمام الصلاة من غير استخلاف، أما الذى نسى جميع ما يحفظ لا يقدر على الإتمام إلا بالتعليم والتذكير. (نهاية)

(٥) جواب عن قولهما: لأنه يندر وجوده. (ع)

(٦) قوله: "مقدار ما تجوز به الصلاة" وهو آية عنده، وثلاث آيات عندهما. (عبد)

(٧) قوله: "لا يجوز" أى الاستخلاف، ولو فعله فسدت. (ف)

(٨) إن أراد إتمام الواجب. (عبد)

(٩) يعنى بعد التشهد. (ع)

(١٠) أى لا يبنى. (عبد)

(١١) قوله: "بطلت" للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف، بخلاف ما إذا أحدث المتيمم فى الصلاة، فانصرف فوجد ماء، فإنه يتوضأ ويبنى؛ لأن انتقاض التيمم برؤية الماء باعتبار ظهور الحدث السابق،

فإن رآه بعد ما قعد قدر التشهد(١)، أو كان ماسحًا(٢) فانقضت مدة مسحه، أو خلع خفيه بعمل يسير(٣)، أو كان أميًا فتعلم سورة(٤)، أو عريانًا فوجد ثوبًا(٥)، أو موميًا فقدر على الركوع والسجود، أو تذكر فائتة عليه(٦) قبل هذه، أو أحدث الإمام القارئ فاستخلف أميًا(٧)، أو طلعت الشمس فى الفجر(٨)، أو دخل وقت العصر وهو فى الجمعة(٩)، أو كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء(١٠)، أو كان صاحب عذر فانقطع

ورؤية الماء ههنا بعد انتقاضه بالحدث، فلم توجد القدرة حال قيامه، فلا يتحقق انتقاضه مستندًا، كذا فى "النهاية". (ف)

(١٢) قوله: "وقد مر من قبل" يعنى فى باب التيمم حيث قال: وينقضه أيضًا رؤية الماء إذا قدر على استعماله. (ع)

(١) قوله: "فإن رآه إلخ" شرع فى بيان المسائل تسمى باثنا عشرية، وهى مشهورة. (ع)

(٢) على الخف.

(٣) قوله: "بعمل يسير" بأن كان واسعًا، فلو كان ضيقًا يحتاج إلى عمل كثير، تمت لوجود المنافى [ف].
قوله: "بعمل يسير" إنما قيد بذلك لأنه لو كان العمل كثيرًا تحقق القاطع. [عبد]

(٤) قوله: "فتعلم سورة" قيل: أى تذكر بعد النسيان؛ لأن التعلم لا بد له من التعليم، وذلك فعل ينافى الصلاة، فيتم صلاته بالاتفاق، وقيل: سمعها بلا اختيار، وحفظها بلا صنع. (ع)

(٥) من غير طلب منه. (عبد)

(٦) قوله: "عليه" أى عليه أو على إمامه، وفى الوقت سعة. (ع)

(٧) قوله: "فاستخلف أميًا" قيل: هو على اختيار المصنف، وأما على اختيار فخر الإسلام، فلا فساد فى الاستخلاف بالاتفاق. (ع)

(٨) فطلوع الشمس مفسد. (ف)

(٩) قوله: "وهو فى الجمعة" قيل: كيف يتحقق هذا الخلاف، ودخول العصر عنده إذا صار ظل كل شيء مثليه، وعندهما إذا صار ظل كل شيء مثله.
أجيب بأن هذا على رواية الحسن بن زياد أن بين الظهر والعصر وقتًا مهملا، فإذا صار ظل كل شيء مثله خرج الوقت عندهم، فتمت الصلاة عندهما، وعنده باطلة، وهذا يخالفه قول المصنف: أو دخل وقت العصر، وقيل: يمكن أن يقعد فى الصلاة بعد ما قعد قدر التشهد إلى أن يصير الظل مثليه، فحينئذ يتحقق الخلاف. (عناية)

(١٠) قوله: "فسقطت عن برء" لأن سقوطها لا بصنعه، فيكون مبطلا؛ لأن الخروج من الصلاة بصنعه فرض عنده. (مجمع الأنهر)

عذره(١) كالمستحاضة ومن بمعناها(٢) بطلت الصلاة فى قول أبى حنيفة رح، وقالا: تمت صلاته. وقيل(٣): الأصل فيه(٤) أن الخروج عن الصلاة(٥) بصنع المصلى(٦) فرض عند أبى حنيفة رح، وليس بفرض عندهما، فاعتراض(٧) هذه العوارض عنده فى هذه الحالة كاعتراضها فى خلال الصلاة، وعندهما كاعتراضها بعد التسليم، لهما ما روينا(٨) من حديث* ابن مسعود(٩). وله(١٠) أنه(١١) لا يمكنه أداء صلاة أخرى إلا

---

(١) قوله: "فانقطع عذره" المراد بزواله أن يستوعب الانقطاع وقتًا كاملا. (مجمع الأنهر)

(٢) كمن به سلس البول.

(٣) قوله: "قيل [قائله أبو سعيد البردعى (ف)، وعليه العامة. ع] إلخ" إنما قال: قيل لأن بعض مشايخنا قال: ليست هذه المسائل مبنية على هذا الأصل؛ لأن الخروج من الصلاة قد يكون بمعصية، والمعصية لا تتصف بالوجوب، بل الفساد عنده باعتبار أن التحريمة عنده باقية عند فراغه من التشهد، فاعتراض هذه الأشياء فى هذه الحالة كاعتراضها فى خلال الصلاة، ولكنا نقول: الخروج واجب عليه، وهو من حيث هو لا يتصف بالمعصية. (د)

(٤) قوله: "الأصل فيه" أى فى ثبوت الخلاف فى هذه المسائل. (ف)

(٥) قوله: "أن الخروج إلخ" وفى قوله قيل: الأصل فيه أن الخروج إلخ إشارة إلى أن المختار عند المصنف غيره، وهو قول الكرخى رح. (ع)

(٦) قوله: "بصنع المصلى إلخ" إن قيل: لا حاجة إلى التقييد بفعل المصلى، فإن الخروج قد يتحقق بغير فعله، كما إذا حاذت امرأة، قلنا: جعلت محاذاتها فعلا له؛ لأن الإمام ألزم إمامة المرأة، فكان فعلها فعله، وأما فساد صلاة المقتدين، فلأنهم بنوا صلاتهم على صلاة الإمام صحة وفسادًا، ولا يخفى ضعف ما قيل من أن المحاذاة فعل يكون من الجانبين، فيتحقق منه فعل؛ لأن تلك المحاذاة ليست باختياره. (عبد)

(٧) يعنى پيش شدن. (عبد)

(٨) قوله: "ما روينا إلخ" ولأن الخروج لو كان من الأركان كان لا يتأدى إلا بقربة، كسائر الأركان من الركوع والسجود، ولا يقال: إنه يتأدى بالحدث العمد، والقهقهة، فعلمنا أنه ليس بركن، ولأنه لو كان ركنا للصلاة لكان إذا وجد فى وسط الصلاة لا تفسد به الصلاة. (نهاية)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢١٧، ص١٧٥، ونصب الراية ج٢ ص٦٢ (نعيم).

(٩) قوله: "من حديث [قد تقدم. ت] ابن مسعود رضى الله عنهما" من قوله: «إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك»، فالنبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم علق التمام باحدهما، فمن علق التمام بصنع آخر يوجد بعد أحدهما، فقد خالف السنة. (ن)

(١٠) قوله: "وله إلخ" الأوضح فى التعليل من قبل أبى حنيفة أن يقال: إن إتمام الصلاة واجب؛ إذ تمامها منها، وهى واجبة، فكذا إتمامها، و إتمامها و تمامها بإتمامها، و إتمامها بما يضادها؛ إذ الشىء إنما ينتهى بما ينافيه

بالخروج[١] من هذه، وما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً[٢]، ومعنى قوله[٣]: «تمت» قاربت التمام[٤]، والاستخلاف[٥] ليس بمفسد[٦]، حتى يجوز فی حق القارئ، وإنما الفساد[٧] ضرورة حكم

كالليل ينتهى بالنهار، والسواد بالبياض، كما لا يخفى. (د)

(١١) قوله: "أنه لا يمكنه إلخ" تعليل المصنف لا يخلو عن نوع اشتباه؛ إذ للخصم أن يقول: لا نسلم أن التمكن على الصلاة الأخرى يتوقف على الخروج من تحريمة هذه، بل الفراغ من أجزاءها يكفى؛ لتمكنه من أداء أخرى لظهور أنه متى فرغ من أجزاء هذه، تمكن من أداء غيرها، لا سيما عند من يقول: إن تحرم للفرض جاز أن يؤدى بتلك التحريمة فرضاً آخر، نعم الشروع فی غيرها لا يتوقف على الخروج عن الأولى، فكان من ضرورات الشروع، ولا يكون الشروع يتوقف عليه، بل يستلزمه. (د)

(١) قوله: "إلا بالخروج من هذه" فإنه لو تحرم للظهر، فلم يخرج عنها حتى دخل وقت العصر لزمه اداء العصر، ولا يمكنه اداء العصر إلا بعد الخروج عن تحريمة الظهر؛لأن العصر لا يتأدى بتحريمة الظهر،فيكون الخروج عن تحريمة الظهر مسبباً يتوصل به إلى اداء العصر، والعصرفرض، فما يكون سبباً للوصول إليه، يكون فرضاً، كالانتقال من ركن إلى ركن فی باب الصلاة عد من الأركان، وإن لم يكن ركنا فی نفسه، لكنه سبب يتوصل به إلى أداء الركن، فكذا ههنا. (ن)

(٢) قوله: "يكون فرضاً" ومعلوم أن الطلب إنما يتعلق بفعل المكلف؛ بناء على اختياره، لا بلا اختيار. (ف)

(٣) قوله: "ومعنى [جواب عن استدلالهما بحديث ابن مسعود. ع] قوله: تمت قاربت التمام" كما قال النبی صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من وقف بعرفة فقد تم حجه»، وقد بقی عليه طواف الزيارة، وهو فرض. (د)

(٤) قوله: "قاربت التمام" يرد على هذا التوجيه أن آخر الحديث يعنی: «إن شئت أن تقوم فقم، وإن شئت أن تقعد فاقعد»، يدل على عدم بقاء فعل واجب.

والجواب عنه أن معناه الفعل الخاص ليس بباقٍ عليك، ويخطر بالبال أن هذا التأويل ينافی ما فعله المصنف سابقاً، من إثبات أن القعود فی آخر التشهد فرض بمقدار التشهد فقط بهذا الحديث، كما لا يخفى على من تفكر. (مولوی محمد عبد الحی رح)

(٥) قوله: "والاستخلاف إلخ" هذا القول جواب سؤال مقدر. (عبد)

(٦) قوله: "ليس بمفسد إلخ" يقول العبد العاصی بأنواع المعاصی: إن فی هذا المقام لم يتدبر الشراح العظام حق التدبر، فاختلفوا فی تحرير المرام، فلا بد علیّ أن أحرر ما ينجلی به المقصود، معتصما بحبل الملك المعبود، فأقول: هذا القول متعلق بقول المصنف: أو أحدث الإمام القارئ، فاستخلف أميا، وجواب لما يرد عليه.

تقرير الاعتراض: أنه لا وجه لبطلان الصلاة فيما إذا استخلف بعد الحدث فی الصلاة؛ لأن الاستخلاف ليس بمفسد للصلاة؛ إذ يمكن أن يحصل بالإشارة لا بعمل كثير، أما ترى إلى أنه لو استخلف القارئ المحدث القارئ لا يفسد الصلاة، فكذا ههنا.

وبوجه آخر تقرير الاعتراض: وهو أنه لا وجه لبطلان الصلاة بالاستخلاف؛ لأن الاستخلاف ليس بمفسد بعد الحدث، ولهذا لو استخلف القارئ بعد الحدث، لم تفسد الصلاة، فكذا إذا استخلف الأمی، نعم

شرعى[١]، وهو عدم صلاحية الإمامة[٢].

ومن اقتدى بالإمام بعد ما صلى ركعة[٣]، فأحدث الإمام فقدمه، أجزأه[٤]؛ لوجود المشاركة فى التحريمة[٥]، والأولى للإمام أن يقدم مدركا[٦]؛ لأنه أقدر[٧] على إتمام صلاته[٨]، و ينبغى لهذا المسبوق أن

الاستخلاف مفسد بغير الحدث، كما مر من المصنف فى مسألة ظن الحدث.

وتحرير الجواب: أنا سلمنا أن الاستخلاف ليس بمفسد، ولهذا يجوز إذا استخلف القارئُ القارئَ، ولكنا نقول: إن الفساد فى الصورة المذكورة ليس للاستخلاف حتى يرد ما أورد، بل بسبب آخر، فاندفع من هذا المقام ما اختاره فخر الإسلام من أن الصلاة فى الصورة المسطورة ليست بباطلة بالإجماع، كما فى "البحر الرائق شرح كنز الدقائق" والله سبحانه وتعالى يعلم الحقائق. (مولوى محمد عبد الحى رح)

(٧) قوله: "وإنما الفساد إلخ" حاصله أن الاستخلاف صنعة، وهى ليست بمفسدة نعم يثبت بالاستخلاف حكم شرعى، وهو عدم صلاحية الإمامة، وهو مفسد، فظهر أن الفعل ليس بمفسد، وما لزم منه مفسد. (عبد)

(١) قوله: "حكم شرعى إلخ" يشكل بما إذا استخلف امرأة، وقد سبقه حدث، وخلفه رجال ونساء، حيث يفسد صلاته وصلاة القوم؛ لاشتغاله باستخلاف من لا يصلح للخلافة، فيفسد صلاته، وصلاة القوم، كذا فى "الكافى"، فلو لم يكن استخلاف من لا يصلح للإمامة مفسداً، بل كان الفساد لعدم صلاحية الإمامة وجب أن لا يفسد صلاة الإمام فى هذه المسألة بالاستخلاف، بل تفسد صلاة من لا تصلح المرأة لإماميته، وهم الرجال خاصة، كما هو مذهب زفر رح، كذا قال الشارح الجونفورى رح.

قلت: معنى عبارة الشارح أن الاستخلاف بنفسه ليس بمفسد؛ إذ قد يحصل بالإشارة، أو يقال: إنه ليس بمفسد فى حالة الحدث؛ لأنه بعذر، كما مر فى تقريرى الإيراد، أو يقال: إنه ليس بمفسد؛ لأنه سنة منهية متممة مكملة. وإنما الفساد ههنا للضرورة حكم شرعى، وهو عدم صلاحية الإمامة، ولا يدعى الشارح أن الفساد فى كل موضع بهذه الضرورة حتى يشكل بالمسألة المذكورة فى "الكافى"، والله هو الكافى. (عبد)

(٢) أى الأمى. (ع)

(٣) قوله: "بعد ما صلى [أى الإمام. ن] ركعة" لو قال المصنف: بعد ما ركع، لكان أشمل؛ ليتناول ما بعد تمام ركعة، أو ركعتين، أو ثلاث ركعات، وما إذا ركع ولم يتم الركعة، والمقصود إثبات المسبوقية، وإنما قلنا: بعد ما ركع؛ إذ لو كان قبل الفراغ من الركوع لم يكن مسبوقا. (عبد)

(٤) قوله: "أجزأه" قد يقال: يجب أن لا يجوز لورود الأمر بتقديم المدرك فى قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «وليقدم من لم يسبق بشىء» إلا أن يحمل على الاستحباب بدلالة أن تقديم المسبوق جائز بالإجماع. (حاشية ملا إله داد)

(٥) قوله: "لوجود المشاركة فى التحريمة" وصحة الاستخلاف بالمشاركة فى التحريمة. (نهاية)

(٦) قوله: "مدركًا" هو من أدرك الركوع الأول مع الإمام، فإن لم يكن المدرك، فيتعين المسبوق، فإن كان المسبوقون يتعددون، فهل يتساوى التقديم بينهم؟ أو يقدم من يكون أسبق؟ ما وجدنا الرواية فيه لكن الأقرب تقديم السابق؛ لأنه أكثر اشتراكًا بالإمام. (عب)

لا يتقدم[1]؛ لعجزه عن التسليم.

فلو تقدم يبتدئ[2] من حيث[3] انتهى إليه الإمام؛ لقيامه مقامه، وإذا انتهى إلى السلام يقدم مدركًا يسلم بهم[4]، فلو أنه حين أتم صلاة الإمام قهقه، أو أحدث متعمدًا، أو تكلم، أو خرج من المسجد فسدت صلاته، وصلاة القوم تامة[5]؛ لأن المفسد في حقه وجد[6] في خلال الصلاة، وفي حقهم بعد تمام أركانها[7]. والإمام الأول إن كان[8] فرغ[9] لا تفسد صلاته[10]، وإن لم يفرغ تفسد[11]، وهو الأصح[12]، فإن لم يحدث الإمام

(٧) قوله: "لأنه أقدر [من المسبوق. ن] إلخ" أفاد التعليل أن لا يقدم مقيمًا إذا كان مسافرًا، ولا لاحقا؛ لأنهما لا يقدران على الإتمام، وحينئذٍ فكما لا ينبغي للمسبوق أن يتقدم كذا هذان، وكما يقدم المسبوق مدركًا للسلام كذلك الآخران. (ف)

(٨) قوله: "على إتمام صلاته" وقد قال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من قلد إنسانًا عمدًا، وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله». (نهاية)

(١) ولو تقدم جاز. (مج)

(٢) بانيًا على ذلك. (ف)

(٣) قوله: "من حيث انتهى إليه الإمام" ولذا قالوا: لو استخلف في الرباعية مسبوقا بركعتين، فصلى الخليفة ركعتين، ولم يقعد فسدت صلاتهم. (ف)

(٤) قوله: "يقدم مدركًا يسلم بهم إلخ" يعني إذا انتهى إلى وقت السلام تأخر، وقدم رجلا من المدركين يسلم بهم؛ لأنه عاجز عن السلام؛ لبقاء الركعة عليه، فيستعين عمن يقدر عليه، لأن إتمامه بعد سلام الإمام، ثم يقوم هو، فيقضي ما بقي عليه من صلاته، وصلاة القوم تامة؛ لأنه لم يبقَ عليهم شيء. (نهاية)

(٥) قوله: "وصلاة القوم تامة" لأنه لم يبقَ عليهم البناء، ولو ضحكوا بأنفسهم في هذه الحالة كانت صلاتهم تامة، وضحك الإمام في حقهم لا يكون أكثر تأثيرًا من ضحكهم.

(٦) وفساد الجزء يستلزم عدم صحة البناء. (عبد)

(٧) قوله: "بعد تمام أركانها" فيوجد ما يفسد الجزء الأخير من غير استناده إلى أوّل الصلاة. (د)

(٨) مع القوم. (ن)

(٩) خلف الثاني. (ن)

(١٠) كصلاة القوم. (ن)

(١١) قوله: "وإن لم يفرغ تفسد" لأن الإمام الأول مقتد بالثاني، فكما أن المفسد وقع في أثناء صلاته وقع في أثناء صلاة الإمام الأوّل أيضا، فيفسد صلاته. (ملا عبد الغفور رحمه الله تعالى)

الأول[١]، وقعد قدر التشهد[٢]، ثم قهقه، أو أحدث متعمّدا فسدت صلاة الذى لم يدرك أول صلاته[٣] عند أبى حنيفةرح. وقالا: لا تفسد، وإن تكلم[٤] أو خرج من المسجد لم تفسد[٥] فى قولهم جميعًا، لهما أن صلاة المقتدى بناء على صلاة الإمام جوازا وفسادا، ولم تفسد[٦] صلاة[٧] الإمام، فكذا صلاته، وصار كالسلام والكلام.

وله أن القهقهة[٨] مفسدة للجزء الذى يلاقيه من صلاة الإمام، فيفسد[٩] مثله من صلاة المقتدى، غير أن الإمام لا يحتاج[١٠] إلى البناء، والمسبوق محتاج إليه، والبناء على الفاسد فاسد، بخلاف السلام؛ لأنه مُنهٍ[١١]، والكلام فى معناه[١٢]، وينتقض وضوء الإمام[١٣]، لوجود القهقهة

---

(١٢)قوله: "وهو الأصح" احتراز عن رواية أبى حفص أن صلاته أيضًا تامة؛ لأنه مدرك أول صلاته، فيكون كالفارغ بقعدة الإمام قدر التشهد. (عناية)

(١) قوله: "الإمام الأول" لفظ الأول هنا تساهل؛ إذ ليس فى صورة هذه المسألة إمام ثانٍ؛ إذ ليس فيها استخلاف. (ف)

(٢) قوله: "وقعد قدر التشهد" إنما قيد به؛ لأن القهقهة والحدث العمد إذا وجدا قبله فسدت صلاة الجميع بالاتفاق. (عناية)

(٣) قوله: "الذى لم يدرك أول صلاته" قيد بفساد صلاة المسبوق؛ لأن صلاة المدرك لا تفسد بالاتفاق، وفى صلاة اللاحق روايتان. (عناية)

(٤) قوله: "وإن تكلم إلخ" حاصل المسألة: إمام أم قومًا مسبوقين ومدركين، فلما انتهى إلى محل السلام قهقه، أو أحدث متعمداً فسدت صلاة المسبوقين عنده، خلافًا لهما، ولو كان حين انتهى إلى محل السلام تكلم، أو خرج من المسجد لم تفسد صلاة المسبوقين عند الكل. (ف)

(٥) فى الكل. (مج)

(٦) فى الكل. (مج)

(٧) بالاتفاق. (مج)

(٨) قوله: "أن القهقهة مفسدة إلخ" لأنها كالحدث فى إزالة شرط الصلاة، وهو الطهارة. (عناية)

(٩) لابتناءها عليها. (ع)

(١٠) فيتم صلاته.

(١١) قوله: "لأنه مُنهٍ [أى متمم. ن]" المراد من المنهى ما يكون مستحقا بالتحريمة بصفة الانفصال

في حرمة الصلاة[١].

ومن أحدث في ركوعه، أو سجوده، توضأ وبنى، ولا يعتد[٢] بالتي أحدث فيها؛ لأن إتمام الركن بالانتقال، ومع الحدث لا يتحقق[٣]، فلا بد من الإعادة[٤]، ولو كان إمامًا فقدّم غيره، دام المقدّم على الركوع[٥]؛ لأنه يمكنه الإتمام بالاستدامة[٦]، ولو تذكّر وهو راكع أو ساجد أن عليه سجدة[٧]، فانحطّ من ركوعه لها، أو رفع رأسه من سجوده فسجدها، يعيد الركوع والسجود، وهذا بيان الأولى[٨]؛ لتقع الأفعال مرتبة بالقدر الممكن[٩].

كالخروج، وأما الحدث العمد والقهقهة فليسا من موجبات التحريمة، بل هو من محظوراتها، بخلاف السلام والخروج فإنهما من موجبات التحريمة، أما السلام فلقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «وتحليلها التسليم»، وأما الخروج: لقوله تعالى شأنه: ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض﴾. (نهاية)

(١٢) قوله: "والكلام في معناه" يعني من حيث إن السلام كلام مع القوم يمنة ويسرة؛ لوجود كاف الخطاب. (نهاية)

(١٣) عند العلماء الثلاثة، خلافًا لزفر. (عناية)

(١) قوله: "في حرمة الصلاة" أو في وقت بقي فيه ما حرم في الصلاة. (عبد)

(٢) قوله: "ولا يعتد [من الاعتداد. ن]" وفي بعض النسخ: ويعيد، من الإعادة، وحاصل العبارتين واحد، لكن المناسب لهذه النسخة ترك لفظ الياء. (عبد)

(٣) قوله: "ومع الحدث لا يتحقق [أي الانتقال. ع]" لأن المنتقل إليه جزء من الصلاة، وأداء جزء منها بعد سبق الحدث مفسد. (عناية)

(٤) قوله: "فلا بد من الإعادة" والقياس أن ينتقض بالحدث جميع ما أدى، لكن تركناه بالأثر الوارد في البناء، فبقي انتقاض الركن الذي سبقه الحدث فيه على القياس. (عناية)

(٥) قوله: "دام المقدّم [على هيئة الإمام. ن]على الركوع" أي مكث راكعًا قدر ركوعه. (عناية)

(٦) قوله: "بالاستدامة" لأن الاستدامة فيما يستديم كالابتداء، فلا يحتاج إلى إفساد الركوع. (نهاية)

(٧) تلاوتية أو صلاتية. (عبد)

(٨) قوله: "وهذا بيان الأولى" هذا يخالف رواية "الذخيرة"، وقد ذكرناه عند قوله: والترتيب في ما شرع مكررًا. (ن)

(٩) قوله: "بالقدر الممكن" وذلك لأن السجدة سواء كانت تلاوتية أو صلاتية؛ لما كان محلها الركعة

وإن لم يعد[(١)] أجزأه[(٢)]؛ لأن الترتيب فى أفعال الصلاة[(٣)] ليس بشرط[(٤)]، ولأن الانتقال مع الطهارة شرط، وقد وجد، وعن أبى يوسف رح أنه يلزمه إعادة الركوع؛ لأن القومة فرض عنده[(٥)].

ومن أم رجلا واحداً فأحدث، وخرج من المسجد، فالمأموم إمام، نوى[(٦)] أو لم ينوِ[(٧)]؛ لما فيه[(٨)] من صيانة الصلاة[(٩)]، وتعيين الأول لقطع

السابقة، ولم يؤد فيها كانت هذه السجدة كأنها أديت فى مكانها، فكان اللائق أن لا يعتبر بين الترك وصنيع هذه السجدة، لكن لما تم بعض الأركان لم يمكن أن يحكم بعدم اعتبارها؛ لأنه كان تاما، وأما ما لم يتم، فهو فى محل الرفض والترك، فيجوز أن لا يعتد. (عبد)

(١) قوله: "وإن لم يعد أجزأه" طولب بالفرق بين هذا، وبين ما إذا عاد إلى السجدة الصلبية بعد ما قعد قدر التشهد، فإنه ترتفض القعدة، وكذا لو تذكر فى الركوع أنه لم يقرأ القرآن، فعاد لقراءة القرآن ارتفض الركوع.

أجيب بأن القعدة إنما ترتفض بالإتيان بالسجدة؛ لأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم علق تمام الصلاة بالقعدة فى قوله: «إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك»، فلو قلنا: بجواز تأخير غيرها عنها، كان تمام الصلاة بذلك الغير، وهو خلاف النص.

وكذلك لا يجوز تأخير القيام، أو الركوع عن السجود؛ لأن القيام وسيلة إلى الركوع، والركوع وسيلة إلى السجود، حتى إن من لم يقدر على الركوع والسجود، لا يجب عليه القيام، والوسائل متقدمة على المقاصد، والقراءة زينة القيام، فكانت تابعة له. (عناية)

(٢) قوله: "أجزأه" فرق بين هذا وبين ما تقدم فإنه لو لم يعد ههنا أجزأه، بخلاف الأول. (ن)

(٣) قوله: "لأن الترتيب إلخ" فيه بحث: وهو أن انتفاء الافتراض لا يوجب ثبوت الأولوية؛ لجواز الوجوب، ثم الوجوب هو الثابت على ما قدمه المصنف فى أول صفة الصلاة عند عد الواجبات، حيث قال: ومراعاة الترتيب فيما شرع مكرراً من الأفعال، فأشار إلى الجواب فى "الكافى" حيث قال: ولئن كان الترتيب واجبا، فقد سقط بالنسيان، لكنه لا يدفع الإيراد الوارد على العبارة، أعنى تعليل الأولوية بانتفاء الافتراض فى المتكرر، بل تعليله إنما هو بسقوط الوجوب بالنسيان. (ف)

(٤) قوله: "ليس بشرط [أى ليس بركن. ع]" ألا ترى أن المسبوق يبدأ بما أدرك مع الإمام، ولو كان الترتيب ركنا لما جاز له تركه بعذر الجماعة كالترتيب بين الصلوات الفائتة، فلو ترك الإعادة جاز؛ لأن ذكر السجدة لا ينقض الركوع، فيصح الاعتداد به بخلاف سبق الحدث، فإنه ينقضه كما تقدم، وهو معنى قوله: ولأن الانتقال مع الطهارة. (عناية)

(٥) قوله: "لأن القومة فرض عنده" أى لما كانت القومة التى هى رفع بعد الركوع فرضاً، لزم فرضية ما يتوقف عليه. (حاشية ملا عبد الغفور رح)

(٦) الإمام. (ع)

(٧) أى تعينه. (ع)

المزاحمة[١]، ولا مزاحمة[٢] ههنا.

ويتم الأول[٣] صلاته مقتديًا بالثاني، كما إذا استخلفه حقيقة، ولو لم يكن خلفه إلا صبي، أو امرأة[٤] قيل[٥]: تفسد صلاته؛ لاستخلاف من لايصلح للإمامة، وقيل: لا تفسد؛ لأنه لم يوجد الاستخلاف قصداً، وهو لا يصلح للإمامة، والله أعلم.

---

(٨) قوله: "لما فيه من صيانة الصلاة" وذلك لأن الإمامة يحتاج إليها، لتبقى صلاته جائزة، وليس معه أحد يصلح للإمامة وهو يصلح لها، فيتعين إماماً. (نهاية)

(٩) قوله: "من صيانة الصلاة" لا شك أن صلاة المأموم مرادة بهذا أما صلاة الإمام المحدث فظاهر النهاية أنها هي المرادة بناء على فساد صلاة الإمام إذا لم يستخلف، وقد خرج، وقد قدمنا فيه روايتين، والشيخ أطلق الصلاة فيراد صلاة من تفسد صلاته، سواء كان مأموماً، أو إماماً على أحد الروايتين. (ف)

(١) قوله: "وتعيين الأول إلخ" أي إن قيل: التعين لا يتحقق بلا تعيين ولم يعين، أجاب بقوله: وتعيين الأول إلخ. (عناية)

(٢) قوله: "ولا مزاحمة" فكان التعيين موجودا حكماً، وإذا تعين لذلك كان كالمستخلف حقيقة. (عناية)

(٣) المحدث.

(٤) قوله: "أو امرأة" أو أمي أي من لا يصلح للإمامة. (فتح القدير)

(٥) قوله: "قيل: تفسد صلاته إلخ" اختلف المشايخ في هذا المقام، فقيل: تفسد صلاة الإمام فقط؛ لاستخلاف من لا يصلح للإمامة حكماً، فإنه لما تعين للإمامة، كان الإمام مقتديا به، ومن اقتدى بمن لا يصلح للإمامة، فسدت صلاته، وقيل: لا تفسد صلاته؛ لأن الاستخلاف إنما يكون حقيقة، أو حكماً، ولا شيء منهما بموجود، أما حقيقة فظاهر: لأن الفرض عدمه، وأما حكماً فلأنه يقتضي صلاحيته للإمامة، والفرض عدمها، ومنهم من يقول: تفسد صلاتهما؛ لأنه لما تعين للإمامة، صار كأنه استخلفه، فتفسد صلاة الكل، ومنهم من يقول: تفسد صلاة المقتدي خاصة، وهو الصحيح؛ لأنه لما لم يصر مستخلفا، لا حقيقة، ولا حكماً؛ لما ذكرنا بقي الإمام منفردا، فلا تفسد صلاته، وتفسد صلاة المقتدي؛ لخلو مكان إمامه عن الإمامة. (ع)

باب[١] ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلاته[٢] عامدًا، أو ساهيًا[٣]، بطلت صلاته، خلافا[٤] للشافعي رح في الخطأ والنسيان، ومفزعه[٥] الحديث[٦] المعروف[٧]*.

ولنا قوله عليه السلام: «إن صلاتنا[٨] هذه[٩] لا يصلح فيها[١٠] شيء

---

(١) قوله: "باب ما يفسد إلخ" هذا الباب لبيان نوع من العوارض التي تعرض في الصلاة أيضًا، فكان من جنس الباب المتقدم من حيث العوارض إلا أن بناء الأول في العوارض التي لا اختيار فيه للمصلي، فكانت هي سماوية، وبناء هذا الباب في العوارض التي للمصلي فيها اختيار، فكانت مكتسبة، وقدم الأول على هذا الباب؛ لما أن السماوية أعرف في العارضية، كما في "الوافي". (نهاية)

(٢) قبل قعوده قدر التشهد. (تنوير الأبصار)

(٣) قوله: "أو ساهيًا إلخ" السهو ذهاب الصورة من القوة المدركة، والنسيان ذهابها من القوة الحافظة حتى يحتاج إلى كسب جديد، والخطأ إنما يقال إذا كانت الصورة باقية، لكن أردت أن تتكلم بشيء، فتكلمت بشيء آخر بلا التفات وقصد إليه، والمراد من السهو ههنا معنى يشمل الأقسام الثلاثة بقرينة المقابلة بكلام الشافعي، كما أن النسيان في عبارة الشافعي شامل لمعناه الحقيقي، والسهو العرفي. (عبد)

(٤) إلا إذا طال كلامه. (ع)

(٥) قوله: ومفزعه" أي ملجأه، يقال: فلان مفزعهم أي ملجأهم، يستوي فيه الواحد والجمع، والمذكر والمؤنث. (نهاية)

(٦) قوله: "الحديث" إذا المراد رفع الحكم لوجود الكل حسا، ومسمّى الحكم يشمل الدنيوي من الصحة والفساد، والأخروي فيتناولهما جميعًا. (د)

(٧) قوله: "والمعروف" قلت: يشير إلى قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان»، وهذا لا يوجد بهذا اللفظ، وإن كان الفقهاء كلهم لا يذكرونه إلا بهذا اللفظ، وأقرب ما وجدناه بلفظ: رفع الله عن هذه الأمة ثلاثا، رواه ابن عدي في "الكامل". (ت)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢١٨، ص١٧٥، ونصب الراية ج٢ ص٦٤ (نعيم).

(٨) قوله: "إن صلاتنا" إلخ قلت: رواه مسلم في "صحيحه" من حديث معاوية بن الحكم السلمي قال: بينما أنا أصلي مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذ عطس رجل من القوم، فقلت له: يرحمك الله، فرماني القوم بأبصارهم، فقلت: واثكل أمياه ما شأنكم تنظرون إليّ، فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم، فلما رأيتهم يصمتوني لكني سكت، فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فبأبي هو وأمي ما رأيت معلمًا قبله ولا بعده أحسن تعليما منه، فو الله ما قهرني، ولا ضربني، ولا شتمني، ثم قال: «إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن» الحديث بطوله، وللبيهقي: إنما هي. (ت)

(٩) قوله: "هذه" أي الصلاة المؤداة، وليس المراد منه الصلاة المعينة. (عبد)

من كلام الناس[١] وإنما هى التسبيح والتهليل وقراءة القرآن»*، وما رواه[٢] محمول على رفع الإثم[٣]، بخلاف السّلام ساهيًا[٤]؛ لأنه[٥] من الأذكار، فيعتبر ذكرًا فى حالة النسيان، وكلامًا فى حالة التعمد؛ لما فيه من كاف الخطاب.

فإن أنّ[٦] فيها، أو تأوّه، أو بكى[٧] فارتفع بكاءه[٨]، فإن كان من ذكر الجنة، أو النار[٩] لم يقطعها[١٠]؛ لأنه يدل على زيادة الخشوع، وإن

(١٠) قوله: "لا يصلح" إلخ جعل النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عدم الكلام فيها من حقها، كما جعل وجود الطهارة من حقها، فكما لا يجوز مع عدم الطهارة لا يجوز مع وجود الكلام. (ع)

(١) قوله: "شىء من كلام الناس" إلخ فإن قيل: لو كان مفسدًا لأمر النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم بالإعادة، ولم يثبت، قلنا: هذا استدلال بالنفى، وهو باطل، سلمنا ولكن العلم بالنسخ شرط ولم يكن، فلم يأمره بالإعادة، كمسلم لم يهاجر. (عناية)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢١٩، ص١٧٦، ونصب الراية ج٢ ص٦٦ (نعيم).

(٢) جواب عن استدلاله بالحديث المعروف. (ع)

(٣) قوله: "محمول [توفيقًا بين الحديثين. د] على رفع الإثم" جواب عن استدلاله بالحديث المعروف، تقريره أن حكم الآخرة –وهو الإثم– مراد بالإجماع، فلا يكون حكم الدنيا مرادًا، وإلا لزم عموم المشترك، أو المقتضى، وكلاهما باطل على ما عرف فى موضعه. (عناية)

(٤) قوله: "بخلاف السلام ساهيًا" جواب عن قياس مقدر للشافعى على السلام ساهيًا. (ف)

(٥) قوله: "لأنه من الأذكار [أى الأدعية. عبد] إلخ" القياس فى السلام أن يكون مفسدًا، وإن كان ناسيًا، ولكن استحسنا فيه لمعنى لا يوجد ذلك فى الكلام، وهو أن السلام من جنس أذكار الصلاة، فإن فى التشهد يسلم على النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وعلى عباد الله الصالحين، وهو اسم من أسماء الله تعالى، وإنما أخذ حكم الكلام بكاف الخطاب، وإنما يتحقق معنى الخطاب فيه عن القصد، فإذا كان ناسيًا شبهناه بالأذكار، وإذا كان عامدًا شبهناه بالكلام، فأما الكلام: فهوليس من جنس أذكار الصلاة، فكان منافيًا للصلاة على كل حال. (ن)

(٦) قوله: "فإن أنّ فيها" الأنين صوت المتوجع، وقيل: هو أن يقول: آه، والتاوّه أن يقول: أوه. (عناية)

(٧) أى حصل منه الحروف. (ف)

(٨) قوله: "فارتفع بكاءه" فيه إشعار بأنه لو خرج الدمع بلا صوت لم تفسد، (مج).
قوله: "فارتفع بكاءه" أما خروج الدمع بلا صوت أوصوت بلحصول حرف، فغير مفسد.(النهر الفائق)

(٩) قوله: "فإن كان [أى كل ذلك إن كان آه. ع] من ذكر الجنة أو النار" سواء كان مذكرًا، أو ذكره بنفسه. (عبد)

كان من وجع، أو مصيبة قطعها[١]؛ لأن فيه إظهار الجزع والتأسف، فكان من كلام الناس، وعن أبي يوسف رح أن قوله: آه، لم يفسد في الحالين[٢]، وأوه[٣] يفسد. وقيل: الأصل عنده[٤] أن الكلمة إذا اشتملت على حرفين، وهما زائدتان[٥] أو إحداهما لا تفسد، وإن كانتا أصليتين تفسد، وحروف الزوائد جمعوها[٦] في قولهم[٧]: اليوم تنساه، وهذا[٨] لا يقوى؛ لأن كلام الناس في متفاهم العرف، يتبع وجود حروف الهجاء، وإفهام المعنى، ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد[٩].

---

(١٠) قوله: "ولم يقطعها" إنما افترق بين ذكر الجنة والنار، وبين الوجع والمصيبة؛ لما أن الأنين من ذكر الجنة والنار تعريض بسؤال الجنة والنار، ولو صرح به، فقال به: اللهم إني أسألك الجنة، وأعوذ بك من النار، لم يضره، فكذلك ههنا، وإذا كان من وجع ومصيبة، فهو تعريض بإظهار الوجع، ولو صرح به فقال: أعينوني وأدركوني، فإني مصاب، فسدت صلاته، فكذلك ههنا. (نهاية)

(١) قوله: "قطعها" إلا لمريض لا يملك نفسه عن أنين، وتأوه؛ لأنه حينئذٍ كعطاس وسعال وجُشاء وتثاؤب، وإن حصل لهذه الأربعة حروف للضرورة. (الدر المختار)

(٢) أي الخشوع والجزع. (ف)

(٣) لغاته أكثر من العشرة، كما في الرضي. (مج)

(٤) قوله: "وقيل: الأصل عنده" إلخ وهذا لأن أصل كلام العرب ثلاثة أحرف؛ لاحتياجه إلى حرف يبتدأ به، وحرف يوقف عليه، وحرف يفصل بينهما، فالحرف الواحد، فلا أقل الجملة يطلق عليه اسم الكلام، والحرفان إن كان أحدهما من الزوائد كذلك؛ لأنه نظر إلى الأصل على حرف واحد، وأما إذا كانتا أصليتين، فقد وجد الأكثر، وهو يقوم مقام الكل. (عناية)

(٥) أي من جنس حروف الزوائد؛ لا أنهما زائدتان في الكلمة. (عبد)

(٦) قوله: "جمعوها" بمعنى أن كل زائد لا بد أن يكون منها، لا على عكسه. (ع)

(٧) قوله: "في قولهم: اليوم تنساه" وعلى هذا، فقوله: آه لأنهما من الزوائد، فلا يفسد، وأوه تفسد؛ لأنه زائد على حرفين، فإنه في الزوائد على حرفين لا ينظر إلى الأصالة. (عناية)

(٨) أي هذا الأصل. (عبد)

(٩) قوله: "في حروف كلها زوائد" قال في "النهاية": فإنك إذا قلت: أنتم اليوم سألتمونيها إن هذا مبتدأ وخبر، وفعل وفاعل ومفعول به ومفعول فيه، وكلها من حروف الزوائد، وهو مفسد بالاتفاق.
قلت: هذا لا يرد عليه، فإن كلامه في الحرفين، لا في الزائد عليهما، فإن في الزائد عليها قوله كقولهما، وتابعه الشارحون، وأقول: قول المصنف في حروف كلها زوائد يجوز أن يكون المراد بالجمع فيه التثنية، وحينئذٍ يكون معنى كلامه كلام الناس في العرف عبارة عن وجود الهجاء، وإفهام المعنى، وذلك يتحقق في الكلام

وإن تنحنح بغير عذر، بأن لم يكن مدفوعًا إليه[١]، وحصل به الحروف ينبغي أن يفسد عندهما[٢]، وإن كان بعذر، فهو عفو كالعطاس[٣] والجشاء[٤]، إذا حصل به حروف[٥].

ومن عطس، فقال له آخر[٦]: يرحمك الله، وهو في الصلاة[٧] فسدت صلاته[٨]؛ لأنه يجري في مخاطبات الناس، فكان من كلامهم، بخلاف ما إذا قال العاطس أو السّامع: الحمد لله، على[٩] ما قالوا؛ لأنه لم يتعارف جوابًا. وإن استفتح[١٠]، ففتح عليه في صلاته[١١] تفسد[١٢]، ومعناه أن يفتح المصلي على غير إمامه[١٣]؛ لأنه تعليم وتعلم[١٤]،

الذي فيه حرفان من حروف الزيادة، فيكون كغيره من كلام الناس، فيكون مفسدًا. (عناية)

(١) بأن لم يكن مضطرًا إليه. (ن)

(٢) قوله: "ينبغي أن يفسد عندهما" إنما لم يجزم بالجواب؛ لثبوت الخلاف فيما إذا لم يكن مدفوعًا له، بل فعله لتحسين الصوت، فعند الفقيه إسماعيل الزاهد تفسد، وعند غيره لا، وهو الصحيح؛ لأن ما للقراءة ملحق بها. (ف)

(٣) بالضم. (م)

(٤) بالضم والمد بالفارسية: آروغ (م)

(٥) قوله: "إذا حصل به حروف به" كما في "المعراج" لكن ينبغي تقييده بما إذا لم يتكلف إخراج حروف زائدة على ما يقتضيه طبيعة العاطس ونحوه، كما لو قال: هاه هاه مكررًا لها في تثاؤبه، فإنه منهي عنه بالحديث تأمل، وأفاد أنه لو لم يحصل منه حروف لا تفسد مطلقًا، كما لو سعل وظهر منه صوت من نفسه يخرج من الأنف بلا صوت. (الدر المختار)

(٦) قوله: "فقال له آخر" إلخ احتراز عما قال لنفسه: يرحمك الله، لا تفسد كقوله: رحمني الله. (ف)

(٧) قوله: "وهو في الصلاة" الضمير راجع إلى القائل. (ن)

(٨) قوله: "فسدت صلاته" وعن أبي يوسف لاتفسد؛لأنه دعاء له بالمغفرة والرحمة، وهما يتمسكان بحديث معاوية بن الحكم السابق أول الباب، فأنه في عين المتنازع فيه (ن).

(٩) قوله: "على ما قالوا" في هذا اللفظ إشارة إلى ثبوت الخلاف، ففي "المحيط": روى عن أبي حنيفة أن العاطس يحمد في نفسه، ولا يحرك لسانه، فلو حرك لسانه فسدت صلاته. (ع)

(١٠) قوله: "وإن استفتح" إلخ في "الفوائد الظهيرية": الاستفتاح طلب الفتح والاستنصار. (نهاية)

(١١) إلا إذا أراد التلاوة. (الدر المختار)

(١٢) صلاة كل منهما. (ن)

(١٣) قوله: "على غير إمامه إلخ" سواء كان ذلك الغير في الصلاة أولا. (مج)

فكان من جنس كلام الناس، ثم شرط التكرار في "الأصل"[١]؛ لأنه ليس من أعمال الصلاة، فيعفى القليل منه، ولم يشترط[٢] في "الجامع الصغير"؛ لأن الكلام بنفسه قاطع وإن قلّ.

وإن فتح على إمامه لم يكن كلامًا مفسدًا[٣] استحسانًا[٤]؛ لأنه

---

(١٤) قوله: "لأنه تعليم وتعلم" لو قال: أو تعلم بجعل، أو لمنع الخلو، لكان أولى يشمل صورتي المسألة المذكورة، وتفصيل المقام أن الاستفتاح والأخذ وكذا الفتح يوجد في صور: الأولى: أن يكون الفاتح والمستفتح -سواء أخذ أو لا- خارج الصلاة، وهذه الصورة خارجة عما نحن بصددها.

الثانية: أن يكون الفاتح خارجًا من الصلاة، والمستفتح في الصلاة، ففي هذه الصورة لو أخذ الإمام يفسد صلاته؛ لأنه تلقن ممن هو خارج من الصلاة، والتلقن من الغير مفسد على ما صرح به الزيلعي وغيره، وإلا لم يفسد لعدم التعلم.

الثالثة: أن يكون الفاتح في الصلاة، والمستفتح القارئ في غير الصلاة، ففي هذه الصلاة يفسد صلاة المصلي، سواء أخذ القارئ أولا؛ لأنه وجد منه التعليم للغير.

الرابعة: أن يكون كل من الفاتح والمستفتح في الصلاة، لكن يكون صلاة كل على حدة، بأن لا يكون أحدهما مقتديا للآخر، ففي هذه الصورة يفسد صلاة الفاتح؛ لوجود التعليم، ويفسد صلاة القارئ إن أخذ لوجود التلقي من الغير، وإلا لا.

الخامسة: أن يكون أحدهما مقتديا بالآخر، ففي هذه الصورة لا يفسد صلاة الفاتح، ولا صلاة القارئ، وإن أخذ، والله أعلم.

هذا قلت: ومن ههنا يعلم جواب ما كثرت عنه الفتيا من أنه، ما حكم صلاة من يسمع قراءة الإمام في الصلاة، بدون الحفظ ناظرا في المصحف بلا تقليب الأوراق، ويفتح منه.

وتحرير الجواب أنه يفسد صلاة الفاتح؛ لأنه تلقن من الغير، وهو المصحف، وصلاة الإمام إن أخذ فتحه، وبه أجبت المسألتين مستعينًا بحبل رب العالمين، وقد صنفت في تحقيق هذه المسألة رسالة سميتها بالقول الأشرف في الفتح عن المصحف، فليطلب تحقيقه منه. (مولوي محمد عبد الحي رح)

(١) قوله: "في الأصل [أي المبسوط. ن]" قال في "الأصل": إذا افتتح غير مرة فسدت صلاته، وفيه إشارة إلى أنه ما لم يتكرر لم يفسد. (ع)

(٢) وهو الصحيح. (ف)

(٣) قوله: "لم يكن كلامًا" إطلاق هذا دليل على أن ما إذا قرأ الإمام مقدار ما يجوز به الصلاة، أو لم يقرأ لا تفسد عندهما بالفتح والأخذ، ويؤيده ما ذكره قاضيخان في "فتاواه" حيث قال: وإن قرأ الإمام مقدار ما يجوز به الصلاة إلا أنه توقف، ولم ينتقل إلى آية أخرى، حتى فتح المقتدي، اختلفوا فيه، والصحيح أنه لا يفسد صلاة الفاتح، وإن أخذ الإمام لا تفسد صلاتهم ما لم يكن كلامًا. (نهاية)

(٤) قوله: "استحسانًا" إما بالأثر. وهو ما روي أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قرأ في الصلاة سورة المؤمنين، فترك منها كلمة، فلما فرغ منها قال: ألم يكن فيكم أبي بن كعب، فقال: بلى يا رسول الله! فقال: هلا فتحت علي؟ فقال: ظننت أنها نسخت، فقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: لو نسخت

مضطر إلى إصلاح صلاته، فكان هذا من أعمال صلاته معنى، وينوى الفتح على إمامه دون القراءة[١]، هو الصحيح[٢]؛ لأنه مرخص فيه، وقراءته ممنوع عنها[٣].

ولو كان الإمام انتقل إلى آية أخرى تفسد صلاة الفاتح[٤]، وتفسد صلاة الإمام[٥] لو أخذ بقوله؛ لوجود التلقين[٦] والتلقّن[٧] من غير ضرورة، وينبغى للمقتدى أن لا يعجّل بالفتح، وللإمام أن لا يلجئهم إليه[٨]، بل يركع إذا جاء أوانه[٩]، أو ينتقل إلى آية أخرى.

فلو أجاب رجلا فى الصلاة بلا إله إلا الله[١٠]، فهذا كلام مفسد عند

لأنبأتكم، وإما بما قال فى الكتاب. (عناية)

(١) قوله: "دون القراءة" ومنهم من قال: ينوى القراءة دون الفتح. (ع)

(٢) قوله: "هو الصحيح" قلت: بل الصحيح أن ينوى التلاوة دون الفتح؛ لأن المفسد فى نفسه هو الفتح؛ لأنه كلام معنى إلا أنه عفى للضرورة، فيجب الاحتراز عنه ما أمكن. (د)

(٣) قوله: "وقراءته ممنوع عنها" قلت: من ضرورة الرخصة بالفتح الرخصة بالقراءة (إله داد)، قلت: هب لكن مراد المصنف أن قراءته استقلالا ممنوعة، والفتح استقلالا مرخص، فلو نوى القراءة يلزم وجود القراءة الاستقلالية، فلذا قلنا: أن ينوى الفتح الجائز الاستقلالى، فإنه وإن عفى للضرورة لكن لو احترز عنه يلزم مفسدة أخرى فوقها، وهو وجود المنهى عنه.

ومن ههنا علمت جواب الإيراد الأوّل أيضًا، فاغتنم هذا التقرير من العبد الحقير. (عبد)

(٤) قوله: "تفسد صلاة الفاتح إلخ" إطلاق هذه على خلاف ما ذكر فى "المحيط" فى قول عامة المشايخ. (نهاية)

(٥) قوله: "وتفسد صلاة الإمام إلخ" والصحيح أنه لا تفسد صلاة المقتدى، ولا صلاة الإمام؛ لما روى: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قرأ فى صلاته سورة المؤمنين» إلى آخر الحديث. (إله داد)

(٦) من المقتدى.

(٧) من الإمام.

(٨) قوله: "أن لا يلجئهم" الإلجاء أن يردد الآية، أو يسكت. (عبد)

(٩) قوله: "إذا جاء أوانه" أطلق الأوان ولم يفصل؛ لأن الرواية اختلفت فيه، فى بعضها اعتبر الاستحباب، وفى بعضها اعتبر فرض القراءة. (ن)

(١٠) قوله: "فلو أجاب فى الصلاة رجلا بلا إله إلا الله" بأن قال فى مقابلة من قال: أ مع الله إله آخر (عبد).

قوله: "فلو أجاب فى الصلاة إلخ" الأصل فى هذا الباب أن الكلام على ثلاثة أقسام: أحدها: ما لا يكون

أبى حنيفة رح ومحمد رح. وقال أبو يوسف رح[١]: لا يكون مفسدًا، وهذا الخلاف فيما إذا أراد به جوابه، له أنه ثناء[٢] بصيغته، فلا يتغير[٣] بعزيمته، ولهما أنه أخرج الكلام مخرج الجواب، وهو يحتمله[٤]، فيجعل[٥] جوابًا كالتشميت[٦]، والاسترجاع[٧] على الخلاف فى الصحيح[٨].

عينه، ولا معناه كلامًا، بل ذكرا، وثانيها: أن يكون عينه كلامًا، وكذا معناه.

وثالثها: ما يكون عينه ذكرًا، ومعناه كلامًا، فأما الذى يكون عينه ومعناه ذكرًا، فلا تفسد به الصلاة، وإن وقع فى غير محله، حتى لو قرأ فى الركوع أو السجود، أو قرأ فى التشهد لا تفسد صلاته، نعم تجب سجدة السهو إن فعل ذلك ناسيا، ولو قرأ التوراة والإنجيل فسدت، كذا فى "البحر الرائق".

وأما الذى يكون عينه، أو معناه كلامًا، فيفسد به الصلاة، قل أو كثر، لكن إن تكلم بحرف واحد لا تفسد على ما فى "السراجية".

وأما الذى يكون عينه ومعناه كلامًا، بأن يقع جوابًا، فهو مفسد عندهما، خلافًا لأبى يوسف، فإن استرجع عند سمع المصيبة، أو قال: لا إله إلا الله لما سئل عن وحدانية الله، أو سمع خبرًا سارًا، فقال: الحمد لله، فإن قصد به إعلام أنه فى الصلاة، لا تفسد اتفاقًا، وإن أراد به الجواب يفسد عندهما، خلافًا لأبى يوسف، والصحيح فى جنس هذه المسائل قولهما، كذا فى "البناية".

وبالجملة كل ما وقع جوابا صار كلامًا معنى، فيفسد على الصحيح، فلو سبح الله، أو هلّل زجرا من فعل، أو أمرا به فسدت عندهما، ولو أراد إعلام من استأذن منه أنه فى الصلاة لا تفسد، كذا فى "البحر الرائق".

ولو سمع اسم الله فعظمه، أو سمع اسم رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فصلى عليه، أو قرأ الإمام، فقال: صدق الله ورسوله، أو دعا أحد، فقال: آمين، تفسد عندهما.

ولو لعن الشيطان، قيل: تفسد، وقيل: لا. ولو حوقل، فإن لأمور الدنيا تفسد، وإن لأمور الآخرة لا تفسد، كذا فى "الدر المختار"، ولو أذن فى الصلاة، فإن أراد به الأذان فسدت، وكذا لو سمع الأذان فأجابه، وعند أبى يوسف لا تفسد، حتى يقول: حى على الصلاة، حى على الفلاح، ولو صلى على رسول الله، ولم يكن جوابًا لغيره لا تفسد، كذا فى "الخلاصة"، وذكر فى "جامع المضمرات" أن المريض الذى يعتاد أن يقول: بسم الله عند الوجع، لو قال ذلك فى الصلاة، قيل: تفسد على قياس قول أبى حنيفة ومحمد، والفتوى على أنه لا يفسد؛ لأنه ليس من كلام الناس انتهى، ولى فى بعض هذه الفروع نظر بالنظر إلى المعقول والمنقول، كما أوضحته فى "السعاية فى كشف ما فى شرح الوقاية"، فليراجع إليه. (مولوى محمد عبد الحيرح)

(١) وقول الشافعى مثله. (ن)

(٢) قوله: "ثناء بصيغته [أى بما وضع له. ع]" وكل ما هو كذلك لا يتغير بعزيمته. (عناية)

(٣) قوله: "فلا يتغير بعزيمته" كما لم يتغير عند قصد إعلامه أنه فى الصلاة مع أنه أيضًا قصد معنى ليس موضوعًا له. (ف)

(٤) قوله: "وهو يحتمله" إنما قال: ذلك لأنه لو لم يحتمل لم يفسد. (عبد)

(٥) قوله: "فيجعل جوابًا" إذا المشترك يجوز تعيين أحد مدلوليه. (ع)

(٦) قوله: "كالتشميت [بمعنى جواب عطسه دادن. عبد]" وهو متفق عليه؛ لاشتماله على كاف

وإن أراد به إعلامه(١) أنه فى الصلاة لم تفسد بالإجماع ؛ لقوله عليه السّلام(٢) : «إذا نابت أحدكم نائبة فى الصّلاة فليسبح» * ومن صلّى ركعة من الظهر(٣) ، ثم افتتح(٤) العصر أو التطوع(٥) ، فقد نقض الظهر ؛ لأنه صح شروعه فى غيره ، فيخرج عنه . ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة ، فهى هى ويجتزئ بتلك الركعة ؛ لأنه نوى الشروع فى عين ما هو فيه ، فلغت نيته(٦) ، وبقى المنوى على حاله . وإذا قرأ الإمام من المصحف(٧) فسدت صلاته عند أبى حنيفة رح ، وقالا رح(٨) : هى تامة ؛ لأنها

الخطاب. (عبد الغفور)

(٧) قوله: "والاسترجاع" أى قول: ﴿إنا لله وإنا إليه راجعون﴾. (عبد)

(٨) قوله: "فى الصحيح" ومنهم من قال: هو على الوفاق، يعنى أن أبا يوسف وافقهما فى أن الاسترجاع مفسد، والفرق له أن الاسترجاع لإظهار المصيبة، وما شرعت الصلاة لأجله، والتهليل للتعظيم والتوحيد، والصلاة شرعت له. (عناية)

(١) وقد استأذنه إنسان فى الدخول عليه مثلا. (ن)

(٢) أخرجه الستة. (ف)

* رواه سهل بن سعد انظر الدراية ج١رقم الحديث ٢٢٠، ص١٧٧ ، ونصب الراية ج٢ ص٧٥ (نعيم).

(٣) مثلا. (عبد)

(٤) قوله: "ثم افتتح العصر، أو التطوع" أى نوى بالقلب مع التكبير بلا رفع اليد، وإنما قيدنا النية بالقلب؛ إذ لو تكلم بها، لكان التكلم مخرجًا، وإنما قيدنا بلا رفع اليد، إذ لو رفع اليد، لكان مخرجا؛ لأنه عمل كثير. (عبد).
قوله: "ثم افتتح العصر إلخ" قيده بعضهم بأن يكون بلا رفع اليدين، ووجهوه بأنه لو رفع يديه تفسد صلاته؛ لأنه عمل كثير، وهو مردود بأن تفسير العمل الكثير بما يكون باليدين غير معول عليه، وفساد الصلاة برفع اليدين مما لا وجه له، كما بسطه القونوى فى رسالته. (مولوى محمد عبد الحيرح)

(٥) قوله: "العصر، أو التطوع إلخ" فإن كان صاحب الترتيب كان شارعًا فى التطوع عندهما، خلافًا لمحمد رحمه الله لو لم يكن بأن سقطت للضيق، أو الكثرة صح شروعه فى العصر. (رد المحتار)

(٦) قوله: "فلغت [إلا إذا تلفظ بالنية. در مختار] نيته" حتى لو صلى بعدها ثلاث ركعات يخرج عن عهدة فرض الظهر، ولوصلى أربعًا بعد ما نوى على ظن أن الأولى انتقضت، ولم يقعد فى الثالثة بطلت صلاته. (ن)

(٧) قوله: "وإذا قرأ الإمام [قرأ قليلا أو كثيرًا. د] الخ" قال فى "النهاية": قيد الإمام اتفاقى انتهى، فيعلم أن قراءة المقتدى من المصحف أيضًا مفسد، ولا يخفى أن فى الفتح تلاوة وإن كانت ضمنية، فيفسد صلاة المؤتم لو فتح الإمام من المصحف، وإذا فسد صلاته فلا جرم يفسد صلاة الإمام لو أخذ، وهذا صريح الجواب فى المسألة الراقعة فى زماننا المذكورة، والله أعلم بالصراب، (مولوى محمد عبد الحى)

عبادة انضافت[١] إلى عبادة أخرى، إلا أنه يكره؛ لأنه تشبه[٢] بصنيع أهل الكتاب[٣]. ولأبي حنيفة رح[٤] أن حمل المصحف، والنظر فيه، وتقليب الأوراق عمل كثير[٥]، ولأنه تلقن من المصحف، فصار كما إذا تلقن[٦] من غيره[٧]، وعلى هذا[٨] لا فرق بين المحمول والموضوع[٩]، وعلى الأول[١٠] يفترقان[١١].

---

(٨) قوله: "وقالا: هي تامة" واحتجا بما روى من حديث ذكوان أنه كان يؤم عائشة في رمضان، وكان يقرأ من المصحف. (ن)

(١) قوله: "انضافت إلى عبادة" أي انضمت إلى عبادة، وهو النظر في المصحف؛ لقول النبي ﷺ «أعطوا أعينكم من العبادة حظها»، قيل: وما حظها من العبادة؟ قال: «النظر في المصحف». (ع)

(٢) قوله: "لأنه يشبه بصنع أهل الكتاب" وقد نهينا عن التشبه بهم فيما لنا منه بد، كما يكره للإنسان أن يصلي سادلا ثوبه؛ لأنه صنع أهل الكتاب، ولنا منه بد، قلت: وبقولنا فيما لنا منه بد خرج الجواب عما قال الشافعي: بأنه لو كره هذا الصنع لأنه صنع أهل الكتاب كان يجب أن يكره إذا كان يصلي وهو يقرأ عن ظهر القلب؛ لأن منهم من يصلي هكذا، وكذلك نتصدق كما يتصدقون، ونشرب كما يشربون، ونأكل كما يأكلون. (ن)

(٣) فإنهم يفعلون كذلك. (ن)

(٤) قوله: "ولأبي حنيفة إلخ" ولم يذكر في الكتاب مقدار القراءة، وقد اختلف فيه، فقيل: إذا قرأ مقدار آية تامة فسدت؛ لأن ما دون الآية غير معتبرة، ومنهم من يقول: مقدار الفاتحة، والظاهر أن القليل والكثير عنده سواء في الإفساد، وعندهما في عدمه، ولذا أطلق في الكتاب. (ع)

(٥) قوله: "عمل كثير" فيه أنه لا يحتاج إلى تقليب الأوراق والحمل، و لو حمل وقلب الأوراق وقرأ، فلا كلام فيه، بل هو مفسد اتفاقًا، إنما الكلام في ما إذا نظر إلى المصحف، ثم قرأ، وأنه عمل قليل. (د)

(٦) والتلقن من الغير مفسد. (ع)

(٧) قوله: "من غيره" قد مر في المسائل الاثنا عشرية وأنه لو تعلم أمي سورة بعد ما قعد قدر التشهد تفسد صلاته عند أبي حنيفة رح، ولو كان التلقن منافيًا للصلاة، لتمت الصلاة؛ لوجود الصنع منه، وحيث لا تتم به علم أنه ليس بمنافٍ لها، وذلك بأن سمع رجلا يقرأ فأخذ منه، والنظر في المصحف ثم الأخذ منه كالسماع من الغير، ثم الأخذ منه، وعن هذا قيل: إن المراد بالتعلم في المسائل الاثنا عشرية التذكر، دون التلقن. (ملا إله داد)

(٨) أي الوجه الثاني. (ع)

(٩) قوله: "لا فرق بين المحمول والموضوع" في مكان، لأنهما في التلقي سواءان. (عناية)

(١٠) قوله: "وعلى الأول يفترقان" فيحمل ما روى عن ذكوان مولى عائشة رضي الله عنها أنه كان يؤم بها في شهر رمضان، وكان يقرأ من المصحف، على أنه كان موضوعًا، و على الثاني على كونه مراجعةً قبل الصلاة. (ف)

ولو نظر إلى مكتوب(١) وفهمه(٢)، فالصحيح(٣) أنه لا تفسد صلاته بالإجماع(٤)، بخلاف ما إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رح؛ لأن المقصود هنالك الفهم، أما فساد الصلاة، فبالعمل الكثير(٥) ولم يوجد(٦).

وإن مرّت امرأة بين يدى المصلى(٧) لم تقطع الصلاة(٨)؛ لقوله عليه

---

(١١) قوله: "يفترقان" فإن قلت: إنما يدل التعليل الأوّل على الافتراق إذا كان عدم العلة يوجب عدم الحكم، وقد عرف أن انتفاء العلة لا يدل على انتفاء المعلول؛ لجواز أن يثبت الحكم بعلل شتى، فيجب إثباته عند وجود علة أخرى.

أجيب بأن التعرض فى التعليل الأول لحمل المصحف وتقليب الأوراق إشارة إلى أن نفس التلقن ليس بمفسد، وإلا لم يكن بهذا التطويل وجه، فيقتضى الافتراق بحكم بهذه الإشارة لا بمقتضى أن انتفاء العلة يوجب انتفاء الحكم. (إله داد)

(١) قوله: "إلى مكتوب" أى مكتوب هو غير القرآن؛ لأنه لو نظر إلى مكتوب هو قرآن وفهمه، لا خلاف فيه لأحد أنه يجوز. (نهاية)

(٢) ولم يقرأ بلسانه. (ع)

(٣) قوله: "فالصحيح أنه لا تفسد صلاته" احترازعن قول من قال: إن كان مستفهما فسدت على قول محمدرح، خلافًا لأبى يوسفرح قياسا على مسألة اليمين. (ف)

(٤) قوله: "بالإجماع" أى إجماع العلماء الثلاثة على عدم الإفساد. (عبد)

(٥) قوله: "فبالعمل الكثير" واختلفوا فى حده، فقيل: ما يحصل بيد واحدة فهو قليل، وما يحصل بيدين فهو كثير، وقيل: لو كان بحال لو يراه إنسان من بعيد تيقن أنه ليس فى الصلاة، فهو كثير، وإن كان يشك أنه فيها فقليل، وقيل: يفوض إلى رأى المبتلى إن استكثره فكثير، وإلا فلا. (ف)

(٦) قوله: "ولم يوجد" الأولى أن يقول: فبالتكلم ولم يوجد. (عبد)

(٧) قوله: "وإن مرت إلخ" إنما قال ذلك لأن بعض أصحاب الظواهر ذهبوا إلى أن مرورها قاطع بحديث حاصله أن مرور الكلاب، والحمر، والنساء مفسد،وفيه أن عائشة رضى الله عنها لما استخبرت عن قول أهل العراق، فأنكرت عائشة رضى الله عنها، وقالت: يا أهل العراق والشقاق والنفاق! قد قرنتمونا بالكلاب والحمر، وقالت: «كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يصلى وأنا معترضة بين يديه». (عبد)

(٨) قوله: "لم يقطع الصلاة" اختلفت الرواية عن أحمد بن حنبل فى ما إذا مر جنى بين يدى المصلى، هل يقطع صلاته؟ فروى عنه أنه يقطعها؛ لأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم حكم بقطع الصلاة بمرور الكلب الأسود، فقيل له: ما بال الأحمر من الأسود، قال: الكلب الأسود شيطان، والرواية الثانية لا يقطعها، كذا فى "آكام المرجان فى أحكام الجان" للقاضى بدر الدين الشبلى من أصحابنا.

أقول: قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يقطع الصلاة شيء» يرد حكم القطع، فإن النكرة تحت النفى تعم، وأما

السّلام(١) : «لا يقطع الصلاة مرور شيء»(٢)* إلا أن المارّ آثم؛ لقوله عليه السّلام(٣) : «لو علم المارّ بين يدي المصلي ما ذا عليه من الوزر لوقف أربعين»(٤)** وإنما يأثم إذا مر في موضع(٥) سجوده على ما قيل، ولا يكون بينهما(٦) حائل(٧)، وتحاذي أعضاء المارّ أعضاءه(٨) لو كان

قوله عليه الصلاة والسلام المروي في "الصحيحين": «إن عفريتًا من الجن تفلت على البارحة ليقطع على الصلاة» الحديث، فمعنى القطع فيه إذهاب الكمال، كذا فسره المحدثون. (عبد)

(١) رواه مسلم (ف).

(٢) فادرأوا ما استطعتم فإنه شيطان -انتهى-. (ف)

*أخرجه أبو داود والدارقطني من حديث أبي سعيد، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٢١، ص١٧٨، ونصب الراية ج٢ ص٧٦ (نعيم).

(٣) الحديث في "الصحيحين". (ف)

(٤)قوله: "لوقف أربعين [الحديث]" قال أبو النضر الراوي:لا أدري، قال: أربعين يومًا، أوشهرًا، أو سنة. (ف)

** انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٢٢، ص١٧٨، ونصب الراية ج٢ ص٧٩ (نعيم).

(٥) قوله: "موضع سجوده" هو اختيار شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام وقاضي خان، وقال فخر الإسلامرح: إذا صلى راميا بصره إلى موضع سجوده، ومر بموضع لم يقع بصره عليه لا يكره، ومنهم من قدره بمقدار صفين، أو ثلاثة، ومنهم من قدر بثلاثة أذرع، ومنهم من قدر بخمسة، ومنهم بأربعين، هذا في الصحراء، فأما إذا كان في المسجد: فقيل: لا ينبغي لأحد أن يمر بينه وبين قبلة المسجد، وقيل: يمر ما وراء خمسين ذراعًا.
قوله: "موضع سجوده" المراد بقولهم: يكره المرور بين يدي المصلي الكراهة التحريمية، كما في "البحر الرائق" لأنه قد ورد في الأحاديث المنع عن المرور بين يدي المصلي.
فروى ابن ماجة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لو يعلم أحدكم ما له في أن يمر بين يدي أخيه معترضًا في الصلاة كان له أن يقيم مائة عام خيرًا له من الخطوة التي خطاها».
وروى مالك عن كعب الأحبار أنه قال: "لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه لكان أن يخسف به خيرًا له من أن يمر بين يديه"، وفي رواية أهون عليه، ثم هذا إذا كانت السترة بين يدي المصلي، ومر المار بين المصلي والسترة، أو لم يكن السترة ولم يجد طريقًا آخر، ومر بين يديه، فلو لم يقدم المصلي السترة في مواضع يظن المرور فيها، فلا بأس بالمرور بين يديه، لأن التقصير جاء من قبل المصلي، كما لو صلى بقارعة الطريق حيث يجوز المرور بين يديه.
وجوزوا المرور إلى الفرجة بين يدي الصف الثاني، وهذا الحكم عام في المسجد الحرام والكعبة، صرح به في "المرقاة". (من السعاية)

(٦) أي المصلي والمار. (ع)

(٧) كأسطوانة وجدار. (ع)

يصلى على الدكان . وينبغى لمن يصلى فى الصحراء أن يتخذ أمامه سترة ؛ لقوله عليه السلام : *«إذا صلى أحدكم فى الصحراء فليجعل بين يديه سترة»(٢) ، ومقدارهاذراع فصاعداً ؛ لقوله عليه السلام(٣) : «أيعجز أحدكم إذاصلى فى الصحراءأن يكون أمامه مثل مؤخرة الرحل(٤)»** وقيل(٥) : ينبغى(٦) أن تكون فى غلظ الإصبع ؛ لأن ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد ، فلا يحصل(٧) المقصود ، ويقرب من السترة ؛ لقوله عليه السّلام(٨) : «من صلى إلى سترة فليدن منها»*** ، و يجعل السترة على حاجبه الأيمن ، أو على الأيسر ، به ورد الأثر(٩)**** و لا بأس

(٨) قوله: "أعضاءه إلخ" إنما شرط هذا فإنه لو صلى على الدكان، والدكان مثل قامة الرجل، وهو سترة فلا يأثم المار، وكذا السطح والسرير، وكل مرتفع من القامة. (نهاية)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٢٣، ص١٧٩ ، ونصب الراية ج٢ ص٨٠ (نعيم).

(٢) غريب بهذا اللفظ.

(٣) غريب بهذا اللفظ. (ف)

(٤) قوله: "مثل مؤخرة [بضم الميم وكسر الخاء المعجمة لغة، وتشديده خطأ. ع] الرحل" هى الخشبة العريضة التى تحاذى رأس الراكب. (عناية)

** انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٢٤، ص١٨٠ ، ونصب الراية ج٢ ص٨١ (نعيم).

(٥) الظاهر أنه شيخ الإسلام. (عينى)

(٦) وفى "البدائع": أنه لا اعتبار للعرض. (بحر الرائق)

(٧) قوله: "فلا يحصل المقصود" فإن قلت: إن كان لا يبدو من بعيد، فقد يبدو من قريب، والممنوع من المرور هو المرور بين يديه موضع سجوده، كما هو مختار المصنف، ولا شك أن ما دونه يبدو لمن أراد أن يمر فى موضع سجوده أوبعيدا منه، ولكنه ليس بمختار للمصنفرح، كما مر.
فجوابه أن الامتناع عن المرور فى موضع السجود إنما يتيسر لمن تهيأ لذلك قبل أن يبتلى به، أما إذا ابتلى بذلك بغتة، فربما لا يتيسر له، والتهيأ لذلك إنما يكون إذا بدا له من بعيد. (د)

(٨) أخرج الحاكم بمعناه. (ف)

*** أخرجه أبو داود والنسائى وابن حبان من حديث سهل بن أبى حشمة، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٢٥، ص١٨٠ ، ونصب الراية ج٢ ص٨٢ (نعيم).

(٩) قوله: "به ورد الأثر" قلت: يشير إلى حديث أخرجه أبو داود عن ضباعة بنت المقداد بن الأسود عن أبيها قال: "ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يصلى إلى عمود ولا عود ولا شجرة إلا جعله

بترك السترة إذا أمن المرور، ولم يواجه الطريق، وسترة الإمام سترة للقوم؛ لأنه عليه السلام صلى[1] ببطحاء مكة إلى عنزة[2]، ولم يكن للقوم سترة[3]. ويعتبر الغرز[4] دون الإلقاء والخط[5]؛ لأن المقصود لا يحصل به، ويدرأ المار إذا لم يكن بين يديه سترة، أو مرّ بينه وبين السترة؛

على حاجبه الأيمن، أو الأيسر، ولا يصمد له صمداً". (ف)

*** انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٢٦، ص١٨١، ونصب الراية ج٢ ص٨٣ (نعيم).

(١) متفق عليه.

(٢) قوله: "عنزة" وهي عصا ذات زج، والزج: الحديدة التي في أسفل الرمح. (ع)

(٣) قوله: "ولم يكن للقوم سترة" ليس في الحديث، فيحتمل أن يكون من كلام المصنف. (ت)

(٤) قوله: "ويعتبر الغرز" وفي "مبسوط شيخ الإسلام": إنما يغرز إذا كانت الأرض رخوة، فأما إذا كانت الأرض صلبة لا يمكنه الغرز، فيضعه وضعًا؛ لأن الوضع قد روى أيضاً كما روى الغرز، لكن يضع طولا، لا عرضاً؛ ليكون على مثال الغرز. (نهاية)

(٥) قوله: "والخط" فإن لم يكن معه شيء، أو خشبة، هل يخط خطًا قال: لا يخط خطًا، والخط ليش بشيء، هكذا روى عن محمد، رواه أبو عصمة، وقال الشافعيرح: يخط خطًا، وبه قال بعض مشايخنا المتأخرين فقالوا: يخط طولا، لا عرضاً، (نهاية).

قوله: "والخط" لأن المقصود هو الدرء، فلا يحصل بالإلقاء، ولا الخط، وفي "مبسوط شيخ الإسلام": إنما يغرز إذا كانت الأرض رخوة، فأما إذا كانت صلبة لا يمكنه، فيضعه وضعاً، وقد روى كما روى الغرز، لكن يضع طولا، لا عرضاً؛ ليكون على مثال الغرز.

وروى أبو عصمة عن محمد: إذا لم يجد سترة، قال: لا يخط بين يديه، فإن الخط وتركه سواء؛ لأنه لا يبدو للناظر من بعيد، وقال الشافعي: إن لم يجد ما يغرز يخط خطًا طويلا، وبه أخذ بعض المتأخرين؛ لحديث أبي هريرة أنه عليه السلام قال: «إذا صلى أحدكم في الصحراء فليتخذ بين يديه سترة فإن لم يكن فيخط خطًا».

وقال السروجي: إذا لم يجد ما يغرز، هل يخط خطًا؟ فالمنع هو الظاهر، وعليه الأكثرون من أصحابنا وغيرهم، وفي "جامع التمرتاشي": عن محمد يخط، وقال السروجي: لا نأخذ بالخط، وقال المرغيناني: هو الصحيح، وفي "المحيط": الخط ليس بشيء، وفي الواقعات هو المختار، وكذا لا يعتبر الإلقاء، وفي "الذخيرة" للقرافي: الخط باطل، وهو قول الجمهور، وجوزه أشهب، وهو قول سعيد بن جبير والأوزاعي والشافعي بالعراق، ثم قال: لا يخط.

فإن قلت: قد روى أبو داود من حديث أبي هريرة مرفوعًا: «إذا صلى أحدكم فيجعل تلقاء وجهه شيئًا فإن لم يجد فلينصب عصا فإن لم يكن معه عصا فليخطط خطًا ثم لا يضر ما مر أمامه»، ورواه ابن ماجة وابن أبي شيبة أيضًا.

قلت: قال عبد الحق: ضعفه جماعة، ولا يكتب هذا الحديث، وقال ابن حزم في "المحلى": لم يصح في الخط شيء، ولا يجوز القول به، وفي "الذخيرة": هو مطعون فيه، وقال سفيان: لم نجد شيئًا يشد به هذا الحديث. (عيني)

لقوله عليه السلام: «ادرأوا ما استطعتم[١]»*، ويدرأ بالإشارة، كما فعل[٢] رسول الله بولدى أم سلمة**، أو يدفع بالتسبيح؛ لما روينا[٣] من قبل[٤]، ويكره الجمع بينهما[٥]؛ لأن بأحدهما كفاية.

فصل[٦]

ويكره للمصلى[٧] أن يعبث[٨] بثوبه[٩]، أو بجسده؛ لقوله عليه السّلام[١٠]: «إن الله تعالى كره لكم ثلاثًا»***، وذكر منها[١١]: العبث فى

---

(١) قوله: "فادرأوا ما استطعتم" قلت: تقدم لأبى داودرح عن مجاهد عن أبى الوداك عن الخدرى مرفوعًا: «لا يقطع الصلاة شيء وادرأوا ما استطعتم». (ت)

* متفق عليه من حديث أبى سعيد، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٢٦، ص١٨١، ونصب الراية ج٢ ص٨٤ (نعيم).

(٢) قوله: "كما فعل" روى ابن ماجة عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يصلى فى حجرة أم سلمة فمر بين يديه عبد الله، أو عمر بن أبى سلمة، فقال بيده، فمرت زينب بنت أم سلمة، فقال بيده هكذا، فمضت، فلما صلى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، قال: هن أغلب. (ن)

** انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٢٧، ص١٨١، ونصب الراية ج٢ ص٨٥ (نعيم).

(٣) قوله: "لما روينا من قبل" يعنى قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: إذا نابت أحدكم نائبة وهو فى الصلاة فليسبح. (ف)

(٤) قوله: "من قبل" وهذا فى حق الرجال، وأما فى حق النساء فيصفقن أى يضربن بظهور أصابع اليد اليمنى على صفحة الكف اليسرى؛ لما مر أن لهن التصفيق. (عناية)

(٥) أى الإشارة والتسبيح. (ع)

(٦) قوله: "فصل" أخره عن المفسدات؛ لقوة المفسد. (عناية)

(٧) قوله: "ويكره إلخ" كأنه أراد بالمكروه ههنا ما يكون غير مفسد للصلاة، وإن كان حرامًا بدليل قطعى، فإنه حرام بالإجماع. (إله داد)

(٨) قوله: "أن يعبث" العبث الفعل الذى فيه غرض، لكنه ليس بشرعى، والسفه ما لا غرض فيه أصلا، وقال مولانا حميد الدينرح: العبث كل عمل ليس فيه غرض صحيح، ولا نزاع فى الاصطلاح، ولما كان العبث بالثوب والجسد أكثر وقوعًا قدمه. (عناية)

(٩) قوله: "بثوبه إلخ" إنما قدم العبث على غيره من تقليب الحصا وغيره؛ لما أنه كلى مشتمل على ما بعده، كذا فى "النهاية"، ورد عليه فى "العناية" بأن العبث بالثوب والجسد ليس بكلى يكون ما بعده من جزئياته. (مولوى محمد عبد الحى)

(١٠) رواه القضاعى فى "مسنده". (ف)

الصلاة، ولأن العبث[١] خارج الصلاة حرام، فما ظنك في الصلاة؟ ولا يقلِّب الحصا؛ لأنه نوع عبث إلا أن لا يمكنه من السجود، فيسويه مرة واحدة[٢]؛ لقوله عليه السّلام[٣]: «مرة يا أبا ذر وإلا فذر[٤]»*، ولأن فيه إصلاح صلاته، ولا يفرقع أصابعه[٥]؛ لقوله عليه السلام[٦]: «لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي[٧]»**، ولا يتخصّر، وهو وضع اليد[٨] على الخاصرة[٩]؛ لأنه عليه السلام نهى عن الاختصار

***انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٢٨، ص١٨١، ونصب الراية ج٢ ص٨٦ (نعيم).

(١١) قوله: "وذكر منها العبث في الصلاة" وهو أولها، ثم قال: والرفث في الصيام والضحك بالمقابر. (فتح القدير)

(١) فيه نظر، فإن العبث ليس بحرام. (عيني)

(٢) قوله: "مرة" في "المحيط": ولا يقلب الحصى إلا أن لا يمكنه من السجود؛ فيسوي موضع سجوده مرة، أو مرتين، وكأنه أراد بالمرة ما دون الثلاثة. (د)

(٣) غريب بهذا اللفظ. (ت)

(٤) قوله: "مرة يا أبا ذر إلخ" هذا اللفظ ذكره في "المبسوط"، وتبعه من جاء بعده، ولم يجده المخرجون، وأما معناه فرواه أبو نعيم في "حلية الأولياء" وغيره. (مولوى عبد الحيرح)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٣٠، ص١٨٢، ونصب الراية ج٢ ص٨٦ (نعيم).

(٥) قوله: "ولا يفرقع" الفرقعة تنقيض الأصابع، وذلك بأن تغمزها حتى تصوت. (نهاية)

(٦) أخرجه ابن ماجة. (ت)

(٧) ويكره خارج الصلاة أيضاً عند الأكثر، جامع الرموز. (ت)

** رواه على رضى الله عنه، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٢٩، ص١٨١، ونصب الراية ج٢ ص٨٧ (نعيم).

(٨) ويكره خارج الصلاة للرجل والمرأة. (عيني)

(٩) قوله: "على الخاصرة" هو ما فوق الطفطفة والشراسيف، والطفطفة: أطراف الخاصرة، والشراسيف: أطراف الضلع الذي يشرف على البطن، كذا في "المغرب". (نهاية)

قوله: "على الخاصرة" هذا أحد تفاسير التخصر، وقيل: هو التوكئ على عصا، وقيل: المراد به أن يختصر في السورة من أولها آية، أو آيتين، وقيل: هو أن يحذف آية السجدة، وقيل: غير ذلك لكن أصلح التفاسير هو الأول، وبه قال جمهور أهل اللغة والفقه والحديث، كذا في "تبيين الحقائق"، ثم الكراهة في التخصر تحريمية؛ لورود النهي، كذا في "البحر الرائق".

وقال في "البناية": كراهة التخصر متفق عليه في حق الرجل والمرأة كليهما، وذكر صاحب "الدر المختار" أنه مكروه خارج الصلاة أيضاً، لكن الكراهة فيه تنزيهية. (مولوى عبد الحي رحمه الله تعالى)

فى الصلاة[١]*، ولأن فيه ترك الوضع المسنون، ولا يلتفت؛ لقوله عليه السلام[٢]: «لو علم المصلى من يناجى ما التفت»**.

ولو نظر بمؤخر عينيه[٣] يمنة ويسرة من غير أن يلوى عنقه[٤] لايكره؛ لأنه عليه السلام كان يلاحظ أصحابه[٥] فى صلاته بمؤق عينيه[٦]، *** ولا يُقعِى ولا يفترش ذراعيه؛ لقول أبى ذر[٧]: نهانى خليلى عن ثلاث: أن أنقر نقر الديك[٨]، وأن أقعى إقعاء الكلب[٩]، وأن

---

(١) أخرجه الجماعة إلا ابن ماجة. (ت)

* متفق عليه من حديث أبى هريرة، انظر الدراية ج١رقم الحديث ٢٣١، ص١٨٢، ونصب الراية ج٢ ص٨٧ (نعيم).

(٢) قوله: "عليه السلام [غريب. ت]" فيه ألفاظ أقربها إلى لفظ الكتاب ما أخرجه البيهقى فى "شعب الإيمان": «ما من مؤمن عن كعب يقوم مصلياً إلا وكل الله به ملكًا ينادى يا ابن آدم لو تعلم ما فى صلاتك من تناجى ما التفت». (ف)

** انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٣٢، ص١٨٢، ونصب الراية ج٢ ص٨٨ (نعيم).

(٣) قوله: "بمؤخر عينيه" مؤخر العين بضم الميم وكسر الخاء المعجمة مخففًا، طرفها الذى يلى الصدغ، والمقدم خلافه. (نهاية)

(٤) قوله: "من غير أن يلوى [بالفارسية: بگرداند. ت] عنقه" بحيث يخرج عن محاذاة القبلة. (عبد)

(٥) قوله: "كان يلاحظ إلخ" قال المخرج الزيلعيرح: قلت: غريب بهذا اللفظ انتهى، قلت: ليس مطلب المصنف أنه روى بهذا اللفظ أى «كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يلاحظ أصحابه بمؤق عينيه»، وإلا لقال: لأنه روى أنه كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلخ بل مطلبه حكاية الحال عما هو فى الواقع، ولا شك أنه يلاحظ أصحابه، كما روى الترمذى عن ابن عباس قال: "كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يلحظ فى الصلاة يمينا وشمالا ولا يلوى عنقه خلف ظهره". (مولوى محمد عبد الحيرح)

(٦) قوله: "بمؤق عينيه" المؤق بالهمزة: مؤخر العين، ويجوز قلب الهمزة واواً. (نهاية)

*** انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٣٣، ص١٨٣، ونصب الراية ج٢ ص٨٩ (نعيم).

(٧) غريب من حديث أبى ذر، وأخرجه أحمد عن أبى هريرة. (ن)

(٨) قوله: "أن أنقر نقر الديك" يقال: نقر الطائر الحب، أى التقطه بمنقاره، من باب طلب، شبه من يشرع فى الركوع والسجود ويسرع فيهما بالديك الذى ينقر الحب. (نهاية)

(٩) قوله: "وأن أقعى إلخ" وما روى البيهقى عن ابن عمر وابن الزبير أنهم كانوا يقعون، فالجواب المحقق عنه أن الإقعاء على ضربين: أحدهما: مستحب أن يضع إليتيه على عقبيه، وركبتاه فى الأرض، وهو المروى عن العبادلة، والمنهى أن يضع إليتيه ويديه على الأرض، وينصب ساقيه. (ف)

أفترش(١) افتراش(٢) الثعلب(٣)***. والإقعاء: أن يضع إليتيه على الأرض، وينصب ركبتيه نصبًا، هو الصحيح(٤). ولا يرد السّلام بلسانه(٥)؛ لأنه كلام، ولا بيده(٦)؛ لأنه سلام معنى، حتى لو صافح بنية التسليم(٧) تفسد صلاته. ولا يتربع إلا من عذر؛ لأن فيه ترك سنة القعود(٨)، ولا يعقص شعره(٩)، وهو أن يجمع شعره على هامته(١٠)،

(١) قوله: "وأن أفترش إلخ" لأن فيه ترك سنة السجود. (نهاية)

(٢) قوله: "افتراش الثعلب" في "المغرب": افترش ذراعيه أي ألقاهما على الأرض. (ن)

(٣) قوله: "الثعلب [بالفارسية: روباه. م]" وفي بعض النسخ افتراش السبع. (ت)

*** انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٣٤، ص١٨٤، ونصب الراية ج٢ ص٩٢ (نعيم).

(٤) قوله: "هو الصحيح" هو احتراز عن تفسير آخر للإقعاء، وهو أن ينصب قدميه، كما يفعل في السجود، ويضع إليتيه على عقبيه؛ لأن الكلب لا يقعى كذلك، وإنما يقعى مثل ما ذكر في الكتاب إلا أن الكلب ينصب قدميه، والآدمي ينصب ركبتيه إلى صدره. (ع)

(٥) قوله: "بلسانه" قلت: رد السلام بلسانه من مفسدات الصلاة، وهذا الفصل لبيان ما يكره في الصلاة، فكان الصواب ذكر هذه المسألة في باب المفسدات دون فصل الكراهة مع أن ذكر هذه المسألة مع قوله: ولا بيده، ربما يتوهم أن الرد باللسان، والرد باليد من وارد واحد، وليس كذلك؛ فإن الأول مفسد، والثاني مكروه. (إله داد)

(٦) قوله: "ولا بيده" فإن قلت: قال ابن عمر: قلت لبلال: كيف كان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم يرد عليهم حين كانوا يسلمون عليه وهو في الصلاة؟، قال: كان يشير بيده، وفيه دليل على أن رد السلام باليد ليس بمكروه، أجيب بحمله على ما قبل التحريم. (د)

(٧) قوله: "حتى لو صافح إلخ" وقد يحتاج إلى الفرق بين رد السلام باليد، وبين السلام بالمصافحة من حيث إن الأول مكروه، والثاني مفسد أن كلا منهما كلام معنى.
والفرق أن دلالة المصافحة على السلام لأنها سنة بعد السلام، ويكون غالبا بعده، فجعل كالتسليم من كل وجه، وأما الإشارة باليد، فلا اختصاص له برد السلام، فجعل ردا من وجه دون وجه، فقلنا: بأن المصافحة بنية السلام يفسد، والإشارة باليد بنية السلام مكروه. (د)

(٨) قوله: "سنة القعود" أي القعود في الصلاة، فيكره لا مطلقًا؛ لأنه من فعل الجبابرة، كما علل؛ لأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان جل قعوده في غير الصلاة مع أصحابه التربع، وكذا عمر رض(ف)

(٩) قوله: "ولا يعقص [من باب "ضَرَبَ يضرِبُ"، كذا في "المضمرات" وهو كراهة تنزيهية.(د)] شعره" أي لا يصلي وهو معقوص، لا أنه لا يفعل هذا الفعل في الصلاة؛ لأنه مفسد. (عبد)

(١٠) وبالفارسية: سر وپيشاني. (ن)

ويشدّه بخيط[١]، أو بصمغ[٢] ليتلبّد[٣]، فقد روى*: «أنه عليه السّلام نهى أن يصلى الرجل وهو معقوص»[٤]، ولا يكف ثوبه[٥]؛ لأنه نوع تجبر. ولا يسدُل[٦] ثوبه؛ لأنه عليه السّلام نهى عن السدل[٧]** وهو أن يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه، ثم يرسل أطرافه من جوانبه[٨]. ولا

---

(١) من وراءه. (ف)

(٢) قوله: "أو بصمغ" بالفتح، بالفارسية: شلم درخب يعنى شيرهء كه از ميان درخت چكد. (م)

(٣) تلبد بالفارسية: برهم نشستن.

* من حديث أبى سعيد المقبرى انظر الدراية ج ١رقم الحديث٢٣٥، ص١٨٤، ونصب الراية ج٢ ص٩٣ (نعيم).

(٤) أخرجه ابن ماجة فى "سننه". (ت)

(٥) قوله: "ولا يكف [وفى نسخة: يلف] ثوبه" أى لا يمنع ثوبه من الوقوع على الأرض، (عبد).
قوله: "ولا يكف ثوبه" الأصل فى هذا الباب أن كل فعل يكون فيها ترك الخشوع يكون مكروها، فإن ورد النهى عنه يكون الكراهة تحريمية، وقد ذكروا لهذا الأصل فروعًا من ذلك أنه يكره التثاؤب فى الصلاة، وأن يكون فى فيه شيء وهو يصلى كالدرهم ونحوه بحيث لا يمنع عن القراءة، فإن منع فسدت، كما فى "الدر المختار"، وذكر فى "خزانة الرواية" أنه يكره أن ينحرف أصابع رجليه عن القبلة فى السجود وغيره، وكذا ذب الذباب إلا قليلا، ويكره الالتفات والصلاة مشمرا كميه صرح به إلياس زاده.
ويكره تغطية الفم والأنف، والاعتجار وهو أن يلف العمامة حول رأسه، وقيل: أن يلف بعضها على رأسه، وبعضها على وجهه، وأن تروح بكمه، أو بمروحة، كذا فى "البناية".
ويكره الصلاة مع مدافعة الأخبثين؛ لما ورد النهى عنه فى السنن وغيرها، وقال بدر الدين فى "شرح الخلاصة الكيدانية": يكره مدافعة الريح أيضًا، كما فى "الإرشاد"، وهذه الرواية أنا وجدتها فى "الإرشاد" بعد تتبع كثير، وعلماءنا كانوا متحيرين فى الحكم بمدافعة الريح، وعدم كراهته انتهى.
ويكره التمايل يمينا وشمالا، والاستراحة من رجل إلى رجل، وغمض العينين فى الصلاة، وشم الطيب بصنع منه، ومسح الجبهة من التراب، والعرق قبل الفراغ من الصلاة، وقتل القملة دون الثلاث، وحمل الصبى بلا عذر، وهو الخوف من سبع، أو ماء، أو نار، أو نحو ذلك، والاعتماد بحائط، أو أسطوانة بلا ضرورة فى غير النوافل، كذا فى "البداية".
ويكره أن يصلى مع إعراء المناكب، كما فى "المحيط"، وأن يصلى ووسطه مشدد، كما فى "البناية"، وأن يصلى فى السراويل بدون القميص إلا لضرورة، كما فى "جامع المضمرات"، وإن شئت زيادة الاطلاع على التفاريع مع الدلائل، فارجع إلى "السعاية في كشف ما فى شرح الوقاية". (مولان محمد عبد الحيرح)

(٦) من باب "طلَب يطلُبُ"، كذا فى "شرح حميد الدين". (ت)

(٧) أخرجه أبو داود. (ت)

** من حديث أبى هريرة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٢٣٦، ص١٨٥، ونصب الراية ج٢ ص٩٥ (نعيم).

(٨) قوله: "ثم يرسل أطرافه من جوانبه" يصدق على ما إذا كان المنديل مرسلا من كتفيه، كما يعتاده

يأكل ولا يشرب؛ لأنه ليس من أعمال الصلاة[١]، فإن أكل[٢]، أو شرب عامداً أو ناسياً، فسدت صلاته[٣]؛ لأنه[٤] عمل كثير، وحالة الصلاة[٥] مذكّرة[٦]، ولا بأس[٧] بأن يكون مقام الإمام في المسجد[٨]، وسجوده[٩] في الطاق[١٠]، ويكره أن يقوم في الطاق[١١]؛ لأنه يشبه صنيع أهل الكتاب من حيث تخصيص الإمام بالمكان[١٢]، بخلاف ما إذا كان سجوده في الطاق[١٣].

كثير فينبغي لمن في عنقه منديل أن يضعه عند الصلاة، ويصدق أيضاً على لبس القباء من غير إدخال اليدين. (إلهداد)

(١) قوله: "لأنه ليس من أعمال الصلاة" هذه المسألة لا يلايم هذا الفصل. (إله داد)

(٢) قوله: "فإن أكل إلخ" أما إذا كان بين أسنانه شيء، فإن ابتلعه لا يفسد صلاته؛ لأن ما بين أسنانه تبع لريقه، ولذا لا يفسد به الصوم، وقال بعضهم: هذا إذا كان ما بين أسنانه قليلا من الحمصة، فأما إذا كان أكثر منها تفسد صلاته، وسوى بينها وبين الصوم، وقال بعضهم: ما دون ملء الفم لا يفسد صلاته، وفرق بين الصلاة والصوم، كذا في "فتاوى قاضي خان". (ن)

(٣) قوله: "فسدت صلاته" نفلا كانت، أو فرضاً، وعن سعيد بن جبير أنه شرب، وعن طاوس: أنه يجوز الشرب في النفل، وهو رواية عن أحمدرح. (عناية)

(٤) أي كل واحد من الأكل والشرب. (عناية)

(٥) قوله: "وحالة الصلاة إلخ" جواب عما يقال: ينبغي أن يكون النسيان عفواً، كما في الصوم. (ع)

(٦) قوله: "مذكرة" فلا يكون الأكل فيها ناسياً كالأكل في الصوم ناسياً. (ف)

(٧) شرع بمسائل "الجامع الصغير". (ن)

(٨) قوله: "مقام الإمام إلخ" المراد بالمقام المذكور مكان الأقدام. (عناية)

(٩) قوله: "وسجوده إلخ" الأنسب أن يذكر القيام مقام المقام، أو المسجد بدل السجود. (د)

(١٠) أي المحراب. (ف)

(١١) قوله: "ويكره أن يقوم في الطاق" له طريقان: المذكور في الكتاب أحد الطريقين، والطريق الآخر: هو المروي عن الفقيه أبي جعفررح أن حاله مشتبه على من عن يمينه ويساره، وعلى هذا إذا كان بجنبي الطاق عمودان وراء ذلك فرجة يطلع بها من يمينه ويساره، فلا بأس به. (ع)

(١٢) قوله: "من حيث تخصيص الإمام بالمكان" الباء داخلة على المختص على نحو خصصت فلانا بالذكر. (د)

(١٣) قوله: "بخلاف ما إذا كان سجوده في الطاق [أي رجلاه خارجتان. ف]" فإنه لا يكره؛ لأن العبرة للقدم في مكان الصلاة حتى يشترط طهارته رواية واحدة، وفي طهارة مكان السجود روايتان. (ف)

ويكره أن يكون(١) الإمام وحده(٢) على الدكان(٣)؛ لما قلنا(٤)، وكذا على القلب في ظاهر الرواية(٥)؛ لأنه(٦) ازدراء(٧) بالإمام. ولا بأس أن يصلي إلى ظهر رجل قاعد(٨) يتحدث(٩)؛ لأن ابن عمر ربما كان يستتر(١٠) بنافع(١١) في بعض أسفاره*.

ولا بأس بأن يصلي وبين يديه مصحف معلّق(١٢)، أو سيف معلّق؛

---

(١) وفي بعض النسخ: أن يقوم.

(٢) قوله: "وحده" احتراز عما إذا كان معه بعض القوم، فإنه لا يكره. (ف)

(٣) قوله: "على الدكان" لم يذكر في الكتاب مقدار ارتفاع الدكان، وذكر الطحاوي أنه مقدر بقامة الرجل، وهو مروي عن أبي يوسف رح، وقيل: مقدر بما يقع به الامتياز، وقيل: بالذراع؛ اعتباراً بالسترة، وعليه الاعتماد، وهذا إذا لم يكن له عذر، وأما إذا كان كما في الجمعة فلا. (ع)

(٤) من أنه تشبه بأهل الكتاب. (ف)

(٥) هو الأصح. (در مختار)

(٦) احتراز عن رواية الطحاوي. (ف)

(٧) أي تحقير له.

(٨)قوله: "إلى ظهر إلخ" نعم يكره أن يصلي إلى وجه غيره؛ لما روى عن عمر أنه رأى رجلا يصلي إلى وجه غيره، فعلاهما بالدرة، وقال للمصلي: تستقبل الصورة في صلاتك، وقال للقاعد: أتستقبل المصلي بوجهه. (ن)

(٩)قوله: "يتحدث" ومن الناس من كره ذلك؛ لما روى أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى أن يصلي الرجل وعنده قوم يتحدثون، أو نائمون، وتأويله: عندنا إذا رفعوا أصواتهم على وجه يخاف منه وقوع الغلط في الصلاة، أو يخاف أن يظهر صوت من النائمين فيضحك في صلاته. (عناية)

(١٠) قوله: "كان يستتر إلخ" روى ابن أبي شيبة عن نافع، قال: كان ابن عمر إذا لم يجد سبيلا إلى سارية، قال لي: ولِّ ظهرك. (ف)

(١١) اسم غلامه. (عبد)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٣٧، ص١٨٥، ونصب الراية ج٢ ص٩٦ (نعيم).

(١٢) قوله: "مصحف معلق إلخ" إنما أورد المسألة هكذا؛ لأن من العلماء من كره ذلك، فقالوا: أما السيف، فإنه آلة للحرب، وفي الحديد بأس شديد، فلا يليق تقديمه في مقام الابتهال، وقيل: هو قول ابن عمر رضي الله عنهما، وأما في استقبال المصحف، فإن فيه تشبيها بأهل الكتاب، فإنهم كانو يفعلون ذلك، وقيل: هو قول النخعي رحمه الله تعالى إلا أنا نقول: لا يفعلون ذلك عبادة، لكن ليقرأوا منه في صلاتهم، وذلك مكروه، وأما السيف قلنا: نعم، إنه آلة الحرب لكن الموضع موضع الحرب، ولذا سمي الطاق محرابا. (ن)

لأنهما لا يعبدان، وباعتباره تثبت الكراهة[١]، ولا بأس أن يصلى على بساط فيه تصاوير[٢]؛ لأن فيه استهانة بالصور، ولا يسجد على التصاوير؛ لأنه يشبه عبادة الصورة، وأطلق[٣] الكراهة فى "الأصل"؛ لأن المصلّى[٤] معظم[٥].

ويكره أن يكون فوق رأسه فى السقف، أو بين يديه[٦]، أو بحذاءه تصاوير، أو صورة معلقة؛ لحديث جبريل[٧]: «إنا لا ندخل[٨] بيتًا[٩] فيه كلب أو صورة»*، ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو

(١) قوله: "وباعتباره إلخ" قدم المعمول لإفادة الحصر. (ف)

(٢) قوله: "فيه تصاوير" فى "المغرب": الصورة عام فى ذى الروح وغيره، والتمثال خاص بمثال ذى الروح، لكن المراد ههنا ذو الروح، فإن غير ذى الروح لا يكره كالشجر. (ف)

(٣)قوله: "وأطلق" أى لم يفصل فى "المبسوط" فى حق الكراهية بين أن يسجد، وأن لا يسجد. (ن)

(٤) كلاهما مفعول. (ن)

(٥) من بين سائر البسط. (ن)

(٦)قوله: "أو بين يديه إلخ" فلو كانت الصورة خلفه، أو تحت رجليه، ففى شرح عتاب: لا تكره الصلاة، ولكنْ يكره جعل الصورة فى البيت. (ف)

(٧) قوله: "لحديث جبريل إلخ" أخرجه البخارى فى "صحيحه". (ت)

(٨) قوله: "إنا لا ندخل إلخ" قيل: فى وجه التمسك أن البيت الذى لا يدخل فيه الملائكة شر البيوت، والصلاة فى شر البيوت مكروه؛ وفيه بحث حيث يلزم أن تكره الصلاة فى بيت فيه كلب، أو صورة، سواء كان بحذاءه أو لا، وفى كل بيت لا يدخل فيه الملائكة كبيت فيه طنبور على ما ورد به الحديث، إلا أن يلتزم الكراهة فى جميع هذه الصور، لكن بعضها أشد كراهة من البعض، فلذا قيد بما إذا كان فوق رأسه؛ لأن الكراهة فى ما إذا كانت الصورة خلفه أضعف صور الكراهة.

فالوجه أن الملك إنما لا يدخل فى بيت فيه صورة استهانة للصورة، فدل أن الصورة واجب الإهانة، فيكره الصلاة إذا كانت بحيث يكون فيها تعظيم الصورة، كما إذا كان فوق رأسه، أو بين يديه، أو بحذاءه. (د)

(٩) قوله: "بيتا فيه كلب، أو صورة" قال عبد الله: واعد النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم جبريل، فأبطأ عليه حتى شق ذلك على النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وخرج النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم فلقيه، فقال: «إنا لا ندخل بيتًا فيه كلب ولا صورة» انتهى. (ت)

* روى من حديث ابن عمر وميمونة وعائشة، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٣٨، ص١٨٥، ونصب الراية ج٢ ص٩٧ (نعيم).

للناظـر[١] لا يكره[٢]؛ لأن الصغار جداً لا تعبد[٣]، وإذا كان التمثال مقطوع الرأس أى ممحو الرأس[٤]، فليس بتمثال؛ لأنه لا يعبد بدون الرأس، وصار كما إذا صلى إلى شمع، أو سراج على ما قالوا[٥].

ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة[٦]، أو على بساط مفروش لا يكره[٧]؛ لأنها تداس[٨] وتوطأ[٩] بخلاف ما إذا كانت الوسادة منصوبة، أو كانت على الستر؛ لأنه تعظيم لها، وأشدها[١٠] كراهة أن تكون أمام المصلى، ثم من فوق رأسه، ثم على يمينه، ثم على شماله، ثم خلفه[١١].

---

(١) قوله: "بحيث لا تبدو للناظر" أى على بعدها، والكبيرة ما تبدو على البعد. (فتح القدير)

(٢) قوله: "لا يكره" وكان على خاتم أبى هريرة رضى الله عنه ذبابتان، ووجد خاتم دانيال النبى عليه السلام على عهد عمر رضى الله عنه، وكان على فصه صورة أسد ولبوة، وبينهما صبى يلحسانه، فلما نظر إليه عمر اغرورقت عيناه، ودفعه إلى أبى موسى الأشعرى.
وأصله ما حكى أن بخت نصر حين استولى أخبر أن بعض ما يولد فى زمانك يقتلك، وكان يتبع الصبيان، فيقتلهم، ولما ولد دانيال عليه السلام ألقته أمه فى غيضة رجاء أن ينجو، فجعل الله تعالى له أسداً يحفظه، ولبوة ترضعه، وهما يلحسانه، فأراد بهذا النقش أن يحفظ منة الله تعالى شأنه. (د)

(٣) فليس لها حكم الوثن. (ف)

(٤) قوله: "أى ممحو الرأس" إنما فسر به؛ لأن من الناس يخطون خطا، وهو لا يجدى؛ لأنه يشبه الطوق. (عبد)

(٥) قوله: "على ما قالوا [هو الصحيح. ع]" إنما قال ذلك إيذانًا بالخلاف، فقد ذكر الإمام التمرتاشى: واختلف فيمن صلى وبين يديه شمع، أو سراج، فقيل: يكره كما لو كان بين يديه جمرة، أو نار موقدة، والصحيح أنه لا يكره. (نهاية)

(٦) قوله: "ولو كانت الصورة على وسادة [بالفارسية: بالين] إلخ" هذا مما لا دخل له فى الصلاة لكن ذكره تقريبًا. (عبد)

(٧) قوله: "لا يكره" ويحكى عن الحسن وعطاء رحمهما الله تعالى أنهما دخلا بيتًا فيه بساط عليه تصاوير، فوقف عطاء وجلس الحسن، وقال: تعظيم الصورة فى ترك الجلوس. (ن)

(٨) تكيه كرده شده.

(٩) پائمال.

(١٠) يشير إلى أن الكراهة مقول بالتشكيك. (ع)

(١١) وإن كانت تحت رجليه فهو أيسر. (ن)

ولو لبس ثوبًا(١) فيه تصاوير يكره؛ لأنه يشبه(٢) حامل الصنم، والصلاة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها، وتعاد على وجه غير مكروه(٣)، وهذا الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة(٤).

ولا يكره تمثال غير ذي الروح؛ لأنه لا يعبد، ولا بأس بقتل(٥) الحية(٦)، والعقرب في الصلاة؛ لقوله عليه السّلام(٧): «اقتلوا الأسودين(٨) ولو كنتم في الصلاة»*، ولأن فيه إزالة الشغل(٩)، فأشبه درء المارّ، ويستوي جميع أنواع الحيات، هو الصحيح(١٠) لإطلاق ما رويناه.

---

(١) قوله: "ولو لبس ثوبًا" ويكره اتخاذ الصور في البيت، كما يكره الدخول فيها والجلوس؛ لأن فيه ترويجًا للحرام، ولا يكره بيع ثوبه، ولا يقبل شهادة بائعه وناسجه، ولا أجر للمصور. (جامع الرموز)

(٢) قوله: "لأنه يشبه إلخ" إنما قال: يشبه لأن في الثوب ليس صنم في الواقع. (عبد)

(٣) قوله: "وتعاد إلخ" صرح بلفظ الوجوب الشيخ قوام الدين الكاكي في "شرح المنار"، ولفظ الخبر المذكور أعني قوله: وتعاد يفيده أيضًا على ما عرف، والحق التفصيل بين كونه تلك كراهة كراهة تحريم فتجب الإعادة، أو تنزيه فتستحب، فإن كراهة التحريم في رتبة الواجب. (ف)

(٤) قوله: "وهو الحكم في كل صلاة [كما إذا ترك واجبًا من واجبات الصلاة. د] إلخ" وقال أبو يوسف الترجماني: الإعادة أولى في الكراهتين. (مج)

(٥) قوله: "بقتل الحية والعقرب" لم يفرق بين ما إذا أمكنه القتل بضربة واحدة، وبين ما إذا احتاج إلى ضربات، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي؛ لأن قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «اقتلوا الأسودين» مطلق، ومنهم من قال: إن أمكنه القتل بضربة واحدة قتل، وإن ضرب ضربات استقبل الصلاة؛ لأنه عمل كثير، والجواب أنه عمل كثير، رخص فيه للمصلي، فهو كالمشي بعد الحدث، والاستقاء من البئر للتوضئ. (عناية)

(٦) قوله: "الحية" سواء كانت جنية، وهي بيضاء لها ضفيرتان تمشي مستوية، أو غير جنية، وهي سوداء تمشي ملتوية. (مج)

(٧) أخرجه أصحاب السنن الأربع. (ت)

(٨) العقرب والحية. (ت)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث٢٣٩، ص١٨٦، ونصب الراية ج٢ ص٩٩ (نعيم).

(٩) أي شغل القلب عن حضور القلب. (عبد)

(١٠) قوله: "هو الصحيح" وقيل: لا يحل قتل الجنية إلا إذا قيل: خل طريق المسلمين، فإن أبت تقتل حينئذٍ، والطحاوي يقول: إنه فاسد من حيث إن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عاهد الجن بأن لا يظهروا لأمته بصورة الجن، ولا يدخلوا بيوتهم، فإذا أنقضوا العهد يباح القتل.

ويكره[1] عدّ الآى[2] والتسبيحات باليد فى الصلاة[3]، وكذلك عدّ

وذكر صدر الإسلام الصحيح أن يحتاط فى قتلها، حتى لا يقتل جنيا، فإنهم يؤذونه، فإن واحداً من إخوانى أكبر سنًا منى قتل حية كبيرة بسيف فى دار لنا، فضربه الجن حتى جعلوه بحيث لا يتحرك رجلاه إلى شهر، ثم عالجناه بإرضاء الجن، فتركوه. (مج)

(١) وقيل: هذا فى الفرائض. (ن)

(٢) جمع آية.

(٣) قوله: "فى الصلاة [أطلق الصلاة. ع]" وكان السلف يختلفون فى عدد الآى والتسبيح فى غير الصلاة. (نهاية)

قوله: "فى الصلاة" أشار بهذا اللفظ إلى أنه لا يكره عد التسبيح ونحوه خارج الصلاة، سواء كان بالأصابع أو بالسبحة المعروفة فى زماننا.

ومن الناس من يقول: إن أخذ السبحة بدعة، وليس كذلك، فقد اتخذها سادات يشار إليهم، ويعتمد عليهم من الصحابة، ومن بعدهم.

ونقل السيوطى فى رسالته "المنحة فى السبحة" عن "تحفة العباد": أنه قال بعض العلماء: عقد التسبيح بالأنامل أفضل من السبحة، ولكن يقال: إن المسبّح إن أمن من الغلط كان عقده بالأنامل أفضل، وإلا فبالسبحة أولى.

ونقل عن "كتاب كرامات الأولياء" لأبى القاسم: هبة الله الحسن الطبرى أنه كان كان لأبى مسلم الخولانى سبحة، فقام ليلة، والسبحة فى يده، فاستدارت السبحة فلفت على ذراعه، وجعلت تسبح، فالتفت أبو مسلم، وسبحته تدور فى ذراعه، وهى تقول: سبحانك يا منبت النبات! ويا دائم الثبات! فقال: هلمى يا أم مسلم!* فانظرى إلى أعجب الأعاجيب، فجاءت أم مسلم، والسبحة تدور وتسبح.

وأخرج عبد الله بن أحمد فى "زوائد الزهد"، وأبو نعيم فى "حلية الأولياء" عن نعيم بن محرز ابن أبى هريرة أن لجدة أبى هريرة كان خيط فيه ألفا عقدة، فلا ينام حتى يسبح.

وأخرج ابن سعد فى "الطبقات" عن فاطمة بنت الحسين بن على بن أبى طالب أنها كانت تسبح بخيط معقود فيها، وهذا هو أصل السبحة المتداولة فى فى زماننا.

وذكر السيوطى أيضاً لإثبات استعمال السبحة حديث نعم المذكور للسبحة، أخرجه الديلمى فى "مسند الفردوس" عن على مرفوعًا، لكن قال بعض أشياخ شيخى السيد أحمدرح بن وحلان المكى دام فيضه فى ثبته أن الظاهر أن المراد بالسبحة فى هذا الحديث ركعتا التطوع بدليل أنه لم يكن فى زمن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم سبحة متداولة، كما صرح به على القارى فى "المرقاة"، ولم يكن فى زمانه يطلق السبحة إلا على التطوع، وحينئذ فلا يكون الحديث مما نحن فيه.

وقال السيوطى: لو لم يكن فى اتخاذ السبحة غير موافقة السادات، والدخول فى سلكهم لصارت بهذا الاعتبار من أهم الأمور، فكيف وهى مذكرة الله تعالى؛ لأن الإنسان قلما يراه إلا ويذكر الله، وهذا من أعظم فوائدها.

ومن فوائدها الاستعانة على دوام الذكر، كلما رآها ذكر أنه آلة الذكر، فقاده ذلك إلى الذكر، فيا حبذا سبب موصل إلى دوام ذكر الله، وسن بعضهم يسميها مذكّرة، وبعضهم يسميها بحبل الوصول، وبعضهم برابطة القلوب، ولم ينقل عن أحد من الخلف والسلف المنع من جواز عد الذكر بالسبحة، بل كان أكثرهم يعدون بها، ولا يرون ذلك مكروهًا، انتهى كلامه ملخّصًا.

وقد جمعت ما يتعلق بالسبحة فى رسالة، سميتها هدية الأبرار فى سبحة الأذكار، ولم يتفق لى إلى الآن

السور؛ لأن ذلك ليس من أعمال الصلاة. وعن أبى يوسف ومحمد[١] أنه لا بأس[٢] بذلك فى الفرائض والنوافل جميعًا؛ مراعاة لسنة القراءة، والعمل بما جاءت به السنة[٣]، قلنا: يمكنه أن يعد ذلك قبل الشروع[٤]، فيستغنى عن العدّ بعده، والله أعلم.

فصل[٥]

ويكره[٦] استقبال القبلة[٧] بالفرج فى الخلاء[٨]؛ لأنه عليه السّلام نهى عن ذلك[٩]* والاستدبار يكره فى رواية[١٠]؛ لما فيه من ترك التعظيم، ولا يكره فى رواية؛ لأن المستدبر فرجه غير موازى للقبلة[١١]،

تبييضه وترتيبه، أرجو من الله تعالى التوفيق إليه. (مولوى محمد عبد الحى رحمه الله تعالى)

(١) قوله: "وعن أبى يوسف ومحمد إلخ" فى هذا اللفظ إشارة إلى أن خلافهما فى غير ظاهر الرواية حيث ذكره بكلمة عن. (نهاية)

(٢) قوله: "أنه لا بأس بذلك إلخ" قيل: كلام المصنف يدل على أن الخلاف بينهم فى الفرائض والنوافل جميعًا، وقيل: الخلاف فى المكتوبة. (عناية)

(٣) وهو صلاة التسبيح. (نهاية)

(٤) قوله: "قبل الشروع" أى فى الصلاة، وأما فى صلاة التسبيح، فلا ضرورة أيضًا إلى العد باليد؛ لأنه يحصل بغمز رؤوس الأصابع. (عناية)

(٥) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان الكراهة فى الصلاة شرع فى بيان الكراهة فى غير الصلاة. (عناية)

(٦) المسألة من خواص "الجامع الصغير". (ن)

(٧) قوله: "استقبال القبلة إلخ" لما كره استقبال القبلة بالفرج يكره للمرأة أن تمسك ولدها نحوها ليبول، وهذا كله إذا كان ذاكرًا للقبلة، ولو غفل عن ذلك، وجلس يقضى حاجته، ثم وجد فى نفسه، لا بأس به لكن إن أمكنه الانحراف ينحرف. (ن)

(٨) قوله: "فى الخلاء" بالمد بيت التغوط، وبالقصر النبت، ومنه الحديث: «ألا لا يختلى خلاها». (نهاية)

(٩) قوله: "نهى عن ذلك" أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم فى باب الطهارة. (ت)

* من حديث أبى أيوب، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٤٠، ص١٨٧، ونصب الراية ج٢ ص١٠٢ (نعيم).

(١٠) قوله: "يكره فى رواية إلخ" وبعضهم قالوا: إذا كان ذيله ساقطًا على الأرض، فلا بأس به، وأما إذا كان رافعًا ذيله، فينبغى أن يكره. (ن)

(١١) قوله: "غير موازى إلخ" بخلاف المستقبل؛ لأن فرجه مواز لها إن كان ذكرًا، وما ينحط منه إليها إن كان أنثى. (ع)

وما ينحطّ منه ينحطّ إلى الأرض، بخلاف المستقبل؛ لأن فرجه موازٍ لها، وما ينحطّ منه ينحطّ إليها[١].

وتكره المجماعة فوق المسجد والبول والتخلي؛ لأن سطح المسجد له حكم المسجد[٢]، حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته[٣]، ولا يبطل الاعتكاف بالصعود إليه، ولا يحل للجنب الوقوف عليه، ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد، والمراد ما أعدّ[٤] للصلاة في البيت؛ لأنه لم يأخذ[٥] حكم المسجد، وإن نُدِبنا إليه[٦]. ويكره أن يغلق باب المسجد؛ لأنه يشبه المنع[٧] من الصلاة، وقيل: لا بأس به[٨] إذا خيف[٩] على متاع المسجد في غير أوان الصلاة. ولا بأس بأن ينقش المسجد[١٠] بالجصّ والساج[١١] وماء الذهب، وقوله: لا بأس يشير إلى أنه لا يؤجر عليه، لكنه لا يأثم به، وقيل: هو قربة[١٢]، وهذا إذا فعل من مال نفسه، أما المتولّي[١٣] فيفعل من

---

(١) الأرض. (ع)

(٢) قوله: "له حكم المسجد" لأن حكم المسجدفى السقف والهواء جميعًا. (ن)

(٣) أى إذا كان خلفه.

(٤) أى هيئى.

(٥) حتى يباع. (ع)

(٦) أى إلى اتخاذ المسجد فى البيوت، فإنه مستحب. (عناية)

(٧) وهو حرام. (ع)

(٨) قوله: " لا بأس به إلخ" وجاز أن يختلف الحكم باختلاف أحوال الناس ألا ترى أن النساء كن يحضرن الجماعات، ثم منعن عنه. (ن)

(٩) قوله: "إذا خيف إلخ" لأن الغلبة لأهل الفساد، ويخاف منهم على متاع المسجد بالليل. (ن)

(١٠) قوله: "ولا بأس [فيه أقوال ثلاثة. ن] إلخ" إنما ذكر هذه المسألة بهذا النمط؛ لأن فيه اختلافًا. (ع)

(١١) چوبيست معروف بهندى آن را سال گوئيند. (غث)

(١٢) قوله: "وقيل: هو قربة [لما فيه من التعظيم. إله داد]" وقيل: هو مكروه؛ لقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إن من أشراط الساعة تزيين المساجد». (د)

مال الوقف ما يرجع إلى إحكام البناء، دون ما يرجع إلى النقش، حتى لو فعل يضمن، والله أعلم بالصواب.

باب(١) صلاة الوتر

الوتر واجب(٢) عند أبي حنيفة رض(٣)، وقالا(٤): سنة(٥)؛ لظهور آثار السنن(٦) فيه، حيث لا يكفر جاحده(٧)، ولا يؤذّن له(٨).

ولأبي حنيفة(٩) قوله عليه السّلام *«إن الله تعالى زادكم صلاة ألا

---

(١٣) جواب المسألة، يعني يجب أن يفعل. (ن)

(١) قوله: "باب صلاة الوتر [من باب إضافة العام إلى الخاص. عبد]" لما فرغ من بيان الصلاة المفروضة وما يتعلق بها من بيان أوقاتها، وكيفية أداءها، والأداء الكامل والقاصر، شرع في بيان صلاة هي دون الفرض وفوق النوافل، وهي الوتر. (ن)

(٢) قوله: "واجب" قال الأعمش: اتفقوا -مع اختلافهم في الوتر- أنها أدون درجة من الفرائض، حتى لا يكفر جاحده، وليس لها أذان ولا إقامة، وتجب القراءة في الركعة الثالثة، وأعلى درجة من السنة، حتى يجب القضاء بتركها ناسياً، أو عمداً، وإن طالت المدة، ولا يؤدى على الراحلة من غير عذر، ولا يجوز إلا بنية الوتر دون التطوع وسائر السنن، ولو كانت سنة لكفتها نية الصلاة، كذا في "شرح الطحاوي رح" و"تحفة الفقهاء". (ن)

(٣) قوله: "عند أبي حنيفة ح [روى عنه أنه فرض، وهو مؤوّل بوجوب العمل. عبد]" قيل: ليس في الوتر رواية منصوصة في الظاهر، لكن روى يوسف بن خالد السهمي عن أبي حنيفة ح أنها واجبة، وهو الظاهر من مذهبه، وروى نوح ابن أبي مريم عنه أنه سنة، وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رح والشافعي رح، وروى حماد بن زيد عنه أنها فريضة، وبه أخذ زفر رح. (ع)

(٤) قوله: "وقالا إلخ" الحق أنه لم يثبت دليل الوجوب عندهما فنفياه، وثبت عنده. (ف)

(٥) قوله: "سنة" أي ليس بفرض اعتقادي، ولا عملي، أما الأول: فلأنه لا يكفر جاحده، وأما الثاني: فلأنه لا يؤذن له، وإذا انتفى ذلك كان سنة، لعدم القائل بكونها غير سنة، وغير فرض عملي، هذا على الرواية التي جاءت من قبل أبي حنيفة أنه فرض عملي، وأما على الرواية التي جاءت أنه واجب، فالاستدلال عندهما غير هذا. (د)

(٦) أي آثار عدم كونه فرضاً. (إله داد)

(٧) قوله: "حيث لا يكفر جاحده" لا يفيد؛ إذ إثبات اللازم لا يستلزم إثبات الملزوم المعين إلا إذا ساواه، وهو ههنا أعم. (ف)

(٨) قوله: "ولا يؤذن له" له أن يقول: إنا لا نسلم أن عدم التأذين من خواص السنة لوجوده في الواجب، كصلاة العيد، وفيه أن صلاة العيد ليست بواجبة عنده، فلا يصح النقض بها. (عبد)

(٩) قوله: "ولأبي حنيفة" وجه الاستدلال من أوجه: أحدها: أنه أضاف الزيادة إلى الله تعالى والسنن إنما

وهى الوتر فصلّوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر»[١]: أمر، وهو للوجوب، ولهذا[٢] وجب[٣] القضاء بالإجماع[٤]، وإنما لم يكفر جاحده[٥]؛ لأن وجوبه ثبت بالسنة[٦]، وهو المعنى بما روى عنه أنه سنة، وهو يؤدّى في وقت العشاء[٧]، فاكتفي بأذانه وإقامته[٨].

قال: الوتر ثلاث ركعات[٩] لا يفصل بينهن بسلام؛ لما روت عائشة[١٠]: «أنه عليه السّلام كان يوتر بثلاث[١١]»*. وحكى الحسن[١٢]

تضاف إلى الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم.

والثاني: بأنه قال: زادكم، والزيادة إنما يتحقق فى الواجبات؛ لأنها محصورة العدد، لا فى النوافل؛ لأنه لا نهاية لها، والثالث: أن الزيادة على الشيء إنما يتحقق إذا كان المزيد من جنس المزيد عليه. (عناية)

* من حديث خارجة بن حذافة انظر الدراية ج١رقم الحديث١٢٤١، ص١٨٨، ونصب الراية ج٢ ص١٠٨ (نعيم).

(١) رواه أبو داود والترمذى. (ت)

(٢) أى لكونه واجبًا. (ع)

(٣) قوله: "وجب [أى ثبت وإلا فوجوب القضاء محل النزاع. ف] القضاء إلخ" فإن قلت: الشيء لا يجب قضاء إلا إذا وجب أداء، والوتر لا يجب أداء عندهما، فكيف يجب قضاء.

قلت: كأنهما أوجبا القضاء على خلاف القياس، وهو أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «من نام عن وتر فليصل إذا أصبح». (د)

(٤) قوله: "بالإجماع" قيل: المراد بالإجماع إجماع أصحابنا على ظاهر الرواية، فإنه نقل عن أبى يوسف فى رواية "النوادر" أنه لا يقضى خارج الوقت، وعن محمدرح أحب إلى أن يقضيها. (ع)

(٥) قوله: "وإنما لا يكفر جاحده إلخ" جواب عن قولهما: حيث لا يكفر جاحده. (ع)

(٦) قوله: "بالسنة" أى بالسنة التى ليست بمتواترة. (عبد)

(٧) قوله: "وهو يؤدى إلخ" جواب عن قولهما: ولا يؤذن له. (ع)

(٨) قوله: "فاكتفى بأذانه وإقامته" كما فى المزدلفة حيث يؤدى المغرب والعشاء فيه بأذان وإقامة واحدة. (د)

(٩) قوله: "ثلاث ركعات" فى "تحفة الفقهاء": وقال الشافعى: هو بالخيار إن شاء أوتر بركعة، أو بثلاث، أو بخمس، أو بسبع، أو بتسع، أو بإحدى عشرة ركعة، ولا يزيد عليه، وقال الزهرى: فى شهر رمضان ثلاث، وفى غيره ركعة، وفى "المبسوط": وقال الشافعى: الوتر ركعة واحدة. (نهاية)

(١٠) رواه الحاكم فى "المستدرك". (ت)

(١١) يعنى لا يفصل بينهن بسلام. (ت)

إجماع المسلمين على الثلاث*، وهذا أحد أقوال الشافعي رح، وفي قول: "يوتر بتسليمتين"، وهو قول مالك رح، والحجة عليهما ما رويناه.

ويقنت في الثالثة قبل الركوع، وقال الشافعي رح بعده؛ لما روى(٢) أنه عليه السلام قنت في آخر الوتر**، وهو بعد الركوع.

ولنا ما روى(٣) أنه عليه السلام قنت قبل الركوع***، وما زاد على نصف الشيء آخره(٤).

ويقنت في جميع السنة، خلافًا للشافعي رح في غير النصف الأخير من رمضان؛ لقوله عليه السلام للحسن بن علي(٥) حين علمه دعاء القنوت: «اجعل هذا في وترك(٦)م»**** من غير فصل. ويقرأ في كل ركعة(٧) من الوتر فاتحة الكتاب وسورة؛ لقوله تعالى: ﴿فاقرءوا ما تيسر من

---

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٤٢، ص١٩١، ونصب الراية ج٢ ص١١٧ (نعيم).

(١٢) قوله: "وحكى الحسن [أورده في "مصنف ابن أبي شيبة". ف]" أي البصري، وهو المراد إذ أطلق، لا الحسن بن زياد، كما توهم بعضهم. (عبد الغفوررح)

* انظر الدراية ج١ ص١٨٨، ونصب الراية ج٢ ص١٢٢ (نعيم).

(٢) رواه الدارقطني. (ت)

** من حديث سويد بن غفلة، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٤٣، ص١٩٣، ونصب الراية ج٢ ص١٢٢ (نعيم).

(٣) رواه ابن ماجة. (ت)

*** من حديث أبي بن كعب، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٤٤، ص١٩٣، ونصب الراية ج٢ ص١٢٣ (نعيم).

(٤) قوله: "وما زاد إلخ" جواب عما ذكره الشافعي. (ع)

(٥) أخرجه أصحاب السنن الأربع. (ت)

(٦) لم أجد هذا اللفظ. (ت)

**** انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٤٥، ص١٩٤، ونصب الراية ج٢ ص١٢٥ (نعيم).

(٧) قوله: "في كل ركعة" لقائل أن يقول: القراءة في الأولين قراءة من الأخريين في الرباعي والثلاثي، والوتر واجب ثلاثي عند أبي حنيفة رح كالمغرب، فيجب أن ينوب القراءة في الأولين عنها في الأخير؛ لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «القراءة في الأولين قراءة في الأخريين»، وجوابه أن الاختلاف في كونها سنة أورث شبهة النفلية. (د)

القرآن﴾[١]، وإن أراد أن يقنت كبّر؛ لأن الحالة قد اختلفت[٢]، ورفع يديه وقنت؛ لقوله عليه السلام[٣]: «لا ترفع الأيدى إلا فى سبع مواطن»[٤]، وذكر منها القنوت.

ولا يقنت فى صلاة غيرها خلافًا للشافعى رح فى الفجر[٥]؛ لما روى ابن مسعود: «أنه عليه السلام قنت فى صلاة الفجر شهراً[٦] ثم تركه»[٧]* فإن قنت الإمام في صلاة الفجر يسكت من خلفه عند أبى حنيفة رح ومحمد رح، وقال أبو يوسف رح: يتابعه[٨]؛ لأنه تبع لإمامه، والقنوت فى الفجر مجتهد فيه[٩]. ولهما أنه منسوخ[١٠]، ولا متابعة[١١]

---

(١) قوله: "لقوله تعالى إلخ" ذكر فى "الكافى" ما يشعر إلى أن قوله: "لقوله تعالى" دليل على إطلاق السورة، لا على تعينها، ولا على قراءة فاتحة الكتاب مع السورة حتى يفضى منه العجب. (إله داد)

(٢) قوله: "لأن الحالة قد اختلفت" لقائل أن يقول الأقوال دون الأفعال؛ لأنها المقصود بالذات، والأقوال زينة الأفعال حتى يجب الصلاة على العاجز عن الأقوال القادر على الأفعال دون العكس، وجوابه أنه ثبت بفعل الشارع. (د)

(٣) تقدم فى صفة الصلاة، وليس فيه ذكر القنوت.(ن)

(٤) قد ذكرناها فى الصلاة. (ع)

(٥) قوله: "فى الفجر" قال أبو نصر البغدادى: القنوت فى الفجر سنة عنده، و فى غيره إن حدثت حادثة، وإن لم تحدث ففيه قولان. (ع)

(٦) قوله: "شهرًا" وإنما قنت فى هذا الشهر يدعو على ناس من المشركين. (ف)

(٧) أخرجه أبو حنيفة. (ف)

* أخرجه البزار والطبرانى، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٤٦، ص١٩٤، ونصب الراية ج٢ ص١٢٦ (نعيم).

(٨) كتكبيرات العيدين إذا زاد على الثلاث. (ف)

(٩) قوله: "مجتهد فيه [فلا يترك الأصل بالشك]" القنوت ليس مشروعًا عندنا فى الفجر إلا إذا نزلت نازلة كالطاعون وغيره، فإن الإمام حينئذٍ يقنت فى الفجر، كما ذكره الشمنى، وفصله ابن نجيم فى "الأشباه والنظائر"، وهل هو فى الفجر فقط، أم فى الصلوات كلها؟ ظاهر عبارات الفقهاء هو الأول، وهو الأصح، كما بسطه فى "رد المحتار"، ثم القنوت فى الفجر، هل هو قبل الركوع فى الركعة الثانية كالوتر أم بعده؟، اختار الحموى فى حاشية الأشباه الأول، واختار صاحب "رد المحتار" الثانى، وهو الأصح عندى لموافقته الأخبار النبوية، والله أعلم بالصواب. (مولوى محمد عبد الخير رح)

(١٠) قوله: "أنه منسوخ" لما روينا أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قنت شهراً ثم ترك. (عناية)

فيه، ثم قيل(١): يقف قائمًا ليتابعه(٢) فيما تجب متابعته(٣)، وقيل(٤): يقعد تحقيقا للمخالفة؛ لأن الساكت(٥) شريك الداعي(٦)، والأول(٧) أظهر(٨)، ودلّت(٩) المسألة(١٠) على جواز الاقتداء(١١) بالشفعوية(١٢)،

---

(١١) قوله: "ولا متابعة" أورد ههنا مولانا إله دادرح بأنه ذكر في "الذخيرة" أنه إذا صلى بمن يوتر بعد الركوع يتابعه مع أن القنوت بعد الركوع منسوخ.

والجواب عنه أن الإمام قنت في الوتر وإن كان بعد الركوع، والقنوت في الوتر مشروع عندنا، فيتابعه بخلاف الفجر، فإن القنوت فيه كان لنازلة في زمن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وليس بمشروع فيه، فبهذا البيان تبين الفرق بين المسألتين والله أعلم (مولوى محمد عبد الحيرح)

(١) قوله: "ثم قيل إلخ" يعني إذا لم يتابعه فماذا يفعل؟، فقال بعضهم: يقف قائمًا. (عناية)

(٢) بقدر الإمكان. (عبد)

(٣) أي القيام. (ع)

(٤) قوله: "وقيل يقعد إلخ" وقيل: يركع ويقف فيه. (ف)

(٥) قوله: "لأن الساكت" أي غير المخالف شريك الداعي، فلا بد من المخالفة، وهي بالأركان قولا غير ممكن لمكان الصلاة، فيجب المخالفة في الفعل بالقعود. (د)

(٦) قوله: "شريك الداعي" واستدل على أن الساكت شريك الداعي بقوله تعالى: ﴿قد أجيبت دعوتكما﴾، فإن موسى كان داعيا، وهارون كان مؤمنًا، وفيه أن هارون لما أمن تحقق الشركة. (عبد)

(٧) قوله: "والأول إلخ" وقال بعضهم: يسلم قبل الإمام؛ لأن الإمام اشتغل بالبدعة، فلا معنى لانتظاره، ولم يذكره المصنف؛ لأنه مخالفة ظاهرة. (عناية)

(٨) قوله: "أظهر" لأن فعل الإمام يشتمل على مشروع وغيره، فإن كان مشروعًا يتبعه، وإن كان غير مشروع لا يتبعه. (عناية)

(٩) قوله: "ودلت إلخ" قلت: دلالتها عليه غير واضحة لجواز أن يكون وضع المسألة في ما إذا أم حنفي حنفيًا في الفجر وقنت، فكأنه أراد بالدلالة الدلالة الظاهرية؛ لأن المصلي إذا كان حنفيا لا يقنت في الفجر. (د)

(١٠) قوله: "المسألة إلخ" وجه الدلالة في الأول أن اختلافهم في أنه يتابعه أو لا فيقف ساكتًا، أو يقعد إلى أن يسلم الإمام، أو يسلم قبله ولا ينتظره في السلام اتفاق على أنه كان مقتديًا، وإطلاق القانت يشمل الشافعي وغيره. (ف)

(١١) قوله: "على جواز الاقتداء إلخ" وقال أبو اليسر: اقتداء الحنفي بشافعي المذهب غير جائز؛ لما روى مكحول النسفي في كتابه سماه "الشعاع" عن أبي حنيفةرح أن من رفع يديه عند الركوع، وعند رفع الرأس منه تفسد صلاته، وجعل ذلك عملا كثيرًا، فصلاتهم فاسدة عندنا، فلا يصح الاقتداء بهم (عناية).

قوله: "على جواز الاقتداء إلخ" وقال صاحب "المحيط" وقاضي خان وغيرهما: إنما يصح الاقتداء بالشافعية إذا كان الإمام يحتاط في موضع الخلاف بأن كان لا ينحرف عن القبلة، ويجدد الوضوء عند الفصد والحجامة، ويغسل ثوبه من المني، ولا يكون متعصبًا، ولا شاكا في إيمانه أي لا يقول: أنا مؤمن إن شاء الله تعالى، بل يقطع

وعلى المتابعة[١] فى قراءة القنوت فى الوتر[٢]، وإذا علم المقتدى منه[٣] ما يزعم به[٤] فساد صلاته[٥] كالفصد وغيره، لا يجزئه الاقتداء به،

بإيمانه من غير استثناء.

قلت: هذا يرجع إلى أن يصير حنفيا، والتعصب يوجب فسقه، والصلاة خلف الفاسق جائزة، والانحراف عن القبلة ليس من مذهب الشافعى، وإنما ينسب ذلك إلى بعض، وقال صاحب "المحيط": ولا يقطع وتره، وقال أبو بكر الرازى: يجوز اقتداء الحنفى بمن يسلم على الركعتين فى الوتر يقنت فى الوتر؛ لأن إمامه لا يخرج سلامه عنده، لأنه مجتهد فيه، كما لو اقتدى بإمام قد رعف، وهو يعتقد أن طهارته باقية.

وقيل: لا يصح الاقتداء به فى الرعاف والحجامة، وبه قال الأكثرون: وإن رآه احتجم، ثم غاب، فالأصح جواز الاقتداء به؛ لأنه يجوز أن يتوضأ احتياطًا، وقيل: لا يصح كاختلافهما فى جهة التحرى، فإنه يمنع، وفى "جامع الكردرى": عن أبى حنيفة أن من رفع يديه عند الركوع، وعند رفع الرأس منه تفسد الصلاة، وفى "الفوائد الظهيرية": فيه نظر، كذا قال العينى فى "شرحه": وقد ذكر بعض الأفاضل فى رسالته "الائتمام بمقلد كل إمام".

فى هذه المسألة ستة أقوال: منها: الحكم بعدم جواز الاقتداء بالمخالف مطلقًا، ومنها: الجواز مطلقًا، ومنها: الجواز إذا راعى الإمام مواضع الخلاف.

ومنها: الجواز إذا علم المقتدى منه مراعاة مواضع الخلاف، فإن شك لم يجز، ومنها: الجواز مطلقًا، وهو الحق عند المحققين كيف لا؟ والمخالف لا يخلو إما أن يكون نحكم بإصابته، أو بخطئه، أو باحتمال خطئه وصوابه، فالأول والثانى باطلان؛ لما تقرر فى مقره، إنا لا نقطع بإصابة مجتهد، أو بخطئه، بل نقول: كل مجتهد يحتمل أن يكون مصيبًا، وأن يكون مخطئًا، والحق دائر بين المذاهب المختلفة، فتعين الشق الثالث، وإذا كان هذا هكذا، فلا وجه للحكم بعدم جواز الاقتداء بهم، فإن مذهبهم كمذهبنا فى كونه محتملا للخطأ والصواب، وما يدرينا أن مذهبنا فى كل أمر صواب لا يحتمل الخطأ، ومذهب غيرهم خط لا يحتمل الصواب، وأما اشتراط مراعاة مواضع الخلاف، كما اختاره أكثر أصحابنا، فغير موجه، إذ مراعاة ذلك مستحب، ليس بواجب عند أحد، فلو لم يراع، وفعل ما فعل على طبق مذهبه، لم يقدحه فى ذلك قادح، فأى مانع فى جواز الاقتداء به؟ فافهم هذا بنظر الإنصاف. (مولوى عبد الحى)

(١٢) قوله: "بالشفعوية" وفى بعض النسخ بالشافعية، وهو الصواب لما عرف من وجوب حذف ياء النسبة إذا نسب ما هى فيه، ووضع الياء الثانية مقامها. (ف)

(١) قوله: "على المتابعة [ذكر فى الفتاوى أن عند محمد يؤمنون، وعند أبى يوسف يسكتون. د] إلخ" وذلك فإن الخلاف فى قنوت الفجر بالمتابعة مع أنه خطأ بيقين إجماع على المتابعة فى الدعاء المسنون؛ لأن قنوت الوتر صواب يقينًا. (ع)

(٢) قوله: "فى قراءة القنوت فى الوتر" أما الدلالة عند أبى يوسفرح فظاهر؛ لأنه يقول بالمتابعة فى قنوت الفجر، وأنه منسوخ مجتهد فيه، ففى قنوت الوتر -وأنه غير منسوخ- أولى، وأما عند محمد، فلأنه إنما لا يقول بالمتابعة فى الفجر لمكان النسخ، والأصل فى الأدعية المتابعة، فيتابعه.

(٣) قوله: "وإذا علم إلخ" يعنى أن الاقتداء به إنما يصح إذا تحامى مواضع الخلاف. (ع)

(٤) قوله: "ما يزعم به إلخ" ذكر شيخ الإسلام إذا لم يعلم منه هذه الأشياء يجوز الاقتداء به، والمنع إنما هو

والمختار(١) في القنوت(٢) الإخفاء(٣)؛ لأنه دعاء(٤).

باب(٥) النوافل(٦)

السنة(٧) ركعتان قبل الفجر(٨)، وأربع قبل الظهر، وبعدها ركعتان، وأربع قبل العصر، وإن شاء ركعتين، وركعتان بعد المغرب(٩)، وأربع قبل العشاء(١٠)، وأربع بعدها، وإن شاء ركعتين، والأصل فيه(١١) قوله عليه

لمن شاهد ذلك. (ف)

(٥) قوله: "فساد صلاته" ولم يذكر حكم الفساد الراجع إلى الإمام، وقد اختلف مشايخنا فيه، فقال الهندواني وجماعة: إن المقتدى إذا رأى إمامه مس إمرأته أو ذكره ولم يتوضأ لا يصح الاقتداء به، وذكر التمرتاشي أن أكثر مشايخنا جوزوه، وقال صاحب "النهاية": قول الهندواني أقيس. (عناية)

(١) قوله: "والمختار إلخ" ومنهم من يقول: يجهر بالقنوت؛ لأنه يتشبه بالقرآن، فإن الصحابة اختلفوا في كون "اللهم إنا نستعينك" إلخ من القرآن. (ع)

(٢) قوله: "في القنوت إلخ" ليس في القنوت دعاء معين. (عناية)

(٣) قوله: "الإخفاء" مطلقًا سواء كان القانت منفردًا، أو إمامًا، أو مقتديًا. (ع)

(٤) قوله: "لأنه دعاء" وفي الحديث: «خير الدعاء الخفي». (د)

(٥) قوله: "باب" لما فرغ من بيان الفرض والواجب، شرع في بيان السنن والنوافل. (ع)

(٦) قوله: "النوافل" المراد بالنافلة ههنا معنى يشمل السنة وغيرها. (عبد)

(٧) ابتدأ بالسنن؛ لكونها أشرف. (ع)

(٨) قوله: "ركعتان قبل الفجر إلخ" ابتدأ بسنة الفجر؛ لأنها أقوى السنن، حتى روى الحسن عن أبي حنيفة لو صلاها قاعدًا من غير عذر لا يجوز، وقالوا: العالم إذا صار مرجعًا للفتوى جاز له ترك سائر السنن؛ لحاجة الناس إليه إلا سنة الفجر؛ لأنها أقوى السنن. (ف)

(٩) قوله: "وركعتان بعد المغرب إلخ" اختلف في الأفضل بعد ركعتي الفجر قال الحلواني: ركعتا المغرب، فإن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم لم يدعهما حضرًا، ولا سفرًا، ثم التي بعد الظهر؛ لأنها سنة متفق عليها، بخلاف التي قبلها؛ لأنه قيل: هي للفصل بين الأذان والإقامة، ثم التي بعد العشاء، ثم التي قبل الظهر، ثم التي قبل العصر، ثم التي قبل العشاء. (ف)

(١٠) قوله: "وأربع قبل العشاء إلخ" يجب حمل قول المصنف: "السنة" على ما دعى إليه النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم من غير إيجاب، وهو أعم من السنة والمندوب، وهذا لأنه عد منها أربع قبل العصر، وقبل العشاء، وذلك مستحبة، لا سنة راتبة. (ف)

(١١) قوله: "والأصل فيه إلخ" أي في كون الصلاة سنة، لا في كون المذكورات سنة؛ لأن الدليل لا يدل عليها. (عبد)

السلام[١] : «من ثابر[٢] على ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتًا في الجنة»* ، وفسر[٣] على نحو ما ذكر في الكتاب[٤] غير أنه لم يذكر الأربع قبل العصر[٥]، فلهذا[٦] سماه[٧] في "الأصل" حسنا، وخير لاختلاف الآثار[٨] ، والأفضل هو الأربع ، ولم يذكر الأربع قبل العشاء ، ولهذا كان مستحبًّا؛ لعدم المواظبة ، وذكر فيه[٩] ركعتين بعد العشاء ، وفي غيره[١٠] ذكر الأربع[١١] ، فلهذا خير[١٢] إلا أن الأربع أفضل خصوصًا عند أبي حنيفة رح على ما عرف من مذهبه[١٣] ، والأربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا** ، كذا قاله[١٤] رسول الله ﷺ ، وفيه

(١) رواه الترمذي. (ف)

(٢) المثابرة: المواظبة. (ع)

* من حديث أم حبيبة، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٤٨، ص١٩٧ ، ونصب الراية ج٢ ص١٣٧ (نعيم).

(٣) الضمير للنبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم.

(٤) أي المبسوط. (ع)

(٥) قوله: "غير أنه إلخ" بيان لما لم يذكر في حديث المثابرة، فإن المذكور في الكتاب زائد على ثنتي عشرة ركعة. (ع)

(٦) قوله: "فلهذا" أي لأنه لم يذكر في حديث المثابرة مع أنه ليس لنا دليل آخر على سنيته. (عبد)

(٧) أي محمد بن الحسن صاحب "الأصل". (عبد)

(٨) قوله: "لاختلاف الآثار" فإنه أخرج أبو داود وأحمد وابن خزيمة وابن حبان في "صحيحيهما"، والترمذي عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «رحم الله امرءً صلى قبل العصر أربعًا»، قال الترمذي: حسن غريب، وأخرج أبو داود عن عاصم بن ضمرة عن علي أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «كان يصلي قبل العصر ركعتين». (ف)

(٩) أي حديث المثابرة. (ع)

(١٠) أي حديث المثابرة. (ف)

(١١) قوله: "ذكر الأربع" وهو ما عزى إلى سنن سعيد بن منصور من حديث البراء بن عازب. (ف)

(١٢) القدوري بقوله: إن شاء ركعتين. (ع)

(١٣) من أن الأربع بتسليمة أفضل بالليل. (ع)

** انظر الدراية ج١ص١٩٩ ، ونصب الراية ج٢ ص١٤٢ (نعيم).

خلاف الشافعي[١].

قال: ونوافل النهار[٢] إن شاء صلى بتسليمة ركعتين، وإن شاء أربعا، وتكره الزيادة على ذلك، وأما نافلة الليل قال أبو حنيفة رح[٣]: إن صلى ثمان ركعات بتسليمة جاز[٤]، وتكره الزيادة على ذلك، وقالا: لا يزيد في الليل على ركعتين بتسليمة[٥].

وفي "الجامع الصغير": لم يذكر الثماني[٦] في صلاة الليل، ودليل الكراهة أنه عليه السلام لم يزد على *ذلك[٧]، ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز، والأفضل في الليل عند أبي يوسف ومحمد رح مثنى مثنى، وفي النهار أربع أربع، وعند الشافعي رح فيهما مثنى مثنى[٨]، وعند أبي حنيفة فيهما أربع أربع. للشافعي قوله عليه السلام[٩]: «صلاة الليل

---

(١٤) لأبي أيوب الأنصاري، أخرجه أبو داود. (ف)

(١) فإن عنده يصلي بتسليمتين. (ع)

(٢) قوله: "ونوافل النهار إلخ" لما فرغ من بيان السنن الرواتب، شرع في بيان النوافل. (عبد)

(٣) قوله: "قال أبو حنيفة إلخ" احتراز عن قول الشافعيرح، فإنه يقول: لا يزيد على أربع ولو زاد كره له ذلك. (عناية)

(٤) قوله: "إن صلى ثمان ركعات إلخ" لا خلاف بينهم في إباحة الثمان بتسليمة ليلا، وكراهية الزيادة عليها على هذه الرواية، قال السرخسي: الأصح أنه لا تكره الزيادة على الثمان أيضا، وهو غير مقيد بقول أحد الثلاثة، بل تصحيح للواقع. (ف)

(٥) قوله: "وقالا: لا يزيد إلخ" ظاهره أنه نصب خلافا بينهم في كراهة الزيادة على ركعتين، وليس كذلك، بل المراد وقالا: لا يزيد على ركعتين ليلا من حيث الأفضلية. (ف)

(٦) وإنما ذكر الست. (ع)

* انظر الدراية ج١ رقم الحديث٢٤٩، ص١٩٩، ونصب الراية ج٢ ص١٤٣ (نعيم).

(٧) وفي "صحيح مسلم" خلافه، أخرجه من حديث عائشة. (ت)

(٨) التكرير للتأكيد؛ لأن معنى مثنى اثنين اثنين. (ع)

(٩) أخرجه أصحاب السنن الأربع. (ت)

والنهار مثنى مثنى»* .

ولهما الاعتبار بالتراويح ، ولأبى حنيفة رح أنه عليه السّلام كان يصلى بعد العشاء أربعًا أربعًا(٢) روته عائشة ، وكان عليه السلام يواظب(٣) فى الضحى*** ، ولأنه أدوم تحريمة ، فيكون أكثر مشقة ، وأزيد فضيلة(٤) ، ولهذا(٥) لو نذر أن يصلى أربعًا بتسليمة لا يخرج عنه بتسليمتين ، وعلى القلب يخرج ، والتراويح تؤدّى بجماعة(٦) ، فيراعى فيها جهة التيسير(٧) ، ومعنى ما(٨) رواه شفعًا لا وترًا(٩) والله أعلم .**

* من حديث بن عمر، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٥٠، ص٢٠٠ ، ونصب الراية ج٢ ص١٤٣ (نعيم).

(٢) قوله: "كان يصلى بعد العشاء إلخ" قلت: قال شيخنا علاء الدين مقلدا لغيره: هذا الحديث لم أجده، وهذا من أعجب الأعجاب، فقد رواه أبو داود. (ت)

** انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٥١، ص٢٠٠ ، ونصب الراية ج٢ ص١٤٥ (نعيم).

(٣) قوله: "يواظب على الأربع [رواه مسلم. ت]" فإن قلت: صلاة الضحى كانت فرضًا على النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم فلا يتم الاستدلال.
أجيب بأن النفل تبع للفرائض، والتبع لا يخالف الأصل، فلما كان فرض النهار أربعًا صار نفله أيضًا أربعًا إلا أن الضحى أقرب إلى الاعتبار؛ لكونه نفلا فى حقنا. (إله داد)

*** من حديث معاذة، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٥٢، ص٢٠١ ، ونصب الراية ج٢ ص١٤٦ (نعيم).

(٤) قوله: "وأزيد فضيلة" قلت: على هذا يلزم أن يكون الست والثمان والعشر فصاعدًا أيضًا بتسليمة أفضل؛ لأن الصلاة كلما كانت أكثر مشقة كانت أفضل فضيلة، وقوله: الأفضل عند أبى حنيفة فيهما الأربع، يدل على أن الزيادة ليست بأفضل إلا أن يقال: معنى قوله أن لا ينقص عنه، لا أن يزيد. (د)

(٥) أى لكون الأربع أفضل. (عبد)

(٦) قوله: "والتراويح إلخ" جواب عن اعتبارهما بالتراويح. (عناية)

(٧) قوله: "جهة التيسير" بالقطع بالتسليم على رأس الركعتين؛ لأن ما كان أدوم تحريمة كان شاقًا على الناس. (عناية)

(٨) جواب عن حديث الشافعى. (عبد)

(٩) قوله: "شفعًا لا وترًا"، فهو إطلاق اسم الملزوم على اللازم. (ف)

فصل[١] فى القراءة:

والقراءة فى الفرض واجبة[٢] فى الركعتين[٣]، وقال الشافعى[٤]: فى الركعات كلها؛ لقوله عليه السّلام: «لا صلاة إلا بقراءة»*، وكل ركعة صلاة[٥]، وقال مالك رح: فى ثلاث[٦] ركعات، إقامة للأكثر مقام الكل تيسيرًا. ولنا قوله تعالى: ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾، والأمر بالفعل[٧] لا يقتضى التكرار[٨]، وإنما أوجبنا فى الثانية استدلالا بالأولى[٩]؛ لأنهما تتشاكلان من كل وجه. فأما الأخريان فتفارقانهما فى

(١) قوله: "فصل فى القراءة" لما فرغ من بيان الصلوات المفروضة والواجبات والنوافل على الترتيب، شرع فى بيان القراءة التى يختلف وجوبها بحسب اختلاف هذه الصلوات. (ع)

(٢) قوله: "والقراءة إلخ" ليس المراد ههنا من الوجوب المعنى المتعارف بل الفرض. (عبد)

(٣) قوله: "فى الركعتين" جعلها فى الركعتين الأولين واجبا، وهو الصحيح من المذهب، وإليه أشار فى الأصل، وقال بعضهم: ركعتان غير معين، وإليه ذهب القدورى، كذا فى "البدائع". (ف)

(٤) قوله: "وقال الشافعى إلخ" وعند أبى بكر الأصم وسفيان بن عيينة القراءة ليست بركن أصلا؛ لأن الأفعال أصل. (د)

*أخرجه مسلم من حديث أبى هريرة، انظر الدراية ج١، ص١٠٢، ونصب الراية ج٢ ص١٤٧ (نعيم).

(٥) قوله: "وكل ركعة صلاة" حتى لو حلف لا يصلى، يحنث بالقيام والقراءة والقعود والسجود. (د)

(٦) قوله: "فى ثلاث ركعات إلخ" [هذا فى الرباعية، وأما فى الثنائية، فينبغى أن يكون فى اثنين. عبد] وقال زفر والحسن البصرى: فى ركعة واحدة؛ لأن الأمر لا يقتضى التكرار. (ف)

(٧) قوله: "والأمر إلخ" قلت: هذا القدر لا يكفى إذ الأمر لما لم يقتض التكرار، فهو يقتضى القراءة فى كل صلاة، وكل ركعة صلاة، فيجب القراءة فى كل صلاة من غير قراءة، فهذا كأنه بناء على أن المراد بالصلاة التى أمرنا بالقراءة فيها بقوله عليه الصلاة السلام: «لا صلاة إلا بقراءة» هو الصلاة الكاملة المخرجة عن العهدة، لا ما يصدق عليه ماهية الصلاة المخرجة عن العهدة، وهى مجموع الركعات الواجبة عليه، فيقتضى الأمر وجوبها فيها من غير تكرار، وذا فى ركعة واحدة. (د)

(٨) قوله: "لا يقتضى التكرار [على ما عرف فى الأصول. ع]" فكان مؤداه افتراضها فى ركعة واحدة. (ف)

(٩) قوله: "استدلالا إلخ" فيه أنه يقتضى أن يجب القراءة فى الركعتين من الركعات، لا على سبيل التعيين؛ لأن الأمر يقتضى فرضيته القراءة فى ركعة غير معينة، والمسألة مصرحة بخلافها فى "الذخيرة" حيث قال: إذا كانت المكتوبة من ذوات الأربع، ففرض القراءة فيها فى الركعتين الأولين.

ويمكن أن يجاب عنه أن الصلاة كانت ركعتين أولا، كما روى فى بعض الروايات، ثم زيدت فى الحضر، فالركعتان الأخيرتان كأنهما زائدتان، فلا يعتبر بهما، فوجب بالقرآن فرضية القراءة فى إحدى الركعتين،

حق السقوط بالسفر، وصفة[١] القراءة وقدرها[٢]، فلا تلحقان بهما، والصلاة فيما روى مذكورة صريحًا فتنصرف إلى الكاملة، وهي الركعتان[٣] عرفًا كمن حلف لا يصلي صلاة بخلاف[٤] ما إذا حلف لا يصلي. وهو مخير في الأخريين معناه إن شاء سكت[٥]، وإن شاء قرأ، وإن شاء سبّح[٦]، كذا روى عن أبي حنيفة رح، وهو[٧] المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة* إلا أن الأفضل أن يقرأ؛ لأنه عليه السلام داوم[٨] على ذلك**، ولهذا[٩] لايجب السهو بتركها في ظاهر الرواية.

والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل، وفي جميع ركعات الوتر، أما النفل فلأن كل شفع منه صلاة على حدة[١٠]، والقيام إلى الثالثة كتحريمة مبتدأة، ولهذا[١١] لا يجب بالتحريمة الأولى إلا ركعتان في المشهور[١٢] عن

وقيست عليها الركعة الأخرى، فوجبت في الركعتين الأصليتين. (ملخص من حاشية إله داد رحمه الله تعالى)

(١) أي الجهر والمخافتة. (عبد)

(٢) أي السورة. (د)

(٣) قوله: "وهي الركعتان" فيقتضي القراءة في كل شفع، لا في كل ركعة، كما زعمه الشافعي. (د)

(٤) قوله: "بخلاف ما إذا إلخ" فإنه يحنث بالقيام والقعود والركوع والسجود. (د)

(٥) قدر تسبيح. (ن)

(٦) تسبيحة واحدة. (ن)

(٧) التسبيح. (ف)

* انظر الدراية ج١، ص٢٠١، ونصب الراية ج٢ ص١٤٨ (نعيم).

(٨) يعني بترك، وإلا لكان واجبًا. (ع)

** انظر الدراية ج١، ص٢٥٣، ونصب الراية ج٢ ص١٤٨ (نعيم).

(٩) قوله: "ولهذا" أي لكون القراءة على وجه الأفضلية في الأخريين. (عناية)

(١٠) قوله: "كل شفع إلخ" ولهذا وجبت القعدة الأولى عند محمد، غير أنا استحسنا بأن القعدة فرض لغيرها، وهو الخروج، وإذ ليس فليس. (د)

(١١) أي لكون كل شفع صلاة على حدة. (ع)

(١٢) احتراز عن قول أبي يوسف. (ع)

أصحابنا رح، ولهذا قالوا: يستفتح في الثالثة أي يقول: سبحانك اللهم، وأما الوتر فللاحتياط.

قال: ومن شرع في نافلة(١) ثم أفسدها(٢) قضاها، وقال الشافعي رح: لا قضاء عليه؛ لأنه متبرع فيه(٣)، ولا لزوم على المتبرع(٤). ولنا(٥) أن المؤدّى(٦) وقع قربة(٧)، فيلزم الإتمام ضرورة(٨) صيانته عن البطلان.

وإن صلى أربعًا(٩)، وقرأ في الأوليين، وقعد(١٠)، ثم أفسد الأخريين قضى ركعتين(١١)؛ لأن الشفع الأول قد تم، والقيام إلى الثالثة بمنزلة التحريمة

(١) قوله: "ومن شرع إلخ" هذه المسألة هي المشهورة في أن الشروع في النفل صلاة كان أو صومًا، يلزم عندنا خلافًا للشافعي، والعلماء أوردوا هذه المسألة في باب الصوم؛ لأن الآثار التي يحتج بها من الجانبين إنما أوردت فيه، لكن الشيخ أبا الحسن القدوري لما رأى حكم المسألة واحدًا، أورده في كتاب الصلاة، وتابعه المصنف. (ع)

(٢) وكذا إذا فسدت. (عبد)

(٣) أي فعله. (ع)

(٤) لقوله تعالى: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾. (ع)

(٥) قوله: "ولنا إلخ" الأحاديث في هذا الباب متعارضة، فاستدل الفريقان بالرأي. (د)

(٦) قوله: "أن المؤدى إلخ" والجواب عن الشافعي أنه لا لزوم على المتبرع قبل الشروع، أو بعده، والأول مسلم، وليس الكلام فيه، والثاني عين النزاع. (ع)

(٧) قوله: "وقع قربة إلخ" فإن قلت: إذا كان الشروع ملزمًا كالنذر وجب أن لا يحل الإفطار بعذر الضيافة، كالمنذور، قلنا: أبحنا الإفطار بعذر الضيافة تقديمًا لحق العبد على حق الشرع لحاجة العبد، وغنى الشرع. (د)

(٨) قوله: "ضرورة صيانته عن البطلان" استدل عليه بقوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾، فإن النهي عن الشيء يستلزم الأمر بالضد، وضد الإبطال الإتمام، وفيه بحث؛ فإن ذلك إنما يصح إذ كان الضد متعينا، ولا يتعين الضد ههنا؛ لأن أحد الأمرين ضد له الإتمام، والبطلان في نفسه، نعم لو جعل قوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا﴾ بمعنى صونوا عن البطلان يثبت المطلوب. (عبد)

(٩) يعني شرع ناويًا أربعًا. (ع)

(١٠) قوله: "وقعد" قيد به لأنه لو لم يقعد وأفسد الأخريين وجب عليه قضاء الأربع بالإجماع. (ع)

(١١) قوله: "ثم أفسد الأخريين إلخ" بقي احتمال آخر لم يبينه، وهو أن يفسد الأوليين، فإنه يقضي الأربع عند أبي يوسف، وعندهما يقضي ثنتين. (عبد)

مبتدأة، فيكون ملزمًا، هذا إذا أفسد الأخريين بعد الشروع فيهما، ولو أفسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الأخريين.

وعن أبي يوسف رح[١]: أنه يقضي[٢] اعتبارًا[٣] للشروع بالنذر، ولهما[٤] أن الشروع يلزم ما شرع فيه، وما لا صحة له إلا به، وصحة الشفع الأول لا تتعلق بالثاني، بخلاف الركعة الثانية، وعلى هذا[٥] سنة الظهر؛ لأنها نافلة[٦]، وقيل: يقضي أربعًا احتياطًا لأنها بمنزلة صلاة واحدة[٧].

وإن صلى أربعًا[٨]، ولم يقرأ فيهن شيئًا أعاد ركعتين، وهذا عند

---

(١) وقد رجع عن هذا القول. (ف)

(٢) فيقضي عنده أربعًا. (ف)

(٣) قوله: "اعتبارًا للشروع بالنذر" و ذلك لأن نية الأربع قارنت سبب الوجوب، وهو الشروع، فيلزم القضاء، كما إذا نذر، فإن نية الأربع قارنت سبب الوجوب، وهو النذر. (عناية)

(٤) قوله: "ولهما أن الشروع ملزم إلخ" يعني أن الشروع ملزم ما شرع فيه، وهو الركعة الأولى، وما لا يصح شروعه إلا به، وهو الركعة الثانية، والشفع الثاني ليس مما شرع فيه؛ لأنه المفروض، ولا ما توقف صحة الشفع الأول عليه، فلا يكون واجبا بالشروع في الشفع الأول، وما لا يكون واجبًا لا يجب قضاءه، وظهر من هذا أن النية لم يقارن سبب الوجوب، وهو الشروع في الشفع الثاني؛ لأن الفرض أنه لم يشرع فيه. (عناية)

(٥) أي على هذا الخلاف. (عبد)

(٦) قد سنت للمواظبة. (ف)

(٧) قوله: "بمنزلة صلاة واحدة [كالظهر. ف]" ولهذا ينهض في القعدة الأولى عند عبده ورسوله، ولا يستفتح في الثالثة، ولا تبطل شفعة الشفيع إذا علم بالشفعة في الشفع الأول بالانتقال منها إلى الثاني، ولا خيار المخيرة. (ف)

(٨) قوله: "وإن صلى أربعًا إلخ" هذه المسألة ملقبة بمسألة الثمانية، والوجوه الآتية فيها ستة عشر: قرأ في الجميع، أو ترك في الجميع، أو ترك في الشفع الأول، أو ترك في الشفع الثاني، أو ترك في الركعة الأولى، أو ترك في الركعة الثانية، أو ترك في الركعة الثالثة، أو ترك في الركعة الرابعة، أو ترك في الشفع الأول والركعة الثالثة، أو ترك في الشفع الأول والركعة الرابعة، أو ترك في الركعة الأولى والشفع الثاني، أو ترك في الركعة الثانية والشفع الثاني، أو ترك في الركعة الأولى والثالثة، أو ترك في الركعة الأولى والرابعة، أو ترك في الركعة الثانية والثالثة، أو ترك في الثانية والرابعة، فهذه ستة عشر وجها.

والمصنف ترك الوجه الأول؛ لأن الكلام في أقسام الفساد بترك القراءة، والتي تقرأ في جميعها ليست منها، [illegible] اخلت منها سبعة أوجه في الباقية لاتحاد الحكم، فعادت ثمانية، فعليك بالتفتيش يتميز المتداخلة. (ع)

أبي حنيفة ومحمد رح.

وعند أبي يوسف رح يقضي أربعًا، وهذه المسألة[١] على ثمانية أوجه، والأصل فيها أن عند محمد رح ترك القراءة في الأوليين أو في إحداهما يوجب بطلان التحريمة؛ لأنها تعقد للأفعال[٢]. وعند أبي يوسف رح ترك القراءة في الشفع الأول لا يوجب بطلان التحريمة، وإنما يوجب فساد الأداء[٣]؛ لأن القراءة ركن زائد[٤]، ألا ترى أن للصلاة وجودًا بدونها،[٥] غير أنه لا صحة للأداء إلا بها، وفساد الأداء لا يزيد على تركه[٦]، فلا يبطل التحريمة.

وعند أبي حنيفة رح ترك القراءة في الأوليين يوجب بطلان التحريمة، وفي إحداهما لا يوجب؛ لأن[٧] كل شفع من التطوع صلاة على حدة[٨]، وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه[٩]، فقضينا[١٠] بالفساد في حق وجوب القضاء، وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني

(١) أي نوع هذه المسألة. (عبد)

(٢) قوله: "لأنها تعقد للأفعال" قد فسدت بترك القراءة، فيفسد ما عقد لها. (ف)

(٣) قوله: "وإنما يوجب فساد الأداء إلخ" إنما قال ببقاء التحريمة عند فساد الأداء؛ لأن بالفساد لا ينعدم إلا صفة الجواز، وقد عدم الأداء، وبقيت التحريمة؛ لأنها صحت في الأداء. (ن)

(٤) قوله: "ركن زائد" وإذا كان ركنًا زائدًا لا يؤثر في بطلان أصل الصلاة. (ع)

(٥) كما في حق الأخرس. (ن)

(٦) قوله: "لا يزيد على تركه" بأن لم يأت أركانًا حال كونه منفردا، أو خلف الإمام، أو سبقه الحدث، فتوضأ وترك الأداء لا يبطل التحريمة، فكذا الفساد. (عناية)

(٧) دليل للأوّل. (عبد)

(٨) قوله: "صلاة على حدة" فكان ترك القراءة فيه إخلاء للصلاة عن القراءة، فتكون فاسدة يجب قضاؤها، وبطل تحريمتها. (عناية)

(٩) قوله: "مجتهد فيه" لأن الحسن البصري ذهب إلى أن القراءة في إحدى الركعتين كافٍ؛ لأن الأمر لا يقتضي التكرار. (عبد)

(١٠) كما في الفجر.

احتياطًا[١].

إذا ثبت هذا[٢] نقول: إذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما؛ لأن التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الأول عندهما[٣]، فلم يصح الشروع في الشفع الثاني، وبقيت عند أبي يوسف رح، فصح الشروع في الشفع الثاني، ثم إذا فسد الكل بترك القراءة فيه، فعليه قضاء الأربع عنده.

ولو قرأ في الأوليين لا غير، فعليه قضاء الأخريين[٤] بالإجماع؛ لأن التحريمة لم تبطل، فصح الشروع في الشفع الثاني، ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الأول، ولو قرأ في الأخريين لا غير، فعليه قضاء الأوليين بالإجماع[٥]؛ لأن عندهما لم يصح[٦] الشروع في الشفع الثاني، وعند أبي يوسف رح إن صح[٧] فقد أداهما.

ولو قرأ في الأوليين وإحدى الأخريين، *فعليه قضاء الأخريين بالإجماع، *ولو قرأ في الأخريين وإحدى الأوليين، فعليه قضاء الأوليين بالإجماع[٨]، ولو قرأ في إحدى الأوليين وإحدى الأخريين على قول

---

(١) قوله: "احتياطًا [في كل واحد من الحكمين. ع]" فإن قيل: فساد الصلاة بتركها في الركعتين أيضًا مجتهد فيه؛ لأن أبا بكر الأصم لا يقول بفساد هذه الصورة، أجيب بأن هذا خلاف لا اختلاف؛ لكونه مخالفًا للدليل القطعي. (عناية)

(٢) قوله: "إذا ثبت هذا" يعني الأصل المذكور. (ع)

(٣) أي أبي حنيفة ومحمد. (عبد)

(٤) قوله: "قضاء الأخريين" يعني إذا قعد بينهما، أما إذا لم يقعد فعليه قضاء الأربع؛ لأن الفساد في الشفع الثاني يسرى إلى الأول. (عناية)

(٥) قوله: "فعليه قضاء الأوليين بالإجماع" هذا مما اتحد فيه الجواب، لكن اختلف التخريج، وهو ما ذكر في الكتاب. (ن)

(٦) قوله: "لم يصح الشروع في الشفع الثاني" حتى لو اقتدى به إنسان في الشفع الثاني لا يصح اقتداءه، ولو قهقه لا ينتقض طهارته، كذا ذكر قاضي خان في "الجامع الصغير". (ن)

(٧) قوله: "إن صح إلخ" إن ههنا للوصل، وهو في هذا الكتاب يكون للوصل. (عبد)

(٨) أما عند الشيخين فلصحة أداء الأخريين، وأما عند محمد، فلعدم صحة الشروع في الشفع الثاني.

أبى يوسف رح قضاء الأربع[١].

وكذا عند أبى حنيفة رح[٢]؛ لأن التحريمة باقية، وعند محمد رح عليه قضاء الأولين؛ لأن التحريمة[٣] قد ارتفعت عنده، وقد أنكر أبو يوسف رح هذه الرواية عنه[٤]، وقال: رويت لك عن أبى حنيفة رح أنه يلزمه قضاء ركعتين، ومحمد لم يرجع[٥] عن روايته عنه.

ولو قرأ فى إحدى الأولين لا غير قضى أربعًا[٦] عندهما، وعند محمد رح قضى ركعتين[٧]، ولو قرأ فى إحدى الأخريين لا غير، قضى أربعًا عند أبى يوسف رح، وعندهما ركعتين، قال[٨]: وتفسير قوله عليه السلام[٩]: «لا يصلى[١٠] بعد صلاة مثلها[١١]» *يعنى ركعتين بقراءة[١٢]

---

(١) وعند محمد قضاء ركعتين. (ن)

(٢) قوله: "وكذا إلخ" إنما قال: "كذا" إشارة إلى أنه ليس قوله باتفاق بينهما، بل إنما هو قوله على رواية محمد. (ن)

(٣) بترك القراءة فى إحدى الأولين. (ع)

(٤) قوله: "وقد أنكر إلخ" إذا جرت محاورة بين أبى يوسف ومحمد حين عرض محمد عليه "الجامع الصغير"، فقال أبو يوسف: رويت لك عنه أن عليه قضاء ركعتين، وقال محمد: بل رويت لى عنه أن عليه قضاء أربع ركعات، وقيل: ما حفظه أبو يوسف هو قياس مذهبه؛ لأن التحريمة ضعف بترك القراءة فى ركعة، فلا يلزمه الشفع الثانى بالشروع فيه بهذه التحريمة، والاستحسان ما حفظه محمد. (ن)

(٥) قوله: "لم يرجع" واعتبرت المشايخ رواية محمد مع تصريحهم فى الأصول بأن تكذيب الأصل الفرع يسقط الرواية عنه إذا كان صريحًا. (ف)

(٦) قوله: "قضى أربعًا" لبقاء التحريمة؛ لأن ترك القراءة فى إحدى الأولين لا يبطل التحريمة عند الإمام، وعند أبى يوسف لا يبطل التحريمة أصلاً. (مج)

(٧) لبطلان التحريمة.

(٨) قوله: "قال [أى محمد. ن] إلخ" أورد بعد ذكر أن القراءة واجبة فى ركعات النفل، وما ترتب عليه من المسائل الثمانية دليلا على ذلك بما أوله. (عناية)

(٩) قوله: "وتفسير [رواه ابن أبى شيبة. ف] إلخ" الأولى أن يحمل على النهى عن تكرار الجماعة فى مسجد. (د)

(١٠) قوله: "لا يصلى إلخ" المتبادر من الحديث أنه إذا أدى صلاة، لا تعاد تلك الصلاة على وجه الوسوسة. (عبد)

وركعتين بغير قراءة، فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها.[١]

ويصلي النافلة قاعداً مع القدرة على القيام[٢]؛ لقوله عليه السّلام[٣]: «صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم[٤]»*، ولأن الصلاة[٥] خير موضوع[٦]، وربما يشق عليه القيام، فيجوز له تركه كي لا ينقطع عنه[٧]، واختلفوا في كيفية القعود[٨]، والمختار[٩] أن يقعد كما

---

(١١) قوله: "بعد صلاة مثلها إلخ" لما تعذر إجراء قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا يصلى بعد صلاة مثلها» على الظاهر للقطع بصحة أداء متماثلين بأن يصلي ركعتين، أو أربعًا، ثم يصلي بعدها ما يماثلها ذاتا وصفة، بأن كانا نفلين وفرضين، أو ذاتًا لا صفة، كمصلي الفجر يصلي شفعًا سنة، وشفعًا فرضًا، جعل الحديث بيانًا لوجوب القراءة في ركعات النفل. (د)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٥٤، ص٢٠٢، ونصب الراية ج٢ ص١٤٨ (نعيم).

(١٢) قوله: "يعني ركعتين إلخ" هذا مع كونه متكلفًا يجعل لتقييد قوله: "بعد صلاة" ضائعا للقطع بعدم جواز نفل مثلها قبلها أيضًا. (د)

(١) قوله: "بيان فرضية القراءة إلخ" هو مشكل؛ لأنه خبر الواحد، فكيف يقتضي الفرضية، وإن كان مشهورًا، فهو مؤول، كما ذكرنا، فلا يوجب العلم، ويمكن أن يقال: إنه بيان لما أجمل في النص. (د)

(٢) أي يجوز. (عبد)

(٣) أخرجه الجماعة إلا مسلمًا. (ف)

(٤) قوله: "صلاة القاعد إلخ" التمسك بأن المراد منه -والله أعلم- أن صلاة القاعد متنفلا مع القدرة على القيام على النصف من صلاة القائم؛ لإجماعهم على أن صلاة الفرض قاعدًا مع القدرة على القيام لا يجوز، وعلى أن صلاة القاعد العاجز عن القيام كصلاة القائم. (د)

* رواه عمران بن حصين، انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٥٥، ص٢٠٢، ونصب الراية ج٢ ص١٥٠ (نعيم).

(٥) لا يناسبه المشقة. (عبد)

(٦) أي مهيأ في جميع الأوقات. (عبد)

(٧) قوله: "كيلا ينقطع عنه" أي لا ينقطع المصلي عن الجزاء، أو لا تنقطع الصلاة عن المصلي، أو لا ينقطع الجزاء عن المصلي. (عبد)

(٨) قوله: "واختلفوا إلخ" روى محمد عن أبي حنيفةرح أنه يقعد كيف شاء؛ لأنه لما جاز له ترك أصل القيام، فترك صفة القعود أولى.

وعن أبي يوسفرح أنه يحتبي؛ لأن عامة صلاة رسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم في آخر عمره كان محتبيًا، وعن محمد أنه يتربع؛ لأنه أعدل، وعن زفر أنه يقعد كما يقعد في حالة التشهد، وهو الذي اختاره الفقيه أبو الليث وشمس الأئمة السرخسي والمصنفرح. (ع)

يقعد في حالة التشهد؛ لأنه عهد مشروعًا[١] في الصلاة.

وإن افتتحها[٢] قائمًا، ثم قعد من غير عذر، جاز عند أبي حنيفة رح، وهذا استحسان، وعندهما لا يجزئه، وهو قياس؛ لأن الشروع معتبر[٣] بالنذر. له أنه لم يباشر القيام فيما بقي[٤]، ولما باشر[٥] صحة بدونه، بخلاف النذر؛ لأنه التزمه نصًا، حتى[٦] لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ[٧]. ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته[٨] إلى أي جهة توجهت[٩] يومئ إيماءً؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما[١٠] قال:

---

(٩) وعليه الفتوى. (د)

(١) الأولى مسنونًا. (عبد)

(٢) وإن افتتح قاعدًا، ثم قام جاز اتفاقًا. (ف)

(٣) قوله: "معتبر بالنذر" أي من حيث إن كل واحد منهما ملزم أداء الصلاة، ثم من نذر أن يصلي قائمًا لم يجز أن يقعد من غير عذر، فكذلك إذا شرع قائمًا. (ن)

(٤) قوله: "أنه لم يباشر إلخ" يعني أن القعود في التطوع بلا عذر كالقعود في الفرض بعذر، ثم هناك فرق بين حال الابتداء والبقاء، فكذلك ههنا، وهذا لأنه مخير بين القيام والقعود، وخياره فيما لم يؤد باق، والشروع إنما يلزم به ما باشر، وما لا صحة لما باشر إلا به، وللركعة الأولى صحة بدون القيام في الركعة الثانية، بدليل حالة العذر، فلم يلزمه القيام بالشروع. (ن)

(٥) أي في حق القيام. (ن)

(٦) يعني لو نص أن يصلي ولم يقل: قائمًا أو قاعدًا. (ن)

(٧) قوله: "عند بعض المشايخ" قال الفقيه أبو جعفر الهندواني: لا رواية في المسألة، واختلف المشايخ فيه. (ن)

(٨) قوله: "يتنفل على دابته" يعني سواء كان بعذر، أو بغير عذر، توجه عند افتتاح الصلاة، أو لم يتوجه، لإطلاق المروي، وكذلك لا فرق بين أن يكون على دابته في موضع جلوسه أو ركابه نجاسة أو لا، لأن الركوع والسجود إذا سقطا مع كونهما ركنين، فلأن يسقط طهارة المكان وهو شرط أولى، وفيه نظر؛ لأنه يستلزم جوازه بغير وضوء، وهو باطل.
ولا يلزم من سقوط الشيء إلى خلف سقوط الشيء لا إلى خلف، فكان ما قال محمد بن مقاتل رح وأبو حفص الكبير: إذا كانت النجاسة في موضع الجلوس والركابين أكثر من قدر الدرهم لا يجوز الصلاة، وهو القياس. (ع)

(٩) قوله: "إلى أي جهة توجهت" قال في "المحيط": ومن الناس من يقول: إنما يجوز الصلاة على الدابة إذا توجه إلى القبلة عند افتتاح الصلاة، ثم تركه. (ن)

(١٠) رواه مسلم، وليس فيه: يومئ. (ف)

"رأيت[١] رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يصلى على حمار، وهو متوجه إلى خيبر يومئ إيماء" *، ولأن النوافل غير مختصة بوقت، فلو ألزمناه النزول والاستقبال، تنقطع عنه النافلة[٢]، أو ينقطع هو عن القافلة.[٣] أما الفرائض مختصة بوقت[٤]، والسنن الرواتب نوافل[٥].

وعن أبي حنيفة رح أنه ينزل لسنة الفجر[٦]؛ لأنها آكد من سائرها، والتقييد[٧] بخارج المصر ينفي اشتراط السفر[٨]، والجواز[٩] في المصر.

وعن أبي يوسف رح[١٠] أنه يجوز في المصر أيضًا، ووجه الظاهر أن النص ورد خارج المصر، والحاجة إلى الركوب فيه أغلب.

فإن افتتح التطوع راكبًا، ثم نزل يبني، وإن صلى ركعة نازلا[١١]، ثم

(١) روى عن أنس. (ف)

* انظر الدراية ج١رقم الحديث٢٥٦، ص٢٠٣، ونصب الراية ج٢ ص١٥١ (نعيم).

(٢) قوله: "تنقطع عنه النافلة" يعني لو قلنا: بأن النافلة لا تجوز بدون النزول، فتعذر النزول ينقطع عنه حينئذ النافلة. (ن)

(٣) إن نزل أو استقبل. (ف)

(٤) قوله: "مختصة بوقت" يشير إلى أن الفرائض لا تجوز على الدابة، ولا يصلي المسافر المكتوبة على الدابة إلا من عذر، كخوف اللص والسبع، وطين المكان، وكون الدابة جموحًا، وكون المسافر شيخًا كبيرًا. (ع)

(٥) قوله: "والسنن الرواتب نوافل" وأما الوتر فعند أبي حنيفة لا يجوز لأنه واجب وعندهما يجوز؛ لأنه سنة. (د)

(٦) قوله: "أنه ينزل لسنة الفجر" قال ابن شجاع: يجوز أن يكون هذا بيان الأولى يعني الأولى أن ينزل لركعتي الفجر. (ع)

(٧) قوله: "والتقييد إلخ" وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رح أن جواز التطوع على الدابة يجوز للمسافر خاصة؛ لأن الجواز بالإيماء بخلاف القياس لأجل الضرورة، والضرورة إنما يتحقق في المسافر. (ن)

(٨) قوله: "ينفي اشتراط السفر إلخ" الصحيح أن المسافر وغير المسافر في ذلك سواء بعد أن يكون خارج المصر، إلا أن الكلام بعد هذا في مقدار ما يكون بين المصر والخارج حتى يجوز التطوع على الدابة، وذكر في "الأصل" إذا خرج من الأصل فرسخين أو ثلاثة، فله أن يصلي على الدابة، وقال بعضهم: بقدر الميل. (ن)

(٩) بالنصب. (ع)

(١٠) ومحمد كذلك إلا أنه كره. (ن)

(١١) قوله: "وإن صلى ركعة إلخ" هذا القيد اتفاقي؛ لأنه لو لم يصل ركعة، فالحكم كذلك أيضًا. (ع)

ركب استقبل؛ لأن إحرام الراكب انعقد مجوزًا للركوع والسجود لقدرته[١] على النزول، فإذا أتى بهما صح، وإحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود، فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر[٢].

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يستقبل إذا نزل أيضًا، وكذا عن محمد رحمه الله إذا نزل بعد ما صلى ركعة، والأصح هو الأول، وهو الظاهر.

فصل[٣] في قيام شهر رمضان

يستحب أن يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء، فيصلي بهم إمامهم خمس ترويحات[٤]، كل ترويحة بتسليمتين، ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة[٥]، ثم يوتر بهم، ذكر لفظ الاستحباب[٦]، والأصح أنها سنة، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه واظب عليها الخلفاء الراشدون[٧]، والنبي عليه السلام بين العذر في تركه المواظبة[٨]،

(١) بلا مبطل. (ع)

(٢) قوله: "من غير عذر" إن قلت: خوف الانقطاع عن القافلة عذر حتى جوز به الإيماء راكبًا، أجيب بأنه عذر عهد مانعًا للركوع والسجود لا رافعًا لما لزمه. (د)

(٣) قوله: "فصل" لما ذكر باب النوافل اتبعه بفصل القراءة، والتراويح لزيادة تعلقها به. (ن)

(٤) قوله: "خمس ترويحات" الترويحة اسم لكل أربع ركعات، فإنها في الأصل إيصال الراحة، وهي الجلسة، ثم سميت أربع ركعات بعدها جلسة. (ع)

(٥) قوله: "ويجلس إلخ" كأنه أراد بالجلوس الفصل بين كل ترويحتين أعم من أن يكون بالجلوس والسكوت، أو الصلاة، أو بالطواف، أو بالتسبيح، أو بالتهليل. (ملا إله داد)

(٦) قوله: "ذكر لفظ الاستحباب إلخ" قلت: ذكر لفظ الاستحباب في اجتماع الناس على التراويح، وأداءها بالجماعة، وأنه لا ينافي أن يكون التراويح نفسها سنة مؤكدة، حتى يكون ما هو الأصح من كونها سنة مؤكدة يخالف ما ذكر من لفظ الاستحباب، كما هو ظاهر المصنف. (د)

(٧) قوله: "لأنه واظب عليها الخلفاء الرشدون [تغليب إذ لم يرد بكلهم، بل عمر وعثمان وعلي. ف]" إنما يدل على سنيتها؛ لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين». (ع)

قوله: "عليها" سئلت في ١٢٨٦ الست والثمانين بعد الألف والمائتين من الهجرة عمن صلى التراويح ثمان ركعات اقتداء بما روى ابن حبان وغيره أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم إنما صلى في الليالي الثلاث في رمضان بإحدى عشرة ركعة مع الوتر ثلاث ركعات، هل يكون تاركًا للسنة.

فأجيب بجواب بما محصله أن جمهور الأصوليين يعرفون السنة بما واظب عليه الرسول فحسب، فعلى هذا

وهو خشية أن تكتب علينا*. والسنة فيها الجماعة، لكن على وجه الكفاية(٢)، حتى لو امتنع أهل المسجد عن إقامتها كانوا مسيئين(٣)، ولو أقامها البعض، فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة؛ لأن أفراد الصحابة يروى(٤) عنهم التخلف، والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة(٥)، وكذا بين الخامسة وبين الوتر؛ لعادة أهل الحرمين، واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات(٦)، وليس بصحيح(٧).

التعريف يكون السنة هو ذلك القدر المذكور، وما زاد عليه يكون مستحبًا، وعليه مشى ابن الهمام في "فتح القدير"، ومحققوهم يعرفونها بما واظب عليه الرسول، أو خلفاءه، وإليه يشير عبارات الفقهاء في مواضع شتى، وهو المستفاد من حديث: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين»، أخرجه أبو داود وابن ماجة، فإن كلمة «عليكم» تدل على اللزوم، وكذا عطف «سنة الخلفاء» على «سنتي».

وأشار بعض أعيان الدهلي في كتابه "إزالة الخفاء عن خلافة الخلفاء" فما في "فتح القدير" بأنه عليه الصلاة والسلام ندب إلى سنة الخلفاء بهذا اللفظ، لا يخلو عن شيء، فعلى هذا التعريف يكون السنة المؤكدة هو عشرون ركعة؛ لثبوت مواظبة الخلفاء الثلاثة عليها، وإن لم يثبت مواظبة الرسول عليها، فمؤدى ثمان ركعات يكون تاركًا للسنة المؤكدة. وورد في رواية ابن أبي شيبة والبيهقي أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أيضًا صلى عشرين ركعة، لكنه حديث ضعيف عند المحدثين، وللتفصيل موضع آخر، وقد فرغت عنه في رسالتي "تحفة الأخيار الملقبة بإحياء السنة". (عبد)

(٨) قوله: "بين العذر [أخرجهما الشيخان وغيرهما. ف] إلخ" روى أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم خرج ليلة من ليالي رمضان، وصلى عشرين ركعة، فلما كانت الليلة الثانية اجتمع الناس، فخرج وصلى بهم عشرين ركعة، فلما كانت الليلة الثالثة كثر الناس، فلم يخرج، ثم قال: عرفت اجتماعكم، لكني خشيت أن تكتب عليكم، فكان الناس يصلونها فرادى إلى زمن عمر رض، فقال عمر رض: إني أرى أن أجمع الناس على إمام واحد، فجمع بهم على أبي بن كعب، فصلى بهم خمس ترويحات عشرين ركعات. (ع)

* متفق على معناه من حديث عائشة انظر الدراية ج١ رقم الحديث٢٥٧، ص٢٠٣ونصب الراية ج٢ ص١٥٢ (نعيم)

(٢) قوله: "لكن على وجه الكفاية" هذا عند أكثر المشايخ، ومنهم من قال: من صلى التراويح منفردًا كان تاركا للسنة، وهو مسيء. (د)

(٣)قوله: "حتى لو امتنع أهل المسجد إلخ" يشير إلى أنه سنة كفاية على أهل كل مسجد، لا على أهل البلدة، كما في صلاة الجنازة. (مولوى محمد عبد الحى)

(٤) رواه الطحاوي عن ابن عمر وعروة. (ف)

(٥)قوله: "مقدار الترويحة إلخ" أهل مكة يطوفون، وأهل المدينة يصلون، وأهل كل بلدة بالخيار يسبحون، أو يهللون، أو ينتظرون سكوتًا. (د)

(٦) وهو نصف التراويح. (ع)

وقوله: ثم يوتر بهم، يشير إلى أن وقتها بعد العشاء قبل الوتر(١)، وبه قال عامة المشايخ، والأصح أن وقتها بعد العشاء إلى آخر الليل قبل الوتر وبعده؛ لأنها نوافل سُنّت بعد العشاء، ولم يذكر قدر القراءة فيها(٢).

وأكثر المشايخ رح على أن السنة فيها الختم(٣) مرةً، فلايترك(٤) لكسل القوم، بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها(٥)؛ لأنها ليست بسنة، ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان، عليه إجماع المسلمين، والله أعلم.

---

(٧) بعد هذا يوجد في بعض النسخ هذه العبارة: والأحسن أن ينوي التراويح، أو سنة الوقت؛ احترازاً عن الاختلاف في تأدية السنة بمطلق النية، وكذا حكم كل سنة.

(١) قوله: "يشير إلى إلخ" اختلف في وقتها حكي عن الشيخ الإمام إسماعيل المستملي وجماعة من متأخري مشايخ بلخ أن جميع الليل إلى طلوع الفجر قبل العشاء وبعده؛ لأنها سميت قيام الليل، فكان وقتها الليل، وقالت عامة مشايخ بخارا: وقتها ما بين العشاء والوتر، فإن صلاها قبل العشاء، أو بعد الوتر لم يؤدها في وقتها؛ لأن التراويح عرفت بفعل الصحابة، فكان وقتها ما صلوا فيها، وهم صلوا بعد العشاء قبل الوتر. وقال الإمام أبو علي النسفي: الصحيح أنه لو صلى التراويح قبل العشاء لا يكون تراويح، ولو صلى بعد العشاء، وبعد الوتر جاز، ويكون تراويح. (ن)

(٢) قوله: "قدر القراءة إلخ" اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يقرأ في كل شفع مقدار ما يقرأ في صلاة المغرب؛ لأن التطوع أخف من المكتوبة، فيعتبر بأخف المكتوبات قراءة، وهو صلاة المغرب، وهذا ليس بصحيح؛ لأن بهذا القدر لا يحصل الختم مرة، والختم مرة سنة مؤكدة، وقال بعضهم: يقرأ مقدار ما يقرأ في العشاء بأنها تبع للعشاء.

وقال بعضهم: وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهم الله يقرأ في كل ركعة عشر آيات، وهو الصحيح؛ لأن فيه تخفيف بالناس، ويحصل الختم مرة؛ لأن عدد الركعات في ثلاثين ليلة ست مائة، وآيات القرآن ستة آلاف وشيء. (ن)

(٣) قوله: "الختم مرة إلخ" وفي "الذخيرة": إذا ختم في التراويح مرة واحدة ليلة العشرين مثلا، فله أن يقرأ من حيث شاء بقية الشهر، وقال أبو علي النسفي: إذا ختم القرآن وصلى العشاء بلا تراويح بقية الشهر جاز. (د)

(٤) تأكيد لمطلق سنية الختم. (ف)

(٥) إذا علم أنها يثقل على الناس. (ف)

باب إدراك الفريضة[١]

ومن صلى ركعة من الظهر، ثم أقيمت[٢] يصلى أخرى ؛ صيانة للمؤدى عن البطلان[٣]، ثم يدخل مع القوم إحرازًا لفضيلة الجماعة[٤]، وإن لم يقيد الأولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الإمام هو الصحيح[٥]؛ لأنه بمحل الرفض[٦]، وهذا القطع للإكمال[٧]، بخلاف ما إذاكان فى النفل؛ لأنه ليس للإكمال، ولوكان فى السنة قبل الظهر والجمعة، فأقيم أو[٨] خطب، يقطع على رأس الركعتين[٩]، يروى ذلك عن

---

(١) قوله: "باب [مسائل هذا الباب كلها من "الجامع الصغير". ن] إدراك الفريضة" لما فرغ عن بيان الفرائض والواجبات والنوافل على الترتيب شرع فى بيان الأداء الكامل. (ع)

(٢) قوله: "ثم أقيمت" أراد بالإقامة شروع الإمام فى الصلاة، لا إقامة المؤذن. (ن)

(٣) قوله: "صيانة إلخ" فإن قلت: كيف يستقيم على مذهب محمد؟ لأن الفرضية إذا بطلت عنده بطلت أصل الصلاة.
أجيب أولا: بالمنع، فقد قيل: لا خلاف بينهم، فإن من شرع فى صوم الكفارة ثم أيسر بقى نفلا إجماعًا، وثانيًا: بأن أصل الصلاة إنما يبطل ببطلان وصف الفرضية عنده إذا لم يتمكن من إخراج نفسه عن العهدة، كما إذا طلعت الشمس فى الفجر، أو قيد الخامسة بالسجدة، وههنا يتمكن بالمعنى، كذا قيل. (د)

(٤) قوله: "إحرازًا لفضيلة الجماعة" قلت: لو افتتح الصلاة فى منزله، ثم قام الإقامة فى مسجده، أو مسجد آخر يتمها ولا يقطعها، والتعليل يقتضى أن لا يقطعها. (د)

(٥) قوله: "هو الصحيح [إليه مال فخر الإسلام. ع]" إنما قال: ذلك لأن بعضهم ذهب إلى أن يصلى الأخرى؛ لأنه عمل، والرفض خبيث. (عبد)

(٦) قوله: "بمحل الرفض" يعنى له ولاية الرفع فى الجملة ما لم يقيد بالسجدة، ألا ترى أن من قام إلى الخامسة، ولم يقعد فى الرابعة، يرفض الخامسة ما لم يقيدها بالسجدة. (ع)

(٧) قوله: "والقطع للإكمال" يعنى هو تفويت وصف الفريضة؛ لتحصيله بوجه أكمل منه، فصار كهدم المسجد لتجديده. (ف)

(٨) لف ونشر مرتب. (عبد)

(٩) قوله: "يقطع [احرازًا لفضيلة الجماعة. ع] على رأس الركعتين" وإليه مال السرخسى والبقالى والإسبيجابى، وقيل: يتم، وإليه أشار فى "الأصل"، وحكى عن السعدى: كنت أفتى بأنه يتم سنة الظهر والجمعة أربعا، بخلاف التطوع حتى وجدت فى "النوادر" رواية عن أبى حنيفة إذا شرع فى سنة الجمعة، ثم خرج الإمام، قال: إن صلى ركعة أضاف إليها أخرى ويسلم، فرجعت عن ذلك، ذكره التمرتاشى. (ج ن)

أبى يوسف، وقد قيل: يتمها[١].

وإن كان قد صلّى ثلاثًا من الظهر يتمها؛ لأن للأكثر حكم الكل، فلا يحتمل النقض[٢]، بخلاف ما إذا كان فى الثالثة بعد، ولم يقيدها بالسجدة، حيث يقطعها[٣] لأنه محل الرفض، ويتخير[٤] إن شاء عاد، فقعد وسلم، وإن شاء كبّر قائمًا ينوى الدخول فى صلاة الإمام.

وإذا أتمها[٥] يدخل[٦] مع القوم، والذى يصلى معهم نافلة؛ لأن الفرض لا يتكرر فى وقت واحد.

فإن صلى من الفجر ركعة، ثم أقيمت، يقطع ويدخل معهم؛ لأنه لو أضاف إليها أخرى[٧] تفوته الجماعة، وكذا إذا قام إلى الثانية قبل أن يقيدها بالسجدة، وبعد الإتمام لا يشرع فى صلاة الإمام؛ لكراهية النفل بعده، وكذا بعد العصر؛ لما قلنا، وكذا[٨] بعد المغرب فى ظاهر الرواية[٩]؛ لأن التنفل بالثلاث مكروه[١٠]، وفى جعلها أربعًا مخالفة لإمامه.

---

(١) لأن الأربع قبل الظهر كصلاة واحدة. (ع)

(٢) قوله: "فلا يحتمل النقض" لأن بذلك يثبت شبهة الفراغ، ولو ثبت حقيقة الفراغ لا يقبل النقض، فكذا إذا ثبت شبهة الفراغ، كذا فى "المحيط". (ن)

(٣) قوله: "حيث يقطعها" بخلاف ما قدمناه من اختيار شمس الأئمة السرخسى من عدم قطع الأولى قبل السجود وضم الثانية؛ لأن ضمها ههنا مفوت لاستدراك مصلحة الفرض بجماعة. (ف)

(٤) وقال السرخسى: يعود لا محالة. (ف)

(٥) معطوف على قوله: يتمها. (ع)

(٦) الدخول أفضل. (ع)

(٧) فيتم صلاة الصبح.

(٨) أى لا يشرع فى صلاة الإمام بعد ما صلى المغرب. (ن)

(٩) قوله: فى ظاهر الرواية" فى الحميدى عن أبى يوسف: والأحسن أن يدخل مع الإمام، ويصلى أربعة بعد فراغ الإمام؛ لأن هذه المخالفة وقعت بسبب الاقتداء فلا بأس، كذا فى "خزانة الروايات". (فتاوى مجمع البركات)

(١٠) قوله: "لأن التنفل بالثلاث إلخ" روى ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «إذا

ومن دخل مسجداً قد أذن فيه، يكره له أن يخرج[(١)] حتى يصلي[(٢)]؛ لقوله عليه السّلام: «لا يخرج من المسجد بعد النداء إلا منافق أو رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع»[(٣)]* . قال: إلا إذا كان ممن ينتظم به أمر جماعة[(٤)]؛ لأنه ترك صورة تكميل معنى[(٥)]، وإن كان قد صلى، وكانت الظهر أو العشاء، فلا بأس بأن يخرج؛ لأنه أجاب داعي الله مرة، إلا إذا أخذ المؤذن في الإقامة؛ لأنه يتهم لمخالفة الجماعة عيانًا، وإن كانت العصر، أو المغرب، أو الفجر خرج، وإن[(٦)] أخذ المؤذن فيها؛ لكراهية النفل بعدها[(٧)]. ومن انتهى إلى الإمام في صلاة الفجر، وهو لم يصل ركعتي الفجر، إن خشي أن تفوته ركعة ويدرك الأخرى يصلي ركعتي الفجر[(٨)]

صليت في رحلك ثم أتيت إمام قوم فصل معهم إلا في المغرب والصبح» (د)

(١) قوله: "يكره له أن يخرج" فيه قيد آخر، وهو أنهم قد صلوا في مسجد حيه، فإن لم يصلوا في مسجد حيه، فله أن يخرج إليه، والأفضل أن لا يخرج. (ف)

(٢) قوله: "حتى يصلي" فيه تفصيل، وذلك أن من دخل مسجداً قد أذن فيه، فإما أن يكون قد صلى، أولم يصل، فإن لم يصل فإما أن يكون مسجد حيه أولا، فإن كان كره له الخروج قبل الصلاة؛ لأن المؤذن دعاه ليصلي فيه، وإن لم يكن فإن صلى في مسجد حيه، فكذلك لأنه صار بالدخول في هذا المسجد من أهله، وإن لم يصلوا فيه وهو يخرج لأن يصلي فيه لا بأس به، لأن الواجب عليه أن يصلي في مسجد حيه، وإن كان قد صلى، وكانت صلاة الظهر والعشاء، فلا بأس بالخروج قبل الإقامة إلى آخر ما ذكره في الكتاب. (ع)

(٣) أخرجه أبو داود في "المراسيل". (ف)

* أخرجه بمعناه ابن ماجه في سننه من حديث عثمان بن عفان، انظر الدراية ج١ رقم الحديث٢٥٨، ص٢٠٤ ونصب الراية ج٢ ص١٥٥ (نعيم)

(٤) قوله: "ينتظم به أمر جماعة" كالمؤذن والإمام، وكسيد الحي. (عبد)

(٥) قوله: "تكميل معنى" لا يقال: الحديث يدل على عدم الاستثناء إلا أنه استثنى منه صورتين؛ لأنا نقول: الفقه واضح، فإن المقصود من النهي التهمة، ولا يخفى أن التهمة في الإمام والمؤذن ليس موجوداً. (عبد)

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "لكراهية النفل بعدها" لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم «إذا صليت في رحلك، ثم أتيت إمام قوم، فصل معه إلا المغرب والصبح». (د)

(٨) قوله: "يصلي ركعتي الفجر" عند باب المسجد أما أنه يصلي في المسجد، وإن كانت الجماعة قد قامت، فلأن سنة الفجر أفضلها وآكدها، قال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «صلوهما وإن طردتكم الخيل»، وقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ركعتا الفجر خير من الدنيا و ما فيها»، «ومن أدرك ركعة

عند باب المسجد[١]، ثم يدخل؛ لأنه أمكنه الجمع بين الفضيلتين، وإن خشي فوتهما[٢] دخل[٣] مع الإمام[٤]؛ لأن ثواب الجماعة أعظم[٥]، والوعيد بالترك ألزم[٦]، بخلاف سنة الظهر، حيث يتركها في الحالين[٧]؛ لأنه يمكنه أداءها في الوقت بعد الفرض[٨] هو الصحيح[٩]. وإنما الاختلاف[١٠] بين أبي يوسف ومحمد في تقديمها على الركعتين، وتأخيرها عنهما، ولا كذلك سنة الفجر[١١] على ما نبين إن شاء الله تعالى.

من الفجر، فقد أدرك الفجر»، فيجمع بينهما، وأما عند باب المسجد، فإنه لو صلاهما في المسجد كان متنفلا في المسجد عند اشتغال الإمام بالفريضة، وهو مكروه. (ن)

(١) قوله: "عند باب المسجد" فإن لم يكن عند باب المسجد موضع للصلاة يصليهما خلف سارية من سواري المسجد، وأشدها كراهة أن يصليهما مخالطًا بالصف، ومخالفاً للإمام والجماعة، والذي يلي ذلك خلف الصف من غير حائل بينه وبين الصف. (ع)

(٢) يشير إلى أنه إن كان يرجو إدراك القعدة يدخل. (ع)

(٣) قوله: "دخل مع الإمام" الحاصل إن أمكن الجمع فعل، وإلا رجح الفرض على السنة. (ف)

(٤) قوله: "مع الإمام" وحكى عن الفقيه أبي جعفر أنه على قول أبي يوسف وأبي حنيفةرح يصلي ركعتي الفجر إن رجا وجدان القعدة أيضًا؛ لأن إدراك التشهد عندهما كإدراك كله. (ع)

(٥) قوله: "أعظم" لما روى عن النبي ﷺ: «صلاة الجماعة أفضل من صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة». (ن)

(٦) قوله: "والوعيد بالترك ألزم" حيث قال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لقد هممت أن أستخلف من يصلي بالناس وأنظر إلى من لم يحضر الجماعة فآمر بعض الفتيان بأن يحرقوا بيوتهم». (ن)

(٧) قوله: "في الحالين" أي حال خوف فوت كل الظهر، وحال فوت بعض الظهر. (ن)

(٨) قوله: "بعد الفرض [واختلف في أنه يكون سنة أو نفلا. ن]" انعم فيه خلاف الترتيب المسنون، وهو لا يعارض إحراز فضيلة الجماعة. (عبد)

(٩) قوله: "هو [احتراز عن قول بعضهم: إنه لا يقضيها. عبد] الصحيح" لأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم فاتته الأربع قبل الظهر، فقضاها بعده روته عائشة رضي الله تعالى عنها. (ع)

(١٠) قوله: "وإنما الاختلاف إلخ" ويقضيها في وقته قبل شفعه أي قبل الركعتين اللتين بعد الفرض، قيل: هذا قول أبي يوسفرح بناء على أن الابتداء بالفائتة أولى، وفي "المحيط" ذكر أن الإمام معه.
وقال محمد: يقضيها بعدهما بناء على أن الأولى فاتت عن محلها ضرورة، فلا معنى لتفويت الثانية، وقيل: الاختلاف بالعكس، وحكم صاحب "المجمع" بكونه أصح، وفيه إشارة إلى أنه ينوي القضاء، كما قيل، لكن الأولى أن ينوي السنة، كما في الحقائق، وإلى أنه لا يقضى بعد الوقت، لا تبعا ولا مقصودًا، هو الصحيح. (مج)

(١١) قوله: "ولا كذلك سنة الفجر" أي لا يمكن أداءها بعد الفرض. (ع)

والتقييد بالأداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في المسجد إذا كان الإمام في الصلاة، والأفضل في عامة السنن[(١)] والنوافل المنزل[(٢)]، هو المروي[(٣)] عن النبي عليه السلام*.

قال: وإذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس؛ لأنه يبقى نفلا مطلقًا[(٤)]، وهو[(٥)] مكروه بعد الصبح، ولا بعد ارتفاعها عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

---

(١) قوله: "في عامة السنن [إلا التراويح بالنص. ف]" ذهب جماعة من أهل العربية إلى أن لفظ عامة بمعنى الأكثر، وفيه خلاف.

وذكر المشايخ أنه المراد في قولهم: قال به عامة المشايخ ونحوه، ويجب اعتباره كذلك ههنا بالنسبة إلى التراويح، وتحية المسجد في السنن، وأما في النوافل فلا، فيجب عطفه حينئذٍ على لفظ عامة معمولا للحرف، لا على السنن. (ف)

(٢) قوله: "المنزل" قال أبو جعفر: إلا أن يخشى أنه يشتغل عنها إذا رجع، فإن لم يخف فالأفضل البيت. (ف)

(٣) قوله: "هو المروي" لفظ أبي داودؒ: «صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجدي هذا إلا المكتوبة». (ت)

* كما في حديث زيد بن ثابت في الصحيحين: أن النبي ﷺ قال: «فعليكم بالصلاة في بيوتكم فإن خير صلاة المرء في بيته إلا المكتوبة»، انظرالدراية ج١رقم الحديث٢٥٩، ص٢٠٤ونصب الراية ج٢ ص١٥٥ (نعيم)

(٤) قوله: "لأنه يبقى نفلا مطلقًا" إذ السنة ما أدى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ولم يؤده إلا قبل صلاة الفجر.

أقول: قد اختلف في أن ما فات من السنة عن وقتها أ يبقى سنة أم يكون نفلا؟ ومن ههنا قيل: إن الاختلاف في قضاء أربع ركعات سنة الظهر، هل يقضى قبل الركعتين بعد الظهر، أو بعده، مبني على هذا الاختلاف؟ فمن قال: إنه يبقى سنة يقول: بقضاءها قبل الركعتين؛ لأنه حينئذ الركعتان وأربع ركعات سيان في السنية، والفائتة أولى بالتقديم.

ومن قال: إنه يكون نفلا، يقول: إنه يقضى بعده؛ لأن السنة أولى بالتقديم، إذا عرفت هذا، فاعلم أن دليل المصنف يعني قوله، لأنه يبقى نفلا إلخ على أن لا يقضى سنة الفجر بعد الفجر قبل طلوع ا لشمس لا ينطبق إلا عند من يقول: بنفلية ما فات من السنة.

وأما من يقول: إنها تبقى سنة لا يتم هذا الدليل، بل الدليل عنده ما أقول: إن الأصل في السنن أن لا تقضى، لا في الوقت، ولا بعده، لكن لما ورد أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قضى الركعات التي قبل الظهر حكمنا بقضاءها، ولما لم يرو قضاء سنة الفجر استقلالا قبل طلوع الشمس من النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أبقيناه على أصله والله أعلم بالصواب. (مولوى عبد الحيؒ)

(٥) أي النفل المطلق. (ع)

وقال محمد: أحب[١] إليّ أن يقضيهما إلى وقت الزوال؛ لأنه عليه السّلام قضاهما[٢] بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس[٣]*. ولهما أن الأصل في السنة أن لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب[٤]، والحديث ورد في قضاءهما تبعا للفرض، فبقى ما رواه على الأصل[٥]، وإنما تقضى تبعًا له وهو يصلى بالجماعة[٦]، أو وحده إلى وقت الزوال، وفيما بعده[٧] اختلاف[٨] المشايخ[٩]، وأما سائر السنن سواها[١٠]، فلا تقضى بعد الوقت وحدها، واختلف المشايخ[١١] في قضاءها تبعًا للفرض.

ومن أدرك[١٢] من الظهر ركعة[١٣]، ولم يدرك الثلاث[١٤]، فإنه

---

(١) أى إن لم يفعل فلا شىء عليه. (ن)

(٢) قوله: "قضاهما إلخ" روى مسلم عن أبى حارثة عن أبى هريرة قال: عرسنا مع النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فلم يستيقظ حتى طلعت الشمس، فقال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ليأخذ كل إنسان برأس رحله فإن هذا منزل حضرنا فيه الشيطان قال ففعلنا ثم دعا بالماء ثم توضأ فصلى سجدتين ثم أقيمت الصلاة فصلى العدل»، انتهى. (ت)

(٣) أى النزول في آخر الليل. (عبد)

* انظر الدراية ج١، ص٢٠٣ ونصب الراية ج٢ ص١٥٧ (نعيم)

(٤) قوله: "بالواجب" لأن القضاء إسقاط الواجب. (ن)

(٥) قوله: "على الأصل" إن قيل: فينبغى أن يعتبر خصوصية الجماعة، وأجيب بأن الجماعة وصف غير مؤثر. (عبد)

(٦) أى سواء قضي بالفرض، أو وحده. (ن)

(٧) الزوال. (ن)

(٨) قوله: "اختلاف" لأن السابق على الزوال لما لم يكن وقتًا للصلاة؛ لأنه وقت مهمل حكم كأنه وقت الفجر خلاف ما بعده. (عبد)

(٩) قال بعضهم: يقضى السنة، وهو قول الشافعى. (ن)

(١٠) أى سنة الفجر. (ع)

(١١) قوله: "واختلف المشايخ إلخ" فقال بعضهم: يقضيها؛ لأنه كم من شىء يثبت ضمنًا، ولا يثبت تبعًا، وقال بعضهم: لا يقضيها؛ لاختصاص القضاء بالواجب، وهو الصحيح. (ع)

(١٢) قوله: "ومن أدرك إلخ" قال الفقيه أبوجعفر: هذه المسألة جواب سؤال لم يذكر، وهو أن من قال:

لم يصل الظهر بجماعة. وقال محمد: قد أدرك فضل الجماعة[١]؛ لأن من أدرك آخر الشيء فقد أدركه، فصار محرزًا ثواب الجماعة، لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة، ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة[٢]، ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة.

ومن أتى مسجدًا قد صلى فيه[٣]، فلا بأس بأن يتطوع[٤] قبل المكتوبة ما بدا له[٥] ما دام في الوقت، ومراده إذا كان في الوقت سعة، وإن كان فيه ضيق[٦] تركه، قيل[٧]: هذا[٨] في غير سنة الظهر والفجر؛

عبده حر إن صلى الظهر بجماعة، وأدرك ركعة من الظهر مع الإمام، ما ذا حكمه؟ ولو قال: عبده حر إن أدرك الظهر بجماعة، ما حاله؟ فالجواب أنه يحنث في الثاني، وفي الأول لا يحنث، ذكره المرغيناني. (ن)

(١٣) قوله: "من الظهر إلخ" يعني من أدرك ركعة من الصلاة الرباعية، ولم يدرك الثلاث لم يصل تلك الصلاة بالجماعة بالاتفاق بين أصحابنا، وأدرك فضيلة الجماعة بالاتفاق أيضًا بينهم، وعلى هذا يكون تخصيص قول محمد: بإدراك فضيلة الجماعة غير مفيد.

وأجيب عنه بأنه إنما خصه لرفع ما عسى أن يتوهم على قوله في الجمعة: من أن مدرك الإمام في التشهد ليس بمدرك للجمعة، فيتمها أربعًا، أن لا يدرك فضيلة الجماعة في هذه المسألة؛ لأنه مدرك للأقل، فكما أن إدراك الأقل حرمه إدراك ا لجمعة يحرمه إدراك فضيلة الجماعة. (ع)

(١٤) قوله: "ولم يدرك الثلاث" فلو كان صلى معه ثلاثًا، فعلى ظاهر الجواب لا يحنث؛ لأنه لم يصلها، بل بعضها بجماعة، وبعض الشيء ليس بالشيء، واختار شمس الأئمة أنه يحنث؛ لأن للأكثر حكم الكل، والظاهر هو الأول. (ف)

(١) أي صار محرز الثواب صلاة صليت بجماعة. (ع)

(٢) قوله: "لا يدرك الجماعة" لم يقل: لم يدرك الجماعة؛ لأنه يمين غموس لا يكون فيه كفارة إذا حنث. (عبد)

(٣) قوله: "قد صلى فيه" يعني فاتته الجماعة، وصار بحيث يصلي الفرض منفردًا، فلا بأس بأن يتطوع قبل المكتوبة ما بدا به من السنة والنفل ما دام في الوقت سعة. (ف)

(٤) قوله: "فلا بأس إلخ" فيه تفصيل فإن المصلي إما أن يؤدي بالجماعة، أو منفردًا، ففي الأول يصلي الرواتب، ولا يتخير فيها مع الإمكان، وفي الثاني الجواب كذلك في رواية، وقيل: يتخير، والأول أجود وأصح. (مج)

(٥) ما ظهر له. (عبد)

(٦) بأن لا يقع الكل فيه. (عبد)

(٧) هذا قول صاحب "المحيط" والتمرتاشي. (ف)

لأن لهما زيادة مزيّة، قال عليه السّلام[١] في سنة الفجر: «صلوها ولو طردتكم الخيل[٢]»*، وقال في الأخرى[٣]: «من ترك الأربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي[٤]». وقيل[٥]: هذا في الجميع؛ لأنه عليه السّلام واظب عليها[٦] عند أداء المكتوبات بالجماعة، ولا سنة دون المواظبة، والأولى أن لا يتركها في الأحوال كلها[٧]؛ لكونها مكمّلات للفرائض إلا إذا خاف[٨] فوت الوقت. ومن انتهى[٩] إلى الإمام في ركوعه فكبر، ووقف[١٠] حتى رفع الإمام رأسه لا يصير مدركًا[١١] لتلك الركعة، خلافًا[١٢]

(٨) قوله: "قيل: هذا [أي ترك التطوع لضيق الوقت. ف]" أي قول محمد: "لا بأس" إنما هو في غير سنة الفجر والظهر؛ لأن التطوع قبل العصر والعشاء مندوب إليه، والناس في خيرة بين إتيانه وتركه، فلا بأس بالتطوع قبلهما، وأما التطوع قبل الفجر والظهر، فآكد من ذلك؛ لأن لهما زيادة مزية. (ع)

(١) أخرجه أبو داود رض. (ت)

(٢) المراد منه العدو. (عبد)

* أخرجه أبو داود من حديث أبي هريرة، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٢٦٠، ص٢٠٥ ونصب الراية ج٢ ص١٦٠ (نعيم)

(٣) غريب جداً. (ت)

(٤) **قوله:** "لم تنله شفاعتي" فإن قيل: قد علم أن شفاعة النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم تنال صاحب الكبيرة، وترك السنة أدون من الكبيرة، قلنا: هو تغليظ. (عبد)

(٥) هو قول صدر الإسلام. (ع)

(٦) قوله: "واظب عليها [يعني السنن الرواتب. ت]" قلت: هذا موقوف من الأحاديث، فلم يرو أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم ترك شيئًا من الرواتب إلا الركعتين بعد الظهر، وقضاهما بعد العصر، وركعتي الفجر، وقضاهما بعد طلوع الشمس. (ت)

(٧) قوله: "في الأحوال كلها" أي في حالة الانفراد والجماعة؛ لأنها مكملات، فلا فرق بين الانفراد والجماعة، فعلى هذا الأقوال المذكورة ثلاثة: أحدها: هذا، وثانيها: أن عدم البأس في الجميع، وثالثها: في غير سنة الفجر والظهر. (عبد)

(٨) فيتركها حينئذٍ. (ع)

(٩) أي أدركه. (ع)

(١٠) وكان يمكنه الركوع. (ف)

(١١) قوله: "لا يصير مدركًا" عندنا، وعلى هذا الخلاف لو لم يقف، وانحط ليركع، فرفع الإمام رأسه قبل أن يركع، ثم ركع، وأجمعوا على أنه لو اقتدى في قومة الركوع لا يصير مدركا للركعة. (ن)

لزفر هو يقول[1]: أدرك الإمام فيما له[2] حكم القيام[3]، فصار كما لو أدركه فى حقيقة القيام. ولنا أن الشرط هو المشاركة[4] فى أفعال الصلاة، ولم يوجد، لا فى القيام، ولا فى الركوع. ولو ركع المقتدى قبل إمامه، فأدركه الإمام فيه جاز[5]، وقال زفر: لايجزئه[6]؛ لأنه ما أتى به قبل الإمام غير معتد به[7]، فكذا ما يبنى عليه، ولنا أن الشرط هو المشاركة فى جزء واحد، كما فى الطرف الأول[8]، والله أعلم.

باب[9] قضاء الفوائت

ومن فاتته صلاة[10] قضاها إذا ذكرها، وقدمها على فرض الوقت،

---

(١٢) قوله: "خلافًا لزفر" وبه قال سفيان وابن أبى ليلى وعبد الله بن مبارك رح. (ن)

(١) قوله: "هو يقول إلخ" إنما قال المصنف: وقف؛ لأن خلاف زفر فيه، فأما لو كان التكبير ورفع الرأس معًا، فلا خلاف لزفر فيه. (عبد)

(٢) قوله: "فيما له حكم القيام" وهو الركوع، فإنه له حكمه حتى كان له أن يركع مع الإمام، فشاركه فى الركعة، ويأتى بتكبيرات العيدين فيه، فصار كما أدركه فى محض القيام. (ف)

(٣) قوله: "حكم القيام" قيل: لأن نصف الشخص قائم فى الركوع، فصار فى حكم القيام، أقول: ليس للنصف حكم الكل، حتى يكون فى حكم القيام، فلا يثبت هذا الدليل ما هو المطلوب، بل يثبت أن الركوع حالة ثالثة متوسطة. (مولوى محمد عبد الحى رح)

(٤) قوله: "هو المشاركة إلخ" قال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا، وفيه: وإذا ركع فاركعوا» [الحديث]. (ف)

(٥) قوله: "جاز [ولم يفسد صلاته. ع]" قيل: أى فعله ذلك، أقول: هذه العبارة ليست بجيدة؛ لأن هذا الفعل مكروه شنيع البتة، وإطلاق هذا اللفظ مما ينافيه، والأولى جازت. (مولوى محمد عبد الحى رح)

(٦) قوله: "لا يجزئه" فيجب أن يعيد الركوع، فإن لم يعده لم يجزه، كما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل إدراك الإمام. (ف)

(٧) لكونه منهيًا عنه. (ع)

(٨) قوله: "كما فى الطرف الأول" وهو أن يركع مع الإمام، ويرفع رأسه قبله. (عناية)

(٩) قوله: "باب" لما فرغ عن بيان أحكام الأداء، شرع فى بيان أحكام القضاء، وهو خلف؛ إذ الأداء عبارة عن تسليم نفس الواجب بسببه إلى مستحقه، والقضاء عبارة عن تسليم مثل الواجب، فالتسليم لمثل الواجب إنما يكون عند عجزه عن تسليم نفس الواجب. (ن)

(١٠) قوله: "من فاتته" إنما لم يقل: من ترك صلاة؛ لأن المناسب لحال الإنسان على مقتضى الشرع أن

والأصل فيه أن الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا مستحق[١]، وعند الشافعي مستحب[٢]؛ لأن كل فرض أصل بنفسه[٣]، فلا يكون[٤] شرطًا لغيره[٥]. ولنا[٦] قوله عليه السّلام[٧]: «من نام عن صلاة أو نسيها فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام فليصل التى هو فيها ثم ليصل التى ذكرها ثم ليعد التى صلى مع الإمام»*.

ولو خاف فوت الوقت يقدّمُ الوقتية، ثم يقضيها؛ لأن الترتيب يسقط بضيق الوقت، وكذا بالنسيان[٨]، وكثرة الفوائت، كيلا يودّئ إلي تفويت الوقتية، ولو قدم الفائتة جاز[٩]؛ لأن النهى عن تقديمها لمعنى فى

لا يترك الصلاة عمداً.

(١) قوله: "مستحق" بصيغة اسم المفعول من حق إذا ثبت أى ثابت بالوجوب. (عبد)

(٢) قوله: "مستحب" ولا يرد عليه وجوب الترتيب بين الظهر والعصر يوم عرفة، فإنه لو قدم العصر لم يجز لأنه يجب أداء الظهر شرطا، فإن وقت العصر لا يدخل إلا بعد أداء الظهر فى ذلك اليوم خاصة، حتى لو كان ناسيًا للظهر لم يجز أيضًا، وهذا لأن أوقات الأداء يترتب بعضها على بعض. (د)

(٣) قوله: "لأن كل فرض إلخ" قلنا: نحن لا نجعل الفائتة شرطًا للوقتية إذا الشرط ما يجب تبعًا لغيره، ويسقط لسقوطه، بل نجعل كلا من الفائتة والوقتية واجبا بصفة خاصة، فالفائتة تجب بصفة التقديم على الوقتية بمعنى أنه يلزمه أن يأتى بها بحيث لو أتى بها تقع قبلها، والوقتية تجب بصفة التأخر عن الفائتة. (د)

(٤) قوله: "فلا يكون [هذ هو الأصل إلا إذا دل دليل خلافه، كما فى الإيمان، فإنه شرط لجميع العبادات مع أنه أعظم الأصول. ف] إلخ" قياسًا على الصيامات والزكوات. (ن)

(٥) قوله: "**شرطًا لغيره**" وذلك لأن شرط الشيء تبع له، والأصالة تنافى التبعية، والشيء لا يجتمع مع ما ينافيه. (ن)

(٦) قوله: "ولنا قوله": فإن قلت: الحديث من الآحاد، فلا يثبت به الترتيب فرضًا، أجيب بالمنع فإنه خبر مشهور. ولو سلم فقد وقع بيانًا لمجمل الكتاب يعنى أقيموا الصلاة. (د)

(٧) رواه الدارقطنى. (ت)

* خرجه الدارقطنى ولابيهقى من حديث ابن عمر، انظر الدراية ج١ رقم الحديث ٢٦١، ص٢٠٥ ونصب الراية ج٢ ص١٦٢ (نعيم)

(٨) وإن لم يضيق الوقت وقلت الفوائت. (عبد)

(٩) قوله: "جاز" يعنى أنها تصح؛ لا أنه يحل له ذلك، كما لو شرع فى النافلة عند ضيق الوقت يكون

غيرها[١]، بخلاف ما إذا كان في الوقت سعة، وقدّم الوقتية حيث لا يجوز[٢]؛ لأنه[٣] أدّاها قبل وقتها[٤] الثابت بالحديث[٥]*.

ولو فاتته صلوات[٦] رتّبها في القضاء[٧]، كما وجبت في الأصل[٨]؛ لأن النبي عليه السلام شغل عن أربع صلوات[٩] يوم

آثما بتفويت الفرض بها، ويحكم بصحتها. (ف)

(١) قوله: "لمعنى في غيرها [كالصلاة في الأرض المغصوبة]" هو كون الاشتغال بها يفوت الوقتية، وهذا يوجب كونه عاصيًا في ذلك، أما هي في نفسها، فلا معصية في ذاتها. (ف)

(٢) قوله: "حيث لا يجوز [عند قلة الفوائت. ن]" لأن النهي عن أداء الوقتية قبل الفائتة لمعنى راجع إلى نفس الوقتية، وهو أن لا يقدم الصلاة عن وقتها. (نهاية)

(٣) قوله: "لأنه إلخ" فإن قلت: إذا لم يكن وقت التذكر وقتًا للوقتية قبل أداء الفائتة وجب أن لا ينقلب الوقتية جائزة إذا صلى ست صلوات هكذا، ولم يعد الوقتية، كما لو صلى الظهر قبل وقته لا ينقلب جائزًا بحال كذا هذا.

أجيب بأن وقت التذكر إنما يسقط عن كونه وقتًا للوقتية سقوطًا موقوفًا لا باتًا، بخلاف بطلان الظهر قبل وقته، فإنه باطل بطلانًا باتًا. (د)

(٤) قوله: "قبل وقتها" أي أدى الوقتية قبل وقت الوقتية الذي ثبت ذلك الوقت لها بالحديث، وهو واجب العمل. (نهاية)

(٥) قوله: "بالحديث" قلت: يشير إلى حديث أنس أخرجه الجماعة عنه مرفوعًا «من نسي صلاة فليصلها إذا ذكرها». (ت)

* انظر الدراية ج١، ص٢٠٥ ونصب الراية ج٢ ص١٦٣ (نعيم)

(٦) قوله: "ولو فاتته إلخ" هذه المسألة لبيان أن الترتيب كما أنه فرض بين الوقتية والفائتة، كذلك بين الفوائت نفسها. (ع)

(٧) قوله: "رتبها في القضاء" أي عند قلة الفوائت بدليل ما بعده إلا أن تزيد إلخ، كما أن مراعاة الترتيب بين الفوائت والصلاة الوقتية واجبة عند قلة الفوائت. (نهاية)

(٨) أي السابق. (عبد)

(٩) قوله: "عن أربع صلوات" اعلم أن ظاهر الحديث أن العشاء أيضًا من الفوائت، فإنه قال: شغل عن أربع صلوات، وذكر منها العشاء، وليس كذلك، وإنما صلاها النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في وقتها، لكن لما أخرها عن وقتها المعتاد له سماها الراوي فائتة (ت).

قوله: "عن أربع صلوات" هذا الحديث روي عن ابن مسعود وأبي سعيد الخدري وجابر، فحديث ابن مسعود أخرجه الترمذي والنسائي عن أبي عبيدة عن أبيه عبد الله، قال: إن المشركين شغلوا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن أربع صلوات يوم الخندق، حتى ذهب هوى من الليل ما شاء الله، فأمر بلالا، فأذن

الخندق[١]، فقضاهن[٢] مرتبًا ثم قال: «صلّوا كما رأيتموني أصلّي[٣]»*

ثم أقام. فصلى الظهر، ثم أقام فصلى العصر، ثم أقام فصلى المغرب، ثم أقام فصلى العشاء.

ورواه أحمد في "مسنده"، وقال الترمذي: ليس بإسناده بأس إلا أن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه، ووهم الشيخ علاء الدين مقلداً لغيره، فنقل كلام الترمذي إلا أن أبا عبيدة لم يدرك أباه، والترمذي لم يقل كذلك في جميع كتابه، وإنما قال: لم يسمع منه ذكره في خمسة مواضع من كتابه، وكذلك قال النسائي في "سننه الكبرى": في باب صف القدمين، وقال أبو داود: وتوفي عبد الله بن مسعود ولابنه أبي عبيدة سبع سنين، واسم أبي عبيدة عامر.

وحديث أبي سعيد رواه النسائي من حديث عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري عن أبيه، قال: شغلنا يوم الخندق عن الظهر والعصر والمغرب والعشاء، حتى كفينا القتال، فأنزل الله تعالى: ﴿وكفى الله المؤمنين القتال﴾، فقام رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فأمر بلالا، فأقام ثم صلى الظهر، كما كان يصليها قبل ذلك، ثم أقام، فصلى العصر كما كان يصليها قبل ذلك، ثم أقام، فصلى المغرب كما كان يصليها قبل ذلك. ثم أقام للعشاء فصلاها، كما كان يصليها قبل ذلك، وذلك قبل أن ينزل: ﴿فرجالا أو ركبانًا﴾، ورواه ابن حبان في "صحيحه".

وحديث جابر أخرجه البزار في "مسنده" عن مجاهد عنه أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم شغل يوم الخندق عن صلاة الظهر والعصر والمغرب والعشاء، حتى ذهبت ساعة من الليل، ثم أمر بلالا، فأذن وأقام فصلى الظهر، ثم أمره فأذن وأقام، فصلى العصر، ثم أمره فأذن وأقام، فصلى المغرب، ثم أمره فأذن وأقام، فصلى العشاء. ثم قال: ما على الأرض قوم يذكرون الله في هذه الساعة غيركم.

وذكر السغناقي في هذا الموضع: لما روى أنه عليه الصلاة والسلام شغل عن أربع صلوات يوم الخندق، فقضاهن من بعد هوى من الليل مرتبا، ثم قال: «صلوا كما رأيتموني أصلي»، ولم يقل رسول الله: كما صليت، بل قال: «كما رأيتموني أصلي»؛ لأنه لا يمكن لأحد أن يصلي مثل صلاة رسول الله، وذكره الأكمل مختصراً، ولم يبين من هو الراوي لهذا الحديث، وقال الأكمل: أمرنا بالتشبيه مطلقًا، والكامل منه ما يقع على كميته وكيفيته، فدل على أن الأداء بوصف الترتيب شرط.

وذكر صاحب "الدراية" كما ذكره السغنافي غير أنه قال في آخره: رواه أبو سعيد الخدري، ثم قال: وعن الإمام العلامة الكردري في قوله: «كما رأيتموني أصلي»، ولم يقل: كما صليت؛ لأنه ليس في وسع أحد أن يصلي مثل صلاته، وهؤلاء كلهم ذهلوا عن بيان حقيقة هذا الحديث، ولو وقفوا على حقيقته لسهوا عن قوله. (عيني رح)

(١) قوله: "يوم الخندق" أخرجه الترمذي عن عبد الله بن مسعود قال: إن المشركين شغلوا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن أربع صلوات يوم الخندق حتى ذهب من الليل ما شاء الله، فأمر بلال، فأذن ثم أقام، فصلى الظهر، ثم أقام، فصلى العصر، ثم أقام، فصلى المغرب، ثم أقام، فصلى العشاء. (ت)

(٢) قوله: "فقضاهن" في الحاشية: بعد هوى من الليل، والهوى في "التاج" بالفارسية: يك پاس شب. (د)

(٣) قوله: "صلوا إلخ" هذا ليس من تمام ما اتصل به، بل هو حديث آخر، فهو استدلال بمجموع فعله الترتيب بين الأربع، وأمره بالصلاة على الوجه الذي فعله، فلزم الترتيب، فلو قاله بالواو لكان أولى. (ف)

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٦٤، والدراية ج١ رقم الحديث ٢٦٢، ص٢٠٦. (نعيم)

إلا[١] أن تزيد[٢] الفوائت على ست صلوات[٣]؛ لأن الفوائت قد كثرت، فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت بنفسها، كما يسقط بينها وبين الوقتية[٤]، وحد الكثرة[٥] أن تصير الفوائت ستًا[٦] بخروج وقت الصلاة السادسة، وهو المراد بالمذكور في "الجامع الصغير"، وهو قوله: وإن فاتته أكثر من صلوات يوم وليلة أجزأته التي بدأ بها؛ لأنه إذا زاد على يوم وليلة تصير ستًا. وعن محمد أنه اعتبر دخول وقت السادسة، والأول هو الصحيح؛ لأن الكثرة بالدخول في حد التكرار[٧]، وذلك في الأول[٨].

---

(١) قوله: "إلا أن تزيد إلخ" استثناء من قوله: رتبها في القضاء. (ف)

(٢) قوله: "أن تزيد" ومعناه إلا أن تصير الفوائت ستا، واختلف الشارحون في تأويل كلامه؛ لأن ظاهره لا يفيد هذا المعنى لاستدعاءه أن تكون الفوائت سبعا؛ لأنه ذكر الفوائت بلفظ الجمع، والزيادة غير المزيد عليه. (عناية)

(٣) قوله: "على ست صلوات" فيه أن الزيادة على الست غير ضرورية، بل يكفي ست صلوات، ويدفع ذلك بوجهين: أحدهما: أن يراد عن الزيادة الكثرة، ويجعل قوله: على ست ظرفًا مستقرًا أي كائنًا على ست، وثانيهما: أن يقدر مضاف. (عبد)

(٤) قوله: "كما يسقط إلخ" الظاهر أن يقال: إن الترتيب إنما يسقط بين الفوائت والوقتية؛ دفعا للحرج، فإن فاتته الصلاة شهرا أو شهرين فصاعداً لا يتمكن من تقديم جميع الصلوات على الوقتية، ويتعسر أن يأتي بالفوائت ما استطاع إلا أن يضيق الوقت، فلا بد من القول بالسقوط عند كثرتها إلا أن الكثرة غير مضبوطة، فضبطناه بما يدخل به الصلاة في التكرار، وكما تعذر رعاية الترتيب بين الفوائت والوقتية عند الكثرة يتعذر في ما بين الفوائت أيضًا، فربما لا يحفظ المرء أول الفوائت بسبب كثرتها. (د)

(٥) قوله: "وحد الكثرة إلخ" فإن قلت: قوله: إلا أن يزيد يشعر بأن السابعة شرط لسقوط الترتيب، والتعليل بقوله: لأن إلخ وقوله: وحد الكثرة يشعر بأن فوات الست يكفي لفوات الترتيب.
قلت: بعضهم شرطوا فوات السابعة، وحملوا قوله: إلا أن يزيد على حقيقته، وعلى هذا كان المراد من قوله: وحد الكثرة المتخللة فيما بين صلاة صلاها، وأول ما يريد أن يصليها فائتة أو وقتية. (من حاشية إله دادح)

(٦) قوله: "ستًا" قال في "شرح الكنز" وغيره: المعتبر أن تبلغ الأوقات المتخللة ستا بعد فائتة الفائتة، وقيل: يعتبر أن تبلغ الفوائت ستا ولو كانت متفرقة، وثمرة الخلاف تظهر فيمن ترك ثلاث صلوات مثل الظهر من يوم، والعصر من يوم، والمغرب من يوم، فعلى الأول يسقط الترتيب يعني بين المتروكات، وعلى الثاني لا؛ لأن الفوائت بنفسها يعتبر أن تبلغ ستا، ومثل هذا ذكره في "المصفى". (ف)

(٧) قوله: "لأن الكثرة بالدخول في حد التكرار" فيه كلام، وهو أن الكثرة أمر إضافي جاز إطلاقها على ما هو زائد فما دونه، فما وجه الدخول في حد التكرار، ويجوز أن يقال: أصل ذلك القضاء بالإغماء، وقد ثبت

ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة(١)، قيل: يجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت(٢)، وقيل: لا تجوز(٣)، ويجعل الماضى كأن لم يكن زجرًا له عن التهاون. ولو قضى بعض الفوائت(٤) حتى قلّ(٥) ما بقى، عاد الترتيب عند البعض(٦)، وهو الأظهر(٧)، فإنه رُوِىَ عن محمد فى من ترك صلاة يوم وليلة، وجعل(٨) يقضى من الغد مع كل وقتية فائتة، فالفوائت جائزة على كل حال(٩)، والوقتيات فاسدة إن قدمها لدخول

أن عليًا أغمى عليه أقل من يوم وليلة، فقضى الصلوات، وعمار بن ياسر أغمى عليه يومًا وليلة، فقضاهن، وعبد الله بن عمر أغمى عليه أكثر من يوم وليلة، فلم يقضهن، فدل على أن التكرار معتبر. (عناية)

(٨) أى فى خروج وقت السادسة. (ن)

(١) قوله: "القديمة إلخ" تفسير القديمة رجل ترك صلاة شهر فسقا، ثم ندم على ما صنع واشتغل بأداء الصلوات فى مواقيتها، فالفوائت قديمة، وقيل: إن معنى تلك الفوائت ترك صلاة، ثم صلى صلاة أخرى، وهو ذاكر لهذه المتروكة، فهى الحديثة. (نهاية)

(٢) قوله: "لكثرة الفوائت" لأن الاشتغال بهذه الفائتة ليس بأولى من الاشتغال بتلك الفوائت، والاشتغال بالكل تفويت الوقتية عن وقتها، كذا فى "المحيط". (نهاية)

(٣) قوله: "وقيل: لا تجوز" والفتوى على الأول، كما فى "الكافى".

(٤) قوله: "ولو قضى بعض الفوائت إلخ" صورته: أن يترك الرجل صلاةشهر، ثم يقضيها إلا صلاة أو صلاتين، ثم صلى صلاة دخل وقتها، وهو ذاكر لما بقى عليه، هل يجوز الوقتية، أو لم يجز؟ فعن محمد فيه روايتان، رمال إلى عدم الجواز الفقيه أبو جعفر، واختاره بعض المشايخ والمصنف، ومال إلى الجواز أبو حفص الكبير، واختاره من المشايخ فخر الإسلام وشمس الأئمة وصاحب "المحيط" وقاضى خانح وغيرهم، قال فى "النهاية": وعليه الفتوى، ووجهه: أن الترتيب لما سقط، فالساقط لا يعود كماء نجس قليل دخل الماء الجارى عليه، حتى كثر وسال، ثم عاد إلى القلة لا يصير نجسًا. (ع)

(٥) فكان كحق الحضانة إذا سقط بالتزوج، ثم ارتفعت الزوجية. (ع)

(٦) قوله: "عاد الترتيب إلخ" فإن قلت: لما سقط الترتيب كيف يعود؟، فإن الساقط لا يعود، قلت: هذا من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته، وثبوت الحكم عند زوال المانع، وذلك لأن سقوط الترتيب كان بعلة الكثرة المفضية إلى الحرج، فلما قلت الفوائت لم يبقَ الحرج، فعاد الحكم الذى قبله.

(٧) يعنى دراية ورواية. (ع)

(٨) أى شرع. (ع)

(٩) قوله: "على كل حال" أى سواء قدمها على الوقتيات أو أخرها. (نهاية)

الفوائت فى حد القلة(١)، وإن أخرها فكذلك إلا العشاء الأخيرة(٢)؛ لأنه لا فائتة عليه فى ظنه(٣) حال أداءها.

ومن صلى العصر وهو ذاكر أنه لم يصل الظهر، فهى فاسدة إلا إذا كان فى آخر الوقت، وهى مسألة الترتيب(٤)، وإذا فسدت الفرضية لا يبطل أصل الصلاة(٥) عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وعند محمد يبطل(٦)؛ لأن التحريمة عقدت للفرض، فإذا بطلت الفرضية بطلت التحريمة أصلا، ولهما أنها عقدت لأصل الصلاة بوصف الفرضية، فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الأصل(٧). ثم العصر يفسد فسادًا موقوفًا، حتى لو صلى ست صلوات، ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزًا(٨)، وهذا عند أبى

(١) قوله: "إن قدمها إلخ" لأنه متى أدّى صلاة من الوقتيات صارت هى سادسة المتروكات إلا أنه لما قضى المتروك بعدها عادت المتروكات خمسًا، ثم لا يزال كذلك، فلا يعود إلى الجواز. (نهاية)

(٢) قوله: "إلا العشاء الأخيرة" فى "الكافى": أما العشاء الأخيرة فمحمولة على ما إذا كان الرجل جاهلا؛ لأنه صلاها فى ظنه جميع ما عليه، فصار كالناسى، فإن كان عالما لم يجز العشاء الأخيرة أيضًا؛ لأنه صلاها وعنده أربع صلوات هذا كلامه. (د)

(٣) قوله: "فى ظنه" إشارة إلى أنه إنما يجوز إذا لم يكن الوقتيات فائتة فى ظنه، أما إذا كان يظن فسادها فى ظنه فلا. (د)

(٤) قوله: "وهى مسألة الترتيب" إنما ذكرها ليصل به مسألة بطلان الوصف. (ف)

(٥) قوله: "لا يبطل أصل الصلاة" وذلك لأن الفريضة عنده بمنزلة الفصل، وانعقاده بانعقاد الجنس، خلافًا لهما، فإن الفرض عندهما أمر عارض، ولا يلزم من انتفاء العارض انتفاء المعروض. (عبد)

(٦) قوله: "وعند محمد تبطل" فإن قلت: إذا شرع فى الفرض الرباعى، فسلم على رأس الركعتين؛ ليدخل مع الإمام، أو أدى الظهر فى بيته يوم الجمعة، ثم سعى إلى الجمعة، وأدركها مع الإمام يقع المؤدى تطوعًا، ولا يبطل أصل الصلاة مع بطلان صفة الفريضة.
أجيب بالتزام أن معنى بطلان الصلاة ببطلان الفرضية هو خروجه عن حرمة الصلاة، حتى لا ينتقض به الطهارة عند القهقهة. (د)

(٧) قوله: "فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف" يعنى ليس الموجود مما يبطل أصل الصلاة كالحدث، بل وصف الفرضية، ولا تلازم بين بطلان الوصف، وبطلان الأصل كالمكفر بالصوم إذا أيسر فى خلال اليوم لا يبطل صومه. (ف)

(٨) قوله: "انقلب الكل جائزًا" وجه قول أبى حنيفة -وهو الاستحسان- أن الترتيب يسقط بكثرة

حنيفة. وعندهما يفسد فساداً باتًّا لا جواز لها بحال[١]، وقد عرف ذلك فى موضعه[٢]، ولو صلى الفجر، وهو ذاكر أنه لم يوتر، فهى فاسدة عند أبى حنيفة خلافًا لهما.

وهذا بناء على أن الوتر واجب عنده، سنة عندهما، ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن[٣]، وعلى هذا إذا صلى العشاء[٤]، ثم توضأ وصلّى السنة والوتر، ثم تبين أنه صلى العشاء بغير طهارةٍ، فعنده يعيد العشاء والسنة، دون الوتر[٥]؛ لأن الوتر فرض على حدة عنده، وعندهما يعيد الوتر أيضًا؛ لكونه تبعًا للعشاء، والله أعلم.

باب سجود السهو[٦]

يسجد للسهو فى الزيادة والنقصان سجدتين بعد السّلام[٧]، ثم

الفوائت، والكثرة تثبت بالسادسة، فإذا ثبت بها استندت إلى أولها، فيثبت سقوط الترتيب الذى هو حكمها، كما فى تصرف المريض، وتعجيل الزكاة. (نهاية)

(١) قوله: "لا جواز لها بحال" لأن سقوط الترتيب حكم الكثرة، وكل ما هو حكم لعلة يتأخر عنها، فسقوط الترتيب إنما يكون فى ما يقع من الصلاة بعد الكثرة لا قبلها، وهو القياس. (عناية)

(٢) أى فى باب الصلاة. (ع)

(٣) قوله: "ولا ترتيب إلخ" يعنى أن الترتيب المستحق هو ما يكون بين الفرائض. (ع)

(٤) قوله: "وعلى هذا [أى الوجوب والسنية. عبد] إلخ" لا يخفى أن مجرد الوجوب لا يكفى، بل يجب أن يقال: إن وقت العشاء والوتر واحد، ولو لم يكن واحداً، بل يكون وقته بعد العشاء لوجب إعادة الوتر. (عبد)

(٥) قوله: "دون الوتر" لأن عنده يدخل وقت الوتر بدخول وقت العشاء، إنما كان عليه مراعاة الترتيب، وقد سقط ذلك بالنسيان، وعندهما دخول وقت الوتر بعد دخول وقت العشاء على وجه الصحة ولم يوجد. (نهاية)

(٦) قوله: "باب سجود [الإضافة من قبيل إضافة المسبب إلى السبب. عبد] السهو" لما فرغ عن ذكر الأداء والقضاء، شرع فى بيان ما يكون جابراً للنقصان. (عناية)

قوله: "السهو" المراد من السهو زوال الصورة، إما من المدركة، أو منها ومن الحافظة فيشمل النسيان. (عبد)

(٧) قوله: "بعد السلام" فيه نفى لقول مالك فإنه يقول: إن كان سهوه عن نقصان سجد قبل السلام؛ لأنه جبر للنقصان، وإن كان عن زيادة، سجد بعد السلام؛ لأنه ترغيم للشيطان، وفيه حكاية، فإنه روى أن أبا يوسف كان مع هارون الرشيد، فجاء مالكا فسأله أبو يوسف عن هذه المسألة، فقال: إن كان عن نقصان، يسجد قبل

يتشهد(١) ثم يسلم، وعند الشافعي يسجد قبل السّلام؛ لما روى أنه عليه السّلام سجد للسهو قبل السّلام(٢). ولنا قوله عليه السّلام(٣): «لكل سهو سجدتان(٤) بعد السّلام»*، وروى(٥): «أنه عليه السّلام سجد سجدتي السهو بعد السّلام»**، فتعارضت روايتا فعله(٦)، فبقى التمسك بقوله(٧): سالما ولأن سجود السهو(٨) مما لا يتكرر(٩)، فيؤخر

السلام، وإن كان للزيادة، يسجد بعد السلام، فقال له أبو يوسف رح ما قولك: لو رأيت وقع السهو والنقصان جميعًا، فسكت مالك رح. (ن)

(١) قوله: "ثم يتشهد إلخ" فالسجدتان يرفعان التشهد والسلام دون القعدة، وإنما لم يرفعاها؛ لأنها فرض، والواجب لا يقوى على رفع الفرض بخلافها. (عبد)

(٢) قوله: "سجد للسهو إلخ" اللفظ للبخاري عن عبد الله بن بحينة أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم صلى الظهر، فقام في الركعتين الأوليين، ولم يجلس، فقام الناس معه حتى إذا قضى الصلاة، وانتظر الناس تسليمه كبر وهو جالس، فسجد سجدتين قبل أن يسلم. (ف)

(٣) رواه أبو داود رح. (ف)

(٤) قوله: "لكل سهو سجدتان" ظاهره يقتضي أن يتكرر السجدتان بتكرار السهو مع أنهم لا يقولون به، أجيب بأن كل سهو يقتضي السجدتين لكن تتداخل. (عبد)

* أخرجه أبو داود وابن ماجه من حديث ثوبان، انظر نصب الراية ج٢ ص١٦٧، والدراية ج١ رقم الحديث ٢٦٤، ص٢٠٧. (نعيم)

(٥) كما في رواية مسلم وغيره. (ف)

** أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن عبد الله بن مسعود، انظر نصب الراية ج٢ ص١٦٨، والدراية ج١ رقم الحديث ٢٦٥، ص٢٠٧. (نعيم)

(٦) قوله: "فتعارضت إلخ" يعني لما تعارض الفعلان عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم تركناهما فعملنا بقوله عليه الصلاة والسلام للسلامة عن المعارضة، فإن الأخذ بما سلم من المعارضة. (ب)

(٧) قوله: "فبقى إلخ" لا يقال: إن في المعارضة بين الحجتين إنما يصار إلى ما بعدهما من الحجة، لا إلى ما فوقهما، والقول فوق الفعل؛ لأن القول موجب دون الفعل، فكيف يصار إلى القول عند المعارضة بين الفعلين، لأنا نقول: إنما يصار إلى ما بعدهما من الحجة عند انعدام الحجة فيما فوقهما، وإن كانت حجة فوقهما، فلا يحتاج حينئذ إلى المعارضة. (ك)

(٨) قوله: "ولأن [دليل عقلي على كون السجود بعد السلام. عيني] سجود إلخ" تقريره أن القياس كان يقتضي أن لا يتأخر سجود السهو عن السلام؛ لئلا يتأخر عن زمان وجود السهو، إلا أنه كان مما لا يتكرر، فأخر عن السلام. (عيني)

(٩) قوله: "مما لا يتكرر" قال الإتقاني: سجود السهو ليس يتكرر بالإجماع، قلت: ليس كذلك؛ لأن

عن السّلام حتى لو سهى عن السّلام[١] ينجبر به، وهذا الخلاف[٢] في الأولوية[٣]، ويأتي بتسليمتين[٤] هو الصحيح[٥] صرفا[٦] للسلام المذكور إلى ما هو المعهود، ويأتي[٧] بالصلاة[٨] على النبي عليه السلام والدعاء في قعدة السهو،[٩] هو الصحيح[١٠]؛ لأن[١١] الدعاء موضعه آخر

مذهب أبي ليلى أن السجود يتكرر بعد السهو، وقال الأوزاعي: إذا سهى سهوين يسجد أربع سجدات، ذكره الثوري، ولو سهى في سجدات السهو لم يسجد، وهو قول الحسن. (عيني)

(١) قوله: "حتى لو سهى عن السّلام إلخ" صورته: إذا شك في صلاته عند السلام، فلم يدر أ ثلاثًا صلى، أم أربعًا، فشغله تفكره، حتى أخر عن السلام، ثم ذكر أنه صلى أربعًا لزمه سجود السهو، فلو كان لم يسجد لسهو قبله، ووجد هذا، ثم سجد ينجبر به، ولو سجد ثم وجد هذا، فإن سجد له يتكرر سجود السهو، وهو خلاف المشروع، ولو لم يسجد بقي نقص غير مجبور، فيؤخر عن السلام. (ك)

(٢) بيننا وبين الشافعي. (عيني)

(٣) قوله: "في الأولوية [لا في الجواز. بناية)" أراد أن الأولى عندنا أن سجود السهو بعد السلام، ويجوز أيضًا قبل السلام، والأولى عنده قبل السلام، وبعد السلام يجوز أيضًا، هذا الذى ذكره المصنف جواب ظاهر الرواية، وذكر في "النوادر": أنه إذا سجد للسهو قبل السلام لا يجزئه. (بناية للعيني)

(٤) عن يمينه وشماله، وبه قال الثورى. (ب)

(٥) "قوله: "هو الصحيح" احتراز عما قال فخر الإسلام: أن يسلم من تلقاء وجهه واحدة، وفي "المحيط": ينبغي أن يسلم واحدًا عن يمينه، وهو قول الكرخي، وهو الأصوب، وبه قال النخعي. (ب)

(٦) قوله: "صرفًا" بالنصب على أنه مفعول مطلق كذا قيل: والصحيح أنه نصب على التعليل أى لأجل صرف السلام إلى المعهود. (بناية للعيني)

(٧) من عليه سجدة السهو. (ب)

(٨) قوله: "بالصلاة إلخ" في "الذخيرة": اختلفوا في صلاة النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وفي الدعوات أنها في قعدة الصلاة، أم في قعدة سجدة السهو؟، ذكر أبو جعفر أن ذلك قبله قبل سلام السهو، وذكر الكرخي في "مختصره" أنها في قعدة سجدتي السهو؛ لأنها هي القعدة الأخيرة، هي قعدة الختم، واختار فخر الإسلام ما اختاره المصنف. (ب)

(٩) أي سجود السهو.

(١٠) قوله: "هو الصحيح" منهم من قال: إن في المسألة اختلافًا بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رح، فعند الشيخين يصلي في القعدة الأولى، وعن محمد في القعدة الأخيرة بناء على أصل، وهو أن سلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة عندهما، فإذا كان كذلك كانت القعدة الأولى هي قعدة الختم، وعن محمد خلافه. (ب)

(١١) تعليل لما اختار. (ب)

الصلاة.

قال[١] : ويلزمه السهو[٢] إذا زاد[٣] **فى صلاته فعلا من جنسها ليس منها**[٤]، وهذا[٥] **يدل على أن سجدة السهو واجبة**، هو الصحيح[٦]؛ لأنها تجب لجبر نقصان تمكن فى العبادة، فتكون واجبة كالدماء فى الحج[٧]، وإذا كان واجبًا لا يجب إلا بترك واجب[٨]، أو تأخيره[٩]، أو تأخير ركن[١٠] ساهيًا[١١]، هذا هو الأصل[١٢]، وإنما وجبت بالزيادة[١٣]؛

---

(١) أى القدورى.

(٢) قوله: "ويلزمه السهو إلخ" هذا بيان لما ذكر أول الباب من أنه يسجد للسهو. (ب)

(٣) قوله: "إذا زاد إلخ" تكلم المشايخ فى ما يوجب سجود السهو، فقيل: يجب لستة أشياء بتقديم ركن كتقديم الركوع على الفاتحة أو السورة، وبتاخير ركن كتاخير السجدة الصلبية، وفي تاخير سجدة التلاوة روايتان، أو القيام إلى الثالثة بتكرار التشهد، وبتكرار ركن كركوعين، أو ثلاث سجدات، وبتغيير الواجب كالجهر فى ما يخافت فيه، وعكسه، وبترك واجب كالقعدة الأولى، وبترك سنة مضافة إلى جميع الصلاة كالتشهد فى القعدة الأولى.
وذكر صدر الإسلام أن سبب الوجوب واحد، وهو ترك الواجب، قال صاحب "المحيط": وهذا أجمع ما قيل فيه؛ لأن جميع ما ذكر من مراعاة الترتيب، والأفعال والأذكار واجبة، وكذا التشهد في القعدة الأولى عنده، وعليه المحققون. (ك)

(٤) أى والحال أن الذى زاد ليس من الصلاة، كما إذا ركع ركوعين. (ب)

(٥) أى قوله: ويلزمه. (ب)

(٦) قوله: "هو الصحيح" ذكره فى "المحيط" و "المبسوط" و "الذخيرة" و "البدائع"، وبه قال مالك وأحمد، وفى "فتاوى المرغينانى: عند الكرخى‌رح أنه سنة. (ب)

(٧) عند الجناية. (ب)

(٨) كترك القعدة الأولى. (ب)

(٩) نحو ما إذا قام إلى الخامسة. (ب)

(١٠) كما إذا سجد ثلاث سجدات. (ب)

(١١) قوله: "ساهيًا [نصب على الحال. ب]" لأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم علق إيجابها بالسهو بقوله: «لكل سهو سجدتان»، فلو أوجبنا ذلك فى العمد لما لزمها الإضافة فى السهو، وقال الشافعي: إنها تجب فى العمد أيضًا. (ب)

(١٢) فى وجوب سجدتى السهو. (ب)

لأنها لا تعرى عن تأخير ركن[١]، أو ترك واجب[٢].

قال[٣]: ويلزمه إذا ترك فعلا مسنونًا، كأنه أراد به فعلا واجبًا، إلا أنه أراد بتسميته[٤] سنة أن وجوبها بالسنة.

قال: أو ترك قراءة الفاتحة[٥]؛ لأنها واجبة، أو القنوت[٦]، أو التشهد[٧]، أو تكبيرات العيدين[٨]؛ لأنها واجبات، فإنه عليه السّلام واظب عليها من غير تركها مرة، وهي أمارة[٩] الوجوب، ولأنها تضاف إلى جميع الصلاة[١٠]، فدل على أنها من خصائصها، وذلك[١١] بالوجوب، ثم ذكر التشهد[١٢] يحتمل القعدة الأولى والثانية[١٣]، والقراءة

(١٣) قوله: "وإنما وجبت إلخ" هذا جواب عن ما يقال: ينبغي أن لا يجب بالزيادة؛ لأنه لا تأخير ههنا، ولا ترك. (ب)

(١) كما في زيادة السجود. (ب)

(٢) كما في القيام إلى الخامسة. (ب)

(٣) أي القدوري.

(٤) من إطلاق اسم السبب على المسبب. (ب)

(٥) قوله: "أو ترك قراءة الفاتحة" أراد في الأولين، فإن تركها في الأخريين من الفرض لا يجب السهو إلا في رواية الحسن عن أبي حنيفة ؒ. (ك)

(٦) قوله: "أو القنوت" لو تذكره بعد ما سجد، فعليه السهو، وكذا بعد ما رفع رأسه من الركوع، ويمضي ولا يقنت، ولو تذكره في الركوع، ففي عوده روايتان. (ب)

(٧) قوله: "أو التشهد" وفي "الينابيع": لو قعد قدر التشهد في الركعة الأخيرة، ولم يتشهد، فعن أبي يوسف روايتان، ولو ترك بعض التشهد يجب السهو. (ب)

(٨) قوله: "أو تكبيرات العيدين" في "التحفة": وفي العيد لا يجب السهو بترك الأذكار، قال الإسبيجابي: كالثناء والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود إلا في أربعة، وهي القراءة، والتشهد الأخير، وتكبيرات العيد، والقنوت. (ب)

(٩) بالفتح. (ب)

(١٠) قوله: "إلى جميع الصلاة" يقال: قنوت الوتر، وتشهد الصلاة، وتكبيرات صلاة العيد. (ب)

(١١) الاختصاص. (ب)

(١٢) أي ذكر القدوري في "مختصره". (ب)

فيهما[١]، وكل ذلك واجب[٢]، وفيها سجدة السهو هو الصحيح[٣].

ولو جهر الإمام فيما يخافت، أو خافت فيما يجهر تلزمه[٤] سجدتا السهو[٥]؛ لأن الجهر فى موضعه والمخافتة فى موضعها من الواجبات،

(١٣) لأن التشهد يطلق على الدعاء الذى فيها، وعلى القعدة. (ف)

(١) أى الأولى والثانية. (ب)

(٢) قوله: "وكل ذلك واجب" يرد ههنا إيرادان: الإيراد الأول أن قراءة التشهد فى القعدة الأولى سنة، وذكر أنه واجب، أجاب عنه ناقلا فى "البناية" أنه على قول من يذهب إلى وجوبه.

أقول بما فى "الكفاية": أوّل الباب أن التشهد فى القعدة الأولى واجب عنده، وعليه المحققون.

الإيراد الثانى: أن القعدة الثانية فرض، فكيف سماها واجبًا؟ وأجاب عنه فى "الدراية" و "الكفاية" أن المراد من كل ذلك غير ذلك، والتخصيص شائع، كما فى قوله تعالى فى شأن بلقيس: وأوتيت من كل شىء، ورده فى "البناية" بأنه يناقض ظاهر كلامه، وقيل: هذا سهو من المؤلف.

وأجاب العينى أن القعدة الثانية فرض ذاتا كما سبق، وواجبة محلا وموضعًا، ألا ترى إلى أنه إذا قام إلى الخامسة يعود إلى القعدة ما لم يقيدها بالسجدة، ويسجد للسهو، ولا يعيد صلاته، فعلم أن اتصالها بالركعة الأخيرة واجب، فلا يندفع الإيراد إلا بهذا. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٣) قوله: "هو الصحيح" احترز به عن جواب القياس فى هذه الأشياء، حيث لا يجب فيها شىء، كالثناء والتعوذ، كذا فى "البناية"، وقال فى "الكفاية": قوله: هو الصحيح، احتراز عن جواب القياس فى التشهد أنه سنة، لا واجب، ولكن الاستحسان أنه واجب، وقال الأكمل: قوله: هو الصحيح، احتراز عما قيل: قراءة التشهد فى القعدة الأولى سنة، وكذا قال الإنزارى وصاحب "الدراية" وردّه العينى صاحب "البناية"، وقال: إن الكل متفقون على ما ليس بمراد المصنف، ثم افتخر على توجيهه.

أقول: كلامهم هو الصحيح، أو هو الأصح، ونحوه لا يكون احترازًا عن جواب القياس، بل يطلق مثل هذه الألفاظ فى موضع يكون فيه اختلافًا ثابتًا، ويكون أحدهما صحيحًا، والآخر غلطًا، أو ضعيفًا، كما لا يخفى على من يتجسس عادات الفقهاء.

فظهر ضعف ما قال العينى: من أنه احتراز عن جواب القياس فى هذه الأشياء، وأيضًا تبين ركاكة ما فى "الكفاية" أنه احتراز عن جواب القياس فى التشهد.

وعلم أن الأوجه ما وجه به الأكمل بأن ضمير هو يرجع إلى ما قال: إنه كل ذلك واجب، ويكون احتراز عن مذهب من قال بسنية التشهد فى القعدة الأولى، هذا ما ظهر لهذا العبد الضعيف، والله أعلم ما هو مراد المصنف. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٤) قوله: "تلزمه" وقال الشافعى: لا يلزمه؛ لما روى أبو قتادة أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يسمعنا الآية والآيتين فى الظهر والعصر، قلنا: الحديث محمول على أنه كان ذلك عمداً؛ ليبين مشروعية القراءة فى الظهر والعصر. (كفاية)

(٥) قوله: "سجدتا السهو" وقال مالك وأحمد: إن جهر فى موضع الإسرار يسجد بعد السلام، وإن أسر فى موضع الجهر يسجد قبل السلام، وعن أحمد: إن سجد فحسن، وإلا فلا بأس. (ب)

واختلفت الرواية[١] في المقدار[٢]، والأصح[٣] قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين[٤]؛ لأن[٥] اليسير من الجهر والإخفاء لا يمكن[٦] الاحتراز عنه، وعن الكثير ممكن، وما تصح به الصلاة كثير، غير أن ذلك[٧] عنده آية[٨] واحدة، وعندهما ثلاث آيات، وهذا[٩] في حق الإمام دون المنفرد[١٠]؛ لأن الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة.

قال: وسهو الإمام يوجب على المؤتم[١١] السجود؛ لتقرر السبب الموجب[١٢] في حق الأصل[١٣]، ولهذا يلزمه[١٤] حكم الإقامة بنية الإمام،

---

(١) عن أصحابنا. (ب)

(٢) قوله: "في المقدار [أي مقدار ما يتعلق به السهو. ب]" فذكر الحاكم الخليل عن ابن سماعة عن محمد: أنه إذا جهر بأكثر الفاتحة سجد، ثم رجع، فقال: إذا جهر مقدار ما يجوز به الصلاة تجب، وإلا لا، وروى أبو سليمان عن محمد: إن جهر بأكثر الفاتحة سجد، وإلا فلا. (ب)

(٣) ذكره شمس الأئمة الحلوائي. (ك)

(٤) قوله: "في الفصلين" احتراز عن رواية "النوادر" أنه إذا جهر في المخافتة فعليه السجود قل أو كثر، وإن خافت في الجهرية، فإن كان أكثر الفاتحة، أو ثلاث آيات من غيرها، أو آية قصيرة على مذهب أبي حنيفة رحمه الله، فعليه السجود، وإلا فلا. (فتح القدير)

(٥) قوله: "لأن اليسير إلخ" احترز عن قول شمس الأئمة السرخسي أنه يجب سجدتا السهو إن كان ذلك كلمة. (ب)

(٦) من حيث العادة. (ب)

(٧) أي الكثير الذي تصح به الصلاة. (ب)

(٨) على ما عرف في موضعه. (ب)

(٩) أي وجوب السجدة في الفصلين. (ب)

(١٠) قوله: "دون المنفرد [لأنه مخير بين الجهر والمخافتة. ك]" هذا الذي ذكره جواب ظاهر الرواية، وأما جواب رواية "النوادر": فإنه يجب عليه سجدتا السهو. (ك)

(١١) قوله: "على المؤتم" وإن كان مسبوقًا لم يدرك محل السهو معه، إلا أنه لا يسلم، بل ينتظر بعد سلامه حتى سجد، فيسجد معه، فيقوم إلى القضاء، وعلى هذا ينبغي أن لا يعجل بالقيام. (ف)

(١٢) وهو وجوب السهو. (ك)

(١٣) قوله: "في حق الأصل [الإمام. ف]" فلما وجب عليه، يجب على من خلفه؛ لأن النقصان المتمكن في صلاته، متمكن في صلاة القوم. (ب)

فإن لم يسجد الإمام لم يسجد المؤتم(١)؛ لأنه يصير(٢) مخالفًا(٣) لإمامه، وما التزم الأداء إلا متابعًا(٤)، فإن سهى المؤتم لم يلزم الإمام ولا المؤتم السجود؛ لأنه(٥) لو سجد وحده(٦) كان(٧) مخالفًا لإمامه، ولو تابعه(٨) الإمام ينقلب الأصل(٩) تبعًا.

ومن سهى عن القعدة الأولى(١٠)، ثم تذكر وهو إلى حالة القعود أقرب(١١) عاد، وقعد وتشهد؛ لأن ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه(١٢)،

(١٤) قوله: "يلزمه [المؤتم. ب]" يعني إذا نوى الإمام في وسط الصلاة الإقامة يصير فرضهم أربعًا، وإن لم يوجد من القوم النية. (ب)

(١) يعني لا يجب عليه أن يسجد، خلافًا للشافعي وأحمد ومالك. (ب)

(٢) أي إن سجد بدون أن يسجد الإمام. (ب)

(٣) لإمامه. (ب)

(٤) قوله: "إلا متابعًا" فإن قلت: يشكل على المسائل التسع التي ذكرت في "الخلاصة" و"الخزانة" أنها إذا لم يفعلها الإمام يفعلها القوم، وهي تسع: أحدها: ما إذا لم يرفع الإمام يديه عند تكبيرة الافتتاح يرفعه القوم، وإذا لم يثنِ الإمام يثني القوم، وكذلك ترك تكبير الركوع، وتسبيحه، وتسميعه، وتكبير الانحطاط، وقراءة التشهد والتسليم، والتاسع: تكبير التشريق.
قلت: هذه الأحكام لم تثبت في ضمن شيء من الأحكام، بل يثبت ابتداء على كل واحد من الإمام والمقتدي، ولا يجري فيها النيابة، فلما لم يفلعها الإمام، يفعلها المقتدي.
وأما وجوب سجدة السهو فإنما تثبت في ضمن فعل باشره الإمام، فلما لم يأتِ المباشر به لم يجب على غيره. (ك)

(٥) المؤتم. (ب)

(٦) بدون الإمام. (عناية)

(٧) قوله: "كان مخالفًا لإمامه" فإن قلت: سجود السهو يؤتى بها في آخر الصلاة بعد السلام، فلم لا يصير إلى أن يسلم الإمام، ثم يسجد المقتدي.
قلت: لا يمكن ذلك؛ لأن السنة أن يسلم المقتدي عقب سلام الإمام، فإن سجد يقع سجوده بعد خروجه من الصلاة؛ لأنه يخرجه سلام الإمام. (ب)

(٨) المقتدي. (ب)

(٩) الإمام. (ب)

(١٠) في الفرض الثلاثي، أو الرباعي. (ب)

(١١) قوله: "أقرب" في "الكافي": يعتبر ذلك بالنصف الأسفل، فإن كان النصف الأسفل مستويًا، كان

ثم قيل: [١] يسجد للسهو وللتأخير[٢]، والأصح[٣] أنه لا يسجد، كما إذا لم يقم[٤]، ولو كان إلى القيام أقرب لم يعد؛ لأنه كالقائم[٥] معنى، ويسجد للسهو؛ لأنه ترك[٦] الواجب، وإن سهى عن القعدة الأخيرة[٧]، حتى قام إلى الخامسة رجع إلى القعدة ما لم يسجد؛ لأن فيه[٨] إصلاح صلاته، وأمكنه ذلك[٩]؛ لأن ما دون الركعة بمحل[١٠] الرفض.

قال[١١]: وألغى الخامسة[١٢]؛ لأنه رجع إلى شيء محله قبلها[١٣]

إلى القيام أقرب، وإلا لا. (ب)

(١٢) قوله: "يأخذ حكمه" كفناء المصر له حكم المصر في حق صلاة العيد والجمعة، وكحريم البئر له حكم البئر، وما قرب من العامر له حكم العامر في المنع عن الإحياء، كذا في "المحيط"، وعليه قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لقنوا موتاكم». (ك)

(١) قاله الولوالجي وأبو نصر السرخسي وغيرهما، والشافعي وأحمد. (ب)

(٢) قوله: "للتأخير" أي لتأخير القعدة التي هي واجبة؛ لأنه بهذا المقدار من القيام صار مؤخراً واجباً عن وقته. (ب)

(٣) وهو اختيار أبي بكر محمد بن الفضل. (ب)

(٤) قوله: "كما إذا لم يقم" لأنه إذا كان إلى القعود أقرب، كان له حكم القاعد. (ب)

(٥) قوله: "لأنه كالقائم معنى" يعني ولو كان حقيقة القيام لما عاد إلى القعدة بالاتفاق، فكذا ههنا؛ لأنه أخذ حكمه؛ لقربه منه، ثم إنما لا يعود إليه؛ لما أن القيام فرض، والقعدة الأولى واجبة، فلا يترك الفرض لأجل الواجب. (ب)

(٦) قوله: "لأنه ترك الواجب" هذا بلا خلاف بيننا وبين الشافعي، أما عندنا فلأنه ترك الواجب، وهو القعدة الأولى، وأما عند الشافعي فإن عنده لا يتعلق السهو بترك السنة سوى التشهد الأول، والقنوت، والصلاة على النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في التشهد الأول. (ب)

(٧) قوله: "القعدة الأخيرة" في ذوات الثلاث، حتى قام إلى الرابعة كالمغرب والوتر، وفي ذوات الاثنين، حتى قام إلى الثالثة كالفجر، وفي ذوات الأربع حتى قام إلى الخامسة. (ب)

(٨) أي رجوعه إلى القعدة. (ب)

(٩) إصلاح صلاته. (ب)

(١٠) قوله: "بمحل الرفض" لأنه ليس له حكم الصلاة، ولذا لا يحنث به في يمينه لأن لا يصلي. (ك)

(١١) القدوري. (ب)

(١٢) قوله: "وألغي الخامسة" أي الركعة الخامسة التي قام إليها. (ب)

(١٣) قوله: "لأنه رجع إلخ" أي رجع إلى القعود الذي محله قبل القيام إلى الخامسة. (ب)

فتر تفض، وسجد للسهو؛ لأنه أخر واجبًا[١]. وإن قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا، خلافًا للشافعي[٢]؛ لأنه استحكم شروعه في النافلة[٣] قبل إكمال أركان المكتوبة، ومن ضرورته[٤] خروجه عن الفرض، وهذا لأن الركعة[٥] بسجدة واحدة صلاة حقيقة، حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي، وتحولت صلاته[٦] نفلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافًا لمحمد على ما مر[٧]. فيضم[٨] إليها ركعة سادسة[٩]، ولو لم يضم لا شيء عليه؛ لأنه مظنون[١٠]، ثم إنما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند أبي يوسف؛ لأنه سجود كامل[١١]. وعند محمد[١٢] برفعه[١٣]؛ لأن تمام الشيء بآخره،

(١) قوله: "لأنه أخر واجبًا" المراد بالواجب الفرض القطعي. (ك)

(٢) قوله: "خلافًا للشافعي [وخلافًا لمالك وأحمد. ب]" فإن عنده يعود إلى القعدة، ويتشهد ويسلم، ويسجد سجدة السهو، فتجزئه صلاته، هذا إذا قام إلى الخامسة سهوًا، فإن قام إليه عامدًا، ولم يكن قعد قدر التشهد، فعلى قول علماءنا ما لم يقيد الخامسة بالسجدة لا تفسد صلاته، كما لو قام إليها ساهيًا، وقال الشافعي: كما قام إلى الخامسة عامدًا يفسد صلاته. (ك)

(٣) قوله: "لأنه استحكم إلخ" والشروع في النافلة قبل إكمال الفرض مفسد له. (ب)

(٤) لأن بينهما منافاة. (ب)

(٥) قوله: "وهذا إلخ" أي الذي ذكرناه من أن الركعة بلا سجدة لا تبطل صلاته، وإن كانت سجدة تبطل. (ب)

(٦) قوله: "وتحولت [أي صارت. ب] صلاته" أي التي لم يقعد فيها للرابعة، وقام إلى الخامسة. (ب)

(٧) في باب قضاء الفوائت. (ك)

(٨) عندهما إن بطلان الوصف لا يوجب بطلان الأصل عندهما، خلافًا لمحمد. (ب)

(٩) قوله: "ركعة سادسة" لأن النفل شرع شفعاً لا وترًا، للنهي عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وهل يجب عليه سجدة السهو؟ لم يذكره، والأصح أنه لم يسجد. (ب)

(١٠) قوله: "لأنه مظنون" أي لأن الذي شرع فيه مظنون؛ لأنه قام على أنها رابعة، وهذا عند علماءنا الثلاثة، خلافًا لزفر. (ب)

(١١) لكون السجدة حقيقة بوضع الجبهة.

(١٢) هو المختار للفتوى. (ك)

(١٣) عن الأرض. (ب)

وهو الرفع، ولم يصح[١] مع الحدث، وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا سبقه الحدث[٢] فى السجود بنى عند محمد خلافًا لأبى يوسف، ولو قعد فى الرابعة[٣] ثم قام[٤]، ولم يسلم[٥] عاد إلى القعدة[٦] ما لم يسجد للخامسة وسلم[٧]؛ لأن التسليم فى حالة القيام غير مشروع[٨]، وأمكنه الإقامة[٩] على وجهه بالقعود[١٠]، لأن ما دون الركعة بمحل الرفض[١١].

وإن قيد الخامسة بالسجدة، ثم تذكر[١٢]، ضم إليها[١٣] ركعة

---

(١) قوله: "ولم يصح مع الحدث" إنما ذكر هذا؛ لأن محمدًا لما قال: إن تمام الشيء بآخره، وهو الرفع، قال: لا خلاف بيننا فى أنه لم يصح مع الحدث. (ب)

(٢) قوله: "فيما إذا سبقه الحدث" يعنى إذا سبقه الحدث فى هذا السجود، فذهب يتوضأ، ثم تذكر أنه لم يقعد في الرابعة يتوضأ، ويعود إلى القعدة، ويبنى على صلاته، هذا عند محمد، خلافًا لأبى يوسف، فعنده لا يبنى؛ لأن صلاته فسدت بوضع الجبهة. (عينى)

(٣) أى قدر التشهد. (ك)

(٤) أى ساهيًا. (ك)

(٥) قوله: "ولم يسلم [على ظن أنها القعدة الأولى. ب]" وهل يتبعه القوم فى هذا القيام، قيل: نعم، فإن عاد عادوا معه، وإن مضى فى النافلة تبعوه، والصحيح ما ذكره البلخى عن علمائنا لا يتبعونه فى البدعة وينتظرونه، فإن عاد قبل السجدة تبعوه فى السلام، وإلا سلموا فى الحال. (ف)

(٦) ولا يعيد التشهد. (ف)

(٧) قوله: "وسلم" لأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قام إلى الخامسة، فسبح من خلفه، فعاد وسلم، وسجد سجدتى السهو. (ب)

(٨) قوله: "غير مشروع" فإن قلت: إن سلم فى حالة القيام، فحكمه ما ذا؟ قلت: لا يفسد صلاته، كذا فى "الخلاصة". (ب)

(٩) أى إقامة السلام. (ك)

(١٠) يعنى بالعود.

(١١) قوله: "بمحل الرفض" كما لو أقام المؤذن وهو فى الركعة الأولى، ولم يقيدها بالسجدة، فإنه يرفضها. (ب)

(١٢) أنه زاد ركعة خامسة. (ب)

(١٣) قوله: "ضم إليها إلخ" ذكر فى الأصل مايدل على الوجوب، حيث قال فيه: عليه أن يضيف، وكلمة "على" للإيجاب. (ك)

أخرى[١]، وتم فرضه؛ لأن الباقى إصابة لفظة السّلام، وهى واجبة[٢]، وإنما يضم إليها أخرى؛ لتصير الركعتان نفلا؛ لأن الركعة الواحدة لا تجزئه؛ لنهيه عليه السّلام[٣] عن البتيراء[٤]،* ثم لا تنوبان[٥] عن سنة الظهر، هو الصحيح[٦]؛ لأن المواظبة[٧] عليها بتحريمة مبتدأة.

ويسجد للسهو[٨]؛ استحسانًا[٩]؛ لتمكن النقصان فى الفرض بالخروج[١٠]، لا على الوجه المسنون، وفى النفل بالدخول[١١]، لا على

---

(١) قوله: "ركعة أخرى" وعند الشافعى لا يضم؛ لأن الركعة الواحدة مشروعة عنده. (ب)

(٢) قوله: "وهى واجبة" وعند الشافعى إن أضاف السادسة فسدت صلاته؛ لأنه انتقل إلى صلاة أخرى وعليه ركن؛ لأن إصابة لفظ السلام فرض عنده، وعندنا لا تفسد ظهره. (ب)

(٣) قوله: "لنهيه [رواه ابن عبد البر فى "التمهيد"، قد مر فى باب الوتر. ب]" فإن قلت: النهى يدل على المشروعية، كما عرف فى الأصول، قلت: يذكر النهى ويراد المنفى. (ب)

(٤) مقطوع الذنب ناقص.

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٧٢، والدراية ج١رقم الحديث٢٦٦، ص٢٠٨. (نعيم)

(٥) الركعتان الزائدتان. (ب)

(٦) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول من قال: إنها تنوب. (ف)

(٧) قوله: "لأن المواظبة إلخ" يعنى أن السنة بالمواظبة، والمواظبة عليها من النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم بتحريمة مبتدأة. (ف)

(٨) قوله: "ويسجد للسهو إلخ" وجه الاستحسان أنه انتقل من الفرض إلى النفل إلا أن النفل بناء على التحريمة الأولى، فيجعل فى حق وجوب سجدة للسهو كأنها صلاة واحدة، وهذا كمن صلى ست ركعات تطوعاً بتسليمه واحدة، وقد سهى فى الشفع الأول يسجد للسهو فى آخر الصلاة، وإن كان كل شفع منه صلاة على حدة، قالوا: وهذا القياس والاستحسان بناء على مسألة أخرى، وهى أن المسبوق إذا اشتغل بقضاء ما فاته، ولم يتابع الإمام فى سجود السهو، هل يسجد فى آخر الصلاة؟ القياس أن لا يسجد؛ لأن السهو وقع فى صلاة الإمام، وقد انتقل هو إلى صلاة أخرى، وفى الاستحسان أن يسجد؛ لأن صلاته بناء على صلاة الإمام. (ك)

(٩) قوله: "استحسانًا" والقياس أن لا يسجد؛ لأنه صار إلى صلاة غير التى سهى، ومن سهى فى صلاة لا تجب عليه السجدة فى أخرى. (ف)

(١٠) قوله: "بالخروج لا على الوجه المسنون" وهو خروجه بإصابة لفظ السلام بعد أربع ركعات، وقد ترك ذلك. (ب)

الوجه المسنون، ولو قطعها لم يلزمه القضاء(١)؛ لأنه مظنون(٢)، ولو اقتدى به إنسان فيهما يصلي ستا عند محمد؛ لأنه المؤدّى(٣) بهذه التحريمة، وعندهما ركعتين(٤)؛ لأنه استحكم(٥) خروجه عن الفرض، ولو أفسده(٦) المقتدي، فلا قضاء عليه عند محمد؛ اعتبارًا بالإمام(٧)، وعند أبي يوسف يقضي ركعتين(٨)؛ لأن السقوط(٩) بعارض يخص الإمام.

---

(١١) قوله: "بالدخول لا على الوجه المسنون" وجه الاستحسان أن النقصان دخل في الفرض عند محمد بتركه الواجب وهو السلام، وهذا النفل بناء على التحريمة الأولى، فيجعل في حق السهو، كأنهما واحدة، وعند أبي يوسف النقصان في النفل بدخوله لا على الوجه الواجب، إذا الواجب عنده أن يشرع في النفل بتحريمة مبتدأة، كذا في "الكافي".

وبه ظهر أن قول المصنف: لتمكن النقصان في الفرض بالخروج منه لا على الوجه المسنون، وفي النفل بدخوله لا على الوجه المسنون مراده مسنون الثبوت، فيعم الواجب، وهو تعليل للمذهبين، فالأولى لمحمد والثانية لأبي يوسف رح، وظهر أن كونه استحسانًا في مقابلة قياس، إنما هو على قول محمد.

وأما على قول أبي يوسف رح فيسجد قياسًا واستحسانًا، وقدم قول محمد؛ لأنه المختار للفتوى، لأن من قام من الفرض إلى النفل بلا تسليم، ولا تحريمة عمدًا لم يعد ذلك نقصانًا في النفل؛ لأنه أحد وجهي الشروع في النفل، كذا ذكره فخر الإسلام، لكن أبا يوسف يمنع أنه أحد وجهي الشروع فيه. (ف)

(١) عندنا خلافًا لزفر. (ب)

(٢) قوله: "لأنه مظنون" والمشروع من الصلاة أو الصوم على وجه الظن غير ملزم عندنا، خلافًا لزفر. (ب)

(٣) بفتح الدال. (ب)

(٤) قوله: "وعندهما ركعتين" هكذا ذكر في "خلاصة الفتاوى" لكن المذكور في "شرح الجامع الصغير" للصدر الشهيد، وشرح الطحاوي والمنظومة وشروحها أنه يصلي ستًا عند محمد وركعتين عند أبي يوسف، ولم يذكر قول أبي حنيفة، وهو الصحيح. (ب)

(٥) فلا يلزمه غير هذا الشفع. (ب)

(٦) ما شرع فيه. (ب)

(٧) قوله: "اعتبارًا بالإمام" يعني اعتبر محمد حاله بحال الإمام، فإن هذه الصلاة المظنونة غير مضمونة في حق الإمام، فلو صارت مظنونة في حق المقتدي، لصار بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل، وهو باطل. (ب)

(٨) قوله: "وعند أبي يوسف يقضي ركعتين" كان حقه أن يقول، وعندهما بدليل قوله أولا: عندهما، ثم الفتوى ههنا على قول أبي يوسف رح (ف)

(٩) أي سقوط وصف الزمن. (ب)

قال[١] : ومن صلّى ركعتين تطوعًا، فسهى فيهما وسجد للسهو، ثم أراد أن يصلى أخريين لم يبن[٢] ؛ لأن السجود[٣] يبطل لوقوعه فى وسط الصلاة، بخلاف المسافر إذا سجد للسهو[٤]، ثم نوى الإقامة حيث يبنى؛ لأنه لو لم يبن تبطل جميع الصلاة، ومع هذا لو أدى صح[٥] لبقاء التحريمة، ويبطل سجود السهو، وهو الصحيح[٦].

ومن سلم[٧] وعليه سجدتا السهو، فدخل رجل فى صلاته بعد التسليم، فإن سجد الإمام كان داخلا، وإلا فلا[٨]، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: هو داخل، سجد الإمام أو لم يسجد؛ لأن عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه[٩] عن الصلاة أصلا؛ لأنها وجبت جبراً للنقصان[١٠]، فلا بد أن يكون فى إحرام الصلاة.

وعندهما يخرجه[١١] على سبيل التوقف؛ لأنه محلل فى نفسه[١٢]،

---

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(٢) أى ليس له أن يبنى. (ف)

(٣) ولم تشرع إلا فى الآخر. (ب)

(٤) قوله: "بخلاف المسافر إلخ" الحاصل أن نقض الواجب وإبطاله لا يجوز، إلا إذا استلزم تصحيحه نقض ما فوقه، ففى مسألة الكتاب امتنع البناء؛ لأنه نقض للواجب المذكور، وهو سجود السهو، ووجب البناء فى المسافر. (ف)

(٥) التطوع. (ك)

(٦) قوله: "هو الصحيح" قد ذكرنا أن الاختلاف فى إعادة سجود السهو عند البناء. (ب)

(٧) فى آخر صلاته. (ب)

(٨) أى وإن لم يسجد لم يدخل. (ب)

(٩) لا خروجًا موقوفًا، ولا باتًا. (ب)

(١٠) الكائن فى نفس الصلاة. (ف)

(١١) أى يخرج سلام من عليه السهو عن الصلاة. (ب)

(١٢) قوله: "لأنه [السلام. ب] محلل فى نفسه" لقول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «تحليلها

وإنما لايعمل[١] لحاجته إلى أداء السجدة، فلا يظهر دونها، ولا حاجة[٢] على اعتبار عدم العود، ويظهر الاختلاف في هذا[٣]، وفي انتفاض الطهارة بالقهقهة[٤]، وتغير الفرض بنية الإقامة في هذه الحالة[٥].

ومن سلم يريد به قطع الصلاة وعليه سهو، فعليه أن يسجد لسهوه؛ لأن هذا السّلام غير قاطع[٦]، ونيته تغيير للمشروع فلغت[٧].

ومن شك في صـــلاته[٨]، فلم يدر أ ثلاثًا صلى أم أربعًا، وذلك[٩] أول ما عرض له استأنف[١٠]؛ لقوله عليه السّلام: «إذا شك[١١] أحدكم في

التسليم» (ب)

(١) السلام ههنا. (ب)

(٢) فيعمل عليه. (ب)

(٣) قوله: "وفي هذا" أي يظهر فائدة الاختلاف المذكور في هذه المسألة المذكورة في المتن. (ب)

(٤) قوله: "بالقهقهة" يعني إن ضحك الذي سلم،وعليه سجود السهو ينقض طهارته عند محمد وزفر؛ لأنه ضحك، وعندهما لا ينقض، وكذلك لو ضحك المقتدي في هذه الحالة. (ب)

(٥) قوله: "وتغير الفرض بنية الإقامة" يعني المسافر إذا نوى الإقامة في هذه الحالة قبل سجود السهو، فعند محمد وزفر يتغير فرضه أربعًا، كما لو نوى قبل السلام، وعندهما لا يتغير فرضه، سواء سجد للسهو أولا. (ب)

(٦) قوله: "غير قاطع" وهذا لأنه غير محلل عند محمد، فمتى قصد تحليله فقد قصد تغيير المشروع فلغت، وعندهما هو محلل على سبيل التوقف، فمتى قصد أن يجعله محللا على الثبات، فقد قصد تغيير المشروع. (ك)

(٧) قوله: "فلغت" بخلاف نية الكفر، فإنها تؤثر إبطال الإيمان -والعياذ بالله- لأن ركنه عمل الباطن عند المحققين. (ف)

(٨) قوله: "في صـــلاته" قيده بالظرف؛ لأنه لو شك بعد الفراغ منها، أو بعد ما قعد قدر التشهد لا يعتبر. (ف)

(٩) قوله: "وذلك أول ما عرض له" اختلف المشايخ في معناه، فقيل: معناه أن السهو ليس بعادة له، لا أنه لم ينس في عمره قط، وقال بعضهم: معناه أول سهو وقع له في عمره، ولم يكن سهى في صلاة قط من حين بلغ، وقال بعضهم: معناه أول سهو وقع له في تلك الصلاة، والأول أشبه. (ك)

(١٠) قوله: "استأنف [أي استقبل الصلاة. ب]" ومذهب الشافعي أنه يبني على الأقل، وبه قال مالك في الأحوال كلها، وبه قال أحمد في المنفرد وفي الإمام عنه روايتان: إحداهما: أنه يبني على الأقل، والثانية: أنه يبني على غالب الظن، ويسجد للسهو. (ب)

صلاته أنه كم صلى فليستقبل الصلاة[١]»*، وإن كان يعرض له كثيراً بنى على أكبر رأيه؛ لقوله عليه السّلام[٢]: «من شك فى صلاته فليتحر الصواب[٣]»**، وإن لم يكن له رأى بنى على اليقين[٤]؛ لقوله عليه السّلام: «من شك فى صلاته فلم يدرِ أ ثلاثًا صلى أم أربعًا بنى على الأقل[٥]»***. والاستقبال[٦] بالسّلام أولى[٧]؛ لأنه[٨] عرف محلِّلا دون الكلام، ومجرد النية تلغو[٩]، وعند البناء على الأقل يقعد[١٠] فى كل

(١١) هو غريب بهذا اللفظ، وإن كان الفقهاء يعرفونه، ومعناه فى "مسند ابن أبى شيبة". (ب)

(١) قوله: "فليستقبل الصلاة" معناه فى "مسند ابن أبى شيبة" عن ابن عمر قال: الذى لا يدرى كم صلى أ ثلاثًا أم أربعًا يعيد، حتى يحفظ، وأخرج نحوه عن سعيد بن جبير، وابن الحنفية وشريح. (ف)

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٧٣، والدراية ج١ رقم الحديث٢٦٧، ص٢٠٨. (نعيم)

(٢) هو فى الصحيح. (ف)

(٣) قوله: "فليتحر الصواب" لفظ التحرى وإن لم يروه مسعر والثورى وشعبة ووهب بن خالد، لكن رواه منصور بن المعتمر الحافظ، واعتمد عليه أصحاب الصحيح. (ف)

** أخرجه البخارى ومسلم من حديث ابن مسعود انظر نصب الراية ج٢ ص١٧٣، والدراية ج١ ص٢٠٨. (نعيم)

(٤) قوله: "بنى على اليقين [أى على الأقل؛ لأنه اليقين. ب]" أصحابنا وفقوا بين الأحاديث، فحملوا الحديث الثانى على ما إذا كان يعرض له الشك كثيراً، وله رأى؛ لأن فى استئنافه كل مرة حرجًا بينًا، وفى البناء على اليقين احتمال خلط النافلة بالفرض قبل تمامه بلا ضرورة، وحملوا الحديث الثالث على من تكرر له الشك، وليس له رأى وظن، وحملوا حديث الاستقبال على الشك على أول مرة؛ لأنه لا حرج فيه. (ب)

(٥) قوله: "بنى على الأقل" أخرجه الترمذى وابن ماجة عن عبد الرحمن بن عوف، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «إذا سهى أحدكم فى صلاته فلم يدر واحدة صلى أو ثنتين فليبنِ على واحدة فإن لم يدرِ ثنتين صلى أو ثلاثًا فليبن على ثنتين فإن لم يدر صلى ثلاثًا أو أربعًا بنى على ثلاث ويسجد سجدتين قبل أن يسلم». (ف)

*** انظر نصب الراية ج٢ ص١٧٤، والدراية ج١ رقم الحديث٢٦٨، ص٢٠٨. (نعيم)

(٦) قوله: "والاستقبال إلخ" متعلق بقوله: استأنف يعنى إذا استأنف الصلاة إذا عرض السهو مرة استأنف بالسلام، وهو أولى. (ب)

(٧) قوله: "أولى" إنما ذكر هذا لئلا يتوهم بأن هذا لما كان قطعا للصلاة لاستقبال صلاة من الابتداء لا يتفاوت الحكم من السلام والكلام إذا لكل قاطع. (ب)

(٨) السلام. (ب)

(٩) قوله: "ومجرد [من غير اقتران السلام. ب] النية [لقطع الصلاة. ب] تلغو" لأن النية بوصف التجرد

موضع يتوهم آخر صلاته[١]؛ كيلا يصير تاركًا فرض القعدة، والله أعلم.

باب[٢] صلاة المريض[٣]

إذا عجز المريض عن القيام[٤]، صلى قاعدًا يركع ويسجد؛ لقوله عليه السّلام[٥] لعمران بن حُصين: «صلِّ قائمًا فإن لم تستطع[٦] فقاعدًا فإن لم تستطع فعلى الجنب تومئ إيماء»*، ولأن الطاعة بحسب الطاقة.

قال[٧]: فإن لم يستطع الركوع والسجود أومأ إيماء[٨]، يعنى

لا تأثير بها فى الشيء الذى يتوقف تحققه على النية. (ب)

(١٠) قوله: "يقعد فى كل موضع يتوهم آخر صلاته إلخ" صورته: إذا وقع له الشك بين الركعة والركعتين يجعلها ركعة، وإن وقع بين الركعتين والثلاث ،يجعلها ركعتين، وإن وقع بين الثلاث والأربع يجعلها ثلاثًا، وعليه أن يتشهد عقيب الركعة التى يقع الشك أنه آخر صلاته احتياطًا، ثم يقيم ويضيف إليها ركعة أخرى. (ب)

(١) وفى القعدة الأولى اختلاف المشايخ. (ب)

(٢) قوله: "باب" أى هذا بيان فى صلاة المريض، وهو فعيل بمعنى فاعل من باب "علِمَ يعلَمُ"، قال الجوهرى: المرض السقم. (ب)

(٣) قوله: "صلاة المريض" فى "البداية": الإضافة فى صلاة المريض من باب إضافة الفعل إلى الفاعل، أو إلى محله كتحرك الخشبة. (ب)

(٤) قوله: "إذا عجز إلخ" فى "المحيط": لم يرد بهذا العجز العجز أصلا، بحيث لا يمكنه القيام، بأن يصير مقعدًا، بل إذا عجز عنه أصلا، أو قدر عليه إلا أنه يضعفه ذلك ضعفًا شديدًا، حتى يزيد عليه لذلك، أو يجد وجعًا لذلك، أو يخاف إبطاء البرء، فهذا وما لو عجز عنه أصلا سواء. (ك)

(٥) أخرجه الجماعة إلا مسلم. (ب)

(٦) قوله: "فإن لم تستطع" أى القعود يعنى مستويًا، ولا منحنيًا، فإن قدر عليه مستويًا، لزمه القعود. (ف)

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٧٥، والدراية ج١ رقم الحديث٢٦٩، ص٢٠٩. (نعيم)

(٧) أى القدورى. (ب)

(٨) قوله: "أومأ إيماء" فإن قلت: إذا قدر على القيام، ولم يقدر على الركوع والسجود، ينبغى أن لا يسقط عنه فرض القيام، ويصلى قائمًا بالإيماء؛ لحديث عمران بن حصين: «فإن لم تستطع، فقاعدًا» حيث نقل الحكم من القيام إلى القعود بشرط العجز عن القيام، وهو قول الشافعى.

قلت: أجاب السغناقى بقوله: محمول على ما إذا كان قادرا على الركوع والسجود حال القيام بدليل أنه ذكر الإيماء حال ما يصلى على الجنب، فدل أن المراد من حال القيام القدرة على الأركان. (ب)

قاعداً[١]؛ لأنه وسع مثله، وجعل سجوده أخفض من ركوعه؛ لأنه[٢] قائم مقامهما[٣]، فأخذ حكمهما[٤]، ولا يرفع إلى وجهه شيء يسجد عليه؛ لقوله عليه السّلام: «إن قدرت أن تسجد على الأرض[٥] فاسجد وإلا فأوم برأسك»*، وإن فعل ذلك[٦] وهو يخفض رأسه أجزأه[٧]؛ لوجود الإيماء[٨]، وإن وضع ذلك على جبهته لا يجزئه لانعدامه[٩].

فإن لم يستطع القعود استلقى على ظهره[١٠]، وجعل رجليه إلى القبلة[١١]، وأومأ[١٢] بالركوع والسجود؛ لقوله عليه السّلام[١٣]: «يصلي[١٤]

(١) أي الإيماء بالركوع والسجود قاعداً. (ب)

(٢) الإيماء. (ب)

(٣) الركوع والسجود. (ب)

(٤) وهو أن السجود أخفض. (ب)

(٥) قوله: "إن قدرت إلخ" روى البزار في "مسنده" والبيهقي في "المعرفة" عن جابر أن النبي ﷺ عاد مريضاً فرآه يصلي على وسادة، فأخذها فرمى بها، فأخذ عوداً ليصلي عليه، فأخذه رمى به، وقال: «إن استطعت أن تسجد على الأرض،فاسجد وإلا فأوم برأسك واجعل سجودك أخفض من ركوعك». (ف)

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٧٥، والدراية ج١رقم الحديث ٢٧٠، ص٢٠٩. (نعيم)

(٦) أي رفع إلى وجهه شيئًا. (ب)

(٧) قوله: "أجزأه" في "الأصل": يكره للمومئ أن يرفع عوداً، أو وسادة عليها، وفي "الينابيع": يجوز صلاته إن وجد فيه تحريك رأسه، وإن لم يوجد لا يجوز. (ب)

(٨) الذي هو الفرض. (ب)

(٩) أي الإيماء. (ك)

(١٠) قوله: "استلقى على ظهره" أراد بهذا أن توضع له وسادة تحت رأسه، حتى يكون شبه القاعد؛ ليتمكن من الإيماء بالركوع والسجود؛ إذ حقيقة الاستلقاء تمنع الأصحاء من الإيماء، فكيف بالمرضى؟ كذا ذكره الإمام بدر الدين. (ك)

(١١) قوله: "وجعل رجليه إلى القبلة" قيل: ينبغي لمستلقي أن ينصب ركبتيه إن قدر عليه حتى لايمد رجليه إلى الكعبة. (ك)

(١٢) بالهمزة، لكنها تلين. (ب)

(١٣) رواه أصحابنا في كتبهم، ولم يبينوا حاله وروايته. (ب)

المريض قائمًا فإن لم يستطع فقاعدًا فإن لم يستطع فعلى قفاه يومئ إيماء فإن لم يستطع فالله تعالى أحق بقبول العذر منه(١)»*.

قال: وإن استلقى على جنبه(٢) ووجهه إلى القبلة فأومأ جاز؛ لما روينا من قبل(٣)، إلا أن الأولى هو الأولى(٤) عندنا، خلافًا للشافعي(٥)؛ لأن إشارة المستلقى تقع إلى هواء الكعبة، وإشارة المضطجع على جنبه إلى جانب قدميه، وبه تتأدى الصلاة(٦). فإن لم يستطع الإيماء برأسه أخرت الصلاة عنه(٧)، ولا يومئ بعينيه(٨)، ولا بقلبه، ولا بحاجبيه، خلافًا لزفر(٩)؛ لما روينا من قبل(١٠)، ولأن نصب الأبدال بالرأى

(١٤) قوله: "يصلى المريض إلخ" هذا غريب، وعلى تقدير عدم ثبوته لا ينتهض حديث عمران حجة على العموم، فإنه خطاب له، وكان مرضه البواسير، وهو يمنع الاستلقاء، فلا يكون خطابه خطابًا للأمة، فوجب الترجيح بالمعنى، وهو أن المستلقى يقع إشارته إلى جهة القبلة، وبه يتأدى الفرض، وما أخرج الدارقطنى: «يصلى المريض قائمًا فإن لم يستطع فقاعدًا فإن لم يستطع صلى مستلقيا رجلاه مما يلى القبلة»، ضعيف بالحسن ابن الحسن العرنى. (ف)

(١) أى بعذر التأخير. (ك)

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٧٦، والدراية ج١ رقم الحديث٢٧١، ص٢٠٩. (نعيم)

(٢) قوله: "على جنبه" هكذا وقع فى كتب كثير من أصحابنا بإطلاق لفظ الجنب، وفى "القنية" صرح بالتعميم، فقال: على جنبه الأيمن أو الأيسر. (برجندى بر "مختصر وقاية")

(٣) من حديث عمران بن الحصين. (ك)

(٤) قوله: "إلا أن الأولى هو الأولى" الأولى الأول بفتح الهمزة بمعنى الأحرى والأجدر، والثانى بضم الهمزة تأنيث الأول، وأردا به الاستلقاء على الظهر، وفى بعض النسخ: الأولى بالضم يقدم، وبه فسره الأكمل. (ب)

(٥) فعنده هو الثانى. (ب)

(٦) قوله: "وبه تتأدى الصلاة" أى بالإيماء الذى يدل عليه الإشارة. (ك)

(٧) أى الصلاة عن المريض. (ب)

(٨) قوله: "ولا يومئ بعينيه إلخ" وقال زفر: ويومئ بعينه وقلبه، وإذا صح يعيد، وذكر فى المختلفات إن لا يقدره من الرأس يومئ بالحاجبين، فإن لم يقدر فبالعينين، فإن عجز فبقلبه، وقال الشافعى رح: بعينه وقلبه، وقال الحسن: بحاجبه وقلبه، ويعيد إذا صح. (ك)

(٩) وأحمد والشافعى ومالك. (چلپى)

ممتنع، ولا قياس على الرأس[١]؛ لأنه يتأدى به ركن الصلاة، دون العين وأختيها[٢]، وقوله: "أخرت عنه"[٣] إشارة إلى أنه لا تسقط الصلاة عنه، وإن كان العجز أكثر من يوم وليلة إذا كان مفيقًا، وهو الصحيح[٤]؛ لأنه[٥] يفهم مضمون الخطاب، بخلاف المغمى عليه[٦].

قال: وإن قدر على القيام، ولم يقدر على الركوع والسجود، لم يلزمه القيام[٧]، ويصلي قاعدًا[٨] يومئ إيماءً[٩]؛ لأن ركنية القيام للتوسل به إلى السجدة[١٠]؛ لما فيها من نهاية التعظيم، فإذا كان لا يتعقبه السجود، لا يكون ركنًا[١١] فيتخير[١٢].

---

(١٠) قوله: "لما روينا من قبل" إشارة إلى قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إن قدرت أن لا تسجد على الأرض فأوم برأسك». (ب)

(١) قوله: "ولا قياس على الرأس" جواب عن سؤال مقدر، تقريره أن يقال: ليس هذا من باب نصب الأبدال بالرأي، بل بالقياس بالرأي. (ب)

(٢) أراد به الحاجبين والقلب. (ب)

(٣) أي قول القدوري في "مختصره". (ب)

(٤) قوله: "هو الصحيح" وقيل: الأصح أن عجزه إذا زاد على يوم وليلة لا يلزمه القضاء، وإن كان ما دون ذلك يلزمه، كما في الإغماء المجرد؛ لأن مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب، فقد ذكر محمد أن من قطعت يداه ورجلاه من المرفقين والساقين، لا صلاة عليه، وهو اختيار شيخ الإسلام وقاضي خان. (ك)

(٥) وهو سبب الوجوب. (ب)

(٦) لعجزه عن فهم الخطاب. (ب)

(٧) قوله: "لم يلزمه القيام" وقال زفر والشافعي: لا يسقط عنه القيام؛ لأنه ركن، فلا يسقط بالعجز عن ركن آخر. (چلپي بر "شرح وقاية")

(٨) بيان للأفضلية. (ك)

(٩) قوله: "يومئ إيماء" وقال خواهر زاده: يومئ للركوع قائمًا، وللسجود قاعدًا. (ف)

(١٠) قوله: "للتوسل به إلى السجدة" فإنه بدونها غير مشروع عبادة، بخلاف العكس. (چلپي)

(١١) قوله: "لا يكون ركنًا" وقد يمنع هذا الدعوى، بأن من قدر على الركوع والقعود لا القيام، وجب عليه القعود مع أنه ليس في السجود عقيبه نهاية التعظيم. (ف)

(١٢) قوله: "فيتخير [المريض. ب]" بين الإيماء قائمًا، والإيماء قاعدًا، كما ذكرنا. (ك)

والأفضل هو الإيماء قاعدًا؛ لأنه أشبه بالسجود.

وإن صلى الصحيح بعض صلاته قائمًا، ثم حدث به مرض أتمها قاعدًا يركع ويسجد، أو يومئ إن لم يقدر[(١)]، أو مستلقيًا إن لم يقدر[(٢)]؛ لأنه بنى الأدنى على الأعلى[(٣)]، فصار كالاقتداء[(٤)]. ومن صلى قاعدًا يركع ويسجد لمرض، ثم صح بنى على صلاته قائمًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: استقبل؛ بناء[(٥)] على اختلافهم في الاقتداء، وقد تقدم بيانه[(٦)]. وإن صلى بعض صلاته بإيماء، ثم قدر على الركوع والسجود، استأنف[(٧)] عندهم جميعًا؛ لأنه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومئ، فكذا البناء. ومن افتتح التطوع قائمًا، ثم أعيى[(٨)] لا بأس بأن يتوكأ على عصا، أو حائط، أو يقعد؛ لأن هذا عذر، وإن كان الاتكاء بغير عذر يكره[(٩)]؛ لأنه إساءة في الأدب.

---

(١) قوله: "أو يومئ [على الركوع والسجود. ب] إلخ" وهو ظاهر الرواية، وفي "النوادر": إذا صار إلى الإيماء بعد ما افتتح قادرًا عليهما فسدت. (ف)

(٢) على القعود. (ب)

(٣) أي في الصور الثلاث. (ب)

(٤) قوله: "فصار كالاقتداء" أي فصار بناء المريض على أول صلاته كالاقتداء أي يجوز كما يجوز، فإنه يصح اقتداء القاعد بالقائم، والمومئ بالراكع والساجد. (ب)

(٥) قوله: "بناء على اختلافهم" لأن من أصلهم جواز اقتداء القائم بالقاعد، وعند محمد لا يجوز، فكذا هذا. (برجندي)

(٦) في باب الإمامة. (ب)

(٧) قوله: "استأنف عندهم [أي أصحابنا الثلاثة. ف]" إلا على قول زفررح: فإن من أصله جواز اقتداء الراكع بالمومئ، وعندنا لا يجوز، فكذا البناء في حق صلاة نفسه، كذا في "المحيط". (ك)

(٨) قوله: "ثم أعيى [بالفارسية: درمانده شده]" أي تعب يقال: أعيى الرجل في المشي إذا تعب. (ب)

(٩) قوله: "يكره [أي بالاتفاق. ك]" والفرق لأبي حنيفةرح في القعود بلا عذر، والاتكاء بلا عذر أنه مخير في الابتداء بين أن يفتتح قائمًا، وأن يفتتح قاعدًا، فبقي هذا الخيار في الانتهاء بخلاف الاتكاء، فهو غير مخير في الابتداء، فكذا في الانتهاء. (ك)

وقيل: لا يكره عند أبي حنيفة لأنه لو قعد عنده يجوز من غير عذر، فكذا لا يكره الاتكاء[١]، وعندهما يكره؛ لأنه لا يجوز القعود عندهما[٢]، فيكره الاتكاء. وإن قعد[٣] بغير عذر يكره بالاتفاق[٤]، وتجوز الصلاة عنده، ولا تجوز[٥] عندهما، وقد مر في باب النوافل[٦].

ومن صلى[٧] في السفينة[٨] قاعداً[٩] من غير علة[١٠]، أجزأه[١١] عند أبي حنيفة رح، والقيام أفضل. وقالا: لا يجزئه[١٢] إلا من عذر؛ لأن القيام مقدور عليه، فلا يترك[١٣] إلا لعلة، وله أن الغالب فيها دوران

---

(١) قوله: "فكذا [لأنه ليس أدنى حالا من القعود. ب] لا يكره الاتكاء" الملازمة ممنوعة؛ لجواز أن لا يكره القعود، ويكره الاتكاء؛ لأنه يعد إساءة أدب دون القعود. (ف)

(٢) بغير عذر. (ب)

(٣) بعد ما شرع قائمًا. (ب)

(٤) قوله: "بالاتفاق" هذا مخالف لما ذكره فخر الإسلام في "مبسوطه"، حيث قال: لو قعد في النفل بلا عذر لا يكره في الصحيح عنده. (ك)

(٥) قوله: "ولا تجوز عندهما [قال الأكمل: في العبارة مسامحة. ب]" في "الكافي": ثم قال: وإن قعد بغير عذر يكره اتفاقًا، وهذا مشكل على قولهما؛ لأنهما قائلان بعدم الجواز، وهو لا يوصف بالكراهة، لكنا نقول: قوله: لا يجوز، يستلزم الكراهة. (ك)

(٦) قوله: "وقد مر في باب النوافل" قال الإنزاري: فيه نظر؛ لأنه لم يذكر في باب النوافل، قلت: ذكره في فصل القراءة من باب النوافل، فصدق عليه أنه ذكره في باب النوافل. (ب)

(٧) قوله: "ومن صلى في السفينة إلخ" ينبغي للمصلي فيها أن يتوجه إلى القبلة كيف ما دارت السفينة، لأن التوجه فرض عند القدرة. (ب)

(٨) قوله: "في السفينة" قيد به لأنه لو صلى على العجلة على الدابة لا يجوز، أما لو كانت على الأرض يجوز. (ب)

(٩) قوله: "قاعدًا" قيد به لأنه لو صلى مسافر فيها بالإيماء لا يجوز، سواء كانت مكتوبة أو نافلة. (ب)

(١٠) من دوران رأس. (ب)

(١١) قوله: "أجزأه" قيل: هذا إذا كانت السفينة جارية، وإن كانت راسية لا يجزئه اتفاقًا. (محيط)

(١٢) وبه قال الشافعي وأحمد ومالك. (ب)

(١٣) قوله: "فلا يترك" كما لو كان على الأرض بحيث لا يجوز له ترك القيام للقدرة. (ب)

الرأس، وهو كالمتحقق[١] إلا أن القيام أفضل؛ لأنه أبعد عن شبهة الخلاف، والخروج أفضل ما أمكنه؛ لأنه أسكن لقلبه، والخلاف فى غير المربوطة، والمربوطة[٢] كالشط[٣] هو الصحيح[٤].

ومن أغمى عليه خمس صلوات، أو دونها قضى، وإن كان أكثر من ذلك لم يقض[٥]، وهذا استحسان، والقياس[٦] أن لا قضاء عليه إذا استوعب الإغماء وقتَ صلاة كامل؛ لتحقق العجز[٧]، فشبه الجنون[٨]، وجه الاستحسان أن المدة إذا طالت كثرت الفوائت، فيتحرج فى الأداء، وإذا قصرت قلّت، فلا حرج. والكثير أن تزيد على يوم وليلة؛ لأنه يدخل فى حد التكرار، والجنون[٩] كالإغماء[١٠]، كذا ذكره أبو سليمان[١١] بخلاف النوم[١٢]؛ لأن امتداده نادر، فيلحق بالقاصر[١٣]، ثم الزيادة تعتبر من حيث الأوقات عند محمد؛ لأن التكرار يتحقق به، وعندهما[١٤] من

(١) قوله: "وهو كالمتحقق" ألا ترى أن نوم المضطجع جعل حدثًا؛ لأن الغالب من حاله أن يخرج منه شيء لزوال الاستمساك. (چلپی)

(٢) قوله: "والمربوطة" والمراد منها المربوطة بالشط، فلو كان مربوطًا في لجة البحر، فعن التمرتاشي الأصح أنه كالجارى إن تحرك تحركًا شديدًا، وكالساكن إن تحرك قليلا، كذا فى "الكفاية". (برجندى)

(٣) بالفتح وتشديد: كرانه رود وجوى. (م)

(٤) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول بعضهم: بأنه أيضًا على الخلاف. (ك)

(٥) قوله: "لم يقض" وقالت الحنابلة: قضى ما فات، وإن كان ألف صلوات. (ف)

(٦) وبه قال الشافعي ومالك. (ف)

(٧) قوله: "لتحقق العجز" لأنه عجز مانع عن فهم مضمون الخطاب. (ك)

(٨) على قول البعض. (ك)

(٩) جواب عن قياس الإغماء على الجنون. (ب)

(١٠) إن كان أكثر سقط القضاء، وإلا لا. (ب)

(١١) اسمه موسى بن سليمان الجوزجاني صاحب محمد بن الحسن. (ب)

(١٢) يعني أن النوم وإن زاد لا يسقط القضاء. (ب)

(١٣) أي الممتد بالقاصر. (ب)

(١٤) قوله: "وعندهما إلخ" وقيل: ثمرة الخلاف تظهر في ما إذا أغمى عليه قبل الزوال، فأفاق من الغد بعد الزوال، فعندهما لا يجب القضاء؛ لأنه استوعب يومًا وليلةً، وعند محمد يجب إذا أفاق قبل خروج وقت الظهر،

حيث الساعات، هو المأثور عن علي[١] وابن عمر رضي الله عنهم[٢]، والله أعلم بالصواب.

باب في سجدة التلاوة[٣]

قال[٤]: سجود التلاوة في القرآن[٥] أربعة عشرة[٦]: في آخر الأعراف[٧]، وفي الرعد[٨]، والنحل[٩]، وبني إسرائيل[١٠]، ومريم[١١]، والأولى[١٢] في الحج، والفرقان[١٣]، والنمل[١٤]، والم تنزيل[١٥]،

خذ هذا. (چلپی)

(١) أي ما قلنا من الاستحسان. (ك)

(٢) قوله: "وابن عمر" قلت: المأثور من علي غريب، وذكره أصحابنا في كتبهم أنه أغمي عليه أربع صلوات، فقضاهن، والمأثور عن عبد الله بن عمر ما ذكره ابن أبي شيبة في "مصنفه": عن نافع قال: أغمي على عبد الله بن عمر يوماً وليلةً، وأفاق فلم يقضِ ما فاته. (ب)

(٣) قوله: "باب في سجدة التلاوة" شروطها شروط الصلاة، حتى لا يجوز أداءها في الأوقات المكروهة إلا أن يقرأ في ذلك الوقت، صرح به قاضي خان. (چلپی)

قوله: "سجدة التلاوة [من قبيل إضافة المسبب إلى السبب. ب]" فإن قلت: التلاوة سبب في حق التالي، والسماع في حق السماع، فكان أن يقول: باب سجود التلاوة والسماع، قلت: ذكر الأصل. (ب)

(٤) أي القدوري. (ب)

(٥) قوله: "في القرآن" اعلم أن العلماء اختلفوا في عدد سجود التلاوة في القرآن على أقوال: الأول: مذهبنا، الثاني: إحدى عشرة بإسقاط الثلاث من المفصل، الثالث: خمس عشرة، وبه قال المدنيون.
الرابع: أربعة عشر بإسقاط ص، وهو أصح قول الشافعي وأحمد، والخامس: أربع عشرة بإسقاط النجم، وهو قول أبي ثور. (من البناية)

(٦) قوله: "أربعة عشر" وعند الشافعي كذلك إلا أنه يجعل في الحج سجدتين، وليس في سورة ص عنده سجدة. (ك)

(٧) قوله: "في آخر الأعراف" عند قوله تعالى: ﴿إن الذين عند ربك لا يستكبرون عن عبادته ويسبحونه وله يسجدون﴾. (ب)

(٨) قوله: "وفي الرعد" عند قوله تعالى: ﴿ولله يسجد من في السموات والأرض طوعًا وكرهًا وظلالهم بالغدو والآصال﴾. (ب)

(٩) قوله: "والنحل" عند قوله تعالى: ﴿ويخافون ربهم من فوقهم ويفعلون ما يؤمرون﴾. (ب)

(١٠) قوله: "وبني إسرائيل" عند قوله تعالى: ﴿ويخرون للأذقان يبكون ويزيدهم خشوعًا﴾. (ب)

(١١) قوله: "ومريم" عند قوله تعالى: ﴿إذا تتلى عليهم آيات الرحمن خروا سجدوا وبكيًا﴾. (ب)

(١٢) قوله: "والأولى في الحج" واحتج الشافعي بأن في الحج سجدتين لحديث عقبة بن عامر، قال

وص[١]، وحم السجدة[٢]، والنجم[٣]، وإذا السماء انشقت[٤]، واقرأ[٥]، كذا كتب فى مصحف عثمان، وهو المعتمد، والسجدة الثانية[٦] فى الحج للصلاة عندنا*، وموضع السجدة[٧] فى حم السجدة عند قوله[٨]: ﴿لايسأمون﴾ فى قول عمر[٩]**، وهوالمأخوذ للاحتياط[١٠].

النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «فى الحج سجدتان»، وقال: «فضلت الحج بسجدتين من لم يسجدهما لم يقرأهما»، ومذهبنا روى عن ابن عباس وابن عمر.

قالا: سجدة التلاوة فى الحج هى الأولى، والثانية سجدة الصلاة، وهو الركوع حيث قرنها به، وقال: ﴿واركعوا واسجدوا﴾، والسجدة المقرونة بالركوع سجدة الصلاة، وتأويل قول النبى ﷺ: «فضلت الحج بسجدتين»، أحدهما سجدة التلاوة، والثانية: سجدة الصلاة. (ك)

(١٣) قوله: "والفرقان" عند قوله تعالى: ﴿وإذا قيل لهم اسجدوا للرحمن قالوا وما الرحمن أنسجد لما تأمرنا﴾ إلخ. (ب)

(١٤) قوله: "والنمل" عند قوله تعالى: ﴿ما يخفون وما يعلنون﴾ على قراءة العامة، وقال الشافعى ومالك عند قوله: ﴿رب العرش العظيم﴾. (ب)

(١٥) قوله: "والم تنزيل" عند قوله تعالى: ﴿إنما يؤمن بآياتنا الذين إذا ذكروا بها خروا سجدوا وسبحوا بحمد ربهم وهم لا يستكبرون﴾. (ب)

(١) قوله: "وص" عند قوله تعالى: ﴿فاستغفر ربه وخر راكعًا وأناب﴾، وبه قال مالك: روى عنه عند قوله: ﴿وحسن مآب﴾. (ب)

(٢) قوله: "وحم السجدة" عند: ﴿يسأمون﴾، وقال الشافعى فى القديم عند: ﴿إن كنتم إياه تعبدون﴾، وبه قال مالك. (ب)

(٣) قوله: "والنجم [عند تمام السورة]" عند قوله تعالى: ﴿فاسجدوا لله واعبدوا﴾، وعند مالك ليس فيه سجدة. (ب)

(٤) عند قوله: ﴿لا يسجدون﴾.

(٥) قوله: "واقرأ" باسم ربك عند: ﴿واسجدوا واقترب﴾ فى "مختصر البحر": لو قال: واسجد، وسكت تجب السجدة. (ب)

(٦) وهو قوله: ﴿اركعوا واسجدوا﴾. (ب)

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٧٩، والدراية ج١، ص٢١٠. (نعيم)

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس. (ت)

(٨) وبه قال الشافعي في الجديد، وأحمد. (ب)

(٩) غريب. (ت)

** انظر نصب الراية ج٢ ص١٧٨، والدراية ج١، ص٢١٠. (نعيم)

والسجدة واجبة(١) في هذه المواضع على التالي(٢) والسامع، سواء(٣) قصد سماع القرآن، أو لم يقصد؛ لقوله عليه السّلام(٤): «السجدة على من سمعها وعلى من تلاها(٥)»*، وهي(٦) كلمة إيجاب، وهو(٧) غير مقيد(٨) بالقصد.

وإذا تلا الإمام آية السجدة سجدها(٩)، وسجدها المأموم معه؛ لالتزامه متابعته. وإذا تلا المأموم لم يسجد الإمام، ولا المأموم في الصلاة، ولا بعد الفراغ(١٠) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

---

(١٠) قوله: "للاحتياط" فإنها إن كانت عند الآية الثانية لم يجز تعجيلها، وإن كانت عند الآية الأولى جاز تأخيرها، فكان فيما قلنا خروج عن العهدة بيقين، فكان هو الاحتياط. (ك)

(١) قوله: "واجبة [وعند الشافعي ومالك وأحمد: سنة. چلپي]" اعترض بأنها لو كانت واجبة، لما أديت بالإيماء في سجدة الصلاة وبركوعها، ولما تداخلت، ولما أديت بالإيماء من راكب قدر على النزول، أجيب بأن أداءها في ضمن شيء لا ينافي وجوبها كالسعي إلى الجمعة تتأدى بالسعي إلى التجارة. (چلپي)

(٢) قوله: "على التالي" وهل يجب بقراءة تمام الآية، أو أكثر من نصفها، اختلف فيه، والأصح أنها يجب بقراءة لفظ السجدة مع حرف قبله وبعده. (من رد المختار على الدر المختار)

(٣) قوله: "سواء قصد إلخ" إنما قيد بهذا لأن في بعض الآثار: "السجدة لمن جلس لها"، وفيه إيهام أن من لم يجلس لها فليست عليه السجدة. (چلپي)

(٤) رفعه غريب (ب)، أخرج ابن أبي شيبة عن ابن عمر: «السجدة على من سمعها». (ف)

(٥) قوله: "السجدة على من سمعها وعلى من تلاها" في "المبسوطين" و"الأسرار" وشروح "الجامع الصغير": جعل هذا الذي رفعه المصنف من أقوال الصحابة، لا من الحديث، فقال في "المبسوط": وعن عثمان وعلي وابن عباس وعمر: أنهم قالوا: السجدة إلخ، وقد غمز الأكمل على السغناقي في قوله من أقوال الصحابة لا من الحديث، ثم قال: ولولا أنه من الحديث لما نقله حديثًا.
قلت: كلامه صادق من غير تأمل، فإن غيره أيضًا ادعى أنه ليس بحديث غاية ما في الباب أن المصنف قلد غيره، والسغناقي فر من التقليد. (ب)

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٧٨، والدراية ج١ رقم الحديث٢٧٢، ص٢١٠. (نعيم)

(٦) أي لفظ على. (ف)

(٧) أي النص. (ف)

(٨) فتجب على من سمعها وإن لم يقصد. (ف)

(٩) لأنه إذا لم يسجد يلزم ا لمخالفة. (ب)

(١٠) وعند الشافعي يستحب أن يسجد بعد الصلاة، كما في "الدراية". (ب)

وقال محمد: يسجدونها إذا فرغوا؛ لأن السبب قد تقرر ولا مانع،[١] بخلاف حالة الصلاة؛ لأنه يؤدى إلى خلاف وضع الإمامة[٢] أو التلاوة[٣]. ولهما أن المقتدى محجور عن القراءة[٤]؛ لنفاذ تصرف الإمام عليه، وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض[٥]؛ لأنهما منهيان[٦] عن القراءة، إلا أنه[٧] لا يجب على الحائض بتلاوتها، كما لا يجب بسماعها؛ لانعدام أهلية الصلاة بخلاف الجنب.

ولو سمعها رجل[٨] خارج الصلاة سجدها[٩]، هو الصحيح[١٠]؛ لأن الحجر ثبت في حقهم، فلا يعدوهم[١١]. وإن سمعوا وهم فى الصلاة سجدة من رجل ليس معهم فى الصلاة لم يسجدوها فى الصلاة؛ لأنها ليست بصلاتية[١٢]؛ لأن سماعهم هذه السجدة ليس من أفعال الصلاة، وسجدوها بعدها لتحقق سببها[١٣]، ولو سجدوها فى الصلاة لم يجزهم؛

---

(١) أى زال المانع، وهو كونهم فى الصلاة. (ب)

(٢) قوله: "إلى خلاف وضع الإمامة" لأنه لو سجدها التالي وتابعه الإمام انقلب الإمام المتبوع تبعًا، والتبع متبوعًا، وإن لم يتابعه الإمام كان مخالفًا لإمامه، وأيًا ما كان يلزم خلاف وضع الإمامة. (ك)

(٣) قوله: "أو التلاوة" إن سجد الإمام، وتابعه التالى المأموم؛ لأن موضوع التلاوة أن يسجد التالى، ويتابعه السامع. (ف)

(٤) وراء الإمام شرعًا. (ب)

(٥) قوله: "بخلاف الجنب والحائض" جواب عما يقال: المقتدى فى كونه ممنوعًا عن القراءة كالجنب والحائض، والسجدة تجب على من سمع ههنا، فكذا ههنا. (ب)

(٦) قوله: "لأنهما منهيان" والنهى حكم له كالملك بالبيع الفاسد بالقبض، فأثر الحجر في تعطيل السبب، وأثر النهى فى حرمة الفعل. (ب)

(٧) أشار بهذا إلى بيان الفرق بين الجنب والحائض. (ب)

(٨) أى الذى ليس بإمام، ولا مؤتم. (برجندى)

(٩) سواء كان مصليًا، أو لا. (برجندى)

(١٠) احتراز عما قيل: لا يسجدها للحجر. (ف)

(١١) أى لا يتجاوزهم.

(١٢) يعنى ليست من أفعال الصلاة. (ب)

(١٣) وهو السماع. (ب)

لأنه ناقص لمكان النهى، فلا يتأدى به الكامل.

قال[١]: وأعادوها؛ لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلاة؛ لأن مجرد السجدة لا ينافى[٢] إحرام الصلاة، وفى "النوادر": أنها تفسد؛ لأنهم زادوا فيها ما ليس منها، وقيل[٣]: هو قول محمد.

فإن قرأها الإمام وسمعها رجل ليس معه فى الصلاة، فدخل معه بعد ما سجدها الإمام لم يكن عليه أن يسجدها؛ لأنه صار مدرِكًا لها بإدراك الركعة[٤]، وإن دخل معه قبل أن يسجدها، سجدها معه؛ لأنه لو لم يسمعها سجدها معه[٥]، فهنا أولى، وإن لم يدخل معه سجدها[٦] وحده؛ لتحقق السبب. وكل سجدة وجبت[٧] فى الصلاة[٨]، فلم يسجدها فيها لم تقضِ خارج الصلاة[٩]؛ لأنها صلاتية، ولها مزية الصلاة[١٠]، فلا تتأدى بالناقص[١١].

---

(١) أى المصنف. (ب)

(٢) لأن سجدة التلاوة عبادة. (ب)

(٣) قوله: "قيل: هو قول محمد" لا قول الشيخين، بناء على أن زيادة سجدة تفسد عنده، وعندهما زيادة ما دون الركعة لا تفسد. (ف)

(٤) قوله: "لأنه صار مدركًا بإدراك الركعة" هذا إذا أدركه فى آخر تلك الركعة، أما لو أدركه فى الركعة الأخرى يسجدها بعد الفراغ؛ لأنه لا يصير مدركًا لتلك القراءة، ولا لما تعلق بتلك القراءة. (ك)

(٥) لوجود السبب.

(٦) خارج الصلاة. (ب)

(٧) على من فى الصلاة. (ف)

(٨) أى بتلاوة الصلاة. (ف)

(٩) قوله: "لم تقضِ خارج الصلاة" وقد أورد على ذلك أن سجدة التلاوة تتأدى بسجدة الصلاة، فكيف يتصور قضاءها، وأجيب بأن هذا إن ركع وسجد فى الفور، أما إذا قرأ ثلاث آيات بعدها، ثم ركع لا يجزئه. (برجندى)

(١٠) لوجوبها فى حرمة الصلاة. (ف)

(١١) لأن الكامل لا يجوز أداءه بالناقص. (ب)

ومن تلاَ سجدةً فلم يسجدها، حتى دخل فى صلاة، فأعادها وسجد، أجزأته السجدة عن التلاوتين[١]؛ لأن الثانية أقوى[٢]؛ لكونها صلاتية، فاستتبعت الأولى. وفى "النوادر"[٣]: يسجد أخرى بعد الفراغ؛ لأن للأولى قوة السبق فاستويا. قلنا: للثانية قوة اتصال المقصود[٤]، فترجحت بها، وإن تلاها[٥] فسجد، ثم دخل فى الصلاة، فتلاها سجد لها؛ لأن الثانية هى المستتبعة[٦]، ولا وجه إلى إلحاقها بالأولى[٧]؛ لأنه يؤدى إلى سبق الحكم على السبب.

ومن كَرَّرَ تلاوة سجدةٍ[٨] واحدةٍ فى مجلس واحد، أجزأته سجدة

(١) قوله: "عن التلاوتين" فإن قيل: هذه المسألة إما مندرجة فى المسألة التى بعدها، أو لا، فإن كان نظراً إلى اتحاد المجلس، فينبغى له إذا سجد للأولى، ثم دخل فى الصلاة، فتلاها لا يجب عليه السجدة؛ لأن الحكم الآتى هو أنه إذا كررها في مجلس لا يتكرر السجدة، سواء قدمها، أو أخرها، أو وسطها، وإن لم يكن بناء على اختلاف المجلس، فينبغى أن لا يكفيه سجدة واحدة.
وجوابه: أن موضوعها من جزئيات موضوعها لعدم اعتبارهم اختلاف المجلس بالصلاة؛ لأنه عمل قليل، ولكن خص موضوعها من ذلك الحكم، ففصل فيها. (ف)

(٢) لأنها وجبت بتلاوة يتعلق بها جواز الصلاة. (چلپى)

(٣) التى رواها أبو سليمان. (چلپى)

(٤) هو أداء السجدة. (ك)

(٥) آية السجدة. (ب)

(٦) قوله: "هى المستتبعة" أراد أن المتلوة فى الصلاة هى المستتبعة بقوتها للمتلوة فى غير الصلاة لضعفها، فلو قلنا بعدم تعدد الوجوب ههنا يلزم استتباع التابع المتبوع، فلا يجوز. (ب)

(٧) قوله: "إلى إلحاقها بالأولى" قال الأكمل: أى لا وجه لإلحاق السجدة المفعولة بالأولى، أى بالتلاوة الأولى؛ لأنها إذا لحقت لها، وهى تابعة للثانية، كانت السجدة ملحقة بالتلاوة الثانية، وذلك يؤدى سبق الحكم قبل السبب، فتبين أن التداخل فى هذه الصورة متعذرة، فيجب سجدة ثانية للتلاوة الثانية.
ثم قال: وإياك أن ترد ضمير إلحاقها إلى التلاوة الثانية، كما فعله بعض الشارحين، واعترض على المصنف، بأنه فاسد.
قلت: أراد ببعض الشارحين الإنزارى فإنه قال: بيانه أنا لو ألحقنا المتلوة فى الصلاة بالمتلوة فى غيرها، بأن قلنا: السجدة المفعولة خارج الصلاة تجزئ من التلاوتين جميعاً، يلزم تقدم الحكم، وهو السجدة على السبب؛ لأن مبنى السجدة على التداخل فى السبب، فعلى تقدير إلحاق الثانية بالأولى، لا يلزم ما قال؛ لأن السبب هو الأولى وحدها، وقد تقدم السبب انتهى، قلت: الصواب ما قال له الأكمل. (ب)

(٨) قوله: "سجدة واحدة" قيد بقوله: واحدة؛ لأنه إذا كرر سجدات مختلفة يجب لكل واحد سجدة،

واحدة، فإن قرأها في مجلسه فسجدها، ثم ذهب[١] ورجع، فقرأها سجدها ثانية، وإن لم يكن سجد للأولى، فعليه سجدتان، والأصل أن مبنى السجدة على التداخل[٢] دفعًا للحرج، وهو تداخل في السبب[٣] دون الحكم، وهذا أليق بالعبادات[٤]، والثاني[٥] بالعقوبات[٦]، وإمكان التداخل عند اتحاد المجلس؛ لكونه جامعًا للمتفرقات[٧]، فإذا اختلف عاد الحكم إلى الأصل، ولا يختلف[٨] بمجرد القيام، بخلاف[٩] المخيرة[١٠]؛ لأنه دليل الإعراض، وهو المبطل هنالك[١١]، وفي تسدية الثوب يتكرر

وبقوله: في مجلس واحد؛ لأنه إذا كان في مجالس متعددة يتعدد السجود. (ب)

(١) يعني مشى ثلاث خطوات. (ب)

(٢) قوله: "على التداخل [شرط التداخل اتحاد الآية والمجلس؛ لأن النص والإجماع والحرج إنما يوجد في مجلس واحد، فبقي ما وراه على القياس. ك]" لما روى أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان ينزل عليه جبرئيل بآية السجدة، فيسمع منه، ويقرأ على الصحابة، وكان يسجد لها سجدة واحدة. (ك)

(٣) قوله: "وهو تداخل في السبب [أي التلاوة. ب]" التداخل على ضربين: تداخل في الحكم: وهو في الحدود، فإنها إذا اجتمعت من جنس واحد تداخلت؛ لأن الجنس واحد، والمقصود متحد، وهو الانزجار، وتداخل في السبب: وهو في العبادات. (ك)

(٤) قوله: "بالعبادات" لأنه لو حكم بتعدد الأسباب، يلزمه ترك الاحتياط في أمر العبادة؛ لأنه يلزم الإسقاط بعد وجوب سبب الإثبات فلا يجوز؛ لأن العبادة يحتاط في إثباتها، لا في إسقاطها. (ب)

(٥) قوله: "والثاني إلخ" وفائدة الخلاف تظهر في ما إذا زنى فحد، ثم زنى ثانيًا يحد ثانيًا، ولو تلا وسجد، ثم تلا لا يجب عليه السجود ثانيًا. (ف)

(٦) قوله: "بالعقوبات" لأنها ليست مما يحتاط في إثباتها، بل في درءها، فيحصل التداخل في الحكم الذي هو الأصل؛ ليكون عدم الحكم مع وجود الموجب مضافًا إلى غفران الله تعالى. (ب)

(٧) قوله: "لكونه جامعًا للمتفرقات" إذ به يتصل القبول بالإيجاب مع الفصل حقيقة، ويتخذ الأقارير المتعددة متحدة. (ك)

(٨) المجلس. (ب)

(٩) قوله: "بخلاف المخيرة" فإنها إذا قامت من مجلسها، يبطل خيارها، لأن ذلك بسبب اختلاف المجلس، بل لوجود دلالة الإعراض. (ك)

(١٠) قوله: "المخيرة" وهي التي قال لها زوجها: اختاري نفسك، فقامت، فقالت: اخترت نفسي، لا يقع الطلاق. (ب)

(١١) قوله: "وهو [أي الإعراض صريحًا، أو دلالة. ك] المبطل هنالك" ألا ترى أنه لو خيرت قائمة، فقعدت

الوجـوب، وفي المنتـقل من غـصن[١] إلى غـصن كـذلك في الأصح[٢]، وكذا في الدياسة[٣] للاحتياط.

ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب على السامع[٤]؛ لأن السبب[٥] في حقه السماع، وكذا إذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل. والأصح[٦] أنه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا[٧]، ومن أراد السجود كبر[٨] ولم يرفع يديه[٩]، وسجد ثم كبر[١٠] ورفع رأسه؛ اعتبارًا بسجدة الصلاة، وهو المروي عن ابن مسعود[١١]*، ولا تشهد[١٢] عليه، ولا سلام[١٣]؛ لأن ذلك للتحلل، وهو يستدعي سبق التحريمة[١٤]،

لا يخرج الأمر من يدها.

(١) بالضم بالفارسية: شاخ درخت.

(٢) قوله: "في الأصح" قال التمرتاشي: واختلف في تسدية الثوب والدياسة، والذي يدور حول الرحى، والذي يسبح في الماء، والذي ينتقل من غصن إلى غصن، والأصح الإيجاب المتكرر؛ لتبدل المجلس. (ب)

(٣) بالفارسية: ماليدن خرمن.

(٤) اتفاقًا. (ف)

(٥) لوجوب السجدة. (ب)

(٦) ظاهر "الكافي" ترجيح التكرار. (ف)

(٧) إن السبب في حقه السماع، ولم يتكرر مجلسه. (ف)

(٨) قوله: "كبر" التكبير ليس بواجب، كما في الصلاة، كذا في "المبسوط" لأبي يسير البزدوي، وفي "المحيط": وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يكبر عند الانحطاط؛ لأن التكبير للانتقال من الركن، وعند الانحطاط ههنا لا ينتقل من الركن. (ك)

(٩) قوله: "ولم يرفع يديه" احتراز عن قول الشافعي، فإن صفتها عنده أن يسجد سجدة واحدة، فيكبر رافعًا يديه ناويًا، ثم يكبر للسجود، ولا يرفع يديه، ثم يكبر للرفع ويسلم. (ك)

(١٠) قوله: "ثم كبر" قيل: يكبر في الابتداء بلا خلاف، وفي الانتهاء خلاف بين أبي يوسف ومحمد على قول أبي يوسف لا يكبر. (ب)

(١١) غريب. (ب)

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٧٩، والدراية ج١، ص٢١٠. (نعيم)

(١٢) وبه قال مالك، وعن الشافعي قولان. (ب)

(١٣) وبه قال مالك. (ب)

وهى منعدمة. قال[١]: ويكره أن يقرأ السورة فى صلاة أو غيرها، ويدع آية السجدة؛ لأنه يشبه الاستنكاف[٢] عنها.

ولا بأس بأن يقرأ آية السجدة[٣] ويدع ما سواها؛ لأنه مبادرة إليها، قال محمد: أحب إلىّ أن يقرأ قبلها آية أو آيتين دفعًا لوهم التفضيل[٤]، واستحسنوا إخفاءها شفقة على السامعين، والله أعلم.

باب صلاة المسافر[٥]

السفر الذى يتغير به الأحكام[٦] أن يقصد[٧] مسيرة ثلاثة أيام[٨] ولياليها[٩] بسير الإبل[١٠]، ومشى الأقدام؛ لقوله عليه السّلام[١١]: «يمسح

(١٤) قوله: "سبق التحريمة" وهى منعدمة؛ لأن هذه التكبيرة ليست للتحريمة، بل لمشابهة هذه السجدة بسجدة الصلاة، والتكبير فيها ليس للتحريمة. (ك)

(١) أى محمد (ف)

(٢) قوله: "لأنه يشبه الاستنكاف [أى الإعراض عن السجدة. ب]" وهو حرام وكفر، فيكون مكروهًا. (چلپى)

(٣) وقال مالك: يكره قراءتها فى جميع الصلوات، وعندنا فى ما يسر. (ب)

(٤) أى تفضيل آية السجدة على غيرها. (ف)

(٥) قوله: "باب صلاة المسافر" السفر عارض مكتسب كالتلاوة، إلا أن التلاوة عارض هو عبادة فى نفسه، بخلاف السفر، فلذا أخر هذا الباب عن باب سجدة التلاوة. (ف)
قوله: "المسافر" المسافر فى اللغة: قاطع المسافة، والأصل فى المفاعلة أن يكون بين الاثنين، وقد يستعمل فى حق الواحد، كما ههنا، وفى قوله تعالى: ﴿وسارعوا﴾ بمعنى أسرعوا. (ب)

(٦) قوله: "الأحكام" مثل قصر الصلاة، وإباحة الفطر، وامتداد مدة المسح ثلاثة أيام، وسقوط الجمعة والعيدين، وسقوط الأضحية، وحرمة الخروج للحرة بغير محرم، وإنما قيد بالذى يتغير به الأحكام؛ لأن سير أدنى المسافة سفر فى اللغة؛ لأنه عبارة عن الظهور، ولذا حمل أصحابنا قول النبى ﷺ: «ليس على الفقير والمسافر أضحية» على الخروج من بلدة أو قرية، حتى سقطت الأضحية بذلك العذر. (ك)

(٧) قوله: "أن يقصد" إنما قيد بالقصد؛ لأنه لو طاف جميع الدنيا من غير قصد السفر لا يصير مسافرًا، فالقصد وحده غير معتبر، وكذا الفعل. (ك)

(٨) وقدر أبو يوسف بومين، وأكثر الثالث. (ب)

(٩) قوله: "ولياليها" أخذ الليالى إشارة إلى اعتبار الاستراحات التى فى خلال السفر معه؛ لأنه على الدوام ممتنع عادة. (هداية الفقه حاشية شرح الوقاية)

(١٠) قوله: "بسير الإبل" لا يراد بالسير السير ليلا ونهارًا، وإنما المراد السير نهارا؛ لأن الليل للاستراحة،

المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها»، عم الرخصة الجنس(١)، ومن ضرورته عمومُ التقدير، وقدّر أبو يوسف بيومين وأكثر اليوم الثالث(٢)، والشافعي بيوم وليلة في قول(٣)، وكفى بالسنة(٤) حجةً عليهما. والسير المذكور(٥) هو الوسط، وعن أبي حنيفة التقدير بالمراحل(٦)، وهو قريب من الأول(٧)، ولا معتبر بالفراسخ(٨) هو الصحيح(٩). ولا يعتبر(١٠) السير في الماء(١١)، معناه لا يعتبر به السير في البر(١٢)، فأما المعتبر في البحر فما يليق بحاله(١٣)، كما في الجبل(١٤).

وليس الشرط ذهابه من الفجر إلى الفجر؛ لأن الآدمي لا يطيق ذلك، وكذا الدابة لا يطيق المشي في بعض اليوم. (ب)

(١١) قد مر الكلام فيه في باب المسح على الخفين. (ب)

(١) قوله: "عم الرخصة الجنس" ذكر المسافر محلى بلام الاستغراق لعدم المعهود، واقتضى تمكن كل مسافر ثلاثة أيام ولياليها، ولا يتصورأن يمسح كل مسافر ثلاثة أيام إلا وأن يكون مدة السفر ثلاثة أيام ولياليها؛ إذ لو كان أقل ذلك لخرج بعض المسافرين عن استيفاء هذه المدة، والزيادة عليها منتفية بالإجماع. (ك)

(٢) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة. (ب)

(٣) قوله: "في قول [وفي قول: يومان وليلتان. ك]" وفي قول اثنى عشر بريدا، كل بريد أربعة أميال، وكل ثلاثة أميال فرسخ. (ك)

(٤) أراد بها الحديث المذكور. (ب)

(٥) إشارة إلى سير الإبل، ومشي الأقدام. (ب)

(٦) أي بثلاث مراحل. (ب)

(٧) قوله: "وهو قريب من الأول" أي التقدير بالمراحل قريب من التقدير بثلاثة أيام ولياليها؛ لأن المعتاد من السير في كل يوم مرحلة واحدة خصوصاً في أقصر أيام السنة، كذا في "المبسوط". (ك)

(٨) قوله: "ولا معتبر بالفراسخ" أراد أنه لا عبرة في تقدير المدة بالفراسخ. (ب)

(٩) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول عامة المشايخ، فإنهم قدروه بالفراسخ، ثم اختلفوا في ما بينهم، فقيل: أحد وعشرون فرسخا، وقيل: ثمانية عشر، وقيل: خمسة عشر، والفتوى على ثمانية عشر، كذا في "المحيط". (ك)

(١٠) هذا كلام القدوري. (ب)

(١١) أي السير في البحر. (ب)

(١٢) قوله: "معناه إلخ" يعني لا يعتبر سير البرّ بسير الماء في ما إذا قصد إلى موضع وله طريقان: أحدهما: من البر، والآخر: من البحر، ومن طريق البر ثلاثة أيام ولياليها، ومن طريق البحر أقل ذلك، فلو سلك من طريق البر يترخص ترخص المسافرين، ولو سلك طريق البحر لا يترخص. (ب)

قال: وفرض المسافر[١] في الرباعية ركعتان[٢]، لا يزيد عليهما، وقال الشافعي[٣]: فرضه الأربع، والقصر رخصة[٤]؛ اعتبارًا بالصوم[٥]، ولنا أن الشفع الثاني لا يقضى، ولا يأثم على تركه، وهذا آية النافلة[٦]، بخلاف الصوم[٧]؛ لأنه يقضى. وإن صلى أربعًا[٨]، وقعد في الثانية قدر التشهد، أجزأته الأوليان عن الفرض، والأخريان له نافلة[٩]؛ اعتبارًا بالفجر[١٠]، ويصير مسيئًا لتأخير السلام؛ وإن لم يقعد في الثانية قدرها بطلت[١١]؛ لاختلاط النافلة بها قبل إكمال أركانها.

---

(١٣) قوله: "فما يليق بحاله" فإنه يعتبر فيه ثلاثة أيام ولياليها في السير، بعد أن كانت الريح مستوية، لا ساكنة، ولا عالية، كذا في "العناية". (چلپى)

(١٤) قوله: كما في الجبل" فإنه يعتبر فيه ثلاثة أيام ولياليها في السير في الجبل، وإن كانت تلك المسافة تقطع بما دونها، كذا في "المحيط". (ك)

(١) احتراز عن السنن. (ب)

(٢) احتراز عن الفجر والمغرب والوتر. (ب)

(٣) وبه قال مالك وأحمد: في رواية. (ب)

(٤) قوله: "والقصر رخصة" واستدل بقوله تعالى: ﴿فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾، فهو تنصيص على أن أصل الفرض أربع، والقصر رخصة، وعن عمر رض أشكلت عليّ هذه الآية، فسألت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وقلت: ما لنا نقصر، وقد أمنا، لا نخاف شيئًا، وقد قال الله تعالى: ﴿إن خفتم﴾، فقال: «إنها صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته». (ك)

(٥) فإن المسافر يتخير فيه في السفر. (ب)

(٦) قوله: "وهذا آية النافلة" يعني ليس معنى كون الفعل فرضًا إلا كونه مطلوبًا قطعًا، أو ظنًا على الخلاف الاصطلاحي، فإثبات التخيير بين أداءه وتركه رخصة، وليس حقيقته إلا نفي الافتراض، فيلزم أن ثبوت الترخص مع قيام الافتراض لا يتصور. (ف)

(٧) جواب عن قياس الشافعي. (ب)

(٨) أي المسافر. (ب)

(٩) قوله: "الأخريان [اللتان زادهما. ب] إلخ" فإن قلت: قد عرف الأصوليون النفل بما يثاب المرء على فعله، ولا يعاقب على تركه، وهذا التعريف لا يصدق على هاتين الركعتين، فإن الفقهاء صرحوا بأن فاعلهما يصير مسيئًا.

قلت: هذه الإساءة ليست بنفس هاتين الركعتين، بل لتأخير السلام، واختلاط النفل بالفرض، كما صرح به المصنف، فلا يقدح ذلك في كونهما نفلا. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(١٠) يعني إذا صلى الفجر أربعًا، وقعد بعد الركعتين يجوز صلاته. (ب)

(١١) وعند الشافعي ومالك وأحمد: لا تبطل. (ب)

وإذا فارق المسافر[١] بيوت المصر[٢]، صلى ركعتين[٣]؛ لأن الإقامة تتعلق بدخولها، فيتعلق السفر بالخروج عنها[٤]، وفيه الأثر[٥] عن علي[٦]: لو جاوزنا هذا الخُصّ[٧] لقصرنا*. ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الإقامة في بلدة أو قرية خمسة عشر يومًا[٨]، أو أكثر، وإن نوى أقل من ذلك قصر[٩]؛ لأنه لا بد من اعتبار مدة؛ لأن السفر يجامعه اللبث[١٠]، فقدرناها بمدة الطهر؛ لأنهما مدتان موجبتان[١١]، وهو

---

(١) بيان مبدأ السفر. (ف)

(٢) يعني العمران التي كان فيه. (هداية الفقه)

(٣) قوله: "صلى ركعتين" فإن قيل: عند المفارقة يتحقق مبدأ الفناء؛ إذ هو ملحق به، وهو مقدر بالغلوة، كما هو المختار، وقيل: بأكثر، كما سنذكره في باب الجمعة، والفناء ملحق به شرعًا، حتى جازت الجمعة والعيدان فيه، ومقتضاه أن لا يقصر بمجرد المفارقة للبيوت، بل إذا جاوز الفناء، أجيب بأنه ألحق به من جهة حوائج المسلمين المقيمين فيه، لا مطلقًا. (ف)

(٤) قوله: "بالخروج عنها" ويعتبر في مفارقة بيوت المصر الجانب الذي يخرج منه. لا الجوانب التي بحذاء البلدة، ولو كان القرى متصلة بالمصر، قصر بالخروج.
وقيل: لا، حتى يجاوزها ولو بفراسخ، إلا أن يكون عنها انفصال، وهو انفصال مائة ذراع، وقيل: قدر ما لم يسمع الصوت، وقيل: قدر غلوة، وقيل: قدر سكتة، فإن جاوز القرى المتصلة قصر، وقيل: لا، حتى ينأى عنها.
وحد النائي كحد الانفصال، وقيل: كحد فناء المصر، وهو الميل، وقيل: حد الفناء، وحد الانفصال، وحد النائي واحد: وهو قدر غلوة ثلاث مائة ذراع إلى أربع مائة، وهو الأصح. (ك)

(٥) قوله: "وفيه الأثر" وهو أن عليًا خرج من البصرة يريد الكوفة، وصلى الظهر أربعًا، ثم نظر إلى خص أمامه، وقال: لو جاوزنا هذا الخص، لصلينا ركعتين. (ك)

(٦) قوله: "علي رض" أخرج عبد الرزاق في "مصنفه" أن عليًا لما خرج من البصرة رأى خصًا، فقال: لو جاوزنا هذا الخص، لصليت ركعتين، والخص قصب من بيت، ورواه ابن أبي شيبة. (ت)

(٧) بضم وتشديد. (م)

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٨٣، والدراية ج١ رقم الحديث٢٧٣، ص٢١١. (نعيم)

(٨) وعن الشافعي: ثمانية عشر يومًا. (ب)

(٩) وعن أحمد: خمسة أيام، وعن مالك وأحمد في رواية: أربعة. (ب)

(١٠) قوله: "يجامعه اللبث" يعني أن المسافر ربما يلبث في موضع لشراء سلعة، أو غيره، فلا بد من مدة معينة. (ب)

(١١) قوله: "موجبتان" لأن مدة الطهر يوجب عبادة ما سقط من الصوم والصلاة بحكم الحيض، ويوجب ما سقط بحكم السفر. (ب)

مأثور* عن ابن عباس وابن عمر[٢]، والأثر في مثله كالخبر[٣].

والتقييد بالبلدة والقرية يشير إلى أنه لا تصح نية الإقامة في المفازة[٤]، وهو الظاهر[٥]. ولو دخل مصراً على عزم أن يخرج غداً، أو بعد غد ولم ينوِ مدة الإقامة، حتى بقي على ذلك سنين قصر؛ لأن ابن عمر[٦] أقام بآذربيجان[٧] ستة أشهر، وكان يقصر**، وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك[٨]. وإذا دخل العسكر أرض الحرب، فنووا الإقامة بها قصروا[٩]، وكذلك إذا حاصروا فيها مدينةً، أو حصناً؛ لأن الداخل بين أن يهزم فيقرّ، وبين أن يهزم فيفرَّ، فلم تكن دار إقامة. وكذا إذا حاصروا أهل البغي[١٠] في دار الإسلام في غير مصر[١١]، أو حاصروهم في البحر؛ لأن[١٢] حالهم

---

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٨٣، والدراية ج١، ص٢١١. (نعيم)

(٢) أخرج الطحاوي عنهما. (ف)

(٣) قوله: "كالخبر" لأنه لا دخل للرأي فيه، فالظاهر أن الصحابي رواه عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (ب)

(٤) قوله: "في المفازة" وفي "المجتبى": لا يبطل السفر إلا بنية الإقامة، أو دخول الوطن، أو الرجوع إليه قبل الثلاثة، وإن أقام في المفازة على الثالث جاز. (ب)

(٥) قوله: "وهو الظاهر" احتراز عن ما روى عن أبي يوسف أن الرعاة إذا نزلوا موضعاً كثير الكلأ والماء، واتخذوا المخابر والمعالف، ونووا الإقامة، صاروا مقيمين. (عناية)

(٦) رواه عبد الرزاق. (ب)

(٧) بفتح الهمزة والراء وسكون الذال موضع. (ك)

** انظر نصب الراية ج٢ ص١٨٥، والدراية ج١، ص٢١٢. (نعيم)

(٨) رواه البيهقي عن سعد بن أبي وقاص وأنس وغيرهما. (ت)

(٩) وبه قال مالك وأحمد، و قال زفر: يتمون. (ب)

(١٠) قوله: "أهل البغي [أهل البغي هم الذين خرجوا على السلطان. ب] في دار الإسلام إلخ" إنما ذكر هذه المسألة، وكان يعلم حكمه من حكم أهل الحرب لدفع ما عسى أن يتوهم أن نية الإقامة في دار الحرب إنما لم تصح لأنها منقطعة عن دار الإسلام، فكانت كالمفازة، بخلاف مدينة أهل البغي؛ لأنها مدينة أهل الإسلام، فكان ينبغي أن تصح النية. (عناية)

(١١) يعني في مفازة. (ب)

(١٢) هذا التعليل يدل على أن قوله: في غير مصر، وفي البحر ليس بقيد. (عناية)

مبطل عزيمتهم[١]، وعند زفر يصح في الوجهين[٢] إذا كانت الشوكة لهم[٣] للتمكن من القرار ظاهرًا، وعند أبي يوسف يصح إذا كانوا في بيوت المدر؛ لأنه[٤] موضع إقامة.

ونية الإقامة من أهل الكلأ[٥] -وهم أهل الأخبية- قيل: لا تصح[٦]، والأصح أنهم مقيمون[٧] يروى ذلك عن أبي يوسف؛ لأن الإقامة أصل، فلا تبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى[٨].

وإن اقتدى المسافر بالمقيم[٩] في الوقت أتم أربعًا[١٠]؛ لأنه يتغير فرضه إلى أربع للتبعية[١١]، كما يتغير بنية الإقامة؛ لاتصال[١٢] المغير[١٣] بالسبب،

(١) قوله: "مبطل عزيمتهم" لأنهم إنما قاموا لغرض، فإذا حصل الغرض انزعجوا، فلا يكون عزيمتهم مستقرة، كنية العسكر في دار الحرب. (ب)

(٢) أي في محاصرة أهل الحرب، وأهل البغي. (ع)

(٣) أي لعسكر المسلمين. (ب)

(٤) أي المذكور، وهو بيوت المدر. (ب)

(٥) قوله: "من أهل الكلأ" بفتح الكاف واللام وبالهمزة في آخره بغير مد، وهم -أي أهل الكلأ- أهل الأخبية: جمع خباء بالكسر والمد، وهو من وبر أو صوف، ولا يكون من شعر، وهو على عمودين، أو ثلاثة، وما فوق ذلك. (ب)

(٦) لأنهم ليسوا في موضع الإقامة. (ع)

(٧) قوله: "والأصح أنهم مقيمون" ذكر في "المبسوط"، اختلف المتأخرون في الذين يسكنون الأخبية في دار الإسلام كالأعراب والأتراك، فمنهم من يقول: لا يكونون مقيمين أبدًا؛ لأنهم ليسوا في موضع الإقامة، والأصح أنهم مقيمون، وعلل فيه بوجهين: أحدهما: أن الإقامة أصل، والسفر عارض، فحمل حالهم على الأصل أولى.

والثاني: أن السفر إنما يكون عند الانتقال إلى مكان مدة السفر، وهم لا ينوون مدة السفر قط، وإنما ينتقلون من ماء إلى ماء، ومن مرعى إلى مرعى. (ك)

(٨) قوله: "بالانتقال من مرعى إلى مرعى" وذلك لأن عادتهم المقام في المفازة، فكانت في حقهم كالقرى في حق أهل القرى. (ف)

(٩) سواء اقتدى في جزء من صلاته، أو كلها. (ب)

(١٠) قوله: "أتم أربعًا" كالعبد والجندي يصيران مقيمين بنية المولى والأمير، لثبوت التبعية في حقهما، والحكم في التبع يثبت بشرطه الأصل، حتى لو نوى المولى الإقامة، ولم يعلم العبد فقصر أيامًا، ثم علم قضى تلك الصلوات. (ك)

(١١) قوله: "للتبعية" لكنه لو أفسد بعد الاقتداء يلزمه الركعتان، كأنه مسافر على حاله. (ب)

وهو الوقت. وإن دخل معه في فائتة لم تجز[١]؛ لأنه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب، كما لا يتغير بنية الإقامة، فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة[٢] أو القراءة[٣].

وإن صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم[٤]، وأتم المقيمون صلاتهم؛ لأن المقتدي التزم الموافقة في الركعتين، فينفرد في الباقي كالمسبوق[٥] إلا[٦] أنه لا يقرأ في الأصح[٧]؛ لأنه مقتدٍ تحريمة لا فعلا[٨]، والفرض صار مؤدّى، فيتركها احتياطًا[٩]، بخلاف المسبوق؛ لأنه أدرك قراءة

---

(١٢) تعليل للمقيس عليه يعني أن الجامع موجود. (ع)

(١٣) وهو الاقتداء. (ف)

(١) قوله: "وإن دخل معه إلخ" إنما قال: وإن دخل ولم يقل: وإن اقتدى به في غير الوقت؛ لئلا يرد عليه ما إذا دخل مسافر في صلاة المقيم في الوقت، ثم ذهب الوقت، فإنها لا تفسد، وقد وجد الاقتداء بعده؛ لأن الإتمام لزمه بالشروع مع الإمام في الوقت، فالتحق بغيره من المقيمين. (عناية)

(٢) قوله: "فيكون [نتيجة لما قبله. ع] اقتداء المفترض إلخ" تقريره أنه لا يتغير بعد الوقت، وإذا لم يتغير كان اقتداءه عقدًا لا يفيد موجبه؛ لاستلزامه أحد المحذورين، لأنه إن سلم على الركعتين، كان مخالفًا لإمامه، وهو مفسد.
وإن أتم أربعًا خلط النفل بالفرض قصدًا، فإن القعدة الأولى فرض في حقه، نفل في حق الإمام، وكذلك القراءة في الأخريين، فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة إن اقتدى به في أول الصلاة، أو القراءة إن اقتدى به في الشفع الثاني. (ع)

(٣) كلمة "أو" لمنع الخلو. (ع)

(٤) قوله: "سلم [في آخر الركعتين] إلخ" لو اقتدى مقيمون بمسافر، وتم بهم بلا نية إقامة وتابعوه، فسدت صلاتهم بكونه متنفلا في الأخريين، نبه على ذلك العلامة الشرنبلالي في رسالته في المسائل الاثنتى عشرية، وذكر أنها وقعت له، ولم يره في كتاب، قلت: وقد نقلها الرملي في باب المسافر عن الظهرية. (رد المحتار).

(٥) فإنه ينفرد في ما فاته. (ب)

(٦) استثناء من قوله: ينفرد. (ب)

(٧) قوله: "وفي الأصح [وإليه مال الكرخي. ك]" احتراز عن ما قال بعض المشايخ من وجوب القراءة في ما يتمون؛ لأنهم منفردون فيه، ولهذا يلزمهم سجود السهو إذا سهوا فيه، فأشبهوا المسبوقين. (ع)

(٨) قوله: "لا فعلا" أما إنه مقتد تحريمة، فلأنه التزم الأداء معه في أول التحريمة، وأما أنه ليس بمقتدٍ فعلا، فلأن فعل الإمام قد فرغ بالسلام على رأس الركعتين، وكل من هو كذلك فهو لاحق، ولا قراءة على اللاحق. (ب)

(٩) قوله: "احتياطًا" فإنه بالنظر إلى الاقتداء تحريمة إذا أدركوا أول صلاة الإمام، تكره القراءة تحريمًا،

نافلة(١)، فلم يتأدّ الفرض، فكان الإتيان أولى.

قال: ويستحب للإمام إذا سلم أن يقول(٢): أتموا صلاتكم فإنا قوم سَفْرٌ(٣)؛ لأنه عليه السّلام قاله* حين صلى بأهل مكة وهو مسافر(٤).

وإذا دخل المسافر فى مصره أتم الصلاة(٥) وإن لم ينوِ المقام فيه؛ لأنه عليه السّلام(٦) وأصحابه رضوان الله عليهم كانوا يسافرون ويعودون إلى أوطانهم مقيمين من غير عزم جديد(٧)**.

ومن كان له وطن، فانتقل منه(٨)، واستوطن غيره(٩)، ثم سافر فدخل

وبالنظر إلى عدمه فعلا وقد أدركوا فرض القراءة تستحب، وإذا دار الفعل بين وقوعه مستحبًا، وكونه حرامًا لا يجوز فعله. (ف)

(١) وهى قراءة الإمام فى الشفع الثانى. (ب)

(٢) قوله: "أن يقول إلخ" هذا يدل على أن العلم بحال الإمام بكونه مقيمًا، أو مسافرًا ليس بشرط؛ لأنهم إن علموا حاله فقوله هذا عبث، وإن علموا أنه مقيم كان كذبًا، فدل على أن المراد به إذا لم يعلموا حاله، وهو مخالف لما فى "فتاوى قاضى خان" وغيره: من أن من اقتدى بإمام لا يدرى أ مقيم أم مسافر؟ لا يصح اقتداءه.

ووجه التوفيق على ما قيل: إن ذلك محمول على ما إذا بنوا أمر الإمام على ظاهر حال الإقامة، والحال أنه ليس بمقيم، وسلم على رأس الركعتين، وتفرقوا على ذلك لاعتقادهم فساد صلاة الإمام، وأما إذا علموا بعد الصلاة بحال الإمام، جازت صلاتهم، وإن لم يعلموا بحاله وقت الاقتداء. (ع)

(٣) بفتح السين وسكون الفاء: جمع مسافر. (ب)

* انظر نصب الراية ج٢ ص١٨٧، والدراية ج١ رقم الحديث٢٧٤، ص٢١٢. (نعيم)

(٤) أخرجه أبو داود والترمذى. (ف)

(٥) قوله: "وإذادخل المسافر فى مصره إلخ "هذا فى مسافر استكمل مسيرة ثلاثة أيام، وفى "المحيط": وإن خرج من مصره مسافرًا، ثم بداله أن يرجع إلى مصره لحاجةقبل أن يتم ثلاثة أيام، صلى صلاة المقيم فى انصرافه. (ب)

(٦) لا ندرى من أين أخذه المصنف. (ب)

(٧) قوله: "من غير عزم جديد" فيه نظر؛ لأن العزم فعل القلب، وهو أمر باطن، وليس له سبب ظاهر يقوم مقامه، بل الظاهر من حال المسافر العائد إلى وطنه أن يكون فى عزمه المقام، ولعل المراد عزم جديد لمدة الإقامة خمسة عشر يومًا، وكان الظاهر عدمه. (ع)

** راجع نصب الراية ج٢ ص١٨٧، والدراية ج١، ص٢١٣. (نعيم)

(٨) قوله: "فانتقل منه" يعنى بالكلية، حتى لو انتقل بنفسه، فأخذ وطنًا فى بلدة أخرى، يصير كل واحد منهما وطنًا. (ب)

(٩) قوله: "واستوطن غيره" اعلم أن المشايخ قسموا الأوطان إلى ثلاثة: وطن أصلى: وهو البلد الذى تأهل فيه، ووطن إقامة: وهو الذى ينوى المسافر الإقامة خمسة عشر يومًا، ويسمى وطن سفر أيضًا.

وطنه الأول قصر ؛ لأنه لم يبقَ وطنا له ، ألا يرى أنه عليه السّلام بعد الهجرة عدّ نفسه(١) بمكة من المسافرين* ، وهذا لأن الأصل أن الوطن الأصلى يبطل بمثله ، دون السفر(٢) ، ووطن الإقامة يبطل بمثله(٣) وبالسفر(٤) وبالأصلى(٥) . وإذا نوى المسافر أن يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يومًا ، لم يتم الصلاة(٦) ؛ لأن اعتبار النية فى موضعين يقتضى(٧) اعتبارها فى مواضع ، وهو ممتنع(٨) ؛ لأن السفر لا يعرى عنه إلا(٩) إذا نوى أن يقيم بالليل فى أحدهما ، فيصير مقيمًا بدخوله فيه ؛ لأن إقامة المرء مضافة إلى مبيته(١٠) .

ومن فاتته صلاة فى السفر ، قضاها فى الحضر ركعتين(١١) ، ومن فاتته

ووطن السكنى: وهو البلد الذى ينوى المسافر الإقامة فيه أقل من خمسة عشر يومًا، والمحققون منهم قسموا إلى الوطن الأصلى، ووطن الإقامة، ولم يعتبروا وطن السكنى، هو الصحيح. (ع)

(١) حيث قال: فإنا قوم سفر. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص١٨٨، والدراية ج١، ص٢١٣. (نعيم)

(٢) قوله: "دون السفر" بأن يخرج قاصدًا مكانًا يصل إليه فى مدة السفر؛ لأن الشيء إنما يبطل بما يساويه أو فوقه، وليس فوقه شيء، فيبطل بما يساويه. (ع)

(٣) قوله: "ووطن الإقامة تبطل بمثله" صورته: خراسانى قدم الكوفة، فأقام بها، وأتم الصلاة، ثم خرج إلى البصرة، فوطن نفسه على الإقامة خمسة عشر يومًا، ثم خرج يريد خراسان، ومر بالكوفة، فإنه يقصر الصلاة. (ب)

(٤) لأنه ضده. (ع)

(٥) لأنه أقوى منه. (ب)

(٦) لأنه لم ينو الإقامة فى كل واحد. (ب)

(٧) دفعًا للتحكم. (ع)

(٨) قوله: "وهو ممتنع" يعنى لو صح أن ينوى فى موضعين، يصح بمواضع، فيؤدى ذلك إلى القول بأن السفر لا يتحقق؛ لأنك إذا جمعت إقامة المسافر فى المراحل ربما يزيد ذلك على خمسة عشر يومًا، وليس كذلك. (ك)

(٩) مستثنى من قوله: لم يتم الصلاة. (ع)

(١٠)قوله: "مضافة إلى مبيته" ألا ترى أنك إذا قلت للسوقى: أين تسكن؟ يقول: فى محلة كذا، وهو بالنهار فى السوق. (ك)

(١١) قوله: "ركعتين" وبه قال مالك والشافعى فى القديم، وقال فى الجديد: لا يقصر فى الحضر، وبه قال

في الحضر، قضاها في السفر أربعًا[١]؛ لأن القضاء بحسب الأداء[٢]، والمعتبر في ذلك آخر الوقت[٣]؛ لأنه المعتبر في السببية عند عدم الأداء في الوقت[٤].

والعاصي[٥] والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء، وقال الشافعي: سفر المعصية لا يفيد الرخصة[٦]؛ لأنها تثبت تخفيفًا[٧]، فلا تتعلق بما يوجب التغليظ[٨].

ولنا إطلاق النصوص[٩]، ولأن نفس السفر ليس بمعصية، وإنما المعصية ما يكون بعده[١٠]، أو يجاوره[١١]، فصلح متعلق الرخصة، والله أعلم.

المزني وأحمد وأبو داود لأن المرخص للسفر، وقد زال. (ب)

(١) لا أعرف فيه خلافًا. (ب)

(٢) قوله: "بحسب الأداء" يعني كل من وجب عليه أداء أربع، قضى أربعًا، ومن وجب عليه أداء ركعتين، قضى ركعتين. (ع)

(٣) قوله: "آخر الوقت [أي الأداء. ك] إلخ" وهو قدر التحريمة يعتبر حال المكلف من السفر والحضر والحيض والطهر، والبلوغ، والإسلام فيه. (ك)

(٤) قوله: "لأنه المعتبر إلخ" لا يقال: عند عدم الأداء في كل الوقت يضاف الوجوب إليه، لا إلى الجزء الأخير، ولهذا لم يجز عصر أمسه عند غروب الشمس، لأنا نقول: المعتبر في السبب الجزء الأخير عند عدم الأداء في كل الوقت بالنظر إلى حال المكلف، وإن لم تعتبر صفة الجزء الأخير بعد الفوات. (ك)

(٥) كالذي يخرج لقطع الطريق. (ب)

(٦) وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(٧) على المكلف. (ب)

(٨) أي المعصية (ف)

(٩) قوله: "إطلاق النصوص [قال النبي ﷺ: «صلاة المسافر ركعتان». ك]" أي نصوص الرخصة، قال الله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريضًا أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾، وقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليها» الحديث، وقدمنا الأحاديث المفيدة للقصر. (ف)

(١٠) كقطع الطريق. (ك)

(١١) كالإباق. (ب)

باب صلاة الجمعة[١]

لا تصح الجمعة إلا في مصر جامع[٢]، أو في مصلى[٣] المصر[٤]، ولا تجوز في القرى[٥]؛ لقوله[٦] عليه السّلام: «لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع»*، والمصر الجامع[٧] كل موضع له أمير[٨] وقاضٍ ينفّذ الأحكام[٩]، ويقيم الحدود[١٠]،

---

(١) قوله: "باب صلاة الجمعة" مناسبته مع ما قبله تنصيف الصلاة بعارض إلا أن التنصيف ههنا في خاص من الصلاة، وهو الظهر، وفي ماقبله في كل رباعية، وتقديم العام أوجه. (ف)
قوله: "صلاة الجمعة" ذكر في "المغرب" الجمعة من الاجتماع، كالفرقة من الافتراق، أضيف إليها اليوم والصلاة، ثم كثر الاستعمال حتى حذف منها المضاف. (ك)

(٢) قوله: "إلا في مصر جامع" شروط لزوم الجمعة اثنى عشر، ستة في نفس المصلي، وهي: الحرية والذكورة، والإقامة، والصحة، وسلامة الرجلين، والبصر، وقيل: يجب على الأعمى إذا وجد قائداً، وستة في غير نفس المصلي، وهي: المصر الجامع، والسلطان، والجماعة، والخطبة، والوقت، والإظهار، حتى إن الوالي لو أتى على باب المصر، وجمع بجيشه، ولم يأذن الناس للدخول فيه لم يجز، كذا ذكره التمرتاشي. (ب)

(٣) نحو مصلى العيد. (ب)

(٤) يعني فناءه. (ف)

(٥) قوله: "ولا تجوز في القرى" إنما ذكره مع أنه مستفاد من قوله السابق نفيًا لمذهب الشافعي رح، فإنه لا يشترط المصر، بل يجوز في كل موضع إقامة سكونة أربعين رجلا أحرارا، وبه قال أحمد، وقال مالك: تقام بأقل من أربعين. (ب)

(٦) رفعه المصنف، وإنما رواه ابن أبي شيبة موقوفا على علي رضي الله تعالى عنه.

* راجع نصب الراية ج٢ ص١٩٥، والدراية ج١رقم الحديث٢٧٥، ص٢١٤. (نعيم)

(٧)قوله: "والمصر الجامع إلخ" قد اختلفوا فيه، فعن أبي حنيفة هو ما يجتمع فيه مرافق أهله، وعن أبي يوسف: كل موضع فيه أمير وقاض ينفذ الأحكام، ويقيم الحدود، وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة في كتاب صلاته، وفيه أيضًا: قال سفيان الثوري: المصر الجامع ما يعده الناس مصراً عند ذكر الأمصار المطلقة، كبخارا وسمرقند.
وقال الكرخي: هو ما أقيمت فيه الحدود، ونفذت فيه الأحكام، وهو اختيار الزمخشري، وعن أبي عبد الله البلخي أنه قال: أحسن ما سمعت أنه إذا اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعوا فيه، فهو مصر جامع، وعن أبي حنيفة رح: هو بلدة كبيرة فيها سكك وأسواق، ولها رساتيق، ويرجع الناس إليه في ما وقعت لهم من الحوادث. (ب)

(٨) قوله: "له أمير" المراد بالأمير وال يقدر على إنصاف المظلوم من الظالم. (ع)

(٩) أي يقدر على ذلك. (خزانة الرواية)

(١٠) قوله: "ويقيم الحدود" ذكر إقامة الحدود مع أنها تستفاد من قوله: ينفذ الأحكام لزيادة خطرها، وعلو شأنها؛ إذ لا تقام هي بدليل فيه شبهة، ولأنه لا يلزم من جواز تنفيذ الأحكام جواز إقامة الحدود، فإن المرأة إذا كانت قاضية يجوز قضاءها في كل شيء من الأحكام، ولا يجوز في الحدود والقصاص. (ك)

وهـذا عـن أبي يـوسف، وعنه أنـهم إذا اجتمعوا في أكبـر مساجدهـم لم يسـعـهم، والأول اختـيـار الكرخي، وهو الظاهر(١)، والثاني اختـيـار الثلجي(٢)، والحكم غير مقصور على المصلى، بل يجوز في جميع أفنية المصر(٣)؛ لأنها بمنزلته في حوائج أهله. وتجوز بمنى(٤) إن كان الأمير أمير الحجاز(٥)، أو كان الخليفة مسافراً(٦) عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا جمعة بمنى؛ لأنها(٧) من القرى حتى لا يُعيَّد بها(٨)، ولهما أنها تتمَصَّرُ في أيام الموسم، وعدمُ التعييد للتخفيف(٩).

(١) أي من المذهب. (ف)

(٢) بالثاء المثلثة: نسبة إلى ثلج، أحد أصحاب الإمام الأعظم. (ب)

(٣) قوله: "في جميع أفنية المصر" فناءه هو المكان المعد لمصالح المصر متصل به، أو منفصل بغلوة، كذا قدره محمد في "النوادر"، وقيل: بميل، وقيل: بميلين، وقيل: بثلاثة أميال. (ف)

(٤) قوله: "وتجوز بمنى إلخ" لهما في ذلك طريقان: أحدهما: أن منى من فناء مكة، فإنه من الحرم، قال الله تعالى: ﴿هديًا بالغ الكعبة﴾ سماه باسم الكعبة تبعًا لها؛ لما أن الهدايا والضحايا لا تنحر بمكة، بل بمنى، فدل ذلك على أنه في حكمها، وإقامة الجمعة كما تجوز في المصر تجوز في فنائه، أما عرفات فليست من فناء مكة، بل هي من الحل، وبينها وبين مكة أربعة فراسخ.

والثاني: أن منى يصير مصراً في أيام الموسم؛ لاجتماع شرائط المصر من السلطان والقاضي، والأبنية والأسواق، إلا أنها لا تبقى مصراً بعد انقضاء الموسم، وبقاءه مصراً بعد ذلك ليس بشرط؛ لأن الناس بأسرهم على شرف الرحيل من دار الفناء إلى دار البقاء، أما عرفات فمفازة ليس فيها بناء، فلا يأخذ حكم المصر. (ك)

(٥) قوله: "أمير الحجاز" هو ما بين نجد وتهامة، والتهامة الناحية الجنوبية من الحجاز، وما وراء ذلك إلى مكة تهامة، وفي "شرح الطحاوي": إن كان الأمير أمير الحجاز، أو من العراق، أو أمير مكة، أو الخليفة معهم مقيمين أو مسافرين جاز إقامة الجمعة عندهما، وإن كان أمير الموسم، فإن كان مقيمًا جاز، وإن كان مسافراً لم يجز. (ب)

(٦) قوله: "أو كان الخليفة [هو الوالي الذي لا والي فوقه. ع] مسافراً" وإنما قيد بكونه مسافراً لأحد الأمرين، إما للتنبيه على أنه لو كان مقيماً كان بالجواز أولى، وإما لدفع توهم أن الخليفة إذا كان مسافراً لا يقيم الجمعة، كما إذا كان أمير الموسم مسافراً، وفيه إشارة إلى أن الخليفة والسلطان، إذا طاف في ولايته، كان عليه الجمعة في كل مصر. (ع)

(٧) قوله: "لأنها [أي منى على تأويل القرية. ع]" ظاهر التعليل وجوب العيد بمكة، وقد ذكر البيري في كتاب الأضحية، أنه هو ومن أدركه من المشايخ لم يصلوها فيها، قال -والله أعلم بالصواب-: ما السبب في ذلك انتهى، قلت: لعل السبب أن من له ولاية إقامة العيد يكون حاجًا بمنى. (رد المحتار حاشية الدر المختار)

(٨) أي لا يصلى صلاة العيد هناك.

(٩) قوله: "للتخفيف" لا لانتفاء المصرية، فإن الناس مشتغلون بالمناسك، والعيد لازم فيها، فيحصل

ولا جمعة بعرفات فى قولهم جميعًا؛ لأنها فضاء[١] وبمنى أبنيةٌ، والتقييد بالخليفة وأمير الحجاز؛ لأن الولاية لهما[٢]، أما أمير الموسم فيلى أمور الحج لا غير[٣].

ولا يجوز إقامتها إلا للسلطان[٤]، أو لمن أمره السلطان[٥]؛ لأنها تقام بجمع عظيم، وقد تقع المنازعة فى التقدم[٦] والتقديم[٧]، وقد تقع فى غيره[٨]، فلا بد منه تتميمها لأمره.

ومن شرائطها: الوقت، فتصح فى وقت الظهر، ولا تصح بعده؛ لقوله عليه السلام[٩]: «إذا مالت[١٠] الشمس فصل بالناس الجمعة»[١١]*، ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر، ولا يبنيه عليها لاختلافهما[١٢].

الزلزلة، وأما الجمعة: فليست بلازمة، بل إنما هى متفقة فى الأحيان. (ف)

(١) لا أبنية فيها. (ب)

(٢) فى إقامة الجمعة. (ب)

(٣) يعنى ليس له ولاية غير الحاج. (ب)

(٤) أراد به الخليفة. (ع)

(٥) يعني إن لم يكن السلطان يكون إقامتها لمن أمره كالقاضى والأمير والخطباء. (ب)

(٦) بنفسه. (ك)

(٧) أى لغيره. (ك)

(٨) قوله: "وقد تقع فى غيره" من نحو أداء من سبق إلى الجامع، ومن أداءه فى أول الوقت وآخره، وفى نصب الخطباء. (ك)

(٩) لمصعب بن عمير. (ف)

(١٠) قوله: "إذا مالت الشمس إلخ" يرد أنه إنما يتم ما ذكر دليلا إذا اعتبر مفهوم الشرط، وهو ممنوع، أو يكون فيه إجماع، وهو منتفٍ فى حيز الدعوى؛ لأن مالكا يقول ببقاءها إلى وقت الغروب، ويجاب بأن شرعية الجمعة مقام الظهر على خلاف القياس؛ لأنه سقوط أربع بركعتين، فتراعى الخصوصيات التى وردت فى الشرع. (ف)

(١١) غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٢ ص١٩٥، والدراية ج١ رقم الحديث٢٧٦، ص٢١٥. (نعيم)

(١٢) قوله: "لاختلافهما [أى الظهر والجمعة. ع]" من حيث الكمية والكيفية والشرائط، وهذا لأن الظهر

ومنها الخطبة[١]؛ لأن النبي ﷺ[٢] ما صلاها بدون الخطبة في عمره[٣]*، وهي قبل الصلاة بعد الزوال، به[٤] وردت السنة[٥]**.

ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة، به[٦] جرى التوارث، ويخطب قائمًا على الطهارة[٧]؛ لأن القيام فيها متوارث، ثم هي شرط الصلاة[٨]، فيستحب فيها الطهارة كالأذان[٩]. ولو خطب قاعدًا، أو على غير طهارة جاز؛ لحصول المقصود[١٠]، إلا أنه يكره؛ لمخالفة التوارث[١١]، وللفصل بينها[١٢] وبين الصلاة، فإن اقتصر على ذكر الله[١٣] جاز عند أبي

أربعة، والجمعة ركعتان، ويخص الجمعة بشروط لا تشترط للظهر، وهو يخفى فيه، والجمعة يجهر فيها. (ب)

(١) بعد الزوال. (ف)

(٢) ذكره البيهقي. (ب)

(٣) ولولم يكن واجبًا لتركه مرة تعليمًا للجواز. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٢ ص١٩٦، والدراية ج١، ص٢١٥. (نعيم)

(٤) أي بكونه قبلها. (ب)

(٥) رواه مسلم. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص١٩٦، والدراية ج١، ص٢١٥. (نعيم)

(٦) مقدار ثلاث آيات. (ب)

(٧) قوله "قائمًا على الطهارة" أما القيام فإنه سنة عندنا، وعند الشافعي لا تصح الخطبة قاعدًا، وبه قال مالك في رواية، وبه قال أحمد.

وأما الطهارة فسنة عندنا، لا شرط خلافًا لأبي يوسف والشافعي، حتى إذا خطب على غير طهارة يجوز ويكره، وعندهما لا يجوز، وقال الشافعي: في القديم كقولهما، وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(٨) قوله: "ثم هي شرط الصلاة إلخ" هذه صورة قياس علة الحكم في أصله كونه شرطا للصلاة، لكنه مفقود في الأصل فضلا عن كونه موجودا قياسًا، إذا الأذان ليس بشرط. (ف)

(٩) قوله: "كالأذان" وجه التشبيه بالأذان أن الخطبة تشبه بالصلاة من حيث أنها أقيمت مقام شرط الصلاة، وتقام بعد دخول الوقت، والأذان أيضًا كذلك. (ب)

(١٠) وهو الوعظ والتذكير. (ك)

(١١) قوله: "لمخالفة التوارث [متعلق بقوله: قاعدًا. عناية]" أراد به ما نقل عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وعن الأئمة بعده من القيام في الخطبة. (ت)

(١٢) متعلق بقوله: أو على غير طهارة.

(١٣) قوله: "على ذكر الله تعالى" يعني إذا ذكر الله تعالى على قصد الخطبة، فقال: الحمد لله، أو سبحان الله، أو لا إله إلا الله، جاز عند أبي حنيفة، وأما إذا قال ذلك لعطاس أو لغيره: فلا يجوز بالاتفاق. (ع)

حنيفة. وقالا[١]: لا بد[٢] من ذكر طويل يسمى خطبة؛ لأن الخطبة هي الواجبة، والتسبيحة والتحميدة لا تسمى خطبة. وقال الشافعي: لا يجوز حتى يخطب خطبتين[٣]؛ اعتباراً للمتعارف[٤]، وله قوله تعالى[٥]: ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾ من غير فصل، وعن عثمان[٦] أنه قال[٧]: الحمد لله فأرتج عليه[٨]، فنزل وصلّى*. ومن شرائطها: الجماعة؛ لأن الجمعة مشتقة منها[٩]، وأقلهم عند أبي حنيفة ثلاثة سوى الإمام[١٠].

وقالا: اثنان سواه[١١]، قال: والأصح أن هذا قول أبي يوسف

(١) وبه قال عامة العلماء. (ب)

(٢) قوله: "لا بد من ذكر طويل إلخ" قال الإمام أبو بكر: أقل ما سمي خطبة مقدار التشهد من قوله: التحيات لله إلى قوله: عبده ورسوله، وفي التجنيس مقدا الجلوس بين الخطبتين، وعند الطحاوي مقدار ما يمس موضع جلوسه المنبر، وفي ظاهر الرواية مقدار ثلاث آيات. (عناية)

(٣) قوله: "خطبتين" يشتمل الأول على التحميد والصلاة على النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، والوصية بتقوى الله، وقراءة آية، وكذلك الثانية إلا أن فيها بدل الآية الدعاء للمؤمنين وللمؤمنات. (عناية)

(٤) قوله: "اعتباراً للمتعارف" أي للعادة؛ لأن الذي يخطب بأقل من ذلك لا يسمى خطبة في عادة الناس، ولا يخطب بها خطباء. (ب)

(٥) قوله: "قوله تعالى: ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾ [المراد الخطبة باتفاق المفسرين. ع]" فكان الشرط الذكر الأعم، غير أن المأثور عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم اختيار أحد الفردين، أعني الذكر المسمى بالخطبة. (ف)

(٦) قوله: "وعن عثمان [غريب. ب] إلخ" وهو ما روى أن عثمان رضي الله عنه لما صعد المنبر في أول جمعة ولي، فأرتج عليه، فقال: إن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كان يعدان لهذا المكان مقالا، وأنتم إلى إمام فعال أحوج منكم إلى إمام قوال، أريد به الخطباء، والذين يأتون بعد الخلفاء الراشدين يكونون على كثرة المقال، وأنا إن لم أكن قوالا مثلهم، فأنا على الخير دون الشر، فأما أن يريد بهذا تفضيل نفسه على الشيخين فلا، كذا في "المحيط". (ك)

(٧) قوله: "أنه قال: الحمد لله إلخ" هذه القصة لم تعرف في كتب الحديث، بل في كتب الفقه. (ف)

(٨) قوله: "فأرتج [على بناء المفعول. ع]" بضم الهمزة وسكون الراء، وكسر التاء المثناة من فوق، وتخفيف الجيم، ومعناه: وقع في اختلاط. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص١٩٧، والدراية ج١، ص٢١٥. (نعيم)

(٩) قوله: "مشتقة منها" فلا يوجد بدونها، كالضارب لما كان مشتقاً من الضرب لم يتحقق بدونه، وكذا في سائر المشتقات. (ب)

(١٠) وبه قال زفر. (ب)

(١١) وبه قال أحمد. (ب)

وحده[١]، له أن في "المثنى" معنى الاجتماع[٢]، وهى منبئة عنه[٣].

ولهما أن الجمع الصحيح[٤] إنما هو الثلاث؛ لأنه جمع تسمية ومعنى[٥]، والجماعة شرط على حدة[٦]، وكذا الإمام، فلا يعتبر منهم.

وإن نفر الناس[٧] قبل أن يركع الإمام ويسجد[٨] ولم يبقَ إلا النساء والصبيان[٩]، استقبل الظهر عند أبي حنيفة.

وقالا: إذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلاة صلى الجمعة، فإن نفروا عنه بعد ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة، خلافًا لزفر[١٠] هو يقول: إنه شرط، فلا بد من دوامه[١١] كالوقت[١٢]. ولهما أن الجماعة شرط الانعقاد[١٣]، فلا يشترط دوامها كالخطبة، ولأبي حنيفة أن الانعقاد بالشروع فى الصلاة، ولا يتم ذلك إلا بتمام الركعة؛ لأن ما دونها ليس بصلاة[١٤]،

---

(١) قوله: "أن هذا قول أبي يوسف رح وحده" احتراز عما وقع فى عامة نسخ المختصر. (ك)

(٢) لأن فيه اجتماع اثنين مع آخر. (ب)

(٣) لما ذكر. (ب)

(٤) قوله: "أن الجمع الصحيح إنما هو الثلاث" يعنى سلمنا أن الجمعة تنبئ عن الاجتماع، لكن الخطاب ورد للجمع، وهو قوله تعالى: ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾، والجمع الصحيح هو الثلاث؛ لكونه جمعًا تسمية ومعنى، كما لا يخفى. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه جمع تسمية ومعنى" والمثنى وإن كان جمعًا معنى، فليس بجمع اسمًا عند أهل اللغة، فصلوا بين الجمع والمثنى. (ك)

(٦) دون الإمام. (ب)

(٧) أى ذهب.

(٨) يعنى من لا تنعقد بهم الجمعة. (ف)

(٩) فلا يعتبر لبقاءهم. (ب)

(١٠) فعنده يصلى الظهر. (ب)

(١١) كما فى شرائط الصلاة. (ب)

(١٢) ودوامه شرط. (ع)

(١٣) لأن الأداء ينفك عنها. (ع)

(١٤) قوله: "ليس بصلاة" لكونه فى محل الرفض؛ لأن ما دون الركعة معتبر من وجه دون وجه. (ب)

فلا بد من دوامها إليها، بخلاف الخطبة[١]، فإنها تنافى الصلاة[٢]، فلا يشترط دوامها، ولا معتبر ببقاء النسوان، وكذا الصبيان؛ لأنه لا تنعقد بهم الجمعة، فلا تتم بهم الجماعة.

ولا تجب الجمعة على مسافر، ولا امرأة، ولا مريض[٣]، ولا عبد[٤]، ولا أعمى*؛ لأن المسافر يحرج[٥] فى الحضور، وكذا المريض والأعمى، والعبد مشغول[٦] بخدمة المولى، والمرأة بخدمة الزوج، فعذروا دفعًا للحرج والضرر.

فإن حضروا فصلوا مع الناس أجزأهم عن فرض الوقت؛ لأنهم تحملوه فصاروا كالمسافر إذا صام[٧].

ويجوز للمسافر والعبد والمريض أن يؤم فى الجمعة[٨]، وقال زفر: لا يجزئه؛ لأنه لا فرض عليه، فأشبه الصبى والمرأة[٩]. ولنا أن هذه رخصة[١٠]، فإذا حضروا يقع فرضا على ما بينا[١١]، أما الصبى فمسلوب[١٢]

---

(١) جواب قياس الصاحبين. (ع)

(٢) قوله: "فإنها تنافى الصلاة" حتى لو خطب فى الصلاة يفسد صلاته. (ك)

(٣) قوله: "ولا مريض" والشيخ الكبير الذى ضعف نهاية ملحق بالمريض، فلا يجب عليه. (ف)

(٤) قوله: "ولا عبد" وقد اختلفوا فى المكاتب والمأذون، والعبد الذى حضر مع مولاه باب المسجد لحفظ الدابة إذا لم يحل بالحفظ، وينبغى أن يجرى الخلاف فى معتق البعض إذا كان يسعى. (ف)

* لم يذكر المصنف فيه حديثا وفيه أحاديث، راجع نصب الراية ج٢ ص١٩٨، والدراية ج١، ص٢١٦. (نعيم)

(٥) قوله: "يحرج" من حرِجَ يحرَجُ من باب علم يعلم. (ب)

(٦) فصار كالحج والجهاد. (ب)

(٧) يسقط عنه الفرض. (ب)

(٨) وبه قال الشافعى فى أصح قوليه. (ب)

(٩) فى عدم جواز إمامتهما. (ب)

(١٠) لأن الإسقاط لهم. (ب)

(١١) إشارة إلى قوله: لأنهم تحملوا. (ف)

(١٢) فلا يتناوله الخطاب. (ع)

الأهلية، والمرأة لا تصلح لإمامة الرجال، وتنعقد بهم الجمعة[١]؛ لأنهم صلحوا للإمامة، فيصلحون للاقتداء بطريق الأولى.

ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الإمام[٢]، ولا عذر له[٣] كره له ذلك[٤]، وجازت صلاته. وقال زفر: لا يجزئه؛ لأن عنده الجمعة هي الفريضة أصالة[٥]، والظهر كالبدل عنها، ولا مصير إلى البدل مع القدرة على الأصل. ولنا أن أصل الفرض هو الظهر[٦] في حق الكافة[٧]، هذا هو الظاهر[٨] إلا أنه مأمور بإسقاطه بأداء الجمعة، وهذا[٩] لأنه متمكن من أداء الظهر بنفسه، دون الجمعة؛ لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده، وعلى التمكن يدور التكليف.

فإن بدا له[١٠] أن يحضرها، فتوجه إليها والإمام فيها، بطل ظهره[١١]

(١) قوله: "وتنعقد بهم الجمعة [هذه مسألة مبتدأة. ب]" أي بالمسافر والعبد والمريض، إشارة إلى رد قول الشافعي: إن هؤلاء يصح إمامتهم، لكن لا تنعقد بهم الجمعة في العدد الذي تنعقد بهم الجمعة. (ع)

(٢) قوله: "قبل صلاة الإمام" قيد به لأنه إذا صلى الظهر في منزله بعد أن يصلي الإمام يوم الجمعة جاز بالاتفاق. (ب)

(٣) قيد به لأن المعذور إذا صلى قبله جازت. (ب)

(٤) قوله: "كره له ذلك" لا بد من كون المراد حرم عليه ذلك، وصحت الظهر؛ لأن ترك الفرض القطعي باتفاقهم الذي آكد من الظهر قد كان، فكيف لا يكون مرتكبًا حرامًا؟ (ف)

(٥) قوله: "هي الفريضة أصالة" لأنه مأمور بالسعي إليها منهي عن الاشتغال عنها بالظهر ما لم يتحقق فوت الجمعة، وهذه صورة الأصل والبدل. (عناية)

(٦) قوله: "هو الظهر" بالنص، وهو قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «وأول وقت الظهر حين تزول الشمس مطلقًا في الأيام».

(٧) قوله: "في حق الكافة" لأن التكليف بحسب القدرة، والمكلف بالصلاة في هذا الوقت متمكن بنفسه من أداء الظهر دون الجمعة؛ لتوقفها على شرائط لا تتم بدونها، فكان التكليف بالجمعة تكليفًا بما ليس في الوسع، إلا أنه أمر بإسقاط الظهر عند استجماع شرائطها. (عناية)

(٨) قوله: "هذا هو الظاهر [أي ظاهر المذهب عند أصحابنا الثلاثة. ب]" أشار به إلى أنه في هذا اختلاف الرواية، ففي "الذخيرة": فرض الوقت الظهر عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف، وهو قول محمد الأول، وفي قوله الآخر: الفرض أحدهما غير عين. (ب)

(٩) أي ما ذكرنا من كون الظهر أصلا. (ب)

(١٠) أي لمن صلى الظهر قبل صلاة الإمام. (ع)

عند أبى حنيفة بالسعى. وقالا(١): لا يبطل حتى يدخل مع الإمام(٢)؛ لأن السعى(٣) دون(٤) الظهر، فلا ينقضه بعد تمامه(٥)، والجمعة فوقها فينقضها، وصار(٦) كما إذا توجه بعد فراغ الإمام. وله أن السعى إلى الجمعة من خصائص الجمعة(٧)، فينزّل منزلتها فى حق ارتفاض الظهر احتياطًا(٨)، بخلاف(٩) ما بعد الفراغ منها؛ لأنه ليس(١٠) بسعى إليها.

ويكره أن يصلى المعذورون الظهر(١١) بجماعة يوم الجمعة فى المصر، وكذا أهل السجن؛ لما فيه من الإخلال بالجمعة؛ إذ هى جامعة للجماعات(١٢)، والمعذور قد يقتدى به غيره(١٣)، بخلاف أهل السواد(١٤)؛ لأنه لا جمعة

---

(١١) الذى صلى فى منزله. (ب)

(١) قوله: "وقالا إلخ" وذكر الإمام التمرتاشى، وكذا الخلاف فى المعذور إذا صلى، ثم توجه إليها، وكذا أيضًا فى "المحيط". (ك)

(٢) قوله: "حتى يدخل مع الإمام" فى هذا اللفظ إشارة إلى أن الإتمام مع الإمام ليس بشرط. (ك)

(٣) إذ هو ليس مقصوداً بنفسه. (ع)

(٤) لأنه حسن لمعنى فى غيره. (ف)

(٥) قوله: "فلا ينقضه بعد تمامه" أى فلا ينقض السعى الظهر بعد تمام الظهر؛ لأن الأعلى لا ينتقض بالأدنى (ب)

(٦) قوله: "وصار" أى هذا الذى بدا له أن يتوجه والإمام فيها، ولم يدخل معه. (ب)

(٧) قوله: "من خصائص الجمعة" لكونها صلاة مخصوصة لا يتمكن الإقامة إلا بالسعى إليها. (ع)

(٨) قوله: "احتياطًا" إذا الأقوى يحتاط لإثباته ما لا يحتاط فى إثبات الأضعف. (عناية)

(٩) جواب عن قياسهما. (ك)

(١٠) فلا يبطل الظهر. (ب)

(١١) قوله: "أن يصلى المعذورون [سواء قبل فراغ الإمام، أو بعده. ك] إلخ" وذكر الإمام التمرتاشى: مريض صلى الظهر بجماعة فى منزله يوم الجمعة بأذان وإقامة، قال محمد: هو حسن، وكذا جماعة المرضى، بخلاف المسجونين. (ك)

(١٢) قوله: "إذ هى جامعة للجماعات" هذا الوجه هو مبنى على عدم جواز تعدد الجمعة فى المصر الواحد، وعلى الرواية المختارة عند السرخسى وغيره من جواز تعددها، فوجهه أن فيه صورة معارضة الجمعة بإقامة غيرها. (ف)

(١٣) فلا يذهب إلى الجمعة. (ب)

(١٤) وهم أهل القرى. (ب)

عليهم، ولو صلى قوم أجزأهم؛ لاستجماع شرائطه.

ومن أدرك الإمام يوم الجمعة صلى معه ما أدركه، وبنى عليه الجمعة؛ لقوله عليه السلام[١]: «ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا[٢]»*، وإن كان أدركه في التشهد، أو في سجود السهو، بنى عليها الجمعة عندهما.

وقال محمد[٣]: إن أدرك معه أكثر الركعة الثانية[٤]، بنى عليها الجمعة، وإن أدرك أقلها[٥] بنى عليها الظهر؛ لأنه جمعة[٦] من وجه، ظهر من وجه؛ لفوات بعض الشرائط[٧] في حقه، فيصلي أربعًا اعتبارًا للظهر، ويقعد لا محالة[٨] على رأس الركعتين؛ اعتبارًا للجمعة، ويقرأ في الأخريين[٩]؛ لاحتمال النفلية.

ولهما أنه مدرك للجمعة[١٠] في هذه الحالة، حتى يشترط نية الجمعة، وهي ركعتان، ولا وجه لما ذكر؛ لأنهما مختلفان[١١]، فلا يبنى أحدهما على

---

(١) أخرجه الستة في كتبهم. (ف)

(٢) قوله: "وما فاتكم فاقضوا" ولا شك أن مراده ما فاتكم من صلاة الإمام بدليل قوله: ما أدركتم فصلوا، فإن معناه من صلاة الإمام. (عناية)

* رواه أبو هريرة رضي الله عنه راجع نصب الراية ج٢ ص٢٠٠، والدراية ج١رقم الحديث٢٧٧، ص٢١٦. (نعيم)

(٣) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد. (ب)

(٤) بأن أدركه في الركوع. (ك)

(٥) قوله: "أقلها" بأن أدركه بعد ما رفع الإمام رأسه من ركوع الركعة الثانية. (ك)

(٦) ولهذا لا يتأدى إلا بنية الجمعة (ع)

(٧) وهو الجماعة. (ب)

(٨) قوله: "لا محالة" بفتح الميم، معناه ههنا لا بد، والميم زائدة، فعلى هذا يجوز أن يكون من المحيلة وهو الحيلة، وأن يكون من الحول، وهو القوة والحركة. (ب)

(٩) قوله: "ويقرأ في الأخريين" والحاصل: أنه يعمل بالشبهين، ولزوم القعدة الأولى رواه الطحاوي عن محمد، كما هو لازم للإمام، وفي رواية المعلى عنه لا يلزم القعدة الأولى؛ لأنها ظهر من وجه، فلا تكون القعدة الأولى واجبة، وقيل: وجوبها للاحتياط. (ب)

(١٠) قوله: "أنه مدرك للجمعة" لأنه لا بد له من نية الجمعة، حتى لو نوى غيرها لم تصح اقتداءه. (ع)

(١١) حقيقةً وحكمًا. (ب)

تحريمة الآخر.

وإذا خرج الإمام[١] يوم الجمعة، ترك الناس الصلاة[٢] والكلام، حتى يفرغ من خطبته، قال: وهذا[٣] عند أبى حنيفة.

وقالا: لا بأس بالكلام إذا خرج الإمام قبل أن يخطب[٤]، وإذا نزل[٥] قبل أن يكبر؛ لأن الكراهة للإخلال[٦] بفرض الاستماع، ولا استماع هنا، بخلاف الصلاة؛ لأنها قد تمتد.

ولأبى حنيفة قوله عليه السلام[٧]: «إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام»[٨] * من غير فصل[٩]، ولأن الكلام[١٠] قد يمتد طبعًا، فأشبه

---

(١) من منزله، ويقال: المراد صعوده على المنبر. (ب)

(٢) يعنى التطوع، وأما الفائتة فتجوز. (ك)

(٣) قوله: "وهذا عند أبى حنيفةح" اختلف المشايخ على قوله، فقيل: إنما يكره الكلام الذى هو من كلام الناس، وأما التسبيح وأشباهه فلا، وقال بعضهم: كل ذلك يكره، والأول أصح، كذا فى "مبسوط فخر الإسلام"، وقال فى "العيون": المراد من الكلام إجابة المؤذن، وأما غيره من الكلام، فيكره إجماعًا. (ك)

(٤) قوله: "قبل أن يخطب" على المنبر، وفى "جوامع الفقه": عند أبى يوسف يباح الكلام عند جلوسه إذا مكث، وعند محمد لا يباح. (ب)

(٥) الخطيب من المنبر. (ب)

(٦) لكونه فى نفسه مباحا. (ع)

(٧) رفعه غريب. (ف)

(٨) قوله: "إذا خرج الإمام إلخ" ابن أبى شيبة عن على وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم كانوا يكرهون الصلاة والكلام بعد خروج الإمام، والحاصل: أن قول الصحابى حجة، فيجب تقليده عندنا. (ف)

قوله: "إذا خرج الإمام إلخ" لم يتعرض أحد من الشراح لحال هذا الحديث، غير أن الإنزارى قال: روى خواهر زاده فى "مبسوطه": عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام».

قلت: هذا غريب مرفوعا، ولهذا قال البيهقى: رفعه وهم فاحش، إنما هو من كلام الزهرى، رواه مالك فى "الموطأ"، وأخر[illegible] أبى شيبة عن على وابن عمر وابن عباس أنهم كانوا يكرهون الصلاة والكلام بعد خروج الإمام، وأخرج [illegible]روة قال: «إذا قعد الإمام على المنبر فلا صلاة»، وعن الزهرى أنه قال الرجل: يجىء يوم الجمعة، والإمام يخطب، يجلس ولا يصلى.

وفى "المبسوط": استدل أبو حنيفة بما روى أنه عليه السلام قال: «إذا كان يوم الجمعة قعدت الملائكة على أبواب المساجد يكتبون الأول فالأول» إلى أن قال: «فإذا خرج الإمام طووا الصحف وجاءوا يستمعون الذكر»، وإنما يطوون الصحف إذا طوى الناس الكلام فأما إذا كانوا يتكلمون فهم يكتبون، قال تعالى: ﴿ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد﴾، انتهى.

الصـــلاة. وإذا أذن(١) المؤذنون(٢) الأذان الأول(٣)، ترك الناس البيع والشراء، وتوجهوا إلى الجمعة؛ لقوله تعالى: ﴿فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾. وإذا صعد(٤) الإمام المنبر جلس، وأذن المؤذنون بين يدى المنبر،

وروى الطحاوى من حديث عوف بن قيس عن أبى الدرداء أنه قال: جلس رسول الله ﷺ يوم الجمعة على المنبر يخطب الناس، فتلا آية وإلى جنبى أبى بن كعب، فقلت له: يا أبى! متى أنزلت هذه الآية، فأبى أن يكلمنى، حتى نزل رسول الله عن المنبر، فقال: «ما لك من جمعتك إلا ما لغوت»، ثم انصرف رسول الله، فجئته فأخبرته يا رسول الله! تلوت آية وإلى جنبى أبى، فسألته متى نزلت هذه، فأبى أن يكلمنى حتى إذا نزلت زعم أن ليس من جمعتي إلا ما لغوت، فقال رسول الله: «صدق إذا سمعت الإمام يتكلم فأنصت حتى ينصرف».

وأخرجه أحمد فى "مسنده" غير أن لفظه: «فأنصت حتى يفرغ»، وأخرج ابن أبى شيبة فى "مصنفه" من حديث الشعبى أن أبا ذر أو الزبير بن العوام سمع أحدهما من النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه يقرأ، وهو على المنبر يوم الجمعة، فقال لصاحبه: متى أنزلت هذه الآية، فلما قضى صلاته قال له عمر بن الخطاب: "لا جمعة لك"، فأتى رسول الله فذكر ذلك له، فقال: «صدق عمر». (عينى رح)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٠١، والدراية ج١رقم الحديث٢٧٨، ص٢١٦. (نعيم)

(٩) بين أن يكون قبل أن يخطب أو بعده. (ب)

(١٠) جواب عما قالا. (ب)

(١) قوله: "وإذا أذن" قال الرملى فى حاشية "البحر": لم أر نصًا صريحًا فى جماعة الأذان المسمى فى ديارنا بأذان الجوق، وذكره الشافعية بين يدى الخطيب.

واختلفوا فى استحبابه وكراهته، وصرح فى "النهاية" فى الأذان الأول عند قول صاحب "الهداية": وإذا أذن المؤذنون إلخ بأنه المتوارث، ففيه دليل على أنه غير مكروه، وكذلك نقول فى الأذان بين يدى الخطيب: فهى بدعة حسنة، انتهى ملخصًا.

أقول: وقد ذكر سيدى عبد الغنى المسألة كذلك؛ آخذا من كلام صاحب "النهاية"، ثم قال: ولا خصوصية للجمعة؛ إذ الفروض الخمسة تحتاج إلى الإعلام. (رد المحتار)

(٢) قوله: "المؤذنون" بلفظ الجمع إخراجا للكلام مخرج العادة، فإن المتوارث فى أذان الجمعة اجتماع المؤذنين؛ ليبلغ أصواتهم إلى أطراف المصر الجامع.

(٣) قوله: "الأذان الأول" أراد به الأذان الذى حدث فى زمن عثمان رضى الله عنه، ولم ينكره أحد من المسلمين. (ب)

(٤) قوله: "وإذا صعد" أقول: ههنا أمور يجب ذكرها: الأول: أن الخطبة على المنبر سنة، به جرى التوارث، وما اعتيد فى زماننا من أن الإمام ينزل فى الخطبة الثانية إلى درجة سفلى من درجات المنبر، ثم يعود بدعة قبيحة شنيعة، لا أصل له فى الشرع، كذا نقله صاحب "رد المحتار" عن ابن حجر.

الثانى: جرى الرواج فى زماننا أن الإمام يسلم على القوم حين يرقى على المنبر، وهو أمر لا أصل له فى الشرع، كذا ذكره على القارى فى "شرح المشكاة"، وقد ورد فى بعض الأحاديث ذلك إلا أنها ضعيفة، كما بسطه الزيلعى وغيره.

الثالث: قراءة الخطبة بالفارسية يجوز عند أبى حنيفة، وعندهما لا، إلا للعاجز عن العربية، كذا فى "الدر المختار"، ومنه يعلم حكم قراءة الأشعار الفارسية فى الخطبة، والأولى ترك ذلك؛ لمخالفة فعل صاحب الشرع.

بذلك جرى التوارث(١)، * ولم يكن(٢) على عهد رسول الله ﷺ إلا هذا الأذان، ولهذا قيل(٣): هو المعتبر(٤) في وجوب السعي، وحرمة البيع(٥)، والأصح أن المعتبر(٦) هو الأول(٧) إذا كان بعد الزوال لحصول

الرابع: ما يفعله بعض الخطباء في المدينة المنورة من تحويل الوجه جهة اليمين، وجهة اليسار عند الصلاة على النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في الخطبة الثانية بدعة، ينبغي تركها، ذكره في "رد المحتار"، ويؤيده قول صاحب "البدائع" من السنة: أن يستقبل الناس بوجهه، ويستدبر القبلة، انتهى.

الخامس: بعض الخطباء يقرأون في الخطبة الثانية "وارض عن عمي نبيك الحمزة والعباس" بإدخال اللام في الحمزة، وإبقاء منع صرفه، وهذا خطأ فاحش.

السادس: ما يفعله المؤذنون في الحرمين من الترضي على الصحابة، والصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام حين ذكر الخطيب أسماءهم بدعة ومكروه اتفاقا، كما بسطه صاحب "البحر الرائق".

السابع: يكره الصلاة مطلقًا إلا قضاء الصبح لصاحب الترتيب من حين صعود الإمام على المنبر إلى تمام الصلاة، فما يفعله العوام من أداء سنة الجمعة في الخطبة الثانية، أو بين الخطبتين، أو بين الخطبة والصلاة، يجب على الخطباء نهيهم عنه.

الثامن: يكره الكلام مطلقًا، دينيًا كان أو دنيويًا من حين شروع الإمام في الخطبة اتفاقًا، وأما قبل الشروع بعد صعوده على المنبر، فيكره الكلام الدنيوي اتفاقا، وأما الكلام الديني كالتسبيح والتهليل فلا يكره عندهما، وروى بعض المشايخ عنه أنه يكره، والأصح أنه لا يكره عنده أيضًا، صرح به في "النهاية" وغيرها.

فعلى هذا لا يكره إجابة الأذان الثاني، ودعاء الوسيلة بعده، ما لم يشرع الإمام في الخطبة، كيف وقد ثبت ذلك من فعل معاوية رضي الله عنه في "صحيح البخاري"؟

فما في "الدر المختار" في باب الأذان: وينبغي أن لا يجيب بلسانه اتفاقًا في الأذان بين يدي الخطيب انتهى، خطأ فاحش، هذا نبذ مما ذكرته في شرح "شرح الوقاية"، وإن شئت التفصيل، فارجع إليه نسأل الله تعالى التوفيق لإتمامه بحرمة النبي وآله. (مولوي محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(١) من زمن عثمان. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٠٤، والدراية ج١ رقم الحديث٢٧٩، ص٢١٧. (نعيم)

(٢) قوله: "ولم يكن إلخ" أخرج الجماعة إلا مسلم عن السائب بن يزيد، قال: كان النداء يوم الجمعة أوله إذا جلس الإمام على المنبر من عهد رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم، وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فلما كان زمن عثمان وكثر الناس، زاد النداء الثالث على الزوراء، وفي رواية البخاري: النداء الثاني، وزاد ابن ماجة: على دار في السوق يقال لها: الزوراء، وسميت ثالثا؛ لأن الإقامة تسمى أذانًا. (ف)

(٣) به قال الطحاوي. (ك)

(٤) في "فتاوى العتابي": هو المختار. (ب)

(٥) قوله: "وحرمة البيع" قال الإنزاري: فيه نظر؛ لأن البيع وقت الأذان جائز، لكنه يكره، وبه صرح في "شرح الطحاوي"، وهذا لأن النهي في معنى لغيره لا يعدم المشروعية.

قلت: فيه اختلاف العلماء، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والشافعي: يجوز البيع مع الكراهة، وهو قول الجمهور، وقال مالك وأحمد والظاهرية: البيع باطل. (ب)

(٦) وهو اختيار السرخسي. (ب)

الإعلام به، والله أعلم.

باب العيدين (١)

وتجب صلاة العيد على كل من تجب عليه صلاة الجمعة(٢)، وفي "الجامع الصغير"(٣): عيدان(٤) اجتمعا في يوم واحد، فالأول سنة، والثاني فريضة، ولا يترك واحد منهما، قال: وهذا تنصيص على السنة(٥)، والأول على الوجوب، وهو(٦) رواية عن أبي حنيفة. وجه الأوّل مواظبة(٧) النبي ﷺ عليها، ووجه الثاني قوله ﷺ في حديث الأعرابي(٨) عقيب سؤاله: هل على غيرهن قال: «لا إلا أن تطوّع»*،

---

(٧) قوله: "هو الأول" لأنه لو انتظر الأذان عند المنبر يفوته أداء السنة، وسماع الخطبة. (ك)

(١) قوله: "باب العيدين [أي باب صلاة العيدين. ع]" وجه المناسبة بين صلاة العيد والجمعة، هو أنه لما اشتركتا في الشروط، حتى الإذن العام إلا الخطبة، ولم تجب إلا على من تجب. (ف)

(٢) أشار بهذا إلى أن صلاة العيد واجبة. قلت: ظاهر مذهب أحمد أنها فرض كفاية. (ب)

(٣) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" ذكره لتنصيصه على السنة، وفي "النهاية" لمخالفة ما في القدوري، وهو دأبه في كل ما يخالفه، وهذا سهو، فإن القدوري لم يتعرض لصفة الصلاة، وقوله: وتجب إلخ زيادة في "البداية". (ف)

(٤) **قوله**: "عيدان" أراد العيد والجمعة إلا أنه سماها عيدا تبركا بقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم. «**لكل** مؤمن في كل شهر أربعة أعياد أو خمسة أعياد»، أو لأن الجمعة يعاد إليها في كل أسبوع، كما أن **العيد يعاد إليه** في كل سنة، أو لأن الله تعالى يعود إلى عباده بالمغفرة فيه، وفي الجمعة كذلك، ففي الحديث: «**الجمعة إلى** الجمعة كفارة لما بينهما»، أو هو على التغليب كالعمرين والقمرين. (ك)

(٥) وبه قال الشافعي ومالك. (ب)

(٦) رواه الحسن. (ب)

(٧) قوله: "مواظبة [أي من غير ترك، وهو ثابت في بعض النسخ. ف] إلخ" فإن قلت: يلزم عليه الأذان والإقامة في سائر الصلوات، فإنها من الشعائر، وتقام على سبيل الإجهار مع أنهما سنة. قلت: صلاة العيد شعار شرعت مقصودة بنفسها، وهذا الأشياء شرعت تبعًا لغيرها. (ب)

(٨) قوله: "في الأعرابي" أخرجه البخاري ومسلم في الإيمان عن طلحة بن عبد الله قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم من أهل نجد ثائرا الرأس يسمع دوى صوته، ولا نفقه ما يقول: حتى دنا من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فإذا هو يسأل عن الإسلام، فقال: خمس صلوات في اليوم والليلة، فقال: هل علي غيرهن؟ قال: لا، إلا أن تطوع، وصيام شهر رمضان، قال: هل علي غيرهن؟ قال: لا، إلا أن تطوع، وذكر الزكاة، قال: هل علي غيرها؟ قال: لا، إلا أن تطوع، قال: فأدبر الرجل وهو يقول: والله لا أزيد على هذا، ولا أنقص منه، فقال رسول الله: أفلح إن صدق، وقوله: إلا أن تطوع بتشديد الطاء والواو كليهما؛ لأن أصله: وتتطوع بالتائين. (ب)

والأول أصح[١]، وتسميته سنة لوجوبه بالسنة. ويستحب في يوم الفطر أن يطعم[٢] قبل الخروج إلى المصلى، ويغتسل، ويستاك، ويتطيب؛ لما روى[٣] أنه ﷺ كان يطعم* في يوم الفطر قبل أن يخرج إلى المصلى، وكان يغتسل[٤] في العيدين، ولأنه يوم اجتماع، فيسن فيه الغسل والتطيب كما في الجمعة، ويلبس أحسن ثيابه[٥]؛ لأن النبي ﷺ[٦] كان له جبة[٧] فَنَك[٨] أو صوف يلبسها في الأعياد**. ويؤدي صدقة الفطر إغناء للفقير؛ ليتفرغ قلبه للصلاة، ويتوجه إلى المصلى[٩]، ولا يكبر عند أبي حنيفة في طريق المصلى[١٠]***، وعندهما يكبر؛ اعتباراً بالأضحى، وله أن الأصل في الثناء الإخفاء[١١]، والشرع ورد به[١٢] في الأضحى؛ لأنه يوم

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٠٨، والدراية ج١رقم الحديث ٢٨٠، ص٢١٨. (نعيم)

(١) رواية ودراية. (ف)

(٢) ويستحب كون المطعوم حلواً. (ف)

(٣) رواه البخاري. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٠٨، والدراية ج١رقم الحديث٢٨١، ص٢١٨. (نعيم)

(٤) حديث آخر، رواه ابن ماجة. (ب)

(٥) جديدا كان أو غسيلا. (ب)

(٦) هذا الحديث غريب. (ف)

(٧) قوله: "جبة فنك" هو بفتح الفاء والنون، وقد روى البيهقي أنه كان له برد أحمر يلبسه في الأعياد. (ب)

(٨) قوله: "فنك" فنک جانوری است كه از پوست آں پوستين سازند، وآں پوستين نيكو ترين پوستينها مى باشد. (م)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٠٩، والدراية ج١، ص٢١٨. (نعيم)

(٩) والمشي أفضل. (ب)

(١٠) قوله: "ولا يكبر إلخ" الخلاف في التكبير بالجهر في الفطر، لا في أصله، وفي "الخلاصة" ما يفيد أن الخلاف في أصله، وليس بشيء. (ف)

*** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٠٩، والدراية ج١رقم الحديث٢٨٢، ص٢١٩. (نعيم)

(١١) لقوله تعالى: ﴿واذكر ربك في نفسك﴾ الآية. (ب)

(١٢) أي الجهر. (ب)

تكبير، ولا كذلك الفطر. ولا يتنفل في المصلى قبل صلاة العيد؛ لأن النبي ﷺ[١] لم يفعل ذلك مع حرصه على الصلاة*، ثم قيل[٢]: الكراهة في المصلى خاصة، وقيل: فيه وفي غيره عامة؛ لأنه ﷺ لم يفعله.

وإذا حلت الصلاة[٣] بارتفاع الشمس دخل وقتها إلى الزوال، وإذا زالت الشمس خرج وقتها؛ لأن النبي ﷺ[٤] كان يصلي[٥] العيد والشمس على قيد[٦] رمح[٧]، أو رمحين**، ولما شهدوا[٨] بالهلال بعد الزوال أمر بالخروج[٩] إلى المصلى من الغد***.

ويصلي الإمام بالناس ركعتين، يكبر في الأولى للافتتاح[١٠]، وثلاثًا

---

(١) أخرجه الأئمة الستة. (ت)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢١٠، والدراية ج١رقم الحديث٢٨٣، ص٢١٩. (نعيم)

(٢) قوله: "ثم قيل إلخ" عامة المشايخ على كراهة التنفل قبلها في المصلى والبيت، وبعدها في المصلى خاصة. (ف)

(٣) قوله: "وإذا حلت إلخ" هو من الحل؛ لأن الصلاة قبل ارتفاع الشمس كانت حرامًا، لا مباحًا، لا من الحلول. (ك)

(٤) دليل دخول الوقت. (ع)

(٥) قوله: "كان يصلي العيد والشمس إلخ" روى ابن ماجة عن يزيد بن خمير بضم المعجمة، قال: خرج علينا عبد الله من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم مع الناس يوم عيد فطر أو أضحى، فأنكر إبطاء الإمام، وقال: إنا كنا مع النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قد فرغنا ساعتنا هذه، وذلك حين التسبيح. صححه النووي في "الخلاصة"، والمراد بالتسبيح التنفل. (ف)

(٦) بكسر القاف وسكون الياء. (ب)

(٧) أي قدر رمح. (ع)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢١١، والدراية ج١رقم الحديث٢٨٤، ص٢١٩. (نعيم)

(٨) دليل خروج الوقت. (ع)

(٩) قوله: "أمر بالخروج [أخرجه الدارقطني. ف]" من الغد، ولو جاز الأداء بعد الزوال لم يكن للتأخير معنى. (ك)

*** أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث أبي عمير بن أنس، راجع نصب الراية ج٢ ص٢١١، والدراية ج١رقم الحديث٢٨٥، ص٢١٩. (نعيم)

(١٠) وهي تكبيرة الإحرام. (ب)

بعدها، ثم يقرأ الفاتحة وسورة، ويكبر تكبيرة يركع بها، ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة، ثم يكبر ثلاثًا بعدها، ويكبر رابعة يركع بها، وهذا[١] قول[٢] ابن مسعود*، وهو قولنا. وقال ابن عباس**: يكبر في الأولى للافتتاح وخمسًا بعدها، وفي الثانية يكبر خمسًا، ثم يقرأ[٣]، وفي رواية: يكبر أربعًا[٤]، وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس؛ لأمر بنيه الخلفاء[٥]، فأما المذهب فالقول الأول[٦]؛ لأن التكبير ورفع الأيدي[٧] خلاف المعهود[٨]، فكان الأخذ بالأقل أولى[٩].

ثم التكبيرات من أعلام الدين، حتى يجهر بها[١٠]، فكان الأصل فيها الجمع[١١]، وفي الرعة الأولى يجب إلحاقها بتكبيرة الافتتاح؛ لقوتها من حيث الفرضية والسبق[١٢]، وفي الثانية لم يوجد إلا تكبيرة الركوع، فوجب

(١) وهو رواية عن أحمد. (ب)

(٢) وبه قال أبو موسى الأشعري وابن الزبير وحذيفة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢١٣، والدراية ج١ رقم الحديث٢٨٦، ص٢٢٠. (نعيم)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢١٥، والدراية ج١، ص٢٢٠. (نعيم)

(٣) قوله: "وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ"، فالخلاف بين قول ابن مسعود وابن عباس في موضعين: أحدهما: في عدد التكبيرات الزوائد، فعند ابن مسعود ست، وعنده عشر، والآخر: أن التكبيرات الزوائد عند ابن مسعود بعد الفراغ من القراءة في الركعة الثانية، وعند ابن عباس قبلها. (ب)

(٤) في الركعة الثانية. (ب)

(٥) قوله: "لأمر بنيه إلخ" وذلك لأن الولاية لما انتقلت إلى بني العباس أمروا الناس بالعمل في التكبيرات بقول جدهم، وكتبوا في مناشرهم، وهو تأويل ما روى عن أبي يوسف أنه قدم بغداد، وصلى بالناس صلاة العيد، وخلفه هارون الرشيد فكبر تكبيرات ابن عباس، وروى عن محمد هكذا. (ك)

(٦) قوله: "فالقول الأول" وهو قول عمر وأبي هريرة وأبي مسعود الأنصاري. (ع)

(٧) من حيث المجموع. (ع)

(٨) في الصلوات. (ع)

(٩) لثبوته بيقين. (ب)

(١٠) فكان كتكبيرة الافتتاح. (ع)

(١١) لأن الجنـ ـبة علة الضم. (ع)

(١٢) قوله: "لقوتها إلخ" تقريره أن تكبيرات العيد لم تؤخر في الركعة الأولى عن القراءة إلحاقًا لها بتكبيرة

الضم إليها، والشافعي أخذ بقول ابن عباس(١) إلا أنه حمل المروى كله على الزوائد(٢)، فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر أو ستة عشر(٣).

قال: ويرفع يديه(٤) في تكبيرات(٥) العيدين، يريد(٦) به ما سوى التكبير في الركوع؛ لقوله ﷺ(٧): «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن»(٨)، وذكر من جملتها تكبيرات الأعياد، وعن أبي يوسف أنه لا يرفع، والحجة عليه ما روينا(٩).

قال: ويخطب بعد الصلاة(١٠) خطبتين، بذلك ورد النقل

الركوع، كما هو قول علي رضي الله عنه، بل قدمت إلحاقًا بتكبيرة الافتتاح؛ لأنها أقوى من حيث إنها فرض، ومن حيث إنها سابقة. (ب)

(١) وهو الأكثر. (ب)

(٢) قوله: "حمل المروى كله على الزوائد [ثم ألحق بها الأصليات. ك]" في "المبسوط": المشهور عنه روايتان: احدهما: أن يكبر في العيدين ثلاث عشر تكبيرة، تكبيرة الافتتاح، وتكبيرتا الركوع، وعشر زوائد، خمس في الركعة الأولى، وخمس في الركعة الثانية.

وفي رواية أخرى ثنتا عشرة تكبيرة، تكبيرة الافتتاح وتكبيرتا الركوع، وتسع زوائد، خمس في الركعة الأولى، وأربع في الركعة الثانية، أي حمل المروى على الزوائد عملا بظاهر الرواية أن ابن عباس يكبر في العيدين ثلاث عشرة، أو ثنتي عشرة تكبيرة. (ك)

(٣) احتياطًا. (ب)

(٤) قوله: "ويرفع يديه في تكبيرات العيدين" وهو مذهب الشافعي وأحمد وعطاء والأوزاعي، وقال سفيان الثوري ومالك: لا يرفع، وبه قال الظاهرية. (ب)

(٥) قوله: "في تكبيرات" أقول: صرح الفقهاء بأنه يرسل اليدين في ما بين تكبيرات العيدين، وسئلت إذا فرغ الإمام من التكبيرة الثالثة في الركعة الثانية، فهل يرسل اليدين ثم يكبر للركوع أم يضع؟.

فأجبت بأنه يرسل ههنا أيضًا، بناء على ما صرحوا أن كل قيام فيه ذكر مسنون ففيه الوضع كالقيام، وما لا فلا، وهذا قيام ليس فيه ذكر مسنون، فيكون فيه الإرسال، وهو ظاهر، ومع ظهوره لا يقبل نزاع منازع.

ثم رأيت تصريح ما أجبت به في "مجالس الأبرار" لملا سعد الرومي من المتأخرين، وهو كتاب معتبر، كما قال مولانا عبد العزيز الدهلوي في بعض تحريراته، فمن قال: إنه غير معتبر، فهو غير معتبر. (مولوى محمد عبد الحي نور الله مرقده).

(٦) القدوري. (ب)

(٧) قلت: تقدم في صفة الصلاة، وليس فيه تكبيرات العيد. (ت)

(٨) تقدم حديث في باب صفة الصلاة. (ف)

(٩) الحديث المذكور. (ب)

(١٠) قوله: "بعد الصلاة" بتقديمها على الخطبة قال أبو بكر وعمر وعثمان وعلي والمغيرة وابن عباس

المستفيض[١]، * يعلّم الناس فيها صدقة الفطر وأحكامها؛ لأنها شرعت لأجله. ومن فاتته[٢] صلاة العيد مع الإمام لم يقضِها[٣]؛ لأن الصلاة بهذه الصفة لم تعرف قربة إلا بشرائط[٤] لا تتم بالمنفرد.

فإن غم[٥] الهلال وشهدوا عند الإمام برؤية الهلال بعد الزوال، صلى العيد من الغد؛ لأن هذا تأخير بعذر، وقد ورد فيه الحديث[٦].

فإن حدث عذر يمنع من الصلاة في اليوم الثاني لم يصلها بعْده؛ لأن الأصل فيها أن لا تقضى كالجمعة إلا أنا تركناه بالحديث، وقد ورد بالتأخير إلى اليوم الثاني عند العذر[٧].

ويستحب في يوم الأضحى أن يغتسل ويتطيب؛ لما ذكرناه[٨]، ويؤخر الأكل حتى يفرغ من الصلاة؛ لما روى[٩] أن النبي ﷺ كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع، فيأكل من أضحيته.

ويتوجه إلى المصلى وهو يكبر[١٠]؛ لأنه ﷺ كان يكبر[١١] في الطريق،

وابن مسعود وهو قول الثوري والأوزاعي والشافعي وأحمد وأبي ثور وإسحاق، وجمهور أهل العلم، وعن عثمان أنه لما كثر الناس خطب قبل الصلاة، ومثله عن ابن الزبير ومروان بن الحكم. (ب)

(١) رواه البخاري ومسلم وغيره. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٢٠، والدراية ج١ رقم الحديث٢٨٧، ص٢٢١. (نعيم)

(٢) قوله: "ومن فاتته إلخ" حاصله أدى الإمام صلاة العيد، ولم يؤدها هو، أما إذا فاتت مع الإمام أيضاً يصليها مع الجماعة في اليوم الثاني. (ب)

(٣) وعند الشافعي يقضي؛ لأن الجماعة والسلطان ليس بشرط عنده. (ع)

(٤) من الجماعة والسلطان. (ع)

(٥) قوله: "فإن غم" بضم الغين المعجمة على ما لم يسم فاعله، معناه إذا ستره عنه غيم أو غيره فلم يرَ. (ب)

(٦) المذكور بقوله: «ولما شهدوا». (ب)

(٧) وعند عدمه يقصر على القياس. (ب)

(٨) أراد به ما ذكر: كان يغتسل. (ب)

(٩) رواه ابن ماجة والترمذي. (ب)

(١٠) قوله: "وهو يكبر" بلا توقف، فإذا انتهى إليه يترك، كما في "التحفة"، وفي "الكافي": حتى يشرع الإمام في الصلاة. (ب)

ويصلى ركعتين كالفطر، كذلك نقل[١]، ويخطب بعدها خطبتين؛ لأنه ﷺ كذلك فعل[٢]، ويعلّم الناس فيهما الأضحية[٣]، وتكبير التشريق؛ لأنه[٤] مشروع الوقت، والخطبة ما شرعت إلا لتعليمه. فإن كان عذر يمنع من الصلاة فى يوم الأضحى صلاها من الغد وبعد الغد[٥]، ولا يصليها بعد ذلك؛ لأن الصلاة موقتة بوقت الأضحية، فيقيد بأيامها، لكنه مسىء فى التأخير من غير عذر لمخالفة المنقول[٦].

والتعريف الذى يصنعه الناس[٧] ليس بشىء[٨]، وهو أن يجمع الناس يوم عرفة فى بعض المواضع تشبيهاً بالواقفين بعرفة؛ لأن الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان مخصوص، فلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك[٩].

---

(١١) قوله: "كان يكبر فى الطريق" هذا غريب، ولم يتعرض إليه أحد من الشراح، ولكن روى البخارى فى "الصحيح"، وقال: كان ابن عمر وأبو هريرة يخرجان إلى السوق أيام العشر يكبران، ويكبر الناس بتكبيرهما. (ب)

(١) قوله: "كذلك نقل" أى عن جماعة من الصحابة، وهم عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وأبو موسى الأشعرى وحذيفة. (ب)

(٢) فيه أحاديث كثيرة. (ت)

(٣) من كونها واجبة. (ب)

(٤) قوله: "لأنه مشروع الوقت" معناه أن كلا من الأضحية وتكبير التشريق ما شرع إلا فى أيام الأضحية. (ب)

(٥) يعنى ثلاثة أيام. (ب)

(٦) قوله: "لمخالفة المنقول" يصح أن يكون جوابا لسؤال مقدر، وهو أن يقول: لما كانت الصلاة موقتة بوقت الأضحية، فلو أخرها بغير عذر فكيف يكون مسيئًا، فأجاب بقوله: لكنه مسىء لمخالفة ما نقل عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (ب)

(٧) قوله: "الذى يصنعه الناس" فى "المغرب": التعريف المحدث هو التشبه بأهل عرفة فى غير عرفة، وهو أن يخرجوا إلى الصحراء فيدعوا ويتضرعوا. (ب)

(٨) قوله: "ليس بشىء" ظاهر مثل هذا اللفظ أنه مطلوب الاجتناب، وفى "النهاية": أى ليس بشىء يتعلق به الثواب، وهو يصدق على الإباحة. (ف)

(٩) مثل الطواف والسعى وغيره. (ب)

فصل[١] فى تكبيرات التشريق[٢]

ويبدأ بتكبير التشريق[٣] بعد صلاة الفجر[٤] من يوم عرفة، ويختم عقيب صلاة العصر[٥] من يوم النحر عند أبى حنيفة، وقالا: يختم عقيب صلاة العصر[٦] من آخر أيام التشريق*.

والمسألة مختلفة بين الصحابة[٧]، فأخذا[٨] بقول على أخذًا بالأكثر؛ إذ هو الاحتياط[٩] فى العبادات، وأخذ[١٠] بقول ابن مسعود أخذًا بالأقل؛ لأن الجهر بالتكبير بدعة، والتكبير أن يقول مرة واحدة[١١]: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد، هذا هو المأثور عن الخليل صلوات الله عليه[١٢].

(١) قوله: "فصل" لما كان تكبير التشريق ذكرا خاصا بالأضحى ناسب ذكره فى فصل على حدة. (ع)

(٢) قوله: "فى تكبيرات التشريق" هو مصدر من شرق اللحم، إذا بسطه فى الشمس ليجف، وسميت بذلك؛ لأن لحم الأضاحى كانت تشرق فيها بمنى. (ب)

(٣) قوله: "بتكبير التشريق" قال شمس الأئمة الكردرى: هذه الإضافة إنما يستقيم على قولهما؛ لأن بعض التكبيرات يقع فيها، وعلى قول أبى حنيفة لا يقع شىء من التكبيرات فيها. (ك)

(٤) قوله: "بعد صلاة الفجر" وبه أخذ علماءنا، وكبار الصحابة كعمر وعلى وابن مسعود، وصغارهم كعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت قالوا: يبدأ من صلاة الظهر من يوم النحر. (ع)

(٥) وهو قول عبد الله بن مسعود والأسود والنخعى. (ب)

(٦) وهو قول عمر وعبد الله بن عباس وعلى. وبه أخذ الشافعى وأحمد(ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٢٢، والدراية ج١، ص٢٢٢. (نعيم)

(٧) الشيوخ والشبان. (ب)

(٨) وعليه الفتوى. (در مختار)

(٩) قوله: "إذ هو الاحتياط" لأن الإتيان بشىء ليس عليه أولى بترك شىء واجبًا عليه. (ك)

(١٠) أى أبو حنيفة.

(١١) احتراز عن قول الشافعى: إنه يذكر التكبير ثلاثًا، وفى التهليل قولان.

(١٢) قوله: "هو المأثور عن الخليل" قال الزيلعى: لم أجده مأثورًا عن الخليل، ولكنه مأثور عن ابن مسعود.

وفى "المبسوط" و قاضى خان: أن أصله أن إبراهيم عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام لما اشتغل بمقدمات ذبح ولده، جاء جبرئيل بالفداء من السماء خاف العجلة، فنادى: الله أكبر الله أكبر، فلما سمع إبراهيم رفع رأسه إلى السماء، فعلم أنه جاء بالفداء، فقال: لا إله إلا الله والله أكبر، فسمعه الذبيح، فقال: الله أكبر ولله الحمد، فصار

وهو عقيب الصلوات المفروضات(١) على المقيمين في الأمصار، في الجماعات المستحبة عند أبي حنيفةَ، وليس على جماعات النساء إذا لم يكن معهن رجل، ولا على جماعة المسافرين إذا لم يكن معهم مقيم.

وقالا: هو على كل من صلى المكتوبة؛ لأنه تبع للمكتوبة، وله ما روينا من قبل(٢)، والتشريق هو الجهر بالتكبير، كذا نقل عن الخليل ابن أحمد(٣)، ولأن الجهر بالتكبير خلاف السنة، والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط(٤)، إلا أنه يجب على النساء إذا اقتدين بالرجال، وعلى المسافرين عند اقتداءهم بالمقيم بطريق التبعية، قال يعقوب(٥): صليت بهم(٦) المغرب يوم عرفة، فسهوت أن أكبر، فكبر أبو حنيفة، دل أن الإمام وإن ترك التكبير لا يتركه المقتدى، وهذا لأنه لا يؤدى في حرمة الصلاة(٧)، فلم يكن الإمام فيه حتماً، وإنما هو(٨) مستحب(٩).

ذلك سنة إلى يوم القيامة. (ب)

(١) قوله: "المفروضات" إشارة إلى أنه لا يكبر بعد الوتر، وصلاة العيد، والنافلة، وقيد بالإقامة؛ لأن المسافر لا يكبر، وقيد بالأمصار؛ لأنه لا يكبر في القرى، وقيد بالجماعات؛ لأنه لا تكبير بالمنفرد، وقيد بالمستحبة، احترازاً عن جماعة النساء؛ فإنه لا تكبير عليهن إذا لم يكن معهن رجل. (ع)

(٢) قوله: "ما روينا من قبل" وهو الذي ذكره في أول باب الجمعة، وهو قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا جمعة والتشريق» إلخ. (ب)

(٣) وهو من أئمة أهل اللغة. (ب)

(٤) أشار به إلى الفرض، والإقامة، والمصر، والجماعة، والذكورية. (ب)

(٥) قوله: "قال يعقوب [هو أبو يوسف ح. ف] إلخ" تضمنت الحكاية من "الفوائد" أنه إذا لم يكبر الإمام لا يسقط عن المقتدى، وبجلالة قدر أبي يوسف عند الإمام، وعظم منزلة الإمام في قلبه، حيث نسى ما لا ينسى عادة. (ن)

(٦) أي المسافرين. (ب)

(٧) قوله: "لا يؤدى في حرمة الصلاة" بخلاف سجود السهو، فإنه إذا تركه الإمام تركه المقتدى؛ لأنه يؤتى به في حرمة الصلاة بخلاف التكبير. (ك)

(٨) فيكبر إذا تركه إمامه. (ب)

(٩) أي وجود الإمام في التكبير. (ب)

باب صلاة الكسوف(١)

قال: إذا انكسفت الشمس، صلى الإمام بالناس(٢) ركعتين كهيئة النافلة(٣)، فى كل ركعة ركوع واحد(٤)، وقال الشافعى(٥): ركوعان(٦)، له ما روت عائشة(٧)*. ولنا رواية ابن عمر(٨)**، والحال أكشف

---

(١) قوله: "باب صلاة الكسوف [الأشهر فى سنة الفقهاء تخصيص الكسوف بالشمس، والخسوف بالقمر، وهو الأفصح. ب]" وجه المناسبة بين البابين من حيث إنهما يؤديان بجماعة فى النهار بغير أذان وإقامة، وأخرها من العيد؛ لأن صلاة العيد واجبة على الأصح، كما ذكرناه فى ما مضى.

والتناسب بين هذه الأبواب الثلاثة أعنى باب صلاة العيد وصلاة الكسوف، وصلاة الاستسقاء ظاهر، وأوردها على حسب رتبتها، فقدم العيد؛ لكثرة وقوعها، وكذلك قدم الكسوف على الاستسقاء لهذا. (ب)

(٢) قوله: "صلى الإمام إلخ" أجمعوا على أنها تصلى فى المسجد الجامع بجماعة، أو بمصلى العيد، ولا تصلى فى الأوقات المكروهة. (ف)

(٣) قوله: "كهيئة النافلة [أى بلا أذان، وإقامة، وخطبة. ف]" يحتمل أن يكون احترازاً عن قول أبى يوسف رحمه الله فإنه قال: كهيئة صلاة العيد. (ك)

(٤) وهو مذهب عبد الله بن الزبير، وبه قال الثورى والنخعى. (ب)

(٥) وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(٦) قوله: "ركوعان" وصورة صلاة الكسوف عنده أن يقوم فى الركعة الأولى، ويقرأ فيها فاتحة الكتاب، وسورة البقرة إن كان يحفظها، وإن كان لا يحفظها يقرأ غير ذلك مما يعدلها، ثم يركع، ويمكث فى ركوعه مثل ما مكث فى قيامه، ثم يرفع رأسه ويقوم، ويقرأ سورة آل عمران إن كان يحفظها، وإن كان لا يحفظها يقرأ غيرها مما يعدلها، ثم يركع ويمكث فى ركوعه مثل ما مكث فى ركوعه، ثم يرفع رأسه، ثم يسجد سجدتين. ثم يقوم ويمكث فى قيامه، ويقرأ فيه مقدار ما يقرأ فى القيام الثانى فى الركعة الأولى، ثم يركع ويمكث مثل ما مكثه فى هذا القيام، ثم يقوم ويمكث فى قيامه مثل ما مكث فى الركوع، ثم يرفع رأسه، ويقوم مثل ثلثى قيامه فى القيام الأول من الركعة الثانية. (ك)

(٧) قوله: "ما روت عائشة" أخرجه الستة فى كتبهم عن عروة عن عائشة: "كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فخرج إلى المسجد، فقام وكبر، فصف الناس وراءه، فقرأ قراءة طويلة، ثم ركع، فركع ركوعا طويلا، ثم رفع رأسه، فقال: «سمع الله لمن حمده، ربنا ولك الحمد»، ثم قام، فقرأ قراءة طويلة، هى أدنى من القراءة الأولى، ثم كبر، فركع ركوعا طويلا، هى أدنى من الأولى، ثم قال: «سمع الله لمن حمده، ربنا لك الحمد»، ثم فعل فى الركعة الثانية مثل ما فعل، فاستكمل أربع ركعات، وأربع تحيات، فانجلت الشمس قبل أن ينصرف، ثم قام فخطب الناس، فأثنى على الله بما هو أهله". (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٢٥، والدراية ج١ رقم الحديث٢٨٨، ص٢٢٣. (نعيم)

(٨) قوله: "رواية ابن عمر" قيل: لعله ابن عمرو، يعنى عبد الله بن عمرو بن العاص، فتصحف على بعض النساخ؛ لأنه لم يوجد عن ابن عمر، وقد أخرج أبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص. (ف)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٢٧، والدراية ج١ رقم الحديث٢٨٩، ص٢٢٤. (نعيم)

على الرجال[١] لقربهم[٢]، فكان الترجيح لروايته.

ويطول القراءة فيهما، ويخفى عند أبى حنيفة[٣]، وقالا: يجهر[٤]، وعن محمد مثل قول أبى حنيفة. أما التطويل فى القراءة فبيان الأفضل[٥]، ويخفِّف إن شاء؛ لأن المسنون استيعاب الوقت[٦] بالصلاة والدعاء، فإذا خفف أحدهما طول الآخر، وأما الإخفاء والجهر، فلهما رواية عائشة[٧] أنه ﷺ جهر فيها*، ولأبى حنيفة رواية ابن عباس[٨] وسمرة بن جندب[٩]**، والترجيح قد مر[١٠] من قبل، كيف وأنها صلاة النهار، وهى عجماء[١١]. ويدعو بعدها[١٢] حتى تنجلى الشمس؛ لقوله ﷺ[١٣]:

---

(١) قوله: "أكشف على الرجال" لأنهم يقومون قبل صف النساء، ومن هذا أخذ محمد بن الحسن فى "الآثار"، فقال: يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام أطال الركوع زيادة على قدر ركوع سائر الصلوات، فرفع أهل الصف الأول رؤوسهم؛ ظنا منهم أنه رفع رأسه، ورفع من خلفهم رؤوسهم، فلما رأى أهل الصف الأول رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم راكعاً، ركعوا ثمه، فلما رفع رفعوا، فمن خلف الصف الأول ظنوا أنه ركع ركوعين. (ب)

(٢) قوله: "لقربهم" إنما يتم لو لم يروِ حديث الركوعين غير عائشة من الرجال، وليس كذلك، فالمعلول ما صرنا إليه من التأويل. (ف)

(٣) وبه قال مالك والشافعى. (ب)

(٤) وبه قال أحمد. (ب)

(٥) لمتابعة النبى عليه الصلاة والسلام. (ع)

(٦) أى وقت الكسوف. (ك)

(٧) أخرجه البخارى ومسلم. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٣٣. والدراية ج١ رقم الحديث ٢٩٠، ص٢٢٤. (نعيم)

(٨) رواه أحمد. (ب)

(٩) رواه الأربعة. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٣٣. (نعيم)

(١٠) وهو قوله: والحال أكشف إلخ. (ك)

(١١) قوله: "عجماء [أى ليس فيه قراءة جهراً. ب]" أخذ من العجماء، وهى البهيمة التى لا تتكلم، وكل من لا يقدر على الكلام فهو أعجم. (ب)

(١٢) إن شاء جالساً مستقبل القبلة، وإن شاء قائماً مستقبل القوم.

(١٣) غريب بهذا اللفظ. (ب)

«إذا رأيتم من هذه الأفزاع[١] شيئًا فارغبوا إلى اللهِ بالدعاء» *، والسنة فى الأدعية تأخيرها عن الصلاة.

ويصلى بهم الإمام الذى يصلى بهم الجمعة، وإن لم يحضر صلى الناس فرادى، تحرزًا عن الفتنة[٢]، وليس فى خسوف القمر جماعة[٣]؛ لِتعذر الاجتماع فى الليل، أو لخوف الفتنة[٤]، وإنما يصلى كل واحد بنفسه؛ لقوله ﷺ[٥]: «إذا رأيتم شيئًا من هذه الأهوال فافزعوا إلى الصلاة[٦]»، وليس فى الكسوف خطبة؛ لأنه لم ينقل[٧].

بابُ الاستسقاء[٨]

قال أبو حنيفة رضى الله عنه[٩]: ليس فى الاستسقاء صلاة مسنونة فى جماعة، فإن صلى الناس وحدانًا[١٠] جاز، وإنما الاستسقاء الدعاء والاستغفار؛ لقوله تعالى[١١]: ﴿فقلتُ استغفروا ربّكم إنه كان غفارًا﴾ الآية، ورسول الله ﷺ[١٢] استسقى ولم ترو عنه الصّلاة[١٣]**.

(١) كالظلمة والريح الشديدة. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٣٤، والدراية ج١رقم الحديث ٢٩١، ص٢٢٥. (نعيم)

(٢) أى فتنة التقديم والتقدم. (ك)

(٣) وقال الشافعى: فيه جماعة. (ك)

(٤) إما من جهة وقوع الزحام، أو من جهة خوف الإمام. (ب)

(٥) غريب بهذا اللفظ. (ب)

(٦) قوله: "فافزعوا إلى الصلاة" فليس فيه تصريح بالجماعة، والأصل عدمها. (ف)

(٧) أى بطريق الشهرة. (ك)

(٨) يخرجون لصلاة الاستسقاء ثلاثة أيام. (ف)

(٩) وبه قال النخعى وأبو يوسف فى رواية. (ب)

(١٠) بضم الواو كركبان. (ب)

(١١) قوله: "لقوله تعالى" علق نزول الغيث بالاستغفار، لا بالصلاة، فكان الأصل الدعاء. (ب)

(١٢) رواه البخارى ومسلم. (ب)

وقالا[١]: يصلى الإمام ركعتين؛ لما روى أن النبى ﷺ صلى فيه ركعتين كصلاة العيد، رواه ابن عباس[٢]*، قلنا: فعله مرة، وتركه أخرى[٣]، فلم يكن سنة، وقد ذكر فى "الأصل" قول محمد وحده[٤]، ويجهر فيهما بالقراءة؛ اعتباراً بصلاة العيد، ثم يخطب[٥] لما روى أن النبى ﷺ خطب[٦]**، ثم هى كخطبة العيد[٧] عند محمد، وعند أبى يوسف خطبة واحدة[٨]، ولا خطبة[٩] عند أبى حنيفة؛ لأنها تبع للجماعة، ولا جماعة عنده.

ويستقبل القبلة بالدعاء؛ لما روى[١٠] أنه ﷺ استقبل القبلة، وَحَوَّل

---

(١٣) قوله: "ولم ترو عنه الصلاة" يعنى فى ذلك الاستسقاء، فلا يرد أنه غير صحيح، كما قال الزيلعى المخرج، ولو تعدى بصره إلى قدر سطر،حتى رأى قوله: فعله مرة وتركه أخرى، لم يحمله على النفى مطلقاً.(ف)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٣٨، والدراية ج١رقم الحديث٢٩٢، ص٢٢٥. (نعيم)

(١) وبه قال الشافعى ومالك وأحمد. (ب)

(٢) أخرجه الأربعة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٣٩، والدراية ج١رقم الحديث٢٩٣، ص٢٢٦. (نعيم)

(٣) قوله: "وتركه أخرى [فلم يكن فعله أكثر من غير ترك. ع]" بدليل ما روى أن رجلا دخل المسجد، ورسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قائماً يخطب، فقال: يا رسول الله! هلكت الأموال، وانقطعت السبل، فادع الله يغيثنا، فقال: «اللهم أغثنا اللهم أغثنا اللهم أغثنا». (ف)

(٤) وقول أبى يوسف معه، هو الأصح. (ب)

(٥) بعد الصلاة. (ب)

(٦) أخرجه ابن ماجة. (ب)

** رواه أبو هريرة ، راجع نصب الراية ج٢ ص ٢٤١، والدراية ج١رقم الحديث٢٩٤، ص٢٢٦. (نعيم)

(٧) قوله: "كخطبة العيد" يعنى يطمئن بفصل الجلسة، وبه قال الشافعى. (ب)

(٨) قوله: "خطبة واحدة" لأن المقصود الدعاء، فلا يقطعها بالجلسة، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٩) وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(١٠) رواه أبو داود. (ب)

رداءه*، ويقلبُ رداءه(٢)؛ لما روينا(٣)، قال: هذا قول محمد رح(٤).

أما عند أبي حنيفة فلا يقلب رداءه؛ لأنه دعاء، فيعتبر بسائر الأدعية(٥)، وما رواه كان تفاؤلا(٦)، ولا يقلب القوم أرديتهم(٧)؛ لأنه لم ينقل أنه أمرهم بذلك(٨)، ولا يحضر أهل الذمة الاستسقاء؛ لأنه لاستنزال الرحمة، وإنما تنزل عليهم اللعنة.

باب صلاة الخوف(٩)

إذا اشتد الخوف(١٠) جعل الإمام الناس طائفتين: طائفة(١١) على وجه

---

* متفق عليه من حديث عبد الله بن زيد، راجع نصب الراية ج٢ ص٢٣٤، والدراية ج١ رقم الحديث٢٩١، ص٢٢٥. (نعيم)

(٢) قوله: "ويقلب [بالتخفيف. ب] رداءه" صفة التقليب إن كان الرداء مربعًا أن يجعل أعلاه أسفله، وأسفله أعلاه، وإن كان مدورا بأن كان جبة أن يجعل الأيمن الأيسر، والأيسر الأيمن. (ع)

(٣) وهو: «حول رداءه».

(٤) وبه قال مالك والشافعي وأحمد والأكثرون. (ب)

(٥) لأنه دعاء: ﴿وما دعاء الكافرين إلا في ضلال﴾. (ك)

(٦) قوله: "كان تفاؤلا [ليقلب حالهم من الحرب إلي الخصبة. ب]" اعتراف برواية، ومنع استنانه؛ لأنه فعل لأمر لا يرجع إلى معنى العبادة. (ف)

(٧) قوله: "ولا يقلب القوم أرديتهم [جمع رداء. ب]" فإن قيل: روى أن القوم قلبوا أرديتهم حين رأوا قلب النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ولم ينكر عليهم.
أجيب بأن قلبهم هذا كخلعهم للنعال عند خلعه نعليه، ولم يكن ذلك حجة، فكذا هذا، وإنما لم ينكر عليهم؛ لأنه ليس بحرام بلا خلاف. (ع)

(٨) قوله: "لأنه لم ينقل أنه أمرهم بذلك" قيل: فيه نظر؛ لأنه استدلال بالنفي، وهو غير جائز، لأنه احتجاج بلا دليل.
أجيب بأن الاستدلال بالنفي إنما لا يجوز إذا لم يكن العلة متعينة، أما إذا كانت فلا بأس. (ب)

(٩) قوله: "باب صلاة الخوف" أوردها بعد الاستسقاء؛ لأنهما وإن اشتركا في أن شرعيتهما بعارض خوف، لكن سبب هذا الخوف في الاستسقاء سماوي، وههنا اختياري للعباد، وهو كفر الكافر، وظلم الظالم. (ب)

(١٠) قوله: "إذا اشتد الخوف إلخ" اشتداده ليس بشرط عند عامة علمائنا، فإنه جعل في "التحفة" و"المبسوط" و"المحيط" سبب جوازها نفس قرب العدو من غير ذكر الاشتداد. (ب)

العدو، وطائفة خلفه، فيصلي بهذه الطائفة[١] ركعة وسجدتين، فإذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة[٢] إلى وجه العدو، وجاءت تلك الطائفة[٣]، فيصلي بهم الإمام ركعة وسجدتين، وتشهد وسلم، ولم يسلموا، وذهبوا إلى وجه العدو، وجاءت الطائفة الأولى، فصلوا ركعة وسجدتين[٤] وحدانًا بغير قراءة؛ لأنهم لاحقون[٥]، وتشهدوا وسلموا، ومضوا إلى وجه العدو، وجاءت الطائفة الأخرى، وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة؛ لأنهم مسبوقون[٦]، وتشهدوا وسلموا.

والأصل فيه رواية ابن مسعود[٧] أن النبي عليه السلام صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا*، وأبو يوسف، وإن أنكر شرعيتها في زماننا[٨]، فهو محجوج عليه بما روينا[٩].

فإن كان الإمام مقيمًا[١٠]، صلى بالطائفة الأولى ركعتين، وبالطائفة

---

(١١) يجوز النصب والرفع. (ب)

(١) هم الذين خلفه. (ب)

(٢) مشاة فإن ركبوا فسدت (ف)

(٣) الذين كانوا واقفين تجاه العدو. (ب)

(٤) من الرباعية إن كان مسافرًا، أو كانت الفجر والجمعة والعيدين. (ف)

(٥) واللاحقون ليس عليهم قراءة. (ب)

(٦) والمسبوق عليه القراءة. (ب)

(٧) رواه أبو داود. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٤٣، والدراية ج١رقم الحديث٢٩٦، ص٢٢٧. (نعيم)

(٨) قوله: "وإن أنكر شرعيتها إلخ" كان يقول أولا مثل ما قالا، ثم رجع، فقال: كانت في حياة النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم خاصة، ولم تبق مشروعيته. (ك)

(٩) أي رواية ابن مسعود.

(١٠) قوله: "فإن كان الإمام مقيمًا" إنما اختص الإمام؛ لأنه لو كان مقيمًا تصير صلاة من اقتدى به أربعًا. (ب)

الثانية ركعتين؛ لما روى[١] أنه ﷺ صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين*، ويصلي بالطائفة الأولى من المغرب ركعتين، وبالثانية ركعة واحدة[٢]؛ لأن تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن، فجعلها في الأولى[٣] أولى بحكم السبق، ولا يقاتلون[٤] في حال الصلاة[٥]، فإن فعلوا بطلت صلاتهم[٦]؛ لأنه ﷺ[٧] شغل عن أربع[٨] صلوات يوم الخندق، ولو جاز الأداء مع القتال لما تركها[٩]، فإن اشتد الخوف صلوا ركبانًا فرادى[١٠]، يومئون بالركوع والسجود[١١] إلى أيّ جهة شاءوا إذا لم يقدروا على التوجه إلى القبلة؛ لقوله تعالى: ﴿فإن خفتم فرجالا[١٢] أو ركبانًا﴾، وسقط التوجه للضرورة، وعن محمد رح أنهم يصلون بجماعة[١٣]، وليس

---

(١) رواه أبو داود. (ف)

* أخرجه مسلم من حديث جابر، راجع نصب الراية ج٢ ص٢٤٥، والدراية ج١ رقم الحديث٢٩٧، ص٢٢٨. (نعيم)

(٢) قوله: "وبالثانية ركعة واحدة" وهو قول عامة أهل العلم، وقال الثوري: يصلي بالأولى ركعة، بالثانية ركعتين، وهو أحد قولي الشافعي، أصحهما الأول. (ب)

(٣) أي في الطائفة الأولى. (ب)

(٤) وبه قال ابن أبي ليلى. (ب)

(٥) وقال الشافعي: يقاتلون، وعليهم الإعادة، وقال ابن شريح: لا إعادة.

(٦) وقال مالك: لا تبطل. (ك)

(٧) أخرجه الترمذي وغيره.

(٨) قوله: "عن أربع" قلت: تقدم في قضاء الفوائت، المصنف استدل به على أنه لا يجوز القتال في حالة الصلاة، وفيه نظر؛ لأن صلاة الخوف إنما شرعت بعد يوم الأحزاب، صرح به القرطبي في "شرح صحيح مسلم"، وقال النووي في "شرحه": قيل: إنهما شرعت في ذات الرقاع، وقيل: شرعت في غزوة بني النضير، وروى النسائي بأن صلاة الأحزاب كانت قبل نزول صلاة الخوف. (ت)

(٩) قوله: "لما تركها" فإن قيل: إنما أخرها؛ لأن صلاة الخوف لم تكن نزلت، قلنا: إنها نزلت بذات الرقاع، وهي قبل الخندق. (كفاية)

(١٠) قوله: "فرادى" ولا يجوز في جماعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه قال ابن أبي ليلى. (ب)

(١١) ويجعلون السجود أخفض. (ب)

(١٢) جمع راجل، وهو الماشي. (ب)

(١٣) يعني يجوز عنده الصلاة، وبه قال الشافعي. (ب)

بصحيح؛ لانعدام الاتحاد فى المكان(١).

باب الجنائز(٢)

إذا احتضر الرجل(٣) وُجِّه(٤) إلى القبلة على شقه الأيمن؛ اعتباراً(٥) بحال الوضع فى القبر؛ لأنه أشرف عليه(٦)، والمختار فى بلادنا(٧) الاستلقاء(٨)؛ لأنه أيسر لخروج الروح، والأول هو السنة(٩)*، ولقن الشهادتين(١٠)؛ لقوله ﷺ: «لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله إلا الله»(١١)**،

(١) أى مكان الصلاة. (ب)

(٢) قوله: "باب الجنائز [الجنازة بالفتح: الميت، وبالكسر: السرير. ك]" لما كان الموت آخر العوارض، ذكر صلاة الجنازة آخر الأبواب، إلا أن هذا يقتضى أن يذكر الصلاة بالكعبة قبلها، لكن أخرها ليكون ختم كتاب الصلاة بما يتبرك بها حالا ومكانًا. (ع)

(٣) قوله: "إذا احتضر الرجل" يعنى قرب من الموت وصف به لحضور موته، أو ملائكة الموت، وعلامات الاحتضار أن تسترخي قدماه فلا ينتصبان، ويتعوج أنفه، وتمتد جلد خصيته؛ لانتشار الخصيتين. (ف)

(٤) وعليه الشافعي، وبه قال مالك. (ب)

(٥) قوله: "اعتباراً بحال الوضع في القبر" يعنى يعتبر توجيه من أشرف على الموت إلى القبلة على شقه الأيمن؛ اعتباراً بحال وضع الميت في قبره، فإنه يوجه إلى القبلة على شقه الأيمن. (ب)

(٦) الإشراف على الشيء: الدنو منه. (ب)

(٧) يعنى عند مشايخنا. (ك)

(٨) على القفاء. (ب)

(٩) قوله: "والأول هو السنة" أما توجيهه فلأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم لما قدم المدينة وسأل عن البراء بن معرور، فقالوا: توفي وأوصى بثلثه لك، وأوصى أن يوجه إلى القبلة لما احتضر، فقال: أصاب الفطرة.

وأما أن السنة كونه على شقه الأيمن، فقيل: يمكن الاستدلال عليه بحديث النوم في "الصحيحين" عن البراء ابن عازب قال: إذا أتيت مضجعك، فتوضأ وضوءك للصلاة، واضطجع على شقك الأيمن، وقل: «اللهم إنى أسلمت نفسى إليك» إلى أن قال: «فإن مت مت على الفطرة»، وليس فيه ذكر القبلة. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٤٩، والدراية ج١، ص٢٢٨. (نعيم)

(١٠) قوله: "ولقن الشهادتين" تلقينها أن يقال عنده وهو يسمع، ولا يقال له قل؛ لأن الحال أصعب عليه، فربما يمتنع عن ذلك والعياذ بالله. (ع)

(١١) رواه الجماعة إلا ابخارى. (ف)

والمراد الذى قرب من الموت[(١)]، فإذا مات شد لحياه[(٢)]، وغمض عيناه[(٣)]، بذلك جرى التوارث، ثم فيه تحسينه[(٤)] فيستحسن.

فصل فى الغسل

فإذا أرادوا غسله وضعوه على سرير[(٥)]؛ لينصب الماء عنه[(٦)]، وجعلوا على عورته خرقة[(٧)]؛ إقامة لواجب الستر، ويكتفى بستر العورة الغليظة[(٨)]، هو[(٩)] الصحيح[(١٠)] تيسيراً[(١١)]، ونزعوا ثيابه؛ ليمكنهم التنظيف[(١٢)]، ووضوءه من غير مضمضة واستنشاق[(١٣)]؛ لأن الوضوء سنة

** رواه أبو سعيد الخدرى، راجع نصب الراية ج٢ ص٢٥٣، والدراية ج١ رقم الحديث٢٩٨، ص٢٢٩. (نعيم)

(١) قوله: "والمراد الذى قرب من الموت" دفع توهم من يتوهم أن المراد به قراءة التلقين على القبر، كما ذهب إليه بعض. (ع)

(٢) بفتح اللام تثنية لحى، وهو الحنك. (ب)

(٣) يعنى أطبق.

(٤) قوله: "ثم فيه تحسينه" لأنه إذا تركه مفتوح العين يصير كريه المنظر، ويقبح صورته. (ع)

(٥) قوله: "وضعوه على سرير" قيل: طولا إلى القبلة، وقيل: عرضاً، قال السرخسى: الأصح كيف ما تيسر. (ف)

(٦) أى لينزل الماء إلى أسفل. (ب)

(٧) لأن الآدمي محترم حيًا وميتًا. (ب)

(٨) وهو القبل والدبر. (ب)

(٩) وبه قال مالك. (ب)

(١٠) قوله: "هو الصحيح" وفى "النوادر" قال: يوضع على عورته خرقة من السرة إلى الركبة. (ع)

(١١) قوله: "تيسيراً" لأنه ربما يشق عليهم غسل ما تحت الإزار. (ع)

(١٢) قوله: "ليمكنهم [وعند الشافعى السنة لا. ف] التنظيف" لأن المقصود من الغسل، هو التطهير، والتطهير لا يحصل إذا غسل مع ثيابه؛ لأن الثوب متى تنجس بالغسالة، تنجس به بدنه ثانيًا بنجاسة الثوب، فيجب التجريد. (ع)

(١٣) قوله: "من غير مضمضة واستنشاق" وعند الشافعى يمضمض ويستنشق اعتباراً بالغسل حالة الحياة، ومن العلماء من قال: يجعل الغاسل على إصبعه خرقة رقيقة، ويدخل الإصبع فى فمه، ويمسح بها أسنانه وشفتيه، ويدخل فى منخريه أيضًا، قال شمس الأئمة الحلوانى: وعليه عمل الناس اليوم. (ك)

الاغتسال غير أن إخراج الماء منه(١) متعذر فيتركان.

ثم يفيضون الماء عليه؛ اعتباراً بحال الحياة، ويجمّر سريره(٢) وتراً؛ لما فيه(٣) من تعظيم الميت، وإنما يوتر؛ لقوله ﷺ(٤): «إن الله وتر يحب الوتر»*، ويغلى(٥) الماء بالسدر أو بالحرض(٦)؛ مبالغة فى التنظيف، فإن لم يكن فالماء القراح(٧)؛ لحصول أصل المقصود(٨)، ويغسل رأسه ولحيته بالخطمى(٩)؛ ليكون أنظف له. ثم يضجع على شقه الأيسر فيغسل بالماء والسدر، حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلى التخت منه(١٠)، ثم يضجع على شقه الأيمن فيغسل، حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلى التخت منه؛ لأن السنة(١١) هو البداية بالميامن**.

---

(١) أى الفم والأنف. (ب)

(٢) قوله: "ويجمر سريره [أى يتبخر. ب]" هو أن يدور من بيده المجمرة حول سريره ثلاثًا، أو خمسًا، أو سبعًا. (ف)

(٣) وإكرامه بالرائحة الطيبة. (ب)

(٤) رواه البزار فى "مسنده". (ب)

* **متفق عليه** من حديث أبى هريرة، راجع نصب الراية ج٢ ص٢٥٥، والدراية ج١ رقم الحديث٢٩٩، ص٢٢٩. (نعيم)

(٥) **هو لا** من الغليان والعلى فإنه لازم، بل هو من الإغلاء. (ع)

(٦) بضم الحاء المهملة وسكون الراء بعد الضاد المعجمة: هو الأشنان. (ب)

(٧) قوله: "فإن لم يكن فالماء القراح [بفتح القاف: الخالص. ب]" هذا الترتيب يوافق رواية "المبسوط" للسرخسى، وفى "مبسوط شيخ الإسلام" و"المحيط": يغسل أولا بالماء القراح، ثم بالماء المغلى بالسدر، وهو ورق النبق الذى يقال له: كنار، وفى الثالثة يجعل الكافور فى الماء ويغسل. (ك)

(٨) وهو التنظيف. (ع)

(٩) قوله: "بالخطمى" لأنه مثل الصابون فى التنظيف، وللشافعى فى استعمال السدر والخطمى فى غسل لحيته ورأسه وجهان. (ب)

(١٠) وهو الجانب الأيمن. (ف)

(١١) فيه حديث عائشة رواه الجماعة. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٥٧، والدراية ج١، ص٢٣٠. (نعيم)

ثم يجلسه ويسنده إليه، ويمسح بطنه مسحًا رفيقًا[١]؛ تحرزا عن تلويث الكفن، فإن خرج منه شيء غسله، ولا يعيد غسله[٢]، ولا وضوءه؛ لأن الغسل عرفناه بالنص*، وقد حصل مرة، ثم ينشفه بثوب[٣]؛ كيلا تبتل أكفانه، ويجعله أى الميت فى أكفانه.

ويجعل الحنوط[٤] على رأسه ولحيته، والكافور على مساجده[٥]؛ لأن التطيب سنة**، والمساجد أولى بزيادة الكرامة، ولا يسرح[٦] شعر الميت ولا لحيته، ولا يقصّ ظفره ولا شعره؛ لقول عائشة***: "علام تنصون ميتكم[٧]"، ولأن هذه الأشياء للزينة، وقد استغنى الميت[٨] عنها، وفى الحى[٩] كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته، وصار كالختان[١٠].

---

(١) بالفاء من الرفق ضد الخرق، أى مسحًا لينًا غير عنيف. (ك)

(٢) وبه قال مالك والثورى.

* إشارة إلى حديث ابن عباس متفق عليه، راجع نصب الراية ج٢ ص٢٥٥، والدراية ج١، ص٢٢٩. (نعيم)

(٣) أى يأخذ ماءه حتى يجف، من نشف الماء أخذه بخرقة. (ك)

(٤) قوله: "الحنوط" هو عطر مركب من الأشياء الطيبة. (ف)

(٥) قوله: "على مساجده" المراد منها الجبهة، والأنف، واليدان، والركبتان، والقدمان. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٥٩، والدراية ج١، ص٢٣٠. (نعيم)

(٦) التسريح حل بعض الشعر عن البعض.

*** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٦٠، والدراية ج١، ص٢٣٠. (نعيم)

(٧) قوله: "علام [أصله على ما. ع] تنصون [بوزن تبكون. ف] ميتكم" من نصوت الرجل إذا مددت ناصيته، فأرادت أن الميت لا يحتاج إلى تسريح الرأس، وعبرت بالأخذ بالناصية، والأثر رواه عبد الرزاق عن الثورى عن حماد عن إبراهيم عن عائشة أنها رأت امرأة يكدون رأسها بمشط فقالت: "علام تنصون ميتكم". (ف)

(٨) لأنه فارقها وفارق أهلها.

(٩) قوله: "وفى الحى إلخ" قال فى "الدراية" هذا جواب عن قول الشافعى: إنه يتنظف بها كالحى، وقال السغناقى: جواب إشكال أى لايشكل علينا الحى حيث يسرح شعره، ويقص ظفره؛ لأنه يخرج إلى المدينة، فيجتمع الوسخ، قلت: الذى ذكره السغناقى هو الصواب؛ لأن خلاف الشافعى لم يذكر فى الكتاب حتى يجاب عنه. (ب)

فصل فى التكفين(١)

السنة أن يكفن الرجل(٢) فى ثلاثة أثواب(٣): إزار وقميص ولفافة؛ لما روى(٤) أنه ﷺ(٥) كفن فى ثلاثة أثواب بيض سحولية(٦)*، ولأنه(٧) أكثر ما يلبسه عادة فى حياته، فكذا بعد مماته، فإن اقتصروا على ثوبين جاز، والثوبان إزار ولفافة، وهذا كفن الكفاية(٨)؛ لقول أبى بكر(٩): "اغسلوا ثوبى هذين وكفنونى فيهما"**، ولأنه أدنى لباس الأحياء(١٠)، والإزار

(١٠) حيث يفرق بين الحى والميت فيه. (ع)

(١) قوله: "فصل فى التكفين [تكفين الميت لفه فى الكفن. ع]" رتب هذه الفصول على حسب ما فيها من الأفعال. (ع)

(٢)قوله: "السنة أن يكفن الرجل إلخ" أراد أن الثلاثة سنة؛ لا أن يكون أصل التكفين سنة، ويجوز أن يكون الشيء فى أصله فرضا أو واجبا، وله سنن فى هيئاته وكيفياته، كما فى سنية تثليث الوضوء وغيره، والمسائل تدل على أنه واجب كتقديمه على الدين والوصية والإرث. (ك)

(٣)قوله: "فى ثلاثة أثواب" ثم التكفين إما أن يكون فى حالة الضرورة أو لا، فإن كان الأول كفن بما وجد؛ لما روى أن مصعب بن عمير استشهد يوم أحد، وترك نمرة، وهى كساء فيه خطوط بيض وسود، فأخبر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بذلك، فأمر أن يكفن فيها.

وإن كان الثانى فهو على نوعين: سنة، وهو فى حق الرجل ثلاثة أثواب: إزار وقميص ولفافة؛ لما ذكر فى الكتاب، وفى حق المرأة خمسة أثواب: درع وإزار ولفافة، وخمار وخرقة تربط بها ثدياها.

وكفن كفاية، وهى فى حق الرجل ثوبان: إزار ولفافة، وفى حق المرأة ثلاثة أثواب: قميص وإزار ولفافة. (ع)

(٤) رواه ابن عدى فى "الكامل" عن جابر بن سمرة. (ب)

(٥) رواه الستة فى كتبهم من حديث عائشة رض. (ف)

(٦) قوله: "سحولية" السحول قرية باليمن بفتح السين، وهو المشهور، وعن الأنهرى: بالضم. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٦٠، والدراية ج١ رقم الحديث ٣٠٠، ص٢٣٠. (نعيم)

(٧) التثليث. (ف)

(٨) لأن الأكفان ثلاثة: كفن السنة، وكفن الكفاية، وكفن الضرورة. (ب)

(٩) رواه أحمد فى كتاب الزهد.

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٦٢، والدراية ج١، ص٢٣١. (نعيم)

(١٠) فيقتصر عليه فى التكفين. (ب)

من القرن[١] إلى القدم، واللفافة كذلك[٢]، والقميص من أصل العنق[٣]، وإذا أرادوا لف الكفن ابتدأوا[٤] بجانبه الأيسر، فلفوه عليه، ثم بالأيمن، كما في حال الحياة، وبسطه أن تبسط اللفافة أولا، ثم يبسط عليها الإزار، ثم يقمص الميت، ويوضع على الإزار، ثم يعطف الإزار من قبل اليسار، ثم من قبل اليمين، ثم اللفافة كذلك، وإن خافوا أن ينتشر الكفن عنه عقدوه بخرقة؛ صيانة عن الكشف[٥].

وتكفن المرأة في خمسة أثواب: درع وإزار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها؛ لحديث أم عطية[٦] أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أعطى اللواتي غسلن ابنته[٧] خمسة أثواب*، ولأنها تخرج فيها حالة الحياة، فكذا بعد الممات، ثم هذا بيان كفن السنة.

وإن اقتصروا على ثلاثة أثواب جاز، وهي ثوبان[٨] وخمار، وهو كفن الكفاية. ويكره أقل من ذلك، وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب

---

(١) أراد منه الرأس، يقال لأول ما تطلع من الشمس: قرن الشمس. (ب)

(٢) قوله: "واللفافة كذلك" لا إشكال فيه، وأما كون الإزار كذلك. ففي بعض نسخ "المختار" وشرحه: يقمص أولا، وهو من المنكب إلى القدم، ويوضع على الإزار، وهو من القرن إلى القدم إلخ.
وفي بعضه: يقمص ويوضع على الإزار، وهو من المنكب إلى القدم إلخ، وأنا لا أعلم وجه مخالفة إزار الميت لإزار الحي، ومعلوم أن إزاره من العنق. (ف)

(٣) بلا جيب، ودخريص، وكمين. (ف)

(٤) ليقع الأيمن فوقه. (ف)

(٥) لا سيما في المرأة. (ب)

(٦) قوله: "لحديث أم عطية [رواه الجماعة. ب]" قيل: الصواب ليلى بنت قانف، قالت: كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله ﷺ، فكان أول ما أعطانا الخف، ثم الدرع، ثم الخمار، ثم الملحفة، ثم أدرجت في الثوب الآخر، رواه أبو داود. (ف)

(٧) الصحيح أنها زينب. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٦٣، والدراية ج١ رقم الحديث ٣٠١، ص٢٣١. (نعيم)

(٨) الإزار واللفافة، صرح به في "الينابيع". (ب)

واحد[١]، إلا في حالة الضرورة؛ لأن مصعب بن عمير[٢] حين استشهد، كفن في ثوب واحد*، وهذا كفن الضرورة.

وتلبس المرأة[٣] الدرع أولا، ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع، ثم الخمار فوق ذلك، ثم الإزار تحت اللفافة. قال: وتجمر الأكفان قبل أن يُدرج فيها الميت وتراً؛ لأنه ﷺ أمر بإجمار أكفان[٤] ابنته وتراً**، والإجمار هو التطييب، فإذا فرغوا منه صلوا عليه؛ لأنها فريضة[٥].

فصل في الصلاة على الميت

وأولى الناس بالصلاة[٦] على الميت السلطان[٧] إن حضر؛ لأن في التقدم عليه ازدراء به[٨]، فإن لم يحضر فالقاضي؛ لأنه صاحب ولاية، فإن لم يحضر، فيستحب تقديم إمام الحي[٩]؛ لأنه رضيه في حال حياته.

---

(١) لأنه لا يستره كما ينبغي. (ب)

(٢) أخرجه الجماعة إلا ابن ماجة. (ف)

* إشارة إلى حديث خباب بن الأرت، راجع نصب الراية ج٢ ص٢٦٤، والدراية ج١ رقم الحديث٣٠٢، ص٢٣١. (نعيم)

(٣) قوله: "وتلبس المرأة إلخ" لم يذكر موضع الخرقة، وفي "شرح الكنز" فوق الأكفان؛ لئلا ينتشر وعرضها ما بين ثدي المرأة إلى السرة، وقيل: ما بين الثديين إلى الركبة. (ف)

(٤) غريب. (ف)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٦٤، والدراية ج١، ص٢٣٢. (نعيم)

(٥) أي فرض كفاية. (ك)

(٦) قوله: "وأولى الناس بالصلاة إلخ" روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفةؒ أن الإمام الأعظم -وهو الخليفة- أولى إن حضر، فإن لم يحضر فإمام المصر، فإن لم يحضر فالقاضي، فإن لم يحضر فصاحب الشرطة، فإن لم يحضر فإمام الحي، فإن لم يحضر فالأقرب من ذوي قرابته، وبهذه الرواية أخذ كثير من مشايخنا. (ك)

(٧) قوله: "السلطان" يجوز أن يراد بالإمام الأعظم إن حضر، وإمام المصر. (ع)

(٨) أي استخفاف به، والواجب تعظيمه. (ب)

(٩) أي الميت رضيه إماماً في الحياة، فكذا بعد الممات. (ب)

قال: ثم الولى، والأولياء على الترتيب المذكور[١] فى النكاح[٢]، فإن صلى غير الولى أو السلطان[٣] أعاد الولى، يعنى إن شاء؛ لما ذكرنا[٤] أن الحق للأولياء، وإن صلى الولى[٥] لم يجز لأحد[٦] أن يصلى بعده؛ لأن الفرض يتأدى بالأول[٧]، والنفل بها[٨] غير مشروع، ولهذا رأينا الناس تركوا عن آخرهم[٩] الصلاة على قبر النبى ﷺ، وهو اليوم[١٠] كما وضع. وإن دفن الميت ولم يصل عليه، صلى على قبره؛ لأن النبى ﷺ صلى على قبر امرأة من الأنصار[١١]*، ويصلى عليه قبل أن يتفسخ،

---

(١) قوله: "على الترتيب المذكور فى النكاح" يعتبر الأقرب فالأقرب من ذوى الأنساب، فإن تساويا فى القرابة، فأسنهما أولى. (ب)

(٢) قوله: "فى النكاح" يستثنى منه الأب مع الابن، فإنه لو اجتمع للميت أبوه وابنه، فالأب أولى بالاتفاق على الأصح، وقيل: تقديم الأب قول محمد، وعندهما يقدم الابن كالاختلاف فى النكاح. (ف)

(٣) قيد به؛ لأنه لو صلى السلطان لا إعادة. (ب)

(٤) فيكون لهم الخيار. (ب)

(٥) قوله: "وإن صلى الولى إلخ [وبه قال الثورى ومالك والنخعى. ف]" تخصيص الولى ليس بمفيد؛ لما أنه صلى السلطان أو غيره ممن هو أولى من الولى، ليس لأحد أن يصلى بعده أيضًا، على ما ذكرنا من الولواجى والتجنيس. (ع)

(٦) قال الشافعى: يصلى عليه، وعند أحمد إلى شهر. (ب)

(٧) لأنها فرض كفاية (ب)

(٨) أى بالصلاة على الميت. (ب)

(٩) قوله: "عن آخرهم" وإنما صلى عليه أولا فوجًا فوجًا؛ لأن الحق كان له قال الله تعالى: ﴿النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾، وليس لغيره ولاية الإسقاط، وهكذا تأويل فعل الصحابة، فإن أبا بكر رضى الله عنه كان مشغولا بتسوية الأمور، وتسكين الفتنة، فكانوا يصلون عليه قبل حضوره، وكان الحق له؛ لأنه هو الخليفة، فلما فرغ صلى عليه، ثم لم يصل أحد بعده. (ع)

(١٠) لأن الأرض لا تأكل أجساد الأنبياء. (ب)

(١١) قوله: "صلى على قبر امرأة من الأنصار" روى ابن حبان وصححه، والحاكم وسكت عنه عن خارجة بن زيد بن ثابت عن عمه يزيد بن ثابت قال: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فلما وردنا البقيع إذا هو بقبر، فسأل عنه، فقالوا: فلانة فعرفها، فقال: ألا آذنتمونى، قالوا: كنت قائلا صائمًا، قال: ولا تفعلوا لا أعرفن ما مات منكم ميت ما كنت بين أظهركم إلا آذنتمونى به، فإن صلاتى عليه رحمة، ثم أتى

والمعتبر في معرفة ذلك(١) أكبر الرأي هو الصحيح(٢)؛ لاختلاف الحال(٣) والزمان(٤) والمكان(٥).

والصلاة أن يكبر تكبيرة يحمد الله(٦) عقيبها، ثم يكبر تكبيرة، ويصلي على النبي ﷺ(٧)، ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه، وللميت وللمسلمين، ثم يكبر الرابعة ويسلم(٨)؛ لأنه ﷺ(٩) كبر أربعا في آخر صلاة صلاها*، فنسخت ما قبلها، ولو كبر الإمام خمسًا لم يتابعه المؤتم خلافًا لزفر(١٠)؛ لأنه منسوخ لما روينا، وينتظر تسليمة الإمام(١١) في رواية، وهو المختار(١٢)، والإتيان بالدعوات استغفار للميت، والبداية بالثناء ثم

القبر، فصففنا خلفه، وكبر أربعًا. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٦٥، والدراية ج١ رقم الحديث٣٠٣، ص٢٣٢. (نعيم)

(١) أي كونه قبل التفسخ. (ب)

(٢) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن ما روي في "الأمالي" عن أبي يوسف أنه يصلى على الميت في القبر إلى ثلاثة أيام. (ك)

(٣) قوله: "لاختلاف الحال" أي لأجل اختلاف حال الميت بالسمن والهزال، فإذا كان سمينًا يتفسخ عن قريب، وإن كان مهزولا يبطئ. (ب)

(٤) من الحر والبرد. (ك)

(٥) من الصلابة والرخاوة. (ك)

(٦) قوله: "يحمد الله عقيبها" قال بعضهم: يحمد الله كما في ظاهر الرواية، وقال بعضهم: يقول: «سبحانك اللهم» إلخ، وأرى أنه مختار المصنف حيث قال: والبداية بالثناء إلخ. (ع)

(٧) كما في التشهد. (ك)

(٨) عن يمينه ويساره. (ب)

(٩) رواه الحاكم والدارقطني. (ب)

* رواه ابن عباس راجع نصب الراية ج٢ ص٢٦٧، والدراية ج١ رقم الحديث٣٠٤، ص٢٣٣. (نعيم)

(١٠) وبه أخذ أحمد والظاهرية. (ب)

(١١) يعني لا يتابعه في زيادة. (ب)

(١٢) وفي رواية: يسلم كما يكبر الخامسة. (ف)

بالصلاة، لأنها سنة الدعاء[١]*، ولا يستغفر للصبى[٢]، ولكن يقول: «اللهم اجعله لنا فرطًا[٣]، واجعله لنا أجرًا وذخرًا، واجعله لنا شافعًا ومشفعًا[٤]».

ولو كبر الإمام تكبيرة أو تكبيرتين لا يكبر الآتى حتى يكبر أخرى بعد حضوره عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يكبر حين يحضر؛ لأن الأولى للافتتاح، والمسبوق يأتى به[٥]. ولهما أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة[٦]، والمسبوق لا يبتدئ بما فاته؛ إذ هو منسوخ[٧]**، ولو كان حاضرا، فلم يكبر مع الإمام لا ينتظر الثانية بالاتفاق؛ لأنه بمنزلة المدرك[٨]. ويقوم الذى يصلى على الرجل والمرأة بحذاء الصدر؛ لأنه موضع القلب، وفيه نور الإيمان، فيكون القيام عنده إشارة إلى الشفاعة لإيمانه[٩]. وعن أبى حنيفة[١٠] أنه يقوم من الرجل بحذاء رأسه، ومن المرأة

(١) يفيد أن تركه غير مفسد. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٧٠، والدراية ج١، ص٢٣٤. (نعيم)

(٢) لأن الصبى مرفوع القلم. (ب)

(٣) الفرط المتقدم فى أمر الآخرة. (ب)

(٤) أى مقبول الشفاعة. (ب)

(٥) أى بتكبير الافتتاح بلا انتظار. (ب)

(٦) قوله: "مقام ركعة [فلا يجوز للمسبوق أن يقضى ما فات قبل أن يشرع. ب]" ولذلك لو ترك تكبيرة من التكبيرات فسدت صلاته، كما لو ترك ركعة من الظهر. (ف)

(٧) كان فى ابتداء الإسلام. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٧٢، والدراية ج١، ص٢٣٤. (نعيم)

(٨) لتلك التكبير. (ب)

(٩) يعنى إشارة إلى أنه يشفع لإيمانه. (ب)

(١٠) وبه قال ابن أبى ليلى والنخعى. (ب)

بحذاء وسطها؛ لأن أنسًا فعل كذلك[١]، وقال: هو السنة*.

قلنا[٢]: تأويله أن جنازتها لم تكن منعوشة[٣]، فحال بينها[٤] وبينهم. فإن صلوا على جنازة ركبانًا أجزأهم في القياس[٥]؛ لأنها دعاء[٦]، وفي الاستحسان لا تجزئهم؛ لأنها صلاة من وجه[٧] لوجود التحريمة، فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطًا، ولا بأس بالإذن في صلاة الجنازة[٨]؛ لأن التقدم حق الولي، فيملك إبطاله بتقديم غيره.

---

(١) قوله: "فعل كذلك إلخ" روى عن نافع أبي غالب قال: كنت في سكة المربد، فمرت جنازة معها ناس كثير، قالوا: جنازة عبد الله بن عمير، فتبعتها فإذا أنا برجل عليه كساء رقيق، وعلى رأسه خرقة تقيه من الشمس، فقلت: من هذا الدهقان؟ قالوا: أنس بن مالك، فلما وضعت الجنازة قام أنس، فصلى عليها، وأنا خلفه لا يحول بيني وبينه شيء، فقام عند رأسه، وكبر أربعًا لم يطل، ولم يسرع، فذهب يقعد، فقالوا: أبا حمزة المرأة الأنصارية، فقربوها، وعليها نعش أخضر، فقام عند عجيزتها، فصلى عليها نحو صلاته على الرجل، ثم جلس فقال العلاء بن زياد: يا أبا حمزة، هكذا كان رسول الله ﷺ يصلي على الجنازة كصلاتك يكبر عليها أربعًا، ويقوم عند رأس الرجل وعجيزة المرأة؟ قال: نعم، إلى أن قال أبو غالب: فسألت عن صنيع أنس في قيامه على المرأة عند عجيزتها، فحدثوني أنه إنما كان؛ لأنه لم تكن النعوش، فكان يقوم حيال عجيزتها يسترها عن القوم، مختصر من لفظ أبي داود. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٧٤، والدراية ج١، ص٢٣٤. (نعيم)

(٢) قوله: "قلنا إلخ" هذا التأويل غير صحيح؛ لأن في رواية أبي داود فقوبرها وعليه نعش أخضر، فكيف يقال: إن جنازتها لم تكن منعوشة، ولكن يمكن أن يقال: إن المرأة التي صلى عليها أنس وإن كانت منعوشة لكن لا يلزم من ذلك أن يكون النساء اللاتي صلى عليها رسول الله ﷺ جنائزهن منعوشات. (ب)

(٣) قوله: "لم تكن منعوشة" في حديث فاطمة: سجّي قبرها بثوب، ونعش على جنازتها أي اتخذ لها نعش، وهو شبه الملحفة مشبك يطبق على المرأة، إذا وضعت على الجنازة. (ك)

(٤) أي بين المرأة التي صلى عليها أنس والقوم. (ب)

(٥) وبه قال بعض المالكية. (ب)

(٦) قوله: "لأنها دعاء" يعني حقيقة، ولهذا لم يكن لها قراءة، ولاركوع وسجود، فيسقط القيام كسائر الأركان. (ع)

(٧) قوله: "لأنها صلاة من وجه" حيث يشترط لها ما سوى الوقت من شرائط الصلاة، فكما أن ترك التكبير والاستقبال يمتنع كذلك ترك القيام احتياطًا، اللهم إلا أن يتعذر لطين أو مطر. (ف)

(٨) قوله: "ولا بأس بالإذن [قيل معناه: إذن الولي الناس في الرجوع إلى منازلهم. ك] إلخ" أي لا بأس بإذن الولي غيره بالإمامة، إذا أحسن ظنه. (ب)

وفى بعض النسخ: (١) لا بأس بالأذان أى الإعلام (٢)، وهو أن يعلم بعضهم بعضًا؛ ليقضوا حقه، ولا يصلى (٣) على ميّت فى مسجد جماعة (٤)؛ لقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم (٥): «من صلى على جنازة فى المسجد فلا أجر له (٦)»*، ولأنه بنى لأداء المكتوبات، ولأنه يحتمل تلويث المسجد (٧)، وفيما إذا كان الميت خارج المسجد، اختلف المشايخ (٨). ومن استهلّ (٩) بعد الولادة سمّى وغسل وصلى عليه؛ لقوله ﷺ: «إذا استهل المولود صلى عليه وإن لم يستهل لم يصل عليه (١٠)»** ولأن الاستهلال دلالة الحياة، فتحقق فى حقه سنة الموتى، ومن لم يستهل أدرج فى خرقة؛ كرامة لبنى آدم، ولم يصل عليه؛ لما روينا (١١)، ويغسل (١٢)

---

(١) أى نسخ "الجامع الصغير". (ب)

(٢) قوله: "أى الإعلام" وقد استحسن بعض لمتأخرين النداء فى الأسواق للجنازة التى يرغب الناس فى الصلاة عليها. (ك)

(٣) وبه قال مالك، وقال الشافعى وأحمد: لا بأس به، إذا لم يخف تلويثه. (ب)

(٤) قوله: "فى مسجد جماعة [احترز به عن المسجد الذى بنى لذلك. ف]" إذا كانت الجنازة فى المسجد، فالصلاة عليها مكروهة باتفاق أصحابنا، وإن كانت الجنازة والإمام وبعض القوم خارج المسجد، والباقى فيه لم تكره باتفاق أصحابنا، وإن كانت الجنازة وحدها خارج المسجد، ففيه اختلاف المشايخ. (عناية)

(٥) رواه أبو داود. (ف)

(٦) قوله: "فلا أجر له" قال ابن عبد البر: رواية «فلا أجر له» خطأ فاحش، والصحيح: فلا شىء له. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٧٥، والدرايه ج١ رقم الحديث٣٠٥، ص٢٣٤. (نعيم)

(٧) وقد أمرنا بتنظيفه. (ب)

(٨) قوله: "اختلف المشايخ" بعضهم قالوا: يكره منهم السيد أبو الشجاع؛ لما أن المسجد بنى لأداء المكتوبات، وقال بعضهم: لا يكره؛ لأن المعنى الموجب للكراهة -وهو احتمال تلويث المسجد- مفقود. (ب)

(٩) على البناء للفاعل. (ب) استهلال الصبى: رفع صوته عند البكاء. (ك)

(١٠) تمام معناه رواه النسائى عن جابر. (ف)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٧٧، والدراية ج١ رقم الحديث٣٠٦، ص٢٣٥. (نعيم)

(١١) أى إذا استهل إلخ.

في غير الظاهر من الرواية[١]؛ لأنه نفس[٢] من وجه، وهو المختار.

وإذا سبي صبي[٣] مع أحد أبويه ومات لم يصل عليه؛ لأنه تبع لهما، إلا أن يقر بالإسلام وهو يعقل؛ لأنه صح إسلامه استحسانًا، أو يسلم أحد أبويه؛ لأنه يتبع خير الأبوين دينا، وإن لم يسب[٤] معه أحد أبويه، صلى عليه؛ لأنه ظهرت تبعية الدار، فحكم بالإسلام، كما في اللقيط[٥].

وإذا مات الكافر وله ولي مسلم، فإنه يغسله ويكفنه ويدفنه، بذلك أمر علي في حق أبيه أبي طالب[٦]*، لكن يغسل غسل الثوب النجس[٧]، ويلفّ في خرقة، وتحفر خفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد، ولا يوضع فيه بل يلقى[٨].

---

(١٢) وبه أخذ الطحاوي. (ب) وعن محمد لم يغسل، وبه أخذ الكرخي. (ب)

(١) وهي عن أبي يوسف. (ع)

(٢) قوله: "لأنه نفس من وجه" ولا يلزم من سقوط الصلاة سقوط الغسل، كما في الكافر. (ب)

(٣) قوله: "وإذا سبي صبي إلخ" يعني إذا سبي صبي لا يخلو: إما أن يكون مع أحد أبويه، أو لا، فإن كان الأول، فمات لم يصل عليه؛ لأنه كافر تبعًا للوالدين إلا أن يقر الإسلام، وهو يعقل صفة الإسلام المذكورة في حديث جبريل: أن يؤمن بالله وملائكته ورسله، واليوم الآخر والقدر خيره وشره، وقيل: معناه يعقل المنافع والمضار، وأن الإسلام هدى واتباعه خير؛ لأنه صح إسلامه استحسانًا، وإن لم يصح قياسا، كما هو مذهب الشافعي، كما عرف في الأصول. (ع)

(٤) قوله: "وإن لم يسب إلخ" وبه قال بعض أصحاب الشافعي: حتى لو مات في دار الحرب بعد ما وقع في يد مسلم، يصلى عليه، وقال بعضهم: هو على حكم الكفر، وهو ظاهر مذهب الشافعي، وبه قال مالك. (ب)

(٥) أي يكون تبعًا للدار. (ك)

(٦) قوله: "في حق أبيه أبي طالب" هو ما روى سعد في "الطبقات" عن علي قال: لما أخبرت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بموته بكى، ثم قال لي: اذهب فاغسله، وكفنه وواره، قال: ففعلت ثم أتيته، فقال لي: اذهب فاغتسل. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٨١، والدراية ج١ رقم الحديث٣٠٧، ص٢٣٦. (نعيم)

(٧) بإفاضة الماء عليه. (ب)

(٨) كما تلقى الجيفة. (ب)

فصل فی حمل الجنازة

وإذا حملوا الميت على سريره أخذوا بقوائمه الأربع ، بذلك وردت السنة[(١)]* ، وفيه تكثير الجماعة[(٢)] ، وزيادة الإكرام والصيانة[(٣)] . وقال الشافعی : السنة أن يحملها رجلان يضعها السابق على أصل عنقه ، والثانی على صدره ؛ لأن جنازة سعد ابن معاذ[(٤)] هكذا[(٥)] حملت** ، قلنا : كان ذلك[(٦)] لازدحام الملائكة[(٧)] . ويمشون به مسرعين دون الخبب ؛ لأنه ﷺ حين سئل عنه[(٨)] قال : ما دون الخبب[(٩)] ، *** .

وإذا بلغوا إلى قبره يكره أن يجلسوا قبل أن يوضع[(١٠)] عن أعناق الرجال ؛ لأنه قد تقع الحاجة إلى التعاون ، والقيام أمكن منه ، وكيفية الحمل أن تضع مقدم الجنازة[(١١)] على يمينك ، ثم مؤخرها على يمينك ، ثم مقدمها

---

(١) قوله: "بذلك وردت السنة" وهی ما رواه أبو داود الطيالسی وابن ماجة والبيهقی من رواية أبی عبيدة ابن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: من اتبع الجنازة، فليحمل بجوانب السرير كلها، فإنها من السنة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٨٦، والدراية ج١، ص٢٣٦. (نعيم)

(٢) حتّى لو لم يتبعه أحد كان هؤلاء جماعة. (ع)

(٣) عن السقوط. (ب)

(٤) رواه ابن سعد فی "الطبقات" بسند ضعيف. (ف)

(٥) يعنی بين العمودين.

** راجع نصب الراية ج٢ ص٢٨٦، والدراية ج١، ص٢٣٧. (نعيم)

(٦) روى ابن سعد عن النبی صلی الله عليه واله وسلم:« لقد شهده يعنی سعدا سبعون ألف ملك لم ينزلوا إلى الأرض قبل ذلك». (ف)

(٧) حتى كان النبی صلی الله عليه وعلی آله وسلم يمشی على رؤوس أصابعه وصدور قدميه. (ب)

(٨) أخرجه الترمذی. (ف)

(٩) بفتح الخاء المعجمة والباء الموحدة: هو ضرب من العدو.

*** رواه ابن مسعود، راجع نصب الراية ج٢ ص٢٨٩، والدراية ج١رقم الحديث٣٠٨، ص٢٣٧. (نعيم)

(١٠)قوله: أن يجلسوا قبل أن يوضع إلخ" هذا فی حق القائم الماشی معها، وأما القاعد على الطريق، إذا مرت به، فلا يقوم لها، وقيل: يقوم. (ف)

(١١)قوله: "أن تضع مقدم [حكاية خطاب أبی حنيفة لأبی يوسف رح. ف] إلخ" إنما بدأ بالمقدم لأن المقدم

على يسارك، ثم مؤخرها على يسارك؛ إيثاراً للتيامن، وهذا في حالة التناوب[١].

فصل في الدفن

ويحفر القبر ويلحد[٢]؛ لقوله ﷺ[٣]: «اللحد لنا والشق لغيرنا[٤]»*، ويدخل الميت مما يلي القبلة[٥]، خلافاً[٦] للشافعي، فإن

أولى بالابتداء، وإنما بدأ بالميامن؛ لأن الله تعالى يحب التيامن، وفي "الفتاوى الصغرى": ويبدأ بالميامن، والمراد يمين الميت، لا يمين الجنازة؛ لأن يمين الميت على يسار الجنازة، ويساره على يمينها. (ب)

(١) يعني إذا تناوب الحاملون. (ب)

(٢) اللحد أن يحفر في جانب القبلة حفيرة، فيوضع فيها، وصفة الشق أن يحفر حفيرة في وسط القبر، ويوضع فيها الميت. (ك)

(٣) رواه الترمذي. (ف)

(٤) فإنه فعل اليهود. (ك)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٩٦، والدراية ج١رقم الحديث٣٠٩، ص٢٣٩. (نعيم)

(٥) قوله: "ويدخل الميت مما يلي القبلة" يعني يوضع الجنازة بجانب القبلة من القبر، ويحمل منه الميت، فيوضع في اللحد، وهو مذهب علي بن أبي طالب ومحمد ابن الحنفية وإسحاق بن راهويه وإبراهيم التيمي. (ب)

(٦) قوله: "خلافاً" أقول: اختلفوا فيه على ثلاثة مذاهب: الأول: مذهب الحنفية، وإليه يذهب علي والنخعي وإسحاق بن راهويه، ويشهد له كثير من الأخبار، فأخرج الترمذي، وأبو نعيم عن ابن عباس قال: دخل رسول الله قبر عبد الله ذي البجادين ليلا، فأخذه من قبل القبلة.
والمذهب الثاني: مذهب الشافعية، وإليه ذهب أحمد بن حنبل مستدلين بأن السل أسهل، وشهدت له بعض الأخبار أيضاً، فروى ابن ماجة عن أبي رافع قال: سل رسول الله سعدا ورش عليه ماء.
والثالث: مذهب مالك، وهو التخيير بين الإدخال من جانب القبلة، وبين السل، والتحقيق في هذا المقام أن مذهبنا أدق نظرا، وأحسن سرا؛ لأن الأخبار القولية والفعلية في هذا الباب متعارضة، وكذا الأخبار الواردة في إدخال رسول الله على ما مر ذكرها، فلما تعارضت الأخبار، صرنا إلى الترجيح، فوجدنا أن مذهبنا هو المرجح؛ لما ذكرنا من أن جانب القبلة معظم، وما ذكره الشافعية من أن السل أسهل، فجوابه أن اعتبار الأمر الشرعي أولى من اعتبار السهولة، وما ذهب إليه مالك من التخيير فإن أراد به إباحة كلا الأمرين فخارج عن محل النزاع؛ لأن النزاع إنما هو في الاستحباب، ولا خلاف لأحد في جواز كلا الأمرين، وإن أراد به التخيير في الاستحباب، فغير مقبول؛ لما ذكرنا هذا ما حضر عندي في ترجيح مذهب الحنفية من المذاهب الثلاثة، وقال العيني في "شرح الهداية": أحاديث السل غير صحيحة، ولئن سلمنا، فالجواب من وجوه إلخ.
قلت: العجب منه أنه مع جلالة قدره، واستنكافه عن تبعية شراح "الهداية" الذين مضوا قبله قد تبعهم في هذا المقام، ولم ينظر ما في هذه الوجوه من السخافة.

عنده يُسَلُّ سَلا[١]؛ لما روى[٢] أنه ﷺ سُلَّ سَلا*، ولنا أن جانب القبلة معظم، فيستحب الإدخال[٣] منه، واضطربت[٤] الروايات[٥] في إدخال النبي ﷺ، فإذا وضع في لحده يقول واضعه: «بسم الله وعلى ملة رسول الله»، كذا قال رسول الله حين وضع[٦]** أبا دجانة[٧] في القبر،

وأما الوجه الأول: فلثبوت السل عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم في رواية ابن ماجة، وأما الثاني: فلأن باب الاحتمال وسيع يجب سده، فإن الخصم يقول: السل وهو السنة، والأخذ من جانب القبلة إنما كان فيما كان للضرورة، وأما الثالث فلأن رسول الله ﷺ لم يتوف ملصقاً مع الجدار، بل مستندا إلى عائشة رض على ما دلت عليه أخبار الصحيحين، وهو يقتضي كونه متباعداً عن أصل الجدار، ومن المعلوم أن قبره كان لحداً، فغاية الأمر أن يكون موضع اللحد ملصقاً إلى أصل الجدار، ومنزل القبر قبله، وليس الإدخال من جانب القبلة إلا بوضع الجنازة على سقف اللحد، فالقول بعدم إمكان ذلك ليس كما ينبغي، كما لا يخفى. (ملخصا من "رسالة رفع الستر عن كيفية إدخال الميت وتوجيهه إلى القبلة في القبر" للمولوى محمد عبد الحي نوره الله مرقده)

(١) قوله:يسل سلا" وصفة ذلك أن يوضع الجنازة في مؤخر القبر، حتى يكون رأس الميت بإزاء موضع قدميه من القبر، ثم يدخل الرجل الآخذ في القبر، فيأخذ برأس الميت، فيدخله في القبر أولا، ثم يسل كذلك، كذا في "مبسوط شيخ الإسلام"، وفتاوى قاضي خان، والخلاصة، وقال الحلواني: صورة السل أن يوضع الجنازة في مقدم القبر، حتى يكون رجل الميت بإزاء موضع رأسه من القبر. (ك)

(٢) رواه الشافعي بسنده، وأنه سل من قبل رأسه. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٢٩٨، والدراية ج١رقم الحديث٣١٠، ص٢٣٩. (نعيم)

(٣) قوله: "الإدخال" من الخطأ الفاحش ما صدر عن العيني في "منحة السلوك شرح تحفة الملوك" عند قول الماتن:" ويدخل من جانب القبلة": لأنه عليه الصلاة والسلام أخذ أبادجانة من قبل القبلة انتهى، فإن أبا دجانة قتل في زمن أبي بكر الصديق رض، والصحيح ذو البجادين. (رفع الستر)

(٤) قوله: "واضطربت الروايات" وجه الاضطراب ما روى أنه سل سلا، وما روى أنه أدخل من جانب القبلة، ولما تعارضت الروايات لا يكون المحتمل حجة للخصم على أنا نقول: أحاديث السل غير صحيحة، ولئن سلمنا، فالجواب عنه عن وجوه: الأول: ما رواه الخصم إما فعل الصحابة أو قوله، وما روينا فعل الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم.

والثاني: أنه يحتمل أن ما رواه فعل؛ خوفا من إقامتها لرخاوة الأرض، الثالث: أنه لم يكن من جهة القبلة ما يسع فيه وضع الجنازة لقرب الحائط. (ب)

(٥) قوله: "الروايات" أخرج ابن ماجة عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله أخذ من قبل القبلة، واستقبل استقبالا، وأخرج ابن عدي والعقيلي عن علقمة عن ابن بريدة عن أبيه أن رسول الله أخذ من قبل القبلة ولحد له، وأخرج الشافعي في "مسنده" عن ابن عباس أنه قال: سل رسول الله سلا، وكذلك عمر وأبو بكر. (رفع الستر)

(٦) الصحيح أنه وضع ذا البجادين اسمه عبد الله. (ب)

ويوجه إلى القبلة، بذلك[١] أمر رسول الله ﷺ[٢]*، ويحل العقدة[٣]؛ لوقوع الأمن من الانتشار.

ويُسوَّى اللبن على اللحد؛ لأنه ﷺ جعل على قبره اللبن[٤]**، ويُسَجَّى[٥] قبر المرأة بثوب، حتى يجعل اللبن على اللحد، ولا يسجى قبر الرجل[٦]؛ لأن مبنى حالهن على الستر، ومبنى حال الرجال على الانكشاف، ويكره الآجر[٧] والخشب؛ لأنهما لإحكام البناء والقبر موضع البلى[٨]، ثم بالآجر[٩] أثر النار، فيكره تفاؤلا[١٠]، ولا بأس بالقصب.

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٠٠، والدراية ج١، ص٢٤٠. (نعيم)

(٧) غلط، فإن أبا دجانة توفى بعده فى واقعة اليمامة. (ف)

(١) لم يثبت الأمر. (ب)

(٢) قوله: "أمر رسول الله ﷺ" غريب، وقد يستأنس له بحديث أبى داود والنسائى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن الكبائر، فقال: هى تسع، فذكرها إلى أن قال: واستحلال البيت الحرام قبلتكم أحياء وأمواتا. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٠٢، والدراية ج١، ص٢٤١. (نعيم)

(٣) يعنى عقدة الكفن. (ع)

(٤) قوله: "جعل على قبره اللبن" هذا الحديث رواه ابن حبان فى "صحيحه" عن جابر كان قبر النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم اللحد ونصبنا عليه اللبن نصباً، ورفع قبره من الأرض شبراً. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٠٣، والدراية ج١رقم الحديث ٣١١، ص٢٤١. (نعيم)

(٥) التسجية التغطية. (ك)

(٦) وبه قال مالك وأحمد، والمشهور من الشافعى يسجى. (ب)

(٧) بضم الجيم وتشديد الراء المهملة. (ب)

(٨) من بلي الثوب يبلى.

(٩) قوله: "ثم بالآجر إلخ" إشارة إلى أنه فرق بعضهم فى الآجر والخشب فى التعليل، فكره الآجر دون الخشب. (ب)

(١٠) قوله: "فيكره تفاؤلا" قال الجرجانى: هذا ليس بشىء؛ لأنه يكفن فى ثوب قصره القصار، وإن كان به أثر النار. (ك)

وفى "الجامع الصغير"(١): ويستحب اللبن والقصب؛ لأنه صلى الله عليه وعلى آله وسلم(٢) جُعل على قبره طُنٌ(٣) من قصب*.

ثم يهال(٤) التراب ويسنّم القبر ولا يُسطَّح أى لا يُربّع؛ لأنه ﷺ نهى عن تربيع القبور(٥)**، ومن شاهد قبره(٦) أخبر أنه مسنم***.

باب الشهيد(٧)

الشهيد من قتله(٨) المشركون(٩)، أو وجد فى المعركة وبه أثر(١٠)، أو قتله المسلمون ظلماً(١١)، ولم يجب(١٢) بقتله دية(١٣)، فيكفن ويصلى عليه(١٤)

---

(١) قوله: "وفى "الجامع الصغير" صرح به لمخالفة رواية القدورى؛ لأنها لا تدل إلا على نفى البأس لا غير، ورواية "الجامع الصغير" تدل على الاستحباب. (ع)

(٢) رواه ابن أبى شيبة. (ف)

(٣) بالضم هو الحزمة من القصب.(ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٠٣، والدراية ج١ رقم الحديث٣١٢، ص٢٤١. (نعيم)

(٤) أى يصب. (ب)

(٥) رواه أبو حنيفة. (ف)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٠٤، والدراية ج١ رقم الحديث٣١٣، ص٢٤١. (نعيم)

(٦) عن إبراهيم قال: أخبرنى من رآه أنه مسنم، رواه أبو حنيفة. (ف)

*** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٠٤، والدراية ج١، ص٢٤٢. (نعيم)

(٧) قوله: "باب الشهيد" إنما أفرد هذا الباب عما قبله، وإن كان الكل فى حكم الموتى؛ لأن حكم الشهيد يخالف عما قبله فى حق التكفين والغسل. (ب)

(٨) بأيّة آلة كانت. (ع)

(٩) وفى حكمهم قطاع الطريق، وأهل البغى. (ع)

(١٠) أى جراحة. (ع)

(١١) احتراز عما قتله المسلمون رجماً، أو قصاصاً. (ع)

(١٢) قوله: "ولم يجب بقتله دية" لا يرد عليه إذا قتل الأب ابنه عمداً بآلة جارحة؛ لأنه لم يجب بهذا القتل الدية، بل يجب القصاص لكن سقط بحرمة الأبوة، ووجبت الدية فيكون شهيداً. (ك)

(١٣) احتزز به عن شبه العمد والخطأ. (ب)

ولا يغسل ؛ لأنه فى معنى شهداء أحد، وقال ﷺ[١] فيهم : « زمّلوهم[٢] بكلومهم ودماءهم ولا تغسلوهم »* ، فكل من قتل بالحديد ظلمًا، وهو طاهر بالغ[٣]، ولم يجب به عوض مالى، فهو فى معناهم[٤]، فيلحق بهم، والمراد بالأثر الجراحة؛ لأنها دلالة القتل، وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين[٥] ونحوه.

والشافعى يخالفنا فى الصلاة، ويقول: السيف مَحَّاء[٦] للذنوب، فأغنى عن الشفاعة[٧]، ونحن نقول: الصلاة على الميت لإظهار كرامته[٨]، والشهيد أولى بها، والطاهر عن الذنوب[٩] لا يستغنى عن

(١٤) عندنا خلافًا للشافعي. (ع)

(١) غريب (ف) رواه النسائي وأحمد في "مسنده". (ب)

(٢) أي لفوهم فيها يقال: تزمل بثوبه إذا التف فيه.

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٠٧، والدراية ج١ رقم الحديث ٣١٤، ص٢٤٢. (نعيم)

(٣) كان ينبغي أن يشترط العقل أيضًا إذا الثلاثة شرط عند أبي حنيفةؒ. (ك)

(٤) قوله: "فهو في معناهم" ههنا قيود: الأول: أن يكون القتل ظلمًا؛ احترازًا عن القتل رجمًا، كما ذكرنا، والثاني: القتل بالحديدة، وإنما يشترط إذا كان القتل بين المسلمين، وأما من أهل الحرب وقطاع الطريق، فليس بشرط، بل هو شهيد بأي شيء قتل.
والثالث: أن يكون طاهرًا، فلا يكون جنبًا وحائضًا، والرابع: أن يكون بالغًا، فلا يكون صبيًا، وفي هذين خلاف أبي حنيفة وصاحبيه، والخامس: أن لا يجب بقتله عوض مالي. (ب)

(٥) قوله: "كالعين" وإن خرج من دبره، أو أنفه، أو ذكره لا يكون شهيدًا؛ لأن الدم يخرج من هذا المواضع من غير ضرب في العادة. (ب)

(٦) على وزن فعال مبالغة ماحي من محا يمحو ومحّى يمحى محيًا. (ب)

(٧) قوله: "فأغنى عن الشفاعة" تقريره إذا كان السيف محاء للذنوب لا ينبغي للشهيد أن يصلى عليه، فيستغني عن الشفاعة والصلاة لأجلها. (ب)

(٨) قوله: "لإظهار كرامته" لا يخفى عليك أن الصلاة على الميت المقصود الأصلي من نفسها الاستغفار له، والشفاعة والتكريم تبعان فإرادته من إيجاب ذلك على الناس، فنقول: إذا أوجب الصلاة على الميت على المكلفين تكريما له، فلأن يوجبها عليهم على الشهيد الأولى. (ف)

(٩) جواب عن قياس الشافعي. (ب)

الدعاء كالنبى والصبى[١].

ومن قتله أهل الحرب، أو أهل البغى، أو قطاع الطريق، فبأى شيء قتلوه لم يغسل[٢]؛ لأن شهداء أحد[٣] ما كان كلهم قتيل[٤] السيف والسلاح[٥]، وإذا استشهد الجنب غسل[٦] عند أبى حنيفة.

وقالا: لا يغسل[٧]؛ لأن ما وجب بالجنابة سقط بالموت[٨]، والثانى لم يجب للشهادة، ولأبى حنيفة أن الشهادة عرفت مانعة[٩] غير رافعة[١٠]، فلا ترفع الجنابة، وقد صح[١١] أن حنظلة لما استشهد جنبا غسلته الملائكة[١٢]*، وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء إذا طهرتا، وكذا قبل

(١) قوله: "كالنبى والصبى" لو اقتصر على النبى كان أولى؛ لأن الدعاء فى الصبى لأبويه. (ف)

(٢) خلافًا للشافعى ومالك وأحمد فى غير أهل الحرب. (ب)

(٣) قوله: "لأن شهداء أحد إلخ" لا حاجة إليه فى ثبوت ذلك الحكم؛ إذ يكفى فيه ثبوت بذل نفسه، ابتغاء مرضات الله؛ هو المناط. (ف)

(٤) والله أعلم بذلك. (ف)

(٥) كان فيهم من دمغ رأسه بالحجر، ومن قتل بالعصا. (كفاية)

(٦) وبه قال أحمد. (ب)

(٧) وبه قال الشافعى. (ب)

(٨) قوله: "سقط بالموت [أى الغسل بسبب الموت]" لأنه خرج عن كونه مكلفًا بالغسل عن الجنابة. (ع)

(٩) عن وجوب غسل الميت. (ب)

(١٠) قوله: "غير رافعة" ألا يرى أنه لو كان فى ثوب الشهيد نجاسة يغسل تلك النجاسة، ولا يغسل الدم عنه. (ك)

(١١) قوله: "وقد صح إلخ" الحق أن الدفع ليس إلا بالنص، وهو حديث حنظلة، فإن لهم أن يرفعوا ذلك بأن الوجوب قبل الموت كان متعلقًا به، وبعده بغيره، فما هو له لا ينتقل بغيره إلا بدليل، فيرجع فى إيجابهم ذلك إلى حديث، فإن قالوا: إنما هو يفيد إرادة الله سبحانه تكريمه، لا أنه واجب، وإلا لم يسقط بفعل غير الآدميين؛ لأن الوجوب عليهم.
قلنا: كان ذلك أول تعليم للوجوب، فجاز أن يسقط بفعل غيرهم ذلك لحصول المقصود، بخلاف ما بعد الأول كغسل الملائكة آدم عليه السلام. (ف)

(١٢) قوله: "غسلته الملائكة" رواه ابن حبان والحاكم عن عبد الله بن الزبير قال: سمعت رسول

الانقطاع في الصحيح من الرواية[١]، وعلى هذا الخلاف الصبي[٢]. لهما أن الصبي أحق بهذه الكرامة[٣]، وله أن السيف كفى عن الغسل في حق شهداء أحد بوصف كونه طهرة، ولاذنب على الصبي، فلم يكن في معناهم...

ولا يغسل عن الشهيد دمه، ولا ينزع عنه ثيابه؛ لما روينا[٤]، وينزع[٥] عنه الفرو والحشو[٦] والسلاح والخف؛ لأنها ليست من جنس الكفن، ويزيدون[٧] وينقصون ما شاءوا؛ إتماما للكفن، ومن ارتث[٨] غسل، وهو من صار خلقًا[٩] في حكم الشهادة، لنيل مرافق الحياة؛ لأن بذلك[١٠]

الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول وقد قتل حنظلة بن أبي عامر الثقفي: "إن صاحبكم حنظلة تغسله الملائكة، فسلوا صاحبته، فقالت: خرج وهو جنب إذا سمع الهائعة، فقال رسول الله: لذلك غسله الملائكة".

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وليس عند الحاكم: فسلوا صاحبته، يعني زوجته، وهي جميلة بنت أبي ابن سلول، كان قد بنى بها تلك الليلة، فرأت في منامها كان بابا من السماء فتح وأغلق دونه، فعرفت أنه مقتول من الغد، فلما أصبحت دعت بأربعة من قومها، واستشهدهم أنه دخل بها؛ خشية أن يقع في ذلك نزاع، ذكره الواقدي.(ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣١٥، والدراية ج١، ص٢٤٤. (نعيم)

(١) في رواية عن أبي حنيفة: لا يغسلان؛ لأن الاغتسال ما كان واجبًا عليهما قبل الانقطاع. (ع)

(٢) وكذلك المجنون. (ب)

(٣) أي بسقوط الغسل. (ع)

(٤) قوله: "لما روينا [وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «زملوهم» إلخ. ك]" هذا يدل على عدم الغسل، ولكن لا يدل على عدم نزع الثياب، وإنما الدليل عليه ما روى عن ابن عباس قال: أمر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود، ويدفنوا في دماءهم وثيابهم، أخرجه ابن ماجة وأبو داود. (ب)

(٥) خلافًا للشافعي. (ب)

(٦) أراد به الثوب المحشو بالقطن، وهو بحسب اصطلاح الناس. (ب)

(٧) إذا كان ناقصًا عن العدد المسنون . (ب)

(٨) قوله: "ومن ارتث" بصيغة المجهول، بالتاء المثناة من فوق، والثاء المثلثة، وهو من قولهم: ثوب رث أي خلق. (ب)

(٩) بفتح اللام. (ب)

يخف أثر الظلم، فلم يكن فى معنى شهداء أحد، والارتثاث أن يأكل[١]، أو يشرب، أو ينام، أو يداوى، أو ينقل من المعركة؛ لأنه نال بعض مرافق الحياة، وشهداء أحد ماتوا عطاشًا* والكأس[٢] تدار عليهم[٣]، فلم يقبلوا خوفًا من نقصان الشهادة، إلا إذا حمل من مصرعه كيلا تطأه الخيول[٤]؛ لأنه ما نال شيئًا من الراحة، ولو آواه[٥] فسطاط[٦] أو خيمة، كان مرتثا؛ لما بينا.

ولو بقى حيا حتى مضى وقت صلاة، وهو يعقل[٧] فهو مرتث؛ لأن تلك الصلاة صارت دينا فى ذمته، وهو من أحكام الأحياء، قال[٨]: وهذا مروى عن أبى يوسف، ولو أوصى بشىء من أمور الآخرة[٩] كان ارتثاثا عند أبى يوسف؛ لأنه ارتفاق، وعند محمد لا يكون؛ لأنه من أحكام الأموات.

---

(١٠) النيل. (ب)

(١) او ابتاع، أو تكلم بكلام طويل، أو صلى. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣١٨، والدراية ج١، ص٢٤٤. (نعيم)

(٢) هو كل إناء فيه شراب. (مغرب)

(٣) ولم يشربوا. (ب)

(٤) قوله: "إلا إذا حمل من مصرعه إلخ" قال الإنزارى: وفيه نظر؛ لأن الحمل من المصرع لنيل الراحة، قلت: فى نظره نظر؛ لأن الحمل من المصرع إنما يكون لنيل راحة إذا كان لصرم القتال. (ب)

(٥) بالمد أى ضمه. (ب)

(٦) هو الخيمة الكبيرة. (ب)

(٧) احترز به إذا بقى مغمى عليه. (ب)

(٨) أى المصنف. (ب)

(٩) قوله: "من أمور الآخرة" اختلف فيه المتأخرون، فقيل: الاختلاف فى ما إذا أوصى بشىء من أمور الآخرة، فأما إذا أوصى بأمور الدنيا يغسل بالاتفاق، وقيل: إذا أوصى بأمور الآخرة لا يغسل اتفاقًا، وإنما الخلاف فى ما إذا أوصى بأمور الدنيا. (ك)

ومن وجد قتيلا في المصر غسل[١]؛ لأن الواجب فيه القسامة والدية، فخف أثر الظلم، إلا إذا علم[٢] أنه قتل بحديدة ظلمًا؛ لأن الواجب فيه القصاص، وهو عقوبة، والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا، إما في الدنيا،[٣] وإما في العقبى. وعند أبي يوسف ومحمد ما لا يلبث[٤] كالسيف، ويعرف في الجنايات إن شاء الله تعالى. ومن قتل في حد، أو قصاص غسل وصلى عليه[٥]؛ لأنه باذل نفسه لإيفاء حقّ مستحق عليه، وشهداء أحد بذلوا أنفسهم لابتغاء مرضات الله تعالى، فلا يلحق بهم، ومن قتل من البغاة[٦]، أو قطاع الطريق لم يصل عليه؛ لأن عليًا[٧] لم يصل على البغاة*.

---

(١) قوله: "ومن وجد قتيلا إلخ" في "شرح الوقاية" أقول: هذه الرواية مخالفة لما ذكر في "الذخيرة"، لأن رواية "الهداية" فيما إذا لم يعلم قاتله؛ لأنه علل بوجوب القسامة، ولا قسامة إلا إذا لم يعلم القاتل، ففي صورة عدم علم القتل إذا علم أن القتل بالحديدة، ففي رواية "الهداية" لا يغسل؛ لأن نفس هذا القتل أوجب القصاص، أما وجوب الدية والقسامة فلعارض العجز عن إقامته، فلا يخرج هذا العارض عن أن يكون شهيدا، وأما على رواية "الذخيرة"، فيغسل، انتهى.

أقول -وبالله التوفيق-: إن محشى هذا الكتاب قد قيدوا قوله: إلا إذا علم أنه قتل بحديدة ظلما بقولهم: ويعلم قاتله عينًا، وقد صرح في "العناية" أنه إن قتل ظلما بحديدة، ولا يعلم قاتله يغسل؛ لأن الواجب هناك الدية والقسامة، ولفظ الكتاب يشير إلى ذلك حيث قال: بوجوب بالقصاص، ولا قصاص إلا على القاتل المعلوم، فما قال شارح "الوقاية": لا يسمع، والله أعلم. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٢) أى ويعلم قاتله عينًا. (ف)

(٣) أى وجد. (ب)

(٤) قوله: "ما لا يلبث كالسيف" يعنى لا يشترط في قتيل وجد في المصر أن يقتل بالحديد عندهما، بل المثقل من الحجر والخشب مثل السيف عندهما في وجوب القصاص، حتى لا يغسل القتيل ظلما في المصر إذا عرف قاتله، وعُلِمَ أنه قتله بالمثقل لوجوب القصاص عندهما، وعند أبي حنيفة لا يجب القصاص في المثقل، ويعرف في الجنايات. (ع)

(٥) قوله: "غسل وصلى عليه" هذا بالإجماع إلا أن مالكا يقول: لا يصلى الإمام على المرجوم، والمقتول قصاصًا؛ لأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم لم يصل على عاص، وصلى عليه غيره، وقال الزهرى: لا يصلى على المرجوم أصلا. (ب)

(٦) بضم الباء الموحدة جمع باغ هو الذى خرج عن طاعة الإمام. (ب)

(٧) غريب. (ف) ذكر ابن سعد في "الطبقات" قصة أهل الصفين، وليس فيه ذكر الصلاة. (ب)

باب[1] الصّلاة فى الكعبة[2]

الصّلاة فى الكعبة جائزة فرضها ونفلها، خلافًا[3] للشافعى[4] فيهما، ولمالك فى الفرض؛ لأنه ﷺ صلى فى جوف الكعبة يوم الفتح[5]*، ولأنها صلاة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة؛ لأن استيعابها[6] ليس بشرط، فإن صلى الإمام بجماعة فيها، فجعل بعضهم ظهره إلى ظهر الإمام جاز؛ لأنه متوجه إلى القبلة، ولا يعتقد إمامه على الخطأ، بخلاف مسألة التحرى[7]. ومن جعل منهم ظهره[8] إلى وجه الإمام لم تجز صلاته؛ لتقدمه على إمامه، وإذا صلى الإمام فى المسجد الحرام، فتحلق الناس حول الكعبة، وصلوا بصلاة الإمام، فمن[9] كان منهم أقرب إلى الكعبة من الإمام جازت صلاته إذا لم يكن فى جانب الإمام[10]؛ لأن

---

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣١٩، والدراية ١، ص٢٤٥. (نعيم)

(١) قدمناه أول باب الجنائز وجه تأخيره. (ع)

(٢) سمى البيت به لتربعه من قولهم: برد مكعب أى مربع. (ب)

(٣) قوله: "خلافًا للشافعى" لم يورد أحد من علمائنا هذا الخلاف فى ما عندى من الكتب كـ"المبسوطين" و"الأسرار" و"الإيضاح" و"المحيط" وشروح "الجامع الصغير". (نهاية)

(٤) قوله: "خلافًا للشافعى" كان هذا وقع سهوا من الكاتب، فإنه يرى جواز الصلاة فى الكعبة فرضها ونفلها، كذا أورده أصحاب الشافعى فى كتبهم. (نهاية)

(٥) رواه البخارى. (ب)

* رواه ابن عمر، راجع نصب الراية ج٢ ص٣١٩، والدراية ج١ رقم الحديث٣١٥، ص٢٤٥. (نعيم)

(٦) وليس بممكن. (ب)

(٧) قوله: "بخلاف مسألة التحرى" يعنى إذا صلوا بجماعة فى ليلة مظلمة بالتحرى، فجعل بعضهم ظهره إلى ظهر الإمام، وقد علم حال إمامه لا يجوز صلاته؛ لأنه اعتقد إمامه على الخطأ. (بناية)

(٨) قيد به؛ لأنه إذا جعل وجهه إلى وجهه جازت.

(٩) جزاء إذا صلى. (ع)

(١٠) فصار كمن صلى خلفه. (ب)

التقدم والتأخر، إنما يظهر عند اتحاد الجانب.

ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلاته[١]*، خلافًا للشافعي؛ لأن الكعبة هي العرصة[٢] والهواء إلى عنان[٣] السماء عندنا دون البناء؛ لأنه ينقل، ألا ترى أنه لو صلى على جبل أبي قبيس[٤] جاز، ولا بناء بين يديه إلا أنه يكره؛ لما فيه من ترك التعظيم، وقد ورد النهي عنه[٥] عن النبي ﷺ.

كتاب الزكاة[٦]

الزكاة واجبة[٧] على الحر العاقل[٨] البالغ المسلم[٩]، إذا ملك نصابًا ملكًا تامًا[١٠]، وحال عليه الحول، أما الوجوب فلقوله تعالى: ﴿وآتوا

(١) ولكن يكره. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٢٣، والدراية ج١، ص٢٤٦. (نعيم)

(٢) بسكون الراء. (ب)

(٣) بفتح العين. (ب)

(٤) وكذا لو صلى على غيره من المواضع العالية. (ب)

(٥) قوله: "وقد ورد النهي عنه" أخرجه الترمذي وابن ماجة عن نافع عن ابن عمر: «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى أن يصلى في سبعة مواضع: المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق وفي الحمام ومعاطن الإبل وفوق ظهر بيت الله». (بناية)

(٦) قوله: "كتاب الزكاة" قرنها بالصلاة؛ اقتداء بما ذكر الله تعالى في القرآن: ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾، وكذلك في السنة: «بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة»، وأما تقدم الصلاة عليها، فلأنها حسن في نفسه، لكن بالواسطة، فكانت هي أحط رتبة من الصلاة. (عيني)

قوله: "الزكاة" يقال: زكا الزرع إذا نما، وإنما سميت بها؛ لأنها سبب نماء المال بالخلف في الدنيا، والثواب في العقبى. (كفاية)

(٧) أراد به الواجب القطعي هو الفرض. (ك)

(٨) فلا يجب على العبد والمجنون. (ب)

(٩) فلا تجب على الصبي والكافر. (ب)

(١٠) قوله: "ملكًا تامًا [احتراز عن صدائق المرأة الغير المقبوضة. ك]" احتراز عن مال المكاتب، فإنه ملك

الزكاة﴾ ولقوله ﷺ: «أدُّوا زكاة أموالكم»[١]*، وعليه إجماع الأمة[٢].

والمراد بالواجب الفرض؛ لأنه لا شبهة فيه، واشتراطِ الحرية؛ لأن كمال الملك بها، والعقل والبلوغ[٣] لما نذكره[٤]، والإسلام؛ لأن الزكاة عبادة، ولا تتحقق العبادة[٥] من الكافر، ولا بد من ملك مقدار النصاب؛ لأنه ﷺ قدر السبب به[٦]**، ولا بد من الحول[٧]؛ لأنه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء، وقدّرها الشرع بالحول؛ لقوله ﷺ[٨]: «لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول»***، ولأنه[٩] الممكن[١٠] به من الاستنماء؛

المولي، وإنما للمكاتب فيه ملك اليد، وعن مال المديون، فإن صاحب الدين يستحقه عليه، فيكون ملكًا ناقصًا.(عناية)

(١) قوله: "جزء من حديث أخرجه الترمذى فى آخر أبواب الصلاة. (ب)

* رواه أبو أمامة، راجع نصب الراية ج٢ ص٣٢٧، والدراية ج١، رقم الحديث ٣١٦ص٢٤٨. (نعيم)

(٢) حتى كفروا جاحدها وفسقوا تاركها.(ب)

(٣) أى اشتراط العقل والبلوغ؛ لما نذكره عن قريب. (عينى)

(٤) وهو قوله: وليس على الصبى والمجنون زكاة. (ب)

(٥) لأن الأمر بالعبادة لينال به المؤدى الثواب والكافر ليس بأهله. (ب)

(٦) قوله: "قدر السبب به" له شواهد كثيرة: منها حديث الخدرى قال: قال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ليس فى ما دون خمس أواقٍ صدقة وليس فى ما دون خمس ذود من الإبل صدقة وليس فى ما دون خمسة أوسق صدقة». (ف)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٢٨، والدراية ج١، رقم الحديث ٣١٧ ص٢٤٨. (نعيم)

(٧) قوله: "ولا بد من الحول [قال الجوهرى: يعنى لا فرار منه. ب]" قال شهاب الدين: القول فى تسمية الحول حولا؛ لأن الأحوال تحول فيه، كما تسمى السنة سنة؛ لسنة الأشياء فيها، والسنة التغير، وتسمى عامًا؛ لأن الشمس عامت، فقطعت جملة الفلك. (بناية)

(٨) قوله: "لقوله [رواه ابن ماجة عن عائشة. ب]" قال العينى: لا يقال: إنه إضمار قبل الذكر؛ لأن القرائن تدل عليه، انتهى.

أقول: لا حاجة إلى دلالة القرائن، بل المرجع مذكور فى ضمن القول المقدم على الضمير، فإن القول لا بد له من قائل، فإن المشتقات كما تدل على المصادر، كما فى قوله تعالى: ﴿اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾، كذلك المصادر أيضًا تدل على المشتقات. (مولوى محمد عبد الحى)

*** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٢٨، والدراية ج١، ص٢٤٨. (نعيم)

(٩) بيان لحكمة اشتراط الحول شرعًا. (ف)

لاشتمالهعلى الفصول المختلفة(١)، والغالب تفاوت الأسعار فيها، فأدير الحكم عليه(٢).

ثم قيل(٣): هى واجبة على الفور؛ لأنه مقتضى مطلق الأمر(٤)، وقيل(٥): على التراخى؛ لأن جميع العمر وقت الأداء، ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب(٦) بعد التفريط(٧).

وليس على الصبى والمجنون زكاة(٨)*، خلافًا للشافعى(٩)، فإنه يقول(١٠): هى غرامة مالية(١١)، فتعتبر بسائر المؤن(١٢) كنفقة الزوجات،

---

(١٠) من التمكين اسم فاعل. (ب)

(١) قوله: "لاشتماله على الفصول المختلفة [هى الربيع والصيف والخريف والشتاء. ب]" فإن التجارات ربما يتهيأ لها الاسترباح فى الصيف دون الشتاء، وقد يكون على العكس، وكذلك فى الربيع والخريف. (ب)

(٢) قوله: "فأدير الحكم عليه" يعنى يكون الاعتبار به دون حقيقة الاستنماء، حتى إذا ظهر النماء، أو لم يظهر، يجب الزكاة بحولان الحول. (عناية)

(٣) هو قول الكرخى. (ف)

(٤) قوله: "لأنه مقتضى مطلق الأمر" الدليل غير مقبول؛ لأن المختار فى الأصول أن مطلق الأمر لا يقتضى الفور ولا التراخى، بل مجرد المأمور به، فيجوز للمكلف التراخى والفور فى الامتثال؛ لأنه لم يطلب منه الفعل مقيداً بأحدهما، والوجه المختار هو أن الأمر فى الصرف إلى الفقير مع قرينة الفور، وهى دفع حاجة الفقير، وهى معجلة. (ف)

(٥) القائل: أبو بكر الجصاص. (ف)

(٦) قوله: "لا يضمن إلخ" وقال مالك والشافعى وأحمد: يضمن كما فى الاستهلاك؛ لأنه صار دينا فى ذمته، قلنا: الواجب جزء من النصاب، فلا يتصور بقاء الجزء بعد الهلاك بخلاف ما إذا استهلكه؛ لأنه دخل فى ضمانه، فيبقى دينًا عليه. (ب)

(٧) أى التقصير بعدم الأداء فى وقت التمكن. (ب)

(٨) حكى أنه إجماع الصحابة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٣٠، والدراية ج١، ص٢٤٨. (نعيم)

(٩) وهو قول ابن عمر وعائشة. (ع)

(١٠) وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(١١) قوله: "هى غرامة مالية" والغرامة أن يلتزم الإنسان ما ليس عليه، كذا فى "المغرب" وأراد بها ههنا المؤنة أى مؤنة مالية يؤدى بالمال، وملكه فى المال كامل، فيعتبر بالنفقة. (ك)

(١٢) جمع مؤنة.

وصار كالعشر والخراج[(١)]، ولنا أنها عبادة، فلا تتأدى[(٢)] إلا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء، ولا اختيار لهما؛ لعدم العقل[(٣)].

بخلاف الخراج[(٤)]؛ لأنه مؤنة الأرض[(٥)]، وكذلك الغالب في العشر[(٦)] معنى المؤنة[(٧)]، ومعنى العبادة[(٨)] تابع، ولو أفاق في بعض السنة[(٩)]، فهو بمنزلة إفاقته في بعض الشهر[(١٠)] في الصوم.

وعن أبي يوسف[(١١)] أنه يعتبر[(١٢)] أكثر الحول، ولا فرق[(١٣)] بين الأصلي[(١٤)] والعارضي[(١٥)]، وعن أبي حنيفة[(١٦)] أنه إذا بلغ مجنونًا يعتبر

---

(١) يؤخذان من مال الصبي. (ب)

(٢) هو قول علي وابن عباس. (ع)

(٣) قوله: "لعدم العقل" ولا اعتبار لاختيار الصبي العاقل، ولهذا لو أدى الصبي بنفسه وهو عاقل لا يصح عند الخصم، فعلم أن اختياره غير صحيح. (ف)

(٤) جواب عن قياس الشافعي. (ب)

(٥) قوله: "لأنه مؤنة الأرض" المؤنة عبارة عما هو سبب بقاء الشيء كالنفقة، ثم العشر والخراج سببان لبقاء الأراضي في أيدي المالك لما أن مصرف العشر الفقراء، ومصرف الخراج المقاتلة، فالمقاتلة يكونون قاصدي أهل الإسلام، والفقراء يدعون نصرة أهل الإسلام على الكفار. (ك)

(٦) ولذا لا يشترط الحول. (ب)

(٧) قوله: "معنى المؤنة" لما أن سبب وجوب العشر الأرض النامية بالخارج، فباعتبار الأرض -وهي الأصل- كانت المؤنة أصلا، وباعتبار الخارج -وهو وصف الأرض- كان معنى العبادة تابعًا. (ع)

(٨) هو باعتبار المصرف. (ب)

(٩) يعني المجنون. (ع)

(١٠) قوله: "بمنزلة إفاقته في بعض الشهر" يعني إذا كان مفيقًا في جزء من السنة أولها أو آخرها، قل أو كثر بعد ملك النصاب تلزمه الزكاة، كما لو أفاق في جزء شهر من رمضان في يوم أو ليلة، لزمه صوم الشهر كله في قول محمد، ورواية عن أبي يوسف لما أن السنة للزكاة بمنزلة الشهر للصوم. (عناية)

(١١) رواه هشام. (ف)

(١٢) لأن الأكثر في حكم الكل. (ب)

(١٣) يعني إذا أفاق في بعض السنة يجب الزكاة لما ذكرنا. (ع)

(١٤) وهو أن يدرك مجنونًا. (ع)

(١٥) وهو أن يدرك مفيقًا، ثم يجن. (ع)

(١٦) قوله: "وعن أبي حنيفة" هذا يوهم أنه رواية عن أبي حنيفة، وليس كذلك، بل هو مذهبه. (ب)

الحول من وقت الإفاقة بمنزلة الصبي إذا بلغ(١).

وليس على المكاتب زكاة؛ لأنه ليس بمالك من كل وجه(٢)؛ لوجود المنافى، وهو الرق، ولهذا لم يكن من أهل أن يعتق عبده، ومن كان عليه دين(٣) يحيط بماله، فلا زكاة عليه(٤)، وقال الشافعي: يجب لتحقق السبب، وهو ملك نصاب نامٍ، ولنا أنه مشغول(٥) بحاجته الأصلية، فاعتبر معدومًا كالماء المستحق(٦) بالعطش، وثياب البذلة والمهنة(٧).

وإن كان ماله أكثر من دينه، زكى الفاضل إذا بلغ نصابًا؛ لفراغه عن الحاجة، والمراد(٨) به دين له مطالب من جهة العباد، حتى لا يمنع دين النذر والكفارة(٩)، ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب(١٠)؛ لأنه ينتقص به

(١) قوله: "بمنزلة الصبي إذا بلغ" لأن التكليف لم يسبق هذه الحالة، فصارت الإفاقة كبلوغ الصبي. (ع)

(٢) لأنه مالك يدًا، لا رقبة؛ لأن رقبته للمولى. (ب)

(٣) قوله: "ومن كان عليه دين" المراد به دين له مطالب من جهة العباد كالقرض، وثمن المبيع، وضمان المتلف، وأرش الجراحة، ومهر المرأة، كان الدين من النقود، أو من المكيل والموزون، أو الثياب، أو الحيوان، وجب بنكاح، أو صلح، أو خلع، أو دم عمد، وهو حال، أو مؤجل.

وذكر الإمام البزدوي في "جامعه" عن البعض: دين المهر لا يمنع إذا لم يكن الزوج على عزم الأداء؛ لأنه لا يعده دينا، وفي طريقة الشهيد: المؤجل هل يمنع؟ لا رواية فيه، إن قلنا: لا، فله وجه، وإن قلنا: نعم، فله وجه، كذا ذكر الإمام التمرتاشي. (ك)

(٤) وهو قول عثمان وابن عمر وأحمد. (ب)

(٥) أي معد لدفع الهلاك حقيقةً، أو تقديرًا. (ع)

(٦) حتى يجوز التيمم معه. (ب)

(٧) قوله: "وثياب البذلة والمهنة [بكسر الميم. ب]" أي كثياب البذلة بكسر الباء الموحدة قال الجوهري: البذلة ما يمتهن من الثياب أي يستخدم. (عيني)

(٨) من قوله: ومن كان عليه دين.

(٩) قوله: "حتى لا يمنع دين النذر والكفارة" لأنه لا مطالب له من جهة العباد، وكذلك صدقة الفطر، ووجوب الحج، وهدى المتعة والأضحية. (بناية)

(١٠) قوله: "حال بقاء النصاب" صورته: له نصاب حال عليه الحولان ولم يزكه، لا زكاة عليه في الحول الثاني؛ لأنه خمسة منه مشغولة بدين الحول، فلم يكن الفاضل نصابًا، ولو كان له خمس وعشرون من الإبل لم يزكها في الحولين كان عليه في الحول الأول بنت مخاض، والحول الثاني أربع شياه. (ف)

النصاب، وكذا بعد الاستهلاك(١)، خلافًا لزفر فيهما، ولأبى يوسف فى الثانى(٢) على ما روى عنه(٣)؛ لأنه له مطالبًا، وهو الإمام فى السوائم، ونائبه فى أموال التجارة، فإن المُلاك نوّابه(٤).

وليس فى دُور السكنى، وثياب البدن، وأثاث(٥) المنازل، ودوابّ الركوب، وعبيد الخدمة، وسلاح الاستعمال زكاة؛ لأنها مشغولة بالحاجة الأصلية(٦)، وليست بنامية أيضًا(٧)، وعلى هذا كتب العلم لأهلها(٨) وآلات المحترفين(٩)؛ لما قلنا.

ومن له على آخر دين، فجحده سنين، ثم(١٠) قامت به بينة لم يزكه لما مضى، معناه(١١) صارت له بينة بأن أقر(١٢) عند الناس، وهى مسألة المال

---

(١) قوله: "كذا بعد الاستهلاك" صورته: رجل ملك مائتى درهم وحال الحول، فاستهلك النصاب قبل أداء الزكاة، ثم استفاد مائتى درهم، وحال الحول على المستفاد لا يجب عليه زكاة الحول فى المستفاد؛ لأن وجوب زكاة النصاب الأول دين فى ذمته، فمنع وجوب الزكاة. (ع)

(٢) قوله: "ولأبى يوسف فى الثانى [أى المال المستهلك. ب]" والفرق له بين دين الزكاة حالة بقاء النصاب، ودين الزكاة بعد الاستهلاك أن الأول مطالب فى الجملة، ولا كذلك الثانى. (ك)

(٣) لما لم يكن ظاهر الرواية، قال: على ما روى عنه. (ب)

(٤) جمع نائب.

(٥) بالفتح: متاع خانه. (م)

(٦) الحاجة ما يدفع الهلاك عن نفسه تحقيقًا، أو تقديرًا. (ب)

(٧) قوله: "وليست بنامية أيضًا" لأن النماء إما خلقى كالذهب والفضة، أو بالإعداد للتجارة، وليسا بموجودين. (ع)

(٨) قوله: "لأهلها" لا يفيد قيد الأهل ههنا؛ لما أنه لو لم يكن من أهلها، وليست هى للتجارة، لا تجب فيها الزكاة أيضًا، وإن كثرت لعدم النماء، وإنما يفيد ذكر الأهل فى المصرف، فإنه إذا كانت له كتب تساوى مائتى درهم، وهو محتاج إليها فى التدريس والتدرس يجوز صرف الزكاة إليه، وإلا فلا. (ك)

(٩) قوله: "وآلات المحترفين" هذا فى آلات التى ينتفع بعينها، ولا يبقى أثرها فى المعمول، وأما إذا كان يبقى أثرها فى المعمول، كما لو اشترى الصباغ عصفرًا أو زعفرانًا؛ ليصبغ ثياب الناس بأجر، وحال عليها الحول، كان عليه الزكاة إذا بلغ نصابًا؛ لأن ما أخذ من الأجر مقابل بالعين، كذا فى "فتاوى قاضى خان". (كفاية)

(١٠) أى ما كانت له بينة أولا ثم صارت. (ب)

(١١) احتراز عما لو كانت له بينة، فيجب الزكاة كما سيذكره. (ف)

الضمار[١]، وفيه خلاف زفر والشافعي[٢]، ومن جملته المال المفقود[٣] والآبق[٤] والضال والمغصوب إذا لم يكن عليه[٥] بينة، والمال الساقط[٦] في البحر، والمدفون في المفازة[٧] إذا نسي مكانه، والذي أخذه السلطان مصادرة[٨]، ووجوب صدقة الفطر بسبب الآبق والضال[٩] والمغصوب على هذا الخلاف[١٠]. ولهما أن السبب[١١] قد تحقق، وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال[١٢] ابن السبيل[١٣].

ولنا قول علي[١٤]: "لا زكاة في مال الضمار"*، ولأن السبب هو

---

(١٢) المديون. (ب)

(١) قوله: "المال الضمار [بالكسر (م) على وزن فعال بمعنى فاعل. ب]" هو مال غائب لا يرجى، فإذا رجي فليس بضمار. (بناية)

(٢) في الجديد، وأحمد في رواية. (ب)

(٣) لأنه كالهالك. (ب)

(٤) ولهذا لا تجب صدقة الفطر عنه. (ب)

(٥) فإن كانت تجب. (ب)

(٦) لأنه كالعدم. (ب)

(٧) قوله: "في المفازة" احتراز عن المدفون في مكان أو كرم، على ما سيجيء. (عناية)

(٨) في "ديوان الأدب": صادره على ماله أي فارقه. (ب)

(٩) يشمل الحيوان والعبد. (ب)

(١٠) يعني لا يجب عندنا، خلافًا لزفر والشافعي. (ب)

(١١) أي سبب وجوب الزكاة هو النصاب النامي. (ب)

(١٢) لفوات يده وقيام ملكه لا يخرجه عن ملكه. (ب)

(١٣) أي المسافر.

(١٤) قوله: "قول علي إلخ" غريب، وروى أبو عبيدة في "كتاب الأموال" عن الحسن البصري بإسناده، قال: إذا حضر الوقت الذي يؤدي الرجل فيه زكاته، أدى عن كل مال، وعن كل دين، إلا ما كان منه ضمار لا يرجوه، (زيلعي).
قوله: "قول علي" قال السروجي: روى هذا موقوفًا ومرفوعًا بنقل الأصحاب عنه، كصاحب "المبسوط" و"المحيط" و"البدائع". (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٣٤، والدراية ج١، ص٢٤٩. (نعيم)

المال النامى، ولا نماء[١] إلا بالقدرة على التصرف، ولا قدرة عليه، وابن السبيل[٢] يقدر[٣] بنائبه، والمدفون فى البيت نصاب؛ لتيسير الوصول إليه[٤]، وفى المدفون فى الأرض[٥] أو الكرم اختلاف المشايخ[٦].

ولو كان الدين على مقرٍّ ملىء[٧]، أو معسر تجب الزكاة؛ لإمكان الوصول إليه ابتداء[٨]، أو بواسطة التحصيل[٩]، وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة[١٠]، أو علم به القاضى؛ لما قلنا[١١]. ولو كان على مقر مفلَّس[١٢]، فهو نصاب عند أبى حنيفة؛ لأن تفليس[١٣] القاضى لا يصح عنده[١٤]، وعند محمد لا يجب؛ لتحقق الإفلاس[١٥] عنده بالتفليس، وأبو

---

(١) قوله: "ولا نماء إلا بالقدرة عليه إلخ" وذلك لأن النماء شرط لوجوب الزكاة، وقد يكون النماء تحقيقاً كما فى عروض التجارة، أو تقديراً كما فى النقدين، وأما المال الذى لا يرجى عوده، لا يتصور تحقق الاستنماء فيه. (ب)

(٢) جواب عن قياس زفر والشافعى. (ب)

(٣) بدليل تمكنه من بيعه. (ب)

(٤) قوله: "لتيسير الوصول إليه" لكون البيت بيده بجميع أجزاءه، فيصل إليه بحفره. (عناية)

(٥) أراد به المملوكة. (ب)

(٦) قوله: "اختلاف المشايخ" قيل: تجب الزكاة؛ لأن حفر جميع الأرض ممكن، فلم يتعذر الوصول إليه، فصارت كالدار، قيل: لا تجب؛ لأن حفر جميعه حارج، والحرج مدفوع. (ك)

(٧) أى غنى مقتدر. (مغرب)

(٨) أى فى الملىء. (ع)

(٩) أى فى المفلس. (ع)

(١٠) قوله: "وعليه بينة" وفى ما إذا كانت له بينة عادلة، ولم يقمها حتى مضت سنون لا يكون نصاباً، وأكثر المشايخ على خلافه. (فتح القدير)

(١١) وهو إمكان الوصول.

(١٢) بالتشديد، ويدل عليه تعليله. (ك)

(١٣) بالنداء بإفلاسه. (ع)

(١٤) قوله: "لا يصح عنده" لأن المال غاد ورائح فذمته بعد التفليس صحيحة، كما هى قبله. (بناية)

(١٥) ولما صح التفليس عنده جعله بمنزلة التأوى والمجحود. (ع)

يوسف مع محمد فى تحقق الإفلاس[(١)]، ومع أبى حنيفة فى حكم الزكاة[(٢)]؛ رعاية لجانب الفقراء[(٣)].

ومن اشترى جارية للتجارة، ونواها للخدمة بطلت عنها الزكاة؛ لاتصال النية بالعمل[(٤)]، وهو ترك التجارة، وإن نواها للتجارة بعد ذلك[(٥)] لم تكن للتجارة حتى يبيعها، فيكون فى ثمنها زكاة؛ لأن النية لم تتصل[(٦)] بالعمل؛ إذ هو لم يتجر فلم تعتبر، ولهذا يصير المسافر مقيماً بمجرد النية[(٧)]، ولا يصير المقيم مسافراً بالنية، إلا بالسفر.

وإن اشترى شيئًا[(٨)]، ونواه للتجارة كان للتجارة؛ لاتصال النية بالعمل[(٩)]، بخلاف ما إذا ورث ونوى للتجارة؛ لأنه لا عمل منه[(١٠)]، ولو ملكه بالهبة[(١١)]، أو بالوصية[(١٢)]، أو النكاح[(١٣)]، أو الخلع[(١٤)]، أو الصلح عن

(١) حتى تسقط المطالبة إلى وقت اليسار. (ع)

(٢) يعنى يجب الزكاة لما مضى.

(٣) قوله: "رعاية لجانب الفقراء" هذا من القضاء المسلمة السكوت مع أنها لا يصلح وجها له. (فتح القدير)

(٤) قوله: "لاتصال النية بالعمل" لأن العمل إن كان من الجوارح، فلا يتحقق بمجرد النية، وما كان من الترك كفى فيه مجرد النية، فالتجارة من الأول، فلا يكفى مجرد النية، وتركها من الثانى. (فتح القدير)

(٥) أى بعد أن نواها للخدمة. (ب)

(٦) لأن التجارة تصرف، فلا يحصل إلا بالفعل. (ب)

(٧) لأن الإقامة ترك السفر. (ب)

(٨) قوله: "وإن اشترى شيئًا إلخ" هذا أى الشيء الذى يصح للتجارة، وأما إذا اشترى شيئًا لم تصح فيه نية التجارة لا يصير للتجارة، بأن اشترى أرضًا خراجية أو عشرية بنية التجارة؛ لأنه لا يصح فيه نية التجارة؛ لأنها لو صحت يلزم فيها اجتماع حقين بسبب واحد، وهو الأرض، فهذا لا يجوز (كفاية)

(٩) وهو الاشتراء للتجارة. (ب)

(١٠) لأن الميراث يدخل فى ملكه بلا عمله. (ب)

(١١) بأن وهبه له شخص.

(١٢) بأن أوصى به له شخص. (ب)

(١٣) المراد به المهر.

القود[1]، ونواه للتجارة، كان للتجارة عند أبي يوسف؛ لاقترانها بالعمل[2]، وعند محمد لا يصير للتجارة؛ لأنها لم تقارن[3] عمل التجارة، وقيل: الاختلاف على عكسه.

ولا يجوز أداء الزكاة إلا بنية مقارنة[4] للأداء، أو مقارنة لعزل مقدار الواجب؛ لأن الزكاة عبادة[5]، فكان من شرطها النية، والأصل فيها الاقترانْ إلا أن الدفع يتفرق[6]، فاكتفى بوجودها حالة العزل؛ تيسيرًا كتقديم النية في الصوم[7]، ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكاة سقط فرضها عنه[8] استحسانًا[9]؛ لأن الواجب جزء منه[10]، فكان متعينًا فيه، فلا حاجة إلى التعيين. ولو أدَّى بعض النصاب سقط زكاة المؤدى عند محمد؛ لأن الواجب شائع[11] في الكل.

---

(١٤) بأن خالع امرأته على شيء. (ب)

(١) أي القصاص. (ب)

(٢) وهو القبول منه. (ع)

(٣) لأن هذه العقود ليست بتجارة. (ع)

(٤) لأن اشتراط النية مع تفريق الدفع في كل مرة فيه حرج، وذلك مدفوع شرعًا. (ب)

(٥) أي مستقلة. (ب)

(٦) لأنه ربما لا يؤديها دفعة. (ب)

(٧) قوله: "كتقديم النية في الصوم" فإنه يجوز للعجز عن اقتران النية بأول الصبح. (ب)

(٨) قوله: "سقط فرضها عنه" فإن قيل: اقتران نية الزكاة شرط ولم توجد، قلنا: الواجب نية أصل العبادة لتمتاز عن العادة وقد وجدت؛ إذ الكلام في التصدق على الفقير، والصدقة ما يراد بها إلا رضى الله، ونية الفرض إنما تشترط ليحصل التعيين، وذا عند عدم التعيين، والواجب متعين في هذا النصاب، فلا حاجة إلى التعيين، وصار كما إذا نوى مطلق الصوم في رمضان. (ك)

(٩) قوله: "استحسانًا" والقياس أن لا يسقط، قيل: وهو قول زفر؛ لأن النفل والفرض كلاهما مشروعان، فلا بد من التعيين، كما في الصلاة. (ع)

(١٠) وهو ربع العشر. (ع)

(١١) فلو تصدق بالجميع سقط الجميع، فكذا البعض. (ع)

وعند أبي يوسف، لا يسقط؛ لأن البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب(١)، بخلاف الأول(٢)، والله أعلم بالصّواب.

باب صدقة السوائم(٣)

فصل فى الإبل

قال: ليس(٤) فى أقل من خمس ذود(٥) صدقة، فإذا بلغت خمساً سائمة، وحال عليها الحول، ففيها شاة(٦) إلى تسع، فإذا كانت عشراً، ففيها شاتان إلى أربع عشرة، فإذا كانت خمس عشرة، ففيها ثلاث شياه إلى تسع عشرة، فإذا كانت عشرين، ففيها أربع شياه إلى أربع وعشرين، فإذا بلغت خمساً وعشرين، ففيها بنت مخاض(٧)، وهي التى طعنت(٨) فى

(١) قوله: "لكون الباقي محلا للواجب" بيان هذا أن لا تسقط زكاة المؤدى، كما لا تسقط زكاة الباقي؛ لوجود المزاحمة؛ لأن المؤدى محل الواجب، وكذا الباقي، ثم إنه كما يحتاج إلى إسقاط الواجب عن المؤدى يحتاج إلى إسقاطه عن الباقي، فمقدار الواجب فى المؤدى جاز أن يقع عن المؤدى، وجاز أن يقع عن الباقي، فلا يقع عنهما لعدم الأولوية، ووجود المزاحمة، وعدم قاطع المزاحمة، وهو النية المعينة. (ك)

(٢) وهو التصدق بالجميع لعدم المزاحمة فيه. (ب)

(٣) قوله: "باب صدقة [أراد الزكاة] السوائم" بدأ محمد فى تفصيل أموال الزكاة بالسوائم؛ اقتداءً بكتب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وإنما كان فى كتبه كذلك؛ لأنها كانت فى العرب، وجل أموالهم الإبل. (ف)

قوله: "السوائم" فى "التحفة": السائمة هى التى تسام فى البرارى لقصد الدر والنسل، لا لقصد الحمل والركوب والبيع، وفى التى تسام لقصد البيع زكاة تجارة، ثم الشرط أن تسام فى غالب السنة، لا فى جميع السنة. (بناية)

(٤) اعلم أن تقدير النصاب والواجب أمر توقيفى. (ف)

(٥) قوله: "من خمس ذود" وإضافة الخمس إلى الذود من قبيل إضافة العدد إلى تميز، كما فى قوله تعالى: ﴿تسعة رهط﴾، وهو بفتح الدال المعجمة وسكون الواو، من الإبل من الثلاث إلى العشرة، وقيل: من اثنين إلى التسعة، وهى مؤنثة لا واحد لها من لفظها. (بناية)

(٦) بالنص على خلاف القياس. (ع)

(٧) قوله: "بنت مخاض [سميت به لمعنى فى أمها؛ لأن أمها صارت مخاضا بأخرى أى حاملا. ك]" بهذا اتفقت الآثار، وأجمع العلماء إلا ما روى عن على رضى الله عنه شاذا أنه قال: فى خمس وعشرين خمس شياه، وفى ست وعشرين بنت مخاض، قال سفيان الثورى: هذا غلط وقع من رجال على، وهو أفقه من أن يقول هكذا. (ع)

الثانية إلى خمس وثلاثين، فإذا كانت ستًا وثلاثين، ففيها بنت لبون[١]، وهي التي طعنت في الثالثة إلى خمس وأربعين، فإذا كانت ستًا وأربعين، ففيها حقة[٢]، وهي التي طعنت في الرابعة إلى ستين، فإذا كانت إحدى وستين، ففيها جَذَعة[٣]، وهي التي طعنت في الخامسة إلى خمس وسبعين، فإذا كانت ستًا وسبعين، ففيها بنتا لبون إلى تسعين، فإذا كانت إحدى وتسعين، ففيها حقتان إلى مائة وعشرين[٤]، بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم[٥]*.

ثم إذا زادت على مائة وعشرين تستأنف الفريضة[٦]، فيكون في الخمس شاة مع الحقتين، وفي العشر شاتان، وفي خمس عشرة ثلاث شياه، وفي عشرين أربع شياه، وفي خمس وعشرين بنت مخاض إلى مائة وخمسين[٧]، فيكون فيها ثلاث حقاق، ثم تستأنف الفريضة[٨]، فيكون

(٨) أي دخلت في السنة الثانية. (ب)

(١) سميت به لمعنى في أمها؛ لأنها لبون بأخرى. (ك)

(٢) وهو بالكسر (در مختار)، سميت به لمعنى فيها، وهو أن حق لها أن تركب وتحمل عليها. (ك)

(٣) قوله: "جذعة" بفتح الذال المعجمة سميت به؛ لأنها تجذع أي تقلع أسنان اللبن. (در مختار)

(٤) قوله: "حقتان إلخ" اعلم أن الشرع جعل الواجب في نصاب الإبل الإبل الصغار دون الكبار، بسبب أن الأضحية لا تجوز بها، وإنما تجوز بالثني فصاعداً، وإنما اختار ذلك تيسيراً على أرباب المواشي، وجعل أيضاً الواجب الإناث، لا الذكور، حتى لا يجوز دفع الذكر إلا بالقيمة؛ لأن الأنوثة تعد فضلا. (ب)

(٥) قوله: "بهذا اشتهرت إلخ" منها كتاب الصديق لأنس بن مالك رواه البخاري عن ثمامة أن أنساً حدثه أن أبا بكر الصديق كتب له هذا الكتاب؛ لما وجهه إلى البحرين: "بسم الله الرحمن الرحيم هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله على المسلمين، والتي أمر الله بها ورسوله" إلخ. (فتح القدير)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٣٥، والدراية ج١، ص٢٥٠. (نعيم)

(٦) قوله: "تستأنف الفريضة" كيفية الاستئناف أن لا يجب على ما زاد على مائة وعشرين حتى تبلغ الزيادة خمسا. (عيني)

(٧) فلا تجب على الصبي والكافر. (ب)

(٨) أي بعد المائة والخمسين. (ب)

فى الخمس شاة، وفى العشر شاتان، وفى خمس عشرة ثلاث شياه، وفى العشرين أربع شياه، وفى خمس وعشرين بنت مخاض[١]، وفى ست وثلاثين بنت لبون، فإذا بلغت مائة وستًا وتسعين، ففيها أربع حقاق إلى مائتين[٢]، ثم تستأنف الفريضة ابدأ كما تستأنف فى الخمسين التى بعد المائة والخمسين[٣]، وهذا عندنا.

وقال الشافعى[٤]: إذا زادت على مائة وعشرين واحدة، ففيها[٥] ثلاث بنات لبون، فإذا صارت مائة وثلاثين، ففيها[٦] حقة وبنتا لبون، ثم يدار[٧] الحساب على الأربعينات والخمسينات، فيجب فى كل أربعين بنت لبون، وفى كل خمسين حقة؛ لما روى[٨] أنه عليه السلام كتب: «إذا زادت الإبل على مائة وعشرين ففى كل خمسين حقة وفى كل أربعين بنت لبون»*، من غير شرط عود ما دونها[٩].

---

(١) أى مع ثلاث حقاق. (ب)

(٢) قوله: "مائتين" إن شاء أدى أربع حقاق فى كل خمسين حقة، وإن شاء أدى خمس بنات لبون فى كل أربعين. (ك)

(٣) قوله: "كما تستأنف فى الخمسين التى بعد المائة والخمسين" قيد بذلك؛ لأن هذا احتراز عن الاستئناف الذى بعد المائة والعشرين، فإنه ليس فيه إيجاب بنت لبون، ولا إيجاب أربع حقاق؛ لعدم نصابهما؛ لأنه لما زاد خمس وعشرون على المائة والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة وأربعين، فهو نصاب بنت المخاض مع الحقتين، فلما زاد عليه خمس، وصارت مائة وخمسين وجبت ثلاث حقاق. (عناية)

(٤) وهو قول ابن مسعود. (ب)

(٥) قوله: "ففيها ثلاث بنات لبون [لأنها ثلاث أربعينات. ب] إلخ" فالشافعى يوافقنا إلى مائة وعشرين، فإذا زاد عليه يدور الحكم عنده على الأربعينات والخمسينات. (بناية)

(٦) لأنها أربعينان وخمسون. (ب)

(٧) قوله: "ثم يدار" وبه قال الثورى والأوزاعى وأحمد فى رواية. (بناية)

(٨) فى الرواية السابقة رواه البخارى، كما يعلم من "فتح القدير".

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٤٣، والدراية ج١، ص٢٥١. (نعيم)

(٩) قوله: "من غير شرط عود ما دونها [أى بنت لبون. ك]" يعنى أوجب النبى ﷺ فى أربعين بنت لبون، وفى كل خمسين حقة، من غير أن يوجب فى الخمس شاة، أو فى خمس وعشرين بنت مخاض. (كفاية)

ولنا أنه عليه السلام كتب[١] فى آخر ذلك فى كتاب عمرو بن حزم: «فما كان أقل من ذلك ففى كل خمس ذود شاة»*، فتعمل[٢] بالزيادة، والبخت والعراب سواء[٣] فى وجوب الزكاة؛ لأن مطلق الاسم يتناولهما، والله أعلم بالصواب.

فصل فى البقر[٤]

ليس فى أقل من ثلاثين من البقر السائمة صدقة، فإذا كانت ثلاثين سائمة، وحال عليها الحول، ففيها تبيع أو تبيعة[٥]، وهى التى طعنت فى الثانية. وفى أربعين مسن أو مسنة، وهى التى طعنت فى الثالثة، بهذا أمر رسول الله ﷺ[٦] معاذا رضى الله عنه[٧]**، فإذا زادت على أربعين وجب فى الزيادة بقدر ذلك إلى ستين عند أبى حنيفة[٨]، ففى الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة، وفى الاثنين نصف عشر مسنة، وفى الثلاثة ثلاثة أرباع عشر مسنة، وهذا رواية "الأصل"[٩]؛ لأن العفو[١٠] ثبت نصًا

---

(١) رواه النسائى. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٤٣، والدراية ج١، الحديث ٣٢٠ ص٢٥١. (نعيم)

(٢) إذ ليس فى حديثهم من ينفى ذلك. (ع)

(٣) قوله: "والبخت والعراب سواء" البخت جمع بختى، وهو المتولد بين العربى والعجمى، منسوب إلى بخت نصر؛ لأنه كان فعل ذلك، والعراب جمع عربى. (عناية)

(٤) قوله: "فصل فى البقر [من بقر إذا شق، سمى به؛ لأنه يشق الأرض. ك]" قدمها على الغنم؛ لقربها إلى الإبل فى الضخامة. (ف)

(٥) قوله: "أو تبيعة [سميت به؛ لأنها تبع للأم. ع]" خيربين الذكر والأنثى؛ لأن الأنوثة فى البقر لا تعد فضلا. (عناية)

(٦) رواه الترمذى. (ب)

(٧) حين وجهه إلى اليمن. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٤٦، والدراية ج١، الحديث ٣٢١ ص ٢٥١. (نعيم)

(٨) وبه قال إبراهيم ومكحول وحماد. (ب)

(٩) أى المبسوط، رواه أبو يوسف عنه. (ب)

بخلاف القياس[١]، ولا نص[٢] هنا.

وروى الحسن عنه أنه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسة، ثم فيها مسنة وربع مسنة، أو ثلث[٣] تبيع؛ لأن مبنى هذا النصاب[٤] على أن يكون بين كل[٥] عقدين وقص[٦]، وفي كل عقد واجب.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين، وهو رواية[٧] عن أبي حنيفة؛ لقوله عليه السلام لمعاذ[٨]: «لا تأخذ من أوقاص البقر شيئًا»*، وفسروه[٩] بما بين أربعين إلى ستين، قلنا: قد قيل: إن المراد منها ههنا الصغار[١٠]. ثم في الستين تبيعان أو تبيعتان، وفي سبعين مسنة وتبيع، وفي ثمانين مسنتان، وفي تسعين ثلاثة أتبعة[١١]، وفي المائة تبيعان ومسنة، وعلى هذا[١٢] يتغير الفرض في كل عشرة من تبيع إلى مسنة، ومن مسنة إلى تبيع؛ لقوله عليه السلام[١٣]: «في كل ثلاثين من

---

(١٠) أي عدم الوجوب. (ب)

(١) لما فيه من إخلاء المال عن الواجب. (ب)

(٢) فلا يثبت بالرأي. (ب)

(٣) قوله: "أو ثلث" لأن الزيادة على الأربعين عشرة، وهو ثلث ثلاثين، وربع أربعين. (بناية)

(٤) أي نصاب البقر. (عناية)

(٥) قوله: "بين كل" كما قبل الأربعين وبعد الستين، فيكون ما بين الأربعين والستين كذلك. (عناية)

(٦) قوله: "وقص" بفتح الواو وسكون القاف والصاد المهملة: ما بين الفريضتين من السائمة. (بناية)

(٧) وبه قال مالك والشافعي وأحمد. (ب)

(٨) رواه الطبراني في "معجمه الكبير". (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٤٨، والدراية ج١، الحديث٣٢٢ ص٢٥٢. (نعيم)

(٩) أي أهل اللغة. (ب)

(١٠) وهي العجاجيل، وبه نقول أن لا زكاة فيها.

(١١) هو جمع تبيع. (ب)

(١٢) ففي مائة وعشرة تبيع ومسنتان (ب)

(١٣) أخرجه أبو داود. (ب)

البقر تبيع أو تبيعة وفى كل أربعين مسنّ أو مسنة»*.

والجواميس[٢] والبقر سواء[٣]؛ لأن اسم البقر يتناولهما؛ إذ هو نوع منه، إلا أن أوهام الناس لا تسبق إليه فى ديارنا[٤] لقلته، فلذلك لا يحنث[٥] به فى يمينه[٦] لا يأكل لحم بقر، والله أعلم.

فصل[٧] فى الغنم[٨]

ليس فى أقل من أربعين من الغنم السائمة صدقة، فإذا كانت أربعين سائمة، وحال عليها الحول، ففيها شاة[٩] إلى مائة وعشرين، فإذا زادت واحدة، ففيها شاتان إلى مائتين، فإذا زادت واحدة، ففيها ثلاث شياه، فإذا بلغت أربع مائة، ففيها أربع شياه، ثم فى كل مائة شاة، هكذا ورد البيان فى كتاب[١٠] رسول الله ﷺ[١١]**، وفى كتاب أبى بكر[١٢]، وعليه انعقد

---

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٥٢، وما خرّجه الحافظ في الدراية. (نعيم)

(٢) قوله: "والجواميس" جمع جاموس -وهو معرب گوميس- وهو نوع من أنواع البقر، واسم البقر يطلق عليها إلا أن الجاموس أخص. (ب)

(٣) يعنى الزكاة فى كل واحد منهما، وفى ضم أحدهما إلى الآخر لتكميل النصاب. (ب)

(٤) هى إقليم مرغينان. (ب)

(٥) قوله: "لا يحنث" لعدم العرف، حتى لو كثر فى موضع يحنث، كذا فى "مبسوط فخر الإسلام". (ك)

(٦) أى بأكل لحم الجاموس. (ب)

(٧) قوله: "فصل" قدم فصل زكاة الغنم على الخيل إما لكون الحاجة إلى بيانه أمس لكثرته، أو لكونه متفقا عليه. (ع)

(٨) قوله: "فى الغنم" سميت به؛ لأنه ليس له آلة، فصارت غنيمة لكل طالب. (ف)
قوله: "فى الغنم" هو اسم جنس يطلق على المذكر والمؤنث. (ع)

(٩) أصل الشاة شاه؛ لأنه تصغيره شويه. (ب)

(١٠) تقدم فى صدقة الإبل. (ف)

(١١) رواه الترمذى. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٥٤، والدراية ج١، ص٢٥٣. (نعيم)

(١٢) رواه البخارى. (ب)

الإجــمــاع. والضأن والمَعْزُ ســواء[١]*؛ لأن لفظة الغنم شــاملة للكل، والنص ورد به[٢]، ويؤخــذ الثنى فى زكــاتهــا، ولا يؤخــذ الجــذع[٣] من الضأن إلا فى رواية الحسن عن أبى حنيفـة، والثنى منهـا مـا تمت لـه سنة، والجذع مـا أتى عليه أكثرها[٤]. وعن أبى حنيفـة وهو قولهـمـا: إنه يؤخذ الجـذع[٥] لقـوله عليـه السـلام[٦]: «إنمـا حـقنا[٧] الجذعـة والثنى»**، ولأنه يتأدى به الأضحية، فكذا الزكـاة[٨]. وجه الظاهر حـديث على[٩] موقوفًا ومـرفـوعًا: «لا يؤخـذ فى الزكـاة إلا الثنى فـصـاعـدًا»***، ولأن الواجب هو الوسط، وهذا[١٠] من الصغار، ولهذا[١١] لا يجوز فيها الجذع من المعز،

(١) أى فى تكميل النصاب، لا فى أداء الواجب، وسيأتى. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٥٤، والدراية ج١، ص٢٥٣. (نعيم)

(٢) أى بلفظ الغنم. (ب)

(٣) بفتحتين والذال المعجمة. (ب)

(٤) قوله: "ما أتى عليه أكثرها" وفى "البدائع" و "الإسبيجابى" و "جوامع الفقه": أن الجذع ما أتى عليه ستة أشهر، وفى بعض كتب الفقه أكثر السنة مثل ما ذكر ههنا. (بناية)

(٥) الدليل يقتضى ترجيح هذه الرواية. (ف)

(٦) غريب بلفظه (ف)، لا يعلم من رواه (ب)

(٧) قوله: "إنما حقنا الجذع والثنى" بمعناه أخرج أبو داود وابن ماجة فى الضحايا عن عاصم بن كليب عن أبيه قال: كنا مع رجل من أصحاب رسول الله ﷺ يقال له: مجاشع من بنى سليم، فمرت الغنم فأمر مناديًا ينادى أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «إن الجذع يولى ما يولى منه الثنى». (بناية)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٥٤، والدراية ج١، الحديث٣٢٣ ص٢٥٣. (نعيم)

(٨) قوله: "فكذا الزكاة" يعنى أن باب الأضحية أضيق، ألا يرى أن التبيع فى الأضحية لا يجوز، ويجوز فى الزكاة، فإذا كان للجذع مدخلا فى الأضحية، ففى الزكاة أولى. (عناية)

(٩) روى إبراهيم فى "كتاب الغريب الحديث" عن ابن عمر، هذا الحديث لم يرو عن على، لا مرفوعًا ولا موقوفًا. (ب)

*** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٥٥، والدراية ج١، ص٢٥٤. (نعيم)

(١٠) أى الجذع. (ب)

(١١) أى لأجل كونه من الصغار. (ب)

وجواز[١] التضحية به عرف نصاً*، والمراد[٢] بما روى الجذعة من الإبل، ويؤخذ في زكاة الغنم الذكور والإناث؛ لأن اسم الشاة ينتظمهما، وقد قال عليه السلام[٣]: «في أربعين شاةً شاةٌ»**، والله أعلم.

فصل في الخيل

إذا كانت الخيل سائمة ذكوراً وإناثاً، فصاحبها بالخيار، إن شاء أعطى من كل فرس ديناراً، وإن شاء قوَّمها وأعطى عن كل مائتين خمسة دراهم، وهذا[٤] عند أبي حنيفة[٥]، وهو قول زفر.

وقالا[٦]: لا زكاة في الخيل؛ لقوله عليه السلام[٧]: «ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة»***، وله قوله عليه السلام[٨]: «في كل فرس سائمة دينار أو عشرة دراهم»****، وتأويل ما روياه فرس الغازي[٩]، وهو المنقول[١٠] عن زيد بن ثابت، والتخيير بين الدينار والتقويم

(١) جواب عن قوله: تتأدى به الأضحية. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٥٥، والدراية ج١، ص٢٥٤. (نعيم)

(٢) جواب عما روى «إنما حقنا» إلخ.

(٣) رواه أبو داود والترمذي. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٥٥، والدراية ج١، ص٢٥٤. (نعيم)

(٤) وبه قال حماد بن سليمان اسمه سليم أستاذ أبي حنيفة. (ب)

(٥) رجحه شمس الأئمة وصاحب "التحفة". (ف)

(٦) وبقولهما قال الشافعي ومالك وأحمد (ب)، في "فتاوى قاضي خان": قالوا: الفتوى على قولهما. (ك)

(٧) رواه الستة. (ف)

***متفق عليه من حديث أبي هريرة راجع نصب الراية ج٢ ص٣٥٦، والدراية ج١، الحديث ٣٢٤ ص٢٥٤. (نعيم)

(٨) رواه الدارقطني. (ب)

**** رواه جابر، راجع نصب الراية ج٢ ص٣٥٧، والدراية ج١، الحديث ٣٢٥ ص٢٥٥. (نعيم)

(٩) قوله: "فرس الغازي" لأنه لما قرن الفرس بالعبد كان ذلك قرينة على أن المراد عبد الخدمة، وفرس الركوب، فإنهما إذا كانا للتجارة تجب فيهما الزكاة بالإجماع. (عيني)

مأثور عن عمر*(٢)، وليس في ذكورها منفردة زكاة؛ لأنها لا تتناسل، وكذا(٣) في الإناث المنفردات في رواية، وعنه الوجوب فيها؛ لأنها تتناسل بالفحل المستعار، بخلاف الذكور، وعنه أنها تجب(٤) في الذكور المنفردة(٥) أيضًا. ولا شيء في البغال والحمير؛ لقوله عليه السلام(٦): «لم ينزل على فيهما شيء»**، والمقادير تثبت سماعًا إلا أن يكون للتجارة؛ لأن الزكاة حينئذٍ تتعلق بالمالية كسائر أموال التجارة، والله أعلم.

فصل(٧)

وليس(٨) في الفُصلان(٩) والعجاجيل(١٠) والحملان(١١) صدقة عند

(١٠) قوله: "وهو المنقول عن زيد بن ثابت [غريب، وقد ذكره أبو زيد الدبوسي في "الأسرار". ب]" قد وقعت هذه الحادثة في زمن مروان، فشاور الصحابة، فروى أبو هرير: «ليس على الرجل في عبده، ولا في فرسه صدقة»، فقال مروان لزيد بن ثابت: ما تقول: يا أبا سعيد؟ فقال أبو هريرة: عجبا من مروان أحدثه بحديث رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وهو يقول: ما تقول، فقال زيد: فقد صدق رسول الله، وإنما أراد فرس الغازي. (ك)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٥٨، والدراية ج١، ص٢٥٥. (نعيم)

(٢) قوله: "مأثور عن عمر [غريب. ب]" وهو أنه كتب إلى أبي عبيدة في صدقة الخيل: خير أربابها أن أدوا من كل فرس دينارا، وإلا فقومها، وخذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم. (ك)

(٣) لعدم النماء بالتولد. (ك)

(٤) والراجح في الذكور عدم الوجوب وفي الإناث الوجوب. (ف)

(٥) في "الإيضاح": باعتبار أنها سائمة. (ب)

(٦) رواه البخاري في حديث طويل، لكن ليس فيه ذكر البغال. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٥٩، والدراية ج١، الحديث ٣٢٦ ص٢٥٥. (نعيم)

(٧) وجدته مكتوبًا في هذا الموضع بخط شيخي. (ن)

(٨) قوله: "وليس إلخ" قيل: صورته: رجل اشترى خمسة وعشرين من الفصلان، أو ثلاثين من العجاجيل، أو أربعين من الحملان، أو وهب له ذلك، هل ينعقد عليه الحول، أم لا؟
وقيل: صورتها إذا كان له نصاب سائمة، فمضى عليها ستة أشهر، فتوالدت مثل عددها وماتت، وبقيت الأولاد، هل يبقى حول الأصول، أم لا؟ (ع)

(٩) بضم الفاء جمع فصيل ولد الناقة قبل أن يصير ابن مخاض.

(١٠) جمع عجول ولد البقرة. (ف)

أبي حنيفة إلا أن يكون معها كبار، وهذا آخر أقواله(١)، وهو قول(٢) محمد، وكان يقول أوّلا: يجب فيها ما يجب في المسانّ(٣)، وهو قول زفر ومالك، ثم رجع وقال(٤): فيها واحد منها، وهو(٥) قول أبي يوسف والشافعي، وجه قوله الأول: أن الاسم المذكور(٦) في الخطاب ينتظم الصغار والكبار. ووجه الثاني: تحقيق النظر من الجانبين(٧)، كما(٨) يجب في المهازيل(٩) واحد منها، ووجه الأخير أن المقادير لا يدخلها القياس، فإذا امتنع إيجاب ما ورد به(١٠) الشرع امتنع أصلا، وإذا كان فيها واحدة من المسانّ، جعل الكل تبعًا له في انعقادها(١١) نصابًا، دون تأدية الزكاة(١٢).

---

(١١) بفتحتين جمع حمل ولد الشاة. (ع)

(١) قوله: "وهذا آخر أقواله" ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء عن أبي يوسف قال: دخلت على أبي حنيفة، فقلت: ما تقول في من ملك أربعين حملا، فقال: فيها شاة مسنة، فقلت: ربما يأتي قيمة الشاة أكثرها، أو جميعها، فتأمل ساعة، ثم قال: لا، ولكن يؤخذ واحدة منها، فقلت: أيؤخذ الحمل في الزكاة؟ فتأمل ساعة، فقال: لا، إذا لا يجب فيها شيء، فأخذ بقوله الأول زفر، وبالثاني أبو يوسف، وبالثالث محمد، وعد هذا من مناقبه حيث تكلم في مجلس بثلاثة أقاويل، فلم يضع شيء منها كذا في "المبسوط".
وقال محمد بن شجاع: لو قال قولا رابعا لأخذت به، ومن المشايخ من رد هذا، وقال: مثل هذا من الصبيان محال، فما ظنك بأبي حنيفة، فيقال: إنه امتحن أبا يوسف، هل يهتدي إلى طريق المناظرة، فلما نظر أنه اهتدى، قال قولا يحول عليه، كذا في "الفوائد الظهيرية"، والله أعلم. (ك)

(٢) وبه قال الثوري والشعبي. (ب)

(٣) جمع مسنة، وهي ذات السن من الجذع والثني. (ب)

(٤) هذا قوله الثالث. (ب)

(٥) وبه قال الأوزاعي. (ب)

(٦) يعني اسم الشاة. (ف)

(٧) جانب صاحب المال بعدم المسنة، وجانب الفقراء بعدم عدم الإخراج. (ف)

(٨) إلحاق لنقصان السن بنقصان الوصف. (ف)

(٩) جمع مهزول من الهزال، وهو خلاف السمن. (ب)

(١٠) وهي الثني من الغنم. (ب)

(١١) يعني ينعقد النصاب بالصغار. (ب)

(١٢) قوله: "دون تأدية الزكاة [حتى لو دفع منها لا تؤدى، بل يجب ما ورد به الشرع. ب]" هذا إذا كان عدد الواجب من الكبار موجودا فيها أما إذا لم يكن، فلا، بيانه لو كانت له مسنتان ومائة وتسعة عشر حملا، يجب فيها مسنتان، ولو كانت له مسنة واحدة ومائة وعشرون حملا عند الطرفين تجب مسنة واحدة، وعند أبي يوسف مسنة وحمل. (ف)

ثم عند أبي يوسف لا يجب في ما دون الأربعين من الحملان، وفيما دون الثلاثين من العجاجيل، ويجب[١] في خمس وعشرين من الفصلان واحد، ثم لا يجب[٢] شيء حتى تبلغ مبلغًا لو كانت مسانّ يثنى الواجب، ثم لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغًا[٣] لو كانت مسانّ يثلث الواجب، ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في رواية[٤]، وعنه[٥] أنه يجب في الخَمس[٦] خُمس[٧] فصيل، وفي العشر خُمسًا فصيل على هذا الاعتبار، وعنه أنه ينظر إلى قيمة خُمس فصيل في الخمس، وإلى قيمة شاة وسط، فيجب أقلهما، وفي العشر إلى قيمة شاتين، وإلى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار[٨]. قال: ومن وجب عليه[٩] مسنّ فلم يوجد، أخذ المصدّق[١٠] أعلى منها ورد الفضل، أو أخذ دونها، وأخذ الفضل، وهذا يبتنى على أن أخذ القيمة في باب الزكاة جائز[١١] عندنا على ما نذكره إن شاء الله تعالى، إلا أن في الوجه الأول له أن لا يأخذ، ويطالبه[١٢] بعين

---

(١) هو رواية بشر بن إسماعيل. (ب)

(٢) وذلك بأن تبلغ ستة وسبعين. (ع)

(٣) وهو مائة وخمسة وأربعون.

(٤) رواه حسن بن مالك. (ب)

(٥) رواه ابن شجاع عنه. (ب)

(٦) بفتح الخاء. (ب)

(٧) بضم الخاء. (ب)

(٨) فينظر في خمسة عشر إلى قيمة ثلاث شياه، وقيمة ثلث أخماس فصيل. (عيني)

(٩) قوله: "ومن وجب عليه" صورته: رجل وجب عليه بنت لبون ولم توجد، يأخذ عوض بنت لبون الحقة، ويرد الفضل، أو وجب عليه الحقة ولم توجد، يأخذ بنت اللبون، ويأخذ الفضل. (عناية)

(١٠) قوله: "أخذ المصدق إلخ" ظاهر الكتاب يدل على أن الخيار للمصدق، ولكن الصواب أن الخيار لمن عليه؛ لأن الخيار شرع رفقا بمن عليه الواجب. (ن)

قوله: "أخذ المصدق" بكسر الدال، وهو عامل الصدقة الذي يستوفيها من أربابها. (ب)

(١١) خلافًا للشافعي. (ك)

(١٢) صاحب المال. (ب)

الواجب، أو بقيمته؛ لأنه شراء[١]، وفى الوجه الثانى يجبر[٢]؛ لأنه لا بيع فيه، بل هو إعطاء بالقيمة.

ويجوز[٣] دفع القيم فى الزكاة عندنا، وكذا فى الكفارات[٤]، وصدقة الفطر والعشر والنذر، وقال الشافعى[٥]: لا يجوز اتباعًا للمنصوص، كما فى الهدايا والضحايا[٦]، ولنا أن الأمر بالأداء[٧] إلى الفقير إيصال للرزق[٨] الموعود إليه[٩]، فيكون إبطالا لقيد الشاة[١٠]، فصار[١١] كالجزية. بخلاف الهدايا[١٢]؛ لأن القربة فيها إراقة الدم[١٣] وهو لا يعقل، ووجه القربة فى المتنازع فيه[١٤] سدّ خَلّة[١٥] المحتاج[١٦]، وهو

(١) ولا إجبار فى الشراء. (ب)

(٢) أى المصدق. (ب)

(٣) وهو قول عمر وعباس. (ب)

(٤) أراد الكفارة المالية. (ب)

(٥) قوله: "وقال الشافعى" وبه قال داود وأحمد ومالك إلا أنه قال: يجوز دفع الذهب من الفضة، وبالعكس. (عينى)

(٦) أى كما يقع المنصوص في الهدايا والضحايا. (عينى)

(٧) أى أداء الشاة وغيرها. (ف)

(٨) قوله: "للرزق الموعود إليه" لأن الله تعالى وعد إرزاق الكل، فمنهم من سبب له سببا كالتجارة وغيرها، ومنهم من قطعه عن الأسباب ليعطى الأغنياء، فعرف قطعًا أن ذلك إيصال للرزق الموعود لهم، وابتلاء للمكلف به بالامتثال ليظهر من عمله. (ف)

(٩) لقوله تعالى: ﴿وما من دابة فى الأرض إلا على الله رزقها﴾. (ب)

(١٠) المنصوص.

(١١) قوله: "فصار كالجزية" أى صار الحكم فى ما ذكرنا كأداء القيمة فى الجزية، فإنه يجوز بالاتفاق؛ لأنه أدى مالا متقومًا عن الواجب. (بناية)

(١٢) جواب عن قياس الشافعى. (ب)

(١٣) وهى لا تقوم بما يقوم مقامه. (ب)

(١٤) وهو أخذ القيمة فى الزكاة.

(١٥) أى سد احتياج المحتاج. (ب)

(١٦) وهى مع كثرتها لا تندفع بعين الشاة. (ب)

معقول.

وليس في العوامل[١] والحوامل والعلوفة صدقة، خلافًا لمالك، له ظواهر النصوص[٢]، ولنا قوله عليه السلام[٣]: «ليس في الحوامل[٤] والعوامل ولا في البقرة المثيّرة[٥] صدقة»*، ولأن السبب[٦] هو المال النامي، ودليله الإسامة[٧]، أو الإعداد للتجارة ولم يوجد، ولأن في العلوفة[٨] تتراكم المؤنة[٩]، فينعدم النماء معنى، ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في أكثر الحول، حتى لو أعلفها نصف الحول أو أكثر، كانت علوفة؛ لأن القليل تابع للأكثر.

ولا يأخذ المصدِّق خيار المال ولا رُذالته[١٠]، ويأخذ الوسط؛ لقوله عليه السلام[١١]: «لا تأخذوا من حزرات أموال الناس[١٢] -أي كرائمها- وخذوا

(١) جمع عاملة التي أعدت للعمل. (ب)

(٢) قوله: "ظواهر النصوص" لأن ظاهر قوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾، والأحاديث يقتضي وجوب الزكاة. (بناية)

(٣) غريب بهذا اللفظ، ووردت فيه أحاديث.

(٤) جمع حاملة هي التي أعدت للأثقال. (ب)

(٥) قوله: "البقرة المثيرة" هي التي تثار بها الأرض أي تحرث. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٠، والدراية ج١، الحديث ٣٢٧ ص٢٥٦. (نعيم)

(٦) أي سبب وجوب الزكاة. (ب)

(٧) الكسر. (ب)

(٨) قوله: "ولأن في العلوفة" هي بالفتح ما يعلفون من الغنم وغيره، الواحد والجمع سواء من علف الدابة أطعمها العلف، أي ولأن السبب هو المال النامي، ولا نماء في هذه الأموال؛ لأن المؤنة تتراكم فيها، فينعدم النماء معنى. (عناية)

(٩) أي المشقة. (ب)

(١٠) بضم الراء المهملة اسم جمع أرذل، وهو الدون من كل شيء. (ب)

(١١) غريب بهذا اللفظ، وروى معناه.

(١٢) قوله: "من حزرات أموال الناس" بالحاء المهملة والفتحات جمع حزرة بالتحريك، وهو خيار المال، والحاشية صغار الإبل، لا كبار فيها، وذكر في "المغرب" خذ من حواشي أموالهم أي من عرضها يعني من جانب

من حواشي أموالهم -أي أوساطها-»*، ولأن فيه نظرا من الجانبين.

قال[٢]: ومن كان له نصاب، فاستفاد في أثناء الحول[٣] من جنسه ضمه إليه، وزكاه به. وقال الشافعي[٤]: لا يضم؛ لأنه أصل في حق الملك[٥]، فكذا في وظيفته، بخلاف الأولاد والأرباح[٦]؛ لأنها تابعة في الملك حتى مُلِكت بملك الأصل. ولنا أن المجانسة هي العلة[٧] في الأولاد والأرباح؛ لأن عندها يتعسر التميّز، فيعسر اعتبار الحول[٨] لكل مستفاد، وما شرط الحول إلا للتيسير.

قال: والزكاة[٩] عند أبي حنيفة وأبي يوسف في النصاب دون العفو، وقال محمد وزفر: فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر يسقط[١٠] بقدره.

الجوانب من غير اختيار، وتفسير المصنف بالأوسط غير ذلك، وهو الحق. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦١، والدراية ج١، الحديث ٣٢٨ص٢٥٦. (نعيم)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "فاستفاد إلخ" المستفاد على نوعين: الأول: أن يكون من جنسه، كما إذا كانت له إبل، فاستفاد الإبل في أثناء الحول، يضم المستفاد إلى الذي عنده، فيزكي الجميع.
والثاني: أن يكون من غير جنسه، كما إذا كان له إبل، واستفاد بقراً أو غنما في أثناء الحول، لا يضم إلى الذي عنده بالاتفاق.
والنوع الأول على نوعين أيضاً: أحدهما: أن يكون المستفاد من الأصل كالأولاد والأرباح، فإنه يضم بالإجماع، والثاني: أن يكون مستفاداً بسبب مقصود كالشراء، فإنه يضم عندنا. (عيني)

(٤) وبه قال أحمد. (ب)

(٥) لأنه ملكه بغير السبب الذي ملك به النصاب. (ب)

(٦) جمع ربح.

(٧) يعني في الضم بالإجماع. (ب)

(٨) قوله: "فيعسر إلخ" لأن المستفاد مما يكثر وجوده، ولا يمكن مراعاة الحول عند كل مستفاد إلا بعد ضبط أحوال ذلك من الكمية والكيفية والزمان، وفي ضبط هذه الجملة عند الكثرة حرج، خصوصاً إذا كان النصاب دراهم، وهو صاحب غلة يستفيد كل يوم درهماً، أو درهمين، كذا في "مبسوط شيخ الإسلام". (ب)

(٩) وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الجديد. (ب)

(١٠) قوله: يسقط بقدره" صورته: من كان له تسع من الإبل، وحال عليها الحول، فهلك منها أربع،

لمحمد وزفر أن الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال، والكل[1] نعمة، ولهما قوله عليه السلام[2]: «فى خمس من الإبل السائمة شاة»*، وليس فى الزيادة شىء حتى تبلغ عشرا، وهكذا قال[3] فى كل نصاب** نفى الوجوب عن العفو، ولأن العفو تبع للنصاب، فيصرف الهلاك أولا إلى التبع كالربح فى مال المضاربة[4]، ولهذا قال أبو حنيفة: يصرف الهلاك بعد العفو إلى النصاب الأخير، ثم إلى الذى يليه إلى أن ينتهى؛ لأن الأصل هو النصاب الأول، وما زاد عليه تابع، وعند أبى يوسف يصرف إلى العفو أولا، ثم إلى النصاب شائعًا[5].

وإذا أخذ الخوارج[6] الخراج، وصدقة السوائم لا يثنَّى عليهم؛ لأن الإمام لم يحمِهم، والجباية[7] بالحماية، وأفتوا[8] بأن يعيدوها[9] دون

فعندهما يجب شاة، وعند محمد وزفر: عليه خمس أتساع الشاة، كما بينه المصنف بالدليل. (عناية)

(١) فيتعلق الوجوب بالكل. (ب)

(٢) أخرجه أبو داود والترمذى، وقد تقدم. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٢، والدراية ج١، الحديث ٣٢٩ ص٢٥٦. (نعيم)

(٣) لم يثبت هذا من الحديث المذكور، ولا من غيره، وإنما ذكره جمال الدين فى "تخريجه". (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٢، والدراية ج١، ص٢٥٦. (نعيم)

(٤) قوله: "كالربح فى مال المضاربة" فإن مال المضاربة إذا كان فيه ربح، فهلك منه شىء يصرف الهلاك إلى الربح، وهذا بالاتفاق. (ع)

(٥) قوله: "ثم إلى النصاب شائعا" بيانه أن من له خمسة وثلاثين من الإبل، وحال الحول عليها، فهلك منها خمسة عشر، فعند أبى حنيفة فى الباقى أربع شياه، فإن ما هلك صار كان لم يكن، وعند أبى يوسف فى الباقى أربعة أخماس ابنة مخاض، وعند محمد فى الباقى أربعة أسباع ابنة مخاض. (عينى)

(٦) قوله: "وإذا أخذ الخوارج" هم قوم خرجوا من طاعة الإمام العدل بحيث يستحلون قتل العادل، فإذا ظهر هؤلاء على بلدة فيها أهل العدل، فأخذوا الخراج، وصدقة السوائم، ثم ظهر الإمام عليهم لا يثنى عليهم أى لا يؤخذ منهم ثانيا. (ع)

(٧) قوله: "والجباية [بكسر أول. م]" بالسعاية أى جباية السعاة بسبب حمايتهم أى حفظهم، والجباية من جبى المال أى جمعه، ومنه سميت جباية الأوقاف، فهذا الذى ذكره فى حق أصحاب السوائم، وأما التاجر إذا مر بعاشر من أهل البغى، فعشره، ثم مر على عاشر من أهل العدل يعشره ثانيا. (ب)

(٨) بصيغة المجهول. (ب)

الخراج فيما بينهم وبين الله تعالى؛ لأنهم[١] مصارف الخراج؛ لكونهم مقاتلة، والزكاة مصرفها[٢] الفقراء، وهم لا يصرفونها إليهم. وقيل[٣]: إذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه، وكذا ما دفع إلى كل جائر[٤]؛ لأنهم بما عليهم من التبعات[٥] فقراء[٦]، والأول[٧] أحوط. وليس على الصبي[٨] من بني تغلب[٩] في سائمته شيء، وعلى المرأة منهم ما على الرجل؛ لأن الصلح قد جرى على ضِعف ما يؤخذ من المسلمين*، ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم، وإن هلك المال بعد وجوب الزكاة[١٠] سقطت الزكاة[١١].

---

(٩) أي الصدقة. (ع)

(١) أي الخوارج. (ب)

(٢) ولا يصرفونها إليهم. (ع)

(٣) قائله الفقيه أبو جعفر. (ب)

(٤) قوله: "وكذا ما دفع إلخ" قال في "الجامع الصغير" لقاضي خان: وكذلك السلطان إذا صادر رجلا، وأخذ منه أموالا، فنوى صاحب المال الزكاة عند الدفع سقطت عنه الزكاة؛ لأنهم بما عليهم من التبعات فقراء، فإنهم إذا ردوا أموالهم إلى من أخذوا منهم لم يبق شيء منه عندهم، والتبعات الحقوق التي عليهم كالديون والغصوب، والتبعة ما أتبع به. (عناية)

(٥) قوله: "من التبعات" أي المظالم والحقوق التي عليهم كالديون والغصب ونحوها، وهو جمع تبعة بفتح التاء وكسر الباء. (ب)

(٦) قوله: "فقرء" حتى قال محمد بن سلمة: يجوز أخذ الزكاة لعلي بن عيسى بن يوسف بن هامان، وكان أمير بلخ، وجبت عليه كفارة يمين، فسأل الفقهاء عما يكفر به، فأفتوا له بالصيام. (بناية)

(٧) يعني إعادة الصدقة دون الخراج. (ب)

(٨) لأن الصبيان من المسلمين لا تؤخذ منهم زكاة، فكذا لا تؤخذ من صبيانهم. (ب)

(٩) قوله: "من بني تغلب" هم نصارى تغلب بقرب الروم،قوم من العرب، لما أراد عمر أن يوظف عليهم الجزية أبوا، وقالوا: نحن من العرب نأنف من أداء الجزية، فإن وظفت علينا الجزية، لحقنا بأعدائك من الروم، وإن رأيت أن تأخذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض، فضعفه علينا فعلنا ذلك، فشاور الصحابة، فصالحهم عمر على ذلك، وقال: هذه جزية سموها ما شئتم، فوقع الصلح على أن يأخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين. (ع)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٢، والدراية ج١، ص٢٥٦. (نعيم)

(١٠) قوله: "بعد وجوب الزكاة" يعني حال عليها الحول، وفرط في أداء الزكاة، حتى هلك من غير استهلاك منه. (فتح القدير)

وقال الشافعي(١): يضمن إذا هلك بعد التمكن من الأداء(٢)؛ لأن الواجب في الذمة، فصار كصدقة الفطر، ولأنه منَعه بعد الطلب(٣)، فصار كالاستهلاك(٤). ولنا أن الواجب(٥) جزء من النصاب تحقيقا للتيسير(٦)، فيسقط بهلاك محله، كدفع العبد الجاني(٧) بالجناية يسقط بهلاكه، والمستحق(٨) فقير يعينه المالك(٩)، ولم يتحقق منه الطلب، وبعد طلب الساعي قيل(١٠): يضمن. وقيل(١١): لا يضمن؛ لانعدام التفويت، وفي الاستهلاك(١٢) وجد التعدي(١٣)، وفي هلاك البعض يسقط بقدره(١٤)؛ اعتباراً له بالكل. وإن قَدَّم الزكاة على الحول -وهو مالك للنصاب- جاز؛ لأنه أدى بعد سبب الوجوب(١٥)، فيجوز كما إذا كَفَّرَ بعد الجرح،

---

(١١) وبه قال الثوري وأحمد. (ب)

(١) قوله: وقال الشافعي" هذا بناء على أن الزكاة تجب عنده في الذمة، وعندنا في العين. (عناية)

(٢) بأن طلب المستحق، أو وجد بغير طلبه. (ت)

(٣) قوله: "بعد الطلب" أي طلب الفقير، أو لأنه جعل الشرع مطالبًا بنفسه نيابة عنه. (ف)

(٤) فإنه إذا استهلك المال لا يسقط عنه الزكاة.

(٥) قوله: "أن الواجب [وليس الواجب في الذمة. م] جزء من النصاب". إذا ظهر هذا سقط الاستدلال بصدقة الفطر؛ لأنها تجب بالذمة. (ع)

(٦) إذ الإنسان إنما يخاطب بما قدر عليه.

(٧) قوله: "كدفع العبد الجاني" يعني إذا جنى العبد جناية يدفعه مولاه، فإذا هلك قبل الدفع يسقط حق ولي الجناية بموت العبد. (ب)

(٨) جواب عن قوله: ولأنه منعه إلخ. (ب)

(٩) يعني ليس المستحق كل فقير، وإنما هو بتعيين المالك.

(١٠) القائل: هو أبو الحسن الكرخي. (ب)

(١١) هو الأصح، وهو قول مشايخ ما وراء النهر. (ب)

(١٢) جواب عن قياس الشافعي.

(١٣) فجعل المحل قائماً؛ زجراً له. (ع)

(١٤) أي بقدر ما هلك.

(١٥) وهو النصاب.

وفيه[١] خلاف مالك، ويجوز التعجيل لأكثر من سنة؛ لوجود السبب، ويجوز لنُصب[٢] إذا كان في ملكه نصاب واحد، خلافًا لزفر؛ لأن النصاب الأول هو الأصل[٣] في السببية، والزائد عليه تابع له، والله أعلم.

باب زكاة المَالِ[٤]

فصل في الفضة[٥]

ليس فيما دون مائتي درهم صدقة؛ لقوله عليه السلام[٦]: «ليس فيما دون خمس أواقٍ صدقة»*، والأوقية[٧] أربعون درهمًا، فإذا كانت مائتين، وحال عليها الحول، ففيها خمسة دراهم؛ لأنه عليه السلام[٨] كتب إلى معاذ: «أن خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال»**.

قال: ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ أربعين درهمًا، فيكون فيها

(١) فإن عنده لا يجوز، وبه قال ربيعة. (ب)

(٢) بضمتين جمع نصاب. (ب)

(٣) فكان حكم التابع لحكم المتبوع. (ب)

(٤) قوله: "باب زكاة المال" لما قدم ذكر زكاة السوائم؛ لما قلنا، أعقبه بذكر غيرها من الأموال، قال محمد: المال كل ما يتملكه الناس من دراهم، أو دنانير، أو الثياب، وغير ذلك، وأراد بالمال مال التجارة كالنقدين غير السوائم على خلاف عرف أهل البادية، فإن اسم المال يقع عندهم على النعم أيضًا. (عناية)

(٥) قدمه لكثرته تداولا. (ع)

(٦) رواه البخاري. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٣، والدراية ج١، الحديث ٣٣٠ص٢٥٧. (نعيم)

(٧) قوله: "والأوقية [بالتشديد فعولة من الوقاية؛ لأنها تقي صاحبها. ع]" قال جمال الدين المخرج: هذا القول يحتمل أن يكون من تمام الحديث، ويحتمل أن يكون من كلام المصنف، فإن كان من تمام الحديث، فشاهده ما أخرجه الدارقطني مرفوعًا: «لا زكاة في شيء من الفضة حتى تبلغ خمس أواقٍ والأوقية أربعون درهمًا». (ب)

(٨) رواه الدارقطني. (عيني)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٤، والدراية ج١، الحديث ٣٣١ص٢٥٧. (نعيم)

درهم، ثم في كل أربعين درهمًا درهم، وهذا عند أبي حنيفة[١].

وقالا: ما زاد على المائتين فزكاته بحسابها، وهو قول الشافعي؛ لقوله عليه السلام في حديث علي[٢]: «وما زاد على المائتين فبحسابه»*، ولأن الزكاة وجبت شكرًا[٣] لنعمة المال، واشتراط النصاب في الابتداء[٤] لتحقيق الغناء، وبعد النصاب[٥] في السوائم تحرزًا عن التشقيص.

ولأبي حنيفة قوله عليه السلام في حديث معاذ[٦]: «لا تأخذ من الكسور شيئًا»**، وقوله في حديث عمرو بن حزم[٧]: «وليس فيما دون الأربعين صدقة»***، ولأن الحرج مدفوع[٨]، وفي إيجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف[٩].

والمعتبر[١٠] في الدراهم وزن سبعة*، وهو أن تكون العشرة منها

(١) وبه قال الحسن البصري ومكحول وغيرهما. (ب)

(٢) رواه أبو داود. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٥، والدراية ج١، الحديث ٣٣٢ ص٢٥٧. (نعيم)

(٣) والكل نعمة، فتجب فيه الزكاة. (ب)

(٤) قوله: "واشتراط النصاب في الابتداء إلخ" جواب من قال: النصاب يشترط في الابتداء فلم يشترط، فإن المال كله لغةً، فأجاب ليتحقق الغناء. (ب)

(٥) قوله: "وبعد النصاب إلخ" إن قيل: لو كان اشتراطه للغناء لم شرط في السوائم في الانتهاء، فأجاب بقوله: تحرزا عن التشقيص، وهو غير موجود في محل النزاع. (ع)

(٦) هو الذي رواه الدارقطني. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٧، والدراية ج١، ص٢٥٧. (نعيم)

(٧) قد مر في الباب السابق. (ب)

*** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٧، والدراية ج١، الحديث ٣٣٣ص٢٥٨. (نعيم)

(٨) شرعًا، فلا يجب في ما زاد على المائتين إلى الأربعين.

(٩) قوله: "لتعذر الوقوف" ألا ترى أنه لو كان له مائتا درهم يجب عليه في السنة الأولى سبعة دراهم، وسبعة أجزاء من أربعين جزء على قولهما، وفي السنة الثانية تجب خمسة دراهم، وجزء واحد من أربعين جزء من درهم صحيح، وجزء جزء من أربعين جزء من ثلاثة وثلاثين جزء من أربعين جزء من درهم، وهذا لا يفهمه كثير من الفقهاء، فكيف بالعامي الذي لا خبرة له أصلا. (ب)

(١٠) قوله: "والمعتبر في الدراهم وزن سبعة إلخ [هذا الاعتبار في الزكاة، والمهر، وصدقة الفطر. ف]"

وزن سبعة مثاقيل[١]، بذلك جرى التقدير فى ديوان عمر، واستقر الأمر عليه. وإذا كان الغالب على الورق[٢] الفضة، فهو فى حكم الفضة، وإذا كان الغالب عليها الغش، فهو فى حكم العروض[٣]، يعتبر أن تبلغ قيمته نصابًا؛ لأن الدراهم لا تخلو عن قليل غش[٤]؛ لأنها لا تنطبع إلا به، وتخلو عن الكثير، فجعلنا الغلبة فاصلة، وهو أن يزيد على النصف اعتبارًا للحقيقة[٥]، وسنذكر فى الصرف إن شاء الله تعالى.

إلا أن فى غالب الغشّ لا بد[٦] من نية التجارة، كما فى سائر العروض إلا إذا كان تخلص منها فضة تبلغ نصابًا؛ لأنه لا يعتبر فى عين الفضة القيمة، ولا نية التجارة، والله أعلم.

فصل فى الذهب[٧]

ليس فيما دون عشرين مثقالا من ذهب صدقة، فإذا كانت عشرين

اعلم أن الدراهم كانت مختلفة فى زمن عمر بن الخطاب، وكانت على ثلاثة أصناف على ما ذكر فى "الفتاوى الصغرى"، صنف منها كل عشرة دراهم عشرة مثاقيل كل درهم عشرون قيراطًا، وصنف منها كل عشرة ستة مثاقيل، كل درهم اثنا عشر قيراطًا، وهو ثلث أخماس المثقال، وصنف منها كل عشرة خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال، وهو عشر قراريط، وكان المثقال نوعا واحدا، وهو عشرون قيراطًا.

وكان عمر يطالب الناس فى استيفاء الخراج بأكبر الدراهم، فشق ذلك عليهم، فالتمسوا منه التخفيف، فشاور عمر رضى الله عنه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فاجتمع رأيهم على أن يأخذ من كل نوع ثلاثة، فأخذ فصارت الدرهم بوزن أربعة عشر قيراطًا، فاستقر الأمر عليه فى ديوان عمر، وتعلق الأحكام به كالزكاة، والخراج، ونصاب السرقة، والديات. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٨، والدراية ج١، ص٢٥٨. (نعيم)

(١) قوله: "سبعة مثاقيل" الظاهر أن المثقال اسم للمقدار المقدر والدينار اسم للمقدر به بقيد الذهبية.

(٢) بفتح الواو كسر الراء هو المضروب من الفضة.

(٣) جمع عرض، وهو ما ليس بنقد من عروض المتاع.

(٤) قوله: "غش" بكسر غين وتشديد شين معجمة كدورت، وبالفتح بمعنى ظاهر كردن خلاف آنچه در دل باشد، وبمعنى آميزش كردن چيزى كم بها در نقره. (غياث اللغات)

(٥) لأنهما لا يتحققان إلا بالزيادة على النصف، وقلته عنه. (ب)

(٦) أى فى وجوب الزكاة.

(٧) قد مر وجه تأخيره. (ع)

مثقالا، ففيها نصف مثقال؛ لما روينا[١]، * والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم، وهو المعروف، ثم في كل أربعة مثاقيل قيراطان؛ لأن الواجب ربع العشر[٢]، وذلك فيما قلنا؛ إذ كل مثقال عشرون قيراطًا، وليس فيما دون أربعة مثاقيل صدقة عند أبي حنيفة، وعندهما تجب بحساب ذلك، وهي مسألة الكسور[٣]، وكل دينار عشرة دراهم في الشرع، فيكون أربعة مثاقيل في هذا كأربعين درهمًا.

قال: وفي تبر[٤] الذهب والفضة، وحليهما وأوانيهما الزكاة، وقال الشافعي[٥]: لا تجب في حلي النساء**، وخاتم الفضة للرجال؛ لأنه مبتذل في مباح، فشابه ثياب البذلة[٦].

ولنا أن السبب مالٌ نامٍ، ودليل النماء موجود، وهو الإعداد للتجارة خلقة[٧]، والدليل هو المعتبر، بخلاف الثياب[٨].

فصل في العروض[٩]

الزكاة واجبة في عروض التجارة كائنة[١٠] ما كانت، إذا بلغت قيمتها

(١) إشارة إلى قوله في أول فصل الفضة: كتب إلى معاذ إلخ. (ع)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٩، والدراية ج١، ص٢٥٨. (نعيم)

(٢) والقيراطان من أربع ربع عشر. (ب)

(٣) قوله: "وهي مسألة الكسور" يعني أن الكسور تجب فيها الزكاة بحساب ذلك عندهما، ولا تجب عندأبي حنيفة. (عيني)

(٤) بكسر التاء المثناة وسكون الباء الموحدة، اسم لما كان غير منصرف من الفضة. (عناية)

(٥) وبه قال أحمد ومالك. (عيني)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٦٩، والدراية ج١، ص٢٥٨. (نعيم)

(٦) وهي ثياب المهنة. (ب)

(٧) فلا تبطل هذا الوصف بإبطاله. (ب)

(٨) لأنه لا إعداد فيها، لا من العبد، ولا من الشرع. (ب)

(٩) أخره؛ لأن حكمها بناء على النقدين. (ع)

(١٠) أي من أيّ جنس كانت. (ع)

نصابًا من الورق، أو الذهب؛ لقوله عليه السلام[١] فيها: «يقوّمها فيؤدّى من كل مائتى درهم خمسة دراهم»*، ولأنها[٢] معدة[٣] للاستنماء بإعداد العبد، فأشبه المُعَدّ[٤] بإعداد الشرع، ويشترط نية التجارة[٥]؛ ليثبت الإعداد، ثم قال[٦]: يقومها بما هو أنفع للمساكين[٧]؛ احتياطًا[٨] لحق الفقراء. قال[٩]: وهذا رواية عن أبى حنيفة، وفى "الأصل"[١٠] خيّره[١١]؛ لأن الثمنين فى تقدير قيم الأشياء بهما سواء، وتفسير الأنفع أن يقوّمها بما يبلغ نصابًا.

---

(١) قوله: "لقوله" هذا حديث غريب، لا يعرف من رواه من الصحابة، وفى الباب أحاديث مرفوعة وموقوفة. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٧٥، والدراية ج١، الحديث ٣٣٤ ص٢٦٠. (نعيم)

(٢) أى العروض. (ب)

(٣) أى مهيأة. (ب)

(٤) وهو الذهب والفضة. (ب)

(٥) قوله: "ويشترط نية التجارة" أى حالة الشراء أما إذا كانت النية بعد الملك، فلا بد من اقتران عمل التجارة بنية؛ لأن مجرد النية لا يعمل إلا عند الكرابيسى من أصحاب الشافعى رحمه الله؛ فإنه يصير للتجارة عنده بمجرد النية. (ب)

(٦) أى القدورى أو محمد. (ب)

(٧) قوله: "يقومها إلخ" أى يقوم العروض التى للتجارة بما هو أنفع للفقراء، وهو أن يقومها بأنفع النقدين عند التقويم، ولا بد أن يقوم بما يبلغ نصابًا، حتى إذا قومت بالدراهم تبلغ نصابًا، وإذا قومت بالذهب لا تبلغ نصابًا، يقوم بالدراهم، وبالعكس كذلك.

فإن قلت: فى خلافه حق للمالك ونظر له، وحقه يعتبر، ألا ترى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن أخذ كرائم الأموال فى الزكاة، واشترط الحول فيها.

قلت: المالك أسقط حقه بالاستنماء مدة الحول، فيوفر حظ الفقراء بالتقويم بالأنفع؛ مراعاة للحقين بقدر الإمكان. (بناية)

(٨) فى التقويم أربعة أقوال.

(٩) أى المصنف.

(١٠) أى "المبسوط". (ب)

(١١) قوله: "خيّره [أى أبو حنيفة خير المالك فى التقويم ب]" وجهه أن التقويم لمعرفة مقدار المالية، والثمنان فى ذلك سواء. (ع)

وعن أبى يوسف[١] أنه يقومها بما اشترى إن كان الثمن من النقود؛ لأنه أبلغ[٢] فى معرفة المالية، وإن اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب[٣]، وعن محمد أنه يقومها بالنقد الغالب[٤] على كل حال، كما فى المغصوب والمستهلك[٥].

وإذا كان النصاب كاملا فى طرفى الحول، فنقصانه فيما بين ذلك لا يُسقِط الزكاة[٦]؛ لأنه يشق اعتبار الكمال فى أثنائه[٧]، أما لا بد منه فى ابتدائه للانعقاد[٨] وتحقق الغناء، وفى انتهائه للوجوب، ولا كذلك فيما بين ذلك؛ لأنه حالة البقاء، بخلاف ما لو هلك الكل حيث يبطل حكم الحول، ولا تجب الزكاة؛ لانعدام النصاب فى الجملة، ولا كذلك فى المسألة الأولى[٩]؛ لأن بعض النصاب باقٍ، فبقى الانعقاد[١٠].

---

(١) وبه قال الشافعى. (ب)

(٢) لأنه ظهر قيمته مرة بهذا النقد. (ع)

(٣) وإن كان مسافراً يقومها فى البلد الذى يصير إليه. (ب)

(٤) سواء اشتراها بالنقدين، أو غيره. (ك)

(٥) قوله: "كما فى المغصوب والمستهلك" لأن التقويم فى حق الله تعالى يعتبر بتقويم حق العباد، ومتى وقعت الحاجة إلى تقويم المغصوب والمستهلك، تقوم بالنقد الغالب فى البلاد، فكذا هذا. (ك)

(٦) قوله: "لا يسقط الزكاة" حتى لو بقى درهم، أو فلس منه، ثم استفاد قبل فراغ الحول، حتى تم نصاب الزكاة لا يسقط، وشرط زفر كمال الحول من أوله إلى آخره، وبه قال الشافعى فى السوائم والنقدين، وفى غيرهما اعتبر الآخر. (ف)

(٧) قوله: "لأنه [لأنه قد يزيد، وقد ينقص. ب] يشق [فيه إشارة إلى جواب زفر. ع] إلخ" المراد من النقصان فى المسألة نقصان الذات، فإن النقصان فى الوصف بجعل السائمة علوفة يسقطها بالاتفاق؛ لأن فوات الوصف وارد على كل النصاب. (عناية)

(٨) أى لانعقاد السبب.

(٩) قوله: "ولا كذلك فى المسألة الأولى" من فروعها ما إذا كان له غنم للتجارة تساوي نصابًا، فماتت قبل الحول، فسلخها ودبغ جلدها، فتم الحول كان عليه فيها الزكاة. (ف)

(١٠) قوله: "فبقى الانعقاد" لأن الشيء إذا انعقد على الشيء يبقى على البعض، كما إذا هلك مال المضاربة بعضه، يبقى العقد فى الباقى. (ك)

قال: وتضم[1] قيمة العروض إلى الذهب والفضة حتى يتم النصاب؛ لأن الوجوب في الكل[2] باعتبار التجارة، وإن افترقت جهة الإعداد[3].

ويضم الذهب إلى الفضة[4]؛ للمجانسة من حيث الثمنية، ومن هذا الوجه صار سببًا، ثم يضم بالقيمة عند أبي حنيفة[5] وعندهما[6] بالأجزاء، وهو رواية عنه[7]، حتى إن من كان له مائة درهم، وخمسة مثاقيل ذهب، وتبلغ قيمتها مائة درهم، فعليه الزكاة عنده[8] خلافًا لهما.

هما يقولان: المعتبر فيهما القدر دون القيمة، حتى لا تجب الزكاة[9] في مصوغ[10] وزنُه أقل من مائتين، وقيمته فوقها، هو يقول: إن الضم للمجانسة، وهو يتحقق باعتبار القيمة[11] دون الصورة، فيضم بها والله أعلم.

---

(١) هذا بالإجماع. (ب)

(٢) أي العروض والذهب والفضة. (ب)

(٣) قوله: "وإن [وصلية] افترقت جهة الإعداد" بأن الإعداد في العروض من جهة العباد، وفي النقدين من جهة الله تعالى. (ك)

(٤) قوله: "ويضم الذهب إلى الفضة [عندنا، خلافًا للشافعي، وبه قال أحمد في رواية. ب]" الحاصل أن عروض التجارة يضم بعضها إلى بعض بالقيمة، وإن اختلفت أجناسها، وكذا يضم إلى النقدين بالإجماع، والسوائم المختلفة الجنس لا تضم بالإجماع، كالإبل والغنم، واالنقدان يضم أحدهما إلى الآخر. (ف)

(٥) وبه قال أحمد في رواية والثوري. (ب)

(٦) قوله: "وعندهما بالأجزاء [وبه قال مالك وأحمد في رواية]" بأن يعتبر تكميل الأجزاء من النصاب، فإذا كان من النصاب عشرة مثاقيل، يعتبر معه نصف نصاب الفضة، وهو مائة درهم. (ف)

(٧) رواها هشام، وفي "المفيد": رواها الحسن. (ب)

(٨) لتمام نصاب الفضة من حيث القيمة.

(٩) بالاتفاق. (ب)

(١٠) نحو إبريق أو كأس. (ب)

(١١) ومسألة المصنوع ليست مما نحن فيه؛ لأنه ليس فيه ضم شيء. (عيني)

باب في من يمرّ على العاشر[١]

إذا مرّ على العاشر[٢] بمال[٣]، فقال: أصبته منذ أشهر[٤]، أو عليَّ دين، وحلف صُدّق، والعاشر من نصبه الإمام على الطريق؛ ليأخذ الصدقات من التجار، فمن أنكر منهم تمام الحول، أو الفراغ من الدين، كان منكرا للوجوب، والقول قول المنكر مع اليمين[٥].

وكذا[٦] إذا قال: أديتُها إلى عاشر آخر، ومراده[٧] إذا كان في تلك السنة عاشر آخر؛ لأنه ادعى وضع الأمانة موضعها، بخلاف ما إذا لم يكن[٨] عاشر آخر في تلك السنة؛ لأنه ظهر كذبه[٩] بيقين.

وكذا[١٠] إذا قال: أديتُها أنا يعني إلى الفقراء في المصر[١١]؛ لأن الأداء

---

(١) قوله: "باب في من يمر على العاشر" ألحق هذا الباب بكتاب الزكاة اتباعًا للمبسوط، وشروح "الجامع الصغير" لمناسبة، وهي أن العشر المأخوذ من المسلم المار على العاشر، هو الزكاة إلا أن العاشر كما يأخذ من المسلم يأخذ من الذمي والمستأمن، وليس المأخوذ منهما زكاة. (عناية)

(٢) قوله: "إذا مرّ [التاجر] على العاشر إلخ" تسمية العاشر الذي يأخذ العشر إنما يستقيم على أخذه من الحربي، لا من المسلم والذمي؛ لأنه يأخذ من المسلم ربع العشر، ومن الذمي نصف العشر. (ب)

(٣) أي مال الزكاة، أراد به الأموال الباطنة؛ لأن ثبوت، ولاية الأخذ في الأموال الظاهرة -وهي السوائم- لا يختص بالمرور. (ك)

(٤) قوله: "منذ أشهر" رأيت بخط الانزاري: منذ شهر، وفي النسخ كلها كان منذ أشهر، والشراح مشوا عليه. (ب)

(٥) قوله: "مع اليمين" العبادات وإن كان يصدق فيها بلا تحليف لكن تعلق به ههنا حق العبد، وهو العاشر في الأخذ، فهو يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه. (ف)

(٦) أي يصدق مع اليمين.

(٧) أي مراد الماتن من قوله: كذا إذا قال إلخ.

(٨) فإنه لا يصدق. (ب)

(٩) في قوله: أديتها إلى عاشر آخر.

(١٠) أي يصدق مع اليمين.

(١١) قوله: "في المصر" قيد بالمصر؛ لأنه إن أدى إلى الفقراء بعد خروجه إلى السفر لم يسقط حق الآخذ

كان مفوضًا إليه فيه، وولاية الأخذ بالمرور لدخوله[١] تحت الحماية، وكذلك الجواب[٢] في صدقة السوائم في ثلاثة فصول[٣]، وفي الفصل الرابع، وهو ما إذا قال: أديت بنفسي إلى الفقراء في المصر، لا يصدق[٤] وإن[٥] حَلَفَ. وقال الشافعي: يصدق؛ لأنه أوصل[٦] الحق إلى المستحق، ولنا أن حق الأخذ[٧] للسلطان، فلا يملك إبطاله، بخلاف الأموال الباطنة[٨]، ثم قيل[٩]: الزكاة هو الأول والثاني[١٠] سياسة، وقيل: هو الثاني والأول ينقلب نفلا، وهو الصحيح.

ثم فيما يصدق[١١] في السوائم وأموال التجارة لم يشترط[١٢] إخراج

العاشر؛ لأن ولاية الأداء بنفسه إنما كان في الأموال الباطنة حال كونه في المصر، وبمجرد خروجه مسافرًا انقلبت الولاية إلى الإمام. (ف)

(١) بالمرور عليه. (ب)

(٢) أي الحكم.

(٣) قوله: "في ثلاثة فصول" أولها: إذا قال: أصبت منذ أشهر، والثاني: قوله: وعلى دين، والثالث: قوله: أديت إلى عاشر آخر، وفي تلك السنة عاشر آخر. (عناية)

(٤) وبه قال الشافعي في القديم، وأحمد ومالك. (ب)

(٥) الواو وصلية.

(٦) فصار كالمشتري من الوكيل إذا دفع الثمن إلى الموكل. (ف)

(٧) أي أخذ صدقة السوائم.

(٨) لأنها مفوضة إليه. (ب)

(٩) قوله: "ثم قيل إلخ" هو بناء على أن لأصحابنا طريقين في هذه المسألة: أحدهما: إذا كان صادقًا فيما قال يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى.
وثانيهما: لا يبرأ، فمن اختار الأول، قال: الزكاة هو الأول، كما لو خفي على الساعي مكان ماله، فأدى صاحب المال الزكاة وقع زكاته.
والثاني سياسة زجرًا لغيره عن الإقدام عما ليس عليه، ومن اختار الثاني قال: الزكاة هو الثاني، والأول ينقلب نفلا، فصار كمن إذا صلى الظهر في منزله يوم الجمعة، ثم سعى إليها فأداها. (ع)

(١٠) يعني أخذ الساعي ثانيًا. (ب)

(١١) قوله: "ثم فيما يصدق إلخ [ذكر العام وأراد الخاص، وهو الصورة الأخيرة. ع]" أطلق ومقتضاه أنه شرط في الأصل إخراجها في قوله: أديت إلى الفقراء، وليس كذلك؛ إذ لا يأخذ من الفقراء براءة، ولا من

البراءة في "الجامع الصغير"، وشرطه في "الأصل"[١]، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأنه ادعى ولصدق دعواه علامة[٢]، فيجب إبرازها وجه[٣] الأول أن الخط[٤] يشبه الخط، فلا يعتبر علامةً.

قال[٥]: وما صدق فيه المسلم، صدق فيه الذمي؛ لأن ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم، فتراعى تلك الشرائط[٦] تحقيقًا للتضعيف[٧]، ولا يصدّق الحربي[٨] إلا في الجواري يقول: هن أمهات أولادي، أو غلمان معه يقول: هم أولادي؛ لأن الأخذ منه بطريق الحماية، وما في يده من المال يحتاج إلى الحماية، غير أن إقراره بنسب من في يده منه صحيح[٩]، فكذا بأمومية الولد؛ لأنها تبتني عليه، فانعدمت صفة المالية

الدائن، ولا يمكن في قوله: أصبت منذ أشهر. (ت)

(١٢) أي محمد.

(١) أي "المبسوط".

(٢) وهي البراءة.

(٣) تأخيره يفيد ترجيحه عنده. (ف)

(٤) فلا يعلم أن البراءة مكتوبة بيد العاشر، أو غيره.

(٥) أي محمد رح. (ب)

(٦) أي من الحول والنصاب والفراغ من الدين، ونية التجارة. (ك)

(٧) قوله: "تحقيقًا للتضعيف" لأن تضعيف الشيء إنما يكون إذا كان المضعف على أوصاف المضعف عليه، وإلا يلزم أن يكون تبديلا. (ب)

(٨) قوله: "ولا يصدق الحربي [الذي دخل دارنا بأمان، ومر على العاشر. ب] إلخ" لعدم الفائدة في تصديقه؛ لأنه لو قال: لم يتم الحول على مالي، ففي الأخذ منه لا يعتبر الحول؛ لأن اعتبار الحول لتمام الحماية ليحصل النماء، ويتم الحماية.

والحماية للحربي تحصل بنفس الأمان، ولو قال: علي دين، فالدين الذي وجب عليه في دار الحرب، لا يطالب به في دارنا، وإن قال: المال بضاعة، فلا حرمة لصاحبها، وإن قال: أديتها إلى عاشر آخر، لم يلتفت إليه، ولو قال: أديته أنا كذبه اعتقاده. (عناية)

(٩) لأن كونه حربيا لا ينافي الاستيلاء والنسب. (ع)

فيهن، والأخذ لا يجب إلا من المال.

قال: ويؤخذ من المسلم ربعُ العشر، ومن الذمي نصف العشر، ومن الحربي العشر، هكذا أمر عمر[١]* سُعاته[٢]، وإن مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء، إلا أن يكونوا يأخذون مِنّا من مثلها[٣]؛ لأن الأخذ منهم بطريق المجازاة. بخلاف المسلم والذمي؛ لأن المأخوذ[٤] زكاة، أو ضعفها، فلا بد من النصاب، وهذا في "الجامع الصغير"، وفي كتاب الزكاة[٥]: لا نأخذ من القليل، وإن[٦] كانوا يأخذون منا منه؛ لأن القليل لم يزل عفوا[٧]، ولأنه لا يحتاج إلى الحماية.

قال[٨]: وإن مرَّ حربي بمائتي درهم، ولا يعلم كم يأخذون[٩] منا، نأخذ منه العشر[١٠]؛ لقول عمر[١١]*: فإن أعيَاكُمْ فالعشر، وإن علم أنهم يأخذون منا ربع عشر، أو نصف عشر نأخذ بقدره، وإن[١٢] كانوا

(١) رواه عبد الرزاق. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٧٩، والدراية ج١،ص٢٦١. (نعيم)

(٢) جمع ساع بضم السين. (ب)

(٣) أي من مثل خمسين. (ب)

(٤) في المسلم.

(٥) من "المبسوط" لمحمدرح. (ب)

(٦) او وصلية.

(٧) فالأخذ ظلم. (ب)

(٨) أي محمد. (ب)

(٩) أي أهل الحرب. (ب)

(١٠) لأن العشر متيقن.

(١١) قوله: "لقول عمر إلخ" قول عمر غريب لم يدرك، ومعناه فإن عجزتم عن معرفة ما يأخذون منكم، فالعشر. (عيني رحمة الله تعالى)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٧٩، والدراية ج١،ص٢٦١. (نعيم)

(١٢) شرط.

يأخذون الكل لا نأخذ[١] الكل؛ لأنه غدر[٢]، وإن كانوا لا يأخذون أصلا لا نأخذ[٣]؛ ليتركوا الأخذ من تجارنا، ولأنا أحق بمكارم[٤] الأخلاق. قال: وإن مر الحربى على عاشر فعشّره، ثم مر[٥] مرة أخرى لم يعشره، حتى يحول عليه الحول[٦]؛ لأن الأخذ فى كل مرة استئصال المال[٧]، وحق الأخذ لحفظه، ولأن حكم الأمان الأول باقٍ[٨]، وبعد الحول يتجدد الأمان؛ لأنه لا يمكن من المقام إلا[٩] حولا[١٠]، والأخذ بعده لا يستأصل المال. وإن عشره فرجع إلى دار الحرب، ثم خرج من يومه ذلك[١١] عشره أيضًا؛ لأنه رجع بأمان جديد، وكذا الأخذ بعده[١٢] لا يفضى

---

(١) جزاء.

(٢) أى أخذ الكل غدر لا يليق بشأننا.

(٣) أى العاشر منا.

(٤) بفتح الميم.

(٥) قوله: "ثم مر مرة أخرى" المراد قبل الرجوع إلى دار الحرب، فإن دخل دار الحرب، ثم جاء فى دارنا، ومر على عاشر فى تلك السنة، يعشره ثانيًا؛ لما سيأتى، كذا فى "فتح القدير" وغيره.
قلت: فما قال العلامة العينى: أى بعد دخوله دار الحرب قبل حولان الحول، لعله سهو من قلم الكاتب. (مولوى عبد الحى نور الله مرقده)

(٦) قوله: "حتى يحول عليه الحول" فإن قيل: كلام المصنف متناقض؛ لأنه قال: حتى يحول الحول، ثم قال: لا يمكن من المقام إلا حولا، فيجاب بأن المراد إلا قريبا من الحول؛ لأنه لا يمكن من الإقامة حولا كاملا.
وأجيب بأن مراده بقوله: حتى يحول الحول، إذا لم يعلم الإمام حاله، فتم عليه الحول، فمر على العاشر، يعشره ثانيا. (ع)

(٧) أى استهلاك له.

(٨) ما لم يحل الحول، أو لم يرجع إلى دار الحرب. (ب)

(٩) قوله: "إلا [الصواب ما فى بعض النسخ من حذف إلا. ف] حولا" رأيت فى بعض النسخ كلمة إلا مكشوطة، فكأنهم كشطوها، حتى لا يرد على المصنف شيء، وليس بصحيح. (عينى)

(١٠) قوله: "حولا" أى قريبا من الحول. (ك)

(١١) لقرب الدارين، كما فى جزيرة الأندلس. (ف)

(١٢) أى بعد الرجوع إلى دار الحرب.

إلى الاستئصال. وإن مر ذمي بخمرٍ أو خنزير، عشر الخمر دون الخنزير، وقوله: عشر الخمر أى من قيمتها[١]، وقال الشافعي: لا يعشرهما؛ لأنه لا قيمة لهما[٢]، وقال زفر: يعشرهما؛ لاستواءهما فى المالية عندهم[٣].

وقال أبو يوسف: يعشرهما إذا مر بهما جملة، كأنه جعل الخنزير[٤] تبعًا للخمر، فإن مر بكل واحد على الانفراد، عشر الخمر دون الخنزير.

ووجه الفرق[٥] على الظاهر[٦]، أن القيمة[٧] فى ذوات القيم لها حكم العين، والخنزير منها[٨]، وفى ذوات الأمثال ليس لها[٩] هذا الحكم، والخمر منها، ولأن حق الأخذ للحماية، والمسلم يَحْمى خمر نفسه[١٠] للتخليل، فكذا يحميها على غيره، ولا يحمى[١١] خنزير نفسه، بل يجب

(١) قوله: "أى من قيمتها" فسر به كيلا يذهب الوهم إلى مذهب مسروق، فإنه يأخذ من عينها. (ف)

(٢) حتى لو أتلف المسلم خمره أو خنزيره، لا يضمن عنده.

(٣) أى عند الكفار، وإن لم يكن مالا عندنا.

(٤) قوله: "جعل الخنزير تبعًا للخمر" لأن مالية الخمر أظهر بدليل أن المسلم يرث الخمر، ولو أخرجت من دار الحرب، يدخل فى الغنيمة ويملكه المسلم، حتى لو تخلله المسلم يدخل فى ملكه، والمكاتب إذا عجز، وله خمر يملكه المولى، فجعل الخنزير تبعا للخمر أولى. (ب)

(٥) بين الخمر حيث يعشره، وبين الخنزير حيث لا يعشره.

(٦) أى ظاهر الرواية. (ب)

(٧) قوله: "أن القيمة فى ذوات القيم" فإن قلت: الذمى لو باع داره من ذمى بالخنزير، وشفيعها مسلم يأخذها بقيمة الخنزير، وهذا يدل على أن أخذ قيمته ليس كأخذه.
قلت: الجواز فى باب الشفعة لضرورة حق العبد؛ لاحتياجه، ولا ضرورة فى حق الشرع؛ لاستغناءه، كذا فى "الكافى". (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٨) فأخذ قيمته كأخذه بعينه، فلا يجوز.

(٩) قوله: "ليس لها هذا الحكم [فأخذ قيمة الخمر ليس كأخذه بعينه]" لأنه يجب أن يكون بدله مثلا له؛ اعتباراً بما يضمنه الغاصب، وإن لم يكن مثلا لها، لا يكون أخذه كأخذها. (ب)

(١٠) فإنّه لو غصب من مسلم خمرا، له أن يخاصمه. (ك)

(١١) قوله: "ولا يحمى خنزير نفسه إلخ" أورد عليه مسلم غصب خنزير ذمي، فرفعه إلى القاضي يأمره برده عليه، وذلك حماية على الغير، أجيب بتخصيص الإطلاق أى لا يحميه على غيره لغرض يستوفيه، فخرج

تسييبه بالإسلام، فكذا لا يحميه على غيره.

ولو مر صبي أو امرأة من بني تغلِب بمال، فليس على الصبي شيء، وعلى المرأة ما على الرجل؛ لما ذكرنا في السوائم[١].

ومن مر على عاشر بمائة درهم، وأخبره أن له في منزله مائة أخرى قد حال عليها الحول، لم يزك التي مر بها؛ لقلته، وما في بيته لم يدخل تحت حمايته، فلو مر بمائتي درهم بضاعة[٢] لم يعشرها؛ لأنه غير مأذون[٣] بأداء زكاته. قال: وكذا المضاربة[٤] يعني إذا مر المضارب به على العاشر، وكان أبو حنيفة يقول أولا: يعشرها لقوة حق المضارب[٥]، حتى لا يملك ربُ المال نهيه عن التصرف فيه بعد ما صار عروضا[٦]، فنزل منزلة المالك، ثم رجع إلى ما ذكرنا في الكتاب، وهو قولهما؛ لأنه[٧] ليس بمالك، ولا نائب عنه[٨] في أداء الزكاة، إلا أن يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا، فيؤخذ منه؛ لأنه[٩] مالك له.

حماية القاضي. (ف)

(١) لأن مال التاجر إذا مر على عاشر بمنزلة السوائم؛ لحاجته إلى الحماية. (ك)

(٢) قوله: "بضاعة" هي لغة: القطعة من المال، واصطلاحًا: ما يدفعه المالك لإنسان يبيع فيه ويتّجر؛ ليكون الربح كله للمالك، ولا شيء منه للعامل، كذا في "المغرب". (بحر الرائق)

(٣) وإنما هو مأذون بالتجارة. (ع)

(٤) قوله: "المضاربة" هي في اللغة: مصدر ضارب، فلان لفلان في ماله، أي اتجر له، وفي الشريعة: عقد شركة في الربح بمال من رجل، وعمل من آخر، بأن يقول رب المال: دفعته إليك مضاربة أو معاملة، على أن يكون لك من الربح جزء معين، كالثلث والنصف، ويقول المضارب: قبلت. (جامع الرموز)

(٥) لأنه شريك في الربح، ولا كذلك صاحب البضاعة.

(٦) أي متاعًا بالبيع والشراء. (ب)

(٧) أي المضارب. (ب)

(٨) إذ هو نائب في التجارة فقط. (ب)

(٩) أي المضارب ملك الربح. (ب)

ولو مر عبد مأذون له بمائتى درهم، وليس عليه دين، عشره، قال أبو يوسف[١]: لا أدرى أن أبا حنيفة رجع عن هذا أم لا، وقياس قوله الثانى فى المضاربة -وهو قولهما-: أنه لا يعشره؛ لأن الملك فيما فى يده للمولى، وله التصرف، فصار كالمضارب[٢].

وقيل فى الفرق بينهما[٣]: إن العبد يتصرف لنفسه، حتى لا يرجع بالعهدة[٤] على المولى، فكان هو المحتاج إلى الحماية، والمضارب يتصرف بحكم النيابة[٥]، حتى يرجع بالعهدة على رب المال، فكان رب المال هو المحتاج، فلا يكون الرجوع فى المضارب رجوعًا منه فى العبد، وإن كان مولاه[٦] معه يؤخذ منه؛ لأن الملك له إلا إذا كان على العبد دين يحيط بماله[٧]؛ لانعدام الملك[٨] أو للشغل[٩].

قال[١٠]: ومن مر على عاشر الخوارج فى أرضٍ قد غلبوا عليها، فعشره يثنى عليه الصدقة، معناه إذا مر على عاشر أهل العدل؛ لأن التقصير[١١]

---

(١) قال الكاكى: الصحيح أن رجوعه فى المضارب رجوع فى العبد المأذون، وكذا ذكر فى "المفيد". (ب)

(٢) فى أنه ليس بمالك، ولا نائب. (ب)

(٣) أى بين فصل المضارب، وبين فصل المأذون له.

(٤) عند ظهور المستحق، بل يباع فيها، وما زاد فيطالب به بعد العتق. (ب)

(٥) أى عن رب المال.

(٦) أى العبد المأذون. (ب)

(٧) فلا يؤخذ منه سواء كان المولى معه، أو لم يكن. (عناية)

(٨) عند أبى حنيفة رحمه الله. (عناية)

(٩) عندهما، فإن الشغل بالدين مانع. (ع)

(١٠) أى محمد.

(١١) قوله: "لأن التقصير جاء من قبله" وأما إذا غلب أهل البغى فأخذوا العشر، لا يؤخذ ثانيًا؛ لأن التقصير ما جاء من قبله، بل من قبل السلطان حيث ضيعه فلم يحمه، والأخذ به. (ب)

جاء من قبله من حيث إنه[١] مر عليه[٢].

باب في المعادن والركاز[٣]

قال[٤]: معدن ذهب[٥]، أو فضة، أو حديد، أو رصاص[٦]، أو صفر[٧]، وجد[٨] في أرض خراج أو عشر، ففيه الخمس عندنا.

وقال الشافعي[٩]: لا شيء عليه فيه؛ لأنه مباح سبقت يده[١٠] إليه كالصيد[١١]، إلا إذا كان المستخرج ذهبًا، أو فضة، فيجب فيه الزكاة[١٢]،

---

(١) أي التاجر.

(٢) أي على الباغي.

(٣) قوله: "باب في المعادن [أصل المعدن المكان بشرط الاستقرار فيه، ثم اشتهر في نفس الأجزاء المستقرة. ف] والركاز [أخره عن العاشر؛ لأن العشر أكثر وجودا. ع]" المال المستخرج من الأرض ثلاثة: الكنز، والمعدن، والركاز.

فالكنز: اسم لما دفنه بنو آدم، والمعدن: اسم لما خلق الله تعالى في الأرض يوم خلقت الأرض، والركاز: اسم لهما جميعًا.

والكنز مأخوذ من كنز المال أجمعه، والمعدن من عدن بالمكان إذا أقام به، والركاز من ركز الرمح أي غرزه، وعلى هذا جاء إطلاقه عليهما جميعًا؛ لأن كل واحد منهما مركوز في الأرض، أي ثبتت، وإن اختلف الراكز، وعلى كل واحد منهما بالانفراد، والمراد من الباب الكنز لذكر المعدن. (عناية)

قوله: "ركاز" كجبال ماليكه حق تعالى در كانها پيدا ساخته، ومال پنهان كرده اهل جاهليت در زمين، ركزة بالكسر واحد است وركائز بالفتح جمع. (منتهى الأرب)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٥) قوله: "معدن ذهب إلخ" اعلم أن المستخرج من المعادن ثلاثة أنواع: جامد ينطبع كالذهب، والفضة، والحديد، وما ذكره المصنف، وجامد لا ينطبع كالجص، والنورة، والكحل، وسائر الأحجار: كالياقوت، والزمرد، والملح، وما ليس بجامد كالماء، والقير، والنفط، ولا يجب الخمس إلا في النوع الأول عندنا. (ف)

(٦) قول: "رصاص" بفتح أول يعني رائے مهمله وبصادين مهملتين بمعنى ارزيز يعني قلعى كه بهندى رانگ گويند. (غث)

(٧) بضم الصاد المهملة هو الذي يعمل به الأواني. (ب)

(٨) قوله: "وجد" سواء كان الواجد مسلمًا، أو ذميًا، أو كتابيًا، أو صبيًا، أو امرأةً، أو عبدًا مكاتبًا. (ب)

(٩) وبه قال مالك. (ب)

(١٠) أي الواجد.

(١١) فإنه لمن وجده.

(١٢) قوله: "فيجب فيه الزكاة" وفي الواجب ثلاثة أقوال: أصحها: أن الواجب ربع العشر، وبه قال مالك

ولا يشترط الحول فى قول[1]؛ لأنه نماء[2] كله، والحول للتنمية:

ولنا قوله عليه السلام[3]: «وفى الركاز الخمس»*، وهو من الركز، فأطلق على المعدن، ولأنها[4] كانت فى أيدى الكفرة، وحوتها[5] أيدينا غلبةً، فكانت غنيمة، وفى الغنائم الخمس. بخلاف الصيد[6]؛ لأنه لم يكن فى يد أحد، إلا أن للغانمين[7] يدًا حكمية؛ لثبوتها على الظاهر[8]، وأما الحقيقية فللواجد، فاعتبرنا الحكمية فى حق الخمس[9]، والحقيقية فى حق الأربعة الأخماس، حتى كانت للواجد.

فى رواية، وأحمد.

الثاني: أن الواجب فيهما الخمس مثل قولنا، وهو قول المزنى، والثالث: أن ما ناله بلا تعب ومؤنة، ففيه العشر، وما ناله بتعب كالمعالجة بالنار وغيره، ففيه ربع العشر. (ب)

(١) قوله: "فى قول [من أقوال الشافعي، وهو الصحيح. ب]" إنما قال فى جانب الشافعي: ولا يشترط فيه الحول، ولم يقل فى جانبنا؛ لأن الشافعى قائل بالزكاة، وعليه أن يقول باشتراط، فنفاه بما ذكر من الدليل، ونحن نقول بالخمس، والحول لا يشترط له. (عناية)

(٢) يعنى عين النماء. (ب)

(٣) قوله: "ولنا قوله عليه السّلام" هو قوله: «العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفى الركاز الخمس»، أخرجه الستة، والركاز يعمها، فكان إيجابًا فى المعدن والكنز، ولا يتوهم عدم إرادة المعدن بسبب عطفه عليه بعد إفادة أنه جبار أى هدر لا شيء فيه؛ إذ المراد أن الإهلاك أو الهلاك به للأجير الحافر له غير مضمون، لا أنه لا شيء فى نفسه؛ لأنه خلاف المتفق عليه، إذ الخلاف إنما هو فى كميته لا فى أصله، كما أن هذا هو المراد من العجماء والبئر. (ف)

*متفق عليه من حديث أبي هريرة راجع نصب الراية ج٢ ص٣٨٠، والدراية ج١، الحديث ٣٣٥ ص٢٦١. (نعيم)

(٤) أى أراضى المعدن. (ب)

(٥) أى جمعتها. (ب)

(٦) جواب عن قياس الشافعي. (ع)

(٧) قوله: "إلا أن للغانمين إلخ" جواب عن سؤال مقدر، تقريره أن يقال: لو كانت غنيمة حتى يجب فيها الخمس كانت أربعة أخماس للغانمين؛ لأن الحكم فى الغنيمة هكذا، فأجاب عنه. (ب)

(٨) قوله: "لثبوتها على الظاهر" تحقيقه أن الغانمين إنما يستحقون أربعة أخماس، إذا حوت أيديهم حقيقةً وحكمًا، وههنا أيديهم حكمية؛ لأنه لما ثبتت أيديهم على ظاهر الأرض حقيقة، ثبت على باطنها حكمًا، وأما الحقيقة فللواجد. (عناية)

(٩) إنما لم يعكس؛ لأن الحقيقة أقوى. (ب)

ولو وجد[١] فى داره معدنًا، فليس فيه شىء[٢] عند أبى حنيفة، وقالا: فيه الخمس؛ لإطلاق[٣] ما روينا، وله أنه من أجزاء الأرض[٤] مركب فيها، ولا مؤنة فى سائر الأجزاء، فكذا فى هذا الجزء؛ لأن الجزء لا يخالف الجملة، بخلاف الكنز؛ لأنه[٥] غير مركب فيها.

قال[٦]: وإن وجد فى أرضه، فعن أبى حنيفة رح فيه روايتان[٧]، ووجه الفرق على إحداهما، وهو رواية "الجامع الصغير": أن الدار ملكت خالية عن المؤن[٨] دون الأرض، ولهذا[٩] وجب العشر والخراج فى الأرض، دون الدار، فكذا هذه المؤنة، وإن وجد ركازًا، أى كنزًا[١٠] وجب فيه الخمس عندهم، لما روينا[١١]*.

واسم الركاز يطلق على الكنز لمعنى الركز، وهو الإثبات، ثم إن كان

(١) سواء كان الواجد مسلمًا، أو ذميًا. (ب)

(٢) وبه قال أحمد رح. (ب)

(٣) فلم يفصل بين الدار والأرض. (ب)

(٤) قوله: "وله أنه من أجزاء الأرض إلخ" فإن قيل: لو كان من أجزاء الأرض، لجاز التيمم به، كسائر الأرض، قلنا: إنه من أجزاء الأرض من حيث إنه يدخل فى بيعها، بخلاف الكنز. (كفاية)

(٥) لأن اتصالها اتصال مجاورة. (ب)

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(٧) رواية الأصل لا تجب كما فى الدار. (ف)

(٨) أى المشقة.

(٩) أى لكون الدار خالية عن المشقة.

(١٠) إنما فسر بهذا لأن الركاز مشترك. (ب)

(١١) قوله: "لما روينا، فإن قيل: فى هذا التمسك يلزم عموم المشترك، ولا عموم؛ لأنه استدلال بهذا الحديث على وجوب الخمس فى المعدن، واستدل به أيضًا على وجوب الخمس فى الكنز، ولفظ الكنز مشترك بين المعدن والكنز.

والجواب عنه أن هذا مشترك معنوى، فإن الركز لغةً الإثبات والركاز التثبت، فيتاول المعدن والكنز بالمعنى العام. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٨١، والدراية ج١، ص٢٦١. (نعيم)

على ضرب أهل الإسلام، كالمكتوب[١] عليه كلمة الشهادة، فهو بمنزلة اللقطة[٢]، وقد عرف حكمها في موضعها، وإن كان على ضرب أهل الجاهلية، كالمنقوش عليه الصنم، ففيه الخمس على كل حال[٣] لما بينا.

ثم إن وجده[٤] في أرض مباحة[٥]، فأربعة أخماسه للواجد؛ لأنه تم الإحراز منه، إذ لا علم به للغانمين، فيختص[٦] هو به، وإن وجده[٧] في أرض مملوكة، فكذا الحكم[٨] عند أبي يوسف؛ لأن الاستحقاق بتمام الحيازة[٩]، وهو منه[١٠].

وعند أبي حنيفة ومحمد هو للمختطّ له، وهو الذي ملّكه الإمام هذه البقعة أول الفتح؛ لأنه سبقت[١١] يده إليه، وهي يد الخصوص، فيملك به ما في الباطن، وإن كانت[١٢] على الظاهر، كمن اصطاد سمكة في بطنها

---

(١) ذكره بكاف التشبيه لعدم الحصر. (ف)

(٢) قوله: "فهو بمنزلة اللقطة" لأنه إذا كان فيه شيء من علامات الإسلام كان من وضع المسلمين، ومال المسلم لا يغنم، وحكم اللقطة يعرفها حيث وجدها مدة يتوهم أن صاحبها يطلبها، وذلك يختلف بقلة المال وكثرته. (ك)

(٣) سواء كان في أرضه، أو في أرض غيره.

(٤) أي الكنز الجاهلي. (ف)

(٥) كالجبال والمفاوز. (ب)

(٦) قوله: "فيختص هو به" إشارة إلى ما ذكر من أن للغانمين يداً حكمًا، وللواجد يداً حقيقةً، فيكون فيه الخمس، والباقي للواجد. (ع)

(٧) سواء كان مالكًا للأرض أولا. (ت)

(٨) أي الخمس للفقراء، والباقي للواجد. (ف)

(٩) من حاز يحوز، إذا قبضه وملكه.

(١٠) أي الحيازة من الواجد.

(١١) قوله: "لأنه سبقت يده إليه" فإن قيل: يد المختط له وإن كانت سابقة لكنها يد حكمية، وبها لا يملك، كما في الغانمين.

أجاب بقوله: ويد الخصوص إلخ يعني أن اليد الحكمية إنما لا يثبت بها الملك إذا كانت يد عموم، كما في الغانمين، وأما إذا كانت يد خصوص، فيملك بها ما في الباطن. (غ)

(١٢) أي يده. (ب)

دُرّة[١]، ثم بالبيع لم تخرج عن ملكه[٢]؛ لأنه مودع فيها. بخلاف المعدن؛ لأنه من أجزاءها[٣]، فينتقل إلى المشترى، وإن لم يعرف[٤] المختطّ له، يصرف[٥] إلى أقصى مالكٍ يعرف في الإسلام على ما قالوا[٦]، ولو اشتبه الضربُ يجعل جاهليًا في ظاهر المذهب؛ لأنه الأصل، وقيل: يجعل إسلاميا في زماننا؛ لتقادم العهد[٧].

ومن دخل دار الحرب بأمان، فوجد في دار بعضهم ركازًا[٨]، ردّه عليهم؛ تحرزًا عن الغدر؛ لأن ما في الدار في يد صاحبها خصوصًا.

وإن وجده في الصحراء[٩] فهو له[١٠]؛ لأنه[١١] ليس في يد أحد على الخصوص، فلا يعد غدرًا، ولا شيء فيه[١٢]؛ لأنه بمنزلة المتلصص[١٣]

---

(١) فإنه يملكها. (ك)

(٢) قوله: "ثم بالبيع إلخ" أي ببيع السمكة لم يخرج الدرة عن ملكه؛ لأنه مودع فيها أي في السمكة، هكذا فسره الإنزارى هذا الموضع. وقال السغناقي: ثم بالبيع أي بيع المختط له الأرض التى تحتها كنز لم يخرج بلفظ التذكير، أي الكنز عن ملكه بدلالة قوله: "لأنه" بالتذكير ولم يقل: لأنها ترجع إلى الدرة؛ لأنه أى الكنز مودع فيها، أي الأرض، وكذا فسره الكاكي تبعًا له، وهو الصواب. (ب)

(٣) أي الأرض.

(٤) أي ولا ورثته. (ك)

(٥) ذكره السرخسي، وذكر أبو اليسير أنه يوضع في بيت المال. (ك)

(٦) يفيد الخلاف على عادته. (ف)

(٧) أي عهد الإسلام، فالظاهر أنه ليس بمدفون الكفار. (ب)

(٨) سواء كان معدنًا، أو كنزًا. (ف)

(٩) أي أرض لا مالك لها، كذا فسره في "المحيط"، وتعليل الكتاب يفيده. (ف)

(١٠) أي للواجد.

(١١) قوله: "لأنه ليس في يد أحد إلخ" فإن قيل: يدهم على ما وجدوه في الصحراء ثابتة؛ لأن المستأمن في ديارنا لو وجد شيئًا من ذلك في الصحراء، لا حق له فيه، ويؤخذ منه ذلك لثبوت يد المسلمين عليه، فيجب أن يكون كذلك ما وجده المستأمن في ديارهم. قلنا: اليد على الصحراء إنما يثبت حكمًا، ودار الإسلام دار أحكام، فيعتبر اليد الحكمية فيها، فأما دار الحرب فدار قهر وغلبة. (ك)

(١٢) قوله: "ولا شيء فيه" أي لا خمس فيه؛ لأن الخمس، إنما يجب فيما يكون في معنى الغنيمة، وهو ما كان في يد أهل الحرب، ووقع في أيدي المسلمين، وهذا ليس كذلك؛ لأنه بمنزلة المتلصص في دار الحرب إذا أخذ شيئًا من أموالهم، وأحرزه بدار الإسلام. (عناية)

غير مجاهر.

وليس في الفيروزج[١] الذي يوجد في الجبال[٢] خمس؛ لقوله عليه السلام: «لا خمس في الحجر[٣]»*، وفي الزيبق الخمس في قول أبي حنيفة آخرا[٤]، وهو قول محمد، خلافا لأبي يوسف[٥].

ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر[٦] عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: فيهما، وفي كل حلية[٧] تخرج من البحر خمس؛ لأن عمر أخذ الخمس من العنبر[٨]**. ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر، فلا يكون المأخوذ منه غنيمة وإن كان ذهبًا أو فضةً، والمروى عن عمر فيما دسره[٩] البحر، وبه[١٠] نقول.

---

(١٣) دزد.

(١) معرب فيروزه، وكذلك الكحل والياقوت وغيره. (ع)

(٢) قوله: "الذي يوجد في الجبال" احترز به عما يوجد منه ومن ما ذكره بعده من الزيبق، واللؤلؤ، والعنبر في خزائن الكفار، فأصيب قهرا، فإنه يخمس بالاتفاق. (ك)

(٣) غريب بهذا اللفظ، وأخرج ابن عدى معناه. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٨٢، والدراية ج١، الحديث ٣٣٦ص٢٦٢. (نعيم)

(٤) وكان يقول أولا: لا شيء فيه. (ب)

(٥) قوله: "خلافًا لأبي يوسف" حكى عنه أنه قال: كان أبو حنيفة يقول أولا: لا شيء فيه، وكنت أقول: الخمس، فلم أزل أناظره، وأقول: إنه كالرصاص، حتى قال: فيه الخمس، ثم رأيت أن لا شيء فيه. (عيني رحمه الله تعالى)

(٦) قوله: "ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر" وهذا لأن العنبر حشيش، واللؤلؤ ماء مطر الربيع يقع في الصدف، فيصير لؤلؤا، والصدف حيوان يخلق فيه اللؤلؤ، ولا شيء في الماء، ولا في ما يوجد من الحيوان. (ف)

(٧) هو بالكسر على وزن فعلة. (ب)

(٨) قوله: "لأن عمر أخذ الخمس من العنبر" هذا لم يعرف من عمر رضى الله عنه بطريق صحيح، وإنما عرف بطريق ضعيف، رواه أبو القاسم بن سلام في "الأموال"، وإنما الثابت من عمر بن عبد العزيزرح. (ف)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٨٣، والدراية ج١، ص٢٦٢. (نعيم)

(٩) أي دفعه ورماه إلى البر. (ب)

متاع[١] وجد ركازًا، فهو للذى وجد، وفيه الخمس، معناه وجد فى الأرض لا مالك[٢] لها؛ لأنه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة، والله أعلم.

باب زكاة الزّرُوع والثمار[٣]

قال أبو حنيفةرح: فى قليل ما أخرجته الأرض وكثيره العشر، سواء سُقى سَيْحًا[٤]، أو سقته السماء، إلا[٥] القصب[٦] والحطب والحشيش[٧]. وقالا: لا يجب العشر إلا فيما له[٨] ثمرة باقية إذا بلغ خمسة أوسق، والوَسَق[٩] ستون صاعًا[١٠] بصاع النبى عليه السلام، وليس فى الخضروات[١١] عندهما عشر، فالخلاف[١٢] فى موضعين: فى اشتراط النصاب، وفى اشتراط البقاء.

لهما فى الأول قوله عليه السلام: «ليس فيما دون خمسة أوْسُق

---

(١٠) أى بوجوب الخمس فى الذى دسره البحر.

(١) المراد منه غير الذهب والفضة من السلاح وأثاث المنزل. (ف)

(٢) لأنه إذا كان لها مالك، فالحكم فيه كما ذكر فى الذهب. (ب)

(٣) قوله: "باب زكاة الزروع والثمار" سمي العشر زكاة، كما سمي المصدق فى ما تقدم عاشراً مجازاً، وتأخير العشر عن الزكاة؛ لأنها عبادة محضة، والعشر مؤنة فيها معنى العبادة، والعبادات الخالصة تتقدم على غيرها (ع)

(٤) أى ماء جار. (ع)

(٥) وكذلك يستثنى التبن والسعف. (ب)

(٦) قوله: "القصب" قصب محركة كلك ونے وهر چيزى كه مانند وے باشد. (منتهى الأرب)

(٧) كاه.

(٨) قوله: " فى ما له ثمرة باقية" وحد البقاء أن يبقى سنة فى الغالب من غير معالجة كثيرة، كالحنطة والشعير، دون التفاح والسفرجل ونحوهما. (عناية)

(٩) بفتح الواو. (ب)

(١٠) قوله: "ستون صاعًا بصاع النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم" فخمسة أوسق ألف ومائتا من؛ لأن كل صاع أربعة من، وقال السرخسي: هذا قول أهل الكوفة، وقال أهل البصرة: الوسق ثلاث مائة من. (بناية)

(١١) بفتح الخاء لا غير كالفواكه والبقول. (ف)

(١٢) بين أبى حنيفة وصاحبيه.

صدقة»[(١)]*، ولأنه صدقة[(٢)]، فيشترط فيه النصاب؛ لتحقق الغناء.

ولأبى حنيفة قوله عليه السلام: «ما أخرجت الأرض ففيه العشر»**[(٣)] من غير فصل، وتأويل[(٤)] ما روياه زكاة التجارة؛ لأنهم كانوا يتبايعون بالأوساق، وقيمة الوسق أربعون درهما[(٥)]، ولا معتبر بالمالك فيه[(٦)]، فكيف بصفته، وهو الغناء، ولهذا لا يشترط الحول؛ لأنه للاستنماء، وهو كله نماء.

ولهما فى الثانى قوله عليه السلام: «ليس فى الخَضْرَوات صدقة»[(٧)]*، والزكاة غير منفية[(٨)]، فتعين العشر، وله ما روينا[(٩)]، ومرويهما محمول على صدقة يأخذها[(١٠)] العَاشر، وبه[(١١)] يأخذ أبو حنيفة فيه[(١٢)]، ولأن الأرض قد تستنمى بما لا يبقى[(١٣)]، والسبب هى الأرض

---

(١) رواه البخارى ومسلم. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٨٤، والدراية ج١، الحديث ٣٣٧ص٢٦٢. (نعيم)

(٢) كالزكاة.

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٨٤، والدراية ج١، الحديث ٣٣٨ص٢٦٣. (نعيم)

(٣) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ، وروى البخارى معناه.

(٤) جواب عن حديثهما. (ب)

(٥) فيكون قيمته خمسة أوسق مائتا دراهم، وهو نصاب الزكاة. (ع)

(٦) قوله: "ولا معتبر بالمالك إلخ" جواب عن قولهما، ولأنه صدقة أى لا اعتبار للمالك فى العشر، ولهذا يجب العشر فى الأراضى الموقوفة وأرض المكاتب، فلما لم يعتبر المالك كيف يعتبر صفته، وهو الغنى الحاصل بالنصاب. (بناية)

(٧) رواه الترمذى. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٨٦، والدراية ج١، الحديث ٣٣٩ص٢٦٣. (نعيم)

(٨) بالاتفاق. (ع)

(٩) يعنى ما أخرجت الأرض ففيه العشر. (ع)

(١٠) يعنى إذا مر على العاشر بالخضروات، فيأخذ العشر عند إباء المالك.

(١١) أى بهذا المروى. (ع)

(١٢) أى فى المحمل الذى حمله عليه.

النامية، ولهذا يجب فيها الخراج.

أمـا الحطب والقَصَب والحشيش لا تستنبت في الجنان[1] عـادة، بل تُنَقَّى[2] عنها، حتى لو اتخذها مقصبة[3]، أو مَشْجَرَة، أو منبتًا للحشيش، يجب فيها العشر، والمراد بالمذكور[4] القصب الفارسي[5]، أما قصب السكّر[6]، وقصب الذريرة[7]، ففيهما العشر؛ لأنه يقصد بهما استغلال الأرض، بخلاف السَعَف[8] والتبن[9]؛ لأن المقصود الحبّ والثمر دونهما. قال: وما سقي بغرب[10]، أو دالية، أو سانية، ففيه نصف العشر على القولين؛ لأن المؤنة[11] تكثر فيه، وتقل فيما يُسقى بالسماء أو سيحًا، وإن سُقي سيحًا وبدالية، فالمعتبر أكثر السنة، كما هو في السائمة[12].

---

(١٣) قوله: "ولأن الأرض إلخ" دليل معقول على مدعاه، تقريره أن السبب هو الأرض النامية، وقد تستنمى بما لا يبقى، فلو لم يجب العشر فيها، لكان يبقى السبب بلا حكم، وذلك إخلاء السبب عن الحكم، وذا لا يجوز في موضع يحتاط في إثبات ذلك الحكم، ولهذا يجب فيه أي في ما لا يبقى من الخارج كالخضروات، أو في الأرض النامية بالخارج الذي لا يبقى على تأويل المكان الخراج. (عناية)

(١) أي البساتين.

(٢) مجهول من التنقية. (ب)

(٣) أي موضع القصب. (ب)

(٤) في أول الباب. (ب)

(٥) هو الذي يتخذ منه الأقلام، ويدخل في البناء. (ب)

(٦) بضم أول وتشديد كاف معرب شكر (من)، بهندی گنا.

(٧) قوله: "وقصب الذريرة" نوع من القصب في مسحوقة عطر، يؤتى به من الهند، إنما سمى بها؛ لأنها تجعل ذرة ذرة، فتجعل في الدواء. (ك)

(٨) بفتحتين: هو غصون النخل. (ب)

(٩) قوله: "والتبن" بكسر أول وسكون ثاني: كاه خشک. (غث)

(١٠) قوله: "بغرب" بفتح الغين المعجمة وسكون الراء وبالباء الموحدة: هو الدلو العظيمة، أو دالية: هي الدلو يديرها البقرة، أو سانية: هي الناقة التي يسقى عليها، والجمع السواني. (ب)

(١١) أي الكلفة. (ب)

(١٢) أي المعتبر فيها أكثر السنة. (ب)

وقال أبو يوسف[١]: فيما لا يوسق كالزعفران[٢] والقطن[٣] يجب فيه العشر إذا بلغت قيمته خمسة أوسق من أدنى ما يوسق كالذرّة[٤] في زماننا؛ لأنه لا يمكن التقدير الشرعي فيه، فاعتبرت قيمته، كما[٥] في عروض التجارة. وقال محمد: يجب العشر إذا بلغ الخارج خمسة أعداد من أعلى ما يقدر به نوعه، فاعتبر في القُطن[٦] خمسة أحمال، كل حمل[٧] ثلاث مائة من، وفي الزعفران خمسة أمناء؛ لأن التقدير بالوسق كان لاعتبار أنه أعلى ما يقدر به نوعه.

وفي العَسَل[٨] العشر إذا أخذ من أرض العشر، وقال الشافعي[٩]: لا يجب؛ لأنه متولد من الحيوان، فأشبه[١٠] الإبريسم[١١]، ولنا قوله عليه السلام[١٢]: «في العسل العشر»*، ولأن النحل يتناول من الأنوار[١٣]

(١) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" إنما ابتداء بقوله: لأنه لا يرد الإشكال على قول أبي حنيفة، فإنه يقول: بالعشر في القليل والكثير، وهما أثبتا الحكم بالمنصوص عليه، وهو الوسق، فيحتاج إلى بيان ما لا يدخل تحت الوسق. (عناية)

(٢) فإنه بالأمناء.

(٣) فإنه بالأحمال. (ب)

(٤) بضم الذال المعجمة وفتح الراء: بهندی جوار. (غث)

(٥) أي كما مر ذلك في نصاب عروض التجارة. (ب)

(٦) قوله: "فاعتبر في القُطن إلخ" لأن أقصى ما يقدر به في القطن الحمل؛ لأنه يقدر أولا بالسنجاب، ثم بالأساتير، ثم بالحمل، فكان الحمل أولى، وفي الزعفران المن؛ لأنه يقدر أولا بالسنجاب، ثم بالأساتير، ثم بالمن. (عناية)

(٧) بكسر الحاء. (ب)

(٨) بفتحتين بمعنى شهد. (غث)

(٩) وهو قول مالك. (ب)

(١٠) الذي يكون من دود القز. (ب)

(١١) بكسر الألف وسكون الباء الموحدة وكسر الراء وفتح السين. (ب)

(١٢) هذا الحديث بهذا اللفظ رواية العقيلي في "كتاب الضعفاء"، ومعناه روى البيهقي. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٩٠، والدراية ج١، الحديث ٣٤٠ ص٢٦٤. (نعيم)

والثمار، وفيهما العشر، فكذا[١] فيما يتولد منهما، بخلاف دود القز[٢]؛ لأنه يتناول الأوراق، ولا عشر فيها، ثم عند أبي حنيفة يجب فيه العشر قل أو كثر[٣]؛ لأنه لا يعتبر النصاب.

وعن أبي يوسف[٤] أنه يعتبر فيه قيمة خمسة أوسق، كما هو أصله[٥]، وعنه أنه لا شيء فيه، حتى يبلغ عشر قرب؛ لحديث بني شبابة[٦] أنهم كانوا يؤدون إلى رسول الله ﷺ كذلك[٧]، وعنه[٨] خمسة أمناء. وعن محمد[٩] خمسة أفراق، كل فَرَق[١٠] ستة وثلاثون رطلا؛ لأنه أقصى ما يقدر به، وكذا[١١] في قَصَب السُّكر، وما يوجد في الجبال من

---

(١٣) جمع نور بفتح النون: وهو الزهر. (ب)

(١) أي ما يتولد عن الأزهار والثمار. (ب)

(٢) أي الذي يتولد منه الإبريسم. (ب)

(٣) لإطلاق الحديث المذكور. (ب)

(٤) وهذا ظاهر الرواية عنه. (ب)

(٥) في اعتبار خمسة وسق في ما يوسق. (ب)

(٦) قوله: "لحديث بني شبابة" وقع في بعض النسخ بني سيارة بفتح السين المهملة وتشديد الياء وبعد الألف راء، تصحيف، وكذا وقع سياب بالسين المهملة وبالباء الموحدة بعد الألف، وهو أيضاً غلط، والصحيح بني شبابة، بفتح الشين المعجمة وتخفيف الباء الموحدة، يقال: بنو شبابة قوم بالطائف، كان يتخذون النحل، حتى نسب إليه العسل، فيقال: عسل شبابي. (بناية)

(٧) رواه الطبراني في "معجمه الكبير". (ب)

(٨) هي رواية "الأمالي". (ب)

(٩) قوله: "وعن محمدؒ إلخ" إنما قال: "عن" ليشير إلى أن لمحمد أيضاً أقوالا، فذكر عنه قولا واحدا، ولم يلتزم ذكر الجميع، وفي "غاية السروجي"، وعن محمد ثلاث روايات: أحدها: خمس قرب، والقربة خمسون مناً، ذكره في "الينابيع"، وفي "المغني": القربة مائة رطل، والثانية: خمسة أمناء، والثالثة: خمسة أفراق. (بناية)

(١٠) قال الزهري: والمحدثون على السكون، وكلام الفقهاء على تحريك الراء. (ع)

(١١) قوله: "وكذا في قصب السكر [قلت: عطفه على الأقرب، هو الأصل، والمعنى وكذا أقصى ما يقدر به في قصب السكر ستة وثلاثون رطلا. ب]" أي الخلاف بين أبي يوسف ومحمدؒ في قصب السكر، كما في وسق القطن والزعفران، فيعتبر عند أبي يوسف قيمة خمسة أوسق، وعند محمدؒ خمسة أمناء. (عناية)

العسل والثمار، ففيه العشر. وعن أبي يوسف أنه لا يجب لانعدام السبب، وهى الأرض النامية[١]، وجه الظاهر أن المقصود[٢] حاصل، وهو الخارج.

قال[٣]: وكل شيء أخرجته الأرض مما فيه العشر لا يحتسب فيه[٤] أجر العُمّال ونفقه البقر؛ لأن النبى عليه السلام حكم[٥] بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة*، فلا معنى لرفعها[٦]. قال: تغلبى له أرض عشر، فعليه العشر[٧] مضاعفًا، عرف ذلك بإجماع[٨] الصحابة رضوان الله عليهم. وعن محمد أن فيما اشتراه التغلبى من المسلم عشرًا واحدًا؛ لأن الوظيفة[٩] عنده لا تتغير بتغير المالك، فإن اشتراها[١٠] منه ذمى، فهى على

(١) الأولى أن يقال: السبب ملك الأرض. (ب)

(٢) وإن لم يكن الأرض مملوكة، فإن المستعير إذا زرع يجب العشر. (عناية)

(٣) أى محمد فى "الجامع". (ب)

(٤) قوله: "لا يحتسب إلخ" يعنى لا يقال: بعدم وجوب العشر فى قدر الخارج الذى بمقابلة المؤنة، بل يجب العشر فى الكل، ومن الناس من قال: يجب النظر إلى قدر قيمة المؤنة، فيسلم لها بلا عشر، ويعشر الباقى. (ف)

(٥) قوله: "حكم إلخ" يعنى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فى قوله: «ما سقته السماء ففيه العشر» الحديث، فلو رفعت المؤنة كان الواجب واحدا، وهو العشر دائمًا فى الباقى؛ لأنه لم ينزل إلى نصفه إلا للمؤنة، والفرض أن الباقى بعد رفع قدر المؤنة، لا مؤنة فيه، فكان الواجب دائمًا العشر، لكن الواجب قد تفاوت شرعًا العشر مرة، ونصفه مرة بسبب المؤنة، فعلم أنه لم يعتبر شرعًا عدم عشر بعض الخارج، وهو القدر المساوى للمؤنة. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٩٣، والدراية ج١، ص٢٦٤. (نعيم)

(٦) قوله: "فلا معنى لرفعها" لأن رفعها يستلزم عدم تفاوت المنصوص عليه، وهو باطل، وبيانه: أن الخارج فى ما سقته السماء إذا كان عشرين قفيزًا، ففيه العشر قفيزان، وإذا كان الخارج فى ما سقى بغرب أربعين قفيزًا، والمؤنة تساوى عشرين قفيزًا، فإذا رفعت كان الواجب قفيزين، فلم يكن تفاوت بين ما سقته السماء، وبين ما سقى بغرب، والمنصوص خلافه، فتبين أن لا اعتبار للمؤنة فى ما سقى بغرب، وهذا الحل من خواص هذا الشرح. (ع)

(٧) سواء كان الأرض ملكًا له، أو اشتراها من مسلم. (ع)

(٨) وقد مر. (ع)

(٩) كالخراج فى الأرض الخراجية، إذا اشتراها منه. (ب)

(١٠) أى الأرض المضاعف عليها العشر. (ع)

حالها عندهم؛ لجواز التضعيف عليه[1] في الجملة، كما إذا مر[2] على العاشر. وكذا إذا اشتراها منه[3] مسلم، أو أسلم التغلبي عند أبي حنيفة، سواء كان التضعيف أصليًا[4] أو حادثًا[5]؛ لأ التضعيف صار وظيفة لها، فتنتقل إلى المسلم بما فيها كالخراج.

وقال أبو يوسف: يعود إلى عشر واحد؛ لزوال الداعي[6] إلى التضعيف، قال في "الكتاب"[7]: وهو قول محمد فيما صح عنه.

قال[8]: اختلفت النسخ في بيان قوله[9]، والأصح أنه مع أبي حنيفة في بقاء التضعيف، إلا أن قوله لا يتأتى إلا في الأصلي؛ لأن التضعيف الحادث لا يتحقق عنده[10]؛ لعدم تغير الوظيفة.

ولو كانت الأرض[11] لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميًا[12] غير تغلبي، وقبضها[13] فعليه الخراج عند أبي حنيفة؛ لأنه أليق[14] بحال

(١) أي الذمي.

(٢) قوله: "كما إذا مر على العاشر" يعني أنه قد يضاعف على الذمي في بعض الأوقات، كما إذا مر على العاشر، فإنه يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم. (بناية)

(٣) أي من الذمي.

(٤) بأن أورثها التغلبي عن آباءه. (ب)

(٥) بأن اشتراه من مسلم. (ب)

(٦) وهو الكفر.

(٧) أي المبسوط. (ك)

(٨) أي المصنف. (ب)

(٩) ففي "مبسوط السرخسي" ذكر قوله مع أبي حنيفةرح. (ب)

(١٠) على ما مر في مسألة شراء التغلبي من المسلم.

(١١) العشرية. (ب)

(١٢) لأن حكم التغلبي قد مر.

(١٣) فبطل العشر. (ب)

(١٤) لأن الكفر ينافي أداء العبادة، بخلاف الخراج. (ب)

الكافر. وعند أبي يوسف عليه العشر مضاعفا، ويصرف مصارف[١] الخراج؛ اعتباراً بالتغلبي، وهذا[٢] أهون[٣] من التبديل.

وعند محمد هي عشرية على حالها؛ لأنه صار مؤنة[٤] لها، فلا تتبدل كالخراج[٥]، ثم في رواية[٦] يصرف[٧] مصارف الصدقات، وفي رواية يصرف مصارف الخراج[٨]. فإن أخذها[٩] منه مسلم بالشفعة[١٠]، أو ردت على البائع[١١]؛ لفساد البيع، فهي عشرية كما كانت، أما الأول[١٢] فلتحول الصفقة إلى الشفيع، كأنه اشتراها من المسلم[١٣]. وأما الثاني: فلأنه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن، ولأن حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء؛ لكونه[١٤] مستحق الرد.

قال[١٥]: وإذا كانت لمسلم دار خطة[١٦]، فجعلها بستانًا، فعليه

---

(١) قوله: "مصارف" أي إلى أرزاق المقاتلة، ورصد الطريق ونحوه على ما يأتي. (ب)

(٢) أي التضعيف. (ب)

(٣) لأنه في الوصف والخراج شيء آخر. (ب)

(٤) وفيها معنى العبادة، فلا يجب على الكافر ابتداء، ولا تبطل بقاء. (ب)

(٥) على المسلم.

(٦) وهي رواية "السير الكبير". (ب)

(٧) لتعلق حق الفقراء. (ب)

(٨) قوله: "وفي رواية مصارف الخراج [هي رواية ابن سماعة عنه]" لأنه إنما يصرف إلى الفقراء ما كان لله تعالى بطريق العبادة، ومال الكافر لا يصلح لذلك، فيوضع موضع الخراج، كمال أخذه العاشر من أهل الذمة، كذا في "الإيضاح". (ب)

(٩) أي الأرض التي باعها المسلم من النصراني. (ع)

(١٠) إذا باع النصراني ذلك الأرض. (ب)

(١١) وهو المسلم.

(١٢) أي في أخذ المسلم شفعة.

(١٣) وإذاشترى المسلم من المسلم أرضًا عشرية، يجب العشر فكذا هذا.

(١٤) لوقوعه فاسداً، فلا خراج، ولا تضعيف إذا رد.

(١٥) أي محمد. (ب)

العشر[١]، معناه إذا سقاه بماء العشر، وأما إذا كانت تسقى بماء الخراج، ففيها[٢] الخراج؛ لأن المؤنة فى مثل هذا تدور مع الماء.

وليس على المجوسى فى داره شيء[٣]؛ لأن عمر جعل المساكن عفوا[٤]*، وإن جعلها بستانًا، فعليه الخراج وإن[٥] سقاها بماء العشر؛ لتعذر إيجاب العشر، إذ فيه معنى القربة[٦]، فتعين الخراج، وهو عقوبة[٧] تليق بحاله، وعلى قياس قولهما يجب العشر فى الماء العشرى، إلا أن عند محمد عشرا واحدا، وعند أبى يوسف عشران، وقد مر الوجه، ثم الماء

---

(١٦) قوله: "دار خطة [بالكسر ما خطه الإمام بالتمليك عند فتح دار الحرب. ع]" بإضافة الدار إلى الخطة للبيان، كما فى خاتم فضة، كذا بخط شيخى رح، ويجوز نصب خطة بالتمييز عن اسم تام بالتنوين، كما فى عندى راقود خلا. (ن)

(١) قوله: "فعليه العشر" هذه المسألة لبيان أن الحكم الأصلى للشيء يتغير، فإنها لو بقيت دارًا لم يكن فيها شيء. (عناية)

(٢) لأن وظيفة الأراضى باعتبار الأنزال، وهو بالماء. (عناية)

(٣) قوله: "وليس على المجوسى إلخ" إنما خص المجوسى بالذكر، وإن كان الحكم فى النصرانى واليهودى كذلك، لما أن المجوسى أبعد من الإسلام بسبب حرمة نساءهم وذبائحهم. (ب)

(٤) قوله: "لأن عمر رض جعل المساكن عفواً" هذا غريب، لكن ذكر أبو عبيد فى "كتاب الأموال" أن عمر رض جعل الخراج على الأرضين، التى تعمل من ذوات الحب والثمار التى تصلح للغلة، وعطل من ذلك المساكن، والدور التى هى منازلهم، ولم يجعل فيها شيئًا، ذكره بغير سند. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٩٤، والدراية ج١، ص٢٦٥. (نعيم)

(٥) الواو وصلية.

(٦) وهو ليس من أهل القربة.

(٧) قوله: "وهو عقوبة تليق بحاله" لقائل: أن يقول: إما أن يكون الاعتبار للماء، أو لحال من توضع عليه، فإن كان الأول وجب عليه العشر، إن سقاها بماء العشر، وإن كان الثانى نقض هذا قوله السابق؛ لأن الوظيفة فى مثل هذا تدور مع الماء.

والجواب أن الاعتبار للماء، ولكن قبول المحل شرط وجوب الحكم، والكافر ليس بمحل لإيجاب العشر عليه؛ لكونه عبادة، فإن قيل: كيف كان المسلم محلا لإيجاب الخراج، وفيه الصغار، والمسلم ليس بمحل له.

فالجواب أنه لا صغار فى خراج الأراضى، إنما الصغار فى خراج الجماجم، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى، سلمناه ولكنه ليس بمحل له مطلقًا، بل إذا لم يظهر منه صنع يقتضيه، وقد ظهر منه السقى بماء الخراج. (ع)

العشرى[١] ماء السماء، والآبار، والعيون، والبحار التى لا تدخل تحت ولاية أحد[٢]، والماء الخراجى الأنهار[٣] التى شقّها[٤] الأعاجم[٥]، وماء جيحون[٦] وسيحون[٧]، ودجلة[٨] والفرات[٩] عشرى عند محمد؛ لأنه لا يحميها[١٠] أحد كالبحار، وخراجى عند أبى يوسف؛ لأنها يتخذ عليها القناطير[١١] من السفن، وهذا[١٢] يد عليها.

وفى أرض الصبى والمرأة التغلبيين ما فى أرض الرجل التغلبى، يعنى العشر المضاعف فى العشرية، والخراج الواحد فى الخراجية؛ لأن الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة[١٣]، دون المؤنة المحضة[١٤]، ثم على الصبى والمرأة إذا كانا من المسلمين العشر، فيضعف ذلك، إذا كانا منهم.

(١) فى ما إذا اشترى الذمى أرضاً عشرية لمسلم.

(٢) أى أحد من السلاطين والعباد. (ب)

(٣) لأنها حفرت بمال الخراج. (ع)

(٤) كنده اند.

(٥) وهى الأنهار الصغار التى فى بلاد العجمة، كنهر الملك ونهر يزدجرد وغيره. (ب)

(٦) قوله: "وماء جيحون" قال الإنزارى: هو نهر بلخ، وقال السغناقى: نهر ترمذ بكسر التاء، وتبعه الأكمل، قلت: منبعه بالعيون ببلاد السبب، ونهر بلخ وترمذ وأسوان، ويمضى حتى ينصب فى بحر جرجان. (ب)

(٧) قوله: "وسيحون" قال الإنزارى: هو نهر الترك، وقال السغناقى: هو نهر خجند. (ب)

(٨) اسم نهر بغداد.

(٩) نهر مشهور يخرج من جبل ببلاد الروم. (ب)

(١٠) أى لا يحفظها.

(١١) قوله: "قناطير" جمع قنطرة كدحرجة پل برزگ. (من)

(١٢) قوله: "وهذا يد عليها" والخلاف مبنى على أنه هل يقع اليد عليها، وهل تدخل ولاية أحد فيها، فعند أبى يوسف نعم، وعند محمدؒ لا. (عينى)

(١٣) أى على تضعيف ما يجب على المسلمين. (ع)

(١٤) أى على الخالية عن معنى العبادة كالخراج. (ع)

قال: وليس في عين القير[١] والنفط[٢] في أرض العشر شيء؛ لأنه ليس من أنزال الأرض[٣]، وإنما هو عين فوّارة كعين الماء، وعليه في أرض الخراج خراج[٤]، وهذا إذا كان حريمهما[٥] صالحًا للزراعة؛ لأن الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة.

باب من يجوز دفع الصّدقات إليه ومن لايجوز[٦]

قال رض[٧]: الأصل فيه قوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء[٨]...﴾ الآية، فهذه[٩] ثمانية أصناف، وقد سقط[١٠] منها المؤلفة قلوبهم؛ لأن الله تعالى أعز الإسلام، وأغنى عنهم[١١]، وعلى ذلك انعقد الإجماع[١٢]*.

---

(١) بكسر القاف هو الزفت، يُقال له: القار أيضًا. (عناية)

(٢) بفتح النون وكسرها، وهو الأصح، دهن يكون على وجه الماء من العين. (ع)

(٣) قوله: "من أنزال الأرض" جمع نزل بضم النون وسكون الزاء المعجمة، هو ما يحصل من الأرض كالحنطة ونحوها، والنفط عين تفور كعين الماء، ولا عشر في الماء، فكذا في القير والنفط، وهو معنى قوله: وإنما هو عين فوارة كعين الماء. (عيني)

(٤) قوله: "وعليه إلخ" يجوز أن يكون معناه على عين القير والنفط خراج، بأن يمسح مواضع القير إذا كان حريمها صالحا للزراعة؛ لأن الخراج يتمكن من الزراعة، فيكون الأرض متبوعا، والعين تابعا له، وهو اختيار بعض المشايخ.

ويجوز أن يكون معناه على الرجل في أرض الخراج، أي في حريمها، إذا كان صالحًا للزراعة خراج، ولا يمسح موضعهما؛ لأنه لا يصلح للزراعة، وهو رواية ابن سماعة عن محمد. (عناية)

(٥) أي حريم عين النفط والقير. (ب)

(٦) لما ذكر الزكاة وما يحققها، احتاج إلى بيان المصرف. (ع)

(٧) أي المصنف.

(٨) قوله: "للفقراء" تمام الآية: ﴿والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم﴾.

(٩) أي المذكورون في الآية. (ع)

(١٠) قوله: "وقد سقط" اختلفوا في وجه سقوطه بعد النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم بعد ثبوته بالكتاب، فمنهم من ارتكب جواز نسخ الكتاب، بناءً على أن الإجماع حجة قطعية، وليس بصحيح، ومنهم من قال: هو من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء العلة. (ب)

(١١) قوله: "وأغنى عنهم" وكان سقوطه في خلافة أبي بكر رضي الله عنه، قال الإمام الإسبيجابي في "شرح الطحاوي": كان رسول الله ﷺ يعطيهم ليؤلفهم على الإسلام، فلما قبض رسول الله ﷺ جاءوا إلى

والفقير: من له أدنى شيء، والمسكين: من لا شيء له، وهذا[١] مروى عن أبي حنيفة رح، وقد قيل[٢] على العكس[٣]، ولكل وجه[٤] ثم هما صنفان، أو صنف واحد؟ سنذكره[٥] في كتاب الوصايا إن شاء الله.

والعامل[٦] يدفع الإمام إليه إن عمل بقدر عمله، فيعطيه ما يسعه[٧] وأعوانه غير مقدر بالثمن[٨]، خلافًا للشافعي؛ لأن استحقاقه بطريق الكفاية[٩]، ولهذا يأخذ وإن كان غنيًا، إلا أن فيه[١٠] شبهة الصدقة،

أبي بكر، فاستبدلوا منه خطا، فبدل لهم الخط، ثم جاءوا إلى عمر رض، وأخبروه عن ذلك، فأخذ الخط من أيديهم، ومزقه، وقال: إن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يعطيكم ليؤلفكم على الإسلام، فأما اليوم فقد أعز الله الإسلام، فليس بينا وبينكم إلا السيف، أو الإسلام، فانصرفوا إلى أبي بكر، فقالوا: أنت الخليفة، أم عمر، قال: هو إن شاء الله، ولم ينكر عليه، فبطل حقهم من ذلك اليوم، وبقي سبعة. (بناية)

(١٢) قوله: "انعقد الإجماع" أي السكوتي حتى لا يرد عليه قول الحسن البصري والزهري ومحمد ابن علي وأبي عبيدة وأحمد والشافعي في قول: إن سهم المؤلفة لم يسقط، وبه قالت الظاهرية. (بناية)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٩٤، والدراية ج١، ص٢٦٥. (نعيم)

(١) وبه قال مالك وأبو إسحاق المروزي من أصحاب الشافعي، وبه قال من أصحاب اللغة الأخفش والفراء والثعلب. (ب)

(٢) والأول أصح. (ك)

(٣) وبه قال الشافعي والطحاوي والأصمعي من أهل اللغة. (ب)

(٤) قوله: "ولكل وجه [وفائدة الخلاف لا تظهر في الزكاة، بل في الوصايا والنذور والأوقاف. ب]" أما وجه الأول: وهو أن المسكين أسوأ حالا من الفقير، فقوله تعالى: ﴿أو مسكينًا ذا متربة﴾ أي لاصقًا بالتراب من الجوع وغيره، وأما وجه الثاني: فقوله تعالى: ﴿أما السفينة فكانت لمساكين﴾ الآية. (عناية)

(٥) قوله: "سنذكره في كتاب الوصايا" روى عن أبي يوسف أنه قال: هما صنف واحد، حتى قال: في من أوصى بثلث ماله لفلان، وللفقراء والمساكين: إن لفلان نصف الثلث، وللفريقين نصفه الباقي.

وقال أبو حنيفة: لفلان ثلث الثلث، فجعلها صنفين، وهو الصحيح، كذا ذكره فخر الإسلام. (عناية)

(٦) هو الذي يبعثه الإمام لأخذ الصدقات، ويسمى بالساعي. (ب)

(٧) أي ما يكفي له ولأعوانه.

(٨) قوله: "غير مقدر بالثمن [أي حال كون ما يسعه غير مقدر. ب]" قال تاج الشريعة: إنما قال: بالثمن نظرا إلى الأصناف الثمانية، والمراد السبع لسقوط المؤلفة قلوبهم، وقال الكاكي: فإن قيل: كيف يستقيم قوله: غير مقدر بالثمن، خلافًا للشافعي، فإن المؤلفة سقطت بالإجماع، فينبغي أن يقول: غير مقدر بالسبع، قلت: المؤلفة قسمان: كفار، ومسلمون، وعنده الساقط سهم الكفار فقط، فينبغي مقداره بالثمن. (ب)

(٩) قوله: "بطريق الكفاية" لأنه يستحقه لعمله، ألا ترى أن صاحب المال لو حمل الزكاة إلى الإمام،

فلا يأخذها العامل الهاشمي[1] تنزيهًا لقرابة الرسول عليه السلام عن شبهة الوسخ، والغنى[2] لا يوازيه في استحقاق الكرامة، فلم تعتبر الشبهة في حقه. قال: وفي الرقاب[3] أن يعان المكاتبون منها[4] في فك رقابهم[5]، وهو المنقول[6]*، والغارم[7]: من لزمه دين، ولا يملك نصابًا فاضلا عن دينه.

وقال الشافعي: من تحمل غرامة[8] في إصلاح ذات البين، وإطفاء

لم يستحق العامل شيئًا. (ك)

(١٠) إن قيل: لو كان كذلك، لجاز أخذه لو كان هاشميًا، فأجاب بقوله: إلا أن فيه إلخ.

(١) الذي هو من أولاد بني هاشم.

(٢) قوله: "والغنى لا يوازيه" دفع دخل مقدر، تقريره أن يقال: إذا كان المانع في جواز استعمال عامل هاشمي وجود معنى الصدقة في ما يأخذ، فالغنى كذلك، فينبغي أن يمنع من العمل؛ لأن غناه يمنع أخذ الصدقة، فأجاب بقوله: الغنى إلخ. (ب)

(٣) هو الرابع من المصارف.

(٤) أي الزكاة.

(٥) أي في أداء بدل الكتابة. (ب)

(٦) قوله: "هو المنقول" قال الإنزاري: أي عون المكاتبين من الزكاة هو المنقول، وقال السغناقي: هو المنقول عن رسول الله ﷺ، وكذا قال الأكمل: وهو ما رواه ابن حبان والحاكم عن البراء بن عازب، قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله! دلني على عمل يقربني من الجنة، قال: «أعتق النسمة وفك الرقبة»، قال: أو ليسا واحدًا؟ قال: «لا عتق النسمة أن تفرد بعتقها وفك الرقبة أن تعين في ثمنها».

وقال العلامة العيني: إن الصواب مع الإنزاري، فإن الحديث ليس فيه المقصود؛ لأن مراد المصنف تفسير الآية، لا تفسير الفك.

أقول: تفسير الكاكي حسن، وهو مقتضى هذا القول من المصنف، فإن المصنف إذا تلفظ: بأنه هو المنقول يريد أنه منقول عن رسول الله أو الصحابة، كما في قوله: وهو المأثور، والحدث مثبت للمراد؛ لأن قوله: هو المنقول دليل على أن معنى فك الرقاب عون المكاتبين، كما في الحديث، فيؤخذ ذلك المعنى في الآية، وليس المراد أن هذا التفسير منقول، حتى يرد عليه أنه لا يفيد المقصود.

وأما تفسير الإنزاري: فيخالفه سوق الكلام، ومخالفة عادات المصنف، فإنه ليس من عادته أن يذكر وجود العبادة في الصحابة والتابعين، والله أعلم، هذا ما ظهر بالنظر الجلي لمنبع الذنب الخفي والجلي. (ع)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٩٥، والدراية ج١، ص٢٦٥. (نعيم)

(٧) من الغرم بمعنى الخسران، هو الخامس من المصارف.

(٨) أصل الغرامة اللزوم بالإحسان والإنفاق. (ب)

النائرة[١] بين القبيلتين، وفى سبيل الله[٢]: منقطع الغزاة[٣] عند أبى يوسف؛ لأنه المتفاهم عند الإطلاق[٤]. وعند محمد منقطع الحاج؛ لما روى[٥] أن رجلا جعل بعيرا له فى سبيل الله، فأمره رسول الله ﷺ أن يحمل عليه الحاج*، ولا يصرف إلى أغنياء الغزاة عندنا[٦]؛ لأن المصرف[٧] هو الفقراء. وابن السبيل: من كان له مال فى وطنه، وهو فى مكان آخر لا شىء له فيه. قال[٨]: فهذه جهات الزكاة، فلمالك أن يدفع إلى كل واحد منهم، وله أن يقتصر على صنف واحد.

وقال الشافعى: لا يجوز إلا أن يصرف إلى ثلاثة[٩] من كل صنف؛

---

(١) العداوة. (ب)

(٢) هو السادس.

(٣) قوله: "منقطع الغزاة عند أبى يوسف وعند محمد منقطع الحاج" قال السروجى بعد أن عد جملة من كتب أصحابنا: لم يذكر قول أبى حنيفة أحد منهم، ثم قال: فكشفت من نحو ثلاثين مصنفا، وكيف لا يتكلم الإمام فى سبيل الله مع وقوع الحاجة إليه؟ وفى الوبرى: هم الحاج والغزاة المنقطعون عن أموالهم، وفى الإسبيجابى: أراد به أهل الجهاد ولم يحكيا خلافًا، فيجوز أن يكون ذلك قوله.

وقال الكاكى: منقطع الغزاة وهو المراد من قوله: وفى سبيل الله، عند أبى حنيفة وأبى يوسف والشافعى ومالك، وعند أحمد ومحمد منقطع الحاج.

قلت: لم يبين فى أى كتاب رأى أن أبا حنيفة مع أبى يوسف، وقال ابن المنذر: قول أبى حنيفة رح وأبى يوسف ومحمد رح فى سبيل الله هو الغازى غير الغنى.

وحكى أبو ثور عن أبى حنيفة أنه الغازى دون الحاج، قال السروجى: فهؤلاء نقلوا عن أبى حنيفة، ثم وجدت فى "خزانة الأكمل" ما يوافق نقل هؤلاء الجماعة، فقال: فى سبيل الله فقراء الغزاة عندنا، وعند محمد منقطع الحاج. (عينى)

(٤) أى إطلاق سبيل الله.

(٥) له أصل فى سنن أبى داود والنسائى والحاكم والطبرانى والبزار، وليس بهذه العبارة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٩٥، والدراية ج١، الحديث ٣٤١ ص٢٦٥. (نعيم)

(٦) أشار إلى خلاف الشافعى. (ب)

(٧) أى مصارف مستحقيها عندنا. (ع)

(٨) أى صاحب الكتاب.

(٩) فيكون واحداً وعشرين نفساً.

لأن الإضافة بحرف اللام[1] للاستحقاق.

ولنا أن الإضافة[2] لبيان أنهم مصارف، لا لإثبات الاستحقاق، وهذا لما عرف أن الزكاة حق الله تعالى، وبعلة الفقر صاروا مصارف، فلا يبالى باختلاف جهاته، والذى ذهبنا إليه مروى[3] عن عمر وابن عباس. *

ولا يجوز أن يدفع[4] الزكاة إلى ذمى؛ لقوله عليه السّلام لمعاذ[5]: «خذها من أغنياءهم وردها فى فقراءهم»**. ويدفع إليه ما سوى ذلك[6] من الصدقة.

وقال الشافعى: لا يدفع، وهو رواية عن أبى يوسف اعتباراً بالزكاة، ولنا قوله عليه السلام[7]: «تصدقوا على أهل الأديان كلها»**، ولو لا حديث معاذ لقلنا: بالجواز[8] فى الزكاة، ولا يبنى بها[9] مسجد[10]، ولا يكفن بها ميت؛ لانعدام التمليك وهو الركن.

ولا يقضى بها دين ميت؛ لأن قضاء دين الغير لا يقتضى[11] التمليك

---

(١) فى قوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها﴾ (الآية)

(٢) واللام للاختصاص كان المراد اختصاصهم بالصرف. (ب)

(٣) أخرجه الطبرانى. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٩٧، والدراية ج١، ص٢٦٦. (نعيم)

(٤) خلافًا لزفر رح. (ب)

(٥) أخرجه الأئمة الستة. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٩٨، والدراية ج١، الحديث ٣٤٢ص٢٦٦. (نعيم)

(٦) أراد به صدقة الفطر، والنذر، والكفارات. (ب)

(٧) مرسل رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٣٩٨، والدراية ج١، الحديث ٣٤٣ص٢٦٦. (نعيم)

(٨) لإطلاق الآية. (ب)

(٩) أى بالزكاة.

(١٠) هكذا السفن والسقايات. (ب)

(١١) بدليل أن الدائن والمديون إذا تصادقا أن لا دين بينهما، فللمؤدى أن يسترد من القابض

منه لا سيما[١] فى الميت[٢]، ولا تشترى بها رقبة تعتق خلافًا لمالك[٣] حيث ذهب إليه فى تأويل قوله تعالى: ﴿وفى الرقاب﴾.

ولنا أن الإعتاق إسقاط الملك، وليس بتمليك[٤]، ولا تدفع إلى غنى[٥]؛ لقوله عليه السّلام[٦]: «لا تحل الصدقة لغنى»*، وهو بإطلاقه حجة[٧] على الشافعى فى غنى الغزاة، وكذاحديث معاذعلى مارويناه.

قال[٨]: ولا يدفع المزكى زكاة ماله إلى أبيه وجده[٩] وإن علا، ولا إلى ولده وولد ولده وإن سفل؛ لأن منافع الأملاك بينهم متصلة، فلا يتحقق التمليك على الكمال، ولا إلى امرأته للاشتراك[١٠] فى المنافع عادة، ولا تدفع المرأة[١١] إلى زوجها عند أبى حنيفة؛ لما ذكرنا.

وقالا[١٢]: تدفع إليه؛ لقوله عليه السلام[١٣]: «لك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة»** قاله لامرأة ابن مسعود[١٤]: وقد سألته عن التصدق

ما أعطاه. (ب)

(١) وقع فى نسخة الإنزارى سيما بلالا، فاعترض أنه خلاف استعمال العرب. (ب)

(٢) وفى بعض النسخ: من الميت.

(٣) وبه قال أبو إسحاق وأبو ثور. (ب)

(٤) والتمليك ركن.

(٥) أى الذى يملك النصاب. (ب)

(٦) أخرجه أبو داود والنسائى. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٣٩٩، والدراية ج١، الحديث ٣٤٤ص٢٦٦. (نعيم)

(٧) فإنه يجوز أخذ الغنى غازيًا. (ب)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) يعنى إلى من به قرابة الولادة. (عناية)

(١٠) لقوله تعالى: ﴿ووجدك عائلا فأغنى﴾، قيل: يعنى بمال خديجة رض. (ع)

(١١) وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(١٢) وبه قال الشافعى. (ب)

(١٣) رواه مسلم وغيره. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٤٠١، والدراية ج١، الحديث ٣٤٥ص٢٦٨. (نعيم)

جـ2
15
F

عليه، قلنا: هو محمول على النافلة[١].

قال: ولا يدفع إلى مدبره[٢]، ومكاتبه، وأم ولده؛ لفقدان التمليك[٣]؛ إذ كسب المملوك لسيده، وله حق في كسب مكاتبه، فلم يتم التمليك، ولا إلى عبد[٤] قد أعتق بعضه، عند أبي حنيفة؛ لأنه بمنزلة المكاتب عنده، وقالا: يدفع إليه؛ لأنه حر مديون عندهما.

ولا يدفع إلى مملوك غني[٥]؛ لأن الملك واقع لمولاه، ولا إلى ولد غني إذا كان صغيراً؛ لأنه يُعدُّ[٦] غنيًا بيسار أبيه، بخلاف ما إذا كان كبيراً فقيراً؛ لأنه لا يعدّ غنيًا بيسار أبيه، وإن كانت نفقته عليه[٧]، وبخلاف امرأة الغني[٨]؛ لأنها وإن كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار زوجها، وبقدر النفقة لا تصير موسرة[٩].

---

(١٤) اسمها زينب. (ب)

(١) أي صدقة التطوع. (ب)

(٢) قوله: "إلى مدبره" سواء كان مقيدا أو مطلقا؛ لقيام الملك فيه، ولهذ يجوز عتقه، ومكاتبه؛ لأن كسب المكاتب موقوف على سيده، فلم يوجد الإخراج الصحيح، وإذا دفع إلى مكاتب غيره يجوز، وإن كان مولاه غنيا، وأم ولده؛ لقيام الملك فيها، ولذا يحل وطئها. (بناية)

(٣) دليل للكل. (ب)

(٤) قوله: "ولا إلى عبد قد أعتق بعضه" بصيغة البناء للمفعول، وصورته: عبد بين اثنين، أعتق أحدهما نصيبه، وهو معسر، فلو دفع الشريك الثاني الزكاة إليه لا يجوز عنده؛ لأنه بمنزلة المكاتب، وعندهما يجوز؛ لأنه حر مديون.

ولو كانت الرواية على البناء للفاعل، فصورته: عبد لرجل قد أعتق بعضه، ووجب عليه السعاية في البعض الذي لم يعتق عنده، فلا يجوز للمعتق أن يدفع زكاته إليه؛ لأنه مكاتبه لكن قوله: في تعليل في قولهما: بأنه حر مديون، لا يوافق هذه الصورة، اللهم إلا أن يقال: المراد منه أنه أعتق بعض نصيبه، وهو معسر، وإنما يوافقها ما ذكره فخر الإسلام في "شرح الجامع الصغير": لأنه حر كله، بغير ذكر للمديون. (ك)

(٥) بالإضافة، لا بد من قيد غير مكاتبه.

(٦) لأنه يجب ولاية الأب عليه (ب)

(٧) بأن كان زمنًا أو أعمى. (ب)

(٨) وروى أصحاب "الأمالي" عن أبي يوسف أنه لا يجوز. (ك)

(٩) فإن مقدار النفقة لا يغنيها. (ب)

ولا تدفع إلى بنى هاشم(١)؛ لقوله عليه السّلام(٢): «يا بنى هاشم إن الله تعالى حرم عليكم غُسالة الناس وأوساخهم وعوَّضكم منها بخمس الخمس»* بخلاف التطوع(٣)؛ لأن المال ههنا كالماء يتدنس بإسقاط الفرض، أما التطوع بمنزلة التبرد بالماء.

قال: وهم آل على وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث ابن عبد المطلب ومواليهم. أما هؤلاء فلأنهم ينسبون إلى هاشم بن عبد مناف، ونسبة القبيلة(٤) إليه. وأما مواليهم: فلما روى(٥) أن مولى(٦) لرسول الله ﷺ سأله أ تحل لى الصدقة؟ فقال: «لا أنت مولانا»**، بخلاف(٧) ما إذا أعتق القريشى عبداً نصرانياً حيث تؤخذ منه الجزية، ويعتبر حال المعتق(٨)؛ لأنه القياس، والإلحاق بالمولى بالنص، وقد خص الصدقة(٩).

قال أبو حنيفة ومحمد رح: إذا دفع الزكاة إلى رجل يظنه فقيراً، ثم بان

(١) قوله: "ولا تدفع إلى بنى هاشم" الحرمة كانت فى عهد النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم للعوض، وهو خمس الخمس، فلما سقط ذلك حلت لهم الصدقة، قال الطحاوى: وبالجواز نأخذ. (كفايه)

(٢) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، وروى معناه الطبرانى فى "معجمه الكبير". (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٠٣، والدراية ج١، الحديث ٣٤٦ ص٢٦٨. (نعيم)

(٣) أى يجوز صرف التطوع إلى بنى هاشم. (ب)

(٤) أى قبيلة بنى هاشم. (ب)

(٥) رواه أبو داود. (ب)

(٦) هو أبو رافع. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٤٠٤، والدراية ج١، الحديث ٣٤٧ ص٢٦٨. (نعيم)

(٧) قوله: "بخلاف" جواب عن سؤال مقدر، تقريره: كيف ألحق الموالى ببنى هاشم فى حرمة الصدقة، ولم يلحق مولى القرشى به فى منع أخذ الجزية، فإنه لا يجوز وضع الجزية على القرشى. (ب)

(٨) بالفتح. (ب)

(٩) فاقتصر على مورده؛ لكونه خلاف القياس. (ب)

أنه غنى، أو هاشمى، أو كافر، أو دفع فى ظلمة، فبان أنه أبوه أو ابنه، فلا إعادة عليه، وقال أبو يوسف: عليه الإعادة[1]؛ لظهور خطأه بيقين، وإمكان الوقوف على هذه الأشياء، وصار كالأوانى والثياب[2].

ولهما حديث مَعْن بن يزيد[3]، فإنه عليه السّلام قال فيه: «يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما أخذت»*، وقد دفع إليه[4] وكيل أبيه صدقته، ولأن الوقوف[5] على هذه الأشياء بالاجتهاد دون القطع[6]، فيبتنى الأمر فيها على ما يقع عنده، كما إذا اشتبهت[7] عليه القبلة.

وعن أبى حنيفة فى غير الغنى[8] أنه لا يجزئه، والظاهر هو الأول، وهذا[9] إذا تحرى ودفع، وفى أكبر رأيه أنه مصرف، أما إذا شك[10]

(١) ولكن لا يسترد ما أداه، وهل يطيب للقابض إذا ظهر الحال، لا رواية فيه، واختلف فيه. (ف)

(٢) قوله: "وصار كالأوانى والثياب" إذا اختلطت الأوانى الطاهرة بالنجسة، إن كانت الغلبة للطاهرة فيتحرى، ولا يجوز أن يترك التحرى، أما إذا كانت الغلبة للنجسة، أو كانا سواء، فإنه لا يتحرى بل يتيمم، ثم فى ما جاز التحرى فتحرى فتوضأ، ثم تبين أنه نجس يعيد الوضوء.

فأما الثياب إذا اختلطت الطاهرة بالنجسة، وليس بينهما علامة لأحدهما، فإنه يتحرى سواء كانت الغلبة للطاهرة، أو النجسة، كذا ذكر فى طهارة "شرح الطحاوى". (ك)

(٣) قوله: "حديث معن بن يزيد" وهو ما أخرج البخارى عن معن بن يزيد قال: بايعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنا وأبى وجدى وخطب على فأنكحنى وخاصمت إليه"، وكان أبى يزيد قد أخرج دنانير يتصدق بها، فوضعها عند رجل فى المسجد، فأخذتها فأتيته بها، فقال: والله ما إياك أردت، فخاصمته إلى رسول الله ﷺ فقال: «لك ما نويت يا يزيد ولك ما أخذت يا معن»، انتهى.

وهو وإن كان واقعة يجوز فيها كون الصدقة نفلا، لكن عموم لفظ ما فى قول النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ما نويت» يفيد المطلوب. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٠٥، والدراية ج١، الحديث ٣٤٨ص٢٦٨. (نعيم)

(٤) ليس فى الحديث هذا، وإنما فيه هو الذى أخذه. (ب)

(٥) جواب عن قول أبى يوسف، وإمكان الوقوف. (ب)

(٦) لأن العلم بحقيقة الفقر والغنى غير ممكن. (ب)

(٧) فإنه يتحرى ويكون ما يقع عنده. (ب)

(٨) أى فى ما إذا بان أنه هاشمى، أو كافر، أو أبوه، أو ابنه. (ع)

(٩) يعنى الأجزاء فى الكل. (ع)

ولـم يتحر ، أو تحرى فدفع وفي أكبر رأيه أنه ليس بمصرف لا يجزئه ، إلا إذا علم أنه فقير هـو الصحيح .

ولـو دفـع إلى شخص ، ثم عـلم أنـه عبـده أو مكاتبـه[١] لا يجزئه ؛ لانعدم التمليك لعدم أهلية الملك ، وهو الركن[٢] على ما مر .

ولا يجـوز دفع الزكـاة إلى من يملك نصـابًا من أيّ مـال كـان[٣] ؛ لأن الغنى الشرعى مقدر به ، والشرط[٤] أن يكون فاضلا عن الحاجة الأصلية ، وإنما النماء شرط الوجوب[٥] .

ويجـوز دفـعـهـا إلى من يملك أقل من ذلك ، وإن كـان صـحيـحًا

(١٠)قـوله: "أما إذا شك إلخ" المسألة على أربعة أوجه: إما أن يدفع الزكاة إلى رجل بلا شك وتحرى، أو شك فى أمره، فالأول يجزئه ما لم يتبين أنه غني.

والثاني: إما أن يتحرى أولا، فإن لم يتحر لم يجزئه حتى يعلم أنه فقير؛ لأنه لما شك وجب عليه التحرى، كما إذا اشتبهت عليه القبلة، فإذا ترك بعد ما لزمه لم يقع المؤدى موقعه إلا إذا ظهر أنه فقير؛ لأن الفقير هو المقصود، وقد حصل كالسعى إلى الجمعة، وإن تحرى ودفع، فإن كان فى أكبر رأيه أنه مصرف، أو ليس بمصرف، فإن كان الثانى لم يجزه إلا إذا ظهر أنه فقير، فإذا ظهر صح، هو الصحيح.

وزعم بعض مشايخنا أن عند أبى حنيفة ومحمد لا يجوز، كما لو اشتبهت عليه القبلة، فتحرى إلى جهة، ثم أعرض عن الجهة الأولى التى أدى إليها اجتهاده، وصلى إلى جهة أخرى، ثم تبين أنه أصاب، لزمه إعادة الصلاة عند أبى حنيفة ومحمدرح، والأصح هو الأول.

وجه الفرق أن الصلاة لغير القبلة مع العلم لا تكون طاعة، فإذا كان عنده أن فعله معصية لا يمكن إسقاط الواجب عنه به، وأما التصدق على الغنى فصحيح فى الجملة، وليس فيه معنى المعصية، فيمكن إسقاط الواجب به عند إصابة محله، وإن كان الأول جاز بالاتفاق، ظهر أنه فقير أو لم يظهر. (عناية)

(١)وكذا إذا ظهر أنه مدبره، أو أم ولده. (ب)

(٢) أى والحال أن التمليك ركن.

(٣) سواء كان من النقدين، أو العروض، أو السوائم. (ب)

(٤) قوله: "والشرط" إلخ لأنه إذا كان غير فاضل يجوز الدفع إليه، والحاجة الأصلية فى الدراهم أن تكون مشغولة بالدين، وفى غيرها احتياجه إليه فى الاستعمال، وأحوال المعاش.

وعن هذا ذكر فى "المبسوط" لو كان له ألف درهم، وله دار وخادم لغير التجارة قيمته عشرة آلاف درهم، لا زكاة عليه.

وذكر المرغينانى من كان عنده كتب فقه أو حديث يحتاج إلى دراستها يجوز دفع الزكاة إليه. (ب)

(٥) قوله: "وإنما النماء شرط الوجوب" يعنى الشرط فى عدم جواز دفع الزكاة إليه النصاب الفاضل عن الحاجة الأصلية، ناميا كان أو غير نام، والنماء شرط وجوب الزكاة. (عينى)

مكتسبًا[١]؛ لأنه فقير، والفقراء هم المصارف، ولأن حقيقة الحاجة لا يوقف عليها، فأدير الحكم على دليلها، وهو[٢] فقد النصاب.

ويكره[٣] أن يدفع إلى واحد مائتي درهم فصاعدًا، وإن دفع جاز، وقال زفر: لا يجوز؛ لأن الغناء قارن الأداء[٤]، فحصل الأداء إلى الغنى.

ولنا أن الغناء حكم الأداء[٥]، فيتعقبه، لكنه يكره لقرب الغنى منه، كمن صلى وبقربه نجاسة.

قال[٦]: وأن يغنى بها إنسانًا أحب إليّ معناه الإغناء[٧] عن السؤال؛ لأن الإغناء[٨] مطلقًا مكروه.

قال: ويكره نقل الزكاة من بلد إلى بلد، وإنما تفرق صدقة كل فريق فيهم؛ لما روينا من حديث معاذ[٩]، وفيه رعاية حق الجوار، إلا أن ينقلها الإنسان إلى قرابته، أو إلى قوم هم أحوج من أهل بلده؛ لما فيه من الصلة، أو زيادة دفع الحاجة.

ولو نقل إلى غيرهم أجزأه وإن كان مكروها؛ لأن المصرف مطلق الفقراء بالنص[١٠]، والله أعلم.

---

(١) احترز به عن قول الشافعي، فعنده لا يجوز إلى من كان صحيحًا قادراً على الكسب. (ب)

(٢) وهو دليل ظاهر، فيقام مقامه. (ب)

(٣) في "المبسوط": الكراهة فيما إذا لم يكن عليه دين، ولم يكن صاحب عيال. (ب)

(٤) لأنه كما أدى حصل الغناء؛ لأن المعلول يقارن العلة. (ب)

(٥) فلا يكون الغنى اللاحق مانعًا. (ب)

(٦) أي محمد رح. (ب)

(٧) في يومه ذلك. (ب)

(٨) بأن يجعله غنيًا مالك النصاب. (ب)

(٩) أي «تؤخذ من أغنياءهم وترد إلى فقراءهم». (ب)

(١٠) في قوله تعالى: ﴿إنما الصدقات﴾ (ك)

باب[١] صدقة الفطر[٢]

قال: صدقة الفطر واجبة[٣] على الحر المسلم إذا كان مالكا[٤] لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه، وثيابه، وأثاثه، وفرسه، وسلاحه، وعبيده.

أما وجوبها: فلقوله عليه السلام[٥] في خطبته: «أدّوا عن كل حر وعبد صغيرٍ أو كبير نصف صاع من بُرٍّ[٦] أو صاعا من شعيرٍ» *رواه[٧] ثعلبة ابن صُعَيْر العدوى[٨]، وبمثله[٩] يثبت الوجوب لعدم القطع، وشرط الحرية لتحقق التمليك[١٠] والإسلام؛ ليقع قربة[١١]، واليسار؛ لقوله عليه السلام[١٢]: «لا صدقة إلا عن ظهر غنى»**، وهو حجة على الشافعي

---

(١) قوله: "باب" أورده في "المبسوط" بعد الصوم بالنظر إلى الترتيب الوجودي. قوله: "باب" مناسبته بالزكاة ظاهرة؛ لأن كلا منهما من الوظائف المالية. (ب)

(٢) كأنها من الفطرة بمعنى الخلقة. (ب)

(٣) الوجوب بالمعنى الاصطلاحي (ع)، وعند الشافعي ومالك وأحمد فرض. (ب)

(٤) من أي مال كان. (ب)

(٥) رواه أبو داود. (ب)

(٦) بضم الباء گندم.

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٠٦، والدراية ج١، الحديث ٣٤٩ ص٢٦٩. (نعيم)

(٧) قوله: "رواه ثعلبة" بالثاء المثلثة ابن صعير بضم الصاد وفتح العين المهملتين وسكون الياء التحتانية آخر الحروف راء، والمذكور في سند أبي داود ثعلبة بن أبي صعير بالكنية، وذكروا في كتب الفقه بلا كنية. وقال ابن معين: ثعلبة ابن عبد الله ابن أبي صعير، وفي "الكمال" ذكره في ترجمة أبيه عبد الله، فقال: عبد الله بن ثعلبة بن صعير. (عيني)

(٨) قوله: "العدوى [الصحيح الذال المعجمة نسبة إلى بني عذرة. (ع)]" هو العدوى أو العذرى، فقيل: العدوى نسبة إلى جده عدي، وقيل: العذرى، وهو الصحيح، كما في "المغرب" وغيره. (ف)

(٩) قوله: "وبمثله" أي وبمثل هذا الحديث الذي هو خبر الواحد ثبت الوجوب لا الفرض؛ لأنه ليس بدليل قطعي. (ب)

(١٠) إذ لا يتحقق إلا بالملك، ولا ملك للعبد.

(١١) فإن الصدقة قربة.

(١٢) رواه أحمد. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٤١١، والدراية ج١، الحديث ٣٥٠ ص٢٦٩. (نعيم)

فى قوله: يجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله.

وقُدِّر اليسارُ بنصاب لتقدر الغناء فى الشرع به، فاضلا عما ذكر من الأشياء[١]؛ لأنها مُسْتَحقَّةٌ بالحاجة الأصلية[٢]، والمستَحَقُّ بالحاجة الأصلية كالمعدوم، ولا يشترط فيه النمو[٣]، ويتعلق بهذا النصاب[٤] حرمان الصدقة، ووجوب الأضحية والفطر.

قال[٥]: يخرج ذلك عن نفسه؛ لحديث ابن عمر[٦] قال: «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر على الذكر والأنثى»* الحديث[٧].

ويخرج عن أولاده الصغار؛ لأن السبب رأسٌ يمؤنه ويلى عليه؛ لأنها[٨] تضاف إليه، يقال: زكاة الرأس، وهى[٩] أمارة السببية،

---

(١) من المسكن والملبس والاستعمال.

(٢) كالماء الذى أعد للشرب حيث جعل معدوما فى حق المتيمم. (ب)

(٣) قوله: "ولا يشترط فيه النمو" لأنها تجب بالقدرة الممكنة، لا الميسرة، ألا ترى أنها تجب على من ملك نصاباً من ثياب البذلة ما يساوى مائتى درهم فضلا عن الحاجة الأصلية، ولذا لا يسقط الفطرة إذا هلك المال بعد الوجوب، بخلاف الزكاة، فإن وجوبها بالقدرة الميسرة، فيشترط فى النصاب النماء؛ لتحقق اليسر، ولذا إذا هلك المال بعد الوجوب سقطت. (عينى)

(٤) قوله: "ويتعلق بهذا النصاب" يشير إلى النصاب بغير نماء، والنصب ثلاثة: نصاب يشترط فيه النماء، فيتعلق به الزكاة وغيرها، وقد تقدم بيانه.

ونصاب يتعلق به أحكام أربعة: وجوب الأضحية، وحرمة الصدقة، وصدقة الفطر، ونفقة الأقارب، ولا يشترط فيه النماء، لا بالحول، ولا بالتجارة.

ونصاب يثبت به حرمة السؤال، وهو ما إذا كان عنده من قوت يوم عند البعض، وقال بعضهم: خمسون درهماً. (عناية)

(٥) أى القدورى. (ب)

(٦) هو فى الصحيحين. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤١٢، والدراية ج١، الحديث ٣٥١ ص٢٦٩. (نعيم)

(٧) قوله: "الحديث" تمامه: والحر والمملوك صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير، فعدل الناس به نصف صاع من بر. (عناية)

(٨) أى صدقة الفطر.

(٩) قوله: "وهى [أى الإضافة إلى الشيء] أمارة السببية" وذلك لأن الإضافة للاختصاص، وأقوى وجوه

والإضافة[١] إلى الفطر باعتبار أنه وقتها[٢]، ولهذا[٣] تتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم، والأصل فى الوجوب رأسه، وهو يمؤنه ويلى عليه، فيلحق به[٤] ما هو في معناه كأولاده الصغار؛ لأنه يمؤنهم، ويلي عليهم.

ومماليكه[٥]؛ لقيام المؤنة والولاية، وهذا[٦] إذا كانوا للخدمة[٧]، ولا مال للصغار، فإن كان لهم مال يؤدّى من مالهم[٨] عند أبى حنيفة وأبى يوسف، خلافًا لمحمد[٩]؛ لأن الشرع أجراه مجرى المؤنة، فأشبه النفقة[١٠].

ولا يؤدى عن زوجته[١١]؛ لقصور الولاية والمؤنة، فإنه لا يليها فى غير حقوق النكاح، ولا يمؤنها فى غير الرواتب[١٢] كالمداواة[١٣]، ولا عن أولاده

الاختصاص إضافة المسبب إلى سببه. (ب)

(١) قوله: "والإضافة إلى الفطر إلخ" جواب عن سؤال مقدر، تقريره: أنه لو كانت الإضافة أمارة السببية، لكان الفطر سببًا لإضافتها إليه، يقال: صدقة الفطر.

فأجاب بقوله: والإضافة أى إضافة الصدقة إلى الفطر باعتبار أنه وقته أى وقت الوجوب، فكانت إضافة مجازية. (نهاية)

(٢) أى وقت صدقة الفطر.

(٣) أى لكون السبب هو الرأس.

(٤) هذا بيان حكمه المنصوص. (ف)

(٥) بالجر عطف على نفسه.

(٦) أى الوجوب.

(٧) لأنهم إذا كانوا للتجارة يجب الزكاة.

(٨) هو استحسان. (ع)

(٩) قوله: "خلافًا لمحمد رح" وهو قول زفر، وهو القياس، فلو أدى من ماله ضمن. (ع)

(١٠) ونفقة الصغير فى ماله إن كان له. (ع)

(١١) خلافًا لمالك والشافعى وأحمد. (ب)

(١٢) جمع راتبة أى ثابتة، من النفقة والكسوة والسكنى. (ب)

(١٣) إذا مرضت فإنها لا تلزمه. (ب)

الكبار، وإن كانوا في عياله[١]؛ لانعدام الولاية، ولو أدى عنهم أو عن زوجته بغير أمرهم أجزأهم استحساناً[٢] لثبوت الإذن[٣] عادة.

ولا يخرج عن مكاتبه؛ لعدم الولاية[٤] ولا المكاتب عن نفسه؛ لفقره، وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى[٥] ثابتة، فيخرج عنهما.

ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافاً للشافعي، فإن عنده وجوبها على العبد، ووجوب الزكاة على المولى، فلا تنافيه[٦]، وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكاة، فيؤدّى إلى الثّنى[٧].

والعبد بين شريكين[٨] لا فطرة على واحد منهما؛ لقصور الولاية، والمؤنة في كل واحد منهما، وكذا العبيد بين اثنين[٩] عند أبي حنيفة.

وقالا: على كل منهما ما يخصه من الرؤوس دون الأشقاص[١٠]، بناء

---

(١) بأن كانوا فقراء أو زمناً. (ب)

(٢) قوله: "استحساناً" والقياس أن لا يجزئ كما إذا أدى الزكاة بغير إذنها. (بناية)

(٣) قوله: "لثبوت الإذن عادة" والثابت عادة كالثابت بالنص في ما فيه معنى المؤنة، بخلاف ما هو عبادة محضة كالزكاة. (ف)

(٤) لأن المكاتب حر يداً.

(٥) لأنها لا تنعدم بالتدبير الاستيلاد.

(٦) فيجب الفطرة في وقتها، والزكاة عند تمام الحول ولا يتداخلان. (ب)

(٧) قوله: "فيؤدى إلى الثّني [بكسر الثاء المثلثة وقصر النون. ب]" يعني يؤدى إلى التثنية، وهو لا يجوز؛ لإطلاق قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا ثنى في الصدقة» أي لا يؤخذ في السنة مرتين.

فإن قلت: سبب الزكاة فيهم المالية، وسبب الصدقة مؤنة رؤوسهم، ومحل الزكاة بعض النصاب، ومحل الصدقة الذمة، فإذا هما حقان مختلفان سبباً ومحلا فلا ثنى فيه.

قلت: مبنى الصدقة للمؤنة، والعبد ههنا معد للتجارة لا للمؤنة، فح لا تجب الصدقة لزوال سبب الوجوب، وهو المؤنة، فافهم. (ب)

(٨) أي للخدمة، لا للتجارة صرح به في "المبسوط". (ب)

(٩) كما لا فطرة على العبد الواحد باتفاقهم.

(١٠) قوله: "دون الأشقاص [جمع شقص بالكسر]" حتى لو كان بينهما خمسة أعبد، تجب على كل واحد عن عبدين صدقة الفطر، ولا تجب على الخامس.

وقد مر أبو حنيفة على أصله، فإنه لا يرى قسمة الرقيق، ومحمدرح كذلك، فإنه يرى قسمة الرقيق، فباعتبار

على أنه لا يرى قسمة الرقيق[١]، وهما يريانها، وقيل: هو بالإجماع؛ لأنه لا يجتمع النصيب قبل القسمة، فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما.

ويؤدى المسلم الفطرة عن عبده الكافر؛ لإطلاق ما رويناه[٢]، ولقوله عليه السّلام فى حديث ابن عباس[٣]: «أدوا عن كل حر وعبد يهودى أو نصرانى أو مجوسى»* الحديث، ولأن السبب[٤] قد تحقق، والمولى من أهله[٥]، وفيه خلاف الشافعى[٦]؛ لأن الوجوب عنده على العبد، وهو ليس من أهله، ولو كان على العكس، فلا وجوب بالاتفاق[٧].

قال[٨]: ومن باع عبداً وأحدهما بالخيار، ففطرته على من يصير له[٩]، معناه[١٠] أنه إذا مرّ يوم الفطر والخيار باقٍ.

القسمة ملك كل واحد منهما فى البعض متكامل.

وإلحاق أبى يوسف ههنا مع محمد مخالف لما ذكر فى "المبسوط" حيث قال: فإن كان بينهما مماليك للخدمة، فعلى قول أبى حنيفة رح لا يجب على واحد منهما صدقة الفطر، وعن محمد يجب على كل واحد منهما الصدقة فى حصته إذا كانت كاملة فى نفسها، ومذهب أبى يوسف رح مضطرب.

والأصح أن قوله كقول أبى حنيفة رح، وعذره أن القسمة تبتنى على الملك، فأما وجوب الصدقة، فيبتنى على الولاية، لا الملك حتى يجب الصدقة فى ما لا ملك له فيه كالولد الصغير. (ع)

(١) فلا يملك كل واحد منهما عبداً. (ع)

(٢) أراد حديث ثعلبة. (ب)

(٣) رواه الدارقطنى بهذا اللفظ. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤١٢، والدراية ج١، الحديث ٣٥٢ص٢٦٩. (نعيم)

(٤) وهو الرأس الذى يلى عليه.

(٥) وإن لم يكن العبد أهلا.

(٦) وبقوله قال مالك وأحمد. (ب)

(٧) قوله: "فلا وجوب بالاتفاق" أما عندنا فلأن الصدقة عبادة، والكافر ليس من أهلها، فلا تجب عليه، وأما عنده فلأن المخاطب هو المولى، وإن كان الوجوب على العبد، والكافر ليس مخاطباً بأداء العبادة. (ب)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(٩) قوله: "من يصير له" يعنى إذا تم البيع فعلى المشترى، وإن انتقض فعلى البائع. (ب)

وقال زفر: على من له الخيار؛ لأن الولاية له[1]، وقال الشافعي: على من له الملك[2]؛ لأنه من وظائفه كالنفقة[3].

ولنا[4] أن الملك موقوف؛ لأنه لو رد يعود إلى ملك البائع، ولو أجيز يثبت الملك للمشترى من وقت العقد، فيتوقف ما يبتنى عليه[5] بخلاف النفقة؛ لأنها للحاجة الناجزة[6]، فلا تقبل التوقف، وزكاة التجارة على هذا الخلاف[7].

فصل في مقدار الواجب ووقته

الفطرة نصف صاع من بر أو دقيق[8] أو سويق أو زبيب، أو صاع من تمر أو شعير. وقالا: الزبيب[9] بمنزلة الشعير، وهو رواية[10] عن أبي حنيفة، والأول رواية "الجامع الصغير".

وقال الشافعي: من جميع ذلك صاع؛ لحديث أبي سعيد الخدرى[11]

(١٠) هذا تفسير شيخ الإسلام في "شرح الجامع الصغير". (ب)

(١) فإنه إن أجاز تم، وإن لم يجز انفسخ. (ع)

(٢) قوله: "على من له الملك" وهو المشترى، فإن مذهبه أن خيار الشرط لا يمنع ثبوت الملك للمشترى كخيار العيب. (ن)

(٣) وهي في مدة الخيار على من له الملك. (ب)

(٤) قوله: "ولنا أن الملك موقوف إلخ" هذا الجواب على التنزل، فإنه لو كان وظائف الملك لما وجب عن نفسه، وأولاده الصغار. (عناية)

(٥) فإن التردد في الأصل يوجب التردد في الفرع.

(٦) أي الواقعة في الحال. (ع)

(٧) قوله: "وعلى هذا الخلاف" صورته: عبد لرجل للتجارة، فباعه بشرط الخيار، ثم تم الحول، فزكاته على الخلاف على من يصير له الملك، أو على من له الخيار، أو على من له الملك يومئذ. (ب)

(٨) أي دقيق البر وسويقه، وأما دقيق الشعير وسويقه، فمعتبر بالشعير. (ف)

(٩) يعني يخرج منه صاع.

(١٠) رواها أسد بن عمرو. (ب)

(١١) قوله: "لحديث أبي سعيد الخُدرى" رواه الستة مختصراً ومطولا، وهو أنه قال: "كنا نخرج إذ كان فينا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم زكاة الفطر عن كل صغير وكبير، حر ومملوك صاعًا من طعام، أو

قال: "كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله ﷺ"*.

ولنا ما روينا[٢]، وهو مذهب جماعة من الصحابة[٣]، وفيهم الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم، وما رواه محمول[٤] على الزيادة تطوعًا.

ولهما في الزبيب أنه والتمر يتقاربان في المقصود[٥]، وله أنه والبر يتقاربان في المعنى؛ لأنه يؤكل كل واحد منهما بجميع أجزاءه، ويلقى من التمر النواة[٦]، ومن الشعير[٧] النخالة، وبهذا[٨] ظهر التفاوت بين البر

صاعًا من أقط، أو صاعًا من شعير، أو صاعًا من تمر، أو صاعًا من زبيب، فلم نزل نخرج حتى قدم معاوية رض حاجًا، أو معتمرًا، فكان مما كلم الناس به على المنبر، قال: إني أرى أن مدين من تمر الشام تعدل صاعًا من تمر، فأخذ الناس بذلك، قال أبو سعيد: فأما أنا فلا أزال أخرجه كما كنت أخرجه"، وجه الاستدلال لفظ الطعام، فإنها عند الإطلاق تتناول البر. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤١٧، والدراية ج١، الحديث ٣٥٣ ص٢٧٠. (نعيم)

(٢) أراد به حديث ثعلبة. (ب)

(٣) قوله: "جماعة من الصحابة" منهم عبد الله بن مسعود، وجابر بن عبد الله، وأبو هريرة، وعبد الله ابن الزبير، وعبد الله بن عباس، ومعاوية، وأسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهم أجمعين.
وهو مذهب جماعة من التابعين وهم سعيد بن المسيب، وعطاء بن أبي رباح، ومجاهد، وسعيد ابن جبير، وعمر بن عبد العزيز، وطاوس، وإبراهيم النخعي، وعامر الشعبي، وعلقمة، والأسود، وعروة، وأبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، وأبو قلابة، وعبد الملك بن محمد، وعبد الرحمن الأوزاعي، وسفيان الثوري، وعبد الله بن المبارك، وعبد الله بن شيبان، ومصعب بن سعد رحمهم الله تعالى.
قال الطحاوي: وهو قول القاسم، وسالم، وعبد الرحمن بن القاسم، والحكم، والحماد، وهو مروي عن مالك رح ذكره في "الذخيرة". (عيني)

(٤) بدليل أنه قال: "كنا"، ولم يقل: أمر النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (ب)

(٥) وهو التفكه. (ب)

(٦) بالفتح تخم خرما. (غث)

(٧) قوله: "ومن الشعير النخالة بالضم سبوس يعني آنچه كه بعد بيختن آرود در غربال وغيره باقي ماند، از صراح. غث]" هذا جواب عن قولهما: إن الزبيب بمنزلة الشعير، وأن الزبيب والتمر يتقاربان.
فأجاب بأن الزبيب ليس بمتقارب من التمر؛ لأن التمر يلقى منه النواة، ولا هو بمنزلة الشعير، فإنه يلقى منه النخالة. (عيني)

(٨) أي كون البر مأكول الكل، والتمر يلقى منه النواة. (ب)

والتمر، ومراده[١] من الدقيق والسويق ما يتخذ من البُرّ.

أما دقيق الشعير كالشعير، والأولى أن يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطًا[٢]، وإن[٣] نص على الدقيق في بعض الأخبار[٤]، ولم يبين ذلك في الكتاب[٥]؛ اعتبارًا للغالب، والخبز تعتبر فيه القيمة هو الصحيح[٦].

ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنًا[٧] فيما يروى[٨] عن أبي حنيفة، وعن محمد[٩] أنه يعتبر كيلا[١٠]، والدقيق أولى[١١] من البر، والدراهم أولى من الدقيق فيما يروى عن أبي يوسف، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر؛

---

(١) أي محمد، وقال الكاكي: أي أبو الحسن القدوري. (ب)

(٢) قوله: "احتياطًا" حتى إذا كان منصوصًا عليه يتأدى باعتبار القدر، وإن لم يكن فباعتبار القيمة، وتفسيره أن يؤدي نصف صاع من دقيق البر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر، فإن أدى نصف صاع من دقيق البر، ولا تبلغ قيمته إلى قيمة نصف صاع من بر، لا يكون عاملا بالاحتياط.

وفي "جامع البرهاني": قال بعض مشايخنا: يجوز باعتبار العين؛ لأنه منصوص عليه، وقال بعضهم: يجوز باعتبار القيمة. (ب)

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "في بعض الأخبار" هو ما روى الدارقطني عن زيد بن ثابت، قال: خطبنا رسول الله ﷺ، فقال: «من كان عنده شيء فليتصدق بنصف صاع من بر أو صاع من شعير أو صاع من تمر أو صاع من دقيق أو صاع من زبيب أو صاع من سلت»، والمراد دقيق الشعير.

قال الدارقطني: لم يروه بهذا الأشياء غير سليمان بن أرقم، وهو متروك الحديث، فوجب الاحتياط. (ف)

(٥) أراد بالكتاب الجامع الصغير. (ب)

(٦) قوله: "هو الصحيح [لأنه لم يرد النص في الخبز، فصار كالذرة. ع]" خلافًا لبعض المتأخرين حيث قالوا: يجوز باعتبار العين، فإنه إذا أدى مدين من خبز الحنطة جاز؛ لأنه لما جاز الدقيق والسويق باعتبار العين، فالخبز أولى؛ لأنه أنفع. (ع)

(٧) قوله: "وزنًا" وجهه أن العلماء لما اختلفوا في أن الصاع خمسة أرطال وثلث، أو ثمانية أرطال كان إجماعًا منهم أنه يعتبر بالوزن؛ إذ لا معنى لاختلافهم فيه إلا إذا اعتبر به. (ف)

(٨) رواه أبو يوسف. (ع)

(٩) رواه ابن رستم. (ع)

(١٠) لأن الآثار جاءت به. (ع)

(١١) لأنه أعجل بالنفقة. (ب)

لأنه أدفع للحاجة وأعجل به، وعن أبى بكر الأعمش تفضيل الحنطة؛ لأنه أبعد من الخلاف؛ إذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي.

قال: والصاع عند أبى حنيفة ومحمد رح[١] ثمانية أرطال بالعراقى[٢]، وقال أبو يوسف رح[٣]: خمسة أرطال وثلث رطل، وهو قول الشافعي؛ لقوله عليه السلام: «صاعنا أصغر الصيعان[٤]»*.

ولنا ما روى[٥] «أنه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رَطلين ويغسل بالصاع ثمانية أرطال»**، وهكذا كان صاع عمر، وهو أصغر[٦] من الهاشمى[٧]، وكانوا يستعملون الهاشمى.

قال[٨]: وجوب الفطرة يتعلق[٩] بطلوع الفجر من يوم الفطر، وقال

---

(١) وهو قول جماعة من العراق. (ب)

(٢) قوله: "بالعراقى" أى بالرطل العراقى، وهو عشرون إستاراً، والإستار: ستة دراهم ودانقان، أو أربعة مثاقيل، والصاع العراقى أربعة أمداد، كذا ذكره فخر الإسلام.
وقيل: ثمانية أرطال بالبغدادى، ورطل البغدادى مائة وثمانية وعشرون درهمًا، وأربعة أسباع درهم، وقيل: مائة وثلاثون درهما، قال النووى: والأول أصح. (ب)

(٣) وهو قول مالك وأحمد. (ب)

(٤) قوله: "صاعنا أصغر الصيعان [بالكسر جمع صاع. من]" صحة الحديث، والله أعلم به، غير أن ابن حبان روى بسنده عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قيل له: يا رسول الله! إن صاعنا أصغر الصيعان، ومدنا أكبر الأمداد، فقال: «اللهم بارك لنا فى صاعنا وبارك لنا فى قليلنا وكثيرنا واجعل لنا مع البركة بركتين»، انتهى. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٢٨، والدراية ج١، الحديث ٣٥٥ ص٢٧٣. (نعيم)

(٥) رواه البيهقى. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٤٣٠، والدراية ج١، الحديث ٣٥٦ ص٢٧٣. (نعيم)

(٦) جواب عن قول أبى يوسف يعنى إن صح ما رويتم، فهو ليس بحجة. (ع)

(٧) لأن الصاع الهاشمى اثنان وثلاثون رطلا. (ب)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) وبه قال الشافعى فى القديم. (ب)

الشافعي: بغروب الشمس في اليوم الأخير من رمضان، حتى إن من أسلم أو ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا، وعنده لا تجب، وعلى عكسه[١] من مات فيها من مماليكه، أو وولده، له أنه يختص بالفطر، وهذا وقته[٢]، ولنا أن الإضافة للاختصاص، واختصاص الفطر[٣] باليوم دون الليل.

والمستحب أن يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج إلى المصلى؛ لأنه عليه السّلام[٤] كان يخرج قبل أن يخرج[٥] للمصلى*، ولأن الأمر بالإغناء* كي لا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلاة، وذلك بالتقديم، فإن قدموها على يوم الفطر جاز؛ لأنه أدى بعد تقرر السبب، فأشبه التعجيل في الزكاة، ولا تفصيل بين مدة ومدة، هو الصحيح[٦].

وإن أخروها عن يوم الفطر لم تسقط، وكان عليهم إخراجها؛ لأن وجه القربة فيها معقول، فلا يتقدر وقت الأداء فيها، بخلاف الأضحية[٧]، والله أعلم.

---

(١) يعني لا يجب عندنا.

(٢) أي بعد غروب الشمس من اليوم الأخير من رمضان.

(٣) إذ المراد بالفطر ما يضاد الصوم. (ع)

(٤) قوله: "لأنه عليه السلام" هذا مذكور في الذي رواه الحاكم أبو عبيد النيسابوري في كتابه "علوم الحديث". (ب)

(٥) أي كان يخرج صدقة الفطر قبل أن يخرج إلى المصلى.

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٣١، والدراية ج١، الحديث ٣٥٧ص٢٧٤. (نعيم)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٣٢، والدراية ج١، الحديث ٣٥٨ص٢٧٤. (نعيم)

(٦) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول الحسن بن زياد ونوح ابن أبي مريم وخلف بن أيوب، فإن الحسن قال: لا يجوز تعجيلها أصلا كالأضحية، وخلف بن أيوب قال: يجوز تعجيلها بعد دخول شهر رمضان لا قبله، وقال نوح: يجوز تعجيلها في النصف الأخير من شهر رمضان. (ع)

(٧) قوله: "بخلاف الأضحية" فإنها تسقط بمضي أيام النحر؛ لأن القربة فيها إراقة الدم، وهي لم تعقل قربة، فيقتصر على مورد النص. (عيني)

كتاب الصَّوم[١]

قال: الصوم[٢] ضربان: واجب، ونفل، والواجب[٣] ضربان: منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان، والنذر المعين، فيجوز صومه بنية من الليل، وإن لم ينوِ حتى أصبح أجزأته النية[٤] ما بينه وبين الزوال، وقال الشافعي: لا يجزئه[٥].

اعلم أن صوم رمضان فريضة؛ لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم الصيام﴾، وعلى فرضيته انعقد الإجماع، ولهذا يُكفر جاحده[٦]، والمنذور واجب؛ لقوله تعالى[٧]: ﴿وليُوفوا نذورهم﴾ وسبب الأول[٨] الشهر، ولهذا يضاف إليه، ويتكرر بتكرره، وكل يوم[٩] سبب لوجوب صومه، وسبب الثاني النذر، والنية من شرطه، وسنبينه ونفسره إن شاء الله تعالى.

وجه قوله[١٠] في الخلافية قوله[١١] عليه السلام: «لا صيام[١٢] لمن

(١) قوله: "كتاب الصوم" ذكر محمد في "الجامع الصغير" كتاب الصوم عقيب كتاب الصلاة؛ لكون كل واحد منهما عبادة بدنية، ولكن الزكاة ذكرت مقرونة بالصلاة في الكتاب والسنة، فلذلك ذكرت ههنا عقيب الصلاة. (عيني)

(٢) قوله: "الصوم" ذكر التقسيم قبل التعريف؛ ليسهل أمر التعريف. (نهاية)

(٣) اختار هذا اللفظ ليشتمل إيجاب الله تعالى، وإيجاب العبد. (ب)

(٤) وقال مالك: لا يجوز الفرض والنفل إلا بنية الليل. (ب)

(٥) وبه قال أحمد. (ب)

(٦) أي يحكم بكفره. (ع)

(٧) قوله: لقوله تعالى: ﴿وليوفوا نذورهم﴾ كان الواجب أن يكون فرضًا لثبوته بالكتاب كصيام شهر رمضان. وأجيب بأنه خص من الآية بالاتفاق المنذور الذي ليس من جنسه واجب شرعًا كعيادة المريض، أو ما ليس بمقصود في العبادة كالنذر بالوضوء لكل صلاة، فلما خصت هذه المواضع بقي الدليل ظنيا، فثبت الوجوب. (عناية)

(٨) أي صوم رمضان.

(٩) قوله: "وكل يوم سبب وجوب صومه" [لأن صيام رمضان عبادات متفرقة. ع] وهو اختيار صاحب "الأسرار" وفخر الإسلام، وقال السرخسي: الأيام والليالي في السببية سواء، وقد عرف في الأصول. (عناية)

(١٠) أي في مسألة المتن التي خالفنا فيها.

(١١) معناه رواه أصحاب السنن الأربع. (ف)

(١٢) بهذا اللفظ وقع في رواية ابن أبي حاتم. (ب)

لم ينوِ الصيام من الليل»*، ولأنه لما فسد الجزء الأول؛ لفقد النية، فسد الثانى ضرورة أنه لا يتجزى، بخلاف النفل(٢)؛ لأنه متجزٍ عنده.

ولنا قوله ﷺ بعد(٣) ما شهد الأعرابى برؤية الهلال: «ألا من أكل فلا يأكلنَّ بقيةَ يومه ومن لم يأكل فليصم»**، وما رواه(٤) محمول على نفى الفضيلة والكمال(٥)، أو معناه لم ينوِ أنه صوم من الليل، ولأنه يوم صوم(٦) فيتوقف الإمساك فى أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل، وهذا لأن الصوم ركن واحد ممتد(٧)، والنية(٨) لتعيينه لله تعالى، فتترجح بالكثرة جَنبةُ الوجود. بخلاف الصلاة(٩) والحج؛ لأنهما أركان، فيشترط قرانها بالعقد على أداءهما، وبخلاف القضاء(١٠) لأنه يتوقف على صوم ذلك اليوم(١١)، وهو النفل، وبخلاف ما بعد الزوال؛ لأنه لم يوجد اقترانها بالأكثر، فترجحت جنبة الفوات.

ثم قال فى "المختصر"(١٢): ما بينه وبين الزوال، وفى "الجامع

---

* رواه ابن عمر عن حفصة راجع نصب الراية ج٢ ص٤٣٣، والدراية ج١، الحديث ٣٥٩ص٢٧٥. (نعيم)

(٢) فيجوز فيه أن لا ينوى من الليل.

(٣) قوله: "بعد ما شهد الأعرابى إلخ" حديث غريب، ذكره ابن الجوزى فى "التحقيق"، وقال: لا يعرف، وإنما المعروف أنه شهد عنده رؤية الهلال، فأمر بلالا أن ينادى بالناس أن يصوموا غداً. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٤٣٥، والدراية ج١، الحديث ٣٦٠ص٢٧٥. (نعيم)

(٤) يعنى «لا صيام لمن ينو بالليل».

(٥) كما فى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد». (ب)

(٦) لأن الصوم فيه فرض. (ع)

(٧) يحتمل عادةً وعبادةً. (ع)

(٨) فيحتاج إلى ما يعينه للعبادة.

(٩) حيث يشترط فيهما اقتران النية عند الشروع، ولا يقوم الأكثر ههنا مقام الكل. (ب)

(١٠) قوله: "بخلاف القضاء إلخ" جواب عن ما يقال: لو كان الصوم ركناً واحداً ممتداً، يكفى فيه النية المتأخرة كذلك، لم يكن فى القضاء اشتراط النية من الليل.

(١١) فلا يمكن جعله من القضاء إلا قبل أن يقع فيه، وذلك بنية من الليل.

(١٢) القدورى.

الصغير": قبل نصف النهار[١]، وهو الأصح؛ لأنه لا بد من وجود النية فى أكثر النهار، ونصفه من وقت طلوع الفجر إلى وقت الضَحْوَةَ[٢] الكبرى، لا إلى وقت الزوال، فتشترط النية قبلها؛ لتتحقق فى الأكثر، ولا فرق[٣] بين المسافر والمقيم عندنا خلافًا لزفر[٤]؛ لأنه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل.

وهذا الضرب من الصوم[٥] يتأدى بمطلق النية، وبنية النفل، وبنية واجب آخر، وقال الشافعى: فى نية النفل[٦] عابث، وفى مطلقها له قولان[٧]؛ لأنه بنية النفل معرض[٨] عن الفرض، فلا يكون له الفرض.

---

(١) قوله: "قبل نصف النهار [أى نصف النهار الشرعى. شرح وقاية]" أى الشرعى، وهو من طلوع الفجر إلى الضحوة الكبرى، فيشترط النية قبلها. (عينى)

(٢) قوله: "الضحوة [بالفتح نيم چاشت. عن]" اعلم أن النها الشرعى من الصبح إلى المغرب، فالضحوة الكبرى منتصفه، ثم لا بد أن يكون النية موجودة فى أكثر النهار، فينبغى أن تكون النية موجودة قبل الضحوة الكبرى. (شرح وقاية)

(٣) يعنى فى جواز نية النهار. (ب)

(٤) قوله: "خلافًا لزفر" فإنه يقول: إمساك المسافر فى أول النهار لم يكن مستحقا للصوم الفرض، فلا يتوقف على وجود النية، بخلاف إمساك المقيم. (عناية)

(٥) قوله: "وهذا الضرب [أى ما يتعلق بزمان معين. ب] إلخ" قيل: هذا فى صوم رمضان صحيح، فأما فى النذر المعين فلا؛ لأنه يقع عما نوى من الواجب إذا كانت النية من الليل، ذكره فى أصول شمس الأئمة السرخسى، فحينئذٍ قول المصنف: "وهذا الضرب" لا يبقى على إطلاقه.

وأجاب عنه شيخ شيخى العلامة عبد العزيزرح، بأنه يمكن أن يقال: موجب كلام المصنف أن يتأدى المجموع بالمجموع، لا أن كل فرد يتأدى بالمجموع، فيظهر له صحة. (ع)

(٦) من العبث أى لا يكون صائمًا لا فرضًا ولا نفلا. (عينى)

(٧) فى قول يقع عن الفرض، وفى قول لا يقع، وهو الأصح، وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(٨) قوله: "معرض [لما بينهما من المغايرة. ب]" ومن هذا يظهر وجه أحد قوليه فى مطلق النية؛ لأنه لم يصر معرضا بهذه النية، فيجوز، ووجه قوله الآخر: إن صفة الفرضية قربة كأصل الصوم، فكما لا يتأدى الصوم إلا بنية الصوم، كذلك لا يتأدى الفرض إلا بنية الصوم.

ولنا أن الصوم متعين؛ لقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم: «إذا انسلخ شعبان فلا صوم إلا عن رمضان»، وكل ما هو متعين فى مكان يصاب بأصل النية كالمتوحد فى الدار يصاب باسم جنسه، بأن يقال: يا حيوان! كما يصاب باسم نوعه، بأن يقال: يا إنسان! واسم علمه بأن يقال: يا زيد! فإن قيل: ما ذكرتم يقتضى الأداء بنية المطلق دون نية النفل وواجب آخر؛ لأن المتوحد فى الدار ينال باسم جنسه، لا باسم غيره، فإن زيدا لا يصاب باسم

ولنا أن الفرض(١) متعين فيه، فيصاب بأصل النية كالمتوحّد في الدار يُصاب باسم جنسه، وإذا نوى النفل، أو واجبا آخر، فقد نوى أصل الصوم(٢)، وزيادة جهة(٣)، وقد لغت الجهة، فبقى الأصل، وهو كافٍ.

ولا فرق(٤) بين المسافر والمقيم، والصحيح والسقيم عند أبى يوسف ومحمد؛ لأن الرخصة كيلا تلزم المعذور مشقةٌ، فإذا تَحَمَّلَها التحق بغير المعذور. وعند أبى حنيفة إذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه(٥)؛ لأنه شغل الوقت بالأهم(٦)؛ لتحتمه(٧) فى الحال، وتخيره فى صوم رمضان إلى إدراك العدة، وعنه فى نية التطوع روايتان(٨)، والفرق(٩) على إحداهما أنه ما صرف الوقت(١٠) إلى الأهم.

عسر، وأجاب عنه بقوله: فإذا نوى النفل أو واجبًا آخر إلخ. (ع)

(١) قوله: "أن الفرض" يعنى أن الإطلاق فى المتعين تعيين، فلما لم يشرع فى الوقت إلا الصوم الفرض، ونوى مطلق الصوم يتعين الفرض، فحصل التعيين بمطلق النية، ونظيره ما إذا كان فى الدار وحده، وقلت: يا إنسان! تعين هو للنداء، وطلب الإقبال، فكذا ههنا. (قمر الأقمار لنور الأنوار لمولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٢) وهو جنس النية. (ب)

(٣) وهى جهة النافلة، أو الوجوب.

(٤) يعنى فى أن الصوم يتأدى عنهم بمطلق النية، وبنية النفل أو واجب آخر. (ف)

(٥) قوله: "إذا صام المريض والمسافر [جمع بين المريض والمسافر، وهو رواية عنه. ف] بنية واجب آخر، يقع عنه" هذا الذى اختاره المصنف مخالف لما ذكره فخر الإسلام وشمس الأئمة، فإنهما قالا: إذا نوى المريض واجبا آخر يصح أنه يقع صومه عن رمضان؛ لأن إباحة الفطر له للعجز عن الصوم، فأما عند القدرة، فهو والصحيح سواء بخلاف المسافر، فإن الرخصة فى حقه تتعلق لعجز مقدر قام السفر مقامه، وهو موجود.

وقال صاحب "الإيضاح": وكان بعض أصحابنا يفرق بين المريض والمسافر، وليس بصحيح، والصحيح التسوية، وهو قول الكرخى، واختاره المصنف. (عناية)

(٦) وهو سقوط الفرض عنه. (ب)

(٧) لأن القضاء لازم فى الحال. (ب)

(٨) فى رواية ابن سماعة يقع لما ذكر. (عناية)

(٩) قوله: "والفرق" فإن قلت: النفل وإن كان ليس من فرض الوقت، لكنه أهم من الفطر، ولما ثبت الترخص للمسافر، فلأن يثبت لما هو أهم من الفطر –وهو النفل– أولى.

قلت: إنما ثبت الترخص لأجل نفع لا يحصل بالعزيمة، وإلا فلا فائدة فيه، فلو صام نفلا يحصل له ثواب الآخرة، وفرض الوقت أكثر منه ثوابا، فلا يثبت له الترخص. (قمر الأقمار)

(١٠) وإنما قصد تحصيل الثواب.

قال: والضرب الثاني ما ثبت في الذمة كقضاء رمضان، والنذر المطلق، وصوم الكفارة[١] فلا يجوز[٢] إلا بنية من الليل؛ لأنه غير متعين، فلا بد من التعيين من الابتداء، والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافًا لمالك، فإنه يتمسك بإطلاق ما روينا[٣].

ولنا قوله ﷺ بعد ما كان يصبح غير صائم: «إني إذا لصائم»*[٤]، ولأن المشروع خارج رمضان هو النفل، فيتوقف الإمساك في أول اليوم على صيرورته صومًا بالنية على ما ذكرنا[٥].

ولو نوى بعد الزوال لا يجوز، وقال الشافعي: يجوز[٦]، ويصير صائما من حين نوى، إذ هو متجز عنده؛ لكونه مبنيا على النشاط[٧]، ولعله ينشط بعد الزوال، إلا أن من شرطه الإمساك في أول النهار، وعندنا يصير صائمًا من أول النهار؛ لأنه عبادة قهر النفس، وهي إنما تتحقق بإمساك مقدر، فيعتبر قران النية بأكثره.

فصل في رؤية الهلال

قال: وينبغي[٨] للناس أن يلتمسوا[٩] الهلال في اليوم التاسع

(١) وكذلك النذر المطلق. (ع)

(٢) قوله: "فلا يجوز إلا بنية من الليل" ليس بلازم، فإنه لو نوى مع طلوع الفجر جاز؛ لأن الواجب اقتران الصوم بالنية، لا تقديمها، كذا في "فتاوى قاضي خان". (ف)

(٣) وهو قول عليه الصلاة والسلام: «لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل». (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٣٦، والدراية ج١، الحديث ٣٦١ ص٢٧٥. (نعيم)

(٤) قوله: "إني إذا لصائم" الحديث رواه مسلم عن عائشة قالت: «دخل النبي صلى الله عليه وآله وسلم ذات يوم فقال هل عندكن شيء فقلت لا فقال إني إذا لصائم ثم أتاني يوم آخر فقلنا يا رسول الله أهدى لنا حيس فقال أدنيه فلقد أصبحت صائما فأكل»، انتهى. (عيني)

(٥) إشارة إلى قوله: ولأنه يوم صوم، فيتوقف الإمساك في أوله إلخ. (ع)

(٦) هذا أصح عنده. (ب)

(٧) بالفتح شاد ماني كردن. (عن)

(٨) أي يجب، وهو واجب على الكفاية. (ف)

(٩) قوله: "يلتمسوا" قال الشيخ الحدادي في "شرح مختصر القدوري": وكذا ينبغي أن يلتمسوا هلال

والعشرين من شعبان، فإن رأوه صاموا، وإن غم[١] عليهم أكملوا[٢] عدة شعبان ثلاثين يومًا، ثم صاموا؛ لقوله ﷺ[٣]: «صوموا لرؤيته[٤] وأفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم الهلال فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يومًا»*، ولأن الأصل بقاء الشهر، فلا ينقل عنه إلا بدليل ولم يوجد.

ولا يصومون يوم الشك إلا تطوعًا[٥]؛ لقوله ﷺ[٦]: «لا يصام اليوم الذى يشك فيه أنه من رمضان إلا تطوعًا»**. وهذه المسألة على وجوه: أحدها: أن ينوى صوم رمضان، وهو مكروه[٧]؛ لما روينا، ولأنه تشبه[٨] بأهل الكتاب؛ لأنهم زادوا فى مدة صومهم[٩]، ثم إن ظهر أن اليوم من

شعبان لرمضان، قلت: فيه حديث رواه أبو داود عن عائشة قال: قال رسول الله ﷺ: «يتحفظ من شعبان ما لايتحفظ من غيره ثم يصوم لرؤية رمضان فإن غم عليه عد ثلاثين يومًا ثم صام»، وروى الترمذى عن أبى هريرة قال: قال رسول الله: «أحصوا هلال شعبان لرمضان»، القول المنثور فى هلال خير الشهور. (عبد)

(١) بضم الغين المعجمة وتشديد الميم أى ستر وغطى عليهم الهلال. (ب)

(٢) ولا يعتبر قول المنجمين بالاتفاق، ومن رجع إلى قولهم، فقد خالف الشرع. (ب)

(٣) رواه أبو داود والترمذى. (ب)

(٤) قوله: "لرؤيته" لا عبرة لقول من قال: أخبرنى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى المنام بأن الليلة أول رمضان، إنما الاعتبار للرؤية؛ لأن النبى صلى الله عليه وآله وسلم علق الصوم بالرؤية، والأحكام لا تثبت بالمنام، ولا عبرة للمجربات فى هذا الباب أيضًا، حتى لو ظهر خلافها أخذ به، وكذا لا اعتبار لكبر الهلال وصغره، والكل مستفاد من هذا الحديث. (من قول المنثور فى هلال خير الشهور)

* أخرجه الشيخان عن أبي هريرة راجع نصب الراية ج٢ ص٤٣٧، والدراية ج١، الحديث ٣٦٢ص٢٧٦. (نعيم)

(٥) قوله: "ولا يصومون يوم الشك إلا تطوعا" فى "المبسوط": إنما يقع الشك من جهتين: إما بأن غم هلال شعبان، فوقع الشك أنه اليوم الثلاثون أو الحادى والثلاثون، أو غم هلال رمضان، فوقع الشك فى أنه يوم الثلاثين من شعبان، أم يوم رمضان. وفى "فوائد الظهيرية": يوم الشك هو اليوم الذى يتم به الثلاثون، ولم يهل الهلال ليلة لاستتار السماء بالغمام. وفى "المجتبى": إذا لم ير علامة ليلة الثلاثين، والسماء متغيمة يقع الشك، أما لو كانت السماء مصحية، فلم ير الهلال، فليس يوم الشك. (عينى)

(٦) غريب جدًا. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٤٤٠، والدراية ج١، الحديث ٣٦٣ص٢٧٦. (نعيم)

(٧) قوله: "وهو مكروه" وإنما كرهه النبى ﷺ لئلايظن أنه زيادة على صوم رمضان إذااعتادوا ذلك. (ف)

(٨) يعنى فيما فيه بد، وذلك يوجب الكراهة. (ع)

(٩) وذلك لأجل مجيء صومهم فى أيام الحر، فأخروه وزادوا فيه. (ب)

رمضان يجزئه[١]؛ لأنه شهد الشهر وصامه، وإن ظهر أنه من شعبان كان تطوعًا، وإن أفطر لم يقضِه؛ لأنه في معنى المظنون[٢].

والثاني: أن ينوي عن واجب آخر[٣]، وهو مكروه أيضًا؛ لما روينا إلا أن هذا دون الأول[٤] في الكراهة، ثم إن ظهر أنه من رمضان يجزئه؛ لوجود أصل النية، وإن ظهر أنه من شعبان، فقد قيل: يكون تطوعًا؛ لأنه منهي عنه فلا يتأدى به الواجب[٥]، وقيل: يجزئه عن الذي نواه، وهو الأصح؛ لأن المنهي عنه[٦] -وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان- لا يقوم بكل صوم[٧]، بخلاف يوم العيد[٨]؛ لأن المنهي عنه -وهو ترك الإجابة- يلازم كل صوم[٩]، والكراهة هنا بصورة النهي[١٠].

والثالث: أي ينوي التطوع، وهو غير مكروه[١١]؛ لما روينا[١٢]، وهو

---

(١) وبه قال النووي والأوزاعي. (ب)

(٢) قوله: "لأنه في معنى المظنون" لم يقل: إنه مظنون حقيقة؛ لأن حقيقة المظنون أن يثبت وجوبه بيقين، والحال أنه قد أداه، فشرع فيه على ظن أنه لم يؤده، ثم علم أنه أداه، وأما ههنا فلم يثبت وجوبه بيقين، فلم يكن مظنونًا. (بناية)

(٣) غير رمضان.

(٤) لأن الأول يستلزم التشبه دونه. (ب)

(٥) أي الذي وجب كاملا فلا يتأدى بالناقص. (ب)

(٦) اسم أن.

(٧) قوله: "لا يقوم بكل صوم [خبر أن]" تقريره ما ذكرنا في "الجامع البرهاني" غير الصوم ليس بمنهي عنه أي غير صوم رمضان؛ لأن الوقت وقت الصوم، والإنسان لا ينهى عن الصوم في وقته، فالنهي أحد الشيئين، إما إذا صام رمضان، أو الزيادة على ما شرع، وهذا لا يوجد في كل صوم، وإنما يوجد بصوم رمضان.
وكان ينبغي أن لا يكره واجب آخر إلا أنا أثبتنا نوع الكراهية؛ لأنه مثل رمضان في الفرضية، أو لعموم قول النبي ﷺ: «لا يصام» الحديث، فلا يؤثر في نفس الصوم بالنقصان، فيصلح لإسقاط ما وجب عليه كالصلاة في الأرض المغصوبة. (ب)

(٨) فإن الصوم فيه مكروه أي صوم كان. (ب)

(٩) من صوم القضاء والكفارة والنفل. (ب)

(١٠) قوله: "والكراهة هنا بصورة النهي" أي النهي المحمول على رمضان، فإنه وإن حمل عليه فصورته اللفظية قائمة به، وهذا يفيد أنها كراهة تنزيه. (فتح القدير)

(١١) وبه قال مالك. (ب)

حجة على الشافعي في قوله: يكره على سبيل الابتداء(١)، والمراد(٢) بقوله ﷺ: «لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين»*(٣) الحديث، نهى التقدم بصوم رمضان؛ لأنه يؤديه قبل أوانه.

ثم إن وافق صومًا كان يصومه(٤)، فالصوم أفضل بالإجماع، وكذا إذا صام ثلاثة أيام من آخر الشهر(٥) فصاعدًا، وإن أفرده، فقد قيل(٦): الفطر أفضل احترازًا عن ظاهر النهي، وقد قيل: الصوم أفضل اقتداء بعلي وعائشة**(٧)، فإنهما كانا يصومانه(٨). والمختار أن يصوم(٩) المفتي بنفسه(١٠) أخذًا بالاحتياط، ويفتي العامة بالتَلَوُّم(١١) إلى وقت الزوال، ثم

---

(١٢) من قوله عليه الصلاة والسلام: «إلا تطوعًا». (ع)

(١) قوله: "على سبيل الابتداء"هو أن لا يكون له اعتيادصوم الخميس مثلا، فاتفق يوم الشك ذلك اليوم فصامه.(ك)

(٢) جواب ما استدل به الشافعي. (ع)

* أخرجه الشيخان عن أبي هريرة راجع نصب الراية ج٢ ص٤٤٠، والدراية ج١، الحديث ٣٦٤ص٢٧٦. (نعيم)

(٣) تمامه: «إلا أن يكون صوم يوم رجل فليصم ذلك اليوم». (ب)

(٤) أي يعتاد صومه.

(٥) أي شهر شعبان أو كل شهر.

(٦) وهو قول محمد بن سلمة. (ب)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٤٤١، والدراية ج١، الحديث ٣٦٥ص٢٧٧. (نعيم)

(٧) قوله: "اقتداء بعلي وعائشة رض" قال في "شرح الكنز": لا دلالة فيه؛ لأنهما كانا يصومانه بنية رمضان، قال في "الغاية" ردًا على صاحب "الهداية": إن مذهب علي رض خلاف ذلك. (فتح القدير)

(٨) قوله: "كانا يصومانه" قال تاج الشريعة: كانا يصومان يوم الشك، ويقولان: لأن نصوم من شعبان أحب إلينا من أن نفطر يومًا من رمضان، وذكره الأكمل وغيره، قال مخرج الأحاديث: هذا غريب، يعنى لم يثبت على هذا الوجه. وفي "التحقيق" لابن الجوزي: مذهب علي وعائشة رضى الله عنهما أنه يجب صوم الثلاثين من شعبان إذا حال غيم ونحوه، قال: وهو أصح الروايتين عن أحمد بن حنبل. (ب)

(٩) أي ناويًا للتطوع. (ك)

(١٠) قوله: "أن يصوم المفتي بنفسه [دون أن يأمر غيره. ب]" وفي "جامع الكردري": المختار أن يصوم الخواص دون العوام، والفرق بين الخاصة والعامة أن كل من يعلم نية يوم الشك، فهو من الخواص، وإلا فهو من العوام. (بناية)

(١١) أي الانتظار. (ب)

بالإفطار نفيًا للتهمة.

والرابع: أن يضجّع[(١)] فى أصل النية، بأن ينوى أن يصوم غدًا إن كان رمضان، ولا يصومه إن كان من شعبان، وفى هذا الوجه لا يصير صائمًا؛ لأنه لم يقطع[(٢)] عزيمته، فصار كما إذا نوى أنه[(٣)] إن وجد غدا غذاء يفطر، وإن لم يجد يصوم.

والخامس: أن يضجع فى وصف النية، بأن ينوى إن كان غدًا من رمضان يصوم عنه، وإن كان من شعبان فعن واجب آخر، وهذا مكروه؛ لتردده بين أمرين مكروهين[(٤)]. ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه؛ لعدم التردد فى أصل النية، وإن ظهر أنه من شعبان لا يجزئه عن واجب الآخر؛ لأن الجهة لم تثبت للتردد فيها، وأصل النية لا يكفيه[(٥)]، لكنه يكون تطوعًا غير مضمون[(٦)] بالقضاء لشروعه فيه مسقطًا.

وإن نوى عن رمضان إن كان غدا منه، وعن التطوع إن كان غدًا من شعبان يكره؛ لأنه ناوٍ للفرض من وجه، ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه عنه؛ لما مر[(٧)]، وإن ظهر أنه من شعبان جاز عن نفله؛ لأنه يتأدى بأصل النية، ولو أفسده يجب[(٨)] أن لا يقضيه لدخول الإسقاط فى عزيمته من وجه. قال: ومن رأى هلال رمضان وحده صام وإن لم يقبل الإمام شهادته؛ لقوله ﷺ: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته»[(٩)]، وقد رأى ظاهرًا،

(١) أى يردد من التضجيع. (ب)

(٢) أى لم يجزم بنية الصوم.

(٣) قوله: "أنه" وكذا إذا قال: إن وجدت سحوراً صمت، وإلا لا، فإنه لا يكون ناويًا. (بناية)

(٤) وهما صوم رمضان وصوم واجب آخر. (ب)

(٥) لعدم التعيين ولا بد منه فيه. (ب)

(٦) يعنى إذا أفسده لا يجب القضاء.

(٧) أى لعدم التردد فى أصل النية.

(٨) فإن القضاء إنما يجب إذا جزم به، وههنا لم يجزم به.

(٩) هذا قطعة من حديث البخارى الذى مر. (ب)

وإن أفطر فعليه القضاء[١] دون الكفارة.

وقال الشافعي[٢]: عليه الكفارة إن أفطر بالوقاع[٣]؛ لأنه أفطر في رمضان حقيقةً لتيقنه به[٤]، وحكمًا لوجوب الصوم عليه[٥].

ولنا أن القاضي رد شهادته بدليل شرعي، وهو تهمة الغلط، فأورث شبهة، وهذه الكفارة[٦] تندرئ بالشبهات. ولو أفطر قبل أن يرد الإمام شهادته، اختلف المشايخ[٧] فيه، ولو أكمل هذا الرجل[٨] ثلاثين يومًا لم يفطر إلا مع الإمام؛ لأن الوجوب[٩] عليه للاحتياط، والاحتياط بعد ذلك في تأخير الإفطار[١٠]، ولو أفطر لا كفارة عليه اعتبارًا للحقيقة[١١] التي عنده. قال: وإذا كان بالسماء علة قبل الإمام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال، رجلا كان أو امرأة، حرًا كان أو عبدًا؛ لأنه أمر ديني[١٢]، فأشبه

---

(١) سواء كان إفطار بالأكل، أو الشرب، أو الجماع. (ب)

(٢) وبه قال أحمد ومالك. (ب)

(٣) الجماع.

(٤) لأن الرؤية أقوى مراتب اليقين، ولا عبرة لشك غيره.

(٥) برؤية الهلال بالنص.

(٦) قوله: "وهذه الكفارة" أي كفارة الفطر عقوبة تندرئ بالشبهات، ولذا لا تجب على المعذور والمخطئ، بخلاف سائر الكفارات، فإنها تجب على المعذور والمخطئ. (كفاية)

(٧) قوله: "اختلف المشايخ [والصحيح أن لا يجب الكفارة. ك]" فمن نظر إلى أن المورث للشبهة المذكورة في الكتاب -وهو رد القاضي شهادته- ليس ههنا، قال بوجوب الكفارة قبل الرد لانتفاء ما يورثها، ومن نظر إلى أن يوم الصوم يوم يصوم الناس فيه؛ لقول النبي ﷺ: «صومكم يوم تصومون» الحديث. وليس ما نحن فيه يوم الصوم يصوم الناس فيه؛ لأنه لا يلزمهم صوم اليوم المذكور، لا أداءً ولا قضاءً، وهذا يقتضي أن لا يجب عليه الصوم، لكن لما لم يكن يوم الفطر في حقه حقيقة، وعارضه نص آخر، وهو قول النبي ﷺ: «صوموا لرؤيته» أورث شبهة الإباحة في ما يندرئ بالشبهات، قال بعدم وجوبها. (عناية)

(٨) أي الذي رد شهادته.

(٩) مع رد الإمام شهادته.

(١٠) فلعل الغلط وقع له. (ب)

(١١) وهي صوم ثلاثين يومًا.

(١٢) قوله: "لأنه أمر ديني" يعني إذا أخبر عن أمر ديني، وهو وجوب الصوم على الناس، فيقبل خبره، إذا لم يكذبه الظاهر؛ لأنه ربما سبق الغيم من موضع القمر، فاتفقت له رؤيته. (بناية)

رواية الأخبار(١)، ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة(٢)، وتشترط العدالة؛ لأن قول الفاسق فى الديانات غير مقبول(٣).

وتأويل قول الطحاوى(٤): "عدلا كان أو غير عدل" أن يكون(٥) مستوراً(٦)، والعلة غيم أو غبار أو نحوه، وفى إطلاق(٧) جواب الكتاب(٨) يدخل المحدود فى القذف بعد ما تاب، وهو ظاهر الرواية(٩)؛ لأنه خبر دينى. وعن أبى حنيفة: أنها لا تقبل؛ لأنها شهادة(١٠) من وجه، وكان الشافعى فى أحد قوليه يشترط المثنى، والحجة عليه ما ذكرنا(١١)، وقد صح أن النبى ﷺ(١٢) قبل شهادة الواحد(١٣) فى رؤية هلال رمضان*، ثم إذا قبل الإمام شهادة الواحد، وصاموا ثلاثين يوماً لا يفطرون(١٤) فيما

(١) أى الأحاديث. (ب)

(٢) لأنها ملزمة لغيره. (ب)

(٣) قوله: "غير مقبول" إنما لم يقل: مردود؛ لأن خبر الفاسق موقوف لقوله تعالى: ﴿إذا جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾. (عناية)

(٤) قوله: "وتأويل [مبتدأ] قول الطحاوى إلخ" المراد أن بهذا التأويل يرجع قوله إلى إحدى الروايتين فى المذهب، لا أنه يرتفع به الخلاف، فإن المراد بالعدل فى ظاهر الرواية من ثبتت عدالته، فإن الحكم بقوله فرع ثبوتها، ولا ثبوت فى المستور، وفى رواية الحسن، وهى المذكورة تقبل شهادة المستور، وبه أخذ الحلوانى. (ف)

(٥) خبر.

(٦) أى غير معروف العدالة فى الباطن. (ب)

(٧) وهو قوله: قبل الإمام شهادة الواحد العدل. (ك)

(٨) أى القدورى.

(٩) والصحابة قبلوا شهادة أبى بكرة بعد ما حد فى القذف. (ب)

(١٠) قوله: "لأنها شهادة من وجه" من حيث إن وجوب العمل به إنما كان بعد قضاء القاضى، ومن حيث اختصاصه بمجلس القضاء، ومن حيث اشتراط العدالة. (ك)

(١١) من أنه أمر دينى.

(١٢) رواه أصحاب السنن الأربع. (ب)

(١٣) قوله: "قبل شهادة الواحد" جاء أعرابى، فقال: إنى رأيت الهلال، قال: «أتشهد أن لا إله إلا الله قال نعم قال أتشهد أن محمداً رسول الله قال نعم قال يا بلال أذن فى الناس فليصوموا». (عينى)

* رواه ابن عباس راجع نصب الراية ج٢ ص٤٤٣، والدراية ج١، الحديث ٣٦٦ ص٢٧٧. (نعيم)

(١٤) يعنى إذا لم يروا الهلال. (ب)

روى الحسن عن أبى حنيفة للاحتياط، ولأن الفطر لا يثبت بشهادة الواحد. وعن محمد[١]: أنهم يفطرون، ويثبت الفطر بناء[٢] على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد، وإن كان لا يثبت بها ابتداء، كاستحقاق الإرث[٣] بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة.

قال: وإذا لم تكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة، حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم؛ لأن التفرد بالرؤية فى مثل هذه الحالة يوهم الغلط[٤]، فيجب التوقف فيه[٥] حتى يكون جمعًا[٦] كثيرًا[٧]، بخلاف ما إذا كان بالسماء علة؛ لأنه قد ينشق الغيم عن موضع القمر[٨]، فيتفق للبعض النظر، ثم قيل[٩] فى حد الكثير: أهل المحلة.

وعن أبى يوسف: خمسون رجلا اعتبارًا بالقسامة[١٠]، ولا فرق بين أهل المصر، ومن ورد من خارج المصر.

وذكر الطحاوى أنه تقبل شهادة الواحد إذا جاء من خارج المصر؛ لقلة الموانع[١١]، وإليه الإشارة فى كتاب الاستحسان[١٢]، وكذا إذا كان على

(١) فى ما رواه ابن سماعة. (ب)

(٢) جواب عن اعتراض ابن سماعة على محمد. (ب)

(٣) مع أن الإرث لا يثبت بشهادتها ابتداء. (ب)

(٤) الظاهر أن يقول: ظاهر فى الغلط. (ف)

(٥) خلاصة الفتاوى.

(٦) قوله: "حتى يكون جمعًا" القياس أن يقول: حتى يكون جمع كثير، ولقد راجعت النسخ، وفى كلها جمعًا كثيرًا، فيحتاج إلى تقدير، وهو أن يقال: حتى يكون الراؤن جمعًا كثيرًا. (عينى)

(٧) مقدار القلة والكثرة مفوض إلى رأى الإمام.

(٨) قوله: "عن موضع القمر" هذا للسجع باعتبار ما يؤول إليه، وإلا لا يسمى قمرا إلا بعد ليلتين. (منافع حاشية نافع شرح قدورى)

(٩) وقيل: أربعة آلاف ببخارى. (ب)

(١٠) فإنه يعتبر فى القسامة خمسون رجلا من أهل المحلة، إذا وجد قتيل فيه.

(١١) وهى الغبار والدخان ونحوه.

(١٢) قوله: "فى كتاب الاستحسان" ولفظه: فإذا كان الذى يشهد بذلك فى المصر، ولا علة فى السماء

مكان مرتفع في المصر.

قال: ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر[١] احتياطًا، وفي الصوم الاحتياط في الإيجاب.

قال: وإذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر إلا شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين؛ لأنه تعلق به نفع العبد[٢]، وهو الفطر، فأشبه سائر حقوقه[٣]، والأضحى كالفطر في هذا[٤] في ظاهر الرواية، وهو الأصح، خلافًا لما روى عن أبي حنيفة أنه كهلال رمضان؛ لأنه[٥] تعلق به نفع العباد، وهو التوسع بلحوم الأضاحي، وإن لم يكن بالسماء علة لم تقبل إلا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا.

قال: ووقت الصوم من حين طلوع الفجر[٦] الثاني إلى غروب الشمس؛ لقوله تعالى: ﴿وَكُلُوا۟ وَاشْرَبُوا۟ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ﴾ إلى أن قال: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾، والخيطان بياض النهار[٧] وسواد الليل.

لم تقبل شهادته، وجه الإشارة أن التنصيص في الرواية يدل على نفي ما عداه. (بناية)

(١) ولو أفطر لا كفارة عليه. (ب)

(٢) قوله: "لأنه تعلق إلخ" [illegible] لظاهر الرواية، رجح في "التحفة" رواية "النوادر"، فقال: والصحيح أنه يقبل فيه شهادة الواحد والاثنين. (ف)

(٣) قوله: "فأشبه سائر حقوقه" فيشترط في الرجلين الحرية، ويشترط لفظ الشهادة، وأما الدعوى فينبغي أن لا يشترط، كما في عتق الأمة، وطلاق الحرة عند الكل، وعتق العبد عند أبي يوسف ومحمد.

وأما على قياس أبي حنيفة فينبغي أن يشترط الدعوى عنده، كما في عتق العبد، ولا تقبل شهادة المحدود في القذف، وإن تاب. (ب)

(٤) قوله: "في هذا" أي في أنه لا يقبل به إلا شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.

(٥) قوله: "لأنه" تعليل لظاهر الرواية الذي هو الأصح. (عيني)

(٦) قوله: "حين طلوع الفجر" وقال الأعمش: من طلوع الشمس، وهو غلط فاحش. (عيني)

(٧) قوله: "بياض النهار وسواد الليل" وقوله تعالى: ﴿من الفجر﴾ هو الذي بين بياض النهار، وسواد الليل؛ لأنه نزل بعد قوله: ﴿حتى يتبين﴾ إلخ، ولهذا لما سمع عدي بن حاتم هذه الآية علق خيطين، أحدهما أبيض، والآخر أسود، وكان يأكل حتى يتبين له الخيط الأبيض من الخيط الأسود، ففعل ذلك يومًا، فطلع الشمس، فجاء إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وقال: «إنك لعريض القفا». (ب)

والصوم هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع نهاراً مع النية ؛ لأن الصوم في حقيقة اللغة هو الإمساك(١) عن الأكل والشرب والجماع ؛ لورود الاستعمال فيه ، إلا أنه(٢) زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة من العادة ، واختص بالنهار لما تلونا(٣) ، ولأنه لما تعذر الوصال(٤) ، كان تعيين النهار أولى ؛ ليكون على خلاف العادة ، وعليه مبنى العبادة ، والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الأداء(٥) في حق النساء .

باب ما يوجب(٦) القضاء والكفارة

قال : وإذا أكل الصائم ، أو شرب ، أو جامع نهاراً ناسيًا لم يفطر ، والقياس أن يفطر ، وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم ، فصار كالكلام ناسيًا في الصلاة(٧) .

ووجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام للذى أكل وشرب ناسيًا(٨) : «تمّ(٩) على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك»* ، وإذا ثبت هذا في الأكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية(١٠) ، بخلاف

(١) وإن كان في ساعة.

(٢) أى الإمساك.

(٣) أى من قوله تعالى: ﴿أتموا الصيام إلى الليل﴾. (ب)

(٤) وهو وصل النهار بالليل. (ب)

(٥) قوله: "لتحقق الأداء" فلا يجوز أداءه للحائض والنفساء، نعم يجب القضاء لثبوت أصل الوجوب.

(٦) لما كان أمرًا عارضًا ناسب أن يذكر مؤخرًا. (عينى)

(٧) فإنه مفسد عندنا أيضًا؛ لكونه منافيًا لها.

(٨) قوله: "قوله عليه الصلاة والسلام للذى إلخ" رواه الستة في كتبهم من حديث محمد ابن سيرين عن أبي هريرة، واللفظ لأبي داود، قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فقال: يا رسول الله! إنى أكلت وشربت ناسيًا، وأنا صائم، فقال: «الله أطعمك وسقاك»، انتهى، وهذا أقرب من لفظ المصنف. (عينى)

(٩) بكسر التاء المثناة من فوق، وتشديد الميم المفتوحة: أمر من تم بتم معناه أتممه. (ب)

* أخرجه الأئمة الستة عن أبي هريرة راجع نصب الراية ج٢ ص٤٤٥، والدراية ج١، الحديث ٣٦٧ص٢٧٨. (نعيم)

(١٠) قوله: "للاستواء في الركنية [فيكون الثبوت بدلالة النص، لا بالقياس]" فإن الركن واحد، وهو

الصلاة[١]؛ لأن هيئة الصلاة[٢] مذكّرة، فلا يغلب النسيان، ولا مذكّر في الصوم[٣] فيغلب، ولا فرق[٤] بين الفرض والنفل؛ لأن النص لم يَفْصل.

ولو كان مخطئًا[٥] أو مكرَهًا[٦]، فعليه القضاء[٧] خلافًا للشافعي[٨]، فإنه[٩] يعتبره بالناسي. ولنا[١٠] أنه لا يغلب وجوده، وعذر النسيان غالب، ولأن النسيان من قبل[١١] من له الحق، والإكراه من قِبَل غيره، فيفترقان كالمقيد والمريض[١٢] في قضاء الصلاة.

قال: فإن نام فاحتلم لم يفطر؛ لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم[١٣]: «ثلاث لا يُفطِرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام»*، ولأنه لم توجد صورة الجماع، ولا معناه، وهو الإنزال عن شهوة بالمباشرة.

الكف عن كل منها، فتساوت كلها في أنها متعلقة الركن لا يفضل واحد منها على أخويه، فإذا ثبت في فوات الكف عن بعضها ناسيًا عذره بالنسيان، وإبقاء صومه، كان ثابتًا أيضًا في فوات الكف ناسيًا عن أخويه. (ف)

(١) جواب عن قياس مالك.

(٢) هي القيام والقعود وغيرهما. (ب)

(٣) قوله: "ولا مذكر في الصوم" لأن حالة الصائم وغير الصائم سواء، فإن الصوم أمر يبطن. (ب)

(٤) قوله: "ولا فرق" وقال مالك وابن أبي ليلى ومحمد بن مقاتل الرازي: يقضي في الفرض، وهو القياس، كذا ذكره الإمام المحبوبي. (ب)

(٥) قوله: "ولو كان مخطئًا" الفرق بين النسيان والخطأ أن الناسي قاصد للفعل ناسٍ للصوم، والمخطئ ذاكر للصوم غير قاصد للفعل، صورته: إذا تمضمض، فسبق الماء إلى حلقه. (ب)

(٦) بفتح الراء. (ب)

(٧) وبه قال مالك. (ب)

(٨) وبه قال أحمد. (ب)

(٩) بجامع أنه غير قاصد.

(١٠) الحاصل أن القياس مع الفارق.

(١١) أي جانب الشارع.

(١٢) قوله: "كالمقيد والمريض" فإن المقيد إذا صلى قاعدًا بعذر القيد يقضي؛ لأنه من قبل الغير، بخلاف المريض. (عناية)

(١٣) أخرجه الترمذي. (عيني)

* رواه أبو سعيد الخدري راجع نصب الراية ج٢ ص٤٤٦، والدراية ج١، الحديث ٣٦٨ص٢٧٨. (نعيم)

وكذا(١) إذا نظر إلى امرأة فأمنى؛ لما بينا(٢)، وصار كالمتفكر(٣) إذا أمنى، وكالمستمنى بالكف(٤) على ما قالوا(٥)، ولو أدّهن لم يفطر؛ لعدم المنافى، وكذا إذا احتجم لهذا، ولما روينا(٦). ولو اكتحل لم يفطر(٧)؛ لأنه ليس بين العين والدماغ منفذ، والدمع(٨) يترشح كالعروق، والداخل من المسام لا ينافى، كما لو اغتسل بالماء البارد(٩)، ولو قبل امرأة لا يفسد صومه يريد(١٠) به إذا لم ينزل؛ لعدم المنافى صورةً ومعنًى، بخلاف الرجعة والمصاهرة(١١)؛ لأن الحكم هناك أدير على السبب على ما يأتى فى موضعه(١٢) إن شاء الله.

---

(١) وعند مالك إذا كرر فأنزل أفطر. (ف)

(٢) أى عدم وجود الجماع لا صورةً ولا معنًى.

(٣) قوله: "كالمتفكر" يعنى إذا تفكر فى امرأة حسناء، فأنزل لا يفطر، ولأصحاب مالك فى المتفكر روايتان، وخالف فيه بعض الحنابلة. (ب)

(٤) قوله: "وكالمستمنى بالكف" وهل يحل أن يفعل الاستمناء؟ إن أراد تسكين الشهوة، أرجو أن لا يكون عليه وبال، وإن أراد قضاء الشهوة، فلا يحل؛ لقول النبى ﷺ: «ناكح اليد ملعون»، كذا فى "شرعة الإسلام" وغيره. ونقل الزيلعى عن بعض الأخيار أنه قال: سمعت أن قوماً يبعثون فى المحشر وأيديهم حبالى، فلعلهم هم المستمنيون بالكف. والسر فى حرمته أنه إضاعة الحرث بلا فائدة، وصرف ما خلق لأجل النسل إلى غير محله، وقد سئل ابن عباس عن الاستمناء، فقال: النكاح بالأمة خير منه، ثم الاستمناء بالكف ليس بمختص بالحرمة، بل تعمه والاستمناء بالفخذ، أو غير ذلك، كما فى "رد المحتار" لعموم العلة، وتخصيص اليد فى الحديث لعله باعتبار الأكثر وقوعًا، والله أعلم. (عبد)

(٥) قوله: "على ما قالوا" عادته فى مثله إفادة الضعف مع الخلاف، وعامة المشايخ على أن الاستمناء مفطر، وقال المصنف فى التجنيس: إنه المختار. (ف)

(٦) وهو قوله: «ثلاثة لا يفطرن» إلخ.

(٧) قوله: "ولو اكتحل لم يفطر [سواء وجد طعمه أو لا؛ لأن طعمه داخل من المسام. ف]" ولو بزق بعد الاكتحال، فوجد لونه فى بزاقه، قيل: يفسد، وذكر فى "جوامع الفقه" لا؛ لأنه ليس بين العين والدماغ منفذ، فما وجد إنما هو أثره لا عينه. (ب)

(٨) قوله: "والدمع إلخ" جواب عن سؤال مقدر، تقريره: لو لم يكن بينهما منفذ لما خرج الدمع. (ب)

(٩) فإنه لا ينافى الصوم مع وصول البرودة إلى القلب.

(١٠) أى القدورى أو محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(١١) فإنهما يثبتان بالقبلة والمس بالشهوة وإن لم ينزل. (ع)

(١٢) أى فى باب الرجعة. (ع)

ولو أنزل بقبلة أو لمس، فعليه القضاء دون الكفارة؛ لوجود معنى الجماع[١]، ووجودُ المنافى صورةً أو معنًى يكفى لإيجاب القضاء احتياطًا، أما الكفارة فتفتقر إلى كمال الجناية؛ لأنها تندرئ بالشبهات[٢] كالحدود.

ولا بأس بالقُبلة إذا أَمِنَ على نفسه أى الجماع أو الإنزال، ويكره إذا لم يأمن؛ لأن عينه[٣] ليس بمفطر، وربما يصير فطراً بعاقبته، فإن أمن يعتبر عينه، وأبيح له، وإن لم يأمن تعتبر عاقبته، وكره له، والشافعى أطلق فيه فى الحالين[٤]، والحجة عليه ما ذكرنا.

والمباشرة الفاحشة[٥] مثل التقبيل فى ظاهر الرواية، وعن محمد: أنه كره المباشرة الفاحشة؛ لأنها قل ما تخلو عن الفتنة. ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر، وفى القياس يفسد صومه؛ لوصول المفطر إلى جوفه، وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة[٦]، وجه الاستحسان أنه لا يستطاع الاحتراز عنه[٧]، فأشبه الغبار والدخان[٨].

(١) وهو قضاء الشهوة بالمباشرة.

(٢) وعدم صورة الجماع صار شبهة.

(٣) ذكر الضمير باعتبار التقبيل. (ب)

(٤) قوله: "والشافعى أطلق فيه [أى فى جواز القبلة. ع] فى الحالين" وفيه نظر لأنه ذكر فى وجيزهم وتكره القبلة للصائم الذى لا يملك إربه. (بناية)

(٥) وهى أن يعانقها مجردين، ويمس فرجه فرجها. (ع)

(٦) فإنه يفطر بدخولهما فى فمه وجوفه.

(٧) إذا دخلا. (ف)

(٨) قوله: "والدخان" المراد به إذا دخل، فإنه ليس بمفطر؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه لدخوله من الأنف إذا أطبق، قد صرحوا به، ومفاده الإدخال مفسد، كما فى "الدر المختار"، فمفاده أن إدخال دخان التنباك المتعارف فى زماننا مفسد؛ لأنه إدخال، لا دخول، ويمكن الاحتراز عنه، كذا فى "السراج المنير".
قد صرح به فى "رد المحتار" أيضاً، وسبقه فى ذلك الشرنبلالى فى "مراقى الفلاح"، وشيخى زاده فى "مجمع الأنهر"، وقد ألفت فى هذه المسألة رسالة سميتها "زجر أرباب الريان عن شرب الدخان" لما سمعت أن بعض الناس يقول: بعدم فساد الصوم بشرب دخان التنباك، فلترجع إليه. (مولوى محمد عبد الحى رحمه الله)

واختلفوا فى المطر والثلج[١]، والأصح أنه يفسد لإمكان الامتناع عنه إذا آواه خيمةٌ أو سقف[٢].

ولو أكل لحمًا بين أسنانه، فإن كان قليلا لم يفطر، وإن كان كثيراً يفطر، وقال زفر: يفطر فى الوجهين[٣]؛ لأن الفم له حكم الظاهر[٤]، حتى لا يفسد صومه بالمضمضة. ولنا أن القليل تابع لأسنانه بمنزلة ريقه[٥]، بخلاف الكثير؛ لأنه لا يبقى فيما بين الأسنان، والفاصل مقدار الحمّصة[٦]، وما دونها قليل[٧].

وإن أخرجه وأخذه بيده ثم أكله[٨]، ينبغى أن يفسد صومه؛ لما روى عن محمد أن الصائم إذا ابتلع سِمْسمةً[٩] بين أسنانه لا يفسد صومه[١٠]، ولو أكلها[١١] ابتداءً يفسد صومه، ولو مضغها لا يفسد؛ لأنها تتلاشى، وفى مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند أبى يوسف، وعند زفر: عليه

---

(١) قوله: "واختلفوا فى المطر والثلج" قال بعضهم: إن المطر يفسد دون الثلج، وقال بعضهم: على العكس، وعامتهم على أن كلا منهما مفطر، وهو الصحيح لحصول المفطر معنى. (عناية)

(٢) قوله: "إذا آواه خيمةٌ أو سقف" مفاده أنه لو لم يقدر على ذلك بأن كان سائرًا مسافرًا فسده، وليس كذلك، فالأولى التعليل بإمكان ضيق الفم وفتحها أحيانًا. (ف)

(٣) يعنى فى القليل والكثير.

(٤) ولو أكل القليل من خارج يفسد صومه، فكذا إذا أكل ما بين أسنانه. (ع)

(٥) ولو ابتلع ريقه لم يفسد. (ع)

(٦) بفتح الميم المشددة. (ب)

(٧) قوله: "وما دونها قليل" فقدر الحمصة داخل فى الكثير، بخلاف قدر الدرهم فى باب النجاسة، فإنه الفاصل بين القليل والكثير، وهو داخل فى القليل. (عناية)

(٨) قوله: "ثم أكله" الظاهر أن المراد بالأكل المضغ والابتلاع، فيفيد حينئذٍ خلاف ما فى "شرح الكنز" أنه إن مضغ ما أدخله، وهو دون الحمصة لا يفطر، لكنه يشهد بما روى عن محمد من الفساد فى ابتلاع السّمسمة بين أسنانه، وعدمه إذا مضغها، فيكون الواجب أن المراد بالأكل الابتلا ع فقط دون غيره. (فتح القدير)

(٩) تل.

(١٠) وبه قال زفر وأحمد والشافعى. (ب)

(١١) يعنى بدون المضغ.

الكفارة أيضاً ؛ لأنه طعام متغير[١] ، ولأبى يوسف أنه يعافه الطبع[٢] .

فإن ذرعه القيء[٣] لم يفطر[٤] ؛ لقوله ﷺ[٥] : «من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء[٦] عامداً فعليه القضاء»* ، ويستوى فيه ملء الفم[٧] فما دونه ، فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند أبى يوسف ؛ لأنه خارج حتى انتقض به الطهارة ، وقد دخل .

وعند محمد[٨] لا يفسد ؛ لأنه لم توجد صورة الفطر ، وهو الابتلاع ، وكذا معناه ؛ لأنه لا يتغذى به عادة[٩] ، وإن أعاده ؛ فسد بالإجماع ؛ لوجود الإدخال بعد الخروج ، فتتحقق صورة الفطر ، وإن كان أقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه ؛ لأنه غير خارج ، ولا صنع له في الإدخال ، وإن أعاده[١٠] ، فكذلك عند أبى يوسف لعدم الخروج[١١] ، وعند محمد يفسد صومه ؛ لوجود الصنع منه فى الإدخال .

---

(١) فصار كاللحم النتن. (ع)

(٢) قوله: "أنه يعافه الطبع [أى يكرهه يقال: عاف الماء عيافة كرهه. ب]" وذلك لأنه لما بقى بين الأسنان شيء دخل فى معنى الغذاء نقصان، ولهذا إذا تخلل يرميه، وربما تكو له رائحة كريهة يكرهها الطبع، فلما دخل فى معنى الغذاء نقصان قصرت الجناية، ومع قصورها لا تجب الكفارة. (ب)

(٣) أى سبق إلى فيه وغلبه. (ب)

(٤) وبه مالك والشافعى وأحمد. (ب)

(٥) روى هذا الحديث الأئمة الأربعة. (ب)

(٦) يعنى طلب القيء، وكذلك معنى تقيأ.

* رواه أبو هريرة راجع نصب الراية ج٢ ص٤٤٨، والدراية ج١، الحديث ٣٦٩ ص٢٧٩. (نعيم)

(٧) أى القيء الذى غلبه.

(٨) قيل: هو الصحيح. (ع)

(٩) قيد به لأنه ليس مما يتغذى به فى الأصل. (ف)

(١٠) قوله: "وإن أعاد فكذلك عند أبى يوسف [وهو المختار. ف] إلخ" فأصل أبى يوسف فى العود والإعادة الخروج، وهو يملأ الفم، وعدمه بعدمه، وأصل محمد الصنع، وهو بالإعادة، قل أو كثر. (فتح القدير)

(١١) أى لا يفسد.

فإن استقاء عمداً[١] ملأ فيه، فعليه القضاء ؛ لما روينا[٢]، والقياس متروك به[٣]، ولا كفارة عليه لعدم الصورة[٤]، وإن كان أقل من ملء الفم، فكذلك عند محمد لإطلاق الحديث.

وعند أبي يوسف[٥]: لا يفسد لعدم الخروج حكمًا، ثم إن عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج، وإن أعاده فعنه أنه لا يفسد لما ذكرنا[٦]، وعنه أنه يفسد، فألحقه بملء الفم لكثرة الصنع[٧].

قال: ومن ابتلع الحصاة، أو الحديد أفطر ؛ لوجود صورة الفطر، ولا كفارة عليه ؛ لعدم المعنى[٨]، ومن جامع في أحد السبيلين عامداً، فعليه القضاء استدراكًا للمصلحة الفائتة[٩]، والكفارة لتكامل الجناية[١٠]، ولا يشترط الإنزال في المحلين اعتبارًا بالاغتسال[١١]، وهذا لأن قضاء الشهوة يتحقق دونه، وإنما ذلك شبع. وعن أبي حنيفة: أنه لا تجب الكفارة

(١) قيد به؛ لأنه لو استقاء ناسيًا لا يفطر كغيره من المفطرات. (ف)

(٢) هو ما سبق من الحديث: «ومن استقاء عامدًا فعليه القضاء».

(٣) قوله: "والقياس متروك به" لأن القياس أن لا يفسد إلا بالدخول ألا ترى أنه لا يفسد بالبول وغيره. (بناية)

(٤) وهو الدخول.

(٥) صححه الزيلعي في "شرح الكنز". (ف)

(٦) أي عدم سبق الخروج.

(٧) لوجود صنع الاستقاء وصنع الإعادة. (ع)

(٨) قوله: "لعدم المعنى" أي معنى المفطر، وهو إيصال ما فيه نفع البدن إلى الجوف سواءً كان مما يتغذى به، أو لا، فقصرت الجناية، وكل ما لا يتغذى به عادةً، ولا يتداوى به عادةً كالحجر وغيره كذلك. (ف)

(٩) قوله: "استدراكًا للمصلحة الفائتة" قلنا: هذه المصلحة قهر النفس الأمارة بالسوء، والجماع يفوت لتضاده، فيجب القضاء للاستدراك. (ب)

(١٠) قوله: "لتكامل الجناية" وهي إيلاج الفرج في الفرج، وهو قول الجمهور، وقال الشعبي والنخعي وسعيد بن جبير: لا كفارة عليه، وهو قول الزهري، وابن سيرين. (ب)

(١١) يعني إذا دخل ولم ينزل وجب عليه الغسل، فكذا الكفارة. (ع)

بالجماع فى الموضع المكروه[١]؛ اعتبارًا بالحد عنده[٢]، والأصح أنها تجب؛ لأن الجناية متكاملة لقضاء الشهوة.

ولو جامع ميتةً أو بهيمةً، فلا كفارة، أنزل أو لم ينزل خلافًا للشافعى[٣]؛ لأن الجناية تكاملها بقضاء الشهوة فى محل مشتهًى، ولم يوجد[٤]، ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع[٥] على الرجل تجب على المرأة[٦]. وقال الشافعى فى قول: لا تجب عليها؛ لأنها متعلقة بالجماع، وهو فعله، وإنما هى محل الفعل، وفى قول: تجب، ويتحمل الرجل عنها[٧]؛ اعتبارًا[٨] بماء الاغتسال. ولنا قوله ﷺ: «من أفطر فى رمضان فعليه ما على المظاهر[٩]»*، وكلمة "مَنْ" تنتظم الذكور والإناث،

---

(١) وهو الدبر. (ب)

(٢) فكما يندرئ الحد بالشبهة ههنا يندفع وجوب الكفارة أيضًا.

(٣) والصحيح عنه الوجوب. (ب)

(٤) ولذلك تنزه الطبائع السليمة عن مثل هذا الفعل.

(٥) قوله: "بالوقاع" وفى "الكافى": إن وطئ فى الدبر، فعن أبى حنيفة: لا كفارة عليهما، وعنه أن عليه الكفارة، وهو قولهما، وهو الأصح.

(٦) قوله: " تجب على المرأة [لو قال: على المفعول به، لكان أولى. ف]" هذا إذا طاوعته، وأما إذا غلبها على نفسها، فعليها القضاء دون الكفارة، وبه قال مالك. (ب)

(٧) قوله: "ويتحمل الرجل عنها إلخ" والمعنى أن هذه مؤنة أوقعها الزوج فيها، فيتحمل عنها كثمن ماء الاغتسال. (ع)

(٨) قوله: "اعتبارًا إلخ" هذا إذا كان الزوج موسرًا، وإن كان معسرًا فلا يتحملها. (ب)

(٩) قوله: "من أفطر إلخ" قال الإنزارى: هذا ما رواه أصحابنا فى كتبهم، وذكره السغناقى، ثم تبعه الأكمل مجردا من غير بيان فى حاله، ولا نسبة أحد، وقال الكاكى: وفى "المبسوط": واحتج علماءنا بقول النبى ﷺ: «من أفطر فى رمضان فعليه ما على المظاهر»، رواه أبو هريره، وقال مخرج أحاديثه: هذا حديث غريب لم أجده. واستدل ابن الجوزى فى "التحقيق" لمذهبنا ومذهبه بما رواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة أن النبى ﷺ أمر رجلا أفطر فى رمضان أن يعتق رقبة، أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكينًا، انتهى، وقال الكاكى: وما رواه فى المتن رواه الدارقطنى بمعناه. قلت: روى الدارقطنى عن أبى هريرة بسنده أن النبى ﷺ أمر الذى أفطر يومًا فى رمضان أن يكفر بكفارة الظهار. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٤٩، والدراية ج١، الحديث ٣٧٠ص٢٧٩. (نعيم)

ولأن السبب جناية الإفساد، لا نفس الوقاع[١]، وقد شاركته فيها، ولا يتحمل[٢]؛ لأنها عبادة[٣] أو عقوبة[٤]، ولا يجرى فيها التحمل.

ولو أكل[٥] أو شرب ما يتغذى به، أو ما يتداوى به، فعليه القضاء والكفارة[٦]، وقال الشافعي[٧]: لا كفارة عليه؛ لأنها شرعت في الوقاع بخلاف القياس؛ لارتفاع الذنب بالتوبة[٨]، فلا يقاس عليه غيره.

ولنا أن الكفارة تعلقت[٩] بجناية الإفطار في رمضان على وجه الكمال، وقد تحققت، وبإيجاب الإعتاق[١٠] تكفيراً عرف أن التوبة غير مكفرة لهذه الجناية[١١].

---

(١) لأنه تصرف في ملكه. (ع)

(٢) جواب عن قوله الثاني. (ع)

(٣) وهي وضعت لحصول الثواب للفاعل، فلا حمل فيه.

(٤) وهي موضوعة لزجر الجاني، فلا يتحمله أحد.

(٥) قوله: "ولو أكل" اعلم أن الكفارة تجب بالتغذي، واختلفوا في معناه، فقيل: هو أن يميل الطبع إليه، وتنقضي به شهوة البطن، وقيل: ما يعود نفعه إلى إصلاح البدن، وفائدته تظهر في ما إذا مضغ لقمة، ثم أخرجها، ثم ابتلعها، فعلى القول الثاني: تجب الكفارة، وعلى الأول: لا تجب، وهو الأصح، كذا في "الجوهرة النيرة شرح القدوري". وفي "التاتارخانية": الصائم إذا أكل ما يتداوى به، وما يؤكل عادةً، إما مقصوداً بنفسه، أو تبعاً لغيره تلزمه الكفارة، إذا علمت هذا، فنقول: دخان التنباك المروج في زماننا، بعضهم يشربونه نفعاً، وبعضهم يشربونه قضاء لحاجة البطن، ودفعاً لشهوة النفس، فتجب الكفارة بشربه في الصوم، وقد نبه عليه الشرنبلالي في "مراقي الفلاح" وفي "شرح الرهبانية". (زجر أرباب الريان عن شرب الدخان من تصانيف المولوي محمد عبد الحي)

(٦) وقال الأوزاعي: لا قضاء. (ب)

(٧) وبه قال أحمد. (ب)

(٨) قوله: "لارتفاع الذنب بالتوبة إلخ" بيانه أن الأعرابي جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فبين أنه واقع، وجاء تائباً نادماً، والتوبة رافعة للذنب بالنص، ومع ذلك أوجب النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم الكفارة عليه، فعلم أنها على خلاف القياس، فلا يقاس عليه غيره. (عناية)

(٩) مما فوقه من الحديث. (ف)

(١٠) قوله: "وبإيجاب الإعتاق إلخ" بيانه أن يقال: لا نسلم أن الجناية ترتفع بالتوبة، فإن الشرع لما أوجب الإعتاق كفارة لهذه الجناية، علم أنها غير مكفرة لها كجناية السرقة والزنا، فإنها لا ترتفع بمجرد التوبة، بل بالحد. (ب)

(١١) قوله: "عرف إلخ" جواب عن قول الشافعي، وليس برافع له؛ لأنه يسلم أن هذا الذنب لا يرتفع

ثم قال: والكفارة مثل كفارة الظهار؛ لما روينا[١]، ولحديث الأعرابي[٢] فإنه قال: يا رسول الله! هلكتُ وأهلكتُ[٣]، فقال: ما ذا صنعتَ، قال: واقعتُ امرأتي في نهار رمضان متعمداً، فقال ﷺ: «أعتق رقبةً»، فقال: لا أملك إلا رقبتي هذه، فقال: «صم شهرين متتابعين»، فقال: هل جاءني ما جاءني إلا من الصوم[٤]، فقال: «أطعم ستين مسكيناً» فقال: لا أجد، فأمر رسول الله ﷺ «أن يُؤتى بفرق[٥] من تمر»، ويروى: بعرق[٦] فيه تمر خمسة عشر صاعًا، وقال: «فرِّقها على المساكين»، فقال: والله ما بين لابتي المدينة[٧] أحد أحوج مني، ومن عيالي، فقال[٨]: «كل أنت وعيالك يجزئك[٩] ولا يجزئ أحداً بعدك»*، وهو حجة على الشافعي في قوله: يخير[١٠] لأن مقتضاه الترتيب، وعلى مالك[١١] في نفي

بمجرد التوبة، ولذا يثبت كونها على خلاف القياس. (ف)

(١) يعني «من أفطر في رمضان» إلخ.

(٢) قوله: "لحديث [رواه الستة. ف] الأعرابي" نسبة إلى الأعراب، والأعراب ساكنو البادية من العرب الذين لا يقيمون الأمصار. (ب)

(٣) قوله: "وأهلكت" ليس هذا اللفظ في الكتب الستة، وقال الخطابي: هذه اللفظة غير محفوظة، قلت: رواه الدارقطني والبيهقي. (عيني)

(٤) يعني ما وقعت في الهلاكة إلا بسبب الصوم، فكيف أطيق التتابع في صيام شهرين؟

(٥) بفتح الفاء والراء: مكيال يسع ستة عشر رطلا. (ب)

(٦) بفتح العين والراء، في "ديوان الأدب": العرق الزنبيل. (ب)

(٧) قوله: "لابتي المدينة" قال الأصمعي: اللابة الحرة، وهي الأراضي التي قد ألبستها حجارة سود، جمعه لابات ولوب. (ب)

(٨) قوله: "فقال: كل إلخ" في رواية لأبي داود: وقال الزهري: إنما كان هذا رخصة له خاصة، ولو أن رجلا فعل ذلك اليوم لم يكن له بد من التكفير، انتهى، وعليه جمهور العلماء. (ف)

(٩) هذا لم يرد في كتاب من كتب الحديث. (ب)

* أخرجه أصحاب الكتب الستة عن أبي هريرة راجع نصب الراية ج٢ ص ٤٥١، والدراية ج١، الحديث ٣٧١ص ٢٨٠. (نعيم)

(١٠) قوله: "في قوله: يخير [بين الإطعام والإعتاق والصيام، القائل بالتخيير ابن أبي ليلى. ع]" هذا سهو، والشافعي لا يقول بالتخيير، بل يقول بالترتيب، كما هو قولنا، وهو منصوص في كتبهم "الوجيز" و

التتابع للنص عليه.

ومن جامع فيما دون الفرج[١]، فأنزل فعليه القضاء؛ لوجود الجماع معنًى، ولا كفارة عليه؛ لانعدامه صورةً، وليس في إفساد صوم غير رمضان كفارة؛ لأن الإفطار في رمضان أبلغ في الجناية[٢]، فلا يلحق به غيره. ومن احتقن، أو استعط[٣]، أو أقطر[٤] في أذنه أفطر؛ لقوله ﷺ[٥]: «الفطر مما دخل» *ولوجود معنى الفطر، وهو وصول ما فيه صلاح البدن إلى الجوف، ولا كفارة عليه؛ لانعدامه صورةً، ولو أقطر في أذنيه الماء، أو دخلهما لا يفسد صومه؛ لانعدام المعنى والصورة[٦]، بخلاف ما إذا أدخله الدهنَ. ولو داوى جائفة[٧]، أو آمّة[٨] بدواء، فوصل إلى جوفه، أو دماغه أفطر عند أبي حنيفة، والذي يصل هو الرطب[٩].

وقالا: لا يفطر لعدم التيقن بالوصول؛ لانضمام[١٠] المنفذ مرةً،

"الخلاصة" المنسوبتان إلى الغزالي، وكذلك في كتبنا "مبسوطي شيخ الإسلام وفخر الإسلام". (نهاية)

(١١) قوله: "وعلى مالك إلخ" نسبته إلى مالك سهو، فإن القائل بنفي التتابع هو ابن أبي ليلى. (ب)

(١) أراد باستعمال الذكر في الفخذ وغيره، لا اللواطة. (ب)

(٢) لكونه جناية في الصوم والشهر جميعًا، بخلاف غيره. (عناية)

(٣) قوله: "ومن احتقن، أو استعط" أي استعمل الدواء بالحقنة، والسعوط: هو الدواء الذي يصب في الأنف، وهما على بناء الفاعل. (ع)

(٤) يفيد بما إذا كان دهنا. (ب)

(٥) رواه أبو يعلى الموصلي في "مسنده". (ب)

* من حديث عائشة رضي الله عنها راجع نصب الراية ج٢ ص٤٥٣، والدراية ج١، الحديث ٣٧٢ص٢٨٠. (نعيم)

(٦) أي إصلاح البدن. (ب)

(٧) هي الجراحة التي وصلت إلى الجوف. (ع)

(٨) قوله: "أو آمة" بمد الهمزة والتشديد هي الجراحة التي وصلت إلى أم الرأس. (ب)

(٩) قوله: "هو الرطب" أشار بهذا إلى أن المراد من قوله: يصل الدواء الرطب؛ لأن الخلاف فيه، وأما إذا كان يابسًا لا يفسد صومه بالإجماع، كذا في "المبسوط" و"تحفة الفقهاء"، وهو ظاهر الرواية، وقال السرخسي: فرق في ظاهر الرواية بين الرطب واليابس، وأكثر مشايخنا على أن العبرة للوصول. (ب)

(١٠) وحينئذٍ لا يصل.

واتساعه أخرى(١)، كما في اليابس من الدواء(٢).

وله أن رطوبة الدواء(٣) تلاقي رطوبة الجراحة، فيزداد ميلا إلى الأسفل، فيصل إلى الجوف، بخلاف اليابس؛ لأنه ينشف رطوبة الجراحة، فينسدّ فمها(٤).

ولو أقطر في إحليله(٥) لم يفطر عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يفطر، وقول محمد مضطرب فيه، فكأنه وقع(٦) عند أبي يوسف أن بينه وبين الجوف منفذًا، ولهذا يخرج منه البول، ووقع عند أبي حنيفة أن المثانة بينهما(٧) حائل، والبول يترشح منه، وهذا ليس من باب الفقه(٨).

ومن ذاق شيئًا بفمه لم يفطر؛ لعدم الفطر صورةً ومعنًى، ويكره له ذلك(٩)؛ لما فيه من تعريض الصوم على الفساد، ويكره للمرأة أن تمضغ لصبيها الطعام إذا كان لها منه بد(١٠)؛ لما بينا، ولا بأس إذا لم تجد منه بدًا؛ صيانةً للولد ألا ترى أن لها أن تفطر إذا خافت على ولدها.

ومضغ العلك(١١) لا يفطر الصائم؛ لأنه لا يصل إلى جوفه، وقيل: إذا

---

(١) وحينئذٍ يصل فوقع الشك.

(٢) حيث لا يفسد به صومه لعدم وصوله.

(٣) قوله: "رطوبة الدواء" الحاصل: أن الحكم ههنادارعلى السبب الظاهر؛ لتعذرالاطلاع على الوصول.

(٤) أي فم الجراحة فلا يصل إلى الأسفل. (ب)

(٥) قوله: "في إحليله [هو مخرج البول من الذكر. ب]" والإقطار في أقبال النساء، قيل: على الخلاف، وقيل: يفسد بلا خلاف، قال في "المبسوط": هو الأصح. (فتح القدير)

(٦) قوله: "فكأنه وقع إلخ" يفيد أن لا خلاف لو اتفقوا على تشريح هذا العضو. (ف)

(٧) الإحليل والجوف.

(٨) لأنه متعلق بعلم تشريح الأبدان، ولذلك توقف محمد في آخر عمره فيه. (عيني)

(٩) قوله: "ويكره له ذلك [فإنه لا يؤمن من أن يصل إلى الجوف. عيني]" وقال بعضهم: إن كان الزوج سيئ الخلق، لا بأس للمرأة أن تذوق المرقة بلسانها. (فتاوى قاضي خان)

(١٠) بأن وجدت جليسًا يمضغ. (ب)

(١١) قوله: "ومضغ العلك" بكسر العين الذي يمضغ، وأما بفتح العين، فهو مصدر من علك يعلك علكًا إذا

لم يكن ملتئماً[١] يفسد؛ لأنه يصل إليه بعض أجزاءه، وقيل: إذا كان أسود يفسد وإن كان ملتئماً لأنه يتمتّت، إلا[٢] أنه يكره للصائم؛ لما فيه من تعريض الصوم للفساد، ولأنه يتهم بالإفطار، ولا يكره للمرأة إذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن[٣]، ويكره للرجال على ما قيل[٤]، إذا لم يكن من علة[٥]، وقيل: لا يستحب[٦]؛ لما فيه[٧] من التشبه بالنساء. ولا بأس بالكحل[٨] ودهن[٩] الشارب؛ لأنه نوع ارتفاق[١٠]، وهو ليس من محظورات الصوم.

وقد ندب النبي ﷺ[١١] إلى الاكتحال يوم عاشورا، وإلى الصوم فيه[١٢]، * ولا بأس بالاكتحال للرجال[١٣] إذا قصد به التداوى دون

لاكه. (بناية)

(١) قوله: "إذا لم يكن ملتئماً" وذلك بأن يكون متحداً، ولم يعلكه أحد، فإنه في ابتداء المضغ يتفتت، فيصل إلى جوفه. (ك)

(٢) استثناء منقطع. (ف)

(٣) قوله: "مقام السواك [بالفتح مصدر. ب]" لأن أسنانهن ضعيفة، ومضغه ينقى الأسنان، ويشيد اللثة كالسواك. (ب)

(٤) ذكره فخر الإسلام. (ب)

(٥) في فمه. (ب)

(٦) أي هو مباح بخلاف النساء، فإنه يستحب لهن. (ف)

(٧) تعليل للكراهة فوضع في غير موضعه. (ب)

(٨) بالفتح مصدر. (ب)

(٩) يجوز الوجهان والفتح أولى. (ب)

(١٠) أي انتفاع.

(١١) قلت: رواه البيهقي، لكنه ضعيف. (ب)

(١٢) فيه أحاديث كثيرة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٥٤، والدراية ج١، ص٢٨٠. (نعيم)

(١٣) قوله: "بالاكتحال إلخ" قال الإنزاري: يعني الاكتحال بالكحل الأسود للرجال مباح، إذا لم يقصد به الزينة، وإلا فلا، قال العيني معترضا عليه: لا أدرى ما فائدة تقييد الكحل بالأسود، فإن الكحل لا يكون إلا الأسود، انتهى.

الزينة، ويستحسن دهن الشارب إذا لم يكن من قصده الزينة؛ لأنه يعمل عمل الخضاب[١]، ولا يفعل لتطويل اللحية[٢] إذا كانت بقدر المسنون، وهو القبضة*.

ولا بأس بالسواك الرطب[٣] بالغداة والعشي للصائم؛ لقوله ﷺ[٤]: «خير خلال[٥] الصائم السواك»** من غير فصل، وقال الشافعي: يكره بالعشي؛ لما فيه من إزالة الأثر المحمود، وهو الخلوف[٦]، فشابه دم الشهيد[٧].

قلنا: هو أثر العبادة والأليق به الإخفاء[٨]، بخلاف دم الشهيد[٩]؛ لأنه أثر الظلم، ولا فرق[١٠] بين الرطب الأخضر، وبين المبلول بالماء؛ لما روينا.

أقول: ليس كذلك، فإن الكحل يكون أسود، وأبيض، وأحمر، وقد شاهدنا هذه الأقسام، فأما الأحمر والأبيض فليسا للزينة، وإنما هو الأسود، فلذا قيد الإنزاري به؛ ليتعلق قوله: إذا لم يكن من قصده الزينة؛ لأن غير الأسود ينفع العين وغيره، فهو كأنه دواء الرمد وغيره، وليس للزينة، والله أعلم. (عبد)

(١) وبالخضاب جاءت السنة.

(٢) قوله: "ولا يفعل لتطويل اللحية إلخ" في "المحيط": اختلف في إعفاء اللحية، قال بعضهم: يتركها حتى تكثر، والقصر سنة، فما زاد على قبضة قطعها. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٥٧، والدراية ج١، ص٢٨١. (نعيم)

(٣) سواء كان رطوبته بنفسه، أو بالماء. (ف)، قيد به لنفي قول مالك: إنه مكروه. (ك)

(٤) رواه ابن ماجة. (ب)

(٥) بكسر الخاء المعجمة جمع الخلة بالفتح وهو الخصلة. (ب)

** من حديث عائشة رضي الله عنها راجع نصب الراية ج٢ ص٤٥٨، والدراية ج١، الحديث ٣٧٣ص٢٨٢. (نعيم)

(٦) بالضم. (ب)

(٧) قوله: "فشابه دم الشهيد" لأن كل واحد منهما دم، أما الخلوف فلقول النبي ﷺ: «لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك»، وأما دم الشهيد فلقوله: «اللون لون الدم والريح ريح المسك». (ب)

(٨) فرارًا عن الرياء. (ب)

(٩) جواب عن قياس الشافعي.

(١٠) وعن أبي يوسف أنه يكره المبلول بالماء. (ك)

فصل [١]

ومن كان مريضًا في رمضان[٢]، فخاف[٣] إن صام ازداد مرضه[٤]، أفطر وقضى، وقال الشافعي[٥]: لا يفطر، هو يعتبر خوف الهلاك، أو فوات العضو، كما يعتبر في التيمم[٦]، ونحن نقول: إنّ زيادة المرض وامتداده قد يفضي إلى الهلاك، فيجب الاحتراز عنه.

وإن كان مسافرًا لا يستضر بالصوم، فصومه أفضل[٧]، وإن أفطر جاز؛ لأن السفر لا يعرى عن المشقة[٨]، فجعل نفسه عذرًا، بخلاف المرض، فإنه قد يخف بالصوم[٩]، فشرط كونه مفضيًا إلى الحرج.

وقال الشافعي[١٠]: الفطر أفضل؛ لقوله ﷺ: «ليس من البر الصيام في

(١) قوله: "فصل" لما فرغ عن بيان الصوم، شرع في الأعذار المبيحة للإفطار. (عناية)

(٢) قوله: "ومن كان مريضًا إلخ" فإن قلت: ما هذه الواو في قوله: "ومن كان"، قلت: قد سمعت من الأساتذة الكبار أن الواو التي تذكر في أول الكلام الذي لم يذكر شيء قبله يسمى بواو الاستفتاح، ولم يذكره النحاة هذا. (ب)

(٣) قوله: "فخاف [يشير إلى أن نفس المرض ليس بمبيح. ب] إلخ" ومعرفة ذلك إما باجتهاد المريض، والاجتهاد غير مجرد الوهم، بل غلبة الظن عن أمارة أو تجربة، أو بإخبار طبيب مسلم غير ظاهر الفسق، وقيل: عدالته شرط. (ف)

(٤) قوله: "ازداد مرضه إلخ" فلو برئ من المرض، وخاف العود؛ لأن الضعف باقٍ سئل القاضي الإمام، فقال: الخوف ليس بشيء.
وذكر الإمام التمرتاشي الأمة إذا ضعفت في الطبخ والخبز والغسل فخافت أفطرت وقضت، وكذا الذي ذهب إليه موكل السلطان للعمارة، فاشتد الحر وضعف، فأكل لم يكفر، كذا في النصاب. (ب)

(٥) الظاهر من كلام أصحابه أنه كقولنا. (ف)

(٦) قوله: "كما يعتبر في التيمم" يعني لا يجوز عنده ترك استعمال الماء للمريض، إلا إذا خاف على نفسه، أو على عضو منه، فحينئذٍ يجوز له التيمم. (ب)

(٧) وبه قال مالك والشافعي على ما ذكر في كتبهم. (ب)

(٨) لأنه مظنة المشقة فأدير الحكم عليه. (ب)

(٩) كالهيضة. (ب)

(١٠) قوله: "وقال الشافعي [والحق أن قوله كقولنا، وإنما هو مذهب أحمد. ف]: الفطر أفضل" نقلت هذه المسألة في كتب أصحابنا على خلاف ما وقعت في كتبهم. (عناية)

السفر»[١]* . ولنا أن رمضان أفضل الوقتين[٢] ، فكان الأداء فيه أولى ، وما رواه محمول على حالة الجهد[٣] .

وإذا مات المريضُ أو المسافر ، وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء[٤] ؛ لأنهما لم يدركا عدة من أيام أُخر[٥] ، ولو صح المريض ، وأقام المسافر ، ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والإقامة ؛ لوجود الإدراك بهذا المقدار ، وفائدته[٦] وجوب الوصية بالإطعام.

وذكر الطحاوي خلافًا فيه[٧] بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد ، وليس بصحيح[٨] ، وإنما الخلاف في النذر[٩] ، والفرق لهما أن النذر سبب[١٠] ، فيظهر[١١] الوجوب في حق الخلف ، وفي هذه المسألة السبب إدراك العِدَّة[١٢] ، فيتقدر بقدر ما أدرك.

---

(١) قوله: "ليس من البر إلخ" رواه البخاري من حديث جابر قال: كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم في سفر، فرأى زحاما، ورجل قد ظلل عليه، فقال: ما هذا؟ فقالوا: صائم فقال: «ليس من البر الصوم في السفر»، وروى: «ليس من ام بر ام صيام في ام سفر»، وهي لغة بعض العرب، رواه عبد الرزاق. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٦١، والدراية ج١، الحديث ٣٧٤ ص٢٨٢. (نعيم)

(٢) فإن الخلف لا يساوي الأصل. (ع)

(٣) بالفتح أي المشقة، ولذا يكره الصوم لمن أجهده بالاتفاق. (ب)

(٤) أي في مرضهما وسفرهما.

(٥) قوله: "من أيام أخر" وشرط لوجوب القضاء عدة من أيام أخر؛ لقوله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريضًا أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾.

(٦) أي لزوم القضاء.

(٧) قوله: "خلافًا فيه" فقال: عندهما يلزمه قضاء الجميع، فيلزمه الوصية بالجميع، وعند محمد: إنما يلزمه بقدر ما صح وأقام. (ب)

(٨) والصحيح أن قولهما كقول محمد. (ع)

(٩) قوله: "وإنما الخلاف في النذر" وهو ما إذا قال المريض مثلا: لله عليَّ أن أصوم شهرًا، فعندهما يلزمه الكل والإيصاء به، وعند محمد قدر ما يصح. (ف)

(١٠) وقد زال المانع، وهو المرض بالبرء.

(١١) وصار كصحيح نذر، فمات قبل الأداء.

(١٢) قوله: "السبب إدراك العدة" فيه بحث من وجهين: أحدهما: أن القضاء يجب بما يجب به الأداء

وقضاء رمضان إن شاء فرّقه، وإن شاء تابعه؛ لإطلاق النص[١] لكن المستحب المتابعة[٢] مسارعةً إلى إسقاط الواجب، وإن أخّره حتى دخل رمضان آخر، صام الثاني؛ لأنه في وقته، وقضى الأول بعده؛ لأنه وقت القضاء، ولا فدية عليه[٣]؛ لأن وجوب القضاء على التراخي[٤]، حتى كان له أن يتطوع.

والحامل والمرضع[٥] إذا خافتا على أنفسهما أو ولديهما، أفطرتا وقضتا؛ دفعا للحرج، ولا كفارة عليهما؛ لأنه إفطار بعذر[٦]، ولا فدية عليهما، خلافًا للشافعي فيما إذا خافت على الولد، هو يعتبره بالشيخ الفاني. ولنا أن الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني[٧]، والفطر بسبب الولد ليس في معناه؛ لأنه عاجز بعد الوجوب[٨]، والولد لا جوب عليه

عند المحققين، وسبب الأداء شهود الشهر، فكذا سبب القضاء.

والثاني: أن جزء السبب ليس له حكم كله، فلا يكون لبعض السبب أثر في بعض الحكم.

والجواب عن الأول: أن ذلك ليس في ما يتعلق به نفس الوجوب، بل في ما يتعلق به تسليم مثل الواجب أو الواجب، وهو الخطاب، وهذا من مزال الأقدام، فلا تغفل.

وعن الثاني: بأن جزء السبب لا يجوز أن يؤثر في كل الحكم، وإلا لكان هو العلة، فما فرضناه علة لا يكون علة، وأما أن يكون جزء السبب علة تامة لبعض الحكم، فلامانع عنه. ألا ترى أن بالقدروالجنس يحرم الفضل الذي هو ربا والنسيئة، فأحدهما يحرم النسيئة، وكل ذلك قد قررناه في التقرير مستوفى. (عناية)

(١) وهو قوله تعالى: ﴿فعدة من أيام أخر﴾.

(٢) قال أبو عمر: كلهم يستحبون التتابع، ولا يوجبونه. (ب)

(٣) وعند الشافعي عليه الفدية إن أخره بغير عذر. (ف)

(٤) وعند الكرخي على الفور، والصحيح هو الأول. (ب)

(٥) قوله: "والمرضع" في "الذخيرة": المراد من المرضع ههنا الظئر؛ لأن الأم لا تفطر إذا كان للولد أب؛ لأن الصوم فرض عليها، دون الإرضاع، وقال شيخ شيخي عبد العزيز: ينبغي تقييده بما إذا كان الأب موسرًا، أو عدم أخذ الولد ضرع غير أمه. (ع)

(٦) قوله: "لأنه إفطار بعذر" قيل: نعم، هو عذر، لكن لا في نفس الصائم، بل لأجل غيره، ومثله لا يعتد به، ألا ترى أنه لو أكره على شرب الخمر بقتل أبيه أو ابنه، لم يحل له الشرب، وأجيب بأن الحامل والمرضع مأمورة بصيانة الولد مقصودة، وهي لا تتأتى بدون الإفطار، فكانت مأمورة به. (عناية)

(٧) ثبت ذلك بالنص.

(٨) قوله: "لأنه عاجز بعد الوجوب" والطفل لا يجب عليه، بل على أمه، ولم ينتقل عنها شرعًا إلى

أصلا. والشيخ الفانى[١] الذى لا يقدر على الصيام يفطر، ويُطعم[٢] لكلّ يوم مسكينًا كما يطعم فى الكفارات، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين﴾، قيل: معناه لا يطيقونه[٣]، ولو قدر على الصوم[٤]، يبطل حكم الفداء؛ لأن شرط الخلفية استمرارًا لعجز.

ومن مات[٥] وعليه قضاء رمضان، فأوصَى به أطعم عنه وليه لكل يوم مسكينًا نصف صاع من بر، أو صاعًا من تمر أو شعير؛ لأنه عجز عن الأداء فى آخر عمره، فصار كالشيخ الفانى[٦]، ثم لا بد من الإيصاء عندنا[٧]، خلافًا للشافعى، وعلى هذا الزكاة[٨]، هو يعتبره بديون العباد[٩]؛ إذ كل ذلك حق مالى يجرى فيه النيابة.

ولنا أنه عبادة، ولا بد فيه من الاختيار[١٠]، وذلك فى الإيصاء دون الوراثة؛ لأنها جبرية، ثم هو[١١] تبرع ابتداء[١٢]، حتى يعتبر من الثلث[١٣]،

خلف غير الصوم، بل أجيز لها التأخير، بخلاف الشيخ؛ فإنه لا قضاء عليه. (ف)

(١) سمى به لقرب فناءه. (ع)

(٢) وعند مالك والشافعى فى قول: لا تجب الفدية. (ب)

(٣) قوله: "قيل: معناه لا يطيقونه" وروى عن الشعبى أنه قال: لما نزلت الآية، كان الأغنياء يفطرون ويفدون، والفقراء يصومون بناءً على أن فى بدء الإسلام كان الرجل مخيرا بين الصوم والفدية، ثم نسخت بعد ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾، ولهذا قال المصنف: قيل. (عبد)

(٤) يعنى بعد ما فدى. (ع)

(٥) أى قرب من الموت.

(٦) فى جواز الفدية عنه.

(٧) قوله: "ثم لا بد من الإيصاء عندنا" معناه لا بد فى لزوم الأداء على الورثة من الإيصاء عندنا، فإنه إذا لم يوصِ لم يلزم، ومع هذا لو أدى الورثة يتأدى عنه إن شاء الله تعالى، وعند الشافعى وإن لم يوصِ يجب على الورثة أداءه. (مولوى محمد عبد الحى دام فيضه)

(٨) يعنى إذا أوصى يجب، وإلا لا.

(٩) فكما أن ديون العباد تؤدى وإن لم يوص كذا هذا. (ب)

(١٠) ولم يبقَ الاختيار بعد الموت. (ب)

(١١) أى الإيصاء. (ب)

(١٢) إنما قال: ابتداء؛ لأنها فى الآخرة تنوب عن الواجب. (ع)

والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ[(١)]، وكل صلاة تعتبر بصوم يوم، هو الصحيح[(٢)]. ولا يصوم عنه الولى ولا يصلى؛ لقوله ﷺ[(٣)]: «لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلى أحد عن أحد»[(٤)]*، ومن دخل فى صلاة التطوع، أو فى صوم التطوع[(٥)]، ثم أفسده قضاه، خلافًا للشافعى[(٦)] له أنه تبرع بالمؤدّى، فلا يلزمه ما لم يتبرع به[(٧)].

ولنا أن المؤدّى قربة وعمل، فتجب صيانته بالمضى عن الإبطال[(٨)]، وإذا وجب المضى وجب القضاء بتركه[(٩)]، ثم عندنا لا يباح الإفطار فيه بغير عذر فى إحدى الروايتين؛ لما بينا، ويباح بعذرٍ، والضيافة عذر[(١٠)]

---

(١٣) وعند مالك وأحمد: عن جميع المال. (ب)

(١) قوله: "باستحسان المشايخ" فإن القياس عدم الجواز؛ لأن الصلاة لا تؤدى بالمال فى بالحياة، فكذا بعد الممات، إلا أن المشايخ استحسنوا فى التجويز؛ لما أن الصلاة تشبه الصوم من حيث كونها عبادة بدنية. (ب)

(٢) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول ابن مقاتل أنه يطعم لكل صلاة يوم مسكينًا؛ لأنها كصيام يوم، ثم رجع إلى ما فى الكتاب؛ لأن كل صلاة فرض على حدة، فكانت كصوم يوم. (ف)

(٣) روى مرفوعًا وموقوفًا. (سيد شريف)

(٤) قوله: "لا يصوم أحد إلخ" غريب مرفوعًا، وروى موقوفًا عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم، فحديث ابن عباس رواه النسائى فى "سننه الكبرى"، رواه عطاء بن أبى رباح فى الصوم، وحديث ابن عمر رواه عبد الرزاق فى "مصنفه" فى كتاب الوصايا. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٦٣، والدراية ج١، الحديث ٣٧٥ص٢٨٣. (نعيم)

(٥) قوله: "أو فى صوم التطوع" لا خلاف بين أصحابنا فى وجوب القضاء، إنما الخلاف فى نفس الإفساد، هل يباح بلا عذر أو لا؟ ظاهر الرواية لا إلا بعذر، وظاهر المنتقى يباح بلا عذر، ثم اختلف المشايخ على ظاهر الرواية فى أن الضيافة عذر أم لا؟ (ف)

(٦) وبه قال أحمد، وعند مالك يلزمه لكن لو أفسده لعذر لا يلزمه. (ب)

(٧) لقوله تعالى: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾. (ب)

(٨) لقوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾. (ف)

(٩) لأنه لو لم يلزم القضاء، لم يجب فى ذمته.

(١٠) قوله: "والضيافة عذر [أى على الأظهر. ب]" ومن المشايخ من قال: إذا كان صاحب الدعوة يرضى بمجرد حضوره، ولا يتأذى بترك الأكل لا يفطر، وإن كان يتأذى يفطر، ويقضى.

وقال فى "الذخيرة": هذا كله إذا كان قبل الزوال، وأما بعد الزوال، فلا يحل له الإفطار، إلا إذا كان فى تركه عقوق الوالدين، أو أحدهما. (عناية)

لقوله ﷺ: «أفطر واقضِ يومًا مكانه»[1].*

وإذا بلغ الصبى[2]، أو أسلم الكافر فى رمضان، أمسكا بقية يومهما[3]؛ قضاءً لحق الوقت بالتشبه[4]، ولو أفطرا فيه، لا قضاء عليهما؛ لأن الصوم غير واجب فيه[5]، وصاما ما بعده؛ لتحقق السبب والأهلية، ولم يقضيا يومهما، ولا ما مضى؛ لعدم الخطاب.

وهذا بخلاف الصلاة[6]؛ لأن السبب فيها الجزء المتصل بالأداء، فوجدت الأهلية عنده، وفى الصوم الجزء الأول والأهلية منعدمة عنده[7].

وعن أبى يوسف أنه إذا زال الكفر أو الصبا قبل الزوال[8]، فعليه القضاء؛ لأنه أدرك وقت النية[9].

وجه الظاهر أن الصوم لا يتجزأ وجوبًا، وأهلية الوجوب منعدمة فى أوله[10]، إلا أن للصبى[11] أن ينوى التطوع فى هذه الصورة[12]، دون

---

(١) قوله: "أفطر واقضِ يومًا مكانه" قال الإنزارى: هذا ليس بحديث النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، بل هو من أقوال الصحابة، قلت: هذا وهم فاحش، فقد رواه أبو داود الطيالسى فى "مسنده" من حديث أبى سعيد الخدرى. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٦٥، والدراية ج١، الحديث ٣٧٦ص٢٨٣. (نعيم)

(٢) وهكذا كل معذور زال عذره بعد طلوع الفجر. (ب)

(٣) اختلفوا فيه، هل هو واجب أو مستحب؟ (نهاية)

(٤) بالصائمين. (ب)

(٥) بل الواجب الإمساك، ولا قضاء إلا للصوم. (ع)

(٦) حيث يجب قضاءها إذا أسلم أو بلغ. (ع)

(٧) بسبب الكفر والصبا.

(٨) قوله: "قبل الزوال" أقول: بل قبل الضحوة الكبرى، فإن الظاهر أنه لو أسلم، أو بلغ بعدها، وإن كان قبل الزوال لا يعتبر ذلك؛ لفوات وقت النية على ما مر. (مولوى محمد عبد الحى رحمة الله)

(٩) قوله: "لأنه أدرك وقت النية" وهو كمن أصبح ناويا للفطر، ثم نوى قبل الزوال الصوم أجزأه. (ب)

(١٠) قوله: "منعدمة فى أوله" بيانه أن الصوم لما لم يجب عليه فى أول اليوم؛ لعدم أهلية الوجوب لم يجب فى البقية؛ لأن صوم اليوم الواحد لا يتجزأ فى الوجوب، فلا يجب القضاء. (ب)

(١١) بيان الفرق بين حكم الصبى، وحكم الكافر. (ب)

الكافر[١] على ما قالوا[٢]؛ لأن الكافر ليس من أهل التطوع أيضًا، والصبى أهل له. وإذا نوى المسافر الإفطار[٣]، ثم قدم المصر قبل الزوال، فنوى الصوم أجزأه؛ لأن السفر لا ينافى أهلية الوجوب[٤]، ولا صحة الشروع، وإن كان فى رمضان[٥]، فعليه أن يصوم؛ لزوال المرخص فى وقت النية. ألا ترى أنه لو كان مقيمًا فى أول اليوم، ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحًا لجانب الإقامة، فهذا أولى[٦] إلا أنه إذا أفطر فى المسألتين[٧] لا تلزمه الكفارة؛ لقيام شبهة المبيح[٨].

ومن أغمى عليه فى رمضان لم يقضِ اليوم الذى حدث فيه الإغماء؛ لوجود الصوم فيه، وهو الإمساك المقرون بالنية، إذ الظاهر وجودها منه، وقضى ما بعده[٩]؛ لانعدام النية، وإن أغمى عليه أول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة؛ لما قلنا[١٠]، وقال مالك: لا يقضى ما بعده؛ لأن صوم رمضان عنده يتأدى بنية واحدة[١١] بمنزلة الاعتكاف[١٢].

---

(١٢) وهى ما إذا بلغ قبل الزوال. (ب)

(١) إذا أسلم قبل الزوال.

(٢) قوله: "على ما قالوا" إشارة إلى الخلاف، وأكثر المشايخ على هذا الفرق، وهو أن الصبى كان أهلا، فتوقف إمساكه فى أول النهار على وجود النية فى وقتها، والكافر ليس أهلا له، فلا يتوقف، ويقع فطرًا. (ف)

(٣) أى غير رمضان بدليل قوله الآتى. (ف)

(٤) بل لا ينافيه الأهلية مطلقًا.

(٥) أى المسافر الذى نوى الفطر، وقدم مصره قبل الزوال.

(٦) قوله: "فهذا أولى" وجه الأولوية هو أن المرخص -وهو السفر- قائم وقت الإفطار فى تلك المسألة، ومع ذلك لم يبح له الإفطار، فلأن لا يباح له الفطر فى هذه المسألة والمرخص ليس بقائم أولى.

(٧) قوله: "فى المسألتين" أى فى مسألة المسافر الذى أقام، ومسألة المقيم الذى سافر. (ب)

(٨) وهو السفر.

(٩) لأن الإغماء يمنع النية. (ب)

(١٠) أى لوجود الصوم فيه. (ب)

(١١) قوله: "يتأدى بنية واحدة" لأن الله تعالى أوجب الصوم باسم الشهر، وأنه شىء واحد، وإنما رخص له الفطر بالليالى ليتمكن من الأداء. (ب)

وعندنا لا بد من النية لكل يوم؛ لأنها عبادات متفرقة(١)، لأنه يتخلل بين كل يومين(٢) ما ليس بزمان لهذه العبادة، بخلاف الاعتكاف(٣).

ومن أغمى عليه فى رمضان كله قضاه؛ لأنه نوع مرض يضعف القوى، ولا يزيل الحجى(٤)، فيصير عذرًا فى التأخير لا فى الإسقاط، ومن جُنَّ فى رمضان كله(٥) لم يقضه، خلافًا لمالك، هو يعتبره بالإغماء(٦) ولنا(٧) أن المُسْقِط هو الحرج، والإغماء لا يستوعب الشهر عادةً فلا حرج، والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج(٨).

وإن أفاق المجنون فى بعضه قضى ما مضى، خلافًا لزفر والشافعى رحمهما الله، هما يقولان: لم يجب عليه الأداء(٩) لانعدام

---

(١٢) حيث لا يحتاج فيه إلى نية كل يوم. (ب)

(١) قوله: "لأنها عبادات متفرقة" ألا ترى أن فساد البعض لا يمنع صحة الباقى، و أن انعدام الأهلية فى البعض، لا يمنع تقرر الأهلية فى ما بقى. (ك)

(٢) وهو الليلة.

(٣) فإنه لا تخلل هناك، إذ الليل أيضًا وقت الاعتكاف. (ب)

(٤) قوله: "ولا يزيل الحجى [بكسر الحاء المهملة وفتح الجيم مقصورًا، وهو العقل]" ألا ترى إلى أن الأنبياء على نبينا عليهم الصلاة والسلام كانوا يبتلون بالإغماء دون الجنون، فإنه منفى عنهم.

(٥) قوله: "فى رمضان كله" قال شمس الأئمة الحلوائى: أى فى ما يمكنه ابتداء الصوم فيه، حتى لو أفاق بعد الزوال من اليوم الأخير من شهر رمضان لا يلزمه القضاء؛ لأن الصوم لا يصح فيه. (نهاية)

(٦) قوله: "هو يعتبره [أى الجنون] بالإغماء" لما أن الجنون مرض بخلاف العقل، فيكون عذرا بالتأخير إلى زواله، لا فى إسقاط الصوم كالإغماء. (ن)

(٧) قوله: "ولنا أن المسقط إلخ" أفاد تعليل وجوب القضاء بالإغماء بعدم الحرج، وهو فى الحقيقة تعليل بعدم المانع؛ لأن الحرج مانع، لكن المراد أن انتفاء الوجوب إنما يكون بعدم الحرج، ولا حرج لندرة امتداد الإغماء إلى الشهر. (ف)

(٨) قوله: "فيتحقق الحرج" أصله أن الأعذار أربعة أنواع: ما لا يمتد يومًا وليلةً غالبًا كالنوم، فلا يسقط شيئًا من العبادات؛ لأنه لا يوجب حرجًا، وما يمتد خلقة كالصبا، فيسقط الكل دفعًا للحرج، وما يمتد وقت الصلاة لا وقت الصوم غالبًا كالإغماء، فإذا امتد فى الصلوات جعل عذرًا، ولم يجعل عذرًا فى الصوم، وما يمتد وقت الصلوات والصوم، وقد لا يمتد كالجنون، فإذا امتد فيهما أسقطهما. (ك)

(٩) اتفاقًا. (ب)

الأهلية، والقضاء يرتب عليه، وصار كالمستوعب[١].

ولنا أن السبب قد وجد[٢] وهو الشهر، والأهلية بالذمة[٣]، وفى الوجوب فائدة، وهو صيرورتُه مطلوبًا على وجه لا يحرج فى أداءه، بخلاف المستوعب؛ لأنه يحرج فى الأداء، فلا فائدة، وتمامه فى الخلافيات[٤]، ثم لا فرق بين الأصلى[٥] والعارضى، قيل: هذا فى ظاهر الرواية. وعن محمد أنه فرق بينهما؛ لأنه إذا بلغ مجنونًا التحق بالصبى، فانعدم الخطاب[٦]، بخلاف ما إذا بلغ عاقلا ثم جن، وهذا مختار بعض المتأخرين[٧].

ومن لم ينوِ فى رمضان كله[٨]، لا صومًا ولا فطرًا، فعليه قضاءه[٩]،

---

(١) فى إسقاط الكل؛ اعتبارًا للبعض. (ب)

(٢) قوله: "ولنا أن السبب قد وجد" لقوله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾، والمراد بعض الشهر؛ لأن السبب لو كان كله، لوقع الصوم فى شوال، فكان تقدير الآية: "فمن شهد منكم بعض الشهر". (ب)

(٣) قوله: "والأهلية بالذمة" جواب عن سؤال مقدر، تقريره أنه يجوز أن يمنع فى ذلك مانع، وهو عدم الأهلية فى ما مضى.

فأجاب بأن الأهلية للوجوب بالذمة، وهى كونه أهلا للإيجاب، وهى موجودة؛ لأنها بالذمة، والذمة فى الأصل العهدة. ثم لقائل أن يقول: لو كان ما ذكرتم صحيحًا لوجب على المستغرق أيضًا، فأجاب بقوله: وفى الوجوب فائدة إلخ. (ب)

(٤) أى فى الكتب المتعلقة بذكر الخلافيات. (ب)

(٥) قوله: "بين الأصلى" أى الجنون الأصلى، وهو أن يدرك مجنونًا، والعارضى أى الجنون العارضى، وهو أن يدرك مفيقًا، ثم يجن، يعنى لا فرق بينهما فى لزوم القضاء. (ب)

(٦) قوله: "فانعدم الخطاب" فى حقه فإذا أفاق بعض الشهر، ليس عليه قضاء ما مضى؛ لأن الخطاب توجه إليه الآن. (ب)

(٧) قوله: "وهذا [أى المروى عن محمد] مختار بعض المتأخرين" منهم الإمام أبو عبد الله الجرجانى والإمام الزاهد الصغار. (ب)

(٨) هذه المسألة من خواص "الجامع الصغير".

(٩) قوله: "فعليه قضاءه" وفى وضع المسألة إشكال؛ لأنا قد ذكرنا فيمن أغمى عليه بعد ما غربت الشمس من الليلة الأولى من رمضان، أنه يعتبر صائمًا، ولم يعرف منه نية الصوم والفطر، لكن حملناه على النية؛ بناءً على ظاهر الأمر، وههنا لم يحمل أمره على الظاهر.

وقال زفر[١]: يتأدى صوم رمضان بدون النية فى حق الصحيح المقيم[٢]؛ لأن الإمساك مستحق عليه، فعلى أيّ وجه يؤديه يقع عنه، كما إذا وهب كل النصاب للفقير[٣]. ولنا أن المستحق الإمساك بجهة العبادة، ولا عبادة إلا بالنية، وفى هبة النصاب وجد نية القربة[٤] على ما مر فى الزكاة.

ومن أصبح غيرَ ناوٍ للصوم فأكل، لا كفارة عليه[٥] عند أبى حنيفة، وقال زفر: عليه الكفارة؛ لأنه يتأدى بغير النية عنده.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا أكل قبل الزوال تجب الكفارة؛ لأنه فوت إمكان التحصيل[٦]، فصار كغاصب الغاصب[٧]، ولأبى حنيفة أن الكفارة تعلّقت بالإفساد، وهذا امتناع[٨]، إذ لا صوم إلا بالنية.

وإذا حاضت المرأة أو نفست[٩]، أفطرت وقضت، بخلاف الصلاة؛

وتأويلها أن يكون مسافراً أو مريضًا لا ينوى شيئًا وذا مطلق له، فلا يصلح حاله دليلا على عزيمة الصوم، أو رجلا متهتكًا بالاعتياد فى فطر رمضان، كذا فى "الكافى". (د)

(١) رواه عنه أبو شجاع. (ب)

(٢) قوله: "فى حق الصحيح المقيم" إنما قيد بهما؛ لأن المريض والمسافر لا بد لهما من نية الصوم بالاتفاق؛ لأن شعبان فى حقهم ورمضان سواء. (ن)

(٣) قوله: "كما إذا وهب كل النصاب [فإنه يسقط عنه الزكاة. ب] إلخ" كأنه قياس على زعمنا، وإلا فزفر لا يقول بالخروج عن العهدة فى ما إذا وهب كل النصاب للفقير الواحد، وقيل: فى تأويله أن يكون الفقير مديونًا، فعند ذلك يجوز بالاتفاق. (ب)

(٤) باعتبار المحل ووجد معنى القربة لحاجة المحل. (ك)

(٥) سواء كان قبل الزوال أو بعده. (ب)

(٦) قوله: "لأنه فوت إلخ" لأن قبل الزوال يجب حكم الإمساك عسى أن يصير صائمًا قبل نصف النهار بالنية، فصار بأكله مفوتا لإمكان تحصيل الصوم، ولا كذلك بعد الزوال. (ب)

(٧) قوله: "كغاصب الغاصب" فإن المغصوب منه، كما يضمن الغاصب الأول لتفويت الأصل، يضمن الغاصب الثانى؛ لتفوية الإمكان.

والجواب عنه لأبى حنيفة أن ضمان الغصب ضمان العدوان، وذلك مما يحتاط فى إثباته زجراً، وههنا الكفارة فى معنى العقوبة، وهو مما يحتاط فى درءه. (ك)

(٨) لا إفساد لأنه يستدعى سابقية الشروع. (ف)

(٩) بضم النون أى صارت نفساء. (ن)

لأنها تحرج فى قضاءها، وقد مر فى الصلاة(١).

وإذا قدم المسافر، أو طهرت الحائض فى بعض النهار، أمسكا بقية يومهما، وقال الشافعى: لا يجب الإمساكُ، وعلى هذا الخلاف كل من صار أهلا للزوم(٢)، ولم يكن كذلك فى أول اليوم، هو يقول: التشبه خلف(٣)، فلا يجب إلا على من يتحقق الأصل فى حقه كالمفطر متعمداً أو مخطئًا(٤). ولنا أنه وجب(٥) قضاء لحق الوقت لا خلفًا؛ لأنه وقت معظم(٦)، بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الأعذار(٧)؛ لتحقق المانع عن التشبه(٨) حسب تحققه(٩) عن الصوم.

قال(١٠): وإذا تسحر وهو يظن أن الفجر لم يطلع، فإذا هو قد طَلَع، أو أفطر وهو يرى(١١) أن الشمس قد غربت، فإذا هى لم تغرب، أمسك بقية

---

(١) فى باب الحيض. (ب)

(٢) قوله: "كل من صار أهلا للزوم [حالية]" كالكافر يسلم، والصبى يبلغ، والمجنون يفيق فى بعض النهار، فإنهم يؤمرون بالإمساك بقية يومهم خلافًا للشافعى. (ب)

(٣) عن الصوم.

(٤) قوله: "أو مخطئًا" المراد به من فسد صومه بفعله المقصود، دون قصد الإفساد، كمن تسحر على ظن عدم الفجر، أو أكل يوم الشك، ثم ظهر أنه الفجر، أو رمضان. (ف)

(٥) أى من حيث الأصل.

(٦) قوله: "لأنه وقت معظم [ولهذا وجبت الكفارة على المفطر فيه دون غيره. ب]" وتعظيمه بعدم الأكل إذا لم يكن المرخص قائمًا. (ف)

(٧) أى الحيض والنفاس والمرض والسفر. (ب)

(٨) قوله: " لتحقق المانع عن التشبه" أما عن الحائض والنفساء، فلأن الصوم عليها حرام، والتشبه بالحرام حرام. وأما فى المريض والمسافر، فلأن الرخصة فى حقهما باعتبار الحرج، فلو ألزمناه التشبه عاد على موضوعه بالنقض. (ب)

(٩) أى مثل تحققه.

(١٠) أى القدورى. (ب)

(١١) قوله: "وهو يرى" بضم الياء على البناء للمفعول من الرأى بمعنى الظن، لا من الرؤية بمعنى اليقين (ب)

يومه[١] قضاءً لحق الوقت بالقدر الممكن[٢]، أو نفيًا للتهمة[٣]، وعليه القضاء؛ لأنه حق مضمون بالمثل[٤]، كما في المريض والمسافر[٥].

ولا كفارة عليه؛ لأن الجناية قاصرة[٦] لعدم القصد، وفيه قال عمر[٧]: ما تجانفنا لإثم[٨]، قضاءُ يومٍ علينا يسير*، والمراد بالفجر الفجر الثاني[٩]، وقد بيناه في الصلاة[١٠].

ثم التسحر مستحب؛ لقوله عليه السلام: «تسحروا فإن في السحور بركة»[١١]**، والمستحب تأخيره[١٢]؛ لقوله عليه السلام[١٣]: «ثلاث من

---

(١) قوله: "أمسك بقية يومه" هذه المسألة تتضمن أحكاما خمسة: أحدها: أنه يفسد صومه إلا على قول ابن أبي ليلى، فإنه يقيسه على الناسي. والثاني: أن عليه قضاء اليوم؛ لأنه فوت الأداء بعد تقرر السبب. والثالث: أنه لا كفارة عليه؛ لما ذكر في الكتاب. والرابع: أنه يمسك بقية يومه لما ذكر. والخامس: أنه لا إثم عليه؛ لقوله تعالى: ﴿ليس عليكم جناح في ما أخطأتم به﴾، كذا في شروح "المبسوط". (ن)

(٢) وهو الإمساك.

(٣) قوله: "أو نفيًا للتهمة" فإنه إذا أكل ولاعذربه، اتهمه الناس بالفسق،والتحرزعن مواضع التهمة واجب. (ن)

(٤) أي فوات الأداء مضمون شرعًا بالمثل، وهو القضاء. (ب)

(٥) حيث يجب عليهما القضاء.

(٦) قوله: "لأن الجناية قاصرة" ليس هذا جناية أصلا؛ لأنه لم يقصد، ولهذا صرحوا بعدم الإثم، اللهم إلا أن يراد أن عدم تثبته إلى أن يستيقن جناية. (ف)

(٧) قوله: "وفيه قال عمر إلخ" رواه أبو حنيفة، وأخرجه ابن أبي شيبة بطرق أقربها إلى لفظ الكتاب عن علي بن حنظلة عن أبيه قال: شهدت عمر بن الخطاب رض في رمضان، وقرب إليه شراب فشرب بعض القوم، وهم يرون أن الشمس قد غربت. ثم ارتقى المؤذن، فقال: يا أمير المؤمنين! إن الشمس طالعة لم تغرب، فقال عمر: "من كان أفطر فليصم يومًا مكانه ومن لم يفطر فليتم" وأعاده من طريق آخر، فقال: بعثناك داعيا، ولم نبعثك راعيا، وقد اجتهدنا، وقضاء يومٍ يسير، وإنما قال: بعثناك إلخ لأن خطابه له من أعلى المئذنة سوء الأدب، فإنه كان حقه أن ينزل ثم يقول متأدبا. (ف)

(٨) قوله: "ما تجانفنا لإثم" قال الإنزاري: أي مايلنا إليه وكل مائل، فهو متجانف، قال الله تعالى: ﴿ومن خاف من موص جنفًا﴾. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٦٩، والدراية ج١: الحديث ٣٧٧ص٢٨٤. (نعيم)

(٩) أي الصادق.

(١٠) في باب المواقيت. (ب)

(١١) قوله: "فإن في السحور بركة" رواه الجماعة إلا أبا داود، وقيل: المراد بالبركة حصول التقوى به على صوم الغد، أو المراد كثرة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين.

أخلاق المرسلين تعجيل الإفطار وتأخير السحور والسواك»* .

إلا أنه[٢] إذا شك في الفجر، ومعناه تساوى الظنين[٣]، فالأفضل أن يدع الأكل تحرزاً عن المحرم، ولا يجب عليه ذلك[٤]، ولو أكل فصومه تام[٥]؛ لأن الأصل هو الليل. وعن أبى حنيفة[٦]: إذا كان فى موضع لا يستبين الفجر، أو كانت الليل مقمرة[٧]، أو متغيمة[٨]، أو كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل، ولو أكل فقد أساء؛ لقوله عليه السلام: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[٩]**، وإن كان أكبر رأيه أنه أكل والفجر طالع، فعليه قضاءه عملا بغالب الرأى، وفيه الاحتياط[١٠]، وعلى ظاهر الرواية[١١] لا

وقول صاحب "النهاية": هو على حذف مضاف تقديره: فى أكل السحور بركة؛ بناءً على ضبطه بضم السين جمع سحر، وأما على فتحها، وهو الأعرف فى الرواية، فهو اسم للمأكول فى السحر، كالوضوء بالفتح ما يتوضأ به، وقيل: يتعين الضم؛ لأن البركة ونيل الثواب إنما يحصل بالفعل. (ف)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٤٧٠، والدراية ج١، الحديث ٣٧٨ص٢٨٥. (نعيم)

(١٢) إلى سدس الليل. (ع)

(١٣) أخرجه الطبرانى فى "معجمه". (ب)

* من حديث أبي الدرداء راجع نصب الراية ج٢ ص ٤٧٠، والدراية ج١، الحديث ٣٧٩ص٢٨٥. (نعيم)

(٢) استثناء من قوله: ثم السحور مستحب. (ف)

(٣) قوله: "معناه تساوى الظنين" قيل: فيه مسامحة، فإن الظن رجحان الاعتقاد، فكيف يجتمع عنده الظنان؟ ومراده بذلك تساوى الأمارتين. (ب)

(٤) أى ترك الأكل. (ف)

(٥) أى ما لم يتيقن أنه أكل بعد الفجر. (ف)

(٦) قوله: "وعن أبى حنيفة [رواها الحسن عنه. ب] إلخ" يفيد التغاير بين هذه وبين الرواية السابقة، فإن استحباب الترك لا يوجب ثبوت الإساءة إن لم يترك. (ف)

(٧) أى ذات قمر.

(٨) أى ذات غيم.

(٩) قوله: "دع ما يريبك إلى ما لا يريبك" أخرجه الترمذى فى كتاب الطب، والنسائى، وابن حبان، والطبرانى، وهو من: رابه بمعنى شكه، والريبة الشك والتهمة، أى دع ما يشككك ويحصل فيك الريبة. (ب)

** من حديث أبي الحوراء السعدي راجع نصب الراية ج٢ ص٤٧١، والدراية ج١، الحديث ٣٨٠ص٢٨٥. (نعيم)

(١٠) لأن قضاء ما ليس عليه أولى. (ب)

قضاء عليه؛ لأن اليقين لا يزال إلا بمثله.

ولو ظهر أن الفجر طالع[1]، لا كفارة عليه؛ لأنه بنى الأمر على الأصل، فلا تتحقق العمدية[2]، ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر؛ لأن الأصل هو النهار، ولو أكل فعليه القضاء عملا بالأصل، وإن كان أكبر رأيه أنه أكل قبل الغروب، فعليه القضاء روايةً واحدة[3]؛ لأن النهار هو الأصل، ولو كان شاكًا فيه، وتبين أنها لم تغرب ينبغي أن تجب الكفارة[4]؛ نظرًا إلى ما هو الأصل[5] وهو النهار.

ومن أكل في رمضان ناسيًا، وظن[6] أن ذلك[7] يفطره، فأكل بعد ذلك متعمدًا، عليه القضاء دون الكفارة؛ لأن الاشتباه استند إلى القياس[8]، فتحقق الشبهة، وإن بلغه الحديث[9] وعلمه، فكذلك في ظاهر الرواية[10].

---

(١١) وصححه في "الإيضاح". (ف)

(١) في ما إذا أكل، وفي أكبر رأيه أن الفجر طالع. (ب)

(٢) قوله: "فلا تتحقق [أي القصد على الإفطار في رمضان ب] العمدية" بفتح العين وسكون الميم وكسر الدال وتشديد الياء، والأصح العمد به بالجار. (ب)

(٣) وفي الكفارة روايتان. (ف)

(٤) قوله: "ينبغي أن تجب الكفارة" إنما قال كذلك لأن فيه اختلاف المشايخ، وفي "الخلاصة": يلزمه القضاء بالاتفاق، وفي وجوب الكفارة اختلاف في "جامع شمس الأئمة": يكفر، وعن محمد لا يكفر. (ب)

(٥) قوله: "نظرا إلى ما هو الأصل" فإن قلت: يشكل هذا بما لو شهد شاهد أن الشمس قد غابت، وآخر بأنها لم تغب فأفطر، ثم ظهر أنها لم تغب، فعليه القضاء، دون الكفارة بالاتفاق مع أن تعارض الشهادتين يوجب الشك. قلت: تعارضهما لا يوجب الشك؛ لما أن شهادة من شهد أنها لم تغب غير مقبولة؛ لأنها شهادة على النفي والشهادة على النفي لا تقبل، فبقيت شهادة الإثبات بلا معارض، فلهذا لا يجب الكفارة. (ن)

(٦) الواو حالية.

(٧) أي الأكل ناسيًا.

(٨) قوله: "استند إلى القياس" لما أن القياس الصحيح يقتضي أن لا يبقى صائمًا بأكله عند النسيان. (ن)

(٩) قوله: "وإن بلغه الحديث" وهو قوله عليه السلام: «من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه». (ف)

(١٠) أي لا يجب الكفارة، وصححه قاضي خان. (ن)

وعن أبي حنيفة أنها تجب، وكذا عنهما؛ لأنه[١] لا اشتباه، فلا شبهة[٢]، وجه الأول قيام الشبهة الحكمية[٣] بالنظر إلى القياس، فلا ينتفي بالعلم كوطئ الأب جارية ابنه[٤].

ولو احتجم[٥] وظن أن ذلك يفطره، ثم أكل متعمدا عليه القضاء والكفارة؛ لأن الظن ما استند إلى دليل شرعى[٦] إلا إذا أفتاه فقيه[٧] بالفساد؛ لأن الفتوى دليل شرعى فى حقه، ولو بلغه الحديث[٨] واعتمده،

---

(١) دليل الرواية الثانية.

(٢) لأنه لما علم الحديث علم أن القياس متروك به. (ب)

(٣) قوله: "قيام الشبهة الحكمية" وهو أن الشيء لا يبقى بفوات ركنه، ويستوى فيه العالم والجاهل، فلا يجب الكفارة خصوصاً إذا تأيدت باختلاف العلماء، فإن عند مالك وابن أبى ليلى وربيعة يفسد صومه بالأكل ناسياً، وهو اختيار محمد بن مقاتل الرازى من أصحابنا. (ن)

(٤) قوله: "كوطئ الأب جارية ابنه" فإن قوله عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك» يقتضى أن يكون مال الأب ملكا للابن، وانتفى ذلك بدليل آخر، فبقيت الإضافة مورثة الشبهة، وهى شبهة المحل، فاستوى فيها حال العلم وعدمه، فلم تجب الشبهة لاستناد الشبهة إلى الأصل. (ب)

(٥) احتجام استرها زدن بر عضوى براى خون كشيدن. (غث)

(٦) قوله: "ما استند [يعنى إذا لم يبلغه الحديث. ف] إلى دليل شرعى" لأن الفساد إنما هو بوصول شيء إلى باطنه، أو بقضاء شهوة ولم يوجد. (ن)

(٧) قوله: "فقيه" أى ممن يؤخذ عنه الفقه، ويعتمد على فتواه (نهاية)، فحينئذ تجب الكفارة.

(٨) قوله: "ولو بلغه الحديث" وهو ما رواه أبو داود والحاكم وابن حبان والترمذى وغيرهم أن رسول الله ﷺ مر على رجل يحتجم فى رمضان، فقال: «أفطر الحاجم والمحجوم»، وأخذ بظاهره بعض الحنابلة، وبعض أهل الحديث. والصواب خلافه، كيف؟ وقد روى البخارى أن النبى ﷺ احتجم وهو صائم، وروى النسائى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله ﷺ رخص للصائم فى الحجامة، وهذا صريح فى أن النهى كان فى السابق، ثم نسخ، وروى البزار بعد ما روى حديث «أفطر الحاجم والمحجوم»، عن ثوبان أنه قال: إنما قاله رسول الله ﷺ هذا لأنهما كانا يغتابان، وقيل فى تأويله: إن معناه قرب أن يفطر لخوف عروض الضعف والتعب، وبهذا يحصل الجمع بين الأحاديث.

إذا عرفت هذا، فاعلم أن العامى إذا بلغه الحديث الناهى، فظن أنه أفطره، فأكل بعد ذلك متعمداً لا تجب الكفارة عند محمد؛ لأنه استند على دليل شرعى. والحديث لا ينزل عن قول المفتى، فلما لم تجب الكفارة حين اعتماده على قول المفتى، لا يجب حين اعتماده على الحديث بالطريق الأولى.

وأبو يوسف يقول: العامى لا يهتدى إلى معرفة الأحاديث والاطلاع عليها كما حقها، فعليه اقتداء الفقهاء، فيجب الكفارة فى الصورة المذكورة عنده.

قوله: "ولو بلغه الحديث" يشير به إلى حديث: «أفطر الحاجم والمحجوم» رواه أبو داود وابن ماجة والنسائى

فكذلك عند محمد؛ لأن قول الرسول عليه السلام لا ينزل عن قول المفتى.

وعن أبى يوسف: خلاف ذلك(١) لأن على العامى الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء فى حقه إلى معرفة الأحاديث، وإن عرف تأويله(٢) تجب الكفارة لانتفاء الشبهة، وقول الأوزاعى(٣) لا يورث الشبهة(٤) لمخالفته

من حديث يحيى بن أبى كثير عن أبى قلابة عن أبى أسماء عن ثوبان أن رسول الله ﷺ أتى على رجل يحتجم فى رمضان فقال: «أفطر الحاجم والمحجوم»، ورواه ابن حبان فى "صحيحه"، والحاكم فى "مستدركه"، وقال: صحيح على شرط الشيخين، وذكر النسائى الاختلاف فى طرقه، وصححه أحمد وابن المدينى وغيرهما.

ونقل عن أحمد أنه قال: هو أصح ما روى فى الباب، ورواه البزار فى "مسنده"، ثم أسند عن ثوبان أنه قال: إنما قال رسول الله ﷺ: «أفطر الحاجم والمحجوم لأنهما كان يغتابان».

وقال الترمذى فى "علله الكبير: قال البخارى: ليس فى هذا الباب أصح من حديث ثوبان وشداد بن أوس، فذكرت له الاضطراب، فقال: كلاهما عندى صحيح، فإن أبا قلابة روى الحديثين جميعًا عن أبى أسماء عن ثوبان، ورواه عن أبى الأشعث عن شداد.

قال الترمذى: وكذلك ذكروا عن ابن المدينى أنه قال: حديث ثوبان وشداد صحيحان، وروى أبو داود والنسائى وابن ماجة عن أبى الأشعث عن شداد أنه مر مع رسول الله ﷺ زمن الفتح على رجل يحتجم لثمان عشرة خلت من رمضان، فقال: «أفطر الحاجم والمحجوم». ورواه ابن حبان فى "صحيحه" والحاكم فى "المستدرك"، وقال: هو ظاهر الصحة، وصححه أحمد وابن المدينى وإسحاق بن راهويه.

وروى الترمذى عن رافع بن خديج مرفوعًا: «أفطر الحاجم والمحجوم»، وقال: حسن صحيح، وروى النسائى من حديث قبيصة: ثنا قطر عن عطاء عن ابن عباس مرفوعًا نحوه، وقال النسائى: وقد روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بالحجامة للصائم بأسًا. وروى العقيلى فى "الضعفاء" عن عبد الله بن مسعود أنه مر النبى ﷺ على رجلين يحجم أحدهما الآخر، فاغتاب أحدهما، ولم ينكر الآخر، فقال: «أفطر الحاجم والمحجوم»، قال عبد الله: لا للحجامة، ولكن للغيبة.

ومن أحاديث الخصوم ما روى البخارى فى "صحيحه" عن ابن عباس: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم احتجم وهو صائم واحتجم وهو محرم». ورواه الترمذى مختصرًا على «احتجم وهو صائم»، وقال الحاكم فى "مستدركه": سمعت أبا بكر محمد ابن جعفر يقول: سمعت أبا بكر محمد بن إسحاق ابن خزيمة، وهو إمام أهل الحديث يقول: ثبتت الأخبار عن رسول الله أنه قال: «أفطر الحاجم والمحجوم».

واحتج من خالفنا بأنه عليه السلام احتجم وهو صائم ومحرم، وليس فيه حجة؛ لأنه إنما احتجم وهو صائم محرم، ولم يكن قط محرما إلا وهو مسافر، والمسافر يباح له الإفطار، انتهى.

ولفظ البخارى يدفع هذا التأويل؛ لأنه فرق بين الخبرين، فقال: احتجم وهو محرم واحتجم وهو صائم.(من نصب الراية فى تخريج أحاديث "الهداية" للزيلعى) مولوى محمد عبد الحى مد فيضه.

(١) وهو وجوب الكفارة.

(٢) قوله: "وإن عرف تأويله" حاصله أن العامى إذا بلغه الحديث، وعرف تأويله ولم يعتمده، فأكل بعد ذلك عمداً تجب الكفارة لعدم الشبهة. (ب)

(٣) قوله: "وقول الأوزاعى [مبتدأ] إلخ" جواب عن سؤال بأنا لا نسلم أن منشأ الشبهة ذلك وحده، بل

القياس. ولو أكل بعد ما اغتاب متعمداً، فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان[١]؛ لأن الفطر يخالف القياس[٢] والحديث* مؤول بالإجماع[٣].

وإذا جومعت النائمة والمجنونة[٤] وهى صائمة، عليها القضاء دون الكفارة، وقال زفر والشافعى: لا قضاء عليهما[٥]؛ اعتباراً بالناسى، والعذر هنا أبلغ[٦] لعدم القصد، ولنا أن النسيان يغلب وجوده، وهذا نادر[٧]، ولا تجب الكفارة؛ لانعدام الجناية[٨].

قول الأوزاعى بذلك، فإنه يقول: إن الحجامة تفطر الصائم.

وحاصل الجواب أن قول الأوزاعى لا يورث الشبهة لمخالفة القياس، فإن الصوم إنما يفسد مما دخل لا مما خرج. (ب)

(٤) خبر.

(١) قوله: "كيف ما كان" أى سواء كان ظانا أن الغيبة فطرته، أو استفتى فقيها، فأفتاه بفساد صومه، أو أول الحديث بأنها تفطره، فأكل بعد ذلك عمدا يجب عليه القضاء والكفارة معًا. (ب)

(٢) قلت: وردت أحاديث فى كون الغيبة مفطرةً، وكلها مدخولة. (ب)

* مثل حديث« الغيبة تفطر الصائم» ، راجع نصب الراية ج٢ ص٤٨٢، والدراية ج١، الحديث ٣٨١ ص٢٨٦. (نعيم)

(٣) قوله: "والحديث مؤول بالإجماع [أى بذهاب ثوابه. ف]" حكاية الإجماع بناءً على عدم اعتبار خلاف الظاهرية فى هذا، فإنه حادث بعد ما مضى السلف على أن معناه ما قلنا، ويريد بالحديث قوله عليه الصلاة والسلام: «أفطر من ظل يأكل لحوم الناس»، رواه ابن أبى شيبة وإسحاق بن راهويه وزاد: «إذا اغتاب الرجل فقد أفطر». (فتح القدير)

(٤) قوله: "والمجنونة [وفى نسخة: أو]" قيل: كانت فى الأصل المجبورة، فصحفها الكتاب إلى المجنونة، وعن أبى سليمان الجوزجانى: قلت لمحمد: المجنونة كيف تكون صائمة، فقال لى: دع هذا، فإنه قد انتشر فى الآفاق، وعن عيسى بن أبان: قلت لمحمد: هذه المجنونة، قال: لا، بل المجبورة أى المكرهة.

قلت: ألا تجعلها مجبورة قال: بلى، ثم قال: كيف؟ وقد صارت بها الركب، فهذا يؤيد أنه كان فى الأصل مجبورة، ولما انتشر فى البلاد لم يفد التغيير والإصلاح فى نسخة واحدة، فتركها لإمكان توجيهها أيضاً، بأن تكون عاقلة فى أول النهار، ونوت الصوم، ثم جنت فى باقى النهار، فإن الجنون لا ينافى الصوم، وإنما ينافى شرطه، وهو النية، وقد وجدت فى حال الإفاقة. (ف)

(٥) أى النائمة والمجنونة.

(٦) قوله: "والعذر هنا أبلغ" أى العذر فى النوم والجنون أبلغ من العذر فى النسيان؛ لأن الناسى قاصد بالأكل، والنائمة والمجنونة لا قصد منهما أصلا. (ب)

(٧) أى جماع النائمة والمجنونة. (ب)

(٨) لعدم القصد.

فصل[١] فيما يوجبه على نفسه

وإذا قال: لله عليَّ صوم يوم النحر، أفطر وقضى، فهذا النذر صحيح عندنا[٢]، خلافًا لزفر والشافعي، هما يقولان: إنه نذر بما هو معصية؛ لورود النهى عن صوم هذه الأيام[٣]*.

ولنا أنه نذر بصوم مشروع، والنهى لغيره[٤]، وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى، فيصح نذره لكنه يفطر احترازًا عن المعصية المجاورة[٥]، ثم يقضى إسقاطًا للواجب، وإن صام فيه[٦]، يخرج عن العهدة؛ لأنه أدّاه كما التزمه[٧]. وإن نوى يمينًا[٨]، فعليه كفارة يمين يعنى إذا أفطر، وهذه المسألة على وجوه ستة: إن[٩] لم ينوِ شيئًا، أو نوى النذر لا غير، أو نوى

---

(١) قوله: "فصل" لما فرغ عن بيان ما أوجبه الله على العباد، شرع بيان ما أوجبه العباد على أنفسهم، والأصل فى هذا الباب ما ذكره شيخى أن النذر لا يصح إلا بشروط ثلاثة فى الأصل، إلا إذا أقام الدليل على خلافه. أحدها: أن يكون الواجب من جنسه شرعًا. والثانى: أن يكون مقصوداً لا وسيلةً. والثالث: أن لا يكون واجبا عليه فى الحال، أو فى ثانى الحال، فلذلك لم يصح النذر بعيادة المريض؛ لانعدام الشرط الأول، ولا بالوضوء، وسجدة التلاوة؛ لانعدام الشرط الثانى، ولا بصلاة الظهر وغيرها من المفروضات؛ لانعدام الشرط الثالث. (نهاية)

(٢) لكونه نذراً بما هو مشروع.

(٣) قوله: "لورود النهى عن صوم هذه الأيام" [أخرجه الطبرانى وغيره، كما فى "البناية"] وفى بعض النسخ عن صوم يوم النحر، وهو الأنسب بوضع المسألة. (فتح القدير)

* إشارة إلى حديث عمر، راجع نصب الراية ج٢ ص٤٨٣، والدراية ج١، الحديث ٣٨٢ ص٢٨٧. (نعيم)

(٤) قوله: "والنهى لغيره" وهذا لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن صوم هذه الأيام، وموجب النهى الانتهاء، والانتهاء عما لا يكون لا يتصور، وقد نهى عن صوم شرعى، فيستدعى شرعيته، والنهى لمعنى فى غير الصوم، لكن فى وصفه، وهو الإعراض عن ضيافة الله تعالى، فصار الكف عنها قربة بأصله معصية بوصفه، فيبقى مشروعًا كالصلاة فى الأرض المغصوبة. (ك)

(٥) بالصوم.

(٦) أى فى يوم النحر.

(٧) فإنه التزمه ناقصًا مجاوراً بالمعصية، فأداه كذلك.

(٨) قوله: "وإن نوى يمينًا" الفرق بين النذر واليمين، أن فى النذر يجب القضاء فقط، وفى اليمين يجب القضاء والكفارة. (ب)

(٩) شرط.

النذر، ونوى أن لا يكون يمينًا، يكون نذرًا[١]؛ لأنه نذر بصيغته، كيف؟ وقد قرره بعزيمة[٢]، وإن نوى اليمين، ونوى أن لا يكون نذرا يكون يمينًا؛ لأن اليمين محتمل كلامه[٣]، وقد عينه[٤]، ونفى غيره، وإن نواهما يكون نذرًا ويمينًا[٥] عند أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف يكون نذرًا، ولو نوى اليمين، فكذلك عندهما[٦]، وعنده يكون يمينًا. لأبي يوسف أن النذر فيه حقيقةٌ، واليمين مجاز حتى لا يتوقف الأول على النية، ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما[٧]، ثم المجاز[٨] يتعين بنيته، وعند نيتهما[٩] تترجح الحقيقة[١٠].

ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين[١١]؛ لأنهما يقتضيان الوجوب، إلا أن

---

(١) قوله: "يكون نذرًا [جزاء]" فتعين النذر في الوجه الأول؛ لكونه حقيقة كلامه، وفي الوجه الثاني تعين بالطريق الأولى؛ لأنه قرر النذر بعزيمة، وفي الثالث: أولى وأحرى؛ لأنه قرر النذر بصيغته، ونفى غيره. (ب)

(٢) أي بنية.

(٣) قوله: "لأن اليمين محتمل كلامه [فإن اللام قد يجيء بمعنى الباء. ب] إلخ" فيه بحث لما عرف أنه إذا نوى ما يحتمله اللفظ، وهو في غيره ظاهر يؤخذ بالظاهر، ولا يصدق في صرف هذا الاسم، كما إذا قال: عمرة طالق، وله امرأة معروفة بـ"عمرة"، وقال: أردت غيرها تطلق.

وجوابه: إنما لا يصدق في الصرف عن الظاهر إذا كان هناك مكذب، وفي مسألة الطلاق مكذب، ولا مكذب ههنا. (إله داد)

(٤) أي بنية.

(٥) حتى لو لم يصم يجب القضاء والكفارة. (ب)

(٦) أي يكون نذرًا ويمينًا. (ب)

(٧) قوله: "فلا ينتظمهما" أي فلا ينتظم قوله: "لله علي" النذر واليمين معًا؛ لأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد، وهو لا يجوز، وذلك كما في قوله لامرأته: أنتِ عليّ حرام، إن نوى به الطلاق، يقع طلاقًا، وإن نوى اليمين، يقع يمينًا. (ب)

(٨) قوله: "ثم المجاز" أراد أنه إذا أراد المجاز يتعين نية، وتبطل الحقيقة ح لامتناع الجمع بينهما. (ب)

(٩) أي النذر واليمين.

(١٠) لامتناع الجمع بين الحقيقة والمجاز.

(١١) قوله: "لا تنافي بين الجهتين" أي جهتي النذر واليمين؛ لأنهما يقتضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه؛ لأن هذه اللفظة للإيجاب، ولقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾، واليمين لغيره، وهو صيانة اسم الله تعالى عن الهتك، ولا تنافي بينهما. وهذا معنى ما ذكره في "الإيضاح" أن النذر للإيجاب في الذمة، والوجوب في الذمة

النذر يقتضيه لعينه، واليمين لغيره، فجمعنا بينهما عملا بالدليلين، كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض[١].

ولو قال[٢]: لله عليّ صوم هذه السنة، أفطر[٣] يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق، وقضاها[٤]؛ لأن النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الأيام، وكذا إذا لم يعين[٥] لكنه شرط التتابع؛ لأن المتابعة لا تعرى عنها، لكن يقضيها في هذا الفصل[٦] موصولة تحقيقًا للتتابع بقدر الإمكان.

ويتأتى في هذا خلاف زفر والشافعي[٧] للنهي عن الصوم فيها، وهو قوله عليه الصلاة والسلام[٨]: «ألا لا تصوموا في هذه الأيام فإنها أيّام أكل وشرب وبعال[٩]»*، وقد بينا الوجه فيه[١٠]، والعذر عنه.

ولو لم يشترط التتابع[١١] لم يجزه صوم هذه الأيام؛ لأن الأصل فيما

يلزم الخروج عن العهدة، واليمين يؤكد معنى اللزوم، فلم يكن بين الموجبين تناف؛ لأن ما يؤكد الشيء لا ينافيه، فإذا نوى اليمين يراد بهما عملا بعموم المجاز، لا بالجمع بين الحقيقة والمجاز. (ك)

(١) قوله: "في الهبة بشرط العوض" فإنه جعل هبة في الابتداء للفظ الهبة، وبيعا في الانتهاء؛ لدلالة المعاوضة، ولهذا يصح الرجوع قبل القبض اعتباراً للتبرع، ويثبت الشفعة اعتباراً بالبيع. (ب)

(٢) وكذا لو أراد أن يقول: يومًا، فجرى على لسانه سنة. (ف)

(٣) قوله: "أفطر" هذه العبارة تفيد الوجوب، وقول صاحب "النهاية": الأفضل أن يفطرها، تسامح، فإن الفطر واجب. (ف)

(٤) ولو صام هذه الأيام يخرج عن العهدة. (ن)

(٥) بأن يقول: لله علي صوم سنة. (ب)

(٦) قوله: "في هذا الفصل [أي في هذه الصورة]" احترازًا عن الفصل الذي قبله، فإنه لا يجب موصولة؛ لأن التتابع هناك غير مقصود، ولا ملتزم قصداً. (ف)

(٧) يعني لا يقضى عندهما. (ب)

(٨) أخرجه الدارقطني وإسحاق بن راهويه. (ف)

(٩) بالكسر: هو وقاع النساء. (ب)

* رواه ابن عباس وأبو هريرة راجع نصب الراية ج٢ ص٤٨٤، والدراية ج١، الحديث ٣٨٣ص٢٨٧. (نعيم)

(١٠) قوله: "وقد بينا الوجه فيه" أي في صحة النذر بصوم هذه الأيام، والعذر عنه أي عن الحديث. (ك)

(١١) قوله: "ولو لم يشترط التتابع" أي في ما لم يعين سنة، ولم يشترط المتابعة، ثم في هذه الصورة أيضًا تقضي خمسة وثلاثين يومًا لرمضان، خمسة قضاء عن هذه الأيام، وثلاثون من رمضان، فإنه واجب من

يلتزمه الكمال، والمؤدّى ناقص لمكان النهى[١]، بخلاف ما إذا عينها[٢]؛ لأنه التزم بوصف النقصان، فيكون الأداء بالوصف الملتزَم.

قال: وعليه كفارة يمين[٣] إن أراد به يمينًا، وقد سبقت وجوهه[٤]، ومن أصبح يوم النحر صائمًا، ثم أفطر، لا شيء عليه[٥]، وعن أبى يوسف ومحمد فى "النوادر"[٦]: أن عليه القضاء؛ لأن الشروع ملزم كالنذر، وصار كالشروع فى الصلاة فى الوقت المكروه[٧].

والفرق لأبى حنيفة، وهو ظاهر الرواية أن بنفس الشروع فى الصوم يسمى صائمًا، حتى يحنث به الحالف على الصوم[٨]، فيصير مرتكبًا للنهى، فيجب إبطاله فلا تجب صيانته، ووجوب القضاء يبتنى عليه[٩]، ولا يصير مرتكبًا للنهى بنفس النذر وهو الموجب، ولا بنفس الشروع فى الصلاة[١٠] حتى يتم ركعةً، ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلاة[١١]

غير إيجاب. (ك)

(١) بالحديث المذكور. (ب)

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا عينها" متصل بقوله: لم يجزه، يعنى بخلاف ما إذا عين السنة، بأن قال: لله على صوم هذه السنة، حيث يجوز صوم هذه الأيام فيه. (ب)

(٣) لأن كلامه يحتمله. (ب)

(٤) هى الأوجه الستة. (ك)

(٥) قوله: "لا شيء عليه" أى لا قضاء؛ لأن القضاء إنما يبنى على سلامة الواجب عن شائبة الحرمة، وصوم يوم النحر حرام. (ب)

(٦) قوله: "وعن أبى يوسف إلخ" الحاصل أن الشروع فى صوم يوم من الأيام المنهية، ليس موجبًا للقضاء بالإفساد بخلاف نذرها، فإنه يوجبه فى غيرها، وبخلاف الصلاة فى الأوقات المكروهة، فإن إفسادها موجب للقضاء فى وقت غير مكروه، وهذا ظاهر الرواية.

وعن أبى يوسف ومحمد: أن الشروع فى صوم هذه الأيام كالشروع فى الصلاة فى الأوقات المكروهة. (فتح القدير)

(٧) مثل وقت طلوع الشمس. (ب)

(٨) فيما إذا حلف أنه لا يصوم، فصام يوم النحر. (ب)

(٩) بيان للفرق بين الصوم فى هذه الأيام ونذره.

(١٠) قوله: "ولا بنفس الشروع فى الصلاة [هذا يقتضى أنه لو قطع قبل السجود، لا يجب القضاء. ف]"

فتجب صيانة المؤدّى، ويكون مضمونًا بالقضاء.

وعن أبى حنيفة أنه لا يجب القضاء فى فصل الصلاة أيضًا، والأظهر هو الأول(١)، والله أعلم بالصواب.

باب الاعتكاف(٢)

قال(٣): الاعتكاف مستحب(٤)، والصحيح(٥) أنه سنة مؤكدة(٦)؛

فإن الشروع فى الصلاة لا يسمى صلاة؛ لأن تمامها بالركوع والسجود. (ب)

(١١) قوله: "ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلاة" أى لو قال: لا أصلى فشرع فى الصلاة، لا يحنث ما لم يتم ركعة، فعلم أن الشروع فى الصلاة، ليس بصلاة.

أقول: فيه شيء؛ فإن الشروع فى الصلاة لا شك فى أنه صلاة، وإنما لم يحنث فى باب اليمين؛ لأن بناء الأيمان على العرف، والصلاة قبل الركعة، لا يسمى صلاة فى العرف، وإلا فهو فى الحقيقة صلاة البتة، فافهم. (عبد)

(١) أى وجوب القضاء. (ب)

(٢) قوله: "باب الاعتكاف" أخره عن الصوم؛ لأنه شرط، والشرط مقدم طبعًا، وهو افتعال من العكف، وهو متعدٍ، والعكوف لازم، وفى الشرع: الاعتكاف هو اللبث فى المسجد مع النية.

(٣) أى القدورى. (ب)

(٤) قوله: "الاعتكاف مستحب" اختلفوا فى أن الاعتكاف هل هو سنة مؤكدة، أو مستحب؟ وعلى التقدير الأول: هل هو سنة مؤكدة عينًا، أو كفاية؟ وعلى التقدير الثانى: هل هو على أهل كل محلة، أو كل بلدة. وأيضًا اختلفوا فى أن السنة المؤكدة هل هو الاعتكاف مطلقًا، أو فى رمضان؟ وعلى التقدير الثانى: هل هو فى العشر الأواخر خاصةً، أو مطلقًا؟ وعلى الأول: هل هو باستيعاب العشرة الأخيرة، أم فى جزء منه؟

والصحيح الذى عليه جمهور الفقهاء هو أنه سنة مؤكدة فى العشر الأواخر من رمضان على سبيل الاستيعاب كفاية على أهل كل بلدة، وقد أوضحت كل ذلك فى رسالتى "الإنصاف فى باب الاعتكاف".

وقال بحر العلوم مولانا عبد العلى نور الله مرقده فى "رسائل الأركان": اعلم أنه لا شك فى مواظبة النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم على اعتكاف العشر الأواخر من رمضان، لكن قد ثبت من الأصحاب، ومنهم الخلفاء الراشدون ترك الاعتكاف، فللاعتكاف نوع اختصاص بحضرة الرسالة، وهو أنه يلقى جبريل فيدارسه القرآن، فتارك الاعتكاف من الأمة لا يلحقه الإساءة، فهو إما سنة مختصة به غير مؤكدة على الأمة، أو كان واجبًا عليه مختصًا به، وهذا غير بعيد، انتهى كلامه ملخصًا.

أقول: الحق هو ما ذكرت من أنه سنة مؤكدة على جميع الأمة، لكن على سبيل الكفاية، فلا يقدح ترك الخلفاء الاعتكاف فى شيء؛ لأن أزواج النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم كن يعتكفن بعد وفاته، كما أخرجه البخارى، فكفى اعتكافهن مؤديًا للسنة، فترك الخلفاء لا يدل على كونه مستحبًا، والقول: بأنه كان واجبًا على حضرة الرسالة مختصًا به بعيد، كيف؟ فإن الخصائص لا تثبت بالاحتمال، نص عليه الحافظ ابن حجر فى "فتح البارى شرح صحيح البخارى"، فافهم، فإن المقام مما زلت فيه أقدام الأعلام. (عبد)

(٥) قوله: "والصحيح إلخ" لا شك فى أن نفس الاعتكاف مستحب، والسنة إنما هى فى العشر الأواخر

لأن النبى عليه الصلاة والسلام واظب عليه[١] في العشر الأواخر من رمضان*، والمواظبة دليل السنة، وهو اللبث في المسجد[٢] مع الصوم[٣] ونية الاعتكاف. أما اللبث فركنه؛ لأنه ينبئ عنه[٤]، فكان وجوده به، والصوم من شرطه عندنا[٥] خلافًا للشافعي، والنية[٦] شرط في سائر العبادات[٧]، هو يقول: إن الصوم عبادة، وهو أصل بنفسه، فلا يكون شرطًا لغيره[٨].

ولنا قوله عليه السلام: «لا اعتكاف إلا بالصوم»**[٩]، والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول، ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه[١٠]

من رمضان، وعبارة المصنف يقتضى أن يكون في الاعتكاف روايتان، وليس كذلك. (د)

(٦) قوله: "أنه سنة مؤكدة" الحق خلاف كل من الإطلاقين، بل الحق أن يقال: الاعتكاف ينقسم إلى واجب، وهو المنذور تنجيزاً أو تعليقًا، وإلى سنة مؤكدة، وهو اعتكاف العشر الأواخر، وإلى مستحب، وهو ما سواهما. (ف)

(١) قوله: "واظب عليه" في "الصحيحين" من حديث عائشة رض قالت: «كان رسول الله يعتكف العشر الأواخر من رمضان حتى توفاه الله ثم اعتكف أزواجه بعده»، فهذه المواظبة المقرونة بعدم الترك لما اقترنت بعدم الإنكار على من تركه من الصحابة كانت دليل السنية، وإلا كانت دليل الوجوب. (ف)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٨٦، والدراية ج١، الحديث ٣٨٤ص٢٨٧. (نعيم)

(٢) هذا مفهومه عندنا، وفيه معنى اللغة. (ف)

(٣) قوله: "مع الصوم" هذا التعريف على رواية اشتراط الصوم في مطلق الاعتكاف، لا على اشتراطه في الواجب منه فقط، مع أن ظاهر الرواية أنه ليس شرطًا للنفل منه. (ف)

(٤) أي يخبر عن معنى اللبث بحسب اللغة.

(٥) وكذا كون الاعتكاف في المسجد. (ف)

(٦) لقوله عليه الصلاة والسلام: «إنما الأعمال بالنيات» (ب)

(٧) أي المقصودة.

(٨) قوله: "فلا يكون شرطًا لغيره" أقول: هذا منقوض بالإيمان، فإنه أصل بنفسه مع أنه شرط لصحة جميع العبادات، فما هو جوابه فهو جوابنا. (مولوى محمد عبد الحى دام فيضه)

** من حديث عائشة رضي الله عنها راجع نصب الراية ج٢ ص٤٨٦، والدراية ج١، الحديث ٣٨٥ص٢٨٧. (نعيم)

(٩) رواه الدارقطني ثم البيهقي. (ب)

(١٠) قوله: "لصحة الواجب منه" وصورته: أن يقول: لله عليّ أن أعتكف شهراً أو يومًا، أو يعلقه بشرط

روايةً واحدة[١]، ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن أبى حنيفة لظاهر ما روينا[٢]، وعلى هذه الرواية[٣] لا يكون أقل من يوم[٤].

وفى رواية "الأصل"[٥] -وهو قول محمد-: أقله ساعة[٦] فيكون من غير صوم؛ لأن مبنى النفل على المساهلة، ألا ترى أنه يقعد فى صلاة النفل مع القدرة على القيام[٧]، ولو شرع فيه، ثم قطعه لا يلزمه القضاء[٨] فى رواية "الأصل"[٩]؛ لأنه غير مقدر، فلم يكن القطع إبطالا، وفى رواية الحسن يلزمه؛ لأنه مقدر باليوم كالصوم.

ثم الاعتكاف لا يصح إلا فى مسجد الجماعة لقول حذيفة: "لا اعتكاف إلا فى مسجد جماعة"[١٠]، * وعن أبى حنيفة[١١] أنه لا

بأن يقول: إن شفى مريضى، فعلى اعتكاف، هكذا قالوا، وبه ظهر خطأ صاحب "الكنز" حيث عد الاعتكاف فى باب السلم من كتاب البيوع من الأمور التى لا يصح تعليقها بالشرط، وقد نبه على ذلك ابن نجيم فى "البحر الرائق" فى ذلك الموضع. (مولوى محمد عبد الحى دام فيضه)

(١) أى ليس فيه اختلاف.

(٢) أى «لا اعتكاف إلا بالصوم»، فإنه مطلق يعم الواجب والنفل.

(٣) أى رواية الحسن. (ب)

(٤) لأن الصوم لا يتصور فى ما دونه. (د)

(٥) أى المبسوط.

(٦) قوله: "أقله ساعة" لأن الاعتكاف لبث فى مكان، فلا يقدر بوقت كوقوف عرفة، فإذا لم يقدر بوقت يكون معتكفًا بشرط النية، وله ثواب المعتكفين ما دام فى المسجد، وعن أبى يوسف أنه قدر أقل الاعتكاف النفل بأكثر اليوم. (ب)

(٧) لأن باب النفل واسع. (ب)

(٨) قوله: "لا يلزمه القضاء" فرق بينه وبين ما إذا صام من غير أن يوجبه على نفسه، ثم قطعه، فعليه القضاء. وجه الفرق أن كل جزء من اللبث فى المسجد غير مفتقر إلى جزء آخر فى كونه عبادة؛ لأن اللبث وإن أقل يقع على خلاف العادة، ولا كذلك الصوم. (ن)

(٩) وفى رواية الحسن: يلزمه. (ن)

(١٠) أخرجه الطبرانى. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٩٠، والدراية ج١، الحديث ٣٨٦ص٢٨٨. (نعيم)

(١١) رواية الحسن عنه. (ب)

يصح إلا فى مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس[١]؛ لأنه عبادة انتظار الصّلاة، فيختص بمكان يؤدّى فيه. أما المرأة تعتكف فى مسجد بيتها[٢]؛ لأنه هو الموضع لصلاتها، فيتحقق انتظارها فيه، ولو لم يكن لها[٣] فى البيت مسجد، تجعل موضعًا فيه فتعتكف فيه.

ولا يخرج من المسجد إلا لحاجة الإنسان[٤] أو الجمعة، أما الحاجة فلحديث عائشة: «كان النبى عليه السّلام لا يخرج من معتكفه إلا لحاجة الإنسان»[٥]، * ولأنه معلوم وقوعها، ولا بد من الخروج فى تقضيتها[٦]، فيصير الخروج لها مستثنى، ولا يمكث بعد فراغه من الطهور[٧]؛ لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، وأما الجمعة فلأنها من أهم حوائجه[٨]، وهى معلوم وقوعها[٩].

وقال الشافعى: الخروج إليها[١٠] مفسد؛ لأنه يمكنه الاعتكاف فى

(١) قوله: "إلا فى مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس" فى "الذخيرة": قيل: أراد به غير الجامع، فإن فى المسجد الجامع يجوز الاعتكاف الواجب، وإن لم يصل فيه الصلوات الخمس بجماعة.
وعن أبى يوسف أن الاعتكاف الواجب لا يجوز أداءه إلا فى مسجد جماعة، وأما النفل فيجوز أداءه فى غير مسجد الجماعة. (نهاية)

(٢) قوله: "تعتكف فى مسجد بيتها" أى الأفضل لها ذلك، فلو اعتكفت فى الجامع، أو فى مسجد حيها -وهو أفضل- فى حقها من الجامع جاز وكره، ذكر الكراهة قاضى خان: ولا تعتكف إلا بإذن زوجها. (ف)

(٣) أى للمرأة.

(٤) أى التغوط وإراقة البول. (ب)

(٥) غريب بهذا اللفظ، ونحوه فى الكتب الستة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٩١، والدراية ج١، الحديث ٣٨٧ ص٢٨٨. (نعيم)

(٦) مصدر على وزن التفعلة.

(٧) بالفتح مصدر. (ب)

(٨) قوله: "من أهم حوائجه" لأنها حاجة دينية، ولا يتمكن من إقامتها إلا بالخروج. (ب)

(٩) أى فى زمان الاعتكاف. (ب)

(١٠) أى الجمعة. (ب)

الجامع، ونحن نقول: الاعتكاف في كل مسجد مشروع[١]، وإذا صح الشروع، فالضرورة مُطلقة[٢] في الخروج، ويخرج حين تزول الشمس؛ لأن الخطاب يتوجه بعده، وإن[٣] كان منزله بعيدا عنه، يخرج[٤] في وقت يمكنه إدراكها، ويصلي قبلها أربعًا[٥]، وفي رواية ستًا، الأربع سنة، والركعتان تحية المسجد[٦]، وبعدها أربعًا أو ستًا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة[٧]، وسننها توابع لها[٨]، فألحقت بها، ولو أقام في المسجد الجامع أكثر من ذلك[٩] لا يفسد اعتكافه؛ لأنه موضع اعتكاف إلا[١٠] أنه لا يستحب؛ لأنه التزم أداءه في مسجد واحد، فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة[١١].

ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر[١٢] فسد اعتكافه عند أبي حنيفة

(١) قوله: "في كل مسجد مشروع" هذا على وجه الالتزام، فإن الشافعي يجوزه في كل مسجد، وأما على رأينا فلا يجوز إلا في مسجد يصلى فيه الصلوات. (ب)

(٢) بكسر اللام أي مجوزة للخروج. (ب)

(٣) شرط.

(٤) جزاء.

(٥) قوله: "ويصلي قبلها أربعًا" ينبغي جعل هذه الجملة عطفًا على إدراكها من باب قوله تعالى: ﴿صافَّات ويقبضن﴾، وقوله تعالى: ﴿فالق الإصباح وجعل الليل سكنًا﴾. (ف)

(٦) قوله: "والركعتان تحية المسجد" صرحوا بأنه إذا شرع في الفرض حين دخل المسجد أجزأه عن التحية، فحينئذ لا حاجة إليها، فهذه الرواية وهي رواية الحسن إما ضعيفة، أو مبنية على أن كون الوقت مما يسع فيه السنة، وأداء الفرض بعد قطع المسافة مما يعرف تخمينًا لا قطعًا، فقد يدخل قبل الزوال لعدم مطابقة ظنه، فيشرع في التحية. (ف)

(٧) فعنده يصلي أربعًا، وعند أبي يوسف ستًا. (ب)

(٨) قوله: "وسننها توابع لها" يعني في تحقق الحاجة كما تحققت لنفس الجمعة. (ف)

(٩) أي قدر صلاة الجمعة وسننها.

(١٠) استثناء من قوله: لا يفسد. (ب)

(١١) قوله: "من غير ضرورة" قيد به؛ لأنه إذا أتمه في مسجدين لضرورة جاز، فإنه إذا اعتكف في مسجد فانهدم، فهذا عذر يخرج من المسجد؛ لأنه مضطر إليه. (ن)

(١٢) العذر الخروج لغائط وبول وجمعة. (ب)

لوجود المنافى، وهو القياس.

وقالا: لا يفسد[١] حتى يكون أكثر من نصف يوم، وهو الاستحسان[٢]؛ لأن فى القليل ضرورةً.

قال: وأما الأكل والشرب والنوم يكون فى معتكفه؛ لأن النبى عليه الصلاة والسلام لم يكن له مأوى إلا المسجد[٣]*؛ ولأنه يمكن قضاء هذه الحاجة فى المسجد، فلا ضرورة إلى الخروج[٤].

ولا بأس[٥] بأن يبيع ويبتاع[٦] فى المسجد من غير أن يُحضر السِّلعة؛ لأنه[٧] قد يحتاج إلى ذلك[٨] بأن لا يجد من يقوم بحاجته إلا أنهم قالوا: يكره إحضار السّلعة[٩] للبيع والشراء؛ لأن المسجد محرَز[١٠] عن حقوق العباد، وفيه شغله بها، ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه؛ لقوله عليه الصلاة والسّلام: «جنّبوا مساجدكم صبيانكم»** إلى أن

(١) لأن الأقل معفو عنه.

(٢) هذا يقتضى ترجيحه. (ف)

(٣) قوله: "لم يكن له مأوى إلا المسجد" يعنى فى حال كونه معتكفا، وهذا معلوم من الأحاديث والنصوص المتطابقة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٢ ص٤٩١، والدراية ج١، الحديث ٣٨٨ص٢٨٨. (نعيم)

(٤) قوله: "فلا ضرورة إلى الخروج" قال فى "البدائع": لا يخرج لأكل وشرب ونوم، ولا لعيادة مريض وشهود جنازة، فإن خرج فسد اعتكافه عامداً أو ناسيًا، بخلاف ما لو خرج مكرها. (ب)

(٥) قوله: "ولا بأس إلخ" فى "الخلاصة": هذا إذا أراد الطعام وما لا بد منه، فأما التجارة فمكروه. (ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٦) ويشترى. (ب)

(٧) أى المعتكف.

(٨) أى البيع أو الشراء.

(٩) متاع.

(١٠) أى محفوظ عنها، فإنه خالص لله تعالى. (ف)

** راجع نصب الراية ج٢ ص٤٩١، والدراية ج١، الحديث ٣٨٩ص٢٨٨. (نعيم)

قال: «وبيعكم وشراءكم»(١).

قال: ولا يتكلم إلا بخير، ويكره له الصمت(٢)؛ لأن صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا(٣)، لكنه يتجانب ما يكون مأثمًا.

ويحرم على المعتكف الوطئ(٤)؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تباشروهن وأنتم عاكفون(٥) في المساجد﴾، وكذا اللمس والقبلة(٦)؛ لأنه دواعيه، فيحرم عليه إذ هو محظوره(٧) كما في الإحرام، بخلاف الصوم(٨)؛ لأن الكف ركنه لا محظوره، فلم يتعدَّ إلى دواعيه.

فإن جامع ليلا أو نهارًا عامدًا أو ناسيًا(٩)، بطل اعتكافه؛ لأن الليل(١٠) محل الاعتكاف، بخلاف الصوم(١١) وحالة العاكفين مذكرة، فلا يعذر

---

(١) قوله: "إلى أن قال: «وبيعكم وشراءكم»" روى ابن ماجة عن واثلة مرفوعًا: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وشراءكم وبيعكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم وإقامة حدودكم وسل سيوفكم واتخذوا على أبوابها المطاهر وجمروها في الجمع» (ف)

(٢) قوله: "ويكره له الصمت [أي بالكلية تعبدا به. ب]" قيل: معناه النذر بأن لا يتكلم أصلا، كما كان في شريعة من قبلنا. (ب)

(٣) بل هو فعل المجوس. (ب)

(٤) قوله: "الوطئ" لا يقال: كيف يتهيأ له الوطئ، وهو في المسجد، لأنا نقول: جاز للمعتكف الخروج لحاجته، فعند ذلك أيضا يحرم عليه الوطئ؛ لما أن اسم المعتكف باقٍ. (ن)

(٥) أي معتكفون.

(٦) أي يحرم.

(٧) أي الوطئ محظور الاعتكاف.

(٨) قوله: "بخلاف الصوم [جواب سؤال مقدر. ب] إلخ" يعني أن الكف ركن الصوم، فلو تعدى إلى الدواعي أيضًا، لصار الكف عنها أيضًا ركنا، والركنية لا تثبت بالشبهة، أما الاعتكاف فالجماع محظور، والمحظور قد يثبت بالشبهة. (ب)

(٩) سواء ينزل أو لم ينزل. (ن)

(١٠) قوله: "لأن الليل إلخ" أراد به بيان أن كل ما كان من محظورات الاعتكاف، لا يختلف فيه حكم السهو والعمد والليل والنهار، وكل ما هو من محظورات الصوم يختلف فيه حكم السهو والعمد والليل والنهار. (ب)

(١١) والصائم ليس له حالة مذكرة، فيعذر بالنسيان. (ب)

بالنسيان.

ولو جامع فيما دون الفرج فأنزل، أو قبل أو لمس فأنزل، بطل اعتكافه؛ لأنه[١] في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم، ولو لم ينزل لم يفسد وإن[٢] كان محرمًا؛ لأنه ليس في معنى الجماع، وهو المفسد، ولهذا لا يفسد به الصوم.

قال: ومن أوجب على نفسه[٣] اعتكاف أيام[٤]، لزمه اعتكافُها بلياليها؛ لأن ذكر الأيام على سبيل الجمع يتناول ما بإزاءها من الليالي، يقال: ما رأيتك منذ أيام، والمراد بلياليها.

وكانت متتابعة وإن[٥] لم يشترط التتابع؛ لأن مبنى الاعتكاف على التتابع[٦]؛ لأن الأوقات كلَّها قابلة له، بخلاف الصوم[٧] لأن مبناه على التفرق؛ لأن الليالي غير قابلة للصوم[٨]، فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع[٩]، وإن نوى الأيام خاصةً صحت نيته[١٠]؛ لأنه نوى

---

(١) أي الإنزال.

(٢) الواو وصلية.

(٣) نحو أن يقول: لله علي أن أعتكف ثلاثة أيام. (ب)

(٤) وكذا إذا قال: شهرا. (ف)

(٥) الواو وصلية.

(٦) لوجوده في اليوم والليلة. (ب)

(٧) دفع دخل.

(٨) لقوله تعالى: ﴿وأتموا الصيام إلى الليل﴾.

(٩) قوله: "حتى ينص على التتابع" نحو أن يقول: لله علي أن أصوم شهراً متتابعًا، يلزمه التتابع، وإذا قال: لله علي أن أصوم شهرا، يكون له الخيار، إن شاء تابع، وإن شاء فرق؛ لأن التفريق فيه أصل لوجوده في النهار خاصة. (ب)

(١٠) قوله: "صحت نيته" وهذا بخلاف ما لو أوجب على نفسه اعتكاف شهر بغير عينه، فنوى الأيام دون الليالي، أو قلبه لم يصح؛ لأن الشهر اسم لعدد ثلاثين يومًا وليلة، وليس باسم عام، فلا يطلق على ما دون ذلك العدد أصلا، كالعشرة لا تطلق على الخمسة، ولو استثنى الليالي صح. (ف)

الحقيقة(١). ومن أوجب على نفسه اعتكاف يومين، يلزمه بلياليهما، وقال أبو يوسف(٢): لا تدخل الليلة الأولى؛ لأن المثني غير الجمع(٣)، وفي المتوسطة(٤) ضرورة(٥) الاتصال(٦)، وجه الظاهر أن في المثني معنى الجمع، فيلحق به احتياطًا لأمر العبادة(٧)، والله أعلم.

كتاب الحج(٨)

الحج واجب على الأحرار(٩) البالغين العقلاء الأصحاء، إذا قدروا

---

(١) قوله: "لأنه نوى الحقيقة" فإن قلت: لا تحتاج إلى النية، قلت: كأنه اختار ما ذهب إليه البعض أن اليوم مشترك بين بياض النهار، ومطلق الوقت، وأخذ معني المشترك يحتاج إلى ذلك للتعيين؛ لا لنفس الدلالة، وعلى تقدير أن يكون مختاره ما ذهب إليه الأكثرون، فجوابه أن ذكر الأيام على سبيل الجمع صارف له عن الحقيقة، فيحتاج إلى النية؛ دفعًا له لا للدلالة. (ب)

(٢) قوله: "وقال أبو يوسف" حقه أن يقول:وعن أبي يوسف، كما هوالمذكورفي نسخ "شرح المبسوط" و"الجامع الكبير" لما أن هذه الرواية غيرظاهرة عنه، والدليل على هذا ماذكره في الكتاب في حجتهما بقوله: وجه الظاهر. (ك)

(٣) قوله: "لأن المثنى غير الجمع" فكان لفظه ولفظ المفرد سواء، ثم في لفظ المفرد بأن قال: يومًا لا تدخل الليلة الأولى بالاتفاق، فكذا التثنية. (ف)

(٤) قوله: "وفي المتوسطة [أي في الليلة المتوسطة] إلخ" فإن قيل:لما كان المثني غير المجموع عند أبي يوسف وجب أن لا يكتفي في الجمعة باثنين سوى الإمام، وقد اكتفي به كما تقدم في باب الجمعة.
أجيب عنه بأن الأصل ماذكر ههنا إلا أنه وجد في الجمعة معنى لم يوجد في غيرها،وهوأن الجمعة إنما سميت جمعة لمعنى الاجتماع، وفي الجماعة والتثنية كذلك، فكانت كالجمع في حق الاجتماع، فاكتفيت بها. (عناية)

(٥) فلذلك حكم بدخولها، وهذه الضرورة منتفية في الأولى.

(٦) أي اتصال البعض بالبعض الآخر.

(٧) قوله: "احتياطًا إلخ" فيه إشارة إلى أن أبا حنيفة ومحمدًا لم يلحقا المثني بالجمع في الجمعة؛ لعدم الاحتياط في ذلك، لأن الحتياط في الخروج عن عهدة ما عليه بيقين، وذلك في الإلحاق غير متيقن؛ لأن الجماعة شرط على حدة بالاتفاق، وفي كون التثنية بمعني الجمع تردد لتجاذب المفرد والجمع، وأما في الاعتكاف ففي إلحاقه بالجمع خروج عنها بيقين. (ب)

(٨) قوله: "كتاب الحج [أي هذا كتاب الحج]" هو مركب من العبادة البدنية والمالية، ولهذا أخره عن الصوم؛ لأن المركب مؤخر عن المفرد، ولأن الصوم يتكرر دون الحج، فكان الاحتياج إليه أكثر. (ب)
قوله: "الحج" ذكر بعضهم كالطحاوي والكرخي وصاحب "الإيضاح" المناسك بدل الحج، وهو جمع منسك: وهو ما يتقرب به إلى الله تعالى، لكنه اختص في العرف بأفعال الحج والعمرة.. (عيني)

(٩) قوله: "على الأحرار" إنما ذكر الأحرار وما بعده بلفظ الجمع المحلى باللام مع أن اللام يبطل الجمعية؛ ولم يفرد كما أفرده في قوله: الزكاة واجبة على الحر؛ إخراجا للكلام مخرج العادة، إذ العادة جرت في

على الزاد[(١)] والراحلة فاضلا[(٢)] عن المسكن، وما لا بد منه[(٣)]، وعن نفقة عياله إلى حين عوده، وكان الطريق آمنًا[(٤)] وصفه بالوجوب[(٥)]، وهو فريضة محكمة[(٦)] ثبتت فرضيته[(٧)] بالكتاب، وهو قوله تعالى[(٨)]: ﴿ولله على الناس حج[(٩)] البيت﴾ الآية.

ولا يجب في العمر إلا مرة واحدة؛ لأنه عليه الصلاة والسلام[(١٠)] قيل له: الحج في كل عام أم مرة واحدة؟[(١١)] فقال: «لا بل مرة واحدة فما زاد

خروجهم بالكثرة. (نهاية)

(١) قوله: "إذا قدروا على الزاد" بنفقة وسط لا إسراف فيها، ولا تقتير، وراحلة أى بطريق الملك والإجارة دون الإعارة والإباحة، ولو وهب به مال ليحج به، لا يجب عليه قبوله. (ف)

(٢) حال من كل واحد من الزاد والراحلة. (ف)

(٣) يعنى من غيره. (ف)

(٤) هذه كلها عبارة القدورى ذكرها بعينها، ثم شرحها. (ب)

(٥) قوله: "وصفه بالوجوب إلخ" يحتمل أن يكون اعتراضًا على ظاهر لفظ الكتاب، يعنى وصفه بالوجوب الذى هو عبارة عن اللزوم بدليل فيه شبهة، والحال أنه فرض قطعي لثبوته بدليل لا شبهة فيه، ويحتمل أن يكون تنبيهًا على أن يكون المراد بالوجوب ههنا اللزوم دون المصطلح. (د)

(٦) فيه تلميح إلى أن معنى الوجوب الثبوت. (ب)

(٧) وفي نسخة: فرضيتها أى الحج.

(٨) قوله: "وهو قوله تعالى إلخ" فيه وجوه من التأكيد: منها قوله: ﴿على الناس﴾، وكلمة "على" للإلزام، ومنها: أنه ذكر الناس، ثم أبدل عنه ﴿من استطاع إليه سبيلا﴾ بدون تكرير العامل، ومنها قوله: ﴿فإن الله غنى عن العالمين﴾. (ب)

(٩) بكسر الحاء المهملة.

(١٠) رواه أبو داود، وابن ماجة، وأحمد، والدارقطني، والحاكم "أن الأقرع بن حابس سأل رسول الله فقال: يا رسول الله! الحج في كل سنة أم مرة واحدة" الحديث، ورواه مسلم بلفظ: قال رجل بإبهامه. (عبد)

(١١) قوله: "قيل له: الحج في كل عام إلخ" اعلم أنه لا خلاف في أن الأمر المقيد بالتكرار يفيد التكرار، والأمر المقيد بالمرة لا يفيدها، إنما الخلاف في الأمر المطلق، فذهب قوم منهم أبو إسحاق الإسفرائني إلى أنه يفيد التكرار؛ لأنه لما نزل الأمر بالحج سأل الأقرع بن حابس عن رسول الله ﷺ أفي كل عام يا رسول الله، وهو من أهل اللسان، فعلم أنه قد فهم من الأمر التكرار، ثم لما أشكل عليه ذلك؛ لما فيه من الحرج سأل عنه، والصحيح الذى عليه الجمهور هو أن الأمر المطلق لا يفيد التكرار.

والجواب عن حديث سؤال الأقرع ما ذكره شيخي ووالدي رحمه الله تعالى في "قمر الأقمار لنور الأنوار" من أن الأقرع لما عرف سائر العبادات، تتعلق بالأسباب المتكررة كالصلاة بالوقت، والصوم بالشهر، وقد رأى بأن الحج يتعلق بالوقت، بحيث لا يصح أداءه إلا فيه، وهو متكرر، ويتعلق بالبيت، وهو غير متكرر، فاشبه

فهو تطوع»*، ولأن سببه[٢] البيت[٣]، وأنه لا يتعدد[٤]، فلا يتكرر الوجوب، ثم هو واجب على الفور[٥] عند أبي يوسف.

وعن أبي حنيفة[٦] ما يدل عليه[٧]، وعند محمد والشافعي[٨] على التراخي[٩]؛ لأنه وظيفة العمر، فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة[١٠].

وجه الأول أنه يختص بوقت خاص، والموت في سنة واحدة غير نادر، فيتضيق احتياطاً[١١]، ولهذا[١٢] كان التعجيل أفضل، بخلاف وقت

عليه حاله فسأله، وليس سؤاله لفهمه التكرار من الأمر. (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١، والدراية ج٢، الحديث ٣٩٠ص٣. (نعيم)

(٢) لإضافته إليه يقال: حج البيت. (ب)

(٣) وأما تكرر وجوب الزكاة، وإن كان المال متحداً، فلأن السبب هو النماء، وهو متعدد. (ف)

(٤) وقد علم أن السبب إذا لم يتكرر لم يتكرر المسبب. (ب)

(٥) قوله: "واجب على الفور" وبه قال أحمد، وفي "التحفة" و "البدائع" عن الكرخي: أنه على الفور، والإمام أبو منصور الماتريدي يحمل مطلق الأمر على الفور، ومعنى الوجوب على الفور، الوجوب عند استجماع شرائط الوجوب، يتعين العام الأول عند أبي يوسف، حتى يأثم بالتأخير. والمراد من الفور أن يلزم المأمور فعل المأمور به في أول أوقات الإمكان مستعار للسرعة من فارت القدر فوراً إذا غلت. (ب)

(٦) وفي "المحيط": أصح الروايتين عن أبي حنيفة أنه على الفور. (عيني)

(٧) قوله: "ما يدل عليه" وهو أنه سئل عمن له مال أيحج أم يتزوج، قال: بل يحج، فهذا دليل على أن الواجب عنده على الفور، كذا في "الكافي". (د)

(٨) قوله: "وعند محمد إلخ" زعم بعض المتأخرين أن هذا الخلاف مبني على أن الأمر المطلق عند أبي يوسف للفور، وعند محمد للتراخي، وهذا غير صحيح؛ لأن الأمر لا يوجب الفور باتفاق بينهما، فمسألة الحج مبتدأة.

فقال أبو يوسف: بالفور؛ احترازاً عن الفوت، حتى إذا أتى به بعد العام الأول كان أداء عنده، وعند محمد وجوبه على التراخي بشرط أن لا يفوت، حتى لو لم يؤد في العام الأول فمات فيه، يكون آثما اتفاقا، فثمرة الخلاف أنه إذا أداه بعد العام الأول يأثم بالتأخير عند أبي يوسف خلافًا لمحمد. (شرح وقاية)

(٩) قوله: "على التراخي" ولكن بين قوليهما فرق، وهو أنه يسعه التأخير عند محمد بشرط أن لا يفوته بالموت، فإن أخر حتى مات، فهو آثم بالتأخير، وعند الشافعي لا يأثم بالتأخير وإن مات. (نهاية)

(١٠) قوله: "كالوقت في الصلاة" فكما أنه إذا أخر الصلاة إلى آخر الوقت يجوز، كذلك إذا أخر الحج إلى آخر العمر بشرط أن لا يفوته يجوز. (ب)

(١١) لا تحقيقًا. (ب)

(١٢) أي لأجل الاحتياط. (ب)

الصلاة[١]؛ لأن الموت فى مثله نادر.

وإنما شرط الحريةَ والبلوغ[٢]؛ لقوله عليه السلام[٣]: «أيما عبد حج عشر حجج[٤] ثم أعتق فعليه حجة الإسلام وأيما صبى حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الإسلام»*، ولأنه[٥] عبادة، والعبادات بأسرها موضوعة عن الصبيان[٦]. والعقل[٧] شرط لصحة التكليف، وكذا صحة الجوارح[٨]؛ لأن العجز دونها لازم. والأعمى إذا وجد من يكفيه[٩] مؤنة سفره، ووجد زادًا وراحلة، لا يجب عليه الحج عند أبى حنيفة خلافًا لهما[١٠]، وقد مر فى كتاب الصلاة[١١].

---

(١) جواب عن قوله: كالوقت للصلاة. (ب)

(٢) قوله: "وإنما شرط [القدورى] الحريةَ إلخ" والفرق بين الحج والصلاة والصوم بوجهين: أحدهما: كونه لا يتأتى إلا بالمال غالبًا بخلافهما، ولا ملك للعبد، فلا يقدر على تملك الزاد والراحلة، فلم يكن أهلا لوجوبه،فلذا لايجب على عبيد أهل مكة، بخلاف اشتراط الزاد والراحلة فى حق الفقير، فإنه للتيسير لا الأهلية، فوجب على فقراء مكة. والثانى: أن حق المولى يفوت فى مدة طويلة، وحق العبد مقدم بإذن الشرع. (ف)

(٣) رواه الحاكم فى "مستدركه" قال: صحيح على شرط الشيخين. (ب)

(٤) قوله: "عشر حجج" ليس فى رواية الحاكم، ذكر العدد، وذكر هذا لبيان الكثرة؛ لأن العشر منتهى الآحاد، لا لبيان انحصار الحكم عليها. (ب)

* رواه الحاكم من حديث ابن عباس بدون ذكر العدد، راجع نصب الراية ج٣ ص٦، والدراية ج٢، الحديث ٣٩١ص٣. (نعيم)

(٥) أى الحج.

(٦) لارتفاع القلم عنهم. (ب)

(٧) هذا بيان لقوله: العقلاء. (ب)

(٨) قوله: "وكذا صحة الجوارح [معطوف على قوله: والعقل. ن]" حتى إن المقعد، والزمن، والمفلوج، ومقطوع الرجلين، لا يجب عليهم الإحجاج إذا ملكوا الزاد والراحلة، ولا الإيصاء فى المرض.
وكذا الشيخ الذى لا يثبت على الراحلة يعنى إذا لم يسبق الوجوب حالة الشيخوخة، وكذا المريض، وظاهر الرواية عنهما أنه يجب على هؤلاء إذا ملكوا الزاد والراحلة، ومؤنة من يرفعهم، ويقودهم إلى المناسك، وهى رواية الحسن عن أبى حنيفة، وهى التى أشار إليها بقوله: وأما المقعد إلخ إلا أنه خص المقعد، ويقابل ظاهر الرواية ما نسبه المصنف إلى محمد. (ف)

(٩) أى من يقوده.

(١٠) بناء على أن القدرة بقدرة الغير، ليست بمعتبرة عند أبى حنيفة خلافًا لهما.

وأما المقعد فعن أبي حنيفة أنه يجب(١)؛ لأنه مستطيع بغيره، فأشبه المستطيع بالراحلة، وعن محمد أنه لا يجب؛ لأنه غير قادر على الأداء بنفسه، بخلاف الأعمى؛ لأنه لو هُدِى(٢) يؤدّى بنفسه، فأشبه الضال عنه(٣). ولا بد(٤) من القدرة على الزاد والراحلة، وهو قدر ما يكترى به شق محمل(٥)، أو رأس زاملة(٦)، وقدر النفقة(٧) ذاهبًا وجائيًا(٨)؛ لأنه عليه السلام سئل عن السبيل(٩) إليه، فقال: «الزاد والراحلة»*، وإن أمكنه أن يكترِى عُقْبة(١٠)، فلا شيء عليه؛ لأنهما إذا كانا يتعاقبان لم توجد

(١١) فى باب الجمعة.

(١) قوله: "فعن أبى حنيفة أنه يجب" وعلى هذه الرواية يجب على الأعمى أيضًا، فلا يرد نقضا، وقيل: المقعد يقدر على أداء الأفعال راكبا من غير قائد آخر، بخلاف الأعمى فإنه يحتاج إلى قائد آخر، فافترقا. (ب)

(٢) بصيغة المجهول أى لو أرشد. (ب)

(٣) قوله: "فأشبه الضال عنه" أى عن الطريق والتهدى إلى المشاعر والمواقيت والمطاف، فإنه يجب عليه الحج؛ لأنه قادر لسلامته لكنه يحتاج إلى مرشد، فكذلك الأعمى، وحاصله أنه كما لا يسقط عن الضال كذلك لا يسقط عن الأعمى. (ب)

(٤) هذا شرح قوله فى أول الكتاب: إذا قدر على الزاد والراحلة. (ب)

(٥) قوله: "شق محمل" بفتح الميم الأول، وكسر الثانية أى جانبه لأن له جانبين، ويكفى للراكب أحد جانبيه. (ب)

(٦) قوله: "أو رأس زاملة" والزاملة البعير الذى يحمل عليه المسافر متاعه وطعامه من زمل الشيء حمله. (ب)

(٧) أى ولا بد من قدر النفقة.

(٨) أى فى كلا الحالين.

(٩) قوله: "سئل عن السبيل" روى الحاكم عن سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن أنس فى قوله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا﴾، قيل: يا رسول الله! ما السبيل؟ قال: «الزاد والراحلة»، وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، وتابعه حماد بن سلمة عن قتادة ثم أخرجه كذلك، وقال: صحيح على شرط مسلم. وقد روى من طرق أخرى صحيحة عن الحسن مرسلا فى "سنن سعيد بن منصور"، ومن طرق عديدة مرفوعة من حديث ابن عمر وابن عباس وعائشة وجابر وعبد الله بن عمرو بن العاص وابن مسعود مروية فى ابن ماجة والترمذى والدارقطنى وابن عدى. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٧، والدراية ج٢، الحديث ٣٩٢ص٤. (نعيم)

(١٠) قوله: "وإن أمكنه أن يكترى عقبة [بالضم نوبت. م]" العقبة النوبة وعقبة الأجير أن ينزل المستأجر صباحًا مثلا، فيركب الأجير، وقول صاحب "الإيضاح": فإن أمكنه أن يمشى أو يكترى عقبة، فليس عليه الحج فيه توسعًا. (مغرب)

الراحلة في جميع السفر(١).

ويشترط(٢) أن يكون فاضلا عن المسكن، وعما لا بد منه كالخادم، وأثاثِ البيت(٣) وثيابه؛ لأن هذه الأشياء مشغولة بالحاجة الأصلية.

ويشترط أن يكون فاضلا عن نفقة عياله(٤) إلى حين عوده(٥)؛ لأن النفقة حق مستحق للمرأة، وحق العبد(٦) مقدم على حق الشرع بأمره.

وليس من شرط الوجوب على أهل مكة ومن حولهم الراحلة(٧)؛ لأنه لا تلحقهم مشقة زائدة في الأداء، فأشبه السعي إلى الجمعة. ولا بد(٨) من أمن الطريق(٩)؛ لأن الاستطاعة لا يثبت

---

(١) والشرط أن تكون الراحلة في جميع السفر. (ب)

(٢) هذا بيان لقوله: فاضلا عن المسكن. (ب)

(٣) قوله: "وأثاث البيت" قال الجوهري: الأثاث متاع البيت كالفرش، والبسط، وآلات الطبخ، ونحو ذلك. (ب)

(٤) قوله: "عن نفقة عياله" العيال جمع عيل كجياد وجيد، وذكره في "المغرب" في باب الواو، فيدل على أنه أجوب واوي، يقال: عال عياله أنفق عليهم، وعيال الرجل من عليه نفقته.

ولكن قول المصنف: فاضلا عن الحاجة الأصلية، وعن نفقة عياله، ثم تعليله بقوله: لأن النفقة حق إلخ يدل على أن المراد بالعيال ههنا المرأة، ولكن ليس المراد من العيال المرأة وحدها، وقد قال قاضي خان: عن نفقة عياله وأولاده الصغار، فعلم أنه لا اختصاص بالمرأة. (عيني)

(٥) قوله: "إلى حين عوده" قال الكاكي: قدرت النفقة مرة شهرا، ومرة سنة على حسب اختلاف المساحة، وعن أبي يوسف: ونفقة شهر بعد عوده؛ ليستريح شهرا عن التكسب.

وفي "المحيط": عن أبي عبد الله: ونفقة يوم بعد رجوعه إلى وطنه؛ لأنه يتعذر عليه التكسب في يوم قدومه. (ب)

(٦) لحاجة العبد وغنى الله تعالى.

(٧) قوله: "الراحلة" اعلم أنه إن كان مكيا، أو داخل المواقيت فعليه الحج وإن لم يقدر على الراحلة، وأما الزاد فلا بد منه، صرح به في "الينابيع".

ففي قول صاحب "النهاية": "عليه الحج وإن كان فقيرا لا يملك الزاد والراحلة" نظر، إلا أن يريد إذا كان يمكنه كسبه في الطريق، ولهذا اقتصر المصنف على ذكر الراحلة. (ف)

(٨) هذا بيان لقوله في أول الكتاب: وكان الطريق آمنا.

(٩) قوله: "ولا بد من أمن الطريق" أي وقت خروج أهل بلدة، وهو أن يكون الغالب فيه السلامة، وما أفتى به أبو بكر الرازي من سقوط الحج عن أهل بغداد، وقول أبي بكر الإسكاف: لا أقول: الحج فريضة في زماننا، قاله سنة ست وعشرين وثلاثمائة، وقول الثلجي: ليس على أهل خراسان حج منذ كذا وكذا سنة كان وقت غلبة الخوف. والذي يظهر أن يعتبر مع غلبة السلامة عدم غلبة الخوف أيضا، حتى إذا غلب الخوف على

دونــه، ثم قيل[(١)]: هو شرط الوجوب، حتى لا يجب عليه الإيصاء، وهو مـروى عن أبى حنيفـة. وقـيل[(٢)]: هو شـرط الأداء دون الوجـوب[(٣)]؛ لأن النبى عليه الصلاة والسلام فسَّر الاستطاعة بالزاد والراحلة، لا غير[(٤)].

قـال[(٥)]: ويعتبـر فى المـرأة[(٦)] أن يـكـون لهـا محـرم[(٧)] تحج بـه، أو زوج[(٨)]، ولا يجوز لهـا أن تحج بغيرهمـا إذا كـان بينها وبين مكة مـسيرة ثلاثة أيام. وقال الشـافعى[(٩)]: يجوز لها الحج، إذا خرجت فى رفقة ومعها

القلوب؛ لوقوع الغلبة من المحاربين مراراً، أو سمعوا أن طائـفة تعرضت للطريق، ولهم شوكة لا يجب، واختلفوا فى سقوطه إذا لم يكن بد من ركوب البحر، فقيل: يمنع الوجوب.

وقال الكـرمانى: إن كان الغـالب فى البحـر السـلامة من موضع جـرت العـادة بركـوبه منه يجب، وإلا فلا، وسيحون وجيحون والفرات والنيل أنهار لا بحار. (ف)

(١) قـوله: "ثم قـيل [قـائله: أبـو شـجـاع، ورواه عن أبى حنيـفـة. (ف) وبه قـال الشـافـعى والكرخى من أصحابنا. ب]: هو شرط الوجوب إلخ" تكلموا فى أن أمن الطريق وسلامة البدن على قول أبى حنيفة، ووجود المحرم للمرأة شرط لوجوب الحج أم لا؟ فبعضهم جعلوها شرطا للوجوب، وبعضهم للأداء، وهو الصحيح.

وثمرة الخلاف تظهر فى ما إذا مات قبل الحج، فعلى قول الأولين: لا يلزمه الـوصية، وعلى قـول الأخرين: يلزمه، كـذا فى "الجامع الصغير" لـقاضى خان. وفرق فى "الإيضاح" على قـول البعض بين الزاد والراحلة، وبين أمن الطريق حيث إن الزاد والراحلة شـرط للوجـوب اتفـاقًا، بخـلاف أمن الطريق، فـقـال: هو أن التـمكن بالزاد والراحلة يتحقق، فإذا عد ما لم يثبت الاستطاعة. فأما خـوف الطريق فيعـجزه عـن الأداء بعـارض ومانع، واعتبر هذا بالمحبوس، فإن العبد الممنوع عن الشيء لا يكون نظيرا للمريض الذى لا يقدر. (ن)

(٢) قائله: أبو حاتم. (ف)

(٣) وبه قال أحمد: وهو الصحيح. (ب)

(٤) قوله: "لا غير" ولو كان أمن الطريق منها لذكره، وإلا كان تأخير البيان عن وقت الحاجة. (ف)

(٥) أى القدورى. (ب)

(٦) سواء كانت شابة أو عجوزة. (ك)

(٧) قوله: "أن يكـون لها محـرم" وهو من لا يحل له نكاحهـا على التأبيـد برحم، أو رضاع، أو مـصاهرة؛ لأن التحريم المؤبد يزيل التـهمة فى الخلوة بها، ويشـترط أن يكون عاقلا بالغًا، حرا كان أو عبـدا، كـافراً كان أو مسلماً. ولو كان فـاسقًا أو مجوسيا أو صبيا أو مجنونًا لا يعتبـر؛ لأن الغرض لا يحصل بالفـاسق، والمجوسى يعتقـد إباحـة نكاحهـا، ولا يتـأتى من الصبى والمجنون الحفظ، والصبيـة التى لا تشتـهى مـثلها لهـا أن تسافـر بلا محرم؛ لأن الأمن حاصل، فإن بلغت حد الشهوة، فهى كالبالغة. (ك)

(٨) لا يجب عليها أن تتزوج للحج. (ن)

(٩) قـوله: "وقال الشافعى [له العـمومـات. ف] إلخ" قـوله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البـيت﴾ الآية، وقـوله عليـه الصلاة والسـلام: «حـجـوا»، والقيـاس على المهـاجرة بجامـع أنه سفـر واجب، وعلى المأسـورة إذا

نساء ثقات؛ لحصول الأمن بالمرافقة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام[١]: «لا تحجنَّ امرأة إلا ومعها محرم»*، ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة، وتزداد بانضمام غيرها إليها[٢]، ولهذا[٣] تحرم الخلوة بالأجنبية وإن كان معها غيرها، بخلاف[٤] ما إذا كان بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام؛ لأنه يباح لها الخروج[٥] إلى ما دون السفر بغير محرم.

وإذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها[٦]، وقال الشافعي: له أن يمنعها؛ لأن في الخروج تفويت حقه[٧]. ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض، والحج منها، حتى لو كان الحج نفلا له أن يمنعها[٨]، ولو كان المحرم فاسقًا قالوا: لا يجب عليها؛ لأن المقصود لا يحصل به.

ولها أن تخرج مع كل محرم[٩] إلا أن يكون مجوسيًا؛ لأنه يعتقد

خلصت. قلنا: أما العمومات: فقد تقيدت ببعض الشروط إجماعًا كأمن الطريق وغيره، فيتقيد أيضًا بما ثبت بالأحاديث الصحيحة، كما في "الصحيحين": «لا تسافر امرأة ثلاثا إلا ومعها ذو محرم»، فإن قيل: هذه عامة في كل سفر، وقد خص منه سفر المهاجرة والمأسورة، فيخص منه سفر الحج أيضًا قياسًا عليه.

قلنا: لا يمكن إخراج المتنازع فيه؛ لأن في عينه نصًا تفيد أنه مراد بالعام، وهو ما رواه البزار والدارقطني، فثبت تخصيص العمومات بما روينا على أنهم خصوها بوجود الرفقة، والنساء الثقات، وبه يظهر فساد قياسهم. (ف)

(١) رواه البزار والدارقطني. (ف)

* رواه ابن عباس رضي الله عنه، راجع نصب الراية ج٣ ص٤، والدراية ج٢، الحديث ٣٩٣ص٤. (نعيم)

(٢) قوله: "وتزداد بانضمام غيرها إليها" فإن قلت: قد قلتم بحيلولة المرأة الشقة في الطلقات الثلاث، إذا اعتدت في بيت الزوج، فلم تجعلوا هناك انضمام المرأة إلى المرأة فتنة، أجيب بأن الإقامة موضع الأمن والقدرة على دفعه، بخلاف السفر على أن النص فرق بينهما. (عيني)

(٣) لأجل زيادة النفقة بانضمام المرأة إليها. (ب)

(٤) متصل بقوله: "ولا يجوز لها إلخ.

(٥) قوله: "لأنه يباح لها الخروج" وعلى هذا فليس للزوج منعها إذا كان بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام إذا لم تجد محرما. (ف)

(٦) وبه قال أحمد، وقال مالك: لا يمنعها على القول بالفور، وعلى القول بالتراخي عنه قولان. (ب)

(٧) فصار كما لو نذرت الحج له منعها. (ف)

(٨) ولهذا كان له أن يحللها من ساعته. (عيني)

(٩) سواء كان حرًا أو عبدا أو ذميا؛ لأن الذمي أيضًا يحفظ محارمه. (ب)

إباحة مناكحتها، ولا عبرة بالصبى والمجنون؛ **لأنه لا تتأتى**[1] منهما الصيانة، والصبية التى بلغت حد الشهوة **بمنزلة البالغة**[2]، حتى لا يُسافر بها من غير محرم، ونفقة المحرم عليها[3]؛ **لأنها تتوسل به إلى أداء الحج**[4]، واختلفوا[5] فى أن المحرم شرط الوجوب، أو شرط الأداء على حسب اختلافهم فى أمن الطريق.

وإذا بلغ الصبى بعد ما أحرم، أو أعتق العبد فمضيا، لم يجزهما عن حجة الإسلام[6]؛ لأن إحرامهما انعقد لأداء النفل، فلا ينقلب لأداء الفرض[7]، ولو جدّد الصبى الإحرام قبل الوقوف[8]، ونوى حجة الإسلام جاز، والعبد لو فعل ذلك لم يجز؛ لأن إحرام الصبى غير لازم لعدم الأهلية[9]، أما إحرام العبد[10] لازم[11]، فلا يمكنه الخروج عنه

(١) أى لا تحصل. (ب)

(٢) احتراز عن التى لا تشتهى.

(٣) وبه قال أحمد. (ب)

(٤) قوله: "لأنها تتوسل به إلى أداء الحج" فصار كشراء الراحلة، وفى "فتاوى أبى حفص": لا يلزمها الحج، حتى تجد محرما يحملها من ماله، ومن مالها. (ك)

(٥) فائدة الخلاف تظهر فى وجوب الوصية وعدمه، كما مر.

(٦) أى عن فرض الحج.

(٧) قوله: "فلا ينقلب لأداء الفرض" فإن قيل: الإحرام شرط عندنا بمنزلة الوضوء للصلاة، والصبى إذا توضأ قبل البلوغ، ثم بلغ بالسن تجوز به الصلاة، فكذلك ههنا. قلنا: الإحرام يشبه الوضوء من حيث إنه مفتاح الصلاة، وهذا مفتاح الحج، ويشبه سائر أعمال الحج من حيث إنه يفعل فى أعمال الحج، فيكون من هذا الوجه ركنا، والأخذ فى العبادات بالاحتياط أصل، كذا فى "جامع شمس الأئمة".

وفى "المبسوط": لو بلغ بعد الإحرام قبل الوقوف، أو الطواف لم يجز عن حجة الإسلام عندنا، وعند الشافعى يجزئه، وهذا بناء على ما مضى فى كتاب الصلاة أنه إذا صلى فى أول الوقت، ثم بلغ فى آخره يجزئه عنه عنده، وجعله كأنه بلغ قبل أدائها، وعندنا لا. (ب)

(٨) قوله: "ولو جدّد الصبى إلخ" [أى خرج من الإحرام الأول بفعل ما يحرم فيه، ثم أحرم ثانيًا] والمجنون والكافر كالصبى، فلو حج كافر أو مجنون، فأفاق أو أسلم، وجدد الإحرام أجزأهما، وقيل: هذا دليل على أن الكافر إذا حج لا يحكم بإسلامه، بخلاف الصلاة بجماعة. (ف)

(٩) ولهذا لو حصر لا يلزمه القضاء، ولا جزاء عليه بارتكاب المحظورات. (ف)

(١٠) لكونه مخاطبًا.

بالشروع في غيره، والله أعلم.

فصل[1]

والمواقيت[2] التي لا يجوز أن يجاوزها الإنسان إلا محرما خمسة: لأهل المدينة[3] ذو الحليفة[4]، ولأهل العراق[5] ذات عِرق[6]، ولأهل الشام جحفة[7]، ولأهل نجد قرن[8]، ولأهل اليمن يلملم[9]، هكذا وقت

(١١) حتى لو أصاب صيداً في الإحرام، لزمه التكفير بالصيام؛ لأنه ليس بأهل للتكفير بإراقة الدم، أو بالطعام. (ن)

(١) قوله: "فصل" لما ذكر من يجب عليه الحج، وشروط الحج وما يتبعها، شرع في بيان أول أمكنة يبدأ بأفعال الحج فيها، وهي المواقيت التي لا يجوز أن يجاوزها الإنسان إلا محرما.
والمواقيت جمع الميقات، وهو الوقت المحدود، فاستعير للمكان. (نهاية)

(٢) الواو واو الاستفتاح. (ب)

(٣) النبوية.

(٤) قوله: "ذو الحليفة" تصغير حلفة، وهي ماء بين بني جشم بن بكر بن هوازن، وبين بني خفاجة القبيلتين بينه وبين المدينة ستة أميال، وقيل: كان سبعة، وهو منزل رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا خرج من المدينة، وكان ينزل تحت شجرة في موضع المسجد الذي بذي الحليفة اليوم. وذكر الرافعي بينه وبين المدينة ميل، وهو خطأ، ويرده الحسن، وقال شيخنا الحافظ زين الدين العراقي في "شرح جامع الترمذي": بينه وبين مكة عشر مراحل، وقيل: اثنتا عشرة مرحلة، قلت: العوام يسمون ذا الحليفة آبار علي. (ب)

(٥) قوله: "ولأهل العراق إلخ" قال الإنزاري: فإن قلت: كيف وقت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ذات عرق لأهل العراق، ولم يفتح العراق إلا بعده؟ أجاب بأنه مثل ما وقت لأهل الشام، ولم يفتح الشام إلا بعده، وقد كان يعلم بطريق الوحي أن العراق سيكون دار الإسلام كالشام. (ب)

(٦) قوله: "ذات عرق [قال الكرماني: هي ميقات جميع أهل المشرق بينها وبين مكة اثنان وأربعون ميلا، وقال غيره: مرحلتان]" بالكسر موضع سمي به؛ لأن هناك عرقا، وهو الجبل الصغير. (ب)

(٧) قوله: "جحفة [هي على خمسين فرسخا. ب]" بضم الجيم المعجمة وسكون الحاء المهملة موضع محاذٍ لذي الحليفة من الجانب الشامي، وهي المهيعة، وكان يعرف بها حتى جحف السيل بأهلها أي ذهب فسميت جحفة. (ب)

(٨) قوله: "ولأهل نجد قرن" في "المغرب": القرن ميقات أهل نجد جبل مشرف على عرفات، والعرب يسميه قرن المنازل، وهو بالسكون، وفي "الصحاح": بالتحريك، وفيه نظر، فإن القرن بفتحتين حي من اليمن، إليه ينسب أويس القرني. (ك)

(٩) قوله: "ولأهل اليمن يلملم" بفتح المثناة التحتية، واللامين وإسكان الميم، ويقال لها: ألملم بالهمزة، وهو الأصل، والياء تسهيل لها، وهو جبل من جبال تهامة مشهور في زماننا بالسعدية، قاله بعض شراح المناسك، على مرحلتين من مكة. (رد المحتار)

رسول الله ﷺ هذه المواقيت لهؤلاء(١)*.

وفائدة التأقيت(٢): المنع عن تأخير الإحرام عنها(٣)؛ لأنه يجوز التقديم

(١) قوله: "هكذا وقّت إلخ" اعلم أن هذه المواقيت ما عدا ذات عرق ثابتة في "الصحيحين"، وذات عرق في "صحيح مسلم" و "سنن أبي داود". (بحر الرائق)

قوله: "هكذا وقت إلخ" قلت: أخرج البخاري ومسلم عن طاوس عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وقت لأهل المدينة ذا الحليفة، ولأهل الشام الجحفة، ولأهل نجد قرن المنازل، ولأهل اليمن يلملم هن لهن، ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن أراد الحج أو العمرة، ومن كان دون ذلك، فمن حيث شاء، حتى أهل مكة من مكة. وأخرجا عن سالم عن ابن عمر أن رسول الله قال: يهل أهل المدينة من ذى الحليفة، وأهل الشام من الجحفة، وأهل نجد من قرن، قال عبد الله: وبلغني أنه قال: يهل أهل اليمن من يلملم.

وأخرج مسلم في "صحيحه" عن أبي الزبير عن جابر قال: سمعت أحسبه رفع الحديث إلى رسول الله ﷺ قال: مهل أهل المدينة من ذي الحليفة، ومهل أهل العراق من ذات عرق، ومهل أهل نجد من قرن، ومهل أهل اليمن من يلملم، وهذا شك من الراوي في رفعه. لكن أخرجه ابن ماجة في "سننه" عن إبراهيم بن يزيد عن أبي الزبير عن جابر قال: خطبنا رسول الله ﷺ، فقال: مهل أهل المدينة من ذي الحليفة، ومهل أهل الشام من الجحفة، ومهل أهل اليمن من يلملم، ومهل أهل نجد من قرن، ومهل أهل المشرق من ذات عرق، ثم أقبل بوجهه،فقال: اللّهم أقبل بقلوبهم، وهذه الرواية ليس فيها شك من الراوي إلا أن إبراهيم لايحتج به.

وأخرج أبو داود والنسائي في "سننهما" عن أفلح بن حميد عن القاسم عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وقت لأهل العراق ذات عرق.

وأخرج البزار في "مسنده" عن مسلم عن خالد الزنجي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال: وقت رسول الله لأهل المشرق ذات عرق. ورواه الشافعي: أخبرنا سعيد بن سالم أخبرني ابن جريج أخبرني عطاء أن رسول الله ﷺ قال: فذكره مرسلا بتمامه، وفيه لأهل المشرق ذات عرق.

قال ابن جريج: فقلت لعطاء: إنهم يزعمون أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يوقت ذات عرق، وإنهم لم يكن أهل مشرق يومئذ، فقال: كذلك سمعنا أنه عليه السلام وقت لأهل المشرق ذات عرق.

وروى إسحاق بن راهويه في "مسنده" والدارقطني في "سننه": أخبرنا يزيد بن هارون عن الحجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وقت لأهل المدينة ذا الحليفة، ولأهل الشام الجحفة، ولأهل نجد قرنا، ولأهل اليمن يلملم، ولأهل العراق ذات عرق.

وأسند البخاري عن نافع عن ابن عمر قال: لما فتح هذان المصران أتوا عمر، فقالوا: يا أمير المؤمنين! إن رسول الله حد لأهل نجد قرنا، وإنا إذا أردنا قرنا شق علينا، فقال: انظروا حذوها من طريقكم، فحد لهم ذات عرق، قال البيهقي في "المعرفة": ويشبه أن يكون عمر لم يبلغه توقيت النبي عليه السلام فوافق تحديده تحديده. (تخريج زيلعي)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٢، والدراية ج٢، الحديث ٣٩٤ص٥. (نعيم)

(٢) بالهمزة لغةً في التوقيت. (ب)

(٣) قوله: "المنع عن تأخير الإحرام عنها" قد يقال: يلزم عليه أن من أتى ميقاتًا منها بقصد دخول مكة، وجب عليه الإحرام سواء كان يمر بعده على ميقات آخر، أم لا، لكن المسطور خلافه في غير موضع.

وفي "الكافي" للحاكم الشهيد الذي هو عبارة عن جمع كلام محمد: ومن جاوز وقته غير محرم، ثم أتى

عليها[١] بالاتفاق[٢]. ثم الآفاقي[٣] إذا انتهى إليها على قصد دخول مكة، عليه أن يحرم قصد الحج[٤]؛ أو العمرة، أو لم يقصد عندنا[٥]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام[٦]: «لا يجاوز أحدٌ الميقات إلا محرما»*، ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة[٧]، فيستوي فيه الحاج والمعتمر وغيرهما. ومن كان داخل الميقات[٨]، له أن يدخل مكة بغير إحرام لحاجته؛ لأنه يكثر دخوله مكة، وفي إيجاب الإحرام في كل مرة حرجٌ بيّن، فصار كأهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها، ثم دخولها بغير إحرام لحاجتهم، بخلاف ما إذا قصد أداء النسك؛ لأنه[٩] يتحقق أحيانًا، فلا

وقتًا آخر، وأحرم منه أجزأه، ولو كان أحرم من وقته كان أحب، انتهى.

والمدني إذا جاوز إلى الجحفة، فأحرم لا بأس به عندنا، والأفضل أن يحرم من ذي الحليفة، ومقتضى كون فائدة التأقيت المنع أن لا يجوز التأخير عن ذي الحليفة؛ لأن المرور عليها سابق، ولذا روى عن أبي حنيفة أن عليه دما، لكن الظاهر هو الأول. (ف)

(١) بل التقديم مندوب.

(٢) أي باتفاق الأئمة الأربعة.

(٣) قوله: "ثم الآفاقي [خلافًا لداود الظاهري]" قيل: الصواب أفقي؛ لأن الجمع عند النسبة يرد إلى الواحد، ويمكن أن يقال: إن الآفاق وإن كان جمعًا للأفق، لكنه جعل جاريا مجرى العلم لما سوى مكة من الجوانب والنواحي، ونظيره الأنصاري والفرائضي وغير ذلك. (مولوى محمد عبد الحى دام فيضه)

(٤) قوله: "قصد الحج أو لم يقصد"، هذا عندنا خلافًا للشافعي، فعنده إنما يجب الإحرام عند الميقات إذا دخل مكة لحجة أو عمرة؛ لأن الإحرام شرع لأحدهما، فإذا نوى ذلك يجب، وإلا فلا. (د)

(٥) بأن قصد التجارة.

(٦) رواه ابن أبي شيبة والطبراني والشافعي. (ف)

* رواه ابن عباس رضي الله عنه، راجع نصب الراية ج٣ ص١٥، والدراية ج٢، الحديث ٣٩٥ص٦. (نعيم)

(٧) فبطل ما زعم الشافعي.

(٨) قوله: "ومن كان داخل الميقات [أي من كان وطنه بين مكة والميقات. ب]" المتبادر أن يكون بعد الميقات، لكن الواقع أن لا فرق بين كونه بعدها، أو في نفسها في نص الرواية، قال: ليس للرجل من أهل المواقيت، ومن دونها إلى مكة أن يقرن ولا يتمتع، وهو بمنزلة أهل مكة، ألا ترى أن له أن يدخل مكة بغير إحرام، كذا في كلام محمد. وصرح بأن ذلك عند عدم قصد النسك، أما إذا قصده يجب عليه الإحرام قبل دخوله أرض الحرم، فميقاته كل الحل إلى الحرم، وكذا المكي إذا خرج من مكة لحاجة، فبلغ الوقت ولم يجاوزه. (ف)

(٩) أي قصد أداء النسك.

حرج. فإن قدم الإحرام على هذه المواقيت جاز؛ لقوله تعالى: ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾[١]، وإتمامهما أن يُحرم بهما من دُوَيرَة أهله[٢]، كذا قاله علي[٣] وابن مسعود رضي الله عنهما[٤] *.

والأفضل التقديم عليها؛ لأن إتمام الحج[٥] مفسّر به، والمشقة فيه أكثر، والتعظيم أوفر، وعن أبي حنيفة إنما يكون أفضل إذا كان يَملك نفسه أن لا يقع في محظور. ومن كان داخل الميقات[٦]، فوقته الحل[٧] معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم؛ لأنه يجوز إحرامه[٨] من دويرة أهله، وما

---

(١) قوله: "لقوله تعالى: ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾" اختلفوا في معنى الإتمام، فقال بعضهم: هو أن يتمهما بمناسكهما وحدودهما، وهو قول ابن عباس وعلقمة وإبراهيم النخعي ومجاهد، وقال سعيد بن جبير وطاوس: تمام الحج والعمرة أن تحرم بهما مفردين، وسئل عن علي بن أبي طالب عنه، فقال: أن تحرم من دويرة أهلك، ومثله عن ابن مسعود. وقال قتادة: تمام العمرة أن تعتمر في غير أشهر الحج، فإن كانت في أشهر الحج، ثم أقام حتى حج، فهي متعة، وتمام الحج أن يؤتى بمناسكه، حتى لا يلزم فيهما دم، وقال الضحاك: إتمامهما أن تكون النفقة حلالا. (معالم التنزيل)

(٢) قوله: "من دويرة [تصغير دار] أهله" كان شيخي كثيرا يقول: إن ذكر الدار ههنا بالتصغير بمقابلة تعظيم بيت الله تعالى يعني أن بيت الله يعظم وغيره من البيوت يصغر. (نهاية)

(٣) قوله: "كذا قاله علي إلخ" أخرج وكيع وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم والنحاس في ناسخه، والحاكم وصححه على شرط الشيخين.
والبيهقي في "سننه" عن علي قوله تعالى: ﴿وأتموا الحج﴾، هو أن تحرم من دويرة أهلك، وأخرج ابن عدي والبيهقي عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم مثله. (تفسير در منثور للسيوطي)

(٤) قوله: "وابن مسعود" حديث ابن مسعود ذكره المصنف وغيره، والله أعلم به. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٦، والدراية ج٢، الحديث ٣٩٦ ص٧. (نعيم)

(٥) في الآية.

(٦) أو في نفس المواقيت. (ف)

(٧) قوله: "فوقته الحل [بكسر الحاء أي خارج الحرم]" هذا إذا كان داخل المواقيت الذي هو الحل، أما إذا كان ساكنًا في الحرم، فميقاته كميقات أهل مكة للحج الحرم، وللعمرة الحل. (ف)

(٨) قوله: "لأنه يجوز إلخ" هذا دليل لما ادعاه من معنى الحل يعني المراد به الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم، لا مطلق الحل، إذ لو كان مراده المطلق، فح يصير كالآفاقي، وحيث جاز له أن يحرم من دويرة أهله جاز له أن يحرم كذلك، مثاله إذا كان من أهل بستان، أو نخلة، أو عسفان، أو خليص، فالأفضل له أن يحرم من منزله، ويجوز عندنا تأخيره إلى الحرم، ولا معنى لذكر الحل الذي قبله منزله إلى المواقيت.
وفي "المحيط" و"البدائع": من كان داخل الميقات كأهل بستان بني عامر، فميقاته في الحج والعمرة من

وراء الميقات إلى الحرم مكان واحد.

ومن كان بمكة(١)، فوقته في الحج الحرم، وفي العمرة الحِلّ؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام(٢) أمر أصحابه أن يُحرموا بالحج من جوف مكة، وأمر أخا عائشة(٣) أن يعمّرها من التنعيم*، وهو في الحل، ولأن أداء الحج في عرفة(٤)، وهي في الحل(٥)، فيكون الإحرام من الحرم؛ ليتحقق نوع سفر، وأداء العمرة في الحرم، فيكون الإحرام من الحل لهذا(٦)، إلا أن التنعيم أفضل لورود الأثر به(٧)، والله أعلم بالصواب.

باب الإحرام(٨)

وإذا أراد الإحرام(٩)، اغتسل أو توضأ، والغسل أفضل؛ لما روى أنه

داره إلى الحرم، ومن داره أفضل، وكذا الآفاقي إذا حل البستان، والمكي إذا خرج إليه من الحرم يكون حكمه كحكم أهله. (ب)

(١) قوله: "ومن كان بمكة" سواء كان وطنه مكة، أو كان آفاقيا، تمتع فأحرم بالعمرة من الميقات، وفرغ منها، وسكن مكة، فحكمه أيضًا حكم أهل مكة، يحرم للحج من الحرم، وللعمرة من الحل، فتفسير العيني بقوله: أي من كان وطنه مكة، ليس كما ينبغي. (مولوي محمد عبد الحي رحمه الله)

(٢) أخرجه مسلم. (ف)

(٣) قوله: "عائشة [أخرجه البخاري ومسلم]" وكانت قد أحرمت بالعمرة، فحاضت، فأمر رسول الله ﷺ أن ترفض إحرامها، وتحرم بالحج، فلما فرغت من الحج أمر عبد الرحمن أخاه أن يذهب بها إلى التنعيم.

* هذا المستدل محتو على الحديثين: الأول: أخرجه مسلم من حديث جابر والثاني: متفق عليه من حديث عائشة، راجع نصب الراية ج٣ ص١٦، والدراية ج٢، الحديث ٣٩٧ ص٧. (نعيم)

(٤) لأن الحاج يذهب إلى عرفات من مكة.

(٥) قوله: "وهي في الحل" قال الإنزاري: فيه نظر؛ لأن اسم الموقف عرفات، كذا في "الكشاف"، وعرفة اسم اليوم التاسع، والذي في الحل هو الموقف، لا اليوم، انتهى.

قلت: نظره ليس بوارد؛ لأنه اعتبر بكلام الزمخشري أن إطلاق عرفة مفردا لا يجوز على الموقف، وليس كذلك، فإنه يطلق عليه عرفة أيضًا. قال صاحب "المغرب": عرفات علم للموقف، ويقال لها: عرفة أيضًا. (ب)

(٦) أي ليتحقق نوع السفر.

(٧) وهو ما ذكر قبيل هذا من أمر أخي عائشة. (ك)

(٨) قوله: "باب الإحرام" لما ذكر المواقيت شرع في ذكر الإحرام الذي يفعل في هذه المواقيت. (نهاية)

(٩) قوله: "وإذا أراد الإحرام [الواو للاستفتاح كذا سمعته من مشايخي الكبار. ب] إلخ" حقيقته الدخول

عليه الصلاة والسلام[١] اغتسل لإحرامه*، إلا أنه للتنظيف[٢]، حتى تؤمر به الحائض[٣] وإن لم يقع فرضا عنها، فيقوم الوضوء مقامه[٤] كما في الجمعة، لكن الغسل أفضل؛ لأن معنى النظافة فيه أتم، ولأنه عليه الصلاة والسلام اختاره[٥]. قال: ولبس ثوبين جديدين، أو غسيلين[٦]، إزاراً ورداء[٧]؛ لأنه عليه الصلاة والسلام ائتزر وارتدى[٨] عند إحرامه**، ولأنه ممنوع عن لبس المخيط، ولا بد من ستر العورة، ودفع الحر والبرد، وذلك فيما عيّناه[٩]، والجديد أفضل؛ لأنه أقرب إلى الطهارة.

قال: ومسّ طيباً إن كان له، وعن محمد[١٠] أنه يكره إذا تطيب بما يبقى

في الحرمة، والمراد الدخول في حرمات مخصوصة أي التزامها، وهو شرط الحج غير أنه لا يتحقق ثبوته شرعاً إلا بالنية مع الذكر، أو الخصوصية على ما سيأتي، وإذا تم الإحرام لا يخرج منه إلا بعمل النسك الذي أحرم به، وإن أفسده إلا في الفوات، فيعمل العمرة، وإلا الإحصار فبذبح الهدى. (ف)

(١) أخرجه الترمذي، وقال: حسن غريب، والطبراني والدارقطني. (ب)

* رواه زيد بن ثابت، راجع نصب الراية ج٣ ص١٧، والدراية ج٢، الحديث ٣٩٨ص٧. (نعيم)

(٢) قوله: "إلا أنه للتنظيف" أي إلا أن هذا الاغتسال لزيادة تنظيف البدن، وأشار به إلى أنه ليس بواجب، خلافاً لداود الظاهري. (ب)

(٣) استحباباً؛ لأن اغتسالها قبل الطهر لا يخرجها عن الحدث.

(٤) قوله: "فيقوم الوضوء مقامه" أي في حق إقامة السنة، لا في الأفضلية. (ب)

(٥) كما مر آنفاً.

(٦) قوله: "جديدين [هذا هو السنة والواحد جائز. ف] أو غسيلين [ويستحب أن يكون أبيضين. ب]" قال أبو بكر الرازي في "شرح مختصر الطحاوي": إنما قال: هذا لأنه روى عن بعض السلف كراهة الجديد عند الإحرام، قلت: المفهوم ههنا هو أنه إذا لم يجد جديدين يكون عتيقين غسيلين. (ب)

(٧) قوله: "إزاراً ورداء [منصوبان على التمييز. ب]" الرداء من الكتف، والإزار من الحقو، ويدخل الرداء تحت يمينه، ويلقيه على كتفه الأيسر، ويبقى كتفه الأيمن مكشوفاً، كذا في "الجامع الصغير" للإمام المحبوبي. (ن)

(٨) قوله: "ائتزر وارتدى [أخرجه البخاري. ب]" ائتزر بالهمزة افتعل من الائتزار؛ لأن أصله إئتزر بهمزتين، وقال في "المغرب": اتّزر يعني التشديد أي لبس الإزار، وارتدى يعني لبس الرداء. (ب)

** رواه ابن عباس، راجع نصب الراية ج٣ ص١٨، والدراية ج٢، الحديث ٣٩٩ص٨. (نعيم)

(٩) من الإزار والرداء.

(١٠) قوله: "وعن محمد أنه يكره إذا تطيب بما يبقى عينه" بأن يلطخ رأسه بالمسك؛ لأنه تنتفع بالطيب، وهو ممنوع، وهذا لأن للبقاء حكم الابتداء. (ك)

عينُه بعد الإحرام، وهو قول مالك والشافعي؛ لأنه منتفعٌ بالطيب بعد الإحرام. ووجه المشهور حديث عائشة[١] قالت: كنتُ أطيّب رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يُحرم*، والممنوع عنه التطيّب بعد الإحرام، والباقي كالتابع له لاتصاله به، بخلاف الثوب[٢]؛ لأنه مباين عنه.

قال[٣]: وصلى ركعتين[٤]؛ لما روى جابر[٥] أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى بذي الحُليفة ركعتين عند إحرامه**.

قال[٦]: وقال: اللهم إني أريد الحج، فيسّره لي، وتقبله مني؛ لأن[٧] أداءه في أزمنةٍ متفرقة، وأماكنٍ متباينةٍ، فلا يَعْرَى[٨] عن المشقة عادةً، فيسأل التيسر، وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء؛ لأن مدتها يسيرة[٩]، وأداءها عادةً متيسر. قال: ثم يلبي عقيبَ صلاته؛ لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام[١٠] لبّى في دُبُر صلاته***، وإن لبّى بعد ما استوت به

---

(١) رواه في "الصحيحين"، وفي لفظ: كأني أنظر إلى وبيص الطيب في مفرق رسول الله. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٠٠ ص٨. (نعيم)

(٢) قوله: "بخلاف الثوب" يعني بخلاف ما إذا لبس ثوبًا قبل الإحرام، وبقي ذلك بعد الإحرام حيث يمنع عليه؛ لأنه ليس تبعًا. (ب)

(٣) أي القدوري. (ب)

(٤) في غير الأوقات المكروهة. (ب)

(٥) قوله: "لما روى جابر" نسبته إلى جابر لم تصح، فإن في حديثه صلى من غير عدد، نعم رواه أبو داود عن ابن عباس. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٤٠١ ص٨. (نعيم)

(٦) قوله: "قال [أي القدوري. ب]: وقال" أي قال محمد، وقال الذي يريد الحج: اللهم إني إلخ، وفي بعض النسخ لم يذكر قال الأول، والصحيح الأول؛ لأنه هو الموافق لكتب الأساتذة. (نهاية)

(٧) تعليل لسؤال التيسير.

(٨) أي فلا يخلو.

(٩) قوله: "لأن مدتها إلخ" وفي "التحفة" و"القنية" وغيرهما: ال محمد: يقول: اللّهم إني أريد صلاة كذا، فيسرها لي وتقبلها مني وعلى هذا، فلا فرق. (ب)

(١٠) أخرجه الترمذي والنسائي. (ف)

راحلته[١] جاز، ولكن الأول أفضل؛ لما روينا[٢].

فإن كان مفْردًا بالحج، ينوى بتلبيته الحج؛ لأنه عبادة[٣]، والأعمال[٤] بالنيات، والتلبيةُ أن يقول: لبيك[٥] اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك.

قوله: إن "الحمد" بكسر الألف[٦] لا بفتحها؛ ليكون ابتداءً لا بناءً[٧]، إذ الفتحة صفة الأولى، وهو إجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه[٨] على ما هو المعروف فى القصة[٩].

*** رواه ابن عباس، راجع نصب الراية ج٣ ص٢١، والدراية ج٢، الحديث ٤٠٢ ص٩. (نعيم)

(١) أى قامت مستوية على قوائمها. (مغرب)

(٢) آنفًا.

(٣) مقصودة، هو لفظ الحديث فى رواية. (ب)

(٤) هو لفظ الحديث فى رواية. (ب)

(٥) قوله: "لبيك إلخ" هو من المصادر التى يجب حذف فعلها لوقوعه مثنى، واختلفوا فى معناه، فقيل: مشتق من ألب الرجل، إذا أقام فى مكان، فمعنى لبيك أقيم على عبادتك إقامة بعد إقامة؛ لأن التثنية ههنا للتكرير والتكثير. ويقال: معنى لبيك أنا أقيم على طاعتك منصوب على المصدر من قولهم: لب بالمكان وألب إذا أقام به ولزم، وكان حقه أن يقال: لبًا لك، ولكنه ثنى للتأكيد أى لبا لك بعد الباب، وقيل: مشتق من قولهم: امرأة لبة أى محبة لزوجها، فمعناه إخلاص لك، ومنه لب الطعام. (ب)

(٦) قوله: "بكسر الألف [أى على الأوجه، وإلا فالفتح جائز. ف]" قال فى "المحيط": لأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم كسرها، قلت: لا يعرف من النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (ب)

(٧) قوله: "ليكون ابتداء إلخ" أى ليكون ابتداء الكلام غير متعلق بما قبله، ولا يكون مبنيًا على ما قبله، فيكون المعنى أثنى عليك؛ لأن الحمد والنعمة لك، ففيه معنى التخصيص، بخلاف الكسرة لأن فيها معنى التعميم، فهو أولى إذا لفتحة أى فتحة الألف صفة الأولى أى الكلمة الأولى، وهى قوله: لبيك، ولم يرد به الصفة النحوية، بل أراد به الصفة الحقيقية، وهى المعنى القائم بالذات، وابتداء الثناء أولى. (ب)

(٨) قوله: "وهو إجابة لدعاء الخليل إلخ" أخرج الحاكم عن جرير عن قابوس عن أبيه عن ابن عباس قال: لما فرغ إبراهيم من بناء البيت، قال: يا رب! قد فرغت، قال: أذن فى الناس بالحج، قال: رب! وما يبلغ صوته، قال: أذن وعلى البلاغ، قال: رب! كيف أقول، قال: قل يا أيها الناس كتب عليكم حج البيت العتيق، فسمعه من بين السماء والأرض، ألا ترى أنهم يجيئون من أقصى الأرض يلبون، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. وأخرج الأزرقى فى "تاريخ مكة" عن عبد الله بن سلام قال: «لما أمر إبراهيم أن يؤذن فى الناس قام على المقام». (الحديث) وأخرج عن مجاهد قال: قام إبراهيم على هذا المقام، فقال: يا أيها الناس! أجيبوا ربكم، فقال: لبيك اللّهم لبيك، قال: فمن حج اليوم، فهو ممن أجاب إبراهيم. (ف)

ولا ينبغى أن يُخل[1] بشىء من هذه الكلمات؛ لأنه[2] هو المنقول باتفاق الرواة[3]، فلا ينقض عنه، ولو زاد فيها جاز، خلافًا للشافعى فى رواية الربيع عنه[4]، هو اعتبره بالأذان والتشهد من حيث إنه ذكر

(٩) قوله: "على ما هو المعروف فى القصة" أشار به إلى أن فيه خلافًا، قال العلماء: التلبية إجابة الداعى بلا خلاف، ولكن الخلاف فى أن الداعى من هو؟ فأشار المصنف إلى أن الداعى هو الخليل على نبينا وعليه الصلاة والسلام. وقيل: الداعي هو الله تعالى كما قال الله تعالى: ﴿يدعوكم ليغفر لكم من ذنوبكم﴾، وقيل: رسول الله ﷺ أن سيدًا بنى دارًا، وبعث داعيا، وأراد بالداعى نفسه. (ب)

قوله: "على ما هو المعروف فى القصة" قلت: فيه آثار عن الصحابة والتابعين، فمنها: ما أخرجه الحاكم فى "المستدرك" فى فضائل إبراهيم عن جرير عن عطاء بن السائب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: لما بنى إبراهيم البيت أوحى الله إليه أن أذن للناس بالحج، فقال إبراهيم: ألا إن ربكم قد اتخذ بيتا، وأمركم أن تحجوه، فاستجاب له ما سمعه من حجر، أو شجر، أو مدر، أو غير ذلك لبيك اللّهم لبيك.

وروى إسحاق بن راهويه فى "مسنده": أخبرنا النضر بن شميل، حدثنا حماد عن أبى عاصم عن أبى الطفيل، قال: قلت لابن عباس: أ تدرى كيف كان التلبية، إن إبراهيم أمر أن يؤذن الناس بالحج، فخضعت الجبال رؤوسها، فأذن بالناس بالحج، وقال: يا أيها الناس! أجيبوا ربكم.

وفيه قصة أخرى رواه أبوالوليد محمد بن عبد الله الأزرقى فى "تاريخ مكة": حدثنى محمد بن يحيى عن محمد بن عمر الواقدى عن ابن أبى سبرة عن إسحاق بن عبد الله عن عمر بن الحكم عن أبى سعيد الخدرى قال: قال عبد الله بن سلام: لما أمر إبراهيم أن يؤذن فى الناس، قام علي المقام، فارتفع المقام حتى أشرف على ما تحته، وقال: يا أيها الناس! أجيبوا ربكم، فأجابه الناس، فقالوا: لبيك اللّهم لبيك.

وروى أيضًا: حدثنى محمد بن أحمد بن محمد الوليد الأزرقى عن مسلمة بن خالد الزنجى عن ابن أبى نجيح عن مجاهد، قال: قام إبراهيم على هذا المقام، فقال: يا أيها الناس! أجيبوا ربكم، فقالوا: لبيك اللّهم لبيك اللّهم لبيك، قال: فمن حج اليوم، فهو من أجاب إبراهيم يومئذ. (ت)

(١) قوله: "ولا ينبغى أن يُخل [بضم الياء من الإخلال وفاعله المحرم، ويجوز أن يكون مجهولا. ب] إلخ" قال الإسبيجابى: إن زاد عليها أو نقص، أجزأه ولا يضره. (ب)

(٢) أى ذكر التلبية على الوجه المذكور فى الكتاب.

(٣) قوله: "باتفاق الرواة" فيه نظر إذ ليس ما ذكره منقولا باتفاق الرواة، فقد روى حديث التلبية عن عائشة وعبد الله بن مسعود، وليس فيه: «والملك لا شريك لك».

أما حديث عائشة فقد أخرجه البخارى، وأما حديث ابن مسعود، فأخرجه النسائى، ولم يتعرض الشراح لهذا المقام. (عينى)

(٤) قوله: "فى رواية الربيع عنه" هو ابن سليمان البصرى راوى كتب الأمهات عن الشافعى، وروى المزنى عن الشافعى جواز الزيادة.

وفى "شرح الوجيز": لاتستحب الزيادة على تلبية رسول الله ﷺ بل يكررها، وبه قال أحمد، وقال أبو حامد: ذكر أهل العراق عن الشافعى أنه ذكر الزيادة، وليس كذلك. (ب)

قوله: "فى رواية الربيع عنه" هو أبو محمد الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادى، نسبته إلى

منظوم(١). ولنا أن أجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة زادوا على المأثور(٢)*، ولأن المقصود الثناء(٣) وإظهار العبودية، فلا يمنع من الزيادة عليه(٤). قال(٥): وإذا لبّى فقد أحرم يعني إذا نوى(٦)؛

مراد بضم الميم قبيلة كبيرة باليمن المؤذن صاحب الإمام الشافعي الراوى عنه أكثر كتبه.

قال الشافعي في حقه: الربيع روايتي، وقال: ما أخذ مني أحد ما أخذ مني الربيع، ويحكى عنه أنه قال: دخلت على الشافعي عند وفاته، وعنده البويطي والمزني وابن عبد الحكم، فنظر إلينا، ثم قال: أما أنت يا أبا يعقوب! يعني البويطي، فتموت في حد يدك، وأما أنت يا مزني! فستكون لك في مصر هنات وهنات، ولتدركن زمانا تكون فيه أقيس أهل زمانك، وأما أنت يا محمد! يعني ابن عبد الحكم، فسترجع إلى مذهب مالك، وأما أنت يا ربيع! فأنت أنفعهم لي في نشر الكتب، فلما مات الشافعي صار كل واحد منهم إلى ما قاله.

وذكر بعضهم أن الربيع آخر من روى عن الشافعي بمصر، وكان آية عظمى في التوقد والذكاء، ونشر العلم، وتوفي يوم الاثنين بعشر بقين من شوال سنة سبعين ومائتين بمصر، كذا في "تاريخ ابن خلكان" و"حسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة" وغيرهما. (مولوى عبد الحي رحمه الله)

(١) أي مرتب بألفاظ مخصوصة لا يجوز التغيير فيها، كما لا يجوز في الأذان والتشهد. (ب)

(٢) قوله: "زادوا على المأثور" أخرج الستة التلبية المشهورة من حديث ابن عمر، وقال: وكان ابن عمر يزيد فيها: لبيك وسعديك والخير بيديك والرغباء إليك والعمل، وأخرجها مسلم من قول عمر أيضاً، وزيادة ابن مسعود أخرجها إسحاق بن راهويه في "مسنده" في حديث طويل في آخره: وزاد ابن مسعود في تلبيته، فقال: لبيك عدد التراب، وما سمعته قبل ذلك ولا بعده.

وأما زيادة أبي هريرة -والله أعلم بها-، وإنما أخرج النسائي عنه قال: كان من تلبية رسول الله ﷺ لبيك إله الخلق لبيك، ورواه الحاكم، وصححه.

وروى أبو سعيد في "الطبقات" عن مسلم بن أبي مسلم قال: سمعت الحسن بن علي يزيد في التلبية: لبيك ذا النعماء والفضل الحسن. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤، والدراية ج٢، ص١٠. (نعيم)

(٣) قوله: "ولأن المقصود الثناء [فكلما زاد كان أفضل] إلخ" وأما الجواب عن التشهد، فهو أنه روى في التشهد تأكيد زائد، قال ابن مسعود: «كان رسول الله ﷺ يعلمنا التشهد كما يعلمنا سورة القرآن»، ولأن شرعية لبيك على سبيل الشعار، والزيادة عليه لا يفوت معنى الشعار فلا يكره، بخلاف التشهد، فإنه يكره الزيادة بعد ما أدى حقه إخلالا بنظم الصلاة، كما يكره تكرار التشهد، حتى إذا كان في آخر الصلاة لا يكره الزيادة، وكذلك في الأذان لأنه للإعلام، وقد صار معروفا بهذه الكلمات، فلا يبقى الإعلام بغيرها. (ن)

(٤) قوله: "فلا يمنع من الزيادة عليه" وأخرج أبو داود عن جابر قال: أهل رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فذكر تلبيته المشهورة، وقال: والناس يزيدون: لبيك ذو المعارج ونحوه من الكلام، والنبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم يسمع، فلا يقول لهم شيئاً، فقد صرح بتقريره عليه، وهو أحد الأدلة. (ف)

(٥) أي القدوري. (ب)

(٦) قوله: "يعني إذا نوى" اعترض ههنا الإنزاري بما حاصله أن القدوري ذكر النية في ما سبق بقوله: ينوي بتلبيته الحج، وصرح بها، فمع التصريح به كيف يقال: إنه لم يذكر النية، وكيف يحتاج من له تمييز إلى

لأن العبادة لا تتأدى إلا بالنية، إلا أنه(١) لم يذكرها(٢) لتقدم الإشارة إليها في قوله: اللهم إني أريد الحج.

ولا يصير شارعا في الإحرام بمجرد النية ما لم يأتِ بالتلبية خلافًا للشافعي(٣)؛ لأنه عقد على الأداء(٤)، فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلاة، ويصير شارعًا بذكرٍ يقصد به التعظيم سوى التلبية، فارسيةً كانت(٥) أو عربيةً، هذا هو المشهور عن أصحابنا(٦). والفرق بينه وبين الصلاة على أصلهما(٧) أن باب الحج أوسع من باب الصلاة، حتى يقام

تفسير ذلك لقوله: يعني إذا نوى. وأجاب عنه العيني بقوله: قلت: سبحان الله هذا كلام من لا طعم له، فإنه ما ارتكب شيئًا يوجب الإنكار، وهذا زيادة إيضاح وتنبيه، فالذي فعله القدوري من باب الاكتفاء، والذي فعله المصنف من باب الإيضاح والتأكيد، انتهى.

أقول: لا يخفى على الفطن العارف أن ما فعله صاحب "الهداية" ههنا مما يستنكر عليه؛ لأن القدوري بنفسه صرح بالنية، وسياق عبارته هكذا: وإن كان مفردا بالحج، ينوي بتلبيته الحج، وإذا لبى فقد أحرام، لكنه ذكر تفسير التلبية في ما بين هذين الجملتين، فمعنى قوله: وإذا لبى يعني بعد النية، فلا حاجة إلى تفسير صاحب "الهداية"، وأبعد منه قوله: إلا أنه لم يذكرها لتقدم الإشارة إلخ، فإن التصريح موجود بعد الإشارة، فأي حاجة إلى ذكر الإشارة، فافهم. (مولوي محمد عبد الحي رحمه الله)

(١) ى القدوري. (ب)

(٢) لنية ههنا.

(٣) نوله: "خلافًا للشافعي" في أحد قوليه، وروى عن أبي يوسف مثل قوله قياسا على الصوم بجامع أنها عبادة كف عن المحظورات، فتكفي النية لالتزامها، وقسنا نحن على الصلاة؛ لأنها التزام أفعال لا مجرد كف، فكان بالصلاة أشبه. (ف)

(٤) أي أداء عبادة فيها أركان مختلفة.

(٥) التلبية.

(٦) قوله: "هذا هو المشهور عن أصحابنا" يعني أنه يصير شارعا بكل ذكر يقصد به التعظيم، قال القدوري في شرحه: هو المشهور عن أبي يوسف.

وفي "التحفة": لو ذكر التهليل، أو التسبيح، أو التحميد، ونوى الإحرام يصير محرما سواء كان يحسن التلبية، أو لا يحسن، وكذلك إذا نوى بأي لسان كان، سواء كان يحسن العربية أو لا، هذا جواب ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي يوسف إن كان لا يحسن التلبية جاز، وإلا فلا، كما في الصلاة. وأما أبوحنيفة فقد مر على أصله، وهو أن الذكر الموضوع في ابتداء العبادة لا يختص عنده بعبارة معينة. (ب)

(٧) قوله: "على أصلهما" أي أبي يوسف ومحمد، وهو أن أبا يوسف خص الشروع في الصلاة بلفظ التكبير، ومحمد قيد بالعربية، ولم يقيد ههنا؛ لأن باب الحج واسع. (ك)

غير الـذكر مقام الـذكر[١] كتقليـد البدن[٢]، فكـذا غيرُ التلبيـة، وغير العـربيـة. قـال: ويتّقى[٣] مـا نهى الله تعـالى عنه من الرَّفَث والفسـوق والجدال، والأصل فيه قـوله تعـالى: ﴿فلا رَفَث ولا فُسُوق ولا جدال فى الحج﴾، فـهـذا نـهى بصيـغـة النفى[٤]، والـرفث الجـمـاع[٥]، أو الـكلام الفاحش[٦]، أو ذكـر الجماع بحضرة النساء[٧]، والفسوق المعاصى، وهو فى حـال الإحـرام[٨] أشـد حرمـةً، والجـدال أن يُجادل[٩] رفيـقَـه، وقيل: مـجادلـة المشـركين[١٠] فى تقـديم وقت الحج وتأخيره، ولا يقتل صيداً[١١]؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا الصيد وأنتم حُرُمٌ[١٢]﴾.

---

(١) قوله: "حتى يقام غير الذكر مقام الذكر" وهذا لأن المقصود بالتلبية إظهار الإجابة للدعوة، وبتقليد الهدى يحصل الإجابة، وسيجىء معنى التقليد، كذا فى "المبسوط". (ن)

(٢) بضم الباء وسكون الدال المهملة جمع البدنة، كذا فى "تهذيب الأسماء" و "اللغات" للنووى.

(٣) المحرم.

(٤) قـولـه: "فـهـذا نهى بصيغة النفى" وهو آكـد من النهى، كـأنه قيل: ولا يكن رفث، ولا فسوق، ولا جدال، وهذا لأنه لو بقى إخباراً لتطرق الخلف فى كلامه تعالى لصدورها عن البعض. (ك)

(٥) هكذا فسره ابن عباس وابن عمر والحسن البصرى والزهرى وغيرهم (ب)، كما في قوله تعالى: ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث﴾.

(٦) هكذا فسره أبو عبيدة. (ب)

(٧) قوله: "بحضرة النساء" فإن لم يكن بحضرتهن لا يكون رفثا. (ن)

(٨) قوله: "وهو فى حال الإحرام إلخ" دفع دخل مقدر، تقدير الدخل إن المعاصى ممنوعة مطلقًا فى حالة الإحرام وغيرها، قال الله تعالى: ﴿وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول﴾، فما الفائدة فى ذكر الله تعالى النهى عنها فى باب الإحرام خاصة. وحاصل الجواب: أن الفائدة فيه التنبيه على أن الإحرام أشد حرمة، فالمعاصى وإن كانت حراما فى جميع الأحوال إلا أنه يجب المحافظة عنها فى هذه الحالة أشد من المحافظة فى غيرها. (عبد)

(٩) بأسباب ونحوه.

(١٠) قوله: "وقيل: مجادلة المشركين إلخ" رُوى عن مجاهد أنه قال: قد استقر الحج فى ذى الحجة فلا جدال فيه، وذلك أن المشركين كانوا يحجون عامين فى ذى القعدة، وعامين فى ذى الحجة، فلما فتح رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم مكة، بعث أبا بكر ليحج بالناس، فوافق ذلك عام ذى الحجة، فقال عليه الصلاة والسلام: ألا إن الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق السماوات والأرض، يعنى رجع أمر الحج إلى ذى الحجة كما كان، كذا فى "تفسير الفقيه أبى الليث". (ك)

(١١) قوله: "ولا يقتل صيدا [أى المصيد]" قال الإنزارى: أى لا يذبح ولا يقتل؛ لأن القتل يستعمل فى الحرام غالبًا، قلت: لا يحتاج إليه، فإن القتل أعم، وفى القرآن أيضًا مذكور بلفظ القتل. (بناية)

ولا يشير إليه[1]، ولا يدل عليه؛ لحديث أبى قتادة[2] أنه أصاب[3] حمار وَحْشٍ وهو[4] حلال[5]، وأصحابه محرمون، فقال النبى عليه الصلاة والسّلام لأصحابه: «هل أشرتم، هل دَلَلْتم، هل أعَنْتُمْ، فقالوا: لا. فقال: إذًا فكلوا»*، ولأنه[6] إزالة الأمن عن الصيد؛ لأنه آمنٌ بتوحشه، وبعده عن الأعين. قال: ولا يلبس قميصًا[7]، ولا سراويل، ولا عمامة[8]، ولا خفين إلا أن لا يجد نعلين، فيقطعهما أسفل من الكعبين؛ لما روى أن النبى عليه الصلاة والسّلام نهى أن يلبس المحرم هذه الأشياء[9]، وقال فى آخره: «ولا خفين إلا أن[10] لا يجد نعلين فليقطعهما أسفل من الكعبين»**، والكعب هنا[11] المفصل[12] الذى فى وسط القدم

(١٢) جمع حرام أى محرمون.

(١) الإشارة تكون فى الحضرة، والدلالة فى الغيبة. (ن)

(٢) رواه الستة. (ب)

(٣) أى اصطاد.

(٤) حالية.

(٥) غير محرم.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦، والدراية ج٢، الحديث ٤٠٣ ص١٠. (نعيم)

(٦) أى المذكور من الإشارة، والدلالة، والإعانة.

(٧) ولو كان من جلد. (ب)

(٨) بكسر العين.

(٩) قوله: "هذه الأشياء" أى القميص والسراويل والعمامة والقلنسوة والخفين، والحديث أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن ابن عمر. (ب)

(١٠) قوله: "إلا أن" قال فى "البحر الرائق": لم أر حكم ما إذا كان قادرا على النعلين، فهل له أن يقطع أسفل من الكعبين، والظاهر من الحديث وكلامهم أنه لا يجوز يعنى لا يحل، انتهى.

قلت: قد صرح العينى فى "شرح الهداية" بجوازه، وكذا نقله ابن الهمام عن المشايخ، وصريح الحديث يدل على عدم حل لبس الخفين المقطوعين عند وجدان النعلين، فهو الأحق بالأخذ. (من "غاية المقال فيما يتعلق بالنعال" من تصانيف المولوى محمد عبد الحى رحمه الله)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦، والدراية ج٢، الحديث ٤٠٤ ص١٠. (نعيم)

(١١) قوله: "والكعب ههنا" قيد بالظرف؛ لأنه فى الطهارة يراد به العظم الناتئ، ولم يذكر هذا فى

عند مَعْقِد[1] الشراك[2] دون الناتئ فيما روى هشام عن محمد.

قال: ولا يُغطّى وجهَه، ولا رأسَه، وقال الشافعي[3]: يجوز للرجل تغطية الوجه؛ لقوله عليه الصلاة والسّلام: «إحرام الرجل فى رأسه[4] وإحرام المرأة فى وجهها» *.

ولنا قوله عليه الصلاة والسّلام: «لا تخمّروا وجهه ولا رأسه فإنه يُبعث يوم القيامة ملبّيا[5]»** قاله فى محرمٍ تُوفّى[6].

الحديث، لكن لما كان الكعب يطلق عليه وعلى الناتئ، حمل عليه احتياطًا.

وعن هذا قال المشايخ: يجوز للمحرم لبس المكعب؛ لأن الباقى من الخف بعد القطع، ومقتضى المذكور فى الحديث أنه مقيد بما إذا لم يجد نعلين. (ف)

(١٢) بالفتح پيوند عضو. (منتخب)

(١) جاى بستن دوال نعل.

(٢) بالكسر دوال نعلين كه برعرض آن باشد دوال كه بر طول آن مى باشد، وهركدام را قبال مى گويند (م)

(٣) وبه قال مالك وأحمد فى المشهور عنه. (ب)

(٤) قوله: "إحرام الرجل فى رأسه إلخ" رواه الدارقطنى والبيهقى عن ابن عمر موقوفًا، وقول الصحابى حجة، خصوصًا فى ما لم يدرك بالرأى.

واستدل الشافعى أيضًا بما أسنده الدارقطنى فى "العلل" عن أبى ذئب عن الزهرى عن أبان بن عثمان ابن عفان عن أبيه: «أن رسول الله ﷺ كان يخمر وجهه وهو محرم» قال: والصواب أنه موقوف عليه. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧، والدراية ج٢، الحديث ٤٠٥ ص١٠. (نعيم)

(٥) قوله: "لا تخمّروا وجهه ولا رأسه إلخ" فإن قلت: كيف يتمسك أصحابنا بهذا الحديث، ومذهبنا على خلاف حكم الحديث فى محرم يموت فى إحرامه، حيث يصنع به ما يصنع بالحلال من تغطية وجهه ورأسه بالكفن عندنا لما روى عن عطاء أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم سئل عن محرم مات، فقال: «خمروا رأسه ووجهه ولا تشبّهوه باليهود».

قلنا: فى الحديث دليل على أن للإحرام تأثيرا فى ترك تغطية الرأس والوجه، فإنه عليه الصلاة والسلام علل لترك التغطية، بأنه يبعث محرما. وتأويل حديث الأعرابى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عرف بطريق الوحى خصوصيته ببقاء إحرامه بعد موته، وقد كان رسول الله يخص أصحابه بأشياء. (ك)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٠٦ ص١١. (نعيم)

(٦) قوله: "قاله فى محرم توفى" رواه مسلم والنسائى وابن ماجة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أن رجلا أوقصته راحلته فمات، فقال رسول الله: «اغسلوه بماء وسدر وكفنوه فى ثوبيه ولا تمسوه طيبا ولا تخمروا رأسه ووجهه فإنه يبعث يوم القيامة ملبّيا»، ورواه الباقون ولم يذكروا فيها وجها، فإن قلت: قال الحاكم أبو عبد الله النيسابورى: ذكر الوجه فى هذا الحديث تصحيف من الرواة؛ لإجماع الثقات على ذكر

ولأن المرأة لا تغطّى وجهها[١] مع أن فى الكشف فتنةً، فالرجل بالطريق الأولى، وفائدة[٢] ما روى الفرق[٣] فى تغطية الرأس.

قال[٤]: ولا يمس طيبًا[٥]؛ لقوله عليه الصلاة والسّلام[٦]: «الحاج الشعث التَفِل[٧]»*، وكذا لا يدّهن؛ لما روينا[٨]، ولا يَحْلق رأسه، ولا شعر بدنه؛ لقوله تعالى[٩]: ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم﴾ الآية، ولا يقصّ من لحيته؛ لأنه فى معنى الحلق[١٠]، ولأن فيه[١١] إزالة الشعث، وقضاء التفث[١٢]. قال: ولا يلبس ثوبًا مصبوغًا بورس[١٣]، ولا

الرأس فقط، قلت: المرجوع فى ذلك إلى مسلم، لا إلى الحاكم، فإنه كثير الأوهام. (ب)

(١) لما رواه أبو داود والنسائى مرفوعًا: «ولا تنقب المرأة» أى لا تجعل النقاب على الوجه.

(٢) قوله: "وفائدة ما روى" أى فائدة ما رواه الشافعى الفرق بين الرجل والمرأة فى تغطية الرأس أنه يجوز لها تغطيته؛ لأن أثر إحرامها فى وجهها، لا فى رأسها، ولا يجوز له لأن أثر إحرامه فى رأسه. (ك)

(٣) لا لفرق فى تغطية الوجه.

(٤) أى القدورى. (ب)

(٥) هو ما له رائحة طيبة. (ن)

(٦) أخرجه الترمذى وابن ماجة. (ب)

(٧) قوله: "الحاج الشعث التفل" الشعث بفتح الشين المعجمة وكسر العين المهملة وبالتاء المثلثة مغبر الرأس، وأصله من الشعث وهو تغبير الشعر لقلة العهد بالدهن وغيره، ومنه يقال: رجل شعث، وامرأة شعثاء، والتفل بفتح التاء والمثناة الفوقية وكسر الفاء تارك الطيب، من التفل: وهو الريح الكريهة. (ب)

* رواه ابن عمر، راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٠٧ ص١١. (نعيم)

(٨) من حديث «الحاج الشعث التفل».

(٩) قوله: "لقوله تعالى: ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم﴾" فإن قلت: فى هذه الآية نهى عن حلق شعر الرأس دون البدن، قلت: حلق شعر البدن فى معنى حلق شعر الرأس من حيث الارتفاق، فكانت الآية عبارة فى حلق شعر الرأس دلالة فى حلق شعر البدن. (ن)

(١٠) من حيث الانتفاع والزينة.

(١١) أى فى القص.

(١٢) قوله: "وقضاء التفث" بفتح التاء المثناة من فوق، والفاء وبالمثلثة، والمراد قضاء إزالة التفث، وهو الوسخ، قاله المطرزى. (عينى)

(١٣) قوله: "بورس" بفتح الواو وسكون الراء وبالسين المهملة نبت طيب الرائحة، وفى "القانون": نبت أحمر يشبه نحو الزعفران يكون فى اليمن، وفى "الصحاح" الورس نبت أصفر. (ب)

زعفـــران، ولا عُصفر[١]؛ لقوله عليه الصلاة والسّلام[٢]: «لا يلبس المحـــرم ثوبًا مسّه زعفـــران ولا ورس»*، إلا أن يكـــون غسيلا لا ينفض[٣]؛ لأن المنع للطيب، لا للون. وقال الشافعي[٤]: لا بأس بلبس المعصفر؛ لأنه لون لا طيب له[٥]، ولنا أن له رائحة طيبة[٦].

قال: ولا بأس بأن يغتسل، ويدخل الحمام؛ لأن عمر اغتسل وهو محرم**[٧]، ولا بأس بأن يستظلّ بالبيت والمحمل[٨].

وقال مالك: يكره أن يستظل بالفُسطاط[٩]، وما أشبه ذلك[١٠]؛ لأنه يشبه تغطية الرأس. ولنا[١١] أن عثمان كان يضرب له فُسطاط في إحرامه***، ولأنه لا يمس بدنه، فأشبه البيت[١٢].

---

(١) قوله: "ولا عصفر" بالضم گياهيست معروف كه جامه را بآن رنگ كنند، وتخم آن را قرطم گويند.

(٢) رواه الحافظ الطحاوى. (ب)

* متفق عليه من حديث ابن عمر، راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩، والدراية ج٢، الحديث ٤٠٨ ص١١. (نعيم)

(٣) قوله: "لا ينفض" أى لا يظهر له رائحة، وهو المناسب لتعليل المصنف، وعن محمد أن معناه أن لا يتعدى منه الصبغ، وكلا التفسيرين صحيح. (ف)

(٤) وبه قال أحمد. (ب)

(٥) أى عرفا، ولهذا لا يباع فى سوق العطر. (ب)

(٦) فمبنى الخلاف على أن له رائحة طيبة، أم لا. (ف)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٤٠٩ ص١١. (نعيم)

(٧) رواه مالك فى "الموطأ" مطولا. (ب)

(٨) قوله: "والمحمل" بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، وفى "المغرب": بالعكس أيضًا، وهو الهودج الكبير. (ب)

(٩) بالضم خيمهٔ بزرگ. (م)

(١٠) قوله: "وما أشبه ذلك" نحو أن يرفع ثوبا على عود، أو يقيم ثلاثة أعواد، ويضع عليها ثوبًا، ونحو ذلك. (ب)

(١١) رواه ابن أبى شيبة. (ب)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢، والدراية ج٢، الحديث ٤١٠ ص١١. (نعيم)

(١٢) فلا يكره كالاستظلال بسقف البيت. (ب)

ولـو دخـل تحت أستـار الكعبـة حتى غطته إن كـان لا يصيب رأسه ولا وجـهه، فـلا بأس؛ لأنه استظلال. ولا بأس أن يشـدّ في وسطه الهميان[١]، وقال مالك: يكره إذا كان فيه نفقةُ غيره؛ لأنه لا ضرورة، ولنا أنه ليس في معنى لبس المخيط[٢]، فاستوت فيه الحالتان، ولا يغسل رأسه، ولا لحيته[٣] بالخطمي[٤]؛ لأنه نوع طيب، ولأنه يقتل هوامّ الرأس[٥].

قال: ويكثر من التلبية عقيب الصلوات، وكلما علا شرفًا[٦]، أو هبط واديًا، أو لقي ركبانًا[٧]، وبالأسحار؛ لأن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يلبّون[٨] في هذه الأحوال، والتلبية في الإحرام على مثال التكبير في الصّلاة، فيؤتى بها عند الانتقال من حالٍ إلى حال.

ويرفع صوته بالتلبية؛ لقوله عليه الصلاة والسّلام[٩]: «أفضل الحج العجّ والثج[١٠]»*، فالعج رفع الصوت بالتلبية[١١]، والثج[١٢] إسالة

(١) قوله: "في وسطه الهميان [بالكسر كيسه كه در آن زر كنند. م]" هو بالكسر فعلان من همى الماء الدمع يهمى إذا سال، وسمى به؛ لأنه يهمى بما فيه، وقول الحريري: همن أى جعل الشيء في الهميان على توهم أصالة انون كبرهن من البرهان، كذا وجدت بخط الإمام الزانوخي. (ن)

(٢) قوله: "أنه ليس في معنى لبس المخيط" قال ابن المنذر: رخص في الهميان والمنطقة للمحرم ابن عباس وابن المسيب وعطاء وطاوس، والشافعي وأحمد وإسحاق وغيرهم، غير أن إسحاق قال: ليس له أن يعقد. (ب)

(٣) في "المحيط": وكذا جسده. (ب)

(٤) بكسر الخاء. (ب)

(٥) قوله: "ولأنه يقتل هوامّ [بتشديد الميم جمع هامة، والمراد بها القمل. ب] الرأس" ولوجود هذين المعنيين تكاملت الجناية، فوجب الدم عند أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف: صدقة؛ لأنه ليس بطيب. (ف)

(٦) أى مكانًا مرتفعًا. (م)

(٧) بفتح الراى وسكون الكاف وهو أصحاب الإبل في السفر.

(٨) قوله: "كانوا يلبّون" غريب، وروى ابن أبي شيبة عن خيثمة قال: كان السلف يستحبون في أربعة مواضع التلبية: في دبر الصلاة، وإذا هبطوا واديا، أو علوه، وعند التقاء الناس. (ب)

(٩) رواه الترمذي وابن ماجة عن ابن عمر والشيخان عن أبي بكر الصديق مرفوعًا. (ف)

(١٠) قوله: "أفضل الحج العج [بفتح العين المهملة وتشديد الجيم يقال: عج يعج عجيجا، والمضافة تدل على التكرير، كذا قال الجوهري] والثج" اعلم أن رفع الصوت سنة، فإن تركه كان مسيئًا، ولا شيء عليه، ولا يبالغ

الدم[1]. قال: فإذا دخل[2] مكة ابتدأ بالمسجد الحرام؛ كما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام[3] كما دخل مكة، دخل المسجد*، ولأن المقصود زيارة البيت، وهو فيه، ولا يضره ليلا دخلها أو نهاراً[4]؛ لأنه دخول بلدة، فلا يختص بأحدهما.

وإذا عاين البيت، كبر[5] وهلّل[6]، وكان ابن عمر يقول[7] إذا لقى البيتَ: بسم والله أكبر**، ومحمد لم يعيّن فى "الأصل"[8] لمشاهد[9]

به، فيجهد نفسه كى لا يتضرر.

وقال أبو حازم: كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لا يبلغون الروحاء حتى تثج حلوقهم بالتلبية، إلا أنه يحمل على الكثرة، أو هو عن زيادة وجدهم وشوقهم.

وكذا العج فى الحديث الذى رواه، فإنه ليس رفع الصوت فقط، بل رفع الصوت بشدة، ولا منافاة بين قولنا: أن لا يجهد نفسه، وبين الأدلة الدالة على استحباب رفع الصوت بشدة؛ إذ لا تلازم بين ذلك وبين الإجهاد؛ إذ قد يكون الرجل جهورى الصوت عالية، فيحصل الرفع العالى مع عدم تعبه به. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣، والدراية ج٢، الحديث ٤١١ ص١٢. (نعيم)

(١١) قوله: "فالعج رفع الصوت بالتلبية" المستحب عندنا فى الأذكار الخفية، إلا فى ما تعلق بإعلانه مقصود كالأذان والخطبة، وكذا التلبية، كذا فى "المبسوط". (ن)

(١٢) بفتح الثاء المثلثة وتشديد الجيم.

(١) قوله: "إسالة الدم" من ثججتُ الماء والدم، أثجه ثجا إذا أسلته، وأتانا الوادى بثجيجه أى يسيله، والثج سيلان دماء الهدى. (عينى)

(٢) المحرم.

(٣) أخرجه الشيخان. (ب)

* من حديث عائشة رضي الله عنها راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦، والدراية ج٢، الحديث ٤١٢ ص١٢. (نعيم)

(٤) قوله: "ليلا دخلها أو نهاراً" لما روى النسائى أنه عليه الصلاة والسّلام دخلها فى حجة نهاراً، و فى عمرته ليلا، وماروى عن ابن عمر من النهى عن الدخول ليلا، فليس تقريرا للحاج، بل شفقة على الحاج للسرقة. (ف)

(٥) تعظيمًا للبيت. (ب)

(٦) أى قال: لا إله إلا الله.

(٧) غريب، والذى رواه البيهقى أنه كان يقوله عند استلام الحجر الأسود. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦، والدراية ج٢، ص١٣. (نعيم)

(٨) أى المبسوط. (ب)

(٩) بفتح الميم جمع مشهد.

الحج شيئًا من الدعوات؛ لأن التوقيت يذهب بالرقة، وإن تبرك بالمنقول منها فحسن[١]. قال: ثم ابتدأ بالحجر الأسود[٢]، فاستقبله وكبّر وهلّل؛ لما روى أن النبى عليه السلام دخل المسجد فابتدأ بالحجر[٣]، فاستقبله وكبر وهلل*. ويرفع يديه[٤]؛ لقوله عليه السلام: «لا تُرفع الأيدى إلا فى سبعة مواطن»**، وذكر من جملتها استلام الحجر[٥].

قال: واستلمه[٦] إن استطاع من غير أن يُؤذى مسلمًا؛ لما روى «أن النبى عليه الصلاة والسلام قبل الحجر الأسود ووضع شفتيه عليه»***[٧]، وقال لعمر[٨]: «إنك رجل أيد[٩] تُؤذى الضعيف فلا تزاحم الناس على

---

(١) قوله: "وإن تبرك بالمنقول منها فحسن" أسند البيهقى عن سعيد بن المسيب قال: سمعت من عمر كلمة ما بقى أحد من الناس سمعها غيرى سمعته يقول إذا رأى البيت: اللهم أنت السّلام ومنك السّلام فحينا ربنا بالسلام. وأسند الشافعي عن ابن جريج: «أن النبى ﷺ كان إذا رأى البيت رفع يديه وقال: اللهم زد هذا البيت تشريفًا وتعظيمًا وتكريمًا ومهابةً وزد من شرفه وكرمه ممن حجه أو اعتمره تشريفًا وتعظيمًا وتكريمًا». (ف)

(٢) الركن الذى يلى باب البيت من جانب المشرق. (ب)

(٣) قوله: "فابتدأ بالحجر إلخ" أما الابتداء بالحجر، ففى حديث جابر الطويل المروى فى "سنن أبى داود"، وأما التكبير والتهليل، ففى "مسند أحمد"، وعند البخارى عن ابن عباس. (ف)

* أخرجه مسلم، راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٤١٣ ص١٣. (نعيم)

(٤) حذو منكبيه هو الصحيح. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨، والدراية ج٢، ص١٣. (نعيم)

(٥) قوله: "وذكر من جملتها استلام الحجر" قد مر الكلام فيه مستوفىً فى كتاب الصلاة، وليس فيه استلام الحجر. وذكر فى "شرح معانى الآثار" مسندًا إلى إبراهيم النخعى، قال: ترفع الأيدى فى سبع مواضع: فى افتتاح الصلاة، وفى التكبير للقنوت فى الوتر، وفى العيدين، وعند استلام الحجر، وعلى الصفا والمروة وبجمع وعرفات، وعند المقامين، وعند الجمرتين. (ب)

(٦) قوله: "واستلمه" يقال: استلم الحجر تناوله باليد، أو القبلة، أو مسحه بالكف من السلمة بفتح السين وكسر اللام، وهى الحجر، كذا فى "المغرب". (ن)

*** رواه ابن عمر راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨، والدراية ج٢، الحديث ٤١٤ ص١٤. (نعيم)

(٧) رواه ابن ماجة بهذا اللفظ. (ب)

(٨) رواه أبو يعلى وأحمد وإسحاق بن راهويه والشافعى. (ب)

(٩) قوله: "رجل أيد" بفتح الهمزة وتشديد الياء المكسورة وبالدال المهملة أى قوى. (عينى)

الحجر ولكن إن وجدت فرجة فاستلمه وإلا فاستقبله وهلّل وكبر»*، ولأن الاستلام سنة[٢]، والتحرز عن أذى المسلم واجب.

قال: وإن[٣] أمكنه أن يمس الحجر بشيء في يده كالعرجون[٤] وغيره، ثم قبل ذلك فعل[٥]؛ لما روى[٦] أنه عليه السلام طاف على راحلته، واستلم الأركان[٧] بمحجنه[٨]**، وإن لم يستطع شيئًا من ذلك استقبله[٩] وكبر وهلل، وحمد الله وصلى على النبي ﷺ.

قال: ثم أخذ عن يمينه[١٠] مما يلي الباب وقد[١١] اضطبع رداءه[١٢]، فيطوف بالبيت سبعة أشواط؛ لما روى: «أنه عليه السلام[١٣] استلم الحجر ثم

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩، والدراية ج٢، الحديث ٤١٥ ص١٤. (نعيم)

(٢) الحاصل أنه لا يخل بالواجب في أداء السنة.

(٣) شرط.

(٤) بالضم چوب خرما كه بعد از بريدن خوشه مانده باشد وچيده شده باشد. (م)

(٥) جواب.

(٦) رواه البخاري وأبو داود ومسلم. (ب)

(٧) قوله: "واستلم الأركان" أراد بها الحجر الأسود والركن اليماني، وإنما جمعه باعتبار تكرر الأشواط. (ب)

(٨) محجن بالكسر وفتح الجيم بعد حاء مهملة ساكنة عصائيست مثل چوگان. (م)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠، والدراية ج٢، الحديث ٤١٦ ص٤٤. (نعيم)

(٩) هذا الاستقبال مستحب. (ب)

(١٠) قوله: "ثم أخذ عن يمينه" أي عن يمين نفسه، فكان ابتداء الطواف من الحجر إلى جانب الباب، وأما لو افتتح الطواف من غير الحجر الأسود، فلم يذكره محمد في "الأصل"، واختلف أصحابنا المتأخرون، بعضهم قالوا: لا يجوز، وهكذا ذكر في "الرقيات" ووجهه أن الأمر بالطواف مجمل في حق البداية، فالتحق فعل رسول الله بيانا له، وبعضهم قالوا: يجوز؛ لأن الأمر مطلق، ولو أخذ عن يساره، وطاف منكوسا يعيد طوافه عندنا ما دام بمكة، وإن رجع إلى أهله قبل الإعادة، فعليه دم، وعند الشافعي لا يعيد، كذا في "مبسوط شيخ الإسلام" و"الذخيرة". (ن)

(١١) والواو حالية.

(١٢) قال في "المغرب": هو سهو، والصواب اضطبع برداءه، وفي "الصحاح" إنما سمى هذا الصنع به لإبداء الضبعين. (ن)

(١٣) أخرجه مسلم. (ب)

أخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة أشواط[(١)]»*.

والاضطباع أن يجعل رداءه تحت إبطه الأيمن، ويلقيه على كتفه الأيسر، وهو سنة، وقد نقل ذلك عن رسول الله عليه الصلاة والسلام[(٢)].

قال: ويجعل طوافه من وراء الحطيم[(٣)]، وهو اسم لموضع فيه الميزاب[(٤)] يسمى به؛ لأنه حطم من البيت أي كسر، وسمى حجرا[(٥)]؛ لأنه حجر منه[(٦)] أى منع، وهو من البيت[(٧)]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث عائشة[(٨)]: «فإن الحطيم من البيت»**[(٩)]، فلهذا[(١٠)] يجعل الطواف من وراءه حتى لو دخل[(١١)] الفرجة التى بينه وبين البيت لا

---

(١) جمع شوط بفتح الشين المعجمة وسكون الواو أى سبع مرات.

* رواه جابر، راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢، والدراية ج٢، الحديث ٤١٧ص١٤. (نعيم)

(٢) رواه أبو داود. (ب)

(٣) فعيل معنى مفعول أى محطوم. (ب)

(٤) أى ميزاب الرحمة.

(٥) بكسر الحاء المهملة وسكون الجيم وبالراء المهملة. (ب)

(٦) أى من البيت.

(٧) قوله: "وهو من البيت" وهو مدور على صورة نصف دائرة خارج عن جدار البيت من جهة الشام، وليس كله من البيت، بل مقدار ستة أذرع، كما فى "صحيح مسلم" عن عائشة، وقال ابن دريد فى "الجمهرة": فيه قبر هاجرة وابنها إسماعيل. (ب)

(٨) قوله: "لقوله عليه السلام فى حديث عائشة" فى "الصحيحين"، واللفظ لمسلم من حديث عائشة قالت: «سألت رسول الله ﷺ عن الحجر أ من البيت هو قال نعم قلت فما بالهم لم يدخلوه فى البيت قال إن قومك قصرت بهم النفقة قلت فما شأن بابه مرتفعاً قال فعل ذلك قومك ليدخلوا من شاءوا ولولا أن قومك حديث عهد يكفر وأخاف أن تنكره قلوبهم لنظرت أن أدخل الحجر بالبيت وإن ألزق بابه بالأرض». (ف)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٤١٨ص١٥. (نعيم)

(٩) قوله: "«فإن الحطيم من البيت»" روى أبو داود والترمذى عن عائشة قالت: «كنت أحب أن أدخل البيت وأصلى فيه فأخذ رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بيدى فأدخلنى الحجر فقال صلى فى الحجر إذا أردت دخول البيت فإنما هو قطعة من البيت فإن قومك اقتصروا حين بنوا الكعبة فأخرجوه من البيت». (عينى)

(١٠) أى لكون الحطيم من البيت.

(١١) الطائف.

يجوز[١]، إلا أنه إذا استقبل الحطيم وحده لا يجزئه الصلاة[٢]؛ لأن فرضية التوجه ثبت بنص الكتاب، فلا تتأدى[٣] بما ثبت بخبر الواحد احتياطًا، والاحتياط في الطواف أن يكون وراءه[٤]. قال[٥]: ويرمل في الثلاث الأول من الأشواط، والرمل[٦] أن يهز[٧] في مشيته[٨] الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين[٩]، وذلك مع الاضطباع[١٠]، وكان سببه[١١] إظهار الجلد[١٢] للمشركين حين قالوا: أضْنَاهم حمى يثرب[١٣]، ثم بقي الحكم

(١) قوله: "لا يجوز" أي لا يحل له ذلك، فتجب الإعادة ليؤديه على وجه المشروع، فإن لم يفعل، بل أعاد على الحجر فقط، ودخل الفرجتين جاز، وإن لم يفعل حتى رجع إلى أهله، فسيأتي في باب الجنايات. (ف)

(٢) قوله: "إلا أنه إذا استقبل الحطيم وحده إلخ" استثناء من قوله: وهو من البيت، جواب سؤال مقدر، تقريره أن يقال: لو كان الحطيم من البيت، لجازت الصلاة، إذا توجه المصلي إلى الحطيم وحده.
أجاب بأن فرضية التوجه إلى البيت ثبتت بنص الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿فولّوا وجوهكم شطره﴾، وما ثبت بالنص القطعي لا يتأدى بالخبر الواحد احتياطًا؛ لأن فيه شبهة. (ب)

(٣) قوله: "فلا تتأدى إلخ" تقدم مثله في عدم جواز التيمم على أرض تنجست، ثم جفت، وتقدم البحث فيه بأن قطعية التكليف بفعل يتعلق بشيء لا يتوقف الخروج عن عهدته على القطع بذلك الشيء، بل ظنه كافٍ، ويجاب بأن الأصل عدم الانتقال عن الشغل المقطوع به، إلا بالقطع به غير أن ما لم يوجد فيه طريق القطع، يكتفى فيه بالظن ضرورةً كحال الماء، فإنه لا يتيقن بطهارة إلا حال نزوله من السماء، وكونه في البحر وما له حكمه، وليس يتمكن كل أحد من تحصيل ذلك في كل تطهير، بخلاف التوجه والتيمم. (ف)

(٤) ليستغرق أطراف البيت. (ب)

(٥) أي القدوري.

(٦) بفتح الميم، وكذا الرملان. (ب)

(٧) بفتح الهاء وتشديد الزاء المعجمة جنبانيدن واحتراز از جنبيدن. (م)

(٨) بكسر الميم على وزن الفعلة بكسر الفاء؛ لأن الفعلة للحالة، والفعلة بالفتح للمرة. (ب)

(٩) أي كالمجاهد يتكبر ويمشي مشية المتكبرين لإظهار جلادته؛ إلقاءً للرعب في قلوب الكفار.

(١٠) في هذه الحالة.

(١١) قوله: "وكان سببه إلخ" في "الصحيحين": عن ابن عباس قال: قدم رسول الله وأصحابه مكة، وقد وهنتهم حمى يثرب، فقال المشركون: إنه يقدم غدا عليكم قوم وهنتهم الحمى، ولقوا منها شدة، فجلسوا مما يلي الحجر، فأمرهم رسول الله أن يرملوا ثلاث أشواط، ويمشوا بين الركنين؛ ليرى المشركون جلدهم، فقال المشركون: هؤلاء الذين أن الحمى وهنتهم هم أجلد من كذا وكذا.

(١٢) جلد بالفتح چست شدن وچالاک. (م)

(١٣) قوله: "أضْناهم [أي أوهنهم] حمى يثرب" هو بفتح الياء وسكون الثاء المثلثة وبالباء الموحدة اسم قديم

بعد زوال السبب في زمن النبي عليه السلام وبعده.

قال: ويمشي في الباقي على هينته[١] على ذلك اتفق رواة[٢] نسك[٣] رسول الله عليه السلام*، والرمل من الحجر إلى الحجر[٤] هو المنقول من رمل النبي عليه الصلاة والسلام[٥]**، فإن زحمه الناس في الرمل قام[٦]، فإذا وجد مسلكا رمل؛ لأنه لا بدلَ له، فيقف حتى يقيمه على وجه السنة، بخلاف الاستلام؛ لأن الاستقبال بدلٌ له[٧].

للمدينة المنورة، وكانت ذا حمى كثيرة في الأوائل، ثم رفعت بدعاء النبي ﷺ، كذا ذكر السمهودي في "وفاء الوفاء بأخبار دار المصطفى"، فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم مع المسلمين بمكة للعمرة، وذلك في عمرة القضاء بعد صلح الحديبية بسنة، قال المشركون: إنهم قوم لا يقدرون على شيء؛ لأن حمى يثرب أضعفتهم، فأمر رسول الله المسلمين بالرمل في الأشواط الثلاثة. وورد في "الصحيحين" أنه كان من الحجر إلى الركن اليماني، ومنه إلى الحجر الأسود مشي، وبه أخذ البعض، والمنقول عن أصحابنا أن الرمل من الحجر إلى الحجر، وقد ورد ذلك صريحًا في رواية أبي داود والنسائي وابن ماجة ومسلم، وهذه الرواية مقدمة على الرواية السابقة؛ لكونها مثبتة، والأولى نافية، والإثبات مقدم على النفي.

واختلفوا في بقاء الرمل بعد زوال السبب، وظهور شوكة الإسلام، فالمروى عن ابن عباس أنه ليس بسنة، وزعم أنه كان بسبب طعن الكفار، فزال بزوال السبب، لكن الصحيح أنه بقي بعد زوال السبب في زمان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وبعده، وهو مذهبنا فقد روى أبو داود في حديث جابر الطويل: «أنه عليه الصلاة والسلام رمل في حجة الوداع». وأخرج أبو داود وابن ماجة عن زيد بن أسلم عن أبيه قال: سمعت عمر يقول: فيم الرمل، وكشف المناكب؟ وقد أعز الله الإسلام، ونفى الكفر، ومع ذلك فلا ندع شيئًا كنا نفعله على عهد رسول الله، وهكذا أخرج البخاري عنه هذا، وإن شئت التفصيل مع التحقيق في هذا المبحث، فارجع إلى الحواشي المتعلقة بـ"شرح الوقاية"، فإنها لتحقق المباحث الفقهية كفاية. (عبد)

(١) أي على عادته.

(٢) منهم عمر وجابر. (ب)

(٣) أي حج. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٤، والدراية ج٢، الحديث ٤١٩ ص١٥. (نعيم)

(٤) خلافًا للحسن البصري وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبير. (ب)

(٥) رواه مسلم، ومحمد في "كتاب الآثار"، وأحمد وغيرهم. (ف)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٢١ ص١٦. (نعيم)

(٦) قوله: "قام" أي وقف إلى أن يجد فرصة للرمل، وإنما قال: قام، ولم يقل: وقف يشير إلى أنه لا يقعد، بل يقف قائمًا. (ب)

(٧) فإنه إذا تعذر الاستلام لا يقف، بل يستقبل الحجر، ويذهب على ما مر.

قال: ويستلم الحجر كلما مر إن استطاع؛ لأن أشواط الطواف كركعات الصلاة[١]، فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كلّ شوط باستلام الحجر، وإن لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا[٢]، ويستلم الركن اليماني[٣] وهو حسن[٤] في ظاهر الرواية، وعن محمد أنه سنة. ولا يستلم غيرهما، فإن النبي عليه السلام[٥] كان يستلم هذين الركنين، ولا يستلم غيرهما[٦]*، ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر.

قال: ثم يأتي المقام[٧]، فيصلي عنده ركعتين، أو حيث تيسر من المسجد، وهي واجبة عندنا، وقال الشافعي: سنة؛ لانعدام دليل الوجوب، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام[٨]: «وليصلّ الطائف لكل

(١) قوله: "لأن أشواط الطواف كركعات الصلاة إلخ" ذكر في وجهه المعقول دون المنقول، وهو قياس لإثبات استحباب شيء، وفتح بابه قوله عليه الصلاة والسلام: «الطواف بالبيت صلاة» لكن فيه المنقول، وهو ما في "مسند أحمد" والبخاري وغيره أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم طاف على بعير كلما أتى على الركن أشار إليه بشيء في يديه وكبر، وإن لم يستطع الاستلام، كلما أمر استقبل وكبّر وهلّل.
ولم يذكر المصنف ههنا رفع اليدين في كل مرة، فإن لا حظنا ما رواه من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن»، وذكر ههنا الاستلام، وينبغي أن ترفع الأيدي للعموم في استلام الحجر، وإن لاحظنا عدم صحة اللفظ، وعدم تحسينه، بل القياس المتقدم لم يفد ذلك؛ إذ لا رفع مع ما به الافتتاح في الصلاة إلا في الأول، حكمنا بعدمه، واعتقادي أن هذا هو الصواب، ولم أر عن رسول الله ﷺ خلافه. (ف)

(٢) عند قوله: واستلمه إن استطاع. (ب)

(٣) قوله: "الركن اليماني" خلاف الشامي نسبة إلى اليمن، سميت بها؛ لأنها بلاد على يمين الكعبة، والنسبة إليها يمني بالتشديد، أو يماني بالتخفيف على تعويض إحدى اليائين بالألف، كذا في "المغرب". (ن)

(٤) قوله: "وهو حسن [أي مستحب. ن]" صرح الأستاذ في "البحر الرائق" باستحبابه، وقال: عن محمد أنه سنة، ويقبله مثل الحجر الأسود، انتهى. وفي "السراجية": لا يقبله في أصح الأقاويل، ولا يستلم الركن العراقي والشامي، والدلائل تشهد لمحمد في السنية. (منح الغفار شرح تنوير الأبصار لمصنفه)

(٥) أخرجه الجماعة إلا الترمذي. (ب)

(٦) الركن العراقي والركن الشامي، أي غير الركن الذي فيه الحجر الأسود، وغير الركن اليماني. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦، والدراية ج٢، الحديث ٤٢٢ ص١٦. (نعيم)

(٧) قوله: "ثم يأتي المقام" بالفتح موضع القيام، ومنه مقام إبراهيم، وهو ههنا الحجر الذي فيه أثر قدميه. (ك)

(٨) وقيل: غريب، لا أصل له. (ب)

أسبوع[١] ركعتين»*، والأمر للوجوب[٢].

ثم يعود إلى الحجر فيستلمه؛ لما روى[٣]: «أن النبى عليه الصلاة والسلام لما صلى ركعتين عاد إلى الحجر»**، والأصل أن كل طواف بعده سعى، يعود إلى الحجر؛ لأن الطواف لما كان يفتتح بالاستلام، فكذا السعى يفتتح به، بخلاف ما إذا لم يكن بعده سعى.

قال: وهذا الطواف طواف القدوم، ويسمى طواف التحية، وهو سنة[٤]، وليس بواجب. وقال مالك: إنه واجب؛ لقوله عليه الصلاة والسّلام: «من أتى البيت فليحيّه بالطواف»[٥] ***. ولنا أن الله تعالى أمر بالطواف[٦]، والأمر المطلق لا يقتضى التكرار، وقد تعين طواف الزيارة بالإجماع، وفيما رواه[٧] سمّاه تحيّة[٨]، وهو دليل الاستحباب[٩]، وليس

---

(١) بالضم هفت بار أسابع جمع. (م)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧، والدراية ج٢، الحديث ٤٢٣ ص١٦. (نعيم).

(٢) قوله: "والأمر للوجوب" لم يعرف هذا الحديث نعم فعله عليه الصلاة والسلام ثابت فى "الصحيحين"، وجميع كتب الحديث إلا أن مفيد الوجوب من الفعل أخص من مطلق الفعل؛ إذ هو يفيد المواظبة المقرونة بعدم الترك مرة.

وفى "صحيح البخارى" تعليقًا قال إسماعيل: قلت للزهرى: إن عطاء يقول: يجزئه المكتوبة عن ركعتى الطواف، فقال: السنة أفضل لم يطف رسول الله ﷺ أسبوعًا قط إلا صلى ركعتين.

(٣) رواه أبو داود فى حديث جابر. (ف)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٢٤ ص١٧. (نعيم)

(٤) أى للآفاقى. (ف)

(٥) قوله: "من أتى البيت فليحيه إلخ" هذا غريب جدا، ولو ثبت كان الجواب هناك قرينة تصرف الأمر عن الوجوب، وهو نفس مادة اشتقاق الأمر، وهو التحية، فإنه مأخوذ فى مفهومها التبرع. (ف)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٥١، والدراية ج٢، الحديث ٤٢٥ ص١٧. (نعيم)

(٦) بقوله: ﴿وليطّوفوا بالبيت العتيق﴾.

(٧) أى الحديث الذى رواه مالك. (ب)

(٨) قوله: "سمّاه تحيّة إلخ" وذلك لأن التحية فى اللغة اسم لإكرام مبتدأ على سبيل التبرع، فلا يدل على الوجوب، وإن كان على صيغة الأمر، وهذا كقوله عليه الصلاة والسلام «أكرموا الشهود». (ب)

على أهل مكة طواف القدوم[١]؛ لانعدام القدوم في حقهم.

قال: ثم يخرج إلى الصفا[٢]، فيصعد عليه[٣]، ويستقبل البيت، ويكبّر ويهلّل، ويصلّي على النبي ﷺ، ويرفع يديه، ويدعو الله لحاجته؛ لما روى[٤] أن النبي عليه السّلام صعد الصفا[٥] حتى إذا نظر إلى البيت، قام مستقبل القبلة يدعو الله*، ولأن الثناء والصلاة[٦] يقدّمان على الدعاء تقريبًا إلى الإجابة، كما في غيره[٧] من الدعوات، والرفع سنة الدعاء[٨]**، وإنما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه[٩]؛ لأن

---

(٩) قوله: "وهو دليل الاستحباب" فإن قلت: يشكل هذا بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا﴾، وجواب السلام واجب، وإن كان بلفظ التحية.
قلت: الجواب المقيد بالأحسن ليس بواجب، فكانت التحية بمعنى الأحسن. (ن

(١) لأنهم حاضرون.

(٢) قوله: "ثم يخرج [من باب بني مخزوم، وهو مستحب. ب] إلى الصفا إلخ" ذكر في "التحفة": المفرد بالحج إذا طاف طواف اللقاء تحيّة للبيت، فالأفضل له أن لايسعى بين الصفا والمروة؛ لأن طواف اللقاء سنة، والسعي واجب، فما ينبغي أن يجعل الواجب تبعًا للسنة، ولكن يؤخر إلى طواف الزيارة؛ لأنه ركن، والواجب يتبع الركن، ومتى أخر السعي عن طواف اللقاء، فإنه لا يرمل فيه، وإنما الرمل سنة في طواف يعقبه السعي، عرفناه بالنص، بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص.
ولكن العلماء رخصوا السعي عقيب طواف اللقاء؛ لأن يوم النحر -وهو يوم طواف الزيارة- يوم شغل من الذبح، ورمي الجمار وغير ذلك، فكان فيه تخفيف بالناس. (ك)

(٣) بقدر ما يرى البيت. (ب)

(٤) رواه مسلم في حديث جابر مطولا. (ب)

(٥) قوله: "صعد الصفا إلخ" بالفتح والقصر مكان مرتفع عند باب المسجد الحرام من جبل أبي قبيس، وهو الآن إحدى عشر درجة.
وأما المروة بالفتح وسكون، فهي لا طية جدا، وهي من جبل قيقعان، وهي درجات، ومن وقف عليه كان محاذيًا بالركن العراقي، ويمنعه العمارة من رؤيته. (تهذيب الأسماء واللغات للإمام محي الدين النووي الشافعي)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٥١، والدراية ج٢، الحديث ٤٢٦ ص١٧. (نعيم)

(٦) على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم.

(٧) قوله: "كما في غيره" أي كما يقدم الدعاء والصلاة على الدعاء في غير هذين الوقتين، ألا ترى أن الدعاء في الصلوات يكون بعد التشهد والصلاة. (عيني)

(٨) قوله: "والرفع سنة الدعاء" قال النووي: قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام «رفع يديه في الدعاء» ذكرت ذلك من نحو عشرين حديثًا في "شرح المهذب". (ب)

الاستقبال هو المقصود بالصعود، ويخرج إلى الصفا من أيّ باب شاء، وإنما خرج النبي ﷺ(١) من باب بني مخزوم، وهو الذي يسمى باب الصفا؛ لأنه كان أقرب الأبواب إلى الصفا، لا أنه سنة(٢) *.

قال(٣): ثم ينحطّ نحو المَروة، ويمشي على هَيْنَته(٤)، فإذا بلغ بطنَ الوادي(٥) يسعى بين الميلين الأخضرين سعيًا، ثم يمشي على هينته حتى يأتي المروة، فيصعَد عليها، ويفعل كما فعل على الصفا؛ لما روى(٦) أن النبي عليه السلام نزل من الصفا، وجعل يمشي نحو المروة، وسعى في بطن الوادي، حتى إذا خرج من بطن الوادي، مشى حتى صعد المروة، وطاف بينهما سبعة أشواط**.

قال: وهذا شوطٌ(٧) واحدٌ، فيطوف سبعة أشواط يبدأ بالصفا، ويختم

** راجع نصب الراية ج٣ ص٥١، والدراية ج٢، ص١٧. (نعيم)

(٩) أي بمنظر من الحاج الصاعد. (ب)

(١) أسنده الطبراني. (ف)

(٢) كما زعم الشافعي.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٥٢، والدراية ج٢، الحديث ٤٢٧ص١٧. (نعيم)

(٣) هذا قول القدوري.

(٤) أي بسكون ووقار.

(٥) قوله: "بطن الوادي" قيل: لم يبقَ اليوم اسم بطن الوادي إلا أنه جعل له ميلان أخضران، أحدهما: أخضر، وثانيهما: أصفر؛ ليعلم أنه بطن الوادي، فيسعى الحاج بينهما، كذا في "المبسوط"، وإنما ذكر المصنف الأخضرين بطريق التغليب؛ لأن أحدهما أخضر، والآخر أصفر، قال المطرزي: الميلان علامتان لموضع الهرولة من بطن الوادي. وقال العلامة حافظ الدين: هما علامتان قدر كذا في حائط المسجد الحرام، وفي "شرح الوجيز": ثم ينزل من الصفا، ويمشي حتى يبقى بينه وبين الميل الأخضر الملصق ببنيان المسجد قدر ستة أذرع، ويمشي سريعًا، وكان ذلك الميل موضوعًا على متن الطريق في الموضع الذي يبتدأ منه السعي، وكان السيل يهدمه، فرفعوه إلى أعلى المسجد معلقًا، فوقع متأخرًا عن مبدأ السعي ستة أذرع؛ لأنه لم يكن هناك موضع أليق به، وهذا على يسار المسعى، والميل الثاني متصل بدار العباس. (عيني)

(٦) أخرجه الشيخان. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٥٣، والدراية ج٢، الحديث ٤٢٨ص١٧. (نعيم)

(٧) قوله: "وهذا شوط" ظاهره أن ذهابه من الصفا إلى المروة شوط، ورجوعه من المروة إلى الصفا شوط

بالمروة، ويسعى فى بَطْن الوادى فى كل شوط ؛ لما روينا[١]، وإنما يبدأ بالصَّفَا ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام فيه[٢]: «ابدأوا بما بدأ الله تعالى به»[٣]*، ثم السعى بين الصفا والمروة واجب، وليس بركن.

وقال الشافعى[٤]: إنه ركن ؛ لقوله عليه السّلام: «إن الله تعالى كتب عليكم السعى فاسعوا»[٥]**، ولنا قوله تعالى: ﴿فلا جناح[٦] عليه أن يّطوّف[٧] بهما﴾، ومثله يستعمل للإباحة[٨]، فينفى الركنية والإيجاب، إلا أنا عَدَلنا عنه فى الإيجاب[٩]، ولأن الركنية لا تثبت إلا بدليل مقطوع به ولم يوجد، ثم معنى ما روى كتب استحبابًا، كما فى قوله تعالى[١٠]:

آخر، وذكر الطحاوى أنه يطوف بينهما سبعة أشواط من الصفا إلى الصفا، ولا يعتبر الرجوع، فيكون أربعة عشر شوطًا، والأصح هو الأول؛ لأن رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم اتفقوا على أنه طاف بينهما سبعة أشواط، كذا فى "المبسوط". (ك)

(١) آنفًا.

(٢) بصيغة الأمر، رواية الدارقطنى والنسائى والبيهقى. (ف)

(٣) وفى صحيح مسلم وأبى داود وابن ماجة ومالك بالخبر. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٥٤، والدراية ج٢، الحديث ٤٢٩ ص١٨. (نعيم)

(٤) وبه قال مالك وأحمد فى رواية. (ب)

(٥) رواه الشافعى. (ب)

**أخرجه الطبراني من حديث ابن عباس راجع نصب الراية ج٣ ص٥٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٣٠ ص١٨. (نعيم)

(٦) أى لا إثم.

(٧) أصله يتطوف.

(٨) قوله: "ومثله يستعمل للإباحة" كما فى قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ الآية، فاقتضى ظاهر الآية أن لا يكون واجبًا لكنا تركناه فى حكم الإيجاب بدليل الإجماع، وإنما ذكر الله تعالى هذا اللفظ؛ لأن الصحابة كانوا يحترزون عن السعى مكان الصنمين على الصفا والمروة فى الجاهلية، فأنزل الله هذه الآية. (نهاية)

(٩) أى إلى الإيجاب. (ب)

(١٠) قوله: "كما فى قوله تعالى" قيل: فيه نظر؛ لأن الوصية للوالدين والأقربين كانت فرضًا، ثم نسخت، فكان كتب بمعنى الفرضية، قالوا: وإن ذلك ليس بمجمع عليه، بل قال بعضهم: ليست منسوخة، بل يجمع بأن الوصية للوارث كانت مستحبة، والمانع يكفيه ذلك. (ب)

﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت﴾ الآية.

ثم يقيم بمكة حَرَامًا[١]؛ لأنه محرم بالحج، فلا يتحلل[٢] قبل الإتيان بأفعاله، قال: ويطوف بالبيت كلما بدا له[٣]؛ لأنه يشبه الصلاة، قال عليه الصلاة والسلام[٤]: «الطواف بالبيت[٥] صلاة»*، والصلاة خير موضوع[٦]، فكذا الطواف إلا[٧] أنه لا يسعى عقيب هذه الأطوفة[٨] في هذه المدة؛ لأن السعي لا يجب فيه إلا مرة، والتنفل بالسعي غير مشروع[٩]، ويصلي لكل أُسبوع[١٠] ركعتين، وهي ركعتا الطواف على ما بينا[١١]. قال: فإذا كان قبل يوم التروية بيومٍ[١٢]، خطب الإمام خطبةً[١٣]

(١) أي محرمًا.

(٢) أي لا يخرج من الإحرام.

(٣) أي ظهر له.

(٤) أخرجه ابن حبان والحاكم وأبو عوانة والطبراني والترمذي، كذا في "فتح القدير" و "البناية".

(٥) تتمة إلا أن الله قد أحل فيه المنطق، فمن نطق فيه فلا ينطق إلا بخير. (ب)

* رواه ابن عباس، راجع نصب الراية ج٣ ص٥٧، والدراية ج٢، الحديث ٤٣١ ص١٨. (نعيم)

(٦) قوله: "خير موضوع، فكذا الطواف" خير موضوع، وفي "شرح الطحاوي" الطواف للغرباء أفضل والصلاة لأهل مكة أفضل، وهو مذهب عامة أهل العلم؛ لأن الغرباء يفوتهم الطواف، وأهل مكة لا يفوتهم الأمران. (عيني)

(٧) هذا الاستثناء من قوله: ويطوف بالبيت كلما بدا له. (ب)

(٨) جمع طواف.

(٩) قوله: "غير مشروع" فإن قيل: السعي تبع للطواف، ولهذا لا يجوز قبله، والتنفل بمتبوعه مشروع، فيجب أن يكون التنفل بالسعي أيضًا مشروعا.

قلت: السعي إنما ثبت عبادة بالنص بخلاف القياس، فيقتصر على مورد النص، والنص ورد بالإتيان به مرة. (ن)

(١٠) أي كل سبعة أشواط. (ب)

(١١) وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «يصلي الطائف لكل أسبوع ركعتين». (ب)

(١٢) قوله: "قبل يوم التروية بيوم" وهو اليوم السابع من ذي الحجة، ويوم التروية هو اليوم الثامن سمي به؛ لأنهم كانوا يروون إبلهم فيه لاستعداد الوقوف يوم عرفة.

وقيل: إبراهيم على نبينا وعليه الصلاة والتسليم رأى ليلة الثامن كأنّ قائلا يقول: إن الله يأمرك أن تذبح ابنك، فلما أصبح تروى أي تفكر في أن هذه الرؤيا من الله تعالى أم من الشيطان، فمن ذلك سمي يوم التروية،

يعلم فيها الناس الخروج إلى منى، والصلاة بعرفات، والوقوف، والإفاضة، والحاصل أن في الحج ثلاث خطب(١)، أولها ما ذكرنا، والثانية بعرفات(٢) يوم عرفة، والثالثة بمنى(٣) في اليوم الحادي عشر، فيفصل بين كل خطبتين بيوم. وقال زفر: يخطب في ثلاثة أيام متوالية أولها يوم التروية(٤)؛ لأنها أيام الموسم(٥)، ومجتمع الحاج، ولنا أن المقصود منها التعليم، ويوم التروية ويوم النحر يوم اشتغال، فكان ما ذكرناه(٦) أنفع، وفي القلوب أنجع(٧). فإذا صلى الفجر يوم التروية بمكة(٨)، خرج إلى منى، فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة؛ لما روى(٩): «أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح(١٠) إلى منى(١١) فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم

فلما أمسى رأى مثل ذلك، فعرف أنه من الله تعالى، فمن ثم سمي يوم عرفة. (ب)

(١٣) قوله: "خطب الإمام خطبةً" وهذه الخطبة واحدة بلا جلوس، وكذا خطبة الحادي عشر، وأما خطبة عرفة، فيجلس بينهما، وهي قبل صلاة الظهر، والخطبتان الأوليان بعده. (ف)

(١) قوله: "ثلاث خطب [جمع الخطبة]" وما روي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم خطب يوم النحر، فإنها لم تكن خطبة من خطب الحج، وإنما كانت من خطب الوداع علمهم الأحكام، لما علم أنه لا يتحقق مثله بعدها من الاجتماع والكثرة. (ب)

(٢) قوله: "بعرفات" قال الأنباري: سميت به؛ لأن جبرئيل علم إبراهيم المناسك كلها يوم عرفة، فقال: أعرفت في أي موضع تطوف، وفي أي موضع تقف، فقال: نعم. (ب)

(٣) قوله: "بمنى" هي قرية فيها ثلاث سكك بينها وبين مكة فرسخ، والغالب عليه التذكير والصرف، وقد يكتب بالألف، وسميت به؛ لأن الحيوانات تساق إلى مناياها، وهو جمع منية، وهوى الموت، وقيل: لما أراد أن يفارق جبرئيل آدم، قال له: ما ذا تتمنى، فقال آدم: الجنة، فسمي ذلك الموضع منى. (عيني)

(٤) قلنا: هذا خلاف المروي عنه عليه الصلاة والسلام وأبي بكر، فإنه روي أنهما خطبا يوم السابع. (ف)

(٥) قوله: "أيام الموسم" موسم الحاج سوقهم ومجتمعهم مشتق من الوسم، وهو العلامة. (ب)

(٦) من التفريق بين الخطبتين. (ب)

(٧) نجع الوعظ إذا أثر. (ب)

(٨) قوله: "فإذا صلى الفجر إلخ" ظاهر هذا التركيب يفيد إعقاب صلاة الفجر بالخروج إلى منى، وهو خلاف السنة، فإن السنة الخروج إليه بعد طلوع الشمس. (ف)

(٩) هذه قطعة من رواية جابر التي رواها مسلم مطولا. (ب)

(١٠) ذهب.

راح إلى عرفات»*. ولو بات[٢] بمكة ليلةَ عرفة، وصلى بها الفجر، ثم غدا إلى عرفات[٣]، ومرّ بمنى أجزأه؛ لأنه لا يتعلق بمنى فى هذا اليوم إقامة نُسُكٍ، ولكنه أساء بتركه الاقتداء برسول الله ﷺ.

قال: ثم يتوجه[٤] إلى عرفات، فيقيم بها؛ لما روينا[٥]، وهذا[٦] بيان الأولوية، أما لو دفع قبله[٧] جاز؛ لأنه لا يتعلق بهذا المقام حكم، قال فى "الأصل"[٨]: وينزل بها مع الناس؛ لأن الانتباذ[٩] تجبّر، والحال حال تضرع، والإجابة في الجمع أرجى، وقيل: مراده أن لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارّة.

قال: وإذا زالت الشمس[١٠]، يصلى الإمام[١١] بالناس الظهر والعصر،

(١١) كذا رواه الترمذى وابن ماجة من فعل الرسول عليه الصلاة والسلام. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٥٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٣٢ ص١٨. (نعيم)

(٢) الحاج.

(٣) قوله: "ثم غدا إلى عرفات" بالغين المعجمة والدال المهملة من الغدو، وهو الذهاب أول النهار، ومعنى قوله: مر بمنى أى جاوزها، ولم ينزل بها أجزأه ذلك، ولا شيء عليه، خلافًا للظاهرية. (ب)

(٤) من منى.

(٥) إشارة إلى قوله: لما روى أنه عليه الصلاة والسلام «صلى الفجر يوم التروية بمنى» الحديث. (ب)

(٦) أى الذهاب إلى عرفات بعد طلوع الشمس. (ب)

(٧) قوله: "أما لو دفع قبله [الضمير راجع إلى الطلوع المذكور فى الحديث سابقًا. ب]" أى قبل طلوع الشمس، ولم يتقدم ذكره، لكن تبع لفظ "الإيضاح"، وذكر فيه الضمير بعد ذكر طلوع الشمس، فقال فى "الإيضاح": وإذا طلعت الشمس يوم عرفة، خرج إلى عرفات، وإن دفع قبله جاز، والأول أولى؛ لأنه لا يتعلق بهذا المقام حكم أى لم يتعلق بمنى فى هذا اليوم حكم من المناسك، فيجوز الذهاب قبل الطلوع. (ن)

(٨) أى قال محمد فى "المبسوط". (ب)

(٩) قوله: "لأن الانتباذ" أى الانفراد والعزلة تجبر أى تكبر، والحال حال تضرع، والإجابة فى الجمع أرجى؛ لأنه قد يكون فيه من لا يرد دعوته. وقيل: مراده أى مراد محمد من قوله: وينزل مع الناس أن لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة -بتشديد الراء- الناس الذين يمرون على الطريق، وفى "الظهيرية" ينزل بعرفات فى أى موضع شاء إلا فى الطريق. (ب)

(١٠) أى فى عرفات. (ب)

(١١) الأعظم وهو الخليفة أو نائبه. (ك)

فيبتدئ بالخطبة، فيخطب خطبة يعلّم فيها الناس الوقوف بعرفة، والمزدلفة[١]، ورمي الجمار، والنحر، والحلق، وطواف الزيارة، يخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة، كما في الجمعة، هكذا فعل رسول الله عليه الصلاة والسلام[٢] *. وقال مالك: يخطب بعد الصلاة؛ لأنها خطبة وعظ وتذكير، فأشبه خطبة العيد، ولنا ما روينا[٣]، ولأن المقصود منها تعليم المناسك، والجمع منها[٤]، وفي ظاهر المذهب إذا صعد الإمام المنبر فجلس أذّن المؤذن، كما في الجمعة[٥]، وعن أبي يوسف أنه يؤذّن قبل خروج الإمام[٦]، وعنه أنه يؤذن بعد الخطبة[٧]. والصحيح ما ذكرنا[٨] لأن النبي عليه الصلاة والسلام[٩] لما خرج واستوى على ناقته أذّن الموذنون بين يديه**، ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة[١٠]؛ لأنه أوانُ الشروع في

---

(١) قوله: "والمزدلفة" من الازدلاف قال الهروي: سميت بها لاجتماع الناس بها. (عيني)

(٢) قوله: "هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم" لا يحضرني حديث فيه تنصيص على الخطبتين، بل ما أفاد أنه خطب قبل صلاة الظهر في حديث جابر الطويل. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٤٣٣ ص١٩. (نعيم)

(٣) إشارة إلى قوله: هكذا فعل رسول الله. (ب)

(٤) أي الجمع بين الصلاتين من المناسك. (ب)

(٥) قوله: "كما في الجمعة" إنما قال: هذا؛ لأن رواية جابر تقتضي الأذان بعد الخطبة، والرواية الأخرى تقتضي قبلها، فتعارضتا، فيصار إلى القياس على الجمعة. (ب)

(٦) قوله: "قبل خروج الإمام" لأن هذا الأذان لأداء الظهر، كما في سائر الأيام، وفي "البدائع" عن أبي يوسف ثلاث روايات، وظاهر روايته كقولهما. وقال الشافعي: إذا فرغ من الخطبة الأولى، يجلس جِلسة خفيفة، ثم يقوم، ويفتح الخطبة الثانية، والمؤذنون يأخذون في الأذان معه، ويخفف بحيث يكون فراغه معهم. (ب)

(٧) قوله: "أنه يؤذن بعد الخطبة [وبه قال مالك]" قال بعض الشارحين: رواية أبي يوسف هذا أصح عندي، وإن كان خلاف ظاهر الرواية لما صح من حديث جابر أن بلالا أذن بعد الخطبة، ثم أقام. (عناية)

(٨) من أنه يؤذن عند جلوس الإمام على المنبر.

(٩) هذا غريب جدا. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٤٣٤ ص١٩. (نعيم)

(١٠) وهو المروي في حديث جابر.

الصلاة، فأشبه الجمعة. قال: ويصلى[(١)] بهم الظهر والعصر فى وقت الظهر[(٢)] بأذانٍ وإقامتين[(٣)]، وقد ورد النقل المستفيض[(٤)] باتفاق الرواة[(٥)] بالجمع بين الصلاتين، وفيما روى جابر[(٦)]: أن النبى ﷺ صلاهما بأذان وإقامتين*، ثم بيانه أنه يؤذن للظهر، ويقيم للظهر، ثم يقيم للعصر؛ لأن العصر يؤدّى قبل وقته المعهود، فيُفرد بالإقامة إعلامًا للناس.

ولا يتطوع بين الصلاتين[(٧)]؛ تحصيلا لمقصود الوقوف[(٨)]، ولهذا قُدم العصرُ على وقته، فلو أنه فعل فعل مكروها[(٩)]، وأعاد الأذان للعصر فى ظاهر الرواية، خلافًا لما روى[(١٠)] عن محمد؛ لأن الاشتغال[(١١)] بالتطوع، أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الأول[(١٢)]، فيعيده للعصر، فإن صلى بغير خطبة

---

(١) ويخفى القراءة كسائر الأيام. (ب)

(٢) قوله: "فى وقت الظهر" اعلم أن الجمع بينهما مشروط بالوقت والمكان والإحرام والإمامة والجماعة عند أبى حنيفة، وعندهما الإمام والجماعة ليس بشرط، ولا خلافَ فى أن الوقت شرط، وهو أن يكون يوم عرفة، والمكان وهو العرفات، والإحرام شرط. (ك)

(٣) قوله: "بأذانٍ وإقامتين" فيه ستة مذاهب: الأول: مذهبنا، والثانى: بأذان وإقامة، وبه قال عطاء، والظاهرية، والشافعى فى قول، وأحمد، واختاره الطحاوى وزفر وأبو ثور.
والثالث: بأذانين وإقامتين، روى ذلك عن على ومحمد الباقر ابن زين العابدين، وهو رواية ابن مسعود، والرابع: بإقامتين فقط، روى ذلك عن عمر وعلى وسالم بن عبد الله وهو أحد قولى الثورى وأحمد والشافعى.
والخامس: بإقامةواحدة فقط، وبه قال أبو بكربن داود، والسادس: بغير أذان وإقامة، روى ذلك عن ابن عمر. (ب)

(٤) الشائع.

(٥) رواة الحديث.

(٦) كذا فى "صحيح مسلم". (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٤٣٥ص١٩. (نعيم)

(٧) أى الإمام، وكذا القوم. (ب)

(٨) أى بعرفة.

(٩) أى لو صلى الإمام أو المأموم تطوعا بينهما أساء.

(١٠) رواه ابن سماعة عنه. (ب)

(١١) تعليل لظاهر الرواية. (ب)

(١٢) أى اتصاله بالعصر.

أجزأه؛ لأن هذه الخطبة ليست بفريضة[١].

قال[٢]: ومن صلى الظهر فى رَحْله[٣] وحده، صلى العصر فى وقته عند أبى حنيفة، وقالا: يجمع بينهما المنفرد؛ لأن جواز الجمع للحاجة إلى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج إليه. ولأبى حنيفة[٤] أن المحافظة على الوقت فرض بالنصوص[٥]، فلا يجوز تركه إلا فيما ورد الشرع به، وهو الجمع بالجماعة مع الإمام، والتقديم لصيانة الجماعة[٦]؛ لأنه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا فى الموقف، لا لما ذكراه[٧]؛ إذ لا منافاة[٨]. ثم عند أبى حنيفة الإمام شرط فى الصلاتين جميعًا[٩]، وقال زفر: فى العصر خاصة؛ لأنه هو المغيَّر عن وقته، وعلى هذا الخلاف

(١) قوله: "ليست بفريضة [إذ هى ليست بخلف عن ركن، بخلاف خطبة الجمعة، فإنها خلف من الركعتين. ب]" هذا مشكل، فإن عدم كونها فريضة لا ينافى كونها شرط الجمع كالجماعة مع الإمام الأكبر، إلا أن يقال: إنه لم يستدل بعدم كونها فريضة على عدم كونها شرطا، بل أراد بقوله: ليست بفريضة، ليست بشرط لهذه الصلاة، ولم يذكر دليل عدم الاشتراط. (إله داد)

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) منزله.

(٤) قوله: "ولأبى حنيفة إلخ" الحرف الذى يدور عليه اختلافهم فى الأصل أن التقدم لما ذا؟ فقالا: لأجل امتداد الوقوف بعرفة؛ لأنه لا جمع لمن لا وقوف عليه، فقدم العصر ليقع الوقوف من أوله إلى آخره متصلا، وفى حق الوقوف المنفرد وغيره سواء، فيجمع المنفرد، كما يجمع الإمام، وقال أبو حنيفة: النص المجمع عليه فى التعجيل، جاء مع الجماعة. فأما المنفرد: ففيه خلاف على ما هو المروى عن ابن مسعود، وذلك لأن فضيلة الجماعة لا يجوز تفويتها لحق الوقوف، فإن الجماعة تفوت لا إلى خلف، وحق الوقوف يتأدى بليل، والناس يتفرقون فى الموقف، وهو موضع واسع، فلا يمكنهم الإقامة، فعجل العصر لئلا يفوتهم فضيلة الجماعة. (ن)

(٥) كقوله تعالى: ﴿حافظوا على الصلوات﴾، وقوله: ﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابًا موقوتًا﴾. (ب)

(٦) قوله: "والتقديم لصيانة الجماعة" فيه بحث لما عرف أن ترك الواجب لإقامة السنة غير جائز، والمحافظة على الوقت فرض، فلا يصح تركه لأجل الجماعة. وجوابه أن تقديم العصر ثبت بالآثار المستفيضة على خلاف القياس، وما ذكره، فحكمة لا استخراج لعلة مفضية إلى التقديم. (د)

(٧) من أن الجمع لامتداد الوقوف. (ك)

(٨) أى لامنافاة بين الصلاة والوقوف؛ لأنه لا ينقطع بالصلاة، كما لا ينقطع بأشغال الأكل والشرب. (ب)

(٩) وعندهما الإمام ليس بشرط أصلا. (ب)

الإحرامُ بالحج[1]، ولأبى حنيفة أن التقديم[2] على خلاف القياس عرفت شرعيته فيما إذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدّى بالجماعة مع الإمام فى حالة الإحرام بالحج[3]، فيقتصر عليه، ثم لا بد من الإحرام بالحج قبل الزوال فى رواية تقديمًا للإحرام[4] على وقت الجمع، وفى أخرى[5] يكتفى بالتقديم على الصلاة؛ لأن المقصود هو الصلاة.

قال: ثم يتوجه إلى الموقف[6]، فيقف بقرب الجبل[7]، والقوم[8] معه[9] عقيب انصرافهم من الصلاة؛ لأن النبى عليه الصلاة والسلام[10] راح إلى الموقف[11] عقيب الصلاة، والجبل يسمى جبل الرحمة، والموقف

(١) قوله: "الإحرام بالحج" فهو شرط فى الصلاتين حتى إن الحلال إذا صلى الظهر مع الإمام، ثم أحرم بالحج، فصلى العصر معه لا يجوز أداء العصر، وعند زفر يجزئه. والحاصل أن جواز الجمع معلق بالإحرام فى الصلاتين عند أبى يوسف ومحمد لا غير، وعند أبى حنيفة معلق بالإحرام، وبالجماعة وبالإمام الأكبر، وهو قول زفر أيضًا، غير أنه يشترط هذه الشرائط فى العصر خاصةً. (ك)

(٢) أى تقديم العصر.

(٣) إنما قيد بالحج كماروى عن أبى حنيفة أنه لو كان حين صلى الظهرمحرما بالعمرة ثم أحرم بالحج لم يجزه.(ب)

(٤) قوله: "تقديمًا للإحرام إلخ" تحقيقه أن بالزوال يدخل وقت الجمع، فيشترط تقديم الإحرام على هذا الوقت. (عينى)

(٥) رواية أخرى.

(٦) بكسر القاف (ب)، عند الصخرات الكبار. (در مختار)

(٧) قوله: "بقرب الجبل" هو الذى يسمى جبل الرحمة بوسط عرفات، ويقال له: جبل الدعاء، وقيل: هو موقف الأنبياء، قال النووى: لا أصل له، إذ لم يرد به حديث صحيح، ولا ضعيف، والصواب الاعتناء بموقف رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (ب)

(٨) الواو حالية.

(٩) مع الإمام.

(١٠) رواه مسلم.

(١١) قوله: "راح [من الرواح أى ذهب] إلى الموقف" فى "شرح الدرر" للشيخ إسماعيل بن منسك الفارسى قال قاضى القضاة بدر الدين: وقد اجتهدت على تعيين موقفه صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ووافقنى عليه بعض من يعتمد عليه من محدثى مكة حتى حصل الظن بتعيينه، وأنه الفجوة المستعلية المشرفة على الموقف التى عن يمينها، ووراءها صخرة متصلة بصخرات الجبل. وهذه الفجوة بين الجبل والبناء المربع عن يساره، وهى إلى الجبل أقرب بقليل بحيث يكون الجبل قبالتك بيمين إذا استقبلت القبلة والنباء المربع عن يساره، انتهى، قال

الموقف الأعظم. قال: وعرفات كلها موقف إلا بطن عرنة[١]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة، والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادى محسّر»*.

قال: وينبغى للإمام أن يقف بعرفة على راحلة[٢] لأن النبى عليه الصلاة والسلام[٣] وقف على ناقته**، وإن وقف على قدميه جاز، والأوّل أفضل؛ لما بينا[٤]، وينبغى أن يقف مستقبل القبلة؛ لأن النبى عليه السلام وقف كذلك[٥]، وقال النبى عليه السلام: «خير المواقف ما استقبلت به القبلة»[٦]***، ويدعو ويعلّم الناس المناسك؛ لما روى[٧] أن النبى عليه السلام كان يدعو يوم عرفة ماداً يديه كالمستطعم المسكين**، ويدعو بما

القاضى محمد عيد: البناء المربع هو المعروف الآن بـ "مطبخ الآدم". (رد المحتار)

(١) قوله: "إلا بطن عرنة" بضم العين المهملة وفتح الراء المهملة والنون قال فى "ديوان الأدب": هو وادٍ فى عرفات، وعامة أهل العلم على هذا الاستثناء، وشذ مالك.

وقيل: رأى النبى ﷺ الشيطان فى بطن عرنة، فنهى عن الوقوف فيه، فكان هذا نظير النهى عن الصلاة فى الأوقات المكروهة الثلاث، والحديث المذكور رواه الطبرانى وابن ماجة وابن عدى وغيرهم، ومحسر بضم الميم وفتح الحاء المهملة وكسر السين المهملة المشددة وادٍ بين مكة وعرفات عن يسار موقف الجمع. (ب)

* أخرجه أحمد والبزار وابن حبان من حديث جبير بن مطعم، راجع نصب الراية ج ٣ ص ٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٤٣٨ ص١٩. (نعيم)

(٢) قوله: "على راحلة" ظاهر كلام المصنف أن الركوب للإمام فقط، وهو المفهوم من "الهداية" و"البدائع" وغيرها، ويؤيدها قول صاحب "السراج الوهاج"؛ لأنه يدعو بدعاءه الناس، فإن كان على راحلته، فهو أبلغ فى مشاهدتهم له، انتهى، لكن قال القهستانى: الأفضل أن يكون راكبا قريباً من الإمام، ومثله فى متن الملتقى. (رد المحتار)

(٣) رواه مسلم. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٦٢، والدراية ج٢، الحديث ٤٣٩ ص٢٠. (نعيم)

(٤) من الحديث.

(٥) هذا أيضاً فى حديث جابر الطويل. (ب)

(٦) هذا اللفظ غريب، وروى نحوه الحاكم وأبو يعلى والطبرانى وابن عدى. (ب)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٦٢، والدراية ج٢، الحديث ٤٤١ ص٢٠. (نعيم)

(٧) رواه البيهقى عن ابن عباس.

** راجع نصب الراية ج٣ ص٦٤، والدراية ج٢، الحديث ٤٤٢ ص٢٠. (نعيم)

شاء، وإن[١] ورد الآثار ببعض الدعوات، وقد أوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم[٢] بـ "عدة[٣] الناسك في عدة[٤] من المناسك" بتوفيق الله تعالى.

قال: وينبغي للناس أن يقفوا بقرب الإمام؛ لأنه يدعو ويعلم فيعوا[٥] ويستمعوا وينبغي أن يقفوا وراء الإمام؛ ليكون مستقبل القبلة، وهذا[٦] بيان الأفضلية؛ لأن عرفات كلها موقف على ما ذكرنا[٧].

قال: ويستحب أن يغتسل قبل الوقوف بعرفة، ويجتهد في الدعاء، أما الاغتسال[٨] فهو سنة، وليس بواجب، ولو اكتفى بالوضوء جاز، كما في الجمعة والعيدين وعند الإحرام، وأما الاجتهاد فلأنه عليه السلام[٩] اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لأمته، فاستجيب له إلا في الدماء والمظالم[١٠] *. ويلبّي في موقفه ساعةً بعد ساعة[١١]، وقال مالك: يقطع التلبية كما يقف بعرفة؛ لأن الإجابة باللسان قبل الاشتغال بالأركان[١٢].

---

(١) الواو وصلية.

(٢) أي المسمى.

(٣) بضم العين السلاح وبين العدة، والعدة، والناسك والمناسك جناس. (ب)

(٤) بكسر العين من العدد. (ب)

(٥) قوله: "فيعوا" أي يحفظوا، أصله من الوعي أصله يوعيوا حذفت الواو؛ لوقوعها بين الياء والكسرة، وحذفت الضمة بعد سلب حركة الياء إلى ما قبلها، وحذفت النون منه، ومن قوله: يسمعون علامة للنصب. (ب)

(٦) أي وقوف الحاج وراء الإمام.

(٧) أشار به إلى الحديث المذكور: «عرفة كلها موقف».

(٨) قوله: "أما الاغتسال" فهو سنة إنما ذكر هكذا؛ لأنه في صدر شرح كلام القدوري، فإنه قال: يستحب، ثم قال: إنه سنة، وكل سنة مستحبة من غير عكس. (ب)

(٩) رواه ابن ماجة والطبراني. (ب)

(١٠) قوله: "إلا في الدماء والمظالم [جمع مظلمة]" قيل: توقف دعاء رسول الله ﷺ بعرفة في الدماء والمظالم إلى المزدلفة، فاستجيب له فيها في عفو الدماء والمظالم، وقد ورد ذلك في رواية ابن ماجة. (ب)

* رواه عباس بن مرداس، راجع نصب الراية ج٣ ص٦٤، والدراية ج٢، الحديث ٤٤٣ ص٢٠. (نعيم)

(١١) يعني يستديم ذلك إلى أن يرمي أول حصاة. (ع)

(١٢) قوله: "قبل الاشتغال بالأركان" معناه أن التلبية إجابة اللسان، والإجابة باللسان قبل الاشتغال

ولنا ما روى[١] أن النبى عليه السلام ما زال يلبى حتى أتى جمرة العَقَبة*، ولأن التلبية فيه كالتكبير في الصلاة، فيأتي بها إلى آخر جزء من الإحرام. قال: وإذا غربت الشمس أفاض الإمام[٢] والناس معه على هَيْنتهم[٣]، حتى يأتوا المزدلفة؛ لأن النبى عليه السلام[٤] دفع بعد غروب الشمس**، ولأن فيه إظهار مخالفة المشركين[٥]، وكان النبى عليه السلام يمشى على راحلته فى الطريق على هينته[٦]***.

فإن خاف[٧] الزحام[٨]، فدفع قبل الإمام، ولم يجاوز حدود عرفة[٩] أجزأه؛ لأنه لم يُفض[١٠] من عرفة، والأفضل أن يقف فى مقامه كيلا يكون أخذاً فى الأداء قبل وقتها، فلو مكث قليلا بعد غروب الشمس وإفاضة

بالأركان كتكبيرة الافتتاح فى الصلاة. (ب)

(١) أخرجه الأئمة الستة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٦٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٤٤ ص٢١. (نعيم)

(٢) أى رجع، فيه اقتداء لقوله تعالى: ﴿فإذا أفضتم من عرفات﴾. (ب)

(٣) قوله: "علىٰ هينتهم" الهينة بفتح الهاء وسكون الياء التحتانية المثناة وفتح النون من الهون، وهي السكينة والوقار، يقال: سار على هينته أى على عادته فى السكون والرفق، كذا فى "النهاية الجزرية". (عبد)

(٤) رواه أبو داود والترمذى. (ب)

** رواه علي رضي الله عنه، راجع نصب الراية ج٣ ص٦٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٤٥ ص٢١. (نعيم)

(٥) لأنهم كانوا يدفعون قبل غروب الشمس. (ب)

(٦) كما فى حديث جابر. (ب)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٤٤٦ ص٢٢. (نعيم)

(٧) أى الحاج.

(٨) بالكسر ازدحام الناس.

(٩) قوله: "ولم يجاوز حدود عرفة" إنما قيد به؛ لأنه لو جاوز حدود عرفة قبل الإمام، وقبل غروب الشمس يجب عليه الدم. والحاصل أنه إن دفع قبل غروب الشمس ينظر، إن جاوز حدود عرفة بعد الغروب، فلا شيء عليه، وإن جاوز قبل الغروب وجب الدم، لكن إن عاد إلى عرفة قبل الغروب، ثم دفع مع الإمام، سقط عنه الدم عند أبى حنيفة. وقال زفر: لا يسقط كما قال فى مجازى الميقات بغير إحرام: إنه يجب عليه الدم، ثم لا يسقط، وأما إذا عاد إلى عرفة بعد الغروب، فلا يسقط عنه الدم بالإجماع. (ن)

(١٠) من الإفاضة. (ب)

الإمام لخوف الزحام(١)، فلا بأس به؛ لما روى(٢) أن عائشة بعد إفاضة الإمام دعت بشراب، فأفطرت ثم أفاضت*.

قال: وإذا أتى مزدلفة، فالمستحب أن يقف بقرب الجبل الذى عليه الميقدة(٣)، يقال له: قزح(٤)؛ لأن النبى عليه السلام(٥) وقف عند هذا الجبل**، وكذا(٦) عمر، ويتحرز فى النزول عن الطريق، كيلا يضر بالمارّة، فينزل عن يمينه أو يساره، ويستحب أن يقف وراء الإمام؛ لما بينا فى الوقف بعرفة(٧). قال(٨): ويصلى الإمام بالناس المغرب والعشاء بأذان وإقامة واحدة، وقال زفر(٩): بأذان وإقامتين؛ اعتبارًا بالجمع بعرفة، ولنا رواية جابر أن النبى ﷺ(١٠) جمع بينهما(١١) بأذان وإقامة واحدة***، ولأن

(١) وكذا لخوف علة من العلل. (ب)

(٢) رواه ابن أبى شيبة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٤٧ ص٢٢. (نعيم)

(٣) بكسر الميم موضع كان أهل الجاهلية يوقدون عليه النار. (ب)

(٤) قوله: "يقال له: قزح" بضم القاف وفتح الزاى وبالحاء المهملة جبل معروف بالمزدلفة، وهو غير منصرف للعدل التقديرى والعلمية، وهو معدول عن قازح كزفر عن زافر، وإنما سمى به لارتفاعه من قزح إذا ارتفع. ونقل النووى عن الأزهرى أن على ذلك الجبل أسطوانة مدورة على خشبة مرتفعة كان يوقد عليها فى خلافة هارون الرشيد بالشمع ليلة المزدلفة، وكان قبل ذلك يوقد بالحطب، وبعد هارون يوقد بمصابيح كبار. (مولوى عبد الحى مد فيضه)

(٥) رواه أبو داود والترمذى. (ب)

** رواه علي رضي الله عنه، راجع نصب الراية ج٣ ص٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٤٨ ص٢٢. (نعيم)

(٦) ليس له أصل.

(٧) أراد به قوله: لأنه يدعو إلخ. (ب)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) واختاره الطحاوى. (ب)

(١٠) رواه ابن أبى شيبة، وهو غريب. (ب)

(١١) قوله: "جمع بينهما" الذى فى "صحيح مسلم" فى حديث جابر الطويل، أنه صلاهما بأذان وإقامتين، وكذا عند البخارى عن ابن عمر، وفى "صحيح مسلم" عن سعيد بن جبير أفضنا مع ابن عمر، فلما بلغنا جمعًا صلى بنا ابن عمر ثلاثا وركعتين بإقامة واحدة، فلما انصرف قال ابن عمر: هكذا صلى رسول

العشاء فى وقته، فلا يُفرد[1] بالإقامة إعلاما، بخلاف العصر بعرفة؛ لأنه مقدم على وقته، فأفرد بها لزيادة الإعلام.

ولا يتطوع بينهما؛ لأنه يخل بالجمع، ولو تطوع أو تشاغل بشيء[2] أعاد الإقامة؛ لوقوع الفصل، وكان ينبغى[3] أن يُعيد الأذان، كما فى الجمع الأول[4] إلا أنا اكتفينا بإعادة الإقامة؛ لما روى أن النبى ﷺ صلى المغرب بمزدلفة[5]، ثم تعشى، ثم أفرد الإقامة للعشاء*، ولا تشترط الجماعة[6] لهذا الجمع عند أبى حنيفة؛ لأن المغرب مؤخرة[7] عن وقتها، بخلاف الجمع بعرفة؛ لأن العصر مقدم على وقته. ومن صلى المغرب فى الطريق[8] لم تجزه[9] عند أبى حنيفة ومحمد[10]، وعليه إعادتها ما لم يطلع

الله ﷺ نا فى هذا المكان، فإن لم يرجح ما اتفق عليه "الصحيحان" على ما تفرد به مسلم وأبو داود حتى تساقطا كان الرجوع إلى الأصل يوجب تعدد الإقامة بتعدد الصلاة، كما فى قضاء الفوائت. (ف)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٤٩ص٢٢. (نعيم)

(١) قوله: "فلا يفرد إلخ" أقول: هذا الدليل يقتضى أن لا يحتاج الوقتية إلى الإقامة، وليس كذلك، والأصح فى هذا الباب هو تعدد الإقامة. (مولوى عبد الحى مد فيضه)

(٢) مثل التعشى ونحوه. (ب)

(٣) كقول زفر. (ب)

(٤) بعرفة.

(٥) قوله: "صلى المغرب بمزدلفة إلخ" ليس لهذا أصل، بل هو فى "صحيح البخارى" عن ابن مسعود، وكذا أخرجه ابن أبى شيبة عنه، وكيف يسوغ للمصنف أن يعتبر هذا الحديث حجة عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وهو مصرح بوحدة الإقامة عنه، كما مر. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٧٠، والدراية ج٢، الحديث ٤٥٠ص٢٣. (نعيم)

(٦) وكذا الخطبة والسلطان. (ب)

(٧) قوله: "لأن المغرب إلخ" يعنى أن صلاة المغرب مؤخرة عن وقتها، وأداء الصلاة بعد خروج وقتها موافق للقياس؛ لأن القضاء مشروع فى جميع الصلوات، فلا يجب مراعاة مورد النص، وإن ورد فى تأخير المغرب مع الجماعة، فلا يشترط الجماعة، وأما تقديم الصلاة على وقتها، فمخالف للقياس من كل وجه، فيراعى لذلك جميع ما ورد النص فيه. (نهاية)

(٨) قبل أن يأتى إلى مزدلفة. (ب)

(٩) قوله: "لم تجزه" الخارج من الدليل أن الإعادة واجبة، وهو لا يستلزم الحكم بعدم الإجزاء. (ف)

الفجر. وقال أبو يوسف: يجزئه وقد أساء[1]، وعلى هذا الخلاف[2] إذا صلى[3] بعرفات، لأبى يوسف أنه أداها فى وقتها، فلا يجب إعادتها كما بعد طلوع الفجر[4] إلا أن التأخير من السنة، فيصير مسيئًا بتركه.

ولهما ما روى[5] أنه عليه الصلاة والسلام قال لأسامة فى طريق المزدلفة: «الصلاةُ أمَامك» * معناه وقت الصلاة[6]، وهذا إشارة إلى أن التأخير واجب، وإنما وجب ليمكنه الجمع بين الصّلاتين بالمزدلفة، فكان عليه الإعادة ما لم يطلع الفجر؛ ليصير جامعًا بينهما، وإذا طلع الفجر[7] لا يمكنه الجمع، فسقطت الإعادة.

قال: وإذا طلع الفجر يصلى الإمام بالناس الفجر بغَلَس[8] لرواية ابن مسعود[9] أن النبى عليه الصلاة والسلام صلاها يومئذ بغَلَس**، ولأن فى التغليس دفع حاجة الوقوف، فيجوز كتقديم العصر بعرفة[10]. ثم وقف، ووقف معه الناس ودعا؛ لأن النبى عليه الصلاة

(١٠) وبه قال زفر والحسن. (ب)

(١) لمخالفة السنة. (ب)

(٢) فعندهما لا يجزئه، وعند أبى يوسف يجزئه. (ب)

(٣) المغرب.

(٤) أى كما إذا صلى بعد طلوع الفجر. (ب)

(٥) أخرجه البخارى ومسلم. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٧١، والدراية ج٢، الحديث ٤٥١ ص٢٣. (نعيم)

(٦) قوله: "معناه [أى معنى قوله: «الصلاة أمامك» وقتها أمامك] وقت الصلاة" لأنها حركات لا تتصف بالقبلية والبعدية، ويمكن أن يكون معناه مكان الصلاة أمامك.

(٧) من يوم النحر.

(٨) قوله: "بغلس" بفتحتين وهو آخر ظلمة الليل قاله الإنزارى، كذا فى "الديوان". (ب)

(٩) قوله: "لرواية ابن مسعود" روى البخارى ومسلم عنه قال: «ما رأيت رسول الله ﷺ صلى قبل ميقاتها إلا صلاتين صلاة المغرب والعشاء بجمع وصلاة الفجر يومئذ»، ومعناه قبل وقتها المعتاد، لا أنه صلاها قبل الفجر.

** راجع نصب الراية ج٣ ص٧١، والدراية ج٢، الحديث ٤٥٢ ص٢٣. (نعيم)

(١٠) قوله: "كتقديم العصر إلخ" يعنى لما جاز تقديم العصر على وقتها للحاجة إلى الوقوف بعدها، فلأن يجوز تقديم الفجر على الإسفار –وهو فى وقتها– أولى، كذا فى "المبسوط". (نهاية)

والسلام[١] وقف في هذا الموضع[٢] يدعو، حتى روى في حديث ابن عباس[٣]: فاستجيب له دعاءه لأمته حتى الدماء والمظالم *.

ثم هذا الوقوف واجب عندنا، وليس بركن، حتى لو تركه بغير عذر، يلزمه الدم[٤]، وقال الشافعي: إنه ركن[٥]؛ لقوله تعالى: ﴿فاذكروا الله عند المشعر الحرام﴾، وبمثله[٦] تثبت الركنية. ولنا ما روى[٧] أنه ﷺ «قدّم ضعفة[٨] أهله بالليل» **، ولو كان ركنا لما فعل ذلك، والمذكور[٩] فيما تلا الذكر، وهو ليس بركن بالإجماع. وإنما عرفنا الوجوب[١٠] بقوله عليه الصلاة والسّلام: «من وقف معنا هذا الموقف وقد[١١] كان أفاض قبل ذلك

(١) روى ذلك في حديث جابر الطويل. (ف)

(٢) أي المشعر الحرام. (ب)

(٣) قوله: "حتى روى في حديث ابن عباس إلخ" هذا وهم من المصنف، فإنه ليس حديث ابن عباس الذي هو عبد الله، وقوله هذا لم ينبه عليه أحد من الشراح، واعتذر بعضهم بأن مراده كنانة ابن عباس ابن مرداس، وهو خطأ من وجهين: أحدهما: أن ابن عباس إذا أطلق لا يراد به إلا عبد الله بن عباس، فلو أراد كنانة لقيده. وثانيهما: أن المصنف ليس من عادته أن يذكر التابعي دون الصحابي، وأما حديث كنانة، فقد رواه ابن ماجة عن عبد القاهر عن عبد الله بن كنانة ابن عباس بن مرداس عن أبيه كنانة عن أبيه عباس بن مرداس «أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم دعا لأمته عشية عرفة» الحديث. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٧١، والدراية ج٢، الحديث ٤٥٣ ص٢٣. (نعيم)

(٤) وإن تركه لعذر الازدحام، لا شيء عليه. (ب)

(٥) هذا سهو؛ فإن كتبهم ناطقة بخلافه. (ف)

(٦) أي بمثل هذا الأمر القطعي.

(٧) أخرجه أصحاب السنن. (ب)

(٨) على وزن فعلة بفتحتين جمع ضعيف. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٧٢، والدراية ج٢، الحديث ٤٥٤ ص٢٣. (نعيم)

(٩) جواب عن استدلال الشافعي.

(١٠) قوله: "وإنما عرفنا الوجوب إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره أنه إذا نفيتم الركنية عن الوقوف، فمن أين أثبتم الوجوب؟ فأجاب بأنه إنما عرفنا وجوب الوقوف بعرفة بالحديث الذي أخرجه أصحاب السنن الأربعة وابن حبان والحاكم، والإشارة بهذا الموقف إلى موقف المزدلفة، والواو في "وقد كان" للحال. (ب)

(١١) الواو حالية.

من عرفات فقد تم حجّه»*، علّق به تمام الحج، وهذا يصلح أمارةً[٢] للوجوب، غير[٣] أنه إذا تركه بعذر، بأن يكون به ضُعف، أو علة[٤]، أو كانت امرأة تخاف الزحام، لا شيء عليه؛ لما روينا[٥].

قال: والمزدلفة كلها موقف إلا وادى محسِّر؛ لما روينا[٦] من قبل، قال[٧]: فإذا طلعت الشمس أفاض الإمام والناس معه، حتى يأتوا منى.

قال العبد الضعيف[٨] عصمه الله: هكذا وقع فى نسخ "المختصر"، وهذا غلط، والصحيح[٩] أنه إذا أسفر أفاض الإمام والناس؛ لأن النبى عليه الصلاة والسلام[١٠] دفع قبل طلوع الشمس**.

قال[١١]: فيبتدئ بجمرة[١٢] العقبة، فيَرميها من بطن الوادى

---

* رواه عروة بن مضرس، راجع نصب الراية ج٣ ص٧٣، والدراية ج٢، الحديث ٤٥٥ص٢٤. (نعيم)

(٢) علامة.

(٣) دفع دخل مقدر. (ب)

(٤) أى مرض.

(٥) أراد به ما سبق أنه عليه الصلاة والسلام «قدم ضعفة أهله». (عينى)

(٦) أراد به: ألمزدلفة كلها مزدلفة وارتفعوا عن وادى محسر. (ن)

(٧) أى القدورى. (ب)

(٨) يريد به نفسه.

(٩) قوله: "والصحيح" هذا هو الموجود فى نسخة صحيحة من "مختصر القدورى"، فالغلط من الكاتب، كذا فى "البناية".

(١٠) رواه الجماعة إلا مسلما. (ب)

** من حديث عمرو بن ميمون، راجع نصب الراية ج٣ ص٧٤، والدراية ج٢، الحديث ٤٥٦ص٢٤. (نعيم)

(١١) أى القدورى. (ب)

(١٢) قوله: "فيبتدئ بجمرة [كذا فى حديث جابر]" هى حجر صغير، وجمعه جمار، وبها سمى الموضع الذى يرمى فيه. وفى "مبسوط شيخ الإسلام": إنما سمى جمرة؛ لأن إبراهيم لما أمر بذبح الولد، جاء الشيطان يوسوسه، فكأن إبراهيم يرمى إليه الجمار طردا له، وكان يجمر بين يديه أى يسرع، والإجمار الإسراع، والمراد ببطن الوادى أسفله، وإذا وقف الرامى جعل منى عن يمينه، والكعبة عن يساره، وكذا فى "المحيط".
والخذف بالخاء المفتوحة المعجمة والذال المعجمة الساكنة رمى الحصى بالأصابع، وقيده فى "المغرب" بأن يضع طرْف الإبهام على طرف السبابة. (ن)

بسبع حَصَيات مثل حصى الخذف[١]؛ لأن النبى ﷺ[٢] لما أتى منى لم يَعْرج[٣] على شىء حتى رمى جمرة العقبة، وقال ﷺ: «عليكم بحصى الخذف لا يؤذى بعضكم بعضًا»[٤] *.

ولو رمى بأكبر منه جاز؛ لحصول الرمى، غير أنه لا يرمى بالكبار من الأحجار كى لا يتأذّى به غيره، ولو رماها من فوق العقبة أجزأه؛ لأن ما حولها موضع النسك، والأفضل أن يكون من بطن الوادى؛ لما روينا[٥].

ويكبر مع كل حصاة، كذا روى[٦] ابن مسعود وابن عمر**، ولو سبح مكان التكبير أجزأه؛ لحصول الذكر، وهو من آداب الرمى، ولا يقف عندها[٧]؛ لأن النبى ﷺ لم يقف عندها ***.

ويقطع التلبية مع أول حصاة؛ لما روينا[٨] عن ابن مسعود، وروى جابر[٩] أن النبى ﷺ قطع التلبية عند أول حصاة رمى بها جمرة

---

(١) خذف بالفتح بدو انگشت يا بفلاخن إنداختن. (م)

(٢) كذا فى حديث جابر.

(٣) أى لم يقف عنده، يقال: مررت به فما عرجت عليه. (ن)

(٤) رواه الطبرانى. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٧٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٥٧،٤٥٨ص٢٤. (نعيم)

(٥) من أنه عليه الصلاة والسلام رمى كذلك. (ب)

(٦) قوله: "كذا روى إلخ" أما حديث ابن مسعود فأخرجه البخارى ومسلم، وأما حديث حديث ابن عمر فأخرجه البخارى. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٤٥٩ص٢٥. (نعيم)

(٧) قوله: "ولا يقف عندها [أى جمرة العقبة]" على هذا تظاهرت الروايات عن رسول الله ﷺ، ولم تظهر حكمة تخصيص الوقوف، والدعاء بغيرها من الجمرتين إلا أن يكون أن جمرة العقبة تقع فى الطريق، فيوجب الوقوف قطع السلوك عن سالكيها، بخلافه فى باقى الجمار، فإنها منعزلة عن الطريق. (ف)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٧٧، والدراية ج٢، الحديث ٤٦٠ص٢٥. (نعيم)

(٨) قوله: "لما روينا [أى لما اشتملت عليه روايتنا له، وإن لم يذكر فى هذا الكتاب. ف] إلخ" قال الإنزارى: أراد به قوله سابقًا: ولنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم ما زال يلبى حتى أتى جمرة العقبة، وقال مخرج الأحاديث: كأن المصنف ذهل، فإنه لم يذكر هذا عن ابن مسعود. (ب)

(٩) هذا هو المفهوم من حديث جابر الطويل.

العقبة*. ثم كيفية الرمي أن يضع الحصاة على ظَهْر إبهامه اليُمْنى، ويستعين بالمسبّحة(٢)، ومقدار الرمي أن يكون بين الرمي وبين موضع السقوط خمسة أذرع فصاعداً، كذا روى الحسن عن أبى حنيفة؛ لأن ما دون ذلك يكون(٣) طرحا، ولو طرحها طرحا أجزأه(٤)؛ لأنه رمى إلى قدميه إلا أنه مسيءٌ لمخالفته السنة.

ولو وضعها وضعا لم يجزه؛ لأنه ليس برمى، ولو رماها، فوقعت قريبًا(٥) من الجمرة يكفيه؛ لأن هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه، ولو وقعت بعيداً منها لا يجزئه؛ لأنه لم يعرف قربة إلا فى مكان مخصوص(٦)، ولو رمى بسبع حصيات جملة، فهذه واحدة(٧)؛ لأن المنصوص عليه تفرق الأفعال(٨). ويأخذ الحصى من أىّ موضع شاء إلا من عند الجمرة، فإن ذلك يكره؛ لأن ما عندها من الحصى مردود، هكذا جاء فى الأثر(٩) فيتشأم به**، ومع هذا لو فعل أجزأه؛ لوجود فعل

* راجع نصب الراية ج٣ ص٧٧،٧٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٦١، ٤٦٢ص٢٥. (نعيم)

(٢) قوله: "ويستعين إلخ" هذا يحتمل وجهين: أحدهما: أن يضع طرف إبهامه اليمنى على وسط السبابة، ويضع الحصاة على ظهر الإبهام. والآخر: أن يحلق سبابته، ويضعها على مفصل إبهامه، وقيل: يأخذها بطرفى إبهامه وسبابته، وهو الأصح لكونه أيسر. (ف)

(٣) فيكون سببا لمخالفة السنة.

(٤) قوله: "أجزأه" يفيد أن مسمى الرمي فى الطرح رأسا لا ينتفى، بل إنما فيه معه قصور، بخلاف وضع الحصاة وضعا، فإنه لا يجزئ لانتفاء الرمي بالكلية. (ف)

(٥) قدر ذراع ونحوه، ومنهم من لم يعين اعتباراً على العرف. (ف)

(٦) وهو الجمرة.

(٧) فيلزم ست سواها. (ف)

(٨) أى سبع مرات.

(٩) قوله: "هكذا جاء فى الأثر" أخرجه أبو نعيم فى "دلائل النبوة" وإسحاق بن راهويه وابن أبى شيبة، وروى الحاكم والدارقطنى عن أبى سعيد الخدرى قال: قلنا: يا رسول الله! هذه الجمار التى يرمى بها كل عام، فتحسب أنها تنقص، فقال: إن ما قبل منها رفع، ولولا ذلك لرأيتها أمثال الجبال. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٧٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٦٣ص٢٥. (نعيم)

الرمى. ويجوز الرمى بكل ما كان من أجزاء الأرض[١] عندنا[٢]، خلافًا للشافعى[٣]؛ لأن المقصود فعل الرمى، وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر، بخلاف ما إذا رمى بالذهب أو الفضة[٤]؛ لأنه يسمى نثارًا لا رميًا. قال[٥]: ثم يذبح إن أحب، ثم يحلق أو يقصر؛ لما روى عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال: «إن أول نُسكنا فى يومنا هذا أن نرمىَ ثم نذبح ثم نحلق»[٦]*، ولأن الحلق من أسباب التحلل، وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر[٧]، فيقدم الرمى عليهما، ثم الحلق من محظورات الإحرام، فيقدّم عليه الذبح، وإنما علق[٨] الذبح بالمحبة؛ لأن الدم الذى يأتى به المفرد تطوع، والكلام فى المفرد[٩]. والحلق أفضل[١٠]؛ لقوله عليه الصلاة والسّلام: «رحم الله المحلّقين» الحديث[١١] ظاهر[١٢]

(١) سواءً كان مدرًا أو طينًا يابسًا. (ب)

(٢) قوله: "عندنا" فإن قلت: يشكل على هذا الرمى بالفيروزج والياقوت، فإنهما من أجزاء الأرض حتى يجوز التيمم بهما، ومع ذلك لا يجوز الرمى. قلت: الرمى يجوز بكل ما كان من أجزاء الأرض بشرط وجود استهانة، ولا يقع الاستهانة بالرمى بهما. (ن)

(٣) فإن عنده لا يجوز إلا بالحجر. (ب)

(٤) قوله: "بخلاف ما إذا رمى إلخ" جواب عن سؤال من جانب الشافعى تقريره أنه لو تم ما ذكرتم فى تجويز الطين، لجاز الرمى بالذهب والفضة، بل وبما ليس من جنس الأرض كاللؤلؤ والمرجان، فأجاب بأن الرمى بالذهب والفضة يسمى نثرا لا رميا، فلم يجز لانتفاء مسمى الرمى. (ف)

(٥) أى القدورى. (ب)

(٦) قوله: "إن أول نسكنا إلخ" غريب، وأخرج الجماعة إلا ابن ماجة عن أنس: "أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أتى منى، وأتى الجمرة ورماها، ثم أتى منزله بمنى فنحر، ثم قال للحلاق: «خذ» وأشار إلى جانبه الأيمن، ثم الأيسر، ثم جعل يعطيه الناس". (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٤٦٤ ص٢٦. (نعيم)

(٧) على ما يجىء فى باب الإحصار.

(٨) أى القدورى بقوله: إن أحب. (ب)

(٩) فى هذا الباب.

(١٠) ومن لم يكن على رأسه شعر، فعليه أن يمر الموسى على رأسه. (ن)

(١١) قوله: "ثلاثا الحديث [كرر]" عن ابن عمر: قال رسول الله: «رحم الله المحلقين» قالوا: والمقصرين

بالترحم عليهم *، ولأن الحلق أكمل في قضاء التفث[٢]، وهو المقصود، وفي التقصير بعض التقصير[٣]، فأشبه الاغتسال مع الوضوء، ويكتفي في الحلق بربع الرأس؛ اعتبارًا بالمسح[٤]، وحلق الكل أولى اقتداءً برسول الله عليه الصلاة والسلام[٥]**، والتقصير أن يأخذ من رؤوس شعره مقدار الأنملة[٦].

قال: وقد حلّ له كل شيء إلا النساء، وقال مالك: وإلا الطيب أيضًا؛ لأنه من دواعي الجماع[٧]، ولنا قوله عليه الصلاة والسّلام فيه: «حلّ له كل شيء إلا النساء»[٨]***، وهومقدم على القياس[٩]، ولا يحل له الجماع

يا رسول الله! فلما كانت الرابعة، قال: «والمقصرين». (عيني)

(١٢) اللفظ وإن كان من باب المفاعلة، لكن ليس المراد به الفعل من الطرفين.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٤٦٥ ص٢٦. (نعيم)

(٢) بفتحتين پاک کردن بدن از چرک. (م)

(٣) قوله: "وفي التقصير بعض التقصير" أي في تقصير شعر رأسه بعض التقصير في إقامة السنة.

(٤) في الوضوء.

(٥) رواه الجماعة إلا ابن ماجة. (ب)

** رواه أنس بن مالك، راجع نصب الراية ج٣ ص٨٠، والدراية ج٢، الحديث ٤٦٦ ص٢٦. (نعيم)

(٦) هذا التقدير مروى عن عُمَرَ، وعليه إجماع الأمة، والرجل والمرأة في ذلك سواء. (ب)

(٧) قوله: "من دواعي الجماع" كالمس والقبلة، ولهذا حرم الطيب على المعتدة، وروى عن عمر أنه قال: "لا يحل الطيب". (ب)

(٨) أخرجه الطحاوي. (ب)

*** من حديث عائشة رضي الله عنها، راجع نصب الراية ج٣ ص٨٠، والدراية ج٢، الحديث ٤٦٧ ص٢٦. (نعيم)

(٩) قوله: "وهو مقدم على القياس" يفيد أن ما يستدل به مالك قياس وإن لم يذكر أصله، وحاصله أن الطيب من دواعي المحرم وهو الجماع، فيحرم قياسًا على المس بشهوة في الاعتكاف.

فأجاب بأنه في معارضة النص، لكن قد استدل مالك بحديث رواه الحاكم في "المستدرك" عن عبد الله ابن الزبير قال: "من سنة الحج أن يرمي الجمرة الكبرى حل له كل شيء حرم عليه إلا النساء والطيب حتى يزور البيت"، وقال: على شرطهما، وقول الصحابي من السنة، كذا حكمه الرفع.

ولنا ما أخرجه النسائي وابن ماجة عن ابن عباس قال: "إذا رميتم الجمرة فقد حل لكم كل شيء إلا النساء، فقال رجل: والطيب، فقال: أما أنا فرأيت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يضمخ رأسه بالمسك، أفطيب هو أم لا؟". وفي "الصحيحين": عن عائشة قالت: "طيبت رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم،

فيما دون الفرج عندنا، خلافًا للشافعي؛ لأنه قضاء الشهوة بالنساء، فيؤخَّر إلى تمام الإحلال[١]. ثم الرمي ليس من أسباب التحلل[٢] عندنا، خلافًا للشافعي هو يقول: إنه يتوقت بيوم النحر كالحلق، فيكون[٣] بمنزلته في التحليل. ولنا أن ما يكون محلّلا يكون جناية في غير أوانه[٤] كالحلق، والرمي ليس بجناية[٥]، بخلاف الطواف[٦]؛ لأن التحلل بالحلق السابق لا به. قال[٧]: ثم يأتي من يومه[٨]، أو من الغد[٩]، أو من بعد الغد[١٠]، فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة أشواط؛ لما[١١] روى أن النبي عليه الصلاة والسّلام لما حلق أفاض إلى مكة، فطاف بالبيت، ثم عاد إلى منى، وصلى الظهر بمنى *.

ويوم النحر قبل أن يطوف"، وأما ما في الكتاب؛ فأخرجه ابن أبي شيبة. (ف)

(١) وهو بعد الطواف. (ب)

(٢) أي قبل الحلق. (ب)

(٣) لأن كل ما يتوقت بيوم النحر يكون محللا.

(٤) قوله: "يكون جناية في غير أوانه" فإن قلت: يشكل هذا بدم الإحصار، فإنه للتحلل، وهو ليس بمحظور في الإحرام قلت: الأصل في ما شرع محللا هو ما ذكر في الكتاب، وأما دم الإحصار، فهو ليس بأصل في التحلل، وإنما صير إليه لضرورة المنع. (ن)

(٥) قوله: "والرمي ليس بجناية" يعني أن الحلق محلل بالإجماع، ولا يلحق به غيره إلا إذا كان مثله من كل وجه، ولِلْحَلْقِ حقيقتان كونه موقتا بيوم النحر، وكونه جناية في غير أوانه، والرمي وإن كان مثله في كونه موقتا، فهو يغاير في كونه جناية. (د)

(٦) قوله: "بخلاف الطواف" دفع سؤال مقدر، تقريره أن الطواف محلل في حق النساء مع أنه ليس بمحظور في الإحرام. فأجاب بأن التحلل في حق النساء إنما دفع بالحلق السابق، لا بالطواف، إلا أن الحلق قد يراعى بعض حكمه؛ كي يكون الطواف مؤديا في الإحرام. (ب)

(٧) أي القدوري. (ب)

(٨) يوم النحر.

(٩) اليوم الحادي عشر.

(١٠) وهو اليوم الثاني عشر.

(١١) قوله: "لما روى [أخرجه مسلم] إلخ" هذا دليل تخصيص يوم النحر بالطواف، لا أنه يفيد ما ذكره، فكان الأحسن أن يقدم عليه قوله: أولها أفضلها ليكون دليل السنة. (ف)

* رواه ابن عمر، راجع نصب الراية ج٣ ص٨٢، والدراية ج٢، الحديث ٤٦٨ ص٢٧. (نعيم)

ووقته أيام النحر[١] ؛ لأن الله تعالى[٢] عطف الطواف على الذبح، قال: ﴿فكلوا منها﴾، ثم قال: ﴿وليطّوّفوا بالبيت العتيق﴾، فكان وقتهما واحدا، وأوّل وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر؛ لأن ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة، والطواف مرتّب عليه[٣]، وأفضل هذه الأيام أولها، كما في التضحية[٤]، وفي الحديث: «أفضلها أولها»[٥].

فإن كان قد سعى بين الصفا والمروة عقيبَ طواف القدوم لم يرمُل في هذا الطواف[٦]، ولا سعي عليه، وإن كان لم يقدم السعي رَمَل في هذا الطواف، وسعى بعده؛ لأن السعي لم يشرع إلا مرة، والرمل ما شرع إلا مرة في طوافٍ بعده سعي، ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف؛ لأن ختم كل طواف بركعتين، فرضا كان الطواف أو نفلا؛ لما بينا[٧].

قال[٨]: وقد حلّ له النساء، ولكن بالحلق السابق؛ إذ هو المحلّل، لا بالطواف إلا أنه أخّر[٩] عمله في حقّ النساء.

قال[١٠]: وهذا الطواف هو المفروض في الحج، وهو ركن فيه؛ إذ هو

---

(١) وهي ثلاثة أيام: العاشر والحادي عشر والثاني عشر. (ب)

(٢) قوله: "لأن الله تعالى إلخ" بيانه أنه تعالى قال: ﴿وأذّن في الناس يأتوك رجالا وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام﴾ أي يذكروا اسم الله على الذبح، ثم عطف عليه قوله: ﴿فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق﴾، فكان الأمر بالطواف مقيدا بأيام النحر؛ لأن المعطوف في حكم المعطوف عليه، ولا يجوز تقديم الطواف على أيام النحر بالإجماع. (إله داد)

(٣) يعني أن يكون بعده. (د)

(٤) فإن التضحية في يوم النحر أفضل. (ب)

(٥) هذا لم يثبت، فالأولى أن يقول بالإجماع. (عيني)

(٦) أي طواف الزيارة.

(٧) في طواف القدوم من الحديث.

(٨) أي القدوري.

(٩) الشأن.

(١٠) أي القدوري. (ب)

المأمور به في قوله تعالى: ﴿وليطّوفوا بالبيت العتيق﴾، ويسمى طواف الإفاضة، وطواف يوم النحر.

ويكره[١] تأخيره عن هذه الأيام؛ لما بينا أنه موقت بها، وإن أخره عنها لزمه دم عند أبي حنيفة، وسنبينه في باب الجنايات إن شاء الله تعالى.

قال[٢]: ثم يعود إلى منى فيقيم بها؛ لأن النبي عليه الصلاة والسّلام رجع إليها، كما روينا[٣]*، ولأنه بقي عليه الرمي، وموضعه بمنى، فإذا زالت الشمس[٤] من اليوم الثاني من أيام النحر، رمى الجمار الثلاث، فيبدأ[٥] بالتي تلي مسجد الخيف[٦]، فيرميها بسبع حصيات، يكبر مع كل حصاة، ويقف عندها، ثم يرمي التي تليها مثل ذلك، ويقف عندها، ثم يرمي جمرة العقبة كذلك، ولا يقف عندها، هكذا روى جابر[٧] فيما نقَل من نسك رسول الله عليه الصلاة والسلام مفسراً.

ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس[٨]، ويحمد الله

---

(١) أراد بالكراهة الحرمة. (إله داد)

(٢) أي القدوري. (ب)

(٣) قوله: "كما روينا" من قوله: «إن النبي عليه الصلاة والسلام لما حلق أفاض إلى مكة» الحديث.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٨٣، والدراية ج٢، الحديث ٤٦٩ ص٢٧. (نعيم)

(٤) قوله: "فإذا زالت الشمس" أفاد أن وقت الرمي في اليوم الثاني لا يدخل إلا بعد الزوال، وكذا في الثالث. (ف)

(٥) قوله: "فيبدأ إلخ" هل هذا الترتيب متعين أم هو أولى؟ اختلف فيه الفقهاء، والذي يقوى عندي استنان الترتيب لا تعيينه، بخلاف تعيين الأيام للرمي، والفرق لا يخفى. (ف)

(٦) بمنى.

(٧) قوله: "هكذا روى جابر إلخ" الذي نسبه إلى جابر غريب، والذي روى عن جابر في حديثه الطويل أنه عليه الصلاة والسلام رمى جمرة العقبة لا غير. وروى أبو داود عن عائشة قالت: أفاض رسول الله من آخر يومه حين صلى الظهر، ثم رجع إلى منى، فمكث بها ليالي أيام التشريق يرمي الجمرة إذا زالت الشمس، كل جمرة بسبع حصيات يكبّر مع كل حصاة، ويقف عند الأولى والثانية، فيطيل القيام ويتضرع، ويرمي الثالثة، ولا يقف عندها، قال المنذري: هذا حديث حسن، ورواه ابن حبان والحاكم. (ب)

(٨) وهو أعلى الوادي. (ن)

ويثني عليه ويهلّل، ويكبر ويصلى على النبى عليه الصلاة والسلام، ويدعو لحاجته، ويرفع يديه[١]؛ لقوله عليه السلام: «لا ترفع الأيدى[٢] إلا فى سبعة مواطن»، وذكر من جملتها عند الجمرتين.

والمراد رفع الأيدى بالدعاء، وينبغى أن يستغفر للمؤمنين فى دعاءه فى هذه المواقف؛ لقول النبى عليه الصلاة والسّلام قال: «اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج»[٣]*، ثم الأصل أن كل رمي بعده رمى يقفُ بعده؛ لأنه فى وسط العبادة[٤]، فيأتى بالدعاء فيه، وكل رمى ليس بعده رمى لا يقف؛ لأن العبادة قد انتهت، ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر أيضًا. قال[٥]: فإذا كان من الغد[٦] رمى الجمار الثلاثَ بعد زوال الشمس كذلك، وإن أراد يتعجل النفر، نفر إلى مكة، وإن أراد أن يقيم رمى الجمار الثلاث فى اليوم الرابع بعد زوال الشمس؛ لقوله تعالى: ﴿فمن تعجل فى يومين[٧] فلا إثم عليه ومن تأخّر فلا إثم عليه لمن اتقى﴾.

والأفضل أن يقيم[٨] لما روى[٩] أن النبى عليه الصلاة والسلام صبر

---

(١) حذو منكبيه. (ب)

(٢) قوله: "لا ترفع الأيدى إلخ" تقدم الحديث فى باب صفة الصلاة، ولفظ الحديث فى "شرح الآثار" بإثبات الفعل بدون الاستثناء، لكن الفقهاء يذكرونه بحرف الاستثناء، فإن صح فهو أبلغ. (ب)

(٣) أخرجه الحاكم. (ب)

* رواه أبو هريرة، راجع نصب الراية ج٣ ص٨٤، والدراية ج٢، الحديث ٤٧٠ ص٢٨. (نعيم)

(٤) قوله: "لأنه فى وسط العبادة" فإن قلت: الأصل أن الدعاء بعد العبادة، كما فى الصلاة، قلت: بل الأصل أن يكون الدعاء مقترنة بالعبادة، وإنما أخرت فى الصلاة لعدم التكلم فيها. (عينى)

(٥) أى القدورى. (ب)

(٦) وهو اليوم الثالث من أيام النحر، وهو الملقب بالنفر الأول. (ف)

(٧) قوله: "فمن تعجل فى يومين إلخ" المراد بهما الحادى عشر والثانى عشر من ذى الحجة، يعنى من نفر بعد رمى الجمار الثلاث فى اليوم الثانى من أيام التشريق، فلا إثم عليه، وهو النفر الأول، ومن تأخر فلا إثم عليه.

قال الزمخشرى: قيل: إن أهل الجاهلية كانوا فريقين: منهم من جعل التعجيل إثمًا، ومنهم من جعل التأخير إثمًا، فورد القرآن بنفى الإثم عنهما. (عينى)

(٨) بمنى.

حتى رمى الجمار الثلاث فى اليوم الرابع *، وله أن يَنْفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع، فإذا طلع الفجر لم يكن له أن ينفر ؛ لدخول وقت الرمى، وفيه خلاف الشافعى[٢]، وإن قدم الرمى فى هذا اليوم يعنى اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر، جاز عند أبى حنيفة، وهذا استحسان.

وقالا[٣]: لا يجوز اعتباراً بسائر الأيام، وإنما التفاوت فى رخصة النفر، فإذا لم يترخّص التحق بها، ومذهبه مروى عن ابن عباس[٤]، ولأنه لما ظهر أثر التخفيف فى هذا اليوم فى حق الترك، فلأن يظهر فى جوازه فى الأوقات كلها أولى، بخلاف اليوم الأول والثانى[٥]؛ حيث لا يجوز الرمى فيهما إلا بعد الزوال فى المشهور[٦] من الرواية؛ لأنه لا يجوز تركه فيهما، فبقى على الأصل المروى[٧].

فأما يوم النحر، فأول وقت الرمى فيه من وقت طلوع الفجر[٨]، وقال

---

(٩) رواه أبو داود. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٨٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٧١ص٢٨. (نعيم)

(٢) قوله: "وفيه خلاف الشافعى" فإن عنده إذا غربت الشمس من اليوم الثالث ليس له أن ينفر حتى يرمى، قال: لأن المنصوص عليه الخيار فى اليوم، وإنما يمتد اليوم إلى الغروب، وقلنا: ليس الليل وقتاً لرمى اليوم الرابع، فيكون الخيار باقياً فيه. (ف)

(٣) وبه قال الشافعى وأحمد. (ب)

(٤) رواه البيهقى. (ف)

(٥) جواب عن قياسهما.

(٦) قوله: "فى المشهور" احترازاً عن ما ذكره الحاكم أنه كان أبو حنيفة يقول: الأفضل أن يرمى فى اليوم الثانى والثالث بعد الزوال، فإن رمى قبله جاز. (ب)

(٧) أراد بالمروى ما روى عن جابر قبل هذا. (ب)

(٨) قوله: "من وقت طلوع الفجر" قال فى "النهاية": نقلا عن "مبسوط شيخ الإسلام": إن ما بعد طلوع الفجر من يوم النحر وقت الجواز مع الإساءة، وما بعد طلوع الشمس إلى الزوال وقت مسنون، وما بعد الزوال إلى الغروب وقت للجواز بلا إساءة، والليل وقت الجواز مع الإساءة، انتهى.

ولا بد أن يكون محمل ثبوت الإساءة عدم العذر، حتى لا يكون رمى الضعفة قبل الشمس، ورمى الرعاء ليلا يلزمهم الإساءة. (ف)

الشافعي[١]: أوله بعد نصف الليل؛ لما روى «أن النبي ﷺ رخّص للرعاء[٢] أن يرموا ليلا»[٣] *. ولنا قوله عليه السّلام: «لا ترموا جمرة العقبة إلا مصبحين»**، ويُروى[٤]: «حتى تطلع الشمس»، فيثبت أصل الوقت بالأول، والأفضلية بالثاني. وتأويل[٥] ما روى الليلة الثانية والثالثة[٦]، ولأن ليلة النحر وقت الوقوف[٧]، والرمي يترتب عليه، فيكون وقته بعده ضرورةً، ثم عند أبي حنيفة يمتدّ هذا الوقت إلى غروب الشمس؛ لقوله عليه السّلام[٨]: «إن أول نسكنا في هذا اليوم الرمي» جعل اليوم[٩] وقتًا له، وذهابه بغروب الشمس، وعن أبي يوسف أنه يمتد إلى وقت الزوال[١٠]، والحجة عليه ما روينا[١١].

---

(١) وبه قال أحمد وعطاء. (ب)

(٢) بكسر الراء والمد جمع راع: الغنم، وقد يجمع على رعاة بالضم كقضاة. (ب)

(٣) رواه ابن أبي شيبة والدارقطني والبزار. (ف)

* رواه ابن عمر، راجع نصب الراية ج٣ ص٨٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٧٢ص٢٨. (نعيم)

** أخرجه الطحاوي من حديث ابن عباس راجع نصب الراية ج٣ ص٨٦، والدراية ج٢، الحديث ٤٧٣ ص٢٩. (نعيم)

(٤) قوله: "ويروى إلخ" روى البزار من حديث الفضل بن العباس أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أمر ضعفة بني هاشم أن يرتحلوا من جمع بليل، ويقول: «لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس».
وروى الطحاوي عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ كان يأمر نساءه وثقله صبيحة جمع أن يفيضوا مع أول الفجر بسواد ولا يرموا الجمرة إلا مصبحين»، فأثبتنا الفضيلة بالأول، والجواز بهذا الحديث. (ف)

(٥) قوله: "وتأويل [هذا جواب عن الحديث الذي رواه الشافعي. ب] إلخ" إنما حملنا على ذلك توفيقا بين الحديثين، ولئن سلمنا أن المراد منه ليلة العيد، فنقول: لا حجة للخصم عليها؛ لأنه ثبت رخصة للرعاء والضعفاء، فلا يعدوهم؛ لأن ثبوت الرمي بخلاف الرمي. (ب)

(٦) قوله: "الليلة الثانية والثالثة" لما عرف أن وقت رمي كل يوم إذا دخل من النهار، امتد إلى آخر الليل الذي يتلوه، فالليالي في الرمي تابعة للأيام السابقة، لا اللاحقة. (ف)

(٧) بمزدلفة.

(٨) تقدم عليه الكلام في ذكر الحلق. (ب)

(٩) وهو يطلق إلى الغروب.

(١٠) لأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم رمى قبل الزوال. (ب)

(١١) من قوله: «إن أول نسكنا» الحديث.

وإن أخر إلى الليل رماه[١]، ولا شيء عليه؛ لحديث الرعاء[٢]، وإن أخره إلى الغد رماه؛ لأنه وقت جنس الرمي، وعليه دم عند أبي حنيفة لتأخيره عن وقته، كما هو مذهبه[٣]. قال: فإن رماه راكبا أجزأه؛ لحصول فعل الرمي، وكل رمي بعده رمي، فالأفضل أن يرميه ماشيا، وإلا[٤] فيرميه راكبا؛ لأن الأول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا، فيرميه ماشيًا ليكون أقرب إلى التضرع، وبيان الأفضل مروى عن أبي يوسف[٥].

ويكره أن لا يبيت بمنى ليالي الرمي؛ لأن النبي عليه السّلام[٦] بات بمنى[٧]*، وعمر كان يؤدّب[٨] على ترك المقام بها، ولو بات في غيرها متعمّدًا، لا يلزمه شيء عندنا، خلافًا للشافعي؛ لأنه[٩] وجب[١٠] ليسهل عليه الرمي في أيامه، فلم يكن من أفعال الحج، فتركه لا يوجب الجابر.

---

(١) أي في الليل.

(٢) الذي مر سابقًا.

(٣) من أن تأخير النسك عن وقته يوجب الدم. (ب)

(٤) أي إن لم يكن بعده رمي كرمي جمرة العقبة.

(٥) قوله: "مروى عن أبي يوسف" حكي عن إبراهيم بن الجراح قال: دخلت على أبي يوسف في مرضه الذي مات فيه، ففتح عينيه، وقال: الرمي راكبًا أفضل أم ماشيا؟ فقلت: راكبًا، قال: أخطأت، فقلت: ماشيًا، قال: أخطأت، ثم قال: كل رمي بعده رمي، فهو ماشيًا أفضل، وما ليس بعده وقوف ورمي، فالركوب أفضل، فقمت من عنده، فلما انتهيت إلى باب الدار، سمعت صراخ موته، فتعجبت من حرصه على العلم، كذا في "الشرح".
فإن قلت: ما وجه اشتغاله بهذه المسألة، قلت: شرع الرمي في الأصل؛ لدفع الشيطان، وأبو يوسف كان محتضراً في ذلك الوقت، فلذا ذكره هذه المسألة، فاعرف. فهذا ما سمح به خاطري بفضل الله تعالى. (د)

(٦) روى ذلك عن عائشة. (ب)

(٧) رواه أبو داود. (زيلعي)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٨٧، والدراية ج٢، الحديث ٤٧٤ ص٢٩. (نعيم)

(٨) قوله: "كان يؤدّب إلخ" غريب، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن ابن عمر أن عمر كان ينهى أن يثبت من وراء العقبة، وكان يأمرهم أن يدخلوا بمنى. (ب)

(٩) أي القيام بمنى في الليالي.

(١٠) قوله: "لأنه وجب" أي ثبت لأنه سنة عندنا، كما يفيده لفظ "الكافي"، وتبعه صاحب "النهاية". (ف)

قال: ويكره أن يقدّم الرجل ثقَلَه[١] إلى مكة، ويقيم حتى يرمى؛ لما روى أن عمر كان يمنع منه[٢]، ويؤدب عليه، ولأنه يوجب شغل قلبه، وإذا نفر[٣] إلى مكة نزل بالمحصّب[٤]، وهو الأبطح[٥]، وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله ﷺ[٦]*، وكان نزوله قصداً هو الأصح[٧]، حتى يكون النزول به سنة على ما روى[٨] أنه ﷺ قال لأصحابه: «إنّا نازلون غدا بالخيف خيف[٩] بنى كنانة حيث تقاسم[١٠] المشركون فيه على شركهم»** يشير[١١] إلى عهدهم على هجران[١٢] بنى هاشم، فعرفنا أنه نزل به إراءةً[١٣] للمشركين لطيف صنع الله تعالى به[١٤]، فصار سنة

---

(١) بفتح القاف وفتح الثاء المثلثة، وهو متاع المسافر وحشمه. (ب)

(٢) قوله: "كان يمنع منه" الله أعلم بهذا الحديث، وأخرج ابن أبي شيبة عن عمر أنه قال: من قدم ثقله من منى ليلة النفر، فلا حج له. (ف)

(٣) أى رجع.

(٤) قوله: "بالمحصّب" اسم مفعول من التحصيب، وهو اسم موضع ذى حصى بين مكة ومنى. (ب)

(٥) قوله: "وهو الأبطح" قال فى الإمام: هوموضع بين مكةومنى، هذا لاتحريرفيه، وقال غيره: هوفناء مكة بين الجبلين المتصلين بالمقابر إلى الجبال المقابلة لذلك مصعدا فى الشق الأيسر وأنت ذاهب إلى منى مرتفعاً من بطن الوادى، فليست المقبرة من المحصب، ويصلى فيه الظهر، والعصر، والمغرب، والعشاء، ويهجع هجعة، ثم يدخل مكة. (ف)

(٦) أخرجه مسلم. (ب)

* أخرجه البخاري من حديث أنس، راجع نصب الراية ج٣ ص٨٨، والدراية ج ٢، الحديث ٤٧٥ ص٢٩. (نعيم)

(٧) قوله: "هو الأصح" يحترز به عن قول من قال: لم يكن قصداً فلا يكون سنة؛ لما أخرج البخارى عن ابن عباس قال: ليس المحصب بشيء إنما هو منزل نزل رسول الله ﷺ. (ف)

(٨) أخرجه الجماعة عن أسامة بن زيد. (زيلعى)

(٩) قوله: "خيف" المحصب، الحصبة بالفتح وسكون الصاد، والأبطح البطحاء وخيف بنى كنانة اسم لموضع واحد، وأصل الخيف، كل ما انحدر عن الجبل، وارتفع عن الميل، كذا فى "شرح صحيح مسلم" للنووى وغيره.

(١٠) قسم خوردند.

** أخرجه الجماعة عن أسامة بن زيد، راجع نصب الراية ج٣ ص٨٩، والدراية ج٢، الحديث ٤٧٦ ص٣٠. (نعيم)

(١١) أى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم.

(١٢) بالكسر از كسے جدائى كردن. (م)

(١٣) مفعول له للنزول.

كالرمل[١] فى الطواف.

قال[٢]: ثم دخل مكة، وطاف بالبيت سبعة أشواطٍ لا يرمل فيها، وهذا طواف الصدر[٣]، ويسمى طواف الوداع[٤]، وطواف آخر عهده بالبيت؛ لأنه يودع البيت[٥] ويصدر به[٦]. وهو واجب عندنا[٧]، خلافًا للشافعي[٨]؛ لقوله ﷺ: «من حج هذا البيت فليكن[٩] آخر عهده بالبيت الطواف[١٠]، ورخّص للنساء الحيّض[١١] تركه»*، قال: إلا على أهل مكة[١٢]؛ لأنهم لا يصدرون ولا يودعون، ولا رمل فيه؛ لما بينا[١٣]

(١٤) حيث فتح له مكة. (ب)

(١) حيث كان لإظهار الجلد على المشركين.

(٢) أى القدوري. (ب)

(٣) هو بفتحتين بمعنى الرجوع. (ب)

(٤) قوله: "طواف الوداع" بفتح الواو اسم للتوديع كالسلام اسم للتسليم، والكلام اسم للتكليم، والصلاة اسم للتصلية.

(٥) قوله: "لأنه يودع البيت" ولهذا كان الأفضل أن يجعله آخر طوافه، وفى "الكافى" للحاكم: لا بأس بأن يقيم بعد ذلك ما شاء، وعن أبى يوسف والحسن: إذا اشتغل بعده بعمل بمكة يعيده. (ف)

(٦) أى بهذا الطواف، وفى بعض النسخ عنه أى عن البيت، والباء أجود. (ب)

(٧) وبه قال أحمد. (ب)

(٨) قوله: "خلافًا للشافعى" [وبه قال مالك. ب] فإن طواف الصدر عنده سنة كطواف القدوم، ألا ترى أن كل واحد منهما يأتى به الآفاقى دون المكى، وما يكون من واجبات الحج، فالآفاقى والمكى فيه سواء.
ولنا فى ذلك الحديث المتضمن للأمر، وهو للوجوب، وتخصيص الحائض برخصة الترك أيضًا دليل عليه، وإنما يجب على من يودع البيت. (نهاية)

(٩) هذا أمر وكل أمر للوجوب ما لم يصرف قرينة.

(١٠) رواه البخارى ومسلم. (ب)

(١١) جمع حائض.

* رواه ابن عباس، راجع نصب الراية ج٣ ص٨٩، والدراية ج٢، الحديث ٤٧٧ص٢٩. (نعيم)

(١٢) قوله: "إلا [استثناء من قوله: وهو واجب. ب] على أهل مكة" أى ليس عليهم، وكذا على من وراء الميقات طواف الوداع، ولذلك من اتخذ دارًا بمكة، ثم بدا له أن يخرج لا يجب عليه، وكذا على فائت الحج؛ لأن العود مستحق عليه، وذكر فى "التحفة" أنه ليس من المعتمرين من أهل الآفاق طواف الصدر. (نهاية)

(١٣) إشارة إلى قوله: والرمل ما شرع إلا مرة. (ب)

أنه شرع مرة واحدة، ويصلى ركعتى الطواف بعده؛ لما قدمنا(١).

ثم يأتى زمزم ويشرب من ماءها؛ لما روى(٢) «أن النبى عليه السلام استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم أفْرَغ باقي الدلو في البئر»*، ويستحب أن يأتي الباب(٣)، ويقبل العَتَبَة. ثم يأتي الملتزم وهو ما بين الحجر(٤) إلى الباب، فيضع صدره ووجهه عليه، ويَتَشَبَّث(٥) بالأستار ساعةً، ثم يعود إلى أهله، هكذا روى(٦) أن النبى عليه السّلام فعل بالملتزم ذلك**.

قالوا(٧): وينبغي أن ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهُه إلى البيت متباكيًا متحسرًا على فراق البيت، حتى يخرج من المسجد، فهذا بيان تمام الحج.

فصل(٨)

فإن لم يدخل المحرم مكة، وتوجه إلى عرفات، ووقف فيها على ما بينا(٩)، سقط عنه طواف القدوم؛ لأنه شرع فى ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الأفعال، فلا يكون الإتيان به على غير ذلك الوجه سنة، ولا شيء عليه بتركه؛ لأنه سنة(١٠)، وبترك السنة لا يجب الجابر.

---

(١) أوائل الباب من الحديث.

(٢) رواه الطبراني وأحمد وابن سعد. (ب)

* أخرجه ابن سعد عن عطاء، راجع نصب الراية ج٣ ص٩٠، والدراية ج٢، الحديث ٤٧٨ ص٣٠. (نعيم)

(٣) أى باب الكعبة.

(٤) الأسود.

(٥) أى يتعلق بستر الكعبة.

(٦) أخرجه أبو داود. (ب)

** رواه عمرو بن شعيب عن أبيه، راجع نصب الراية ج٣ ص٩١، والدراية ج٢، الحديث ٤٧٩ ص٣٠. (نعيم)

(٧) أى مشايخنا.

(٨) قوله: "فصل" لما ذكر أفعال الحج على الترتيب وأتمها، ألحقها مسائل شتّى من أفعاله بفصل على حدة. (نهاية)

(٩) أى من أحكام الوقوف بعرفة. (ف)

(١٠) وعند مالك واجب. (ب)

ومن أدرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها إلى طلوع الفجر من يوم النحر، فقد أدرك الحج، فأول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا؛ لما روى[١] أن النبى عليه السّلام وقف بعد الزوال*، وهذا بيان أول الوقت[٢]، وقال عليه السّلام: «من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج»[٣]**، وهذا بيان آخر الوقت، ومالك إن كان يقول[٤]: إن أول وقته بعد طلوع الفجر، أو بعد طلوع الشمس، فهو محجوج عليه بما روينا[٥].

ثم إذا وقف بعد الزوال، وأفاض من ساعته أجزأه عندنا؛ لأنه ﷺ ذكره بكلمة[٦] "أو"، فإنه قال: «الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه»، وهى[٧] كلمة التخيير.

وقال مالك: لا يجزئه[٨] إلا أن يقف فى اليوم، وجزء من الليل، ولكن الحجة عليه ما رويناه[٩].

(١) هذا فى حديث جابر الطويل.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٩١، والدراية ج٢، الحديث ٤٨٠ ص٣١. (نعيم)

(٢) لأن الكتاب مجمل، فيلتحق به هذا الفعل بيانًا. (ب)

(٣) رواه الأربعة مقتصراً على الجملة الأولى، ورواه الدارقطنى بتمامه. (ف)

** رواه عبد الرحمن بن يعمر، راجع نصب الراية ج٣ ص٩٢، والدراية ج٢، الحديث ٤٨١ ص٣١. (نعيم)

(٤) قوله: "ومالك إن [وصلية] كان يقول إلخ" نقل هذا غير صحيح، فإن مذهبه مثل مذهبنا، ولأجل هذا ذكره بالوصلية. (بناية)

(٥) المذكور آنفًا.

(٦) رواه الطحاوى. (ب)

(٧) لأن كلا من اليوم والليلة غير شرط. (ب)

(٨) هذا سهو، فإن المعتبر عنده الليل فقط. (ب)

(٩) من قوله عليه السلام والسلام: «الحج عرفة».

ومن اجتاز[١] بعرفة نائمًا أو مغمًى عليه، أو لا يعلم أنها عرفات[٢] جاز عن الوقوف؛ لأن ما هو الركن قد وجد، وهو الوقوف، ولا يمتنع ذلك بالإغماء والنوم[٣]، كركن الصوم بخلاف الصلاة؛ لأنها لا تبقى مع الإغماء، والجهل يخل بالنية[٤]، وهي ليست بشرط لكل ركن، ومن أغمى عليه، فأهل[٥] عنه رفقاءه[٦] جاز عند أبي حنيفة، وقالا[٧]: لا يجوز.

ولو أمر إنسانا بأن يحرم عنه إذا أُغمي عليه، أو نام، فأحرم المأمورُ عنه صح بالإجماع[٨]، حتى إذا أفاق، أو استيقظ، وأتى بأفعال الحج جاز؛ لهما أنه لم يحرم بنفسه، ولا أذن لغيره به[٩]، وهذا[١٠] لأنه لم يصرح بالإذن، والدلالة تقف على العلم، وجواز الإذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء، فكيف يعرفه العوام، بخلاف[١١] ما إذا أمر غيره بذلك صريحًا.

---

(١) أي تجاوز.

(٢) وكذا لو كان مجنونًا أو سكران. (ب)

(٣) فإنه لو نوى ثم نام تمام اليوم يجزئه. (ب)

(٤) قوله: "والجهل يخل بالنية إلخ" جواب عن سؤال مقدر، وهو أن يقال: ينبغي أن لا يجوز الوقوف بعرفات إذا اجتاز بها، وهو لا يعلم لعدم النية.
فأجاب، بأن الجهل يخل بالنية، وهي ليست بشرط في كل ركن، فلأجل هذا جاز الوقوف، وإن كان جاهلا بالموضع، فإن قلت: يشكل على هذا ماإذا طاف حول غريمه أو خائفا من سبع، ولاينوى الطواف لا يجزئه. قلت: الوقوف ركن عبادة، وليس بعبادة مقصودة، ولهذا لايتنفل فيه، بخلاف الطواف، فإنه عبادة تامة مقصودة. (ب)

(٥) أي أحرم.

(٦) الرفيق قيد عند بعض وغير قيد عند آخرين. (ف)

(٧) وهو قول عامة الفقهاء. (ب)

(٨) قوله: "بالإجماع" أراد إجماع أصحابنا، فإن مالكًا والشافعي وأحمد لا يجوزونه، وقال النووي: لا يجوز عند أبي يوسف ومحمد، سواء أذن أو لم يأذن، وهذا النقل غلط. (ب)

(٩) أي بالإحرام.

(١٠) الذي ذكرنا من أنه لم يحرم بنفسه ولا أذن.

(١١) فإنه وجد فيه الإذن.

وله أنه[١] لما عاقدهم عقد الرُفقة، فقد استعان بكل واحد منهم[٢] فيما يعجز عن مباشرته بنفسه، والإحرام هو المقصود بهذا السفر، فكان الإذن به ثابتا دلالةً، والعلم ثابت نظرا إلى الدليل والحكم يدار عليه.

قال: والمرأة في جميع ذلك كالرجل؛ لأنها مخاطبة كالرجال[٣]، غير أنها لا تكشف رأسها؛ لأنه عورة، وتكشف وجهها؛ لقوله عليه السّلام[٤]: «إحرام المرأة في وجهها»*، ولو سدلت شيئًا[٥] على وجهها، وجافته عنه جاز هكذا روى عن عائشة[٦]**، ولأنه بمنزلة الاستظلال[٧] بالمحمل. ولا ترفع صوتها بالتلبية؛ لما فيه من الفتنة[٨]، ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين؛ لأنه مخلّ بستر العورة، ولا تحلق، ولكن تقصر[٩] لما روى أن النبى عليه السّلام نهى النساء عن الحلق، وأمرهن

(١) أى الرجل لما عاقد الرفقاء عقد المرافقة.

(٢) قوله: "فقد استعان بكل واحد منهم [كما فى حفظ الأمتعة. ف]" فالرفقاء يحرمون عنه بطريق النيابة، وهم محرمون لأنفسهم أيضًا، فصاروا محرمين عن نفسه أصالة، ومحرمين عنه بالنيابة، لكن فى إحرام النيابة كان المحرم فى الحكم هو المنوب لا النائب، فصار كالأب يحرم عن نفسه، وعن ابنه الصغير. (نهاية)

(٣) فإن أوامر الشرع عامة.

(٤) رواه البيهقى. (ب)

* رواه ابن عمر، راجع نصب الراية ج٣ ص٩٣، والدراية ج٢، الحديث ٤٨٢ ص٣٢. (نعيم)

(٥) قوله: "ولو سدلت إلخ" أى لو أرخت شيئًا، وفى "المغرب": سدل الثوب سدلا إذا أرسله فى غير أن يضم جانبه، وقيل: هو أن يلقيه على رأسه، ويرخيه على منكبيه. وفى كثير من النسخ أسدلت بالهمز ومعنى جافته عنه بالجيم باعدته عن الوجه، وهو من باب المفاعلة من جافى جنبيه عن الفراش إذا رفع. (بناية)

(٦) أخرجه ابن ماجة وأبو داود. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٩٣، والدراية ج٢، ص٣٢. (نعيم)

(٧) فإنه يجوز، فكذا السدل.

(٨) قوله: "لما فيه من الفتنة" علله فى "الكافى" بأن صوتها عورة، وكذا فى باب رفع الصوت فى الأذان، والأصح أن صوتها ليس بعورة، وإنما كره له الرفع لما فيه من الفتنة، كما أشار إليه المصنف، وقد حققت هذا المقام فى "شرح الوقاية". (مولوى محمد عبد الحى دام فيضه)

(٩) فى النهى عن الحلق أحاديث رواها الترمذى والنسائى والبزار، وأحاديث النهى عن التقصير، رواه

بالتقصير*، ولأن حلق الشعر في حقها مُثْلَة كحلق اللحية فى حق الرجال. وتلبس من المخيط ما بدا لها؛ لأن في لبس غير المخيط كشف العورة، قالوا: ولا تستلم الحجر إذا كان هناك جمع؛ لأنها ممنوعة عن مماسّة الرجال إلا أن تجد الموضع خاليًا.

قال(٢): ومن قلّد بدنةً تطوعًا، أو نذرًا، أو جزاء صيد(٣)، أو شيئًا(٤) من الأشياء، وتوجه معها(٥) يريد الحجّ فقد أحرم؛ لقوله عليه السلام: «من قلد بدنة فقد أحرم»(٦)**، ولأن سوق الهدى في معنى التلبية في إظهار الإجابة(٧)؛ لأنه لا يفعله إلا من يريد الحج أو العمرة، وإظهار الإجابة(٨) قد يكون بالفعل، كما يكون بالقول، فيصير به محرمًا لاتصال النية بفعل(٩) هو من خصائص الإحرام، وصفة التقليد(١٠) أن يربط على

أبو داود. (ب)

* أما النهي عن الحلق فرواه علي، وأما الأمر بالتقصير فرواه ابن عباس رضي الله عنهما. راجع نصب الراية ج٣ ص٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٨٣ص٣٢. (نعيم)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٣) قوله: "أو جزاء صيد" بأن قتل المحرم صيدا، فوجبت عليه قيمته، فاشترى بتلك القيمة بدنة في سنة أخرى، فقلدها أو ساقها إلى مكة. (ن)

(٤) كدم المتعة أو القران. (ب)

(٥) قوله: "وتوجه معها" أفاد أنه لا بد من ثلاثة أمور: التقليد والتوجه معها، ونية النسك، وما في "شرح الطحاوي": لو قلد بدنة بغير نية الإحرام، لا يصير محرما، ولو ساقها هديا قاصدا إلى مكة صار محرما بالسوق، نوى الإحرام أو لم ينو، فمخالف لما في عامة الكتب، فلا يعول عليه. (ف)

(٦) قوله: "من قلد بدنة فقد أحرم" هذا حديث غريب، ووقفه ابن أبي شيبة في "مصنفه" على ابن عباس وابن عمر. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٩٧، والدراية ج٢، الحديث ٤٨٤ص٣٢. (نعيم)

(٧) أي إجابة دعاء إبراهيم ع.

(٨) قوله: "وإظهار الإجابة" قيل: إنه معطوف على اسم إنّ إن قرئ منصوبا، وعلى محل إن إن قرئ مرفوعًا، قاله الأكمل، قلت: الأوجه أن يكون مرفوعًا بالابتداء. (ب)

(٩) وهو التقليد مع السوق.

عنق بدنته قطعة نعلٍ، أو عروة[١] مزادة، أو لحاء شجرة[٢].

فإن قلّدها وبعث بها، ولم يَسُقها لم يصر محرمًا؛ لما روى عن عائشة[٣] أنها قالت: كنت أَفْتِلُ[٤] قلائد هدى رسول الله عليه الصلاة والسّلام فبعث بها، وأقام فى أهله حلالا[٥]*، فإن توجه بعد ذلك[٦] لم يَصر محرمًا[٧] حتى يلحقها؛ لأنه عند التوجه إذا لم يكن بين يديه هدى يسوقه لم يوجد منه إلا مجرد النية، وبمجرد النية لا يصير محرمًا. فإذا أدركها[٨] وساقها، أو أدركها فقد اقترنت نيته بعملٍ هو من خصائص[٩] الإحرام، فيصير محرمًا، كما لو ساقها فى الابتداء.

قال[١٠]: إلا فى بدنة المتعة[١١]، فإنه محرم حين توجه معناه إذا نوى

(١٠) قوله: "وصفة التقليد إلخ" معنى التقليد إفادة أنه عن قريب يصير جلدا كهذا اللحاء والنعل فى اليبوسة لإراقة دمه، وكان فى الأصل يفعل ذلك لترد إذا ضلت للعلم بأنها هدى. (ف)

(١) بالضم دستهٔ دلو وكوزه وجزء آن (منتخب) المزادة هى المطهرة (ب)

(٢) قوله: "أو لحاء شجرة" هو بالمد قشرها يقال فى المثل: بين العصا ولحاءها، كذا فى "الصحاح". (ن)

(٣) أخرجه الأئمة الستة. (ب)

(٤) أى وجدت.

(٥) غير محرم.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٩٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٨٥ ص٣٣. (نعيم)

(٦) أى بعد ما بعثها.

(٧) قوله: "لم يصر محرما" اختلفت الصحابة فيه، فقيل: إذا قلدها صار محرما، وقيل: إذا توجه فى أثرها صار محرما، فأخذنا باليقين، وقلنا: إذا أدركها أو ساقها صار محرما لاتفاق الصحابة فيه. (ب)

(٨) قوله: "فإذا أدركها إلخ" ردد بين السوق وعدمه؛ لأن الرواية قد اختلفت فيه، فقد شرط فى "المبسوط" السوق مع اللحوق، ولم يشترط السوق فى "الجامع الصغير".
والمصنف جمع بينهما، والسوق أمر اتفاقي، وإنما الشرط أن يلحقه؛ ليصير فاعلا فعل الناسك خصوصًا.

(٩) جمع خصيصة.

(١٠) أى محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(١١) قوله: "إلا إلخ" استثناء من قوله: لم يصر محرمًا حتى يلحقها، واعلم أن ههنا قيدا لا بد من ذكره، وهو أنه إنما يصير محرمًا فى بدنة المتعة بالتقليد والتوجه، إذا حصلا فى أشهر الحج، فإن حصلا فى غيرها لم يصر محرمًا حتى يدركها، ويسير معه، كذا ذكره فى "الرقيات"، لأن تقليد هدى المتعة فى غير أشهر الحج

الإحرام، وهذا استحسان، وجه القياس فيه ما ذكرنا[١].

ووجه الاستحسان[٢] أن هذا الهدى مشروع على الابتداء نسكًا من مناسك الحج وضعًا[٣]؛ لأنه مختص بمكة، ويجب شكرًا للجمع بين أداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية، وإن[٤] لم يصل إلى مكة، فلهذا اكتفى فيه بالتوجه، وفى غيره توقف[٥] على حقيقة الفعل.

فإن جلّل[٦] بدنة، أو أشعرها، أو قلّد شاةً لم يكن محرمًا؛ لأن التجليل لدفع الحر والبرد، والذبان[٧] فلم يكن من خصائص الحج.

والإشعار مكروه عند أبى حنيفة[٨]، فلا يكون من النسك فى شيء[٩]، وعندهما إن كان حسنًا فقد يفعل للمعالجة، بخلاف التقليد[١٠]؛

لا يعتد به؛ لأنه فعل من أفعال المتعة، وأفعالها قبلها لا يعتد بها، كذا ذكره قاضى خان فى "شرح الجامع" (ن)

(١) هو قوله: لأن عند التوجه إذا لم يكن بين يديه هدى. (ن)

(٢) قوله: "ووجه الاستحسان إلخ" حاصله أن لهدى المتعة نوع اختصاص لبقاء الإحرام بسببه، فإن المتمتع إذا ساق الهدى ليس له أن يتحلل، فكما أن له نوع اختصاص فى بقاء الإحرام، فكذلك فى الشروع فى الإحرام لهدى المتعة اختصاص، فلذلك يصير محرما بنفس التوجه، وإن لم يدرك الهدى، بخلاف هدى التطوع، كذا فى "المبسوط". (نهاية)

(٣) أى من حيث الوضع الشرعى. (ب)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أصله تتوقف. (ن)

(٦) قوله: "فإن جلّل" أى ألقى عليها الجل، والإشعار هو الإدماء بالجرح، وقال الأكمل: إشعار البدنة إعلامها بشيء أنها هدى من الشعار بمعنى العلامة. (ب)

(٧) قوله: "والذبان" بكسر الذال المعجمة وتشديد الباء الموحدة جمع ذبابة معروف، وقال الجوهرى: الواحد ذبابة، وجمع القلة أذابة والكثير ذبان كغراب وغرابة وغربان. (ب)

(٨) قوله: "عند أبى حنيفة" كره الإشعار، وهو شق سنام البدنة من الأيسر، وهذا التفسير أشبه بالصواب: فإن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قد طعن فى جانب اليسار قصداً، وفى جانب اليمين اتفاقًا.
وأبو حنيفة إنما كره هذا الصنع؛ لأنه مثلة، وإنما فعله عليه الصلاة والسلام؛ لأن المشركين كانوا لا يمتنعون عن تعرض الهدى إلا بهذا، وقيل: إنما كره إشعار زمانه لمبالغتهم فيه حتى يخاف السراية. (شرح الوقاية)

(٩) أى، لا يعد من النسك.

لأنه يختص بالهدى، وتقليد الشاة غير معتاد، وليس بسنة أيضاً[١]، قال[٢]: والبدن من الإبل والبقر[٣]. وقال الشافعى: من الإبل خاصة؛ لقوله عليه السلام فى حديث الجمعة[٤]: «فالمستعجل منهم كالمهدى بدنة والذى يليه كالمهدى بقرة»*، فصّل بينهما[٥]. ولنا أن البدنة تُنبئ عن البدانة، وهى الضخامة، وقد اشتركا فى هذا المعنى، ولهذا[٦] يجزئ كل واحد منهما عن سبعة، والصحيح من الرواية فى الحديث[٧] كالمهدى جزوراً[٨]، ** والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١٠) يعنى لا يكره بالاتفاق. (ب)

(١) وبه قال مالك خلافا للشافعي وأحمد. (ب)

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(٣) قوله: "من الإبل والبقر [والهدى من الغنم والبقر. ب]" هذا خلاف من مفهوم لفظ البدنة، وأما إنه فى اللغة هل هو هذا؟ نعم، كما ذكره الخليل وغيره. (ف)

(٤) قوله: "فى حديث الجمعة إلخ" هو قوله عليه السّلام: «من اغتسل يوم الجمعة ثم راح فى الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ومن راح فى الثانية فكأنما قرب بقرة» الحديث متفق عليه.
فقول المصنف: الصحيح من الرواية كالمهدى جزورا غير صحيح، بل هى أصح، ورواية الجزور فى "صحيح مسلم"، وغاية ما يلزم من الحديث أنه أراد بالاسم الأول الأعم خصوص ما يصلح له، وهو الجزور، لا كل ما يصدق عليه بقرينة واضحة. (ف)

* رواه أبو هريرة، راجع نصب الراية ج٣ ص٩٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٨٦ ص٣٣. (نعيم)

(٥) أى فعلم منه أن البقرة غير البدنة.

(٦) أى لأجل اشتراكهما فى المعنى. (ب)

(٧) أى روى فى حديث جابر: «كنا ننحر البدنة عن سبعة فقيل والبقرة فقال وهل هى إلا من البدن»، ذكره مسلم فى "صحيحه". (ف)

(٨) قوله: "كالمهدى جزوراً" قلت: لفظ مسلم «أن النبى عليه الصلاة والسلام قال على كل باب من أبواب المسجد ملائكة يكتب الأول فالأول مثل الجزور ثم صغر إلى مثل البيضة» الحديث، وقال السروجى: قوله: كالمهدى جزورا، لا أصل له. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٩٩، والدراية ج٢، ص٣٣. (نعيم)

باب القِرَان[1]

القِران أفضل من التمتع[2]، والإفراد[3]، وقال الشافعي: الإفراد أفضل[4]، وقال مالك: التمتع أفضل من القران؛ لأن له ذكراً في القُرآن[5]، ولا ذكر للقِران فيه، وللشافعي قوله عليه السلام[6]: «القِران

(١) قوله: "باب القران [لما ذكر حكم المفرد، شرع في حكم القران]" أي هذا باب أحكام القران، وهو لغةً مصدر قرنت هذا بذلك أي جمعت، وشرعًا: الجمع بين الحج والعمرة، وهو من باب ضرب يضرب. (ب)

(٢) قوله: "القران أفضل إلخ" إن أفرد بإحرام الحج، فمفرد بالحج، وإن أفرد بالعمرة، ، فأما في أشهر الحج، أو قبلها إلا أنه وقع أكثر أشواط طوافها فيها أولا، الثاني مفرد بالعمرة، والأول أيضًا كذلك إن لم يحج من عامه أو حج وألم بأهله بينهما إلماما صحيحا، وإن حج ولم يلم بأهله إلماما صحيحا، فتمتع، وسيأتي معنى الإلمام الصحيح إن شاء الله، وإن لم يفرد الإحرام لواحد منهما، بل أحرم بهما معًا، أو أدخل إحرام الحج على إحرام العمرة قبل أن يطوف للعمرة أربعة أشواط، فقارن في الأفعال بلا إساءة.

وإن أدخل إحرام العمرة على إحرام الحج قبل أن يطوف القدوم، ولو شوطا فقارن مسيء؛ لأن القارن من يبني الحج على العمرة في الأفعال، فإن لم يحرم بالعمرة، حتى طاف شوطا رفض العمرة، وعليه قضاءها، ودم للرفض؛ لأنه عجز عن الترتيب، هذا كلامهم في القارن، وهو مبني على ما تقدم من أنه لا طواف قدوم للعمرة، ومقتضاه أن لا يعتبر في القران إيقاع العمرة في أشهر الحج.

ويشكل عليه ما عن محمد لو طاف في رمضان لعمرته، فهو قارن، ولكن لا دم عليه إن لم يطف لعمرته في أشهر الحج، وسيأتيك تحقيقه. (ف)

(٣) قوله: "والإفراد" وهذا اللفظ محتاج إلى التأويل؛ لأن الإفراد يحتمل أن يراد به إفراد الحج فحسب، أو إفراد العمرة فحسب، أو إفراد كل واحد منهما بإحرام وإلمام صحيح بينهما على حدة.

قلت: المراد هو الثالث دون الأولين استدلالا بموضع الاحتجاج، ووضع المسائل في "المبسوط"، فإن الشافعي يستدل على مذهبه بقوله: ولأن في الإفراد زيادة النسك والسفر والإحرام، وهذا التعليل إنما يتأتى له لو أتى بهما على حدة. وكذلك ذكر في تعليلنا أن في القران في معنى الوصل، والتتابع في الأفعال، وهو أفضل من إفراد كل واحد منهما، فالحاصل أن المراد بالإفراد إفراد الحج والعمرة بإلمام صحيح بينهما. (ن)

(٤) قوله: "وقال الشافعي: الإفراد أفضل إلخ" حقيقة الخلاف ترجع إلى الخلاف في أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان في حجته قارنًا، أو مفردًا، أو متمتعًا.

وقد اختلف الأمة في ذلك، فذهب قائلون إلى أنه أحرم مفردًا، ولم يعتمر في ذلك السفر، وذهب آخرون إلى أنه أفرد واعتمر فيها من التنعيم. وآخرون إلى أنه تمتع، ولم يحل؛ لأنه ساق الهدى، وآخرون إلى أنه تمتع وأحل، وآخرون إلى أنه قارن، فطاف طوافًا واحدًا، وسعى سعيًا واحدًا لحجته وعمرته، وآخرون إلى أنه قارن فطاف طوافين، وسعى سعيين لهما، وهذا هو مذهب علمائنا. (ف)

(٥) أي للمتمتع قال الله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ﴾ الآية والمذكور في القرآن أهم.

(٦) قوله: "وللشافعي إلخ [لا يعرف هذا الحديث. ف]" اعلم أنه لم يقتصر على ذكر هذا الحديث، بل استدل بما روى في "الصحيحين"، أنه عليه الصلاة والسلام أفرد بالحج، وكذلك مالك استدل بالأحاديث

رخصة»*، ولأن فى الإفراد زيادة التلبية[٢] والسفر والحلق.

ولنا قوله عليه السّلام[٣]: «يا آل محمدَ أهِلّوا بحجة وعُمرة معًا»**، ولأن فيه جمعا بين العبادتين، فأشبه الصوم مع الاعتكاف[٤]، والحراسة فى سبيل الله مع صلاة الليل، والتلبية غير محصورة[٥]، والسفر غير مقصود[٦]، والحلق[٧] خروج عن العبادة فلا يترجح بما ذكر.

والمقصود بما روى نفى[٨] قول أهل الجاهلية[٩]: "إن العمرة فى أشهر

الواردة فى الصحاح أنه عليه الصلاة والسلام تمتع. والتحقيق أن روايات الإفراد ضعيفة، والمراد بالتمتع فى رواياته هو فرد واحد منه، وهو القران، فإن التمتع فى عرف الصدر الأول أعم من القران والتمتع، والاصطلاح وقع على ما وقع بعده، وروايات القران أقوى، فلذلك أخذنا به، كما حققه ابن الهمام فى "فتح القدير" (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٩٩، والدراية ج٢، الحديث ٤٨٧ ص٣٣. (نعيم)

(٢) بالنسبة إلى القران.

(٣) رواه أحمد والطحاوى. (ف)

** من حديث أم سلمة، راجع نصب الراية ج٣ ص٩٩، والدراية ج٢، الحديث ٤٨٨ ص٣٣. (نعيم)

(٤) قوله: "فأشبه الصوم [وجه الشبه الجمع بين النسكين. ب] إلخ" اعترض عليه ابن الهمام بأن الجمع الحقيقى بين النسكين متعذر، بخلاف الصوم مع الاعتكاف، والحراسة فى الجهاد، ومع صلاة الليل، وإنما الجمع بينهما فى الإحرام، وهو ليس من أركان الحج عندنا، بل شرط.

أقول: توحد النسك وتعدده فى العام الواحد موقوف على توحد الإحرام وتعدده، فالجمع بينهما فى الإحرام، كأنه جمع بين العبادتين، وليس معنى الجمع ههنا إلا هذا، فالتشبيه تام بلا ريب. (عبد)

(٥) قوله: "والتلبية غير محصورة" هذا جواب عن قوله: ولأن فى الإفراد زيادة تلبية، وتقريره أن المفرد كما يكون بالتلبية مرة أخرى، فكذلك القارن؛ لأن له أن يأتى بها ما شاء، فيجوز أن تكون تلبية القارن أكثر من تلبية المفرد. (بناية)

(٦) قوله: "والسفر غير مقصود" هذا جواب عن قوله: والسفر، ووجهه أن المقصود هو الحج والسفر وسيلة إليه، فلا يقع الترجيح. (ب)

(٧) قوله: "والحلق إلخ" حاصله أنه ليس بعبادة بنفسه، وهو خروج عن العبادة، بخلاف السلام، فإنه عبادة بنفسه. (ب)

(٨) قوله: "والمقصود بما روى [الشافعى] إلخ" أى المقصد بما روى من الرخصة لو صح نفى قول الجاهلية: "العمرة فى أشهر الحج من أفجر الفجور»، فكان تجويز الشرع إياها فى أشهر الحج حتى لا يحتاج إلى وقت آخر رخصة إسقاط، فكان أفضل، فإن رخصة الإسقاط هى العزيمة فى هذه الشريعة حيث كانت نسخا للشرع المطلوب رفضه، وهو أقوى فى الإذعان، والقبول من مجرد اعتقاد حقيقته. (ف)

(٩) كما أخرجه البخارى عن ابن عباس. (ب)

الحج من أفجر الفجور[١]، وللقِران[٢] ذكر في القُرآن؛ لأن المراد من قوله تعالى: ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ أن يُحرم بهما من دُوَيرة أهله على ما روينا من قبل[٣]. ثم فيه تعجيل الإحرام[٤]، واستدامة إحرامهما من الميقات إلى أن يفرغ منهما، ولا كذلك التمتع[٥]، فكان القران أولى منه، وقيل[٦]: الاختلاف بيننا وبين الشافعي بناء على أن القارن عندنا يطوف طوافين، ويسعى سعيين، وعنده[٧] طوافًا واحدًا، وسعيًا واحدًا.

قال[٨]: وصفة القِران أن يُهلّ بالعمرة والحج معًا من الميقات، ويقول عقيب الصّلاة[٩]: اللهم إني أُريد الحج والعمرة فيسّرهما لي وتقبلهما مني[١٠]: لأن القران هو الجمع بين الحج والعمرة، من قولك: قرنتُ الشيء بالشيء إذا جمعت بينهما. وكذا إذا أدخل حجة على عمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط؛ لأن الجمع قد تحقق إذ الأكثر منها قائم، ومتى عزم على أداءهما[١١] يسأل التيسير فيهما[١٢]، وقدم العمرة على الحج فيه.

---

(١) أي من أسوأ السيئات. (ن)

(٢) جواب عن قول مالك. (ف)

(٣) يعني في فصل المواقيت. (ن)

(٤) هذا ترجيح بعد الجواب. (ب)

(٥) فإنه يخرج من الإحرام بعد العمرة.

(٦) قوله: "وقيل: الاختلاف إلخ" أي فالاختلاف لفظي، وهكذا الاختلاف هو المذكور في كتبهم، وفي "التحفة": حاصل الخلاف يرجع إلى أن القارن يحرم بإحرامين، فلا يدخل إحرام العمرة في إحرام الحج، وعنده يكون محرما بإحرام واحد، وهو قول ابن سيرين. (ب)

(٧) فلما كان في الجمع نقصان الأفعال بالنسبة إلى إفراد كل منهما كان الإفراد عنده أولى. (ف)

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) أي ركعتا الإحرام.

(١٠) وكذلك يقول: لبيك بحجة وعمرة. (ن)

(١١) أي الحج والعمرة.

(١٢) عن الله تعالى.

ولذلك يقول: لبيك بعمرة وحجة معًا؛ لأنه يبدأ بأفعال العمرة، فكذلك يبدأ بذكرها، وإن أخر ذلك فى الدعاء والتلبية لا بأس به؛ لأن الواو للجمع، ولو نوى بقلبه، ولم يذكرهما فى التلبية أجزأه؛ اعتباراً بالصلاة[١]، فإذا دخل[٢] مكة ابتدأ، فطاف بالبيت سبعة أشواط، يرمل فى الثلاث الأُوَل منها، ويسعى بعدها بين الصفا والمروة، وهذا أفعال العمرة.

ثم يبدأ بأفعال الحج، فيطوف طواف القدوم سبعة أشواط، ويسعى بعده، كما بينا فى المفرد، ويقدم أفعال العمرة؛ لقوله تعالى[٣]: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾، والقِران فى معنى المتعة، ولا يحلق بين العمرة والحج؛ لأن ذلك[٤] جناية على إحرام الحج، وإنما يحْلق[٥] فى يوم النحر، كما يحلق المفرد. ويتحلل بالحلق[٦] عندنا، لا بالذبح كما يتحلل المفرد، ثم هذا[٧] مذهبنا، وقال الشافعى: يطوف طوافا واحدا، ويسعى سعيًا واحدا؛ لقوله عليه السّلام: «دخلت العمرة فى الحج إلى يوم القيامة»[٨]*، ولأن مبنى القِران على التداخل، حتى اكتفى فيه بتلبيةٍ

(١) قوله: "اعتباراً بالصلاة" يعنى أن الذكر باللسان ليس بواجب فيهما إنما هو أحوط. (عينى)

(٢) القارن.

(٣) قوله: "لقوله تعالى: ﴿فمن تمتع﴾ إلخ" بيان أن الله تعالى جعل الحج غاية ومنتهى للتمتع، فيكون مبدأ العمرة لا محالة، فلما ثبت تقديم العمرة على الحج فى التمتع ثبت أيضًا فى القران؛ لأن القران فى معناه، وهو معنى قوله: والقران فى معنى المتعة، وذلك لأن فى كل منهما جمعا بين النسكين فى سفر واحد. (ب)

(٤) الحلق.

(٥) القارن.

(٦) أى يخرج من الإحرام.

(٧) قوله: "ثم هذا" أى إتيان القارن بأفعال الحج والعمرة جميعًا هو مذهبنا، وبه قال جماعة من الصحابة، وعند الشافعى يطوف القارن طوافًا واحدًا، وسعيًا واحدًا، وبه قال مالك وأحمد فى رواية عنه. (بناية)

(٨) أخرجه مسلم وأبو داود. (ب)

* رواه ابن عباس، راجع نصب الراية ج٣ ص١٠٦، والدراية ج ٢، الحديث ٤٨٩ ص٣٤. (نعيم)

واحدة، وسفرٍ واحد، وحلقٍ واحد، فكذلك فى الأركان[١].

ولنا أنه لما طاف صُبَيّ بن معبد[٢] طوافين، وسعى سعيين[٣]، قال له عمر رضى الله عنه: هُديتَ لسنة نبيك*، ولأن القران ضمّ عبادة إلى عبادة، وذلك إنما يتحقق بأداء عمل كل واحد على الكمال[٤]، ولأنه لا تداخل[٥] فى العبادات المقصودة، والسفر[٦] للتوسل، والتلبية للتحريم، والحلق للتحلل، فليست هذه الأشياء[٧] بمقاصد، بخلاف الأركان ألا ترى أن شفعى التطوع لا يتداخلان، وبتحريمة واحدة يؤدّيان، ومعنى ما رواه[٨] دخل وقت العمرة فى وقت الحج[٩]. قال[١٠]: فإن طاف طوافين لعمرته وحجته، وسعى سعيين[١١] يجزئه؛ لأنه أتى بما هو المستحق عليه، وقد أساء بتأخير سعى العمرة، وتقديم طواف التحيّة[١٢] عليه، ولا يلزمه

---

(١) أى الطواف والسعى وغيرهما.

(٢) قوله: "صُبَيّ بن معبد" بضم الصاد والمهملة وفتح الباء الموحدة وتشديد الياء التحتانية الثعلبى الكوفى ذكره ابن حبان فى "ثقات التابعين".

(٣) هكذا رواه أبو حنيفة صاحب المذهب. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٠٩، والدراية ج٢، الحديث ٤٩٠ ص٣٥. (نعيم)

(٤) لا أن يسقط أحدهما.

(٥) قوله: "ولأنه لا تداخل إلخ" وذلك كالصلاتين لا ينوب إحداهما عن الآخرى، وكالأركان لا ينوب بعضها عن بعض، كالسجدات والركعات، وهذا احتراز عن العقوبات كالحدود والقصاص والكفارة التى فيها شبهة العقوبة. والحاصل أنه لا يتداخل الأركان بخلاف السفر والحلق والتلبية، فإنها ليست بمقاصد، فأمكن القول بالتداخل فيها. (كفاية)

(٦) جواب عن قياس الشافعى.

(٧) وإنما هى وسائل.

(٨) جواب عن حديث الشافعى. (ب)

(٩) قوله: "دخل وقت العمرة فى وقت الحج" ردًا لقول الجاهلية: "إن العمرة فى أشهر الحج من أسوأ السيئات"، وحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه شائع فى اللغة، كما يقال: آتيك صلاة الظهر أى وقتها. (ك)

(١٠) أى محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(١١) قوله: "وسعى سعيين" أى والى بين الأسبوعين للحج والعمرة، وبين سعيين لهما. (ف)

(١٢) قوله: "وتقديم طواف التحيّة" فيه مناقشة، فإنه قال: طواف التحية أى طواف القدوم، والظاهر من

شيء. أما عندهما فظاهر[١]؛ لأن التقديم والتأخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما، وعنده طواف التحية سنة، وتركه لا يوجب الدم، فتقديمه أولى[٢]، والسعي بتأخيره[٣] بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم، فكذا بالاشتغال بالطواف.

قال[٤]: وإذا رمى الجمرةَ يوم النحر ذبح شاةً، أو بقرة، أو بدنة، أو سُبع بدنة[٥]، فهذا دم القِران؛ لأنه في معنى المتعة[٦]، والهدي منصوص عليه فيها[٧]، والهديُ من الإبل، والبقر، والغنم على ما نذكره في بابه[٨] إن شاء الله، وأراد[٩] بالبدنة هنا البعير[١٠]، وإن كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا[١١]، وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة[١٢]. فإذا لم يكن له ما يذبح، صام ثلاثة أيام[١٣] في الحج آخرها يوم

كلام محمد أن المراد أحد الطوافين طواف العمرة وطواف الزيارة، لا طواف القدوم. (بناية)

(١) يعني عدم لزوم الدم.

(٢) قوله: "فتقديمه أولى" هذا مشكل؛ لأن الشيء جاز أن يكون مستحبًا أو مباحًا، ويكون صفة واجبة، ألا يرى أن البيع مباح ومحافظة صفة المساواة واجبة في الأموال الربوية، وله غير نظير، فجاز أن يكون طواف التحية سنة، ويكون المحافظة على محله واجبة. (د)

(٣) قوله: "والسعي بتأخيره إلخ" يعني أن اشتغاله بطواف التحية قبل السعي لا يكون أكثر تأثيرًا من اشتغاله بأكل أو نوم، ولو أنه بين طواف العمرة، وسعيها اشتغل بنوم أو أكل لم يلزمه دم، فكذلك إن اشتغل بطواف التحية، كذا في "المبسوط". (ك)

(٤) أي القدوري. (ب)

(٥) قوله: "أو سُبع بدنة" فإن قلت: سبع بدنة ليس بهدي، قلنا: إنما علم جوازه بحديث جابر أنه قال: "اشتركنا حين كنا مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم في البقرة سبعة، وفي البدنة سبعة". (ك)

(٦) أي في الجمع بين النسكين. (ب)

(٧) بقوله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي﴾.

(٨) أي باب الهدي.

(٩) القدوري. (ب)

(١٠) بقرينة المقابلة.

(١١) في آخر الفصل الذي قبل هذا الباب.

(١٢) لحديث جابر.

عرفة[١]، وسبعة أيام إذا رجع إلى أهله؛ لقوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعةٍ إذا رجعتم تلك عشرة كاملة﴾، فالنصّ وإن[٢] ورد في التمتع، فالقِران مثله؛ لأنه مرتفق[٣] بأداء النسكين، والمراد بالحج[٤] -والله أعلم- وقته؛ لأن نفسه[٥] لا يصلح ظرفا إلا أن الأفضل أن يصوم قبل يوم التروية بيوم[٦]، ويوم التروية ويوم عرفة؛ لأن الصوم بدل عن الهدى، فيستحب تأخيره إلى آخر وقته؛ رجاء أن يقدر على الأصل[٧]. وإن صامها[٨] بمكة بعد فراغه من الحج جاز، ومعناه بعد مضى أيام التشريق؛ لأن الصوم فيها منهى عنه، وقال الشافعى: لا يجوز[٩] لأنه معلّق بالرجوع[١٠] إلا أن ينوى المقام، فحينئذٍ يجزئه لتعذر الرجوع.

ولنا أن معناه رجعتم عن الحج أى فرغتم، إذ الفراغ سبب الرجوع[١١]

---

(١٣) قوله: "صام ثلاثة أيام" شرط إجزاءها وجود الإحرام بالعمرة فى أشهر الحج، وإن كان فى شوال، وما ذكره من وقته، فهو أفضل، وأما صوم السبعة فلا يجوز تقديمه على الرجوع. (ف)

(١) يصوم قبل يوم التروية بيوم.

(٢) الواو وصلية.

(٣) منتفع.

(٤) فى قوله تعالى: ﴿فصيام ثلاثة أيام فى الحج﴾.

(٥) قوله: "لأن نفسه إلخ" وذلك لأنه عبارة عن الأفعال المعلومة، والفعل لا يصلح أن يكون ظرفًا لفعل آخر، وهو الصوم، فتعين الوقت، ثم استثنى من قوله: والمراد بالحج وقته بقوله: إلا أن الأفضل أى المراد بالحج فهو الوقت، لكن الأفضل أن يصوم قبل التروية بيوم، ويوم التروية، ويوم عرفة. (ب)

(٦) أى السابع من ذى الحجة.

(٧) وهو الهدى.

(٨) أى السبع. (ن)

(٩) أى صوم السبعة بمكة.

(١٠) فى قوله تعالى ﴿وسبعة إذا رجعتم﴾.

(١١) قوله: "إذ الفراغ سبب الرجوع" هذا بيان العلاقة فى إطلاق المجاز، فذكر المسبب، وأريد السبب، ويمكن أن يكون الإجماع على أنه لو رجع إلى مكة غير قاصد للإقامة بها، حتى تحقق رجوعه إلى غير أهله ووطنه، ثم بدا له أن يتخذها وطنًا كان له أن يصوم بها مع أنه لم يتحقق منه الرجوع إلى وطنه، بل إلى غيره، ولو لم يتخذ وطنًا، بل صار فى السياحة وجب عليه صومها أيضًا بهذا النص، ولا يتحقق فى حقه رجوع، فعلم

إلى أهله، فكان الأداء بعد السبب فيجوز.

فإن فاته الصوم[١] حتى أتى يوم النحر لم يجزئه إلا الدم، وقال الشافعي: يصوم بعد هذه الأيام؛ لأنه صوم موقّت[٢]، فيُقضى كصوم رمضان، وقال مالك: يصوم فيها[٣]؛ لقوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج﴾، وهذا وقته. ولنا النهى المشهور عن الصوم فى هذه الأيام[٤]، فيتقيد به النص[٥]، أو يدخله النقص[٦]، فلا يتأدى به ما وجب كاملا. ولا يؤدى بعدها[٧]؛ لأن الصوم بدل، والأبدال لا تنصب إلا شرعًا[٨]، والنصّ خصّه بوقت الحج، وجواز الدم[٩] على الأصل، وعن عمر[١٠] أنه أمر فى مثله[١١] بذبح الشاة*. فلو لم يقدر على الهدى

أن المراد به الرجوع عنها، وقول المصنف، فكان الأداء بعد السبب أى بعد سبب الرجوع. (ف)

(١) فى الأيام الثلاثة.

(٢) بقوله تعالى: ﴿فى الحج﴾.

(٣) أى فى أيام التشريق.

(٤) وهو حديث: «ألا لا تصوموا فى هذه الأيام»، وقد مر فى الصوم.

(٥) قوله: "فيتقيد إلخ" أى يتقيد النص، وهو قوله تعالى: ﴿فصيام ثلاثة أيام فى الحج﴾ به أى بالنهى المشهور عن صوم هذه الثلاثة؛ لأن المشهور يتقيد به نص الكتاب. (ف)

(٦) قوله: "أو يدخله النقص" يعنى لو لم يتقيد به نص الكتاب، فلا أقل من أن يورث النقص فى صوم هذه الأيام الثلاثة، وصوم المتعة وجب عليه كاملا، فلا يؤدى بالناقص كصوم قضاء رمضان والكفارة، ولا يؤدى بعدها؛ لأن الهدى أصل، وقد نقل حكمه إلى خلف موصوف بصفة على خلاف القياس؛ إذا الصوم ليس بمثل له صورة ومعنى، وقد تعذر أداءه على الوصف المشهور، فصار هذا بدلا، لا أصل له بحال. (ك)

(٧) رد على الشافعى رح.

(٨) قوله: "والأبدال لا تنصب إلا شرعًا" هذه قاعدة مهمة استعملها الفقهاء فى مواضع، وبه يظهر سخافة ما ذكره الزاهدى فى "المجتبى" و "القنية"، وتبعه فى "الدر المختار" من أن من توالت عليه الهموم، ولم يقدر على نية صلاة وجب عليه أن يتلفظ النية بلسانه إقامة التلفظ مقام نية القلب، وذلك لأن الأبدال لا تنصب إلا شرعا، فكيف يحكم بوجوب التلفظ بدلا عن نية القلب عند تعذرها؟ فالحق أنه يسقط عنه النية كما أوضحناه فى "شرح شرح الوقاية". (مولوى محمد عبد الحى رح)

(٩) قوله: "وجواز الدم [دفع دخل مقدر] إلخ" أى إنما جاز الدم على الأصل لا أنه بدل عن الصوم، فيلزم بدل البدل. (كفاية)

(١٠) هذا عنه غريب. (ب)

تحلل، وعليه دمان[1]: دم التمتع، ودم التحلل قبل الهدى، فإن لم يدخل القارن مكة، وتوجه إلى عرفات، فقد صار رافضاً[2] لعمرته بالوقوف؛ لأنه تعذر عليه أداؤها؛ لأنه يصير بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج، وذلك خلاف المشروع[3]. ولا يصير رافضاً بمجرد التوجه هو الصحيح[4] من مذهب أبي حنيفة أيضاً. والفرق له بينه وبين مصلى الظهر يوم الجمعة إذا توجه إليها أن الأمر[5] هنالك بالتوجه متوجه بعد أداء الظهر، والتوجه في القِران والتمتع منهى عنه قبل أداء العمرة، فافترقا.

قال[6]: وسقط عنه دم القِران؛ لأنه لما ارتفضت العمرة لم يرفق لأداء النسكين، وعليه دم لرفض العمرة بعد الشروع فيها، وعليه قضاؤها؛ لصحة الشروع فيها، فأشبه المحصر[7]، والله أعلم.

باب التمتع[8]

التمتع أفضل من الإفراد[9] عندنا، وعن أبي حنيفة أن الإفراد أفضل[10]؛ لأن المتمتع سفره واقع لعمرته[11]، والمفرد سفره واقع

(١١) أي قارن لم يجد الهدى، ولم يصم حتى أتت أيام التشريق.

* راجع نصب الراية ج٣ ص١١٢، والدراية ج٢، الحديث ٤٩١ ص٣٦. (نعيم)

(١) قوله: "وعليه دمان" إنما يلزم ذلك لوقوع التحلل قبل أوانه، فإن قلت: التحلل جناية على إحرامين، فينبغي أن يلزمه دمان، قلت: إنه خرج بالحلق عن إحرام العمرة، فيكون هذا جناية على إحرام الحج. (ب)

(٢) قوله: "فقد صار إلخ" أطلق فيه، وفي "كافي الحاكم": لا يصير رافضا حتى يقف بعرفة بعد الزوال، وهو حق؛ لأن ما قبله ليس وقتا له. (ف)

(٣) لأن المشروع أن يكون الوقوف مرتبا على أفعال العمرة. (ب)

(٤) احترز به عن رواية أصحاب الإملاء عن أبي يوسف، عنه. (ب)

(٥) هو قوله تعالى: ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾.

(٦) أي القدوري. (ب)

(٧) حيث يجب عليه دم الرفض. (ب)

(٨) إنما أخره عن القران؛ لكونه أفضل من التمتع عندنا. (ب)

(٩) هذا ظاهر الرواية عن أصحابنا. (ب)

(١٠) وبه قال الشافعي. (ب)

لحجته[١]، وجه ظاهر الرواية أن فى التمتع جمعًا بين العبادتين، فأشبه القِران، ثم فيه زيادة نسك، وهو إراقة الدم، وسفره واقع لحجته[٢] وإن[٣] تخلّلت العمرة؛ لأنها تبع للحج كتخلل السنة[٤] بين الجمعة والسعى إليها.

والمتمتع على وجهين: متمتع يسوق الهدى[٥]، ومتمتع لا يسوق الهدى، ومعنى التمتع الترفق بأداء النسكين[٦] فى سفر واحد[٧] من غير أن يُلم بأهله[٨] بينهما إلمامًا صحيحًا، ويدخله اختلافات، نبينها إن شاء الله تعالى[٩]. وصفته[١٠] أن يبتدئ من الميقات فى أشهر الحج، فيحرم بالعمرة، ويدخل مكة، فيطوف لها[١١] ويسعى، ويحلق أو يقصر، وقد

---

(١١) قوله: "سفره واقع لعمرته" لأن التمتع يحرم من الميقات للعمرة، ثم يدخل مكة، ويبدأ بأفعالها، ثم يحرم بالحج، فيكون سفره واقعًا للعمرة، فإن بعد الفراغ من أفعالها يعتبر مقيمًا حكمًا كالمكى، ولهذا لا يطوف للتحية كالمكى. (ب)

(١) قوله "واقع لحجته" والحجة فرض، والعمرة سنة، والسفر الواقع للفرض أولى من السفر الواقع للسنة. (ن)

(٢) جواب عن قوله: لأن سفره واقع عن عمرته. (ف)

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "كتخلل السنة إلخ" يعنى أن السنة تخللت بين صلاة الجمعة، وبين السعى إلى صلاة الجمعة، ومع هذا لم يكن السعى إلى السنة، بل إلى فرض الجمعة. (ب)

(٥) هو ما يهدى إلى الحرم من الإبل، والبقر، والغنم. (ب)

(٦) فى أشهر الحج. (ف)

(٧) قوله: "فى سفر واحد" الأولى أن يقول: الترفق بأداء النسكين فى أشهر الحج فى سنة واحدة فى فى سفر واحد، فإنه لو أتى بالعمرة، أو أكثرها قبل أشهر الحج، ثم حج من عامه ذلك لا يكون متمتعا، ولو اعتمر فى أشهر الحج من سنة، واعتمر من سنة أخرى لا يكون متمتعا. (ملا إله داد رحمه الله)

(٨) قوله: "من غير أن يُلم [من الإلمام] إلخ" فيه احتراز عن الإلمام الفاسد، فإنه لا يمنع صحة التمتع عند أبى حنيفة، وأبي يوسف على ما يأتى.
والإلمام لغةً: النزول، يقال: ألم بأهله أى نزل، والإلمام الصحيح عبارة عن النزول فى وطنه من غير بقاء صفة الإحرام، وهذا إنما يكون فى المتمتع إذا لم يسق الهدى، وأما إذا ساق الهدى، فإلماله لا يكون صحيحا. (نهاية)

(٩) فى هذا الباب.

(١٠) أى التمتع.

(١١) لم يذكر طواف القدوم؛ لأنه ليس عليه ولا صدر. (ف)

حل من عمرته[١]، وهذا[٢] هو تفسير العمرة، وكذلك إذا أراد أن يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا، هكذا فعل رسول الله ﷺ[٣] فى عمرة القضاء، وقال مالك[٤]: لا حلق عليه، إنما العمرة الطواف والسعى. وحجتنا عليه ما روينا[٥]، وقوله تعالى[٦]: ﴿محلّقين رؤوسكم﴾ الآية نزلت فى عمرة القضاء[٧]، ولأنها لما كان لها[٨] تحرّمٌ بالتلبية، كان لها تحلّل بالحلق كالحج.

ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف، وقال مالك: كما وقع بصره على البيت[٩]؛ لأن العمرة زيارة البيت، وتتم به، ولنا أن النبى ﷺ[١٠] فى عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر*، ولأن المقصود هو الطواف، فيقطعها عند افتتاحه[١١]، ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمى[١٢].

(١) قوله: "وقد حل من عمرته" ظاهره لزوم ذلك فى المتمتع، وليس كذلك، بل لو لم يحلق حتى أحرم بالحج، وحلق بمنى كان متمتعا، وهو أولى بالتمتع ممن أحرم بالحج بعد طواف أربعة أشواط للعمرة. (ف)

(٢) أى ما ذكر القدورى. (ب)

(٣) قوله: "هكذا فعل إلخ" قصته أنه عليه السلام أحرم من المدينة عام الحديبية، وهو سنة ست من الهجرة للعمرة، فلما وصل الحديبية، منعه أهل مكة من الدخول فيها. وصالح معهم، وحلق، ثم جاء السنة الأخرى، فأتى بالطواف والحلق والسعى. (ب)

(٤) وبه قال إسحاق بن راهويه. (ب)

(٥) وهو قوله: هكذا فعل رسول الله.

(٦) قوله: "وقوله تعالى" قال الله تعالى فى سورة الفتح: ﴿لقد صدق الله رسوله الرؤيا بالحق لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين محلقين رؤوسكم ومقصرين لا تخافون﴾ الآية.

(٧) ذكره البغوى وغيره من المفسرين.

(٨) قوله: "لما كان لها" قد يقال: أفعال الحج والعمرة غير معقول، فلا يحتمل المقايسة، فكأنه تمسك بالدلالة، فإن التحريم للحج كالتحريم للعمرة من كل وجه، وثبوت الحكم لأحد المثلين ثبوته للآخر. (د)

(٩) قوله: "كما وقع بصره على البيت" الكاف فى "كما" للمفاجأة، لا للتشبيه، كما فى قولك: كما خرجت رأيت زيدا أى فاجأت ساعة خروجي ساعة رؤية زيد. (دائر شرح منار)

(١٠) روى نحوه الترمذى. (ب)

* رواه ابن عباس. راجع نصب الراية ج٣ ص١١٤، والدراية ج٢، الحديث ٤٩٢ ص٣٦. (نعيم)

(١١) أى الطواف.

(١٢) يعنى عند أول حصاة من جمرة العقبة يوم النحر. (ب)

قال[١]: ويقيم بمكة حلالا ؛ لأنه حلَّ من العمرة، قال: فإذا كان يوم التروية أحرم بالحج من المسجد، والشرط أن يحرم من الحرم، أما المسجد فليس بلازم[٢]، وهذا لأنه فى معنى المكى، وميقات المكى فى الحج الحرمُ على ما بينا[٣]. وفعل ما يفعله الحاج المفرد؛ لأنه مؤدى للحج[٤] إلا أنه يرمل فى طواف الزيارة[٥]، ويسعى بعده؛ لأن هذا أول طواف له فى الحج، بخلاف المفرد؛ لأنه قد سعى مرة.

ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف وسعى قبل أن يَرُوح إلى منى، لم يرمل فى طواف الزيارة، ولا يسعى بعده ؛ لأنه قد أتى بذلك مرةً، وعليه دم التمتع للنصّ الذى تلوناه[٦]. فإن لم يجد صام ثلاثة أيامٍ فى الحج، وسبعة إذا رجع إلى أهله على الوجه الذى بيناه فى القران[٧]، فإن صام ثلاثة أيام من شوال، ثم اعتمر[٨] لم يُجزِه عن الثلاثة؛ لأن سبب وجوب هذا الصوم التمتع ؛ لأنه بدل عن الهدى، وهو فى هذه الحالة غير متمتع[٩]، فلا يجوز أداءه قبل وجود سببه[١٠]. وإن صامها بمكة

(١) أى القدورى. (ب)

(٢) بل هو أفضل. (ف)

(٣) فى آخر فصل المواقيت. (ب)

(٤) أى لأنه فى صدد أداء الحج.

(٥) قوله: "إلا أنه يرمل إلخ" استثنى المصنف صورة واحدة، وههنا شيئان آخران: أحدهما: أن لا يطوف طواف القدوم؛ لأنه فى معنى المكى، والآخر: أنه يجب عليه الهدى، فيكره الجمع بين النسكين، بخلاف المفرد. (عينى رح)

(٦) وهو قوله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾ الآية.

(٧) عند قوله: وإذا لم يكن له ما يذبح إلخ.

(٨) أى أحرم للعمرة. (ب)

(٩) قوله: "غير متمتع" أى لا حقيقة، ولا حكمًا، أما الأول: فظاهر، وأما الثانى: فلأنه لم يحرم للعمرة. (ب)

(١٠) إذ الشرط فيه أن يقيمون محرما بالعمرة فى أشهر الحج. (ف)

بعد ما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جاز عندنا[١] خلافًا للشافعي[٢]، له قوله تعالى: ﴿فصيام ثلاثة أيام فى الحج[٣]﴾. ولنا أنه أدّاه بعد انعقاد سببه[٤]، والمراد[٥] بالحج المذكور فى النصّ وقتُه[٦] على ما بينا.

والأفضل تأخيرها إلى آخر وقتها، وهو يوم عرفة؛ لما بينا فى القِران، وإن أراد المتمتع أن يسوق الهدى أحرم[٧]، وساق هديه، وهذا[٨] أفضل لأن النبى ﷺ ساق الهدايا مع نفسه*، ولأن فيه[٩] استعدادًا[١٠] ومسارعة، فإن كانت بدنة قلّدها بمزادة[١١] أو نعل؛ لحديث عائشة[١٢] على

(١) قوله: "جاز عندنا" فإن قلت: سببه التمتع، وأنه لا يصير متمتعا إلا أن يعتمر، ويحج من عامه ذلك، فيجب أن يشترط أفعالهما حقيقة، فإن لم يشترط ذلك، فلا أقل من أن يشترط الإحرام بهما القائم مقامهما.

وجوابه أنه وإن صار متمتعا بأفعال الحج والعمرة، لكن مستندا إلى أفعال العمرة وإحرامها، فلو صام بعد إحرامها، ثم أحرم بالحج، فقد صار بعد السبب كما أن السبب للزكاة، وهو النصاب الحولي، ولكنه إذا تم الحول يصير حوليا من أول السنة. والكلام بعد محل نظر إذا التمتع هو الجمع بين النسكين، وهو فعل حسى، والحسيات لا تستند إلى السبب ثبوتا. (ملا إله داد رحمه الله)

(٢) وبه قال أحمد فى رواية. (ب)

(٣) فقيده الله تعالى بقوله: ﴿فى الحج﴾، فلا يجوز إلا بعد إحرام الحج.

(٤) قوله: "بعد انعقاد سببه" لا شك أن سببه التمتع الذى هو الترفق، والعمرة فى أشهر الحج هى السبب فيه؛ لأنها التى تحقق الرفق الذى كان ممنوعا فى الجاهلية، وهو معنى التمتع، لا أن الحج جعل معتبرا جزء للسبب؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾، فجعل الحج غاية، فكان المفاد ترفق بالعمرة فى أشهر الحج ترفقا غايته الحج، وإلا كان ذكرا التمتع ذكر الحج. فعلم أنه لم يعتبر فى السبب المجوز للصوم السبب الفقهى أى التمتع بالمعنى الفقهي، بل الترفق بالعمرة فى أشهر الحج، لكن لا مطلقا، بل المقيد بكونه غاية للحج من عامه ذلك، فإذا صام بعد إحرام العمرة ظهر أنه صام بعد السبب، بخلاف ما إذا لم يحج من عامه ذلك. (ف)

(٥) جواب عن نص الشافعي، وبه قال أحمد فى رواية.

(٦) إذ الحج لا يصلح ظرفًا. (د)

(٧) أى بالعمرة لا يحرم بالحج ما لم يفرغ من العمرة.

(٨) قوله: "وهذا" أى الذى يسوق الهدى أفضل من الذى لا يسوق؛ لأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم ساق الهدى، رواه البخارى، ومسلم فى "صحيحيهما". (ب)

* رواه ابن عمر، راجع نصب الراية ج٣ ص١١٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٩٣ص٣٦. (نعيم)

(٩) أى سوق الهدى.

(١٠) أى تهيئة للخير.

(١١) پاره چرم.

ما رويناه[١]. والتقليد أولى من التجليل[٢]؛ لأن له ذكرًا في الكتاب[٣]، ولأنه للإعلام والتجليل للزينة[٤]، ويلبّي ثم يقلّد؛ لأنه يصير محرما بتقليد الهدى والتوجه معه على ما سبق، والأولى[٥] أن يَعقد الإحرامَ بالتلبية.

ويسوق الهدى[٦] وهو أفضل من أن يقودها؛ لأنه ﷺ[٧] أحرم بذي الحليفة، وهداياه تساق بين يديه*، ولأنه أبلغ في التشهير إلا إذا كانت لا تنقاد، فحينئذ يقودها.

قال[٨]: وأشعرَ البدنة عند أبي يوسف ومحمد، ولا يشعر عند أبي حنيفة ويكره، والإشعار هو الإدماء بالجرح[٩] لغة، وصفته أن يشق سنامها[١٠] بأن يُطعن في أسفل السنام من الجانب الأيمن أو الأيسر.

قالوا[١١]: والأشبه[١٢] هو الأيسر؛ لأن النبي ﷺ طَعَن في جانب

(١٢) رواه الأئمة الستة. (ب)

(١) قبل باب القران. (ن)

(٢) أي إلقاء الجل هو بضم الجيم وتشديد اللام پوشش ستور، كما في "المنتخب".

(٣) وهو قوله تعالى: ﴿جعل الله الكعبة البيت الحرام قياما للناس والشهر الحرام والهدى والقلائد﴾.

(٤) ولدفع الحر والبرد. (ب)

(٥) قوله: "والأولى إلخ" قال الإنزارى: الواو للحال، قلت: فيه ما فيه، بل المعنى أنه إن قلد البدنة، وساقها بنية الإحرام يصير محرمًا، سواء لبى، أو لم يلب، ولكن الأولى أن يعقد الإحرام بالتلبية، ثم يقلد البدنة، ويسوقها. (ب)

(٦) سوق راندن از پس، وقود كشيدن ستور از پيش. (م)

(٧) رواه الشيخان. (ب)

* من حديث ابن عمر، راجع نصب الراية ج٣ص ١١٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٩٥ص٣٦. (نعيم)

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) أي إخراج الدم من البدنة بجرحها. (ب)

(١٠) بالفتح كوهان. (منتخب)

(١١) أي علماءنا المتأخرون كفخر الإسلام وغيره. (ب)

(١٢) قوله: "والأشبه" أي الأشبه بالصواب في الرواية، وذكر فخر الإسلام في "الجامع الصغير" في تفسير الإشعار عن أبي يوسف الطعن بالرمح في أسفل السنام من اليسار، وقال الشافعي: من قبل اليمين، وكل ذلك مروى عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم. والأشبه من قبل اليسار، وذلك لأن الهدايا كانت

اليسار مقصوداً(١)، وفى جانب الأيمن اتفاقاً*، ويلطخ سنامها بالدم إعلاماً(٢)، وهذا الصنع مكروه(٣) عند أبى حنيفة، وعندهما حسن، وعند الشافعى سنة؛ لأنه مروى عن النبى ﷺ، وعن الخلفاء الراشدين(٤)**.

ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يُهاج(٥) إذا ورد ماءً أو كلأ أو يُردّ إذا ضل، وأنه فى الإشعار أتم؛ لأنه ألزم، فمن هذا الو ،(٦) يكون سنة إلا أنه عارضة جهة كونه مثلة، فقلنا بحسنه. ولأبى حنيفة أنه مُثلة(٧)، وأنه منهى عنه(٨)***، ولو وقع التعارض(٩)، فالترجيح للمحرم(١٠)، وإشعار النبى

مقبلة إليه عليه الصلاة والسلام، وكان يدخل بين كل بعيرين من قبل الرؤوس، وكان الرمح بيمينه، فكان يقع طعنه عادة أولا على يسار البعير الذى هو يسار رسول الله ﷺ، ثم كان يعطف عن يمينه، ويشعر الآخر من قبل يمين البعير اتفاقًا، لا قصدا، فصار الأمر الأصلى أحق بالاعتبار. (ف)

(١) قوله: "فى جانب اليسار مقصودا" الحاصل أن كل ذلك مروى، أما رواية الطعن باليمين، فرواها مسلم عن ابن عباس، وأما رواية الأيسر فرواها أبو يعلى. وكذلك رواه مالك فى "الموطأ" عن ابن عمر أنه كان يشعر فى الشق الأيسر، وهذا يعارض ما فى "مسلم"، فوجب التوفيق، وهو ما صرنا إليه، وهو واجب ما أمكن. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١١٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٩٦ ص٣٧. (نعيم)

(٢) أى للإعلام بأنه هدى.

(٣) قال الخطابى: لا أعلم أحدا أنكره إلا أبا حنيفة، قال السروجى: ما جهله كثير، فقد قال به النخعى، وهو قبل أبى حنيفة. (ب)

(٤) كذا ذكره الترمذى. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص١١٧، والدراية ج٢، الحديث ٤٩٧ ص٣٧. (نعيم)

(٥) أى لا تطرد عن الماء والكلأ، يقال: هاجه فهاج أى هيجه.

(٦) قوله: "فمن هذا الوجه صار سنة" أقول: فيه شوب إثبات السنية بالقياس، وهى لا تثبت به، بل إنما تثبت بالرواية، ولما ثبت فى الصحاح أنه صلى الله عليه وعلى آله وسلم أشعر، فالقول بسنيته ألزم. (عبد)

(٧) بالضم بينى وگوش وجز آن بريدن. (م)

(٨) جاء النهى عنها فى أحاديث رواها البخارى، وأبو داود، وأحمد، والحاكم، وابن أبى شيبة، والطبرانى. (ب)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص١١٨، والدراية ج٢، الحديث ٤٩٨ ص٣٧. (نعيم)

(٩) بين كونه مُثلة، وبين كونه سنة. (ن)

(١٠) قوله: "فالترجيح للمحرم" هذه قاعدة مهمة يتفرع عليها مسائل كثيرة، وإنما كان الترجيح للمحرم للاحتياط، وتفاريعها مذكورة فى "الأشباه والنظائر". والفقهاء أوردوا الحديث المرفوع بعبارة: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، وكذا ذكره الزيلعى فى كتاب الصيد من "شرح الكنز"، وهو ضعيف عند

ﷺ[١] كان لصيانة الهدى؛ لأن المشركين لا يمتنعون عن تعرضه إلا به[٢] وقيل[٣]: إن أبا حنيفة كره إشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يُخافُ منه السراية[٤]، وقيل: إنما كره[٥] إيثاره[٦] على التقليد.

المحدثين، ضعفه البيهقي وغيره، ورواه عبد الرزاق عن ابن مسعود موقوفا، وقول الحافظ العراقي: إنما لا أصل له، معناه لا سند له، كذا قال السيوطي في "شرح التقريب". (مولوي محمد عبد الحى دام فيضه)

(١) قوله: "وإشعار النبي إلخ" اعلم أن المشهور من مذهب أبي حنيفة ههنا كراهة الإشعار مستدلا بأنه مثلة، والمثلة حرام بالأحاديث الصحيحة الصريحة، فوقع التعارض بين أحاديث المثلة، وبين أحاديث الإشعار، فوجب ترجيح المحرم احتياطًا، ولما ورد عليه بأن النبي ﷺ أشعر فكيف يكون مكروها. أجابوا عنه بأن إشعاره كان لصيانة الهدى؛ لأن المشركين لا يمتنعون عن أخذ الهدى وذبحه إلا بالإشعار، فلذلك أشعر، ولا كذلك في زماننا. أقول: مذهب الإمام ههنا وقع مخالفا للأحاديث المروية في باب الطعن والإشعار رواها مسلم والبخاري وأبو يعلى ومالك وغيرهم. وما ذكروه من التعارض بين أحاديث الإشعار، وبين النهي عن المثلة، فغير صحيح بوجهين: أحدهما: أن التعارض إنما يكون عند الجهل بالتاريخ، ومعلوم أن إشعاره كان في حجة الوداع، والنهي عن المثلة كان في غزوة خيبر، كما هو مصرح في بعض الروايات، فلا تعارض، بل يكون عمل الإشعار متأخرا، فليعمل به.

وثانيهما: وهو أقواهما أن الإشعار ليس بمثلة؛ إذ ليس كل جرح مثلة، بل هو ما يكون تشويها كقطع الأنف والأذن، ونحو ذلك، فلا يقال: لكل جرح أنه مثلة، فلا تعارض بين النهي عن المثلة، وبين خبر الإشعار.

ومن ههنا ظهر سخافة ما ذكره الإمام الإسبيجابي والإمام المحبوبي في الجواب عن حديث الإشعار بأنه يحتمل أن يكون ذلك قبل النهي عن المثلة، انتهى، كيف ومجرد الاحتمال لا يكفي للدفع.

وأعجب منه قولهما: إن معنى ما روى أنه أشعر أي أعلمها بعلامة سوى الجرح، والإشعار هو الإعلام، انتهى، كيف وقد ورد في بعض الروايات أنه طعن، وهو صريح في الجرح.

وما ذكره المصنف ههنا تبعًا لما قبله أيضًا غير صحيح، فأنا لو سلمنا أن إشعاره كان لأن المشركين كانوا لا يمتنعون إلا به، لكن إزالة السبب لا تقتضي إزالة المسبب.

أما ترى إلى الرمل أنه بقي سنة مع زوال سببه على ما مر، فلا جرم يبقى الإشعار سنة أيضًا، وإن زال سببه، وبعد ذلك أقول: الحسن في تأويل قول أبي حنيفة ما ذكره الطحاوي أنه إنما كره إشعار أهل زمانه.

وهذا توجيه جيد يجب صرف مذهبه إليه؛ لئلا يكون مخالفا للأحاديث الصريحة، ومع قطع النظر عن هذا التأويل، لا طعن على أبي حنيفة في هذا الباب لاحتمال عدم وصول أحاديث الإشعار إليه بطريق الصحة، والإمام إذا لم يصل إليه الحديث، فعمل بالقياس، فهو معذور، كما بسطه العارف الرباني عبد الوهاب الشعراني في "الميزان"، فتكفر وانظمه في سلك نظائره المنشورة على صفحات هذا الكتاب، وهذا وفاء ما وعدته في "ظفر الأماني في مختصر السيد الجرجاني" في أصول الحديث أن لا أذكر مسألة إلا أحققها وما أجده مخالفًا للأحاديث أصرح بما فيه، وإن كان وقع عليه اتفاق الأعلام، وإطباق الفقهاء الكرام. (عبد)

(٢) قوله: "لا يمتنعون عن تعرضه إلا به." قد يقال: هذا يتم في إشعار الحديبية، وهو مفرد بالعمرة، لا في إشعار هدايا حجة الوداع. (ف)

(٣) هذا أولى. (ف)

(٤) أي سراية الجرح بحيث يهلك الهدى.

قال[١]: فإذا دخل مكة طاف وسعى، وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدى إلا أنه لا يتحلل[٢] حتى يحرم بالحج يوم التروية؛ لقوله ﷺ[٣]: «لو استقبلت[٤] من أمري ما استدبرت لما سُقْتُ الهدى ولجعلتها عمرة وتحللت منها»*، وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدى، ويحرم بالحج يوم التروية، كما يحرم أهل مكة على ما بينا.

وإن قدم الإحرام قبله جاز[٥]، وما عجّل المتمتع من الإحرام بالحج، فهو أفضل؛ لما فيه من المسارعة، وزيادة المشقة، وهذه الأفضلية في حق من ساق الهدى[٦]، وفي حق من لم يسق، وعليه دم، وهو دم التمتع[٧] على ما بينا[٨].

---

(٥) يعني أن الأولى التقليد، واختيار الإشعار عليه مكروه.

(٦) أي اختياره.

(١) أي القدوري.

(٢) قوله: "إلا أنه لا يتحلل إلخ" يعني لا فرق بين من ساق الهدى، وبين من لم يسقه؛ لأنهما متساويان في نفس الطواف والسعي، لكن الذي يسوق الهدى لا يتحلل بعد فراغه من العمرة، حتى يحرم بالحج، وهو بضم الميم ههنا لأن "حتى" ههنا ليست للغاية؛ لفساد المعنى؛ لأن معناه لا يتحلل إلا بعد إحرام الحج، وليس كذلك، فهي للحال كما في قولهم: مرض حتى لا يرجونه. (بناية)

(٣) أخرجه البخاري ومسلم. (ب)

(٤) قوله: "لو استقبلت إلخ" عن أنس قال: خرجنا للحج، فلما قدمنا مكة أمرنا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن نجعلها عمرة، وقال: لو استقبلت إلخ أي لو علمت أولا ما علمت آخرا من أن سوق الهدى مانع من التحلل لما سقت الهدى، ولجعلت الحجة عمرة بأن اكتفيت بالعمرة، ولكني سقت الهدى، فلا أحل، فعلم بهذا أن سوق الهدى مانع من التحلل. وإنما أمر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أصحابه أن يفسخوا إحرام الحج، ويجعلوه عمرة تحقيقا لمخالفة المشركين، فإنهم كانوا لا يفسخونه، قاله الكاكي. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص ١٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٤٩٩ ص٣٨. (نعيم)

(٥) بل هو أفضل. (ب)

(٦) يعني كلاهما سواء.

(٧) قوله: "وهو دم التمتع" قوله عليه دم قول القدوري. وفسر المصنف بهذا؛ لأنه في صدد شرحه، وقال الإنزاري: إنما فسره نفيا لوهم بعض الفقهاء، فإن صاحب "زاد الفقهاء" وهم، وقال: وعليه دم لارتكابه ما هو محظور، فظن أن تقديم المتمتع الإحرام على يوم التروية محظور، وهو سهو. (ب)

(٨) قوله: على ما بينا" إشارة إلى ما ذكر قبل هذا بقوله، وعليه دم التمتع للنص الذي تلونا. (ن)

وإذا حلق يوم النحر، فقد حلّ من الإحرامين[١]؛ لأن الحلق محلّل في الحج كالسّلام في الصلاة[٢]، فيتحلّل به عنهما.

قال: وليس لأهل مكة[٣] تمتع، ولا قران، وإنما لهم الإفراد خاصة، خلافًا للشافعي[٤]، والحجة عليه قوله تعالى: ﴿ذلك[٥] لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام[٦]﴾، ولأن شرعهما[٧] للترفّه[٨] بإسقاط إحدى السفرتين[٩]، وهذا في حق الآفاقي.

ومن كان داخل المواقيت، فهو بمنزلة المكي، حتى لا يكون له متعة ولا قران، بخلاف المكي[١٠] إذا خرج إلى الكوفة وقرن[١١] حيث يصح؛ لأن عمرته وحجته ميقاتيّتان، فصار بمنزلة الآفاقي[١٢].

---

(١) إلا في حق النساء إلى أن يطوف. (ب)

(٢) أي كما أنه محلل في الصلاة كذلك هذا.

(٣) ولو تمتع واحد منهم، أو قرن، فعليه دم دم جناية. (ب)

(٤) قوله: "خلافًا للشافعي" فإن عنده لهم القران والمتعة، ولكن لا دم عليهم. (ن)

(٥) قوله: "ذلك" إشارة إلى التمتع عندنا، وعند الشافعي إلى الحكم الذي هو وجوب الهدي، وقولنا: أحق إذ لو كان كذلك لما أتى بذلك الموضوع للبعيد. (ملا إله دادح)

(٦) قوله: "حاضرى المسجد الحرام" هم عندنا أهل مكة، ومن كان في الميقات سواء كان بينه، وبين مكة بمسيرة سفر، أو لم يكن، وقال الشافعي: هم أهل مكة ومن حولها، إذا لم يكن بينه وبين مكة مسيرة سفر (ن)

(٧) التمتع والقران.

(٨) أي للاستراحة من قولهم: رجل رافه أي مستريح.

(٩) قوله: "بإسقاط إحدى السفرتين" قلت: هذا ينادي بأعلى صوت أن القران والتمتع كل منهما رخصة، والإفراد عزيمة، فينبغي أن يكون الأفضل هو الإفراد. (د)

(١٠) متصل بقوله: وليس لأهل مكة.

(١١) قوله: "وقرن" إنما خصه؛ لأن المكي لو خرج إلى الكوفة في أشهر الحج وتمتع، لا يكون متمتّعًا؛ لأن الآفاقي إنما يكون متمتعًا إذا لم يلم بأهله بين النسكين إلمامًا صحيحًا، والمكي ههنا يلم بأهله بين النسكين حلالا إن لم يسق الهدي. وكذلك إن ساق الهدي لا يكون متمتّعًا، بخلاف الآفاقي إذا ساق الهدي، ثم ألم بأهله محرمًا كان متمتعًا؛ لأن العود هناك مستحق عليه، فيمنع ذلك صحة إلمامه، وأما المكي فالعود غير مستحق عليه. (ن)

(١٢) قوله: "فصار بمنزلة الآفاقي" هذا إذا خرج قبل أشهر الحج، وأما إذا خرج بعد دخولها، فلا قران له؛ لأنه لما دخلت أشهر الحج، وهو داخل المواقيت، فقد صار ممنوعًا من القران شرعًا، فلا يتغير ذلك بخروجه من الميقات. (ف)

وإذا عاد المتمتع[١] إلى بلده بعد فراغه من العمرة، ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه؛ لأنه ألم بأهله فيما بين نسكين إلمامًا صحيحًا، وبذلك يبطل التمتع، كذا روى[٢] عن عدة من التابعين*، وإذا ساق الهدى، فإلمامه لا يكون صحيحًا، ولا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يبطل؛ لأنه أداهما بسفرتين. ولهما أن العود مُسْتَحق[٣] عليه ما دام على نية التمتع[٤]؛ لأن السّوق يمنعه من التحلل، فلا يصح إلمامُه[٥]، بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة، وأحرم لعمرة، وساق الهدى حيث لم يكن متمتعًا؛ لأن العود هناك غير مستَحق عليه[٦]، فصح إلمامه بأهله. ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج، فطاف لها أقل من أربعة أشواط، ثم دخلت أشهر الحج، فتممها، وأحرم بالحج كان متمتعًا[٧]؛ لأن الإحرام عندنا شرط، فيصح تقديمه على أشهر الحج[٨]، وإنما يعتبر أداء الأفعال فيها، وقد وجد الأكثر، وللأكثر حكم الكل.

---

(١) قوله: "وإذا عاد إلخ" الحاصل أن عود الآفاقي الفاعل للعمرة في أشهر الحج إلى أهله، ثم رجوعه وحجه من عامه إن كان لم يسق الهدى، يبطل تمتعه باتفاق علمائنا الثلاثة، وإن كان ساق الهدى، فكذلك عند محمد. وعندهما لا يبطل إلحاقًا لعوده بالعدم، بسبب استحقاق الرجوع شرعًا إذا كان على عزم التمتع، والتقييد بعزمه لنفي استحقاق العود شرعًا عند عدمه، فإنه لو بدا له بعد العمرة أن لا يحج في عامه، لا يؤخذ بذلك. (ف)

(٢) قوله: "كذا روى" رواه الطحاوي في "كتاب أحكام القرآن" عن سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد وإبراهيم. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٢١، والدراية ج٢، ص٣٨. (نعيم)

(٣) واجب.

(٤) يشير إلى أنه لو نسخ نيته، فله ذلك. (ملا إله داد رح)

(٥) في حكم الشرع.

(٦) لأنه في مكة، وتحصيل الحاصل محال. (ب)

(٧) وبه قال الشافعي في القديم. (ب)

(٨) كالطهارة يجوز تقديمها على الصلاة.

وإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعداً(١)، ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا؛ لأنه أدى الأكثر قبل أشهر الحج، وهذا لأنه صار بحالٍ(٢) لا يفسد نسكه بالجماع، فصار كما إذا تحلل منها قبل أشهر الحج(٣)، ومالك يعتبر الإتمام في أشهر الحج، والحجة عليه ما ذكرنا(٤)، ولأن الترفق بأداء الأفعال، والمتمتع المترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج(٥).

قال(٦): وأشهر الحج(٧): شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة، كذا روى(٨) عن العبادلة(٩) الثلاثة(١٠)*، وعبد الله بن الزبير رضي الله

---

(١) انتصابه على الحال. (ب)

(٢) قوله: "لأنه صار إلخ" يعني صار بحال لا يفسد عمرته بالجماع؛ لأن ركن العمرة هو الطواف، فيتأكد إحرامه بأداء الأكثر كما يتأكد إحرام الحج بالوقوف، ولكن عليه دم عندنا، كذا في "المبسوط"، ولكن هذا رد المختلف على المختلف؛ لأن عدم الفساد بالجماع بعد طواف الأكثر عندنا، وعند الشافعي ومالك يفسد بالجماع قبل التحليل. (عيني)

(٣) يعني لا يكون متمتعا.

(٤) وهو أن للأكثر حكم الكل.

(٥) فلا بد أن توجد الأفعال كلها، أو أكثرها في أشهر الحج.

(٦) أي القدوري.

(٧) قوله: "وأشهر الحج إلخ" فائدته تظهر في حق أفعال الحج، فإن شيئًا منها لا يصح إلا فيها، وكذا الإحرام عند الشافعي لا ينعقد إلا فيها، وعندنا يصح قبلها؛ لأنه شرط إلا أنه يكره، كذا في "شرح الطحاوي"، وكذلك يظهر في حق المتمتع. (ن)

(٨) قوله: "كذا روى" أما حديث ابن عمر فرواه الحاكم في "مستدركه"، وأما حديث ابن عباس فرواه الدارقطني، وأما حديث عبد الله بن الزبير فرواه الدارقطني أيضًا، وأما حديث ابن مسعود فرواه أيضًا. (ب)

(٩) قوله: "عن العبادلة" قال في "نور الأنوار": هو جمع عبدل مرخم عبد الله، وفيه بحث؛ لأن بناء فعالة مختص بالأعجمي والمنسوب كما نقله مولانا عبد السلام الأعظمي عن "اللباب" والترخيم من العجائب، فإنه عبارة عن حذف في آخر الاسم تخفيفا عند التركيب، وهو جائز في المنادى في سعة الكلام، وفي غير المنادى للضرورة، ولا ضرورة ههنا. فالأولى أن يقال: إن العبادلة جمع عبد وضعا كالنساء للمرأة، أو جمع عبدل، ومن العرب من يقول: في عبد عبدل، وفي زيد زيدل. (قمر الأقمار على نور الأنوار)

(١٠) قوله: "الثلاثة" عند أصحابنا هم: عبد الله بن مسعود، وابن عمر، وابن عباس، وفي عرف المحدثين أربعة أخرجوا ابن مسعود، وأدخلوا عبد الله بن عمرو بن العاص وابن الزبير، قاله أحمد بن حنبل: وغلط

تعالى عنهم أجمعين، ولأن الحج يفوت[١] بمضى عشر ذى الحجة، ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات، وهذا[٢] يدل على أن المراد من قوله تعالى: ﴿الحج أشهر معلومات﴾ شهران وبعض الثالث، لا كلُّه[٣].

فإن قدَّم الإحرام بالحج عليها جاز إحرامه، وانعقد حجًا، خلافًا للشافعى[٤]، فإن عنده يصير محرمًا بالعمرة؛ لأنه ركن عنده[٥]، وهو شرط عندنا، فأشبه الطهارة فى جواز التقديم على الوقت، ولأن الإحرام تحريم أشياء[٦]، وإيجاب أشياء[٧]، وذلك يصح فى كل زمان، وصار كالتقديم على المكان[٨]. قال[٩]: وإذا قَدِم الكوفى[١٠] بعمرة فى أشهر الحج، وفرغ منها، وحلق أو قصر، ثم اتخذ مكة، أو البصرة داراً[١١]،

صاحب "الصحاح" فى إدخاله ابن مسعود، وإخراجه ابن عمرو بن العاص، قيل: لأن ابن مسعود تقدمت وفاته، وهؤلاء عاشوا حتى احتج إلى علمهم. ولا يخفى أن غلبة لفظ العبادلة فى بعض من سمى بعبد الله دون غيرهم مع أنهم نحو مائتى رجل ليس إلا لما يؤثر عنهم من العلم، وابن مسعود أعلمهم، ولفظ عبد الله إذا أطلق عند المحدثين، فالمراد هو، فكان أحق بعده منهم. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٢١، والدراية ج٢، ص٣٨. (نعيم)

(١) يعنى أن ظاهر النص وإن اقتضى أن يكون ثلاثة لكن لا يمكن القول به. (ملا إله داد)

(٢) أى المنقول والمعقول.

(٣) وفيه خلاف مالك، ويجوز تأخير طواف الزيارة عنده إلى آخر ذى الحجة، لا عندنا.

(٤) فى قوله الجديد. (ب)

(٥) فلا يجوز تقديمه كسائر الأركان.

(٦) كلبس المخيط والصيد وغيره.

(٧) كالرمى والسعى وغيره.

(٨) الميقات.

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير".

(١٠) قوله: "وإذا قَدِم إلخ" هذه المسألة على أربعة أوجه: الأول: ما إذا أقام بمكة بعد فراغه من العمرة، وهو متمتّع فى هذا الوجه اتفاقا، والثانى: إذا خرج من مكة، ولكن لم يجاوز الميقات، وفى هذا الوجه هو متمتّع أيضًا. والثالث: أن يتجاوز ويخرج من مكة، ويعود إلى وطنه، وفى هذا الوجه لا يكون متمتّعًا لوجود الإلمام الصحيح، والرابع: ما ذكره فى الكتاب. (ن)

(١١) قوله: "ثم اتخذ مكة دارا [الحاصل أنه لم يذهب إلى وطنه، بل أقام فى بلد آخر]" أى أقام بها،

وحج من عامه ذلك، فهو متمتع أما الأول: فلأنه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج[١]. وأما الثاني: فقيل: هو بالاتفاق[٢]، وقيل[٣]: هو قول أبي حنيفة، وعندهما لا يكون متمتعا؛ لأن المتمتع من تكون عمرته ميقاتية[٤]، وحجته مكية، ونسكاه هذان ميقاتيان[٥]، وله أن السفرة الأولى قائمة ما لم يَعُدْ إلى وطنه، وقد اجتمع له نسكان فيها، فوجب دم التمتع[٦]. فإن قَدِم بعمرة فأفسدها، وفرغ منها، وقصر، ثم اتخذ البصرة دارا[٧]، ثم اعتمر في أشهر الحج، وحج من عامه لم يكن متمتعًا عند أبي حنيفة. وقالا: هو متمتع؛ لأنه إنشاء سفر[٨]، وقد ترفق بنسكين[٩]، وله أنه باقٍ على سفره ما لم يرجع إلى وطنه[١٠].

فإن كان رجع إلى أهله، ثم اعتمر في أشهر الحج، وحج من عامه يكون متمتّعًا في قولهم جميعًا[١١]؛ لأن هذا إنشاء سفر لانتهاء السفر

والاتخاذ من خصائص "الجامع الصغير". (ب)

(١) فإنه لم يخرج من مكة، ولم يذهب إلى وطنه.

(٢) قوله: "هو بالاتفاق" قال العيني: لم يعلم منه أنه بالاتفاق في كونه متمتعا، أو غير متمتع، وذكر الجصاص أنه لا يكون متمتعا على قول الكل، ذكره في "المحيط". أقول: كيف يقول: لم يعلم، وعبارة المصنف شاهدة شهادة ظاهرة على الاتفاق على كونه متمتعًا، كما لا يخفى. (مولوي محمد عبد الحي دام فيضه)

(٣) ذكره الحاكم الشهيد عن أبي عصمة. (ب)

(٤) أي من الميقات.

(٥) قوله: "ميقاتيان" لأنه بعد ما جاوز الميقات حلالا وعاد يلزمه الإحرام من الميقات، فكان كالملم بأهله. (ب)

(٦) قوله: "فوجب دم التمتع" إنما قال: ذلك ولم يقل: فكان متمتعا؛ لأن ثمرة الخلاف إنما تظهر في وجوبه، وعدم وجوبه. (ب)

(٧) التقييد باتخاذها دارا اتفاقي، ولا فرق بين أن يتخذها دارا، أو لا يتخذها. (ف)

(٨) أي خروجه من البصرة.

(٩) أي في هذا السفر.

(١٠) قوله: "ما لم يرجع إلى وطنه" فلم يحصل له نسكان صحيحان في سفر واحد لفساد العمرة، فلم يكن متمتعًا. (عيني)

(١١) أي أبي يوسف ومحمد وأبي حنيفة.

الأول[١]، وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه[٢]، ولو بقي بمكة[٣]، ولم يخرج إلى البصرة حتى اعتمر في أشهر الحج، وحج من عامه لا يكون متمتّعًا بالاتفاق؛ لأنّ عمرته مكية، والسفر الأول انتهى بالعمرة الفاسدة، ولا تمتع لأهل مكة[٤]. ومن اعتمر في أشهر الحج، وحج من عامه، فأيّهما أفسد مضى فيه[٥]؛ لأنه لا يمكنه الخروج عن عهدة الإحرام إلا بالأفعال، وسقط دم المتعة[٦]؛ لأنه لم يترفق بأداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة، وإذا تمتعت المرأة[٧]، فضحَّت بشاة لم يُجزها عن دم المتعة؛ لأنها أتت بغير الواجب[٨]، وكذا الجواب في الرجل[٩]

وإذا حاضت المرأة عند الإحرام، اغتسلت[١٠] وأحرمت، وصنعت كما يصنعُه الحاج، غير أنها لا تطوف بالبيت[١١] حتى تطهر؛ لحديث عائشة[١٢] حين حاضت بسَرِف[١٣]*، ولأن الطواف في المسجد،

(١) برجوعه إلى أهله.

(٢) أي في هذا السفر الذي أنشأه بعد.

(٣) أي من أفسد العمرة.

(٤) لقوله تعالى: ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾.

(٥) أي يجب عليه أن يتمه.

(٦) لأن دم المتعة وجب شكرا، فإذا حصل الفساد صار عاصيا. (ب)

(٧) قوله: "وإذا تمتعت المرأة" إنما خصت المرأة وإن كان حكم الرجل أيضًا كذلك؛ لأنها واقعة امرأة سألت أبا حنيفة، فأجابها، فحفظها أبو يوسف، فأوردها أبو يوسف كذلك، كذا في "الكافي". وقال الإمام الزاهدي والعتابي: إنما ذكر المرأة؛ لأن مثل هذا إنما يشتبه على النساء؛ لأن الجهل فيهن غالب. (ب)

(٨) قوله: "لأنها أتت بغير الواجب" لأن الواجب عليها الدم بسبب التمتع، والأضحية غير واجبة عليها؛ لأنها مسافرة، أو لأن الأضحية لو كانت واجبة بسبب شراءها بنية الأضحية، لكن الأضحية غير هذا الواجب، فإذا نوت أحدهما لم يجز عن الآخر. (ن)

(٩) يعني أن الرجل إذا تمتع، فضحى شاة لم يجز عن دم المتعة.

(١٠) قوله: "اغتسلت" هذا الاغتسال للإحرام لا للصلاة، فيكون مفيدا لحصول النظافة. (ن)

(١١) حرمة الطواف من وجهين: دخولها المسجد، وترك واجب الطواف، فإن الطهارة واجبة فيه. (ف)

(١٢) قوله: "لحديث عائشة" في "الصحيحين" قالت: خرجنا لا نرى إلا الحج، فلما كنا بسرف حضت،

والوقوف في المفازة(١)، وهذا الاغتسال للإحرام(٢)، لا للصلاة، فيكون مفيداً. فإن حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة، ولا شيء عليه لطواف الصدر؛ لأنه عليه السّلام(٣) رخّص للنساء الحيّض(٤) في ترك طواف الصدر*. ومن اتخذ مكة داراً، فليس عليه طواف الصدر لأنه على من يصدر(٥) إلا إذا اتخذها داراً(٦) بعدما حلّ النفر الأول(٧) فيما يُروى عن أبي حنيفة، ويرويه البعضُ عن محمد؛ لأنه وجب عليه بدخول وقته، فلا يسقط بنية الإقامة بعد ذلك، والله أعلم بالصّواب.

باب(٨) الجنايات(٩)

وإذا تطيّب(١٠) المحرم، فعليه الكفارة، فإن طيّب(١١) عضواً كاملا

فدخل رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وأنا أبكي، فقال: ما لك أ نفست؟ قلت: نعم، قال: «إن هذا أمر كتبه الله على بنات آدم فاقض ما يقضي الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تطهرين». (ف)

(١٣) قوله: "بسرف" بفتح السين المهملة وكسر الراء المهملة وبالفاء، قال الإنزاري: اسم موضع بالمدينة، قلت: ليس كذلك قال في "المغرب": سرف جبل في طريق المدينة، وقال ابن الأثير: سرف بكسر الراء موضع من مكة على عشرة أميال، وقيل: أقل أو أكثر. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٢٢، والدراية ج٢، الحديث ٥٠٠ ص٣٨. (نعيم)

(١) فيجوز الوقوف دون الطواف.

(٢) جواب سؤال مقدر. (نهاية)

(٣) رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي. (ب)

(٤) جمع حائض.

* رواه ابن عباس، راجع نصب الراية ج٣ ص١٢٣، والدراية ج ٢، الحديث ٥٠١ ص٣٩. (نعيم)

(٥) أي يرجع من مكة إلى وطنه.

(٦) قوله: "إلا إذا اتخذها داراً إلخ" فلا يسقط نية الإقامة بعد ذلك طواف الصدر؛ لأن نية الإقامة إنما تؤثر في الإسقاط إذا كانت قبل الوجوب، ونظيره من أصبح وهو مقيم قبل أن يصبح في رمضان، ثم سافر لا يحل له أن يفطر. (ن)

(٧) وهو اليوم الثالث من أيام النحر. (ن)

(٨) لما فرغ عن بيان أحكام المحرمين، شرع في ما يعتريهم من العوارض من الجنايات. (نهاية)

(٩) المراد بها ههنا فعل ما ليس للمحرم أن يفعله، وجمعه باعتبار الأنواع. (عيني)

(١٠) قوله: "وإذا تطيّب [الطيب ما له رائحة طيبة كالبنفسج والياسمين والريحان والورد. ف]" التطيب

فما زاد[١]، فعليه دم، وذلك مثل الرأس والساق والفخذ، وما أشْبَهَ ذلك[٢]؛ لأن الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق، وذلك في العضو الكامل، فيترتب عليه كمال الموجَب[٣]. وإن طيّب أقلّ من عضو، فعليه الصدقة؛ لقصور الجناية، وقال محمد: يجب بقدره من الدم[٤] اعتبارا للجزء بالكل. وفى المنتقى: أنه إذا طيّب ربع العضور فعليه دم اعتبارا بالحلق[٥]، ونحن نذكر الفرق[٦] بينهما من بعد، إن شاء الله. ثم واجب الدم يتأدى بالشاة[٧] فى جميع المواضع إلا فى موضعين[٨]، نذكرهما[٩] فى باب الهدى إن شاء الله، وكلّ صدقة فى الإحرام غير مقدرة، فهى نصف صاع من بُر، إلا ما يجب بقتل القملة والجَرادة[١٠]، هكذا روى عن أبى يوسف.

عبارة عن لصوق الطيب ببدنه، والطيب عبارة عن عين تلك الرائحة الطيبة، وبهذين المعنيين وقع الاحتراز عن شم الطيب، فإنه جائز عندنا، خلافا للشافعي. (ملا إله داد)

(١١) قوله: "فإن طيب" فى بعض النسخ: إن تطيب، والصحيح هو الأول؛ لأن التطيب لازم، كذا فى الشرح، ووجه تصحيحه أن يجعل قوله: عضوا تمييزا من نسبة التطيب إلى ضميره. (إله داد)

(١)قوله: "فما زاد" يفيد أنه لا فرق فى وجوب الدم بين أن يطيب عضوا، أو أزيد على أن يعم كل البدن، ويجمع المتفرق، **فإن بلغ عضوا يجب** الدم، وإن كان قارنا، فعليه كفارتان للجناية على إحرامين، ثم إنما **تجب كفارة واحدة بتطيب كل البدن إذا كان** فى مجلس واحد، فإن كان فى مجالس، فلكل طيب كفارة. (ف)

(٢) مثل الوجه والعضد. (ب)

(٣) بفتح الجيم وهو الدم.

(٤) فإن كان نصفا، فنصف الدم، وإن كان ربعا فربعه. (ب)

(٥) أى قياسًا على حلق ربع الرأس. (ب)

(٦) قوله: "نذكر الفرق" أى بين حلق ربع الرأس، وتطيب ربع العضو، وما فى "النوادر" عن أبى يوسف: إن طيب شاربه كله، أو بقدره من لحيته، فعليه دم تفريع على ما فى "المنتقى". (ف)

(٧) يعنى كل موضع يقال: يجب الدم يتأدى بالشاة. (ب)

(٨) قوله: "إلا فى موضعين" مواضع البدنة أربعة: طاف الطواف المفروض جنبًا، أو حائضًا، أو نفساء، أو جامع بعد الوقوف بعرفة، لكن القدورى اقتصر على الأول والأخير؛ كأنه اعتمد على استعلام لزوم البدنة فى الحائض والنفساء بالدلالة من الجنب. (ف)

(٩) فإنه لا يجوز فيهما إلا البدنة.

(١٠) قوله: "إلا ما يجب بقتل القملة إلخ" فإن التصدق فيهما غير مقدر، بل يتصدق بما شاء قلت: كما

قال[١]: فإن خضب رأسه[٢] بحناء[٣]، فعليه دم؛ لأنه طيب، قال ﷺ: «الحناء طيب»[٤]*، وإن صار ملبداً[٥]، فعليه دمان، دم للتطيّب، ودم للتغطية[٦]، ولو خضب رأسه بالوسمة[٧] لا شيء عليه؛ لأنها ليست بطيب[٨]. وعن أبي يوسف أنه إذا خضب رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصُداع[٩]، فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلق[١٠] رأسه، وهذا صحيح[١١]، ثم ذكر محمد[١٢] في "الأصل"[١٣] رأسه ولحيته، واقتصر على ذكر الرأس في "الجامع الصغير" دل أن كل واحد منهما[١٤] مضمون[١٥].

يتصدق فيهما بما شاء، كذلك يتصدق بما شاء إذا حلق حلالٍ، أو قلم أظفاره على ما يجيء في الكتاب، ففي الحصر نوع تأمل. (إله داد)

(١) أي محمد. (ب)

(٢) وكذا إذا خضبت يدها. (ف)

(٣) منون؛ لأنه فعال لا فعلاء حتى يمنع صرفه. (ف)

(٤) قوله: "الحناء طيب" رواه البيهقي وغيره، وفي سنده عبد الله بن لهيعة ضعيف، وعزاه صاحب "العناية" إلى النسائي. (ف)

* أخرجه الطبراني من حديث أم سليم، راجع نصب الراية ج٣ ص١٢٤، والدراية ج٢، الحديث ٢٠٥ ص٣٩. (نعيم)

(٥) قوله: "وإن صار ملبداً" أي إن صار رأس المحرم ملبداً يقال: لبد المحرم رأسه إذا جعل في رأسه شيئاً من الصمغ أو نحوه لئلا يتشعث رأسه. (ب)

(٦) أي لتغطيته الرأس.

(٧) قوله: "بالوسمة" قال الإنزاري: الوسمة بكسر السين وسكونها اسم شجرة ورقه خضاب، والكسر أفصح، وكذا قاله الأكمل: أخذا عن "المغرب". (ب)

(٨) أي ليست لها رائحة.

(٩) بالضم درد سر.

(١٠) يغطي.

(١١) قوله: "وهذا هو الصحيح،" أي ينبغي أن لا يكون فيه خلاف؛ لأن التغطية موجبة للدم اتفاقًا، غير أنها للعلاج، فعلى هذا ذكر الجزاء بذكر الدم. (فتح القدير)

(١٢) أي في مسألة الحناء، وبه صرح فخر الإسلام. (ن)

(١٣) أي المبسوط. (ب)

(١٤) يعني لا يشترط الجمع، بل يلزم لكل منهما دم.

فإن ادّهن بزيت[١]، فعليه دم عند أبي حنيفة رح، وقالا: عليه الصدقة، وقال الشافعي: إذا استعمله في الشعر، فعليه دم لإزالة الشعث[٢]، وإن استعمله في غيره، فلا شيء عليه لانعدامه.

ولهما أنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتفاقًا[٣] بمعنى قتل الهوام[٤] ، وإزالة الشعث، فكانت جنايةً قاصرةً[٥].

ولأبي حنيفة أنه أصل الطيب[٦]، ولا يخلو عن نوع طيب، ويقتل الهوام، ويليّن الشعر، ويُزيل التفَثَ والشعث، فتتكاملُ الجنايةُ بهذه الجملة، فتوجبُ الدم، وكونه مطعومًا[٧] لا ينافيه كالزعفران، وهذا الخلاف[٨] في الزيت البَحتِ[٩]، والحل[١٠] البحت، أما المطيّب منه كالبنفسج[١١] والزنبق[١٢]، وما أشبههما[١٣] يجب باستعماله الدم بالاتفاق؛

(١٥) بالدم.

(١) قوله: "بزيت" خصه من بين الأدهان التي لا رائحة لها ليفيد بمفهوم اللقب نفي الجزاء عما عداه من الأدهان كالشحم والسمن. (ف)

(٢) أي الوسخ وإزالته ممنوعة لحديث: «الحاج الشعث التفل».

(٣) انتفاعًا.

(٤) جمع هامة، وهي في الأصل ما يقتل من ذوات السموم كالعقارب، والمراد بهما ههنا القمل. (ب)

(٥) فيجب الصدقة لا الدم.

(٦) قوله: "أنه أصل الطيب" فإن الروائح تلقى فيه، فتصير غالية فيجب باستعمال أصل الطيب ما يجب باستعماله، كما يجب بأصل الصيد -وهو البيض- ما يجب به. (ملا إله داد رح)

(٧) قوله: "وكونه مطعومًا إلخ" جواب عن قولهما: إن الزيت من الأطعمة، وقياسهما على اللحم والشحم غير مستقيم؛ لما ذكرنا أنه مثل الطيب، فيكون طيبا من وجه، بخلاف اللحم والشحم كالزعفران، ووجه التشبيه أنه مما يؤكل، وهو طيب، فكذا هذا. (بناية للعيني رح)

(٨) بين الإمام وصاحبيه والشافعي.

(٩) أي الخالص. (ف)

(١٠) بالفتح وتشديد اللام روغن كنجد. (م)

(١١) معرب بنفشه. (م)

(١٢) قوله: "والزنبق" بفتح زاء معجمة وسكون وفتح الباء الموحدة بمعنى روغن ياسمين. (منتخب)

لأنه طيب، وهذا(١) إذا استعمله على وجه التطيب.

ولو داوى به جُرحه(٢)، أو شقُوق(٣) رجْله، فلا كفارة(٤) عليه؛ لأنه ليس بطيب في نفسه، إنما هو أصل الطيب، أو طيب من وجه، فيشترط استعماله على وجه التطيب(٥)، بخلاف ما إذا تداوى بالمسك وما أشبهه(٦)، وإن لبس ثوبًا مخيطًا(٧)، أو غطّى رأسه يومًا كاملا(٨)، فعليه دم، وإن كان أقل من ذلك، فعليه صدقة(٩). وعن أبي يوسف(١٠) أنه إذا لبس أكثر من نصف يوم، فعليه دم، وهو قول أبي حنيفة(١١) أولا، وقال الشافعي: يجب الدم بنفس اللبس؛ لأن الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه. ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس(١٢)، فلا بد من اعتبار المدة؛ ليحصل على الكمال(١٣)، ويجب الدم، فقدر باليوم؛ لأنه يُلبس فيه،

(١٣) كأدهان الورد.

(١) أي وجوب الدم باستعماله.

(٢) زخم.

(٣) شگافتگی.

(٤) إنما ذكر بلفظ الكفارة دون الدم ليشمل الصدقة أيضًا. (ب)

(٥) فلا يشترط فيه قصد التطيب. (ب)

(٦) كالعنبر والكافور والزعفران. (ب)

(٧) قوله: "وإن لبس ثوبًا مخيطًا" لا فرق في لزوم الدم بين ما إذا أورث اللبس بعد الإحرام، أو أحرم وهو لابسه، فدام يومًا وليلة عليه، بخلاف انتفاعه بعد الإحرام بالطيب السابق عليه للنص الوارد فيه، ولولاه لأوجبنا فيه أيضًا، ولا فرق بين كونه مختارًا في اللبس، أو مكروهًا عليه، أو نائمًا. (ف)

(٨) وفي "الأسرار" أو ليلة كاملة. (ب)

(٩) لنقصان الاستعمال.

(١٠) رواه الحسن بن زياد عنه. (ب)

(١١) أي كان يقول به أولا، ثم رجع عنه، وقال: لا يلزمه الدم حتى يكون يومًا كاملا. (ب)

(١٢) هو دفع الحر والبرد، فإن اللبس إنما أعد لهذا.

(١٣) قوله: "ليتحصل إلخ" يتضمن منع قول الشافعي: إن الارتفاق يتكامل بالاشتمال، فإن بمجرد الاشتمال ثم النزع لا يجد الإنسان به ارتفاقا، فضلا عن كماله، وقوله: في وجه التقدير يفيد أنه لا يقتصر هذا

ثم ينزع عادة، وتتقاصر فيما دونه الجناية، فتجب الصدقة[1] غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل[2].

ولو ارتدى[3] بالقميص، أو اتشح[4] به، أو اتّزر[5] بالسراويل، فلا بأس به؛ لأنه لم يلبسه لبس المخيط[6]، وكذا لو أدخل منكبيه في القباء، ولم يدخل يديه في الكمين[7]، خلافًا لزفر؛ لأنه[8] ما لبسه لبس القباء، ولهذا يتكلف في حفظه[9]، والتقدير[10] في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه[11]. ولا خلاف أنه إذا غطى جميع رأسه يوما كاملا يجب عليه الدم؛ لأنه ممنوع عنه، ولو غطى بعض رأسه، فالمروي عن أبي حنيفة أنه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة[12]، وهذا لأن ستر البعض

الحكم على اليوم، بل الليلة الكاملة كاليوم لجريان المعنى المذكور فيه.

(١) في "خزانة الأكملي" في ساعة نصف صاع، وفي أقل من ساعة قبضة من بر. (ف)

(٢) كما اعتبره في كشف العورة. (ف)

(٣) أي جعله رداء. (ب)

(٤) قوله: "أو اتشح" توشح الرجل واتشح هو أن يدخل الرداء تحت يده اليمنى، ويلقيه على منكبه الأيسر، كما يفعل المحرم، وكذا الرجل يتوشح بحمائل سيفه، فيقع الحمائل على عاتقه اليسرى، ويكون اليمنى مكشوفة. وأما ما ذكره الإمام خواهر زاده من أن المعنى يتوشح جميع بدنه كنحو إزار الميت، أو قميص واحد، فبعيد، على أن استعمال التوشح متعديًا هكذا غير مسموع، كذا في "المغرب". (ك)

(٥) أي اشتمل به. (ب)

(٦) قوله: "لأنه لم يلبسه لبس المخيط" هو أن يحصل بواسطة الخياطة اشتمال على البدن واستمساك، فأيهما انتفى انتفى لبس المخيط، ولذا قلنا: في ما لو أدخل منكبه أيضًا من دون أن يدخل يديه في الكمين أنه لا شيء عليه. (ف)

(٧) لو زر عليه يجب الفدية. (ب)

(٨) دليلنا.

(٩) قوله: "ولهذا يتكلف في حفظه" عند اشتغاله بعمل، كما يحتاج إليه لابس الرداء، فأما إذا أدخل يديه، فلا يحتاج إليه. (ك)

(١٠) إنما أعاد هذا الكلام؛ ليتفرع عليه الفروع الآتية. (ب)

(١١) وهو قوله: أو غطى رأسه يومًا كاملا.

(١٢) حيث يلزم الدم بحلق ربع الرأس، ويفسد الصلاة بكشف ربع العورة. (ب)

استمتاعٌ مقصودٌ يعتاده بعضُ الناس[١]، وعن أبى يوسف[٢] أنه يعتبر أكثر الرأس؛ اعتبارًا للحقيقة[٣]. وإذا حلق ربع رأسه[٤]، أو ربع لحيته فصاعدا، فعليه دم، فإن كان أقل من الربع، فعليه صدقة، و قال مالك: لا يجب[٥] إلا بحلق الكل، وقال الشافعى: يجب بحلق القليل[٦]؛ اعتبارا بنبات الحرم[٧]. ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل؛ لأنه معتاد[٨]، فتتكامل به الجناية، وتتقاصر فيما دونه، بخلاف تطيب[٩] ربع العضو؛ لأنه غير مقصود، وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وأرض العرب. وإن حلق الرقبة كلها، فعليه دم[١٠]؛ لأنه عضو مقصود بالحلق، وإن حلق الإبطين أو أحدهما، فعليه دم؛ لأن كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة، فأشبهَ العانة[١١]، ذكر[١٢] فى الإبطين

---

(١) قوله: "يعتاده بعض الناس" فإن الأتراك والعراقيين يغطون رؤوسهم بالقلانس الصغار، ويقدرون ذلك ارتفاقًا كاملا. (ب)

(٢) ونقل عن "نوادر ابن سماعة" صاحب "البدائع" هذا القول عن محمد. (ف)

(٣) قوله: "اعتبارًا للحقيقة" أى لحقيقة الكثرة، إذ حقيقتها إنما تثبت إذا قابلها أقل منها، والربع والثلث كثير حكمًا، لا حقيقةً. (ب)

(٤) قوله: "وإذا حلق ربع رأسه إلخ" هذا موافق للجامع الصغير لصدر الإسلام وفخر الإسلام، ومخالف لشرح الجامع الصغير للسرخسى وقاضى خان، ورواية الطحاوى أن على قول أبى يوسف ومحمد إن حلق جميع الرأس، فعليه الدم، وإن حلق أقل من ذلك، فعليه الطعام، وذكر المحبوبى أن الصحيح ما ذكره عامة المشايخ فى كتبهم يعنى به عدم الاختلاف بين أصحابنا. (نهاية)

(٥) عملا بظاهر قوله تعالى: ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم﴾ والرأس الكل. (ب)

(٦) وهو ثلاث شعرات. (ب)

(٧) يستوى فيه القليل والكثير. (ب)

(٨) قوله: "لأنه معتاد" فإن الأتراك يحلقون أوساط رؤوسهم، وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لابتغاء الراحة والزينة. (عينى)

(٩) قوله: "تطيب" هذا هو الفرق الموعود بين حلق الربع، وتطيب الربع. (ف)

(١٠) قوله: "فعليه دم" هذا الإطلاق هو المعروف، وفى "فتاوى قاضى خان": فى الإبط إن كان كثير الشعر، يعتبر فيه الربع. (ف)

(١١) فى وجوب الدم.

الحلق هنا[١]، وفي الأصل[٢] النتف وهو السنة. وقال أبو يوسف ومحمد[٣]: إذا حلق عضوا، فعليه دم، وإن كان أقل فطعام، أراد به[٤] الصدر والساق وما أشبه ذلك؛ لأنه مقصود بطريق التنور[٥]، فيتكامل بحلق كله، ويتقاصر عند حلق بعضه. وإن أخذ من شاربه[٦]، فعليه طعام حكومة عدل، ومعناه أنه[٧] ينظر أن هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية، فيجب عليه الطعام بحسب ذلك، حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع يلزمه قيمة ربع الشاة، ولفظة الأخذ من الشارب تدل على أنه هو السنة[٨] فيه دون الحلق، والسنة أن يقص حتى يوازى[٩] الإطار.

---

(١٢) محمد.

(١) أى فى رواية "الجامع الصغير". (ن)

(٢) أى المبسوط. (نهاية)

(٣) قوله: "وقال أبو يوسف ومحمد" تخصيص قولهما ليس بخلاف أبى حنيفة، بل لأن الرواية فى ذلك منصوصة عنهما. (ف)

(٤) أى بالعضو الكامل. (ب)

(٥) أى استعمال النورة.

(٦) قوله: "وإن أخذ [وكذا إذا حلق. ف] من شاربه إلخ" وفى "شرح الطحاوى": ولو حلق شاربه، فعليه صدقة؛ لأنه تبع للحية قيل: الشارب عضو مقصود بالحلق، فإن من عادة بعض الناس أنهم يحلقون دون اللحية، فكان الواجب تكامل الجناية.

أجيب بأنه مع اللحية عضو واحد لاتصال بعضها ببعض كالرأس، فإن من العلوية من عادته حلق مقدم رأسه، وهذا لا يدل على أن كله ليس بعضو واحد. (ب)

(٧) أى حكومة عدل.

(٨) قوله: "تدل على أنه هو السنة" يشير إلى خلاف ما ذكره الطحاوى فى "شرح الآثار" من أن القص حسن، والحلق أحسن، وهو قول أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف.

فإن أراد المصنف الحكم بكون المذهب القص أخذا من لفظ الأخذ فى "الجامع الصغير" الأخذ، فهو أعم من الحلق؛ لأن الحلق أيضًا أخذ، والذى ليس أخذا هو النتف، فإن ادعى أنه المتبادر لكثرة استعماله فيه منعناه، فإن سلم فليس المقصود فى "الجامع" ههنا بيان السنة، ألا يرى أنه ذكر فى الإبط الحلق، ولم يذكر كون المذهب فيه استنان الحلق. (ف)

(٩) قوله: "حتى يوازى" بالزاء المعجمة من الموازاة، وهى المقابلة والمواجهة، والإطار بكسر الهمزة الطرف الأعلى من الشفة العليا، وفى "المغرب" إطار الشفة منتهى جلدها ولحمها. (ب)

قال[١]: وإن حلق موضع المحاجم[٢]، فعليه دم عند أبي حنيفة، وقالا: عليه صدقة؛ لأنه[٣] إنما يحلق لأجل الحجامة، وهى ليست من المحظورات[٤]، فكذا ما يكون وسيلة إليها، إلا أن فيه إزالة شيء من التفث، فتجب الصدقة، ولأبي حنيفة أن حلقه مقصود؛ لأنه لا يتوسل[٥] إلى المقصود[٦] إلا به، وقد وجد إزالة التفث عن عضو كامل، فيجب الدم[٧]. وإن حلق رأس محرمٍ بأمره[٨]، أو بغير أمره، فعلى الحالق الصدقةُ، وعلى المحلوق دم. وقال الشافعي: لا يجب إن كان بغير أمره بأن كان نائماً؛ لأن من أصله أن الإكراه يُخرج المكرَه من أن يكون مُؤاخذاً بحكم الفعل[٩]، والنوم أبلغ منه[١٠]. وعندنا بسبب النوم والإكراه ينتفى المأثم[١١] دون الحكم[١٢]، وقد تقرر سببُه، وهو ما نال من الراحة

(١) أي القدوري. (ب)

(٢) قوله: "موضع المحاجم" هو جمع المحجمة بالكسر، وبعضهم قالوا: إنها جمع محجمة بالفتح بمعنى موضع الحجامة، وهو بمعزل عن الأداء، كذا في الحاشية، وإنما كان بمعزل؛ لأن ذكر الموضع يأباه. (د)

(٣) أي موضع الحجامة.

(٤) في الإحرام.

(٥) قوله: "لأنه لا يتوسل إلخ" يفيد أنه إذا لم ترتب الحجامة على حلق موضع المحاجم لا يجب الدم؛ لأنه أفاد أن كونه مقصودا إنما هو للتوسل به إلى الحجامة، وعبارة "شرح الكنز" صريح في ذلك. (ف)

(٦) أي الحجامة.

(٧) قوله: "فيجب الدم" ولا ينافي كونه وسيلة أن يكون مقصودا، ألا ترى إلى الإيمان، فإنه وسيلة لصحة جميع العبادات، ومع هذا فإنه من أعظم العبادات. (ب)

(٨) قوله: "وإن حلق [المحرم] رأس محرم إلخ" الحاصل أنه إما أن يكونا محرمين، أو حلالين، أو الحالق محرماً، والمحلوق حلالاً، أو بالعكس، وفي كل الصور على الحالق صدقة إلا إذا كان كل منهما حلالاً، وعلى المحلوق دم إلا أن يكون حلالاً، ولا يتخير فيه، وإن كان بغير إرادته بأن يكون مكرهاً، أو نائماً؛ لأنه عذر من جهة العباد. (ف)

(٩) أي في الدنيا والآخرة.

(١٠) فيسقط المؤاخذة عن النائم بالطريق الأولى. فلا يجب الدم.

(١١) في الآخرة.

والزينة، فيلزمه الدمُ حتمًا، بخلاف المضطَرِّ(١) حيث يتخير؛ لأن الآفة هناك سماوية، وههنا من العباد، ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق(٢)؛ لأن الدم إنما لزمه بما نال من الراحة، فصار كالمغرور في حق العُقر(٣)، وكذا إذا كان الحالق حلالا(٤)، لا يختلف الجواب في المحلوق رأسه(٥)، وأما الحالق تلزمه الصدقة في مسألتنا(٦) في الوجهين. وقال الشافعي: لاشيء عليه، وعلى هذا الخلاف(٧) إذا حلق المحرمُ رأس حلال. له أن معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره، وهو الموجب. ولنا أن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام؛ لاستحقاقه الأمان بمنزلة نبات الحرم(٨)، فلا يفترق الحالُ بين شعره، وشعر غيره، إلا أن كمال الجناية في شعره(٩). فإن أخذ(١٠) من شارب حلالٍ، أو قلّم أظافيره، أطعمَ

---

(١٢) في الدنيا.

(١) قوله: "بخلاف المضطر إلخ" أي بخلاف المحرم المضطر إلى حلق رأسه، فإنه إذا حلق رأسه يتخير بين الأشياء الثلاثة، إن شاء ذبح، وإن شاء تصدق بها على ستة مساكين، وإن شاء صام ثلاثة أيام. (ك)

(٢) بما وجب عليه من الدم.

(٣) قوله: "فصار كالمغرور إلخ" صورته اشترى رجل جارية فاستولدها، ثم استحقت يغرم قيمة الولد والعقر، ويرجع بقيمة الولد على البائع، ولا يرجع بالعقر؛ لأن العقر بسبب ما كان من الراحة من الوطئ. (بناية)

(٤) أي غير محرم.

(٥) أي يلزم الدم.

(٦) قوله: "في مسألتنا" أي في ما إذا كان الحالق محرما في الوجهين أي في ما إذا كان بأمره، أو بغير أمره. (ك)

(٧) بيننا وبين الشافعي.

(٨) قوله: "بمنزلة نبات الحرم" هذا يقتضي أن الحلال إذا حلق رأس الحلال في الحرم أن يجب الجزاء على الحالق، كما يجب على من يقطع نبات الحرم، وإن كان حلالا، لكني ما صادفت رواية مقتضية، بل وجدت رواية خلافه. (نهاية)

(٩) قوله: "إلا أن كمال الجناية في شعره" جواب سؤال مقدر، تقريره لم يفترق الحال بين الصورتين، وينبغي أن يجب الدم في حلق شعر غيره. (ب)

(١٠) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (ب)

ما شاء، والوجه فيه ما بينا[١]، ولا يعرى من نوع ارتفاق[٢]؛ لأنه يتأذّى بتفث غيره[٣] وإن كان أقل من التأذّى بتفث نفسه، فيلزمه الطعام، وإن قصّ أظافير يديه ورجليه[٤]، فعليه دم؛ لأنه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث، وإزالة ما ينمو من البدن، فإذا قلّمها كلها، فهو ارتفاق كاملٌ، فيلزمه الدم. ولا يزداد على دم إن حصل في مجلس واحد؛ لأن الجنايةَ من نوع واحد[٥]، فإن كان في مجالس، فكذلك عند محمد[٦]؛ لأن مبناها على التداخل، فأشبه[٧] كفارة الفطر، إلا إذا تخللت الكفارة[٨] لارتفاع الأولى بالتكفير[٩]، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب أربعة دماء إن قلّم في كل مجلس يدًا، أو رجلا؛ لأن[١٠] الغالب فيه معنى العبادة، فيتقيد التداخلُ باتحاد المجلس، كما في آي السجدة[١١].

---

(١) هو قولنا: إن إزالة ما ينمو. (نهاية)

(٢) جواب عن قول الشافعي.

(٣) أي المحرم الذي حلق للحلال، أو أخذ شاربه.

(٤) أراد به قص جميع الأظافير. (ب)

(٥) قوله: "لأن الجنايةَ من نوع واحد [أي تسميةً ومعنًى. ك]" فتتداخل حتى لو أتى المحرم الصيد في الحرم لا يجب إلا جزاء واحد. (نهاية)

(٦) أي يجب دم واحد. (ب)

(٧) قوله: "فأشبه" فإنه إذا أفطر في أيام رمضان، فإنه تكفيه كفارة واحدة. (ب)

(٨) "إلا إذا تخللت إلخ" يعني إن كفر للأولى، تجب كفارة أخرى للثانية؛ لارتفاع الجناية الأولى بالتكفير. (بناية)

(٩) فتجب للثانية كفارة مبتدأة.

(١٠) قوله: "لأن الغالب [به خرج الجواب عن كفارة الفطر. ف] إلخ" بدليل أن كفارات الإحرام تجب على المعذورين كالمكره، والناسي، والخاطئ، ولا تجب عليهم العقوبات، بخلاف كفارات الفطر، فإنها لا تجب على المعذور. (ب)

(١١) قوله: "كما في آي السجدة" قلت: لما كان الغالب فيه معنى العبادة يجب أن يكون تداخل الأسباب دون الأحكام، فيلزم أن يكتفى فيه بدم واحد عن الجانبين، فإن كان إحداهما سابقة على الكفارة، والأخرى لاحقة، كما في آي السجدة، فإنه إذا تلا آية السجدة، وسجد لها، ثم تلاها مرة أخرى في ذلك المجلس يكتفى

وإن قصّ يدا أو رجلا، فعليه دم؛ إقامة للربع(١) مقام الكل، كما في الحلق(٢)، وإن قصّ أقلَّ من خمسة أظافير، فعليه صدقة، معناه(٣) تجب بكل ظُفر صدقة. وقال زفر: يجب الدم بقص ثلاثة منها، وهو قول أبي حنيفة الأول؛ لأن في أظافير اليد الواحد دمًا والثلاثُ أكثرها(٤).

وجه المذكور في الكتاب(٥) أن أظافير كفٍ واحدٍ أقلُّ ما يجب الدم بقلمه، وقد أقمناها مقام الكل، فلا يقام أكثرها مقام كلها؛ لأنه يؤدى إلى ما لا يتناهى(٦). وإن قص خمسة أظافير متفرقة(٧) من يديه ورجليه، فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه دم اعتبارا بما لو قصَّها من كف واحد(٨)، وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة(٩). ولهما أن كمال الجناية بنيل الراحة والزينة، وبالقلم على هذا الوجه(١٠) يتأذّى ويشينُه(١١) ذلك، بخلاف الحلق(١٢)؛ لأنه معتاد على ما مر،

ولا كذلك ههنا. أجيب بأن معنى العقوبة يكتفى بدم واحد، ومعنى العبادة يقتضى أن يجب دمان، فلما دار بين العبادة والعقوبة يجب دم، أو دمان، فأوجبنا الدمين احتياطًا. (ملا إله داد)

(١) قوله: "إقامة للربع إلخ" إشارة إلى أن الموجب للدم الواحد تقليم جميع الأظفار غير أنه لو قلم أظافير يد واحدة، أو رجل واحد إنما يجب الدم بإقامة الربع مقام الكل، كما في حلق ربع الرأس. (ملا إله داد)

(٢) أي حلق ربع الرأس واللحية؛ لأن في حلق ربع غيرهما تجب الصدقة. (ف)

(٣) أي معنى قول القدوري. (ب)

(٤) وللأكثر حكم الكل.

(٥) من أنه يجب الصدقة لا الدم.

(٦) قوله: "لأنه يؤدى إلى ما لا يتناهى إلخ" كلام خطابي لا تحقيقي، أي كان يجب أن يقام أكثر الثلاثة أيضًا كالظفرين، ثم يقام أكثرهما، وهكذا إلى أن يجب لقطع جوهرين لا يتجزان. (فتح القدير)

(٧) بالجر صفة المعدود، كما في قوله تعالى: ﴿سبع بقرات سمان﴾ (ب)

(٨) قوله: "بما لو قصها من كف واحد" لأن الخمسة أربع الأصابع، فصار قصها متفرقة كقصها من يد واحدة. (ب)

(٩) فإنه يضم بعضه إلى بعض، كما في النجاسة. (ب)

(١٠) أي المتفرق.

(١١) أي يعيبه.

وإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة، فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين، وكذلك لو قلم أكثر من خمسةٍ متفرقا إلا أن يبلغ ذلك دما، فحينئذٍ ينقص عنه ما شاء[1].

قال: وإن انكسر ظفر المحرم، وتعلق فأخذه، فلا شيء عليه؛ لأنه لا ينمو بعد الانكسار، فأشبه اليابس[2] من شجر الحرم، وإن تطيّب، أو لبس[3]، أو حلق من عذر، فهو مخير، إن شاء ذبح شاة، وإن شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة أصْوُع[4] من الطعام، وإن شاء صام ثلاثة أيامٍ؛ لقوله تعالى[5]: ﴿ففدية من صيام أو صدقة أو نُسُك[6]﴾، وكلمة "أو" للتخيير، وقد فسرها[7] رسول الله عليه السلام بما ذكرنا*، والآية نزلت في المعذور[8]، ثم الصوم يجزئه في أيّ موضع شاء[9]؛ لأنه عبادة في

(١٢) جواب عن قياس محمد.

(١) قوله: "فحينئذٍ ينقص عنه ما شاء" حتى لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو أربعة، فعليه لكل ظفر طعام مسكين إلا أن يبلغ ذلك دما، فينقص ما شاء. (ب)

(٢) قوله: "فأشبه اليابس" حيث لا يجب عليه شيء إذا قلعه، وكذلك الشعر المقطوع، وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم أن له أن يزيل عن نفسه ما كان منكسرا منه.

(٣) قوله: "أو لبس" من عذر بأن اضطر إلى تغطية الرأس لخوف الهلاك من البرد، أو للمرض، أو لبس السلاح للحرب. (ف)

(٤) جمع صاع.

(٥) أول الآية: ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى محله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية﴾.

(٦) مصدر.

(٧) الآية.

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٢٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٠٣ ص٣٩. (نعيم)

(٨) قوله: "نزلت في المعذور" وهو كعب بن عجرة بضم العين المهملة وسكون الجيم ابن أمية ابن عدى شهد بيعة الرضوان مات سنة ثلاث وخمسين بالمدينة، وأخرج الأئمة الستة أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم مر به، وهو بالحديبية قبل أن يدخل مكة، وهو محرم يوقد تحت قدره ناراً، والقمل يتناثر على وجهه، فقال: آذى بك هوامك، قال: نعم، قال: فاحلق رأسك، وأطعم فرقا بين ستة مساكين، والفرق ثلاثة أصوع، أو صم ثلاثة أيام، أو نسك شاة. (عيني)

كل مكان، وكذلك الصدقة عندنا[١] لما بينا. وأما النسك[٢] فيختص بالحرم بالاتفاق؛ لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان[٣]، أو مكان[٤]، وهذا الدم لا يختص بزمان، فتعيّن اختصاصه بالمكان. لو اختار الطعام أجزأه فيه التغدية[٥]، والتعشية[٦] عند أبي يوسف اعتباراً بكفارة اليمين، وعند محمد لا يجزئه؛ لأن الصدقة تنبئ عن التمليك[٧]، وهو المذكور.

فصل[٨]

فإن نظر إلى فرج امرأته[٩] بشهوة، فأمنى، لا شيء عليه؛ لأن المحرّم هو الجماع، ولم يوجد[١٠]، فصار كما لو تفكّر فأمنى[١١]، وإن قبّل، أو لمس

(٩) بالاتفاق بين الأئمة الأربعة. (ب)

(١) قوله: "عندنا" خلافا للشافعي هو يقول: المقصود به رفق فقراء الحرم، ووصول المنفعة إليهم، فلا يجزئه الطعام إلا في الحرم، ولكنا نقول: التصدق قربة في أي موضع كان فهو بمنزلة الصيام. (نهاية)

(٢) قوله: "وأما النسك" يقال: نسك لليد نسكًا ومنسكًا إذا ذبح لوجهه، ويقال: من فعل كذا، فعليه نسك أي دم يريقه بمكة، ثم قالوا: لكل عبادة نسك، ومنه قوله تعالى: ﴿إن صلاتي ونسكي﴾ الآية، كذا في "المغرب". والمرا د به ههنا الهدى يذبحه في الحرم بطريق الجزاء عما باشره من محظورات الإحرام، وذلك مخصوص بالحرم؛ لقوله تعالى في جزاء الصيد: ﴿هديا بالغ الكعبة﴾، وذلك واجب بطريق الكفارة، فصار أصلا في كل هدى. (نهاية)

(٣) كالأضحية. (ب)

(٤) كالهدايا.

(٥) طعام صبح خورانيدن.

(٦) طعام شام خورانيدن.

(٧) قوله: "لأن الصدقة إلخ" أي الصدقة المذكورة في الآية تنبئ عن التمليك، وهو المذكور في الآية، وإنما ذكر الضمير اعتباراً بالخبر، وهذا بخلاف كفارة اليمين، فإن اليمين المذكور فيه إلا طعام لا الصدقة. (ب)

(٨) قوله: "فصل" لما شرع في باب الجنايات ذكر كل نوع منها بفصل على حدة، وقدم جناية الجماع ودواعيه على غيره؛ لأنه هو المهم في الباب، وأما تقديم الطيب واللبس عليه، فلأن ذلك كالوسيلة للجماع. (نهاية)

(٩) قوله: "إلى فرج امرأته" إنما قال كذلك وإن كان الحكم في غير امرأته كذلك؛ لأن نظر فرج الأجنبية حرام، ولا يظن بالمسلم ارتكاب الحرام، فراعى الأدب. (ب)

(١٠) قوله: "ولم يوجد" لأن الجماع هو قضاء الشهوة على سبيل الاجتماع صورةً، أو معنًى، أما صورةً: فهو الإيلاج، وأما معنًى: فهو الإنزال، ولم يوجد ذلك.

بشهوة، فعليه دم، وفى "الجامع الصغير"[١] يقول: إذا مس بشهوة فأمنى، ولا فرق[٢] بين ما إذا أنزل، أو لم ينزل، ذكره فى "الأصل"[٣]، وكذا[٤] الجواب فى الجماع فيما دون الفرج[٥]، وعن الشافعى[٦] أنه يفسد إحرامه فى جميع ذلك[٧] إذا أنزل، واعتبره بالصوم. ولنا أن فساد الحج يتعلق بالجماع[٨]، ولهذا لا يفسد[٩] بسائر المحظورات، وهذا[١٠] ليس بجماع مقصود، فلا يتعلق به[١١] ما يتعلق[١٢] بالجماع، إلا أن فيه[١٣] معنى

---

(١١) فإنه لا يجب فيه شيء.

(١) قوله: "وفى الجامع الصغير" إنما ذكر لفظ "الجامع الصغير" بشرط الإمناء مع المس بشهوة فى حق وجوب الدم، وقال قاضى خان: ذكر في الأصل المس، ولم يشترط فى المس الإنزال، والصحيح ما ذكره ههنا أي فى "الجامع الصغير" حتى يكون جماعًا من وجه. (ن)

(٢) مخالف لما صححه قاضى خان. (ف)

(٣) قوله: "ذكره فى الأصل" أى محمد فى "المبسوط" حيث قال: المس والتقبيل من شهوة، والجماع فى ما دون الفرج، أنزل أو لم ينزل لم يفسد الإحرام، ولكن يوجب الدم. (ب)

(٤)أى يجب الدم أنزل، أو لم ينزل.

(٥) كإدخال الذكر بين الفخذ والسترة. (ب)

(٦) نسبة هذا الرواية إليه غيرصحيحة، فإن النووى صرح فى "شرح المهذب" نحو ذهبناكذا قال العيني.

(٧) قوله: "فى جميع ذلك" إشارة إلى اللمس بشهوة والتقبيل بشهوة والجماع فى ما دون الفرج، يعنى يفسد إحرامه عند الشافعى إذا أنزل، واعتبره بالصوم، فإن الصوم إنما يفسد بهذه الأشياء إذا أنزل؛ لأنه مواقعة معنى. (ب)

(٨) قوله: "يتعلق بالجماع" قلت: نعم، ولكن المس داع، والقبلة مع الإنزال جماع معنًى، وفساد العبادة يثبت بالشبهة، فالاحتياط هو الحكم بالفساد، كما فى الصوم، وقد يقال فى جوابه: إن القضاء فى الحج كالكفارة فى الصوم، فإن كلا منهما أقصى ما يجب فى بابه، فإن أقصى ما يجب فى الحج هو القضاء، والدم دونه، وأقصى ما يجب فى الصوم الكفارة، والقضاء دونه، فما لا يوجب الكفارة فى الصوم لا يوجب القضاء فى الحج، كما فى الصورة المذكورة. (ملا إله داد رحمة عليه)

(٩) قوله: "ولهذا لا يفسد" أى لتعلق فساد الحج بالجماع لا يفسد الحج بسائر ممنوعات الإحرام كلبس المخيط، واستعمال الطيب ونحوها. (بناية)

(١٠) أى اللمس والتقبيل بلا إنزال.

(١١) أى الفساد.

(١٢) أى لعينه. (ن)

(١٣) دفع ما يقال: فلم يجب الدم.

الاستمتاع والارتفاق بالمرأة، وذلك محظور الإحرام، فيلزمه الدم، بخلاف الصوم[١]؛ لأن المحرم فيه قضاء الشهوة، ولا يحصل بدون الإنزال فيما دون الفرج. وإن جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة، فسد حجه[٢]، وعليه شاة[٣]، ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسده وعليه القضاء. والأصل فيه ما روى[٤] أن رسول الله عليه السّلام سئل عمن واقع[٥] امرأته وهما محرمان بالحج، قال: «يُريقان دمًا ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابلٍ»*، وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة[٦]، وقال الشافعي[٧]: تجب بدنة اعتبارًا بما لو جامع بعد الوقوف. والحجة عليه إطلاق ما روينا[٨]، ولأن القضاء لما[٩] وجب -ولا يجب[١٠] إلا لاستدراك المصلحة- خف[١١] معنى الجناية،

(١) جواب عن قياس الشافعي. (ب)

(٢) وكذا حج المرأة مكرهة، أو مطاوعة. (ب)

(٣) ويجزئ شركة بقرة أو جزور. (ب)

(٤) رواه أبو داود في "المراسيل" والبيهقي. (ب)

(٥) أي جامع.

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٤٠٥ص٤٠. (نعيم)

(٦) رواه مالك في "الموطأ" عن عمر، وعلي، وأبي هريرة. (عيني)

(٧) وبه قال أحمد ومالك. (ب)

(٨) قوله: "إطلاق ما روينا [وهو قوله: يريقان دمًا. ب]" لا يقال: المطلق ينصرف إلى الكامل، وهو الجزور، لأنا نقول: إنه ينصرف إلى الكامل في الماهية مع التيقن به، والشاة كامل فتجزئه. (نهاية)

(٩) شرط.

(١٠) قوله: "ولا يجب [هذه جملة معترضة بين الشرط وجوابه. ب]" أي لا يجب القضاء ههنا إلا لاستدراك فساد حجه الذي كان شرع فيه، وهو مصلحة أي إصلاح أمره وشأنه، فلما وجب القضاء، فكأنه لم يفسد حجه، فكان ينبغي أن لا يجب الدم، لكن وجب هذا الدم لتعجيل هذا الإحلال، والشاة تكفيه، كما في المحصر. بخلاف ما إذا جامع بعد الوقوف، فإن ذلك الدم وجب جزاء بفعله؛ لأنه لم يجب القضاء عليه عندنا، فيجب أن يكون الجزاء أزيد من الدم. (نهاية)

(١١) جزاء.

فيكتفى بالشاة، بخلاف ما بعد الوقوف[١]؛ لأنه لا قضاء[٢]، ثم سوّى[٣] بين السبيلين، وعن أبى حنيفة أن فى غير القبل منهما لا يفسده لتقاصر معنى الوطئ، فكان عنه روايتان[٤].

وليس عليه[٥] أن يفارق امرأته فى قضاء[٦] ما أفسداه عندنا، خلافًا لمالك[٧] إذا خرجا من بيتهما، ولزفر إذا أحرما، وللشافعى إذا انتهيا إلى المكان الذى جامعها فيه. له[٨] أنهما يتذاكران[٩] ذلك، فيقعان فى المواقعة فيفترقان. ولنا أن الجامع بينهما -وهو النكاح- قائم، فلا معنى للافتراق[١٠] قبل الإحرام لإباحة الوقاع، ولا بعده؛ لأنهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة[١١] بسبب لذة يسيرة[١٢]، فيزدادان نَدَمًا[١٣] وتحرزا، فلا معنى

(١) جواب عن قياس الخصم. (ب)

(٢) فى فساد الحج بالجماع.

(٣) أى القدورى.

(٤) الأولى: أنه يفسد، والثانية: أنه لا يفسد.

(٥) قوله: "وليس عليه" يعنى لا يجب عليه المفارقة، وإنما هى مستحبة، ويحمل على الاستحباب ما روى عن الصحابة من الافتراق. (إله داد)

(٦) فى العام القابل.

(٧) قوله: "خلافًا لمالك" يعنى إذا أراد قضاء الحج من قابل، يفترقان عند مالك من حين خروجهما من بيتهما، وفى "شرح الوجيز": أن قول مالك كقول زفر فى أنهما يفترقان إذا أحرما، فيحتمل أن يكون عنهما روايتان. وقال السروجى: ما نسبه إلى مالك لا أصل له، قلت: هو لم يطلع على جميع كتب المالكية، وأما عند الشافعى فهما يفترقان إذا أتيا المكان الذى جامعا فيه، وبه قال أحمد. (ب)

(٨) قوله: "له" أى للشافعى، وقيل: لمالك، والأول أولىٰ؛ لكونه أقرب، وفى بعض النسخ لهم أى لزفر ومالك والشافعى، وهو الأصح؛ لأنه ذكر دليلا هو أوقع لأقوالهم.

(٩) الزوجان.

(١٠) من البيت، أو من مكان الجماع.

(١١) وهى السفرة الثانية.

(١٢) أى الجماع.

(١٣) أى ندامة.

للافتراق. ومن جامع بعد الوقوف بعرفة[١] لم يَفْسُد حجه، وعليه بُدْنَة، خلافًا للشافعي فيما إذا جامع قبل الرمي[٢]؛ لقوله ﷺ[٣]: «من وقف بعرفة فقد تم حجه[٤]»، وإنما تجب البدنة[٥]؛ لقول ابن عباس*، أو لأنه[٦] أعلى أنواع الارتفاق[٧]، فيتغلّظ موجبَه[٨]

وإن جامع بعد الحلق، فعليه شاة[٩]؛ لبقاء إحرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما أشبهه[١٠]، فخفّ الجناية، فاكتفى بالشاة، ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط فسدت عمرتُه، فيمضي فيها ويقضيها،

---

(١) أي قبل الحلق؛ لما سيذكر أن الوقاع بعده يوجب شاة.

(٢) قوله: "في ما إذا جامع قبل الرمي" فإن على قول الشافعي: إذا جامع قبل الرمي يفسد حجه؛ لأن إحرامه قبل الرمي مطلق.
ألا يرى أنه لا يحل له شيء مما هو حرام على المحرم، والجماع في الإحرام المطلق مطلق مفسد للحج، كما قبل الوقوف بعرفة، بخلاف ما بعد الرمي، وقد جاء أوان التحلل، وحل له الحلق الذي كان حراما عليه. (نهاية)

(٣) أخرجه أحمد وأصحاب السنن. (ب)

(٤) قوله: "فقد تم حجه" والتمام حقيقة غير مراد؛ لأنه بقي عليه طواف الزيارة، فعلم أن المراد التمام حكمًا، وذلك بفراغ ذمته عن الواجب، أو أمن الفساد، والأول غير مراد، فتعين الثاني. (د)

(٥) قوله: "وإنما تجب إلخ" هذا جواب عما يقال: إذا لم يفسد الحج بالجماع بعد الوقوف، فكان ينبغي أن لا يجب عليه شيء بعد تمامه؛ لأنه لا يقبل الجناية، فلا يقضي جزاء. وتقرير الجواب أن وجوب البدنة لقول ابن عباس رض، وهو ما رواه مالك في "الموطأ" عن ابن الزبير المكي عن عطاء بن أبي رباح عن عبد الله بن عباس رض أنه سئل عن رجل واقع، وهو بمنى قبل أن يفيض، فأمره أن ينحر بدنة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٢٧، والدراية ج٢، ص٤١. (نعيم)

(٦) أي الجماع. (ب)

(٧) لوفور اللذة. (عناية)

(٨) بفتح الجيم. (ب)

(٩) قوله: "فعليه شاة" هذا إذا لم يكن جامع بعد ما طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة، وإذا كان بعد ذلك، فلا شيء عليه، ولو كان لم يحلق حتى طاف أربعة أشواط، ثم جامع، فعليه دم.
وفي "الغاية" معزيًا إلى "المبسوط" و"البدائع": لو جامع القارن أول مرة بعد الحلق قبل الطواف، فعليه بدنة للحج، وشاة للعمرة؛ لأنه محرم بهما في حق النساء، وهذا مخالف لما ذكره في الكتاب وشرح القدوري، فإنهم يوجبون على الحاج شاة بعد الحلق. (ف)

(١٠) كمس الطيب.

وعليه شاة، وإذا جامع بعد ما طاف أربعة أشواط[١]، أو أكثر، فعليه شاة، ولا تفسد عمرته. وقال الشافعي: تفسد في الوجهين[٢]، وعليه بدنةٌ اعتبارًا بالحج إذ هي فرض عنده كالحج، ولنا أنها سنة، فكانت أحطّ رتبة منه، فتجب الشاة فيها، والبدنة في الحج، إظهارًا للتفاوت[٣].

ومن جامع ناسيًا[٤] كان كمن جامع متعمّدًا[٥]، وقال الشافعي: جماع الناسي غير مفسد للحج[٦]، وكذلك الخلاف[٧] في جماع النائمة والمكرهة، هو يقول: الحظر ينعدم بهذه العوارض[٨]، فلم يقع الفعل جناية. ولنا[٩] أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الإحرام ارتفاقًا مخصوصًا، وهذا لا ينعدم بهذه العوارض[١٠]، والحج ليس في معنى الصوم[١١]؛ لأن حالات الإحرام مذكّرة بمنزلة حالات الصلاة بخلاف

(١) قوله: "وإذا جامع بعد ما طاف أربعة أشواط إلخ" يرد ههنا أنه يلزم تفضيل العمرة على الحج؛ لأنه إذا جامع بعد ما طاف أربعة أشواط من طواف زيارة الحج، لا يجب عليه شيء، وفي العمرة يجب شاة. (ع)

(٢) أي سواء كان الجماع قبل الطواف أربعة أشواط، أو بعده.

(٣) بينهما.

(٤) لإحرامه.

(٥) أي في حق إفساد الحج. (ب)

(٦) قوله: "جماع الناسي غير مفسد إلخ" فعل النسيان غير مؤثر في الإفساد، كما في الصوم، وجعل الإكراه والنوم كالنسيان، فلم يقع الفعل جناية. (ع)

(٧) فعنده لا يفسد، وعندنا يفسد.

(٨) قوله: "بهذه العوارض" لأن حكم النسيان والنوم مرفوع بالحديث المشهور، والإكراه في معناهما؛ لأن عدم القصد يشمل الكل. (ك)

(٩) قوله: "ولنا إلخ" يريد به أن هذا الحكم تعلق بعين الجماع، فلا يترتب فوته بهذه الأعذار، وهذا لأن المنهي عنه في الإحرام الرفث، وهو اسم للجماع.
ألا ترى أنه يلزمه الاغتسال، ويثبت به حرمة المصاهرة، فكذا يتعلق به فساد النسك، وهذا بخلاف الصوم، فإنه لم يقترن بحاله ما يذكره، فجعل النسيان عذرا بخلاف القياس، وههنا قد اقترن بحالة يذكره، وهو هيئة المحرم، فلا يعذر بالنسيان، كما في الصلاة إذا أكل أو شرب. (كفاية)

(١٠) أي النسيان والنوم والإكراه.

(١١) جواب عن اعتبار الشافعي. (ب)

الصوم، والله أعلم.

فصل[1]

ومن طاف طواف القدوم محدثا، فعليه صدقة[2]، وقال الشافعي: لا يعتد به[3]؛ لقوله ﷺ: «الطواف بالبيت صلاة[4] إلا أن الله تعالى أباح فيه المنطق»*، فتكون الطهارة من شرطه.

ولنا قوله تعالى[5]: ﴿وليطّوّفوا بالبيت العتيق﴾ من غير قيد الطهارة، فلم تكن فرضًا، ثم قيل[6]: هي سنة، والأصح[7] أنها واجبة؛ لأنه يجب بتركها الجابر، ولأن الخبر يوجب العمل[8]، فيثبت به الوجوب، فإذا شرع[9] في هذا الطواف[10] -وهو[11] سنة- يصير واجبًا بالشروع، ويدخله

---

(١) قوله: "فصل" شرع في هذا الفصل في جنس جناية أخرى، وهي الجناية التي تتحقق في حق الطواف، وإنما قدم ما ذكر قبل هذا؛ لأن ذلك جناية تتحقق في حالة الإحرام، وهو شرط، والطواف ركن. (نهاية)

(٢) قوله: "فعليه صدقة [كل موضع فيه صدقة، فالمراد به نصف صاع من بر، أو صاع من شعير، أو صاع من تمر، إلا ما يجب بقتل جرادة، أو قمل، أو إزالة شعرات قليلة، فإن فيها يتصدق بما شاء. عيني]" موافق لما في عامة نسخ القدوري، ومخالف لما في "مبسوط شيخ الإسلام"، فإنه قال: ليس لطواف التحية محدثًا ولا جنبًا شيء؛ لأنه لو تركه لم يكن عليه شيء، فكذا تركه من وجه، والوجهان اللذان ذكرهما المصنف لإبطال كون الطهارة سنة، كافلان بإبطاله. (ف)

(٣) أي طواف المحدث.

(٤) قوله: "الطواف بالبيت صلاة" روى الترمذي عن ابن عباس رض مرفوعا: «الطواف بالبيت صلاة إلا أنكم تتكلمون فيه فمن تكلم لا يتكلم إلا بخير».

وجه الاستدلال أنه تشبيه للحكم بدليل الاستثناء من الحكم، فكأنه قال: هو في حكم الصلاة في جميع الأحكام إلا في حكم الكلام، فيصير ما سوى الكلام داخلا تحت الصدر، ومنه اشتراط الطهارة. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٢٨، والدراية ج٢، ص٤١. (نعيم)

(٥) قوله: "ولنا قوله تعالى" وجه الاستدلال أنه أمر بالطواف، وهو الدوران حول الكعبة من غير قيد الطهارة، فلم يكن فرضا بالآية، ولا يجوز الزيادة عليه بخبر الواحد لئلا يلزم النسخ. (عناية)

(٦) القائل: ابن شجاع. (بناية)

(٧) وهو قول أبي بكر الرازي. (ب)

(٨) وإن كان من أخبار الآحاد، فإنه يوجب العمل دون العلم.

(٩) قوله: "فإذا شرع [محدثًا] إلخ" دليل على وجوب الصدقة على تقدير كون الطواف سنة. (عناية)

نقص بترك الطهارة، فيجبر بالصدقة إظهاراً لدنوّ رتبته[١] عن الواجب بإيجاب الله تعالى، وهو طواف الزيارة، وكذا الحكم[٢] في كل طواف هو تطوع. ولو طاف طواف الزيارة محدثا، فعليه شاة؛ لأنه أدخل النقص في الركن، فكان أفحش من الأول، فيجبر بالدم[٣]، وإن كان جنبًا، فعليه بدنة، كذا روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما[٤]، ولأن الجنابة أغلظ من الحدث، فيجبُ جبر نقصانها بالبدنة إظهارا للتفاوت[٥]، وكذا إذا طاف أكثره جنبًا أو محدثًا؛ لأن أكثر الشيء له حكم كله[٦].

والأفضل أن يعيد الطواف[٧] ما دام بمكة، ولا ذبح عليه[٨]، وفى بعض النسخ[٩]: وعليه أن يعيد، والأصح أنه يؤمر بالإعادة فى الحدث

---

(١٠) أى طواف القدوم.

(١١) الواو حالية.

(١) قوله: "لدنو رتبته إلخ" الصواب لدناءة رتبته؛ لأن الدنو هو القرب، والدناءة هو الانحطاط، وهو المناسب ههنا. (إله داد رحمة الله تعالى)

(٢) أى وجوب الصدقة إذا كان محدثًا.

(٣) أى النقص الذى يدخل الواجب.

(٤) غريب من ابن عباس. (ب)

(٥) قوله: "إظهارا للتفاوت [بين الجنابة والحدث]" فإن قلت: ينبغى أن لا يختلف الجناية بين الفرض والنفل؛ لما أن نقائص الحج كنقائص الصلاة، ثم إن سجدتي السهو فيها كما يجب بالنقائص فى الفرائض، كذلك يجب فى النوافل. قلت: نعم، إلا أن الجابر فى الصلاة شيء واحد متعين، فإنه ليس له جابر شرعًا سواه، وأما ههنا: فالجابر شرع مختلفًا فى نفسه من البدنة والشاة، فأمكن ههنا إظهار التفاوت. (نهاية)

(٦) أى تركا وتحصيلا. (نهاية)

(٧) قوله: "والأفضل إلخ" وجه ذلك أن فيه تحصيل بالجبر بما هو من جنسه، فكان أفضل. (ب)

(٨) قوله: "ولا ذبح عليه" بناء على أن الطواف الأول وإن كان بغير طهارة يعتد به، وإلا يلزم الدم بتأخيره، فإذا كان معتدا به، وقد أعاده، ولم يبقَ إلا شبهة النقصان، وهو نقصان الطواف بالحدث، وهى لا يوجب شيئًا. (ب)

(٩) قوله: "وفى بعض النسخ [أى نسخ القدورى، وقال الكاكي: بعض نسخ المبسوط، والصحيح ما ذكرناه. عينى]" فهذه النسخة تدل على الوجوب، والنسخة التى فيها الأفضل يدل على الاستحباب، لا الوجوب، فهذا إذا كان الطواف مع الحدث؛ وتلك تحمل على ما إذا كان مع الجنابة. (ب)

استحبابًا، وفى الجنابة إيجابًا؛ لفحش النقصان بسبب الجنابة، وقصوره بسبب الحدث، ثم إذا أعاده -وقد[١] طافه محدثًا- لا ذبح عليه وإن[٢] أعاده بعد أيام النحر؛ لأن بعد الإعادة لا تبقى إلا شبهةُ النقصان[٣]، وإن أعاده -وقد[٤] طافه جنبًا فى أيام النحر- فلا شىء عليه؛ لأنه أعاده فى وقته، وإن أعاده بعد أيام النحر، لزمه الدم[٥] عند أبى حنيفة بالتأخير على ما عرف من مذهبه[٦]. ولو رجع إلى أهله -وقد طافه جنبًا- عليه أن يعود؛ لأن النقص كثير، فيؤمر بالعود استدراكًا له، ويعود بإحرام جديد[٧].

وإن لم يَعُدْ، وبعث بدنة أجزأه؛ لما بينا أنه جابر له، إلا[٨] أن الأفضل هو العود[٩]، ولو رجع إلى أهله، وقد[١٠] طافه محدثًا، إن عاد وطاف جاز، وإن بعث بالشاة، فهو أفضل؛ لأنه خفّ معنى النقصان، وفيه نفع

---

(١) الواو حالية.

(٢) الواو وصلية.

(٣) وهى شبهة النقصان، و ينبغى أن تجب الصدقة.

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "لزمه الدم [أخذ منه أبو بكر الرازى أن المعتبر هو الطواف الثانى، وهو الأصح، قول الكرخى: أقرب إلى الفقه. ب] عند أبى حنيفة إلخ" أخذ منه أبو بكر الرازى أن المعتبرة فى فصل الجنابة الطواف الثانى، وينفسخ الأول به. وذهب الكرخى إلى أن المعتبر فى الفصلين هو الأول، وصححه صاحب "الإيضاح"؛ إذ لا شك فى وقوع الأول معتدا به، حتى حل به النساء، واستدل الكرخى بما فى الأصل: لو طاف للعمرة جنبًا، أو محدثًا فى رمضان، وحج من عام، لم يكن متمتعا، أعاده فى شوال، أو لم يعده. (ف)

(٦) أى بتأخير النسك عن أيامه يجب الدم. (ب)

(٧) قوله: "ويعود بإحرام جديد [هذا إذا جاوز الميقات، وإلا فلا حاجة إلى إحرام جديد. عينى]" فإن قلت: لما كان الطواف الأول بمنزلة العدم لفحش الجنابة، كان هو فى الإحرام أبدًا، فإنه قال بعد هذا: ولو لم يطف طواف الزيارة حتى رجع أهله، فعليه أن يعود بذلك الإحرام، وهو محرم فى حق النساء أبدًا حتى يطوف، قلت: لأن التحلل وقع من وجه؛ لأن أصل الطواف قد وجد. (نهاية)

(٨) استثناء من قوله: أجزأه.

(٩) ليكون الجابر من جنس المجبور. (ن)

(١٠) الواو حالية.

للفقراء[١].

ولو لم يطف طواف الزيارة أصلا، حتى رجع إلى أهله، فعليه أن يعود بذلك الإحرام[٢]؛ لانعدام التحلّل منه، وهو محرم عن النساء أبدًا حتى يطوف[٣]، ومن طاف طواف الصدر محدثًا، فعليه صدقة؛ لأنه دون طواف الزيارة وإن[٤] كان واجبًا، فلا بد من إظهار التفاوت[٥]. وعن أبي حنيفة أنه تجب شاة[٦] إلا أن الأول أصح[٧]، ولو طاف[٨] جنبا، فعليه شاة؛ لأنه نقص كثير، ثم هو دون طواف الزيارة[٩]، فيكتفي بالشاة.

ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواط فما دونها، فعليه شاة؛ لأن النقصان بترك الأقل يسير[١٠]، فأشبه النقصان بسبب الحدث، فيلزمه شاة، فلو رجع إلى أهله أجزأه أن لا يعود، ويبعث شاة؛ لما بينا[١١].

(١) أي بعث الشاة.

(٢) وكذا إذا رجع إلى أهله، وقد ترك أربعة أشواط فأكثر. (ف)

(٣) وكلما جامع لزمه دم. (ف)

(٤) الواو وصلية.

(٥) بين الواجب والركن.

(٦) وهو رواية الكرخي. (ب)

(٧) قوله: "إلا أن الأول [أي وجوب الصدقة، وهو رواية القدوري. ب] أصح" ذكر روايتين في حكم طواف الصدر، وههنا رواية ثالثة، وهي رواية أبي حفص أنه يجب الصدقة. (ف)

(٨) طواف الصدر.

(٩) دفع لما يقال، فينبغي أن يجب البدنة، كما في طواف الزيارة.

(١٠) قوله: "لأن النقصان بترك الأقل يسير [لرجحان جانب الوجود بالكثرة. ف]" وعن هذا ذكر بعضهم أن الركن عندنا هو أربعة أشواط، والثلاثة الأخر واجبة؛ لأن تركها يجبر بالدم، وإنما يجبر به الواجب، وهذا حكم لا يعلل به؛ إذ جبرها بالدم ممنوع عند المخالف، بل جبرها به لإقامة الأكثر مقام الكل، وسبب ذلك أي اختصاص هذه العبادة بهذا الحكم دون الصلاة والصوم، إذ لا يقام الأكثر منها مقام الكل قوله عليه الصلاة والسلام: «الحج عرفة ومن وقف بعرفة فقد تم حجه» مع العلم ببقاء ركن آخر عليه. (ف)

(١١) قوله: "لما بينا" أشار به إلى قوله: لأن النقصان إلخ، وقيل: أشار به إلى قوله: لأنه خف معنى النقصان، وفيه نفع للفقراء. (ب)

ومن ترك أربعة أشواط بقي محرمًا أبدًا، حتى يطوفها؛ لأن المتروك أكثر فصار كأنه لم يطف أصلا، ومن ترك طواف الصدر، أو أربعة أشواط منه، فعليه شاة[١]؛ لأنه ترك الواجب[٢]، أو الأكثر منه[٣]، وما دام بمكة يؤمر بالإعادة إقامة للواجب في وقته[٤]. ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر، فعليه الصدقة[٥]، ومن طاف طواف الواجب[٦] في جوف الحِجر[٧]، فإن كان بمكة أعاده؛ لأن الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمناه[٨]، والطواف في جوف الحجر أن يدور حول الكعبة، ويدخل الفَرْجتين اللتين بينها وبين الحطيم، فإذا فعل ذلك فقد أدخل نقصًا في طوافه، فما دام بمكة أعاده كله؛ ليكون مؤديًا للطواف على الوجه المشروع. وإن أعاد على الحجر[٩] خاصة أجزأه؛ لأنه تلافى[١٠] ما هو المتروك، وهو[١١] أن يأخذ عن يمينه خارج الحجر، حتى ينتهي إلى آخره، ثم يدخل الحجر من الفرجة، ويخرج من الجانب الآخر، هكذا يفعله سبع

---

(١) أي إذا رجع إلى أهله، ولا يؤمر بالعود إلى مكة للإعادة. (ن)

(٢) في ترك طواف الصدر بكله.

(٣) في ترك أربعة أشواط.

(٤) قوله: "في وقته" أي في مطلق الزمان؛ لأنه ليس بموقت بأيام النحر، ولهذا لا يجب شيء بالتأخير. (ب)

(٥) قوله: "فعليه الصدقة [لكل شوط نصف صاع من بر. ب]" أي يطعم ثلاثة مساكين كل مسكين نصف صاع من بر لكل شوط نصف صاع إظهارا لانحطاط رتبته عن طواف الزيارة، كذا في "الكافي"، وعبارة الكتاب توهم أن نصف صاع من بر يكفي إن ترك الأقل. (د)

(٦) وفي بعض النسخ: الطواف الواجب. (ب)

(٧) بالكسر أي الحطيم.

(٨) أراد به الحديث: «الحطيم من البيت». (ب)

(٩) وهو أن يكون وراء الحطيم.

(١٠) بالفاء أي تدارك. (ب)

(١١) إنما ذكر الضمير الراجع إلى الإعادة نظرا إلى الخبر. (ب)

مرات، فإن رجع إلى أهله ولم يعده، فعليه دم؛ لأنه تمكن[١] نقصان فى طوافه بترك ما هو قريب من الربع، فلا تجزئه الصدقة.

ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء[٢]، وطواف الصدر فى آخر أيام التشريق طاهراً، فعليه دم، فإن كان طاف طواف الزيارة جنبًا، فعليه دمان[٣] عند أبى حنيفة. وقالا: عليه دم واحد؛ لأن[٤] فى الوجه الأول[٥] لم ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة؛ لأنه واجب، وإعادةُ طواف الزيارة بسبب الحدث[٦] غير واجب، وإنما هو مستحب فلا ينقل إليه[٧]. وفى الوجه الثانى[٨] ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة؛ لأنه مستحق الإعادة[٩]، فيصير تاركا لطواف الصدر، مؤخّرًا لطواف الزيارة

(١) قوله: "لأنه تمكن إلخ" هذا التعليل إنما يستقيم لو كان الواجب هو طواف الكل؛ لأن الربع يحكى حكاية الكمال، كما فى حلق ربع الرأس، وإذا كان الواجب طواف الكل، كان تاركا طواف الربع، فيجب بتركه ما يجب بترك الكل، كما فى حلق الرأس، ولكن كل الواجب ههنا هو طواف الحطيم باعتبار أنه ترك كل الواجب، فإن طواف ما سواه فرض، لا واجب، فلا معنى لإيجاب الدم بتركه إنما يصح ذلك لو كان طواف الكل واجبا. والأظهر فى التعليل ههنا ما ذكره فى "الكافى" حيث قال: وإن رجع إلى أهله ولم يعده، فعليه دم؛ لأنه ترك ما ثبت وجوبه بخبر الواحد. (د)

(٢) قوله: "على غير وضوء" قال الكاكى: يحتمل الجنابة، قلت: لا يعمل بهذا الاحتمال؛ لأن المراد به الحدث الأصغر جزما. (عينى)

(٣) قوله: "فعليه دمان" لأن الطواف مع الجنابة فى حكم العدم، ويؤمر بالإعادة ما دام بمكة وجوبا، ولما كان فى حكم العدم وجب نقل طواف الصدر إليه؛ لأن العزيمة فى الإحرام حصلت للأفعال على الترتيب الذى شرع، فبطلت نيته على خلاف ذلك، فانتقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة، فيصير كأنه طاف طواف الزيارة فى آخر أيام التشريق، ولم يطف طواف الصدر، فيجب عليه دمان. (ب)

(٤) بيان للفرق بين الوجهين بحيث يظهر منه وجه القولين. (ب)

(٥) وهو إذا طاف طواف الزيارة على غير وضوء. (ب)

(٦) الأصغر.

(٧) بل إنما يجب دم واحد لطواف الزيارة مع الحدث.

(٨) قوله: "وفى الوجه الثانى [وهو ما إذا طاف طواف الزيارة جنبا. ب] إلخ" الفرق بين الوجهين ظاهر، وفائدة نقل طواف الصدر إلى الزيارة سقوط البدنة عنه، وههنا أصل وهو أن كل من أتى بما وجب عليه فى وقته وقع منه نواه، أو لم ينوه، أو نوى طُوافا آخر. (عناية)

(٩) أى يجب عليه إعادته.

عن أيام النحر، فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق[١]، وبتأخير الآخر[٢] على الخلاف[٣]، إلا أنه يؤمر بإعادة طواف الصدر ما دام بمكة، ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا[٤].

ومن طاف لعمرته، وسعى على غير وضوء وحل[٥]، فما دام بمكة يعيدهما[٦]، ولا شيء عليه، أما إعادةُ الطواف، فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث[٧]، وأما السعي فلأنه تبع للطواف، وإذا أعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان، وإن رجع إلى أهله قبل أن يعيد، فعليه دم؛ لترك الطهارة فيه، ولا يؤمر بالعود؛ لوقوع التحلل بأداء الركن[٨] إذ النقصان يسير، وليس عليه في السعي شيء[٩]؛ لأنه أتى به على أثر طواف معتد

---

(١) بين الإمام وصاحبيه.

(٢) أي طواف الزيارة.

(٣) قوله: "على الخلاف" أي بين أبي حنيفة وصاحبيه، فيجب عنده دمان، وعندهما دم واحد. (ب)

(٤) وهو قوله: ما دام بمكة يؤمر بالإعادة. (نهاية)

(٥) أي خرج من الإحرام.

(٦) قوله: "يعيدهما [أي الطواف والسعي]" ظاهره أن الإعادة واجبة، وبه صرح في الشرح، وذلك لأن إخبار المجتهد في حكم الشرع آكد من الأمر. (إله داد)

(٧) قوله: "فلتمكن النقص فيه إلخ" هذا التعليل على ما جاء من أن إعادة الطواف مع الحدث واجبة، كإعادته بسبب الجنابة، وأما على المجاز من أن إعادة طواف الزيارة بسبب الحدث مستحب، وبالجنابة واجب، فهو لا يصح تعليلا، اللهم إلا أن يمنع هذا الحكم على تلك الرواية. (ملا إله داد ح)

(٨) وهو الطواف والسعي.

(٩) قوله: "وليس عليه في السعي شيء" معطوف على قوله: فعليه دم، والمراد ليس عليه لترك جابر السعي شيء، أي لا يجب بمجرد اعتبار السعي محدثا شيء؛ لأنه لا تجب الطهارة فيه، بل الواجب فيه الطهارة في الطواف الذي هو عقيبه؛ وقد جبر ذلك بالدم، وهذا بالاتفاق، بخلاف ما إذا أعاد الطواف وحده ذكر فيه الخلاف، وصحح عدم الوجوب، وهو قول شمس الأئمة السرخسي والمحبوبي.

وذهب كثير من شارحي "الجامع الصغير" إلى وجوب الدم بناء على انفساخ الأول بالثاني وإلا كانا فرضين أو الأول، ولا قائل به، فيلزم كون المعتبر هو الطواف الثاني، فلزم وقوع السعي قبل الطواف، فلا يعتد به، بخلاف ما إذا لم يعد، فإنه لا يوجب انفساخ الأول. والجواب منع انفساخ الأول، فإن الطواف الثاني معتد به جابرا، والأول معتد به في حق الفرض، وهذا أسهل من الفسخ. (ف)

به. وكذا[١] إذا أعاد الطواف، ولم يعد السعى في الصحيح[٢]، ومن ترك السعى بين الصفا والمروة، فعليه دم، وحجه تام؛ لأن السعى من الواجبات[٣] عندنا[٤]، فيلزمه بتركه الدم دون الفساد، ومن أفاض قبل الإمام[٥] من عرفات، فعليه دم.

وقال الشافعى[٦]: لا شيء عليه؛ لأن الركن أصل الوقوف[٧]، فلا يلزمه بترك الإطالة شيء[٨]. ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة؛ لقوله عليه السلام: «فادفعوا بعد غروب الشمس»[٩]*، فيجب بتركه الدم، بخلاف[١٠] ما إذا وقف ليلا؛ لأن استدامة الوقوف على من

(١) أى لا شيء عليه فى السعى. (ك)

(٢) احترز به عما ذكره فى "الجامع" للتمرتاشى، و "شرح الجامع الصغير" لقاضى خان وغيرهما من لزوم الدم. (ب)

(٣) قوله: "لأن السعى من الواجبات" قال فى "البدائع": إذا كان السعى واجبا، فإن تركه لعذر، فلا شيء عليه، وإن تركه بغير عذر، لزمه دم؛ لأن هذا حكم ترك الواجب، كما فى طواف الصدر، فعلى هذا فإلزام الدم فى الكتاب بترك السعى يحمل على عدم العذر. (ف)

(٤) وعند الشافعى ركن.

(٥) قوله: "قبل الإمام" حق الرواية أن يقول: قبل غروب الشمس لما أن المحظور عليه هو هذا، ألا ترى أنه تعرض له فى التعليل. (ن)

(٦) فى أحد قوليه، وفى الآخر: يجب الدم كقولنا، وبه قال أحمد ومالك. (ف)

(٧) قوله: "لأن الركن أصل الوقوف" أى لأن اللازم هو نفس الوقوف لحديث: «من وقف بعرفة تم حجه» دون الاستدامة، فلا يلزم بتركه شيء.
قلنا: المراد بالتمام ههنا الأمن من الفساد من الفوات، والقول بوجوب الاستطالة لا ينافيه. (إله داد)

(٨) أى جزء من الليل. (ب)

(٩) قوله: "فادفعوا بعد غروب الشمس" هذا غريب، ولا شبهة فى أنه عليه الصلاة والسلام دفع بعد الغروب، ويمكن أن يقال: كل ما وقع من قوله أو فعله فى حجة الوداع يحمل على اللزوم، إلا أن يقوم دليل على خلافه؛ لقوله: «خذوا عنى مناسككم». (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٢٨، والدراية ج٢، ص٤١. (نعيم)

(١٠) دفع لما يتوهم من أنه لما كانت الاستدامة واجبة، لزم ترك الواجب فى ما إذا وقف ليلا، فيجب الدم، وليس كذلك.

وقف[١] نهارًا لا ليلا.

فإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس، لا يسقط عنه الدم فى ظاهر الرواية[٢]؛ لأن المتروك لا يصير مستدركًا، واختلفوا[٣] فيما إذا عاد قبل الغروب. ومن ترك الوقوف بالمزدلفة، فعليه دم؛ لأنه[٤] من الواجبات، ومن ترك رمى الجمار فى الأيام كلها، فعليه دم؛ لتحقق ترك الواجب، ويكفيه[٥] دم واحد؛ لأن الجنس متحد[٦] كما فى[٧] الحلق، والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمى[٨]؛ لأنه[٩] لم يُعرف قربة إلا فيها، وما دامت الأيام باقية[١٠]، فالإعادة ممكنة، فيرميها على التأليف[١١]، ثم بتأخيرها[١٢] يجب الدم عند أبى حنيفة خلافًا لهما. وإن ترك رمى يوم واحد، فعليه دم؛ لأنه نسك تام، ومن ترك رمى إحدى الجمار الثلاث[١٣]،

---

(١) أى بالإجماع. (ب)

(٢) قوله: "فى ظاهر الرواية" وروى ابن شجاع عن أبى حنيفة أنه يسقط عنه الدم؛ لأنه استدرك ما فاته، فصار كمن جاوز الميقات وأحرم، ووجه ظاهر الرواية أن المتروك -وهو سنة الدفع مع الإمام- لم يحصل. (ع)

(٣) قوله: "واختلفوا [أى العلماء الثلاثة وزفر، فعنده لا يسقط، وعند الثلاثة يسقط. ب]" فمنهم من قال: لا يسقط عنه الدم؛ لأن استدامة الوقوف قد انقطعت، ولا يمكن تداركها، ومنهم من قال: يسقط؛ لأنه استدرك سنة الدفع مع الإمام. (عناية)

(٤) أى الوقوف بمزدلفة.

(٥) أى فى ترك السبعين. (ب)

(٦) قوله: "لأن الجنس متحد" أى الجنس متحد ذاتا ومحلا، فيكفيه دم واحد، بخلاف قلم الأظفار حيث اعتبرنا هناك اتحاد المجلس؛ لأن الجنس هناك وإن اتحد ذاتا فقد اختلف محلا، فاعتبرنا اتحاد المجلس؛ ليترجح جانب الاتحاد. (د)

(٧) حيث يجب دام واحد بحلق شعر كل البدن. (ب)

(٨) وهو اليوم الرابع. (ب)

(٩) أى الرمى. (ب)

(١٠) فكان هذا نظير تكبير أيام التشريق. (ن)

(١١) يعنى على الترتيب كما كان يرتب فى الأداء. (ف)

(١٢) عن أيامها.

(١٣) من يوم واحد.

فعليه الصدقة[١]؛ لأن الكل في هذا اليوم نسك واحد، فكان المتروك أقل إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف[٢]، فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر. وإن ترك رمى جمرة العقبة في يوم النحر، فعليه دم؛ لأنه كل وظيفة هذا اليوم رميًا[٣]، وكذا[٤] إذا ترك الأكثر منها، وإن ترك منها حصاة، أو حصاتين، أو ثلاثًا تصدق لكل حصاة نصف صاع، إلا أن يبلغ دمًا[٥] فينقص ما شاء؛ لأن المتروك هو الأقل، فتكفيه الصدقة.

ومن أخّر الحلق حتى مضت أيام النحر، فعليه دم عند أبي حنيفة، وكذا إذا أخّر طواف الزيارة حتى مضت أيام التشريق، فعليه دم عنده.

وقالا: لا شيء عليه في الوجهين[٦]، وكذا الخلاف[٧] في تأخير الرمي[٨]، وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي[٩]، ونحر القارن

---

(١) قوله: "فعليه الصدقة [لكل حصاة نصف صاع من بر. ب]" وجوب الصدقة والدم بالترك ليس على الإطلاق، بل هذا لو لم يقض في اليوم الثاني، وأما لو قضى رمي الأول في اليوم الثاني أو اليوم الثالث، أو قضى رمي اليوم الثاني في الثالث، فالجواب إنما هو على قول أبي حنيفة، أما على قولهما فلا دم ولا صدقة؛ لأن تأخير النسك وتقديمه عنده موجب للجزاء خلافًا لهما. (ن)

(٢) قوله: "إلا [استثناء من قوله: فعليه الصدقة. ب] أن يكون المتروك أكثر من النصف" بأن ترك مثلا إحدى عشرة حصيات، ورمى عشرة حصيات، فإنه يلزم حينئذِ الدم؛ لأن للأكثر حكم الكل. (عناية)

(٣) قوله: "رميًا" إنما قيد به لئلا يرد عليه إذا لم يقل ذلك بأن الذبح والحلق والطواف أيضًا من وظائف هذا اليوم، فكيف نقول: إن رمي جمرة العقبة كل وظيفة في هذا اليوم. (ب)

(٤) أي يجب الدم أيضًا.

(٥) قوله: "إلا [استثناء من قوله: تصدق لكل حصاة إلخ. ب] أن يبلغ دما" يعني إذا بلغ ما تصدق لكل حصاة قيمة الدم، فحينئذٍ ينقص من الدم ما شاء لئلا يلزم التسوية بين الأقل والأكثر. (ع)

(٦) أي في تأخير الحلق، وتأخير طواف الزيارة.

(٧) أي بين أبي حنيفة وصاحبيه.

(٨) قوله: "في تأخير الرمي" بأن أخر رمي جمرة العقبة من اليوم الأول إلى الثاني، وكذا إذا أخر رمي اليوم الثالث. (ب)

(٩) قوله: "كالحلق قبل الرمي إلخ" بيانه أنه حلق المفرد أو القارن أو المتمتع قبل الرمي، وذبح القارن أو المتمتع قبل الرمي والذبح، بخلاف إذا ذبح المفرد قبل الرمي، أو حلق قبل الذبح حيث لا يجب عليه شيء؛ لأن النسك لا يتحقق في حقه؛ لأن المفرد يذبح إن أحب، ولا يجب عليه شيء. (بناية شرح الهداية للعيني رح)

قبل الرمى، والحلق قبل الذبح. لهما أن ما فات[١] مستدرك بالقضاء[٢]، ولا يجب مع القضاء شيء آخر، وله حديث ابن مسعود[٣] أنه قال: «من قدم نسكًا على نسك فعليه دم»[٤]*، ولأن التأخير عن المكان[٥] يوجب الدم فيما هو موقّت بالمكان كالإحرام[٦]، فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان. وإن حلق فى أيام النحر فى غير الحرم، فعليه دم، ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر، فعليه دم[٧] عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا شيء عليه.

قال[٨]: ذكر فى "الجامع الصغير" قول أبى يوسف فى المعتمر، ولم يذكره فى الحاج، قيل: هو[٩] بالاتفاق[١٠]؛ لأن السنة جرت[١١] فى الحج

(١) قوله: "لهما أن ما فات إلخ" ولهما أيضًا من النقول ما فى "الصحيحين" أنه عليه الصلاة والسلام وقف فى حجة الوداع، فقال رجل: يا رسول الله! لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح، فقال: «اذبح ولا حرج»، وقال آخر: يا رسول الله! لم أشعر، فنحرت قبل أن أرمى قال: «ارمِ ولا حرج»، والجواب أن نفى الحرج يتحقق بنفى الإثم والفساد، فيحمل عليه دون نفى الجزاء.

(٢) بالاتفاق. (ب)

(٣) قوله: "حديث ابن مسعود رض" قلت: هكذا هو فى غالب النسخ، ويوجد فى بعضها ابن عباس رض، وهو أصح، رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (تخريج زيلعى)

(٤) أخرجه الطحاوى عن ابن عباس. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٢٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٠٥ ص٤١. (نعيم)

(٥) قوله: "ولأن التأخير عن المكان إلخ" هو دليل أيضًا لأبى حنيفة، وهو جواب أيضًا عن قولهما: إنه لا يجب مع القضاء شيء آخر.

قلنا: القياس كذلك إلا أنا أوجبناه استدلالا بالتأخير عن الميقات بتأخير الإحرام عن الميقات. (نهاية)

(٦) فإن الحاج لو جاوز الميقات بغير إحرام، وجب عليه الدم، فكذا هذا.

(٧) لتأخيره عن مكانه.

(٨) أى قال المصنف: ذكر محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(٩) أى وجوب الدم. (ن)

(١٠) أى لا خلاف فيه لأبى يوسف. (ب)

(١١) قوله: "لأن السنة إلخ" أى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وجميع الصحابة والتابعين، ومن بعدهم من المسلمين جرى على الحلق فى الحج فى الحرم من منى، وهو إحدى

بالحلق بمنى، وهو من الحرم، والأصح أنه على الخلاف[١]، هو يقول: الحلق غير مختص بالحرم؛ لأن النبى ﷺ وأصحابه أُحصروا[٢] بالحديبية[٣]، وحلقوا فى غير الحرم*.

ولهما أن الحلق[٤] لما جعل محلّلا صار كالسلام فى آخر الصلاة، فإنه من واجباتها وإن[٥] كان محللا، فإذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح، وبعض الحديبية من الحرم[٦]، فلعلهم حلقوا فيه.

فالحاصل أن الحلق يتوقّت بالزمان[٧] والمكان[٨] عند أبى حنيفة، وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما[٩]، وعند محمد يتوقّت بالمكان دون الزمان، وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان، وهذا الخلاف فى التوقيت فى حق

الحجج. (ف)

(١) عندهما يجب الدم، وعنده لا يجب. (ب)

(٢) قوله: "أحصروا إلخ" أخرجه البخارى ومسلم عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم قال: «خرج النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم زمن الحديبية فى بضع عشر ومائة من الصحابة» الحديث، وفيه: فأمرهم بالحلق، فحلقوا فى الحديبية، وهى خارج الحرم. (ب)

(٣) تصغير حدابا اسم موضع. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٢٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٠٦ ص٤٢. (نعيم)

(٤) قوله: "ولهما أن الحلق" يعنى كما أن السلام من واجبات الصلاة، وإن كان محللا، فكذا الحلق يكون من واجبات الحج، وإن كان محللا، ولما صار من واجباته صار نسكا من مناسك الحج، ومناسك الحج كلها تختص بالحرم. (ب)

(٥) وصلية.

(٦) قوله: "وبعض الحديبية من الحرم [جواب عن تمسك أبى يوسف. ب]" فيه بحث؛ لقوله تعالى: ﴿وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوفا أن يبلغ محله﴾ ورد فى قصة إحصار النبى عليه الصلاة والسلام، وأصحابه. وقد قيل فيه: والهدى أى صدور الهدى معكوفا أى حال كون الهدى ممنوعا أن يبلغ محله، وهو الحرم، ولو كان بعض الحديبية الحرم لم يكن هديه معكوفا، إلا أن يراد المحل المعهود، وهو منى، فإن المتعارف هو الذبح فيه. (د)

(٧) وهو أيام النحر. (ف)

(٨) وهو الحرم. (ف)

(٩) حتى لو حلق فى غير أيام النحر، أو فى غير الحرم لا يجب عليه شيء.

التضمين بالدم[(١)]، أما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق، والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالإجماع؛ لأن أصل العمرة لا يتوقت به[(٢)]، بخلاف المكان؛ لأنه[(٣)] موقت به.

قال[(٤)]: فإن لم يقصر حتى رجع وقصر، فلا شيء عليه في قولهم جميعاً، معناه إذا خرج المعتمر[(٥)] ثم عاد؛ لأنه أتى به[(٦)] في مكانه، فلا يلزمه ضمانه.

فإن حلق القارن قبل أن يذبح، فعليه دمان عند أبي حنيفة: دمٌ بالحلق في غير أوانه؛ لأن أوانه بعد الذبح، ودم بتأخير الذبح عن الحلق[(٧)]، وعندهما يجب عليه دم واحد، وهو الأول[(٨)]، ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا[(٩)].

---

(١) قوله: "في حق التضمين إلخ" يعني أنه لا خلاف في أنه في أي زمان ومكان أتى به يحصل به التحليل، بل الخلاف في أنه إذا حلق في غير ما توقت به يلزم الدم عند من وقته، لا عند من لم يوقته، ثم هو في حلق الحاج، أما المعتمر فلا يتوقت في حقه بالزمان بالاتفاق، بل بالمكان عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف. (ف)

(٢) قوله: "لأن أصل العمرة لا يتوقت به [بالإجماع. ب]" لأنها عبارة عن طواف وسعي، وهو غير موقت بالزمان، وكراهية العمرة في أيام النحر لا لأنها موقتة بها، بل لكونه مشغولا بأفعال الحج. (ب)

(٣) أي العمرة.

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٥) قوله: "إذا خرج المعتمر إلخ" إنما وضع المسألة في المعتمر؛ لأن الحاج إذا خرج، ثم عاد إلى الحرم بعد أيام النحر، فحلق أو قصر يجب عليه الدم عند أبي حنيفة بسبب التأخير. (نهاية)

(٦) أي بالحلق أو القصر.

(٧) قوله: "ودم بتأخير الذبح إلخ" هذا سهو، والصواب أن أحد الدمين لمجموع التقديم والتأخير، والثاني: دم القران، والدم الذي يجب هو دم القران. (ف)

(٨) قوله: "وهو الأول" أي دم القران؛ لأنه الواجب أولا بحكم القران، ولفظه يوهم أن المراد به الواجب بالحلق في غير أوانه.

(٩) أشار به إلى ما قال به قبل: إن ما فات مستدرك بالقضاء، ولا يجب معه شيء آخر. (ب)

فصل[(١)]

اعلم أن صيد البر[(٢)] محرم على المحرم[(٣)]، وصيد البحر حلال؛ لقوله تعالى: ﴿أحل لكم صيدُ البحر﴾ إلى آخر الآية، وصيد البر ما يكون[(٤)] توالده ومثواه[(٥)] في البر، وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء، والصيد هو الممتنع المتوحش[(٦)] في أصل الخلقة، واستثنى رسول الله ﷺ[(٧)] الخمس[(٨)] الفواسق[(٩)]* وهي الكلب العقور[(١٠)]، والذئب[(١١)]،

---

(١) قوله: "فصل" أراد به بيان جناية في نوع آخر، وهو الجناية في الصيد، وأتى بفصل متصل لوجود الاتصال من حيث الجناية. (نهاية)

(٢) أي اصطياده بحذف المضاف. (د)

(٣) قوله: "محرم على المحرم إلخ" صيد البر كله حرام على المحرم، سواء كان مملوكًا له، أو مباحًا، وسواء كان مأكول اللحم، أو غيره؛ لعموم اسم الصيد إلا ما أباح الشرع قتله من الفواسق الخمس، وما في معناها. (ب)

(٤) قوله: "وصيد البر ما يكون إلخ" اعلم أن المعتبر هو التوالد، فما يكون توالده في البر فهو بري، وما كان توالده في البحر فبحري، فما ذكره المصنف غير مطرد. (إله داد)

(٥) أي مقامه اسم مكان من ثوى يثوى. (ب)

(٦) قوله: "هو الممتنع إلخ" قيد بالممتنع، وهو الذي يمنع نفسه عمن يصيده إما بقوائمه الأربع، أو بجناحيه، احترازا عن الدجاج والبط الأهلي، وقيد بالتوحش في أصل الخلقة ليدخل فيه الحمام المسرول، والظبي المستأنس، ويخرج الإبل والغنم المستوحشة؛ لما أن التوحش في الحمام والظبي أصلي، والاستئناس عارض، وفي المستوحشة انعكس الحكم. (نهاية)

(٧) ليس في الحديث حقيقة الاستثناء، والمراد بين دخول الخمس الفواسق في الآية. (عيني)

(٨) قوله: "الخمس الفواسق إلخ" اعلم أن ههنا حديثين: حديث في جواز قتل المحرم هذه الأشياء، وحديث في جواز قتلها في الحرم، وهما حديثان متغايران لا يقوم أحدهما مقام الآخر؛ إذ لا يلزم من جواز قتلها للمحرم جواز قتلها للحلال في الحرم، ولا بالعكس، وسيأتي الحكم الآخر في ما أخرجه مسلم عن ابن عمر مرفوعا: «خمس لا جناح على من قتلهن في الحرم والإحرام»، فذكرها.

وإنما ذكرت ذلك؛ لأن بعض الفقهاء قد وهموا، فاستدل بأحدهما على الآخر، وحديث الباب أخرجه البخاري ومسلم عن*ابن عمر مرفوعا «خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح: العقرب والفأرة والكلب العقور والغراب والحدأة». (ت)

(٩) قوله: "الفواسق" جمع فاسقة، سميت به استعارة لخبثهن، وقيل: لخروجهن عن الحرمة، والفسق الخروج، وقيل: لخروجهن عن الانتفاع، واعلم أن تنصيص الخمس بالذكر لا ينفي ما عداها في ما هو في معناها.

ألا ترى إلى ما رواه مسلم أنه أمر النبي ﷺ بقتل الوزغ، وسماه فويسقا، وروى الترمذي وأبو داود مرفوعا بقتل المحرم السبع العادي والكلب العقور والفأرة والعقرب الحدأة والغراب، فذكر الستة. (ب)

والحدأة، والغُراب، والحيّة، والعقرب، فإنها مبتدئات بالأذى[1]، والمراد به[2] الغراب[3] الذى يأكل الجيف هو المروى عن أبى يوسف.

قال[4]: وإذا قتل المحرم صيداً، أو دل عليه[5] من قتله، فعليه الجزاء، أما القتل؛ فلقوله تعالى: ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حُرُمٌ ومن قتله منكم متعمداً فجزاء﴾ الآية، نصّ على إيجاب الجزاء، وأما الدلالة ففيها خلاف الشافعى هو يقول: الجزاء تعلق بالقتل، والدلالة ليست بقتل، فأشبه دلالة الحلال حلالا[6]. ولنا ما روينا من حديث أبى قتادة[7]*، وقال عطاء[8]: أجمع الناس على أن على الدال الجزاء[9]، ولأن الدلالة من

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٠٧ ص٤٢. (نعيم)

(١٠) بالفتح سگ گزنده. (م)

(١١) گرگ، حديث الذئب والحية، رواه أبو داود فى "المراسيل". (ت)

(١) قوله: "فإنها مبتديات بالأذى" أى فإن هذه الخمسة المذكورة تبتدئ بالأذى من غير تعرض أحد بها، وفيه إشارة إلى أن إجازة قتلها ليس على خلاف القياس، بل لكونها مبتدئات بالأذى، فما عداها لو وجد فيه هذا الأمر، حل قتله أيضاً. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٢) فى الحديث.

(٣) لا غراب الزرع. (ب)

(٤) أى القدورى. (ب)

(٥) قوله: "أو دل عليه [بأن قال: فى مكان كذا الصيد، فقتله المدلول. ب]" الدلالة على أقسام القسمة العقلية أربعة أقسام: إما أن يكون كل من الدال والمدلول حلالين، أو يكون كلاهما محرمين، أو الدال حلالا والمدلول محرما، أو العكس فالأول ليس مما نحن فيه، وفى الثانى على كل واحد منهما جزاء، وفى الثالث على المدلول دون الدال، وفى الرابع عكسه. (عناية)

(٦) قوله: "فأشبه دلالة الحلال حلالا" فإن الحلال إذا دل حلالا بقتل صيد فقتله، كان الجزاء مقتصراً على القاتل بقتله صيد الحرم، دون الدال، فكذا ههنا.
قلت: قيده حلالا اتفاقى، فإن الدال إذا كان حلالا لا يضمن، وإن كان المدلول محرماً. (ن)

(٧) تقدم فى أول باب الإحرام. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٣٢، والدراية ج٢، ص٤٣. (نعيم)

(٨) قوله: "وقال عطاء [تلميذ ابن عباس. ب]" قلت: غريب، وعطاء هذا كان ابن أبى رباح صرح به فى "المبسوط" وغيره، وذكره ابن قدامة فى "المغنى" عن على وابن عباس، وقال الطحاوى: وهو مروى عن عدة من الصحابة، ولم يرو عنهم خلافه، فكان إجماعاً. (ت)

محظورات الإحرام، ولأنه تفويت الأمن على الصيد؛ إذ هو آمن[١] بتوحشه وتواريه، فصار[٢] كالإتلاف، ولأن المحرم بإحرامه[٣] التزم الامتناع عن التعرض، فيضمن بترك ما التزمه كالمودع[٤]، بخلاف الحلال[٥]؛ لأنه لا التزام من جهته[٦]، على[٧] أن فيه[٨] الجزاء على ما روى[٩] عن أبي يوسف وزفر. والدلالةُ الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالمًا بمكان الصيد[١٠]، وأن يصدّقه[١١] في الدلالة، حتى لو كذبه، وصدق غيره[١٢]، لا ضمان على المكذب[١٣]، ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء؛ لما قلنا[١٤]، وسواء في ذلك[١٥] العامد والناسي[١٦]؛

(٩) على صيد الحرم.

(١) من التعرض.

(٢) فعل الدال.

(٣) قوله: "ولأن المحرم إلخ" جواب عن قوله: إن حرمة الصيد لا تكون أقوى من حرمة نفس المحرم وماله، ولا يضمن الدال على مال المسلم ونفسه، فكذا ههنا بأنا نقول: ما التزم ترك التعرض هناك، وأما ههنا فقد التزم ترك التعرض بعقد خاص، فإذا دل فقد ترك التزامه، فكان نظير المودع إذا دل على مال الوديعة سارقًا، فإنه يجب عليه الضمان، لا لمجرد الدلالة، بل لترك ما وجب عليه، كذا في "المبسوط". (نهاية)

(٤) جواب عن قياس الشافعي. (ب)

(٥) هذا قياس آخر. (ف)

(٦) قوله: "لأنه لا التزام من جهته" فإن قلت: هو ملتزم أيضًا بترك التعرض بالإسلام، قلت: مجرد الإسلام لا يكفي، ولا بد من عقد خاص. (بناية)

(٧) علاوة.

(٨) أي في ما إذا دل الحلال على صيد الحرم. (ب)

(٩) ذكره في "مختصر الكرخي". (ب)

(١٠) فإن كان عالما، فلا شيء على الدال؛ لأن المدلول ما تمكن بسببه. (ن)

(١١) أي يصدق المدلول الدال.

(١٢) أي غير الدال.

(١٣) قوله: "على المكذب [بصيغة اسم المفعول، وهو الدال]" فيه إشارة إلى أن الضمان على ذلك الغير إن كان محرما. (ع)

(١٤) من أنه لا التزام من جهته. (ب)

لأنه[1] ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف، فأشبه غرامات الأموال[2]، والمبتدئ[3] والعائد سواء؛ لأن الموجب لا يختلف.

والجزاء[4] عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن يقوم الصيد[5] في المكان الذي قتل فيه[6]، أو في أقرب المواضع منه إذا كان في برية، فيقوّمه[7] ذوا عدل، ثم هو[8] مخير في الفداء، إن شاء ابتاع بها[9] هديًا، و ذبحه إن بلغت هديًا[10]، وإن شاء اشترى بها طعامًا، وتصدق على كل مسكين

(١٥) وجوب الضمان. (ب)

(١٦) قوله: "العامد والناسي" في الناسي خلاف ابن عباس أخذا من ظاهر قوله تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمدا﴾ الآية، وبه أخذ داود الأصبهاني، ونحن نقول: هذه كفارة تجب بالفعل، وهو الإتلاف، فيكون واجبًا على المخطئ، وتقييده بالعمد في الآية ليس لأجل الجزاء، بل لأجل الوعيد المذكور في آخر الآية بقوله تعالى: ﴿ليذوق وبال أمره﴾. (ن)

(١) أي الجزاء.

(٢) قوله: "فأشبه غرامات الأموال" أي من حيث إن الضمان يدور مع الإتلاف غير مقيد بالعمد، لا مطلقًا، فإن هذا الضمان يتأدى بالصوم. (ف)

(٣) قوله: "والمبتدئ" هو الجاني أول مرة، والعائد: هو الجاني ثانيا، مستويان في وجوب الضمان، وقال ابن عباس: لا جزاء على العائد، وبه قال داود وشريح، ولكن يقال: اذهب فينتقم الله منه؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿ومن عاد فينتقم الله منه﴾. قلنا: إن ضمان إيجابه لا يختلف بالعود والابتداء، بل جناية العائد أشد، والمراد من الآية من عاد بعد العلم بالحرمة، وذلك لأن الموجب أي موجب الضمان -وهو الإتلاف- لا يختلف بالابتداء والعود، فيجب الجزاء في الحالين كالصيد. (ب)

(٤) شروع في تفسير الجزاء. (ب)

(٥) قوله: "أن يقوم الصيد" أي من حيث هو هو، لا من حيث الصفة، حتى لو قتل البازي المعلم، فعليه قيمته غير معلم؛ لأن كونه معلما عارض. (ب)

(٦) قوله: "في المكان الذي قتل فيه" هذا إن كانت للصيد فيه قيمة، وإلا فيقوم في أقرب الأماكن الذي له قيمة فيه، وهو معنى قوله: أو في أقرب المواضع منه أي من المواضع الذي قتل فيه، وهذا كله إذا كان في بر أي إذا كان القتل في برية ثم، كذا قيل. (ب)

(٧) قيمت كند.

(٨) أي القاتل.

(٩) أي بالقيمة.

(١٠) أي قيمة ما يهدى به. (ب)

نصف صاع من بُرّأوصاعًا من تمـرأوشعيـروإن شاء صام عـلى ماذكر.

وقال محمد[١] والشافعي: يجب في الصيد النظير[٢] فيما له نظير، ففي الظبي[٣] شاة، وفي الضَبُع[٤] شاة، وفي الأرنب[٥] عناق[٦]، وفي اليربوع[٧] جفرة[٨]، وفي النعامة[٩] بدنة، وفي حمار الوحش[١٠] بقرة؛ لقوله تعالى[١١]: ﴿فجزاءٌ مثلُ ما قتل من النعم﴾، ومثلُه من النعم ما يشبه

(١) قوله: "وقال محمد إلخ" الخلاف في هذه المسألة في فصول: أحدها: هذا وهو أن الواجب على المحرم القاتل قيمة الصيد في الموضع الذي قتله فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد والشافعي: يجب النظير فيما له نظير من النعم التي يشبه في المنظر، لا في القيمة.

والثاني: يجوز للمحرم أن يختار الصوم مع القدرة على الهدي والإطعام عندنا؛ لقوله تعالى: ﴿أو عدل ذلك صياما﴾، حرف "أو" للتخيير، وعند زفر لا يجوز له الصوم مع القدرة على التكفير بالمال؛ قياسًا على كفارة اليمين، وقال: حرف أو ينبغي الترتيب في الواجب، كما في قطاع الطريق ﴿أو تقطع أيديهم﴾ الآية.

والثالث: إذا اختار الطعام، فالمختار قيمة الصيد ليشترى به الطعام عندنا، وعند الشافعي المعتبر قيمة النظير.

والرابع: إذا اختار الصيام يصوم مكان كل نصف صاع يوما، وعند الشافعي يصوم مكان كل مد، وهذا بناء على الاختلاف في طعام الكفارة.

والخامس: أن الذي إلى الحكمين تقويم المقتول، فإذا ظهرت قيمته، فالخيار إلى القاتل بين أن يشترى به هديًا، أو طعامًا، أو صام يوما، وعند الشافعي ومحمد إذا عيّنا نوعًا، لزمه ذلك النوع. (ن)

(٢) أي ما يماثل المقتول تقريبًا.

(٣) آهو.

(٤) كفتار.

(٥) بالفتح خرگوش.

(٦) بالفتح بزغاله مادة. (م)

(٧) بالفتح موش دشتي. (م)

(٨) بفتح الجيم وسكون الفاء الأنثى من أولاد المعز، الجفر من المعز ما بلغ أربعة أشهر، والأنثى جفرة. (ن)

(٩) بالفتح شتر مرغ. (م)

(١٠) گورخر.

(١١) قوله: "لقوله تعالى إلخ" إنما لم يعمل بالكامل عندنا، كما قال محمد والشافعي، فإنهما أوجبا النظير في ماله نظير؛ لأن المعهود في الشرع في ذوات القيم المثل معنى، فإنه لو أتلف بقرة الإنسان مثلا لا يلزمه بقرة مثلها اتفاقا، أو لأن المثل معنى مراد بالإجماع في ما لا نظير له، وهو مجاز، فلو أريد المعنى الحقيقي -وهو مثل صورة ومعنى- لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، كذلك في قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ أريد المثل معنى، وهو القيمة.

وأما المثل صورة ورد العين، فثابت بالسنة، أو لما حملنا على المثل معنى من التعميم لشموله ما له نظير له،

المقتول صورة؛ لأن القيمة لا تكون نعمًا، والصحابة[1] أوجبوا

وما لا نظير له، وإن حمل المثل على الكامل كانت الآية قاصرة على ما له نظير. وعلى هذا فكلمة ﴿من النعم﴾ بيان لما هو المقتول، لا للمثل، والنعم كما يطلق على الأهلي يطلق على الوحشي، كما قاله أبو عبيد والأصمعي، وقال الكرماني في "مناسكه": يقوم الصيد كما عندنا، وقال زفر: يجب قيمته بالغة ما بلغت.

وفائدة الخلاف تظهر فيما لو قتل بازيا معلما، فعندنا يجب قيمة لحمه، وعنده تجب قيمته معلما، وفي "الاختيار": إذا كان المراد من الجزاء القيمة يقوم اعدلان اللحم، لا الحيوان، والمراد أنه يقوم من حيث الذات، لا من حيث الصفة؛ لأنها أمر عارض، ولو كانت الصفة لأمر خلقي، كما إذا كان الطير حيوانا، فأراد قيمته لذلك، ففي اعتبار ذلك في الجزاء روايتان، ورجح في "البدائع" اعتبارها.

بخلاف ما إذا أتلف شيئًا مملوكا، فإن القيمة هناك تعتبر من حيث الذات والصفات، إلا إذا كان الوصف لمحرم من اللهو كقيمة الديك لمنقاره، والكبش لنطاحه، فإنها لا تعتبر كالجارية المغنية.

وليس مرادهم أنه يقوم لحمه بعد قتله، وإنما يقوم وهو حي باعتبار ذاته، بدليل أن ما لا يؤكل لحمه لا يصح أن يقوم لحمه بعد قتله، إذ لا قيمة له، وإنما يقوم باعتبار جلده، وكونه حيًا ينتفع به.

وليس مرادهم إهدار صفة الصيد بالكلية لما أنهم اتفقوا على أنه لو قتل صيدا حسنا مليحا له زيادة قيمة تجب قيمته على تلك الصفة، كما لو قتل حمامة مطوقة، أو فاختة مطوقة، كما صرح به في "البدائع"، وإنما المراد إهدار ما كان بصنع العباد، والمراد بالعدل من له معرفة وبصارة بقيمة الصيد، لا العدل في باب الشهادة.

وقيد المصنف بالعدلين؛ لأن العدل الواحد لا يكفي لظاهر النص، وصححه في "شرح الدرر"، وفي "فتح القدير" الذين لم يوجبوا العدد حملوه في الآية على الأولوية؛ لأن المقصود زيادة الإحكام والإتقان، والظاهر الوجوب وزيادة الإحكام والإتقان لا ينافيه، بل قد يكون داعية، انتهى. وينبغي أن يكتفى بالقاتل إذا كان له معرفة به، وأن يحمل ذكر الحكمين على أول من يكتفي بالواحد، لكنه يتوقف على نقل، ولم أره، ثم الحكمان يقومان في مكان قتله إن كان يباع فيه، أو في أقرب المواضع إلى مكان قتله إن كان لا يباع فيه كالبرية، ولا بد مع اعتبار المكان من اعتبار زمان قتله لاختلاف القيمة باختلاف الأمكنة والأزمنة. (بحر الرائق)

قوله: "لقوله تعالى إلخ" تفصيله إن الله تعالى قال: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره﴾ الآية، فقوله تعالى: ﴿من النعم﴾ بيان للجزاء، فدل ذلك على أن جزاء المقتول لا بد أن يكون من النعم مما يشبه المقتول صورةً. والظاهر أن القيمة ليست نعما، فليست مثله صورةً، بل معنى، فلذا قلنا: إن الواجب هو المثل صورةً تقريبًا، لكن ما أمكن، وأما إذا لم يمكن ذلك بأن لا يكون لذلك المقتول نظير، فالواجب هو القيمة، هذا تقرير كلام لشافعي.

ويؤيده ما رواه مالك في "الموطأ" عن عمر: "أنه قضى في الضبع بكبش، والغزال بعنز، وفي الأرنب بعناق، وفي اليربوع بجفرة"، وروى الشافعي أن عمر وعثمان وعليا وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية قالوا في النعامة يقتلها المحرم: إنه يجب بدنة من الإبل، وفي هذا الحديث ضعف وانقطاع، ولذا قال بعض الشافعية: إنا لا نقول بوجوب البدنة في قتل النعامة بهذا الأثر، بل بالقياس.

ونحن نقول: إن المراد بالمثل الواقع في الآية: إما أن يكون المثل صورة ومعنى، وإما المثل صورة فقط، كما فعله الشافعي، وإما معنى فقط، لا سبيل إلى الأول لخروج ما ليس له مثل صوري من النص، وكذا الثاني لخروج ما ليس له مثل صورة، فتعين الثالث، وهو المثل معنى، وما هو إلا القيمة، فقوله تعالى: ﴿من النعم﴾ ليس بيانا لقوله: ﴿جزاء﴾، بل بيان لما قتل أي فجزاء ما قتل حال كون المقتول من النعم فافهم. (عبد)

النظير* مِن حيث الخلقة والمنظر فى النعامة والظَبْى وحمار الوَحْش والأرنب على ما بينا[٢]، وقال عليه السلام[٣]: «الضبع صيد وفيه الشاة»[٤]**. وما ليس له نظير[٥] عند محمد تجب فيه القيمة، مثل العُصفور[٦] والحمَام[٧] وأشباههما[٨]، وإذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما[٩]. والشافعى يوجب فى الحمَامة شاةً، ويُثبت المشابهة بينهما من حيث إن كل واحد منهما يعب[١٠] ويهدر[١١].

ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن المثل المطلق[١٢] هو المثل صورة ومعنى[١٣]، ولا يمكن الحمل عليه، فحمل على المثل معنى؛ لكونه معهوداً

(١) كعلى وابن عباس. (ن)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٣٢، والدراية ج٢، ص٤٣. (نعيم)

(٢) وهو ما ذكره بقوله: ففى الظبى شاة. (ب)

(٣) أخرجه أصحاب السنن الأربعة. (ت)

(٤) قوله: "وفيه الشاة" قلت: أخرجه أصحاب السنن عن جابر قال: سألت رسول الله ﷺ عن الضبع أصيد هى، قال: «نعم ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم»، انتهى لفظ أبى داود، رواه أحمد وابن حبان والحاكم وغيرهم. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص١٣٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٠٨ ص٤٣. (نعيم)

(٥) من حيث الخلقة. (ب)

(٦) بالضم كنجشك. (م)

(٧) كبوتر.

(٨) مثل القمرى والفاختة. (ب)

(٩) فى تقويم الصيد. (ب)

(١٠) قوله: "يعب" هو من العب، وهو شرب الماء بلا مص، وهو جرعه جرعا شديدا، كما تجرع الدواب، والحمام يشرب هكذا، بخلاف سائر الطيور، فإنها تشرب شيئًا فشيئًا. (ن)

(١١) يقال: هدر الحمام والبعير إذا صدت من باب ضرب. (ن)

(١٢) الواقع فى الآية.

(١٣) قوله: "هو المثل صورة ومعنى" يعني أن المثل المطلق هو المشارك فى النوع، وهو غير مراد ههنا بالإجماع، فيراد المثل معنى وهو القيمة، وهذا لأن المعهود فى الشرع فى إطلاق لفظ المثل أن يراد المشارك فى النوع والقيمة، قال تعالى فى ضمان العدوان: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾.

فى الشرع، كما فى حقوق العباد[١]، أو لكونه[٢] مرادًا بالإجماع[٣]، أو لما فيه من التعميم[٤]، وفى ضدّه التخصيص.

والمراد بالنص[٥] -والله أعلم- فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحش، واسم النعم[٦] يطلق على الوحشى والأهلى، كذا قاله أبو عبيد[٧] والأصمعى، والمراد بما رُوى[٨] التقدير به دون إيجاب المعين، ثم الخيارُ إلى

والمراد الأعم منهما أعنى المماثل فى النوع إذا كان المتلف مثليا، والقيمة إذا كان قيميا بناء على أنه مشترك معنوى، والحيوانات من القيميات شرعا؛ إهدارا للمماثلة الكائنة فى تمام الصورة فيها تغليبا للاختلاف الباطنى بين أبناء نوع واحد، فما ظنك إذا انتفت المشاركة فى النوع، فلم تبق إلا مشاركة فى بعض الصور، كطول العنق والرجلين فى النعامة مع البدنة، ونحو ذلك فى غيره، فإذا حكم الشرع بانتفاء اعتبار المماثلة مع المشاكلة، فعند عدمها أظهر أن لا يمكن ذلك، فالجواب إذًا هو القيمة، ويحمل حكم الصحابة بالنظير على أنه كان باعتبار تقدير المالية. (ف)

(١) كما إذا أتلف ثوب إنسان تجب عليه قيمته. (ب)

(٢) قوله: "أو لكونه مرادًا بالإجماع" أى لأن القيمة أريدت بهذا النص فى الذى لا مثل له بالإجماع، فلا يبقى غيره مرادا؛ لأن المثل مشتركة، والاسم المشترك، لا عموم له، كذا ذكره فخر الإسلام. (نهاية)

(٣) قوله: "مرادا بالإجماع" قد يناقش فيه بأن يجوز أن يجب القيمة عند محمد فى ما لا نظير له تقريبًا بالقياس على حقوق العباد، لا بهذا النص، كيف،؟ فإنه جعل قوله: ﴿من النعم﴾ بيانا للجزاء، فلا يتناول النص عنده إلا المثل الصورى. (إله داد رح)

(٤) قوله: "أو لما فيه من التعميم إلخ" بيانه أن قوله تعالى: ﴿لا تقتلوا الصيد﴾ عام، ﴿ومن قتله﴾ ينصرف إلى المذكور، وكان بيانا لحكمه على سبيل العموم هو المثل من حيث القيمة، فإن من الحيوانات ما لا مثل له كالعصفور، وما أشبه ذلك، وضمانه يجب بنص الكتاب، فيجب حمل المثل على ما يمكن إثبات التعميم فيه. (نهاية)

(٥) قوله: "والمراد بالنص [جواب عن قول أبى يوسف: القيمة لا تكون نعما. ب] إلخ" فالمراد فعليه الجزاء، وذلك قيمة المقتول إذا كان ذلك من النعم الوحش، وإن كان اسم النعم يطلق على الأهلى والوحشى، لكن المراد ههنا هو الوحشى. (كفاية)

(٦) قوله: "واسم النعم إلخ" لما اعترض معترض بقوله: كيف يقول من النعم الوحش، والنعم يراد به الأهلى، ولا يجب بقتل الأهلى شىء، فأجاب دفعًا لسؤاله بهذا القول. (بناية)

(٧) قوله: "كذا قاله أبو عبيدة" اسمه معمر بن المثنى التيمى، وفى بعض النسخ أبو عبيد بدون التاء فى آخره، واسمه القاسم بن سلام البغدادى صاحب كتاب الحديث، والأول أصح، واسم الأصمعى عبد الملك، وهما إمامان فى اللغة ثقتان فى نقلهما، فقالا: النعم كما يطلق على الأهلى، يطلق على الوحشى أيضًا. (ب)

(٨) قوله: "والمراد بما روى إلخ" جواب عن حديث «الضبع صيد وفيه الشاة»، وعن أمر الصحابة يعنى إيجاب النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم والصحابة هذه النظائر لم يكن باعتبار أعيانها؛ إذ لا مماثلة بين الضبع والشاة، وإنما كان ذلك بطريق التقدير بالقيمة. (ع)

القاتل[١] فى أن يجعله[٢] هديا، أو طعاما، أو صومًا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد والشافعى: الخيار إلى الحكَمَيْن[٣] فى ذلك، فإن حكما بالهدى يجب النظير على ما ذكرنا[٤]، وإن حكَما بالطعام، أو بالصيام[٥]، فعلى ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف[٦]، لهما أن التخيير شُرِع رِفقًا بمن عليه، فيكون الخيار إليه، كما فى كفارة اليمين. ولمحمد والشافعى[٧] قولُه تَعَالى: ﴿يحكم به ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ هَدْيًا﴾ الآية، ذكر الهدى منصوبًا؛ لأنه تفسير لقوله: ﴿يحكم به﴾[٨]، أو مفعول لحكم الحكم[٩]، ثم ذكر الطعام[١٠] والصيام بكلمة أو[١١]، فيكون الخيار إليهما.

قلنا[١٢]: الكفارة عطفت على الجزاء، لا على الهدى بدليل أنه

---

(١) كما فى كفارة اليمين حيث يكون الخيار إلى الحالف. (ب)

(٢) الجزاء.

(٣) هما العدلان المقومان.

(٤) من النظائر.

(٥) يعنى يعتبر القيمة.

(٦) قوله: "فعلى ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف" فيقوم ويشترى بالقيمة طعام يتصدق على كل مسكين يوما غير أن عند أبى حنيفة وأبى يوسف الاعتبار بقيمة الصيد، وعندهما بقيمة النظير. (إله دادرح)

(٧) قوله: "ولمحمد والشافعى إلخ" ذكر الشافعىرح مع محمد فى كون الخيار إلى الحكمين، والمذكور فى كتب أصحابه أن الخيار للقاتل، كما فى قول أبى حنيفةرح، ولم يذكر فى "المبسوط"، و "الأسرار" و "شرح التأويلات" قول الشافعى، وإنما ذكر قول محمد فقط. (ب)

(٨) قوله: "لأنه تفسير [سماه تفسيرا؛ لأنه أزال الإبهام. ف] لقوله: ﴿يحكم به﴾" لأن الهاء فى قوله: ﴿به﴾ مجمل لا يدرى ما هو؟ فسره بقوله: ﴿هديا﴾، فيصير كأنه قال: يحكم به ذوا عدل منكم بالهدى، فثبت أن المثل إنما يكون بحكم الحكم واختياره. (كفاية)

(٩) أى يحكم به حكم هدى. (ك)

(١٠) عطفا على هدى. (ب)

(١١) قوله: "بكلمة أو" فيكون التقدير يحكم بأحد هذه الأمور الثلاثة، ولو قال: كذلك، لكان الخيار إلى الحكم، فكذا هذا. (إله دادرح)

(١٢) جواب عن استدلال محمد. (ف)

مرفوع[١]، وكذا قوله تعالى: ﴿أو عدل ذلك صياما﴾ مرفوع، فلم يكن فيهما دلالة اختيار الحكمين، وإنما يُرجع إليهما في تقويم المتلَف، ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه.

ويقومان في المكان الذي أصابه[٢] لاختلاف القيم[٣] باختلاف الأماكن، فإن كان الموضع برا[٤] لا يباع فيه الصيد، يُعتبر أقرب المواضع إليه[٥]، مما يباع فيه ويشترى. قالوا[٦]: والواحد يكفي[٧]، والمثنى أولى؛ لأنه أحوط وأبعد عن الغلط، كما في حقوق العباد، وقيل: يعتبر المثنى[٨] ههنا بالنص[٩]، والهدي لا يُذبح إلا بمكة[١٠]؛ لقوله تعالى: ﴿هديا بالغ الكعبة[١١]﴾. ويجوز الإطعام في غيرها، خلافا للشافعي[١٢] هو يعتبره

---

(١) قوله: "بدليل أنه مرفوع إلخ" أراد أن ما قالا ليس بصحيح، فإنه ليست معطوفا على ﴿هديا﴾ لاختلاف إعرابهما، لأن قوله: ﴿كفارة﴾ معطوفة على الجزاء بدليل أنه مرفوع أي الجزاء، وقال الإنزاري: بدليل أن الكفارة مرفوع، وإنما ذكر ضمير الكفارة على تأويل المعطوف انتهى، وفيه تأمل.

وكذا قوله تعالى: ﴿وعدل ذلك صياما﴾ مرفوع، فلم يكن في الآية دلالة اختيار الحكمين في الطعام والصيام، وإذا لم يثبت الخيار فيهما، لم يثبت في الهدي لعدم القائل بالفصل. (بناية)

(٢) قوله: "في المكان الذي أصابه [وقال الشعبي: بمكة أو بمنى. ب]" وكذا يعتبر الزمان الذي أصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الأزمنة أيضا، كذا في "مبسوط شيخ الإسلام". (نهاية)

(٣) أي قيم الأشياء.

(٤) أي صحراء.

(٥) أي المواضع الذي قتل فيه الصيد.

(٦) المشايخ.

(٧) قوله: "والواحد يكفي [أي الحكم الواحد يكفي للتقويم]" لأن قوله ملزم، وأن هذا من باب الخبر، لا الشهادة، فيقبل خبر الواحد العدل فيه. (ب)

(٨) قوله: "وقيل: يعتبر المثنى" أي في حكم التقويم، والذين لم يوجبوه حملوا العدد في الآية على الأولوية؛ لأن المقصود به زيادة الإحكام والإتقان، والظاهر الوجوب، وقصد الإحكام لا ينافيه. (ف)

(٩) وهو قوله تعالى: ﴿ذوا عدل منكم﴾.

(١٠) أراد بمكة الحرم.

(١١) عين الكعبة ليس بمراد بالإجماع، بل المراد الحرم. (ب)

(١٢) قوله: "خلافا للشافعي" فإن عنده لا يجوز الإطعام على غير فقراء مكة، وبه قال أبو ثور وعطاء: وهو

بالهدى، والجامعُ التوسعة على سُكّان[1] الحرم.

ونحن نقول: الهدى قربة غير معقولة، فيختص بمكان وزمان، أما الصدقة قربة معقولة فى كل زمان ومكان[2]. والصوم يجوز فى غير مكة؛ لأنه قربة فى كل مكان[3]، فإن ذبح بالكوفة[4] أجزأه عن الطعام، معناه إذا تصدق باللحم، وفيه وفاء بقيمة الطعام[5]؛ لأن الإراقة لا تنوب عنه، وإذا وقع الاختيار[6] على الهدى يهدى ما يجزئه فى الأضحية[7]؛ لأن مطلق اسم الهدى منصرف إليه. وقال محمد والشافعى: يجزئ صغار النعم فيها[8]؛ لأن الصحابة[9] أوجبوا عَناقًا وجفرةً، وعند أبى حنيفة وأبى يوسف يجوز الصغار على وجه الإطعام[10] يعنى إذا تصدق.

وإذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا[11]؛ لأنه[12]

يعتبر الإطعام بالهدى؛ قياسا عليه، والجامع بين الإطعام والهدى التوسعة على فقراء مكة. (بناية)

(١) جمع ساكن.

(٢) فلا يختص بواحدة منهما. (ب)

(٣) فيجوز فى مكة وغيرها.

(٤) أى بغير مكة، فالكوفة تمثيل، لا تقييد. (ب)

(٥) قوله: "وفيه وفاء بقيمة الطعام" يعنى إنما يخرج عن العهدة بالتصدق فى هذه الصورة إذا أصاب كل مسكين من اللحم ما يبلغ قيمة نصف صاع من بر على قياس كفارة اليمين؛ لأن الإراقة الحاصلة بالمكان غير الحرم، لا تجزئ عن الهدى، حتى لو ضاع المذبوح، أو سرق قبل التصدق لا يخرج عن العهدة، فبقى الواجب، كما كان، وفى المذبوح يخرج بعد السرقة عن العهدة؛ لأن الإراقة قربة مخصوصة بمكان وزمان. (بناية)

(٦) أى اختيار القاتل.

(٧) قوله: "ما يجزئه فى الأضحية [وهو الجذع الكبير من الضأن والثنى من غيره. ب]" حتى لو لم تبلغ قيمة المقتول إلا عناقا كفر بالطعام، دون الهدى. (ف)

(٨) أى فى أضحية الهدى. (ب)

(٩) قوله: "لأن الصحابة" أى لأن الصحابة أوجبوا وحكموا فى الأرنب بعناق، وفى اليربوع بجفرة، وكلام "الهداية" هذا يدل على أن أبا يوسف فى هذه المسألة مع الإمام، وذكر فى "المبسوط" وشروح "الجامع الصغير" قول أبى يوسف مثل قول محمد وأحمد والشافعى؛ لعموم قوله تعالى: ﴿من النعم﴾. (ب)

(١٠) دون إراقة الدم.

(١١) قوله: "عندنا" قال الكاكى: المراد به عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو قول مالك، فإن عند محمد

هو المضمون، فتعتبر قيمته، وإذا اشترى بالقيمة طعامًا تصدق على كل مسكين نصفَ صاع من بُرّ، أو صاعا من تمر أو شعير، ولا يجوز أن يُطعم لمسكين أقل من نصف صاع[١]؛ لأن الطعام المذكور ينصرف إلى ما هو المعهود في الشرع[٢].

وإن اختار الصيام يقوم المقتول طعامًا، ثم يصوم عن كل نصف صاع من برّ، أو صاع من تمر أو شعير يومًا؛ لأن تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن؛ إذ لا قيمة للصيام، فقدرناه بالطعام، والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع[٣]، كما في باب الفدية[٤].

فإن فضل من الطعام أقل من نصف صاع، فهو مخير إن شاء تصدق به، وإن شاء صام عنه يومًا كاملا؛ لأن الصوم أقل من يوم غير مشروع، وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين[٥] يطعم قدر الواجب، أو يصوم يومًا كاملا؛ لما قلنا[٦]. ولو جرح صيدًا، أو نتف[٧] شعره، أو قطع عضوًا منه، ضمن ما نقصه[٨]؛ اعتبارا للبعض بالكل[٩]، كما في

والشافعي المعتبر فيه النظير، وقال الإنزاري: هذا احتراز عن قول محمد. ألا ترى إلى ما في "شرح مختصر الكرخي" قال أصحابنا: إن الإطعام بدل عن الصيد، وقال الشافعي: بدل عن النظير. (ب)

(١٢) أي الصيد.

(١) ولا يمنع أن يعطيه أكثر. (ف)

(٢) هو نصف صاع، كما في صدقة الفطر، وكفارة اليمين والظهار. (ن)

(٣) أي تقدير الصيام بنصف صاع.

(٤) فإن الشيخ الفاني يفدي عن صوم كل يوم بنصف صاع من بر. (ب)

(٥) قوله: "وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين" وذلك بأن قتل عصفورًا أو يربوعًا، ولم يبلغ قيمته إلا مدًا من الحنطة يطعم ذلك القدر، أو يصوم. (ن)

(٦) وهو قوله: لأن الصوم أقل من يوم غير مشروع. (ن)

(٧) بركند.

(٨) وإن غاب الصيد ولم يعلم، هل مات أو برأ، ضمن ما نقصه. (ن)

(٩) قوله: "اعتبارًا للبعض إلخ" أي اعتبار ضمان البعض على ضمان الكل، ألا ترى أن من أتلف عضوا من

حقوق العباد، ولو نتف ريش[١] طائر، أو قطع قوائم[٢] صيد، فخرج من حيز الامتناع[٣]، فعليه قيمته كاملة؛ لأنه[٤] فوّت عليه الأمن[٥] بتفويت آلة الامتناع، فيغرم[٦] جزاءه ومن كسر بيض نعامة[٧]، فعليه قيمته، وهذا مروى عن على وابن عبّاس[٨]*، ولأنه أصل الصيد، وله عرضية[٩] أن يصير صيداً، فنزل منزلة الصّيد احتياطًا ما لم يفسد[١٠].

فإن خرج من البيض[١١] فرخ[١٢] ميت، فعليه قيمته حيًا، وهذا[١٣] استحسان، والقياس أن لا يغرم سوى البيضة؛ لأن حياة الفرخ

دابة إنسان يضمن، كما إذا أتلف كلها. (ب)

(١) بالكسر پر.

(٢) دست وپا.

(٣) قوله: "من حيز [أصله حيوز وهو الجانب. ب] الامتناع" وهو قد يكون بالطيران، وقد يكون بالعدو، وقد يكون بالدخول فى الجحر. (نهاية)

(٤) أى القاتل.

(٥) لأن الصيد هو الممتنع المتوحش، ولم يبقَ بعد نتف ريشه أو قطع قوائمه ممتنعًا. (ب)

(٦) أى يضمن.

(٧) شتر مرغ.

(٨) قوله: "وهذا مروى إلخ" أما حديث على فغريب، وروى ابن أبى شيبة بسنده عن معاوية بن قرة أن رجلا كسر بيض نعامة، فسأل عليًا، فقال: عليك بكل بيضة جنين ناقة، فسأل ذلك الرجل رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فأخبره بما قال على، فقال: قد قال، فقال: وعليك فى كل بيضة صيام يوم، أو إطعام مسكين، وأما حديث ابن عباس، فرواه عبد الرزاق. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٣٥، والدراية ج٢، ص٤٣. (نعيم)

(٩) أى صلاحية أن يصير صيداً.

(١٠) قوله: "ما لم يفسد" الأوجه وصله بكسر بيض نعامة أى ومن كسر بيضها، فعليه قيمته ما لم يفسد أى فى زمان عدم فساده، وما مصدرية نائبة عن ظرف الزمان، وإنما لم يجب فى البيضة المذكورة؛ لأن ضمانها ليس لذاتها، بل لعرضية الصيد، وليست فى المذرة العرضية. (ف)

(١١) أى ولم يعلم أن موته بالكسر أم لا، فإن علم أن موته قبل الكسر، فلا شيء عليه. (ب)

(١٢) بالفتح چوزه مرغ. (م)

(١٣) وجوب القيمة.

غير معلومة، وجه الاستحسان أن البيض مُعَد[١] ليخرج منه الفرخ الحى، والكسر قبل أوانه سبب لموته، فيُحال[٢] به عليه احتياطًا، وعلى هذا إذا ضرب بطن ظبية[٣]، فألقت جنينًا ميتًا، وماتت، فعليه قيمتهما[٤].

وليس فى قتل الغراب[٥]، والحدأة[٦]، والذئب[٧]، والحيّة[٨]، والعقرب[٩]، والفأرة[١٠]، والكلب العقور جزاء؛ لقوله ﷺ[١١]: «خمس من الفواسق يقتلن فى الحِلِّ والحرم[١٢] الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور»*، وقال ﷺ: «يَقْتُل المحرم الفأرة والغراب والحدأة[١٣] والعقرب والحية والكلب العقور»[١٤]، وقد ذكر الذئب[١٥]

---

(١) مهيا كرده شده.

(٢) من الحوالة.

(٣) قوله: "وعلى هذا [أى على هذا الأصل، وهو النسبة إلى ما هو سبب ظاهر. ف] إذا ضرب إلخ" وهذا بخلاف ما إذا ضرب بطن امرأة، فألقت جنينًا ميتًا، وماتت الأم، لما وجب ضمان الأم لم يجب عليه ضمان الجنين؛ لأنه فى حكم النفس من وجه، وفى حكم الجزء من وجه، والضمان الواجب لحق العباد غير مبنى على الاحتياط، فلا يجب هناك، فأما جزاء الصيد، فمبنى على الاحتياط، فترجح جهة النفسية فى جنين الصيد. (ك)

(٤) أى الظبية والجنين.

(٥) زاغ.

(٦) زغن.

(٧) گرگ.

(٨) مار.

(٩) كژدم

(١٠) موش.

(١١) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" فإن قلت: ما وجه إعمال هذا الحديث، وهو خبر واحد فى تخصيص عموم قوله تعالى: ﴿لا تقتلوا الصيد﴾، فهو بإطلاقه يتناول الصيود المؤذية وغيرها.
قلنا: خص هذا العام ابتداء بالنص القطعى، وهو قوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر﴾، فعند ذلك يجوز تخصيصه بالقياس، فكيف بخبر الواحد، أو نقول -وهو الجواب الأصح- إنه حديث مشهور، كذا فى الشرح. (د)

(١٢) قوله: "خمس من الفواسق إلخ" قلت: لم يذكره شيخنا علاء الدين، بل أحاله على ما تقدم أعنى حديث جواز قتلها للمحرم، وهذا خطأ، كما بيناه، بل هذا حديث آخر، أخرجه البخارى ومسلم. (ت)

* متفق عليه من حديث عائشة، راجع نصب الراية ج٣ ص ١٣٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٠٩ ص٤٤. (نعيم)

(١٣) قوله: "والحدأة" بكسر الحاء وفتح الدال والهمزة، وحكى بالمد مع التاء، وهى الموحدة،

في بعض الروايات، وقيل[١]: المراد بالكلب العقور الذئب، أو يقال: إن الذئب في معناه[٢]، والمراد بالغراب[٣] الذي يأكل الجيف[٤] ويخلط[٥]؛ لأنه يبتدئ بالأذى، وأما العقعق[٦] غير مستثنى؛ لأنه لا يسمى غرابًا، ولا يبتدئ بالأذى[٧]. وعن أبي حنيفة أن الكلب العقور، وغير العقور، والمستأنس والمستوحش منهما[٨] سواء؛ لأن المعتبر في ذلك الجنس[٩]، وكذا الفأرة الأهلية والوحشية سواء، والضب[١٠] واليربوع[١١] ليسا من الخمس المستثناة[١٢]؛ لأنهما لا يبتدئان بالأذى.

لا للتأنيث. (جامع الرموز)

(١٤) رواه البخاري ومسلم. (ب)

(١٥) قوله: "وقد ذكر [صيغة المجهول. ب] الذئب [قد مر ذكره سابقًا] إلخ" اعلم أن المصنف ذكر في أول هذا الفصل حيث قال: واستثنى رسول الله صلى الله إلخ، فذكر الخمس الفواسق، وعدها ستا، وأعادها ههنا مع ذكر الفأرة، فصارت سبعة، ذكر العدد المعين لا ينافي ما زاد عليه، وكان هذا القول جواب سؤال مقدر، تقريره أن ذكر الذئب ليس في الأحاديث التي أخرجها الشيخان، فالمصنف ذكر زيادة عليها. فأجاب بأنه إنما ذكره من حيث إن رواية جاءت به، أو من حيث دلالة النص، فإن الذئب في معنى الكلب العقور.

(١) وقيل: المراد به الأسد. (ف)

(٢) فيلحق به دلالة. (ف)

(٣) المذكور في الحديث.

(٤) جمع جيفة.

(٥) قوله: "ويخلط" أي يخلط الحب بالنجس معناه أن يأكل النجس تارةً، والحب أخرى، وقد ذكره المصنف أول الفصل، وزاد ههنا هذا القول، ويرد به ما قاله الأكمل: إنه تكرار. (ب)

(٦) بفتح هر دو عين، مرغيست سياه وسفيد كه آوازش بلفظ عق ميباشد، وآں را زاغ دشتى ميگويند. (م)

(٧) قوله: "ولا يبتدئ إلخ" فيه نظر؛ لأنه دائمًا يقع على دبر الدابة، فينبغي أن لا يجب فيه الجزاء.

(٨) أي من الكلب العقور وغيره.

(٩) قوله: "لأن المعتبر في ذلك الجنس [يعني حقيقة الكلب]" وإن كان وصفه بالعقور إيماءً إلى العلة، لما روى أبو داود في "المراسيل"، وذكر الكلب من غير وصفه بالعقور. (ف)

(١٠) سوسمار.

(١١) موش دشتى.

(١٢) فيجب في قتلهما الجزاء. (ب)

وليس في قتل البَعوض[١] والنمل[٢] والبراغيث[٣] والقُراد[٤] شيء؛ لأنها ليست بصيود، وليست بمتولدة من البدن[٥]، ثم هي مؤذية بطباعها[٦]، والمراد بالنمل السوداء والصفراء الذي تؤذي، وما لا يؤذي لا يحل قتلها، ولكن لا يجب الجزاء للعلة الأولى[٧].

ومن قتل قمّلة[٨] تصدق بما شاء مثل كف من الطعام؛ لأنها متولدة من التفث[٩] الذي على البدن. وفي "الجامع الصغير": أطعم شيئًا، وهذا يدل على أنه يجزئه أن يطعم مسكينًا شيئًا يسيرًا[١٠] على سبيل الإباحة، وإن لم يكن مُشْبِعًا. ومن قتل جَرادة[١١] تصدق بما شاء[١٢]؛ لأن الجراد من صيد البر[١٣]، فإن الصيد ما لا يمكن أخذه إلا بحيلة، ويقصده الآخذ، وتمرة خير

(١) پشه.

(٢) مورچه.

(٣) كيک.

(٤) كنه.

(٥) احترز به عن القملة. (ب)

(٦) فلا يجب الجزاء لقتلها.

(٧) وهي عدم كونه صيداً. (ب)

(٨) سپش.

(٩) أي الوسخ والدرن. (ب)

(١٠) ككسرة خبز. (ب)

(١١) ملخ.

(١٢) قوله: "تصدق بما شاء" وجوز بعضهم قتل الجراد لما روى أبو حنيفة عن أبي هريرة أنه من صيد البحر، قلنا: إنه من صيد البحر، وذلك مشاهد، والمراد في الحديث مشاركته بصيد البحر في حكم الأكل من غير ذكاة. (إله داد)

(١٣) قوله: "لأن الجراد من صيد البر" عليه كثير من العلماء، ويشكل عليه ما في سنن أبي داود والترمذي عن أبي هريرة قال: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم في حجة، أو عمرة، فاستقبلنا جراد، فجعلنا نضربه بسياطنا وقسينا، فقال صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «كلوه فإنه من صيد البحر».

وعلى هذا لا يكون فيه شيء أصلا، لكن تظاهر عن عمر رض إلزام الجزاء فيها، كما في "الموطأ"، ومصنف عبد الرزاق. (ف)

من جرادة؛ لقول عمر[١]: "تمرة خير من جرادة"*.

ولا شيء عليه في ذبح السُّلحفاة[٢]؛ لأنه من الهوامّ والحشرات، فأشبه الخنافس[٣] والوزَغات[٤]، ويمكن أخذه من غير حيلة[٥]، وكذا لا يقصد بالأخذ، فلم يكن صيدا، ومن حلب صيد الحرم، فعليه قيمته؛ لأن اللبن من أجزاء الصيد، فأشبه كله[٦].

ومن قتل[٧] ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع[٨] ونحوها[٩]، فعليه الجزاء إلا ما استثناه الشرع، وهو ما عددناه[١٠].

وقال الشافعي رح: لا يجب الجزاء؛ لأنها جُبلت على الإيذاء[١١]،

(١) قوله: "لقول عمر إلخ" قلت: رواه مالك في "الموطأ" عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل عمر عن جرادة قتلها، وهو محرم، فقال عمر لكعب: تعال حتى نحكم، قال كعب: درهم، فقال عمر: "إنك لتجد الدرهم تمرة خير من جرادة"، ورواه ابن أبي شيبة أيضًا.

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٣٧، والدراية ج٢، ص٤٤. (نعيم)

(٢) قوله: "في ذبح السلحفاة [جمعه سلاحف]" بضم الأول وفتح لام وسكون حاى مهملة وفاء وتاء فوقاني بمعنى باخع كه بهندى كچهوا گويند. (غث)

(٣) قوله: "فأشبه الخنافس [جمع خنفساء. ب]" خنفساء بضم الأول وفتح فاء وسين مهملة كرم سرگين كه در نجاست پيدا شود، وبعربى آن را جعل نيز گويند، وبهندى گبرونڈا. (غث)

(٤) قوله: "والوزغات [جمع وزغة، وهي المسماة بسامّ أبرص]" وزغ بفتحتين وغين معجمة حربا از منتخب، ودر مدار جهانگيرى ورشيدى بمعنى غوک نوشته اند، ودر برهان نوشته كه نوعے از چلپاسه است. (غث)

(٥) فلم يكن صيداً.

(٦) قوله: "فأشبه كله" أي فأشبه لبنه كله؛ لأنه يتولد من عينه، وتناول الصيد حرام على المحرم، فكذا ما كان منه اعتباراً للبعض بالكل. (ب)

(٧) هذا لفظ القدوري. (ب)

(٨) كالأسد والنمر والفهد. (ف)

(٩) أي كسباع الطير كالبازي والصقر. (ن)

(١٠) يعني في ما مضى من الخمس الفواسق. (ب)

(١١) قوله: "لأنها جبلت [أي خلقت] إلخ" استثنى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم الكلب العقور، وليس المراد به المعروف، فإنه أهلي، فالمراد به ما يكلف ويؤذي، فيتناول الأسد والنمر والفهد. (عناية)

فدخلت في الفواسق المستثناة، وكذا اسم الكلب يتناول السباع[١] بأسرها لغة. ولنا أن السبع صيدٌ لتوحشه[٢]، وكونه مقصودًا بالأخذ[٣]، إما لجلده[٤]، أو ليصطاد به[٥]، أو لدفع أذاه[٦]، والقياس على الفواسق[٧] ممتنع؛ لما فيه[٨] من إبطال العدد[٩]، واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا[١٠]، والعرف أملك[١١]، ولا يجاوز بقيمته[١٢] شاة[١٣]، وقال زفر: تجب قيمته بالغةً ما بلغت اعتبارًا بمأكول اللحم.

---

(١) قوله: "يتناول السباع" ويدل عليه أنه عليه الصلاة والسلام قال داعيا على عتبة بن أبي لهب: «اللهم سلط عليه كلبا من كلابك»، فافترسه سبع. (ف)

(٢) وكل ما هو صيد يجب الجزاء بقتله. (عناية)

(٣) قوله: "وكونه مقصوداً إلخ" هذا زيادة قيد على ما قدمناه في معنى الصيد، ولم يذكره في تعريفه السابق، فيلزم إما فساد السابق، أو هذا اللاحق (ف)

(٤) كما في الأسد والنمر. (ب)

(٥) أي لأجل الاصطياد به، كما في الفهد. (ب)

(٦) كما في الخنزير. (ب)

(٧) جواب عن قياس الشافعي. (ب)

(٨) قوله: "**لما فيه إلخ**" **قد يقال**: إنكم أبطلتم العدد بإباحة قتل الذئب والغراب، فليجز إبطال العدد ههنا **بإلحاق السباع وجوابه أن إلحاقنا الذئب** والغراب بما نص عليه من الفواسق بطريق الدلالة؛ لأن الكل مبتدئان **بالأذى، والإلحاق بالدلالة لا** يبطل العدد حكمًا، بخلاف سائر السباع، فإنها وإن جبلت على الإيذاء، فهي ليست بمبتدئات بالأذى؛ لأنها لا تخالط الناس. (إله داد)

(٩) قوله: "من إبطال العدد" أي العدد المنصوص، وهو الخمس، فيلزم من الإلحاق به قياسا أن يكون المستثنى شرعًا أكثر من خمس، فيبطل العدد، وينتفي فائدة التخصيص. (ف)

(١٠) قوله: "واسم الكلب لا يقع [جواب عن قول الشافعي: وكذا اسم الكلب إلخ. ب] إلخ" ظاهره أنه يقع عليها لغة بطريق الحقيقة، وعلى هذا يتم مقصود الشافعي، فالأولى منع وقوعه على السباع حقيقة لغة، وإطلاقه عليها في قوله عليه الصلاة والسلام: «سلط عليه كلبًا» باعتبار المجاز. (ف)

(١١) قوله: "والعرف أملك" أي أضبط لصاحبه وأقوى، أفعل من الملك كأنه يملكه ويمسكه، ولا يخليه إلى الآخر، كذا في "المغرب". (نهاية)

(١٢) الباء للتعدي. (ع)

(١٣) قوله: "شاة" بالرفع على أنه أسند إليها قوله: ولا يجاوز مجهولا أي لا يجاوز بقيمة الذي لحمه من الصيود شاة. (ن)

ولنا قوله ﷺ: «الضبع صيد وفيه الشاة»(١)، ولأن اعتبار قيمته(٢) لمكان الانتفاع بجلده(٣)، لا لأنه محارب مؤذى، ومن هذا الوجه(٤) لا يزاد على قيمة الشاة(٥) ظاهراً(٦). وإذا صال(٧) السبع(٨) على المحرم فقتله، لا شيء عليه، وقال زفر: يجب الجزاء اعتباراً بالجمل الصائل(٩)، ولنا ما روى عن عمر(١٠): أنه قتل سبعًا وأهدى كبشًا. وقال: إنا ابتدأناه، ولأن المحرم ممنوع عن التعرض(١١)، لا عن دفع الأذى، ولهذا(١٢) كان

---

(١) قوله: "الضبع صيد وفيه الشاة" ليس بمعروف، بل المعروف حديث جابر: "سألت رسول الله ﷺ عن الضبع أصيد هو؟ قال: نعم! ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم"، رواه أبو داود. والمصنف إن استدل بلفظ السبع، كما فى بعض النسخ، فغير ثابت، وإن استدل بلفظ الضبع؛ بناء على أنه سبع عندنا، وغير مأكول، فنقول: يجب حمله على أنه كان قدر المالية وقت التنصيص، وإلا تلزم المعارضة بينه وبين قوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ على أن المراد قيمته. (ف)

(٢) قوله: "ولأن اعتبار قيمته إلخ" هذا مع كونه معارضا بما قبله بأسطر: أو كونه مقصودا بالأخذ، إما لجلده، أو ليصطاد به، أو لدفع أذاه، حيث زاد باعتبار آخر معارض بقوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾، فإنه أوجب قيمة المقتول مطلقًا. (ف)

(٣) إذ اللحم غير مأكول. (ب)

(٤) قوله: "ومن هذا الوجه [أى الذى ذكره دليلا عقليا. ب] إلخ" وذلك لأن زيادة القيمة فى الأسد والفهد بمعنى تفاخر الملوك به، لا بمعنى الصيدية، وذلك غير معتبر فى حق المحرم، فلم يلزمه أكثر من شاة، كذا فى "المبسوط". (نهاية)

(٥) كما فى سائر محظورات الإحرام. (ك)

(٦) أى بحسب ظاهر الحال. (ب)

(٧) حمله كند.

(٨) وكذا فى غير السباع إلا أنه ذكر السبع؛ لغلبة الصيال فيه. (ب)

(٩) فإن الجمل إذا صال على إنسان، فقتله، يجب عليه قيمته. (ك)

(١٠) قوله: "ولنا ما روى [غريب جدا. ت] عن عمر إلخ" بتقدير ثبوته إنما يفيد عدم الجزاء إذا كان المبتدئ السبع بمفهوم المخالفة، وهو ليس بحجة عندهم.
فالأولى أن يستدل بما رواه أبو داود عن الخدرى أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عما يقتل المحرم، قال: «الحية والعقرب والفويسقة والكلب العقور والحدأة والسبع العادى». (ف)

(١١) بالصيد.

(١٢) أى لعدم منعه عن دفع الأذى.

مأذونًا فى دفع المتوهم من الأذى، كما فى الفواسق(١)، فلأن يكون مأذونًا فى دفع المتحقق منه أولى(٢)، ومع وجود الإذن من الشارع لا يجب الجزاء حقًا له، بخلاف الجمل الصائل(٣)؛ لأنه لا إذن(٤) من صاحب الحق(٥)، وهو العبد، وإن اضطر المحرم إلى قتل صيد فقتله، فعليه الجزاء؛ لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنصّ على ما تلوناه من قبل(٦).

ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبطّ الأهلى؛ لأن هذه الأشياء ليست بصيود لعدم التوحش(٧)، والمراد بالبطّ الذى يكون فى المساكن والحياض؛ لأنه ألُوفٌ بأصل الخلقة، ولو ذبح حمامًا مُسَرْوَلا(٨)، فعليه الجزاء، خلافًا لمالك، له أنه ألوف مستأنسٌ، ولا يمتنع بجناحيه لبطوء نهوضه(٩)، ونحن نقول(١٠): الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه وإن(١١) كان بطىء النهوض، والاستئناس

(١) الخمس؛ لأنه إنما جاز قتلهن لتوهم الأذى. (ب)

(٢) قوله: "فلأن يكون مأذونًا فى دفع المتحقق أولى [وهو ما إذا صال عليه سبع]" ولهذا لو أمكنه دفعه بغير سلاح فقتله، فعليه الجزاء، ذكره الطحاوى. (ب)

(٣) جواب عن قياس زفر.

(٤) قوله: "لأنه لا إذن إلخ" فإن قلت: العبد المملوك إذا صال على إنسان بالسيف فقتله، لا يضمن مع أنه لم يوجد هناك الإذن من المالك.
قلت: لأن العبد المملوك مضمون فى الأصل؛ لأنه آدمى، لا للمولى؛ لأنه مكلف كسائر المكلفين، فيسقط ضمانه بفعل جاء من قبله. (د)

(٥) أى المالك للجمل. (د)

(٦) قوله: "على ما تلوناه من قبل" وهو قوله تعالى: ﴿ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾. (عناية)

(٧) لاختلاطها بالناس.

(٨) بفتح الواو ما فى رجله ريش كأنه سراويل. (ف)

(٩) قيامه.

(١٠) قوله: "ونحن نقول إلخ" تقريره أن الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه، وكل ما هو كذلك، فهو صيد. (عناية)

(١١) الواو وصلية.

عارض[١] فلم يعتبر[٢]. وكذا[٣] إذا قتل ظبيًا مستأنسًا؛ لأنه صيد فى الأصل، فلا يُبطله الاستئناس[٤] كالبعير[٥] إذا ندَّ لا يأخذ حكم الصيد فى الحرمة على المحرم، وإذا ذبح المحرم صيداً، فذبيحته ميتة[٦]، لا يحل أكلها. وقال الشافعى: يحل ما ذبحه المحرم لغيره؛ لأنه عامل له[٧]، فانتقل فعله إليه[٨]. ولنا أن الذكاة فعلٌ مشروع[٩]، وهذا فعل حرام، فلا يكون ذكاةً[١٠] كذبيحة المجوسى[١١]، وهذا[١٢] لأن المشروع هو الذى قام

---

(١) كما فى الظبى وحمار الوحش. (ب)

(٢) قوله: "فلم يعتبر" فإن قلت: أ ليس أنه لا يحل بذكاة الاضطرار، فإنه لو رمى فى برج الحمام، فمات حمام قبل أن يدرك ذكاته لا يحل، ولو كان صيداً يحل.
قلت: من المشايخ من قال: يحل، ومنهم من قال: لا يحل، وهو لا يدل على أنه ليس بصيد؛ لأن الإباحة بذكاة الاضطرار يتعلق بالعجز، لا لكونه صيدا حتى على البعير الذى ندّ بذكاة الاضطرار. (ن)

(٣) أى يجب الجزاء.

(٤) لأنه عارض.

(٥) قوله: "كالبعير إذا ند" أى نفر، من ند يند ندوداً من باب ضرب، فإنه بالندود لا يخرج عن كونه أهليًا. (ب)

(٦) وكذا ما ذبحه الحلال فى الحرم. (ن)

(٧) قوله: "لأنه [هكذا ذكر التعليل فى الإيضاح ن] عامل له إلخ" قلت: هذا التعليل يدل على أن اللام فى لغيره متعلق بقوله: ذبحه، لا بقوله: يحل، فيثبت الحل لذلك الغير الذى ذبحه لأجله لانتقال الفعل إليه، ولكن لفظ "المبسوط" يدل على أنه حلال لغيره سواء ذبحه لأجله أو لنفسه، فقال: لا يحل تناول ما ذبحه المحرم لأحد من الناس. وقال الشافعى: لا يحل للمحرم القاتل، ويحل لغيره من الناس، وفى "الوجيز" للغزالى: ما ذبحه المحرم بنفسه، فأكله عليه حرام، وهل هو ميتة فى حق غيره، فيه قولان. (ن)

(٨) قوله: "فانتقل فعله إليه" أى فانتقل فعل المحرم الذابح إلى ذلك الغير الذى ذبحه لأجله، فكأنه لم يذبحه، بل ذبحه ذلك الغير، فيحل لذلك الغير أكله. وأورد عليه مولانا إله داد الجونفورى بأن فعله إذا كان منتقلا إلى غيره، صار الذابح هو الغير، فحينئذٍ يجب أن يحل للمحرم وغيره؛ لأن مذبوح غير المحرم حلال للكل، انتهى. أقول: هذا ليس بشيء؛ لأن الذابح حقيقة هو المحرم؛ لأنه المباشر به، وإنما انتقل حكمه إلى الغير؛ لكونه عاملا له، فينبغى اعتبار كل من الأمرين، فمن حيث إنه الذابح حقيقة، قلنا بحرمته على المحرم، ومن حيث إنه ذبحه للغير، فكأنه صار عاملا حكمنا بحلته لذلك الغير، فافهم، فإن هذا السانح عزيز. (عبد)

(٩) قوله: "فعل مشروع" أى بالاتفاق، وذبح المحرم ليس بفعل مشروع بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ سماه قتلا، لا ذبحا، فلا يكون ذكاة.

(١٠) قوله: "فلا يكون ذكاة" فإن قلت: يشكل على هذا ذبح شاة الغير، فإنه حرام محض بغير إذنه، حتى

مقام الميز بين الدم واللحم تيسيراً[١]، فينعدم بانعدامه[٢].

فإن أكل المحرم الذابح من ذلك[٣] شيئًا، فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة. وقالا[٤]: ليس عليه جزاء ما أكل، وإن أكل منه محرم آخر، فلا شيء عليه في قولهم جميعًا. لهما أن هذه ميتة[٥]، فلا يلزمه بأكلها إلا الاستغفار، وصار كما إذا أكله محرمٌ غيره[٦]. ولأبي حنيفة أن حرمته[٧] باعتبار كونه ميتة، كما ذكرنا[٨]، وباعتبار أنه محظور إحرامه؛ لأن إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلية، والذابح عن الأهلية في حق الذكاة، فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط[٩] مضافة إلى إحرامه، بخلاف محرم

إن المسلم لو اضطر بين أكل الميتة وأكل مال الغير، كان عليه أن يأكل الميتة، ومع ذلك لو ذبحها -وهو فعل حرام- يقع ذكاة. قلت: الذبح إذا كان ما منعه من الحل لمعنى بالذبح أو المذبوح، كان ذلك نهيا لمعنى في عين الفعل، فكان مانعًا من أن يكون الممنوع عنه مشروعًا، كما في ما نحن فيه، وإذا كان المنع لمعنى في الثالث، وهو المالك كان النهي لمعنى في غيره. (ن)

(١١) فإنه لا يكون ذكاة.

(١٢) أي كون ذبح المحرم حرامًا.

(١) قوله: "هو الذي قام مقام الميز [أي التمييز] بين الدم واللحم تيسيرًا" لأن الذبح لا يتبين إلا بخروج كل الدم النجس، فإن الميتة حرام باعتبار اختلاط الدم المسفوح باللحم، إلا أن الشرع أقام الذبح مقامه تيسيرًا، ولهذا لو ذبح المسلم ولم يسل الدم، يحل أكله، فيبقى ما لم يكن مشروعًا على أصل القياس. (ب)

(٢) قوله: "فينعدم بانعدامه" أي ينعدم الميز بسبب انعدام كونه مشروعًا، فلما لم يتحقق الميز بين الدم واللحم، كان حراما لاختلاط دمه مع لحمه، كما في المنخفقة. (ن)

(٣) الصيد الذي ذبحه.

(٤) قوله: "وقالا إلخ" هذا الخلاف في ما إذا أكل من الصيد بعد ما أدى جزاءه، فعنده يجب عليه بحسب ما أكل، وعندهما لا يجب عليه إلا الاستغفار. أما إذا أكل قبل أداء الجزاء دخل جزاء ما أكل في ضمان الجزاء بالإجماع، وبه صرح في المختلف، كذا في "الإيضاح". (ب)

(٥) التأنيث باعتبار تأنيث الخبر. (ن)

(٦) أي غير الذابح.

(٧) أي مذبوح المحرم.

(٨) من أن المذبوح ميتة. (ب)

(٩) قوله: "بهذه الوسائط إلخ" وذلك لأن الحرمة باعتبار كونه ميتة، وكونه ميتة باعتبار خروج الصيد عن المحلية، والذابح عن الأهلية، وكل ذلك باعتبار الإحرام، فكانت الحرمة مضافة إلى الإحرام بهذه الوسائط،

آخر(١)؛ لأن تناوله ليس من محظورات إحرامه.

ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال(٢) وذبحه(٣) إذا لم يدلّ المحرم عليه(٤)، ولا أمره بصيده، خلافًا لمالك فيما إذا اصطاده لأجل المحرم(٥)، له قوله ﷺ(٦): «لا بأس بأكل المحرم لحم صيد ما لم يَصِدهُ أو يُصاد له(٧)»*. ولنا ما روى أن الصحابة تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم(٨)، فقال ﷺ: «لا بأس به(٩)»**، واللام(١٠) فيما روى(١١) لام تمليك، فيحمل على أن يهدى إليه الصيد دون اللحم(١٢)،

فكان التناول محظور إحرامه، فيجب الجزاء. (نهاية)

(١) جواب عن قياس أبي يوسف ومحمد.

(٢) أي غير محرم.

(٣) ذلك الحلال.

(٤) أي على الصيد.

(٥) بأن نوى الاصطياد لأجل المحرم، سواء أمره بذلك أو لا. (ن)

(٦) قوله: "له قوله عليه السّلام [هذا الحديث ضعفه الترمذي والنسائي. ب] إلخ" قلت: أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي عن جابر بن عبد الله قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «صيد البر حلال وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم» (ت)

(٧) قوله: "أو يُصاد له" قال مولانا حميد الدين: الصحيح عندي بالنصب، واو ههنا بمعنى إلى أن أي لا بأس إلى أن يصاد له، وحكم ما بعد الغاية يخالف حكم ما قبلها، فيستقيم له التمسك به حينئذٍ؛ لأنه صار تقديره يحل للمحرم أكل لحم الصيود إذا لم يصد بنفسه محدودًا إلى اصطياد الغير لأجله، فيكون الحل منتفيًا عند اصطياد غيره لأجله. (ك)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٥١٠ ص٤٤. (نعيم)

(٨) قوله: "تذاكروا إلخ" قلت: رواه الإمام محمد في "كتاب الآثار" عن طلحة بن عبيد الله قال: "تذاكرنا لحم الصيد يأكله المحرم، والنبي عليه الصلاة والسلام نائم، فارتفعت أصواتنا فاستيقظ، فقال: فيم تتنازعون، فقلنا: في لحم الصيد، يأكله المحرم، فأمر بأكله". (ت)

(٩) هذا اللفظ مخالف للمروي، وهو أمرنا، وإن كانا في الحقيقة بمعنى واحد. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص١٤٠، والدراية ج٢، ص٤٥. (نعيم)

(١٠) جواب عن حديث مالك. (ب)

(١١) أي في قوله: يصاد له. (ن)

أو[١] معناه أن يصاد بأمره، ثم شرَطَ[٢] عدم الدلالة. وهذا تنصيص[٣] على أن الدلالة محرّمة[٤] قالوا[٥]: فيه روايتان، وجه الحرمة حديث أبي قتادة رضي الله تعالى عنه[٦]، وقد ذكرناه.

وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال[٧] تجب قيمته[٨] يتصدق بها على الفقراء؛ لأن الصيد استحق الأمن بسبب الحرم، قال ﷺ في حديث فيه طول: «ولا يُنفَّر صيدها»[٩]*، ولا يجزئه الصوم؛ لأنها غرامة[١٠]،

---

(١٢) قوله: "فيحمل على أن يهدى إليه الصيد دون اللحم" لأن تمليك الصيد لا يتحقق في ما هدى إليه اللحم؛ لأنه ليس بصيد حقيقة، فاقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم، وبه نقول. (ب)

(١) هكذا ذكره الطحاوي. (ت)

(٢) أي القدوري بقوله: إذا لم يدل المحرم. (ب)

(٣) قوله: "هذا تنصيص" أي شرط القدوري نص على أن المحرم إذا دل حلالا على صيد الحل، فذبحه الحلال يكون اللحم حرامًا لا يحل أكله. (ب)

(٤) بتشديد الراء. (ب)

(٥) قوله: "قالوا" أي قال المتأخرون من أصحابنا في تحريم صيد الحلال بدلالة المحرم روايتان: في رواية حرام، وفي رواية: لا، قلت: رواية الحرمة رواية الطحاوي، ورواية عدم الحرمة رواية أبي عبد الله الجرجاني.

(٦) قوله: "حديث أبي قتادة" اسمه الحارث بن ربعي الأنصاري، وقد ذكرناه أي في باب الإحرام بقوله: «هل أعنتم هل أشرتم». (ب)

(٧) قوله: "إذا ذبحه الحلال" قيد به لأن المحرم إذا قتل صيد الحرم، يلزمه كفارة واحدة لأجل الإحرام، ولم يجب عليه شيء لأجل الحرم في جواب الاستحسان. (ك)

(٨) إلا على قول أصحاب الظواهر، وهو غير معتبر.

(٩) قوله: "ولا ينفر صيدها" أخرجه الأئمة الستة عن أبي هريرة قال: لما فتح الله على رسوله مكة قام النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم فيهم، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: إن الله حبس عن مكة الفيل، وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وإنها أحلت لي ساعة من نهار، ثم بقي حراما إلى يوم القيامة، لا يعضد شجرها، ولا ينفر صيدها، ولا يختلى خلاها، ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد، فقال العباس: إلا الإذخر، فإنه لقبورنا وبيوتنا، فقال عليه الصلاة والسلام: «إلا الإذخر». (تخريج زيلعي)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٤٢، والدراية ج٢، الحديث ٥١١ ص٤٥. (نعيم)

(١٠) قوله: "لأنها [أي قيمة الصيد] غرامة إلخ" قلت: قيمة الصيد في حق المحرم أيضًا غرامة تشبه ضمان الأموال؛ لما مر من قوله: وسواء في ذلك العامد والناسي؛ لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف، فأشبه غرامات الأموال، هذا كلامه.

وليست بكفارة[١]، فأشبه ضمان الأموال، وهذا لأنه يجب[٢] بتفويت وصف في المحل[٣] وهو الأمن، والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله؛ لأن الحرمة باعتبار معنى فيه، وهو إحرامه[٤]، والصوم يصلح جزاء الأفعال، لا ضمان المحال[٥]. وقال زفر[٦]: يجزئه الصوم اعتبارًا بما وجب على المحرم، والفرق[٧] قد ذكرناه[٨]، وهل يجزئه الهدى، ففيه روايتان[٩]. ومن دخل الحرم بصيد[١٠]، فعليه أن يرسله فيه إذا كان في يده، خلافًا للشافعي[١١]، فإنه يقول: حق الشرع لا يظهر[١٢] في مملوك العبد لحاجة العبد.

وجوابه أن قيمة الصيد على المحرم ضمان المحل من وجه، وجزاء الفعل من وجه، بخلاف صيد الحرم، فإن قيمته جزاء المحل ليس إلا، فلا يكون في معنى الصيد في حق المحرم، فلا يلحق به في شرعية الصوم. (د)

(١) وليس فيه الغرامة.

(٢) قوله: "وهذا [أي الضمان] إلخ" يشير به إلى الفرق بين قتل المحرم الصيد، وقتل الحلال صيد الحرم في جواز الصوم في الأول دون الثاني. (عيني)

(٣) أراد بالوصف الأمن، وبالمحل الصيد.

(٤) قوله: "وهو إحرامه" ولهذا لو اشترك حلالان في قتله يجب عليهما ضمان واحد، بخلاف المحرمين، فإنه يجب على كل واحد منهما قيمة كاملة؛ لأنه جزاء الفعل. (ب)

(٥) قوله: "لا ضمان المحال" أما صلاحيته لجزاء الأفعال، فلقوله تعالى: ﴿أو عدل ذلك صيامًا﴾، وأما عدم صلاحيته لجزاء المحال، فلأنه لا مماثلة بين الصوم -وهو العرض- وبين المحل، وهو العين. (ب)

(٦) وبه قال الشافعي وأحمد ومالك. (ب)

(٧) بين قتل المحرم الصيد، وبين قتل الحلال الصيد.

(٨) هو الذي ذكره بقوله: والصوم يصلح جزاء الأفعال. (ب)

(٩) قوله: "ففيه روايتان" في رواية: لا، فلا يتأدى بالإراقة، بل لا بد من التصدق بلحم بعد أن تكون قيمة اللحم بعد الذبح مثل قيمة الصيد، ولهذا لو سرق المذبوح وجب أن يقيم غيره مقامه؛ لأنه لا مدخل للإراقة في غرامات الأموال، وفي أخرى: يتأدى فتكون الأحكام المذكورة على عكسها. (ف)

(١٠) أي وهو حلال ليظهر خلاف الشافعي. (ف)

(١١) هو قاسه على الاسترقاق. (ف)

(١٢) قوله: "حق الشرع لا يظهر إلخ" لأن حق الشرع إنما يثبت في المباح دون المملوك كالأشجار، فإن ما ينبته الناس منها لا يثبت فيها حرمة الحرم. (نهاية)

ولنا أنه لما حصل فى الحرم[١] وجب ترك التعرض لحرمة الحرم، أو صار[٢] هو من صيد الحرم، فاستحق الأمن لما روينا[٣].

فإن باعه رد البيع فيه إن كان قائمًا[٤]؛ لأن البيع لم يجز لما فيه[٥] من التعرض للصيد، وذلك حرام، وإن كان فائتا، فعليه الجزاء؛ لأنه تعرض للصيد بتفويت الأمن الذى استحقه، وكذلك[٦] بيع المحرم الصيد من محرم أو حلال؛ لما قلنا[٧]. ومن أحرم وفى بيته، أو فى قفص معه[٨] صيد، فليس عليه أن يرسله، وقال الشافعى[٩]: يجب عليه أن يرسله؛ لأنه متعرض للصيد بإمساكه فى ملكه، فصار كما إذا كان فى يده. ولنا أن الصحابة كانوا يحرمون[١٠]، وفى بيوتهم صيود ودواجن[١١]، ولم يُنقل

---

(١) قوله: "لما حصل فى الحرم إلخ" الحاصل أن حرمة الحرم فى حق الصيد كحرمة الإحرام، فكما أن الحرمة بسبب الإحرام، ثبت فى حق الصيد المملوك، فكذلك الحرمة بسبب الحرم. (نهاية)

(٢) قوله: "أو صار إلخ" هذا تعليل ثانٍ لوجوب الإرسال، وفى نسخة الإنزارى بخطه: إذ هو من صيد الحرم، بكلمة إذ التعليلية، وقال: قوله: إذ تعليل لوجوب ترك التعرض، وقال الأكمل أيضًا ما يؤيده. (ب)

(٣) من قوله عليه الصلاة والسلام: «ولا ينفر صيدها». (ك)

(٤) قوله: "رد البيع إن كان قائمًا إلخ" سواء كان بيعه فى الحرم، أو بعد ما أخرجه إلى الحل؛ لأنه صار بالإدخال من صيد الحرم، فلا يحل إخراجه بعده. (ف)

(٥) أى فى المبيع.

(٦) أى يرد المبيع إن كان قائمًا، ويجب قيمته إن كان فائتًا. (ن)

(٧) إشارة إلى قوله: لأن البيع لم يجز. (ن)

(٨) قوله: "أو فى قفص [بفتحتين پنجره مرغان. غث] معه" يحتمل إن أراد من قوله: معه أنه فى يده، ويحتمل أنه أراد أنه فى رحله، أو مع خادمه، فكان لقائلٍ أن يقول: إذا كان معه فى يده، ينبغى أن يرسله؛ لأن القفص متى كان معه كان فى يده، ألا ترى أنه يصير غاصبًا للطير بغصب القفص.
ولقائل أن يقول: الطير ليس فى يده، وإن كان القفص فى يده، فلا يلزمه الإرسال، فإن الجنب إذا حمل مصحفًا فى غلافه لم يكره، ولم يكن ذلك كأخذه المصحف بيده، كذا ذكره الفقيه أبو جعفر. (ن)

(٩) وبه قال مالك. (ب)

(١٠) قوله: "ولنا أن الصحابة إلخ" قلت: رواه ابن أبى شيبة عن عبد الله بن الحارث، قال: كنا نحج ونترك عند أهلنا أشياء من الصيد ما نرسلها، وأخرج عن على أنه رأى مع أصحابه داجنا من الصيد، وهم محرمون، فلم يأمرهم بإرساله. (ت)

(١١) داجن خانه آموخته، جمع داجن، وهو الذى يعود المكان ويألفه من قولهم: بعير داجن وشاة داجنة. (ب)

عنهم إرسالها*، وبذلك جرت العادة الفاشية[٢]، وهى من إحدى الحجج، ولأن الواجب ترك التعرض[٣]، وهو ليس بمتعرض من جهته؛ لأنه محفوظ بالبيت، والقفص لا به[٤]، غير أنه فى ملكه، ولو أرسله فى مفازة، فهو على ملكه، فلا معتبر ببقاء الملك[٥]، وقيل: إذا كان القفص فى يده، لزمه إرساله لكن على وجه[٦] لا يضيع[٧].

قال: فإن أصاب حلالٌ صيداً، ثم أحرم فأرسله[٨] من يده غيرُه

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٤٣، والدراية ج٢، ص٤٥. (نعيم)

(٢) قوله: "وبذلك جرت العادة الفاشية" أى بعدم إرسال الصيود والدواجن جرت العادة المشتهرة من لدن رسول الله ﷺ والصحابة إلى يومنا هذا، ومثل هذه العادة حجة من الحجج الشرعية، فإنه نوع من الإجماع، ولذلك جاز الاستصناع فى الخف، وبيع التعاطى على ما عرف فى البيوع.

واستدل العينى على كونه حجة بقوله عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

وفيه نظر على ما أقول بوجهين: الأول: أن هذا القول لم أره إلى الآن مرفوعاً فى شىء من كتب الأحاديث، وإن كان رفعه مشتهراً على ألسنة الفقهاء، بل هو موقوف على ابن مسعود، وتمام الحديث: «إن الله نظر فى قلوب العباد فاختار محمدا فبعثه برسالته ثم نظر فى قلوب العباد فاختار له الصحابة فجعلهم وزراء دينه فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح»، أخرجه البزار والطيالسى والطبرانى وأبو نعيم فى "حلية الأولياء"، والبيهقى وأحمد فى "كتاب السنة"، ووهم من نسبه إلى "مسنده".

والثانى: أن اللام الداخلة فى لفظ المسلمون للعهد، كما تقرر عند أئمة الأصول من أن الأصل هو العهد والمعهود هو الصحابة، ويدل عليه الفاء أيضاً، فلا يدل هذا الكلام إلا على حسن ما حسنه الصحابة.

وأما سائر المسلمين ممن سواهم، فلا دلالة لهذا الأثر على تحسين ما حسنوه، فكان الصواب أن يستدل به على حجية فعل الصحابة ههنا من عدم تعرض الدواجن، لا على حجية العادة الفاشية، فافهم، ولا تزل فإن الفقهاء كثيراً ما يذكرون هذا الأثر بصورة المرفوع، ويستدلون به على حسن ما فعله التابعون، ومن بعدهم، ولا دليل لهم فى ذلك أصلا، وقد نبه على ذلك مثلا سعد الرومى فى كتابه "مجالس الأبرار"، وهو تنبيه حسن غفل عنه أكثرهم، فتنبه. (عبد)

(٣) دليل آخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعى. (ب)

(٤) أى لا بالمحرم.

(٥) قوله: "فلا معتبر ببقاء الملك" لأن وجوب الجزاء لو كان دائما مع الملك، ينبغى أن يجب الجزاء أرسل أو لم يرسل، و لا يقول به أحد، فإنه وإن أرسله لا ينعدم ملكه. (نهاية)

(٦) بأن يخليه فى بيت. (ن)

(٧) لأن إضاعة المال حرام. (ب)

(٨) بأن نزعه فأرسله من يده. (ب)

يضمن عند أبي حنيفة رح. وقالا: لا يضمن؛ لأن المرسل[١] آمر بالمعروف ناهي عن المنكر[٢]، وما على المحسنين من سبيل[٣]. وله أنه[٤] ملك الصيد بالأخذ ملكًا محترمًا[٥]، فلا يبطل احترامه[٦] بإحرامه، وقد أتلفه المرسل فيضمنه، بخلاف ما إذا أخذه في حالة الإحرام؛ لأنه لم يملكه، والواجب[٧] عليه[٨] ترك التعرض، ويمكنه ذلك[٩] بأن يخلّيه في بيته، فإذا قطع[١٠] يده عنه[١١] كان متعديا، ونظيره الاختلاف في كسر المعازف[١٢].

وإن أصاب محرمٌ صيداً، فأرسله من يده غيره، لا ضمان عليه

(١) لأن الإرسال واجب عليه. (ب).

(٢) قوله: "ناهي عن المنكر" لأن عدم الإرسال حرام عليه، فكان مقيما للحسنة، فلا يكون ضامنا. (ب)

(٣) قوله: "وما على المحسنين من سبيل" فيه اقتباس من القرآن، وهو جائز عند جمهور الشافعية والحنفية، ومحققي المالكية وغيرهم، ولا اعتداد بمن أنكره من المالكية، وتحقيقه في "الإتقان في تفسير القرآن" للسيوطي، وفي "المنتقى شرح الملتقى" لصاحب "الدر المختار". (عبد)

(٤) أي الحلال الذي أحرم.

(٥) قوله: "ملكًا محترمًا" احتراز عن ما إذا أخذه المحرم، فإنه لا يملك الصيد، والملك المحترم لا يبطل، وإنما قلنا: إنه ملكه ملكا محترما بدليل أن الحلال إذا أخذ الصيد، ثم أحرم فأرسله، ثم حل فوجد ذلك الصيد في يد غيره، كان له الأخذ منه، بخلاف ما إذا أخذ الصيد، وهو محرم، ثم أرسله، ثم حل من إحرامه، فوجده في يد غيره، فإنه لا سبيل عليه. (عناية)

(٦) قوله: "فلا يبطل [كما في سائر أمواله. ب] احترامه [أي الصيد]" فإن قيل: سلمنا أنه ملكه محترما، ولكن وجب عليه إخراجه عن ملكه تركا للتعرض.
فأجاب عنه بقوله: والجواب ترك التعرض، ويمكنه ذلك إلخ، ونظير هذا الاختلاف الاختلاف في كسر المعازف، فإنه لا ضمان عليه عندهما؛ لأنه آمر بالمعروف، وعنده يجب الضمان. (عناية)

(٧) دفع دخل مقدر.

(٨) أي على الحلال الذي أحرم. (ن)

(٩) فلا ضرورة إلى الإرسال.

(١٠) أي ذلك الغير المرسل.

(١١) أي يد المالك عن الصيد.

(١٢) قوله: "في كسر المعازف [بفتح ميم وكسر زاء معجمة آلات لهو. م]" قال ابن دريد: قال قوم من أهل اللغة: هو اسم لجمع العود والطنبو وأشباههما، وقال آخرون: بل المعازف التي استخرجها أهل اليمن، وفي "ديوان الأدب": المعزف ضرب من الطنابير يتخذه أهل اليمن. (عيني)

بالاتفاق[١]؛ لأنه لم يملكه بالأخذ، فإن الصيد لم يبقَ محلا للتملك في حق المحرم؛ لقوله تعالى[٢]: ﴿وحُرِّمَ عليكم صيدُ البرّ ما دُمتُم حُرُمًا﴾، فصار كما إذا اشترى الخمر[٣] فإن قتله محرم آخر في يده[٤]، فعلى كل واحد منهما[٥] جزاءه؛ لأن الآخذ متعرض للصيد[٦] بإزالته الأمن، والقاتل مقرر لذلك، والتقرير كالابتداء في حق التضمين، كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا[٧]، ويرجع الآخذ على القاتل.

وقال زفر: لا يرجع[٨]؛ لأن الآخذ مؤاخذ بصنعه[٩]، فلا يرجع على غيره[١٠]. ولنا أن الآخذ إنما يصير سببًا للضمان[١١] عند اتصال الهلاك

(١) بين أبي حنيفة وصاحبيه. (ب)

(٢) قوله: "لقوله تعالى: ﴿وحُرِّمَ عليكم﴾ إلخ" والحرمة إذا أضيفت إلى الأعيان يخرج المحل عن المحلية، كما في قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾. (ك)

(٣) قوله: "فصار كما إذا اشترى الخمر" يعني إذا اشترى المسلم الخمر لا يملكها، فإذا أتلفها آخر، لا ضمان عليه؛ لأنها حرام لعينها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «حرمت الخمر لعينها»، فكذا إذا أرسل الصيد؛ لأن صيد الحرم حرام لعينه، فلا يجب الضمان. (ب)

(٤) أي المحرم.

(٥) أي الآخذ والقاتل.

(٦) والتعرض من محظورات إحرامه. (ع)

(٧) قوله: "كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا" لأنهم يضمنون بما قرروا بشهادتهم ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج على ما عرف. (ب)

(٨) قوله: "وقال زفر: لا يرجع" قلت: فيه إشارة إلى أن أبا يوسف ومحمدا قد وافقا أبا حنيفة في رجوع الآخذ على القاتل في ما إذا كانا محرمين.
إنما الخلاف فيه لزفر، ولكن ذكر الشارح نقلا عن "الإيضاح" أن الاتفاق بين علمائنا الثلاثة في رجوع الآخذ على القاتل إنما هو في ما إذا كانا حلالين، أحدهما صاد صيد الحرم، وقتله الآخر، وأما إذا كانا محرمين، فالرجوع مذهب أبي حنيفة، وعندهما لا يرجع، اللهم إلا أن يراد بالمحرم في قوله: وإن أصاب محرم، وقوله: وإن قتله محرم آخر الداخل في الحرم عقد الإحرام أو لا، وحينئذ يكون الرجوع بالاتفاق. (د)

(٩) وهو تعرضه للصيد. (ب)

(١٠) قوله: "فلا يرجع على غيره" لأنه يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك بواسطة الضمان، والصيد غير قابل للملك. (عيني)

(١١) فإن المتوجه قبل قتله خطاب إرساله وتخليته. (ف)

به، فهو بالقتل جعَل فعل الآخذ علةً[١]، فيكون في معنى مباشرة علّة العلّة، فيُحال بالضمان عليه.

فإن قطع حشيش الحرم، أو شجرةً[٢] ليست بمملوكة، وهو[٣] مما لا يُنبته الناس[٤]، فعليه قيمته إلا فيما جف منه[٥]؛ لأن حرمتهما[٦] تثبت بسبب الحرم، قال عليه الصلاة والسلام[٧]: «لا يُخْتلى خلاها[٨] ولا يُعضد[٩] شوكها»* ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل[١٠]؛ لأن حرمة تناولها بسبب الحرم، لا بسبب الإحرام، فكان من ضمان المحال على ما بينا[١١]، ويتصدق بقيمته على الفقراء، وإذا أداها[١٢] ملكه، كما في

---

(١) قوله: "فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة" وإن لم يفوت لهذا القتل يداً محترمة، ولا ملكًا، فإن المتعلق بهما ضمان يجب لذي الملك، واليد ابتداء بدل ملكه ويده، وههنا الواجب عليه الرجوع بما غرمه؛ لكونه السبب فيه، فإنه منوط بتفويته يداً معتبرة، كما في غصب المدبر إذا قتله إنسان في يد غاصبه، فأدى الغاصب قيمته. (ف)

(٢) قوله: "فإن قطع حشيش [گياه. م] الحرم، أو شجرة إلخ" اعلم أن النابت في الحرم إما الإذخر أو غيره، وقد جف، أو انكسر، أو ليس شيء منهما، فلا شيء في الأول.

وأما الثاني: وهو ما ليس واحداً منهما، فإما أن يكون أنبته الناس أولا، والأول لا شيء فيه أيضًا سواء كان من جنس ما ينبته الناس عادة أولا، والثاني: وهو ما لم ينبته الناس، بل نبت بنفسه فإما أن يكون من جنس ما ينبتونه أولا، لا شيء في الأول، والثاني هو الذي فيه الجزاء. (ف)

(٣) الواو حالية.

(٤) كشجر أم غيلان والأثل. (ب)

(٥) يعني لا يجب عليه شيء في قطع ما يبس منه.

(٦) أي حرمة الحشيش، وحرمة الشجر المذكور.

(٧) قد مر هذا الحديث.

(٨) قوله: "لا يُختلى خلاها" الحديث، الخلاء بالفتح الرطب من الكلأ، والشجر اسم للقائم الذي بحيث ينمو، فإذا جف فهو حطب، والشوك أعم يقال على الرطب والجاف. (ف)

(٩) أي لا يقطع.

* متفق عليه من حديث أبي هريرة راجع نصب الراية ج٣ ص١٤٣، والدراية ج٢، ص٤٦. (نعيم)

(١٠) فلا يكفي في الجزاء الصوم.

(١١) أشار به إلى قوله: والصوم يصلح جزاء للأفعال، لا ضمان المحال. (ب)

(١٢) قوله: "وإذا أداها" أي إذا أدى القاطع قيمة الشجر إلى الفقراء ملكه أي ملك الشجر، كما في حقوق

حقوق العباد.

ويكره بيعه بعد القطع؛ لأنه ملكه بسببٍ محظور[١] شرعًا، فلو أطلق له في بيعه لتطرق الناس[٢] إلى مثله، إلا أنه يجوز البيع مع الكراهة، بخلاف الصيد، والفرق ما نذكره[٣]. والذي ينبته الناس عادة[٤] عرفناه غير مستحق للأمن بالإجماع[٥]، ولأن المحرّم المنسوب إلى الحرم[٦]، والنسبة إليه على الكمال عند عدم النسبة إلى غيره بالإنبات، وما لا ينبت[٧] عادة إذا أنبته إنسان، التحق[٨] بما ينبت عادة. ولو نبت بنفسه[٩] في ملك رجل، فعلى قاطعه قيمتان: قيمة لحرمة الحرم حقًّا للشرع، وقيمة أخرى ضمانا لمالكه[١٠] كالصيد المملوك في الحرم[١١]، وما جفّ من

العباد، كالغاصب إذا أدى قيمة المغصوب إلى المالك. فإن قلت: في المقيس عليه تحصل المعاوضة، وفي المقيس لا تحصل، قلت: فيه أيضًا تحصل؛ لأن الفقير نائب من الله تعالى. (ب)

(١) وهو القطع.

(٢) فلا تبقى أشجار الحرم. (ب)

(٣) قوله: "والفرق ما نذكره" أي الفرق بين نبات الحرم إذا أدى قيمته حيث يصح بيعه، ويكره؛ لأنه ملكه بسبب محظور، وبين الصيد حتى لا يصح بيعه، وإن أدى ضمانه ما سنذكره من قوله: لأن الصيد بيعه حيًا تعرض للصيد على ما يجيء. (فتح القدير)

(٤) قوله: "والذي ينبته الناس عادة إلخ" الذي نبت من غير أن ينبته الناس، وهو من جنس ما ينبتونه، فلا أدري ما المخرج لذلك؟ فإن صح أن يقال: إن كونه من جنس ما ينبتونه أيضًا يمنع كمال النسبة إلى الحرم صح، وإلا فتحتاج إلى وجه آخر. (ف)

(٥) قوله: "بالإجماع" لأن الناس يزرعون في الحرم، ويحصدونه فيه من عهد رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير من أحد. (ب)

(٦) دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يختلى خلاها» بإضافة الخلاء إلى الحرم.

(٧) على صيغة المجهول. (ب)

(٨) أراد بالالتحاق أنه لا يجب بقطعه شيء. (ب)

(٩) يعني ما لا ينبته الناس عادة. (ك)

(١٠) قوله: "ضمانا لمالكه" فإن قلت: الحرم غير مملوك لأحد، فكيف يتصور القيمة الأخرى للمالك؟ قلت: إنه مبني على قول من يرى بملك أرض الحرم، وهو قول أبي يوسف ومحمد. (ب)

(١١) حيث يجب فيه قيمتان لحرمة الحرم، وقيمة للمالك. (ب)

شجر الحرم لا ضمان فيه ؛ لأنه ليس بنامٍ[١]، ولا يرعى حشيش الحرم، ولا يقطع إلا الإذخر[٢]. وقال أبو يوسف: لا بأس بالرعي فيه ؛ لأن فيه ضرورة، فإن منع الدواب عنه متعذر، ولنا روينا[٣]. والقطع بالمشافر[٤] كالقطع بالمناجل، وحمل الحشيش من الحل[٥] ممكن، فلا ضرورة، بخلاف الإذخر[٦] ؛ لأنه استثناه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فيجوز قطعه ورعيُه، وبخلاف[٧] الكمأة[٨] ؛ لأنها ليست من جملة النبات.

وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا[٩] أن فيه على المفرد دمًا، فعليه دمان[١٠]، دم لحجته، ودم لعمرته.

---

(١) قوله: "لأنه ليس بنام" فثبوت الحرمة بسبب الحرم لما يكون ناميًا فيه، والمنكسر وما يبس ليس فيه معنى النمو، فلا بأس بالانتفاع به. (نهاية)

(٢) قوله: "إلا الإذخر" بالكسر ثم سكون الذال المعجمة وبكسر الخاء المعجمة حشيشة معروفة طيبة الريح، توجد في الحجاز، ويجوز قطعه في الحرم. (مقدمة فتح الباري شرح صحيح بخاري للحافظ ابن حجر)

(٣) وهو «لا يختلى خلاها» والضرورة تندفع لحمل الحشيش من الحل. (ف)

(٤) قوله: "والقطع إلخ" جواب عما يقال: إن النص في القطع، لا في الرعي، والمشافر: جمع مشفرة، ومشفر البعير كالشفرة من الإنسان والمناجل جمع المنجل بكسر الميم: وهو الحديد الذي يحصد به الزرع. (ب)

(٥) جواب عن قول أبي يوسف: إن فيه ضرورة. (ب)

(٦) جواب عما يقال: لم لم يحرم قطع الإذخر. (ب)

(٧) قوله: "وبخلاف [معطوف على قوله: بخلاف الإذخر] الكمأة" بفتح الكاف وسكون الميم وفتح الهمزة، وهو شيء مزروع في الأرض ينبت من ماء السماء، لا من النبات ينبت من الأرض وماءها، كذا قال في "الكافي". (عيني)

(٨) قوله: "الكمأة" بالفتح، ودر آخر او تا سماروغ وآں چيزيست بشكل بيضهٔ مرغ، وبعضے صورت چتر در ايام برسات از زمين رويد. (غث)

(٩) من الجنايات. (ب)

(١٠) قوله: "فعليه دمان" فإن قيل: ينبغي أن يتداخلا كحرمة الإحرام والحرم في قتل المحرم صيد الحرم. قلنا: حرمة الإحرام أقوى من حرمة الحرم؛ لأنه يحرم قتل الصيد في الأماكن كلها، والحرم لا تحرمه إلا فيه، فيتبع أضعف الحرمتين أقواهما، وليس كذلك الحج والعمرة؛ لأن حرمتهما في باب المحرمات سواء، فلم يتبع أحدهما الآخر. وذكر شيخ الإسلام أن وجوب الدمين على القارن في ما إذا كان قبل الوقوف بعرفة في الجماع وغيره من المحظورات، فأما بعد الوقوف بعرفة، ففي الجماع يجب دمان، وفي سائر المحظورات يجب دم واحد؛ لما أن إحرام العمرة إنما بقي في حق التحلل، لا غير. (ك)

وقال الشافعي[١]: دم واحد بناء على أنه محرم بإحرام واحد عنده[٢]، وعندنا بإحرامين، وقد مر من قبل[٣]. قال[٤]: إلا أن يتجاوز الميقات[٥] غير محرم بالعمرة أو الحج، فيلزمه دم واحد، خلافًا لزفر[٦] لما أن المستحق عليه[٧] عند الميقات إحرام واحد[٨]، وبتأخير واجب واحد[٩] لا يجب إلا جزاء واحد. وإذا اشترك محرمان في قتل صيد، فعلى كل واحد منهما جزاء كامل[١٠]؛ لأن كل واحد منهما بالشركة يصير جانيًا جناية[١١] تفوق الدلالة[١٢]، فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية.

وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم، فعليهما جزاء واحد[١٣]؛

(١) وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(٢) قوله: "عنده" لأن إحرام العمرة داخل في إحرام الحج عنده، حتى إن القارن يطوف طوافًا واحدًا، ويسعى سعيًا واحدًا. (ب)

(٣) في باب القِران. (ب)

(٤) أي القدوري. (ب)

(٥) قوله: "إلا أن يتجاوز الميقات إلخ" استثناء من قوله: فعليه دمان أي على القارن دمان في كل موضع يجب فيه على المفرد دم إلا في صورة واحدة، وهي أن يتجاوز الميقات حال كونه غير محرم بالعمرة أو الحج، وفي بعض نسخ القدوري: إلا أن يجاوز من باب المفاعلة. (ب)

(٦) قوله: "خلافًا لزفر" لأنه أخر الإحرامين جميعًا من الميقات، فيلزمه بكل إحرام دم، ألا ترى أن القارن إذا ارتكب سائر المحظورات يجب عليه دمان. (نهاية)

(٧) قوله: "لما أن المستحق عليه إلخ" اقتصر على دليل المذهب، ولم يذكر دليل زفر لضعف قوله في هذه المسألة. (ف)

(٨) قوله: "إحرام واحد [للحج والعمرة كليهما]" ألا ترى أنه لو أحرم للعمرة عند الميقات، ثم أحرم بالحج بعد المجاوزة كان قارنا، ولا شيء عليه، فعرفنا أن المستحق عليه عند الميقات إحرام واحد. (ن)

(٩) بخلاف سائر الجنايات، فإنه صار بجنايته مرتكبًا بمحظور إحرامين. (ن)

(١٠) خلاف للشافعي. (ن)

(١١) قوله: "يصير جانيا [فبتعدد الفعل يتعدد جزاءه] إلخ" فيجعل في حق كل واحد منهم كأنه ليس معه غيره، كما في كفارة القتل والقصاص. (نهاية)

(١٢) لأنه يتصل بالمحل، بخلاف الدلالة. (عناية)

(١٣) قوله: "فعليهما جزاء واحد" ولو اشترك محرمون ومحلون في قتل صيد الحرم وجب جزاء واحد،

لأن الضمان[١] بدل عن المحل، لاجزاء عن الجناية، فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ تجب عليهما دية واحدة[٢]، وعلى كل واحد منهما كفارة[٣]. وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه[٤]، فالبيع باطل[٥]؛ لأن بيعه حيًّا تعرض للصيد بتفوية الأمن[٦]، وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة، ومن أخرج[٧] ظبية من الحرم فولدت أولادا فماتت هي وأولادها فعليه جزاءهن لأن الصيد بعدالإخراج من الحرم بقى مستحقا للأمن شرعًا، ولهذا[٨] وجب رده إلى مأمنه، وهذه[٩] صفة شرعية، فتسرى إلى الولد[١٠]، فإن أدى جزاءها، ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد؛ لأن بعد أداء الجزاءلم تبقَ آمنة؛ لأن وصول الخَلْف[١١] كوصول الأصل، والله أعلم بالصواب.

يقسم على عددهم، ولو كان معهم من لا يجب عليه الجزاء كالصبى، يجب على الحلال بقدر ما يخصه من القسمة لو قسمت على الكل. (ف)

(١) فى هذه الصورة.

(٢) لأنه ضمان المحل. (ب)

(٣) لأنه جزاء الفعل فيتعدد بتعدده. (ب)

(٤) أى اشتراه.

(٥) قوله: "**فالبيع باطل**" لأن الصيد فى حقه محرم العين، فلا يكون مالا متقومًا كالخمر، فلهذا لا يجوز شراءه **أصلا، سواء** اشتراه من محرم أو حلال. (نهاية)

(٦) وكل منهما باطل.

(٧) وهو حلال أو محرم. (ف)

(٨) أى لأجل استحقاقه الأمن شرعًا. (ب)

(٩) قوله: "وهذه [أى كونها مستحقة الأمن بالرد. ف]" التأنيث باعتبار الخبر، ولا يصح على اكتساب الكون التأنيث من المضاف إليه؛ لأنه ههنا مما لا يصح حذفه، وإقامة المضاف إليه مقامه لفساد المعنى، بخلاف نحو شرقت صدر القناة من الدم. (ف)

(١٠) قوله: "فتسرى إلى الولد" الحاصل أن صفة استحقاق الأمن شرعية كالرق والحرية، فتسرى إلى الولد عند حدوثه كسائر الصفات الشرعية، فيصير خطاب الرد مستمرًا، وإذا تعلق خطاب الرد كان الإمساك تعرضًا له ممنوعًا عنه، فإذا اتصل به الموت، ثبت الضمان فى حق الكل، بخلاف ولد المغصوب؛ لأن سبب الضمان هناك الغصب، ولم يوجد فى حق الولد. (ف)

(١١) وهو القيمة إلى الفقراء. (ب)

باب مجاوزة الوقت بغير إحرام[١]

وإذا أتى الكوفي بستانَ بني عامر[٢]، فأحرم بعمرة، فإن رجع إلى ذات عِرْق[٣]، ولبّى بطل عنه دم الوقت، وإن رجع إليه ولم يلبّ حتى دخل مكة، وطاف لعمرته، فعليه دم، وهذا عند أبي حنيفة[٤].

وقالا[٥]: إن رجع إليه محرماً، فليس عليه شيء لبّى، أو لم يلبّ، وقال زفر[٦]: لا يسقط، لبّى أو لم يلبّ؛ لأن جنايته[٧] لم ترتفع بالعود، وصار كما إذا أفاض من عرفات، ثم عاد إليه بعد الغروب. ولنا أنه تدارك المتروك[٨] في أوانه، وذلك قبل الشروع في الأفعال[٩]، فيسقط الدم، بخلاف الإفاضة[١٠]؛ لأنه لم يتدارك المتروك[١١] على ما مر[١٢] غير أن

(١) قوله: "باب مجاوزة الوقت بغير إحرام" لما فرغ عن ذكر الجنايات وأنواعها، عقبه بذكر المجاوزة؛ لأن هذا من الجنايات أيضاً إلا أن هذا قبل الإحرام. (ن)

(٢) هو موضع قريب بمكة داخل الميقات خارج الحرم. (ب)

(٣) قوله: "إلى ذات عِرْق" التخصيص به بالنظر إلى حال الكوفي، وإلا فالرجوع إليه وإلى غيره من مواقيت الآفاقيين سواء في سقوط الدم في ظاهر الرواية. (ب)

(٤) قوله: "وهذا عند أبي حنيفة" الحاصل أن الآفاقي إذا وصل إلى ميقات من المواقيت، فإما أن يكون بعد ميقات آخر في طريقه أولا، فإن كان جاز له مجاوزته إلى الأخير، وإن وجب عليه الإحرام منه، فإن لم يحرم حتى جاوزه، فإن عاد قبل استلام الحجر إليه، فلبى عنده، سقط عنه دم المجاوزة، وإن لم يلب لا يسقط عند أبي حنيفة، وعندهما يسقط وإن لم يلب، وعند زفر لا يسقط وإن لبى فيه. (ف)

(٥) وبه قال الشافعي: في قول. (ب)

(٦) وبه قال مالك والشافعي: في قول. (ب)

(٧) أي ترك الإحرام من ميقاته. (ب)

(٨) وهو الإحرام من الميقات. (ب)

(٩) أي أفعال الحج.

(١٠) جواب عن قياس زفر. (ب)

(١١) قوله: "لأنه لم يتدارك المتروك" لأن المتروك ههنا هو استدامة الوقوف إلى غروب الشمس، وهو بعوده لم يتدراكه في وقته، حتى قال بعضهم: لو عاد قبل الغروب؛ يسقط عنه الدم. (ب)

(١٢) في الجنايات. (ب)

التدارك[١] عندهما بعوده محرمًا؛ لأنه أظهر حق الميقات، كما إذا مرّ به محرمًا ساكتًا[٢]. وعنده بعوده محرما ملبيًا؛ لأن العزيمة في حق الإحرام[٣] من دُويرة أهله[٤]، فإذا ترخّص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية[٥]، فكان التلافي بعوده ملبّيًا[٦]، وعلى هذا الخلاف[٧] إذا أحرم بحجة بعد المجاوزة[٨] مكان العمرة في جميع ما ذكرنا، ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف[٩]، واستلم الحجر[١٠] لا يسقط عنه الدم بالاتفاق[١١]. ولو عاد إليه[١٢] قبل الإحرام يسقط بالاتفاق، وهذا الذي

---

(١) قوله: "غير أن التدارك" أشار به إلى أن التدارك، هل يحصل بمجرد العود أم لا بد من التلبية؟ (ب)

(٢) قوله: كما إذا مرّ به محرمًا ساكتًا [حيث لا يلزمه شيء. ب]" يعني أن الواجب عليه هو أن يكون محرمًا عند الميقات، لا أن ينشئ الإحرام عنده.

ألا ترى أنه لو أحرم قبل أن ينتهي إلى الميقات، ثم مر بالميقات محرمًا، ولم يلب عند الميقات، لا يلزمه شيء، وعنده بعوده ملبّيًا محرمًا؛ لما أنه لما انتهى إلى الميقات حلالا وجب عليه التلبية عند الميقات والإحرام، فإذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى أحرم وراء الميقات، ثم عاد، فإن لبى أتى بجميع ما هو المستحق عليه، فيسقط عنه، وإن لم يلبِّ لم يأت بما استحق عليه، فلذا لا يسقط عنه الدم ما لم يلب. (ن)

(٣) قوله: "لأن العزيمة إلخ" قلت: الإحرام قبل أشهر الحج مكروه عند أبي حنيفة، فكيف يكون التقديم في حقه عزيمة مع كونه مكروهًا، هذا ما قاله مولانا إله داد الجونفوري. أقول: هو ليس بشيء؛ لأن إحرامه من دويرة أهله لا يستلزم **تقديمه** على أشهر الحج؛ لجواز أن يسافر من وطنه بعد عيد الفطر محرمًا، فالإحرام من دويرة أهله عزيمة **في نفسه**، وإنما الكراهة قد تجيء بسبب التقديم، وهو أمر عارضي، فافهم. (عبد)

(٤) أي قريب أهله.

(٥) في ذلك الميقات.

(٦) لا بمجرد عوده.

(٧) بين أبي حنيفة وصاحبيه.

(٨) عن الميقات.

(٩) إلى الميقات.

(١٠) الأسود.

(١١) قوله: "بالاتفاق" لما ذكرنا أن ما وقع معتدا به، فبالعود إلى الميقات لا يعود حكم الابتداء، فلا يسقط عنه الدم. (ن)

(١٢) إلى الميقات.

ذكرنا إذا كان يريد الحج أو العمرة، فإن دخل البستان لحاجة[١]، فله أن يدخل مكة بغير إحرام[٢]، ووقته البستان، وهو وصاحب المنزل سواء؛ لأن البستان غير واجب التعظيم، فلا يلزمه الإحرام بقصده، وإذا دخله التحق بأهله[٣]، وللبستاني أن يدخل مكة بغير إحرام للحاجة، فكذلك له[٤]، والمراد بقوله[٥]: ووقته البستان، جميع الحل الذي بينه وبين الحرم، وقد مر من قبل، فكذا وقت الداخل الملحق به.

فإن أحرما[٦] من الحل[٧]، ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه؛ لأنهما أحرما من ميقاتهما[٨].

ومن دخل مكة بغير إحرام، ثم خرج من عامه ذلك إلى الوقت، وأحرم بحجة عليه[٩] أجزأه ذلك[١٠] من دخوله مكة بغير إحرام[١١].

---

(١) كالتجارة وغيرها.

(٢) قوله: "فله أن يدخل مكة بغير إحرام [كما يدخل البستاني. ب]" وهذا هو الحيلة لمن أراد دخول مكة من أهل الآفاق بغير إحرام، كذا في "الكافي"، وهو مشكل؛ لأن من أراد دخول مكة من أهل الآفاق، لا يحل له التجاوز من الميقات بغير إحرام. (إله داد)

(٣) سواء نوى الإقامة أولا. (ب)

(٤) أي للذي دخل البستان لحاجته. (ب)

(٥) أي قول محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٦) أي البستاني والملتحق به. (ب)

(٧) أي خارج الحرم. (ب)

(٨) وهو البستان.

(٩) قوله: "وأحرم بحجة عليه" هذا الحكم لا يختص بالحجة، ولا بحجة الإسلام، حتى لو أتى بحجة منذورة، أو بعمرة منذورة من عامه ذلك صح. (إله داد)

(١٠) قوله: "أجزأه ذلك من دخوله مكة بغير إحرام" يعني يسقط عنه ما وجب عليه من العمرة والحجة بسبب دخول مكة بغير إحرام. (ب)

(١١) قوله: "من دخوله مكة بغير إحرام" الآفاقي إذا دخل مكة بغير إحرام، لزمه بسبب دخول مكة إما حجة أو عمرة عندنا، خلافا للشافعي على ما مر، ثم لو حج من عامه ذلك حجة الإسلام، أو حجة نذرها، أو عمرة سقط به عنه ما لزمه قبله. وفي "شرح الطحاوي": الآفاقي إذا جاوز الميقات قاصدا مكة بغير إحرام مرارا،

وقال زفر: لا يجزئه، وهو القياس اعتباراً[1] بما لزمه بسبب النذر، وصار كما إذا تحولت السنة[2]. ولنا[3] أنه تلافى المتروك فى وقته[4]؛ لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام، كما إذا أتاه محرمًا بحجة الإسلام فى الابتداء[5]، بخلاف ما إذا تحولت السنة[6]؛ لأنه صار دينًا فى ذمته، فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود، كما فى الاعتكاف المنذور[7]، فإنه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثانى.

ومن جاوز الوقت[8]، فأحرم بعمرة، وأفسدها[9] مضى فيها وقضاها[10]؛ لأن الإحرام يقع لازمًا[11]، فصار كما إذا أفسد الحج، وليس عليه دم لترك الوقت[12]، وعلى قياس قول زفر[13]: لا يسقط عنه، وهو

فإنه يجب عليه لكل مرة إما حجة أو عمرة، ثم لو خرج من عامه فأحرم، يسقط عنه ما وجب عليه لأجل المجاوزة الأخيرة، لا ما وجب عليه لأجل مجاوزة قبلها. (ك)

(١) قوله: "اعتبارا [أى الجامع أن كل واحد منهما واجب بسبب غير سبب الآخر. ب] إلخ" فإنه إذا كان عليه حجة وجبت بالنذر، وحج حجة الإسلام، فإنه لا يسقط بها المنذورة، فكذلك ههنا. (ب)

(٢) ثم حج فى العام القابل، فإنه لا يقوم مقام ما لزمه بلا خلاف. (ن)

(٣) وهو الاستحسان. (نهاية)

(٤) وهو السنة التى دخل فيها.

(٥) قوله: "فى الابتداء" أى فى بدو الأمر، فإنه يجزئه عن حجة الإسلام التى نوى وعما لزمه بدخول مكة.(ب)

(٦) جواب عن قياس زفر. (ب)

(٧) قوله: "كما فى الاعتكاف المنذور إلخ" أى كما إذا نذر أن يعتكف شهر رمضان هذا، فإنه يتأدى بصوم رمضان هذه السنة يعنى إذا لم يعتكف فى شهر رمضان الذى نذر فيه الاعتكاف، حتى جاء رمضان العام الثانى، فصامه، فاعتكف فيه قضاء عما عليه لا يجوز اعتكافه؛ لأنه لما لم يعتكف فى الرمضان الأول صار الصوم مقصودا، فلا يتأدى إلا بصوم مقصود، فكذا هذا. (ب)

(٨) أى الميقات. (نهاية)

(٩) بجماع. (ب)

(١٠) من العام القابل.

(١١) أى لا يمكن الخروج عنه إلا بأداءه ما التزمه. (ك)

(١٢) قوله: "وليس عليه دم [قيد به لأن عليه دما للإفساد بالقضاء. ك] لترك الوقت" لأنه إذا فصلها بإحرام

نظير الاختلاف(١) فى فائت الحج إذا جاوز الوقت بغير إحرام، وفيمن جاوز الوقت بغير إحرام(٢)، وأحرم بالحج، ثم أفسد حجته، هو يَعْتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات(٣). ولنا أنه يصير قاضيا حق الميقات بالإحرام منه فى القضاء، وهو يحكى الفائت(٤)، ولا ينعدم به غيره من المحظورات، فوضح الفرق(٥). وإذا خرج(٦) المكى يريد الحج(٧) فأحرم، ولم يعد إلى الحرم، ووقف بعرفة، فعليه شاة؛ لأن وقته الحرم، وقد جاوزه بغير إحرام، فإن عاد إلى الحرم، ولبّى أو لم يلبِّ، فهو على الاختلاف الذى ذكرناه فى الآفاقى(٨). والمتمتع(٩) إذا فرغ من عمرته، ثم

الميقات ينجبر به ما نقص من حق الوقت بالمجاوزة بغير إحرام، فيسقط عنه الدم، كمن سهى فى الصلاة، ثم أفسدها، ثم قضاها سقط عنه سجود السهو. (ب)

(١٣) قوله: "وعلى قياس قول زفر" أى قوله: فيما إذا جاوز الميقات، ثم أحرم وعاد إلى الميقات، لا يسقط عنه دم المجاوزة، وإن عاد ملبيًا. (ك)

(١) قوله: "وهو نظير الاختلاف" أى هذا الاختلاف بيننا وبين زفر أن الدم الواجب بالمجاوزة عن الميقات يسقط بالقضاء عندنا لا عند زفر، نظير الاختلاف الواقع فى فائت الحج إذا جاوز الميقات بغير إحرام، ثم أحرم بالحج، وفاته الحج بفوات الوقوف بعرفات، ويحل بأفعال العمرة، ووجب عليه القضاء من قابل يسقط عنه الدم الواجب بالمجاوزة بغير إحرام عندنا، خلافًا له. (ب)

(٢) قوله: "وفيمن [عطف على قوله: فى فائت الحج. ب] جاوز الوقت إلخ" أى ونظير الاختلاف بيننا وبينه فى من جاوز الميقات بغير إحرام، وأحرم بالحج، ثم أفسد حجه بالجماع قبل الوقوف بعرفات، فوجب عليه المضى والقضاء يسقط عنه الدم عندنا، لا عنده. (ب)

(٣) كالتطيب واللبس والحلق، فالدم الواجب فيها لا يسقط بالقضاء، فكذا هذا. (ب)

(٤) قوله: "وهو يحكى الفائت" وهذا لأن النقص حصل بترك الإحرام من الميقات، ويصير قاضيًا حقه بالقضاء، بخلاف ما ذكر من المحظورات؛ لأن الكف عن محظور لا ينعدم به فعل محظور آخر. (ف)

(٥) بين ما نحن فيه، وبين ما قاس عليه زفر.

(٦) أى إلى الحل. (ف)

(٧) قوله: "يريد الحج" لأنه لو خرج إلى الحل لحاجة، فأحرم منه، ووقف بعرفة، فلا شيء عليه كالآفاقى إذا جاوز الميقات قاصد البستان، ثم أحرم منه. (ف)

(٨) فعند أبى حنيفة يسقط الدم بالعود، والتلبية معًا، وعندهما بمجرد العود، وعند زفر لا يسقط أصلا. (ب)

(٩) قوله: "والمتمتع إلخ" قيد به لأن إحرام القارن بالحجة والعمرة ميقاتى، وهذه المسألة من مسائل

خرج من الحرم(١) فأحرم، ووقف بعرفة، فعليه دم؛ لأنه لما دخل مكة، وأتى بأفعال العمرة صار بمنزلة المكي، وإحرام المكي من الحرم؛ لما ذكرنا(٢)، فيلزمه الدم بتأخيره عنه، فإن رجع إلى الحرم، فأهل(٣) فيه قبل أن يقف بعرفة، فلا شيء عليه، وهو على الخلاف(٤) الذى تقدم فى الآفاقى، والله تعالى أعلم.

باب إضافة الإحرام(٥)

قال أبو حنيفة(٦): إذا أحرم المكى بعمرة(٧)، وطاف لها شوطًا، ثم أحرم بالحج، فإنه يرفض الحج(٨)، وعليه لرفضه دم، وعليه حجة وعمرة.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: رفض العمرة أحب إلينا(٩)، وقضاءها، وعليه دم؛ لأنه لا بد من رفض أحدهما؛ لأن الجمع بينهما فى

"الجامع الصغير". (ف)

(١) قوله: "ثم خرج من الحرم" لم أر تقييد هذه المسألة بما إذا خرج على قصد الحج، وينبغي أن يقيد به، كما في المكي. (ف)

(٢) أي في فصل المواقيت. (ك)

(٣) أي أحرم ولبى. (ب)

(٤) فعند أبي حنيفة يسقط الدم إذا لبى، وعندهما بمجرد العود، وعند زفر لا يسقط. (ب)

(٥) قوله: "باب إضافة الإحرام" لما كانت هذه جناية على أهل مكة، ومن ينزل منزله، وكذا إضافة إحرام العمرة إلى الحجة في الآفاقي عقب باب الجنايات بهذا الباب. (ب)

(٦) قوله: "قال أبو حنيفة إلخ" حاصل وجوه ما إذا أحرم المكي بعمرة، فأدخل عليها إحرام الحج ثلاثة: إما أن يدخله قبل أن يطوف، فيرتفض عمرته اتفاقا، ولو فعله آفاقي، صار قارنا على ما أسلفناه، أو يدخله بعد أن يطوف أكثر الأشواط، فترتفض حجته اتفاقا.

ولو فعل هذا آفاقي صار متمتعا، إن كان الطواف في أشهر الحج بعد أن طاف الأقل، فهي الخلافية، فعنده يرفض الحج؛ لما يلزم في رفض العمرة من إبطال العمل، وعندهما العمرة؛ لأنها أدنى حالا. (ف)

(٧) قوله: "إذا أحرم المكي إلخ" قيد به لأن الآفاقي لو أحرم بعمرة، فطاف لها شوطًا، فأحرم بحجة يمضي في الحج؛ لأن بناء أفعال الحج على أفعال العمرة في حقه صحيح. (ب)

(٨) أي ينقضه.

(٩) لكونها أيسر قضاء. (ب)

حق المكى غير مشروع[١]، والعمرة أولى بالرفض؛ لأنها أدنى حالا، وأقل أعمالا، وأيسر قضاء؛ لكونها[٢] غير موقتة[٣]، وكذا إذا أحرم بالعمرة[٤]، ثم بالحج، ولم يأت بشىء من أفعال العمرة؛ لما قلنا[٥].

فإن طاف للعمرة أربعة أشواط[٦]، ثم أحرم بالحج رفض الحج، بلا خلاف؛ لأن للأكثر حكم الكل فتعذر رفضها، كما إذا فرغ منها[٧]، ولا كذلك[٨] إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبى حنيفة.

وله أن إحرام العمرة[٩] قد تأكد بأداء شىء من أعمالها[١٠]، وإحرام الحج لم يتأكد، ورفض غير المتأكد أيسر، ولأن فى رفض العمرة -والحالة[١١] هذه- إبطال العمل، وفى رفض الحج امتناع عنه[١٢]، وعليه

(١) عندنا خلافًا للشافعى. (ب)

(٢) بخلاف الحج، فإنه موقت بذى الحجة. (ب)

(٣) فأداءها يمكن فى جميع السنة إلا فى الأيام الخمسة. (ب)

(٤) قوله: "وكذا إذا أحرم بالعمرة إلخ" فى عبارته تسامح؛ لأنه عطف المتفق فيه على المختلف فيه. (ب)

(٥) أى قوله: لأنها أدنى حالا. (ب)

(٦) مراده أكثر من نصف.

(٧) أى من العمرة لعدم إمكان الرفض. (ب)

(٨) قوله: "ولا كذلك إلخ" هكذا وقع فى بعض النسخ، وقال الإمام حسام الدين: الصواب: وكذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبى حنيفة، وهو المثبت فى نسخة المصنف، وهكذا أيضًا وجدته بخط شيخى. (ن)

(٩) قوله: "وله إلخ" قال الإنزارى فى نسخته: ولا كذلك بإثبات لا، هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال؛ لما قال المصنف: فإن طاف أربعة أشواط رفض الحج؛ لأن للأكثر حكم الكل، ورد عليه بأنه كيف يرفض الحج عند أبى حنيفة فى ما إذا طاف الأقل، ولم يوجد الأكثر.
فأجاب عنه، وقال: ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك إلا أن أبا حنيفة لا يعلل لرفض الحج فى صورة الأقل لوجود الأكثر، بل علل بعلة أخرى، وهى ما ذكره بقوله: وله إلخ. (عينى)

(١٠) وإن كان قليلا.

(١١) أى والحال أنه أتى بشىء من أفعالها. (ب)

(١٢) والامتناع أهون من الإبطال. (ب)

دم[١] بالرفض أيهما[٢] رفضه؛ لأنه تحلل قبل أوانه لتعذر المضى فيه، فكان فى معنى المحصر، إلا أن فى رفض العمرة قضاءها لا غير[٣]، وفى رفض الحج قضاءه وعمرة؛ لأنه فى معنى فائت الحج. وإن مضى[٤] عليهما[٥] أجزأه؛ لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهى عنهما[٦]، والنهى لا يمنع تحقق الفعل[٧] على ما عرف من أصلنا[٨]، وعليه دم[٩] لجمعه بينهما[١٠]؛ لأنه تمكن النقصان فى عمله[١١] لارتكابه المنهى عنه، وهذا فى حق المكى دم جبر[١٢]، وفى حق الآفاقى دم شكر[١٣].

---

(١) قوله: "وعليه دم" لكنه دم جبر على ما يأتى حتى لا يباح له أن يتناول منه بمنزلة دماء الكفارات. (ن)

(٢) يعنى الحج عنده، والعمرة عندهما. (ب)

(٣) قوله: "إلا أن فى رفض العمرة قضاءها لا غير" غير أن فى رفض العمرة قضاء العمرة لا غير؛ لأنه خرج عنها بعد الشروع، وفى رفض الحج قضاءه أى قضاء الحج الذى رفضه فى سنة أخرى، وعمرة أى مع قضاء عمرة أخرى غير العمرة التى شرع فيها؛ لأنه فى معنى فائت الحج، وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة لكن يؤدى أولا العمرة التى شرع فيها، ويفرغ عنه، ثم يأتى بعمرة أخرى. (ب)

(٤) قوله: "مضى" يعنى كان الواجب على المكى الرفض، ومع ذلك فلو مضى جاز.

(٥) بضمير التثنية أى العمرة والحج. (ب)

(٦) قوله: "غير أنه منهى عنهما" أى من إحرام الحج والعمرة جميعًا، وفى نسخة شيخى بخطه: عنها أى عن العمرة؛ إذ هى المستتبعة للرفض إجماعًا فى ما إذا لم يشتغل بطواف الحج، والكلام فيه لأنها هى الداخلة فى وقت الحج، وبسببها وقع العصيان. (ن)

(٧) قوله: "والنهى لا يمنع تحقق الفعل" فإن قيل: قد ذكر المصنف فى أول المسألة أن الجمع بينهما فى حق المكى غير مشروع، وههنا قال: النهى يحقق المشروعية، فبينهما تناقض، قلنا: أراد بقوله: غير مشروع غير مشروع كاملا، كما فى الآفاقى. (ب)

(٨) قوله: "على ما عرف من أصلنا" وهو أن النهى عن الأفعال الشرعية يقتضى الشرعية عندنا. (ك)

(٩) أى المكى المحرم بهما.

(١٠) أى الحج والعمرة.

(١١) وهو الجمع.

(١٢) فلا يجوز أكل لحمه له.

(١٣) فيجوز أكل لحمه.

ومن أحرم بالحج[(١)]، ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى، فإن حلق في الأولى لزمته الأخرى، ولا شيء عليه[(٢)]، وإن لم يحلق في الأولى لزمته الأخرى، وعليه دم قصّر أو لم يقصر[(٣)] عند أبي حنيفة.

وقالا: إن لم يقصر، فلا شيء عليه؛ لأن الجمع[(٤)] بين إحرامي الحج، أو إحرامي العمرة بدعة، فإذا حلق فهو إن[(٥)] كان نسكًا في الإحرام الأول، فهو جناية على الثاني؛ لأنه في غير أوانه[(٦)]، فلزمه الدم بالإجماع[(٧)]، وإن لم يحلق حتى حج في العام القابل، فقد أخّر الحلق عن وقته في الإحرام الأول، وذلك يوجب الدم عند أبي حنيفة، وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا[(٨)]، فلهذا[(٩)] سوّى بين التقصير وعدمه عنده، وشرط التقصير عندهما. ومن فرغ من عمرته إلا التقصير، فأحرم بأخرى[(١٠)]، فعليه دم لإحرامه قبل الوقت[(١١)]؛ لأنه جمع بين إحرامي

(١) قوله: "ومن أحرم بالحج إلخ" واعلم أن الجمع بين الإحرامين بدعة، ويأتي على أربعة أقسام بالقسمة العقلية: إدخال إحرام الحج على إحرام الحج، وإدخال إحرام الحج على إحرام العمرة، وإدخال إحرام العمرة على إحرام العمرة، وإدخال إحرام العمرة على إحرام الحج، وأشار إلى بعض ذلك وأشار إلى الأول بقوله: فإن أحرم إلخ أي فإن أحرم بالحج، ثم أحرم بالحج الآخر، فإن حلق في الحجة الأولى قبل إحرام الثاني، لزمته الأخرى؛ لأنه لم يجمع بين الإحرامين؛ لأنه تحلل من الأولى بالحلق، ويؤدى الحجة الأخرى في العام القابل. (ب)

(٢) لأنه لم يجمع بين الإحرامين. (ب)

(٣) قوله: "قصر أو لم يقصر" أي حلق أو لم يحلق، وإنما عبر بالتقصير؛ لأنه وضع المسألة في قوله: ومن أحرم بالحج يتناوله الذكور والإناث، فذكر أولا لفظ الحلق، ثم ذكر التقصير؛ لأن الأفضل في حق الرجال الحلق، وفي حق النساء التقصير. (نهاية)

(٤) دليل لقوله: وعليه دم. (ب)

(٥) الواو وصلية.

(٦) لأنه حلق قبل تمام أعمال الثاني.

(٧) بين أبي حنيفة وصاحبيه.

(٨) وهو أن التأخير لا يوجب شيئًا عندهما. (ب)

(٩) أي لأجل أن التأخير جناية عنده، لا عندهما. (ب)

(١٠) أي بعمرة أخرى.

العمرة، وهذا مكروه، فيلزمه الدم[١]، وهو دم جبر وكفارة، ومن أهلّ بالحج، ثم أحرم بعمرة لزماه[٢]؛ لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي، والمسألة فيه[٣]، فيصير بذلك قارنا، لكنه أخطأ السنة[٤]، فيصير مسيئًا. فلو وقف بعرفات، ولم يأت بأفعال العمرة[٥]، فهو رافض لعمرته؛ لأنه تعذر عليه أداءها؛ إذ هي مبنية[٦] على الحج غير مشروعة[٧]، فإن توجه إليها لم يكن رافضًا[٨] حتى يقف، وقد ذكرناه من قبل[٩]. فإن طاف للحج[١٠]، ثم أحرم بعمرة، فمضى عليهما لزماه، وعليه دم لجمعه بينهما؛ لأن الجمع بينهما مشروع على ما مر[١١]، فصح الإحرام

---

(١١) قوله: "لإحرامه قبل الوقت" يعني أن وقت إحرام العمرة الثانية بعد الحلق والتقصير للأولى، فإحرامها قبل ذلك يكون إحراما قبل الوقت، فيصير جامعا بين إحرامي العمرة. (ب)

(١) قوله: "فيلزمه الدم" فإن قلت: يجب الدم رواية واحدة في الجمع بين إحرامي العمرة، وفي الجمع بين إحرامي الحج روايتان، فما الفرق على إحداهما. قلت: في هذا الإحرام إنما كره لأجل الجمع في الأفعال، وفي الحجتين لا يتحقق الجمع؛ لأن أفعال الحج الثاني لا يؤدى في هذه السنة، وإنما تؤدى في السنة الأخرى. (ب)

(٢) قوله: "لزماه" معنى المسألة أن الآفاقي إذا أحرم بحجة، ثم بعمرة قبل أداء شيء من أفعال الحج لزماه لصدوره من أهله؛ لأنه أمكن له إتيان أفعال العمرة قبل أفعال الحج. (ب)

(٣) أي في الآفاقي.

(٤) قوله: "لكنه أخطأ السنة" لأن السنة إدخال الحج على العمرة، لا إدخال العمرة على الحج، قال الله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾. (عناية)

(٥) قوله: "ولم يأت بأفعال العمرة إلخ" وفي "الفوائد الظهيرية": وكذلك إذا طاف لعمرته شوطًا، أو شوطين، أوثلاثة أشواط؛ لأن المأتي به أقل أعمالها. (ك)

(٦) قوله: "مبنية" بالنصب على الحال، والعامل فيها معنى الإشارة، هكذاكانت مقيدة بخط شيخي. (ن)

(٧) قوله: "غير مشروعة" فإن المشروع هو أن يكون أفعال الحج مبنية على أفعال العمرة. (عناية)

(٨) قوله: "لم يكن رافضًا" حتى لو بدا له أن يرجع من الطريق، فطاف لعمرته وسعى، ثم وقف بعرفة كان قارنًا، كذا في "الجامع الصغير" لقاضي خان. (ن)

(٩) أي في باب القِران. (ك)

(١٠) قوله: "فإن طاف للحج [طواف القدوم. ب]" أي إن طاف طواف التحية، ثم أحرم بالعمرة، فمضى عليهما، وتفصيل المضي أن يقدم أفعال العمرة على أفعال الحج، كما هو المسنون في القران لزماه، وعليه دم. (عناية)

(١١) من قوله: لأن الجمع مشروع في حق الآفاقي. (ك)

بهما. والمراد بهذا الطواف[١] طواف التحية وإنه سنة، وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء، وإذا لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة، ثم بأفعال الحج، فلهذا لو مضى عليهما جاز، وعليه دم لجمعه بينهما، وهو دم كفارة وجبر، هو الصحيح[٢]؛ لأنه بانٍ بأفعال العمرة على أفعال الحج من وجه[٣]. ويستحب أن يرفض عمرته؛ لأن إحرام الحج قد تأكد بشيء من أعماله[٤]، بخلاف ما إذا لم يطف للحج[٥]، وإذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها، وعليه دم؛ لرفضها[٦]، ومن أهل بعمرة في يوم النحر[٧]، أو في أيام التشريق لزمته؛ لما قلنا[٨].

---

(١) يعني من قوله: فإن طاف. (ف)

(٢) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما اختاره شمس الأئمة وقاضي خان أنه دم شكر لتحقق القران، وذكر فخر الإسلام مثل ما ذكر في الكتاب. (عناية)

(٣) قوله: "من وجه" وذلك لأن طواف التحية وإن كان سنة لكنه من جملة أفعال الحج، فصار مكروهًا من هذا الوجه. (ب)

(٤) قوله: "قد تأكد بشيء من أعماله [وهو طواف القدوم]" هكذا ذكره غير واحد من الفقهاء، والنظر الدقيق يتأمل في كون طواف القدوم من أعمال الحج، فإن طواف القدوم ليس من أفعال الحج أصلا، ولا من سنن نفس عبادة الحج، بل هو سنة قدوم المسجد الحرام كركعتي التحية لغيره من المساجد، ولذا يسقط بطواف آخر من مشروعات الوقت، حتى لو لم يدخل المحرم مكة إلى يوم النحر سقط استنانه بفعل طواف الإفاضة، إلا أن يعتقد ما اعتقده صاحب "فتح القدير" من أن استنانه لإيقاع سعي الحج، فإن السعي لم يشرع إلا مرتبًا على الطواف. ومعلوم أنه رخص في تقديم السعي على يوم النحر، فكان الثابت في "الآثار" بيان طريق تقديم سعي الحج على يوم النحر للقارن، فصار من هذا الوجه من أفعال الحج، فافهم. (عبد)

(٥) فإنه لا يرفض العمرة؛ لأنه لا يكون بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج. (ب)

(٦) لأنه بالرفض يصير جانيا. (ب)

(٧) قوله: "ومن أهل بعمرة إلخ" قال السغناقي في "النهاية": أي المحرم بالحج إذا وقف بعرفات يوم عرفة، ثم أحرم بالعمرة يوم النحر قبل الحلق، أو قبل طواف الزيارة؛ لأن حكم من أهل بهما بعد ما حل من الحج يأتي ذكره، وقال الأكمل في "العناية" الظاهر الإطلاق. (ب)

(٨) أي لصحة الشروع فيها. (ك)

ويرفضها أى يلزمه الرفض[(١)]؛ لأنه قد أدى ركن الحج، فيصير بانيًا أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه، وقد كرهت العمرة[(٢)] فى هذه الأيام أيضًا على ما نذكر[(٣)]، فلهذا يلزمه رفضها.

فإن رفضها، فعليه دم لرفضها، وعمرة مكانها[(٤)]؛ لما بينا[(٥)]، فإن مضى عليها أجزأه؛ لأن الكراهة لمعنى فى غيرها[(٦)]، وهو كونه مشغولا فى هذه الأيام بأداء بقية أعمال الحج، فيجب تخليص الوقت له تعظيمًا، وعليه دم لجمعه بينهما، إما فى الإحرام[(٧)]، أو فى الأعمال الباقية.

قالوا[(٨)]: وهذا دم كفارة[(٩)] أيضًا، وقيل: إذا حلق للحج، ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر فى "الأصل"[(١٠)]، وقيل: يرفضها احترازًا عن النهى[(١١)]، قال الفقيه أبو جعفر[(١٢)]: ومشايخنا على هذا[(١٣)].

---

(١) هكذا قاله شراح "الجامع الصغير". (ب)

(٢) وجه آخر. (ع)

(٣) فى باب الفوات. (ك)

(٤) قوله: "وعمرة مكانها [أى قضاء لما رفضه. نهاية]" الفرق بين هذا، وبين ما إذا شرع فى الصوم يوم النحر، ثم أفسد لا يلزمه القضاء؛ لأنه ههنا بنفس الشروع لا يصير معتمرًا مرتكبًا للنهى، فصح شروعه، بخلاف ثمه. (نهاية)

(٥) أشار به إلى قوله: لأن الجمع مشروع. (ب)

(٦) ولو كانت لمعنى فى نفسها لم يجزه.

(٧) قوله: "إما فى الإحرام" أى باعتبار أنه أحرم بالعمرة قبل الحلق، أو فى الأفعال الباقية أى الجمع فى الأفعال الباقية من رمى الجمار وغيره على تقدير الإحرام بعد الحلق قبل طواف الزيارة، أو بعده. (ب)

(٨) أى المشايخ. (ب)

(٩) لا دم شكر.

(١٠) قوله: "على ظاهر ما ذكر فى الأصل" أى "المبسوط" حيث قال: فيها لا يرفض مطلقًا. (ب)

(١١) أى النهى عن العمرة فى الأيام الخمسة. (نهاية)

(١٢) محمد بن عبد الله الهندوانى. (ب)

(١٣) قوله: "على هذا" أى على وجوب الرفض، وإن كان بعد الحلق، وصححه بعض المتأخرين؛ لأنه بقى

فإن فاته الحج، ثم أحرم بعمرة أو بحجة، فإنه يرفضها[١]؛ لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب[٢] إحرامه إحرام العمرة[٣] على ما يأتيك في باب الفوات إن شاء الله، فيصير جامعًا بين العمرتين من حيث الأفعال، فعليه أن يرفضها، كما لو أحرم بعمرتين.

وإن أحرم بحجة يصير جامعًا بين الحجتين إحرامًا، فعليه أن يرفضها[٤]، كما لو أحرم بحجتين، وعليه قضاءها لصحة الشروع فيها، ودم لرفضها بالتحلل قبل أوانه، والله أعلم.

باب الإحصار[٥]

وإذا أُحصر المحرم[٦] بعدوّ، أو أصابه مرض، فمنعه من المضى[٧] جاز له التحلل، وقال الشافعي: لا يكون الإحصار إلا بالعدو؛ لأن التحلل بالهدى شرع في حق المحصر[٨] لتحصيل النجاة، وبالإحلال ينجو من

عليه درجات الحج كالرمى وطواف الصدر، وسنة المبيت بمنى، وقد كرهت العمرة فى هذه الأيام أيضًا. (ف)

(١) أى الثانية. (ب)

(٢) هذا عندهما، وقال أبو يوسف: ينقلب إحرامه إحرام العمرة. (ب)

(٣) قوله: "إحرامه إحرام العمرة" بيانه أن الركن الأصلى فى الحج هو الوقوف، فإذا فاته، فعليه أن يتحلل بأفعال العمرة؛ للحديث الذى يأتى، فيقول: فائت الحج محرم بإحرام الحج مباشر لأفعال العمرة بمنزلة المسبوق إذا قام إلى قضاء ما سبق، فإنه مقتدٍ فى أصل التحريمة حتى لا يصح الاقتداء به منفردًا فى الأعمال، فيلزمه القراءة، فإذا أحرم بعمرة، كان جامعًا بين العمرتين، وإذا أحرم بحجة صار جامعًا بين الحجتين. (نهاية)

(٤) وعند أبى يوسف لا يرفضها، بل يمضى فيها. (ب)

(٥) قوله: "باب الإحصار [الحصر فى اللغة: المنع. ب]" هو من العوارض النادرات، وكذا الفوات، فلذا أخرهما، ثم الإحصار وقع للنبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عام الحديبية فقدمه. والإحصار يتحقق عندنا بالعدو وغيره كالمرض، وهلك النفقة، وموت محرم المرأة، أو زوجها فى الطريق،، وفى "التجنيس" فى سرقة النفقة إن قدر على المشى، فليس بمحصر، وإلا فمحصر، وقال الشافعى: لا إحصار إلا بالعدو. (ف)

(٦) بالحج أو العمرة. (ب)

(٧) أى من الوصول إلى البيت. (ب)

(٨) قوله: "لأن التحلل بالهدى شرع إلخ" لا يخفى أنه يرد عليه ببادى النظر أنك إن قلت: إنه لم يشرع إلا للنجاة منعناه، وإن أردت أنه من أسباب شرعية لم يفد فى محل النزاع، فلذا جعل بعضهم هذا الوجه مبنيًا على الاستدلال بالآية هكذ: الآية وردت لبيان إحصار النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم

العدو، لا من المرض. ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة، فإنهم قالوا[١]: الإحصار بالمرض[٢]، والحصر بالعدو، والتحللُ قبل أوانه[٣]؛ لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام، والحرج في الاصطبار عليه مع المرض أعظم[٤]. وإذا جاز له التحلل يقال له: ابْعَثْ شاةً تذبح في الحرم، وواعِد[٥] من تبعثُه بيوم بعينه يُذبح فيه[٦]، ثم تحلل[٧]، وإنما يُبعث إلى الحرم؛ لأن دم الإحصار قربة، والإراقة لم تعرف قربة[٨] إلا في زمان أو مكان على ما مر[٩]، فلا يقع قربة

وأصحابه، وكان بالعدو، وقال في سياق الآية: ﴿فإذا أمنتم﴾، فعلم أن شرعية الإحلال في العدو كان لتحصيل الأمن، وبالإحلال لا ينجو من المرض. (ف)

(١) قوله: "فإنهم قالوا إلخ" أفاد أن مراده من قوله: وردت في الإحصار في المرض بإجماع أهل اللغة، بأن إجماعهم على أن مدلول لفظ الإحصار هو المنع الكائن بالمرض والآية وردت بذلك اللفظ. (ف)

(٢) قوله: "الإحصار بالمرض إلخ" يعني أن باب الإفعال مختص بما حصل بالمرض والحصر بسكون الصاد بما يحصل بالعدو، والآية وردت بالأول، لا يقال: نزول الآية كان في شأن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه وحصرهم كان بالعدو اتفاقًا. فعلى هذا يلزم أن لا يكون في الآية بيان ما أنزلت فيه؛ لأنا نقول: النص قد يشتمل الحادثة التي نزل فيها لفظا، وقد يشتمل غيرها لفظًا، ويشتملها عرفًا ومعنى بطريق الدلالة، والآية ههنا من القبيل الثاني؛ لأنه لما ثبت جواز التحلل بالإحصار ثبت بالحصر بالطريق الأولى، كذا في "الأسرار". (عبد)

(٣) كأنه قال: سلمنا أن الآية وردت في العدد، ولكن المرض ملحق به. (ب)

(٤) لكثرة احتياجه إلى المداواة. (ب)

(٥) قوله: "وواعد" أمر من المواعدة، وإنما يحتاج إليها عند أبي حنيفة؛ لأن دم الإحصار عنده غير موقت بزمان، أما عندهما فهو موقت بيوم النحر، فلا يحتاج إلى المواعدة، كذا في "المبسوط" و"المحيط"، وأما في العمرة فمستقيم على قولهم جميعًا. (ب)

(٦) قوله: "يُذبح فيه" على صيغة المجهول قال الإنزاري: مجزوم على أنه جواب الأمر، قلت: يجوز أن يكون مرفوعًا على تقدير هو. (ب)

(٧) قوله: "ثم تحلل" يفيد أنه لا يتحلل قبله حتى لو ظن المحصر أن الهدى ذبح في يوم المواعدة، ففعل من محظورات الإحرام، ثم ظهر عدم الذبح إذ ذاك كان عليه موجب الجناية، وكذا إذا ذبح في الحل على ظن أنه في الحرم. (ف)

(٨) قوله: "والإراقة لم تعرف إلخ" وذلك لأنه قام مقام الحلق في أوانه، وهو في أوانه منسك، فكذا ما قام مقامه وأوانه بعد ركن الحج، وهو وقوف عرفة. (ب)

(٩) إشارة إلى قوله في فصل الصيد: الهدى قربة غير معقولة، فيختص بزمان أو مكان. (ب)

دونه، فلا يقع به التحلّل، وإليه الإشارة[١] بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوْا رُؤُوْسَكُمْ حَتّٰى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهٗ[٢]﴾، فإن الهدى اسم لما يُهدى إلى الحرم، وقال الشافعي: لا يتوقّت به؛ لأنه شرع رخصة، والتوقيت يُبطل التخفيف[٣]. قلنا: المراعى أصل التخفيف[٤]؛ لا نهايته، ويجوز الشاة[٥]؛ لأن المنصوص عليه الهدى[٦]، والشاة أدناه، وتجزئه البقرة والبَدنة أو سبعهما، كما في الضحايا[٧]، وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها؛ لأن ذلك[٨] قد يتعذر، بل له أن يبعث بالقيمة، حتى تُشْترى الشاة هنالك[٩]، وتذبح عنه. وقوله[١٠]: ثم تحلل إشارة إلى أنه ليس عليه الحلق، أو التقصير، وهو قول أبي حنيفة ومحمد[١١].

---

(١) قوله: "وإليه [أى إلى كون دم الإحصار قربة. ب] الإشارة" أى إلى المعنى الفقهى الذى ذكرناه، وهو أن الإراقة لم تعرف قربة إلا فى مكان مخصوص، وإلا فالآية صريح فى حكم المسألة. (ك)

(٢) قوله: "محله" بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس نهى الله تعالى عن الحلق حتى يبلغ الهدى محله موضع حله، ثم فسر المحل فى الآية الأخرى بقوله: ﴿ثم محلها إلى البيت العتيق﴾، والمراد به الحرم؛ لأن البيت لا يراق فيه الدماء. (ب)

(٣) قوله: "والتوقيت يبطل التخفيف" وقال الشافعى أيضًا: بأن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم لما أحصر مع أصحابه فى الحديبية نحروا بها، وهى خارج الحرم. قلنا: اختلف الروايات فيه، فروى أنه أرسلها على يد ناجية الأسلمى إلى الحرم، وهذه الرواية أقرب إلى الموافقة؛ لقوله تعالى: ﴿هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوفا أن يبلغ محله﴾. وأما الرواية الثانية فنقول: لو صحت الحديبية من الحرم؛ لأن نصفها من الحل، ونصفها من الحرم، فلا يكون للخصم حجة. (عينى)

(٤) قوله: "المراعى أصل التخفيف" حاصل الجواب أن يقال: إن كان المراعى نهاية التخفيف منعناه، أو أصله فبالتوقيت لا ينتفى أصل التخفيف بالكلية. (ف)

(٥) فى الهدى. (ب)

(٦) فى قوله تعالى: ﴿فما استيسر من الهدى﴾. (ب)

(٧) أى يجزئه سبع البقرة والإبل، كما فى الأضحية. (ب)

(٨) أى بعث الشاة بعينها. (ب)

(٩) أى فى الحرم. (ب)

(١٠) أى قول القدورى. (ب)

(١١) قوله: "وهو قول أبى حنيفة ومحمد" فى "الكافى": إنما لا يحلق إذا أحصر فى الحل، وأما لو أحصر

وقال أبو يوسف: عليه ذلك[١]، ولو لم يفعل لا شيء عليه[٢]؛ لأنه ﷺ حلق عام الحديبية[٣]، وكان محصراً بها، وأمر أصحابه بذلك*، ولهما أن الحلق إنما عرف قربةً مرتبًا على أفعال الحج، فلا يكون نسكًا قبلها، وفعل النبي ﷺ وأصحابه[٤]؛ ليُعرف استحكام عزيمتهم على الانصرام. قال: وإن كان[٥] قارنا بعث بدمين[٦]؛ لاحتياجه إلى التحلّل عن إحرامين، فإن بعث بهدي واحد ليتحلّل عن الحج، ويبقى في إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما؛ لأن التحلّل منهما[٧] شرع في حالة واحدة، ولا يجوز ذبح دم الإحصار إلا في الحرم[٨]، ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبي حنيفة. وقالا: لا يجوز الذبح للمحصر بالحج إلا في يوم النحر، ويجوز[٩] للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارًا بهدي المتعة

في الحرم، فيحلق؛ لأن الحلق موقت بالحرم عندهما، فعلى هذا كان حلقه عليه الصلاة والسلام في الحرم؛ لأن بعض الحديبية من الحرم. (ف)

(١) قوله: "عليه ذلك" أي استحبابا لا وجوبا بدليل قوله: ولو لم يفعل لا شيء عليه، فإن قلت: لا مطابقة بين الدليل والمدلول؛ لأن فعله عليه الصلاة والسلام، وأمره به دليل الوجوب، قلت: عن أبي يوسف روايتان: **في رواية يجب، وفي رواية لا يجب،** والمصنف ذكر دليل رواية الوجوب فقط.

(٢) على هذه الرواية لا يتحقق الخلاف، إنما يتحقق على رواية "النوادر" أنه إن لم يحلق يجب الدم. (ب)

(٣) رواه البخاري ومسلم وغيرهما. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٤٤، والدراية ج٢، الحديث ٥١٢ ص٤٦. (نعيم)

(٤) جواب عما تمسك به أبو يوسف. (ب)

(٥) المحصر. (ب)

(٦) قوله: "بعث بدمين" ولا يحتاج إلى أن يعين الذي للعمرة، والذي للحج منهما؛ لأن هذا تعيين غير مفيد. (ك)

(٧) فلم يصح تقديم المتحلل عن أحدهما. (ب)

(٨) قوله: "إلا في الحرم" إنما أعاده مع أنه ذكره عن قريب توطية لقوله: ويجوز ذبحه قبل يوم النحر. (ب)

(٩) بالإجماع.

والقِران[١]، وربما يعتبرانه بالحلق إذ كل واحد منهما[٢] محلّل. ولأبى حنيفة أنه دم كفارة[٣] حتى لا يجوز[٤] الأكل منه، فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات، بخلاف دم المتعة والقران[٥]؛ لأنه دم نسك[٦]، وبخلاف الحلق[٧] لأنه فى أوانه؛ لأن معظم أفعال الحج -وهو الوقوف- ينتهى به. قال[٨]: والمحصر بالحج إذا تحلّل، فعليه حجة وعمرة، هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم[٩]*، ولأن الحجة يجب قضاءها لصحة الشروع فيها، والعمرة لما أنه فى معنى فائت الحج[١٠]، وعلى المحصر بالعمرة القضاءُ، والإحصار عنها يتحقق عندنا، وقال مالك: لا يتحقق[١١] لأنها لا تتوقت[١٢].

(١) قوله: "إعتبارا بهدى المتعة والقران" فإنهما موقتان بالزمان والمكان بلا خلاف، وهذا متصل بقوله: لا يجوز الذبح للمحصر بالحج إلا فى يوم النحر، وقوله: ويجوز للمحصر بالعمرة معترض. (ب)

(٢) أى الحلق وذبح المحصر.

(٣) قوله: "أنه دم كفارة" لأن هذا دم يجب لأجل الخروج قبل أداء الأفعال، والخروج عنه كذلك جناية، فيكون ما وجب لأجله دم كفارة، والكفارات تختص بالمكان دون الزمان بالاتفاق. (ب)

(٤) بالاتفاق. (ب)

(٥) جواب عن اعتبارهما. (ب)

(٦) لا دم كفارة.

(٧) جوب عن اعتبارهما الآخر. (ب)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) قوله: "هكذا روى عن ابن عباس وابن عمرو" قلت: ذكره أبو بكر الرازى عن ابن مسعود وابن عباس لا غير. (زيلعى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٤٤، والدراية ج٢، ص٤٦. (نعيم)

(١٠) قوله: "لما أنه فى معنى فائت الحج" فى أنه خرج عنه بعد صحة الشروع قبل أداء الأعمال، وعلى فائت الحج التحلل بأفعال العمرة. فإن قلت: إنه شرع فى الحج فكيف تجب عليه أفعال العمرة، وهو لم يشرع فيها، قلت: العمرة بعض الحج. (ك)

(١١) أى الإحصار بالعمرة.

(١٢) قوله: "لأنها لا تتوقت" فلا يتحقق خوف الفوات، قلنا: خوف الفوات ليس مبيحا للمتحلل، وإنما

ولنا أن النبى عليه السّلام وأصحابه[١] أحصروا بالحديبية[٢]، وكانوا عمّاراً*، ولأن شرع التحلّل لدفع الحرج، وهذا موجود فى إحرام العمرة، وإذا تحقق الإحصار، فعليه القضاء إذا تحلل كما فى الحج، وعلى القارن حج وعمرتان، أما الحج وإحداهما[٣]، فلما بينا[٤]، والثانية لأنه خرج منها بعد صحة الشروع[٥] فيها.

فإن بعث القارن هديًا[٦]، وواعدهم أن يذبحوه فى يوم بعينه، ثم زال الإحصار، فإن كان لا يدرك الحج والهدى[٧] لا يلزمه أن يتوجه، بل يصير حتى يتحلل بنحر الهدى؛ لفوات المقصود[٨] من التوجه، وهو أداء الأفعال، وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة له ذلك[٩]؛ لأنه فائت الحج.

أبيح لما قدمناه من ضرر امتداد الإحرام. (ف)

(١) رواه البخارى. (ت)

(٢) هذا الحديث صح من وجوه كثيرة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٤٤، والدراية ج٢، ص٤٦. (نعيم)

(٣) أى إحدى العمرتين.

(٤) أى فى المفرد من كونه فائت الحج. (ب)

(٥) لأنه كان قارنا، ولم يأت بها تماما.

(٦) قوله: "فإن بعث القارن إلخ" قال فى "النهاية": ذكر القارن ههنا غلط، وقع من النساخ، والصواب أن يقال: بعث المحصر. وبيان الغلط من وجهين: أحدهما: أن الواجب على القارن دمان، وههنا ذكر وإن بعث القارن دما، والثانى: أن المصنف جمع ههنا بين روايتى القدورى والجامع الصغير، وهذه المسألة مذكورة فى هذين الكتابين فى المحصر بالحج. ودفعه الكاكى، فقال: يمكن أن يكون المراد من قوله: هديا أى لكل واحد من الحج والعمرة، أو يكون أراد بالهدى الجنس. (ب)

(٧) قوله: "فإن كان لا يدرك الحج والهدى" ههنا أربعة وجوه بالقسمة العقلية؛ لأنه أما أن لا يدرك الحج والهدى، أو يدركهما، أو يدرك الحج دون الهدى، أو بالعكس، فذكر جميع ذلك. (ب)

(٨) الأعظم.

(٩) قوله: "له ذلك" لأن له فى ذلك فائدة، وهى أنه لا يلزمه عمرة فى القضاء، فإن قيل: إذا كان المحصر قارنا، ينبغى أن يجب عليه أن يأتى بالعمرة التى وجب عليه بالقران.
قلنا: لا يقدر على أداءها على الوجه الذى التزمه، وهو كونه على وجه يترتب عليها الحج. (ف)

وإن كان يدرك الحج والهدى لزمه التوجه[١]؛ لزوال العجز قبل حصُول المقصُود بالخلف، وإذا أدرك هديه صنع به[٢] ما شاء؛ لأنه ملكه، وقد كان عينه لمقصود استغني عنه، وإن كان يدرك الهدىَ دون الحج يتحلل؛ لعجزه عن الأصل[٣]، وإن كان يدرك الحج دون الهدى، جاز له التحلل[٤]؛ استحسانًا، وهذا التقسيم[٥] لا يستقيم على قولهما فى المحصر بالحج؛ لأن دم الإحصار عندهما يتوقت بيوم النحر، فمن يدرك الحج يدرك الهدى[٦]، وإنما يستقيم على قول أبى حنيفة، وفى المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق[٧]؛ لعدم توقت الدم بيوم النحر.

وجه القياس[٨] وهو قول زفر: أنه قدر على الأصل، وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل[٩]، وهو الهدى. ووجه الاستحسان أنا لو ألزمناه التوجه لضاع مالُه؛ لأن المبعوث على يديه الهدى ليَذبحه[١٠]، ولا يحصل مقصوده، وحرمة المال كحرمة النفس[١١]، وله[١٢] الخيار إن شاء صبر فى

(١) قوله: "لزمه التوجه" وليس له حينئذٍ أن يتحلل بالهدى؛ لأن ذلك كان لعجزه عن إدراك الحج، وقد قدر عليه. (فتح القدير)

(٢) أى من البيع والتصدق وغيره.

(٣) وفى بعض النسخ بعجزه أى بسبب عجزه عن الحج. (ب)

(٤) والأفضل به التوجه. (ك)

(٥) أراد بالوجه الرابع، وهو أن يدرك الحج دون الهدى. (ب)

(٦) قوله: "فمن يدرك الحج يدرك الهدى" لأن وقت ذبح الهدى يوم النحر، ووقت الحج هو الوقوف بعرفة يوم عرفة. (ك)

(٧) بين أبى حنيفة وصاحبيه.

(٨) وهو عدم جواز التحلل فى الوجه الرابع.

(٩) قوله: "قبل حصول المقصود بالبدل" كالمقيم إذا وجد الماء فى خلال الصلاة، وكالمكفر بالصوم إذا أيسر قبل تمام الكفارة. (ب)

(١٠) أى لأجل أن يذبحه، وهو جواب أن. (ب)

(١١) قوله: "وحرمة المال كحرمة النفس" فإن قيل: هو مخالف لما عليه الأصوليون أن حرمة المال دون

ذلك المكان أو في غيره ليذبح عنه فيتحلل، وإن شاء توجه ليؤدى النسك الذى التزمه بالإحرام، وهو[1] أفضل؛ لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد[2].

ومن وقف بعرفة، ثم أُحصر لا يكون محصرا[3]؛ لوقوع الأمن عن الفوات، ومن أحصر بمكة، وهو ممنوع عن الطواف أو الوقوف[4]، فهو محصر؛ لأنه تعذر عليه الإتمام، فصار كما إذا أحصر فى الحل، وإن قدر على أحدهما، فليس بمحصر[5] أما على الطواف، فلأن فائت الحج يتحلّل به، والدم بدل عنه فى التحلّل، وأما على الوقوف؛ فلما بينا[6]، وقد قيل[7]: فى هذه المسألة[8] خلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف، والصحيح ما أعلمتُك من التفصيل[9] والله تعالى أعلم.

حرمة النفس، حتى لو أكره على إتلاف مال أحد جاز إتلافه. أجيب بأن حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة، لكنها تشبه حرمة النفس، وإليه أشار المصنف بقوله: كحرمة النفس بكاف التشبيه. (ب)

(١٢) أى المحصر الذى يدرك الحج دون الهدى.

(١) أى التوجه.

(٢) بقوله: اللهم إنى أريد الحج. (ب)

(٣) قوله: "لا يكون محصرا" وعند الشافعى لو أحصر عن طواف الزيارة يكون محصرا لإطلاق قوله تعالى: ﴿فإن أحصرتم﴾ الآية. قلنا: حكم الإحصار يثبت عند خوف الفوات، وبعد الوقوف بعرفة لم يبق الخوف؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «من وقف بعرفة فقد تم حجه». (ب)

(٤) قوله: "وهو ممنوع عن الطواف أو الوقوف" الحاصل أن الإحصار عندنا لا يتحقق إلا إذا منع من الطواف والوقوف جميعًا، سواء كان بمكة أو غيرها. (ب)

(٥) أى أما إذا قدر على الطواف.

(٦) وهو قوله: ومن وقف بعرفة لا يكون محصرا. (ب)

(٧) قوله: "وقد قيل إلخ" الخلاف ما ذكراه عن على بن الجعد قال: سألت أبا حنيفة عن المحرم يحصر بالحرم، فقال: لا يكون محصرا، فقلت: أليس أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أحصر من الحديبية، وهى من الحرم، فقال: إن مكة كانت يومئذ دار الحرب، ويومئذ دار السلام. وقال أبو يوسف: أما أنا فأقول: إذا غلب العدو على مكة، حتى حالوا بينه وبين البيت. فهو محصر، والأصح أن التفصيل المذكور قول الكل. (ب)

(٨) أراد بها، ومن أحصر بمكة، وهو ممنوع من الطواف والوقوف، فهو محصر. (ك)

(٩) قوله: "ما أعلمتك من التفصيل" وهو أن الممنوع من الوقوف والطواف يصير محصرا بالاتفاق، وإذا قدر على أحدهما لا يكون محصراً. (ب)

باب الفوات(١)

ومن أحرم بالحج، وفاته الوقوف بعرفة(٢) حتى طلع الفجر من يوم النحر، فقد فاته الحج؛ لما ذكرنا أن وقت الوقوف يمتد إليه(٣)، وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلّل(٤)، ويقضي الحج من قابل(٥)، ولا دم عليه؛ لقوله عليه السلام(٦): «من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل»(٧)*، والعمرة ليست إلا الطواف والسعي، ولأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحًا(٨) لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين(٩)، كما في الإحرام المبهم(١٠)، وهنا(١١) عجز عن الحج، فتتعين

---

(١) قوله: "باب الفوات" أخرها عن الإحصار؛ لأن الفوات إحرام وأداء، والإحصار إحرام بلا أداء. (ب)

(٢) بأن وصل مركب المحرمين يوم النحر.

(٣) أي إلى طلوع الفجر من يوم النحر. (ب)

(٤) بالحلق. (ب)

(٥) أي من عام قابل. (ب)

(٦) قوله: "لقوله عليه الصلاة والسلام: «من فاته» إلخ" الغرض من خصوص هذا المتن الاستدلال على نفي لزوم الدم، فإن ما سواه من الأحكام المذكورة لا يعلم فيها خلاف. ووجهه أنه عليه الصلاة والسلام شرع في بيان حكم الفوات، فلو كان يلزم الدم لذكره، كذا قال ابن الهمام في "فتح القدير". أقول: الظاهر أن الغرض من إيراد الحديث إثبات جميع ما ذكر ليظهر ضعف ما روي عن مالك أنه ذهب إلى أنه يبقى محرما إلى أن يقف بعرفة في العام القابل. (عبد)

(٧) أخرجه الدارقطني وابن عدي. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٤٥، والدراية ج٢، الحديث ٥١٣ ص٤٦. (نعيم)

(٨) قوله: "بعد ما انعقد صحيحا" أي نافذا، واحترز به عن إحرام العبد والأمة بغير إذن المولى، وإحرام المرأة بغير إذن زوجها، فإن للمولى والزوج أن يحلّلهما، وليس احترازا عن الفاسد، وهو ما إذا جامع المحرم بعد الوقوف، فإنه يلزمه المضي فيه. (ك)

(٩) قوله: "إلا بأداء أحد النسكين [أي الحج والعمرة. ب]" فإن قيل: يشكل هذا بالمحصر، قلنا: أجرى الكلام على الأصل. (ك)

(١٠) قوله: "كما في الإحرام المبهم" هو أن لا يزيد في نية الإحرام على الإحرام ويلبي فإنه يصح، ولا يخرج إلا بأداء أحد النسكين، وله أن يعين ما شاء قبل أن يشرع في الطواف. (ف)

عليه العمرة، ولا دم عليه(١)؛ لأن التحلل(٢) وقع بأفعال العمرة، فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر، فلا يجمع بينهما.

والعمرة لا تفوت(٣)، وهي جائزة في جميع السنة(٤) إلا خمسة أيام يكره فيها فعلها، وهي يوم عرفة، ويوم النحر، وأيّام التشريق؛ لما روى عن عائشة(٥) أنها كانت تكره العمرة في هذه الأيام الخمسة*، ولأن هذه أيام الحج، فكانت متعينة له. وعن أبي يوسف أنها لا تكره(٦) في يوم عرفة قبل الزوال؛ لأن دخول وقت ركن الحج بعد الزوال(٧)، لا قبله، والأظهر من المذهب ما ذكرناه(٨)، ولكن مع هذا(٩) لو أداها في هذه الأيام صح، ويبقى محرمًا بها فيها؛ لأن الكراهة لغيرها(١٠)، وهو تعظيم أمر الحج، وتخليص وقته له، فيصح الشروع.

---

(١١) أي في مسألة الفوات. (ب)

(١) وقال الشافعي ومالك: عليه دم. (ب)

(٢) قوله: "لأن التحلل إلخ" المراد أن لزوم الدم على المحصر لكونه يعجل الإحلال قبل الأعمال، وهذا قد حل بالأعمال، فلا يجب عليه الدم. (ف)

(٣) لأنها غير موقتة. (ب)

(٤) وأفضل أوقاتها رمضان. (ف)

(٥) قوله: "لما روى عن عائشة" روى البيهقي عنها قالت: حلت العمرة في السنة كلها إلا أربعة أيام يوم عرفة، ويوم النحر، ويومان بعد ذلك، وهذه الرواية لا توافق كلام المصنف، وإنما يوافقه حديث ابن عباس، أخرجه سعيد بن منصور. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٤٦، والدراية ج٢، ص٤٧. (نعيم)

(٦) أي العمرة.

(٧) وهو الوقوف بعرفة.

(٨) وهو كراهة العمرة يوم عرفة مطلقًا. (ب)

(٩) أي مع كونها مكروهة.

(١٠) أي لمعنى في غيرها لا لعينها. (ب)

والعمرة[١] سنّة[٢]، وقال الشافعي[٣]: فريضة؛ لقوله عليه السّلام: «العمرة فريضة كفريضة الحج»[٤]*. ولنا قوله عليه السلام: «الحج فريضة والعمرة تطوع»[٥]**، ولأنها غير موقتة[٦] بوقت، وتتأدى بنية غيرها[٧]، كما فى فائت الحج، وهذه أمارة النفلية[٨]، وتأويل ما رواه[٩] أنها مقدرة بأعمال كالحج؛ إذ لا تثبت الفريضة مع التعارض فى الآثار[١٠].

قال: وهى الطواف والسعى[١١]، وقد ذكرناه فى باب التمتع، والله أعلم بالصواب.

باب الحج عن الغير[١٢]

الأصل فى هذا الباب[١٣] أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله[١٤] لغيره

(١) مرة فى العمر. (ف)

(٢) أى مؤكدة. (ب)

(٣) وبه قال أحمد. (ب)

(٤) غريب، وروى نحوه الحاكم والدارقطنى، كما ذكره الزيلعى.

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٤٧، والدراية ج٢، الحديث ٥١٤ص٤٧. (نعيم)

(٥) غريب مرفوعًا، ورواه ابن أبى شيبة موقوفًا على ابن مسعود. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص١٤٩، والدراية ج٢، الحديث ٥١٥ص٤٧. (نعيم)

(٦) قوله: "غير موقتة" ولو كانت فرضا لتعلقت بوقت كالصلاة والصوم. (ب)

(٧) قوله: "بنية غيرها" يعنى تؤدى بإحرام غيرها بأن نواها بنية الحج. (ب)

(٨) أى علامة كونها نفلا. (ب)

(٩) أى الشافعى، وهو حديث: «العمرة فريضة». (ك)

(١٠) قوله: "مع التعارض فى الآثار" كأنه جواب عما يقال: ما وجه هذا التأويل الذى أولتم به، وقلتم: إن الفرض فى الحديث بمعنى التقدير. فأجاب بما حاصله أن الأحاديث والأخبار إذا تعارضت لا تثبت الفرضية، فإن الفرض لا يثبت إلا بدليل مقطوع. (ب)

(١١) الإحرام فيها شرط، والطواف ركن، والسعى والحلق واجبان. (ك)

(١٢) قوله: "باب الحج عن الغير [إدخال اللام على الغير غير واقع على الصحة؛ فإنه ملزوم الإضافة ف]" لما فرغ عن بيان أفعال الحج بنفسه مع عوارضه، شرع فى بيان الحج عن غيره بطريق النيابة. (ب)

(١٣) أى فى باب الحج عن الغير. (ب)

صلاة، أو صومًا، أو صدقة، أو غيرها[١] عند أهل السنة والجماعة[٢]؛ لما روى عن النبى عليه السّلام «أنه ضحّى بكبشين أملحين[٣] أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته[٤] ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ[٥]»*، جعل تضحية إحدى الشاتين لأمته.

والعبادات أنواع: مالية محضة كالزكاة[٦]، وبدنية محضة كالصلاة[٧]، ومركبة منهما كالحج[٨]، والنيابة تجرى فى النوع الأول[٩] فى حالتى الاختيار والضرورة[١٠]؛ لحصول المقصود[١١] بفعل النائب،

(١٤) قوله: "له أن يجعل إلخ" ليس المراد به أن الخلاف بينا وبين المخالفين أن له ثواب ذلك، أو ليس له كما هو ظاهر العبادة، بل فى أنه يصل بالجعل، أو يصير لغوا. (ف)

(١) كتلاوة القرآن والأذكار. (ف)

(٢) قوله: "عند أهل السنة والجماعة" ليس المراد أن المخالف خارج عن أهل السنة والجماعة، فإن مالكًا والشافعى لا يقولان: بوصول العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصوم، بل المراد أن أصحابنا لهم كمال الاتباع ما ليس لغيرهم، فعبر عنهم باسم أهل السنة، وخالف فى جميع العبادات المعتزلة لقوله تعالى: ﴿وأن ليس للإنسان إلا ما سعى﴾. والجواب أنها وإن كانت ظاهرة فى ما قالوه، لكن يحتمل أنها نسخت، أو مقيدة، وقد ثبت ما يوجب المصير إلى ذلك، وهو ما ذكره المصنف، وهو فى "الصحيحين". (ف)

(٣) قوله: "أملحين" الأملح الذى فيه سواد وبياض، يقال: كبش أملح فيه ملحة، وهى بياض بشقة شعرات سود، وقوله: أحدهما بالجر، وكذا الآخر بدلان من أملحين، ويجوز نصبهما. (ب)

(٤) أى أمة الإجابة، وهم المؤمنون.

(٥) فعلم أن إيصال الثواب إلى الأموات مفيد.

* أخرجه ابن ماجة من حديث عائشة وأبي هريرة، راجع نصب الراية ج٣ ص١٥١، والدراية ج٢، الحديث ٥١٦ ص٤٨. (نعيم)

(٦) قوله: "كالزكاة" وكصدقة الفطر، والمقصود من هذا النوع صرف المال إلى المحتاج. (ب)

(٧) قوله: "كالصلاة" والمقصود منها التعظيم بالجوارح وإتعاب النفس الأمارة وابتغاء مرضاة الله تعالى. (ب)

(٨) قوله: "كالحج" قد ذكرنا أول الباب أن الصواب أن الحج من العبادات البدنية المحضة، والمال شرط للوجوب. (ب)

(٩) وهو العبادات المالية المحضة. (ت)

(١٠) كالمرض وغيره. (ب)

ج2
31
B

ولا تجرى فى النوع الثانى[١] بحال[٢]؛ لأن المقصود -وهو إتعاب النفس- لا يحصل به، وتجرى فى النوع الثالث[٣] عند العجز للمعنى الثانى[٤]، وهو المشقة بتنقيص المال، ولا تجرى[٥] عند القدرة لعدم إتعاب النفس.

والشرط[٦] العجز الدائم إلى وقت الموت؛ لأن الحج فرض العمر[٧]، وفى الحج النفل تجوز الإنابة حالة القدرة[٨]؛ لأن باب النفل أوسع[٩]، ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه[١٠]، وبذلك تشهد الأخبار الواردة فى الباب كحديث الخثعمية[١١]، فإنه ﷺ قال فيه:

---

(١١) وهو صرف المال. (ك)

(١) وهو العبادات البدنية المحضة. (ب)

(٢) سواء كان فى حال الصحة أو المرض. (ب)

(٣) أى العبادات المركبة كالحج. (ب)

(٤) قوله: "للمعنى الثانى" إنما قال ذلك: لأن للحج معنيين: إتعاب النفس، وتنقيص المال، فانتفى الأول عند العجز، فتعين الثانى، وقال الكاكى: وفى بعض النسخ للمعنى الأول، وهو اعتبار كونه مالا، وهذا أظهر بالنسبة أى تقرير الكتاب. (ب)

(٥) النيابة.

(٦) لجواز النيابة.

(٧) قوله: "لأن الحج فرض العمر" فحيث تعلق به خطابه بقيام الشروط وجب عليه أن يقوم هو بنفسه فى أول أعوام الإمكان، فإذا عجز عن ذلك بعينه، وهو أن يعجز عنه مدة عمره، رخص له الاستنابة رحمة وفضلا منه، فحيث قدر عليه وقتًا ما من عمره بعد استنابة ظهر انتفاء شرط الرخصة. (ف)

(٨) قوله: "تجوز الإنابة حالة القدرة" لأنه لم تجب عليه واحد من المشقتين، فإذا كان له تركهما كان له أن يتحمل أحدهما تقربا إلى ربه. (ف)

(٩) ولهذا يجوز الصلاة النافلة قعوداً مع القدرة على القيام. (ب)

(١٠) قوله: "عن المحجوج عنه [هو الآمر. ب]" هذا فى الفرض بالنص، كما سيجىء، وأما فى النفل فهو بالاتفاق بينهم. (ب)

(١١)قوله: "كحديث الخثعمية إلخ" أخرجه الأئمة الستة أن امرأة من خثعم قالت: يا رسول الله! إن أبى أدركه الحج، وهو شيخ كبير لا يستطيع أن يستوى على الراحلة، قال: «حجى عنه».
وفى رواية المصنف وهم، فإن فى حديث الخثعمية ليس ذكر الاعتمار، بل هو فى حديث أبى ذر رجل من بنى عامر أنه قال: يا رسول الله! إن أبى شيخ لا يستطيع الحج والعمرة، قال: «حج عن أبيك واعتمر»، أخرجه

«حُجّى عن أبيكِ واعتمرى»* .

وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج(٢)، وللآمر ثواب النفقة؛ لأنه عبادة بدنية(٣)، وعند العجز أقيم الإنفاق مقامه كالفدية(٤) فى باب الصوم.

قال: ومن أمره رجلان بأن يحج عن كل واحد منهما حجةً، فأهلّ بحجة عنهما(٥)، فهى عن الحاج، ويضمن النفقة؛ لأن الحج يقع عن الآمر(٦)، حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام، وكل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك، ولا يمكن إيقاعه عن أحدهما لعدم الأولوية(٧)، فيقع عن المأمور، ولا يمكنه أن يجعله(٨) عن أحدهما بعد ذلك، بخلاف(٩) ما إذا حج عن أبويه، فإن له أن يجعله عن أحدهما؛ لأنه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما أولهما، فيبقى على خياره بعد وقوعه

أصحاب السنن. (عينى)

* من حديث الفضل بن عباس، راجع نصب الراية ج٣ ص١٥٦، والدراية ج٢، الحديث ٥١٨ ص٤٩. (نعيم)

(٢) قوله: "يقع عن الحاج [أى المأمور]" وإليه مال عامة المتأخرين، منهم صدر الإسلام أبو اليسر والإسبيجابى وقاضى خان وغيرهم، وقال شمس الأئمة السرخسى أن أصل الحج يكون عن الآمر. (ن)

(٣) كذا ذكره فى "المبسوط". (ب)

(٤) فإنها أقيمت مقام الصوم. (ب)

(٥) أى شرع فى الأفعال قبل أن يعين لأحدهما. (ك)

(٦) قوله: "لأن الحج إلخ" تحرير هذا الموضع أن الحج فى هذه الصورة من وجه يقع للمأمور باعتبار مخالفته، ولهذا لا يخرج الآمر عن حجة الإسلام، ومن وجه يقع للآمر من حيث قطع المسافة، وتعيين النفقة، ولهذا لا يخرج المأمور عن حجة الإسلام. وقد صح الإمام العتابى وغيره فى شروح "الجامع الصغير" أنه يقع عن الآمر من وجه، وعن المأمور من وجه، فلا يخرج عن حجة الإسلام الآمر، ولا المأمور، وإلى هذا أشار المصنف حيث قال أولا: فهى عن الحاج، ثم قال: لأن الحج يقع عن الآمر. (ب)

(٧) أى أولوية أحد الأمرين عن الآخر.

(٨) قوله: "ولا يمكنه إلخ" كأنه جواب عما قال: إذا وقع الحج عن المأمور فليجعل عن أيهما شاء، كما إذا حج عن أبويه فأجاب بهذا القول. (ب)

(٩) لأن الوارث غير مأمور، ومن حج عن غيره بغير أمره لا يكون حاجا عنه، بل يكون جاعلا ثوابه له. (ك)

سببًا لثوابه، وهنا يفعل بحكم الآمر، وقد خالف أمرهما، فيقع عنه.

ويضمن(١) النفقة إن أنفق من مالهما(٢)؛ لأنه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه، وإن أبهم الإحرام(٣) بأن نوى عن أحدهما غير عين(٤)، فإن مضى على ذلك صار مخالفا؛ لعدم الأولوية.

وإن عيّن أحدهما قبل المضى(٥)، فكذلك عند أبى يوسف رحمه الله، وهو القياس؛ لأنه مأمور بالتعيين، والإبهامُ يخالفه، فيقع عن نفسه(٦)، بخلاف ما إذا لم يعيّن حجة أو عمرة(٧) حيث كان له أن يعيّن ما شاء؛ لأن الملتزم هنالك(٨) مجهول(٩)، وههنا المجهول من له الحق(١٠).

وجه الاستحسان(١١) أن الإحرام شُرع وسيلةً إلى الأفعال(١٢)،

---

(١) ذلك الحاج.

(٢) أى الآمرين.

(٣) قوله: "وإن أبهم الإحرام إلخ" صور الإبهام أربعة: أن يهل بحجة عنهما، أو عن أحدهما على الإبهام، أو يهل بحجة من غير تعيين للمحجوج عنه، أو يحرم عن أحدهما لعينه بلا تعيين لما أحرم به. (ف)

(٤) أى غير معين.

(٥) فى الأفعال.

(٦) قوله: "فيقع عن نفسه" كما إذا أمره رجلان بشراء عبد هكذا، فاشتراه لأحدهما غير معين، يقع الشراء للمأمور به إذا أراد أن يعين لأحدهما لا يصح، فكذا هذا. (ب)

(٧) قوله: "بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة" جواب عما يقال: إذا أحرم رجل على الإبهام من غير تعيين حجة أو عمرة، فإنه يصح أن يعين فى الحج والعمرة ما شاء، فلم لا يكون كذلك ههنا. (ب)

(٨) قوله: "لأن الملتزم هنالك" أى فى ما إذا أبهم الإحرام مجهول، ومن له الحق معلوم، وجهالة الملتزم لا تمنع صحة الأداء، بخلاف جهالة من له الحق. (ب)

(٩) أى فيما إذا لم يعين حجة أو عمرة. (ب)

(١٠) قوله: "وههنا المجهول من له الحق" نظيره أنه إذا أقر لمعلوم بمجهول صح، وإن أقر بمعلوم لمجهول لم يصح. (عناية)

(١١) وهو قول أبى حنيفة ومحمد. (ب)

(١٢) بدليل صحة تقديمه على وقت الأداء، وهو أشهر الحج. (ك)

لا مقصوداً بنفسه، والمبهم يصلح وسيلةً بواسطة التعيين، فاكتفى به[١] شرطا، بخلاف ما إذا أدى الأفعال على الإبهام[٢]؛ لأن المؤدّى[٣] لا يحتمل التعيين، فصار مخالفًا. قال[٤]: فإن أمره غيرُه أن يقرُن[٥] عنه، فالدم على من أحرم[٦]؛ لأنه وجب شكرًا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين، والمأمور هو المختص بهذه النعمة؛ لأن حقيقة الفعل منه[٧].

وهذه المسألة تشهد[٨] بصحة المروى عن محمد: أن الحج يقع عن المأمور، وكذلك[٩] إن أمره واحد بأن يحج عنه، والآخر بأن يعتمر عنه، وأذنا له بالقران[١٠]، فالدم عليه؛ لما قلنا[١١].

ودم الإحصار[١٢] على الآمر، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو

(١) قوله: "فاكتفى به" أى بالإحرام المبهم من حيث إنه شرط، فإن الشرط يراعى وجوده كيف ما كان. (ع)

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا أدى الأفعال إلخ" متصل بقوله: فاكتفى به شرطا يعنى إذا أهل بأحدهما، ثم عين أحدهما قبل المضى صح تعيينه، بخلاف ما إذا عين أحدهما بعد المضى. (ب)

(٣) لأن ما مضى فات. (ت)

(٤) أى محمد. (ب)

(٥) بضم الراء من باب نصر ينصر. (ب)

(٦) لا فى مال الآمر. (ف)

(٧) وإن وقع القران عن الآمر. (ب)

(٨) قوله: "وهذه المسألة تشهد إلخ" وقد يقال: لا شهادة إذ لا شك أن الأفعال إنما وجدت من المأمور حقيقة، غير أنها تقع شرعا عن الآمر، ووجوب هذا الدم للشكر مسبب للوجود الحقيقى. (ب)

(٩) أى وجوب الدم على المأمور.

(١٠) قوله: "وأذنا له [أى كل واحد من الآمرين] بالقران" قيد به لأنهما لو لم يأذنا بالقران فقرن كان مخالفا، فيضمن نفقتهما، لا لأن إفراد كل منهما أفضل من القران، بل لما قدمناه من أن أمر الآمر بالنسك يتضمن إفراد السفر له به لمكان النفقة. (ف)

(١١) من اختصاص المأمور بهذه النعمة.

(١٢) قوله: "ودم الإحصار [لو عرض للمأمور] عليه" الدماء الواجبة فى الحج إما دم الإحصار فهو على الآمر عندهما، وعلى المأمور عند أبى يوسف، فإن كان المحجوج عنه ميتا يجب عن ماله.

يوسف: على الحاج؛ لأنه وجب للتحلل دفعًا لضرر امتداد الإحرام، وهذا الضرر راجع إليه، فيكون الدم عليه، ولهما أن الآمر هو الذى أدخله فى هذه العهدة[1]، فعليه خلاصه.

فإن كان يحج عن ميت فأحصر، فالدم[2] فى مال الميت عندهما، خلافًا لأبى يوسف، ثم قيل: هو من ثلث مال الميت؛ لأنه صلة[3] كالزكاة وغيرها[4]، وقيل: من جميع المال؛ لأنه وجب[5] حقًا للمأمور[6]، فصار دينًا[7]. ودم الجماع على الحاج؛ لأنه دم جناية، وهو الجانى عن اختيار، ويضمن النفقة، معناه[8] إذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه؛ لأن الصحيح[9] هو المأمور به، بخلاف[10] ما إذا فاته الحج[11] حيث لا يضمن

ثم المشايخ اختلفوا هل هو من الثلث، أو من كل المال، وإما دم القران، وقد تقدم، وإما دم جناية كجزاء صيد وجناية وغيره، ففى مال الحاج اتفاقا. وإما دم رفض نسك، ولا يتحقق حيث يتحقق إلا فى مال الحاج، ولا يبعد أنه لو فرض أنه أمره أن يحرم بحجتين، ففعل حتى ارتفضت أحدهما، فيكون الدم على الآمر ولم أره. (ف)

(١) قوله: "هو الذى أدخله إلخ" اعترض عليه بأن الآمر إذا أمره بالقران، فهو الذى أدخله فى عهدة الدم. وأجيب بأن دم القران دم نسك، وقد وقع الأمر بجميع المناسك بما وقع له النفقة، فكذا هذا، بخلاف دم الإحصار. (عناية)

(٢) أى دم الإحصار.

(٣) قوله: "لأنه صلة" هى التى لا تكون فى مقابلة عوض مالى، وهى تكون من الثلث. (ب)

(٤) من النذور والكفارات.

(٥) بسبب الأمر.

(٦) على الآمر.

(٧) والديون تقضى من كل المال.

(٨) لما كان المتوهم من عبارة المتن وجوب الدم على الحاج المجامع مطلقًا، وضمان النفقة كذلك، سواء كان بعد الوقوف، أو قبله، فصله بقوله: معناه إلخ

(٩) قوله: "لأن الصحيح [أى الحج الصحيح]" هو المأمور به، فإذا أفسده كان مخالفًا له، ووقع الفساد عن الحاج، ولو قضى الحاج فى السنة الثانية على وجه الصحة، لا يسقط به حج الآمر؛ لأنه لما خالفه فى السنة الماضية صار إحرامه له، والحج الذى يأتى فى السنة الثانية قضاء عنه، فصار واقعا عن المأمور به أيضًا، كذا فى "الجامع الصغير" لقاضى خان. (كفاية)

النفقة؛ لأنه ما فاته باختياره. أما[١] إذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه، ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر، وعليه[٢] الدم في ماله لما بينا[٣]، وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج؛ لما قلنا[٤].

ومن[٥] أوصى بأن يحجّ عنه، فأحجوا عنه رجلا، فلما بلغ الكوفة مات أو سرقت نفقته، وقد أنفق النصف[٦] يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي، وهذا عند أبي حنيفة[٧]، وقالا: يحج عنه من حيث مات الأول[٨]، فالكلام ههنا[٩] في اعتبار الثلث، وفي مكان الحج.

أمّا الأوّل فالمذكور[١٠] قول أبي حنيفة، أما عند محمد[١١] يحج عنه بما

---

(١٠) دفع دخل.

(١١) بأن لم يبلغ يوم النحر.

(١) بيان لفائدة تقييد المسألة بما قبل الوقوف.

(٢) أي المأمور.

(٣) وهو قوله: لأنه دم جناية. (ب)

(٤) وهو أنه دم جناية.

(٥) وفي بعض النسخ: قال أي محمد في "الجامع". (ب)

(٦) الواو للحال، وقيد النصف اتفاقي. (ب)

(٧) قوله: "وهذا عند أبي حنيفة" صورة المسألة لرجل أربعة آلاف درهم مثلا، وأوصى لورثته أن يحجوا عنه، وكان مقدار الحج ألف درهم، فدفعها الوصي إلى من يحج عنه، فسرقت في الطريق، قال أبو حنيفة: يؤخذ ثلث ما بقي، وهو ألف درهم، فإن سرقت مرة ثانية يؤخذ من ثلث ما بقي مرة أخرى، وهكذا.

وقال أبو يوسف: يؤخذ من ثلث جميع المال، وهو ثلاث مائة وثلاثة وثلاثون درهما، وثلث درهم، فإن سرقت ثانيًا لا يؤخذ مرة أخرى، وقال محمد: إذا سرقت الألف التي دفعها الوصي أولا، بطلت الوصية. (عناية)

(٨) أي المأمور.

(٩) أي في هذه المسألة.

(١٠) في المتن.

(١١) قوله: "أما عند محمد إلخ" حاصل الكلام أن عند أبي حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي، فيحج به مرة أخرى، ويجعل الهالك كان لم يكن، وعلى قول أبي يوسف: إن بقي من الثلث الأول، وهو ثلث جميع المال

بقى من المال المدفوع إليه إن بقى شىء[١]، وإلا بطلت الوصية اعتباراً بتعيين الموصى[٢]؛ إذ تعيين الوصى كتعيينه[٣].

وعند أبى يوسف يحج عنه بما بقى من الثلث الأول؛ لأنه[٤] هو المحل لنفاذ الوصية. ولأبى حنيفة أن قسمة الوصى وعزله المال لا يصح إلا بالتسليم إلى الوجه[٥] الذى سماه الموصى؛ لأنه لا خصم له ليقبض[٦]، ولم يوجد التسليم إلى ذلك الوجه، فصار كما إذا هلك[٧] قبل الإفراز[٨] والعزل، فيحج بثلث ما بقى. وأما الثانى[٩] فوجه قول أبى حنيفة -وهو القياس- أن القدر الموجود من السفر[١٠] قد بطل فى حق أحكام الدنيا، قال ﷺ[١١]: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث[١٢]»* الحديث[١٣]،

مقدار ما يمكن أن يحج به، يحج عنه بذلك المقدار، وإلا بطلت الوصية، وعند محمد يبطل الوصية. (ك)

(١) قوله: "إن بقى شىء إلخ" صورته أوصى رجل بأن يحج عنه فأحج الوصى أوالورثة رجلا عنه، فمات فى الطريق، فإنه يحج عن الميت بثلث ما بقى عنده.
وعند أبى يوسف يحج عنه بما بقى من ثلث أصل المال مع ما بقى من المال المؤدى إلى المأمور، وعند محمد إن بقى شىء مما دفع إلى الأول يحج به، وإلا بطلت الوصية، كذا فى "الكافى". (برجندى)

(٢) قوله: "اعتبارا بتعيين الموصى [ولو عين الموصى بنفسه قدرا من المال يبطل الوصية إن لم يبق منه شىء، فكذا هذا] إلخ" قالوا: هذا الخلاف إذا أوصى بأن يحج عن الثلث، أو بأن يحج عنه، ولم يزد عليه، وأما لو قال: عن ثلث ماله، فقول محمد كقول أبى يوسف، وتمامه فى "الجامع الصغير" لقاضى خان. (رد المحتار)

(٣) لقيامه مقامه بعد موته.

(٤) أى الثلث.

(٥) وهو ههنا أن يتم له الحج ولم يتم.

(٦) أى التسليم على ذلك الوجه، فوجب صرفه مرة أخرى.

(٧) أى المأمور.

(٨) أى إفراز المال بقدر الإحجاج.

(٩) أى باعتبار المكان فى الحج. (ك)

(١٠) وهو من الوطن إلى مكان مات فيه.

(١١) رواه مسلم وأبو داود والنسائى. (ت)

وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا، فبقيت الوصية من وطنه[١] كأن لم يوجد الخروج. وجه قولهما -وهو الاستحسان- أن سفره لم يبطل؛ لقوله تعالى[٢]: ﴿ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله﴾[٣] الآية، وقال ﷺ: «من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة»[٤]*، وإذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية من ذلك المكان، وأصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه[٥]، ويبتني على ذلك المأمور بالحج[٦].

قال: ومن أهلّ بحجة عن أبويه يجزئه أن يجعله عن أحدهما؛ لأن من حج عن غيره بغير إذنه، فإنما يجعل ثواب حجه له[٧]، وذلك بعد أداء الحج، فلغت نيته قبل أداءه، وصح جعله ثوابه لأحدهما بعد الأداء، بخلاف المأمور[٨] على ما فرقنا من قبل[٩]، والله أعلم بالصواب.

---

(١٢) صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٥١٧ص٤٩. (نعيم)

(١٣) أى اقرأ الحديث بتمامه.

(١) فوجب الإحجاج من وطنه.

(٢) قوله: "لقوله تعالى إلخ" أقول: سياق كلام المصنف شاهد على أنه اختار مذهب الصاحبين، فإن عادته أنه يؤخر دليل ما هو المختار عنده، كما ذكره العيني وغيره، وعندى أن مذهب الإمام ههنا قوى.
واستدلالهما بالآية المذكورة، وبالحديث المذكور ليس فى موضعه، إذ غاية ما يثبت منه حصول الثواب على حسب النية، والإمام لا ينكره، بل يقول: ما مضى من سفره -وإن كان مفيدا فى الآخرة- لكنه منقطع باعتبار الدنيا بالحديث المذكور السابق، فافهم، فإنه دقيق. (مولوى محمد عبد الحى دام فيضه)

(٣) ﴿ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله﴾ الآية

(٤) غريب بهذا اللفظ، وروى الطبرانى نحوه. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٥١٩ص٥١. (نعيم)

(٥) أى ويموت فى الطريق، ويوصى بأن يحج عنه.

(٦) إذا مات فى الطريق.

(٧) لا نفسه عنه.

(٨) بالحج عن رجلين إذا أهلّ لهما.

باب الهدى[١]

الهدى أدناه شاة[٢]؛ لما روى[٣] أنه ﷺ سئل عن الهدى، فقال: «أدناه شاة»*، قال: وهو من ثلاثة أنواع: الإبل والبقر والغنم؛ لأنه ﷺ لما جعل الشاة أدنى، فلا بد أن يكون له أعلى، وهو البقر والجزور[٤]، ولأن الهدى ما يُهدى إلى الحرم؛ ليتقرب به فيه، والأصناف الثلاثة سواء فى هذا المعنى[٥]. ولا يجوز فى الهدايا إلا ما جاز فى الضحايا[٦]؛ لأنه قربة تعلّقت بإراقة الدم كالأضحية، فيتخصصان بمحل واحد[٧].

والشاة جائزة فى كل شيء إلا فى موضعين[٨]: من طاف طواف الزيارة جنبا، ومن جامع بعد الوقوف بعرفة، فإنه لا يجوز فيهما إلا بدنة، وقد بينا المعنى فيما سبق[٩].

ويجوز الأكل من هدى التطوع[١٠]، والمتعة، والقِران؛ لأنه دم نسك،

(٩) وهو قوله: وههنا يفعل بحكم الآمر، و قد خالفه. (ك)

(١) قوله: "باب الهدى" لما ذكر الهدى فى كتاب الحج فى مواضع كثيرة من وجوه كثيرة، شرع فى بيان أنواعه وأحكامه. (بناية)

(٢) أفضل الهدى عندنا الإبل، ثم البقر، ثم الغنم. (ف)

(٣) قوله: "روى" لم أجد هذا اللفظ إلا من حديث عطاء، أخرجه الشافعى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٢٠ ص٥١. (نعيم)

(٤) بالفتح أى الإبل.

(٥) أى فى معنى التقرب. (ب)

(٦) قوله: "إلا ما جاز فى الضحايا" يعنى يجوز الثنى فصاعداً من الأنواع الثلاثة، ولا يجوز الجذع إلا من الضأن، ويشترط أن يكون سالما من العيب. (بناية)

(٧) أى يقعان موقعًا واحدًا. (ب)

(٨) قوله: "إلا فى موضعين" تقدم ثالث، وهو ما إذا طافت حائض ونفساء. (ف)

(٩) أى فى باب الجنايات. (ت)

(١٠) قوله: "ويجوز الأكل من هدى التطوع" هذا إذا ذبح هدى التطوع فى محله، وهو مكة، وأما إذا ذبحه فى الطريق إذا عطبت فلا يجوز له الأكل. (ك)

فيجوز الأكل منها بمنزلة الأضحية، وقد صح[1]: «أن النبى ﷺ أكل من لحم هديه وحسا من المَرَقَة[2]»*، ويستحب له أن يأكل منها؛ لما روينا[3]، وكذلك يستحب أن يتصدق على الوجه الذى عرف[4] فى الضحايا. ولا يجوز الأكل من بقية الهدايا[5]؛ لأنها دماء كفارات[6]، وقد صح أن النبى ﷺ لما أحصر بالحديبية، وبعث الهدايا على يدى ناجية الأسلمى[7]، قال له[8]: «لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئًا»**، ولا يجوز ذبح هدى التطوع، والمتعة، والقران إلا فى يوم

---

(١) فى حديث جابر الطويل الذى رواه مسلم. (ب)

(٢) قوله: "وحسا من المرقة [بفتحتين شوربا. غث]" بالحاء والسين المهملتين من حسوت المرقة إذا شربته. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص ١٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٢١ ص٥١. (نعيم)

(٣) وهو قوله: وقد صح. (ب)

(٤) قوله: "على الوجه الذى عرف" وهو أن يتصدق بثلث، ويهدى بثلث، ويطعم ويدخر بثلث. (ب)

(٥) قوله: "ولا يجوز الأكل من بقية الهدايا" جملة الكلام فيه أن الدماء نوعان: ما يجوز لصاحبه الأكل منه، وهو دم المتعة، والقران، والأضحية، والتطوع إذا بلغ محله، وما لا يجوز، وهو دم النذور، والكفارات، والإحصار، وكل دم يجوز الأكل منه لا يجب عليه التصدق به بعد الذبح؛ لأنه لو وجب، بطل حق الفقراء بالأكل، **وكل دم لا يجوز له الأكل منه، يجب** عليه التصدق به بعد الذبح، ولو هلك بعد الذبح، لا ضمان **عليه فى النوعين، وإن استهلكه، ففى النوع الثانى** يضمن قيمته. (ف)

(٦) قوله: "لأنها دماء كفارات" المعنى فى ذلك أن الكفارات شرعت جزاء للجناية، فليق بها الحرمان عن الانتفاع بهديه. (ك)

(٧) قوله: "وبعث الهدايا إلخ" قلت: حديث ناجية ليس فيه قوله: «لا تأكل» إلخ، أخرجه أصحاب السنن الأربعة أن رسول الله ﷺ بعث معه بهدى، وقال: «إن عطب فانحره ثم اصبغ نعله بدمه ثم خل بينه وبين الناس». ثم وجدته فى "المغازى" للواقدى ذكره فى أول غزوة الحديبية، وأسنده أن النبى ﷺ لما أراد الخروج، فذكر القصة، وفيها أنه استعمل على هديه ناجية بن جندب الأسلمى، وكانت سبعين بدنة، فذكره بطوله، ثم قال بعد ذلك بنحو ورقة: قال ناجية: عطب معى بعير من الهدى، فجئت رسول الله بالأبواء، فأخبرته، فقال: «انحرها واصبغ قلائدها فى دمها ولا تأكل أنت ولا أحد من رفقتك منها شيئًا». (زيلعى)

(٨) قوله: "قال له: «لا تأكل أنت»" قال شارح الكنز الزيلعى: لا دليل لحديث ناجية على المدعى لأنه ﷺ قال ذلك فى ما عطب فى الطريق، ولا كلام فى ذلك، والكلام فى ما إذا بلغ الحرم، هل يجوز له الأكل منه أم لا؟ انتهى، والمعنى الذى ذكره المصنف فى أنها دماء كفارات يستقل بإثبات المطلوب. (ف)

** راجع نصب الراية ج٣ ص ١٦١، والدراية ج٢، الحديث ٥٢٢ ص٥١. (نعيم)

النحر. قال العبد الضعيف[١]: وفى الأصل[٢]: يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر، وذبح يوم النحر أفضل، وهذا هو الصحيح[٣]؛ لأن القربة فى التطوعات باعتبار أنها هدايا، وذلك يتحقق بتبليغها إلى الحرم[٤]، فإذا وجد ذلك جاز ذبحها فى غير يوم النحر، وفى أيام النحر أفضل؛ لأن معنى القربة فى إراقة الدم فيها أظهر. أما دم المتعة والقران، فلقوله تعالى: ﴿فكلوا منها وأطعموا البائس[٥] الفقير ثم ليقضوا تَفَثهم﴾، وقضاء التفث[٦] يختص بيوم النحر، ولأنه دم نسك[٧]، فيختص بيوم النحر كالأضحية.

ويجوز ذبح بقية الهدايا[٨] فى أى وقت شاء، وقال الشافعى: لا يجوز إلا فى يوم النحر اعتباراً بدم المتعة، والقران، فإن كل واحد[٩] دم جبر عنده[١٠]. ولنا أن هذه دماء كفارات، فلا يختص بيوم النحر؛ لأنها لما

---

(١) أى المصنف. (ب)

(٢) أى المبسوط. (ب)

(٣) إشارة إلى خلاف البعض.

(٤) فلا يشترط الزمان. (ب)

(٥) الذى له بأس وشدة. (ف)

(٦) قوله: "وقضاء التفث [فكذا الذبح. ك]" أى كأخذ الشارب، وتقليم الأظفار، ونتف الإبط، وحلق العانة، واعترض عليه بأن ثم للتراخى، فربما يكون الذبح قبل يوم النحر، وقضاء التفث.
وأجيب بأن موجب ثم للتراخى، وهو يتحقق بالتأخير ساعة، فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز قضاء التفث بعده بساعة، وليس كذلك. (ب)

(٧) قوله: "ولأنه دم نسك" أى لأن كل واحد من المتعة والقران دم نسك؛ بدليل حل التناول، فيختص بيوم النحر. (ع)

(٨) وهى دم الكفارة، والنذور، ودم الإحصار على قول أبى حنيفة. (ف)

(٩) من المتعة والقران.

(١٠) قوله: "جبر عنده" هذا مخالف لما ذكر فى كتبهم، كما ذكر فى "الوجيز" وشرحه، والتتمة أن الدم الواجب إما لارتكاب محظور، أو جزاء ترك مأمور، ولا يختص بزمان، فيجوز يوم النحر وغيره، وإنما الضحايا تختص بالحرم، وأيام التشريق.

وجبت لجبر النقصان[1] كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير، بخلاف دم المتعة، والقِران؛ لأنه دم نسك.

قال[2]: ولا يجوز ذبح الهدايا[3] إلا في الحرم؛ لقوله تعالى في جزاء الصيد: ﴿هديًا بالغ الكعبة﴾، فصار أصلا في كل دم هو كفارة[4]، ولأن الهدي[5] اسم لما يُهدى إلى مكان، ومكانه الحرم. قال ﷺ: «منى كلها منحر وفِجَاج[6] مكة كلها منحر»[7]*، ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم، خلافًا للشافعي[8]؛ لأن الصدقة قربة معقولة، والصدقة على كل فقير قربة. قال[9]: ولا يجب التعريف بالهدايا[10]؛ لأن الهدي ينبئ عن النقل إلى مكان[11]؛ ليتقرب بإراقة دمه فيه، لا عن التعريف[12] فلا يجب، فإن عرف بهدي المتعة فحسن؛ لأنه يتوقت بيوم النحر، فعسى أن لا يجد من يمسكه، فيحتاج إلى أن يعرف به[13]، ولأنه دم

(١) الذي وقع بسبب محظور.

(٢) أي القدوري. (ب)

(٣) سواء كان تطوعًا أو غيره. (ف)

(٤) قوله: "فصار[أي جزاء الصيد] أصلا في كل دم هو كفارة" إذ لا فرق بين الكفارات ولا تفاوت في معنى الجزاء. (ع)

(٥) فالإضافة ثابتة في مفهومه. (ف)

(٦) أي طريقها.

(٧) أخرجه أبو داود وغيره. (ت)

* رواه جابر، راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٢، والدراية ج٢، الحديث ٥٢٣ ص٥٢. (نعيم)

(٨) فعنده يجب الصرف إلى مساكين الحرم.

(٩) أي القدوري. (ب)

(١٠) قوله: "ولا يجب التعريف بالهدايا" سواء أريد بالتعريف الذهاب بها إلى عرفات، أو التقليد تشهيرًا، أو الإشعار كل ذلك لا يجب. (ف)

(١١) وهو الحرم.

(١٢) أي لا ينبئ عن التعريف. (ب)

(١٣) إلى أن يأخذه معه إلى عرفات. (ب)

نسك، فيكون مبناه على التشهير[١]، بخلاف دماء الكفارات؛ لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا[٢]، وسببه الجناية، فيليق به الستر.

قال: والأفضل فى البدن النحر[٣]، وفى البقر والغنم الذبح؛ لقوله تعالى: ﴿فصلّ لربك وانحر﴾[٤]، قيل فى تأويله[٥]: الجزور، وقال الله تعالى: ﴿أن تذبحوا بقرة﴾[٦]، وقال الله تعالى: ﴿وفديناه بذبح عظيم﴾[٧]، والذِبح ما أعد للذبح، وقد صح[٨]: «أن النبى ﷺ نحر الإبل وذبح البقرة والغنم»*. ثم إن شاء نحر الإبل فى الهدايا قياماً، أو أضجعها[٩]، وأىّ ذلك فعل فهو حسن، والأفضل أن ينحرها قياماً؛ لما روى[١٠] أنه ﷺ نحر الهدايا قياماً وأصحابه[١١] كانوا ينحرونها قياما معقولة

(١) لما ذكرنا أن السنة فى الواجبات الاشتهار. (ب)

(٢) أشار به إلى قوله: لأنها لما وجبت لجبر النقصان. (ب)

(٣) قوله: "والأفضل فى البدن النحر" النحر فى اللبة مثل الذبح فى الحلق، فاللبة فى النحر الصدر، والنحر هو الموضع الذى ينحر فيه الهدى. (ب)

(٤) دليل لقوله: الأفضل فى البدن النحر. (ب)

(٥) قوله: "قيل فى تأويله" أى فى تأويل قوله تعالى: ﴿وانحر﴾ الجزور أى انحر الجزور والبعير، ذكراً كان أو أنثى، وإنما قال: قيل بصيغة المجهول؛ لأنه ورد فيه معانٍ كثيرة، فعن بعض الصحابة وجه نحرك إلى القبلة، وقيل: انحر سواك وهواك. (بناية)

(٦) دليل لقوله: وفى البقر والغنم الذبح. (ب)

(٧) قوله: "وقال الله تعالى: ﴿وفديناه بذبح عظيم﴾" وجه الاستدلال به أن الله تعالى لما أمر إبراهيم بذبح ولده إسماعيل، ورأى منهما الصدق والامتثال لأمره من عليهما بقوله: ﴿وفديناه بذبح عظيم﴾، وكان كبشاً من الجنة، والذبح بكسر الذال ما أعد للذبح، فعلم منه أن الغنم تذبح. (بناية)

(٨) قوله: "وقد صح" قلت: أما نحر الإبل تقدم فى حديث جابر الطويل: «ثم انصرف إلى المنحر فنحر ثلاثا وستين بدنة بيده»، وذبح البقر، أخرجه البخارى عن عائشة قالت: فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر، فقلت: ما هذا قالوا: ذبح رسول الله عن أزواجه وذبح الغنم، أخرجه الأئمة الستة، قال: ضحى رسول الله بكبشين أملحين، فرأيته واضعاً قدمه على صفاحهما فذبحهما بيده. (تخريج زيلعى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٢٤ ص٥٢. (نعيم)

(٩) أى أناخها وبركها. (ب)

(١٠) رواه البخارى ومسلم. (ت)

اليد اليسرى[١]*، ولا يذبح البقر والغنم قياماًلأن في حالة الاضطجاع المذبح[٢] أبين، فيكون الذبح أيسر، والذبح[٣] هو السنة فيهما.

قال: والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن ذلك؛ لما روى[٤]: «أن النبي ﷺ ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفاً[٥] وستين بنفسه وولّى الباقي علياً»**، ولأنه قربة، والتولي في القربات أولى؛ لما فيه من زيادة الخشوع، إلا[٦] أن الإنسان قد لا يهتدي لذلك، ولا يحسنه، فجوّزناه تولية غيره. قال[٧]: ويتصدق بجلالها[٨] وخطامها، ولا يعطى أجرة الجزار منها؛ لقوله ﷺ لعلي: «تصدق بجلالها وبِخَطْمِها ولا تعطى أجرة الجزار منها»[٩]***، ومن ساق بدنة فاضطر إلى ركوبها ركبها، وإن استغنى عن ذلك لم يركبها[١٠]؛ لأنه جعلها خالصة لله

---

(١١) أخرجه أبو داود. (ت)

(١) قوله: "قياماً معقولة اليد اليسرى" المراد به أن يضم الساق مع الفخذ بعد رفع ساقه منحنية إلى فخذه، ويربط عليهما، كما يربط كذلك عند البروط. (كفاية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٢٥ص٥٣. (نعيم)

(٢) أي موضع الذبح أظهر. (ب)

(٣) الواو للحال. (ب)

(٤) صح ذلك في حديث جابر الطويل. (ت)

(٥) قوله: "فنحر نيفاً [بتشديد الياء. ك]" هو عبارة عن ما دون العشرة، وهو ههنا ثلاث على ما صرح في بعض الروايات، كذا في "فتح القدير".

** راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٢٦ص٥٣. (نعيم)

(٦) استثناء من قوله: والتولي. (ب)

(٧) أي القدوري. (ب)

(٨) قوله: "بجلالها" جمع جل هو ما يلبس على الدابة، وخطامها: أي الزمام، وهو ما يجعل في عنق البعير، وهو بكسر الخاء المعجمة. (بناية)

(٩) رواه الجماعة إلا الترمذي. (ت)

*** متفق عليه من حديث علي، راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٢٨ص٥٣. (نعيم)

(١٠) أي عن الركوب.

تعالى، فلا ينبغي أن يصرف شيئًا من عينها، أو منافعها إلى نفسه إلى أن يبلغ محلّه إلا أن يحتاج إلى ركوبها[١]؛ لما روى: «أن النبي ﷺ[٢] رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك[٣]»*، وتأويله[٤] أنه كان عاجزًا محتاجًا. ولو ركبها فانتقص بركوبه، فعليه ضمان ما نقص من ذلك، وإن كان لها لبن لم يحلبها؛ لأن اللبن متولد منها، فلا يصرفه إلى حاجة نفسه، وينضح[٥] ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن.

ولكن[٦] هذا إذا كان قريبًا من وقت الذبح، فإن كان بعيدا منه يحلبها، ويتصدق بلبنها كي لا يضر ذلك[٧] بها، وإن صرفه إلى حاجة نفسه تصدق بمثله أو بقيمته؛ لأنه مضمون عليه.

ومن ساق هديًا فعطب[٨]، فإن كان تطوعًا، فليس عليه غيره؛ لأن القربة[٩] تعلقت بهذا المحل[١٠]، وقد فات، وإن كان عن واجب، فعليه أن

---

(١) قلت: وقد ورد اشتراط الاحتياج في "صحيح مسلم". (ت)

(٢) رواه البخاري ومسلم. (ت)

(٣) هذه الكلمة صدرت ترحّمًا. (ب)

* رواه أبو هريرة، راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٢٧ ص٥٣. (نعيم)

(٤) أي هذا الحديث.

(٥) بكسر الضاد من باب ضرب، أي يرشه بالماء. (ف)

(٦) إشارة إلى قوله: لم يحلبها. (ب)

(٧) أي ترك الحلب.

(٨) أي هلك. (ب)

(٩) قوله: "لأن القربة تعلقت إلخ" أورد عليه لم لا يكون كأضحية الفقير، فإنها تطوع عليه، وإذا اشتراها للتضحية يتعين عليه للوعد ما لا يتعين على الغني، حتى إن الغني إذا اشترى أضحية، فضلت، فاشترى أخرى، ثم وجد الأولى في أيام النحر، كان له أن يضحي بأيهما شاء، ولو كان معسرا، فالواجب عليه أن يضحي بهما. أجيب بأن ذلك في ما إذا أوجب الفقير بلسانه في كل من الشاتين بعد ما اشتراها للأضحية، وإلا فلا يجب عليه شيء بمجرد الشراء، ذكره في "النهاية". (فتح القدير)

يقيم غيره مقامه؛ لأن الواجب باقٍ في ذمته[١]، وإن أصابه عيب كثير[٢] يقام غيره مقامه؛ لأن المعيب بمثله لا يتأدّى به الواجب، فلا بد من غيره، وصنع بالمعيب ما شاء؛ لأنه التحق بسائر أملاكه.

وإذا عطبت البدنة في الطريق[٣]، فإن كان تطوعًا نحرها، وصبغ نعلها بدمها، وضرب بها صفحة[٤] سَنامها[٥]، ولا يأكل هو ولا غيره من الأغنياء منها بذلك أمر رسول الله ﷺ[٦] ناجية الأسلمي*، والمراد بالنعل قلادتها[٧]. وفائدة ذلك[٨] أن يعلم الناس أنه هدى فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء، وهذا لأن الإذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله، فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلا إلا أن التصدق على الفقراء أفضل من أن يتركه جزرًا للسباع[٩]، وفيه نوع تقرب، والتقرب هو المقصود.

فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها، وصنع بها[١٠] ما شاء؛ لأنه لم يبقَ صالحًا لما عينه، وهو[١١] ملكه كسائر أملاكه، ويقلد هدى الت[طوع]، والمتعة، والقران[١٢]؛ لأنه دم نسك، وفي التقليد إظهاره وتش[هير]ه، فيليق به.

(١٠) قوله: "تعلقت بهذا المحل" كما إذا نذر تصدق د[...]ـه، فهلكت قبله، لا يجب عليه شيء.(ن)

(١) [...] الذ[مـ]ـة، لا في [...] (ب)

(٢) قوله: "عيب كثير" بأن ذهب أكثر من ثلث الأذن مثلا عنده، وعندهما إذا ذهب أكثر من النصف.(ف)

(٣) أى قربت للهلاك. (ف)

(٤) بالفتح يک جانب. (م)

(٥) سنام بالفتح كوهان. (م)

(٦) تقدم قريبًا. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٢٩ص٥٤. (نعيم)

(٧) فإنها في الغالب قطعة نعل. (ك)

(٨) أى صبغ النعل بالدم.

(٩) قوله: "جزرا للسباع" بفتحتين اللحم الذى تأكله السباع.(فتح القدير)

(١٠) أى البدنة التى عطبت. (ب)

(١١) تذكير الضمير باعتبار الهدى. (ب)

(١٢) كذا دم المنذور. (ب)

ولا يقلّد دم الإحصار، ولا دم الجنايات؛ لأن سببها الجناية والستر أليق بها[١]، ودم الإحصار جابر[٢]، فيلحق بجنسها[٣]، ثم ذكر الهدى[٤] ومراده البدنة؛ لأنه لا يقلّد الشاة عادة، ولا يسن تقليده عندنا لعدم فائدة التقليد[٥] على ما تقدم[٦]، والله أعلم.

مسائل منثورة[٧]

أهل عرفة إذا وقفوا في يوم[٨]، وشهد قوم[٩] أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم[١٠]، والقياس أن لا يجزئهم اعتباراً[١١] بما إذا وقفوا[١٢] يوم التروية،

(١) أى بالجناية.

(٢) قوله: "ودم الإحصارجابر" كأنه جواب سؤال كأنه يقال: كيف لايقلد دم الإحصار، وهو ليس بجناية.(ب)

(٣) قوله: "فيلحق بجنسها" أى بجنس الدماء الجابرة، وهى دماء الجنايات. (ف)

(٤) قوله: "ثم ذكر [أى القدورى. ب]" يعنى أن قوله: يقلد هدى التطوع إلخ عام مخصوص البعض، والمراد به البدنة، لا الشاة. (ف)

(٥) قوله: "لعدم فائدة التقليد" وهى أن لا يمنع من العلف والماء، إذا علم أنه هدى، وهذا فى ما غاب عن صاحبه كالإبل والبقر، دون الغنم، فإنها تضييع إذا غاب عنه صاحبه. (ك)

(٦) أى قبيل باب القران. (ك)

(٧) قوله: "مسائل منثورة" من عادة المصنفين أن يذكروا فى الكتاب ما شذ وندر من مسائل الأبواب السابقة فى فصل على حدة، ويترجمون عنه بمسائل شتى، أو مسائل منثورة، أو مسائل متفرقة. (عناية)

(٨) هذه المسألة من خواص "الجامع الصغير".

(٩) قوله: "وشهد قوم إلخ" صورته أنهم شهدوا أنهم رأوا الهلال لذى الحجة فى ليلة يكون يوم الوقوف باليوم العاشر من ذى الحجة. (ب)

(١٠) أى الوقوف.

(١١) قوله: "اعتباراً بما إذا وقفوا يوم التروية" وهو اليوم الثامن من ذى الحجة، فإنه لو شهد الشهود أنهم وقفوا فى هذا اليوم، لا يجوز وقوفهم. (ب)

(١٢) قوله: "بما إذا وقفوا" أقول: صورة المسألة مشكلة؛ لأن هذه الشهادة لا تكون إلا بأن الهلال لم ير ليلة كذا، وهو ليلة الثلاثين، بل رأى ليلة بعده، وكان شهر ذى القعدة تاما، ومثل هذه الشهادة لا تقبل لاحتمال كون ذى القعدة تسعا وعشرين.

وصورة المسألة: أن الناس وقفوا، ثم علموا بعد الوقوف أنهم غلطوا فى الحساب، وكان الوقوف يوم التروية، فإن علم هذا المعنى قبل الوقت بحيث يمكن التدارك، فالإمام يأمر الناس بالوقوف، وإن علم ذلك فى وقت لا يمكن تداركه، فبناء على الدليل الأول -وهو تعذر إمكان التدارك- ينبغى أن لا يعتبر هذا المعنى، ويقال:

وهذا لأنه[١] عبادة تختص بزمان ومكان، فلا يقع عبادة دونهما.

وجه الاستحسان أن هذه شهادة قامت على النفي[٢]، وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم[٣]؛ لأن المقصود منها نفي حجهم، والحج لا يدخل[٤] تحت الحكم فلا تقبل، ولأن فيه بلوى عاماً لتعذر الاحتراز عنه، والتدارك غير ممكن، وفي الأمر[٥] بالإعادة حرج بين، فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه، بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية؛ لأن التدارك[٦] ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه في يوم عرفة، ولأن جواز المؤخر له نظير[٧]، ولا كذلك جواز المقدم.

قالوا[٨]: ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة، ويقول: قد تم حج الناس، فانصرفوا؛ لأنه ليس فيها إلا إيقاع الفتنة، وكذا إذا شهدوا[٩] عشية

قد تم حج ا لناس، أما بناء على الدليل الثاني -وهو أن جواز المقدم لا نظير له- لا يصح الحج. (شرح وقاية)

(١) أي الوقوف.

(٢) قوله: "قامت على النفي" هذا ليس بشيء؛ لأنها قامت على الإثبات حقيقةً، وهو رؤية الهلال، ثم هو يستلزم عدم جواز وقوفهم، ولا حاجة إلى الحكم، بل الفتوى يفيد عدم سقوط الفرض. (ف)

(٣) قوله: "وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم" علله لمجموع الأمرين كي لا يلزم النقض بما لو شهد أنه لم يستثن الزوج عند قوله: أنت طالق ثلاثا، والزوج يدعي ذلك؛ لأن هذه الشهادة وإن قامت على النفي، لكنه فيما يدخل تحت الحكم. (ك)

(٤) قوله: "والحج لا يدخل" لأن ما يدخل تحت الحكم هو الذي يجبر الحاكم المحكوم عليه به، والحج ليس كذلك. (ك)

(٥) فيجعل عفوا. (ب)

(٦) إذا ظهر لهم خطأهم. (ب)

(٧) قوله "ولأن جواز المؤخر له نظير" كقضاء الصلاة، وقضاء الصيام، فيجزئهم الوقوف يوم النحر، فإن قلت: لجواز التقدم أيضاً نظير، وهو جواز أداء صدقة الفطر قبل وقتها، قلت: هذا أمر بخلاف القياس. (بناية)

(٨) أي أصحاب أبي حنيفة. (ب)

(٩) قوله: "وكذا إذا شهدوا إلخ" وذلك بأن شهدوا في الليلة التي هم في منى متوجهين إلى عرفات أن اليوم الذي خرجنا من مكة المسمى بيوم التروية، كان التاسع لا الثامن، ولا يمكنهم الوقوف بأن يسيروا إلى عرفات في تلك الليلة؛ ليقفوا ليلة النحر بالناس، أو أكثرهم لم يعمل بهذه الشهادة، وإن كان الإمام يمكنه

عرفة برؤية الهلال، ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس، أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة. قال[١]: ومن رمى في اليوم الثاني[٢] الجمرة الوسطى والثالثة، ولم يرم الأولى، فإن رمى الأولى[٣]، ثم الباقيتين، فحسن؛ لأنه راعى الترتيب المسنون، ولو رمى الأولى وحدها أجزأه[٤]؛ لأنه تدارك المتروك في وقته، وإنما ترك الترتيب. وقال الشافعي: لا يجزئه[٥] ما لم يعد الكل؛ لأنه شرع مرتبًا، فصار كما إذا سعى قبل الطواف، أو بدأ بالمروة قبل الصفا[٦]. ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها، فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض[٧]، بخلاف السعي[٨]؛ لأنه تابع للطواف[٩]، لأنه دونه، والمروة[١٠] عُرف منتهى السعي بالنص[١١]، فلا تتعلق به البداية. قال: ومن جعل على نفسه[١٢] أن

الوقوف في ذلك الليل مع الناس أو أكثرهم، ولا يدرك ضعفة الناس لزمه الوقوف، فإن لم يقف فات حجه. (ف)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٢) وهو الحادي عشر من ذي الحجة.

(٣) عند القضاء.

(٤) ولا يضر ترك السنة. (ب)

(٥) قوله: "وقال الشافعي: لا يجزئه" اعلم أن الشافعي ترك أصله ههنا، وكذلك علماءنا، فإن الترتيب في الفوائت شرط عندنا، لا عنده، فكل احتاج إلى الفرق، فالشافعي يقول: في الصلاة كل واحدة منها مقصودة بنفسها، فلا يكون تبعا لغيرها، وأما جمرات اليوم فواحدة، بدليل أنه يجب دم واحد بترك الكل، فيجب رميها، كما شرعت مرتبة. (ك)

(٦) فإنه لا يجوز.

(٧) قوله: "فلا يتعلق الجواز إلخ" هذا هو الأصل في القرب المتساوية الرتب، ولولا ورود النص في قضاء الفوائت بالترتيب، لقلنا: لا يلزم فيها أيضًا. (ف)

(٨) جواب عن قياس الشافعي.

(٩) حتى لا يشرع إلا بطواف. (ف)

(١٠) جواب عن قياسه الآخر.

(١١) قوله: "منتهى السعي بالنص" وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «ابدأوا بما بدأ الله تعالى» الحديث. (ك)

(١٢) هذه المسألة أيضًا من "الجامع الصغير"، كما يفهم من "البناية".

يحج ماشيا، فإنه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة، وفى "الأصل"[١]: خيّره بين الركوب والمشى، وهذا[٢] إشارة إلى الوجوب، وهو الأصل؛ لأنه التزم القربة بصفة الكمال[٣]، فيلزمه بتلك الصفة[٤]، كما إذا نذر الصوم متتابعًا، وأفعال الحج[٥] تنتهى بطواف الزيارة، فيمشى إلى أن يطوفه، ثم قيل: يبتدئ المشى من حين يحرم[٦]، وقيل: من بيته؛ لأن الظاهر أنه هو المراد، ولو ركب، أراق دمًا؛ لأنه أدخل نقصًا فيه. قالوا[٧]: إنما يركب إذا بعدت المسافة، وشق المشى، وإذا قربت والرجل[٨] ممن يعتاد المشى، ولا يشق عليه، ينبغى أن لا يركب.

ومن باع جارية محرمة، قد أذن لها فى ذلك[٩]، فللمشترى أن يحللها ويجامعها[١٠]، وقال زفر: ليس له ذلك[١١]؛ لأن هذا عقد سبق

---

(١) أى المبسوط. (ب)

(٢) أى قوله: لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة. (ب)

(٣) قوله: "بصفة الكمال" قال: قلت: قد كره أبو حنيفة المشى، فكيف يكون صفة الكمال؟ قلت: إنما كرهه إذا كان مظنة سوء خلق الفاعل كان يكون صائما معه، أو ممن لا يطيق المشى، وإلا فلا شك أن المشى أفضل فى نفسه. (فتح القدير)

(٤) قوله: "فيلزمه بتلك الصفة" لا يقال: المشى لا نظير له فى الواجبات، ومن شرط النذر أن يكون من جنس المنذور واجبًا؛ لأنا نقول: بل له نظير، وهو مشى المكى الذى لا يجد الراحلة، وهو قادر على المشى، فإنه يجب عليه أن يحج ماشيًا. (فتح القدير)

(٥) أى الأركان. (ب)

(٦) وعليه فتوى فخر الإسلام، وهوالصحيح.

(٧) قوله: "قالوا" يشير به إلى بيان التوفيق بين رواية "الأصل"، وبين رواية "الجامع الصغير". (ب)

(٨) الواو حالية.

(٩) الإحرام.

(١٠) قوله: "ويجامعها" قال الإتزارى: وفى بعض نسخ "الجامع الصغير": أو يجامعها بلفظة أو، وقال فخر الإسلام فى "شرح الجامع الصغير": يحتمل أن يكون عن أبى يوسف فى الرواية الأولى أن يحلل بأدنى محظورات الإحرام مثل قص الشعر، والثانية تدل على أن التحليل بالمواقعة. (ب)

(١١) أى ليس له التحليل، فله الرد بالعيب. (ف)

ملكه، فلا يتمكن من فسخه، كما إذا اشترى[١] جارية منكوحة. ولنا أن المشترى قام مقام البائع، وقد كان للبائع[٢] أن يحللها، فكذا المشترى إلا أنه يكره ذلك[٣] للبائع؛ لما فيه من خلف الوعد، وهذا المعنى[٤] لم يوجد فى حق المشترى، بخلاف النكاح[٥]؛ لأنه ما كان للبائع أن يفسخه[٦] إذا باشر بإذنه، فكذا لا يكون ذلك للمشترى، وإذا كان له أن يحلّلها لا يتمكن من ردّها بالعيب[٧] عندنا، وعند زفر يتمكن؛ لأنه ممنوعٌ عن غِشيانها[٨] وذكر فى بعض النسخ[٩]: أو يجامعها، والأول يدل على أنه يحلّلها بغير الجماع بقَص[١٠] شعر، أو بقلم[١١] ظفرٍ[١٢]، ثم يجامع، والثانى يدل على أنه يحلّلها بالمجامعة؛ لأنه لا يخلو عن تقديم مسٍّ يقع به التحليل، والأولى أن يحلّلها بغير المجامعة تعظيماً لأمر الحج، والله أعلم.

---

(١) قوله: "كما إذا اشترى" أى كما إذا اشترى رجل جارية منكوحة من الغير، فليس له فسخ النكاح؛ لأن عقده سبقه ملكه. (ب)

(٢) لأن منافعها مملوكة له. (ب)

(٣) أى تحليل المحرمة بإذنه.

(٤) فيجوز له بلا كراهة.

(٥) جواب عن قياس زفر. (ب)

(٦) قوله: "لأنه ما كان للبائع أن يفسخه" وذلك لما أن النكاح حق الزوج، وقد تعلق بإذن المالك، فلا يتمكن المالك من فسخه، وإن بقى ملكه. (ك)

(٧) أى بعيب الإحرام.

(٨) قوله: "غشيانها" الغشيان بالكسر الإتيان يقال: غشيه إذا أتاه، ثم كنى به عن الجماع، كما بالإتيان. (مغرب)

(٩) أى ذكر محمد فى بعض نسخ "الجامع الصغير". (ب)

(١٠) بريدن موئے. (مج)

(١١) بالفتح ناخن گرفتن. (م)

(١٢) بالضم ناخن. (م)

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

كتاب[1] النكاح[2]

قال: النكاح ينعقد[3] بالإيجاب والقبول[4] بلفظين[5] يعبر بهما عن الماضى؛ لأن الصيغة[6] وإن[7] كانت للإخبار[8] وضعا، فقد جعلت[9] للإنشاء[10] شرعًا[11]؛ دفعًا للحاجة[12]، وينعقد بلفظين[13] يعبر بأحدهما

(١) قوله: "كتاب النكاح" أخره عما تقدم؛ لأنه بالنسبة إليه كالبسيط من المركب، فإنه معاملة من وجه وعبادة من وجه، أما معنى العبادة فيه، فلأن الاشتغال به أفضل من التخلى عنه لمحض العبادة، ولما فيه من حفظ النفس عن الوقوع في الزنا، وأما معنى المعاملة، فلما فيه من المال الذى هو عوض البضع، والإيجاب، والقبول، والشهادة، ودخوله تحت القضاء. (مج)

(٢) قوله: "النكاح" وهو فى أصل اللغة الضم، ثم نقل إلى الوطئ؛ لاشتماله عليه، وإلى العقد المقتضى لحل الاستمتاع؛ لأنه سبب الضم. (عبد)

(٣) قوله: "ينعقد" المراد منه المعنى اللغوى يعنى بهم بستن، وحاصله أنه يتحقق. (عبد)

(٤) قوله: "بالإيجاب والقبول" الإيجاب فى الشرع اللفظ الصادر من أحد المتعاقدين أولا، وإنما سمى به؛ لأنه يوجب الجواب على المخاطب إما بنعم، أو بلا إيجابا عرفيا.
والشارع جعل اللفظين الصادرين من المتعاقدين بمنزلة المادة، وجعل الارتباط المعتبر عند الشارع بمنزلة الصورة، وجعل المجموع فى حكم الجواهر الباقية كالسرير مثلا، حتى يصلح لأن يزال صورته كإبطال صورة السرير. (عبد)

(٥) قوله: "بلفظين [مثل نكحتك وزوجتك، فيقول: قبلت أو فعلت أو رضيت. فتح القدير]" إما بدل من قوله: بالإيجاب والقبول، أو حال منهما، والباء للملابسة. (عبد)

(٦) قوله: "لأن الصيغة [أى صيغة الماضى] إلخ" حاصل الكلام أنه يحتاج إلى لفظ يدل على حدوث أمر فى الحال، وليس فى اللغة لفظ يدل على حدوث أمر فى الحال دلالة صريحة، فاضطررنا إلى أن نعتبر ما اعتبره الشارع، وهو صيغة الماضى، فإنها وإن كانت إلخ. والمضارع كما هو يدل على الحال يدل على الاستقبال، فليس دلالته صريحة لاحتمال أن يراد الاستقبال، فيكون وعدا، نعم! قد يعتبر إذا كان هناك قرينة، ولا يكتفى بذلك، بل اعتبر معه صيغة المضى من الجانب الآخر، حتى يتأكد جانب الحال، فلهذا لا يصح بمضارعين. (عبد)

(٧) الواو وصلية.

(٨) عن معنى مقرون بالمضى.

(٩) نقلا.

(١٠) فى الحال.

(١١) قوله: "شرعًا" قلت: التخصيص بالشرع ليس بمحتاج إليه؛ لأن نقل بعض الألفاظ إلى الإنشاء، قد

عن الماضي، وبالآخر عن المستقبل(١) مثل أن يقول(٢): زوّجني، فيقول(٣): زوّجتك؛ لأن هذا(٤) توكيلٌ بالنكاح، والواحد يتولى طرفي النكاح(٥) على ما نبينه(٦) إن شاء الله تعالى.

وينعقد بلفظ النكاح، والتزويج، والهبة(٧)، والتمليك، والصدقة، وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج؛ لأن التمليك(٨) ليس حقيقةً فيه(٩)، ولا مجازًا عنه؛ لأن التزويج للتلفيق(١٠)،

ثبت في اللغة أيضًا، كنقل نعم على إنشاء الذم، ونقل" ما أحسن زيدا" إلى إنشاء التعجب، فليكن هذه الألفاظ منقولة إلى الإنشاء لغة أيضًا، وهي مستعملة في لسان الشرع على وفق اللغة. (د)

(١٢) قوله: "دفعًا للحاجة" إذ الحاجة ماسة إلى إنشاء هذا التصرف لما يتعلق به من مصالح الدارين.(د)

(١٣) قوله: "بلفظين" قلت: الباء للسببية لا صلة الانعقاد، يدل عليه إعادة قوله: "ينعقد"، ولو كان صلة، كما في قوله أولا: "وينعقد بالإيجاب و لقبول" إلخ لما أعاده، فلا يرد أن الانعقاد فيما إذا كان قال: زوجني، فيقول: زوجتك بلفظ الماضي القائم مقام الإيجاب والقبول، لا بقوله: زوجني؛ لأنه توكيل، وليس بإيجاب، وذلك لأن الانعقاد فيما إذا قال: ههنا، وإن كان بلفظ الماضي، فلا شك أن زوجني سبب لولاه لما انعقد. (د)

(١) المراد منه الأمر.

(٢) لآخر.

(٣) الآخر.

(٤) أي قوله: زوجني.

(٥) قوله: "يتولى طرفي النكاح" بخلاف البيع، ووجه الفرق أن الحقوق في البيع إلى الوكيل، فلو تولى طرفيه يصير مطالبا ومطالبا، وفيه تعطيل الحقوق، وفي النكاح إلى الموكل، فلا يلزم ذلك. (إله داد)

(٦) أي في أول فصل الوكالة في النكاح. (نهاية)

(٧) قوله: "والهبة إلخ" الحاصل ما يدل على تمليك الرقبة، كما تقول المرأة: وهبت لك نفسي بكذا، أو قالت: تصدقت لك نفسي بكذا، أو تصدقت لك ابنتي بكذا. (عبد)

(٨) قوله: "لأن التمليك" أي لفظ ما يدل على التمليك، سواء كان لفظ التمليك، أو غيره من الهبة والصدقة. (عبد)

(٩) وهو ظاهر.

(١٠) قوله: "للتلفيق [هو كناية عن مصالح اعتبرت في النكاح. عبد]" يقال: لفقت بين ثوبين، ولفقت أحدهما بالآخر إذا لاءمت بينهما بالخياطة. (عناية)

والنكاحَ للضم، ولا ضم[١]، ولا ازدواجَ بين المالك والمملوكة أصلا.

ولنا[٢] أن التمليك سبب لملك المتعة فى محلها[٣] بواسطة ملك الرقبة، وهو الثابت بالنكاح[٤]، والسببية طريق المجاز.

وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح[٥]؛ لوجود طريق المجاز، ولا ينعقد بلفظ الإجارة[٦] فى الصحيح[٧]؛ لأنه ليس بسبب لملك المتعة[٨]، ولا بلفظ الإباحة، والإحلال، والإعارة؛ لما قلنا[٩]، ولا بلفظ الوصية[١٠]؛ لأنها توجب الملك[١١] مضافا إلى ما بعد الموت.

قال: ولا ينعقد نكاح[١٢] المسلمين[١٣] إلا بحضور شاهدَين حُرّين

(١) قوله: "ولا ضم إلخ" لأن يد المالك اليد العليا، وليس للمملوك يد، فبين النكاح والتمليك تباين، فلا يجوز أحدهما عن الآخر. (عبد)

(٢) يعنى أن المناسبة موجودة.

(٣) قوله: "فى محلها" احتراز عن تمليك الغلمان والبهائم وغيرها، فإن تمليكها ليس بسبب لملك المتعة التى هى الوطئ. (ن)

(٤) قوله: "وهو الثابت بالنكاح" يعنى أن الضم والمصلحة ليس مأخوذا فى مفهومه، بل مدلوله تمليك المنفعة، فهو بحسب المفهوم مع قطع النظر عن لوازمه وتوابعه مناسب. (عبد)

(٥) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول أبى بكر الأعمش فإنه يقول: لا ينعقد بلفظ البيع؛ لأنه خاص لتمليك مال بمال، والمملوك بالنكاح ليس بمال، ولكن الصحيح هو الانعقاد؛ لأن البيع موجب ملكا هو سبب لملك المتعة فى محله. (نهاية)

(٦) قوله: "بلفظة الإجارة" صورة الإجارة أن يقول: آجرت ابنتى منك، ينوى به النكاح، وعلم الشهود ذلك. (د)

(٧) قوله: "فى الصحيح" احترز به عن قول الكرخى فإنه يقول: ينعقد بها؛ لأنها تمليك منفعة، وملك المتعة منفعة، فيكون من باب إطلاق العام على الخاص، وفيه أن ملك المتعة ليس من منافع الإجارة، إن قيل: يجوز أن يكون من باب الاستعارة، أجيب بأن الاستعارة إنما تصح إذا كان التشبيه فى الكيفية المشروعة. (عبد)

(٨) أى المتعة المخصوصة وهى الوطئ. (ن)

(٩) قوله: "لما قلنا" من أنه ليس سببًا لملك المتعة. (عبد)

(١٠) بأن قال: أوصيت لك ببضع ابنتى بألف درهم.

(١١) قوله: "لأنها توجب الملك إلخ" والنكاح علة لملك المتعة فى الحال، والملك المضاف غير الكائن فى الحال. (د)

(١٢) وأما أنكحة الكفار تصح بدون الشاهدين إذا كانوا يدينون ذلك. (عبد)

عاقلين[1] بالغين مسلمين رجلين، أو رجل وامرأتين[2]، عدولا كانوا أو غير عدول، أو محدودِين فى القذف[3].

قال[4]: اعلم أن الشهادة شرط فى باب النكاح؛ لقوله عليه السلام[5]: «لا نكاح[6] إلا بشهود[7]»*، وهو حجة على مالك فى اشتراط الإعلان[8] دون الشهادة، ولا بد من اعتبار الحرية فيها؛ لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية[9]، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ؛ لأنه لا ولاية بدونهما، ولا بد من اعتبار الإسلام فى أنكحة المسلمين؛ لأنه لا شهادة للكافر[10] على المسلم.

(١٣) قوله: "المسلمين" بالتثنية، وفيه تغليب الذكر على الأنثى، ويجوز أن يكون جمعا. (عبد)

(١) قوله: "عاقلين بالغين" رد لما ذهب إليه مالك من صحة النكاح بحضور الصبيان والمجانين، زعما منه أن الشرط هو الإعلان دون الشهود. (د)

(٢) خلافًا للشافعى. (عبد)

(٣) قوله: "أو محدودِين فى القذف" بالجمع؛ لأنه خبر كانوا، والمراد من القذف نسبة شخص إلى الزنا. (عبد)

(٤) أى المصنف.

(٥) رواه الدارقطنى. (ف)

(٦) قوله: "لا نكاح إلا بشهود" وهو صريح فى السببية، ومن البين أنه ليس ركنا، فتعين كونه شرطًا. (عبد)

(٧) قوله: "إلا بشهود" لقائل أن يقول: الشهود جمع شهد جمع شاهد كصحب وسفر جمع صاحب وسافر، كذا ذكره فى "الصحاح"، فيكون الشهود جمع الجمع، والجمع يتناول الآحاد، فيجب أن يتناول جمع الجمع الجماعات، فقوله: «لا نكاح إلا بشهود»، إن أجرى على الظاهر، لزم أن يشترط ثلاث جماعات من الشهد، وأقلها تسعة. وإن حمل على ما فوق الواحد، لزم أن يشترط حضور جماعتين، وأقلها ستة، وذلك خلاف الإجماع، فلا بد أن يجعل كناية عن الإعلان. (د)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٠ ص٥٥. (نعيم)

(٨) قوله: "فى اشتراط الإعلان إلخ" يعنى يقول: بدل الشهادة الإعلان، وذلك لقوله عليه السلام: «أعلنوا النكاح ولو بالدف»، وفيه أنه لا يدل إلا على وجوب الإعلان، أما إنه شرط فلا. (عبد)

(٩) قوله: "لعدم الولاية إلخ" الولاية تنفيذ القول على الغير، ولا ولاية له على نفسه، فكيف يكون على الغير؟ (عبد)

(١٠) قوله: "لا شهادة للكافر إلخ" إذا لا ولاية له عليه قال الله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾. (عبد)

ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين، وفيه خلاف الشافعي(١)، وستعرف في الشهادات(٢) إن شاء الله.

ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافًا للشافعي، له أن الشهادة من باب الكرامة(٣)، والفاسق من أهل الإهانة.

ولنا أنه(٤) من أهل الولاية، فيكون من أهل الشهادة، وهذا(٥) لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه(٦)، لا يحرَم على غيره؛ لأنه(٧) من جنسه(٨)، ولأنه صلح مقلِّدا(٩)، فيصلح مقلّدا، وكذا شاهدًا.

والمحدود في القذف من أهل الولاية(١٠)، فيكون من أهل الشهادة تحمُّلا(١١)، وإنما الفائت ثمرةُ الأداء(١٢) بالنهي(١٣) لجريمته، ولا يُبالي

(١) فإنه يقول: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال في النكاح.

(٢) أي تعرف دلائل الفريقين.

(٣) قوله: "من باب الكرامة" لما قال عليه السلام: «أكرموا الشهود»، فكانت الشهود محلا للإكرام، والفاسق ليس صالحا له من حيث النفس، لا من كل وجه، ولهذا يصح إكرامه لعلمه. (عبد)

(٤) أي أن الفاسق.

(٥) قوله: "وهذا" إشارة إلى قوله: من أهل الولاية، وما هو متفرع عليه أعني قوله: فيكون من أهل الشهادة. (عبد)

(٦) قوله: "لما لم يحرم [أي لم يمنع فسقه ولايته على نفسه. عبد] إلخ" يعني أنه لم يسلب الولاية بفسقه لمعارضة إسلامه، يعني أن فسقه وإن كان يقتضي سلب ولايته، كما قال الشافعي، فإسلامه ينافي سلبه، فلا يسلب بالمعارضة، ويبقى كما كان، وإذا بقيت الولاية على نفسه بقيت على غيره. (إله داد)

(٧) أي غيره.

(٨) للاشتراك في الإسلام. (عبد)

(٩) قوله: "ولأنه صلح إلخ" [دليل ثانٍ لنا] يعني يجوز أن يكون الحاكم فاسقًا، وأجاز ذلك أن يجعل شخصًا قاضيًا، وإذا صلح جعل الشخص قاضيًا، جاز له أن يكون قاضيًا بنفسه، وإذا جاز أن يكون قاضيًا بنفسه جاز أن يكون شاهدًا؛ لأن الشهادة والقضاء من باب واحد؛ إذ في كل منهما تنفيذ الحكم على الغير. (عبد)

(١٠) على نفسه، وعلى غيره.

(١١) قوله: "تحملا" يعني أنه يتحمّل الشهادة، ويكفيي في النكاح ذلك، وإنما لم يجز الأداء. (عبد)

بفواته[١]، كما في شهادة العُمْيان[٢]، وابني العاقدَين[٣].

قال: وإن تزوج مسلم ذمية[٤] بشهادة ذمّيين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر: لا يجوز؛ لأن السماع[٥] في النكاح شهادةٌ، ولا شهادة للكافر على المسلم، فكأنهما[٦] لم يسمعا كلام المسلم.

ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك[٧] لوروده على محلٍ ذي خطرٍ[٨]، لا على اعتبار وجوب المهر؛ إذ لا شهادة[٩] تشترط في لزوم المال، وهما شاهدان عليها[١٠]، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامَ الزوج[١١]؛ لأن العقد ينعقد بكلامَيهما، والشهادة شرطت

---

(١٢) أي إذا أدى هو الشهادة لا يسمع.

(١٣) أي قوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا﴾.

(١) أي أداء.

(٢) فإنها لا تسمع.

(٣) قوله: "وابني العاقدين" بأن يكون أحدهما ابنا لعاقد، والآخر ابنا لآخر، أما إذا كانا لواحد، فلا يسمع فيما يكون نافعا له دون ما يكون ضاراً عليه. (عبد)

(٤) كتابية.

(٥) أي سماع الإيجاب والقبول.

(٦) هذا قياس على عدم السماع.

(٧) قوله: "على اعتبار إثبات الملك" أي ملك الزوج على الزوجة، فإن قلت: إن للزوجة أيضًا ملكًا على الزوج، حتى إن لها أن يطالبه بالوطئ.
قلت: إن لها المطالبة بالوطئ ديانة لا قضاء، فلها ملك ضعيف لا عبرة له. (عبد)

(٨) قوله: "لوروده على محل [أي البضع] ذي خطر" أي العضو الشريف، وإنما كانت الشهادة دالة على خطره؛ لأن الوصول إليه لا يكون سهلا. (عبد)

(٩) إذ ليس في لزوم المال خطر. (عبد)

(١٠) لكونها ذمية.

(١١) قوله: "بخلاف ما إذا إلخ" جواب عن قياس محمد وزفر، وتقريره أن الشهادة في النكاح شرط العقد، والعقد ينعقد بكلاميهما، فإذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد. (عناية)

على العقد.

ومن أمر رجلا بأن يزوّج ابنته الصغيرة، فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما[١] جاز النكاح؛ لأن الأب يُجعل مباشِرًا[٢] لاتحاد المجلس، فيكون الوكيل سفيرا و معبّرا[٣]، فيبقى المزوِّج شاهدا[٤]، وإن كان الأب غائبا لم يجز؛ لأن المجلس مختلف، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرًا[٥]، وعلى هذا إذا زوّج الأب ابنتَه البالغةَ بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز[٦]، وإن كانت غائبة لا يجوز.

فصل في بيان المحرمات[٧]

قال: لا يحل للرجل أن يتزوّج بأمه، ولا جداته من قبل الرجال والنساء[٨]؛ لقوله تعالى: ﴿حرِّمت عليكم أمّهاتُكم وبناتُكم[٩]﴾،

---

(١) أي الوكيل والأب.

(٢) للعقد. (عناية)

(٣) قوله: "فيكون الوكيل سفيرًا أو معبرًا" من كل وجه، وإلا فالوكيل في باب النكاح سفير ومعبر أبدا، ولهذا يرجع الحقوق إلى الموكل مطلقًا. (د)

(٤) قوله: "فيبقى المزوج شاهدا" [مع آخر] لأن المجلس متحد، فجاز أن يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الآمر حكمًا لكون الوكيل في باب النكاح سفيرًا ومعبرًا. (ع)

(٥) مع عدم حضوره في مجلس المباشرة. (ع)

(٦) قوله: "جاز" فلا بد من نقل عبارة الأب إليها؛ ليصح العقد، وذلك لأن الموجود من الوكيل واجب الانتقال إلى الموكل في باب النكاح ضرورة أن الوكيل سفير ومعبر فيه، ومتى كانت البالغة حاضرة أمكن اعتبار الأب شاهدا، وأما إذا كانت غائبة فلا؛ لأن الشيء إنما يقدر تقديرا إن لو تصور تحقيقًا. (نهاية)

(٧) قوله: "فصل في بيان المحرمات" لما ذكر بيان شرعية النكاح على الأنثى من بني آدم التي ليست هي من المحرمات، احتاج إلى بيان المحرمات؛ ليتميز المحللات من المحرمات. (نهاية)

(٨) أي سواء كانت من جهة الآباء أو الأمهات. (عبد)

(٩) قوله: "وبناتكم" ﴿وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا

والجدات[١] أمهاتٌ؛ إذ الأ هو الأصل لغةً، أو ثبتت حرمتهن بالإجماع. قال: ولا ببنته لما تلونا[٢]، ولا ببنت ولده[٣]، وإن سفلت للإجماع، ولا بأخته، ولا ببنات أخته، ولا ببنات أخيه، ولا بعمته[٤]، ولا بخالته؛ لأن حرمتهن منصوص عليها فى هذه الآية، وتدخل فيها العمات المتفرقات[٥]، والخالات المتفرقات[٦]، وبنات الإخوة المتفرقين؛ لأن جهة الاسم عامة[٧]. قال: ولا بأمّ امرأته التى دخل بابنتها أو لم يدخل؛ لقوله تعالى: ﴿وأمهاتُ نسائكم﴾ من غير قيد الدخول، ولا ببنت امرأته التى دخل بها[٨]؛ لثبوت قيد الدخول بالنصّ، سواء كانت فى حَجره[٩]، أو فى حجر غيره[١٠]؛ لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة[١١]،

ما قد سلف﴾ إلخ.

(١) قوله: "والجدات إلخ" اعلم أن حكم الجدات ثابت، إما بناء على أن المراد من الأمهات المعنى اللغوى، وهى بحسب المعنى اللغوى تشمل الجدات، والقرينة على إرادة المعنى اللغوى ثابتة، وا لدليل على وجود القرينة الإجماع، فالإجماع كاشف عن القرينة، وإما بناء على الإجماع، وهذا أظهر؛ إذ معنى الأصل معنى مهجور. (عبد)

(٢) آنفًا من الآية.

(٣) قوله: "ولا ببنت ولده" سواء كان بنت ابن، أو بنت بنت، وذلك للإجماع، وإنما لم يقل: لما تلونا؛ لأن بنت البنت لا يقال لها فى العرف: إنها بنت له. (عبد)

(٤) قوله: "ولا بعمته" وكذا بعمة الأب، والأم، وخالتها بالإجماع.

(٥) أى من الأبوين، أو من الأب، أو من الأم.

(٦) أى المختلفات.

(٧) قوله: "لأن جهة الاسم عامة" فإن جهته هى كونها جزءً من الأصل القريب، أو جزءً قريبًا من الأصل البعيد، وذلك متحقق فى الكل. (عبد)

(٨) قوله: "التى دخل بها" [صفة ا مرأة] وفى حكم الدخول المس بشهوة، بل لو لم تكن فى نكاحها، ومسها بالشهوة حرم عليه بنتها. (عبد)

(٩) قوله: "فى حجره [حجر كنار مردم]" بفتح الحاء وكسرها، المقصود أن تكون فى تربيته. (عبد)

(١٠) رجل.

(١١) قوله: "خرج مخرج العادة" لأن الغالب أن يكون بنت المرأة فى حجر زوج الأم. (د)

لا مخرج الشرط[١]، ولهذا اكتفى في موضع الإحلال[٢] بنفى الدخول.

قال: ولا بامرأة أبيه وأجداده؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء[٣]﴾، ولا بامرأة ابنه وبنى أولاده؛ لقوله تعالى: ﴿وحلائل[٤] أبنائكم الذين من أصلابكم﴾، وذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبنّى[٥]، لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة، ولا بأمه[٦] من الرضاعة، ولا بأخته من الرضاعة؛ لقوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخَواتُكم من الرضاعة﴾، ولقوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[٧]*. ولا يجمع بين أختين نكاحًا، ولا بملك يمين وطئًا؛ لقوله تعالى: ﴿وأَنْ تجمعوا بين الأختين﴾، ولقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر[٨] فلا يجمعن ماءه فى رحم

---

(١) قوله: "لا مخرج الشرط" بخلاف الدخول فى قوله تعالى: ﴿من نسائكم اللاتى دخلتم بهن﴾، فإنه وإن كان غالبًا معتاداً إلا أن قوله تعالى: ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ قرينة على كونه شرطًا. (د)

(٢) قوله: "ولهذا اكتفى إلخ" يعنى لو كان مجموع الحجر والدخول شرطا، كما قاله على وابن مسعود: لكان السوق يقتضى أن يقول فى بيان الإحلال: وإن لم تكونوا دخلتم بهن أو لم تكن فى حجركم، ولما لم يتعرض للحجر، علم أن الشرط ليس إلا الدخول. (عبد)

(٣) قوله: "ما نكح آباؤكم" ففيه عموم المجاز ليثبت الدعوى. (عبد)

(٤) حليله زن كسے. (م)

(٥) قوله: "لإسقاط إلخ" إن قيل: إن مفهوم المخالف غير معتد عندهم، فلا يدل قوله تعالى: ﴿من أصلابكم﴾ على أن حليلة المتبنى حلال، ولا يدل على إحلال حليلة الابن من الرضاعة.
يقال: بأن ذلك كله مبنى على القبول، وتسليم أن مفهوم المخالف معتبر بأن مفهوم المخالف ههنا إحلال حليلة المتبنى، لا إحلال حليلة الابن من الرضاع. (عبد)

(٦) قوله: "ولا بأمه" أى لا بأصله الذى ثبت من الرضاعة، وهو يشمل الأمهات والجدات، والرضاعة تحصل بمصة، ولا حاجة إلى الشبع. (عبد)

(٧) أخرجه البخارى عن ابن عباس، كذا قال الزيلعى.

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٢ ص٥٥. (نعيم)

(٨) قوله: "من كان يؤمن بالله إلخ" هذا غريب، وفى الباب أحاديث كثيرة، منها ما فى "الصحيحين"

أختين»(١)*، فإن تزوج أختَ أمة له قد وطئها(٢) صح النكاح؛ لصدوره من أهله مضافًا إلى محله(٣)، وإذا جاز لا يطأ الأمة، وإن(٤) كان لم يطأ المنكوحة؛ لأن المنكوحة موطوءة حكمًا(٥)، ولا يطأ المنكوحة للجمع إلا إذا حرم الموطوءةَ على نفسه بسبب من الأسباب(٦)، فحينئذٍ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئًا، ويطأ المنكوحة إن لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئًا إذا المرقوقة(٧) ليست موطوءةً حكمًا(٨).

فإن تزوّج أختين في عَقَدتين(٩)، ولا يدرى أيتهما أولى فرّق بينه

عن أم حبيبة قالت: يا رسول الله! "انكح أختي" الحديث، إلى أن قال: «إنها لا تحل لي». (ف)

قوله: "من كان" هذا حديث غريب، لم يتعرض له أحد من الشراح غير أن الكاكي أحال على ما ذكر في "المبسوط"، والسروجي أحاله على "الذخيرة" للمالكية، نعم روى الترمذي من حديث أبي وهب الحبشاني أنه سمع من فيروز الديلمي يحدث عن أبيه قال: أتيت رسول الله، فقلت: إني أسلمت وتحتي أختان، فقال رسول الله: «اختر أيهما شئت» (ب)

(١) فلا يجمعمن إلخ" هذا الحديث دليل على حرمة الجمع في النكاح بين الأختين في الوطئ، والجمع بينهما في النكاح، فإن النكاح في قوة الوطئ، ولو خص بالأول جاز؛ لأن الآية دليل على حرمة النكاح. وأما الآية فظاهر سوقها يدل على امتناع الجمع في النكاح، ولو عمم الجمع بحيث يشمل ملك اليمين في الوطئ لوجب القول بتخصيص ملك اليمين بالإجماع. (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٣ ص٥٥. (نعيم)

(٢) حالية.

(٣) قوله: "مضافًا إلى محله" لأن الأخت المملوكة وطئها من الاستخدام، وهو لا يمنع نكاح الأخت. (ع)

(٤) الواو وصلية.

(٥) قوله: "موطوءة حكمًا [ولهذا تستحق الوطئ على هذا الزوج، والأمة لا تستحقه على المولى. بناية]" فإن حكم النكاح هو حل الوطئ، فلما صارت المنكوحة موطوءة حكمًا، فلا يطأ الأخرى؛ لئلا يكون جامعًا بينهما وطئًا. (عبد)

(٦) قوله: "بسبب [كالبيع والهبة مع التسليم والكتابة. عيني] من الأسباب" بأن يعتق، أو يبيع، أو يزوجها. (عبد)

(٧) ولهذا لا يثبت النسب لولد المرقوقة ما لم يدع. (بناية)

(٨) قوله: "ليست موطوءة حكمًا" إذ وضع ملك اليمين ليس لأجل هذا الغرض، نعم له فوائد دخل الوطئ بينها، بخلاف النكاح، فإن وضعه للوطئ. (عبد)

(٩) قوله: "في عقدتين [بفتح العين. عبد]" إنما قال: في عقدتين؛ إذ لو كان في عقدة، فبطل النكاح

وبينهما[١]؛ لأن نكاح إحداهما باطل بيقين، ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية، ولا[٢] إلى التنفيذ مع التجهيل[٣] لعدم الفائدة، أو للضرر، فتعين التفريق، ولهما نصف المهر[٤]؛ لأنه[٥] وجب للأولى منهما، وانعدمت الأوليّة للجهل بالأوليّة، فينصرف إليهما، وقيل[٦]: لا بد من دعوى كل واحدة منهما[٧] أنّها الأولى، أو الاصطلاح[٨] لجهالة المستحقّة.

ولا يجمع بين المرأة وعمتها[٩]، أو خالتها، أو ابنة أخيها، أو ابنة أختها؛ لقوله عليه السّلام[١٠]: «لا تنكح المرأةُ على عمتها ولا على خالتها

قطعًا فيهما. (عبد)

(١) قوله: "فرق بينه إلخ" أي يحكم القاضي ببطلان النكاح، وفي معنى التفريق المتاركة والتطليق. (عبد)

(٢) وجه.

(٣) قوله: "ولا إلى التنفيذ مع التجهيل" بأن يقول القاضي: إن نكاح واحد منهما صحيح دون الآخر؛ لأن أحد الأمرين متحقق على سبيل منع الخلو، أما عدم الفائدة إذا نظرنا إلى حال الزوج، فإن المقصود من النكاح حل الوطئ والتناسل، وهو مفقود، وإما الضرر إذا نظرنا إلى حال الزوجة، فإنهما تصيران محبوستين. (عبد)

(٤) قوله: "ولهما نصف المهر" نقل الشيخ إله داد عن بعض شروح الهداية أن موضوع المسألة فيما إذا كان مهرهما سواء، أما إذا تفاوتا فإنه يجب ربع كل واحد منها، ولم يتعرض به في الكتاب لعدم تفاوت مهر الأختين عادة، وقيل: إن لهما نصف المهر أي مهر كان إذا تساوى المهران ونصف أقل المهرين إذا تفاوتا، فإنه ثابت بيقين. وقال الفاضل عبد الغفور: إن هذا إذا لم يدخل الزوج، وأما إذا دخل، فإن دخل عليهما لزم أقل من مهر المثل والمسمى، فإنه ثابت بيقين، وذلك لأن الموطوءة إذا كانت منكوحة لزم المسمى، وإن لم تكن منكوحة، لزم مهر المثل، فالأقل ثابت على كل تقدير، وإن دخل على واحدة منهما دون الأخرى فللموطوئة أقل من مهر المثل والمسمى، وللأخرى ربع أقل المسمى. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٥) أي نصف المهر.

(٦) قوله: "وقيل: لا بد إلخ" لما صرح بعضهم هذا التفصيل عنون بقيل، لا أن هناك روايتين. (عبد)

(٧) قوله: "لا بد من دعوى إلخ" وإنما كان الأمر كذلك؛ إذ لو لم يكن الدعوى، ولا الاتفاق، فلا يصرف المال إليه، ولا يجوز للقاضي أن يصرف المال إلى من لا يدعي الاستحقاق، وإن علم القاضي استحقاقه، فكيف إذا لم يعلم، ويلزم من ذلك أنهما إذا سكتتا لم يصرف نصف المهر إليهما. (عبد)

(٨) أي الاتفاق على أن النصف مشترك بينهما. (عبد)

(٩) قوله: "وعمتها" سواء كانت عمة قريبة أو بعيدة، وكذا الحال في البواقي. (عبد)

(١٠) قوله: "لقوله عليه السّلام إلخ" [رواه مسلم وأبو داود. ف] بقي ههنا شيء، وهو أن الدليل

ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها[١]»*، وهذا مشهور[٢]، تجوز الزيادة على الكتاب[٣] بمثله. ولا يجمع بين امرأتين[٤] لو كانت إحداهما رجلا، لم يجز له أن يتزوج بالأخرى؛ لأن الجمع[٥] بينهما يفضى إلى القطيعة[٦]، والقرابةُ المحرمة للنكاح محرّمة للقطع[٧]، ولو كانت المحرميةُ بينهما بسبب الرضاع تحرم؛ لما روينا[٨] من قبل.

ولا بأس بأن يجمع بين امرأةٍ وبنت زوجٍ كان لها من قبل؛ لأنه

لا يثبت الدعوى؛ إذ المدعى شامل للجمعية والترتيب، والدليل لا يثبت إلا نفى الترتيب، اللهم إلا أن يقال: إن العلة موجودة حالة الاجتماع؛ إذ العلة هى العمومة والخوالة. (عبد)

(١) قوله: "ولا على ابنة أختها إلخ" ذكر النهى من الجانبين للمبالغة فى التحريم، أو لإزالة الإشكال، فربما يظن أن نكاح ابنة الأخ على العمة لا يجوز، ونكاح العمة على بنت الأخ يجوز لفضل العمة، كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة، ويجوز نكاح الحرة على الأمة، كذا فى "الكافى".

* من حديث أبي هريرة راجع نصب الراية ج٣ ص١٦٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٤ ص٥٥. (نعيم)

(٢) قوله: "وهذا مشهور" ولئن سلم أنه خبر واحد يجوز تخصيص العام به إذا كان العام مخصوصاً، والعام ههنا مخصوص بخروج الوثنية والمجوسية، وفيه أن هذا إنما يصح إذا كان التخصيص بمتصل مستقل، وتخصيص المجوسية والوثنية لم يعلم أنه من هذا القبيل. (عبد)

(٣) أى قوله تعالى: ﴿أحل لكم ما وراء ذلكم﴾. (ب)

(٤) تعميم بعد التخصيص. (عبد)

(٥) قوله: "لأن الجمع إلخ" حاصل الكلام أنا علمنا من الشرع حرمة التزويج بين جماعة، وعلمنا أن حرمة التزويج لإفضائه إلى قطع الرحم، فإن المرأة تصير كالمملوك، ولهذا لا يصح أن ينكح أحد أخته، فإذا علمنا أن القرابة لا تجمع النكاح لإفضائه إلى القطع، علمنا أن لا يجوز الجمع بينهما فى نكاح آخر؛ لأنه يؤدى إلى القطع، بل مادة القطع ههنا أكثر وأقوى؛ إذ كثيرا ما يكون بين الزوجة والزوج ملائمة تامة، بخلاف الزوجتين لواحد. (ع)

(٦) أى قطيعة الرحم؛ لأن المعاداة عادة بين الضرائر. (بناية للعينى)

(٧) قوله: "محرمة للقطع" أى محرمة للنكاح لما فيه من القطع لاشتماله على معنى الإرقاق والإذلال، واللام صلة لقوله محرمة، أى محرمة للنكاح لقطع الرحم، و الجمع يفضى إلى القطع. (د)

(٨) قوله: "لما روينا" وهو قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» سوى بينهما فى التحريم، ومن ضرورته تحريم الجمع بينهما، وهذا الخبر وإن كان من الآحاد، فقوله تعالى: ﴿ما وراء ذلكم﴾ خص عنه البعض بالمشهور، فجاز تخصيصه بالواحد. (د)

لا قرابة بينهما ولا رضاعَ. وقال زفر: لا يجوز؛ لأن ابنة الزوج لو قدرتَها ذكرا لا يجوز له التزوّج بامرأة أبيه. قلنا: امرأة الأب لو صورتها ذكرا جاز[١] له التزوّج بهذه[٢]، والشرطُ أن يصور ذلك[٣] من كل جانبٍ.

ومن زنى بامرأة، حرمت عليها أمها وبنتها[٤]، وقال الشافعي: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة[٥]؛ لأنها نعمة[٦]، فلا تنال بالمحظور.

ولنا أن الوطئ سبب الجزئية بواسطة الولد[٧] حتى يضاف[٨] إلى كل واحد منهما[٩] كَمَلا، فيصير أصُولُها[١٠] وفُروعُها كأُصوله[١١] وفُروعه، وكذلك على العكس، والاستمتاع بالجزء[١٢] حرام إلا في موضع

(١) لأنها بنت رجل أجنبي. (مجمع الأنهر)

(٢) أي ابنة الزوج.

(٣) أي عدم الجواز.

(٤) أي أصولها وفروعها.(عبد)

(٥) قوله: "حرمة المصاهرة" أي حرمة تثبت بالمصاهرة، وهي بالفارسية: كسي را بنكاح در آوردن. (ع)

(٦) قوله: "لأنها نعمة" أي لأن المصاهرة نعمة حيث من الله تعالى على عباده بقوله: ﴿فجعله نسبا وصهرا﴾ أي جعله ذا نسب وصهر، وذلك مستلزم لكثرة أعوانه، فإن الإنسان بعد الخلق ليس كسائر الحيوانات، فلا تنال بالمحظور أي فلا تنال المصاهرة، متفرع على الكبرى المطوية، وهي أن النعمة لا تنال بالمحظور، ولا يصح أن يجعل قوله: فلا تنال كبرى لوجود الفاء. (عبد)

(٧) قوله: "سبب الجزئية [بين الواطئ والموطوءة. ن] إلخ" يعني يصيران كشخص واحد بواسطة الولد، وكذا على العكس، أي يعتبر أصوله وفروعه كأصولها وفروعها، حتى لا يحل للزانية أن يتزوج أب الزاني وابنه.(ن)

(٨) الولد، يقال: ابن فلان وابن فلانة. (عناية)

(٩) الزوجين.

(١٠) موطوءة.

(١١) واطئ.

(١٢) قوله: "والاستمتاع إلخ" يعني فإن قيل: لو كان كذلك لكان الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة؛ لأنها اعتبرت جزء الواطئ، أجاب عنه بقوله: والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة، وهي الموطوءة؛ لأنها لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعد ما ولدت لزوجها، وعاد النكاح على موضوعه بالنقض؛ لأنه ما شرع إلا للتوالد والتناسل، فلو حرمت بالولادة، لكان ما وضع للولادة ينتفي بها، وذلك خلف باطل.

الضرورة، وهى الموطوءة، والوطئ محرِّم[(١)] من حيث إنه سبب الولد، لا من حيث إنه زنا. ومَنْ مسته امرأة بشهوة[(٢)] حرمت عليه أمها وابنتها، وقال الشافعي: لا تحرم، وعلى هذا الخلاف مَسُّه[(٣)] امرأةً بشهوة، ونظرُه[(٤)] إلى فرجها، ونظرُها إلى ذكره عن شهوة[(٥)]. له أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول[(٦)]، ولهذا لا يتعلق بهما فسادُ الصوم والإحرام[(٧)]، ووجوبُ الاغتسال، فلا يلحقان به. ولنا أن المس والنظر سبب داعٍ إلى الوطئ، فيقام مقامه في موضع الاحتياط، ثم إن المس بشهوة أن تنتشر الآلة، أو تزداد انتشاراً هو الصحيح[(٨)].

وأما إن الاستمتاع بالجزء حرام، فلأن أول الإنسان آدم، وقد حرمت عليه بناته، فهو الأصل في حرمة الجزء، واستثنى منه موضع الضرورة، وهى حواء. (ع)

(١) قوله: "والوطئ محرم إلخ" جواب عن قوله: فلا تنال بالمحظور، يعنى أن الوطئ موجب حرمة المصاهرة من حيث إنه سبب للولد، فكان قائما مقام الولد؛ لأنه سببه كما أقيم السفر مقام المشقة، ولا عدوان ولا معصية في لمسبب الذى هو الولد، فكذا لا عصيان ولا عدوان فى السبب الذى أقيم مقامه من ذلك الوجه، لا من حيث إنه زنا. (نهاية)

(٢) قوله: "ومَنْ مسته [عمدا كان المس أو خطأ. ب] إلخ" أى مسا حلالا ليظهر وجه خلاف الشافعي؛ لأن حال المس الحرام علم من الوطئ الحرام، فإن الوطئ الحرام لا يحرم، فكيف بدواعيه؟ (عبد)

(٣) الرجل.

(٤) الرجل.

(٥) وكذا الخلاف فى التقبيل والمفاخذة. (ب)

(٦) قوله: "ليسا في معنى الدخول" أى في حكمه، وإنما المحرم هو الدخول، ومنه يعلم أن الكلام في المس الحلال إذا الدخول الحرام ليس بمحرم عند الشافعي. (عبد)

(٧) قوله: "والإحرام" بخلاف الدخول، فإنه إذا دخل قبل الوقوف بعرفات بطل إحرامه، فيبطل حجه، بخلاف المس والنظر. (عبد)

(٨) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول بعض المشايخ، قال فى "الذخيرة": وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار، وجعلوا حد الشهوة أن يميل قلبه إليها ويشتهى جماعها، ثم معنى قوله: أن ينتشر الآلة أى إذا لم تكن منتشرة قبل النظر أو المس، وقوله: أو تزداد انتشارا أى إذا كانت منتشرة قبل هذا، ولكن ازدادت قوة وشدة بالنظر، أو المس. (نهاية)

والمعتبر[١] النظر إلى الفرج الداخل[٢]، ولا يتحقق ذلك إلا عند اتكاءها[٣]، ولو مس فأنزل، فقد قيل: إنه يوجب الحرمة[٤]، والصحيح أنه لا يوجبها؛ لأنه[٥] بالإنزال تبيّن أنه غير مفضٍ إلى الوطئ، وعلى هذا إتيان[٦] المرأة[٧] في الدبر. وإذا طلّق امرأته طلاقًا بائنًا أو رجعيًا لم يجز له أن يتزوج بأختها[٨]، حتى تنقضي عدتها، وقال الشافعي: إن كانت العدة من طلاق بائن أو ثلاث يجوز؛ لانقطاع النكاح[٩] بالكليةِ إعمالا للقاطع[١٠]، ولهذا[١١] لو وطأها[١٢] مع العلم بالحرمة يجب الحد

ولنا أن نكاح الأولى قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع[١٣] والفراش.

---

(١) قوله: "والمعتبر إلخ" فإن الداخل فرج من كل وجه أما الخارج فمن وجه، وفيه أن الاحتياط أن يعتبر النظر إليه مطلقًا. وجوابه أن الشبهة إن كانت تعتبر في موضع الاحتياط، فالنازل عنها غير معتبر، وفي النظر إلى الفرج من وجه شبهة الشبهة، فلا يعتبر. (د)

(٢) محل عدم زوال البكارة. (عبد)

(٣) لا إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة. (ب)

(٤) أي حرمة المصاهرة.

(٥) قوله: "لأنه بالإنزال تبين إلخ" إن قيل: فينبغي أن لا يحصل من مس العنين؛ لأنه لا يفضي إلى الوطئ. قلنا: مسه قائم مقام وطئ غيره، وإنما اعتبر ذلك؛ لأن من شأن نوعه الإفضاء، لا يقال: إذا أنزل بالمس، ينبغي أن يكون محرما؛ لأن من شأن نوعه الإفضاء؛ لأنا نقول: ليس من شأن ذلك الشخص من المس الإفضاء. (عبد)

(٦) قوله: "وعلى هذا إتيان إلخ" يعني إذا أتى دبر المرأة، فإن أنزل فلا يوجب، وإلا فيوجب. (عبد)

(٧) أما لو لاط الغلام فلا يوجب ذلك حرمة. (ب)

(٨) وكذا لا يتزوج بأربع سواها. (ب)

(٩) له أن يتزوج بأختها.

(١٠) قوله: "إعمالا للقاطع [الطلاق]" فإن القاطع إذا وجد، يجب أن يتحقق أثره. (عبد)

(١١) أي لانقطاع النكاح. (عيني)

(١٢) المطلقة البائنة.

(١٣) قوله: "والمنع" أي منع الخروج عن بيته، والفراش يعني إذا ولدت قبل مضي سنتين كان الولد له. (عبد)

جـ3
2
B

والقاطعُ[١] تأخَّرَ عملُه، ولهذا بقى القيد[٢]، والحد[٣] لا يجب على إشارة[٤] كتاب الطلاق[٥]، وعلى عبارة كتاب الحدود يجب؛ لأن الملك قد زال في حق الحل، فيتحقق الزنا، ولم يرتفع في حق ما ذكرنا، فيصير جامعًا. ولا يتزوج المولى أمته، ولا المرأةُ عبدَها؛ لأن النكاح ما شُرِع إلا مثمرًا بثمرات مشتركة[٦] بين المتناكحين، والمملوكية[٧] تنافى المالكية[٨]، فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة.

---

(١) جواب عن قوله: إعمالا للقاطع.

(٢) أى المنع عن الخروج. (عبد)

(٣) قوله: "والحد إلخ" حاصله أن ما قاله الشافعى رح: يجاب عنه، إما أولا: فبأنا لا نسلم وجوب الحد، كما هو مقتضى إشارة كتاب الطلاق من "المبسوط"، وإما ثانيًا: فبأنا سلمنا ذلك، كما هو مقتضى صريح كتاب الحد عن "المبسوط". نقول: إن هذا الأمر أعنى حل الوطئ غير باقٍ، لكن بقى آثار أخر كما ذكرنا، فالنكاح باقٍ من وجه غير باقٍ من آخر، فلما بقى النكاح من وجه، كان الشخص جامعا بين الأختين فى النكاح، ولا يجوز الجمع بين الأختين فى النكاح، ولو كان ذلك نكاحا فى الجملة. (عبد)

(٤) قوله: "على إشارة كتاب الطلاق" وهو قوله: إذا كان الطلاق بائنا، فله أن يتزوجها فى العدة وبعد انقضاءها؛ لأن حل المحلية باقٍ، فقوله: حل المحلية باقٍ إشارة إلى عدم وجوب الحد، كذا فى الحاشية، وفيه نظر؛ لأن حل المحلية لا ينافى وجوب الحد لوجوده فى سائر الأجنبيات مع أن الحد يجب بوطئها. (د)

(٥) قوله: "كتاب الطلاق" معنى إشارته ما ذكر فى ثبوت النسب للمبتوتة، إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين أو لتمامها، فادعاه المطلق يثبت نسبه منه، فدل هذا على أن هذه شبهة فى المحل، وهى تسقط الحد، بخلاف الشبهة فى الفعل. (بناية للعينى)

(٦) قوله: "بثمرات مشتركة" أى مجموع ثمرات يكون بعضها فى حق الزوج كمنع الخروج والوطئ، ويكون بعضها فى حق الزوجة كطلب السكنى والنفقة. (عبد)

(٧) قوله: والمملوكية إلخ" أى لا يجوز أن يكون شخص مملوكا لشخص ومالكا لذلك الشخص، وذلك لأن المملوكية أثر المقهورية، والمالكية أثر القاهرية، فلا يجتمعان.

وليس من قبيل الأبوة والبنوة المجتمعين فى شخص؛ لأن البنوة بالقياس إلى أحد، والأبوة بالقياس إلى آخر، إن قيل: قد يجتمعان فى شخص، كما فى كل واحد من الزوج والزوجة، قلنا: جوز فيهما للضرورة، ولا ضرورة فى ملك الرقبة. (عبد)

(٨) قوله: "تنافى إلخ" يشكل بأنه لو كانت المملوكية تنافى المالكية لم يصح نكاح المملوك أصلا؛ إذ النكاح لا يخلو عن مالكية أحد المتناكحين صاحبه إلا أن يجاب بأن القياس أن لا يصح نكاحه مطلقًا، لكنا جوزنا لمساس الحاجة إليه. (د)

ويجوز تزوّج الكتابيات[١]؛ لقوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ أي العفائف[٢]، ولا فرق بين الكتابية الحرة، والأمة على ما نبين إن شاء الله[٣]. ولا يجوز تزوج المجوسيات[٤]؛ لقوله عليه السّلام: «سنّوا[٥] بهم سنة أهل الكتاب[٦] غير ناكحى نساءهم ولا آكلى ذبائحهم»[٧]*. قال[٨]: ولا الوثنيات[٩]؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾، ويجوز تزوج الصابئات[١٠] إن كانوا يؤمنون بدين، ويقرون بكتاب؛ لأنهم من أهل الكتاب، وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم؛ لأنهم مشركون، والخلافُ المنقول فيه[١١] محمول على اشتباه مذهبهم، فكلّ أجاب على ما وقع عنده،

(١) قال الكاكى: الأولى أن لا يتزوج معهن، ولا يأكل معهم. (بناية)

(٢) قوله: "أى العفائف" إنما فسر به ليعلم أن ليس المراد من المحصنات المسلمات، كما فسره ابن عباس، وذلك لأن النساء إذا صرن مسلمات يجوز نكاحهن، سواء كن كتابية أو غير كتابية، فالتخصيص بقوله: ﴿من الذين أوتوا الكتاب﴾ مما ليس له نفع ظاهر، وإنما قال: العفائف؛ لأن الكلام خارج مخرج العادة، أو لبيان الأفضل. (عبد)

(٣) عن قريب.

(٤) المجوسية: آتش پرست. (عبد)

(٥) أى اسلكوا بهم. (عبد)

(٦) يعنى من أسلم قبل منه، ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية.

(٧) أخرج عبد الرزاق وابن أبى شيبة معناه، كذا فى "فتح القدير".

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٧٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٥ ص٥٦. (نعيم)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) قوله: "ولا الوثنيات" الوثنى عابد الوثن، وهو ما له جثة من خشبة، أو حجر، أو فضة، أو جوهر، والجمع أوثان. (مضمرات)

(١٠) قوله: "الصابئات" الصابية من صبا إذا خرج من الدين، وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية، وعبدوا الكواكب، وذكر فى "الصحاح" أنهم من جنس أهل الكتاب، والتفصيل المذكور فى حكمهم مبنى على هذين التفسيرين. (عناية)

(١١) قوله: "والخلاف المنقول فيه" يعنى من أبى حنيفة وصاحبيه، أن أنكحتهم صحيحة عنده، خلافا لهما

وعلى هذا حلّ ذبيحتهم[١]. قال: ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا فى حالة الإحرام[٢]، وقال الشافعى: لا يجوز، وتزويج الولىٍّ المحرم وليتَه على هذا الخلاف[٣]، له قوله عليه السلام: «لا يَنكح المحرم ولا يُنكح»[٤]*. ولنا ما روى[٥]: «أنه عليه السّلام تزوج بميمونة وهو محرِمٌ»[٦]**، وما رواه محمول على الوطئ[٧]. ويجوز تزوج الأمة، مسلمة كانت أو كتابية، وقال الشافعى: لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية؛ لأن جواز نكاح الإماء ضرورى عنده؛ لما فيه[٨] من تعريض

محمول إلخ، فوقع عند أبى حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرأون الزبور، ولا يعبدون الكواكب، لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة فى الاستقبال إليها، ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم، فصاروا كعبدة الأوثان، فإذن لا خلاف بينهم فى الحقيقة. (ع)

(١) فعنده تحل، وعندهما لا. (ب)

(٢) وهو قول ابن مسعود، وابن عباس، وأنس.

(٣) فعندنا يجوز، وعنده لا.

(٤) رواه مسلم عن عثمان بن عفان. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٧٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٦ص٥٦. (نعيم)

(٥) رواه الأئمة الستة فى كتبهم. (ف)

(٦) قوله: "وهو محرم" فإن قلت: قوله: وهو محرم محتمل أيضًا؛ لأنه يجوز أن يراد وهو داخل فى الحرم.

قلت: نعم، ولكن أريد به أنه فى الإحرام بالاتفاق، فإن الشافعية أيضًا جوزوا فى نكاح النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه فى حالة الإحرام فى الأصح، ولكنه مخصوص به عليه السلام.

سلمنا جميع ذلك لكن النصوص المطلقة فى باب النكاح مثل قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم﴾، وقوله تعالى: ﴿وانكحوا الأيامى﴾ يوجب إباحة النكاح مطلقًا، فمن شرط أن لا يكون محرمًا، فقد زاد على النص بخبر الواحد، وذا لا يجوز. (د)

** راجع نصب الراية ج٣ ص١٧١، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٧ص٥٦. (نعيم)

(٧) قوله: "محمول على الوطئ [لأن النكاح للوطئ حقيقة، وللعقد مجاز. ب]" فى صورة النكاح ظاهر، وأما فى صورة الإنكاح فمعناه التمكين على الوطئ، ونظيره الإطعام، فإن الإطعام أن يؤتى لطعام عند شخص، لا بمعنى أنه يضع الطعام فى فمه. (عبد الغفور)

(٨) فإن الولد تابع للأم فى الحرية والرق. (ب)

الجزء[1] على الرق[2]، وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة[3]، ولهذا[4] جعل طَوْل الحرة[5] مانعًا منه[6]. وعندنا الجواز[7] مطلق لإطلاق المقتضى[8]، وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر[9]* لا إرقاقه، وله أن لا يحصّل الأصل، فيكون له أن لا يحصّل الوصف. ولا يتزوج أمة على حرة؛ لقوله عليه السّلام[10]: «لا تنكَح الأمةُ على الحرة»[11]*، وهو[12] بإطلاقه حجة على الشافعى فى تجويز ذلك للعبد[13]، وعلى مالك فى تجويزه برضا

---

(١) أى جزء نفسه، وهو منيه. (عبد)

(٢) قوله: "على الرق" والرق هو الهلاك، فكأنه جعل جزءه هالكا. (عبد)

(٣) أى بالأمة المسلمة.

(٤) قوله: "ولهذا" أى لأن جواز نكاح الإماء ضرورى. (عبد)

(٥) قوله: "جعل طول [قدرة] الحرة" قال الله تعالى: ﴿فمن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾.

(٦) قوله: "مانعا منه [أى من نكاح الأمة]" وقد يقال: القدرة على تزوج المسلمة ليست بلازمة، فيجب أن يجوز تزوج الأمة الكتابية عند العجز عن تزوج المسلمة، ولا يجوز عند الشافعى مطلقًا. (د)

(٧) أى جواز نكاح الإماء.

(٨) قوله: "لإطلاق المقتضى" وهو قوله تعالى: ﴿ما طاب لكم من النساء﴾، وقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾، وفيه أى فى الإقدام على نكاح الأمة. (عبد)

(٩) قوله: "امتناع إلخ" حاصله أن المحذور هو جعل الجزء رقا، وليس هناك جزء حتى يصير رقا، بل ليس إلا الامتناع عن تحصيل الجزء الحر، وكما أن له الامتناع عن تحصيل الأصل، كما إذا عزل برضى المرأة، جاز له الامتناع عن تحصيل الوصف، وهو وصف الحرية. والشافعى جعل المحذور أعم منه، فإنه يقول: من المحذور جعل المستعد للحرية رقا، فإن إبطال استعداد الحرية أيضًا من المحذورات، كما أن جعل الجزء رقا من المحذورات. (عبد)

(١٠) رواه الدارقطنى. (ب)

(١١) قوله: "لا تنكح إلخ" أخرجه الطبرى فى تفسيره فى سورة النساء بسنده إلى الحسن «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى أن تستنكح الأمة على الحرة، قال: وتنكح الحرة على الأمة». (ف)

* من حديث عائشة، راجع نصب الراية ج٣ ص١٧٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٣٨ ص٥٧. (نعيم)

(١٢) الحديث.

(١٣) قوله: "فى تجويز ذلك إلخ" [أى نكاح الأمة على الحرة. ب] وذلك لأن الطول هو المانع، كما هو

الحرة، ولأن للرق أثرا فى تنصيف النعمة[١] على ما نقرره فى الطلاق[٢] إن شاء الله، فيثبت به حلّ المحلية فى حالة الانفراد[٣] دون حالة الانضمام[٤]. ويجوز تزوج الحرة عليها[٥]؛ لقوله عليه السّلام: «وتُنكح الحرةُ على الأمة»[٦]، ولأنها من المحلّلات فى جميع الحالات[٧]؛ إذ لا منصِّف فى حقها. فإن تزوج أمة على حرة فى عدةٍ من طلاقٍ بائن، أو ثلاث لم يجز عند أبى حنيفة رح، ويجوز عندهما؛ لأن هذا ليس بتزوج عليها[٨]، وهو المحرِّم[٩]، ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا[١٠]. ولأبى حنيفة أن نكاح الحرة باقٍ من وجه لبقاء بعض الأحكام[١١]،

مقتضى النص، والطول إنما يتصور فى الحر لا فى العبد.(عبد)

(١) قوله: "أثرا إلخ" والدليل عليه أن الشارع جعل العقوبة المقدرة فى حق الحرة منصفة فى حق الأمة، كما فى الزنا، والعقوبة فى مقابلة النعمة، فيلزم أن النعمة فى حق الأمة منصفة، بل فى كل رق، ومحلية النكاح نعمة، فتكون منصفة فى حقها، ولما كانت الحرة صالحة للنكاح فى جميع الأحوال جعل المحلية فى حق الأمة فى نصف من أحوالها، وجميع الأحوال هو الانفراد والاجتماع، فاختير حالة الانضمام؛ إذ لا معنى لأن يجوز الانضمام، ولا يجوز الانفراد؛ إذ فيه إهانة الشريفة دون الخسيسة.والمراد من الانفراد الانفراد فى حدوث النكاح بمعنى أن ينكح، وليس تحتها حرة، والانضمام مقابله، وذلك بأن ينكح أمة بعد حرة، أو ينكحهما معًا. (عبد)

(٢) قوله: على ما نقرره فى الطلاق إلخ" فقال: طلاق الأمة ثنتان إلى قوله: لأن حل المحلية نعمة فى حقها، وللرق أثر فى تنصيف النعمة. (د)

(٣) وهى إذا تزوج الأمة فقط. (ب)

(٤) وهى إما بالجمع بين الأمة والحرة فى النكاح، أو تزويج الأمة على الحرة. (ب)

(٥) الأمة.

(٦) رواه الطبرى، كذا فى "فتح القدير". (ب)

(٧) قوله: "ولأنها [الحرة] من المحلّلات إلخ" بدليل قوله تعالى: ﴿أحل لكم ما وراء ذلكم﴾، وقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾. (عبد)

(٨) فإن الحرة مطلقة.

(٩) قوله: "وهو المحرم [أى التزوج على الحرة]" مشكل، إذ المحرم لو كان هذا لصح نكاحها مع الحرة؛ لأنه ليس بتزوج عليها أيضًا. (د)

(١٠) قوله: "لم يحنث بهذا [أى بهذا التزوج]" إن قيل: ما الفرق بين الجمع بين الأختين، وبين ما ههنا،

فيبقى المنع احتياطًا، بخلاف اليمين؛ لأن المقصود[١] أن لا يُدخِل غَيرها فى قَسْمها[٢]. وللحر أن يتزوج أربعا من الحرائر والإماء[٣]، وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك؛ لقوله تعالى[٤]: ﴿فانكحوا ما طاب لكم[٥] من النساء مثنى وثلاث[٦] ورباع﴾، والتنصيص على العدد[٧] يمنع الزيادة[٨] عليه. وقال الشافعى: لا يتزوج إلا أمة واحدة؛ لأنه[٩] ضرورى عنده، والحجة عليه ما تلونا[١٠]؛ إذ الأمة المنكوحة[١١] ينتظمها اسم النساء، كما فى

وأجيب بأن النكاح عليها أخص من الجمع، فإن معناه الجمع فى جميع أحوال النكاح. (عبد)

(١١) كالنفقة والسكنى.

(١) قوله: "لأن المقصود [أى مقصود الحالف] إلخ" فإذا تزوجها فى العدة، فما أشرك غيرها فلا يحنث، ولأن المعتبر فى اليمين العرف، ولا يسمى متزوجا عليها بعد البينونة عرفا، فلا يحنث. (د)

(٢) نصيبها.

(٣) قوله: "من الحرائر والإماء" العطف سابق على الحكم، فيشمل الأربع من الحرائر وحدها، ومن الإماء وحدها، ومن الجمع بينهما بأن يكون بعضا من الأحرار، وبعضا من الإماء. (عبد)

(٤) ﴿وإن خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا﴾ الآية.

(٥) أى ما كان محبوبًا لكم. (عبد)

(٦) قوله: "مثنى وثلاث إلخ" ليس الواو بمعنى أو، كما توهم بعضهم، وإلا لزم أن يكون لهم الخيار بين واحد من تلك الأمور، ولا يجوز لهم العدول إلى غيره، فالواو بالمعنى الأصلى أعنى الجمعية المطلقة، وحاصله أنه لا يجوز لهم التجاوز عن الأربعة. (عبد)

(٧) قوله: "والتنصيص إلخ" أى التنصيص على هذا الوجه يمنع الزيادة عرفا، يقال: كل لقمة ولقمتين وثلاثا، أو نقول: التنصيص على العدد ههنا يمنع الزيادة لصرف الوجوب المستفاد من الأمر إليه؛ لتعذر صرفه إلى النكاح، فيجب محافظة العدد عند النكاح، ومن ضرورته حرمة الزيادة، فلا يرد أن التنصيص بالشىء لا يقتضى نفى ما عداه، عددا كان أو غيره. (د)

(٨) قوله: "يمنع الزيادة" قال ابن أبى ليلى والروافض: إنه يجوز الجمع إلى التسعة، وذلك يحصل من جمع الاثنين، والثلاثة، والأربعة، ولا يخفى أن المقصود لو كان كذلك لم يؤد بمثل هذه العبارة. (عبد)

(٩) أى لأن نكاح الأمة.

(١٠) يعنى قوله: ﴿فانكحوا﴾ إلخ. (ب)

(١١) قوله: "إذ الأمة المنكوحة" أى الصالحة للنكاح، وفيه احتراز عن الأمة المملوكة بملك اليمين، فإنها غير داخلة فى الآية لحرمة نكاحها. (د)

الظهار[١]. ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنين، وقال مالك: يجوز[٢]؛ لأنه في حقّ النكاح بمنزلة الحرّ عنده[٣]، حتى مَلَكه[٤] بغير إذن المولى. ولنا أن الرقّ[٥] منصِّف، فيتزوج العبدُ اثنتين، والحرُّ أربعًا إظهارًا لشرف الحريّة. قال: فإن طلق الحر[٦] إحدى الأربع طلاقًا بائنًا[٧] لم يجز له أن يتزوج رابعة، حتى تنقضي عدتها[٨]، وفيه خلاف الشافعي[٩]، وهو نظير نكاح الأخت[١٠] في عدة الأخت. قال[١١]: وإن تزوج حُبلى من زنا[١٢] جاز النكاح، ولا يطأها حتى تضع حملها، وهذا عند أبي حنيفة

---

(١) قوله: "كما في الظهار" فإن آيته مذكورة بلفظ النساء، وتتناول الأمة المنكوحة. (عناية)

(٢) أكثر من اثنين. (ب)

(٣) لأن ملك النكاح من خواص الآدمية والرق لا يؤثر فيها. (ب)

(٤) النكاح.

(٥) قوله: "ولنا أن الرق إلخ" فإن قلت: العبد في أمر النكاح مبقى على أصل الحرية، فيجب أن يكون كالحر. قلت: نعم، لكن النكاح من الكرامات البشرية، والرق يوجب نقصانا فيها، فيتنصف نعمة النكاح إظهارا لشرف الحرية، ونقصان تمكن بالرق.
فإن قلت: ﴿فانكحوا ما طاب لكم﴾ مطلق يتناول الحر والعبد، قلت: نعم، لكنا قيدناه بالمقدمة الإجماعية إذ الإجماع منعقد على أن الرق منصف. (إله داد)

(٦) قوله: "فإن طلق الحر إلخ" والعبد إذا طلق إحدى امرأتيه لا يجوز له أن يتزوج غيرها، حتى تنقضي عدتها. (د)

(٧) قوله: "طلاقًا بائنًا" قيد بالبائن ليترتب عليه خلاف الشافعي؛ إذ هو لا يخالفنا في الرجعي، أو ليثبت الحكم في الرجعي بالطريق الأولى. (د)

(٨) قوله: "حتى تنقضي إلخ" هذه صورة يكون فيها للرجل العدة، فإنه يلزمه أن يتوقف عدة الزوجة. (عبد)

(٩) فإن عنده يجوز لانقطاع النكاح.

(١٠) قوله: "وهو نظير إلخ" أي اختلافا وتعليلا، أما الاختلاف فمذكور، وأما التعليل فهو أن نكاح المعتدة باقٍ حكمًا لبقاء بعض أحكامه كالنفقة، والمنع، والفراش، فلو تزوج رابعة لازداد عددهن على الأربع. (د)

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(١٢) قوله: "حبلى إلخ" أراد بالحبلى من الزنا من لا يكون حملها ثابت النسب من أحد، حيث وقع ذلك بمقابلة قوله: فإن كان الحمل ثابت النسب. (د)

ومحمد، وقال أبو يوسف: النكاح فاسد[١]. وإن كان الحمل ثابت النسب[٢]، فالنكاح باطل بالإجماع، لأبي يوسف أن الامتناع في الأصل[٣] لحرمة الحمل، وهذا الحمل[٤] محترم؛ لأنه لا جناية منه، ولهذا[٥] لم يجز إسقاطه[٦]. ولهما أنها[٧] من المحلّلات بالنص[٨]، وحُرمةُ الوطئ كي لا يسقى[٩] ماءه زرعَ غيره[١٠]، والامتناع[١١] في ثابت النسب لحق صاحب الماء[١٢]، ولا حرمة للزاني[١٣].

(١) قوله: "النكاح فاسد" أي باطل، فإنه لا فرق بين فاسد النكاح وبطلانه، بخلاف البيع مثلا. (عبد)

(٢) قوله: "ثابت النسب" سواء كانت معتدة، أو حاملا من السبي، كما سيجيء، أو غير ذلك (عبـ)

(٣) قوله: "أن الامتناع [أي امتناع النكاح] في الأصل" أي المقيس عليه، وهو ما إذا كان الحمل ثابت النسب لحرمة الحمل كي لا يدعى إلى شخصين، ولا يسقى من ماء غير ماء أبيه، فإن النكاح قد يفضى إلى ذلك. (ع)

(٤) أي ما هو من الزنا.

(٥) أي لاحترامه.

(٦) قوله: "لم يجز إسقاطه" أي بالمعالجة، وهذا إذا استبان خلقه، وإن كان غير مستبين الخلق يجوز، أما في زماننا يجوز وإن استبان الخلق، وعليه الفتوى. (د)

(٧) الحبلى من الزنا.

(٨) أي قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾.

(٩) قوله: كي لا يسقى إلخ" وذلك منهي عنه؛ لقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره». (د)

(١٠) قوله: "ماءه إلخ" جعل الماء ساقيا مجاز، والساقي هو الرجل، والسقي باعتبار أن الحمل يزيد سمعه وبصره بالمني، كما يدل عليه الحديث، وقيل: يحصل منه شعره. إن قيل: الحنفية ذهبوا إلى أن رأس الرحم يكون مسدودا بعد أن استقر فيه المني، فكيف يصح القول بالسقي، ولهذا قالوا: إن الحامل لا يكون له الحيض.
قلنا: يجوز أن يكون بالترشح، إن قيل: إذا جاز في المني الدخول بالترشح يجوز أن يخرج الدم أيضًا بالترشح، قلنا: لا نسلم الشرطية، فإن في الرحم قوة جاذبة للمني، وقوة ماسكة للدم للولد. (عبد)

(١١) جواب عن قول أبي يوسف.

(١٢) قوله: "لحق صاحب الماء" وهو أبو الحمل، فإن هذه المرأة في نكاحه من وجه، وقوله: والامتناع إلخ، منع لما ادعاه بأنا لا نسلم أن ذلك للحمل بل لصاحب الماء. (عبد)

(١٣) قوله: "ولا حرمة للزاني" الحمل محترم لكونه آدميا، واحترامه يقتضي أن لا يجوز نكاح الحبلى من

فإن تزوّج حاملا من السبى، فالنكاح فاسد؛ لأنه ثابت النسب[١]، وإن زوّج أمّ ولده[٢]، وهى حامل منه[٣]، فالنكاح باطل؛ لأنها فراش لمولاها[٤]، حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دِعْوة[٥]، فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين[٦] إلا أنه غير متأكد[٧]، حتى ينتفى الولد بالنفى من غير لعان، فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل.

قال: ومن وطئ جاريتَه[٨]، ثم زوجها جاز النكاح؛ لأنها ليست بفراش[٩] لمولاها، فإنها لو جاءت بولدٍ لا يثبت نسبه[١٠] من غير دِعوَةٍ، إلا أن عليه[١١] أن يَستبرئها[١٢] صيانةً لماءه[١٣].

الزنا ولا وطئها، كما قال أبو يوسف:، وعدم احترام الزانى يقتضى أن يجوز النكاح والوطئ، فأجيز النكاح دون الوطئ عملا بالجهتين. (د)

(١) قوله: "لأنه [الحمل] ثابت النسب" لأن الغالب فى حالهم النكاح، وإن احتمل أن يكون من الزنا، والنكاح حال الكفر معتبر قبل الإسلام. (عبد)

(٢) أى من ولدت ولدا منه مرة. (عبد)

(٣) وإنما يكون الحمل منه إذا أقربه. (عناية)

(٤) قوله: "لأنها فراش إلخ" الفراش أن تكون المرأة بحيث إذا ولدت لم يحتج فى ثبوت ولدها إلى دعوة. (عبد)

(٥) دعوت بالكسر به پسري خواندن ودر نسب دعوى نمودن. (غياث)

(٦) فيلزم اختلاط النسب. (عبد)

(٧) قوله: "إلا أنه [أى أن ثبوت نسب ولد أم الولد] إلخ" أى فإن قيل: لو كانت فراشًا لبطلٍ نكاحها بلا حمل أيضًا. أجاب عنه بقوله: إلا أنه غير متأكد حتى ينتفى الولد بالنفى من غير لعان، فكان فراشًا ضعيفًا، فلايعتبر ما لم يتصل به الحمل؛ لأن الحمل مانع فى الجملة،وكذلك الفراش، فعند اجتماعهما يحصل التأكد. (ع)

(٨) قوله: "ومن وطئ جاريته إلخ" الظاهر أنه مخصوص بما إذا لم تكن حاملا كما يفهم من قوله: وإذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها، إذا الوطئ مخصوص بغير الحبلى. (عبد)

(٩) قوله: "لأنها ليست بفراش" أى الفراش المعتبر ههنا، وإن كانت فراشا لكنه ضعيف، ولا يعتبر الفراش الضعيف ههنا. (عبد)

(١٠) من المولى.

(١١) قوله: "إلا أن عليه [أى على المولى. ع] أن يستبرئها" أى قبل النكاح أراد به الاستحباب،

وإذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: لا أُحبُّ له[1] أن يطأها قبل أن يستبرئها؛ لأنه احتمل[2] الشغل بماء المولى، فوجب[3] التنزه، كما فى الشراء[4].

ولهما أن الحكم بجواز النكاح[5] أمارةُ الفراغ[6]، فلا يؤمر بالاستبراء[7] لا استحبابا ولا وجوبًا، بخلاف الشراء[8]؛ لأنه يجوز مع الشغل[9]، وكذا إذا رأى امرأة تزنى فتزوجها، حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما. وقال محمد: لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها، والمعنى[10] ما ذكرنا.

لا الوجوب، كما هو المتبادر. (عبد)

(١٢) قوله: "أن يستبرئها [الاستبراء: طلب براءة الرحم عن الولد]" وعند زفر لا يجوز النكاح، حتى تحيض ثلاث حيض، وعند الشافعى لا يجوز حتى يستبرئها بحيضة. (د)

(١٣) المولى.

(١) قوله: "لا أُحب له" المراد منه المعنى العرفى أى المحبوب والمستحب، والمجتهد إذا قال: لا أحب، أو أحب فى **مقابله** مجتهد يريد أنى أحكم بهذا. (عبد)

(٢) **قوله:** "لأنه احتمل إلخ" ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطئ حراما. (ع)

(٣) **أى ثبت.** (عناية)

(٤) فإن الموجب للاستبراء فيه احتمال الشغل. (عناية)

(٥) أى إذا لم يوجد دليل صريح على الشغل كالحبل.

(٦) عن ماء المولى.

(٧) قوله: "فلا يؤمر بالاستبراء إلخ" إذ الحكم لا يثبت بلا سبب، وإنما قدم الاستحباب؛ لأن الخصم يقول به، فكان نفيه أهم. (عناية)

(٨) جواب عن قياس محمد.

(٩) قوله: "مع الشغل" أى من غير المولى بالنكاح. (د)

(١٠) قوله: "والمعنى" أى الدليل ما ذكرنا من أن جواز النكاح أمارة الفراغ، وفيه أن هذا إنما يصح إذا لم يصح مع عدم الفراغ مع أنه جائز، كما مر فى الحبلى من الزنا، ولقائل أن يقول: إن جواز النكاح أمارة الفراغ لكن لم يعمل بمقتضاها لوجود الصريح. (عبد)

ونكاح المُتعة(١) باطل، وهو(٢) أن يقول لامرأة: أتمتع بك كذا مدة(٣) بكذا من المال. وقال مالك(٤): هو جائز(٥)؛ لأنه كان مباحًا، فيبقى إلى أن يَظهر ناسخه. قلنا: ثبت النسخ(٦) بإجماع الصحابة(٧)*، وابنُ عباسٍ(٨) صح رجوعُه إلى قولهم(٩)، فتقرر الإجماع.

والنكاح الموقت باطل(١٠) مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين(١١) إلى

(١) أي نكاح يحصل بلفظ التمتع. (عبد)

(٢) قوله: "وهو أن" قال شيخنا زيد الدين العراقي في "شرح جامع الترمذي": نكاح المتعة حرام، إذا ذكر التوقيت فيه، وإذا كان في نية الزوج أنه لا يقيم معها إلا سنة أو شهرا أو نحو ذلك، ولم يشترط ذلك، فإنه نكاح صحيح. (ب)

(٣) قوله: "كذا مدة" ظاهر التفسير يدل على أن المدة معتبرة فيها، ويدل عليه أيضًا قوله الآتي: أعني لأن التأقيت هو المتعة، ومن "النهاية" يفهم أن تعيين الوقت ليس مأخوذًا فيه؛ لأنه باطل مطلقًا. (عبد)

(٤) قوله: "وقال مالك: هو جائز" نسبته إلى مالك غلط، ولا خلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار، إلا طائفة من الشيعة. (ف)

(٥) قوله: "هو جائز" قال الأكمل في "العناية": معتذرًا عن المصنف يجوز أن يكون شمس الأئمة الذي أخذ منه المصنف وجد قولا لمالك في جواز ها. قلت: لم يذكر في كتاب من كتب المالكية أنها تجوز مع أن مالكا روى في "الموطأ" حديث على أن رسول الله نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعادته أن لا يروى حديثا في "الموطأ" إلا وهو يذهب إليه، ويعمل به. (ب)

(٦) وكان ذلك الحكم ثابتًا ثلاثة أيام. (عبد)

(٧) قوله: "بإجماع الصحابة [وإن عامة الصحابة رووا نسخها. د]" أي يثبت كونه منسوخًا بالإجماع وليس معناه أن الإجماع ناسخ؛ إذ هو لا ينسخ النص. (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٠ ص٥٧. (نعيم)

(٨) قوله: "وابن عباس إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أنا لا نسلم أن الإجماع ثابت؛ لأن ابن عباس مجتهد في وقت الإجماع، وهو مخالف لما عداه، فكيف يصح القول بالإجماع على المذهب المختار، وهو عدم الاكتفاء بالأكثر، بل يجب اتفاق الكل. (عبد)

(٩) قوله: "صح رجوعه إلخ" فإن عليا رضى الله تعالى عنه قال له: أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه السلام حرم المتعة يوم خيبر، فرجع عما كان يعتقده بإباحته، وكان يقول: "اللهم إني أتوب إليك من قولى في المتعة والصرف". (إله داد)

(١٠) قوله: "والنكاح الموقت إلخ" الفرق بينه وبين المتعة أن في النكاح الموقت لفظ التزوج، وفي المتعة لفظ التمتع مع تعيين الوقت في كليهما. (عبد)

عشرة أيام. وقال زفر: هو صحيح لازم[١]؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة[٢]. ولنا أنه أتى بمعنى المتعة[٣]، والعبرة فى العقود للمعانى[٤]، ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت[٥] أو قصرت؛ لأن التأقيت هو المعيِّن لجهة المتعة، وقد وجد.

ومن تزوج امرأتين فى عقدة واحدة، وإحداهما لا يحل له نكاحُها، صح نكاح التى حل نكاحها وبطل نكاح الأخرى؛ لأن المبطل فى إحداهما، بخلاف[٦] ما إذا جمع بين حرٍ وعبدٍ فى البيع؛ لأنه يبطل بالشروط الفاسدة[٧]، وقبول العقد فى الحر[٨] شرطٌ فيه، ثم جميعُ المسمى للتى حل نكاحها[٩] عند أبى حنيفة، وعندهما يقسم على مهر مثليهما[١٠]،

---

(١١) قوله: "بشهادة شاهدين" إنما قال هذا: ليظهر أن بطلانه باعتبار التأقيت، لا باعتبار انتفاء الشهادة، وليصح ذكر خلاف زفر، فإنه يجوز صحته إذا كان هناك شاهدان. (عبد)

(١) أى يصير أبديا؛ لأن التوقيت باطل. (عبد)

(٢) الشرط الفاسد شرط ليس من مقتضى العقد. (عبد)

(٣)قوله: "أنه أتى إلخ" حاصله أن ما يصدق عليه المتعة باطل، والنكاح الموقت ليس من أفراد النكاح، بل هو من أفراد المتعة؛ إذ حاصله أنى أتمتع فى مدة كذا، كما يدل التأقيت، لا أنه نكاح وله شرط فاسد، كما ذهب إليه زفر. (عبد)

(٤)ألا ترى إلى أن الحوالة بشرط مطالبة الأصل كفالة، والكفالة بشرط البراءة حوالة. (ب)

(٥)قوله: "طالت مدة إلخ" كأن قال: ألف سنة، لاحتمال أن يبقى أكثر من ذلك، أما إذا قال: مدة حياتى، فليس ذلك تأقيتا باطلا؛ إذ النكاح لا يكون إلا فى الحياة، ولا يتجاوز عنها. (عبد)

(٦) فإنه باطل فى كليهما.

(٧) قوله: "لأنه يبطل بالشروط الفاسدة" بخلاف النكاح، فإنه لا يبطل بها. (عبد)

(٨)قوله: "وقبول إلخ" يعنى أن البائع إذا جمع بين الحر والعبد فى إيجاب البيع، فللمشترى أن يقبلهما أو يتركهما، وليس له أن يقبل فى بعض المبيع دون بعض؛ إذ فيه تفرق الصفقة، وفيه ضرر للبائع، فإن من عادتهم ضم الجيد والردى، فصار قبول العقد فى الحر شرطًا لقبول العقد فى العبد، ولما كان الحر غير صالح للبيع، فقبول غير المبيع صار شرطًا للمبيع، وهذا شرط فاسد لا يقتضيه العقد، فيفسد البيع مطلقًا، والتفصيل فى كتاب البيع. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٩) قوله: "للتى حل إلخ" لأن الانقسام من حكم صحة المقابلة، والمقابلة باطلة في حق من ليست بمقابلة

وهى مسألة الأصل[١]. ومن ادعت عليه امرأة[٢] أنه تزوجها، وأقامت بيّنة[٣]، فجعلها القاضى امرأته، ولم يكن[٤] تَزَوَجها[٥] وسعها المُقَامُ معه[٦]، وأن تدعه يجامعها[٧]، وهذا عند أبى حنيفة، وهو قول أبى يوسف أولا، وفى قوله الآخروهو قول محمد: لا يسعه[٨] أن يطأها، وهو قول الشافعى، لأن القاضى أخطأ الحجة[٩]؛ إذ الشهود[١٠] كذبة، فصار[١١] كما إذا ظهرأنهم عبيد أو كفار. ولأبى حينفة أن الشهود صَدَقَةٌ[١٢] عنده[١٣]، وهوالحجة؛ لتعذر الوقوف[١٤] على حقيقة الصدق، بخلاف الكفر

فلغت الإضافة إليها، فصار التكلم به وعدمه بمنزلة، وصار هذا كقوله: تزوجت هذا الحمار، وهذه المرأة بألف، وهناك لا ينقسم، كذا ههنا. (د)

(١٠) قوله: "يقسم إلخ" لأن الزوج جعل المسمى مقابلا ببضعيهما لا ببضع إحداهما، فلا يجعل مقابلا بإحداهما. (إله داد)

(١) أى المبسوط. (عبد)

(٢) قوله: "ومن ادعت [هذه مسألة "الجامع الصغير"] إلخ" ولقب المسألة بقضاء القاضى بشهادة الزور فى العقود والفسوخ، فعند أبى حنيفة ينفذ ظاهرا و باطنا، والمعنى من النفاذ باطنا ثبوت الحل فيما بينهما وبين الله تعالى.(ن)

(٣) مع إنكاره.

(٤) الواو حالية.

(٥) أى فى الواقع.

(٦) قوله: "وسعها إلخ" فإن حكم القاضى بمنزلة إنشاء النكاح، أو حكم القاضى يجعل النكاح ثابتا فى الماضى من الزمان بحكم الاقتضاء. (عبد الغفور)

(٧) أى وسعها أن تترك الرجل.

(٨) وعلى هذا الخلاف حكم بيع الجارية. (بناية)

(٩) أى جعل ما لم يكن حجة حجة. (عبد)

(١٠) بفتحات جمع كاذب. (ب)

(١١) قوله: "فصار إلخ" أى الخطأ فى الحجة يمنع عن النفوذ باطنا، كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار. (ع)

(١٢) جمع صادق. (ب)

(١٣) لأن الفرض أنه لم يطلع على شىء مما يجرحهم. (عناية)

(١٤) قوله: "لتعذر الوقوف إلخ" فبنى الأمر على كون الشهود صدقة عنده، بخلاف الكفر والرق، فالفرق

والرق[1]؛ لأن الوقوف عليهما متيسر[2]، وإذا ابتنى القضاء على الحجة، وأمكن تنفيذه[3] باطنًا بتقديم النكاح[4] نُفّذ قطعًا للمنازعة، بخلاف الأملاك المرسلة[5]؛ لأن فى الأسباب تزاحمًا[6] فلا إمكان[7] والله أعلم.

باب[8] فى الأولياء والأكفاء[9]

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولى،

بين شهادة الزور، وظهور الرق والكفر فى الشاهد مبنى على أنه يسقط من القاضى ما لا طريق له إلى معرفة حقيقته، ولا يسقط عنه معرفة ما يمكن الوقوف عليه.

(١) جواب عن قولهما، فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد، أو كفار. (ف)

(٢) بالأمارات. (عناية)

(٣) قوله: "وأمكن تنفيذه" إما بأن يجعل هذا القول من القاضى إنشاء للنكاح، أو ثبت بالاقتضاء إذا كان محمولا على الخبر. (عبد)

(٤) قوله: "بتقديم النكاح [أى على سبيل الاقتضاء. ب]" وذلك أن القاضى مأمور بالقضاء بما فى وسعه عند قيام الحجة، والذى فى وسعه أن يجعلها زوجة له بطريق الإظهار إن كان بينهما عقد سابق، وبطريق الإنشاء إن لم يكن، فإن قيل: لو كان قضاءه إنشاء العقد، لاشترط حضرة الشهود عنده.
قلنا: عند البعض يشترط، وإليه مال شمس الأئمة، وعند البعض لا يشترط؛ لأن إنشاء العقد لا يثبت مقصودا، بل مقتضى لصحة قضاءه فى الباطن، وما يثبت مقتضى لا يراعى شرائطه، كذا فى الشرح. (إله داد)

(٥) قوله: "الأملاك المرسلة" أى المطلقة عن إثبات سبب الملك، بأن ادعى ملكا مطلقًا فى الجارية، أو الطعام من غير تعيين شراء أو إرث، حيث ينفذ القضاء ظاهرًا لا باطنًا بالاتفاق، حتى لا يحل للمقضى له وطئها. (نهاية)

(٦) قوله: "لأن فى الأسباب تزاحما" أى إنما لا يوجب الملك الباطنى ههنا؛ لأن وجود الملك الذى هو المسبب بدون السبب محال، والسبب متعدد كالهبة والإرث والشراء، ولها أحكام مختلفة، ولا يجوز أن يثبت سبب باقتضاء حكم القاضى لمعارضة بعض الأسباب بعضا، فيلزم الترجيح من غير مرجح، ولما لم يمكن تقدير السبب لم يمكن تقدير المسبب بحسب الواقع. (عبد)

(٧) قوله: "فلا إمكان" بخلاف النكاح، فإن طريقه متعين من الوجه الذى قال، فيمكن إثباته وتنفيذه. (ع)

(٨) قوله: "باب إلخ" لما فرغ من المحرمات التى كان خلو المرأة منها شرط جواز النكاح، شرع فى بيان باب الأولياء والأكفاء التى هى أحد شرائط النكاح، فقدم بيان المحرمات، إما لأن عامتها ثابتة بالكتاب، أو لأن حل المحلية شرط جواز النكاح بالاتفاق، بخلاف الأولياء والأكفاء. (نهاية)

(٩) قوله: "فى الأولياء إلخ" الولى من الولاية، وهى تنفيذ الأمر على الغير، والأكفاء جمع كفؤ، وهو النظير والمساوى. (مج)

بكرًا كانت أو ثيبًا عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى ظاهر الرواية.

وعن أبى يوسف رح أنه لا ينعقد إلا بولى[١]، وعند محمد ينعقد[٢] موقوفًا[٣]. وقال مالك والشافعى: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا؛ لأن النكاح يراد لمقاصده[٤]، والتفويض إليهن مُخلّ بها[٥]، إلا أن محمدًا[٦] يقول: يرتفع الخلل بإجازة الولىّ. ووجه الجواز أنها تصرّفت فى خالص حقّها[٧]، وهى من أهله[٨] لكونها عاقلةً مميزةً، ولهذا[٩] كان لها التصرّف فى المال، ولها اختيارُ الأزواج[١٠]، وإنما يطالب الولى بالتزويج[١١]؛ كى لا تُنْسَبَ إلى الوقاحة[١٢].

ثم فى ظاهر الرواية، لا فرق بين الكفؤ وغير الكفؤ، لكن للولى[١٣]

---

(١) أى بعبارة ولى وعقده، سواء كان الولى رجلا أو امرأة. (إله داد)

(٢) سواء كان كفؤًا أو لا. (ب)

(٣) على إجازة الولى.

(٤) قوله: "لأن النكاح يراد إلخ" فيه بحث، فإنه لا يقتضى عدم اعتبار العبارة مطلقًا، بل يجوز أن يتوقف على إذن الولى. (عبد)

(٥) لأنهن سيئات الاختيار. (ب)

(٦) قوله: "أن محمدًا" تقرير ما قاله محمد: إن الضرر الموهوم ينتفى بإجازة الولى، ولا خلل فى نفس العقد، فيصح موقوفًا. (بناية)

(٧) حتى كان البدل لها. (ب)

(٨) التصرف.

(٩) أى لكونها عاقلة مميزة.

(١٠) قوله: "ولها اختيار الأزواج" بأن تقول: لا أريد هذا بل أريد ذلك. (عبد)

(١١) قوله: "وإنما يطالب الولى بالتزويج" أى شرعًا وعرفًا، وإنما يعتد العرف لاعتبار التعامل فى بعض المواضع، وهو جواب سؤال. (عبد)

(١٢) قوله: "إلى الوقاحة" وقح الرجل إذا صار قليل الحياء، بالفارسى الوقاحة: شوخ چشم گشتن. (عبد)

(١٣) لدفع ضرر العار عن الولى.

الاعتراض[١] في غير الكُفُؤ.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز في غير الكفؤ[٢]؛ لأنه كم من واقع لا يرفع[٣]، ويروى[٤] رجوعُ محمد إلى قولهما[٥].

ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح[٦]، خلافًا للشافعي، له الاعتبار[٧] بالصغيرة[٨]، وهذا[٩] لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة، ولهذا[١٠] يقبض الأب صَداقَها[١١] بغير أمرها.

ولنا أنها حرة فلا يكون للغير عليها ولاية الإجبار، والولايةُ[١٢] على الصغيرة لقصور عقلها، وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب، فصار كالغلام[١٣]، وكالتصرف في المال[١٤]، وإنما[١٥] يملك الأب قبض الصداق

---

(١) أي الفسخ. (عبد)

(٢) قال قاضي خان: هذا أصح.

(٣) قوله: "لأنه كم من واقع لا يرفع" فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاضٍ يعدل.

(٤) قوله: "ويروى رجوع إلخ" يعني ينعقد نكاحها عنده أيضًا بلاولي، ولا يتوقف على الإجازة.(ع)

(٥) قوله: "رجوع محمد إلى قولهما" أي في أصل المسألة، وليس المراد منه ما روى عنهما بقوله: وعن أبي حنيفة وأبي يوسف إذ لفظ القول يأبى عنه، فإن المتبادر منه أنه أصل المسألة.(عبد)

(٦) أي أن يزوج بغير رضاها. (عبد)

(٧) القياس.

(٨) فإن الصغيرة إذا كانت بكرا تزوج كرها، فكذا البالغة. (ب)

(٩) أي الاعتبار بها. (ب)

(١٠) أي لجهلها.

(١١) مهرها.

(١٢) جواب عن القياس.

(١٣) قوله: "فصار كالغلام" فإنه إذا كان له كمال العقل كان له الولاية. (عبد)

(١٤) فإنها مختارة في التصرف في مالها.

(١٥) قوله: جواب عن قوله: ولهذا يقبض الأب. (ب)

برضاها دلالة[١]، ولهذا لا يملك[٢] مع نهيها. قال[٣]: وإذا استأذنها[٤] الوليّ، فسكتت[٥]، أو ضحكت، فهو إذن؛ لقوله عليه السّلام[٦]: «البكر تُستأمر[٧] في نفسها فإن سكتت فقد رضيت»[٨]*، ولأن جهة الرّضاء فيه[٩] راجحة؛ لأنها تستحيي عن إظهار الرغبة لا عن الردّ، والضحكُ أدلُّ على الرضا[١٠] من السكوت، بخلاف ما إذا بكت؛ لأنه دليل السَخَط[١١] والكراهة، وقيل[١٢]: إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا، وإذا بكت بلا صوتٍ لم يكن ردًا.

(١) قوله: "دلالة" أي ظاهر الحال بأن يأخذ المال لأجلها. (عبد)

(٢) الأب.

(٣) أي القدوري. (ب)

(٤) أي البكر البالغة. (عبد)

(٥) اختياراً.

(٦) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" الرواية الثابتة في صحيح مسلم وأبي داؤد والترمذي والنسائي، ومالك في "الموطأ" «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»، والأيم من لا زوج لها، بكراً كانت أو ثيبًا. (ف)

(٧) قوله: "تستأمر [الخبر من الشارع في أمثال هذا الموضع بمنزلة الأمر] إلخ" أي يطلب في حق نفسها الأمر والإجازة، وحق نفسها هو النكاح، وأما في حق غير نفسها كالمال فلا حاجة إلى التعريض؛ لأنه لا مدخل للولي هناك بخلاف النكاح، فإن الناس يطلبون من الولي. (عبد)

(٨) غريب بهذا اللفظ. (ب)

* من حديث ابن عباس راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٤١ ص٥٩. (نعيم)

(٩) أي في السكوت والضحك.

(١٠) قوله: "أدل على الرضا" لأن دلالته فعلية، وهي أقوى من اللفظية. (عبد)

(١١) قوله: "السخط [ناخشنود شدن. م]" أي سخط التكلم بأمثال هذه الكلمات لا سخط النكاح؛ إذ لم يقع نكاح حتى يسخط. (عبد)

(١٢) قوله: "وقيل إلخ" اعلم أن عبارة محمد هي إطلاق الضحك والبكاء، وبعضهم خص بغير المستهزئة، والبكاء بأن لا يكون مع صوت؛ إذ لو كان من المستهزئة أو مع الصوت يدل على عدم الرضا، أما إذا كان من غير المستهزئة أو بلا صوت فيدل على الرضا. (عبد)

قال[١]: وإن فعل هذا غير الولى يعنى استأمر غيرُ الولىّ، أو ولىّ غيره أولى[٢] منه، لم يكن رضا[٣] حتى تتكلم به؛ لأن هذا السكوت لقلّة الالتفات إلى كلامه[٤]، فلم يقع دلالةً على الرضا، ولو وقع[٥] فهو محتمل، والاكتفاء بمثله للحاجة، ولا حاجة فى حق غير الأولياء، بخلاف ما إذا كان المستأمِر رسولَ الولىّ؛ لأنه قائم مقامه[٦].

وتُعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج على وجهٍ تقع به المعرفة[٧]؛ لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه، ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح[٨]؛ لأن النكاح صحيح بدونه[٩]، ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت، فهو على ما ذكرنا[١٠]؛ لأن وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف، ثم المخبر[١١] إن كان

---

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(٢) أقرب.

(٣) قوله: "لم يكن رضا" أى لم يكن فعله رضا حتى تتكلم. (عبد)

(٤) قوله: "لقلة الالتفات إلخ" وذلك لأنه لا يتعلق أمر الخطاب به، فلا تبالى بكلامه، فيدل سكوتها على عدم المبالاة، ولا يدل على الرضا أصلا. (عبد)

(٥) قوله: "ولو وقع إلخ" أى لو سلم وقوع الدلالة على الرضا، فهو محتمل أى يحتمل الدلالة على عدم الرضا، وإنما يعتبر ما يحتمل الوجهين إذا كان هناك ضرورة، ولا ضرورة ههنا؛ إذ غير الأولياء غير متعين للخطابة، وليس من شأن الغير رجوع الناس إليه، فلا يعتبر فى حق السكوت. (عبد الغفور)

(٦) قوله: "قائم مقامه" [أى الولى] فحكمه حكم الولى.

(٧) قوله: "على وجه تقع به إلخ" أى على وجه شخص يمتاز عن غيره، وإنما احتيج إليه؛ لأن النكاح لا يقع إلا على معين، ولا يتعلق بمبهم، فيجب أن يعين. (عبد)

(٨) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول من قال من المتأخرين: لا بد من تسمية المهر فى الاستئمار؛ لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق فى القلة والكثرة. (عناية)

(٩) قوله: "صحيح بدونه" لأن تعيين المهر ليس من ضروريات النكاح. (عبد)

(١٠) قوله: "فهو على ما ذكرنا" أى إن كان المجيز وليها أو رسوله يعتبر السكوت، وإلا فلا. (عبد)

(١١) قوله: "ثم المخبر إلخ" الحاصل أن هذا القول خبر، وله حيثية الشهادة، فمن حيث إنه خبر يبقى أن لا يعتبر ما يعتبر فى الشهادة، ومن حيث إنه شهادة ينبغى أن يعتبر فيه ما اعتبر فى الشهادة، وهو أحد الأمرين من

فضوليا[١] يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبى حنيفة، خلافا لهما[٢]، ولو كان رسولا[٣] لا يشترط إجماعًا، وله نظائر[٤].

ولو استأذن الثيب[٥]، فلا بد من رضاها بالقول؛ لقوله عليه السّلام[٦]: «الثيب تشاور[٧]»*، ولأن النطق[٨] لا يُعدُّ عيبا منها، وقلّ الحياءُ بالممارسة، فلا مانع من النطق فى حقّها. وإذا زالت بكارتها بوَثْبَةٍ[٩] أو حيضة[١٠] أو جراحة أو تعنيس[١١] فهى فى حكم الأبكار[١٢]؛ لأنها بكرٌ

العدالة والعدد، وأما هما فيقولان: إنه خبر محض، فلا حاجة إلى اشتراط أحد الأمرين. (عبد)

(١) أى لا وليا ولا رسوله.

(٢) فإن عندهما الإخبار كافٍ بغير شرط. (ب)

(٣) من الولى.

(٤) قوله: "وله نظائر" أى لما نحن فيه نظائر من عزل الوكيل وحجر المأذون، فإنه يشترط فى اعتبار العزل والحجر من اعتبار أحد الأمرين، وأما هما فلا يشترطان. (عبد)

(٥) البالغة.

(٦) قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى مسلم عن ابن عباس مرفوعا «الثيب أحق بنفسها من وليها»، كذا قال الزيلعى.

(٧) قوله: "تشاور" المشاورة مفاعلة من المشورة، وهي طلب الرأى بالقول، فيجب أن يكون من أحد الجانبين قولا، والمفاعلة تقتضى أن تكون من طرف آخر أيضًا كذلك، فتعين من الجانب الآخر أيضًا القول، فمقتضى الحديث هو التكلم، وهو الأصل، ولا يعدل عنه إلا لضرورة ولا ضرورة ههنا، بخلاف البكر بورود حديث السكوت. (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٤ ص٦٢. (نعيم)

(٨) قوله: "ولأن النطق إلخ" حاصله أن للبكر حياء؛ لأن التكلم يعد عيبا، وليس فى الثيب العيب ولا الحياء مانع عن النطق، ولما ارتفع المانع، وكان المقتضى موجودا، وهو أصالة النطق اعتبر بالأصل. (عبد)

(٩) قوله: "بوثبة [برجستن]" هى الحركة من فوق، والطفرة: الحركة إلى فوق، والتعنيس: طول المكث حتى يزول بكارتها. (عبد)

(١٠) لكثرتها. (عبد)

(١١) من عنست عنوسا إذا جاوزت وقت التزويج، فلم تتزوج. (عينى)

(١٢) قوله: "فهى فى حكم الأبكار" المراد من الأبكار الأبكار العرفى، وفى قوله: بكر، البكر اللغوى.(ع)

حقيقة؛ لأن مصيبَها(١) أولُ مُصيبٍ لها، ومنه الباكورة والبُكرة(٢)، ولأنها تستحيى لعدم الممارسة. ولو زالت بكارتها بزنا، فهى كذلك(٣) عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى: لا يكتفى بسكوتها؛ لأنها ثيبٌ حقيقة؛ لأن مصيبَها(٤) عائدٌ إليها، ومنه المَثُوبة والمَثَابة والتثويب(٥). ولأبى حنيفة أن الناس عرفوها بكرا، فيعيبونها بالنطق، فتمتنع(٦) عنه، فيكتفى بسكوتها كى لا تتعطل عليها مصالحها(٧)، بخلاف(٨) ما إذا وُطئت(٩) بشبهةٍ، أو نكاحٍ فاسدٍ؛ لأن الشرع أظهره حيث علّق به أحكامًا، أما الزنا فقد نُدِب إلى ستره، حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها. وإذا قال الزوج: بلغك النكاح فسكتِّ، وقالت: رددتُ،

(١) قوله: "لأن مصيبها إلخ" يعنى إنما سميت به؛ لأنها بحيث لو أصابها رجل كان أول مصيب لها، والبكر إنما سميت بهذا الاعتبار. (عبد)

(٢) قوله: "ومنه الباكورة والبكرة" وهما مشتقان من البكر لاشتراكهما فى اللفظ والمعنى؛ لاشتمالهما على الأولية، فإن الباكورة أول فاكهة، يقال بالفارسية: نو باده، والبكرة أول الصباح. (عبد)

(٣) أى فى حكم الأبكار.

(٤) قوله: "لأن مصيبها إلخ" يعنى إنها بحيث لو أصابها رجل لعادت الإصابة، وفى العبارة أدنى شيء، وهو أن المصيب الأول لا يلزم أن يعود، ولعل المراد عود جنس المصيب لا شخصه، أو المراد عود كونها مصابة. (ع)

(٥) قوله: "ومنه المثوبة إلخ" المثوبة جزاء العمل، وإنما سمى به؛ لأنها لما ترتب الجزاء كأنه عاد العمل، والمثابة محل العود إليه مرة بعد أخرى، ولهذا سمى مكة بمثابة؛ لأن الناس يعودون إليه، والتثويب إعلام بعد إعلام "كحى على الصلاة". (عبد)

(٦) وتستحيى.

(٧) من فقدان الزوج.

(٨) قوله: "بخلاف الخ [حيث تكون ثيبا بالإجماع. ب]" متصل بقوله: فيكتفى بسكوتها يعنى أن من وطئت بشبهة، أو بنكاح فاسد لا يكون إذنها بسكوتها؛ لعدم الحياء ثمه؛ لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما من لزوم العدة والمهر، وإثبات النسب، أما الزناء فقد ندب إلى ستره، حتى لواشتهر حالها بإقامة الحد عليها، أو لصيرورته عادة لها لا يكتفى بسكوتها. (عناية)

(٩) فإنها ثيب.

فالقول قولها. وقال زفر: القول قولُه؛ لأن السكوت أصل[١] والردّ عارض، فصار كالمشروط[٢] له الخيار[٣] إذا ادعى الردّ بعد مضى المدة[٤].
ونحن نقول[٥]: إنه يدعى لزومَ العقد وتملكَ البُضع، والمرأة تدفعهُ، فكانت منكرةً كالمودَع[٦] إذا ادعى ردّ الوديعة، بخلاف مسألة الخيار[٧]؛ لأن اللزوم قد ظهر بمضى المدة. وإن أقام الزوج البينةَ على سكوتها ثبت النكاح[٨]؛ لأنه نوّر دعواه بالحجة، وإن لم تكن له بينةٌ، فلا يمين عليها عند أبى حنيفة، وهى مسألة الاستحلاف[٩] فى الأشياء الستة[١٠]، وسيأتيك

(١) قوله: "لأن السكوت أصل إلخ" فيكون الزوج مدعى عليه، والزوجة مدعية؛ لأن المدعى عليه من يتمسك بالأصل، والمدعى من يتمسك بخلاف الأصل، والقول قول المدعى عليه ما لم يثبت دليل. (عبد)

(٢) قوله: "كالمشروط له الخ" [في البيع] أى لا يعتبر قوله، بل القول قول من يدعى لزوم العقد بالسكوت بالإجماع؛ لأن السكوت هو الأصل، والرد عارض، فكان القول قول من يدعى السكوت. (نهاية)

(٣) ثلاثة أيام.

(٤) دون قبل المضى، فإنه يرد به. (عبد)

(٥) قوله: "ونحن نقول إلخ" وحاصله أن ظاهر الأمر وإن اقتضى أن يكون الزوج مدعى عليه، والزوجة مدعية، لكن بحسب المعنى يكون الأمر بالعكس، وذلك لأن الزوج ادعى النكاح وتملك البضع والزوجة تنكر ذلك بحسب المعنى، فالأصل عدم النكاح وتملك البضع. والمعتبر المعانى لا الألفاظ وظاهر الأمر، ولهذا إذا ادعى المودع للرد كان القول قوله، لا قول صاحب الوديعة؛ لأنه ينكر الضمان، وصاحب المال يريد منه الضمان.(ع)

(٦) فإن القول قوله. (ب)

(٧) قوله: "بخلاف مسألة الخيار [جواب عن قياس زفر]" يعنى إنما اعتبر الظاهر ههنا؛ لعدم معارض، بل لوجود ما يقويه، وهو مضى المدة، بخلاف مسألة النكاح، فإنه عارضه المعنى، والمعنى راجح. (عبد)

(٨) قوله: "ثبت النكاح" فإن قيل: هذه شهادة على النفى، أجيب بأن السكوت أمر وجودى، وهو ضم الشفتين، وعدم التكلم من لوازمه، ولئن سلم فالشهادة على النفى الذى يحيط به علم الشاهد مقبولة والسكوت كذلك، وفيه نظر للقطع بأن فاتح الفم إذا لم يكن ناطقا بشيء كان ساكتا مع عدم ضم الشفتين.
فعلم أن السكوت عبارة عن عدم التكلم عما من شأنه أن يتكلم، كما صرح به فى "المعارف شرح الصحائف"، وسيأتيك فى الأيمان مصرحا أن الشهادة على النفى غير مقبولة، وإن كان مما يحيط به علم الشاهد، وقد ذكرنا ذلك قبل كتاب النكاح أيضاً. (إله داد)

(٩) أى مسألة أن لا يحلف المدعى عليه عند أبى حنيفة، خلافًا لهما. (عبد)

(١٠) النكاح، والرجعة، والفيء فى الإيلاء، والرق، والاستيلاد، والنسب.

فى الدعوى[١] إن شاء الله.

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوّجهما الوليّ، بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا، والوليّ[٢] هو العصبة[٣]، ومالك يخالفنا فى غير الأب[٤]، والشافعى فى غير الأب والجد، وفى الثيب الصغيرة أيضًا.

وجه قول مالك: أن الولاية على الحرّة باعتبار الحاجة، ولا حاجة لانعدام الشهوة، إلا أن ولاية الأب ثبتت نصًّا[٥] بخلاف القياس، والجدُّ ليس فى معناه[٦]، فلا يلحق به. قلنا: لا، بل هو[٧] موافقٌ للقياس؛ لأن النكاح[٨] يتضمن المصالح، ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة، ولا يتفق الكُفُؤُ[٩] فى كل زمان، فأثبتنا الولايةَ فى حالة الصغر إحرازًا للكُفْء[١٠].

وجه قول الشافعى: أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد؛ لقصور شفقته وبُعدِ قرابته[١١]، ولهذا لا يملك التصرف فى المال مع أنه

(١) أى فى كتاب الدعوى فى باب اليمين.

(٢) أى الولى فى باب النكاح. (إله داد)

(٣) على ترتيب العصبات في الإرث. (عناية)

(٤) قوله: "يخالفنا إلخ" أى قال مالك: وليها الأب ليس إلا، حتى لو زوجهما الجد عند عدم الأب لا يجوز. وقال الشافعي: وليهما الأب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بكرًا، فإن كانت ثيبًا فلا ولاية عليها، حتى لو زوجها الأخ أو العم، أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرهًا، لا ينفذ النكاح. (عناية)

(٥) قوله: "ثبتت نصا [فلا يقاس عليه غيره. عناية] إلخ" فإن أبا بكر زوج عائشة رضى الله عنها من النبى ﷺ وهى بنت ست سنين، وصحح النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم ذلك. (عناية)

(٦) لأن شفقته أقل من شفقة الأب. (عبد)

(٧) أى ثبوت الولاية.

(٨) حاصله أن الحاجة لا تنحصر فى الشهوة. (عبد)

(٩) هم جنس وهم نسب. (غياث)

(١٠) لكل من يتأتى منه الإحراز، أبا كان أو غيره. (عناية)

(١١) قوله: "وبعد قرابته" لا يقال: الابن أقرب من الجد؛ لأنا نقول: الابن لا يتصور ههنا؛ إذ الكلام فى

أدنى رتبةً[١]، فَلان لا يملك التصرفَ فى النفس -وأنه[٢] أعلى- أولى[٣].

ولنا أن القرابة[٤] داعية إلى النظر[٥]، كما فى الأب والجد، وما فيه[٦] من القصور أظهرناه فى سلب ولاية الإلزام[٧]، بخلاف التصرف فى المال؛ لأنه يتكرر[٨]، فلا يمكن تدارك الخلل، فلا تفيد الولاية إلا ملزِمة، ومع القصور لا يثبت ولاية الإلزام. وجه قوله[٩] فى المسألة الثانية[١٠]: إن الثّيابة[١١] سببٌ لحدوث الرأى[١٢]؛ لوجود الممارسة، فأدرنا

الصغير، ولئن سلم، فنقول: الكلام محمول على التوزيع، فإن غير الأب والجد الأغيار، وفى بعضها انتفى الشفقة وفى البعض الآخر القرابة. (عبد)

(١) لكونه وقاية للنفس. (عناية)

(٢) الواو حالية.

(٣) خبر.

(٤) قوله: "أن القرابة إلخ" يعنى أن الولاية للنظر، وهو موجود فى كل قريب؛ لأن القرابة داعية إليه كما فى الأب والجد، فإن النظر فيهما لم يثبت إلا من القرابة، غاية ما فى الباب أنه متفاوت كمالا وقصورا بقرب القرابة وبعدها، لكن ما فى البعيدة من القصور ممكن التدارك، فأظهرناه فى سلب ولاية الإلزام، فجعلنا للصغير والصغيرة خيار البلوغ، فإذا بلغا ووجدا لأمر على ما ينبغى مضيا على النكاح، وإن وجدا قد أوقع خللا بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح. (ع)

(٥) فغالب حاله النظر. (عبد)

(٦) أى فى غير الأب.

(٧) فعقدهما غير لازم.

(٨) قوله: "لأنه يتكرر" أى لأن التصرف يتكرر، لا فى يد الولى بل فى اليد مطلقًا، فإنه إذا ذهب المال من يده إلى يد المشترى ثم منه إلى آخر، وهكذا مع احتمال الغيبة والموت، فالمال فى معرض الفناء فتدارك خلله غير ممكن وصعب، ولا معنى للقول ببيعه مع عدم جواز تصرف المشترى؛ إذ لا فائدة فى الشراء ح. (عبد)

(٩) الشافعى.

(١٠) أى أنه لا ولى للثيب.

(١١) قوله: "إن الثيابة" الثيابة مصدر مستعمل فى كلام العوام، وليس من كلام أهل اللغة، وكذا الثيوبة كما فى "المغرب".

(١٢) أى العلم بمصالح النكاح. (عبد)

الحكم[١] عليها تيسيرًا. ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة[٢]، ووفور الشفقة[٣]، ولا ممارسة[٤] تُحدث الرأى بدون الشهوة، فيُدار الحكم على الصغر[٥]، ثم الذى يؤيد كلامَنا[٦] فيما تقدم[٧] قوله عليه السّلام[٨]: «النكاح[٩] إلى العصبات»* من غير فصل[١٠]، والترتيبُ فى العصبات فى ولاية النكاح كالترتيب فى الإرث، والأبعد[١١] محجوبٌ بالأقرب[١٢].

فإن زوجهما الأب أو الجد يعنى الصغيرَ والصغيرة، فلا خيار لهما بعد بلوغهما؛ لأنهما كاملا الرأى وافرا الشفقة، فيَلزم العقد بمباشرتهما، كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ. وإن زوّجهما غير الأب والجد، فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ، إن شاء أقام على النكاح، وإن شاء فسخ، وهذا

---

(١) قوله: "فأدرنا الحكم" أى ثبوت الولاية وعدمها بسبب الرأى إذ الرأى أمر مخفى، فأقيم سببه مقام المسبب. (عبد)

(٢) للصغير.

(٣) فى الأب والجد.

(٤) قوله: "ولا ممارسة إلخ" أى لا نسلم حصول الرأى للصغيرة بسبب الممارسة؛ لأن الرأى والعلم إنما يحدث بمباشرة عن شهوة لها ولم توجد. (عناية)

(٥) فكلما ثبت الصغر ثبت الولاية.

(٦) قوله: "يؤيد كلامنا" إنما قال: يؤيد ولم يقل: يثبت؛ لجواز أن يخصص الحديث بالبكر. (عبد)

(٧) قوله: "فيما تقدم" يعنى من إطلاق الولى فى قوله: ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولى. (ع)

(٨) قوله: "قوله عليه السلام" روى عن على موقوفًا ومرفوعًا، وذكره سبط ابن الجوزى بلفظ الإنكاح. (ف)

(٩) قوله: "النكاح" ذكر هذا الحديث السرخسى وسبط ابن الجوزى، ولم يخرجه أحد ولا يثبت. (بناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٥ ص٦٢. (نعيم)

(١٠) بين الأب والجد وغيرهما من العصبات. (ف)

(١١) كالعم.

(١٢) كالأخ.

عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا خيار لهما اعتباراً[١] بالأب والجد. ولهما أن قرابة الأخ ناقصة، والنقصان يُشعر بقصور الشفقة، فيتطرّق الخلل إلى المقاصد عسى[٢]، والتدارك ممكنٌ بخيار الإدراك[٣]، وإطلاق الجواب[٤] فى غير الأب والجد يتناول الأمَّ والقاضى، وهو الصحيح[٥] من الرواية؛ لقصور الرأى فى أحدهما[٦]، ونقصان الشفقة فى الآخر[٧] فيتخير. قال: ويشترط فيه[٨] القضاء، بخلاف خيار العتق[٩]؛ لأن الفسخ ههنا[١٠] لدفع ضرر خفى، وهو تمكن الخلل، ولهذا[١١] يشمل[١٢] الذكر والأنثى، فجُعل[١٣] إلزامًا فى حق الآخر[١٤]،

(١) بجامع داعية القرابة. (عناية)

(٢) قوله: "عسى" كلمة وقعت ههنا مجردة عن الاسم والخبر، والتقدير عسى الخلل إلى المقاصد يتطرق، وأهل العربية يأبون ذلك، كذا قال العينى فى كتاب الإجارات.

(٣) البلوغ.

(٤) قوله: "وإطلاق [أى فى إثبات خيار البلوغ. بناية] الجواب [أى جواب القدورى. ب] إلخ" أراد بإطلاق الجواب قوله: فإن زوجهما غير الأب والجد، فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ. (نهاية)

(٥) قوله: "وهو الصحيح إلخ" احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزى عن أبى حنيفة أنه لا يثبت الخيار فيما إذا كان القاضى هو الذى زوج اليتيمة، فوجهه أن للقاضى ولاية تامة تثبت فى المال والنفس جميعاً، فيكون ولايته فى القوة كولاية الأب والجد. (نهاية)

(٦) الأم.

(٧) القاضى.

(٨) قوله: "ويشترط فيه" أى الفسخ، القضاء يعنى قضاء القاضى، يعنى لا يكفى قولها: فسخت، بل لا بد أن يرفع النزاع إلى القاضى حتى يحكم بانتهاء النكاح. (عبد)

(٩) قوله: "بخلاف خيار العتق" يعنى إذا عتقت الأمة سواء كان زوجها حرا أو عبدا كان لها أن تفسخ، ولا حاجة إلى حكم القاضى بالفسخ. (عبد)

(١٠) قوله: "لأن الفسخ هنا [أى فى خيار البلوغ] إلخ" حاصله أن الفسخ فيما نحن فيه لدفع ضرر خفى، وهو فوت مصلحة النكاح، وفواتها أمر غير ظاهر فيتصور ههنا منازعة معقولة، فاحتيج إلى اعتبار حكم القاضى، حتى يتقوى ما أودعه. (عبد)

(١١) قوله: "ولهذا" أى لأن الفسخ لدفع ضرر خفى لا لزيادة الملك عليها حتى يشتمل ذلك الحكم الذكر

فيفتقر إلى القضاء، وخيار العتق لدفع ضرر جلي[١]، وهو زيادة الملك عليها[٢]، ولهذا يختص بالأنثى، فاعتبر دفعًا[٣]، والدفع لا يفتقر إلى القضاء. ثم عندهما[٤] إذا بلغت الصغيرة وقد[٥] علمت بالنكاح[٦]، فسكتت فهو رضا، وإن لم تعلم بالنكاح، فلها الخيار حتى تعلم فتسكت، شرط[٧] العلمَ بأصل النكاح؛ لأنها لا تتمكن من التصرف[٨] إلا به، والولي يتفرد به[٩]، فعذرت بالجهل، ولم يشترط العلم بالخيار[١٠]؛

والأنثى؛ إذ لو كان لزيادة الملك، لكان مختصًا بالأنثى؛ إذ ليس للمرأة على الزوج ملك طلاق، بل الأمر بالعكس. (عبد)

(١٢) خيار البلوغ.

(١٣) قوله: "فجعل إلخ" يعني لما كان هذا الدفع دفعًا لضرر خفي جعل في حكم الإلزام على الغير بشيء، والإلزام منصب القاضي لا منصبهما. (عبد)

(١٤) أي الولي الذي زوج.

(١) قوله: "لدفع ضرر جلي إلخ" فإن الزوج يصير حينئذ مالكا للثلث، كما هو مقتضى النص، وهو أن طلاق الأحرار ثلاثة، وطلاق الإماء اثنان، ولما اقتضى النص الزيادة لم يجز الاكتفاء بالاثنين، وإذا لم يجز الاكتفاء بالاثنين على هذا التقدير يلزم الزيادة، وذلك مما لا يجوز. (عبد)

(٢) المعتقة.

(٣) قوله: "فاعتبر دفعًا" لا إلزاما، إذ منازعة الخصم ههنا مكابرة لظهور الضرر، فاعتبرنا دفعًا صرفًا، لا دفعًا مع الإلزام. (عبد)

(٤) قوله: "ثم عندهما" أي عند أبي حنيفة ومحمد خصهما بالذكر؛ لأن مذهب أبي يوسف لا يرد ههنا؛ لأنه لا يرى خيار البلوغ إن كان المزوج غير الأب والجد. (عناية)

(٥) الواو حالية.

(٦) سواء علمت بأن لها الخيار، أو لم تعلم.

(٧) الإمام محمد. (عبد)

(٨) من الفسخ والإجازة. (عبد)

(٩) قوله: "والولي يتفرد إلخ" جواب دخل، وهو أن اللائق عدم اعتبار جهلها؛ إذ تعلم من وليها أنه فعل ذلك، وحاصل الجواب أن الولي يتفرد بالنكاح، ولا يشاورها، فكان جهلها عذرًا. (عبد)

(١٠) قوله: "ولم يشترط إلخ" يعني شرط العلم بالنكاح لكن لم يشترط العلم بالخيار. (عبد)

لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع[١]، والدار دار العلم، فلم تعذر بالجهل[٢]، بخلاف المعتَقة[٣]؛ لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفتها[٤]، فعذرت بالجهل بثبوت الخيار[٥]. ثم خيار البكر يَبطل بالسكوت[٦]، ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت، أو يجيء[٧] منه ما يُعلم أنه رضا، وكذلك الجارية[٨] إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ؛ اعتبارًا لهذه الحالة[٩] بحالة ابتداء

---

(١) قوله: "لمعرفة أحكام الشرع" أما من الولي أو من غيره حتى يجوز لها أن تخرج من البيت وتتعلم. (عبد)

(٢) قوله: "فلم تعذر بالجهل" لا يخفى أن ذلك يقتضي أن يكون غير بالغ مكلفًا بما يجب عليه أول البلوغ مع أن المشهور أن من شرائط التكليف البلوغ. (عبد)

(٣) قوله: "بخلاف المعتقة" فإنها معذورة في الجهل، سواء كانت جاهلة بالعتق أو بثبوت الخيار. (ع)

(٤) قوله: "لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفتها [الأحكام]" لكونها مشغولة بخدمة المولى، فإن قيل: المرأة أيضًا تكون مشغولة بخدمة الزوج، ألا ترى أنه لا يجب عليها الجمعة، وعللها المصنف بكونها مشغولة بخدمة الزوج، قيل: إن الخدمة غير مستحقة على الصغيرة لعجزها، فكانت متفرغة للتعلم، فلا تعذر بالجهل، بخلاف الكبيرة حيث يجب عليها عمل داخل البيت ديانة، فيتعذر في ترك الجمعة. (د)

(٥) قوله: "فعذرت إلخ" إن قيل: كل بالغ عاقل يشمله التكليف، وبما قاله يفهم أن ليس عليها المعرفة. أجيب بأن الفروع وإن وجبت عليها لكن تحصيل العلم يتوقف على إذن السيد، فلو لم يأذن السيد كان الإثم راجعا إليه، وكانت معذورة. (عبد)

(٦) قوله: "ثم خيار البكر إلخ" تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والأنثى، وتقريره أن من له خيار البلوغ إذا كان غلامًا فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل: رضيت، أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا، وإن كان جارية قد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك. وإن كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح، فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستومرت بالنكاح، فسكتت عند ابتداء العقد، كان سكوتها رضا، فكذلك إذا كان لها الخيار، فأدركت وسكتت كان سكوتها رضا، فيبطل خيارها، والغلام والجارية الثيب إذا استومرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضا، بل لا بد من الرضاء صريحًا أو دلالة، وكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضا، بل لا بد من ذلك. (عناية)

(٧) قوله: "أو يجيء" مجزوم معطوف على قوله: يقل، يعني ما لم يأت بشيء مما يعلم أنه رضا كالقبلة، والمس، والوطئ. (عبد)

(٨) قوله: "وكذلك الجارية [أي الثيب]" يعني أنها كالغلام في أنها لا يكفي فيها السكوت، بل يجب التصريح بالرضا، أو ما يدل عليه دلالة واضحة. (عبد)

(٩) قوله: "اعتبارًا إلخ" هذا التعليل يتعلق بمجموع ما ذكر، وهو خيار البكر، وخيار الغلام، وخيار الجارية التي دخل بها الزوج. (نهاية)

النكاح[1]. وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد[2] إلى آخر المجلس[3]، ولا يبطل بالقيام[4] في حق الثيب والغلام؛ لأنه ما ثبت بإثبات الزوج[5]، بل لتوهم الخلل[6]، فإنما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا، بخلاف خيار العتق؛ لأنه ثبت بإثبات المولى، وهو الإعتاق، فيعتبر فيه المجلس، كما في خيار المخيَّرة[7]. ثم الفرقة[8] بخيار البلوغ[9] ليس بطلاق؛ لأنها تصح من الأنثى، ولا طلاق إليها[10]، وكذا بخيار العتق[11]؛ لما بينا[12]،

---

(١) قوله: "بحال ابتداء النكاح" يعني الاكتفاء في البكر بالسكوت، والتصريح في الثيب بالرضا وما يدل عليه، كما ذكرنا في الغلام أيضا بالتصريح مقيس بابتداء النكاح، فيعتبر في آن البلوغ، أو عند حصول الخبر إليه ما يكون في ابتداء النكاح. (عبد الغفور)

(٢) قوله: "لا يمتد إلى آخر المجلس" فإذا لم يفسخ في أول المجلس رضيت وألزمت النكاح، وإنما لا يمتد؛ لأن المطلوب منها الرضا، والسكوت دل على الرضاء. (عبد)

(٣) قوله: "إلى آخر المجلس" ثم المراد من المجلس هو مجلس صيرورتها بالغة بأن رأت الدم في مجلس، وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت وهي بكر، أو مجلس بلوغ خبر النكاح، وهي بكر بالغة، فسكتت، يبطل الخيار في الوجهين. (نهاية)

(٤) أي مجرد القيام حتى يلزم النكاح.

(٥) قوله: "لأنه ما ثبت إلخ" دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة، وتقريره أن خيار البلوغ لم يثبت بإثبات الزوج وهو ظاهر، وما لم يثبت بإثبات الزوج لا يقتصر على المجلس، فإن التفويض هو المقتصر على المجلس، كما سيجيء. (عناية)

(٦) قوله: "بل لتوهم الخلل [بقصور الشفقة] إلخ" دليل يشمل البكر والغلام، وتقريره أن خيار البلوغ يثبت لعدم الرضا لتوهم الخلل، وما ثبت لعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه، فإن الشيء لا يثبت مع منافيه غير أن سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام، فيبطل خيارها بمجرد السكوت، ويمتد خياره إلى ما وراء المجلس. (ع)

(٧) قوله: "كما في خيار المخيرة" أي التي قال لها الزوج: اختاري نفسك إن شئت فسخت، وإن شئت قررت، فإذا قامت لم يرتفع النكاح، بل النكاح باقٍ، وجعل ذلك إعراضا عما جعلت مالكة له، وهو الاختيار، ومثل المخيرة الأمة التي قال لها السيد: أعتقت؛ فإنه قوله: أعتقت بمنزلة قول الزوج لها: اختاري، فإذا قامت من المجلس ألزمت النكاح، ولم يبقَ حينئذ لها خيار الفسخ. (عبد)

(٨) أي فرقة البالغ والبالغة. (عبد)

(٩) قوله: "بخيار البلوغ" أي بسبب خيارهما وقت البلوغ عدم ثبات النكاح. (عبد)

(١٠) أي لا طلاق مفوضًا إليها. (عبد)

بخلاف المخيرة[١]؛ لأن الزوج هو الذى ملّكها[٢]، وهو مالك للطلاق.

وإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر، وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق؛ لأن أصل العقد صحيح[٣]، والملك[٤] الثابتُ به انتهى بالموت[٥]، بخلاف مباشرة الفضولى[٦] إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة[٧]؛ لأن النكاح[٨] ثمه موقوف[٩]، فيبطل بالموت، وههنا[١٠] نافذ، فيتقرر به. قال[١١]: ولا ولاية لعبد، ولا صغير، ولا مجنون؛ لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم، فالأولى أن لا يثبت على غيرهم، ولأن هذه ولاية نظرية[١٢]، ولا نظر فى التفويض إلى هؤلاء[١٣].

---

(١١) أى الفرقة بخيار العتق ليس طلاقًا.

(١٢) قوله: "لما بينا" من أنها تصح من الأنثى. (عبد)

(١) فإن فرقتها طلاق.

(٢) قوله: "هو الذى ملكها" فهى ثابتة بإثبات الزوج، فكأنه طلقها. (عبد)

(٣) ولهذا يحل له أن يطأها ما لم يفرق القاضى. (د)

(٤) أى ملك البضع. (عبد)

(٥) قوله: "انتهى بالموت" فإن الموت منه لا قاطع أى بالموت لا يبقى محل الملك، بخلاف الطلاق، فإنه قاطع إذ يبقى محل الملك. (عبد)

(٦) أى النكاح.

(٧) فلا يرث أحدهما من الآخر.

(٨) أى فى مباشرة الفضولى.

(٩) لا يترتب عليه الأحكام. (عبد)

(١٠) أى إذا أنكح الولى الأبعد يتحقق فيه التصرفات. (عبد)

(١١) أى القدورى. (ب)

(١٢) أى ولاية ثابتة للنظر. (عبد)

(١٣) قوله: "ولا نظر فى التفويض إلى هؤلاء" أما إلى الصبى والمجنون، فللعجز عن تحصيل الكفء، وأما إلى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى. (عناية)

ولا ولاية لكافر على مسلم ؛ لقوله تعالى : ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾[١] ، ولهذا لا تُقبل شهادته[٢] عليه ، ولا يتوارثان[٣] ، أما الكافرُ فتثبت له ولاية الإنكاح على ولده الكافر ؛ لقوله تعالى : ﴿والذين كفروا بعضُهم أولياء بعض﴾ ، ولهذا تقبل شهادته[٤] عليه[٥] ، ويجرى بينهما[٦] التّوارث . ولغير العصبات من الأقارب[٧] ولاية التزويج عند أبى حنيفة ، معناه عند عدم العصبات[٨] ، وهذا استحسان[٩] ، وقال محمد : لا تثبت وهوالقياس ، وهو رواية عن أبى حنيفة . وقول أبى يوسف فى ذلك : مضطرب[١٠] ، والأشهر أنه مع محمد[١١] .

لهما مَا روينا[١٢] ، ولأن الولاية إنما تثبت صونًا للقرابة عن نسبة غير

---

(١) قوله: "ولن يجعل إلخ" فإن سبيلا نكرة فى حيز النفى تفيد العموم، والمراد من السبيل تصرف شرعى. (عبد)

(٢) أى الكافر.

(٣) قوله: "ولا يتوارثان [المسلم والكافر]" أى لا يرث الكافر من المسلم ولا بالعكس، والتنوير ههنا باعتبار الأول. (عبد)

(٤) الكافر.

(٥) أى الكافر.

(٦) أى الكافرَين.

(٧) نحو الأخوال والخالات والعمات. (ب)

(٨) نسبية كانت أو سببية. (ب)

(٩) قوله: "وهذا استحسان" أى دليل خفى، وهو الإلحاق بالعصبات لوجود معنى الشفقة وفوات مصلحة الصغير والصغيرة. (عبد)

(١٠) لأنه ذكر فى كتاب النكاح مع أبى حنيفة، وفى الولاء مع محمد. (ب)

(١١) قوله: "والأشهر أنه مع محمد" والجمهور على أنه مع أبى حنيفة. (د)

(١٢) قوله: "ما روينا" يريد به قوله عليه السلام: «الإنكاح إلى العصبات» عرف الإنكاح باللام فى غير معهود، فكان معناه هذا الجنس مفوض إلى هذا الجنس، فلا يكون لغيره فيه مدخل. (عناية)

الكُفُؤ إليها، وإلى العصبات الصيانة، ولأبى حنيفة أن الولاية نظرية[١]، والنظر يتحقق بالتفويض إلى مَنْ هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة.

ومن لا وليّ لها[٢] يعنى العصبة من جهة القرابة، إذا زوجها مولاها الذى أعتقها جاز[٣]؛ لأنه آخر العصبات، وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم[٤]؛ لقوله عليه السّلام[٥]: «السلطان وليّ من لا وليّ له»*. فإذا غاب الوليّ الأقرب[٦] غيبةً منقطعة جاز لمن هو أبعد منه[٧] أن يزوج، وقال زفر: لا يجوز[٨]؛ لأن ولاية الأقرب قائمة؛ لأنها تثبت[٩] حقّا له صيانةً للقرابة[١٠]، فلا تبطل بغيبته، ولهذا لو زوّجها حيث هو جاز،

(١) قوله: "إن الولاية النظرية" فإن قلت: هذا تعليل بمقابلة النص وهو لا يجوز، وأجيب: بأن معنى قوله: «الإنكاح إلى العصبات» إذا وجدت العصبات. (عناية)

(٢) هذا لفظ القدورى. (ب)

(٣) أى لأنه مولى العتاقة.

(٤) قوله: "إلى الإمام والحاكم" يعنى بالإمام الخليفة، وبالحاكم نائبه، قيل: المراد من الحاكم القاضى، واعلم أن ولاية القاضى إنما تكون إذا قال له الإمام: انكح بلا ولى، وأما إذا لم يقل: فلا، فالقاضى من حيث هو قاض لا يتولى هذا الأمر. (عبد)

(٥) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: أخرج أبو داود والترمذى وابن ماجة عن ابن جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له» انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٦ ص٦٢. (نعيم)

(٦) كالأب.

(٧) كالجد.

(٨) بل لا يزوجها أحد.

(٩) قوله: "لأنها تثبت إلخ" حاصله أن ولاية الأقرب لأنها حق الولى، وإنما كان حقا له ليصون القرابة عن غير الكفء، وذلك الحق ثابت، ولوجود ولايته ليس للأبعد الولاية. (عبد)

(١٠) عن نسبة غير الكفء إليها.

ج3 4 F

ولا ولاية[١] للأبعد مع ولايته.

ولنا أن هذه[٢] ولاية نظرية، وليس من النظر التفويضُ إلى مَنْ لا ينتفع برأيه، ففوّضناه إلى الأبعد[٣]، وهو مقدم[٤] على السلطان، كما إذا مات الأقرب[٥]، ولو زوّجها[٦] حيث هو فيه منع، وبعد التسليم نقول: للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير، وللأقرب عكسه[٧]، فنزلا[٨] منزلةَ وليين متساويين، فأيهما عَقد نفذ ولا يردّ[٩].

والغيبة المنقطعة أن يكون في بلدٍ لاتصل إليه القوافلُ في السنة إلا مرة، وهو اختيار القدوری، وقيل: أدنى مدة السفر؛ لأنه لا نهاية لأقصاه[١٠]، وهو اختيار بعض المتأخرين[١١]، وقيل: إذا كان بحال[١٢]

(١) وفاقًا. (عبد)

(٢) قوله: "أن هذه إلخ" حاصله أن ولاية الولى ليس بمجرد حق الولى بل له ولحق المولية، والنظر إلى حالها والشفقة عليها، ففوضنا الأمر إلى الأبعد. (عبد)

(٣) قوله: "ففوضناه إلخ" هذا مبنى على رواية منع ولاية الأقرب، وأما على على رواية التسليم، فنقول: فوضنا الأمر إليهما. (عبد)

(٤) قوله: "وهو [أى الأبعد] إلخ" إشارة إلى جواب الشافعى حيث قال: لا يجوز أن يزوج الأبعد، بل يزوجه السلطان، كذا قال مولانا إله داد.

(٥) قوله: "كما إذا مات الأقرب [فالولى الأبعد]" فإن الولاية لم تنتقل إلى السلطان بموت الأقرب، فكذا بغيبته (عناية)

(٦) قوله: "ولو زوجها إلخ" جواب عن قول زفر: ولهذا لو زوجها حيث هو جاز، بالمنع يعنى لانسلم جوازه، وبعد التسليم إلخ. (ع)

(٧) أى قرب القرابة وبعد التدبير.

(٨) الأقرب والأبعد.

(٩) العقد.

(١٠) أى السفر.

(١١) منهم القاضى الإمام أبو على النسفى. (عناية)

(١٢) قوله: "إذا كان بحال إلخ" وعليه أكثر المشايخ، منهم الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى، وعن

يفوت الكُفُؤ[١] باستطلاع رأيه، وهذا أقرب إلى الفقه[٢]؛ لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حينئذٍ[٣]. وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها، فالوليّ في إنكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أبوها؛ لأنه أوفر شفقةً[٤] من الابن. ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة[٥]، وهذه الولاية مبنيةٌ عليها[٦]، ولا معتبر[٧] بزيادة الشفقة كأب الأم مع بعض العصبات[٨] والله أعلم.

فصل في الكفاءة[٩]

الكفاءةُ في النكاح معتبرةٌ[١٠] قال عليه السَّلام[١١]: «ألا لا يزوّج النساء

هذا ذكر الإمام قاضي خان في "فتاوى الجامع الصغير": حتى لو كان مختفيا في البلدة لا يوقف عليه تكون غيبة منقطعة. (نهاية)

(١) الخاطب.

(٢) قوله: "إلى الفقه" أي إلى العلم، أي بالنظر إلى الدلائل الفقهية. (عبد)

(٣) أي حين فوت الكفء.

(٤) قوله: "أوفر شفقة" بدليل أن ولاية الأب تعم النفس والمال، والابن ليس له ولاية المال. (عناية)

(٥) فإن للأب مع الابن السدس فقط.

(٦) أي العصوبة.

(٧) جواب محمد. (عناية)

(٨) كابن ابن العم. (عبد)

(٩) قوله: "فصل في الكفاءة" لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم، فإن عدمها يمنع الجواز، وتمكن الأولياء في الفسخ، احتاج أن يذكرها في فصل على حدة، والكفاءة بالفتح مصدر، والاسم منه الكفء، والنظير من كافأه إذا ساواه. (ع)

(١٠) قوله: "معتبرة" أي يعتبر وجودها في حق اللزوم في النكاح، فإن عند عدمها كان للأولياء الاعتراض بالتفريق. (ن)

(١١) قوله: "قال عليه السلام: «ألا» إلخ" قلت: أخرجه الدارقطني، ثم البيهقي في "سننيهما" عن جابر ابن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم «لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء ولا مهر دون عشرة دراهم». (ت)

إلا الأولياء[١] ولا يُزَوّجن إلا من الأكفاء»*، ولأن انتظام المصالح[٢] بين المتكافئين[٣] عادة؛ لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشةً للخسيس، فلابد من اعتبارها[٤]، بخلاف جانبها[٥]؛ لأن الزوج مستفرِش، فلا تَغِيْظه دناءةُ الفراش. وإذا زوّجت المرأة نفسَها من غير كفء، فللأولياء أن يفرّقوا[٦] بينهما؛ دفعًا لضرر العار عن أنفسهم، ثم الكفاءة تعتبر في النسب؛ لأنه يقع به التفاخر، فقريش[٧] بعضهم أكفاء لبعض، والعرب بعضهم أكفاء لبعض، والأصل فيه قوله عليه السّلام: «قريش[٨] بعضهم

(١) قوله: "إلا الأولياء" القصر إضافى أى لا يزوج النساء الفضولى، فهى كقوله عليه السلام: «النكاح إلى العصبات». (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٧ ص٦٢. (نعيم)

(٢) قوله: "ولأن انتظام المصالح إلخ" إن قيل: إذا كان انتظام المصالح بين المتكافئين، فينبغى أن لا يصح النكاح من غيرهما لما قيل: إنه لا يصح بين الكافر والمسلمة؛ لعدم انتظام مصلحة النكاح، لكنه يصح نعم، أنه غير لازم، أجيب بأن ذلك من قبيل ما اشترى شيئًا بعيب، فترك حقه. (عبد)

(٣) قوله: "المتكافئين" يشير إلى اشتراط التكافؤ فى الجانبين، فكأنه تغليب سمى المرأة متكافئة تغليبا أى المصالح إنما تنتظم إذا كان الرجل كفؤا للمرأة؛ إذ الشريفة إذا صارت مستفرشة للخسيس لحقها ولقومها من الإهانة ما لا يحيط بها العبارة، أما كون الخسيسة مستفرشة للشريف، فلا يوجب عارا له أصلا. (إله داد)

(٤) من جانب الزوج.

(٥) أى لا يشترط أن يكون الزوجة كفؤا بجواز أن تكون خسيسة. (عبد)

(٦) قوله: "أن يفرقوا" أى يرافعوا الأمر إلى القاضى، فيفرق بينهما إذا التفريق لا يكون إلا عند القاضى؛ لأنه مجتهد فيه، وكل من الخصمين يتشبث بدليل، فلا ينقطع الخصومة إلا لفصل من له الولاية، وما لم يفرق القاضى، فحكم الطلاق والإرث قائم، وهذه الفرقة ليست بطلاق؛ لأنه تفريق على سبيل الفسخ لأصل النكاح، ولا مهر لها إن لم يدخل بها. (د)

(٧) سميت أولاد النضر قريشا تشبيهًا بدابة فى البحر تدعى قريشًا تأكل دوابه؛ لأنهم من أعظم دواب البر عزةً وفخرًا ونسبًا. (ف)

(٨) قوله: "قريش" قلت: روى الحاكم عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالى بعضها أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائك أو حجام» انتهى.

وأخرج الدارقطنى عن ابن عمر مرفوعا: «الناس أكفاء قبيلة بقبيلة وعربى بعربى ومولى لمولى إلا حائك أو

أكفاء لبعض بطن ببطن[١] والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة[٢] بقبيلة والموالى[٣] بعضهم أكفاء لبعض[٤] رجلٌ برجل[٥]»*، ولا يعتبر التفاضل[٦] فيما بين قريش لما روينا[٧]. وعن محمد[٨] إلا أن يكون نسبًا مشهورًا كأهل بيت الخلافة، كأنه قال: تعظيمًا للخلافة، وتسكينًا للفتنة[٩]، وبنو باهلة[١٠] ليسوا بأكفاءَ لعامة العرب[١١]؛ لأنهم معروفون

حجام» انتهى، وروى البزار عن معاذ بن جبل يرفعه: «العرب بعضهم أكفاء لبعض» انتهى، وقد تكلم بعضهم فى حديث الحاكم والدارقطنى، كذا قال الزيلعى وابن الهمام رحمهما الله تعالى.

(١) قوله: "بطن ببطن" البطن أخص من القبيلة، كما أن الفخذ أخص من البطن، والمقصود منه التعميم كل بطن ببطن. (عبد)

(٢) قوله: "قبيلة [أى كل قبيلة. عبد]" قال الزبير بن بكار: العرب ست طبقات: شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة.

فالشعب يجمع القبيلة، والقبيلة العمارة، والعمارة البطن، والبطن الفخذ، والفخذ الفصيلة، فمضر وربيعة وحمير كلها شعوب، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصيّ بطن، وهاشم فخذ. (بناية للعينى)

(٣) قوله: "والموالى [أى الأعاجم. عبد] إلخ" والمراد بالموالى العتقاء، ولما كانت غير عرب فى الأكثر، غلبت على الأعاجم. (عناية)

(٤) لأنهم ضيعوا أنسابهم.

(٥) قوله: "رجل برجل" أى كل رجل بآخر مساوٍ، وذلك لعدم حفظ النسب فى الأعاجم، فجاز أن يزوج كل رجل بنت رجل آخر. (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٧، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٨ ص٦٣. (نعيم)

(٦) أى من حيث النسب. (عبد)

(٧) قوله: "لما روينا" يعنى من قوله عليه السلام: «قريش بعضهم أكفاء لبعض» قابل البعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم، ألا ترى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم زوج ابنته عثمان رضى الله عنه وكان من بنى عبد شمس. (عناية)

(٨) قوله: "وعن محمد إلخ" يعنى قال محمد: لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش إلا أن يكون النسب نسبا مشهورا فى الحرمة كأهل بيت الخلافة، فحينئذ يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قريشية من أولاد الخلفاء قريشيا ليس من أولادهم، كان للأولياء من الاعتراض، قال المصنف: كأنه يعنى محمدا قال: ذلك تعظيما إلخ. (عناية)

(٩) قوله: "للفتنة" أى على المفتى، أو على الناس الطامعين لتزوج بنات الخلفاء. (عبد)

(١٠) قوله: "وبنو باهلة إلخ" استثناء من قوله: «والعرب بعضهم أكفاء لبعض»، وباهلة فى الأصل اسم امرأة من همدان، فنسب أولادها إليها، وهم معروفون بالخساسة، قيل: كانوا يأخذون عظام الميتة ويطبخونها

بالخساسة. وأما الموالى فمن كان له أبوان[1] فى الإسلام فصاعداً، فهو من الأكفاء[2] يعنى لمن له آباء فيه، ومن أسلم بنفسه، أو له أبٌ واحدٌ فى الإسلام، لا يكون كفؤاً لمن له أبوان فى الإسلام؛ لأن تمام النسب بالأب والجد[3]، وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى، كما هومذهبه فى التعريف[4].

ومن أسلم بنفسه[5] لا يكون كفءً لمن له أب واحد فى الإسلام؛ لأن التفاخر فيما بين الموالى بالإسلام، والكفاءة فى الحرية نظيرها[6] فى الإسلام فى جميع ما ذكرنا[7]؛ لأن الرّق أثر الكفر[8]، وفيه معنى الذل[9]، فيعتبر فى حكم الكفاءة.

قال[10]: وتعتبر أيضًا فى الدين[11] أى الديانة[12]، وهذا قول

ويأخذون دسوماتها. (ف)

(١١) أى للعرب مطلقًا. (عبد)

(١) الأب والجد.

(٢) قوله: "فهو من الأكفاء" يعنى أن من له أبوان فى حكم من له آباء. (عناية)

(٣) قوله: "بالأب والجد." يعنى إذا أراد تعريف نفسه، كما فى الشهادات، يجب ذكر الجد عنده أى ينسب نفسه إلى أبيه وجده، فإذا كان الأمر كذلك يجب ذكر الجد، فلو لم يكن مسلما ألحق العار به. (عبد)

(٤) قوله: "كما هو مذهبه فى التعريف" أى فى تعريف الشخص فى الشهادة، فإن الشهود إذا ذكروا اسم الغائب،واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبى يوسف، ولا حاجة إلى ذكر الجد، وعندهما لا بد من ذكر الجد. (عناية)

(٥) من الموالى.

(٦) أى الكفاءة.

(٧) قوله: "فى جميع ما ذكرنا" أى من الوفاق والخلاف، فإن العبد لا يكون كفؤا لامرأة حرة الأصل، وكذلك المعتق لا يكون كفؤا للحرة الأصلية، والمعتق أبوه لا يكون كفؤا لامرأة لها أبوان فى الحرية. (نهاية)

(٨) فكأنه كفر. (عبد)

(٩) دليل آخر. (عبد)

(١٠) أى محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(١١) حتى لا يكون الفاسق كفؤا للعدلة. (نهاية)

أبى حنيفة وأبى يوسف هو الصحيح[(١)]؛ لأنه من أعلى المفاخر، والمرأة تُعيّر بفسق الزوج فوق ما تُعيّر[(٢)] بضَعَة[(٣)] نسبه، وقال محمد: لا تعتبر؛ لأنه من أمور الآخرة، فلا تبتنى أحكام الدنيا عليه إلا إذا كان يُصفَع[(٤)]، ويُسْخر[(٥)] منه، أو يخرج إلى الأسواق سكران، ويلعب به الصبيان؛ لأنه مستخَفّ[(٦)] به[(٧)]. قال: وتعتبر فى المال، وهو أن يكون[(٨)] مالكًا للمهر والنفقة[(٩)]، وهذا هو المعتبر فى ظاهر الرواية، حتى إن من لا يملكهما، أو لا يملك أحدهما، لا يكون كفءً؛ لأن المهر بدل البضُع، فلا بد من إيفاءه[(١٠)]، وبالنفقة قوام الازدواج ودوامُه، والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا

---

(١٢) قوله: "أى الديانة" وهى التقوى والصلاح، وإنما فسره بالديانة؛ لأن مطلق الدين الإسلام، ولا كلام فيه؛ لأن إسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة، إنما الكلام فى حق اعتراض الأولياء بعد انعقاد العقد، وذلك لا يكون إلا فى الدين بمعنى الديانة. (نهاية)

(١) قوله: "هو الصحيح" أى قران قول أبى حنيفة مع قول أبى يوسف هوالصحيح؛ فإنه روى عن أبى حنيفة رواية أخرى أنه مع محمد فى أنه غير معتبر، كذا وجدت بخط شيخى. (نهاية)

(٢) مجهول من التعيير.

(٣) قوله: "بضعة" بفتح الضاد المعجمة والعين المهملة أصله وضعة، والباء عوض عن الواو، وجاء بكسر الضاد أيضاً، ومنه الوضيع، وهو الدنىء من الناس فى النسب.

(٤) قوله: "إلا إذا كان يصفع [صفع بالفتح طپانچه زدن ومشت زدن بر قفائے كسے. م]" أى يضرب على قفاه بعرض الكف،ويسخر منه، أو يخرج إلى الأسواق سكران، فيلعب به الصبيان، فإنه حينئذ لا يكون كفؤا لامرأة صالحة من أهل البيوتات، وقيل: وعليه الفتوى. (عناية)

(٥) سخرت بالضم استهزاء كردن وتمسخر كردن. (غياث)

(٦) استخفاف سبک شمردن وخوار داشتن.

(٧) أى بذلك الصفح. (عناية)

(٨) الزوج.

(٩) قوله: "مالكًا إلخ" بين أن المراد بالمهر ملك ما تعارفوا تعجيله، وإن كان كله حالا، ولم يبين المراد بملك النفقة، واختلف فيه قيل: المعتبر ملك النفقة شهرا، وقيل: نفقة ستة أشهر، وفى "جامع شمس الأئمة" سنة، وفى "المجتبى" الصحيح أنه إذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفؤا. (فتح القدير)

(١٠) أى القدرة على تسليمه. (عبد)

تعجيلَه؛ لأن ما وراءَه مؤجلٌ عرفًا[١] . وعن أبي يوسف[٢] أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر؛ لأنه تجرى المساهلة فى المهور، ويعدّ المرء قادرا عليه بيسار أبيه[٣] ، فأما الكفاءةُ فى الغنى فمعتبرةٌ فى قول أبى حنيفة ومحمد، حتى إن الفائقةَ فى اليسار لا يكافئها القادرُ على المهر والنفقة؛ لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيّرون بالفقر، وقال أبو يوسف: لا يعتبر؛ لأنه لا ثبات له؛ إذ المال غادٍ ورائحٌ[٤] . وتعتبر فى الصنائع، وهذا عند أبى يوسف ومحمد، وعن أبى حنيفة فى ذلك روايتان[٥] . وعن أبى يوسف أنه لا يعتبر إلا أن يفحش كالحجّام[٦] والحائك[٧] والدبّاغ، وجه الاعتبار[٨] أن الناس يتفاخرون بشرف الحِرفِ و يتعيّرون بدناءتها[٩] ، وجه القول الآخر[١٠] : إن الحرفة ليست بلازمة[١١] ، ويمكن التحوُّل[١٢] عن

(١) ليس بمطالب به، فلا يسقط به الكفاءة. (عناية)

(٢) أى روى عنه، لكن أصل روايته ليس هذا. (عبد)

(٣) قوله: "بيسار أبيه" وأمه وجدته، ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الأب؛ لأن الآباء فى العادات يتحملون المهور عن الأولاد دون النفقة الدائرة. (عناية)

(٤) قوله: "غادٍ ورائحٌ [أى يحصل بكرةً ويذهب رواحًا. عبد]" وقد يشكل بأن الإفلاس يدخل تحت الحكم عند أبى يوسف، وهذا يقتضى أن لا يدخل فى القضاء؛ لأن مالاثبات له لا يدخل فيه، وأيضًا الفسق يفوت الكفاءة عنده مع أن الفسق لاثبات له، فإنه يرتفع بالتوبة، ألا ترى أنه لا يدخل تحت حكم القاضى. (اد)

(٥) قوله: "روايتان" فى رواية: لا تعتبر وهو الظاهر، حتى يكون البيطار كفوًا للعطار. (عناية)

(٦) شاخ كش.

(٧) قوله: "والحائك إلخ" فحائك، أو حجام، أو كناس، أو دباغ، أو بيطار، أو حداد، أو خفاف، وأخس من كلهم خادم الظلمة وإن كان ذا مال كثير؛ لأنه من آكلى دماء الناس وأموالهم، كما فى "المحيط" غير كفء لعطّار، أو بزاز، أو صراف، فالعطار والبزاز كفؤان. (مجمع الأنهر)

(٨) أى اعتبار الكفاءة فى الصنائع. (ب)

(٩) قال عليه الصلاة والسلام: «الناس أكفاء إلا الحجام والحائك»، كذا أورده الكاكى. والله أعلم بصحته. (ب)

(١٠) أى غدم الاعتبار.

(١١) قوله: "ليست بلازمة" وفيه نظر إذ الفقر والفسق أيضًا غير لازم، وقد اعتبرت الكفاءة فى الديانة

الخسيسة إلى النفيسة منها.

قال: وإذا تزوّجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها[١]، فللأولياء الاعتراض عليها عند أبى حنيفة حتى يتم لها مهرُ مثلها، أو يفارقها.

وقالا: ليس لهم ذلك، وهذا الوضع[٢] إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله[٣] المرجوع إليه فى النكاح بغير الولى، وقد صحّ ذلك[٤]، هذه شهادةٌ صادقةٌ عليه، لهما أن ما زاد على العشرة[٥] حقُّها، و مَن أسقط حقَّه لا يعترض عليه، كما بعد التسمية[٦].

ولأبى حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور، و يتعيّرون بنقصانها، فأشبه الكفاءة[٧] بخلاف الإبراء بعد التسمية[٨]؛ لأنه لا يتعير به[٩].

والغنى. (إله داد)

(١٢) قوله: "ويمكن التحول إلخ" فيه أن هذا ليس ملائما لما قالوا من أن الكفاءة تعتبر أولا أى حين العقد. (عبد)

(١) أى بما لا يتغابن الناس فيه. (ب)

(٢) قوله: "وهذا الوضع" أى وضع القدورى هذه المسألة على هذا الوجه إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه فى النكاح بغير الولى، وقد صح ذلك، وهذه شهادة صادقة عليه، فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولى، لم يقل: ليس لهم الاعتراض.
وأقول: هذا إنما يستقيم أن لو تعين هذا الوضع فى النكاح بغير ولى، وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولى بالتزوج ولم يسم مهرا، وعقدت على هذا الوجه، صح وضع المسألة على قول محمد الأول. (عناية)

(٣) أى جوز النكاح بغير ولى.

(٤) قوله: "وقد صح ذلك" أى الرجوع، وهذه شهادة صادقة عليه أى وهذه المسألة شهادة صادقة على الرجوع. (نهاية)

(٥) أى عشرة دراهم.

(٦) أى إذا أبرأت عن المهر بعد التسمية، فلا اعتراض للأولياء.

(٧) قوله: "فأشبه الكفاءة" أى فى تعيير الأولياء بكل واحد منهما، وتعيير الأولياء مؤثر فى الباب. (عناية)

(٨) لأنه إبراء وهبة، وهو من باب المروة. (ب)

(٩) قوله: "لأنه لا يتعير به" وذلك لأن الأولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة، وربما يعدونه ضربة من اللوم فى العادات. (عناية)

وإذا زوّج الأب ابنته الصغيرة، ونقص من مهرها(١)، أو ابنَه الصغير، و زاد في مهر امرأته(٢) جاز ذلك عليهما، ولا يجوز(٣) ذلك لغير الأب والجد، وهذا عند أبي حنيفة رح. وقالا: لا يجوز الحطّ والزيادة إلا بما يتغابن(٤) الناس فيه، ومعنى هذا الكلام(٥) أنه لا يجوز العقد عندهما؛ لأن الولاية مقيدة بشرط النظر، فعند فواته يبطل العقد، وهذا(٦) لأن الحطّ(٧) عن مهر المثل ليس من النظر في شيء، كما في البيع(٨)، ولهذا(٩) لم يملك(١٠) ذلك غيرهما(١١). ولأبي حنيفة أن الحكم(١٢) يدار على دليل النظر، وهو قربُ القرابة(١٣)، وفي النكاح(١٤) مقاصدُ تربو(١٥) على المهر، أمـ

(١) أي مهر مثلها.

(٢) أي مهر المثل.

(٣) إجماعًا.

(٤) أي بالغبن اليسير.

(٥) قوله: "ومعنى هذا الكلام إلخ" وبيانه أن هذا الكلام وهو قوله: وقالا: لايجوز عندهما الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه، بظاهره يدلّ على أن العقد صحيح، والزيادة والنقصان لا يجوز؛ لأن المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح، كما إذا تركها أو تزوجها على خمر أو خنزير، وهو قول بعض مشايخنا. وقال آخرون: معناه أن نفس النكاح لا يجوز، وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام والمصنف رحمة الله عليهم. (عناية)

(٦) أي فوات النظر.

(٧) أو الزيادة على مهرها.

(٨) قوله: "كما في البيع" أي كما إذا باع الأب بأقل من القيمة بغبن فاحش، أو اشترى بأكثر منها بذلك في مال الصغير أو الصغيرة لا يجوز. (عناية)

(٩) أي لفوات النظر.

(١٠) بالإجماع.

(١١) الأب والجد.

(١٢) أي جواز النكاح. (عناية)

(١٣) قوله: "وهو قرب القرابة" فيه أن القرابة داعية للنظر، ولهذا يجوز تزويج غيرهما، ولولا أن نفس القرابة دليل النظر لم يجز، نعم بعد القرابة يوجب القصور في النظر، وقد أظهرناه في سلب ولاية الإلزام بإثبات خيار البلوغ، فيجب أن يجوز من غيرهما ما يجوز منهما. (إله داد)

المالية[١] فهى المقصودة فى التصرف المالى، والدليل[٢] عدمناه[٣] فى حق غيرهما[٤]. ومَن زوج ابنتَه -وهى[٥] صغيرة عبدًا- أوزوّج ابنه -وهو صغير- أمةً، فهو جائز، قال[٦]: وهذا عند أبى حنيفة أيضًا؛ لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها، وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة[٧]، فلا يجوز، والله أعلم.

فصل[٨] فى الوكالة بالنكاح و غيرها[٩]

ويجوز لابن العم[١٠] أن يزوج بنتَ عمه[١١] من نفسه[١٢]، وقال زفر:

---

(١٤) قوله: "وفى النكاح إلخ" يعنى أن المقصود منه ليس هو المال البتة، بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة فى الأختان والعرائس، فيجوز أن يكون نظر الأب فى الحط والزيادة إلى ذلك، ويجوز أن لا يكون وكان النظر والضرر باطنين، فأدير الحكم على الدليل، بخلاف البيع فإن المالية هى المقصودة فى التصرفات المالية، فلم يكن فى مقابلتها شيء يجبر به خلل الغبن الفاحش، حتى يقع التردد بين النظر والضرر. (عبد)

(١٥) أى تزيد. (ب)

(١) جواب عن قولهما: كما فى البيع. (ب)

(٢) جواب عن قولهما: ولهذا لا يملك. (ب)

(٣) أى قرب القرابة.

(٤) الأب والجد.

(٥) الواو حالية.

(٦) أى المصنف.

(٧) قوله: "لعدم الكفاءة" هذا التعليل يشمل الفصلين، فإن عدم الكفاءة من جانبها وإن كان لا يوجب العار على الأولياء، فهو يوجب الضرر الظاهر. (إله داد)

(٨) قوله: "فصل" لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث إن فعل الوكيل ينفذ على الموكل كفعل الولى على المولى، ألحقها ببيان الكفاءة التى طلبها للأولياء. (نهاية)

(٩) قوله: "وغيرها" أى غير الوكالة كنكاح الفضولى. (عناية)

(١٠) قوله: "ويجوز لابن العم إلخ" أى للولى إذا كان منحصرا فيه، سواء كان ابن عم أو غيره أن يتولى الطرفين، سواء زوج لنفسه أو لغيره، كما إذا زوجها من ابن أخ له، ولا بد أن يكون البنت صغيرة، حتى يظهر التولى من الجانبين؛ إذ لو لم تكن صغيرة، يكون من قبلها إذا لم يكن برضاها كالفضولى. (عبد)

(١١) الصغيرة.

لا يجوز، وإذا أذنت[١] المرأة للرجل أن يزوّجها من نفسه، فعقد بحضرة شاهدين[٢] جاز، وقال زفر والشافعي: لا يجوز. لهما[٣] أن الواحد لا يتصور أن يكون مملكا ومتملكا، كما في البيع[٤]، إلا أن الشافعي يقول: في الولي ضرورة[٥]؛ لأنه لا يتولاه سواه، ولا ضرورة في حق الوكيل.

ولنا أن الوكيل في النكاح[٦] معبر وسفير، والتمانُع في الحقوق[٧] دون التعبير[٨]، ولا ترجع الحقوق إليه، بخلاف البيع؛ لأنه مباشر[٩] حتى رجعت الحقوق إليه[١٠]، وإذا تولّى[١١] طرفيه فقولُه: "زوّجت" يتضمن الشطرين[١٢]، ولا يحتاج إلى القبول.

قال[١٣]: وتزويج العبد والأمة[١٤] بغير إذن مولاهما موقوف، فإن أجاز

(١٢) والشافعي يوافقنا فيه، كذا في "النهاية".

(١) المراد به التوكيل.

(٢) قوله "بحضرة شاهدين" تذكرة لما تقدم، ولا حاجة إلى ذكره لما تقدم. (عبد)

(٣) قوله: "لهما إلخ" جمع بين دليل زفر والشافعي لاشتراكهما في معنى، ثم استثنى الشافعي.

(٤) لا يجوز أن يكون الواحد وكيلا للبائع والمشترى.

(٥) قوله: "ضرورة" وفيه أن غير الأب والجد لم يكن وليا مجبراً عنده، كما نقله عنه فيما مضى، ويمكن أن يقال: إن هذا القول مبني على رواية غير مذكورة، وهي عدم التخصيص بالأب والجد. (عبد)

(٦) قوله: "في النكاح" أي في عقد لا يستغنى عن الإضافة إلى الغير.

(٧) قوله: "في الحقوق [كالتسليم والتسلم]" كالعطاء وقبوله والرد بالعيب إلى غير ذلك. (عبد)

(٨) قوله: "دون التعبير" أي لا تمانع في التعبير بأن يقول: تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا. (ع)

(٩) أي عاقد، لا معبر. (إله داد)

(١٠) أي إلي الوكيل في البيع.

(١١) أي الوكيل في النكاح.

(١٢) قوله: "يتضمن الشطرين [الإيجاب والقبول]" إذ يفهم منه القبول ضمنا، وهذا يكفي. (عبد)

(١٣) أي القدوري. (ب)

(١٤) قوله: "وتزويج إلخ" سواء كان المزوج العبد أو الأمة، أو غيرهما كالأجنبي، والمعنى من التزويج:

المولى جاز، وإن رده بطل، وكذلك لو زوّج رجلٌ امرأةً بغير رضاها، أو رجلا بغير رضاه، وهذا عندنا، فإن كل عقد صدر من الفضولي[1]، وله مُجيزٌ[2] انعقد موقوفًا على الإجازة. وقال الشافعي[3]: تصرفات الفضولي كلُّها باطلة؛ لأن العقد وضع لحكمه، والفضولي لا يَقدر على إثبات الحكم، فتلغو. ولنا أن ركن التصرف[4] صدر من أهله[5] مضافًا إلى محله، ولا ضرر في انعقاده، فينعقد موقوفًا حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفّذه، وقد يتراخى حكم العقد عن العقد[6].

ومَنْ قال: اشهدوا أني قد تزوّجت فلانةً فبلغها الخبر، فأجازت فهو باطل[7]، وإن قال آخر[8]: اشهدوا أني زوّجتها منه، فبلغها الخبر فأجازت

جفت ساختن. (عبد)

(١) هو من لا يكون أصيلا، ولا وليا، ولا وكيلا.

(٢) قوله: "و له مجيز" أي والحال أن للعقد حال الإيجاب مجيز للعقد، سواء كان ذلك المجيز ثابتا وقت القبول أو لم يبقَ، كما إذا بلغ الصبي ولم يكن أبوه موجودا حالة البلوغ، لكنه موجود حالة صدور العقد، وإنما قال ذلك ليخرج ما إذا كان الولد صغيرا ولم يكن له ولي. (عبد)

(٣) وبه قال أحمد: في رواية. (ب)

(٤) أي الإيجاب والقبول. (ب)

(٥) قوله: "صدر من أهله" أي الحر العاقل البالغ مضافا إلى محله، وهو الأنثى من بنات آدم عليه السّلام، وليست من المحرمات. (عناية)

(٦) قوله: "وقد يتراخى إلخ" جواب عن قوله: لأن العقد وضع لحكمه، وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يعدم بل تأخر إلى الإجازة، والحكم قد يتراخى عن العقد، كما في البيع بشرط الخيار، فإن لزومه يتراخى إلى سقوط الخيار. (عناية)

(٧) قوله: "فهو باطل" إذا كان الإيجاب بدون صيغة القبول، أما إذا كان معه القبول أي زوجتها من نفسي، فليس باطلا. (عبد)

(٨) قوله: "وإن قال آخر إلخ" يعني إذا قال: تزوجت فلانة، وكان هناك شخص حاضر فقال: زوجتها منه، فيكون في هذه الصورة متعاقدان فيصح، بخلاف الصورة الأولى، إذ لم يوجد هناك متعاقدان لا حقيقة، وهو ظاهر، ولا حكما؛ إذ الحكمي إنما يكون إذا كان شخص مأمورا من الجانبين، إما من جانب الشرع كما في الولي من الطرفين، أو مأمورا من الجانبين، فإنه حينئذٍ ينتقل العقد إليهما. (عبد)

جاز، وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت: جميع ذلك[١]، وهذا[٢] عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إذا زوّجت نفسها غائبًا، فبلغه[٣] فأجاز جاز، وحاصلُ هذا أن الواحد[٤] لا يصلح فضوليًا من الجانبين[٥]، أو فضوليًا من جانب وأصيلا من جانب عندهما، خلافًا له.

ولو جرى العقدُ بين الفضوليين، أو بين الفضوليّ والأصيل[٦] جاز بالإجماع، هو[٧] يقول: لو كان مأمورًا[٨] من الجانبين ينفذ، فإذا كان فضوليا يتوقف، وصار كالخلع[٩] والطلاق والإعتاق على مال.

ولهما أن الموجود شطر العقد؛ لأنه شطرٌ حالة الحضرة[١٠] فكذا عند

---

(١) قوله: "قالت: جميع ذلك" بأن قالت: زوجت نفسى من فلان، ولم يقبل فضولى من جانب بطل، أو قالت وقبل فضولى منه جاز. (عبد)

(٢) أى مجموع ما ذكر. (نهاية)

(٣) الخبر.

(٤) قوله: "وحاصل هذا أن الواحد إلخ" أى حاصل هذا الخلاف مندرج فى تلك المسألة، ولا بأس فى عدم تعلق ما نحن فيه لمجموع المسألتين، وذلك لتعلقه بالأخير. (عبد)

(٥) قوله: "لا يصلح فضوليا من الجانبين" أى إذا أتى بصيغة واحدة، أما إذا تعددت الصيغة بأن قال: زوجت وتزوجت فصحيح. (عبد)

(٦) لتعدد العاقدين حقيقة. (عبد)

(٧) أى أبو يوسف. (عبد)

(٨) قوله: "لو كان مأمورًا [وكيلا] إلخ" فالشخص الذى هو أصل وفضولى من جانب آخر، والشخص الذى هو فضولى من الطرفين كالمأمور من الجانبين، فكما جاز فى الواحد الذى له جهتان جاز فيما ذكرنا. (عبد)

(٩) قوله: "وصار [والجامع احتياج الكل إلى الإيجاب والقبول. عناية] كالخلع إلخ" بأن قال الزوج: خالعت بكذا، أو قال: طلقت على كذا من المال، أو أعتقته على كذا من المال، فهم متفقون على أنه صحيح بصيغة واحدة مع عدم تعدد االطرف، فكذا ما نحن فيه. (عبد)

(١٠) قوله: "لأنه شطر حالة الحضرة" حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر، وبطل بالقيام قبل قبول الآخر، ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك، فكذا عند الغيبة؛ لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة، وهى لم تختلف، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس. (عناية)

الغيبة، وشطرُ العقد لا يتوقف[١] على ما وراء المجلس، كما في البيع[٢] بخلاف المأمور من الجانبين؛ لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين[٣]، وما جرى بين الفضوليين عقدٌ تامٌ[٤]، وكذا الخلع[٥] وأختاه[٦]؛ لأنه تصرف يمين[٧] من جانبه[٨]، حتى يلزم[٩] فيَتم به. ومَن أمر رجلا أن يزوّجه امرأة، فزوّجه اثنتين في عَقدة لم تلزمه واحدة منهما[١٠]؛ لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة، ولا إلى التنفيذ في إحداهما غير عينٍ للجهالة[١١]، ولا إلى

---

(١) فيبطل.

(٢) قوله: "كما في البيع" إذا قال: بعت عبدي من فلان، ولم يقبل من المشتري أحد، أو قال: بعت فلانا من فلان، ولم يقبل عن البائع والمشتري أحد، فيبطل.

(٣) قوله: "لأنه ينتقل إلخ" فكان العاقد متعددا، بخلاف الفضولي الواحد، فإنه لا ينتقل حال العقد العقد إليهما. (عبد)

(٤) لتحقق الطرفين حقيقةً [عبد] لوجود الإيجاب والقبول. (ع)

(٥) أي عقد تام.

(٦) الطلاق والإعتاق على مال.

(٧) قوله: "لأنه تصرف إلخ" وحاصله إذا قال الزوج: خالعتها على ألف يصح، لا لكونه أصيلا من جانبه فضوليا من جانب المرأة، بل لأن الخلع تصرف يمين من قبل الزوج حتى لا يصح رجوعه.
ولا يبطل بالقيام عن المجلس، وتصرف اليمين يتم بالحالف، فلا يحتاج إلى جعله فضوليا من قبل المرأة نعم! هو معاوضة من جانب المرأة، ولكن إذا بدت المرأة، وقالت: قد خالعت نفسي منه بألف، وهو غائب، فبلغه فأجاز لم يصح؛ لأن الخلع معاوضة من جانبها، فلا يتوقف على ما وراء المجلس.
وهكذا الحكم في الطلاق والعتاق على مال؛ فإنه يمين من جانب الزوج والمولى، معاوضة من قبل المرأة والعبد. (إله داد)

(٨) قوله: "من جانبه [الرجل]" يعني أنه تعليق، ولا حاجة في التعليق إلى الطرفين، فلا يقتضي إيجابا وقبولا. (عبد)

(٩) قوله: "حتى يلزم" حتى ههنا ابتدائية، فيجب رفع يلزم، ومعنى اللزوم أنه لا يصح له الرجوع، حتى لو ندم لا ينفعه. (عبد)

(١٠) قوله: "لم تلزمه إلخ" ولم يقل: لم يجز النكاح لأنه جائز، وليس بنافذ؛ لأنه نكاح الفضولي بمخالفة الأمر. (غاية البيان)

(١١) ولعدم ترتب فائدة النكاح. (عبد)

التعيين لعدم الأولوية، فتعين التفريق.

ومَن أمره أمير[١] بأن يزوّجه امرأة، فزوجه أمةً لغيره[٢] جاز عند أبى حنيفة رح رجوعًا إلى إطلاق اللفظ[٣]، وعدم التُهمة[٤].

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز إلا أن يزوّجه كُفُؤًا[٥]؛ لأن المطلقَ ينصرف إلى المتعارف، وهو التزوج بالأكفاء.

قلنا: العرف مشترك[٦]، أو هو عرف عملى، فلا يصلح مقيّدًا[٧]، وذكر[٨] فى الوكالة أن اعتبار الكفاءة فى هذا استحسان[٩] عندهما؛ لأن كلّ أحد لا يعجز عن التزوّج بمطلق الزوج، فكانت الاستعانةُ فى التزوّج بالكفء، والله أعلم.

باب المهر[١٠]

قال[١١]: ويصح[١٢] النكاح وإن لم يسم فيه مهراً؛ لأن النكاح عقد

---

(١) قوله: "أمير" إنما قال أمير ليظهر عدم الكفاءة. (عبد)

(٢) قوله: "أمة لغيره" إنما قيد بالغير؛ لأنه لو زوج أمة نفسه لا يجوز إجماعًا لمكان التهمة. (ملا إله داد)

(٣) أى لفظ الامرأة.

(٤) إذ ليست أمة له. (عبد)

(٥) قال قاضي ان: دلت المسألة على أن الكفاءة في جانب النساء معتبر عندهما أيضًا. (ب)

(٦) قوله: "العرف مشترك" أى التعارف واقع فى نكاح الحرة والأمة على السواء، وإن سلمنا أن التعارف إنما يكون فى الحرة، فذلك غير قادح؛ لأن ذلك تعارف عملى، لا أن لفظ المرأة صار عرفا فى الكفء، وإنما ينفع إذا كان لفظ المرأة صار عرفا فى الكفؤ. (عبد)

(٧) قوله: "فلا يصلح [هذا العرف] مقيدا" أى لا يصلح العرف العملى مقيدا ومخصصا للفظ. (عبد)

(٨) أى محمد فى "المبسوط". (عبد)

(٩) قوله: "استحسان" فإن القياس كما ذكر يقتضى عدم التخصيص بالكفوء، لكن الدليل يقتضى التخصيص. (عبد)

(١٠) قوله: "باب المهر" لما ذكر ركن النكاح وشرطه، وما هو فى معنى الشرط، شرع فى بيان حكمه، وهو وجوب المهر، وبه صرح فى "المنشور" بأن وجوب المهر حكم النكاح؛ لأن المهر إما مسمى أو مهر المثل، يجب بالعقد فكان حكمه. (نهاية)

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (غاية البيان)

انضمام وازدواج[1] لغة، فيتم بالزوجين[2]، ثم المهر[3] واجبٌ شرعا[4]؛ إبانةً لشرف المحل[5]، فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح، وكذا[6] إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها؛ لما بينا[7]، وفيه خلاف مالك[8]، وأقل المهر عشرة دراهم[9]. وقال الشافعي: ما يجوزأن يكون ثمنًا فى البيع، يجوزأن يكون مهرًا لها؛ لأنه[10] حقُّها[11]، فيكون التقدير إليها. ولنا قوله عليه السّلام[12]: «ولا مهر أقل من عشرة»*، ولأنه[13]

---

(١٢) ذكرت غير مرة أن هذه االواو للاستفتاح، كذا سمعت من الأساتذة الكبار. (ب)

(١) قوله: "لأن النكاح عقد انضمام وازدواج" يعنى أن معناه اللغوى هو الازدواج يعنى جفت ساختن، لا مبادلة مال بمال، حتى يقتضى المال.

إن قيل: فعلى هذا ينبغى أن يكون صحيحًا بدون الشهود مع أنه لا يصح. قلنا: الأصل يقتضى ذلك لكن جعل الشارع صحته موقوفا على الشهود، فيتم بالزوجين، الحصر إضافى يعنى لا حاجة إلى المهر أصلا. (عبد)

(٢) قوله: "فيتم بالزوجين" فلو شرطنا تسمية المهر لزدنا على النص، كذا فى "الكافى". (إله داد)

(٣) قوله: "ثم المهر إلخ" هذا كلام على سبيل التنزل أى إن سلمنا أن لا يصح بدون المهر، لكن لا حاجة إلى ذكره؛ لأن الشارع عين وكفى كفايته. (عبد)

(٤) لقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾.

(٥) البضع.

(٦) أى يصح.

(٧) قوله: "لما بينا [من أن النكاح عقد إلخ]" من أنه واجب حقا للشرع إبانة لشرف المحل. (ملا إله داد)

(٨) قوله: "وفيه خلاف مالك" أى فيما إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها، فإن هذا النكاح لا يجوز عنده، فقال: لأنه عقد معاوضة، ملك متعة بملك مهر، فيفسد بشرط نفى عوضه كالبيع بشرط أن لا ثمن، إلا أنا نقول: إن النكاح بغير تسمية المهر صحيح بالإجماع، وما كان عوضا شرط ذكره فى العقد لا يختلف بين ترك ذكره وبين نفى ذكره كالبيع، ألا ترى أن البيع بلا ثمن مطلقًا عن ذكر الثمن سواء فى عدم الجواز. (نهاية)

(٩) قوله: "دراهم" الدرهم نصف مثقال وخمسه، وهو يصير أربعة عشر شعيرة، والمثقال عشرون قيراطا، والقيراط خمس شعيرات، والمراد من العشرة المضروبة. (عبد)

(١٠) أى المهر.

(١١) شرعه الله تعالى صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا. (عناية)

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام: «ولا مهر» إلخ" روى جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ينكح النساء إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء ولا مهر دون عشرة دراهم» انتهى، وهكذا روى الدارقطنى فى "سننه"، كذا فى "تخريج الزيلعى".

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٩٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٤٩ ص٦٣. (نعيم)

حق الشرع وجوبًا؛ إظهارًا لشرف المحل، فيقدر بما له خطرٌ، وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة[١]. ولو سمى أقل من عشرة، فلها العشرة عندنا، وقال زفر: مهر المثل؛ لأن تسمية ما لا يصلح مهرًا[٢] كعدمها[٣].

ولنا أن فساد هذه التسمية لحقّ الشرع، وقد صار مقضيًا[٤] بالعشرة، فأمَّا ما يرجع إلى حقّها، فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها، ولا معتبر بعدم التسمية[٥]؛ لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوضٍ تكرُّمًا، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير. ولو طلقها[٦] قبل الدخول بها تجب خمسة[٧] عند علمائنا الثلاثة، وعنده[٨] تجب المتعة، كما إذا لم يسم شيئًا[٩]، ومن سمى مهرًا عشرة فما زاد فعليه المسمّى إن دخل بها، أو مات عنها؛ لأنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل[١٠]، وبه يتأكد البدل، وبالموت ينتهى النكاحُ نهايته[١١]، والشيءُ بانتهاءه يتقرر ويتأكد، فيتقرر[١٢] بجميع

(١٣) المهر.

(١) قوله: "استدلالا بنصاب السرقة [عشرة دراهم]" فإنه فى مقابلة عضو أى اليد، فكذا يكون العشرة فى مقابلة بضع. (عبد)

(٢) كالخمر والخنزير. (عناية)

(٣) وعند عدم التسمية يجب مهر المثل.

(٤) مقضيا: ادا كرده شده.

(٥) قوله: "ولا معتبر إلخ" الحاصل أن لكل من الشارع والزوجة حقا، فيجب رعايتهما، ولا يخفى أن الشرع أن يكتفى بالعشرة، لكن يجوز أن لا ترضى بها، وإنما رضيت بالعدم إظهارا لتكرمها. (عبد) بالعشرة فيما رضيت بما دون العشرة يحصل رعاية الجانبين، بخلاف ما إذا انعدم المهر، فإنه وإن اقتضى حق

(٦) فيما إذا نكحها بما دون العشرة. (عبد)

(٧) دراهم.

(٨) زفر.

(٩) وطلق قبل الدخول يجب المتعة.

(١٠) أى البضع.

(١١) قوله: "ينتهى النكاح إلخ" وذلك لأن النكاح يتوقت إلى آخر الحياة، فتحقق به بكماله، والشيء إذا

مواجبه. وإن طلقها[1] قبل الدخول والخلوة، فلها نصف المسمى؛ لقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾[2] الآية، والأقيسة متعارضة[3]، ففيه تفويت الزوج[4] الملك[5] على نفسه باختياره، وفيه عود المعقود عليه إليها سالما[6]، فكان المرجع فيه النصّ، وشرط[7] أن يكون قبل الخلوة؛ لأنها كالدخول عندنا على ما نبينه إن شاء الله.

قال[8]: وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً، أو تزوّجها على أن لا مهرَ لها فلها مهرُ مثلها، إن دخل بها أو مات عنها[9]. وقال الشافعي: لا يجب شيء في الموت[10]، وأكثرهم[11] على أنه يجب[12] في الدخول، له: أن

تحقق بكماله ترتب عليه مواجبه، بخلاف ما إذا طلقها فإنه قطع النكاح، فالطلاق قاطع، والموت منه، والانتهاء لا يقتضي البقاء لجواز أن يصير الشيء كاملا، وينتفي. (عبد الغفور)

(١٢) النكاح.

(١) أي الامرأة التي سمى مهرها.

(٢) ﴿وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ الآية.

(٣) قوله: "الأقيسة إلخ" الحاصل أن الآية عام مخصوص؛ إذ نصف ما فرضتم مخصوص بما عدا الخمر والخنزير، والقياس راجح على العام المخصوص، فينبغي أن لا يكون عليه شيء، كما هو مقتضى القياس الثاني، أو يجب عليه كل المسمى، كما هو مقتضى القياس الأول، فأجاب بأن الأقيسة متعارضة، وإذا تعارضت الأقيسة تساقطت وإذا تساقطت اعتبر النص. (عبد)

(٤) قوله: "ففيه تفويت الزوج إلخ" فهو بمنزلة ما إذا أتلف المشترى المبيع قبل تسليم البائع، فإن عليه الثمن. (عبد)

(٥) أي ملك البضع.

(٦) قوله: "وفيه عود المعقود عليه إلخ" فهو بمنزلة فسخ المشترى البيع. (عبد)

(٧) أي القدوري. (عبد)

(٨) أي القدوري. (عبد)

(٩) قوله: "أو مات عنها [فإن بالموت ينتهى النكاح، والشيء بانتهاءه يتقرر، وكذا إذا ماتت عنه.]" أي مات متجاوزاً بعيداً عنها. (عبد)

(١٠) قبل الدخول.

(١١) أي أكثر أصحاب الشافعي. (عبد)

(١٢) لاستيفاءه منافع البضع.

المهر خالص حقها، فتتمكن من نفيه ابتداءً(١)، كما تتمكن من إسقاطه(٢) انتهاء. ولنا أن المهر وجوبا حقُّ الشرع(٣) على ما مر(٤)، وإنما يصير حقًا لها في حالة البقاء، فتملك الإبراءَ دون النفي(٥).

ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة؛ لقوله تعالى(٦): ﴿ومتّعوهن على الموسع(٧) قدرُه﴾ الآية، ثم هذه المتعة واجبة رجوعًا(٨) إلى الأمر(٩)، وفيه خلاف مالك(١٠)، والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها(١١)، وهي دِرع(١٢) وخِمار(١٣) وملحفة(١٤)، وهذا التقدير(١٥) مروى(١٦) عن عائشة

(١) قوله: "فتتمكن [كالمفوضة فلها أن تفوض مهرها. ب] من نفيه إلخ" هذا إنما يتأتى فيما إذا تزوجها على أن لا مهر لها، أما إذا لم يسم لها مهرا فلا. (إله داد)

(٢) بالإبراء.

(٣) قوله: "حق الشرع" بدليل قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾. (ب)

(٤) من أنه يجب صيانة للبضع عن الابتذال.

(٥) فإذا وجب حالة النفي، فلأن يجب حالة السكوت أولا. (ف)

(٦) قوله: "لقوله تعالى": ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقًا على المحسنين﴾ (الآية).

(٧) الغني.

(٨) فإن الأمر للوجوب. (عبد)

(٩) وإلى كلمة: حقًا.

(١٠) قوله: "وفيه خلاف مالك" فإنها عنده مستحبة؛ لأن الله تعالى سماها إحسانًا بقوله: ﴿حقًا على المحسنين﴾، ونحن نقول: إن الأمر وكلمة: "على" وكلمة: "متاعًا" مصدر مؤكد، وكلمة: "حقا" تدل على الوجوب، فلا بد من تأويل في ﴿المحسنين﴾ بأن معناه: على المحسنين الذين يقيمون الواجب، ويزيدون على ذلك إحسانًا منهم، كذا في "العناية".

(١١) قوله: "من كسوة مثلها" فإن كانت من السفلة فمن الكرباس، وإن كانت وسطا فمن القز، وإن كانت مرتفعة الحال، فمن الإبريسم. (عناية)

(١٢)قوله: "وهي درع [كرته]" أي قميص المرأة، وخمار أي ما تخمر به الرأس أي تغطى، وملحفة ما يلحف به من قرنها إلى قدمها. (مجمع الأنهر)

(١٣) مخمر.

(١٤) چادر.

(١٥) بالثلاثة.

وابن عباس، وقولُه[١]: "من كسوة مثلها" إشارة إلى أنه يعتبر حالُها[٢]، وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة[٣]؛ لقيامها مقامَ مهر المثل[٤]، والصحيحُ أنه يعتبر حالُه عملا بالنصّ، وهو قوله تعالى: ﴿على الموسع[٥] قدرُه وعلى المقتر[٦] قدرُه﴾، ثم هي[٧] لا تزاد على نصف مهر مثلها[٨]، ولا تنقص عن خمسة دراهم[٩]، ويعرف[١٠] ذلك في "الأصل".

وإن تزوّجها ولم يسمّ لها مهراً ثم تراضيا على تسميته، فهي لها إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة، وعلى قول أبي يوسف الأولِ نصفُ هذا المفروض[١١]، وهو قول الشافعي؛ لأنه

---

(١٦) قوله: "مروى" [قلت: أخرجه البيهقي عن ابن عباس. ت] وذلك لأن المرأة تصلي في ثلاثة أثواب، وتخرج فيها عادة، فتكون متعتها كذلك.

(١) أي قول القدوري في "مختصره". (ب)

(٢) قوله: "حالها" ومعنى قوله: ﴿على الموسع قدره﴾ إلخ أنه يؤخذ منه كسوة مثلها كملا، ويؤخذ منه على قدر فقر الزوج ويساره، فإن كان موسرا يؤخذ منه بقدر وسعه، والباقي عليه دين. (إله داد)

(٣) قوله: "في المتعة الواجبة" قيد به لأن المعتبر عنده في المستحبة حال الرجل. (إله داد)

(٤) قوله: "لقيامها مقام مهر المثل" الواجب في نكاح المفوضة، ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط، وبهذا يسقط ما ذكره الشارح من أنه كان من حقه أن يقول: لقيامها مقام نصف مهر المثل، فإنه يجب المتعة خلفًا عنه.(د)

(٥) الغني.

(٦) الفقير.

(٧) قوله: "ثم هي إلخ" يعني أن المتعة الواجبة إنما ينظر فيها إلى حال المرأة، أو حال الرجل إذا لم تزد على نصف، ولم تنقص من الخمسة، أما إذا زاد عليه، فلا تجب تلك الزيادة في المتعة، وإذا نقص من الخمسة لا يجوز أن ينقص من الخمسة، بل يجب أن يصل إلى الخمسة. (عبد)

(٨) قوله: "لا تزاد إلخ" لأن المسمى أقوى من مهر المثل لوجوبه بالعقد والتسمية، ومهر المثل يجب بالعقد فحسب، ولا يزاد على نصف المسمى إذا طلقها قبل الدخول في النكاح، فلان لا يزاد على نصف مهر المثل أولى، كذا في "الكافي". (إله داد)

(٩) قوله: "ولا تنقص إلخ" لأن المتعة وجبت عوضا عن البضع، وكل العوض لا يجوز أن يكون أقل من عشرة، فنصفه لا يجوز أن يكون أقل من خمسة. (إله داد)

(١٠) قوله: "ويعرف" أي يعرف وجه عدم الزيادة والنقصان في "الأصل" أي المبسوط. (عبد)

(١١) أي الذي فرض لها بعد.

مفروض فيتنصف بالنص[1]. ولنا أن هذا الفرض[2] تعيينٌ للواجب بالعقد، وهو مهر المثل، وذلك لا يتنصف، فكذا ما نزل منزلته، والمراد[3] بما تلا الفرضُ في العقد؛ إذ هو الفرض المتعارف. قال[4]: فإن زادها في المهر بعد العقد، لزمته الزيادة خلافا لزفر[5]، وسنذكره في زيادة[6] الثمن والمثمن[7] إن شاء الله. وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول، وعلى قول أبي يوسف أولاً تتنصف مع الأصل؛ لأن النصف عندهما يختص بالمفروض في العقد[8]، وعنده المفروضُ بعده كالمفروض[9] فيه[10] على ما مر[11].

وإن حطَّت عنه من مهرها صح الحط؛ لأن المهر بقاءً حقُّها، والحطُّ

---

(١) قوله: "بالنص" أي قوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾، ولا فصل فيه بين المفروض في العقد، وبين المفروض بعد العقد، فيتنصف هذا كما يتنصف ذلك. (غاية البيان)

(٢) قوله: "أن هذا الفرض إلخ" يعني أن المفروض بعد العقد تعيين لمهر المثل، ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما قام مقامه، وهذا لأن الواجب بهذا العقد كان مهر المثل؛ لأنه تزوجها ولم يسم لها مهرا، فوجب مهر المثل بحكم العقد، ثم المفروض بعد العقد لو لم يكن تعيينا لذلك، لوجب مهر المثل والمسمى جميعًا، الأول بحكم العقد، والثاني بحكم التسمية، وذلك لا يجوز. (غاية البيان)

(٣) قوله: "والمراد إلخ" فإن النص مطلق، والمطلق ينصرف إلى المتعارف، والمتعارف هو المفروض حالة العقد لا بعده، فيتنصف ذلك، لا هذا. (غاية البيان)

(٤) أي القدوري في "المختصر". (ب)

(٥) قوله: "خلافا لزفر" فإنه يقول: الزيادة هبة مبتدأة لا تلحق بأصل العقد إن قبضت ملكت، وإلا فلا. (ع)

(٦) قوله: "وسنذكره [أي في فصل يذكر بعد باب المرابحة. ب] في زيادة إلخ" قلت: الحوالة إلى ما ذكر في الثمن والمثمن من قوله: ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن، وللبائع أن يزيد للمشتري في المبيع، ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك، فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا، وعند زفر والشافعي لا يضمان على اعتبار الالتحاق. (إله داد)

(٧) المبيع.

(٨) بناء على أنه ينصرف على المتعارف.

(٩) عملا بالظاهر. (عناية)

(١٠) العقد.

(١١) في المسألة المتقدمة آنفًا. (عناية)

يلاقيه حالة البقاء(١)، وإذا خلا الرجل بامرأته(٢)، وليس هناك مانع(٣) من الوطئ، ثم طلقها، فلها كمال المهر(٤). وقال الشافعي: لها نصفُ المهر(٥)؛ لأن المعقود عليه(٦) إنما يصير مستوفًى بالوطئ، فلا يتأكد المهر دونه، ولنا أنها سلّمتِ المبدل(٧) حيث رفعت الموانع(٨)، ذلك وسعُها، فيتأكد حقّها في البدل اعتبارًا بالبيع. وإن كان(٩) أحدهما مريضًا، أو صائمًا في رمضان، أو محرمًا بحج فرض، أو نفل، أو بعمرة(١٠)، أو كانت

(١) وإن كان لا يصح النفي حالة الابتداء.

(٢) خلوة صحيحة.

(٣) سواء كان حسيًا، أو طبعيًا، أو شرعيًا. (عبد)

(٤) قوله: "فلها كمال المهر" لقوله تعالى: ﴿وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض﴾ نهى عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة، إذا الإفضاء عبارة عن الخلوة. (إله داد)

(٥) قوله: "لها نصف المهر" لأنه طلاق قبل المس، فيتنصف بالنص. (إله داد)

(٦) منافع البضع.

(٧) قوله: "سلمت إلخ" قاس ذلك بالبيع، كما أن بتسليم المبيع وتمكين المشترى يلزم تمام الثمن، كذا تمكين التصرف في البضع، وفيه أنه لا اعتبار للقياس في مقابلة النص، وقد وقع ههنا في مقابلته حيث قال: ﴿فإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾.
والمراد من المس هو الجماع، ويمكن أن يقال: إن النص عام مخصوص، والقياس راجع على العام المخصوص، وإنما قلنا: إنه مخصوص إذا لو كان المفروض مقدارًا من الخمر، فإذا طلق قبل الجماع لا يلزم نصفه، فليس كل طلاق وقع قبل الجماع مستلزما للنصف، وإذا كان العام مخصوصا يبين بوجه آخر، وهو أن السبب يوضع كثيرا موضع المسبب، والخلوة سبب للوطئ، فأقيم مقامه، بل يجوز أن يقال: المراد الوطئ، أعم من الوطئ الحقيقي، وما هو وطئ حكمي، فيشمله النص، والقرينة على هذه الإرادة أن السبب يقع مقام المسبب كثيرًا شائعا.
وذهب بعضهم إلى أن المراد من المس الخلوة، وذلك لأن المس سبب للخلوة، فأطلق المسبب وأريد السبب، وفيه أنه يخرج الجماع في الملاء، ويدفع بأنه يثبت ذلك بطريق الدلالة. (عبد)

(٨) قوله: "حيث رفعت الموانع" إن قيل: يفهم منه أنه إذا كان الرجل مريضا مع هذا التسليم يلزم كمال المهر مع أنه لا يجب؛ لما سنذكره.
أجيب بأن ذلك ليس تسليمًا بحسب الحقيقة لعدم القدرة على الأخذ، وفيه أنه قاس على البيع، ولا يشترط في البيع قدرة الأخذ، وفيه أنا لانسلم عدم اشتراط قدرة المشترى على الأخذ. (عبد)

(٩) هذا شروع في بيان الموانع. (ب)

(١٠) قوله: "أو بعمرة" هي عبارة عن الطواف والسعي، والمراد من العمرة أيضًا أعم من الفرض والنفل. (عبد)

حائضًا، فليست الخلوة صحيحةً، حتى لو طلقها[1] كان لها نصف المهر؛ لأن هذه الأشياء موانع[2]، أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع[3]، أو يلحقه[4] به ضررٌ، وقيل: مرضُه[5] لا يعرى عن تكسر وفتور[6]، وهذا التفصيل[7] في مرضها. وأما صوم رمضان لما يلزمه[8] من القضاء والكفارة[9]، والإحرام[10] لما يلزمه[11] من الدم[12]، وفساد النُسك[13] والقضاء، والحيضُ مانع طبعًا[14] وشرعًا.

وإن كان أحدهما صائمًا تطوعًا فلها المهر كله؛ لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية "المنتقى"[15]، وهذا القول في المهر[16] هو الصحيح،

(١) بعد الخلوة مع هذه الموانع.

(٢) من الوطئ.

(٣) قوله: "ما يمنع الجماع" أما في جانب الزوج، فكما كان في غاية الضعف، وأما في جانب الزوجة، فكما حدث لها تشنج، أو ورم في المجرى. (عبد)

(٤) أي المريض أعم من الرجل والمرأة. (عبد)

(٥) قوله: "وقيل إلخ" حاصله أن المرض في جانبها متنوع بلا خلاف، وأما المرض في جانبه فقد قيل: إنه أيضاً متنوع، وقيل: إنه غير متنوع، وأنه يمنع صحة الخلوة على كل حال، وجميع أنواعه في ذلك على السواء، قال الصدر الشهيد: هو الصحيح، ووجهه ما قال المصنف: إن مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور. (عناية)

(٦) فليس له نشاط. (عبد)

(٧) أي ما يمنع الجماع، أو يلحقه إلخ.

(٨) من الوطئ.

(٩) قوله: "والكفارة" والإثم أيضًا.

(١٠) بحج أو بعمرة.

(١١) من الوطئ.

(١٢) قوله: "من الدم" بذبح غنم، أو إبل مثلا. (عبد)

(١٣) بالضم بمعنى عبادت. (غياث)

(١٤) قوله: "طبعًا" أما طبعًا: فلأن فيه التلوث بالدم، وأما شرعا: فلقوله تعالى: ﴿لا تقربوهن حتى يطهرن﴾. (ب)

(١٥) قوله: "في رواية "المنتقى" [اسم كتاب للحاكم الشهيد. ب]" أما في غيرها، فلا يباح له الإفطار من

وصومُ القضاء والمنذور كالتطوع فى رواية ؛ لأنه لا كفارة فيه[١]، والصلاة بمنزلة الصوم[٢] فرضها كفرضه ونفلها كنفله[٣].

وإذ خلا[٤] المجبوب[٥] بامرأته، ثم طلقها، فلها كمال المهر عند أبى حنيفة. وقالا: عليه نصف المهر ؛ لأنه أعجز من المريض، بخلاف العِنِّين[٦] ؛ لأن الحكم أُدير على سلامة الآلة[٧]. ولأبى حنيفة أن المستَحقّ عليها[٨] التسليم فى حقّ السحق[٩]، وقد أتت به[١٠].

قال[١١]: وعليها العدة فى جميع هذه المسائل[١٢] احتياطًا استحسانًا[١٣]

غير عذر. (عبد)

(١٦) قوله: "وهذا القول فى المهر إلخ" أى يعمل بهذه الرواية فى باب المهر دون غيره، وذلك لأنه مسألة مجتهد فيها، ويجوز أن يعمل بحسب المسألة المجتهد فيها إذا روعى حق شخص، وههنا روعى جانب المرأة. وأما على رواية غير "المنتقى": فلم يكن الإفطار مباحًا، فإذا عمل بمقتضى هذه الرواية، لزم أن لا يثبت إلا نصف المهر. (عبد)

(١) قوله: "لأنه لا كفارة" الحاصل أنه لا كفارة لكن فيه إثم، فمن نظر إلى الإثم لم يجعله في حكم صوم التطوع، ومن أغمض عنه ونظر إلى أنه لا كفارة فيه جعل فى حكم صوم التطوع. (عبد)

(٢) قوله: "بمنزلة الصوم" التشبيه فى الحكم لا فى وجه الحكم، فإن الدليل مختلف، وذلك لعدم الكفارة ههنا، والمراد من الفرض أعم من الفرض الاعتقادى والعملى، فيشمل الوتر. (عبد)

(٣) قوله: "كنفله" وقد يقال: كيف يكون نفلها كنفله، وقد جاز نقض نفله دون نفلها، فلا يتقاسان. (إله داد)

(٤) قوله: "وإذ خلا" فإن التخلية فيه تسليم حتى يجب على المشترى الثمن، فكذا ههنا. (ب)

(٥) هو مقطوع الذكر والخصيتين. (ب)

(٦) قوله: "بخلاف العنين" العنين: من لا يقدر على الجماع مطلقًا مع وجود الآلة، أو يقدر على الثيب دون البكر. (مجمع الأنهر)

(٧) وليست للمجبوب.

(٨) أى على امرأة المجبوب.

(٩) بالفتح سودن. (م)

(١٠) أى بالتسليم المستحق عليها.

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (ب)

(١٢) قوله: "فى جميع هذه المسائل" أى سواء كانت الخلوة صحيحة أو فاسدة، كخلوة المجبوب

لتوهم الشغل[١]، والعدةُ حقُّ الشرع[٢] والولدِ، فلا يصدق في إبطال حقّ الغير، بخلاف المهر[٣]؛ لأنه مال لا يحتاط في إيجابه. وذكر القدوري في "شرحه"[٤] أن المانع إن كان شرعيًا[٥]، تجب العدة لثبوت التمكن[٦] حقيقة، وإن كان حقيقيًا كالمرض والصغر، لا تجب لعدم التمكن حقيقةً.

قال[٧]: وتُستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة، وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرًا[٨]. وقال الشافعي: تجب لكل مطلقة[٩] إلا لهذه[١٠]؛ لأنها وجبت صلةً[١١] من الزوج؛ لأنه أوحشها

أو غيره. (د)

(١٣) والقياس أن لا تجب لعدم وجود الخلوة. (ب)

(١) أي شغل الرحم بالوطئ وبالسحق. (إله داد)

(٢) قوله: "حق الشرع" أما إنها حق الشرع، فيدل عليه أن الزوجين لا يملكان إسقاطها، وأما إنها حق الولد؛ فلقوله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره»، والمقصود منه رعاية نسب الولد، وهو حقه، فلا تصدق المرأة في إبطال حق الغير بقولها: لم يطأني. قيل: معناه فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله: لم أطأها، بخلاف المهر فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة؛ لأنه مال لا يحتاط في إيجابه. (عناية)

(٣) فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة. (ب)

(٤) أي لمختصر الكرخي. (عناية)

(٥) كالحيض.

(٦) وعدم التمكن شرعًا، فدارت بين الوجوب وعدمه، فيجب احتياطًا. (إله داد)

(٧) أي القدوري. (ب)

(٨) قوله: "وقد سمى لها مهرًا" ليس المراد به التسمية في صلب العقد، حتى يشكل بما ذكر في "المبسوط" وغيره: أن المتعة تستحب في التي طلقها قبل الدخول قد سمى لها مهرا، فلا يصح الاستثناء، بل المراد التسمية بعد العقد بأن تزوجها، ولم يسم لها مهرًا، ثم تراضيا على تسميته، والمتعة لهذه ليست بمستحبة، بل واجبة. ثم لما استثني هذه صارت التي تزوجها، ولم يسم لها مهرًا، لا في صلب العقد ولا بعده مستثناة بطريق الدلالة، فلا يشك الصدر ولا الاستثناء. (إله داد)

(٩) قوله: "تجب لكل مطلقة" بقوله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف﴾، فقد أوجب المتعة لكل مطلقة. (ملا إله داد)

(١٠) قوله: "إلا لهذه" أي التي طلقها زوجها قبل الدخول، وقد سمى لها بعد النكاح، أما التي سمى لها في صلب العقد، وقد طلقها قبل الدخول، فمستثناة دلالة. (ملا إله داد)

(١١) عطاء.

بالفراق[١] إلا أن في هذه الصورة نصف المهر[٢] طريقة المتعة[٣]؛ لأن الطلاق فسخ في هذه الحالة، والمتعة لا تتكرر.

ولنا أن المتعة خلفٌ[٤] عن مهر المثل في المفوضة[٥]؛ لأنه سقط مهر المثل، ووجبت المتعة، والعقدُ يوجب العوض فكان خلفًا، والخلف لا يجامع الأصل[٦]، ولا شيئًا[٧] منه، فلا تجب مع وجوب شيء من المهر، وهو غير جان[٨] في الإيحاش، فلا تلحقه الغرامة به، فكان من باب الفضل. وإذ زوّج الرجلُ[٩] بنتَه على أن يزوجه المتزوج بنتَه أو أخته؛ ليكون أحد العقدين[١٠] عوضًا عن الآخر، فالعقدان جائزان، ولكل واحدة

---

(١) فأوجبناها رفعا للوحشة. (ب)

(٢) أي نصف المفروض دون المتعة. (إله داد)

(٣) قوله: "طريقة المتعة إلخ" يعني أن نصف المهر يجب بطريق المتعة؛ لأن الطلاق فسخ معنى، وفي هذه الحالة يعود مالها إليها سالما، وذلك يقتضي سقوط المهر كله، كما في فسخ البيع، لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة، والمتعة لا يتكرر فلا يجب المتعة لهذه المطلقة، وتجب لغيرها. (عناية)

(٤) قوله: "أن المتعة إلخ" يعني أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة؛ لوجود حد الخلف؛ لأن مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول، ووجبت المتعة، والحال أن العقد يوجب العوض لا ينفك عنه؛ لقوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ على ما عرف في الأصول، فكان وجوب المتعة مضافًا إلى العقد بعد مهر المثل، ولا نعني بالخلف إلا ما يجب بعد سقوط شيء مضافًا إلى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء، فيثبت أنها خلف، والخلف لا يجامع الأصل، فالمتعة لا تجامع مهر المثل، ولا شيئًا منها. (عناية)

(٥) بكسر الواو، (ب) التي زوجت نفسها بلا مهر.

(٦) كل المفروض، أي مهر المثل فيما إذا طلقها بعد الدخول، ولم يسم لها مهرًا. (إله داد)

(٧) أي نصف المفروض.

(٨) قوله: "وهو غير جان" جواب عن قوله: أوحشها بالفراق، وتقريره: سلمنا أنه أوحشها بالفراق، لكنه لم يكن في الإيحاش جانيا؛ لأنه فعل ما فعله بإذن الشرع، فلا يلحقه غرامة بوجوب المتعة، فكان المتعة بتأويل المتاع من باب الفضل أي الاستحباب. (عناية)

(٩) قوله: "وإذا زوج الرجل" هذا النكاح يسمى نكاح الشغار من الشغور، وهو الرفع والإخلاء، وهو من أنكحة الجاهلية. (ب)

(١٠) قوله: "ليكون أحد العقدين إلخ" لو قال: أحد البضعين عوضًا عن الآخر لكان أولى، وذلك بأن يزوج الآخر بنته، أو أخته على أن يكون بضع كل صداقًا للأخرى. (إله داد)

منهما مهر مثلها. وقال الشافعي: بطل العقدان؛ لأنه جعل نصفَ البضع[١] صَداقًا والنصف منكوحة، ولا اشتراك في هذا الباب، فبطل الإيجاب.

ولنا أنه سمّى ما لا يصلح صَداقًا، فيصح العقد، ويجب مهر المثل، كما إذا سمى الخمر والخنزير[٢]، ولا شركة[٣] بدون الاستحقاق.

وإن تزوج حرّ امرأةً[٤] على خدمته إياها سنة، أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها. وقال محمد[٥]: لها قيمةُ خدمته، وإن تزوج عبدٌ امرأة بإذن مولاه[٦] على خدمته[٧] سنة جاز، ولها خدمته.

وقال الشافعي: لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين[٨]؛ لأن ما يصلح أخذُ العوض عنه بالشرط، يصلح مهرا عنده[٩]؛ لأنه بذلك[١٠] تتحقق المعاوضة، وصار كما إذا تزوجها على خدمة حُرٍّ آخر برضاه، وعلى

(١) قوله: "لأنه جعل إلخ" لأنه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداقًا لابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين، فيصير النصف للزوج بحكم النكاح، لبنته بضعة بحكم المهر، فيلزم الاشتراك، والاشتراك في هذا الباب مبطل للإيجاب. (عناية)

(٢) فإنه ح يجب مهر المثل.

(٣) قوله: "ولا شركة إلخ" جواب الخصم، وبيانه: أن البضع لما لم يصح صداقًا لم يتحقق الاشتراك؛ لأن منافع بضع المرأة لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى، فبقى هذا شرطا فاسدا، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة. (عناية)

(٤) هذه من مسائل القدوري.

(٥) قوله: "وقال محمد" قال فخر الإسلام في "شرح الجامع الصغير": قال الفقيه أبو جعفر: ينبغي أن يكون قول أبي يوسف مثل قول محمد، وقال بعض مشايخنا: إنه كقول أبي حنيفة. (بناية)

(٦) العبد.

(٧) العبد.

(٨) قوله: "لها تعليم القرآن، والخدمة في الوجهين" أي فيما إذا كان الزوج حرا أو عبدا؛ لأن كل ما جاز أخذ العوض عنه، فإنه يكون مهراً، ويجوز أخذ العوض عن تعليم القرآن، والإمامة، والأذان، عنده، فيجوز أن يكون مهراً، وكذا خدمة الحر فإنه يجوز أخذ العوض عنه عنده عند العقد بالإجماع، فيصلح مهراً. (غاية البيان)

(٩) الشافعي.

(١٠) أي بأخذ العوض عنه.

رعى الزوج غنماً[١] . ولنا[٢] أن المشروع[٣] إنما هو الابتغاءُ بالمال، والتعليم[٤] ليس بمال[٥]، وكذلك المنافع على أصلنا[٦]، وخدمةُ العبد ابتغاءٌ بالمال؛ لتضمنه[٧] تسليم رقبته[٨]، ولا كذلك[٩] الحر، ولأن خدمة الزوج الحرّ[١٠] لا يجوز استحقاقُها[١١] بعقد النكاح[١٢]؛ لما فيه من قلب الموضوع[١٣]، بخلاف خدمة حرٍّ آخر برضاه؛ لأنه لا مناقضة، وبخلاف خدمة العبد؛ لأنه يخدم مولاه[١٤] معنًى حيث يخدمها بإذنه وأمره، وبخلاف رعى الأغنَام؛ لأنه من باب القيام بأمور الزوجية، فلا مناقضة، على أنه ممنوع فى روايةٍ[١٥] .

---

(١) فإنه يلزم حينئذٍ ما قال.

(٢) الإمام محمد داخل فى قوله: لنا، بالنسبة إلى تعليم القرآن، ولذا قال: ولنا، وليس بداخل بالنسبة إلى الخدمة، فقال فى الأخير: ثم على قول محمد.

(٣) لقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾.

(٤) أى تعليم القرآن.

(٥) فكيف يكون مهرا.

(٦) قوله: " وكذلك المنافع [كخدمة الحر] على أصلنا" لأنها لا تبقى زمانين، والتمول يعتمد البقاء زمانين، فلا يكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به شرعا، وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعى الغنم. (عناية)

(٧) والعبد مال.

(٨) العبد.

(٩) فإنه ليس بمال.

(١٠) دليل ثانٍ.

(١١) للمرأة على الزوج.

(١٢) قوله: " بعقد النكاح" قيد به؛ لأنه يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، فإن المرأة لو استأجرت زوجها ليخدمها جاز في ظاهر الرواية، ولكن له أن يرافع الأمر إلى القاضي فيفسخه. (إله داد)

(١٣) فإن الزوجة حينئذٍ تكون مخدومة.

(١٤) أي إذا خدم زوجته.

(١٥) قوله: " على أنه ممنوع في رواية" أي رواية الأصل، والصواب أن يسلم لها إجماعا استدلالا بقصة موسى وشعيب عليهما السلام، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا قص الله ورسوله بلا إنكار، كذا قيل.

ثم على قول محمد: تجب قيمة الخدمة؛ لأن المسمّى[١] مال إلا أنه[٢] عجز عن التسليم لمكان المناقضة[٣]، فصار كالتزوّج على عبد الغير[٤]. وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يجب مهر المثل؛ لأن الخدمة ليست بمال؛ إذ لا يستحق[٥] فيه بحال، فصار كتسمية الخمر والخنزير[٦]، وهذا[٧] لأن تقومها بالعقد[٨] للضرورة[٩]، فإذا لم يجب تسليمه في العقد[١٠]، لا يظهر تقومه، فيبقى الحكم على الأصل، وهو مهر المثل.

فإن تزوّجها على ألف[١١]، فقبضتها ووهبتها له، ثم طلقها قبل

وجوابه: أن الله تعالى لما لم يشرع النكاح بدون المال، صار ذلك إنكارا للنكاح بما ليس بمال، ورعى الأغنام ليس بمال، فكان النكاح به منسوخاً. (د)

(١) هو الخدمة. (عناية)

(٢) الزوج.

(٣) فإنه يصير الزوج ح خادماً.

(٤) فيجب قيمة عبد الغير.

(٥) قوله: "إذ لا يستحق إلخ" أي لا يستحق الخدمة في النكاح بحال، ولو كان مالا لاستحقت؛ لأنه وجد المقتضي، وهو العقد الصادر من الأهل المضاف إلى المحل، وانتفى المانع، وهو كون المهر غير مال.
وذكر بعض الشارحين أن سماعه في هذا المكان كلمة أو هكذا: "أو لا يستحق فيه بحال"، وهو حسن لمعنيين: أحدهما: أن يكون كل واحد من قوله: لأن الخدمة ليست بمال، ولا يستحق فيه بحال دليلا على وجوب مهر المثل، ويكون الأول إشارة إلى قوله: ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال، والثاني: إشارة إلى قوله: ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعد النكاح. والمعنى الثاني: أن قوله: إذ لا يستحق فيه بحال، لا دلالة له على أن الخدمة ليست بمال إلا بما ينفيه من وجود المقتضي، وانتفاء المانع، وهو لا يتم لأن للخصم أن يقول: لا نسلم أنها لو كانت مالا لاستحقت فيه، وقوله: لأنه وجد المقتضي، وانتفى المانع، وهو كون المهر غير مال يقول: المانع غير منحصر في ذلك، بل كونه مفضياً إلى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق، لكن سماعي بكلمة إذ. (عناية)

(٦) وفيها مهر المثل.

(٧) أي وجوب مهر المثل.

(٨) أي بعقد الإجارة.

(٩) أي لضرورة الناس وحاجاتهم.

(١٠) لمكان التناقض. (عناية)

(١١) عيناً، أو في الذمة. (عبد)

الدخول بها، رجع عليها بخمسمائة؛ لأنه لم يصل إليه بالهبة(١) عينُ ما يستوجبه(٢)؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ(٣)، وكذا(٤) إذا كان المهر مكيلا، أو موزونًا آخر(٥) في الذمة(٦) لعدم تعينها.

فإن لم تقبض الألفَ حتى وهبتها له، ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحدٌ منهما(٧) على صاحبه بشيء، وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق، وهو قول زفر؛ لأنه سلم المهرُ له بالإبراء، فلا تبرأ عما(٨) يستحقه(٩) بالطلاق قبل الدخول. وجه الاستحسان أنه وصل(١٠) إليه(١١)

(١) قوله: "لأنه لم يصل إليه [الزوج] إلخ" أي لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول، فإنه يتنصف الصداق بالنص، ولم يصل إليه عين ما يستوجبه بالهبة؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعينان بالتعيين في العقود والفسوخ، فكانت هبة هذه الألف كهبة ألف أخرى، وإذا لم يصل إليه عين ما استوجبه كان له الرجوع. وكذا إذا كان المهر مكيلا، أو موزونا آخر في الذمة غير الدراهم فقبضت، ثم طلقها قبل الدخول بها، يرجع عليها بنصف ذلك؛ لعدم التعيين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت. (عنايه)

(٢) قوله: "عين ما يستوجبه [الزوج]" أي بالطلاق قبل الدخول؛ لأنه يستحق نصف المهر، والمقبوض ليس بمهر، بل هو عوض عنه؛ لأن المهر دين في الذمة والمقبوض عين، فكان مثله لا عينه، ولهذا لا يلزمها رد عين ما قبضته بالطلاق قبل الدخول، فصارت هبة المقبوض كهبة مال آخر، وحق الزوج في سلامة نصف الصداق ولم يسلم فله الرجوع، كذا في "الكافي". (إله داد)

(٣) قوله: "لا تتعينان في العقود والفسوخ" أما في العقود: كما إذا اشترى شيئًا بدرهم حاضر جاز للمشتري أن يعطي من غير المشار إليه. وأما في الفسوخ، فكما إذا أقال البيع بدرهم حاضر، جاز أن يعطي من غير المشار إليه، وإذا عرفت ذلك، فإذا وهبت الألف لم تعطه ما يستوجبه؛ لأن مستوجبه هو النصف المطلق أعم من أن يكون في ضمن هذه الدراهم أو غيرها، فذلك المتعين غير متعين لأداء ما استوجبه. (عبد)

(٤) أي يرجع عليها بالنصف. (ب)

(٥) قوله: "أو موزونًا آخر" أي غير الدراهم والدنانير، والمراد به الحديد والرصاص وأمثالهما. (عبد)

(٦) قوله: "في الذمة" وإنما قيد به إذ لو كان المكيل والموزون من المشار إليه يتعين. (عبد)

(٧) اتفاقًا بين أبي حنيفة وصاحبيه. (ب)

(٨) أي نصف المهر.

(٩) الزوج على الزوجة.

(١٠) قوله: "أنه وصل إلخ" حاصله أن المقصود وصول حقه إليه، وقد حصل، والأسباب ليست مقصودة بذاتها، حتى يراعى حالها. (عبد)

عينُ ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول، وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا يبالي باختلاف السبب[١] عند حصُول المقصُود[٢].

ولو قبضت خمسمائة، ثم وهبت الألف كلها المقبوضَ وغيره، أو وهبت الباقي، ثم طلّقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة رح. وقالا: يرجع عليها بنصف ما قبضت؛ اعتبارًا للبعض[٣] بالكل[٤]، ولأن هبة البعض[٥] حطّ، فيلتحق[٦] بأصل العقد.

ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج حصل، وهو سلامة نصف الصّداق بلا عوض، فلا يستوجب[٧] الرجوعَ عند الطلاق. والحط[٨] لا يلتحق[٩] بأصل العقد في النكاح[١٠]، ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق[١١] حتى لا

(١١) الزوج.

(١) قوله: "ولا يبالي إلخ" أي أنه وصل إلى حقه ولو بالإبراء، والمقصود الوصول إلى حقه بأي سبب كان. (عبد)

(٢) وهو براءة الذمة عن نصف المهر. (ب)

(٣) قوله: "اعتبارًا للبعض بالكل" فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج، ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف ما قبضت، فكذا إذا قبضت البعض. (عناية)

(٤) قوله: "بالكل" فكما أن في صورة الكل يرجع بالنصف، كذا في حق نصف الكل، فيرجع بنصف النصف. (عبد)

(٥) قوله: "ولأن هبة البعض" أي البعض الذي لم يقبضه حط، والحط يلتحق بأصل العقد، فكأنه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة. (عناية)

(٦) قوله: "يلتحق إلخ" وإذا التحق بأصله صار كل المهر هو المقبوض فينصف. (عبد الغفور)

(٧) على الزوجة.

(٨) جواب عن قولهما.

(٩) قوله: "لا يلتحق إلخ" ألا ترى أن من تزوج على عشرين درهمًا، فوهبت له خمسة عشر منها لا يجب عشرة، ولو التحق الحط بأصل العقد، لصار كأنه تزوجها على خمسة، ولو تزوجها على خمسة يجب العشرة، وهذا لأن النكاح ليس بعقد مغابنة ومبادلة مال بمال، فلم يجب فيه إسناد الإبراء، والحط إلى أصل العقد مع إمكان التحقيق في الحال. (ملا إله داد)

(١٠) قوله: "في النكاح" إنما قيد به إذ في البيع يلتحق بأصل البيع، فيصير بيعًا آخر، بخلاف

تتنصف[1]، ولو كانت وهبت أقلّ من النصف[2]، وقبضت الباقي[3]، فعنده يرجع عليها[4] إلى تمام النصف[5]، وعندهما بنصف المقبوض[6].

ولو كان تزوجها على عرضٍ، فقبضت أو لم تقبض فوهبت له، ثم طلقها قبل الدخول بها، لم يرجع عليها بشيء، وفي القياس -وهو قول زفر- يرجع عليها بنصفْ قيمته[7]؛ لأن الواجب فيه[8] ردّ نصف عين المهر على ما مر تقريره[9]. وجه الاستحسان أن حقّه عند الطلاق سلامةُ نصف المقبوض من جهتها[10]، وقد وصل إليه، ولهذا[11] لم يكن لها[12] دفعُ شيء

النكاح. (عبد الغفور رحمه الله تعالى)

(١١) حتى لا تتنصف الزيادة مع الأصل بالاتفاق كذلك الحط. (عناية)

(١) قوله: "حتى لا تتنصف" فإذا زاد على المهر خمسين، ثم طلق قبل الدخول لا يتنصف خمسون. (عبد)

(٢) كالربع.

(٣) سه ربع.

(٤) إذ بهذا الرجوع يسلم له نصف الصداق، ولو بأي سبب كان.

(٥) الربع.

(٦) قوله: "بنصف المقبوض" فإنه لما وهبت أقل من النصف، والهبة حط، فالتحق بأصل العقد، فبقي المهر كأنه هو القدر المقبوض، فلما طلق قبل الدخول، رجع عليها بنصف القدر المقبوض. (عبد)

(٧) العرض.

(٨) قوله: "لأن الواجب فيه" أي في الطلاق قبل الدخول رد نصف عين المهر، وفيه أن الرد إنما يظهر فيما إذا قبضت، أما إذا لم تقبض فلا، ويمكن أن يقال: إن خلاف زفر ليس إلا في هذا الشق، أما في غير المقبوض فلا، أو يقال: الرد فرع القبض سواء كان حقيقةً أو حكمًا، فإنها إذا وهبت كأنها أخذت ووهبت. (عبد)

(٩) قوله: "على ما مر تقريره" يعني في قوله: لأنه سلم المهر له بالإبراء، فلا تبرأ عما يستحقه. (عناية)

(١٠) قوله: "من جهتها" إنما قيد بذلك إذ لو وهبت لشخص آخر، ثم وهب هذا الشخص للزوج يرجع الزوج بها؛ لأنه لم يصل إليه من جهة الزوجة. (عبد)

(١١) قوله: "ولهذا" أي لأن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض، لم يكن لها أي مع وجود العرض المقبوض بنفسه. (عبد)

(١٢) اتفاقًا.

آخر مكانه(١)، بخلاف ما إذا كان المهر دينًا(٢)، وبخلاف ما إذا باعت(٣) من زوجها؛ لأنه وصل إليه ببدل. ولو تزوجها على حيوانٍ(٤) أو عروضٍ في الذمة، فكذلك الجواب(٥)؛ لأن المقبوض متعين في الردّ، وهذا(٦) لأن الجهالة تحملت في النكاح(٧)، فإذا عيّن يصير كأن التسمية وقعت عليه.

وإذا تزوجها على ألفٍ على أن لا يخرجها من البلدة(٨)، أو على أن لا يتزوج عليها أخرى، فإن وفى بالشرط فلها المسمى؛ لأنه صلح مهرا(٩)،

---

(١) العرض.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا كان المهر دينًا [يعني الدراهم والدنانير في الذمة. عبد]" وهي المسألة الأولى حيث يرجع عليها بالنصف؛ لأن حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين، ولهذا لو دفعت مكانه شيئًا آخر جاز.(ع)

(٣) قوله: "وبخلاف ما إذا باعت" يعني الصداق العرض من زوجها؛ لأنه وصل إليه ببدل، وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل، فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول، فلذلك يرجع عليها بنصف المهر.(ع)

(٤) قوله: "ولو تزوجها على حيوان" يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما لا مطلقة، أو عروض في الذمة، بأن قال: على ثوب هروي بين جنسه ونوعه، فإنه حينئذ يجب الوسط مما سمي ويثبت دينا في الذمة، فيشبه النقود، فكذلك الجواب يعني إذا وهبته له ثم طلقه قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء قبضت، أو لم تقبض؛ لأن المقبوض متعين في الرد يعني أنها لو قبضته تعين عليها رده بعينه، وكلما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين، وإذا وهبت ما يتعين بالتعيين، فإن كانت الهبة بعد القبض فقد وصل إليه عين حقه؛ لأن اختلاف السبب غير معتبر، وإن كانت قبله فقد وصل إليه حقه، وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا معتبر باختلاف السبب. (عناية)

(٥) أي لا يرجع عليها بشيء. (ب)

(٦) قوله: "وهذا [أي تعينه في الرد. ب]" أشار به إلى أمرين: أحدهما: جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين، والآخر: أن المقبوض متعين في الرد. (ب)

(٧) قوله: "تحملت إلخ" الحاصل أن البيع بفرس غير مشخص بيع فاسد، حتى إذا باع شيئًا وأعطاه فرسا لم يصر الفرس ملكا له، وكان له أن يأخذ قيمة ذلك. أما النكاح: فيجوز فيه الجهالة؛ لأن في النكاح مساهلة ليس في غيره، فيجوز النكاح بفرس غير معين، ولما لم يمكن تسليم المطلق إلا في خصوصية في ذلك المطلق، فكأنه سلم المطلق، فإذا وهبت له سلم نصف المهر من جهتها، فلا يرجع عليها. (عبد)

(٨) قوله: "على أن إلخ" أي شرط النكاح بالألف على ما لها فيه نفع، فالمتبادر منه أن رضاها بالألف مبني على هذا النفع، فحينئذٍ نظر إن كان مهر المثل مساويًا للمسمى الذي هو الألف مثلا أو أقل، كان لها المسمى، وذلك الشرط تبرع منه، وإن كان مهر المثل أزيد، كان لها مهر المثل إذا لم يفِ به. (عبد)

(٩) لأنه سمى ما لها فيه نفع، وهو عدم إخراجها من البلدة، وعدم التزوج عليها. (ب)

وقد تم رضاها به. وإن تزوّج عليها أخرى، أو أخرجها، فلها مهر مثلها؛ لأنه سمّى[١] ما لها فيه نفع، فعند فواته[٢] ينعدم رضاها بالألف، فيكمل مهر مثلها، كما في تسمية الكرامة[٣] والهديّة مع الألف.

ولو تزوّجها على ألفٍ إن أقام بها، وعلى ألفين إن أخرجها، فإن أقام بها فلها الألف، وإن أخرجها فلها مهر المثل، لا يزاد على الألفين ولا ينقص عن الألف، وهذا عن أبي حنيفة رح[٤]. وقالا: الشرطان جميعاً جائزان[٥]، حتى كان لها الألف إن أقام بها، والألفان إن أخرجها.

وقال زفر[٦]: الشرطان جميعًا فاسدان[٧]، ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من ألف ولا يزاد على الألفين. وأصلُ المسألة[٨] في الإجارات في قوله: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم، وسنبينها فيه[٩] إن شاء الله.

(١) قوله: "لأنه سمى" أي لأن الزوج ذكر ما لها فيه نفع، فالظاهر أن نقصان المهر في مقابلة ذلك النفع. (عبد)

(٢) النفع.

(٣) قوله: "كما في تسمية إلخ" أي كما ذكر مع الألف إني أكرمك، و أعطيك هدية، فإنه إذا لم يفِ به، كان لها مهر المثل. (عبد)

(٤) قوله: "وهذا عند أبي حنيفة" لأن الشرط الأول قد صح، وموجبه مهر المثل إذا لم يفِ به، فيصير هو بالشرط الثاني نافيا موجب الشرط الأول ومغيرا له، والعطف للتغاير فيعارض الشرط الثاني فبطل، كذا في الحاشية. (إله داد)

(٥) قوله: "جائزان" لأن في كل من الشرطين غرضا، وقد سمى بإزاءه بدلا، فيجب اعتبار كل منهما تحقيقا لغرضه، قال عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم». (د)

(٦) وذكر مشايخ العراق قوله كقول أبي حنيفة. (ب)

(٧) قوله: "فاسدان" فإن المسمى مجهول؛ إذ لا يدرى أنه يقيم بها فيجب ألف، أولا فيجب ألفان، وجهالته يوجب مهر المثل. (ملا إله داد رحمه الله)

(٨) أي دليل المسألة. (عبد)

(٩) أي كتاب الإجارات. (ب)

ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد، فإذا أحدهما أوكس[١] والآخر أرفع، فإن كان مهر مثلها أقلّ من أوكسهما[٢]، فلها الأوكس، وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع، وإن كان بينهما[٣]، فلها مهر مثلها، وهذا عند أبى حنيفة. وقالا: لها الأوكس في ذلك كله[٤]، فإن طلقها قبل الدخول بها، فلها نصف الأوكس فى ذلك كله بالإجماع[٥] لهما[٦] أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمّى، وقد أمكن إيجابُ الأوكس؛ إذ الأقلُ متيقن[٧]، وصار كالخلع[٨] والإعتاقِ على مالٍ. ولأبى حنيفة أن الموجبَ الأصلىَّ مهر المثل؛ إذ هو الأعدل[٩]، والعدولُ عنه عند صحة التسمية[١٠]، وقد فسدت لمكان الجهالة، بخلاف الخلع[١١] والإعتاقِ؛ لأنه

(١) ناقص.

(٢) أو مساويًا. (عبد)

(٣) أى بين الأوكس والأرفع.

(٤) أى سواء كان مهر المثل أقل من الأوكس أو أزيد من الأرفع أو بينهما.

(٥) أى بإجماع أصحابنا. (ب)

(٦) قوله: "لهما إلخ" الحاصل أنهما يجعلان التسمية أصلا، وأما الإمام فيجعل مهر المثل أصلا. (عبد الغفور)

(٧) قوله: "إذ الأقل متيقن" فيه أن الأقل متيقن إذا كان من جنس غير الأقل، وليس كذلك؛ لأن صورة الأوكس مخالفة لصورة الأرفع، وإنما يصح ذلك فى الدراهم والدنانير، فإن الأقل منهما مندرج فى الأكثر منهما، نعم لو قيل: بقيمة الأوكس يصح ذلك لكنهما لا يقولان ذلك. (عبد)

(٨) قوله: "وصار كالخلع إلخ" مثلا إذا قال: خالعتك على هذا العبد، أو على هذا العبد فإنه يتعين الأوكس وكذا إذا قال: أعتقت هذا على هذا العبد أو على هذا العبد يتعين الأوكس. (عبد)

(٩) قوله: "إذ هو الأعدل" لأنه لا يقبل الزيادة والنقصان؛ لأنه قيمة منافع البضع، وقيمة الشىء لا تقبل الزيادة والنقصان، بخلاف التسمية؛ لأنها تقبلها. (عناية)

(١٠) قوله: "والعدول عنه إلخ" يعنى أن الإمام يجعل مهر المثل أصلا فى النكاح، فلا يجوز العدول عنه بلا ضرورة، وإذا عرفت ذلك فكان الأصل ههنا مهر المثل، وإنما يعدل عن هذا الأصل لصحة التسمية، ولم يصح التسمية لجهالة التسمية فيرجع إلى الأصل. (عبد)

(١١) قوله: "بخلاف الخلع إلخ" يعنى أن الشارع لم يجعل للخلع والإعتاق شيئًا، حتى لو قال: خالعتك، أو أعتقتك بلا شىء كان صحيحا، بخلاف ما إذا تزوج. (عبد)

لا موجبَ له في البدلِ، إلا أن مهر المثل[١] إذا كان أكثر من الأرفع، فالمرأة رضيت[٢] بالحط[٣]، وإن كان أنقصَ من الأوكس، فالزوج رضى[٤] بالزيادة[٥]، والواجب[٦] في الطلاق قبل الدخول في مثله[٧] المتعة، ونصف الأوكس[٨] يزيد عليها في العادة، فوجب لاعترافه بالزيادة.

وإذا[٩] تزوجها على حيوان[١٠] غير موصوف[١١] صحت التسمية، ولها الوسط منه، والزوج مخيّر إن شاء[١٢] أعطاها ذلك[١٣]، وإن شاء أعطاها قيمتَه[١٤]. قال[١٥]: معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان[١٦]

(١) قوله: "إلا أن مهر المثل إلخ" جواب عما يقال: إذا كان مهر المثل هو الأعدل، كان المصير إليه واجبا في الأحوال الثلاثة، ووجهه أنه كذلك إلا أن إلخ. (عناية)

(٢) فيحكم بالأرفع.

(٣) عن مهر المثل.

(٤) فيحكم بالأوكس.

(٥) على مهر المثل.

(٦) قوله: "والواجب إلخ" جواب عما يقال: إذا كان كذلك كان الواب أن يجب نصف الأرفع فيما رضيت فيه بالأرفع مهرا؛ لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى، ووجهه أن الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله -وهو ما يكون التسمية فيه فاسدة المتعة- ونصف إلخ. (عناية)

(٧) أى في النكاح الفاسد.

(٨) قوله: "ونصف الأوكس إلخ" يعنى أن نصف الأوكس يجب على تقدير مساواته للمتعة، أو زيادته على المتعة، أما إذا كان أقل من المتعة فينبغى وجوب المتعة، وإنما حكمنا بنصف الأوكس؛ لجريه مجرى الغالب، فإن الغالب زيادة نصف الأوكس على المتعة. (عبد)

(٩) هذه المسألة من مسائل القدورى. (ب)

(١٠) قوله: "على حيوان" بالتنكير؛ إذ لو أضاف إلى نفسه كما إذا قال: على فرسى لم يكن لها الوسط، فهو بمنزلة أحد هذين العبدين. (عبد)

(١١) بالجيادة والرداءة. (عبد)

(١٢) قوله: "مخير إن شاء إلخ" أما الأول: فلأصالته من وجه، وأما الثاني: فلأن مرتبة الوسط تعرف بالقيمة، فيجوز العمل بكلا الأصلين. (عبد)

(١٣) الوسط.

(١٤) الوسط.

دون الوصف[١]، بأن يتزوجها على فرس أو حمار، أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوجها على دابة[٢] لا تجوز التسمية، ويجب مهر المثل.

وقال الشافعي: يجب مهر المثل في الوجهين جميعًا؛ لأن عنده ما لا يصلح[٣] ثمنًا في البيع لا يصلح مسمّى[٤]؛ إذ كلٌّ واحد منهما[٥] معاوضة. ولنا أنه معاوضة مالٍ بغير مال[٦]، فجعلناه[٧] التزامَ المال ابتداء، حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية[٨] والأقارير[٩]، وشرطنا[١٠] أن يكون

---

(١٥) أي المصنف. (ب)

(١٦) قوله: "أن يسمي جنس الحيوان" أي نوعه، والمراد من نوع الحيوان معنى يشترك فيه أفراد يكون المقصود الأصلي منها واحداً، فعلى هذا الذكر والأنثى من الإنسان نوعان؛ لتفاوت المقاصد منهما.
وأما الذكر والأنثى من غيره، فالمقصود منهما الركوب، أو أكل اللحم منهما، وهو واحد. (عبد)

(١) من الجيد والوسط والرديء.

(٢) ولم يرد به الفرس. (عبد)

(٣) والمجهول لا يصلح ثمناً.

(٤) في النكاح.

(٥) البيع والنكاح.

(٦) قوله: "بغير مال [منافع البضع]" وهو البضع، فكأنه يعطى المال مجانا ليس في مقابلته شيء، وفيه أنهم قالوا: إن البضع فيه خطر، فلهذا يجب في مقابلته مال ولم يصح هبته، بخلاف المال فكما أن المال يقتضي عوضا كذلك البضع، بل أقوى من ذلك. (عبد)

(٧) قوله: "فجعلناه" أي جعلنا النكاح التزام المال ابتداء بمنزلة أنه التزام ابتداء على نفسه شيئًا كما في الإقرار، حتى لا يفسد بأصل الجهالة أي الالتزام الابتدائي لا يفسد بالجهالة، فكذا ههنا. ونظيره الإقرار فإنه إذا أقر بشيء جاز، لكن عليه التعيين، وكذا الدية، فإن الشارع عين ابتداء الإبل والدراهم، وههنا جهل باعتبار أنهما غير مختصة بإبل معين، وجاز هذه الجهالة لوجود معين، وهو القاضي بحكم الله تعالى. (عبد)

(٨) قوله: "كالدية" فإن الشرع جعل فيها مائة من الإبل غير موصوفة، وكما في الأقارير فإن من أقر لإنسان بشيء، صح إقراره. (عناية)

(٩) جمع إقرار. (ب)

(١٠) قوله: "وشرطنا إلخ" جواب سؤال مقدر بأن يقال: لما ألحق هذا بالإقرار ينبغي أن يصح التسمية ههنا وإن كان المسمى مجهول الجنس، كما في الإقرار، فإنه لو قال: لفلان علي شيء، يصح إقراره، ويجب عليه بيان ما أقر به. (نهاية)

المسمى مالا وسَطه معلومٌ؛ رعايةً للجانبين[١]، وذلك[٢] عند إعلام الجنس؛ لأنه[٣] يشتمل على الجيّد والرديء والوسط، والوسطُ ذو حظّ منهما، بخلاف جهالة الجنس؛ لأنه لا واسطة لاختلاف معانى الأجناس، وبخلاف البيع؛ لأن مبناه[٤] على المضايقة والمماكسة[٥]. أما النكاح فمبناه على المسامحة[٦]، وإنما يتخيّر[٧] لأن الوسط لا يعرف[٨] إلا بالقيمة، فصارت أصلا[٩] فى حق الإيفاء، والعبدُ أصل تسميةً فيتخير بينهما. وإن تزوجها على ثوبٍ غير موصوفٍ، فلها مهر المثل، ومعناه أنه ذكر الثوب، ولم يزد[١٠] عليه، ووجهُه أن هذه جهالة الجنس؛ لأن الثياب[١١] أجناس[١٢]، ولو سمى جنسا[١٣] بأن قال: هَرَوِى[١٤]، تصح التسمية، ويخير الزوج[١٥]؛ لما بينا[١٦].

---

(١) أى جانب الزوج والزوجة. (عبد)

(٢) أى هذا الشرط.

(٣) الجنس.

(٤) حتى يرد المبيع بالعيب اليسير إجماعاً. (إله داد)

(٥) قوله: "والمماكسة" مماكسة با كسى در چيزى مكس كردن، ومكس تنگى گرفتن در بيع وجز آن.

(٦) قوله: "فمبناه على المسامحة [با كسے آسان گرفتن كار. م]" حتى لا يرد المهر بالعيب اليسير عند علماءنا الثلاثة، فلا يؤدى إلى المنازعة. (إله داد)

(٧) الزوج.

(٨) أى لا يعرف جمهور الناس إلا بالقيمة. (عبد)

(٩) قوله: "فصارت [قيمته] أصلا إلخ" يعنى أن للقيمة أصالة باعتبار أن الوسط بها يعلم، وبالعين أصالة باعتبار أنه وقع التسمية عليه. (عبد)

(١٠) أى لم يذكر نوعًا.

(١١) من القطن والكتان وغيرهما.

(١٢) لاختلاف المقاصد.

(١٣) نوعًا.

(١٤) أى الكرباس الهروى.

(١٥) فى إعطاء الوسط وقيمته.

وكذا[١] إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية[٢]؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال[٣]، وكذا[٤] إذا سمى مكيلا، أو موزونًا، وسمى جنسه دون صفته، وإن سمى جنسَه وصفتَه لا يخير[٥]؛ لأن الموصوف منها يثبت[٦] في الذمة ثبوتًا صحيحًا[٧]. فإن تزوج[٨] مسلم على خمر، أو خنزير، فالنكاح جائز، ولها مهر مثلها؛ لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد[٩]، فيصح النكاح ويلغو الشرط، بخلاف البيع[١٠]؛ لأنه يبطل[١١] بالشروط الفاسدة، لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى[١٢] ليس بمالٍ[١٣] في

(١٦) أن الثياب أجناس.

(١) أي يخير. (عبد)

(٢) قوله: "في ظاهر الرواية" احتراز عما روى عن أبي حنيفةرح أن الزوج يجبر على تسليم الوسط، وهو قول زفر؛ لأنه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الأمثال، ولهذا يجوز السلم فيه. ووجه الظاهر أنها ليست من ذوات الأمثال بدليل أنه إذا استهلك لا يضمن بالمثل، فصارت كالعبد. (عناية)

(٣) كالمكيل والموزون. (عبد)

(٤) قوله: "وكذا إذا سمى مكيلا، أو موزونًا، وسمى جنسه" مثل أن يقول: زوجتك على كر حنطة، أو من زعفران، ولم يزد على ذلك، كان الزوج مخيراً بين الوسط وقيمته. (عناية)

(٥) في إعطاء الوسط وقيمته.

(٦) حالا، أو مؤجلا. (عناية)

(٧) قوله: "صحيحًا" أي على الإطلاق بخلاف الثوب الموصوف، فإنه لا يثبت في الذمة إلا في السلم على خلاف القياس، فيكون له فيما وراءه حكم سائر العروض. (إله داد)

(٨) هذه من مسائل القدوري. (ب)

(٩) وكل شرط فاسد لا ينافي النكاح. (عبد)

(١٠) قوله: "بخلاف البيع؛ لأنه يبطل بالشروط الفاسدة" لأن الشرط فيه بمعنى الربا وهو يفسده، وفي قوله: بخلاف البيع إشارة إلى رد قياس مالك النكاح على البيع، فإنه قال: تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر، ولا يمكن إيجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم، فكان كما لو باع عينًا بهما. (عناية)

(١١) قوله: "يبطل إلخ" وذلك لأن حقيقة البيع مبادلة مال بمال، بخلاف النكاح فإنه ليس مبادلة مال بمال بل حقيقته ليست مبادلة أصلا، حتى يصح النكاح وإن شرط عدم المهر، لكن يجب مهر المثل. (عبد)

(١٢) الخمر والخنزير.

حقّ المسلم، فوَجب مهر المثل.

فإن تزوج امرأة على هذا الدنّ من الخلّ فإذا هو خمر، فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة، وقالا: لها مثل وزنه(١) خلا.

وإن تزوجها على هذا العبد فإذا هو حرّ، يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: تجب القيمة(٢). لأبي يوسف أنه أطْمَعَها مالا، وعجز عن تسليمه، فتجب قيمتُه(٣)، أو مثله(٤) إن كان من ذوات الأمثال(٥)، كما إذا هلك العبد المسمى(٦) قبل التسليم(٧). وأبو حنيفة يقول: اجتمعت الإشارة والتسمية(٨)، فتعتبر الإشارة؛ لكونها أبلغ في المقصُود(٩)، وهو التعريف، فكأنه تزوج(١٠) على خمر أو حر.

ومحمد يقول: (١١) الأصل أن المسمى إذا كان من جنس(١٢) المشار إليه

---

(١٣) قوله: "ليس بمال" أي بمال له قيمة يتصور فيه التمليك، فإنهما وإن كانا مالين، لكن ليس لهما قيمة، ولا يتصور التمليك ويجب على الزوج تمليك مال له قيمة. (عبد)

(١) أي الدن.

(٢) أي قيمة الحر عبداً.

(٣) في هذا العبد.

(٤) في هذا الدن.

(٥) هي المكيل والموزون والمعدودي المتقارب.

(٦) فتجب القيمة.

(٧) إلى الزوجة.

(٨) قوله: "اجتمعت إلخ" فالخمر والخل متحدان ذاتا لتساويهما في الصورة، وفي الاختلاف لا بد من اختلاف الصورة والمنفعة معاً، والخمر والخل وإن اختلفا معنًا اتحدا صورةً، وكذا العبد والحر، ففي الصورتين يعتبر المشار إليه. (عبد)

(٩) قوله: "أبلغ إلخ" لأن الإشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء، ويحصل بها كمال التمييز؛ لأن الإشارة إلى شيء وإرادة غيره ممتنعة. وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ، ويجوز إطلاق اللفظ، وإرادة غير ما وضع له. (ع)

(١٠) فيجب مهر المثل.

(١١) قوله: "يقول: الأصل [الأمر الكلي] إلخ" أي ذهب محمد إلى أن الخمر والخل ليسا متحدين لاختلافهما في المنفعة، والمعيار في الاختلاف هو اختلاف المنفعة، وإلى أن العبد والحر متحدان ذاتاً لقلة اختلاف

يتعلق[١] العقد بالمشار إليه؛ لأن المسمى[٢] موجود فى المشار ذاتًا، والوصف يتبعه، وإن كان من خلاف جنسه[٣] يتعلق بالمسمى[٤]؛ لأن المسمى مثل[٥] للمشار إليه، وليس بتابع له[٦]، والتسمية أبلغ[٧] فى التعريف من حيث إنها تعرف الماهية[٨]، والإشارةُ تُعرّف الذاتَ.

ألا ترى أن من اشترى فصًا على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد؛ لاختلاف الجنس، ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد؛ لاتحاد الجنس، وفى مسألتنا[٩] العبدُ مع الحر جنسٌ واحدٌ؛ لقلة التفاوت فى المنافع، والخمرُ مع الخلّ جنسان[١٠]؛ لفحش التفاوت فى المقاصد. فإن تزوجها على هذين العبدين، فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقى إذا ساوى عشرة دراهم عند أبى حنيفة؛ لأنه مسمى[١١]، ووجوب

المنفعة، والاختلاف إنما يؤثر لو كان كثيراً. (عبد)

(١٢) كالعبد والحر.

(١) فيجب مهر المثل فى الحر.

(٢) قوله: "لأن المسمى إلخ" هى لأن التسمية هناك لا تدل على ماهية أخرى، وإنما تدل على صفة، والصفة تتبع الموصوف فى الاستحقاق، والموصوف موجود فى المشار إليه؛ لأنه هو المشار إليه لولا الصفة، ولم يعتبر الصفة لتبعيتها. (عناية)

(٣) كالدن من الخل والخمر.

(٤) أى الخل.

(٥) فى الاستحقاق أن يكون مرادًا. (عناية)

(٦) لأن المقتضى لعدم شىء لا يتبعه، فيتعارضان فى الاستحقاق والتسمية إلخ.

(٧) إذا كانا من جنسين. (عناية)

(٨) قوله: "تعرف الماهية" المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هى، والذات هو الموجود فى الخارج يصح أن يكون مشارا إليه بإشارة حسية. (عناية)

(٩) أراد به قوله: وإذا تزوجها على هذا العبد. (ب)

(١٠) فإن أحدهما لا يسد مسد الآخر. (ب)

(١١) قوله: "لأنه مسمى" أى لأنه يعتبر الإشارة، والإشارة إلى الحر يخرجه عن العقد، فكان تسمية العبد الثانى لغواً، فكأنه تزوجها على عبد فليس لها إلا ذلك، ولا يجب مهر المثل؛ لأنهما لا يجتمعان. والمصنف ذكر

المسمى وإن[١] قلّ يمنع[٢] وجوب مهر المثل. وقال أبو يوسف: لها العبد[٣]، وقيمةُ الحر لو كان عبداً؛ لأنه أطمعها سلامةَ العبدين[٤]، وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته. وقال محمد -وهو رواية عن أبي حنيفة-: لها العبد الباقي إلى تمام[٥] مهر مثلها إن كان مهرُ مثلها أكثر من قيمة العبد؛ لأنهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل[٦] عنده[٧]، فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد[٨] إلى تمام مهر المثل.

وإذا فرق القاضي بين الزّوجين في النكاح الفاسد[٩] قبل الدخول، فلا مهر لها؛ لأن المهر فيه لا يجب[١٠] بمجرد العقد لفساده[١١]، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع[١٢]، وكذا بعد الخلوة[١٣]؛ لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن[١٤]، فلا تقام[١٥] مقام الوطئ. فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد

في دليل أبي حنيفة قوله: لأنه مسمى؛ بناء على ما ذكرنا من أن الإشارة أبطلت العبد الثاني. (عناية)

(١) الواو وصلية.

(٢) لكن يجب التتميم إلى العشرة. (عبد)

(٣) الباقي.

(٤) من غير نقصان شيء منهما. (عبد)

(٥) أي يتم مهر مثلها. (عبد)

(٦) كما مر في المسألة المتقدمة. (عبد)

(٧) محمد.

(٨) الباقي.

(٩) قوله: "في النكاح الفاسد" كالنكاح في عدة آخر، أو نكاح الخامسة في عدة الرابعة، أو النكاح إلى أجل متعين، أو النكاح من غير شهود، وأمثالها. (عبد)

(١٠) قوله: "لا يجب إلخ" أي لا كلا ولا جزءً لفساد النكاح، بخلاف ما إذا نكح نكاحًا صحيحًا، فإنه يجب نصف المهر قبل الدخول. (عبد)

(١١) العقد.

(١٢) ولم يوجد.

(١٣) قوله: "وكذا بعد الخلوة [أي لا مهر لها]" أية خلوة كانت، لأن تلك الخلوة غير صحيحة لوجود مانع شرعي، وهو عدم حل الوطئ، فهو بمنزلة أن المرأة حائضة. (عبد)

(١٤) أي على الوطئ لحرمته.

على المسمى عندنا، خلافًا لزفر[1] هو[2] يعتبر بالبيع الفاسد[3]. ولنا أن المستوفى[4] ليس بمال، وإنما يتقوم بالتسمية، فإذا زادت[5] على مهر المثل لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية، وإن نقصت لم تجب[6] الزيادة على المسمى؛ لعدم التسمية[7]، بخلاف البيع[8]؛ لأنه مال متقوم في نفسه، فيتقدر بدله بقيمته. وعليها العدة[9]؛ إلحاقًا[10] للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط، وتحرزًا عن اشتباه النسب[11].

---

(١٥) الخلوة.

(١) قوله: "خلافًا لزفر" فإنه يقول: إن لها مهر المثل مطلقًا، حتى لو زاد على المسمى يجب الإتمام، وقاسه على البيع الفاسد، مثلا إذا باع غلاما بمائه بيعًا فاسدًا و قبض المشترى، ثم تلف كان له قيمة الغلام بالغًا ما بلغت. (عبد)

(٢) زفر.

(٣) قوله: "بالبيع الفاسد" كما إذا باع غلامًا بشرط أن يخدم البائع شهرًا.

(٤) منافع البضع.

(٥) قوله: "فإذا زادت إلخ" يعنى إن مقدار مهر المثل بما كان باعتبار التسمية، فإذا زادت التسمية اعتبر قدر مهر المثل من التسمية، ولم يعتبر الزيادة عليه لعدم صحة التسمية، وإذا نقصت التسمية عن مهر المثل نقص عن مهر المثل، إذ ليس في مقابلة مهر المثل شيء من التسمية، فالحاصل أنه يأخذ مهر المثل كله أو بعضه من التسمية. ففي الصورة الأولى: تأخذ الكل، وفى الصورة الثانية: تأخذ البعض؛ إذ ليس فى مقابلة الزيادة من مهر المثل شيء في التسمية، كما أشار إليه بقوله لانعدام التسمية. (عبد)

(٦) قوله: "لم تجب إلخ" أورد عليه لزوم التناقض؛ لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل، ثم اعتبرتها إذا نقصت منه، فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم، وإن كانت صحيحة فشمول الوجوب.
وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه، صحيحة من حيث إن المسمى مال متقوم، فاسدة من حيث إنها في عقد فاسد، فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت، لانضمام رضاها. (ف)

(٧) قوله: "لعدم التسمية" أى لأنها لم تسم الزيادة، فكانت راضية بالحط مسقطة حقها فى الزيادة إلى تمام مهر المثل حيث لم تسم تمامه. (ف)

(٨) جواب عن قياس زفر. (عناية)

(٩) أى فى النكاح الفاسد.

(١٠) قوله: "إلحاقًا إلخ" وذلك لأن العدة عبارة عن حرمات تنقضي إلى أجل وهى حرمة الخروج والتزوج بزوج آخر والتزين، والشبهة كالحرمات فى الحقيقة. (ملا إله داد رحمه الله).

(١١) فلعلها تكون حاملة.

ويعتبر ابتداءها[١] من وقت التفريق[٢]، لا من آخر الوطئات هو الصحيح[٣]؛ لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح[٤]، ورفعُها بالتفريق، ويثبت نسب ولدها؛ لأن النسب يحتاط في إثباته إحياءً للولد[٥]، فيترتب[٦] على الثابت من وجه. وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد[٧] وعليه الفتوى[٨]؛ لأن النكاح الفاسد ليس بداعٍ إليه، والإقامة[٩] باعتباره[١٠].

قال: ومهر مثلها يعتبر بأخواتِها[١١]، وعماتِها، وبناتِ أعمامها؛ لقول ابن مسعود[١٢]: "لها مهر مثل نساءها لا وكْس[١٣] فيه، ولا شَطَطَ[١٤]"،

(١) العدة.

(٢) قوله: "من وقت التفريق" بأن افترقا بأنفسهما، وقال بعضهم: أي بتفريق القاضي. (عبد)

(٣) احتراز عن قول زفر. (عناية)

(٤) لوجود ركنه من الإيجاب والقبول. (عناية)

(٥) قوله: "إحياء للولد" إذ لو لم يثبت نسبه ولم يكن له مرب فيضيع الولد ويموت. (عبد)

(٦) أي النسب.

(٧) قوله: "عند محمد" وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: من وقت النكاح، كما في النكاح الصحيح؛ لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح. (عناية)

(٨) قوله: "وعليه الفتوى" حتى لو ولدت بعد ستة أشهر بعد الدخول كان الولد له، وإن قبل ذلك فلا، هذا في النكاح الفاسد، وأما في النكاح الصحيح فالابتداء من وقت النكاح، وإنما كان كذلك؛ لأن النكاح الصحيح داعٍ إلى الوطئ شرعًا، فأقيم مقام الوطئ، بخلاف النكاح الفاسد، فإنه غير داعٍ إليه، فلم يقم مقامه. (عبد)

(٩) أي إقامة النكاح مقام الوطئ. (عناية)

(١٠) أي باعتبار كونه داعيًا.

(١١) قوله: "يعتبر بأخواتها" من جانب الأب وهي مقدمة على العمات وبنات العمات، لا بنات عماتها إلا إذا كانت منسوبة إلى من هو منسوب إلى أبيه، وكذا بنات بنات الأعمام. (عبد)

(١٢) قوله: "لقول ابن مسعود" قلت: أخرجه الترمذي، قال: سئل ابن مسعود عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقًا، ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: "لها مثل صداق نساءها لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث". (ت)

(١٣) نقصان.

(١٤) زيادة.

وهن[١] أقارب الأب[٢]، ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه[٣]، وقيمة الشيء إنما تُعرف بالنظر في قيمة جنسه[٤]، ولا يعتبر بأمها، وخالتها، إذا لم تكونا من قبيلتها؛ لما بينا[٥]. فإن كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه[٦]، فحينئذ يعتبر بمهرها[٧]؛ لما أنها من قوم أبيها، ويعتبر في مهر المثل[٨] أن تتساوى المرأتان[٩] في السنّ، والجمال، والمالِ، والعقلِ، والدين[١٠]، والبلدِ[١١]، والعصرِ؛ لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف[١٢]، وكذا يختلف[١٣] باختلاف الدار[١٤] والعصر، قالوا: ويعتبر

(١) قوله: "وهن" ليس من كلام ابن مسعود، بل تفسير نساءها من المصنف، بناءً على أن الظاهر من إضافة النساء إليها باعتبار قرابة الأب؛ لأن الإنسان من جنس قوم أبيه، ولذا صحت خلافة ابن الأمة إذا كان أبوه قرشيًا. (ت)

(٢) قوله: "وهن أقارب الأب" وهذا تفسير من ابن مسعود، فكأنه فهم من الإجماع أو من النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن لها مهر مثل نساءها، وذلك مجمل أراد تفسيره ففسره بذلك، وكان ذلك التفسير لعلمه من العرب. (عبد)

(٣) قوله: "من جنس قوم أبيه" أي ينسب إلى قوم أبيه، وهذه مقدمة مشهورة لا يقال: قد يعتبر من جانب الأم، كما في السيادة، فإن السيادة إنما هي باعتبار فاطمة رضي الله تعالى عنها؛ لأنا نقول: اعتبار جانب الأم هناك لكمال شرفها. (عبد)

(٤) بحسب العرف. (عبد)

(٥) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر إلى قيمة جنسه. (ع)

(٦) أي عم الأب. (عبد)

(٧) الأم.

(٨) قوله: "ويعتبر في مهر المثل إلخ" يعني بمجرد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت صحة الاعتبار بالمهر، حتى يتساويا سنا، وجمالا، ومالا، ودارا، وعصرا، وعقلا، ودينا، وبكارة، وأدبا، وكمال خلق، وعدم ولد، وفي العلم أيضًا، فلو كانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لا يعتبر بمهرها؛ لأن البلدين يختلف عادة أهلهما في المهر في غلاءه ورخصه. (ف)

(٩) قوله: "أن تتساوى المرأتان" فإن لم تكن فمن الأجانب التي يوجد فيها تلك الأوصاف، وإن اختلفت الأجانب فالمعتبر الوسط، وينبغي أن يعتبر الأقل؛ لأنه المتيقن. (عبد)

(١٠) أي الديانة. (عبد)

(١١) قوله: "والبلد" فإن البلاد تتفاوت حالها في اعتبار المهر وكذا الأوقات، فلهذا قال: والعصر. (عبد)

(١٢) السن، والجمال، والمال، والعقل، والدين.

التساوى(١) أيضًا فى البكارة؛ لأنه(٢) يختلف بالبكارة والثيوبة(٣).
وإذا ضمن الولىّ(٤) المهر صح ضمانه(٥)؛ لأنه(٦) أهلُ الالتزام، وقد أضافه إلى ما(٧) يقبله، فيصح، ثم المرأة بالخيار فى مطالَبتها زوجها، أو وليّها؛ اعتبارًا بسائر الكفالات(٨)، ويرجع الولىّ إذا أدى على الزوج إن كان(٩) بأمره، كما هو الرسم فى الكفالة.
وكذلك يصح هذا الضمان(١٠) وإن كانت الزوجة صغيرة، بخلاف ما إذا باع الأب مالَ الصغير(١١)، وضمن الثمن؛ لأن الولىّ سفيرٌ ومعبِّر فى

---

١٣ قوله: "وكذا يختلف إلخ" لما لم يكونا من الأوصاف أفرد بالذكر، لا يقال: المال ليست منها، فينبغى أن لا يعتبر، لأنا نقول: المال وصف باعتبار أنه ينسب إلى الشخص وبحسب العرف. (عبد)

(١٤) أى البلد. (عناية)

(١) قوله: "قالوا: ويعتبر إلخ" لم يذكره محمد وصاحب القدورى، لهذا ذكره ونقل عن الجماعة، فقال: ما قال. (عبد)

(٢) المهر.

(٣) قال الجوهرى: الثيب من النساء التى قد تزوجت، والجمع ثيبات، والثيابة والثيوبة فى مصدرهما ليس من كلامهم. (ب)

(٤) قوله: "وإذا ضمن الولى" أى ولى الصغير بأن زوجه امرأة وضمن المهر، أوالمراد ولى ابنته الكبيرة، ثم بقوله فيما بعد: ثم المرأة إلخ يعلم أن المراد به الثانى، لكن الحكم وهو صحة الضمان لا يتفاوت بين الصورتين، كذا فى الشرح. (ملا إله داد)

(٥) قوله: "صح ضمانه" الولى إذا عقد جاز أن يضمن ذلك؛ لأنه ليس أصيلا فى العقد؛ لأن أحكام النكاح راجعة إلى المولية، بخلاف البيع، فإنه إذا باع بالوكالة أوالولاية كان أصيلا فى ذلك العقد، والموكل فى حكم العدم، فإذا اعتبر الضمان لزم اجتماع أمرين متقابلين بشىء واحد. (عبد)

(٦) الولى.

(٧) المهر.

(٨) فإن لرب المال أن يطالب المديون والكفيل.

(٩) قوله: "إن كان [الكفالة] بأمره" أما إذا لم يكن بأمره فذلك تبرع ليس له الرجوع. (عبد)

(١٠) أى ضمان الولى.

(١١) فإنه لا يجوز.

النكاح، وفي البيع عاقدٌ ومباشِرٌ(١) حتى ترجع العهدةُ(٢) عليه والحقوقُ إليه، ويصح إبراءه(٣) عند أبي حنيفة ومحمّد، ويملك قبضَه(٤) بعد بلوغه(٥)، فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه(٦)، وولايةُ قبض المهر(٧) للأب بحكم الأبوة، لا باعتبار أنه عاقدٌ، ألا ترى أنه(٨) لا يملك القبضَ بعد بلوغها، فلا يصير(٩) ضامنا(١٠) لنفسه.

قال(١١): وللمرأة أن تمنع نفسَها(١٢) حتى تأخذ المهر(١٣)، وتَمنعه أن يخرجها أي يسافر بها ليتعين حقّها(١٤) في البدل(١٥)، كما تعيّن حق الزوج

(١) الأبُ.

(٢) قوله: "العهدة" بملاحظة حال المبيع من السلامة من العيب، ومن التسليم إلى غير ذلك. (عبد)

(٣) أي المشتري. (عناية)

(٤) الثمن.

(٥) الصغير.

(٦) قوله: "يصير ضامنا لنفسه [أي لأجل نفسه. عبد]" وهذا لا يمكن؛ إذ الضمان عبارة عن ضم ذمته إلى ذمة في المطالبة، وهذا لا يتحقق إذا ضمن لنفسه. (د)

(٧) قوله: "وولاية إلخ" يعني إذا كان المولية صغيرة جاز له أن يقبض المهر، لكن لا باعتبار أنه عاقد حتى يكون أصيلا، بل باعتبار الأبوة التي هي منشأ الولاية، فلما كان أخذه بهذا الاعتبار، كان أخذه بطريق النيابة، فلم يلزم محذور، كما ذكرنا. (عبد)

(٨) الأب.

(٩) الأب.

(١٠) في المهر.

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(١٢) دخل بها أو لم يدخل.

(١٣) أي المعجل.

(١٤) قوله: "ليتعين حقها" أي يصير حقه مشخصًا، كما أن المبدل مشخص، وإنما كان المبدل مشخصًا، وإن كان المبدل حقيقةً هو المنفعة؛ لأن ما يحصل منه المنفعة يقام مقام المنفعة، فكان المبدل مشخصًا، ولما تشخص المبدل لزم تشخص البدل؛ لأن عقد المبادلة يقتضي التساوي. فإن كان من أحد الجانبين معينًا، لزم أن يكون من الجانب الآخر أيضًا، وتعين البدل فيما إذا كان البدل في الذمة لا يحصل إلا بالقبض، لكن بقي ما إذا كان جعل عرض معين مهرا فإنه يتعين بدون القبض، فلا يلزم تقدم القبض، وح يكون البدل والمبدل متعينين. (عبد)

(١٥) المهر.

في المبدل، وصار كالبيع[١].

وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله، وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كلّه أي المعجل؛ لأن حقّ الحبس لاستيفاء المستَحَق، وليس له[٢] حق الاستيفاء قبل الإيفاء[٣]. ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها[٤]؛ لإسقاطها حقَّها بالتأجيل كما في البيع[٥]، وفيه خلاف أبي يوسف[٦]. وإن دخل بها فكذلك الجواب[٧] عند أبي حنيفة، وقالا: ليس لها أن تمنع نفسَها، والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها، حتى لو كانت مكرَهَة، أو كانت صبيةً أو مجنونةً لا يسقط حقّها في الحبس بالاتفاق، وعلى هذا الخلاف[٨] الخلوةُ بها برضاها، ويبتنى على هذا[٩] استحقاق النفقة[١٠]. لهما أن المعقود عليه كلَّه قد صَار مسلَّما إليه بالوطئة الواحدة أو بالخلوة، ولهذا يتأكد بها[١١] جميعُ المهر، فلم يبقَ لها حقّ الحبس كالبائع إذا

(١) قوله: "وصار كالبيع" في أن البائع له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين.(ع)

(٢) الزوج.

(٣) أي إيفاء المهر.

(٤) إذا لم يدخل بها.

(٥) فإنه ليس للبائع حق الحبس إذا أجل الثمن.

(٦) قوله: "وفيه خلاف أبي يوسف" قال: إن موجب النكاح عند الإطلاق تسليم المهر عينًا كان أو دينًا، فحين قبل الزوج الأجل مع علمه بموجب العقد، فقد رضى بتأخير حقه إلى أن يوفى المهر بعد حلول الأجل، وبه فارق البيع؛ لأن تسليم الثمن أولا ليس من موجبات البيع لا محالة، ألا ترى أن البيع لو كان مقايضة لا يجب تسليم أحد البدلين أولا، فلم يكن المشترى راضيًا بتأخير حقه في المبيع إلى أن يوفى الثمن، وجعل الفتوى على قول أبي يوسف. (نهاية)

(٧) قوله: "فكذلك الجواب" أي في الوجه الأول يعني للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر المعجل.(ع)

(٨) قوله: "وعلى هذا الخلاف" أي إن كانت الخلوة برضاها فعلى الاختلاف، وإن كانت بغير رضاها لم يسقط حقها بالاتفاق. (عناية)

(٩) أي الخلاف.

(١٠) قوله: "استحقاق النفقة" يستحقها مدة المنع عنده؛ لأنه منع بحق، ولا يستحقها عندهما؛ لأنها ناشزة.(ع)

(١١) قوله: "ولهذا يتأكد إلخ" يعني لو كان البدل في مقابلة الوطئة الأخرى لم يجب الكل، بل

سلَّم المبيع(١)، وله أنها مَنعت منه ما قابل بالبدل؛ لأن كلَّ وطئة تصرفٌ في البضع المحترم، فلا يُخلى عن العوض إبانةً لخطره. والتأكدُ بالواحدة(٢) لجهالة ما وراءها(٣)، فلا يصلح مزاحماً(٤) للمعلوم، ثم إذا وجد وطئ آخرُ، وصار معلوماً تحققت المزاحمة(٥)، وصار المهر مقابلا بالكل(٦)، كالعبد إذا جنى جنايةً يدفع كله(٧) بها، ثم إذا جنى أخرى وأُخرى، يدفع بجميعها(٨). وإذا أوفاها مهرها نقلها إلى حيث شاء؛ لقوله تعالى(٩): ﴿أسكِنوهن من حيث سكنتم﴾(١٠)، وقيل(١١): لا يخرجها إلى بلد غير بلدها(١٢)؛ لأن الغريبة تؤذى، وفي قرى المصر القريبةِ لا تتحقق الغربة.

يتجزأ بالوطئات. (عبد)

(١) فليس له حق الحبس.

(٢) جواب عن قولهما، أي تأكد المهر بالوطئة الواحدة.

(٣) قوله: "لجهالة ما وراءها" أي ما وراءها غير معلوم، بل مجهول التحقق. (عبد)

(٤) قوله: "فلا يصلح مزاحماً" لقائل أن يقول: إذا لم يكن المعدوم مزاحماً، بل المزاحمة إنما يتحقق حال الوجود، فينبغي أن لا يكون لها المنع؛ إذ المعدوم لا يحصل المعارضة.

وأجيب بأن ما هو بصدد الوجود يقام مقام الوجود، فإذا عزم على الوطئة فكأنها قد تحققت، لا يقال: إذا عزم الوطئة، ثم طلق بعد ذلك ينبغي أن يتأكد بالواحدة؛ لأن العزم قائم مقام الآخر؛ لأنا نقول: العزم إنما يقوم مقامه إذا لم يحكم بانتفاءه، وههنا قد حكم بانتفاءه بواسطة الطلاق. (عبد)

(٥) قوله: "تحققت المزاحمة" وإلا لا يتحقق في مقابلة الوطئة الثانية شيء من المهر، وليس بالإجماع.

(٦) أي بكل الوطئات.

(٧) قوله: "يدفع كله" الحاصل أن عبد شخص إذا جنى جناية كان عليه إما تسليم العبد أو إعطاء موجب الجناية، قيل: إن يسلم العبد إذا جنى جناية أخرى ليس عليه أن يؤاخذ بجناية، ويقال: إن العبد صار في مقابلة جناية، وإذ جنى أخرى يؤخذ منه شيء آخر. (عبد)

(٨) لوجود المزاحمة.

(٩) قوله: "لقوله تعالى: ﴿أسكنوهن﴾ إلخ" قد يقال: الضمير في أسكنوهن للمطلقات بدليل سياق الآية وسباقها، حتى احتج به علماءنا على وجوب النفقة للمبتوتة، فلا ينتهض دليلا على جواز نقل المنكوحة حيث شاء.(د)

(١٠) قوله: "من حيث سكنتم" من بمعنى في وليس للتبعيض، قيل: ذلك غير جائز؛ لأنه صرف، وظاهر الآية عام يشمل ما إذا أوفى أو لم يوفِ، لكنه مخصوص بما إذا أوفى. (عبد)

(١١) القائل الفقيه أبو الليث.

(١٢) قوله: "إلى بلد غير بلدها" الظاهر أراد البلد البعيد من بلده أي في مسافة القصر بقرينة قوله: وفي

قال(١): ومن تزوج امرأة، ثم اختلفا في المهر(٢)، فالقول قول المرأة(٣) إلى تمام مهر مثلها(٤)، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل، وإن طلقها قبل الدخول بها(٥)، فالقول قوله في نصف المهر(٦)، وهذا عند

قرى إلخ، وإنما لم يقيد بالبعيد؛ لأن الغالب تباعد البلدان. (عبد)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٢) قوله: "ثم اختلفا إلخ" الاختلاف في المهر إما في قدره أو أصله، وكل منهما إما في حال الحياة أو بعد موتهما، أو موت أحدهما، وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله، فإن اختلفا في حال الحياة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق أو بعده حكم مهر المثل، فمن كان جهته كان القول قوله مع يمينه، وإن لم يكن من جهة أحد بأن كان بين الدعوتين تحالفا، ويعطى مهر المثل، هذا على قول أبي حنيفة ومحمد على تخريج الرازي، وعلى تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها، ويحكم مهر المثل. وقال أبو يوسف: القول للزوج مع يمينه في الكل إلا أن يأتي بشيء قليل، وفسره المصنف وجماعة بأن يذكر ما لا يتعارف مهراً لها، "وهو الصحيح" احتراز عن قول من قال: أن يذكر ما لا يصلح مهراً شرعاً أعني أن يذكر ما دون العشرة؛ لأنه ذكر هذا اللفظ في البيع في ما إذا اختلفا في الثمن، فالقول للمشتري إلا أن يأتي بشيء مستنكر، وليس في الثمن تقرير شرعي.

وقد يقال: ذلك لتعيين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصور المستنكر بطريق آخر، أما ههنا فكما يتصور المستنكر عرفاً يتصور المستنكر شرعاً، ويجاب بأن المستنكر شرعاً مستنكر عرفاً، فحيث اعتبرناه اعتبرناه، فصار الحاصل من قولنا إن ما يستنكر مطلقاً لا يكون القول قوله مع يمينه فيه، سواء كان مستنكراً عرفاً أو شرعاً، ولأنه لو كان شرعاً لم يتحقق؛ لأنه إذا ادعى خمسة كملت عشرة، ولغا كلامه؛ لأن العشرة في كونه مهراً لا يتجزأ، وتسمية بعض ما يتجزأ شرعاً كتسمية كله، فلا يتصور حينئذ أن يأتي بالمستنكر شرعاً، وليس هذا بشيء؛ لأن عدم تصحيح الخمسة وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لإثباته بما يستنكر، فقد تصور.

ورجح الوبري تفسير هؤلاء البعض بأنه ذكر في الرجوع عن الشهادة، لو ادعى أنه تزوجها على مائة، وهي تدعي ألفا ومهر مثلها ألف وأقام البينة، ثم رجع الشهود لا يضمنون عند أبي يوسف؛ لأنه لولا الشهادة لكان القول قوله، ولو لم يجعل المائة مستنكر في حقها، وإن اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في تحكيم مهر المثل على رواية "الجامع الصغير"، ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه على ما في الأصل، وقال أبو يوسف: القول للزوج إلا أن يأتي بشيء قليل على ما مر. (ف)

قوله: "ثم اختلفا" أي إن كان الاختلاف حال قيام النكاح، أو بعد الفرقة بعد الدخول، أو بعد موت أحدهما، فالقول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها أو ورثتها، والقول قول الزوج أو ورثته في الزيادة. (عناية)

(٣) مع يمين أنه ليس ناقصاً مما يدعي الزوج. (عبد)

(٤) قوله: "إلى تمام مهر مثلها" أي بشرط أن لا يزيد، وأما في الزيادة فالقول قول الزوج مع يمين عدم الزيادة، فيكون مهر المثل هو الحكم، فإن كان موافقاً لما قالته الزوجة فالقول قولها، وإن كان ما قاله الزوج فالقول قوله. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٥) قوله: "قبل الدخول بها" وإنما قيد بقبل الدخول؛ إذ بعد الدخول يلزم تمام المهر. (عبد)

(٦) قوله: "فالقول قوله إلخ" ومهر المثل ليس حكماً ههنا؛ إذ بعد الطلاق لم يكن مهر المثل،

أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: القول قولُه بعد الطلاق وقبله، إلا أن يأتي بشيء قليل[١]، ومعناه ما لا يتعارف مهرًا لها هو الصحيح[٢]. لأبي يوسف: أن المرأة تدعي الزيادة، والزوج ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه، إلا أن يأتي[٣] بشيء يكذّبه الظاهر فيه، وهذا لأن تقوم[٤] منافع البضع ضروري[٥]، فمتى أمكن إيجاب شيء من المسمّى لا يصار إليه[٦]. ولهما أن القول في الدعاوى قولُ مَنْ يشهد له[٧] الظاهر، [٨] والظاهر شاهدٌ لمن يَشْهد له مهر المثل؛ لأنه هو الموجَب الأصلي[٩] في باب النكاح، وصار كالصبّاغ[١٠] مع ربّ الثوب، إذا اختلفا في مقدار الأجر يحكّم فيه قيمة

فلا يصح اعتبار كونه حكمًا، بخلاف ما إذا لم يطلق. (حاشية ملا عبد الغفور)

(١) قوله: "إلا أن يأتي بشيء قليل" فإنه يذهب حينئذٍ إلى مهر المثل إذا كان بعد الطلاق. (عبد الغفور)

(٢) قوله: "هو الصحيح [يعني أن تفسير القليل بما لايتعارف مهرالها هوالصحيح. عبد]" هذا احترازعن قول بعض مشايخنا في تفسيرقول أبي يوسف حيث قالوا: معناه مادون العشرة، فإنه مستنكرشرعًا؛ لأنه لامهر أقل من عشرة دراهم، والأصح أن مراده أن يدعي شيئًا قليلايعلم أنه لايتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادةً. (ن)

(٣) قوله: "إلا أن يأتي إلخ" استثناء من الصغرى أي كونه منكرًا إنما يكون إذا لم يكذبه، أما إذا كذبه فليس هو منكرًا. (حاشية عبد الغفور)

(٤) قوله: "وهذا لأن إلخ" يعني أنه إنما كان منكرًا حتى يكون هو مدعى عليه؛ لأن مبنى جعل الزوجة منكرة اعتبار مهر المثل، ولا اعتبار له ما دام يمكن إيجاب شيء من المسمى، وههنا يمكن فلا يعتبر مهر المثل، وهي مدعية للزيادة، فصار الزوج منكرًا لما ادعته. (عبد)

(٥) قوله: "ضروري" أي جعل منفعة البضع متقومًا بمهر المثل إنما يكون عند الضرورة، ولا ضرورة ههنا؛ إذ يمكن إيجاب شيء من المسمى. (حاشية عبد الغفور)

(٦) مهر المثل.

(٧) قوله: "قول من يشهد له إلخ" هذا اتفاقي، وإنما النزاع في أن ما نحن فيه كذلك، أم لا؟ فقال: والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل، ولا يلزم من جعله شاهدا إيجابه حتى يرد علينا ما ذكره أبو يوسف من أن تقوم منافع البضع إلخ؛ إذ نحن لم نوجب مهر المثل، بل نجعله شاهدا حتى يجب شيء من المسمى، إما في جانب الزوج، أو الزوجة. (حاشية ملا عبد الغفور رحمه الله)

(٨) قوله: يعني ظاهر الحال. (ب)

(٩) شرعًا. (ب)

(١٠) قوله: "وصار كالصباغ إلخ" لو قال: صار كمن آجر سكنى لكان أنسب بما نحن فيه ليكون مقابل المال المنفعة، بخلاف الصباغ فإنه يقع في الآخر في مقابلة اللون الذي هو عين لا منفعة. (حاشية عبد الغفور)

الصبغ[١]. ثم ذكر[٢] ههنا أن بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله[٣] في نصف المهر، وهذا رواية "الجامع الصغير" و"الأصل."[٤] وذكر في "الجامع الكبير": أنه يحكّم متعة مثلها، وهو قياس قولهما[٥]؛ لأن المتعة موجبةٌ بعد الطلاق[٦] كمهر المثل قبله، فتحكَّم كهو[٧]. ووجه التوفيق[٨] أنه وضع[٩] المسألة في "الأصل"[١٠] في الألف والألفين[١١]، والمتعة لا تبلغ

(١) قوله: "يحكم [بصيغة المجهول من التحكيم. ب] فيه إلخ" يعني يقوم الثوب بلا صبغ، ثم يقوم معه، فحينئذٍ ينظر إن وافق قول الصباغ يقبل قوله، وإن وافق قول صاحب الثوب يقبل قوله.
والظاهر أن ذلك قبل الصبغ؛ لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه، فإن صاحب الثوب يدعي أن يتملك وجوب الصبغ، والصباغ ينكر ويدعي زيادة شيء، وصاحب الثوب ينكر فإذا يرجع إلى قيمة الصبغ، ويجعل حكمًا كما ذكرناه. وأما بعد الصبغ فلا يتحقق ههنا لصاحب الثوب دعوى؛ إذ بمجرد صبغ الثوب حصل مقصوده؛ لأنه بمنزلة أنه قبض المبيع، فح ينبغي أن يكون القول قول صاحب الثوب، هذا عندهما.
وأما عند محمد: لا يفرق بين ما إذا ما حصل القبض أو لم يحصل، فإنه يقول:أن يجعل كل منهما مدعى عليه باعتبار أصل العقد، فكان صاحب الثوب يقول عنده ما تحقق بهذا المقدار، والصباغ يقول: بذلك المقدار، وإذا كان كذلك لم يكن فرق بين ما قبل الصبغ وما بعده، لكنهما يقولان: لا ثمرة لهذا النزاع، ولا حاصل له إلا طلب الصباغ للزيادة، وأما صاحب الثوب فلا يطلب. (حاشية عبد الغفور)

(٢) صاحب القدوري. (عبد)

(٣) الزوج.

(٤) أي المبسوط. (عبد)

(٥) قوله: "وهو قياس قولهما" أي قول أبي حنيفة ومحمد: وإنما خصهما بالذكر؛ لأن عند أبي يوسف القول قول الزوج في جميع الصور. (عناية)

(٦) قوله: "موجبة إلخ" يعني أن الواجب بالطلاق قبل الدخول فيما إذا كان المهر مسمى هو المتعة المقدر بقدر النصف لما عرف أن نصف المهر طريقه طريق المتعة، فلما وقع الاختلاف في نصف المفروض فذلك في المعنى اختلاف في قدر المتعة الواجبة ابتداء. وفي الظاهر هو الاختلاف في نصف المفروض، واعتبار الظاهر يوجب تحكيم مهر المثل لظهور أن معرفة نصف المسمى لا يحصل إلا بمعرفة الكل، والمرجع في معرفته هو مهر المثل، واعتبار المعنى يوجب تحكيم المتعة إلا أنه في المعنى اختلاف في قدر المتعة الواجبة ابتداء، كأنه يقول: المتعة الواجبة على خمس مائة، وهي تقول: بل هي ألف، ولو اختلفا على هذا الوجه كان الواجب هو تحكيم المتعة، فكذا هذا؛ اعتبارا للمقصود من الاختلاف دون الصور. (إله داد)

(٧) أي كمهر المثل.

(٨) قوله: "ووجه التوفيق" أي بين رواية "الجامع الكبير"، وبين رواية "الجامع الصغير" و"الأصل". (ع)

(٩) محمد. (ب)

هذا المبلغ في العادة. فلا يفيد تحكيمها[١]، ووضعها[٢] في "الجامع الكبير" في المائة والعشرة[٣]، ومتعةُ مثلها عشرون، فيفيد[٤] تحكيمُها، والمذكور في "الجامع الصغير" ساكتٌ عن ذكر المقدار، فيُحمل[٥] على ما هو المذكور في "الأصل". وشرح قولهما[٦]: فيما إذا اختلفا في حال قيام النكاح أنَّ الزوجَ إذا ادعى الألفَ والمرأة الألفين، فإن كان مهر مثلها ألفًا[٧]، أو أقلّ، فالقول قولُه[٨]، وإن كان ألفين، أو أكثر فالقول قولُها[٩]، وأيهما أقام البينة في الوجهين[١٠] تقبل، وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل بينتُها؛ لأنها تثبت الزيادة[١١]، وفي الوجه الثاني بينته؛ لأنها تُثبت الحط[١٢].

(١٠) مبسوط. (ب)

(١١) أي قال الزوج: لزم على ألف، وقال الزوجة: ألفان.

(١) قوله: "فلا يفيد تحكيمها" يعني لم يكن للتحكيم أثر وفائدة، فإنا إذا قلنا: إن القول قول الزوج كان ذلك صحيحًا، فلا حاجة إلى التحكيم. (ملا عبد الغفور)

(٢) محمد.

(٣) قوله: "في المائة والعشرة" بأن قالت الزوجة: مائة، وقال الزوج: عشرة. (حاشية عبد الغفور)

(٤) حيث يؤيد جانب الزوجة.

(٥) قوله: "فيحمل [فإن الأصل هو الأصل]" وقيل: إن المبسوط صنف أولا، ثم الجامع الصغير، فيكون المذكور في "المبسوط" كالمعهود، وقيل: في المسألة روايتان.

(٦) الطرفين.

(٧) قوله: "فإن كان إلخ" أي فهما يحكمان مهر المثل ابتداء، بخلاف الكرخي فإنه يقدم الحلف لاحتمال أن يصير المسمى معلومًا بالنكول، وبعد التحالف يحكم مهر المثل. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٨) قوله: "فالقول قوله [في إنكار الزيادة. إله داد]" يعني يثبت مهر المثل والزيادة عليه؛ لأنه معترف بها، ورضي بها. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٩) لأنها رضيت بالحط.

(١٠) أي سواء كان مهر المثل شاهدا له أو لها. (عبد)

(١١) قوله: "لأنها تثبت الزيادة" والزيادة خلاف الظاهر، كما إذا كان شيء في يد شخص وكان له بينة على أنه ملكه، فإذا أقام شخص آخر، فالقول قول هذا الشخص. (حاشية ملا عبد الغفور)

(١٢) قوله: "لأنها تثبت الحط" أي الحط عن مهر المثل، والحط عن مهر المثل خلاف الظاهر، فيعتبر بينته؛

وإن كان مهر مثلها ألفًا وخمس مائة[١] تحالفا[٢]، وإذا حلفا تجب ألف وخمس مائة[٣]، هذا تخريج الرازى[٤]. وقال الكرخى[٥]: يتحالفان[٦] فى الفُصول الثلاثة، ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك[٧].

ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى[٨] يجب مهر المثل بالإجماع؛ لأنه هو الأصل عندهما[٩]، وعنده[١٠] تعذر القضاء بالمسمى فيصار إليه، ولو كان الاختلاف[١١] بعد موت أحدهما، فالجواب فيه كالجواب فى حياتهما[١٢]؛ لأن اعتبار مهر المثل لا يَسقط بموت أحدهما.

لما ذكرنا فى نظيره. (حاشية ملا عبد الغفور)

(١) قوله: "ألفًا وخمس مائة" أى زائدًا على ما قاله الزوج، وناقصًا عما قالته المرأة. (عبد الغفور).

(٢) كل على إنكار دعوى الآخر.

(٣) قوله: "ألف وخمس مائة [أى نفس مهر المثل. عبد]" وإن نكل يجب الألفان تسمية، وإن نكلت وجب الألف مسمى. (د)

(٤) قوله: "هذا تخريج الرازى" [الجصاص. ب]يعنى أنهما لم يصرحا بذلك لكنه رأى ذلك موافقًا لقواعدهما. (عبد)

(٥) هو أستاذ أبى بكر الرازى. (ب)

(٦)قوله: "يتحالفان [أولا] فى الفصول الثلاثة" أى فيما إذا وافق مهر المثل الزوج أو الزوجة، أو لم يوافق أحدًا منهما، وذلك لاحتمال أن يظهر المسمى، و ظهوره بالنكول. (عبد)

(٧) قوله: "ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك" أى فى صورة الموافقة لأحدهما، وأما فى صورة المخالفة لكليهما، فيعتبر مهر المثل. (عبد)

(٨) قوله: "فى أصل المسمى" بأن لا يثبت واحد منهما المسمى، ويقول الآخر: قد كان، سواء كان مع تعيين المقدار أو لم يكن.أما عندهما: فلأن مهرالمثل هوالأصل فيعتبر، وأما عنده:فلتعذرالحكم بالمسمى، أما فى صورة غير التعيين فظاهر، وأما فى صورة التعيين فلأن مجرد ادعاء واحد منهما أن المهر هو هذا غير مجد.(عبد)

(٩) الطرفين.

(١٠) أبى يوسف.

(١١) قوله: "ولو كان الاختلاف" سواء كان فى المقدار أو فى الأصل بعد موت أحدهما، فالجواب فيه كالجواب فى حياتهما، ففى الصورة الأولى: يحكم مهر المثل على التفصيل الذى ذكرناه فى الحياة، وفى الصورة الثانية: يعتبر نفس مهر المثل. (عبد)

(١٢) أى حال قيام النكاح. (ب)

ولو كان الاختلاف بعد موتهما فى المقدار، فالقول قول ورثة الزوج عند أبى حنيفة، ولا يستثنى القليل[١]. وعند أبى يوسف القول قول الورثة[٢] إلا أن يأتوا بشيء قليل، وعند محمد[٣] الجواب فيه كالجواب فى حالة الحياة، وإن كان[٤] فى أصل المسمى[٥]، فعند أبى حنيفة القول قول مَنْ أنكره[٦]. فالحاصل أنه لا حكم لمهر المثل عنده[٧] بعد موتهما على ما نبينه من بعد[٨] إن شاء الله. وإذا مات الزوجان[٩]، وقد سمّى لها مهراً، فلورثتها أن يأخذوا ذلك[١٠] من ميراثه[١١]، وإن لم يسمّ لها مهراً، فلا شيء لورثتها عند أبى حنيفة، وقالا: لورثتها المهرُ فى الوجهين[١٢].

معناه المسمى فى الوجه الأول ومهرُ المثل فى الثانى، أما الأولُ: فلأن المسمى دينٌ فى ذمّته[١٣]، وقد تأكد بالموت[١٤]، فيُقضى من تركته إلا إذا

(١) قوله: "ولا يستثنى القليل" بخلاف أبى يوسف، فإنه إذا قال: إن القول قول ورثة الزوج بعد الطلاق يقول بالاستثناء على ما مر، والإمام مع أنه يقول: قول ورثة الزوج لا يقول بالاستثناء. (عبد)

(٢) أى ورثة الزوج.

(٣) قوله: "وعند محمد" يعنى أنه يعتبر التحكيم، أو نفس مهر المثل كالجواب فى حالة الحياة أى حياة المجموع، أوحياة أحدهما. (عبد)

(٤) الاختلاف.

(٥) بعد موتهما.

(٦) قوله: "فعند أبى حنيفة القول قول من أنكره" وعندهما يقضى بمهر المثل، وبه قال الشافعى ومالك وأحمد، وعليه الفتوى. (ب)

(٧) الإمام.

(٨) يعنى قوله: ولأبى حنيفة أن موتهما يدل إلخ. (عبد)

(٩) سواء كان قبل الدخول أو بعده.

(١٠) المهر.

(١١) الزوج.

(١٢) أى التسمية وعدمها.

(١٣) الزوج.

علم أنها ماتت أولا[١]، فيسقط نصيبُه من ذلك[٢]. وأما الثانى: فوجه قولهما: أن مهر المثل صار دينا فى ذمّته كالمسمى، فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدُهما، ولأبى حنيفة أن موتهما يدل[٣] على انقراض أقرانهما[٤]، فبمهر[٥] مَن يُقَدِّر القاضِي مهر المثل. ومن بعث إلى امرأته شيئًا فقالت: هو هديّة، وقال الزوج: هو من المهر، فالقول قوله[٦]؛ لأنه هو المملِّكُ فكان أعرفَ بجهة التمليك، كيف؟ وإن الظاهر أنه يَسْعى[٧] فى إسقاط الواجب. قال[٨]: إلا فى الطعام الذى يؤكل، فإن القول قولها، والمراد منه[٩] ما يكون مهيئًا للأكل؛ لأنه يتعارف هدية[١٠]، فأما فى الحنطة

---

(١٤) قوله: "وقد تأكد بالموت" أى تقرر بالموت، وذلك لعدم احتمال التنصيف، بخلاف ما قبل الموت فإنه يحتمل التنصيف، بأن يطلق قبل الدخول. (عبد)

(١)قوله: "إلا إذا علم أنها إلخ" هذه الصورة مستثناة، أما فى غير هذه الصورة وهو ثلاث صور: إحداها: أنهما ماتا معًا، أو مات الزوج أولا، أو لم يعلم الحال، فيأخذ الورثة جميع المهر. (عبد)

(٢) قوله: "فيسقط نصيبه [ويؤخذ الباقى] من ذلك" وهو النصف على تقدير أن لا يكون لها ولد، والربع إن كان لها ذلك. (عبد)

(٣)قوله: "يدل إلخ" يعنى أن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، وإذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر تعذر على القاضى الوقوف على مقدار مهر المثل، وعلى هذا الطريق إذا لم يكن العهد متقادما يقضى بمهر مثلها. (إله داد)

(٤)قوله: "وعلى انقراض أقرانهما" وهذا يشير إلى أن وضع المسألة فى صورة التقادم، وقد روى عنه أنه استدل، فقال: أرأيت لو ادعى ورثة على رضى الله عنه على ورثة عمر رضى الله عنه مهر أم كلثوم أكنت أقضى فيه بشىء. (عناية)

(٥) قوله: "فبمهر من إلخ" فيه إشارة إلى أن القاضى لو قدر مهر مثلها فى حال حياتهما، ثم ماتا يؤخذ من تركته إذ المتعذر هو تقدير مهر مثلها بعد موتهما، أما لو كان قد قدر حال حياتهما، فلا تعذر فى شىء ولا تعسر. (إله داد)

(٦) أى مع اليمين. (عناية)

(٧) قوله: "أنه يسعى إلخ" لأن ذلك شىء فى ذمته، فالظاهر من حاله أنه يريد إبراء ذمته. (عيد)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير" (ب)

(٩) قوله: "والمراد منه" وهو مستفاد من قوله: الذى يؤكل، وذلك مثل ما لا يتخذ عرفا. (عبد)

(١٠) قوله: "لأنه يتعارف هدية" فكان الظاهر مكذّبا له، وقد يقال: هذا الظاهر يعارض بعارض آخر، وهو

والشعير فالقول قولُه؛ لما بينا[١]. وقيل: ما يجب عليه[٢] من الخمار[٣]، والدرع[٤] وغيره[٥] ليس له أن يحتسبه من المهر؛ لأن الظاهر يكذبه[٦]، والله أعلم.

فصل[٧]

إذا تزوج النصراني نصرانيةً[٨] على ميتة أو على غير مهر، وذلك[٩] في دينهم جائز، ودخل بها أو طلقها قبل الدخول بها، أو مات عنها، فليس لها مهر[١٠]، وكذلك الحربيَان في دار الحرب[١١]، وهذا عند أبي حنيفة[١٢]، وهو قولهما في الحربيين، وأما في الذمية[١٣]، فلها مهر

أن المهر واجب، والظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب، وكان القول له؛ لأنه المملك فكان القول له في جهة التمليك. وجوابه أن هذا الظاهر ليس في القوة بحيث يعارض الظاهر المذكور على ما لا يخفى. (د)

(١) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: إن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب. (عناية)

(٢) قوله: "ما يجب عليه" إنما قيد بالوجوب؛ لأنه إذا بعث الخف إلى المرأة كان له أن يحتسبه من المهر؛ لأن ذلك لا يجب عليه. (عناية)

(٣) أي ما تخمر به الرأس أي تغطى.

(٤) قميص المرأة.

(٥) قيل: كمتاع البيت. (عناية)

(٦) قوله: "لأن الظاهر يكذبه" إذ هو واجب عليه أيضاً، هذا إذا كان الخمار والدرع من جنس ما يجب عليه، أما إذا كان أعلى مما يجب عليه فالقول قوله. (عبد)

(٧) قوله: "فصل" لما ذكر أحكام النكاح في حق المسلمين، وهم الأصول في الشرائع، ذكر من هو تبع لهم في المعاملات، ومن المعاملات أحكام النكاح في الكفار. (نهاية)

(٨) ذمية أو مستأمنة.

(٩) قوله: "وذلك" أي النكاح بغير مهر في دينهم جائز، والواو للحال. (عناية)

(١٠) قوله: "فليس لها مهر" أراد منه المهر وما في معناه أعني المتعة. (عبد)

(١١) قوله: "وكذلك الحربيان في دار الحرب" أي الزوج والزوجة في دار الحرب، والمراد منه دار لا يجرى فيها حكم حاكم المسلمين، وإن أرسلوا الهدية إلى المسلمين، وبقرينة مقابلة النصراني بالحربي في دار الحرب يعلم أن المراد من النصراني نصراني يكون في دار المسلمين، أما بخصوصه فلم يستوفِ الأقسام كلها؛ لخروج اليهودي وغيره، وأما بعمومه يعني من ليس حربياً، فيشمل الأقسام كلها. (عبد)

(١٢) قوله: "وهذا عند أبي حنيفة" أي عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين. (عناية)

مثلها إن مات عنها أو دخل بها، والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها.

وقال زفر: لها مهر المثل في الحربيين[١] أيضاً[٢]، له أن الشرع ما شرع ابتغاءَ النكاح إلا بالمال[٣]، وهذا الشرع وقع عاماً[٤]، فيثبت الحكم على العموم. ولهما أن أهل الحرب غير ملتزِمين أحكام الإسلام، وولايةُ الإلزام[٥] منقطعة لتباين الدار، بخلاف أهل الذمة؛ لأنهم التزموا[٦] أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا[٧]، وولايةُ الإلزام[٨] متحققة لاتحاد الدار. ولأبي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات[٩]، وفيما يعتقدون[١٠] خلافه في المعاملات، وولايةُ الإلزام بالسيف[١١] أو بالمحاجّة، وكلُّ ذلك[١٢] منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة، فإنا

---

(١٣) قوله: "وأما في الذمية" وذلك إما تخصيص للنصرانية إن جعلت شاملة للحربية ولغيرها، أوالمراد من النصرانية أهل الذمة. (عبد)

(١) قوله: "لها مهر المثل في الحربيين" أي في الصورتين، وأما في صورة الطلاق قبل الدخول، فتعين المتعة. (عبد)

(٢) أي كما في الذميين عندهما.

(٣) لقوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ (عناية)

(٤) قوله: "وقع عامًا [لأنه عليه الصلاة والسّلام بعث إلى الكل]" لأن النكاح من باب المعاملات، والكفارمخاطبون بالمعاملات. (عناية)

(٥) من جانبنا.

(٦) بعقد الذمة.

(٧) قوله: "كالربا والزنا" فإنهم ينهون عن ذلك، ويقام عليهم الحد. (عناية)

(٨) من جانبنا.

(٩) كالصوم والصلاة. (عناية)

(١٠) كبيع الخمر والخنزير. (عناية)

(١١) قوله: "وولاية الإلزام إلخ" يعني أن طريقة الإلزام إما المحاجة أي الاستدلال بأن نثبت دعوانا بالدليل، وإما السيف بأن نقول: التزموا وإلا فنحن نقتلكم. (عبد)

(١٢) أي السيف والمحاجة.

أُمرنا[١] بأن نتركهم وما يدينون، فصاروا كأهل الحرب، بخلاف الزنا[٢]؛ لأنه حرام في الأديان كلها، والربا مستثنى عن عقودهم[٣]؛ لقوله عليه السّلام: «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد»[٤]*. وقوله[٥] في الكتاب[٦]: "أو على غير مهر" يحتمل نفي المهر، ويحتمل السكوت[٧]، وقد قيل[٨]: في الميتة والسكوت روايتان[٩]، والأصح أن الكلّ على الخلاف. فإن تزوج الذمي[١٠] ذمية على خمر، أو خنزير، ثم أسلما، أو أسلم أحدهما[١١]، فلها الخمر والخنزير، ومعناه إذا كانا بأعيانهما، والإسلامُ قبل القبض[١٢]، وإن كانا[١٣] بغير أعيانهما، فلها في الخمر

---

(١) فإنا أمرنا إلخ" أي لا نتعرض فيما وافق عقيدتهم وإن خالف مذهبنا. (عبد)

(٢) جواب عن قولهما: كالربا والزنا. (عناية)

(٣) على أن الربا حرام في أديانهم أيضاً، كما نقله إله داد عن فخر الإسلام.

(٤) قوله: "لقوله عليه السلام: ألا [حرف تنبيه] من أربى إلخ" قلت: غريب، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" في باب ذكر أهل نجران عن الشعبي قال: «كتب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى أهل نجران وهم نصارى أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له»، انتهى. قال أبو عبيد: وإنما غلظ عليهم أكل الربا دون غيره من المعاصي مع أنهم يمكنون مما أعظم منه كالشرك، وشرب الخمر، وأكل الخنزير، وغير ذلك؛ لأن في منعهم منه كف المسلمين عن أكل الربا، ولولا المسلمون لكانوا في الربا كسائر ما هم فيه من المعاصي. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٠٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٥١ ص٦٤. (نعيم)

(٥) محمد. (ب)

(٦) الجامع الصغير.

(٧) عن ذكر المهر.

(٨) قوله: "وقد قيل: في الميتة والسكوت روايتان" رواية موافقة للإمام، ورواية مخالفة له، والأصح هو المخالفة. (عبد)

(٩) قوله: "روايتان" يعني عن أبي حنيفة في رواية يجب مهر المثل، كما قالا، وفي رواية لا يجب شيء، والأصح أن الكل على الخلاف، عنده لا يجب شيء، وعندهما يجب مهر المثل. (عناية)

(١٠) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (ب)

(١١) قوله: "أو أسلم أحدهما" فإنه لا يجوز للمسلم التمليك، ولا التملك، فكما أن إسلامهما مانع كذلك إسلام واحد منهما مانع، إما من التمليك أو التملك. (عبد)

(١٢) قوله: "والإسلام قبل القبض" إنما قيد به؛ إذ لو كان بعد القبض ليس إلا ما أخذته. (عبد)

القيمةُ، وفى الخنزير مهر المثل، وهذا(١) عند أبى حنيفة. وقال أبو يوسف: لها مهر المثل فى الوجهين(٢)، وقال محمد: لها القيمة فى الوجهين.

وجه قولهما: إن القبض مؤكّد للملك فى المقبوض(٣)، فيكون له شبهٌ بالعقد(٤)، فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد، وصار كما إذا كانا بغير أعيانهما(٥). وإذا التحقت حالةُ القبض بحالة العقد، فأبو يوسف يقول: لو كانا مسلمين وقت العقد(٦) يجب مهر المثل، فكذا ههنا. ومحمدٌ يقول: صحت التسمية(٧) لكون المسمى ما لا عندهم إلا أنه امتنع التسليم للإسلام فتجب القيمة، كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض(٨). ولأبى حنيفة أن الملك فى الصّداق المعين يَتم بنفس العقد، ولهذا تَملك التصرف فيه(٩)،

---

(١٣) يعنى كانا دينًا فى الذمة. (ب)

(١) قوله: "وهذا" أى مجموع ما ذكرته فى صورة المعين، وغير المعين، وكذا ما فى قول محمد من الوجهين. (عبد)

(٢) أى فى المعين وغير المعين. (عناية)

(٣) قوله: "مؤكد للملك إلخ" يعنى أن القبض تأكيد للملك، كما فى البيع، فإن المبيع ما لم يقبض ليس له التصرف، فبالقبض يتأكد الملك، وكل ما هو مؤكد لشىء كان له حكم ذلك الشىء، فالقبض بمنزلة الملك، فقبض الخمر والخنزير حالة الإسلام بمنزلة عقد النكاح عليهما حالة الإسلام، وهو ممتنع حينئذٍ، فكذا القبض، وإذا لم يجز القبض فأبو يوسف إلخ. (عبد)

(٤) قوله: "فيكون له شبه إلخ [فى إفادة ما لم يكن. عناية]" أى من حيث إن له مدخلا فى التمليك لا يقال: لما كان له شبه بعقد، ولم يشبه من وجه آخر، وفى أمثاله يلاحظ الشبهان، فينبغى أن يلاحظ الشبهان ههنا؛ لأنا نقول: جانب الحرمة مرجح احتياطا. (عبد)

(٥) قوله: "وصار كما إذا كانا إلخ" أى القبض فيه كالقبض فيما إذا كانا بغير أعيانهما فى إفادة ما لم يكن، والقبض فيما إذا كانا بغير أعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما، فكذلك فيما إذا كانا بأعيانهما كالعقد. (ع)

(٦) على خمر أو خنزير.

(٧) أى تسمية الخمر والخنزير.

(٨) فيجب القيمة.

(٩) أى يجوز أن تبيع وتهب. (عبد)

وبالقبض[١] ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها، وذلك[٢] لا يمتنع بالإسلام، كاسترداد الخمر المغصوب، وفي غير المعين القبض موجب ملك العين، فيمتنع بالإسلام بخلاف المشترى[٣]؛ لأن ملك التصرف إنما يستفاد بالقبض، وإذا تعذر القبض في غير المعين، لا تجب القيمة في الخنزير[٤]؛ لأنه من ذوات القيم، فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه[٥]، ولا كذلك الخمرُ؛ لأنها من ذوات الأمثال[٦]، ألا ترى أنه لو جاء[٧] بالقيمة قبل الإسلام تُجبر على القبول في الخنزير[٨] دون الخمر.

ولو طلقها قبل الدخول بها، فَمَنْ أوجب مهر المثل[٩] أوجب المتعةَ،

---

(١) قوله: "وبالقبض إلخ" يعني جاز لها التصرف، فما فائدة القبض، ولقائل أن يقول: فائدته إذا هلك في يد الزوج قبل قبضها، كان عليه الضمان، بخلاف ما إذا قبضت. (عبد)

(٢) قوله: "وذلك [أي الانتقال]" إشارة إلى الانتقال من ضمان الزوج إلى ضمان الزوجة، لا إلى الانتقال المطلق، يعني الانتقال من يد إلى يد، وحينئذٍ القياس على استرداد الخمر غير ظاهر؛ لأن المسلم إذا كان له خمر بالإرث، أو بغير ذلك وغصبه كان له أن يسترد. أما إذا تلف في يد الغاصب ليس للمغصوب منه شيء على الغاصب، لا يقال: يفرض المسألة أن مسلماً غصب من ذمي، فإن للذمي أن يأخذ الضمان من المسلم؛ لأنا نقول: أخذ الذمي الضمان، واسترداده من المسلم ليس إلا لكونه ذميا، والمقصود بيان أن الإسلام لا يمنع من الأخذ والاسترداد، نعم لو جعل اسم الإشارة إشارة إلى مطلق الانتقال يصح. (عبد)

(٣) قوله: "بخلاف المشترى [هذا يجوز أن يكون بفتح الراء وبكسرها. ب]" متصل بقوله: إن الملك في الصداق المعين إلخ يعني بخلاف ما إذا باع الخمر أو الخنزير، أو اشترى، ثم أسلم قبل القبض، فإنه لا يجوز القبض، بل ينفسخ العقد؛ لأن المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله، والإسلام مانع منه. (ع)

(٤) بل يجب مهر المثل.

(٥) فكان قيمة الخنزير خنزيراً من وجه. (عبد)

(٦) فقيمة الخمر غير الخمر.

(٧) الزوج في غير المعين.

(٨) لأن الخنزير من ذوات القيم دون الخمر.

(٩) قوله: "فمن أوجب إلخ" ففي العين إلخ لها نصف العين في قول أبي حنيفة، وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة، وفي الخنزير لها المتعة؛ لأن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول، بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق، فالواجب المتعة بعد الطلاق. وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال، كذا في "المبسوط"، وعند أبي يوسف لها المتعة على كل حال. (نهاية)

ومَن أوجب القيمة، أوجب نصفها.

باب نكاح الرقيق[١]

لا يجوز[٢] نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما، وقال مالك: يجوز للعبد[٣]؛ لأنه يملك الطلاق، فيملك النكاح[٤].

ولنا قوله عليه السّلام[٥]: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر[٦]»*، ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذ النكاح عيب فيهما[٧]، فلا يملكانه بدون إذن مولاهما.

وكذلك المكاتب[٨]؛ لأن الكتابة أوجبت[٩] فك الحجر في حق

(١) قوله: "باب نكاح الرقيق" أخر هذا الباب عن فصل النصراني والنصرانية؛ لأن الرق من آثار الكفر؛ إذ الاسترقاق ابتداء لا يرد إلا على الكافر، ولا شك أن الأثر يقفو المؤثر، وذكر في "الصحاح" الرقيق المملوك، وقد يطلق على الواحد والجمع. (نهاية)

(٢) أي لا ينفذ لأن ذلك النكاح نكاح موقوف. (عبد)

(٣) قوله: "للعبد" لا للأمة؛ إذ في نكاحها تمليك منافع البضع التي هي حق الغير. (عبد)

(٤) قوله: "لأنه [العبد] يملك الطلاق، فيملك النكاح" لا شك أن الملازمة عقلا إنما هو بين الطلاق، ووجود النكاح؛ إذ الطلاق عبارة عن إزالة النكاح، وإزالة الشيء يستدعي سبق وجوده. أما لا ملازمة بين ملك الطلاق وملك النكاح لا عقلا وهو ظاهر، بل العقل يقتضي التفرقة بين ملك النكاح وملك الطلاق؛ إذ النكاح يتضمن ضرر المولى حيث يستحق به رقبته، أو كسبه، والطلاق لا يتضمنه، فجاز أن يملك الطلاق، ولا يملك النكاح، ولا شرعًا؛ لأنه أول المسألة، وعين النزاع، ولا شيء من دلائل الشرع يقتضي الملازمة بينهما. (إله داد)

(٥) قوله: "ولنا قوله [رواه الترمذي عن جابر مرفوعًا. تخريج الزيلعي] إلخ" هذا الدليل يثبت المختلف فيه يعني العبد، وأما الأمة فمتفق عليها أنه لا يجوز نكاحها. (عبد)

(٦) أي زانٍ، كذا قال الخطابي. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٠٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٢ ص٦٤. (نعيم)

(٧) قوله: "إذ النكاح عيب فيهما" للزوم اشتغالهما بشغل الزوج أو الزوجة، ألا ترى أنه لو اشترى عبدًا، وكان متزوجًا، ولم يعلم حاله جاز له أن يرد. (عبد)

(٨) أي لا يجوز تزوجه بغير إذن مولاه. (ب)

(٩) قوله: "أوجبت إلخ" الحاصل أن العبد محجور عن كل تصرف، فإذا كوتب بطل حجره في الكسب أي في حق تحصيل المنافع دون غيره، والنكاح تصرف ليس فيه تحصيل المنافع، بل يثبت به الضرر للزوم المهر والنفقة. (عبد)

الكسب، فيبقى[١] في حق النكاح على حكم الرق، ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده، ويملك تزويجَ أمته[٢]؛ لأنه من باب الاكتساب[٣]، وكذا[٤] المكاتَبة لا تملك تزويجَ نفسها[٥] بدون إذن المولى، وتملك تزويجَ أمتها لما بينا[٦]. وكذا المدبر وأم الولد؛ لأن الملك فيهما قائم، وإذا تزوج العبد بإذن مولاه، فالمهر[٧] دينٌ في رقبته يباع فيه[٨]؛ لأن هذا دين وجب في رقبة العبد؛ لوجود سببه[٩] من أهله[١٠]، وقد ظهر في حق المولى؛ لصدور الإذن من جهته[١١]، فيتعلق[١٢] برقبته[١٣] دفعًا للمضرة[١٤] عن أصحاب

---

(١) لأنه ليس نفعا. (عبد)

(٢) قوله: "تزويج أمته" أي حرًا، أو عبدًا لغيره، أما لو تزوجها من عبد نفسه، فلا يجوز في ظاهر الرواية؛ لأنه ليس من باب الاكتساب. (د)

(٣) لحصول المهر.

(٤) للولد. (عبد)

(٥) قوله: "لا تملك تزويج نفسها" وإن كان من باب الاكتساب إلا أن هذا التزويج ليس لاكتساب المال، بل للتحصين والعفة، فإن مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال، فلم يكن مما يتناوله عقد الكتابة، بخلاف تزويج أمتها لجواز أن يكون مقصودها منه المال، من المهر، والنفقة، والولد، فافترقا. (إله داد)

(٦) قوله: "لما بينا" متعلق بالمسألتين أما تعلقه بالثانية فظاهر؛ لأن تزويج أمتها اكتساب، وأما تعلقه بالأول، فبيانه أن تزويج نفسها ليس كسبا كالمكاتب، وذلك لأن تزويج نفسها تمليك منافع البضع التي هي حق للسيد، وليس تمليك ملك آخر كسبا، فكما لا يجوز لها أن تبيع نفسها، فكذلك لا يجوز لها أن تملك منفعة بضعها، لا يقال: فحينئذٍ ينبغي أن لا يجوز للمكاتب والمكاتبة أن توجر نفسها، مع أنه يجوز، لأنا نقول: تمليك منفعة البضع بمنزلة تمليك جزء منها. (إله داد)

(٧) وكذا النفقة. (ب)

(٨) فإذا بيع ولم يفِ لم يبع ثانيًا.

(٩) أي لوجود سبب الدين وهو النكاح.

(١٠) العاقل البالغ.

(١١) المولى.

(١٢) أي يؤدى من رقبته. (عبد)

(١٣) العبد.

الديون، كما فى دين التجارة[١]. والمدبر والمكاتب يسعيان فى المهر، ولا يباعان فيه؛ لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير[٢]، فيؤدّى[٣] من كسبهما، لا من نفسهما.

وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه، فقال المولى: طلِّقها أو فارِقها، فليس هذا بإجازة؛ لأنه يحتمل الرّد[٤]؛ لأن ردَّ هذا العقد ومتاركتَه يسمى طلاقًا ومفارقةً[٥]، وهو أليق بحال العبد المتمرّد، أو هو أدنى[٦]، فكان الحمل عليه أولى. وإن قال[٧]: طلِّقها تطليقة تملك الرجعة، فهذا إجازة؛ لأن الطلاق الرجعى لا يكون إلا فى نكاح صحيح، فتتعين الإجازة[٨].

ومَن قال لعبده: تزوج هذه الأمةَ، فتزوّجها نكاحًا فاسدًا ودخل بها، فإنه يباع[٩] فى المهر عند أبى حنيفة رحمه الله.

(١٤) قوله: "دفعا للمضرة إلخ" لا يقال: دفع الضرر يحصل بالسعى والعمل؛ لأنا نقول: ذلك أمر يحصل بالتدريج، ولايصار إليه إلا عند الضرورة، كما فى صورة المكاتب والمدبر. (عبد)

(١) إذا كان العبد مأذونًا يباع فيه.

(٢) قوله: "مع بقاء الكتابة والتدبير" يفهم منه أنه يجوز رفعهما أما رفع الأول فظاهر، وأما رفع الثانى فلا يجوز عندهم، نعم عند الشافعى، فإذا حكم القاضى على مذهب الشافعى، كان له حكم العبد. (عبد)

(٣) المهر.

(٤) قوله: "لأنه [أى لأن هذا القول من المولى] يحتمل الرد [ويحتمل الإجازة]" لأن رَدَّ هذا العقد أى رد النكاح الفاسد يسمى طلاقًا وإن كان مجازًا، فهذا مصحح، والمرجح تمرد العبد. (عبد)

(٥) قوله: "يسمى طلاقا ومتاركة" فيحمل عليه عند تعذر إعمال الحقيقة؛ لأن المولى لا يملك الطلاق، فلا يملك الأمر به، وهو يملك الرد، فيحمل عليه كيف؟ وهو أليق بحال العبد المتمرد بالافتيات على المولى، بخلاف الفضولى إذا زوج رجلا آخر، فقال الرجل: طلقها حيث يكون إجازة؛ لأن الزوج يملك الطلاق، فيملك الأمر به، فليس هناك تعذر الحقيقة حتى يحمل على الرد. (إله داد)

(٦) قوله: "أو هو أدنى" يعنى أن فيه سهولة، بخلاف ما إذا جوزنا النكاح، فإنه حينئذٍ لزم ثبوت نكاح واضح إلى رفعه. (عبد)

(٧) المولى.

(٨) قوله: "فتتعين الإجازة" حتى إذا لم يرضَ العبد كان **النكاح** ثابتًا. (عبد)

(٩) العبد.

وقالا: يؤخذ منه إذا عتق، وأصلُه(١) أن الإذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده(٢)، فيكون هذا المهر ظاهراً(٣) في حقّ المولى، وعندهما ينصرف(٤) إلى الجائز لا غير، فلا يكون ظاهرًا في حق المولى، فيؤاخذ به بعد العتاق. لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل(٥) الإعفاف والتحصين(٦)، وذلك بالجائز(٧)، ولهذا لو حلف لا يتزوّج ينصرف إلى الجائز(٨)، بخلاف البيع؛ لأن بعضَ المقاصد حاصل(٩)، وهو ملك التصرفات. وله أن اللفظ(١٠) مطلق، فيجرى على إطلاقه، كما في البيع(١١)، وبعضُ المقاصد(١٢) في النكاح الفاسد حاصل كالنسب، ووجوبِ المهر والعدة على اعتبار وجود الوطئ، ومسألةُ اليمين ممنوعة على هذه الطريقة(١٣).

---

(١) أى أصل أبي حنيفة. (ب)

(٢) الإمام.

(٣) فيباع العبد.

(٤) الإذن.

(٥) قوله: "في المستقبل" إنما قيد بالمستقبل؛ لأنه لو حلف أنه ما تزوج امرأة في الماضي، وكان التزوج صحيحًا أو فاسدًا حنث في يمينه، كذا في "المبسوط". (إله داد)

(٦) أى تحصين الفرج.

(٧) فإن الوطئ في النكاح الفاسد حرام.

(٨) فلا يحنث بالفاسد.

(٩) بالبيع الفاسد.

(١٠) أى تزوج.

(١١) قوله: "كما في البيع" أى إن أمره بالبيع، فإن أمره به يتناول الجائز والفاسد. (نهاية)

(١٢) جواب عن قولهما.

(١٣) قوله: "على هذه الطريقة" أي إجراء اللفظ المطلق على إطلاقه، ولئن كان قول الكل، فالعذر لأبي حنيفة أن مبنى الأيمان على العرف. (عناية)

ومن زوّج عبدًا مديونًا مأذونًا له امرأةً جاز، والمرأة أُسوة[١] للغرماء في مهرها، ومعناه[٢] إذا كان النكاح بمهر المثل[٣]، ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره[٤]، والنكاح لا يلاقي حقّ الغرماء بالإبطال مقصودا[٥] إلا أنه إذا صح النكاح[٦] وجب الدين بسبب لا مردّ له، فشابه[٧] دين الاستهلاك، وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة، فبمهر مثلها[٨] أُسْوَةٌ للغرماء. ومن زوّج أمتَه، فليس عليه أن يُبَوّئها[٩] بيتَ الزوج، ولكنها تَخدم المولى، ويقال للزوج: متى ظفرتَ بها وطئتها[١٠]؛ لأن حقّ المولى في الاستخدام باقٍ، والتبوية إبطالٌ له، فإن بَوّأها معه بيتًا، فلها النفقة والسكنى، وإلا فلا[١١]؛ لأن النفقة تقابل الاحتباس.

ولو بَوّأها بيتا، ثم بَدَا[١٢] له[١٣] أن يستخدمها له ذلك؛ لأن الحق باقٍ؛

---

(١) برابر.

(٢) أي قوله: والمرأة أسوة. (ب)

(٣) لا بأزيد.

(٤) قوله: "ما نذكره" أي بعد هذه المسألة بقوله: ولنا أن النكاح إصلاح ملكه؛ لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الإهلاك. (ب)

(٥) قوله: "مقصودًا" إنما قال: مقصودا؛ لأن المانعية إنما تتحقق بذلك، وأما إذا كان ضمنا، فلا معتبر به، وههنا كذلك؛ لأن محلية النكاح بالآدمية، وحق الغرماء لا يلاقيها. (عناية)

(٦) بالدليل الصحيح، وهو قيام ملك الرقبة، والحاجة إلى التحصين. (إله داد)

(٧) المهر.

(٨) قوله: "فبمهر مثلها إلخ" وأما إذا كان أكثر منه فلا تساويهم، بل تؤخر إلى استيفاءهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض. (عناية)

(٩) قوله "أن يبوئها [التبوية أن يخلي بينه وبينها]" يقال: بوأت للرجل منزلا، وبوأته منزلا أي هيأته، ومكنت له فيه. (عناية)

(١٠) قوله: "وطئتها" فليس للسيد ولاية المنع إلا قبل أخذ المعجل، وليس للزوج أن يمنعه من أن يستخدمها؛ لأن المستحق للزوج ملك الحل لا غير. (مجمع الأنهر)

(١١) أي إن لم يبوئها، فلا تلزم النفقة والسكنى على الزوج. (ب)

(١٢) أي ظهر.

لبقاء الملك، فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح، قال رضى الله عنه[١]: ذكر[٢] تزويج المولى عبدَه وأمتَه، ولم يذكر[٣] رضاهما، وهذا يرجع إلى مذهبنا أنّ للمولى إجبارَهما على النكاح.

وعند الشافعي لا إجبار فى العبد، وهو رواية عن أبى حنيفة[٤]؛ لأن النكاح من خصائص الآدمية، والعبدُ داخلٌ تحت ملك المولى من حيث إنه مال[٥]، فلا يملك[٦] إنكاحه، بخلاف الأمة؛ لأنه[٧] مالكُ منافع بضعها، فيملك تمليكَها. ولنا أن الإنكاحَ إصلاحُ مِلكه؛ لأن فيه[٨] تحصينَه[٩] عن الزنا الذى هو سبب الهلاكِ والنقصان، فيملكه[١٠] اعتبارًا بالأمة[١١]، بخلاف المكاتَب والمكاتَبة؛ لأنهما التحقا بالأحرار تصرفًا، فيشترط رضاهما. قال: ومَنْ زوّج أمتَه، ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجُها، فلا مهر لها عند أبى حنيفة رحمه الله. وقالا: عليه المهر لمولاها؛ اعتبارًا بموتها[١٢]

(١٣) المولى.

(١) أى المصنف. (ب)

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (ع)

(٣) أى لم يقل: إن رضاهما شرط لصحة النكاح، أم لا؟ (ب)

(٤) رواها الطحاوى. (ب)

(٥) لا من حيث إنه آدمى. (ب)

(٦) المولى.

(٧) المولى.

(٨) الإنكاح.

(٩) العبد.

(١٠) المولى.

(١١) قوله: "اعتبارًا بالأمة" والجامع قيام سبب الولاية، وهو ملك الرقبة، وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك أو النقصان. (عناية)

(١٢) قوله: "اعتبارًا بموتها إلخ" ويشكل عليه ما إذا قتل المشترى المبيع حيث لا يرجع بنقصان

حَتْفَ أنفها(١)، وهذا(٢) لأن المقتول ميتٌ بأجله، فصار كما إذا قتلها أجنبى(٣). وله أنه(٤) مَنع المبدل قبل التسليم، فيجازى بمنع البدل، كما إذا ارتدت(٥) الحرة(٦)، والقتلُ(٧) فى أحكام الدنيا جُعل إتلافًا حتى وجب القصاص(٨) والدية(٩)، فكذا فى حق المهر. وإن قتلت حرةٌ نفسها قبل أن يدخل بها زوجُها، فلها المهر، خلافًا لزفر رحمه الله هو(١٠) يعتَبره بالردة، وبقتل المولى أمته، والجامع(١١) ما بيناه(١٢). ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرةٍ فى حق أحكام الدنيا، فشابه موتَها(١٣) حتف أنفها، بخلاف قتل المولى أمتَه؛ لأنه يُعتبر(١٤) فى أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة

العيب فى ظاهر الرواية، فلو كان القتل كالموت حتف أنفه وجب أن يرجع، كما هو رواية عن أبى يوسف. (إله داد)

(١) قوله: "حتف" حتف بالفتح مرگ، مات فلان حتف أنفه يعنى بمرگ خود مرد چه زعم عرب آن است كه هر كه بمرگ خود بميرد روح او از بينى بيرون مى آيد. (م)

(٢) أى اعتبار قتلها بموتها حتف أنفها. (ب)

(٣) فعليه المهر.

(٤) المولى.

(٥) قوله: "كما إذا ارتدت الحرة" تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل. (عناية)

(٦) قوله: "الحرة" قيد بالحرة؛ لأن الأمة إذا ارتدت، أو قبلت ابن الزوج، فمنهم من قال بعدم سقوط المهر؛ لأن المنع ما جاء من قبل من له الحق، وهو المولى، ومنهم من قال: بسقوطه؛ لأنه أولا يجب لها، ثم ينتقل إلى المولى إذا فرغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف إلى دينها. (إله داد)

(٧) قوله: "والقتل إلخ" جواب عن قولهما؛ لأن الميت مقتول بأجله. (عناية)

(٨) فى العمد.

(٩) فى الخطأ.

(١٠) زفر.

(١١) أى بين المقيس والمقيس عليه. (ب)

(١٢) من أنه منع المبدل قبل التسليم. (عناية)

(١٣) قوله: "فشابه إلخ" إذا لا يمكن إضافة القتل إليها حقيقة؛ لأن تمام القتل بالموت، ولا يتم إلا عند سقوط أهلّية الفعل، فلا يصح تحقيق القتل منها. (إله داد)

(١٤) فلا مهر حينئذٍ زجراً.

عليه[١]. وإذا تزوج أمة[٢]، فالإذن في العزل[٣] إلى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن الإذن إليها؛ لأن الوطئ حقها، حتى يثبت لها ولايةُ المطالبة[٤]، وفي العزل تنقيصُ حقِّها، فيشترط رضاها، كما في الحرة[٥]، بخلاف الأمة المملوكة[٦]؛ لأنه لا مطالبة لها[٧]، فلا يعتبر رضاها. وجه ظاهر الرواية أن العزل يُخلّ بمقصود الولد، وهو حق المولى فيعتبر رضاه، وبهذا فارق الحرة[٨]. وإن تزوّجت بإذن مولاها، ثم أُعتقت، فلها الخيار[٩] حرّا كان زوجُها أو عبدًا؛ لقوله عليه السّلام[١٠] لبريرة[١١] حين أعتقت[١٢]: «ملكتِ بضعكِ فاختاري»*، فالتعليلُ بملك البضع[١٣] صدر مطلقًا[١٤]، فينتظم

(١) قوله: "حتى تجب الكفارة عليه [المولى]" أي فيما إذا كان قتل المولى خطأ، وكذلك يجب الضمان على المولى إن كان عليها دين. (نهاية)

(٢) هذه المسألة من مسائل "الجامع الصغير"، كذا في "غاية البيان".

(٣) وهو أن يطأها، ويعزل منيه عنها؛ كيلا يتولد الولد. (ب)

(٤) بالوطئ.

(٥) فإن الإذن في العزل إليها.

(٦) للواطئ.

(٧) فلا حاجة إلى إذنها في العزل.

(٨) فإنه ليس في الحرة حق المولى.

(٩) قوله: "فلها الخيار" أي إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته. (عناية)

(١٠) قوله: "لقوله عليه السلام [رواه الدارقطني. ب] إلخ" روى البخاري، ومسلم عن القاسم عن عائشة قال: كان في بريرة ثلاث خصال، أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا ولاءها، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: اشتريها وأعتقيها، فإن الولاء لمن أعتق، وعتقت فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من زوجها، فاختارت نفسها: وكان الناس يتصدقون عليها، وتهدى لنا فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وآله وسلم، فقال: هو عليها صدقة، ولنا هدية، انتهى. (ت)

(١١) قوله: "لبريرة إلخ" واختلفت الروايات في زوج بريرة، هل كان حرًا أو عبدًا حين خيرت، فإن أصحابنا لا يفرقون بين الحر والعبد في ثبوت الخيار لها. (زيلعي)

(١٢) وأعتقتها عائشة رضي الله عنها.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٠٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٣ ص٦٤. (نعيم)

الفصلين[١]. والشافعي رحمه الله يخالفنا[٢] فيما إذا كان زوجها حرّاً، وهو[٣] محجوج به[٤]، ولأنه يزداد الملك عليها[٥] عند العتق، فيملك الزوجُ بعده ثلاث تطليقات[٦]، فتملك رفعَ أصل العقد؛ دفعًا للزيادة[٧].

وكذلك المكاتبة[٨] يعني إذا تزوجت بإذن مولاها ثم عتقت[٩]، وقال زفر رحمه الله: لاخيار لها؛ لأن العقد نفذ عليها برضاها، وكان المهرلها، فلا معنى لإثبات الخيار بخلاف الأمة؛ لأنه لا يعتبر رضاها. ولنا أن العلة[١٠] ازدياد الملك[١١]، وقد وجدناها في المكاتَبة؛ لأن عدتها قرءان وطلاقُها ثنتان.

وإن تزوجت أمة[١٢] بغير إذن مولاها، ثم عتقت صح النكاح؛ لأنها

---

(١٣) قوله: "فالتعليل إلخ" إنما قال: فالتعليل لأنه من باب قوله: سهى فسجد. (عناية)

(١٤) قوله: "صدر مطلقًا" يعني أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل علة ثبوت الخيار ملك البضع، ولم يفصل بين ما إذا كان الزوج حرّاً أو عبداً. (بناية للعيني)

(١) الزوج الحر، والزوج العبد.

(٢) أي إن كان عبداً، فلها الخيار، وإن كان حرّاً، فلا خيار له. (عناية)

(٣) أي قول الشافعي.

(٤) أي بإطلاق الحديث المذكور.

(٥) قوله: "ولأنه يزداد إلخ" دليل معقول ورد بأن عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال، فلا يزيد عليها الملك إذا كان الزوج حرا، أجيب بأن كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوى، فيلزم عليها الزيادة إذا أعتقت، وإن كان حرا. (عناية)

(٦) وكان قبل العتق مالكا لتطليقتين.

(٧) قوله: "دفعا للزيادة" أي دفعا لضرر زيادة ملك يثبت للزوج عليها، وهذا الضرر يلزمها قصدا، بخلاف ضرره في بطلان ملكه، فإنه يلزمه ضمنا لدفعها الزيادة عليها، والضرر القصدى أقوى، فيدفع بتحمل الأدنى. (إله داد)

(٨) قوله: "وكذلك المكاتبة" أي سواء كان الزوج حرّاً، أو عبداً. (عناية)

(٩) بأداء بدل الكتابة.

(١٠) أي علة الخيار.

(١١) بعد العتق.

(١٢) في "المبسوط": وكذا الحكم في العبد. (ب)

من أهل العبارة(١)، وامتناع النفوذ لحق المولى، وقد زال(٢)، ولا خيار لها؛ لأن النفوذَ بعد العتق فلا تتحقق زيادةُ الملك، كما إذا زوّجت نفسَها بعد العتق. فإن كانت تزوجّت بغير إذنه(٣) على ألفٍ(٤)، ومهرُ مثلها مائة، فدخل بها زوجها، ثم أعتقها مولاها فالمهر(٥) للمولى؛ لأنه(٦) استوفى منافع مملوكةً للمولى. وإن لم يدخل بها حتى أعتقها، فالمهر(٧) لها؛ لأنه(٨) استوفى منافع مملوكةً لها(٩)، والمراد بالمهر الألفُ المسمى؛ لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد، فصحت التسمية، ووجب المسمى(١٠)، ولهذا(١١) لم يجب مهر آخر بالوطئ في نكاحٍ موقوفٍ(١٢)؛ لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ، فلا يوجب إلا مهراً واحداً.

---

(١) قوله: "لأنها [الأمة] إلخ" أي لوجود المقتضى لصدور الركن الذى هو الإيجاب والقبول من أهله؛ لكونها من أهل العبارة، وانتفاء المانع؛ لأن امتناع إلخ. (عناية)

(٢) قوله: "وقد زال" فإن قلت: هذا يشكل بالشرى، فإنها إذا اشترت، ثم أعتقها المولى، فإن الشرى يبطل. قلت: إنما كان كذلك؛ لأن الشرى انعقد موجبا للملك للمولى حين اشترت، فلو نفذ بعد عتقها كان موجبا للملك لها، فيتغير حكم من له الحق، وأما ههنا فانعقد العقد موجباً لها ابتداء وانتهاء. (نهاية)

(٣) المولى.

(٤) قوله: "على ألف إلخ" ثم إنما قيد فى صورة المسألة بأن المسمى ألف، ومهر المثل مائة؛ ليعلم أن المسمى وإن زاد على مهر المثل، فهو للمولى إذا كان الدخول قبل العتق، وكان ينبغى أن يكون ما يوازى مهر المثل للمولى، وما زاد فللمرأة لما أن مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه، والبضع ملك المولى، فكان قيمة له، لا الزائد على قيمة ملكه، وجوابه ما ذكر فى الكتاب بقوله: والمراد إلخ. (نهاية)

(٥) الألف.

(٦) الزوج.

(٧) الألف.

(٨) الزوج.

(٩) فوجب البدل لها.

(١٠) للمولى إن أعتقها بعد الدخول، وللأمة إن أعتقها قبل الدخول. (عناية)

(١١) أى لكون الاستناد إلى وقت وجود العقد.

(١٢) كنكاح الفضولى.

ومَن وطئ أمة ابنه فولدت منه، فهى أم ولد له، وعليه قيمتها[١] ولا مهر عليه، ومعنى المسألة[٢] أن يدعيَه[٣] الأب. ووجهه أن له ولاية تملّك مال ابنه[٤] للحاجة إلى البقاء[٥]، فله تملُّك جاريته[٦] للحاجة إلى صيانة الماء، غير أن الحاجة[٧] إلى بقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه، فلهذا يتملك الجارية بالقيمة، والطعام بغير القيمة، ثم هذا الملكُ[٨] يثبت قبل الاستيلاد شرطًا له[٩] إذا لمصحّح[١٠] حقيقةُ الملك، أو حقُّه، وكل ذلك غير ثابت للأب فيها[١١]، حتى يجوز[١٢] له[١٣] التزوّج بها[١٤]، فلا بد من تقديمه[١٥]، فتبين أن الوطئ يلاقى ملكه، فلا يلزمه العقر[١٦].

(١) للولد.

(٢) قوله: "ومعنى المسألة إلخ" إنما قال: ومعنى المسألة أن يدعيه الأب؛ لأن محمدا لم يذكر الدعوة فى "الجامع الصغير". (عناية)

(٣) الولد.

(٤) مأكولا، أو مشروبًا.

(٥) لقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك». (ب)

(٦) الابن.

(٧) قوله: "غير أن إلخ" أى فإن قيل: لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجب عليه القيمة، كما فى الطعام، أجاب عنه بقوله: غير أن إلخ. (عناية)

(٨) أى ملك الأب جارية الابن.

(٩) أى لتصحيح الاستيلاد. (نهاية)

(١٠) قوله: "إذا المصحح [للاستيلاد] إلخ" معناه أن المصحح للاستيلاد حقيقة الملك، كما هو ظاهر الرواية، أو حقه كما هو مروى عن أبى يوسف، فإن ما للمولى من حق الملك فى مال مكاتبه يكفى لصحة الاستيلاد فى رواية عنه حتى لو ادعى ولد جارية مكاتبه ثبت نسبه منه.

(١١) الجارية.

(١٢) قوله: "حتى يجوز إلخ" قلت: هذا لا يصلح استدلالا؛ لأن الخصم لا يسلمه، فإن الشافعى لا يجوز تزوج جارية الابن للأب، فكان ذكره تفريعًا، لا تأييدًا، ولكن المحل محل التأييد. (إله داد)

(١٣) الأب.

(١٤) أى بجارية الابن.

(١٥) الملك.

وقال زفر والشافعي رحمهما الله: يجب المهر؛ لأنهما يُثبتان الملك حكما لِلاِستِيْلادِ(١)، كما في الجارية المشتركة(٢)، وحكم الشيء يعقبه، والمسألة معروفة(٣). وقال: ولو كان الابن زوّجها(٤) أباه، فولدت لم تصِرْ أمَّ ولدٍ له(٥)، ولا قيمة عليه(٦)، وعليه(٧) المهرُ، وولدُها حرٌّ؛ لأنه صح التزوّج عندنا خلافًا للشافعي(٨)؛ لخلوها عن ملك الأب، ألا يرى أن الابن مَلَكها من كلّ وجه، فمن المحال(٩) أن يَملكها الأب من وجهٍ، وكذا يملك(١٠) من التصرفات(١١) ما لا يبقى معها ملكُ الأب لو كان، فدلّ ذلك

---

(١٦) قوله: "العقر" في استيلاد الجوهرة: العقر في الحرائر مهر المثل، وفي الإماء عشر قيمة البكر، ونصف عشر قيمة الثيب، وقيل: في الجواري ينظر إلى مثل تلك الجارية جمالا ومولى بكم تتزوج، فيعتبر بذلك، وهو المختار، كذا نقل في "رد المحتار".

(١) قوله: "لأنهما يثبتان الملك حكمًا للاستيلاد" فإنه سقط الإحصان بهذا الوطئ، ولو كان في الملك لما سقط، وحد قاذفه، والجواب أن تقدم الملك اجتهادي، فكان فيه شبهة يندرئ بها الحد.

(٢) قوله: "كما في الجارية المشتركة" أي بين الأب والابن، فإذا ولدت ولدا فادعاه الأب، يثبت النسب، ويجب العقر مع قيام نوع ملك، وذلك يدل على أن الملك لم يثبت سابقًا على الوطئ. والجواب أنا نقدم الملك احترازًا عن وقوع الاستيلاد في غير الملك حكمًا، وفي تلك المسألة نوع من الملك قائم، فلا يحتاج إلى تقديمه. (ع)

(٣) قوله: "والمسألة معروفة" يعني في شروح "الجامع الصغير" وغيرها أن الملك عندنا يثبت قبل الاستيلاد شرطا، وعنده بعده حكما له، والذي ذهبنا إليه هو الصواب؛ لأنا قد اتفقنا على أن استيلاد الأب جارية ولده صحيح، ومن شرطه وقوع الوطئ في الملك، حتى لو خلا عنه أصلا لم يصح، كما في جارية الأجنبي، فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة، وصيانة للولد عن الرق. (عناية)

(٤) الجارية.

(٥) أي للأب.

(٦) الأب.

(٧) الأب.

(٨) قوله: "خلافًا للشافعي" قال الشافعي: لا يصح؛ لأن للأب حق الملك في مال ولده، حتى لو وطئ جاريته عالمًا بحرمتها عليه لم يلزمه الحد، وكل من له حق الملك في جاريته لا يجوز تزوجه إياها كالمولى إذا تزوج أمة من كسب مكاتبه. (عناية)

(٩) قوله: "فمن المحال إلخ" لأنه إذا ثبت له من وجه لا يثبت للابن من ذلك الوجه. (إله داد)

(١٠) الابن.

على انتفاء[١] ملكه[٢] إلا أنه يسقط الحد[٣] للشبهة، فإذا جاز النكاح صار ماءُه مصونًا به، فلم يثبت ملك اليمين، فلا تصير أم ولد له[٤]، ولا قيمةَ عليه[٥] فيها، ولا في ولدها؛ لأنه[٦] لم يملكهما، وعليه[٧] المهر؛ لالتزامه بالنكاح، وولدُها حر؛ لأنه ملكه أخوه[٨]، فعتق عليه بالقرابة.

قال[٩]: وإذا كانت الحرّة تحت عبد، فقالت لمولاه[١٠]: أعتِقه عني[١١] بألف، ففعل فسد النكاح، وقال زفر رحمه الله: لا يفسد.

وأصلُه أنه يقع العتق عن الآمر عندنا، حتى يكون الولاء له، ولو نوى به[١٢] الكفارة[١٣] يخرج عن عهدتها، وعنده[١٤] يقع عن المأمور؛ لأنه طلَب أن يُعتِق المأمور عبدَه عنه، وهذا محال؛ لأنه لا عتقَ فيما لا يملكه ابن آدم،

---

(١١) قوله: "من التصرفات" كالبيع والرهن والهبة والعتق.

(١) حقًا وحقيقةً.

(٢) الأب.

(٣) قوله: "إلا أنه يسقط إلخ" جواب عن قول الخصم: ولو وطئ جاريته عالمًا بحرمتها إلخ، ولم يذكره في الكتاب. (عناية)

(٤) الأب.

(٥) الأب.

(٦) الأب.

(٧) الأب.

(٨) أي الابن مالك الجارية.

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير".

(١٠) العبد.

(١١) قوله: "أعتقه عني" تقديره أعتق عبدك الذي هو لك في الحال بعد بيعك لي إياه بطريق الوكالة عني. (ع)

(١٢) أي بهذا العتق.

(١٣) ككفارة اليمين.

(١٤) زفر.

فلم يصح الطلب، فيقع العتق عن المأمور.

ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذا الملك شرطٌ لصحة العتق عنه، فيصير قوله: "أعتق" طلب التمليك منه بالألف، ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه، وقوله: "أعتقت" تمليكًا منه(١) ثم الإعتاق عنه، وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافى بين الملكين(٢).

ولو قالت(٣): أعتِقه عنّى، ولم تسم مالا لم يفسد النكاح، والولاء للمعتِق(٤)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: هذا والأول سواء؛ لأنه يقدِّم التمليك بغير عوض(٥) تصحيحًا لتصرفه(٦)، ويسقط اعتبارُ القبض(٧)، كما إذا كان عليه كفارةُ ظهار، فأمر غيرَه أن يُطعِمَ عنه. ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص(٨)، فلا يمكن إسقاطه، ولا إثباته اقتضاءً؛ لأنه فعل حسى(٩) بخلاف البيع؛ لأنه تصرف شرعى(١٠)، وفى تلك المسألة(١١) الفقير ينوب عن الآمر فى

---

(١) قوله: "تمليكا منه" فيكون بمعنى قوله: بعت منك، وأعتقته عنك. (عناية)

(٢) أى ملك النكاح وملك اليمين.

(٣) الحرة.

(٤) إذا فعل المولى.

(٥) أى الهبة، فالمعنى هب لى عبدًا، وأعتقه. (عينى)

(٦) قوله: "تصحيحًا لتصرفه [الآمر]" لما أن تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن، وقد أمكن ههنا بإسقاط اعتبار القبض؛ لأنه شرط، وقد أمكن ذلك بإسقاط القبول الذى هو الركن، فلأن يمكن إسقاط الشرط أولى، كما إذا كان عليه كفارة ظهار، فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل، سقط الكفارة. (عناية)

(٧) الذي لا بد منه في الهبة.

(٨) أي قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا يصح الهبة إلا مقبوضة». (عناية)

(٩) قوله: "لأنه فعل حسى [والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه. ع]" والفعل الحسى ليس من جنس القبول، فلا يمكن أن يكون ثابتا فى ضمن قوله: أعتقت. (عناية)

(١٠) فيصح أن يثبت فى ضمن قوله: أعتقت.

القبض، أمّا العبد فلا يقع في يده شيء[١]؛ لينوب عنه.

باب نكاح أهل الشرك[٢]

وإذا تزوج الكافر بغير شهود[٣]، أو في عدة كافر[٤]، و[٥] ذلك في دينهم جائز، ثم أسلما أُقرّا عليه، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال زفر: النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام، والمرافعة إلى الحكام.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الأول[٦] كما قال أبو حنيفة، وفي الوجه الثاني[٧] كما قال زفر رحمه الله.

له[٨] أن الخطابات[٩] عامة على ما مر من قبل[١٠]، فتلزمهم، وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضاً[١١] لا تقريراً، وإذا ترافعوا[١٢] أو أسلموا

---

(١١) قوله: "وفي تلك المسألة" أي في مسألة الأمر بإطعام الفقير ينوب عن الآمر في القبض كالفقير في باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى، ثم يصير قابضا لنفسه، أما العبد فلا يقع في يده شيء؛ لأن الإعتاق إتلاف الملك. (عناية)

(١) قوله: " فلا يقع في يده شيء " لأن ماليته تتعلق بالإعتاق، فلا يقع في يده شيء. (إله داد)

(٢) قوله: "باب نكاح أهل الشرك" لما ذكر باب الرقيق للمناسبة التي ذكرنا ذكر من هو أدون منزلة، وأخس رتبة منهم، وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم. (نهاية)

(٣) هذه من مسائل القدوري، كذا في "غاية البيان".

(٤) قوله: "أو في عدة كافر" وفيه نظر؛ لأن كلامنا في أهل الشرك، ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته، ويجوز بأن يصور بأن أشركت بعد الطلاق- والعياذ بالله- وهي في عدة المسلم. (عناية)

(٥) حالية.

(٦) التزوج بغير شهود. (عناية)

(٧) التزوج في عدة كافر. (عناية)

(٨) زفر.

(٩) قوله: "أن الخطابات" كقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا نكاح إلا بشهود» ونحوه. (ع)

(١٠) إشارة إلى ما قال في أول الفصل الذي فيه تزوج النصراني بقوله: وهذا الشرع وقع عامًا إلخ. (ب)

(١١) كما ترك لهم عبادة الصنم إعراضًا. (عناية)

والحرمة قائمة[1] وجب التفريق[2]. ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها، فكانوا ملتزمين[3] لها، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه[4]، ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات.

ولأبي حنيفة أن الحرمة[5] لا يمكن إثباتها حقًّا للشرع؛ لأنهم لا يخاطبون[6] بحقوقه[7]، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقًّا للزوج؛ لأنه لا يعتقده[8]، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم[9]؛ لأنه يعتقده، وإذا صح النكاح، فحالةُ[10] المرافعة والإسلام حالةُ البقاء[11]، والشهادة ليست

---

(١٢) إلى الحكام. (ب)

(١) قوله: "والحرمة قائمة [لوجود الخطاب]" أي حرمة النكاح متحققة في صورتي الترافع والإسلام. (عبد)

(٢) قوله: "وجب التفريق" كما قال الله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم﴾، فإن الضمير راجع إلى الكفار، إن قيل: من أين يفهم المرافعة، قلنا: من قوله: بينهم، فإن الحكم بين جماعة إنما يكون إذا ترافعوا. (عبد)

(٣) قوله: "فكانوا ملتزمين" أي يلزمهم الأحكام المجمع عليها في المعاملات، لا في الديانات، وذلك لأن المعاملة ضرورية بيننا و بينهم، ولا يجوز لنا تبعيتهم، فتعين كونهم تابعين لنا، فوقع على أمثالهم أحكامنا، لكن لا جميع الأحكام أعني المتفق والمختلف؛ إذ ليس الضرورة إلا المتفق. (عبد)

(٤) قوله: "مختلف فيه" فإن مالكا وابن أبي ليلى يجوزانه. (ع)

(٥) قوله: "أن الحرمة إلخ" أي حرمة النكاح إنما هي للعدة؛ لكونه نكاح المنكوحة من وجه، وثبوت العدة إما أن يكون للشرع، أو للزوج. (ع)

(٦) ولذا لا نتعرض لهم في الخمر والخنزير. (ب)

(٧) قوله: "بحقوقه [الشرع]" الحق وإن كان إلى العباد، لكن إذا كان نفعه عامًا غير متعلق بمصلحة خاص، فهو مضاف إلى الشرع، وإن كان راجعًا إلى شخص بخصوصه، فهو مضاف إلى العبد، فيقال: حق العبد. (عبد)

(٨) قوله: "لأنه [الزوج] لا يعتقده" يعني أن إثبات الحرمة لا يجوز أن يكون من جهة الشرع؛ لعدم توجه الخطاب، ولا يجوز أن يكون من جهة الزوج؛ لأنه لم يعتقد ذلك، فإذا لم يكن معتقداً لم يثبت له حق؛ لأن الحق فرع الاعتقاد. (عبد)

(٩) قوله: "بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم" وإن لم يثبت حقًا للشرع، لكنه يثبت حقًا للزوج؛ لأنه معتقد.

(١٠) مبتدأ.

(١١) خبر.

شرطًا(١) فيها(٢)، وكذا العدة لا تنافيها(٣) كالمنكوحة(٤) إذا وطئت بشبهة.

فإذا تزوج المجوسى(٥) أمه، أو ابنته، ثم أسلما فرّق بينهما(٦)؛ لأن نكاحَ المحارم له حكم البطلان فيما بينهم(٧) عندهمَا، كما ذكرنا فى المعتدة(٨)، ووجب التعرّض بالإسلام فيفرق. وعنده(٩) له حكم الصحة فى الصحيح(١٠) إلا أن المحرمية تنافى بقاء النكاح(١١)، فيفرق(١٢)، بخلاف العدة؛ لأنها لا تنافيه، ثم بإسلام أحدهما(١٣) يفرق بينهما، وبمرافعة أحدهما(١٤) لا يفرق عنده، خلافًا لهما(١٥).

---

(١) ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح. (ب)

(٢) أى فى حالة البقاء.

(٣) حالة البقاء.

(٤) قوله: "كالمنكوحة إلخ" يعنى إذا تزوج منكوحة شخص، ووطئها بتوهم أنه مات زوجها، وبعد ذلك ظهر أنه حى، يجب العدة مع بقاء النكاح الأول، فظهر عدم منافاة العدة لبقاء النكاح. (عبد)

(٥) قوله: "فإذا تزوج المجوسى [آتش پرست]" لعل التخصيص به ؛بناء على أن جواز نكاح المحارم مختص بالمجوسى. (عبد)

(٦) بالإجماع. (ب)

(٧) قوله: "فيما بينهم" أى فى حقهم عندهما حتى لا يترتب عليه إرث، ولا غير ذلك من الأحكام لكن إنما لم نتعرض لهم بعقد الذمة، فإنه مانع للتعرض، فإذا أسلما بطل عقد الذمة، فنتعرض لهم. (عبد)

(٨) أشار به إلى ما ذكره بقوله: ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها إلخ. (ب)

(٩) الإمام.

(١٠) قوله: "له حكم الصحة فى الصحيح" بناء على ما ذكرنا أن الحرمة إما أن يكون للشرع، أو للزوج إلى آخره، وقوله: فى الصحيح؛ احتراز عن قول مشايخ العراق: إن له حكم الفساد، عنده لأنه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما فى البقاء، وقوله: إلا أن المحرمية إلخ جواب عن هذا التشكيك. (ع)

(١١) قوله: "تنافى بقاء النكاح" كما أنها تنافى حدوثه، مثال ذلك أنه تزوج صغيرة، فثبت أنها شريكة اللبن، فإنها تصير أختًا رضاعيًا له، فيبطل نكاحها. (عبد)

(١٢) أى بالإسلام.

(١٣) أى فيما إذ تزوج المجوسى. (عبد)

(١٤) وطلب حكم الإسلام.

والفرق[١] أن استحقاق أحدهما[٢] لا يبطل بمرافعة صاحبه؛ إذ لا يتغير به اعتقاده أما اعتقادُ المُصِرِّ بالكفر لا يعارض إسلامَ المسلم؛ «لأن الإسلام يَعْلو ولا يعلى»*، ولو ترافعا يفرق بالإجماع؛ لأن مرافعتهما[٣] كتحكيمهما[٤]. ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمةً، ولا كافرة ومرتدةً؛ لأنه[٥] مستحق للقتل[٦]، والإمهالُ ضرورة التأمل[٧]، والنكاحُ يشغله عنه، فلا يُشْرَع في حقه. وكذا المرتدة لا يتزوجُها مسلم ولا كافر[٨]؛ لأنها محبوسة[٩] للتأمل، وخدمة الزوج تشغلها[١٠]، ولأنه لا

(١٥) قوله: "خلافًا لهما" فإن بإسلام أحدهما يفرق بينهما بالاتفاق، وكذلك بمرافعة أحدهما، وطلب حكم الإسلام عندهما؛ لأن إسلام أحدهما كإسلامهما في جواز التفريق، فكذلك رفع أحدهما يكون كرفعهما؛ لأنه برفعه انقاد لحكم الإسلام، كما إذا أسلم. (عناية)

(١) عند الإمام.

(٢) قوله: "أن استحقاق أحدهما [لبقاء هذا النكاح]" أي استحقاقه الثابت له باعتقاده لا يبطل بمرافعه صاحبه، بل اعتقاده صار معارضا لاعتقاد الآخر، فبقي حكم الصحة على ما كان، كذا في "الكافي". (د)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٥ ص٦٦. (نعيم)

(٣) قوله: "لأن مرافعتهما كتحكيمهما" ولو حكما رجلا، وطلبا منه حكم الإسلام له أن يفرق بينهما، فالقاضي أولى بذلك لعموم ولايته. (ع)

(٤) قوله: "كتحكيمهما" وليس تحكيمًا حقيقة؛ إذ معنى المرافعة عرض الأحوال لأجل الحكم، فليس المرافعة تحكيما، نعم يلزمهاالتحكيم. (عبد)

(٥) قوله: "لأنه مستحق للقتل" ينتقض بالزاني المحصن الذي ظهر زناه بالبينة، أو بالإقرار، وإنه يستحق القتل مع أن نكاحه صحيح. (د)

(٦) قوله: "مستحق للقتل" أي من حيث إنه مرتد، بخلاف ما إذا حكم بقتل أحد للقصاص أو للحد، فإنه يجوز العفو في الصورة الأولى، ويجوز أن يرجع الشهود عن الشهادة. (عبد)

(٧)قوله: "والإمهال إلخ" أي يجوز للقاضي الإمهال، فإذا أمهل يجوز أن يترتب عليه مصالح النكاح، قلنا: إمهاله للتأمل في الدلائل، والنكاح مانع عن التأمل. (عبد)

(٨)قوله: "ولا كافر" لم يتعرض للمرتد، أما لاندراجه في الكافر، أو لأنه علم من السابق أنه لا يجوز للمرتد أن يتزوج. (عبد)

(٩) قوله: "لأنها محبوسة" ولا تقتل بل تحبس حتى يظهر عليها الدليل، أو تموت في السجن. (عبد)

(١٠) عن التأمل.

ينتظم بينهما المصالح، والنكاحُ ما شُرِع لعينه، بل لمصالحه.

فإن كان أحد الزوجين[١] مسلِمًا، فالولد على دينه، وكذلك إن أسلم أحدهما[٢] وله[٣] ولد صغير، صار ولده مسلمًا بإسلامه؛ لأن في جعله[٤] تبعًا له[٥] نظرًا له[٦]. ولو كان أحدهما كتابيًا، والآخر مجوسيًا، فالولد كتابي؛ لأن فيه نوع نظر له[٧]؛ إذ المجوسية شرٌّ منه[٨]، والشافعي يخالفنا فيه[٩] للتعارض، ونحن أثبتنا الترجيح[١٠].

وإذا أسلمت المرأة، وزوجها كافر[١١] عرض القاضي عليه الإسلام، فإن أسلم فهي امرأته، وإن أبى فرق بينهما، وكان ذلك طلاقًا عند أبي حنيفة ومحمد رح، وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية[١٢]، عرض عليها

(١) قوله: "فإن كان أحد إلخ" كما إذا كان الزوج مسلمًا والزوجة كتابيةً، أو كانت الزوجة مسلمةً والزوج كافرًا، و صورته أنهما كافران، ثم أسلمت الزوجة، وبعد الإسلام قبل التفريق ولدت، وإنما قيدنا بأنهما كافران؛ إذ لا يجوز أن تكون الزوجة مسلمةً، والزوج كافرًا. (عبد)

(٢) قوله: "إن أسلم أحدهما" أي حدث إسلام أحدهما، وله صغير أي كان له ولد صغير. (عبد)

(٣) والواو للحال. (ب)

(٤) الولد.

(٥) المسلم.

(٦) الولد.

(٧) الولد.

(٨) الكتابي.

(٩) قوله: "والشافعي يخالفنا فيه" أي في جعل الولد تبعًا الكتابي للتعارض؛ لأن جعله تبعًا للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح، وجعله تبعًا للمجوس يوجب حرمة ذلك، فوقع التعارض إذ الكفر ملة واحدة، والترجيح للمحرم، ونحن أثبتنا الترجيح، وهو قوله؛ لأن فيه نوع نظر.
فإن قلت: على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب إلى نوع ترجيح، فمن أين يقوم الحجة. قلت: ترجيحنا يدفع التعارض، وترجيحه يرفعه بعد وقوعه، والدفع أولى من الرفع؛ لأن كم من واقع لا يرفع. (عناية)

(١٠) وهو قوله: لأن فيه نظرا له إلخ. (ب)

(١١) كتابي أو غيره.

(١٢) قوله: "وتحته مجوسية" قيد الزوجة بالمجوسية؛ لأنها إن كانت كتابية فلا عرض، ولا تفريق. (عناية)

الإسلام، فإن أسلمت فهي امرأته، وإن أبت فرق القاضي بينهما، ولم تكن الفرقة بينهما طلاقًا. وقال أبو يوسف: لا يكون الفرقة طلاقًا في الوجهين، أما العرض[١] فمذهبنا[٢]. وقال الشافعي: لا يعرض الإسلام؛ لأن فيه تعرّضًا لهم[٣]، وقد ضمنّا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد، فينقطع بنفس الإسلام، وبعده متأكد، فيتأجّل[٤] إلى انقضاء ثلاث حيض[٥]، كما في الطلاق[٦]. ولنا أن المقاصد قد فاتت[٧]، فلا بد من سببٍ يبتنى عليه الفرقة، والإسلام طاعةٌ لا يصلح سببًا لها[٨]، فيعرض الإسلام؛ ليحصل المقاصد بالإسلام، أو يثبت الفرقة بالإباء. وجه قول أبي يوسف: أن الفرقة[٩] بسبب يشترك فيه الزوجان، فلا يكون طلاقًا كالفرقة بسبب الملك. ولهما أن بالإباء[١٠] امتنع[١١] عن الإمساك بالمعروف مع قدرته[١٢] عليه بالإسلام، فينوب[١٣]

(١) أي عرض الإسلام.

(٢) أي الحنفية.

(٣) أي للكفار.

(٤) وقوع الفرقة.

(٥) قوله: "ثلاث حيض [هذا على سبيل الإلزام، وإلا فالعدة عند الشافعي ثلاثة أطهار]" قال الشراح: هذا خطأ، والصواب ثلاثة أطهار؛ لأن العدة عنده بالأطهار.

وقيل: معناه كان الشافعي يقول: ينبغي أن يتأجل عندكم إلى انقضاء ثلاث حيض. (بناية)

(٦) قوله: "كما في الطلاق" فإن الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح، وبعد الدخول لا يرفع إلا بانقضاء العدة. (نهاية)

(٧) بإسلام أحد الزوجين.

(٨) قوله: "لا يصلح سببًا لها" لأنه سبب لإثبات العصمة، وتأكيد الملك به. (نهاية)

(٩) قوله: "أن الفرقة إلخ" يعني أن سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى أنه يتحقق منهما، وهو الإباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية، وملك أحد الزوجين صاحبه. (ن)

(١٠) عن الإسلام.

(١١) الزوج.

القاضى منابه[١] فى التسريح[٢]، كما فى الجب[٣] والعنة[٤]، أما المرأة فليست بأهل للطلاق، فلا ينوب[٥] منابها عند إباءها[٦].

ثم إذا فرّق القاضى بينهما بإباءها، فلها المهر إن كان دخل بها؛ لتأكده بالدخول، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها؛ لأن الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد، فأشبه[٧] الردة[٨] والمطاعة[٩].

وإذا أسلمت المرأة فى دار الحرب وزوجها كافر، أوأسلم الحربى وتحته مجوسية لم يقع الفرقة عليها، حتى تحيض ثلاث حيض، ثم تبين من زوجها، وهذا لأن الإسلام ليس سببًا للفرقة، والعرضُ على الإسلام متعذر؛ لقصور الولاية[١٠]، ولا بد من الفرقة رفعًا للفساد، فأقمنا شرطها[١١]، وهو مضى الحيض مقام السبب[١٢]، كما فى حفر

---

(١٢) الزوج.

(١٣) فصار طلاقًا.

(١) الزوج.

(٢) التخليص، والتسريح طلاق.

(٣) قوله: "كما فى الجب" الجب القطع، ومنه المجبوب الخصى الذى استوصل ذكره وخصياه. (مغرب)

(٤) فإن القاضى يفرق فيهما، أما فى الجب ففى الحال، والعنة بعد إمهال سنة.

(٥) القاضى.

(٦) عن الإسلام.

(٧) فى أن القصور منها.

(٨) أى إن ارتدت، أو طاوعت ابن الزوج قبل الدخول، فلا مهر لها.

(٩) قوله: "والمطاعة" قال الإنزارى فى "غاية البيان": المطاوعة بفتح الواو لا كسرها أى مطاوعة المرأة ابن زوجها، قلت: يجوز كسر الواو ويكون اسم الفاعل من طاوع. (بناية)

(١٠) أى ولاية الإمام.

(١١) قوله: "فأقمنا شرطها إلخ" فإن انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة فى الطلاق الرجعى، وشرط انقطاع علائق النكاح فى الطلاق البائن.

البئر[١]، ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها، والشافعي يفصل[٢] كما مر له[٣] في دار الإسلام. وإذا وقَعت الفرقة والمرأة حربية، فلا عدة عليها[٤]، وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وسيأتيك[٥] إن شاء الله تعالى. وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما؛ لأنه يصح النكاح بينهما[٦] ابتداء، فَلأن يبقى أولى[٧].

قال[٨]: وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلمًا، وقعت البينونة بينهما. وقال الشافعي: لا تقع، ولو سُبِي أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق، وإن سُبيا معًا لم يقع البينونة، وقال الشافعي: وقعت.

فالحاصل أن السبب[٩] هو التباين[١٠] دون السبي عندنا، وهو يقول:

---

(١٢) وهو تفريق القاضي عند إباء الزوج الإسلام. (نهاية)

(١) قوله: "كما في حفر البئر" فإن الأصل أن يضاف التلف في الوقوع إلى الثقل؛ لأنه هو العلة للسقوط، والحفر شرط؛ لأن الأرض كانت مسكة مانعة عمل الثقل، فبالحفر زال المانع، فعمل الثقل عمله، فعلم به أنه شرط، لكن العلة ليست بصالحة للحكم؛ لأن الثقل طبعي لا تعدى فيه، والمشي مباح لا شبهة فيه، فلم يصلح المشي علة بواسطة الثقل. وإذا لم يعارض الشرط ما هو علة، وللشرط شبه بالعلل لما يتعلق به من رجوع الحكم أقيم مقام العلة في ضمان النفس والأموال جميعًا، كذا ذكره فخر الإسلام في "أصول الفقه". (ن)

(٢) قوله: "والشافعي يفصل" أي بين المدخول بها وغير المدخول بها حيث يقول: إن كان قبل الدخول يقع الفرقة بإسلام أحدهما، وإن كان بعد الدخول يتوقف على انقضاء العدة، وهذا الحكم عنده لا يختلف بدار الحرب ودار الإسلام، كما مر له أي للشافعي، وهو قوله: إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد إلخ. (بناية)

(٣) من قوله: فإن كان قبل الدخول إلخ. (ب)

(٤) بالإجماع. (ن)

(٥) قوله: "وسيأتيك" أي في مسألة المهاجرة، وقال الإنزاري: بعد ثلاثة عشر خطأ، وقال الكاكي في باب العدة: والأول هو الأصوب. (بناية)

(٦) أي بين المسلم والكتابية.

(٧) قوله: "أولى" لأن البقاء أسهل من الابتداء. (ع)

(٨) أي القدوري.

(٩) للبينونة.

بعكسه[١]، له أن التباين أثره فى انقطاع الولاية[٢]، وذلك لا يؤثر فى الفرقة، كالحربىّ المستأمن[٣]، والمسلم المستأمن.

أما السبى[٤]: فيقتضى الصفاء[٥] للسابى، ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح، ولهذا[٦] يسقط الدين عن ذمة المسبّى.

ولنا أن مع التباين حقيقةً وحكمًا[٧] لا ينتظم المصالح، فشابه المحرمية، والسبىّ[٨] يوجب ملك الرقبة، وهو لا ينافى النكاح ابتداءً[٩] فكذلك بقاءً، فصار[١٠] كالشراء، ثم هو[١١] يقتضى الصفاء فى محلّ عمله،

---

(١٠) أى تباين الدارين.

(١) يعنى أن لسبب السبى، لا التباين. (ب)

(٢) بينهما.

(٣) قوله: "كالحربى المستأمن إلخ" أى كالحربى إذا دخل دارنا بأمان، فإن ولايته قد سقطت، إذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله، وكالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان، فإن ولايته انقطعت، ولم يؤثر فى الفرقة، وهذا إبطال دليل الخصم. (عناية)

(٤) هذا لإثبات المذهب.

(٥) أى صفاء المسبّى للسابى، أى الخلوص له.

(٦) أى لأن السبى يقتضى الصفاء. (عناية)

(٧) قوله: "مع التباين حقيقة وحكما" المراد بالحقيقة تباعدهما شخصًا، وبالحكمى أن لا يكون فى الدار التى دخلها على سبيل الرجوع، بل يكون على سبيل القرار والسكنى.
وفى قوله: حكمًا جواب عن قوله: كالحربى المستأمن، والمسلم المستأمن؛ لأن الحربى المستأمن وإن كان فى دار الإسلام حقيقةً، ولكن هو فى دار الحرب حكمًا؛ لأنه على نية الرجوع، فلذلك لم يترتب عليه حكم التباين، وكذلك المسلم المستأمن حتى لو انقطعت نية الرجوع، كان حكم التباين ثابتًا فى حقه. (ن)

(٨) رد على دليل الخصم

(٩) كما إذا زوج أمته جاز.

(١٠) قوله: "فصار" أى السبى كالشراء من حيث إن النكاح لا يفسد بالشراء، فكذلك بالسبى لعدم المنافاة.(ع)

(١١) قوله: "ثم هو إلخ" أى سلمنا أن السبى يقتضى الصفاء لكن فى محل عمله وهو المال، حتى يثبت الملك فى رقبة المسبى للسابى على الخصوص، لا فى محل النكاح، وهو منافع البضع؛ لأن ذلك ليس فى محل عمله؛ لأن ذلك من خصائص الآدمية لا المالية، وقد اندرج فى هذا الجواب عن قوله: ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبى؛ لأن الدين فى الذمة، وهى من محل عمله؛ لأنها هى الرقبة. (ع)

وهو المال، لا في محل النكاح، وفي المستأمن[١] لم تتباين الدار حكمًا[٢]؛ لقصده الرجوع. وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجِرةً جاز أن تتزوّج، ولا عدة عليها عند أبي حنيفة. وقالا: عليها العدة؛ لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام، فيلزمها حكم الإسلام.

ولأبي حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم وجبت إظهارًا لخطره، ولا خطر لملك الحربيّ، ولهذا[٣] لا تجب العدة على المسبيّة.

وإن كانت حاملا[٤] لم تتزوج حتى تضع حملها، وعن أبي حنيفة أنه يصح النكاح[٥]، ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها، كما في الحبلى من الزنا[٦]، وجه الأول أنه[٧] ثابت النسب[٨]، فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطًا.

قال: وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام، وقعت الفرقة بغير طلاق، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إن كانت الردة[٩] من الزوج، فهي فرقة بطلاق، هو يعتبر بالإباء[١٠]، والجامع ما بيناه.

---

(١) قوله: "وفي المستأمن إلخ" جواب عن قوله: كالحربي المستأمن، والمسلم المستأمن. (عناية)

(٢) وإن تباينت حقيقة.

(٣) أي لعدم الخطر في ملك الحربي.

(٤) أي المرأة الخارجة إلينا مهاجرة.

(٥) لأنه لا حرمة للحربي، فجزءه أولى. (عناية)

(٦) فإنه جاز لها التزوج، لكن زوجها لا يقربها إلى وضع الحمل.

(٧) أي أن الحمل.

(٨) من الغير.

(٩) قوله: "إن كانت إلخ" وإن كانت من المرأة فبغير طلاق، هو يعتبر بالإباء والجامع ما بيناه يعني قوله: امتنع عن الإمساك بالمعروف. (عناية)

(١٠) عن الإسلام إذا أسلمت المرأة.

وأبو يوسف مَرَّ على ما أصَّلنا له(١) فى الإباء، وأبو حنيفة(٢) فرّق بينهما، ووجهُه أن الردة منافية للنكاح؛ لكونها منافيةً للعصمة، والطلاق رافع، فتعذّر أن تُجعل طلاقًا، بخلاف الإباء؛ لأنه يفوّت الإمساك بالمعروف، فيجب التسريح بالإحسان على ما مرّ(٣)، ولهذا(٤) تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء، ولا تتوقف بالردة.

ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها، ونصف المهر إن لم يدخل بها، وإن كانت هى المرتدة، فلها كل المهر إن دخل بها، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقه(٥)؛ لأن الفرقة من قبلها(٦).

قال: وإذا ارتدا معًا ثم أسلما معًا فهما على نكاحهما استحسانًا، وقال زفر: يبطل؛ لأن ردة أحدهما منافية، وفى ردتهما ردةُ أحدهما.

ولنا ما روى(٧) أن بنى حنيفة(٨) ارتدوا ثم أسلموا، ولم يأمرهم

---

(١) قوله: "مر على ما أصلنا له" وهو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان، والطلاق مما يختص بالزوج.(ع)

(٢) قوله: "وأبو حنيفة إلخ" أى أبو حنيفة فرق بين الإباء والارتداد، فجعل الفرقة بإباء الزوجة طلاقا دون الردة، ووجهه أن الردة منافية للنكاح؛ لكونها منافية للعصمة؛ لأنها تبيح النفس والمال، وتبطل الملك والنكاح. والطلاق ليس بمنافٍ للنكاح؛ لأنه رافع له بعد تحققه مسبّبًا عنه، والمسبب عن الشيء الرافع له لا ينافيه، فلا يكون الردة طلاقا بخلاف الإباء؛ لأنه يفوت الإمساك بالمعروف وليس بمنافٍ للنكاح، فيجب التسريح بالإحسان.(ع)

(٣) عن قريب.

(٤) قوله: "ولهذا" أى لكون الردة منافية للنكاح دون الإباء. (عناية)

(٥) قوله: "ولا نفقه" فإن قيل: فلا مهر مستقيم، فما فائدة ذكر ولا نفقة؛ إذ المسلمة إذا كانت غير مدخولة بها، ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها، فحينئذٍ لا يرتاب أحد فى عدم وجوب النفقة فى المرتدة إذا كانت غير مدخول بها. قلت: قوله: ولا نفقة راجع إلى ما ذكر قبله، وهو قوله: وإن كانت هى المرتدة، فلها كل المهر إن دخل بها أى ولكن لا نفقة لها؛ لأن الفرقة من قبلها. (ن)

(٦) فكانت كالناشزة، ولا نفقة لها. (عناية)

(٧) قلت: غريب. (تخريج الزيلعى)

(٨) قوله: "أن بنى حنيفة" هم حى من العرب ارتدوا بمنع الزكاة، وبعث إليهم أبو بكر الصديق الجيوش فأسلموا. (ع)

الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة، والارتدادُ منهم[١] واقع معًا لجهالة التاريخ. ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد[٢] فسَد النكاح بينهما؛ لإصرار الآخر على الردة؛ لأنه مناف كابتدائها[٣].

باب[٤] القَسْمِ[٥]

وإذا كان[٦] لرجل امرأتان حرتان فعليه أن يَعْدل بينهما فى القسم، بكرين كانتا أو ثيبين، أو إحداهما بكرًا والأخرى ثيبًا؛ لقوله عليه السّلام: «مَن كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما فى القسم جاء يوم القيامة وشقُّه مائل»[٧]*، وعن عائشة رضى الله عنها[٨]: «أن النبى عليه السلام كان يعدل فى القسم بين نساءه وكان يقول اللهم هذا قَسْمى فيما أملك فلاتؤاخذنى فيما لا أملك»** يعنى زيادة المحبة،

(١) قوله: "والارتداد إلخ" جواب سؤال، وهو ما ذكره فخر الإسلام فى "مبسوطه" بقوله: فإن قيل: إن ارتدادهم ما كان جملة بالإجماع، فكيف يستقيم الاستدلال به؟ قلنا: عند جهالة التاريخ بالتقدم والتأخر يجعل فى الحكم كأنه وجد جملة. (نهاية)

(٢) أى بعد ارتدادهما. (عناية)

(٣) الردة.

(٤) قوله: "باب القسم" لما ذكر جواز نكاح عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع فى حقهن، وهذا بابه، ولكن اعتراض ما هو أهم منه من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين إلى أمر الفروج وغيرهما أوجب تأخيره. والقسم بالفتح مصدر قسم انقسام المال بين الشركاء فرقه بينهم، وعين انصباءهم، ومنه القسم بين النساء، وأما القسم بالكسر النصيب مثل طحنت طحنًا، والطحن الدقيق، والقسمة اسم للمقاسمة والتقاسم، كذا فى "الصحاح" و"المغرب". (نهاية)

(٥) قوله: "القسم" قال الإنزارى: بفتح القاف مصدر، وهو الرواية عن شيوخنا، قلت: هذا عجيب لا يحتاج إلى رواية عن شيوخه؛ لأن كل واحد يعلم أن القسم فى باب التعديل بالفتح. (بناية)

(٦) قال: بلفظ المذكر، وإن كان مستندا إلى المؤنث الحقيقي؛ لوقوع الفصل. (ب)

(٧) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن أبى هريرة مرفوعًا، كذا قال الزيلعى.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٦ ص٦٦. (نعيم)

(٨) قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عائشة. (تخريج الزيلعى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٧ ص٦٦. (نعيم)

ولا فصل[١] فيما روينا. والقديمة والجديدة سواء[٢]؛ لإطلاق ما روينا[٣]، ولأن القسم من حقوق النكاح، ولا تفاوت بينهن في ذلك، والاختيارُ في مقدار الدور إلى الزوج[٤]؛ لأن المستحقّ هو التسوية دون طريقها[٥]، والتسوية في البيتوتة، لا في المجامعة؛ لأنها تبتني على النشاط[٦]. وإن كانت إحداهما حرة والأخرى أمة، فللحرة الثلثان من القسم، وللأمة الثلث، بذلك ورد الأثر[٧]، ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة[٨]، فلا بد[٩] من إظهار النقصان في الحقوق، والمكاتبةُ والمدبرةُ وأم الولد بمنزلة الأمة؛ لأن الرق فيهن قائم.

قال[١٠]: ولا حقّ لهن[١١] في القَسم حالة السفر، فيُسافر الزوج بمن شاء منهن، والأولى أن يقرع بينهن، فيُسافر بمن خرجت قرعتها.

---

(١) أي بين البكر والثيب. (عناية)

(٢) قوله: "سواء" وقال الشافعي: إن كانت الجديدة بكرًا يفضلها بسبع ليال، وإن كانت ثيبا فبثلاث، ثم التسوية بعد ذلك. (عناية)

(٣) أي بغير تفرقة بين الجديدة والقديمة.

(٤) قوله: "إلى الزوج" أي للزوج أن يجعل لكل واحدة منهما ليلة ليلة، أو ليلتين ليلتين، أو أكثر. (ن)

(٥) قوله: "دون طريقها" أي ليس للمرأة أن تقول: ليلة لي وليلة لضرتي، ولا أجوز أن تبيت عندي ليلتين وعندها ليلتين. (نهاية)

(٦) قوله: "لأنها تبتني على النشاط" فلا يقدر الزوج على المساواة فيه، وهو نظير المحبة بالقلب. (نهاية)

(٧) قوله: "بذلك ورد الأثر" روى البيهقي نحوه عن ابن المسيب، وعن سليمان بن يسار أن الحرة إن أقامت على ضرات، فلها يومان وللأمة يوم، انتهى. (ت)

(٨) قوله: "أنقص إلخ" يدل عليه أنه لا يحل نكاح الأمة مع الحرة ولا بعدها، وإنما يحل قبلها. (عناية)

(٩) قوله: "فلا بد من إلخ" يعني أن سبب استحقاق القسم الحل الثابت بالنكاح، وحل الأمة على النصف من حل الحرة، وقد تعذر إظهار التنصيف في حق حل الفعل، فأظهرناه في الحقوق، كذا في "الكافي". (د)

(١٠) أي القدوري. (ب)

(١١) الزوجات.

وقال الشافعي: القرعة مستحقّة؛ لما روى[١]: «أن النبى عليه السلام كان إذا أراد سفرا أقرع بين نساءه[٢]»* إلا أنا نقول: إن القرعة لتطييب قلوبهن، فيكون من باب الاستحباب، وهذا لأنه لا حقّ للمرأة عند مسافرة الزوج، ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدةً منهن، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن، ولا يحتسب عليه بتلك المدة[٣].

وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز؛ لأن سودةَ بنت زمَعة[٤] رضى الله عنها سألت رسول الله عليه السَّلام أن يراجعها[٥]، وتجعل يومَ نوبتها لعائشة رضى الله عنها**، ولها أن ترجع فى ذلك[٦]؛ لأنها أسقطت حقًا لم يجب بعدُ فلا يسقط[٧].

---

(١) رواه الجماعة من حديث عائشة. (تخريج الزيلعى)

(٢) فأيتهن خرج اسمها خرج بها معه.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٨ ص٦٧. (نعيم)

(٣) قوله: "ولا يحتسب عليه إلخ" أى لا يكون تلك المدة محسوبة من نوبتها. (عناية)

(٤) بفتحتين.

(٥) قوله: "سألت رسول الله إلخ" رواه البيهقى فى "سننه" من حديث أحمد بن عبد الجبار العطاردى: ثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن عروة: "أن رسول الله ﷺ طلق سودة فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه، فقالت: والله ما لى فى الرجال من حاجة، ولكنى أريد أن أحشر فى أزواجك، قال: فراجعها وجعل يومها لعائشة"، انتهى، وهو مرسل. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٥٩ ص٦٧. (نعيم)

(٦) أى فى ترك قسمها لصاحبتها.

(٧) قوله: "فلا يسقط" لأن الإسقاط إنما يتحقق فى القائم، فيكون رجوعها امتناعا، فصار بمنزلة العارية، وللمعير أن يرجع متى شاء سالما، قلنا: فكذا هذا، كذا فى "مبسوط فخر الإسلام". (نهاية)

كتاب الرّضَاع[١]

قال: قليل الرضاع وكثيره سواء، إذا حصل فى مدة الرضاع يتعلق به التحريم، وقال الشافعى: لا يثبت التحريم[٢] إلا بخمس رضعات[٣]؛ لقوله عليه السلام[٤]: «لا تحرّم[٥] المصّة ولا المصتان ولا الإملاجة والإملاجتان»*.

ولنا قوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم﴾ الآية، وقوله عليه السّلام[٦]: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»** من غير فصل[٧]، ولأن الحرمة[٨] وإن كانت[٩] لشبهة البعضية الثابتة بنشور

---

(١) قوله: "كتاب الرضاع" لم يذكر عامة مسائل الرضاع فى فصل المحرمات، وأتى بكتاب له على حدة؛ لما أن له أحكامًا جمة مخصوصة به، لا يشاركه فيها غيره. والرضاع: بفتح الراء وهو الأصل، وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدى، وفى الشريعة: عبارة عن مص مخصوص، وهو أن يكون صبيًا رضيعًا من ثدى مخصوص، وهو ثدى الآدمية فى وقت مخصوص على ما يذكر. (عناية)

(٢) قوله: "لا يثبت إلخ" لحديث عائشة رضى الله عنها أنها قالت: كانت فيما أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، فنسخت بخمس رضعات معلومات يحرمن، وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وهو ضعيف؛ لأن نسخ التلاوة بعد رسول الله ﷺ لا يجوز. (إله داد)

(٣) يكتفى الصبى بكل واحدة منها. (نهاية)

(٤) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" وجه التمسك له بهذا الحديث أنهم بصدد نفى مذهبنا، وهو ثبوت حرمة الرضاع وإن قل الارتضاع، لكن لما انتفى به مذهبنا ثبت مذهبه ضرورة لعدم القائل بالفصل أى بين القليل وبين خمس رضعات. (نهاية)

(٥) قوله: "لا تحرم إلخ" أخرجه ابن حبان فى "صحيحه" عن عبد الله بن الزبير عن أبيه مرفوعًا، كذا قال الزيلعى فى "تخريجه": والمصة من فعل الرضيع، والإملاجة من فعل المرضع، يقال: أملجت المرأة الصبى أى أرضعته، كذا فى "النهاية". (ملخص الحواشى).

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٧، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٠ ص٦٨. (نعيم)

(٦) أخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس. (تخريج الزيلعى)

** حديث عائشة وابن عباس، راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٨، وانظر الدراية ج٢ ص٦٨. (نعيم)

(٧) قوله: "من غير فصل" يعنى فى الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لايجوز.(ع)

(٨) دليل معقول. (عناية)

العظم، وإنبات اللحم، لكنه أمرٌ مُبْطَن[١]، فتعلق الحكم بفعل الإرضاع، وما رواه[٢] مردود بالكتاب[٣]، أو منسوخ به، وينبغي أن يكون[٤] في مدة الرضاع؛ لما نبين. ثم مدة الرضاع ثلاثون شهراً عند أبي حنيفة، وقالا: سنتان، وهو قول الشافعي. وقال زفر: ثلاثة أحوال؛ لأن الحولَ حسنٌ للتحوّل[٥] من حال إلى حال، ولا بد من الزيادة على الحولين؛ لما نبيّن[٦]، فتقدر به. ولهما قوله تعالى: ﴿وحملُه وفصاله ثلاثون شهراً﴾، ومدة الحمل أدناها ستة أشهر، فبقي للفصال[٧] حولان، وقال النبي عليه السّلام[٨]: «لا رضاع بعد حولين»*.

وله[٩] هذه الآية، ووجهُه أنه تعالى ذكر شيئين[١٠]، وضرب لهما

---

(٩) قوله: "وإن كانت إلخ" جواب سؤال مقدر بأن يقال: ينبغي أن لا يثبت الرضاع بالقليل؛ لما أن تحريم الرضاع إنما كان لإنشاره العظم وإنباته اللحم، كما جاء في الحديث، وفي القليل لا يثبت ذلك، فلا يوجب الحرمة، فأجاب عنه بقوله: لكنه أي إنشار العظم وإنبات اللحم أمر مبطن إلخ. والإنشار بالراء المهملة الإحياء، في التنزيل: ﴿إذا شاء أنشره﴾، ومنه: لا رضاع إلا ما أنشر العظم، وأنبت اللحم أي قواه وشده كأنه أحياه. (ن)

(١) أي فيه خفاء. (ب)

(٢) جواب عن استدلال الشافعي. (عناية)

(٣) قوله: "مردود بالكتاب" لأن العمل به أقوى على تقدير أن يكون قبله، أو منسوخ إن كان بعده. (ع)

(٤) الرضاع.

(٥) أي صالح للتحول، من حال إلى حال، كما في أجل العنين. (عناية)

(٦) في وجه قول أبي حنيفة. (عناية)

(٧) قوله: "للفصال" فصال بكسر مفارقت واز شير باز داشتن كودك را. (غث)

(٨) قوله: "لا رضاع بعد حولين" أخرجه الدارقطني في "سننه" عن الهيثم بن جميل عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن عباس قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين»، ورواه مالك في "الموطأ" عن ثور بن زيد عن ابن عباس موقوفاً، وقال النسائي: والهيثم بن جميل وثقه الإمام أحمد والعجلي وابن حبان وغير واحد، وكان من الحفاظ إلا أنه وهم في رفع هذا الحديث، والصحيح وقفه على ابن عباس، هكذا رواه سعيد بن منصور عن ابن عيينة موقوفاً. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٦١ ص٦٨. (نعيم)

(٩) أي ﴿وحمله﴾ إلخ.

مدةً[١]، فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب للدَينين[٢]، إلا أنه قام المنقِّص[٣] فى أحدهما[٤]، فبقى الثانى على ظاهره، ولأنه لابد من تغير الغذاء[٥]؛ لينقطع الإنباتُ باللبن، وذلك[٦] بزيادة مدةٍ يتعود الصبى فيها غيرَه، فقدرت بأدنى مدة الحمل لأنها مغيِّرةٌ، فإن غذاءَ الجنين يغاير غذاءَ الرضيع، كما يغاير غذاء الفطيم، والحديث[٧] محمول على مدة الاستحقاق[٨]، وعليه[٩] يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب.

---

(١٠) أى الحمل والفصال.

(١) ثلاثون شهراً.

(٢) قوله: "كالأجل المضروب للدينين" مثل أن يقول لفلان: على ألف درهم وخمسة أقفزة حنطة إلى شهرين، يكون الشهران أجلا لكل واحد من الدينين بكماله. (عناية)

(٣) قوله: "إلا أنه قام المنقص [من تلك المدة]" وهو حديث عائشة رضى الله عنها «الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل» (عناية)

(٤) أى الحمل.

(٥) قوله: "ولأنه لا بد [حين إذا ترك الرضاعة] إلخ" أى لأنه لا بد من تغير الغذاء؛ لينقطع الإنبات باللبن، ويحصل بغيره إبقاء حياته، وذلك أى التغير يكون بزيادة مدة يتعود الصبى فيها غيره؛ لأن القطع عن اللبن دفعة من غير أن يتعود غيره مهلك. وهذا هو الذى وعده المصنف لزفر لكنه قدره بسنة، كما فى العنين، وقدرناه بأدنى مدة الحمل؛ لأنها مغيرة، فإن غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع، فإن غذاء الجنين كان غذاء أمه، ثم صار لبنًا خالصًا، كما أن غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم؛ لأن غذاء الرضيع اللبن، وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام أخرى؛ لأنه يفطم تدريجا، فكان الحاصل أنه لا بد من تغير الغذاء، وتغير الغذاء بستة أشهر، فلا بد من ستة أشهر. (ع)

(٦) التغير.

(٧) يعنى قوله عليه السلام: «لا رضاع بعد الحولين». (عناية)

(٨) قوله: "محمول على مدة الاستحقاق" قالوا: المراد من قوله عليه السلام: «لا رضاع بعد حولين» أى لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين. وقال بعضهم: المراد من الحديث نفى استحقاق الأجرة، وقال فى "المحيط": كثير من المشايخ قالوا: إن مدة الرضاع فى حق استحقاق الأجر على الأب مقدر بحولين عند الكل، حتى لا يستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع، وتستحق فى الحولين بالإجماع. (نهاية)

(٩) قوله: "وعليه" أى على الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب يعنى قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ بدليل قوله بعده: ﴿فإن أرادا فصالا عن تراض﴾، فإنه ذكر بحرف الفاء معلقًا بالتراضى، ولو كان الرضاع بعده حرامًا لم يعلق به؛ لأنه لا أثر للتراضى فى إزالة المحرم شرعًا.(ع)

قال: وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم؛ لقوله عليه السّلام[١]: «لا رضاع بعد الفصال»*، ولأن الحرمة باعتبار النشوء، وذلك في المدة؛ إذ الكبير لا يتربى به[٢]، ولا يعتبر[٣] الفطام[٤] قبل المدة إلا في رواية عن أبي حنيفة؛ إذ استغنى عنه[٥]. ووجهُه انقطاع النشوء[٦] بتغير الغذاء، وهل يباح الإرضاع بعد المدة قد قيل: لا يباح؛ لأن إباحته ضرورية؛ لكونه جزء الآدمي[٧].

قال[٨]: ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، للحديث الذي روينا[٩] إلا أم أخته من الرضاع[١٠]، فإنه يجوز أن يتزوجها، ولا يجوز أن يتزوّج أم أخته من النسب؛ لأنها[١١] تكون أمّه أو موطوءة أبيه، بخلاف الرضاع. ويجوز تزوج أخت ابنه من الرضاع، ولا يجوز ذلك من

(١) رواه الطبراني في "المعجم الصغير" عن علي مرفوعًا، كذا قال الزيلعي في تخريجه.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢١٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٢ ص٦٨. (نعيم)

(٢) اللبن.

(٣) قوله: "ولا يعتبر إلخ" أي إذا فطم قبل المدة لم يعتبر الفطام إلا في رواية عن أبي حنيفة، حتى لو فطم صبي قبل الحولين، أو قبل ثلاثين شهرًا عند أبي حنيفة، ثم أرضعته امرأة قبل أن يمضي عليها مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن إذا استغنى عنه. (عناية)

(٤) بكسر اول موقوف كردن شير خوارگی بعد عمر دو سالگی. (غياث اللغات)

(٥) اللبن.

(٦) والحرمة باعتبار النشو.

(٧) وهو مكرم.

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) أول كتاب الرضاع.

(١٠) قوله: "من الرضاع" جاز أن يتعلق بالأخت مثل أن يكون للرجل أخت من الرضاع، ولها أم من النسب، وجاز أن يتعلق بالأم مثل أن يكون له أخت من النسب، ولها أم من الرضاعة، وجاز أن يتعلق بهما جميعًا مثل أن يجتمع الصبي والصبية الأجنبيان على ثدي امرأة أجنبية، وللصبية أم أخرى من الرضاعة. (عناية)

(١١) أي أم الأخت.

النسب[١]؛ لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه، ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع.

وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها، كما لا يجوز ذلك من النسب؛ لما روينا[٢]، وذكرُ الأصلاب[٣] في النص[٤] لإسقاط اعتبار التبني[٥] على ما بيناه[٦].

ولبن الفَحْل[٧] يتعلق به التحريم، وهو أن ترضع المرأة صبيةً[٨]، فتحرم هذه الصبية على زوجها، وعلى آباءه وأبناءه، ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أبًا للمرضعة، وفي أحد قولي الشافعي: لبن الفحل لا يحرّم؛ لأن الحرمة لشبهة البعضية[٩]، واللبنُ بعضها[١٠]، لا بعضه.

ولنا ما روينا[١١]، والحرمة بالنسب من الجانبين[١٢]، فكذا بالرضاع،

---

(١) قوله: "ولا يجوز ذلك من النسب" لأن أخت ابنه من النسب إن كانت منه فهي بنته، وإن لم تكن منه بأن كانا من أم فهي ربيبة، والربيبة تحرم بالدخول، ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع حتى لو لم يوجد أحد هذين المعنيين في النسب، بأن كانت أمة مشتركة بين اثنين فجاءت بولد، فادعياه حتى يثبت النسب منهما، ولكل منهما بنت من امرأة أخرى جاز لكل واحد من المولبين أن يتزوج بنت شريكه وإن كان كل من المولبين متزوجًا بأخت ابنه من النسب. (إله داد)

(٢) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». (عناية)

(٣) دفع دخل.

(٤) أي قوله تعالى: ﴿وحلائل أبناءكم الذين من أصلابكم﴾.

(٥) قوله: "لإسقاط إلخ" فإن حليلة الابن المتبنى كانت حرامًا في الجاهلية، وأما حرمة حليلة ابن الرضاع، فثابتة بالحديث المشهور، وهو قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع» الحديث. (عناية)

(٦) في فصل المحرمات.

(٧) قوله: "ولبن الفحل" من باب إضافة الشيء إلى سببه؛ لأن سبب اللبن إنما هو الفحل. (عناية)

(٨) قوله: "وهو أن إلخ" إنما ذكره تنبيها على أنه ليس المراد لبن الفحل، وهو أن ينزل اللبن فأرضع صبية؛ لأن بإرضاعه لا يتعلق التحريم بالإجماع. (إله داد)

(٩) باعتبار النشو والنماء.

(١٠) المرضعة.

(١١) «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

وقوله عليه السّلام لعائشة رضى الله عنها[١] : «ليلج عليك أفلح فإنه عمكِ من الرضاعة[٢]»* ، ولأنه سببٌ لنزول اللبن منها ، فيضاف[٣] إليه فى موضع الحرمة احتياطًا . ويجوز أن يتزوج الرجل بأخت أخيه من الرضاع ؛ لأنه يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب ، وذلك مثل الأخ من الأب ، إذا كانت له أختٌ من أمه جاز لأخيه[٤] من أبيه أن يتزوجها .

وكل صبيين[٥] اجتمعا على ثدى امرأةٍ واحدةٍ لم يجز لأحدهما أن يتزوّج بالأخرى ، هذا هو الأصل ؛ لأن أمهما واحدة ، فهما أخ وأخت .

ولا يتزوج المرضعة[٦] أحدًا من ولد التى أرضعت ؛ لأنه أخوها ، ولا ولدَ ولدها[٧] ؛ لأنه ولد أخيها ، ولا يتزوج الصبىّ المرضَعُ أختَ زوج المرضِعةَ ؛ لأنها عمته من الرضاع .

---

(١٢) الأب والأم.

(١) قوله: "وقوله عليه السلام لعائشة إلخ" قلت: أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن عائشة قالت: دخل على أفلح بن أبى القيس فاستترت منه، فقال: تسترين منى وأنا عمك، قالت: قلت: من أين؟ قال: أرضعتك امرأة أخي قالت: إنما أرضعتنى المرأة، ولم يرضعنى الرجل، فدخل على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فحدثته، فقال: «إنه عمك فليلج عليك»، انتهى (تخريج الزيلعى)

(٢) والعم من الرضاع لا يكون إلا من الفحل. (إله داد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٣ ص٦٨. (نعيم)

(٣) اللبن.

(٤) قوله: "جاز إلخ" لأنه لا نسب بينهما موجب للحرمة، فكذلك فى الرضاع، كذا فى "المبسوط". (ن)

(٥) قوله: "وكل صبيين إلخ" غلب الصبِّىُّ على الصبية، كما فى القمرين للشمس والقمر. (نهاية)

(٦) قوله: "ولايتزوج المرضعة" بصيغة اسم المفعول، وبالرفع على الفاعلية، ونصب أحدًا على المفعولية، ومن ولد التى أرضعت على طريق الإضافة، هذا هو الأصل من النسخ، وفى نسخة أخرى، ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التى أرضعت بعكس الأولى فى الفاعلية والمفعولية، وهذا أيضًا صحيح، فكان كلاهما بخط شيخى، ونسختان أخريان ليستا بصحيحتين، وهما بعد صيغة اسم الفاعل فى المرضعة كونها فاعلة، أو مفعولة على ما ذكرنا، ولكن على هذين التقديرين لا بد أن يكون قوله: من الولد الذى أرضعته معرفًا باللام. (ن)

(٧) التى أرضعت.

وإذا اختلط اللبن بالماء، واللبنُ هو الغالب تعلّق به التحريم، وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم، خلافًا للشافعي[١] هو يقول: إنه[٢] موجود فيه حقيقةً، ونحن نقول: المغلوب غير موجود حكمًا، حتى لا يظهر بمقابلة الغالب، كما في اليمين[٣]. وإن اختلط[٤] بالطعام لم يتعلق به التحريم وإن[٥] كان اللبن غالبًا عند أبي حنيفة. وقالا: إذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم، قال[٦]: قولهما فيما إذا لم تمسه[٧] النار حتى لو طبخ[٨] بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعًا[٩]. لهما أن العبرة للغالب، كما في الماء إذا لم يغيّره[١٠] شيء[١١] عن حاله، ولأبي حنيفة أن الطعام أصل، واللبن تابع له في حق المقصود[١٢]، فصار كالمغلوب[١٣]، ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح[١٤]؛ لأن التغذّي بالطعام؛ إذ هو

(١) قوله: "خلافًا للشافعي" عنده إذا اختلط مقدارما يحصل به خمس رضعات من اللبن في جب من الماء، فشربه الصبي يثبت به الحرمة، هو يقول: إنه موجود حسًا وحقيقةً، فيكون معتبرًا؛ لأن المحسوس لا ينكر.(ع)

(٢) اللبن.

(٣) قوله: "كما في اليمين" حلف لايشرب لبنًا، فشرب لبنًا مخلوطًا بالماء،والماء غالب على اللبن لايحنث(ع)

(٤) اللبن.

(٥) وصلية.

(٦) أي المصنف. (ب)

(٧) اللبن.

(٨) اللبن.

(٩) قوله: "في قولهم جميعًا" يعني سواء كان غالبًا أو مغلوبًا، أما إذا كان مغلوبًا فظاهر، وأما إذا كان غالبًا فلأنه إذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعًا بالطعام، وإن كان غالبًا لا يسمى لبنا مطلقًا. (عناية)

(١٠) اللبن.

(١١) كالنار.

(١٢) التغذي.

(١٣) الكاف زائدة أي فصار اللبن مغلوبًا، وإن كان غالبًا.

(١٤) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول بعضهم في قول أبي حنيفة: إن ذلك عنده إذا لم يتقاطر اللبن

الأصل . وإن اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم ؛ لأن اللبن يبقى مقصوداً فيه ؛ إذ الدواء لتقويته[١] على الوصول[٢] ، وإذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب[٣] تعلق به التحريم ، وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم ؛ اعتباراً للغالب[٤] ، كما في الماء ، وإذا اختلط لبنُ امرأتين تعلّق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف[٥] ؛ لأن الكل صار شيئًا واحدًا ، فيُجعل الأقل تابعًا للأكثر في بناء الحكم عليه . وقال محمد وزفر : يتعلق التحريم بهما ؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس ، فإن الشيء لا يصير مستهلكًا في جنسه لاتحاد المقصود ، وعن أبي حنيفة في هذا روايتان[٦] ، وأصلُ المسألة في الأيمان[٧] . وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيًا تعلق به التحريم ؛ لإطلاق النص[٨]ش ، ولأنه[٩] سبب النشوء ، فيثبت به شبهةُ البعضية .

من الطعام عند حمل اللقمة، وأما إذا كان يتقاطر منه فيثبت به الحرمة عنده؛ لأن القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لإثبات الحرمة. والأصح أنه لا يثبت على كل حال عنده؛ لأن التغذي بالطعام؛ لأنه هو الأصل دون اللبن، و المعتبر ما يقع به التغذي الموجب لإنبات اللحم. (عناية)

(١) قوله: "إذ الدواء لتقويته [اللبن] إلخ" لأنه يجعل فيه ليصل به إلى ما لا يصل هو بنفسه، وهذا من المجربات، والتجربة تورث الظن الغالب. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٢) أي على الوصول إلى ما يصل إليه بانفراده.

(٣) على لبن الشاة.

(٤) أي كما في اختلاط اللبن بالماء.

(٥) وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة. (ب)

(٦) قوله: "في هذا روايتان" في رواية قوله كقول أبي يوسف، وبه قال الشافعي في قول، وفي رواية كقول محمد وزفر. (عناية)

(٧) قوله: "في الأيمان" فيما إذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة، فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشربه، فهو على هذا الاختلاف عند أبي يوسف لا يحنث؛ لأن المغلوب كالمستهلك، وعند محمد يحنث؛ لأن الشيء يتكثر بجنسه، ولا يصير مستهلكا. (عناية)

(٨) وهو قوله تعالى: ﴿أمهاتكم التي أرضعنكم﴾. (ب)

(٩) اللبن.

وإذا حُلِب لبن المرأة بعد موتها[١]، فأوجر الصبى[٢] تعلق به التحريم، خلافًا للشافعى، هو يقول: الأصل فى ثبوت الحرمة إنما هو المرأة، ثم تتعدى[٣] إلى غيرها بواسطتها، وبالموت لم تبقَ محلا لها[٤]، ولهذا[٥] لا يوجب وطئُها[٦] حرمةَ المصاهرة[٧]. ولنا أن السبب[٨] هو شبهة الجزئية، وذلك فى اللبن لمعنى الإنشار والإنبات، وهو قائم باللبن[٩]، وهذه الحرمةُ تَظهر فى حق الميتة دفنًا وتيميمًا، أما الجزئيةُ فى الوطئ[١٠]؛ لكونه ملاقيًا لمحل الحرث، وقد زال بالموت فافترقا. وإذا احتُقن[١١] الصبىُّ باللبن لم يتعلق به التحريم، وعن محمد أنه يثبت به الحرمة كما يفسد به[١٢] الصوم، ووجه الفرق[١٣] على الظاهر أن المفسد فى الصوم إصلاح البدن، ويوجد

(١) قوله: "بعد موتها" قيد بالموت؛ لأنه لو حلب قبل الموت، وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الأظهر.(ع)

(٢) قوله: "فأوجر الصبى" الوجور الدواء الذى يصب فى وسط الفم، يقال: أوجرته ووجرته.(ن)

(٣) الحرمة.

(٤) الحرمة.

(٥) أى لعدم بقاءه محلا بعد الموت.

(٦) أى المرأة المتوفاة.

(٧) خسرى دامادى.

(٨) أى سبب حرمة الرضاع.

(٩) قوله: "وهو قائم باللبن" لأن الموت لم يخرجه عن كونه متغذيا كما أنه لم يخرج لحمه عن ذلك، والفائدة لم تنحصر فى ظهور الحرمة فيها، بل تظهر فى الميتة دفنًا وتيميمًا بأن كان لهذه المرضعة التى أوجر لبن هذه الميتة فى فمها زوج، فإن لهذا الزوج أن يدفن وييمّم بالميتة؛ لأنه صار محرمًا لها حيث صارت أم امرأته. (عناية)

(١٠) قوله: "أما الجزئية إلخ" جواب عن قوله: ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة، يعنى أن حرمة المصاهرة بالوطئ إنما تثبت بملاقاته لمحل الحرث؛ ليثبت به الجزئية، ومحل الحرث قد زال بالموت، فافترقا. (عناية)

(١١) الاحتقان: حقنه كردن، كذا فى "تاج المصادر".

(١٢) أى بالاحتقان.

(١٣) بين الصوم والتحريم فى باب الاحتقان.

ذلك فى الدواء، فأما المحرّم فى الرضاع معنى النشوء، ولا يوجد ذلك فى الاحتقان؛ لأن المغذئ وصولُه من الأعلى. وإذا نزل للرجل لبن، فأرضع صبيًا، لم يتعلق به التحريم؛ لأنه ليس بلبن على التحقيق[١]، فلا يتعلق به النشوء والنمو، وهذا لأن اللبن إنما يتصور مما يتصور منه الولادة.

وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم[٢]؛ لأنه لا جزئية بين الآدمى والبهائم، والحرمةُ باعتبارها. وإذا تزوج الرجل صغيرةً وكبيرةً، فأرضعت الكبيرة[٣] الصغيرةَ، حرمتا على الزوج[٤]؛ لأنه يصير جامعًا بين الأم والبنت رضاعًا، وذلك حرامٌ كالجمع بينهما[٥] نَسبًا.

ثم إن لم يدخل بالكبيرة، فلا مهر لها[٦]؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها، وللصغيرة نصف المهر؛ لأن الفرقة وقعت لا من جهتها، والارتضاع[٧] وإن[٨] كان فعلا منها، لكن فعلها غير معتبر[٩] فى إسقاط

---

(١) قوله: "لأنه ليس بلبن على التحقيق" ثم تسميته لبنًا لقوله: "وإذا نزل للرجل لبن" لتصوره بصورة اللبن، كما يقال: "دم السمك" مع أنه ليس بدم على التحقيق لتصوره بصورة الدم. (نهاية)

(٢) قوله: "لم يتعلق إلخ" وذكر فى "المبسوط" فى هذا حكاية، وهى أن محمد بن إسماعيل البخارى صاحب الأخبار كان يقول: به يثبت حرمة الرضاع، فإنه دخل البخارى فى زمن الشيخ أبى حفص الكبير، وجعل يفتى، فقال له الشيخ: لا تفعل، فلست هناك، فأبى أن يقبل نصيحته حتى استفتى عن هذه المسألة، فأفتى بثبوت الحرمة، فاجتمعوا وأخرجوه من بخارى. (عناية)

(٣) قوله: "فأرضعت الكبيرة" يعنى بلبن هذا الزوج، أو بلبن زوج آخر. (حاشية ملا إله داد)

(٤) قوله: "حرمتا على الزوج" أما الكبيرة فإن حرمتها مؤبدة، وكذلك الصغيرة إن كان دخل بالكبيرة، وإن لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة؛ لأنها ربيبته لم يدخل بأمها. (ع)

(٥) الأم والبنت.

(٦) تعمدت الفساد أولا. (عناية)

(٧) قوله: "والارتضاع إلخ" أى فإن قيل: العلة للفرقة الارتضاع، وهى فعلها، فلم لم تضف الفرقة إليها؟ أجاب عنه بقوله: والارتضاع إلخ. (عناية)

(٨) وصلية.

(٩) أى شرعًا.

حقّها، كما[١] إذا قتلت[٢] مورثها. ويرجع به[٣] الزوجُ على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفسادَ[٤]، وإن لم تتعمد[٥]، فلا شيء عليها، وإن[٦] علمت بأن الصغيرة امرأته. وعن محمد أنه يرجع في الوجهين[٧]، والصحيح ظاهر الرواية؛ لأنها وإن[٨] أكّدَتْ ما كان على شرفِ[٩] السقوط[١٠]، وهو نصف المهر، وذلك[١١] يجرى مجرى الإتلاف[١٢]، لكنها مُسَبِّبةٌ[١٣] فيه، إما لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعًا[١٤]، وإنما يثبت ذلك باتفاق الحال، أو لأن فسادَ النكاح ليس بسببٍ لإلزام المهر[١٥]، بل هو

(١) فلا تحرم عن الميراث.

(٢) صغيرة.

(٣) أي بنصف مهر الصغيرة.

(٤) أي فساد النكاح.

(٥) قوله: "وإن لم تتعمد" بأن قصدت دفع الهلاك عنها جوعًا. (عناية)

(٦) وصلية.

(٧) قوله: "يرجع في الوجهين [أي تعمدت به الفساد، أو لم تتعمد]" لأن من أصله أن المسبب كالمباشر، ولهذا جعل فتح باب القفص، والإصطبل، وحل قيد الآبق موجبًا للضمان على ما عرف في الأصول، وفي المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء، فكذلك في التسبيب. (عناية)

(٨) وصلية.

(٩) بر امر بزرگ رسيدن خير باشد يا شر.

(١٠) بتقبيل ابن الزوج إذا بلغت حدا تشتهى. (عناية)

(١١) أي التأكيد.

(١٢) في إيجاب الضمان. (عناية)

(١٣) لا مباشرة.

(١٤) قوله: "ليس بإفساد النكاح وضعا" لأن وضعه لتربية الصغيرة، لا لإفساد النكاح، وإنما يثبت الإفساد باتفاق الحال بتأديته إلى الجمع بين الأم والبنت في ملك رجل نكاحًا. (ع)

(١٥) قوله: "ليس بسبب إلخ" لأنه غير مضمون بالإتلاف؛ لكونه غير متقوم في نفسه؛ لأنه ليس ملك عين، ولا منفعة على التحقيق، ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وإيجاره، وإنما هو ملك ضرورى يظهر في حق الاستيفاء، بل هو سبب لسقوطه؛ لأن ما يفوت به المبدل يفوت به البدل أيضًا. فإن قيل: إذا لم يكن سببًا لإلزامه

سببٌ لسقوطه(١) إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عُرف(٢)، لكن من شرطه(٣) إبطال النكاح، وإذا كانت مسببةً يشترط فيه التعدى كحفر البئر(٤). ثم إنما تكون(٥) متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفسادَ، أما إذا لم تعلم بالنكاح، أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفعَ الجوع والهلاك من الصغيرة دون الإفساد لا تكون متعدية؛ لأنها(٦) مأمورةٌ بذلك(٧)، ولو علمتْ بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضًا، وهذا منّا(٨) اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد، لا لدفع الحكم.

ولا يقبل فى الرضاع شهادة النساء منفرداتٍ(٩)، وإنما يثبت بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.

كيف وجب على الزوج نصف المهر، أجاب عنه بقوله: إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف فى باب المهر، والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى: ﴿ومتعوهن﴾؛ لأن المعقود عليه عاد إليها سالمًا، لكن من شرط وجوبه أى وجوب نصف المهر بطريق المتعة إبطال النكاح، فكانت صاحبة شرط، فهى مسبّبة. (عناية)

(١) المهر.

(٢) سابقًا.

(٣) أى من شرط الوجوب.

(٤) قوله: "كحفر البئر" فإن الحافر مسبب لسقوط من سقط فى البئر، فلو كان الحفر فى الشارع العام، فهو تعد فيعتبر هذا التسبيب ويجب الضمان، وإن كان فى أرض نفسه فليس بتعد، فلا اعتبار لهذا التسبيب.

(٥) الكبيرة.

(٦) الكبيرة.

(٧) أى بالإرضاع لدفع الهلاك. (عناية)

(٨) قوله: "وهذا منا إلخ" أى فإن قيل: الجهل بحكم الشرع فى دار الإسلام ليس بعذر، فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا فى حق عدم وجوب الضمان عليها، أجاب بقوله: وهذا منا اعتبار الجهل لدفع الفساد، لا لدفع ا لحكم. وتقريره أن الحكم الشرعى -وهو وجوب الضمان- يعتمد التعدى، والتعدى إنما يحصل بقصد الفساد، والقصد إلى الفساد إنما يتحقق عند العلم بالفساد، فإذا انتفى قصد الفساد، فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم، فإن قلت: دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم، فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم، قلت: لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به. (عناية)

(٩) قوله: "منفردات" أى عن الرجال، اجنبيات كن أو أمهات أحد الزوجين، واحدة كانت أو أكثر(ع)

وقال مالك: يثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفةً بالعدالة؛ لأن الحرمة حقّ من حقوق الشرع، فيثبت بخبر الواحد، كمن اشترى لحمًا فأخبره واحد[١] أنه ذبيحة المجوسى. ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل[٢] عن زوال الملك فى باب النكاح، وإبطالُ الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، بخلاف اللحم؛ لأن حرمة التناول ينفك[٣] عن زوال الملك، فاعتبر أمرًا دينيًا، والله أعلم.

كتاب الطلاق[٤]

باب طلاق السنة[٥]

قال: الطلاق على ثلاثة أوجه: حسن، وأحسن، وبدعيّ، فالأحسن أن يطلق الرّجل امرأته تطليقةً واحدةً فى طهرٍ لم يجامعها فيه، ويتركها حتى تنقضى عدتها؛ لأن الصّحابة[٦] كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة، حتى تنقضى العدةُ، وأنَّ هذا[٧] أفضل عندهم من أن يطلّق

(١) قوله: "فأخبره واحد إلخ" فإنه لا ينبغى للمسلم أن يأكل ويطعم غيره؛ لأن المخبر أخبره بحرمة العين، وبطلان الملك، فيثبت الحرمة مع بقاء الملك، ثم لما ثبت الحرمة ههنا مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه، ولا أن يحبس الثمن عن البائع، كذا فى "فتاوى قاضى خان". (نهاية)

(٢) قوله: "لا يقبل إلخ" فإن بقاء النكاح لا يتصور مع ثبوت الحرمة المؤبدة، فإذا لم يبطل النكاح بخبر الواحد لا يثبت الحرمة. (نهاية)

(٣) لأن الحرمة مع ملك اليمين يجتمعان، كما فى الخمر. (ب)

(٤) قوله: "كتاب الطلاق [فى "المغرب": الطلاق مصدر بمعنى التطليق. ب] إلخ" لما كان الطلاق متأخرًا عن النكاح طبعًا، أخره عنه وضعًا؛ ليوافق الوضع الطبع، فالطلاق فى اللغة عبارة عن رفع القيد.وفى عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعى يرفع القيد النكاحى بألفاظ مخصوصة، وسببه الحاجة المحوجة إليه، وشرطه كون المطلق عاقلابالغًا، والمرأة فى النكاح، أوفى العدة التى تصلح بها محلاللطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل.(ع)

(٥) قوله: "باب طلاق السنة" وهو مذكور أصالة، وإنما ذكر البدعى؛ لأن الأشياء تتبين بأضدادها. (عبد)

(٦) قوله: "لأن الصحابة إلخ" قلت: أخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن إبراهيم النخعى قال: كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض، انتهى. (ت)

(٧) قوله: "وأن هذا إلخ" بفتح الهمزة عطف على أن فى قوله: لأن الصحابة. (إله داد)

الرجل ثلاثًا، عند كل طهر واحدةً، ولأنه أبعدُ من الندامة[١]، وأقلُّ ضررًا بالمرأة[٢]، ولا خلاف لأحد في الكراهة[٣].

والحسن هو طلاق السنة[٤]، وهو أن يطلق المدخول بها[٥] ثلاثًا في ثلاثة أطهار، وقال مالك: إنه بدعة، ولا يباح إلا واحدة؛ لأن الأصل في الطلاق هو الحظر[٦]، والإباحةُ لحاجة الخلاص، وقد اندفعت بالواحدة[٧]. ولنا قوله عليه السّلام[٨] في حديث ابن عمر رضي الله عنهما[٩]: «إن السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقةً»*، ولأن الحكم[١٠] يدار على دليل الحاجة، وهو الإقدامُ على

---

(١) للرجل.

(٢) قوله: "وأقل ضررا بالمرأة" حيث لا يطول عليها العدة بحال، أما لو طلقها أكثر من واحدة، فالعدة ربما تطول بأن يطلقها ثم يراجعها، ثم يطلقها. (د)

(٣) قوله: "ولا خلاف لأحد في الكراهة [أي عدمًا. عبد]" أي في عدم الكراهة أي لم يقل أحد بكراهته، بخلاف الحسن، فإن فيه خلاف مالك. (د)

(٤) قوله: "هو طلاق السنة" إنما سمى به مع أن القسم الأول أيضًا سنة، بل الأول متفق عليه، فكان ذلك للسنية أولى للرد على مالك. (عبد)

(٥) قوله: "المدخول بها" إنما قيد به؛ لأن غير المدخول بها لا يتصور في حقها التفريق. (عبد الغفور)

(٦) المنع.

(٧) قوله: "وقد اندفعت بالواحدة" إذ لو طلق وانقضت العدة حصل المقصود. (عبد)

(٨) قوله: "ولنا قوله عليه السلام إلخ" قلت: رواه الدارقطني في "سننه" من حديث معلى بن منصور عن عبد الله بن عمر "أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض، ثم أراد أن يتبعها تطليقتين أخريين عند القرءين، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء»، فأمرني فراجعتها، فقال: إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك، فقلت: يا رسول الله! أرأيت لو طلقتها ثلاثًا أكان يحل لي أن أراجعها؟ فقال: لا، كانت تبين منك، وكانت معصية"، انتهى. (ت)

(٩) أي في شأن ابن عمر. (عبد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٤ ص٦٩. (نعيم)

(١٠) قوله: "ولأن الحكم [أي إباحة الطلاق. عبد] إلخ" حاصله أن الحاجة أمر مبطن، وفي الأمر المبطن يقام الدليل مقامه، والدليل ههنا الإقدام على الطلاق في وقت الرغبة، وذلك الوقت وقت الطهر، وأما وقت الحيض

الطلاق فى زمان تجدّد الرغبة، وهو الطهر، فالحاجة كالمتكررة نظرًا إلى دليلها(١). ثم قيل(٢): الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر؛ احترازًا(٣) عن تطويل العدة، والأظهر(٤) أن يطلقها كما طهرت؛ لأنه لو أخّر(٥) ربما يجامعها، و(٦) من قصده التطليقُ، فيبتلى بالإيقاع(٧) عقيب الوقاع(٨).

وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثًا بكلمة واحدة(٩) أو ثلاثًا فى طهر واحد، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيًا. وقال الشافعى: كل طلاق مباحٌ؛ لأنه تصرف مشروع(١٠)، حتى يستفاد(١١) به الحكم، والمشروعيةُ لا تجامع الحظر(١٢)، بخلاف الطلاق(١٣) فى حالة الحيض(١٤)؛ لأن المحرم

فوقت الرغبة عنها، فالطلاق حينئذٍ لتنفر الطبع عنها لانعدام حصول مصالح النكاح. (عبد)

(١) الحاجة.

(٢) وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة. (ع)

(٣) قوله: "احترازا عن تطويل" فإنه لو جامعها لكان يتأخر عدتها؛ لأن هذا الطهر ينضم إلى أيام العدة، وهى أيام الحيض. (عبد)

(٤) إنما قال: والأظهر لأن محمدا قال فى "الأصل": فإذا أراد أن يطلقها ثلاثا، طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض. (بناية)

(٥) قوله: "لأنه لو أخر إلخ" فإن قلت: ضرر تطويل العدة بالتعجيل محقق، والابتلاء بالوقاع موهوم، والاحتراز عن الضرر المحقق أولى من الاحتراز من الموهوم، أجيب بأن ضررها دنيوى، وضرره دينى، والموهوم من الضرر الدينى أشد من المحرم الدنيوى. (د)

(٦) الواو للحال.

(٧) فيقع طلاقه طلاقًا بدعيًا. (عبد)

(٨) بكسر الواو الجماع. (غث)

(٩) قوله: "بكلمة واحدة" فى الطهر أو الحيض، وكذا اثنين، وكذا واحدًا فى الحيض وواحدًا فى الطهر جامعًا فيه. (عبد)

(١٠) قوله: "تصرف مشروع" المشروع عنده المأخوذ من الشارع، واستدل عليه بترتب أثر شرعى عليه، فإن كل ما يترتب عليه أثر شرعى فهو مشروع، وههنا ترتب أمر شرعى، وهو وقوع الطلاق. (عبد)

(١١) قوله: "يستفاد" بضم الدال؛ لأنه حال أى يستفاد من الطلاق الحكم. (ب)

(١٢) المنع.

تطويل العدة عليها[١]، لا الطلاق.

ولنا أن الأصل فى الطلاق هو الحظر[٢]؛ لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية[٣] والدنيوية[٤]، والإباحةُ للحاجة إلى الخلاص، ولا حاجةَ إلى الجمع بين الثلاث، وهى فى المفرّق على الأطهار ثابتةٌ نظرا إلى دليلها، والحاجةُ فى نفسها باقيةٌ[٥]، فأمكن تصوير الدليل عليها[٦]، والمشروعية[٧] فى ذاته من حيث إنه إزالة الرق لا تنافى الحظر

---

(١٣) قوله: "بخلاف الطلاق إلخ" جواب سؤال، وهو أن الطلاق حالة الحيض غير مشروع مع أنه ترتب عليه حكم شرعى. وجوابه أن الطلاق مشروع، والمحرم فعل لازم له وهو تطويل العدة، وفيه أن القول بوجود فعل وراء التطليق غير ظاهر. (عبد)

(١٤) قوله: "في حالة الحيض" وبخلاف ما لو طلقها فى طهر جامعها فيه؛ لأنه يؤدى إلى تلبيس أمر العدة عليها؛ لأنه لا يدرى أنها حامل فتعتد بوضع الحمل، أو حائل فتعتد بالأقراء، كذا فى "الكافى". (د)

(١) فإن العدة عنده بالأطهار، وبالحيض عندنا، لكن لا يحتسب هذا الحيض.

(٢) قوله: "هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية" من تحصين الفرج عن الزنا المحرم فى جميع الأديان، والدنيوية من المسكن، والازدواج، واكتساب الولدان، وكل ما هو كذلك ينبغى أن لا يجوز **وقوعه فى** الشرع إلا أنه أبيح للحاجة إلا الخلاص لما تقدم، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث.

فإن قيل: وكما لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث، فكذلك لا حاجة إلى المفرق على الأطهار.

أجاب بقوله: وهى أى الحاجة فى المفرق على الأطهار ثابتة نظرا إلى دليلها، وهو الإقدام على الطلاق فى زمان **تجدد الرغبة** وهو الطهر كما تقدم، والحكم يدار على دليل الحاجة؛ لكونها أمرا مبطنًا.

فإن قيل: دليل الحاجة إنما تقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها، وههنا لا يتصور؛ لأن الحاجة إلى الخلاص عن عهدة النكاح فى الطهر الثانى والثالث مع ارتفاع النكاح بالأول غير متصور.

أجاب بقوله: والحاجة في نفسها باقية يعني لاحتمال أن تكون سيئة الأخلاق هذية اللسان، فيحتاج الزوج إلى إمكان التدارك مع صونه عن عروض الندم.

قال فخر الإسلام: وعلى هذا يجب أن يباح الثلاث جملة، لكنها علة تعارض النص فلم تؤثر، وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾، فإنه يدل على أنه مفرق، ويجوز أن يراد قوله عليه السلام لابن عمر رضى الله عنه: «من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا» الحديث. (عناية)

(٣) من تحصين الفرج عن الزنا. (ب)

(٤) من المسكن والازدواج. (ب)

(٥) قوله: "باقية" أى ممكنة البقاء، وإنما قال ذلك إذ مجرد الدليل والعلة لا يستلزم ثبوت المدلول ما لم يكن المدلول ممكن الوقوع. (عبد)

(٦) أى على الحاجة الباقية. (د)

لمعنى فى غيره، وهو ما ذكرناه(١)، وكذا إيقاع الثنتين فى الطهر الواحد بدعةٌ؛ لما قلنا(٢). واختلفت الرواية فى الواحدة البائنة قال(٣) فى "الأصل(٤)": إنه أخطأ السنة(٥)؛ لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة فى الخلاص، وهى البينونة، وفى رواية "الزيادات"(٦): أنه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزًا(٧). والسنة فى الطلاق من وجهين: سنةٌ فى الوقت، وسنة فى العدد، فالسنة فى العدد يَستوى فيها المدخول بها، وغير المدخُول بها، وقد ذكرناها(٨). والسنة فى الوقت يثبت فى المدخول بها خاصة، وهو(٩) أن يطلقها فى طهرٍ(١٠) لم يجامعها فيه؛ لأن المراعى دليل الحاجة، وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدّد الرغبة(١١)، وهو الطهر الخالى عن الجماع(١٢)، أما زمانُ الحيض فزمان النفرة، وبالجماع مرةً فى

---

(٧) جواب عن قوله: والمشروعية لا يجامع الحظر. (عناية)

(١) من فوات مصالح الدين والدنيا. (ب)

(٢) من أنه لا حاجة إلى الجمع. (ب)

(٣) محمد. (ب)

(٤) المبسوط. (ب)

(٥) قوله: "إنه أخطأ السنة" أى تجاوز السنة، وحفظ لسانه أن يقول: بدعة مع أنه بدعة. (عبد)

(٦) قوله: "رواية الزيادات" قال الإنزارى: ينبغى أن يقول فى "زيادات الزيادات"؛ لأن محمداً ذكر هذه المسألة فيها؛ لا فى "الزيادات"، فيحتمل أنه وقع سهواً من الكاتب، أو يحتمل أنه إنما قال: كذلك؛ لأن "زيادات الزيادات" من تتمة "الزيادات". (ب)

(٧) أى فى الحال. (ب)

(٨) أى لا تطلق فى طهر واحد إلا واحد. (عبد)

(٩) أى السنة فى حق المدخول بها. (عبد)

(١٠) قوله: "فى طهر إلخ" لا بد من قيود أخر بأن يقال: يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه، ولم يطلقها فيه، ولا فى الحيض التى تليه. (إله داد)

(١١) قوله: "فى زمان تجدد الرغبة" المراد من تجدد الرغبة معنى يشتمل نفس الرغبة وتجددها. (عبد)

(١٢) قوله: "عن الجماع" وعن الطلاق لانتفاء الحاجة بالطلاق الأول، فلا يتجدد الحاجة إلى الثانى إلا

الطهر(١) تفتر(٢) الرغبة(٣). وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض، خلافًا لزفر، وهو يقيسها(٤) على المدخول بها. ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقةٌ لا تقلّ بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها، وفي المدخول بها تتجدد(٥) بالطهر. قال(٦): وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر، أو كبر، فأراد أن يطلقها ثلاثًا للسنة(٧) طلقها واحدة، فإذا مضى شهرٌ طلقها أخرى؛ لأن الشهر في حقّهما(٨) قائمٌ مقام الحيض، قال الله تعالى(٩): ﴿واللائي يئسن من المحيض﴾ إلى أن قال: ﴿واللائي لم يحضن﴾. والإقامة في الحيض(١٠) خاصة حتى يقدّر الاستبراء في حقّهما(١١) بالشهر، وهو بالحيض لا بالطهر، ثم إن كان الطلاق في أوّل

بتجدد الزمان، ولم يوجد. (إله داد)

(١) أو في الحيض التي قبله.

(٢) سُست مى شود.

(٣) قوله: "تفتر الرغبة" [في هذا الطهر] فالظاهر أن طلاقه لأجل عدم الرغبة لا للحاجة. (عبد)

(٤) أي غير المدخول بها.

(٥) الرغبة.

(٦) أي القدوري فإن المسألة من مسائل مختصره.

(٧) أي وقت السنة.

(٨)قوله: "لأن الشهر في حقهما [أي الصغيرة والكبيرة] قائم إلخ" يعني أنا اعتبرنا الشهر لاعتبار أن بعض أجزاءه حيض، لا أن الكل حيض لعدم الاحتياج إلى ذلك الاعتبار، بل هو محل من وجه؛ إذ لو جعل الكل حيضا لزم أن يكون الطلاق فيه بدعة، وليس كذلك. (عبد)

(٩) قوله: قال الله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ يعني إن أشكل عليكم حال اعتدادها بين الطائفتين، فحكمهن هذا، وقوله: ﴿واللائي لم يحضن﴾ مبتدأة خبره محذوف أي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر. (ع)

(١٠)قوله: "والإقامة إلخ" جواب سؤال، حاصل السؤال أن اعتبار ثلاثة أشهر باعتبار أنها أطهار، كما ذهب إليه الشافعي، لا باعتبار أنها حيض، فلا يثبت المدعى اعتبار الأشهر أحياضًا، وحاصل الجواب أن الشهر معتبر في الاستبراء، واعتبار الشهر في الاستبراء ليس إلا باعتبار أنه حيض فيكون الشهر معتبرًا من حيث إنه حيض. (عبد)

(١١) أي الصغيرة والآئسة.

الشهر يُعتبر الشهور بالأهلّة، وإن كان في وسطه، فبالأيام[١] في حقّ التفريق، وفي حق العدة كذلك[٢] عند أبي حنيفة، وعندهما يكمل الأول[٣] بالأخير، والمتوسطان بالأهلة، وهي مسألة[٤] الإجارات.

قال: ويجوز[٥] أن يطلقها[٦]، ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان، وقال زفر: يفصل بينهما بشهر؛ لقيامه مقام الحيض[٧]، ولأن بالجماع تفتر الرغبة، وإنما تتجدد بزمان[٨]، وهو الشهر. ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيهما[٩]، والكراهية[١٠] في ذوات الحيض باعتباره[١١]؛ لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة[١٢]، والرغبة[١٣] وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر[١٤] لكن تكثر من وجهٍ آخر؛ لأنه يرغَب في وطءٍ غير مُعْلِق؛ فرارا عن

(١) قوله: "فبالأيام [ثلاثون يومًا]" وفاقا بين الثلاثة، وإنما النزاع في العدة. (عبد)

(٢) أي إن كان ابتداءها من الوسط فبالأيام.

(٣) أي في العدة.

(٤) قوله: "وهي مسألة" قال صاحب "الهداية" في كتاب الإجارات: ثم إن كان العقد حين يهل الهلال، فشهور السنة كلها بالأهلة، وإن كان في أثناء الشهر، فالكل بالأيام عند أبي حنيفة، وهو رواية عن أبي يوسف، وعند محمد، وهو رواية عن أبي يوسف، الأول بالأيام وبالباقي بالأهلة.

(٥) المسألة من "مختصر القدوري".

(٦) قوله: "أن يطلقها" أي امرأة لا تحيض من صغر، أو كبر. (عبد)

(٧) قوله: "لقيامه إلخ" يعني أنه لا بد لنا من الفصل بين الوطء والطلاق بالحيض، والقائم مقام الحيض الشهر. (عبد الغفور)

(٨) على ما عليه الجبلة السليمة.

(٩) أي في الآئسة والصغيرة.

(١٠) أي في الطلاق بعد الجماع.

(١١) أي باعتبار توهم الحبل.

(١٢) قوله: "يشتبه وجه العدة" [بوضع الحمل، أو بغيره] وفيه إضرار لها؛ لأن في انكشاف وجه العدة منفعة باعتبار تسكين الخاطر، وانقطاع التردد، ولأنه لو انكشف الأمر لها تتهيأ لتزوج زوج آخر على حسب ما تعلم من انقضاء العدة، فلو اشتبه الأمر لانقطع عنها هذه الفوائد، وكفى به ضررًا. (إله داد)

(١٣) جواب لقول زفر.

(١٤) زفر.

مُؤَن[١] الولد، فكان الزمان زمان الرغبة، فصار كزمان الحبل[٢].

وطلاقُ الحامل[٣] يجوز عقيب الجماع؛ لأنه لا يؤدى إلى اشتباه وجه العدة، وزَمان الحبل زمانُ الرغبة فى الوطئ؛ لكونه غير معلق[٤]، أو فيها[٥] لمكان ولده منها، فلا يقل الرغبة بالجماع، ويطلقها للسنة ثلاثًا[٦] يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: لا يطلقها للسنة إلا واحدة؛ لأن الأصل فى الطلاق الحظر، وقد ورد الشرع بالتفريق[٧] على فصول العدة[٨]، والشهرُ فى حقّ الحامل ليس[٩] من فصولها[١٠]، فصار كالممتدة طهرها. ولهما أن الإباحة[١١] لعلة الحاجة[١٢]، والشهرُ دليلها، كما فى حق الآئسة والصغيرة، وهذا[١٣] لأنه

---

(١) بضم الميم وفتح الهمزة جمع المؤنة. (ب)

(٢) قوله: "فصار كزمان الحبل" فإن طلاق الحامل جائز عقيب الجماع؛ لأنه لا يؤدى إلى تلبيس وجه العدة، ولأنه زمان الرغبة؛ لأنه غير معلق. (إله داد)

(٣) المسألة من القدورى.

(٤) قوله: "لكونه غير معلق" أى لكون وطئه غير معلق لحصول الحبل. (عبد)

(٥) قوله: "أو فيها" عطف على فى الوطئ أى الرغبة فى المرأة؛ لأنها صارت أم ولده، وبهذا يزداد المحبة، وزيادة المحبة تفضى إلى الوطئ. (عبد)

(٦) هذا أيضًا من مسائل "مختصر القدورى".

(٧) قوله: "وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة" يعنى قوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾، قال ابن عباس: أى لإظهار عدتهن، ففى ذوات الأقراء فرق على الأطهار و فى الآئسة والصغيرة على الأشهر؛ لأنها فى حقهن كالقرء فى حق ذوات الحيض، والشهر فى حق الحامل ليس من فصول العدة؛ لأن مدة الحمل وإن طالت، فهو طهر واحد حقيقةً وحكمًا. ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق به، فصار كالممتدة طهرها، وإن امتد شهورا فهو فصل واحد لا يفرق التطليقات فيه. (عناية)

(٨) قوله: "على فصول العدة" العدة شمردن، والمراد من الفصول ما يعد به المدة أعنى الشهر. (عبد)

(٩) فإن عدة الحامل ليس بالحيض، ولا بالأشهر، بل بوضع الحمل.

(١٠) العدة.

(١١) قوله: "الإباحة" أى إباحة الطلاق.

(١٢) والأصل والحظر.

زمان تجدد الرغبة[١] على ما عليه الجبلة السليمة، فصلح عَلَمًا ودليلا[٢]، بخلاف الممتدة[٣] طهرها؛ لأن العَلَم في حقّها إنما هو الطهر، وهو مرجو فيها في كل زمان، ولا يرجى مع الحبل.

وإذا طلق الرجل امرأته[٤] في حالة الحيض وقع الطلاق[٥]؛ لأن النهي عنه[٦] لمعنًى في غيره، وهو ما ذكرنا[٧]، فلا ينعدم مشروعيتُه. ويستحب له أن يراجعها[٨]؛ لقوله عليه السَّلام لعُمر[٩]: «مُرْ ابنك[١٠] فليراجعها»*، وقد[١١] طلّقها[١٢] في حالة الحيض، وهذا يفيد

---

(١٣) أى كون الشهر دليلا.

(١) قوله: "لأنه زمان تجدد الرغبة" فيه بحث؛ لأن تجدد الرغبة في حق الحامل موقوف على مضي الشهر أو لا، فعلى الأول ينبغي أن لا يطلقها في الشهر المتصل بالوطئ، وعلى الثاني فلا يكون تجدد الرغبة موقوفًا على مضي الشهر. (عبد)

(٢) قوله: "فصلح علما ودليلا [على الحاجة]" والحكم يدار على دليلها، فإذا وجد ما أبيح لأجله الطلاق، فيكون مباحًا. (ع)

(٣) قوله: "بخلاف الممتدة إلخ" جواب عن قياس قول محمد بالفرق بأن هناك لا يصلح الشهر أن يكون علما؛ لأن العلم على الحاجة في حقها الطهر أى تجدده، وهو مرجو فيها في كل زمان؛ لأنه يمكن أن تحيض، فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل؛ لأن الحامل لا تحيض. (ع)

(٤) هذا أيضًا من "مختصر القدوري".

(٥) ويأثم إجماعًا. (ب)

(٦) قوله: "لأن النهي إلخ" نقل صاحب "النهاية" عن شيخه أن المراد النهي المذكور في قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «مر ابنك فليراجعها»، فإنه لما كان مأمورًا برفع الطلاق الواقع في حال الحيض لأجل الحيض، كان نهيًا عن إيقاعه في حالة الحيض. (عناية)

(٧) قوله: "وهو ما ذكرنا" يعني من قوله: لأن المحرم تطويل العدة؛ لأن الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها، فتطول العدة عليها. (عناية)

(٨) هذا لفظ القدوري، ولفظ محمد: ينبغي. (ب)

(٩) أخرجه الأئمة الستة. (تخريج الزيلعي)

(١٠) عبد الله.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢١، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٥ ص٦٩. (نعيم)

الوقوع[١]، والحثّ على الرجعة، ثم الاستحباب قول بعض المشايخ[٢]، والأصح أنه[٣] واجب عملا بحقيقة الأمر[٤]، ورفعًا للمعصية[٥] بالقدر الممكن برفع أثره[٦]، وهى العدة، ودفعًا لضرر تطويل العدة[٧]. قال[٨]: فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت، فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها، قال[٩]: وهكذا ذكر فى "الأصل"[١٠]، وذكر الطحاوى أنه يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة الأولى، قال أبو الحسن الكرخي: ما ذكر الطحاوى قول أبى حنيفة، وما ذكر فى "الأصل" قولهما.

ووجه المذكور فى "الأصل" أن السنة أن يَفصل بين كل طلاقين بحيضةٍ[١١]، والفاصل ههنا بعض الحيضة[١٢]، فتكمل[١٣] بالثانية

---

(١١) الواو حالية.

(١٢) عبد الله، وكان طلقها واحدة.

(١) أى وقوع الطلاق فى الحيض.

(٢) قوله: "قول بعض المشايخ [وبه قال الشافعي وأحمد. ب]" ووجه أن أدنى الأمر الاستحباب، فيصرف إليه بقرينة أن الرجعة حق له، ولا وجوب على الإنسان فيما هو حقه. (عناية)

(٣) قوله: "والأصح أنه" أى المراجعة أو الرجعة، وذكر الضمير بتأويل المذكور. (ب)

(٤) يعنى فليراجعها. (عبد)

(٥) قوله: "ورفعًا للمعصية [الطلاق فى الحيض]" يعنى أن ذلك الطلاق لما كانت معصية كان ينبغى أن يرفع نفسه، ولما لم يصح رفعه كان المناسب أن يرفع أثره أى العدة، وذلك لأن بقاء أثر الشيء بقاء لذلك الشيء فى الجملة. (عبد)

(٦) أى الطلاق.

(٧) فإن هذه الحيضة لا تحتسب.

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) أى المصنف. (ب)

(١٠) قوله: "ذكر [أى محمد. ب] فى "الأصل [أى المبسوط. ب]" لأنه ذكر فيه: فإذا طهرت من حيضة أخرى طلقها واحدة قبل الجماع، وهذا يدل على أن الطهر الذى يقع فيه الطلاق هو الطهر الذى بعد حيضة أخرى، لا الطهر بعد حيضة أوقع فيها الطلاق. (بناية)

(١١) كاملة.

ولا تتجزأ، فتتكامل، وإذا تكاملت الحيضة الثانية، فالطهر الذى يليه زمان السنة، فأمكن تطليقها على وجه السنة. وجه القول الآخر[١]: أن أثر الطلاق[٢] قد انعدم بالمراجعة، فصار كأنه لم يطلقها فى الحيض، فيُسن تطليقها فى الطهر الذى يليه. ومن قال لامرأته –وهى من ذوات الحيض، وقد دخل بها[٣]–: أنت طالق ثلاثًا للسنة، ولا نية له، فهى طالق عند كل طهر تطليقة؛ لأن اللام فيه للوقت[٤]، ووقتُ السنة طهر لا جماع فيه. وإن نوى أن تقع الثلاثُ الساعةَ، أو عند رأس كل شهر واحدةٌ، فهو على ما نوى[٥]، سواء كانت[٦] فى حالة الحيض أو فى حالة الطهر. وقال زفر: لا تصح نية الجمع؛ لأنه بدعة، وهى ضد السنة[٧].

ولنا أنه محتَمَل لفظه[٨]؛ لأنه سنىّ وقوعًا من حيث إن وقوعه بالسنة[٩]، لا إيقاعًا، فلم يتناوله مطلقُ كلامه[١٠]، وينتظمه عند نيته.

---

(١٢) لأن الطلاق وقع فى الحيضة.

(١٣) الحيضة.

(١) أى ما ذكره الطحاوى. (ب)

(٢) الواقع فى الحيض.

(٣) قوله: "وقد دخل بها" لأنه لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثًا للسنة يقع فى الحال واحدة، سواء كانت حائضةً أو طاهرةً، ويتعلق الثانى بالتزويج ثانيًا، والثالثة بالترويج ثالثًا؛ لأن الطلاق السنى المرتب فى حق غير المدخول بها لا يتصور إلا على هذا الوجه. (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٤) قوله: "للوقت [فكأنه قال: وقت السنة. ب]" وذلك لأن المتبادر من السنة الطلاق الذى فى مقابلة البدعة، وإذا تبادر منه ذلك يتبادر لام الوقت، ولأن حمل اللام على الأجل تكلف بحسب المعنى. (عبد)

(٥) من وقوع المجموع ساعة، ومن وقوع الثلاث متفرقة. (عبد)

(٦) أى عند رأس كل شهر.

(٧) فكيف يراد بلفظ السنة؟

(٨) قوله: "محتمل لفظه" يعنى احتمالا مرجوحًا، ولما ثبت أنه احتمال مرجوح، ولم يكن معه نية حمل على ما هو المتبادر، وأما إذا نوى معه رجح جانب النية؛ لئلا يلغو نيته. (عبد)

(٩) قوله: "بالسنة" أى بالحديث أو أنه طلاق ثابت عند أهل السنة، فيكون اللام حينئذٍ للأجل أى إنما

وإن كانت آئسة(١)، أو من ذوات الأشهر(٢) وقعت الساعة واحدة، وبعد شهرٍ أخرى، وبعد شهرٍ أخرى؛ لأن الشهر فى حقها دليل الحاجة كالطهر فى حقّ ذوات الأقراء على ما بينا(٣).

وإن نوى أن يقع الثلاثُ الساعةَ وقعن عندنا لما قلنا(٤)، بخلاف ما إذا قال(٥): أنتِ طالق للسنة، ولم ينصّ على الثلاث، حيث لا تصح نية الجمع فيه؛ لأن نية الثلاث إنما صحت فيه(٦) من حيث إن اللام فيه للوقت، فيفيد تعميم الوقت(٧)، ومن ضرورته تعميمُ الواقع فيه(٨)، فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت، فلا تصح نية الثلاث.

فصل(٩)

ويقع طلاق كل زوج(١٠) إذا كان عاقلا(١١) بالغًا، ولا يقع طلاق الصبى

طلقها؛ لأنه يقع عند أهل السنة، أو بالحديث خلافا للروافض، فإنهم يقولون: لا يقع الثلاث دفعة. (عبد)

(١٠) أى لم يؤخذ عند الإطلاق.

(١) وقد قال لها: أنت طالق ثلاثًا.

(٢) قوله: "أو من ذوات الأشهر [يعنى صغيرة مدخولا بها. ب]" عطف العام على الخاص وإن كان يجوز بحرف الواو، فهو ممتنع بحرف أو، لا يقال: جاءنى زيد أو رجل إلا أن يجعل بمعنى الواو. (د)

(٣) قوله: "على ما بينا" إشارة إلى ما ذكر قبل ورقة بقوله: لأن الشهر فى حقهما قائم مقام الحيض.(ب)

(٤) من أنه محتمل لفظه إلخ.

(٥) متعلق بمجموع ما سبق. (عبد)

(٦) أى فيما إذا قال: أنت طالق للسنة.

(٧) أى كل وقت السنة.

(٨) قوله: "ومن ضرورته تعميم الواقع فيه [أى فى الوقت]" لأنه جعل الوقت ظرفًا للواقع، وقد تكرر الظرف فتكرر المظروف، وإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت، فبطل تعميم الواقع فيه؛ لأن بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى، فلا يصح نية الثلاث، بخلاف ما إذا ذكر ثلاثًا؛ لأن الثلاث مذكور صريحًا، فيصح نيته. (عناية)

(٩) قوله: "فصل" لما ذكر طلاق السنة، لما أن الأصل فى شرعية الطلاق طلاق السنة، وذكر أيضًا ما يقابله من طلاق البدعة تحقيقًا للمقابلة، لا أصالة شرع فى بيان أنواع الطلاق التى تقع، أو لا تقع، وما يملك به كمال العدد وما لا يملك. (نهاية)

(١٠) هذا من القدورى.

والمجنون والنائم؛ لقوله عليه السّلام: «كل طلاق[١] جائز[٢] إلا طلاق الصبى والمجنون»*، ولأن الأهلية بالعقل المميّز، وهما عديم العقل، والنائم عدم الاختيار. وطلاق المكره واقع خلافًا للشافعى هو يقول: إن الإكراه لا يجامع الاختيار، وبه يعتبر التصرف الشرعى، بخلاف الهازل[٣]؛ لأنه مختار فى التكلم بالطلاق. ولنا أنه[٤] قصد إيقاع الطلاق فى منكوحته فى حال أهليته[٥]، فلا يعرى عن قضيّته[٦] دفعًا لحاجته[٧] اعتبارًا بالطائع، وهذا لأنه عرفَ الشرّين[٨]، واختار أهونَهُما، وهذا[٩] آية القصد[١٠] والاختيار، إلا أنه غير راضٍ بحكمه، وذلك[١١]

(١١) قوله: "إذا كان عاقلا" المراد بالعاقل من يترتب على عقله الأثر، وله قوة التمييز، فيخرج النائم. (ملاعبد الغفور)

(١) قوله: "كل طلاق إلخ" قلت: حديث غريب، وأعاده المصنف فى الحجر بلفظ المعتوه عوض المجنون، وأخرج الترمذى عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» انتهى. وقال: هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وهو ضعيف ذاهب الحديث، انتهى، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن ابن عباس قال: لا يجوز طلاق الصبى، انتهى. (تخريج الزيلعى)

(٢) قوله: "جائز" أى نافذ، وإنما فسرنا به؛ لأن الإباحة ثابتة. (عبد الغفور)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢١، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٦ ص٦٩. (نعيم)

(٣) فإنه يقع طلاقه.

(٤) أى أن المكره.

(٥) فإنه بالغ عاقل.

(٦) عن قضية الإيقاع أى عن حكمه ومقتضاه.

(٧) قوله: "دفعًا لحاجته" وهى التخلص عن القتل، أو تلف العضو. (عبد الغفور)

(٨) أى وقوع ما أكره به، ووقوع الطلاق.

(٩) أى معرفة الشرين، واختيار الأهون.

(١٠) وفيه جواب ما قال الشافعي.

(١١) أى عدم الرضاء بحكم الإيقاع.

غير مخل به[١] كالهازل.

وطلاق السكران[٢] واقع، واختيارُ الكرخي والطحاوي أنه لا يقع، وهو أحد قولي الشافعي؛ لأن صحةَ القصد بالعقل، وهو زائل العقل، فصار كزواله[٣] بالبنج[٤] والدواء[٥].

ولنا أنه زال بسببٍ هو معصية، فجُعل باقيًا حكمًا زجرًا له، حتى لو شرب فصُدِّع[٦]، وزال عقله بالصُّداع، نقول: إنه لا يقع طلاقه[٧].

وطلاق الأخرس[٨] واقع بالإشارة؛ لأنها[٩] صارت معهودةً، فأقيمت مقام العبارة دفعًا للحاجة، وستأتيك وجوهُه في آخر الكتاب إن شاء الله تعالى.

وطلاق الأمة ثنتان، حرًا كان زوجها أو عبدًا، وطلاق الحرة ثلاث، حرًا كان زوجها أو عبدًا، وقال الشافعي رح: عدد الطلاق معتبر

---

(١) أي بالوقوع.

(٢) قوله: "وطلاق السكران [وكذا إعتاقه وخلعه. ب]" المراد من السكران في هذا المقام من له نهاية السكر، وهي أن لا يعرف الأرض من السماء. (عبد الغفور)

(٣) قوله: "فصار كزواله [العقل] بالبنج" هذا مبني على ما ذهب إليه المتقدمون من أن أكله ليس معصية، ولكن المتأخرين ذهبوا إلى حرمته، حتى لو سكر به عزر. (حاشية عبد الغفور رحمه الله تعالى)

(٤) قوله: "بالبنج" بنج بالفتح معرب بنگ كه بمعنى درخت خراسانى اجوائن است، واگرچه قياس ميخواهد كه بنج معرب بنگ كه بهندى بهنگ ميگويند باشد مگر چنين نيست در استعمال اطباء بنج اجوائن خراسانى است، واين بنگ را كه بعض مردم بآب سائيده مى نوشند اطباء وفقهاء قنب ميگويند نه بنج، از رساله معربات صاحب رشيدى. (غياث)

(٥) كالأفيون. (نهاية)

(٦) تصديع درد سر دادن. (غياث)

(٧) قوله: "إنه لا يقع طلاقه" لأن الصداع ليس من لوازمه. (عبد)

(٨) گنگ مادر زاد. (عبد)

(٩) الإشارة.

بالرجال(١)؛ لقوله عليه السلام: «الطلاق(٢) بالرجال(٣) والعدة(٤) بالنساء»*، ولأن صفة المالكية كرامةٌ، والآدمية مستدعيةٌ لها، ومعنى الآدمية في الحرّ أكمل، فكانت مالكيته أبلغَ وأكثر. ولنا قوله عليه السّلام(٥): «طلاق الأمة ثنتان(٦) وعدتها حيضتان»**، ولأن حلّ المحلية نعمة في حقّها، وللرقّ أثر في تنصيف النعم، إلا أن العقدة(٧) لا تتجزأ، فتكامل عَقدتان، وتأويل ما روى(٨) أن الإيقاع بالرجال(٩). وإذا تزوّج العبد امرأةً بإذن مولاه، وطلقها وقع طلاقه، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته؛ لأن ملك النكاح حقُّ العبد، فيكون الإسقاط إليه دون المولى.

---

(١) فطلاق الحر ثلاث، وطلاق العبد اثنان.

(٢) قوله: "الطلاق بالرجال" قلت: غريب مرفوعًا، ورواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" موقوفًا على ابن عباس، ورواه الطبراني في "معجمه" موقوفًا على ابن مسعود. (ت)

(٣) قوله: "بالرجال" ولا يخفى أن المتبادر منه أنه صلة للاعتبار، فيكون حاصله أن مراتب الطلاق تتفاوت باعتبار تفاوت الرجال، ولم يرد منه إيقاع الطلاق، وإلا لكان للرجال بدل بالرجال، كما لا يخفى على المندوب في التراكيب. (عبد)

(٤) فعدة الحرة ثلاث حيض، والأمة حيضتان.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٧ ص٧٠. (نعيم)

(٥) قوله: "قوله عليه السلام: «طلاق الأمة» إلخ" أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «طلاق الأمة تطليقتان وقرءها حيضتان»، انتهى. (ت)

(٦) قوله: "طلاق الأمة ثنتان" حلاه باللام، فيتناول الجنس، فيكون طلاق الأمة التي تحت الحر ثنتين، وفيه وقع النزاع. (د)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٨ ص٧٠. (نعيم)

(٧) قوله: "إلا أن العقدة إلخ" المراد بالعقدة الطلقة إطلاقًا لاسم السبب على المسبب، يعني أن الطلاق تصرف يبتنى على الحل، وحلها على النصف من حل الحرة، فيتقدر بقدر الحل، غير أن الطلاق لا يتجزأ، فيتكامل طلقتين ضرورةً. (إله داد)

(٨) قوله: "وتأويل ما روى إلخ" إن قيل: يشكل حديثنا على الشافعي، قلنا: هذا الكلام جرى مجرى العادة؛ إذ نكاح الحر للأمة لا يكون مع طول الحرة عِندہ، وهذا نادر الوقوع. (عبد)

(٩) قوله: "أن الإيقاع بالرجال" أي هو محتمل لجواز أن يراد إيقاع الطلاق، أو اعتبار الطلاق، والمراد الأول بقرينة ما روينا. (إله داد)

باب إيقاع الطلاق[١]

الطلاق[٢] على ضربين: صريح، وكناية، فالصريح قوله: أنتِ طالق، ومطلقة، وطلقتكِ، فهذا يقع به الطلاق الرجعى؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل فى الطلاق، ولا تستعمل[٣] فى غيره، فكان صريحًا، وأنه يعقب الرجعة[٤] بالنص[٥]، ولا يفتقر إلى النية[٦]؛ لأنه صريح فيه؛ لغلبة الاستعمال. وكذا[٧] إذا نوى الإبانة؛ لأنه قصد[٨] تنجيز ما علّقه[٩] الشرع بانقضاء العدة، فيرد[١٠] عليه، ولو نوى الطلاق عن وَثاق[١١] لم يُديّن[١٢] فى القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، ويُديّن فيما بينه وبين الله

(١) قوله: "باب إيقاع الطلاق" لما ذكر أصل الطلاق ووصفه شرع فى بيان تنويعه. (نهاية)

(٢) قوله: "الطلاق" [هذه من مسائل مختصر القدورى] أى ألفاظ يوقع بها الطلاق بالمعنى المتبادر، أو بمعنى التطليق، وإنما أوّلنا العبارة؛ لأن الصريح والكناية قسمان للفظ. (عبد)

(٣) فى العرف. (عبد)

(٤) قوله: "وأنه يعقب الرجعة" أى يصححها، ولهذا لم يقل: يوجبها، واعلم أن للصريح حكمين: أحدهما: أنه لا يحتاج إلى النية، وثانيهما: أنه طلاق يصح به الرجعة من غير تجدد النكاح. (عبد)

(٥) قوله: "بالنص" وهو قوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ سماه بعلا بعد الطلاق، وهو الزوج، فإن قيل: لفظ الرد مشعر بزوال الملك. قلنا: جعلنا الرد مجازا بقرينة قوله: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ إذ الإمساك لا يتصور إلا ببقاء الملك. (إله داد)

(٦) هذا بالإجماع. (ب)

(٧) أى يقع الرجعى.

(٨) قوله: "لأنه إلخ" يعنى أن الشارع اعتبر فى الطلاق أن يحصل البينونة بمضى العدة حيث قال: ﴿أو تسريح بإحسان﴾، وهو اعتبر البينونة فى الحال. (عبد)

(٩) أى البينونة.

(١٠) قصده.

(١١) قوله: "عن وثاق [بند]" بفتح الواو، وهو القيد، والكسر فيه لغةً، لم يدين فى القضاء أى لم يصدق، وحقيقته دينت الرجل تدينا وكلته إلى دينه، فاستعمل فى التصديق مجازا. (عناية)
قوله: "عن وثاق" بفتح الواو وكسرها لغتان، والفتح أفصح، يعنى لو نوى الطلاق عن قيد لم يصدق قضاءً. (بناية)

(١٢) فى "المغرب": قولهم: يدين أى يصدق. (ب)

تعالى، لأنه يحتمله[١]، ولو نوى به[٢] الطلاقَ عن العمل لم يدين في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن الطلاق لرفع القيد[٣]، وهو غير مقيد بالعمل، وعن أبي حنيفة[٤] أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه يستعمل للتخليص. ولو قال: أنتِ مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقًا إلا بالنية؛ لأنها غير مستعملة فيه عرفًا، فلم يكن صريحًا.

قال[٥]: ولا يقع به إلا واحدة[٦] وإن نوى أكثر من ذلك، وقال الشافعي: يقع ما نوى؛ لأنه محتَمل لفظه، فإن ذكر الطالِق ذكرٌ للطلاق لغة[٧]، كذكر العالم ذكرٌ للعلم، ولهذا يصح قران[٨] العدد به، فيكون[٩] نصبًا على التفسير. ولنا أنه[١٠] نعت فرد[١١] حتى قيل للمثنى: طالقان، وللثلاث: طوالق، فلا يحتمل العدد[١٢]؛ لأنه ضدّه[١٣]، وذكرُ الطالق ذكرٌ

(١) قوله: "لأنه يحتمله" بخلاف ما إذا لم يحتمله العبارة، كما إذا قال مثلا: أنت طالق، وأراد أنت آكلة لم يعتبر نيته، فصار نيته كلا نيته. (عبد)

(٢) أي بقوله: أنت طالق.

(٣) قوله: "لأن الطلاق إلخ" تقريره أن الطلاق لرفع القيد النكاحي، والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل، فالطلاق ليس لرفع القيد بالعمل، وهذا ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن الطلاق يستعمل للتخليص، فكان معناه أنت مخلصة عن العمل. (عبد)

(٤) هذه رواية رواها الحسن. (ب)

(٥) أي القدوري. (ب)

(٦) قوله: "ولا يقع إلخ" من كلام القدوري متصل بقوله: وهذا يقع به الطلاق الرجعي، أي لا يقع بكل واحد من الألفاظ الثلاثة المذكورة إلا واحدة. (عناية)

(٧) وفي أنت طالق الطلاق إن نوى ثلاثًا فثلاث.

(٨) بأن يقال: أنت طالق ثلاثًا.

(٩) ثلاثًا.

(١٠) طالق.

(١١) لأنه صفة المرأة الواحدة. (إله داد)

(١٢) قوله: "فلا يحتمل العدد [المثنى والثلاث]" لا يصلح دليلا على نفي إرادة الثلاث بقوله: أنت طالق

الطلاق[١] هو صفة للمرأة، لا لطلاق[٢] هو تطليق، والعدد[٣] الذى يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك: أعطيتُه جزيلا أى إعطاءً جزيلا. ولو قال: أنتِ الطلاقَ، أو أنت طالق الطلاق، أو أنتِ طالق طلاقًا، فإن لم تكن له نية، أو نوى واحدةً، أو ثنتين، فهى واحدة رجعية، وإن نوى ثلاثًا فثلاث، ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر؛ لأنه لو ذكر النعت[٤] وحده يقع به الطلاق، فإذا ذكره وذكر المصدر معه -وأنه[٥] يزيده وكادة[٦]- أولى. وأما وقوعه باللفظة الأولى، فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم، يقال: رجل عدل أى عادل، فصار بمنزلة قوله[٧]: أنتِ طالق، وعلى هذا لو قال[٨]: أنتِ طلاقٌ يقع[٩] الطلاق به أيضًا،

لما سيأتيك أن الثلاث فى حق الحرة، والثنتين فى حق الأمة كل الجنس، وكل الجنس فرد لا عدد، حتى صحت نية الثلاث، من طلقى نفسك. (إله داد)

(١٣) والشيء لا يحتمل ضده.

(١) جواب عن دليل الشافعي.

(٢) قوله: "لا لطلاق إلخ" والمحتمل للتعدد وإنما هو الطلاق الذى هو فعل الزوج، وهو التطليق، وأنه غير مذكور بل هو ثابت مقتضى، والثابت بالاقتضاء لا يقبل النية؛ لأنه ليس بملفوظ فيما وراء تصحيح الكلام، والنية إنما تصح فى الملفوظ. وأما الطلاق الذى هو صفة المرأة بمعنى الانطلاق فهو لا يحتمل التعدد؛ لأن الطلاق إنما يكون عن القيد، ولا قيد فى المرأة إلا واحد، فلا يتصور فيه الإطلاق واحد، وهذا لا يتأتى فى طلقت، فإن المذكور فيه التطليق الذى هو فعل الزوج، وأنه يحتمل التعدد. (إله داد)

(٣) جواب عن قوله: ولهذا يقرن العدد به. (ب)

(٤) أنت طالق.

(٥) الواو حالية.

(٦) أى قوة. (عبد)

(٧) قوله: "فصار بمنزلة إلخ" تصحيح قولنا: أنت الطلاق، إما بإرادة الاسم من المصدر أى أنت طالق، وإما بحذف المضاف أى ذات طلاق، وإذا نوى الثلاث يحمل على الثانى تحقيقًا لما نوى، وإلا فعلى الأول؛ إذ المجاز أهون من الحذف. (إله داد)

(٨) قوله: "وعلى هذا لو قال إلخ" أى جعل المصدر بمعنى النعت كما فى صورة المعرف يقع فى صورة المنكر؛ لأنه حينئذٍ بمعنى النعت. (عبد)

ولا يحتاج فيه إلى النية، ويكون رجعيًا[١]؛ لما بينا، أنه صريح الطلاق؛ لغلبة الاستعمال فيه[٢]، وتصح نية الثلاث[٣]؛ لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة؛ لأنه اسم جنس، فيُعتبر بسائر أسماء الأجناس، فتتناول[٤] الأدنى مع احتمال الكل. ولا تصح نية الثنتين فيها[٥]، خلافًا لزفر، هو يقول: إن الثنتين بعض الثلاث، فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها[٦] ضرورةً. ونحن نقول: نية الثلاث إنما صحت؛ لكونها جنسًا[٧] حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية، أما الثنتان في حق الحرة عددٌ[٨]، واللفظ لا يحتمل العدد، وهذا لأن معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوُحدان، وذلك بالفردية[٩]، أو الجنسية، والمثنى بمعزل

(٩) فإنه بمنزلة: أنت طالق.

(١) أي الطلاق الواقع ههنا.

(٢) أي إذا أجرى على ذات لم يرد إلا هذا المعنى لا يصح الكلام. (عبد)

(٣) في الصور الثلاث. (إله داد)

(٤) قوله: "فتتناول إلخ" قلت: نعم، ولكن المصدر الذي هو صفة الزوج بمعنى التطليق، لا المصدر الذي هو صفة المرأة، والمذكور في أنت الطلاق صفتها، لا صفته فلا يحتمل نية العموم، كيف؟ ولو صح نيته ههنا يصح في قوله: أنت طالق أيضًا؛ لأنه أيضًا ذكر الطلاق الذي هو صفة المرأة. (إله داد)

(٥) أي في الألفاظ المذكورة.

(٦) قوله: "صحت نية بعضها" لأن مصحح إرادة الكل وهو ضده صدق الجنس، وهو موجود بالنية إلى الاثنين. (حاشية ملا عبد الغفور رحمه الله تعالى)

(٧) أي كل الجنس.

(٨) ليس بفرد حقيقي، ولا حكمي.

(٩) قوله: "وذلك بالفردية إلخ" وتوضيحه أن الفرد الواحد كل الجنس من حيث إن كله صادق عليه، وجميع الأفراد أيضًا كل الجنس من حيث الوجود في الخارج، وذلك لأن ا لجنس وإن كان يوجد بتمامه في كل فرد، فوجوده فيه ليس تمام الوجود؛ لأن له وجودا في فرد آخر، فتمام وجود الجنس وكله في الخارج جميع الوجودات الخارجية، والكل من حيث هو كل واحد. فأما الأفراد المتخللة، فليست بكل الجنس، لا من حيث صادق عليه؛ لأنه ليس بصادق على المجموع من حيث هو مجموع، بل على كل فرد، ولا من حيث إنه جميع وجود الجنس؛ لأن له وجودًا في غيرها أيضًا، فلا يكون واحدًا أصلا أي لا من حيث الصدق، ولا من حيث

منهما. ولو قال: أنتِ طالق الطلاق[١]، وقال: أردت بقولي: طالق واحدةً، وبقولي: الطلاق أخرى يصدق؛ لأن كلّ واحد منهما[٢] صالح للإيقاع، فكأنه قال: أنت طالق وطالق، فتقع رجعيّتان إذا كانت مدخولا بها[٣]. وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها[٤]، أو إلى ما يعبَّرُ به عن الجملة وقع الطلاق؛ لأنه أضيف إلى محلّه، وذلك مثل أن يقول: أنتِ طالق؛ لأن التاء ضمير المرأة، أو يقول: رقبتكِ طالق، أو عنقكِ طالق، أو رأسكِ طالق[٥]، أو روحكِ، أو بدنكِ، أو جسدكِ، أو فرجكِ، أو وجهكِ؛ لأنه يعبّر بها[٦] عن جميع البدن[٧]. أما الجسد والبدن فظاهر، وكذا غيرهما، قال الله تعالى[٨]: ﴿فتحرير رقبةٍ[٩]﴾، وقال[١٠]: ﴿فظلّت[١١] أعناقهم﴾، وقال عليه السّلام[١٢]: «لعن الله الفروجَ على السروج»*، ويقال: فلانٌ

الوجود في الخارج، فلا يصح أن يراد بلفظ الواحد لوجوب رعاية التوحيد في معنى ألفاظ الوحدان.

فإن قلت: الثنتان في حق الحرة وإن لم تكن كل الجنس حقيقةً فهو كل حكماً؛ لأنه أكثر الثلاث الذي هو كل الجنس، وللأكثر حكم الكل. أجيب بأن الكل الحقيقي فرد حكماً، ولو اعتبر أكثر الثلاث في حكمه، لزم اعتبار الحكم في الحكمي اعتبار شبهة الشبهة، وإنها غير معتبرة. (د)

(١) قوله: "أنت طالق الطلاق" بالرفع على أنه خبر، أو بالنصب مصدر لفعل مقدر، أو على احتمال أن العامي لا يفرق بين النصب والرفع، فيكون خبراً. (عبد)

(٢) أي من الطالق والطلاق.

(٣) قوله: "إذا كانت مدخولا بها" أما إذا لم تكن مدخولا بها، فتقع واحدة بائنة. (عبد)

(٤) أي جملة المرأة بأن يقول: أنت طالق؛ لأن التاء ضمير للمرأة. (ب)

(٥) قوله: "أو راسك طالق" أتى بالإضافة؛ لأنه لو قال الرأس منك طالق لا تطلق. (إله داد)

(٦) إما حقيقةً كجسده، أو بدنه، وإما عرفًا كوجهه ورأسه.

(٧) قوله: "عن جميع البدن" الأظهر بدل البدن الشخص، إذا الكلام في أن البدن يعبر به عن الكل. (عبد)

(٨) في كفارة اليمين.

(٩) ليس المراد نفس الرقبة، بل الذات.

(١٠) الله تعالى.

(١١) قوله: "فظلت [أي صارت] أعناقهم لها خاضعين"، ولم يرد الأعناق بعينها حيث لم يقل: خاضعة. (ع)

(١٢) قوله: "لعن الله الفروج [المراد صاحبة الفروج بقرينة نسبة اللعن. عبد] على السروج" قلت: غريب

رأس القوم(١)، ووجه العرب، وهلك رُوحه بمعنى نَفْسه، ومن هذا القبيل الدمُ في روايةٍ(٢)، يقال: دمه هدر(٣)*، ومنه النفسُ، وهو ظاهر(٤).

وكذلك إن طلّق جزءً شائعًا مثل أن يقول: نصفكِ، أو ثلثكِ طالق؛ لأن الجزء الشائع محلّ لسائر التصرفات(٥) كالبيع وغيره(٦)، فكذا يكون محلا للطلاق(٧) إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق، فيثبت في الكل ضرورةً. ولو قال: يدكِ طالق(٨)، أو رجلكِ طالق، لم يقع الطلاق(٩)، وقال زفر والشافعي: يقع، وكذلك الخلاف في كلّ جزءٍ معين(١٠) لا يُعبّر به عن جميع البدن(١١). لهما أنه جزءٌ متمتَّع بعقد النكاح، وما هذا حاله يكون

جداً، وأخرج ابن عدى في "الكامل" عن ابن عباس: «أن النبي ﷺ نهى ذوات الفروج أن يركبن السروج». (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٦٩ ص٧١. (نعيم)

(١) قوله: "فلان رأس القوم" فيه أنه تشبيه بليغ، فاللفظ في معناه الحقيقي، ولئن سلم، فمستعمل في الادعاء، فحينئذٍ لم يكن من باب استعمال الجزء في الكل، إذ جعل القوم بمنزلة البدن، وذلك الشخص بمنزلة رأسه. (عبد)

(٢) قوله: "في رواية" وهي رواية كتاب الكفالة، فإنه لو كفل بدم إنسان يصح، وأشار في كتاب العتاق أن إضافة الطلاق إلى الدم لا يصح، فإنه لو قال: دمك حر لا يعتق، وإنما قال من هذا القبيل؛ لأن القدوري لم يذكر هذا. (بناية)

(٣) قوله: "دمه هدر [أي باطل]" أي لا يترتب عليه قصاص ولا دية، لا يقال: يجوز أن يراد معناه الحقيقي؛ لأنا نقول: يصح هذا المعنى فيما لم يكن هناك دم، كما قتل بالخنق. (عبد)

(٤) لأن النفس عبارة عن الذات.

(٥) قوله: "محل إلخ" والسر فيه أن الجزء الشائع في حكم الكل؛ لتلازمهما وجوداً وعدماً. (عبد الغفور)

(٦) بأن يكون مهرا.

(٧) لأنه من التصرفات. (عبد)

(٨) قوله: "ولو قال: يدك إلخ" لا يقال: يقال على اليد ذلك، ويراد نفسه؛ لأنا نقول: الإسناد مجازى، كما في كسبت أيديهم، أو مجاز بالحذف أي صاحب اليد. (عبد)

(٩) قوله: "لم يقع الطلاق" لأنه لا يعبر به عن جميع البدن حتى لو عبر باليد عن الذات عند قوم يقع الطلاق بالإضافة إليه. (د)

(١٠) غير شائع.

(١١) كالإصبع، واليد، والرجل. (ب)

محلا لحكم النكاح[(١)]، فيكون محلا للطلاق، فيثبت الحكم فيه قضيةً للإضافة[(٢)]، ثم يسرى[(٣)] إلى الكل، كما فى الجزء الشائع[(٤)]، بخلاف ما إذا أضيف إليه[(٥)] النكاح؛ لأن التعدى[(٦)] ممتنعٌ؛ إذ الحرمة فى سائر الأجزاء تَغلب[(٧)] الحلَّ فى هذا الجزء، وفى الطلاق الأمرُ على القلب[(٨)].

ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو، كما إذا أضافه إلى رِيقها، أو ظُفرها، وهذا لأن محلّ الطلاق ما يكون فيه القيد؛ لأنه يُنْبِئُ عن رفع القيد، ولا قيدَ فى اليد[(٩)]، ولهذا لا تصح إضافة النكاح[(١٠)] إليه، بخلاف الجزء الشائع؛ لأنه محلّ للنكاح عندنا، حتى تصح إضافتُه إليه[(١١)]، فكذا يكون محلا للطلاق، واختلفوا فى الظهر والبطن[(١٢)]، والأظهر أنه لا يصح[(١٣)]؛ لأنه لا يعبّر بهما عن جميع البدن.

(١) قوله: "يكون محلا لحكم النكاح" وهو الاستمتاع، فيكون محلا للطلاق أى لحكمه؛ فإن الطلاق والنكاح إنما يقصدان لآثارهما. (عبد)

(٢) قوله: "قضية للإضافة" أى منتضى لإضافة الطلاق إليه. (عبد)

(٣) حكم الطلاق.

(٤) فإن الطلاق إذا وقع عليه، يسرى إلى الكل.

(٥) أى إلى الجزء المعين.

(٦) أى تعدى الحل من الجزء المعين إلى سائر الأجزاء.

(٧) قوله: "تغلب" لأن الحرمة فى أكثر الأجزاء، وفيه أنه لو ذكر الأجزاء لكان ينبغى أن يصح النكاح. (عبد)

(٨) قوله: "الأمر على القلب [فإن فيه تعدى الحرمة]" لأن جزء واحدا صار حراما، والثانى: حلال، ومتى اجتمع الحلال والحرام، غلب الحرام الحلال. (عبد)

(٩) قوله: "ولا قيد فى اليد" بل القيد فى المجموع، وذلك القيد مثل عدم الخروج وغيره من الأحكام. (عبد)

(١٠) أى الجزء المعين.

(١١) أى إلى الجزء الشائع.

(١٢) يعنى إذا قال: ظهرك طالق، أو بطنك طالق. (ب)

(١٣) أى لا يقع الطلاق إذا أضيف إليهما. (ب)

وإن طلّقها نصف تطليقة، أو ثلث تطليقة كانت طالقًا تطليقةً واحدةً؛ لأن الطلاق لا يتجزأ، وذكرُ بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل[١]، وكذا الجواب في كل جزء[٢] سماه؛ لما بينا[٣].

ولو قال[٤] لها: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين، فهي طالق ثلاثًا[٥]؛ لأن نصف التطلقيتين تطليقة، فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف، تكون ثلاث تطليقات ضرورة، ولو قال[٦]: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة، قيل: يقع تطليقتان[٧]؛ لأنها طلقةٌ ونصف[٨]، فتكامل، وقيل: يقع ثلاث تطليقات؛ لأن كل نصف يتكامل في نفسها[٩]، فيصير ثلاثًا.

ولو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين[١٠]، فهي واحدة[١١]، وإن قال: من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث، فهي ثنتان، وهذا عند أبي حنيفة.

---

(١) قوله: "كذكر الكل" صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء، وتغليبا للمحرم على المبيح، وإعمالا للدليل بالقدر الممكن؛ لأنه إذا قام الدليل على البعض، وهو مما لا يتجزأ، فلو لم يتكامل يؤدي إلى إبطال الدليل. (إله داد)

(٢) كالربع والعشر إلى غير ذلك. (عبد)

(٣) أنه لا يتجزأ. (عناية)

(٤) هذه المسألة من خواص "الجامع الصغير".

(٥) قوله: "فهي طالق ثلاثًا" وهو ظاهر، ولعله ذكره لمقابلته للمسألة التي تجيء بعد. (عبد)

(٦) هذا هو المنقول عن محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٧) قال العتابي: هو الصحيح. (عناية)

(٨) قوله: "لأنها طلقة ونصف" لأن كل نصفي تطليقة تطليقة، فكان ثلاث أنصاف تطليقة طلقة ونصف، فكأنه قال: طلقة ونصف. (إله داد)

(٩) قوله: "يتكامل إلخ" وفيه أن التكامل إنما يجب إذا لم يصح التكامل بوجه آخر، ولا يخفى أنه ممكن. (عبد)

(١٠) قوله: "أو ما بين واحدة إلخ" بجعل إلى بمعنى الواو، أو ما بين بمعنى من، فعلى هذا يكون هذا اللفظ مفيدًا لما أفاده الأول بعينه، والتغاير بحسب اللفظ. (عبد الغفور)

(١١) عند أبي حنيفة.

وقالا في الأولى(١): هي ثنتان، وفي الثانية(٢): ثلاث، وقال زفر(٣) في الأولى: لا يقع شيء، وفي الثانية: تقع واحدة، وهو القياس؛ لأن الغاية(٤) لا تدخل(٥) تحت المضروب له الغايةُ، كما لو قال: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط(٦). وجه قولهما: وهو الاستحسان، أن مثل هذا الكلام متى ذُكر في العرف يراد به الكلُّ، كما تقول لغيرك(٧): خذ من مالي من درهم إلى مائة. ولأبي حنيفة أن المراد به(٨) الأكثرُ من الأقل(٩)، والأقلُّ من الأكثر، فإنهم يقولون: سنّي من ستين إلى سبعين، وما بين ستين إلى سبعين، ويريدون به ما ذكرناه(١٠)، وإرادةُ الكل(١١) فيما طريقُه طريق الإباحة، كما ذكرا(١٢)، والأصل في الطلاق هو الحظر.

---

(١) أي من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين.

(٢) أي من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث.

(٣) قوله: "وقال زفر إلخ" قال فخر الإسلام: إن الأصمعي هو الذي حج زفر على باب الرشيد، قال: ما تقول فيمن قال لامرأته: أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث، قال: تطلق واحدة؛ لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين، فقال له: ما تقول في الرجل: قيل له: كم سنك؟، فقال: ما بين ستين إلى سبعين، أو يكون ابن تسعة، فتحير زفر. (عناية)

(٤) قوله: "لأن الغاية" أي الغايتين جميعًا يعني مدخول من والى. (عبد الغفور)

(٥) أي عند عدم قرينة الخلاف. (عبد)

(٦) فلا يدخل الحائطان.

(٧) قوله: "كما تقول إلخ" فيه أن القاعدة الكلية لا تثبت بالجزئي إلا أن يحمل على التمثيل. (عبد الغفور)

(٨) قوله: "أن المراد به [أي بمثل هذا الكلام] الأكثر من الأقل إلخ" استعمال التفضيل بمن واللام غير صحيح إلا أن يتكلف بتقدير أكثر، وفي ظاهر الاستدلال بحث؛ إذ هو لا يجري فيما قال: من واحدة إلى ثنتين؛ إذ ليس هناك أكثر من الأقل. (عبد)

(٩) قوله: "الأكثر من الأقل" معناه إذا كان بينهما عدد، كما في قوله: من واحدة إلى ثلاث، وقوله: من ستين إلى سبعين، والأقل من الأكثر معناه إذا لم يكن بينهما ذلك، كما في قوله: من واحدة إلى ثنتين، وعلى هذا الاعتراض ساقط. (عناية)

(١٠) قوله: "ما ذكرناه" أي الأكثر من الأقل يعني الستين، الأقل من الأكثر أي السبعين يعني ما بينهما.

(١١) جواب عن قولهما. (ب)

(١٢) الصاحبان.

ثم الغاية الأولى(١) لا بد أن تكون موجودةً لترتب عليها الثانية(٢)، ووجودُها بوقوعها، بخلاف البيع(٣)؛ لأن الغاية فيه موجودة قبل البيع، ولو نوى واحدة(٤) يدين ديانة لا قضاء؛ لأنه محتَملُ كلامه لكنه خلاف الظاهر. ولو قال: أنتِ طالق واحدة في ثنتين، ونوى الضرب والحساب، أو لم تكن له نية فهي واحدة(٥)، وقال زفر: تقع ثنتان لعرف الحساب(٦)، وهو قول حسن بن زياد. ولنا أن عمل الضرب(٧) في تكثير الأجزاء(٨)، لا في زيادة المضروب(٩)، وتكثير أجزاء التطليقة(١٠) لا يوجب تعددها.

---

(١) جواب عن قول زفر.

(٢) قوله: "لترتب إلخ" لأنه أوقع الثانية ولا ثانية قبل الأولى، فلهذه الضرورة دخلت الغاية الأولى، ولا ضرورة في الغاية الثانية؛ لأن إيقاع الثانية يصح بلا إيقاع الأولى، فأخذنا فيه بالقياس، كذا في "الكافي". (د)

(٣) من هذا الحائط إلى هذا الحائط.

(٤) قوله: "ولو نوى إلخ" أي لو نوى في قوله: من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين، وأشباههما واحدة صدق ديانة؛ لأنه محتمل كلامه لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لما ذكرنا أن مثل هذا الكلام يراد به الأكثر من الأقل، وبالأقل من الأكثر. (عناية)

(٥) قوله: "فهي واحدة" فإن قيل: وجب أن يستعار كلمة في بمعنى مع، كما في قوله: أنت طالق في دخولك الدار؛ لصيانة الكلام عن الإلغاء، فيقع الثلاث.
قلنا: إرسال الثلاث منهي عنه، وحمل الكلام على الإلغاء أولى من حمله على المحظور، ولا يلزم المحظور في قولنا: في دخولك الدار، بل فيه صيانة الكلام عن التنجيز الذي هو أشد من التعليق. (إله داد)

(٦) قوله: "لعرف الحساب" وهذا المعنى هو المتبادر، ويؤيده ما يقال في المقادير مثل: عشرة أذرع في عشرة أذرع. (عبد)

(٧) قوله: "عمل الضرب" يعني فيما ليس له طول، وعرض، وعمق، أما في الممسوحات يعني ما له طول، وعرض، وعمق، فيكون لبيان تكثير المضروب. (ب)

(٨) قوله: "في تكثير الأجزاء" حاصله أن أقل العددين يتجزأ بعدد أجزاء الأكثر، فإذا قيل مثلا: واحد في اثنين كان المعنى أن الواحد يتجزأ بجزءين أي نصفين، وكل منهما واحد اعتباري، وإذا قيل: واحد في عشرة كان معناه أن الواحد يتجزأ بعشرة أجزاء كل جزء منها واحد اعتباري. (عبد)

(٩) قوله: "لا في زيادة المضروب" إذ لو حصل من الضرب الزيادة، لزم من ضرب درهم في مائة ألف درهم، نعم يلزم تصوره والتصور لا يستلزم الوقوع. (عبد)

فإن نوى واحدة وثنتين. فهى ثلاث ؛ لأنه يحتمله ، فإن حرف الواو للجمع[١] ، والظرف يجمع إلى المظروف ، ولو كانت غير مدخول بها[٢] يقع واحدة[٣] ، كما فى قوله: واحدة وثنتين ، وإن نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث[٤] ؛ لأن كلمة فى تأتى بمعنى مع[٥] ، كما فى قوله تعالى: ﴿فادخلى فى عبادى﴾ أى مع عبادى[٦] . ولو نوى الظرف[٧] يقع واحدة ؛ لأن الطلاق لا يصلح ظرفًا ، فيلغو ذكر الثانى ، ولو قال: اثنتين فى اثنتين ، ونوى الضرب والحساب ، فهى ثنتان ، وعند زفر ثلاث ؛ لأن قضيّته[٨] أن يكون أربعًا لكن لا مزيدَ للطلاق على الثلاث ، وعندنا الاعتبار للمذكور الأول على ما بيناه[٩] . ولو قال: أنتِ طالق من ههنا إلى الشام[١٠] ، فهى واحدة يملك الرجعة.

---

(١٠) قوله: "أجزاء التطليقة" كما لو قال: أنت طالق طلقة ونصفها، وربعها، وثمنها، لم يقع إلا واحدة. (ب)

(١) قوله: "للجمع" ليس المراد منه المقارنة، بل الجمعية فى الحكم، والظرف يقارن المظروف نوع مقارنة وجمعية، فكان لفظة فى مستفادة بمعنى الواو. (عبد)

(٢) فيما إذا نوى واحدة وثنتين.

(٣) فإنها تبين بالأول بعد العدة.

(٤) قوله: "يقع الثلاث" سواء كانت مدخولا بها أو لا، وهذا لأن أحد العددين لا يصلح ظرفًا للآخر، وبين الظرف والمظروف معنى المعية، فاستعير له. (عناية)

(٥) يقال: دخل الأمير فى جنده أى مع جنده. (ب)

(٦) قوله: "مع" قال صاحب "الكشاف": ليس ههنا فى بمعنى مع؛ إذ لو كان كذلك لما قيل: وادخلى جنتى، بل هى على الحقيقة أى ادخلى فى جملة عبادى. (ب)

(٧) أى الظرف الحقيقى. (عبد)

(٨) بحسب الضرب.

(٩) قوله: "على ما بيناه" من أن عمل الضرب فى تكثير الأجزاء، لا فى زيادة المضروب. (عناية)

(١٠) قوله: "إلى الشام" قال الإنزارى: الشام بسكون الهمزة اسم لبلد، قلت: ليس كذلك، بل هو اسم لصقع يجمع بلادا كثيرة، وأعظمها دمشق. (ب)

وقال زفر: هى بائنة؛ لأنه وصف الطلاقَ بالطول[١]، قلنا: لا، بل وصفه بالقصر؛ لأنه متى وقع، وقع فى الأماكن كلها.

ولو قال: أنتِ طالق بمكة، أو فى مكة، فهى طالق فى الحال فى كل البلاد، وكذلك لو قال: أنتِ طالق فى الدار؛ لأن الطلاق لا يتخصّص بمكان دون مكان[٢]، وإن عنى به إذا أتيتِ مكة يصدق ديانةً لا قضاءً؛ لأنه نوى الإضمار، وهو خلاف الظاهر.

ولو قال: أنتِ طالق إذا دخلتِ مكة لم تطلق حتى تدخل مكة؛ لأنه علّقه بالدخول، ولو قال: فى دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقارنة[٣] بين الشرط والظرف، فحمل عليه[٤] عند تعذر الظرفية.

فصل فى إضافة الطلاق إلى الزمان[٥]

ولو قال[٦]: أنت طالق غداً، وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر؛ لأنه وصفها بالطلاق فى جميع الغد، وذلك بوقوعه فى أوّل جزءٍ منه[٧]، ولو نوى به[٨] آخر النهار صدّق ديانةً لا قضاءً؛ لأنه نوى التخصيص فى

(١) قوله: "لأنه وصف الطلاق بالطول" فيه بحث إذ لو قال: طالق طويل، يكون رجعيًا عنده، فأجاب بعضهم بأن المقصود من تلك العبارة ليس الطويل فقط، بل الطول والعرض، فكأنه أراد طلاقًا محيطًا بجميع الأمكنة الواقعة من ههنا إلى الشام، ولا يلزم من وقوع الطلاق بوصف الطول والعرض وقوعه بوصف الطول. (عبد)

(٢) قوله: "لا يتخصص بمكان دون مكان" فوقوعه فى بعض الأجزاء مستلزم لوقوعه فى الكل. (عبد)

(٣) قوله: "لمقارنة إلخ" حاصله أن الأصل هو الظرف، والدخول لا يصلح أن يكون ظرفًا، والشرط مناسب له، فحمل عليه. (عبد)

(٤) قوله: "فحمل عليه" فصار قوله: فى دخولك بمعنى الشرط، وتوقف على الدخول. (ملا إله داد)

(٥) قوله: "فصل إلخ" لما شرع فى باب إيقاع الطلاق أورد فيه فصولا مترادفة من إضافة الطلاق وتنوعه وتشبيهه. (نهاية)

(٦) هذه من مسائل القدورى.

(٧) الغد.

(٨) الغد.

العموم(١)، وهو يحتمله، وكان مخالفًا للظاهر(٢).

ولو قال: أنتِ طالق اليوم غدًا، أو غدًا اليوم، فإنه يؤخذ بأول الوقتين الذى تفوّه به، فيقع فى الأول فى اليوم، وفى الثانى فى الغد؛ لأنه لما قال: "اليوم" كان تنجيزًا، والمنجَّزُ لا يحتمل الإضافة(٣)، ولو قال: "غدًا" كان إضافةً، والمضاف لا يتنجز؛ لما فيه من إبطال الإضافة، فلغا اللفظ الثانى(٤) فى الفصلين. ولو قال: أنتِ طالق فى غد، وقال: نويت آخر النهار دُيِّن(٥) فى القضاء عند أبى حنيفة رح. وقالا: لا يدين فى القضاء خاصةً(٦)؛ لأنه وصفها بالطلاق فى جميع الغد، فصار بمنزلة قوله: "غدًا" على ما بينا(٧)، ولهذا يقع فى أول جزءٍ منه(٨) عند عدم النية، وهذا لأن حذفَ "فى"، وإثباتَه سواء؛ لأنه(٩) ظرف فى الحالين. ولأبى حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن كلمة "فى" للظرف، والظرفية لا تقتضى الاستيعابَ، وتعيُّنُ الجزء الأول(١٠) ضرورة عدم المزاحم، فإذا عَيَّن آخر

(١) قوله: "لأنه نوى إلخ" ونية التخصيص فى العموم صحيحة، كما لو قال: لا آكل طعامًا، ونوى طعامًا دون طعام. (كافى)

(٢) ولذا لا يصدق قضاءً.

(٣) إلى الغد.

(٤) قوله: "فلغا اللفظ الثانى" واعترض بأنه لم لايجعل غدًا ظرفًا لطلاق آخر، وأجيب بأنه يحتاج إلى تقدير أنت طالق، والأصل خلافه، فلا يصار إليه فى غير موضع الضرورة. (عناية)

(٥) أى صدق.

(٦) أى لا ديانةً.

(٧) قوله: "على ما بينا [أى لكونه بمنزلة قوله: غدًا]" إشارة إلى قوله: لأنه نوى التخصيص فى العموم، وهذا يحتمله مخالفًا للظاهر. (نهاية)

(٨) الغد.

(٩) الغد.

(١٠) جواب عن قوله: ولهذا يقع إلخ.

النهار كان التعين القصدى أولى بالاعتبار من الضرورى، بخلاف قوله: غداً[١]؛ لأنه يقتضى الاستيعابَ حيث وصفها بهذه الصفة مضافًا إلى جميع الغد، نظيره[٢] إذا قال: والله لأصومنّ عمرى[٣]، ونظيرُ الأوّل[٤]: والله لأصومن فى عمرى[٥]، وعلى هذا الدهرُ وفى الدهر.

ولو قال: أنتِ طالق أمسِ، وقد[٦] تزوّجها اليوم لم يقع شيء؛ لأنه أسنده إلى حالةٍ معهودةٍ[٧] منافيةٍ لمالكية الطلاق فيلغو، كما إذا قال: أنتِ طالق قبل أن أُخْلَق، ولأنه يمكن تصحيحه[٨] إخبارًا عن عدم النكاح، أو عن كونها مطلقةً بتطليق غيره من الأزواج. ولو تزوّجها أوّل من أمس[٩] وقع الساعة؛ لأنه ما أسنده إلى حالةٍ منافيةٍ[١٠]، ولا يمكن تصحيحه إخبارا[١١] أيضًا، فكان إنشاءً، والإنشاء فى الماضى إنشاء فى الحال، فيقع

---

(١) قوله: "بخلاف قوله: غدا الخ" [جواب عن قوله: فصار بمنزلة قوله: غدًا] والفقه فيه أن قوله: غداً ظرف ضرورة؛ لأن الظرفية تثبت فيه، لا بلفظ يدل عليها، وفى قوله: فى غد بلفظ يدل عليها، وما يثبت بلفظ يدل عليها يحتمل النية، لا ما يثبت بدونه، كذا فى الشرح. وفيه أنه يقتضى أن لا يصح نية آخر النهار فى قوله: غداً فيما بينه وبين الله تعالى أيضًا؛ لأن ما يثبت بدون اللفظ لا يحتمل النية، ألا يرى أنه لا يصح نية التخصيص فى المقتضى، لا ديانةً ولا قضاءً؛ لأنه ليس بلفظ. (إله داد)

(٢) أى نظير الغد.

(٣) فإنه يقتضى الاستيعاب.

(٤) أى فى الغد.

(٥) فإنه لا يقتضى الاستيعاب.

(٦) الواو حالية.

(٧) قوله: "إلى حالة معهودة إلخ" قد يشكل بأن المذكور ههنا إنما هو أمس، والأمسية لا تنافى مالكية الطلاق، إنما المنافى لها كونه قبل التزوج، وأنه غير مذكور. (إله داد)

(٨) قوله: "ولأنه يمكن تصحيحه إخبارا إلخ" وهذا خبر بصيغته، وإنما جعل إنشاءً لتعذر جعله خبرًا، فإذا أمكن تحقيقه إخباراً لا يجعل إنشاءً، كذا فى "الكافى". (حاشية ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٩) وقال: أنت طالق أمسِ.

(١٠) لمالكية الطلاق.

(١١) قوله: "ولا يمكن تصحيحه إخبارًا" أى لا فى حق نفسه، ولا فى حق غيره. (إله داد)

الساعةَ. ولو قال: أنتِ طالق قبل أن أتزوجكِ لم يقع شيء؛ لأنه أسنده إلى حالة منافية[١]، فصار كما إذا قال: طلقتكِ وأنا صبيّ أو نائم، أو يصح إخبارا[٢] على ما ذكرنا[٣]. ولو قال: أنت طالق ما لم أطلقكِ، أو متى لم أطلقكِ، أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقتْ؛ لأنه أضاف الطلاق إلى زمانٍ خالٍ عن التطليق، وقد وجد حيث سكت، وهذا لأن كلمة "متى" و "متى ما" صريحٌ في الوقت؛ لأنهما من ظروف الزمان، وكذا كلمة "ما" للوقت، قال الله تعالى: ﴿ما دُمتُ حيّا﴾[٤] أى وقت الحياة.

ولو قال: أنتِ طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت؛ لأن العدم[٥] لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة[٦]، وهو الشرط، كما في قوله: إن لم آتِ البصرة[٧]، وموتُها بمنزلة موته[٨]، هو الصحيح. ولو قال: أنتِ طالق إذا لم أطلقك، أو إذا ما لم أطلقكِ، لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة.

---

(١) لمالكية الطلاق.

(٢) قوله: "أو يصح إخبارًا [عن عدم النكاح، أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره] إلخ" فإن قلت: متى أمكن التصحيح وجب أن لا يلغى، فيتعين الوجه الثانى، وهو التصحيح أحيانًا. قلت: قولنا: أنت طالق إنشاء عرفًا إخبار صيغة، فالإلغاء بالنظر إلى كونه إنشاء، والتصحيح بالنظر إلى كونه إخبارا. (إله داد)

(٣) آنفًا.

(٤) قوله: "ما دمت حيًا" قال الله تعالى حكاية عن عيسى: ﴿وأوصانى بالصلاة والزكاة ما دمت حيًا﴾ أى مدة دوامى حيًا. (ب)

(٥) أى عدم الطلاق.

(٦) قوله: "إلا باليأس عن الحياة" وهو فى زمان لا يسع فيه تمام أنت طالق. (عبد)

(٧) فأنت طالق.

(٨) قوله: "وموتها بمنزلة موته" أى يقع الطلاق قبل موتها أيضًا هو الصحيح؛ احتراز عن رواية "النوادر"، فإنه قال فى "النوادر": لا يقع الطلاق بموتها؛ لأن الزوج قادر على الإيقاع، كما إذا قال: إن لم أدخل الدار فأنت طالق، يقع الطلاق بموته ولم يقع بموتها؛ لأن بعد موتها يمكن دخول الدار، فلا يتحقق اليأس، فلا يقع. (نهاية)

وقالا: تطلق حين سكت؛ لأن كلمة "إذا" للوقت، قال الله تعالى: ﴿إذا الشمس كُوِّرَت﴾[١]، وقال قائلهم[٢]: شِعر:

وإذا تكون[٣] كريهةٌ أُدعى لها ... وإذا يُحاس الحيس[٤] يدعى جُنْدَب[٥]

فصار بمنزلة "متى" و"متى ما"، ولهذا[٦] لو قال لامرأته: أنتِ طالق إذا شئتِ، لا يخرج الأمر من يدها[٧] بالقيام من المجلس، كما في قوله: متى شئتِ[٨]، ولأبي حنيفة أنه[٩] يستعمل في الشرط[١٠] أيضًا، قال قائلهم[١١]: شعر:

واستغن[١٢] ما أغناك[١٣] ربك بالغنى ... وإذا تصبك خصاصةٌ[١٤] فتجمل[١٥]

---

(١) قوله: "إذا الشمس كورت" التكوير: درهم پيچيدن، ويراد به حالة منه، وهو ذهاب ضوءها بقرينة ما بعدها يعني قوله: ﴿وإذا النجوم انكدرت﴾. (عبد)

(٢) قوله: "وقال قائلهم" أضاف القائل إلى ضمير العرب؛ ليصير شاهدًا. (عبد)

(٣) قوله: "وإذا تكون [أي إذا وجدت مكروهة هي الحرب. عبد]" لم يبين المصنف قائله، وقال الكاكي: قائله عنترة العبسي، وليس بصحيح، وعزاه سيبويه إلى رجل من مدحج، وقال أبو رياش: قائله همام بن مرة أخو جناس بن مرة قاتل كليب. وزعم ابن الأعرابي أنه لرجل من بني عبد مناف قبل الإسلام بخمس مائة عام، وتحقيق هذا البيت مع بيان لغاته وإعرابه ذكرته في الكتاب الذي صنفته وسميته بـ"المقاصد النحوية في شرح شواهد شرح الألفية". (نهاية)

(٤) في "الصراح": حيس در آميختن وطعامى از خرما وروغن وماست، وساختن آن طعام. (قمر الأقمار)

(٥) اسم شخص.

(٦) أي لكون إذا ظرفًا.

(٧) قوله: "لا يخرج الأمر من يدها إلخ" ولو كان بمعنى إن يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس، كما في إن. (عناية)

(٨) فإنه لا يخرج الأمر من يدها بالقيام من المجلس.

(٩) إذا.

(١٠) بطريق الاشتراك. (نهاية)

(١١) هو عبد قيس بن خفاف، يوصي ابنه.

(١٢) قوله: "واستغن" الاستغناء من الغنى بالقصر توانگرى ودستگاه، ما أغناك أي مدة ما أغناك ربك،

فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال[١]، وإن أريد به الوقت تطلق[٢]، فلا تُطلق بالشكِ والاحتمالِ[٣]، بخلاف مسألة المشية؛ لأنه على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمرُ من يدها[٤]، وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج[٥]، والأمرُ صار في يدها، فلا يخرج بالشك والاحتمال، وهذا الخلاف[٦] فيما إذا لم تكن له نية، أما إذا نوى الوقت يقع في الحال، ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر؛ لأن اللفظ يحتملهما.

ولو قال: أنتِ طالق ما لم أطلقكِ أنت طالق، فهي طالق[٧] بهذه التطليقة معناه قال: ذلك موصولا به[٨]، والقياسُ أن يقع[٩] المضافُ[١٠]،

بالغنى متعلق بقوله: أغناك و الإصابة رسيدن، والخصاصة بالفتح درويشي.

وقوله: فتجمل إما بالجيم كما اختاره صاحب "التلويح"، فالمعنى أظهر الغنى من نفسك بالتزين والتكلف الجميل؛ كي لا يقف على أحوالك الناس، أوكل الجميل، وهو الشحم المذاب تعففا، كذا قال على القارئ، وإما بالحاء المهملة فهو من التحمل أي احتمال المشقة، كذا في "الصراح". (قمر الأقمار لنور الأنوار)

(١٣) أي وقت إغنائك.

(١٤) الفقر.

(١٥) أي اصبر صبراً جميلا.(عبد)

(١) كما في إن.

(٢) كما في متى.

(٣) قوله: "فلا تطلق بالشك والاحتمال" لأن الطلاق غير واقع، وما هو غير واقع لا يقع بالشك؛ لأن الثابت باليقين لا يرتفع بالشك، بخلاف مسألة المشية، فإن أمرها فوض إليها، فثبت التفويض قطعا، فبالشك لا يزول. (عبد الغفور)

(٤) قوله: "لا يخرج الأمر من يدها [كما في متى]" بالقيام عن المجلس؛ لأنه حينئذٍ يكون تمليكًا موقتًا، وهو لا يبطل بالقيام، وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج بالقيام عن المجلس؛ لأنه حينئذٍ يكون تمليكًا مطلقًا عن الوقت، والمطلق يتقيد بالمجلس، والأمر صار بيدها، فلا يخرج بالشك. (ملا إله داد رحمه الله تعالى)

(٥) الأمر من يدها، كما في إن.

(٦) بين الإمام وصاحبيه.

(٧) استحسانًا.

(٨) قوله: "موصولا به" لأنه إذا قال ذلك مفصولا وقتا قياسًا واستحسانًا؛ لأنه وجد الزمان الخالي عن

فيقعان[١] إن كانت مدخولا بها، وهو قول زفر؛ لأنه وجد زمانٌ لم يطلّقها فيه وإن[٢] قل، وهو زمانُ قوله: "أنتِ طالق" قبل أن يفرغ منها.

وجه الاستحسان أن زمان البر[٣] مستثنى عن اليمين بدلالة الحال؛ لأن البر هو المقصود[٤]، ولا يمكنه تحقُّق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى، وأصلُه مَنْ حلف لا يَسكن هذه الدار، فاشتغل بالنُّقْلة[٥] من ساعته، وأخواتُه[٦] على ما يأتيك فى الأيمان إن شاء الله تعالى.

ومَن قال لامرأةٍ: يوم أتزوجك فأنتِ طالق، فتزوجها ليلا طلقت؛ لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار، فيحمل عليه إذا قرن بفعل يمتد[٧] كالصوم[٨]، والأمر باليد[٩]؛ لأنه يراد به المعيار[١٠]، وهذا أليق به، ويذكر

التطليق. (عناية)

(٩) إلى الزمان.

(١٠) أى أيضًا. (نهاية)

(١) أى الأول والثانى.

(٢) الواو وصلية.

(٣) وهو زمان قوله: أنت طالق، كأنه حلف بقوله: والله أطلقك.

(٤) من اليمين.

(٥) فزمان النقلة مستثنى.

(٦) قوله: "وأخواته" وهى نحو قوله: لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها، فنزعه فى الحال ونزل منها لا يحنث، وإن كان اللبس القليل والركوب القليل يوجد وقت اشتغاله بالنزع. (نهاية)

(٧) قوله: "إذا قرن بفعل [المراد منه الفعل اللغوى. إله داد] يمتد إلخ" الحاصل أن الظرف المنسوب يكون معيارا، فإذا كان الفعل الذى يتعلق به الظرف ممتدا، كان المناسب أنْ يحمل على شىء يصير معيارًا له، وهو النهار فى مبحثنا هذا، وأما إذا لم يكن ممتدا، فلا يصح أن يجعل النهار معيارا له، فيحمل على الوقت المطلق؛ لأنه مجاز متعارف. والتحقيق أن امتداد الفعل وعدمه إنما هو بالنظر إلى متعلق الظرف، لا بالنظر إلى المضاف إليه، والفرق يظهر فيما إذا كان المضاف إليه والمتعلق متفاوتين بحسب الامتداد وعدمه. (عبد)

(٨) نحو: على أن أصوم يوم يقدم فلان.

ويراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى: ﴿ومن يولّهم يومئذ[١] دبره[٢]﴾، والمراد به مطلق الوقت، فيُحمل عليه إذا قُرن بفعلٍ لا يمتد، والطلاقُ من هذا القبيل[٣]، فينتظم الليل والنهار. ولو قال: عنيت به بياضَ النهار خاصة دُيّن[٤] في القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه[٥]، والليل[٦] لا يتناول إلا السواد، والنهار[٧] لا يتناول إلا البياض خاصّة، وهو اللغة[٨].

فصل[٩]

ومَن قال لامرأته[١٠]: أنا منك طالق، فليس بشيء وإن نوى طلاقًا،

ولو قال: أنا منكِ بائن، أو عليك حرام يَنوى الطلاق، فهى طالق.

وقال الشافعي: يقع الطلاق في الوجه الأول أيضًا[١١] إذا نوى؛ لأن

(٩) نحو: أمرك بيدك يوم يقدم فلان.

(١٠) المعيار ما لا يفضل عن المظروف.

(١)قوله: "ومن يولهم يومئذٍ" أخرج ابن أبي حاتم وأبو الشيخ عن سعيد بن جبير في قوله تعالى: ﴿ومن يولهم يومئذٍ دبره﴾، قال: يوم بدر منهزمًا ﴿إلا متحرفًا لقتال﴾ يعنى مستطردًا يريد الكرة على المسلمين ﴿أو متحيزًا إلى فئة﴾ يعنى أو ينحاز إلى أصحابه من هزيمة ﴿فقد باء بغضب﴾ يعنى استوجبوا سخطًا من الله ﴿ومأواه جهنم وبئس المصير﴾، فهذا يوم بدر خاصة، كان شديدًا على المؤمنين ﴿ليقطع دابر الكافرين﴾. (تفسير الدر المنثور للعلامة جلال الدين السيوطى)

(٢) بضمتين پشت. (غث)

(٣) قوله: "والطلاق من هذا القبيل" نبه على أن امر الفعل المقرون هو العامل دون المضاف إليه. (إله داد)

(٤) صدق.

(٥) قوله: "لأنه نوى حقيقة كلامه" إشارة إلى أنه إذا نوى حقيقة الكلام يصدق قضاء. (إله داد)

(٦) نحو: ليل أتزوجك، فأنت طالق.

(٧) نحو: نهار أتزوجك، فأنت طالق.

(٨) قوله: "وهو اللغة" أراد منه معنى يشمل أصل اللغة وعرفها. (عبد)

(٩) قوله: "فصل" لما كان إضافة الطلاق إلى النساء مخالفة لإضافته إلى الرجال، ذكرها في فصل على حدة، وذكر فيه مسائل أخر متنوعة، وإن كان حقيقا أن يذكر في مسائل شتى. (عناية)

(١٠) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (ب)

(١١) أى أنا منك طالق.

ملك النكاح(١) مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبةَ بالوطئ، كما يملك هو المطالبةَ بالتمكين(٢)، وكذا الحلّ مشتركٌ بينهما، والطلاق وضع لإزالتهما(٣)، فيصح(٤) مضافًا إليه، كما يصح مضافًا إليها(٥)، كما في الإبانة والتحريم(٦). ولنا أن الطلاق لإزالة القيد(٧)، وهو(٨) فيها دون الزوج، ألا ترى أنها هى الممنوعةُ(٩) عن التزوّج بزوج آخر والخُروج(١٠)، ولو كان(١١) لإزالة الملك، فهو عليها(١٢)؛ لأنها مملوكة، والزوج مالك، ولهذا سميت(١٣) منكوحةً، بخلاف الإبانة؛ لأنها لإزالة الوصلة(١٤)، وهى(١٥) مشتركة، وبخلاف التحريم؛ لأنه لإزالة الحل، وهو(١٦) مشترك،

---

(١) قوله: "لأن ملك النكاح إلخ" لا يقال: فحينئذٍ ينبغى أن لا يحتاج إلى النية؛ لأنا نقول: هذا وإن كان معناه الحقيقى لكن لا يكفى فى الصريح ذلك بل يجب التبادر، ولا يخفى أن الطالق أشهر في جانب الزوجة. (عبد الغفور)

(٢) على الوطئ.

(٣) أى ملك النكاح والحل.

(٤) الطلاق.

(٥) نحو أنت منى طالق.

(٦) كما فى المتن.

(٧) قوله: "لإزالة القيد" أى لا لإزالة الملك والحل، كما قال الشافعى. (حاشية ملا عبد الغفور)

(٨) القيد.

(٩) قوله: " هى الممنوعة" فيه أن الزوج أيضًا ممنو ع عن شيء، وهو تزو ج الأربعة دونها. (عبد)

(١٠) من البيت بلا إذنه.

(١١) قوله: "ولو كان إلخ" أى لئن سلمنا أنه لإزالة الملك، كما قاله، فنقول: إن الملك واقع على المرأة، وأما حق المطالبة فلا يقتضى إلا أنه مديون، والمديون لا يلزم أن يكون مملوكًا. (عبد)

(١٢) فالطلاق يقع عليها، لا منها.

(١٣) قوله: "ولهذا سميت إلخ" أى لما علم أنها مملوكة علم وجه تسميتها بالمنكوحة، ولأن سبب الملك يوجب إطلاق المفعول، كما أن سبب الملك إذا كان بيعا يطلق المبيع على المملوك، كذا فيما نحن فيه، فإن سبب الملك هو النكاح، فأطلق اسم المفعول على المملوك، والمقصود بيان كمية المملوكية. (عبد)

(١٤) پيوند.

(١٥) الواو وصلية.

فصحت إضافتهما إليهما، ولا تصح إضافة الطلاق إلا إليها[١].

ولو قال[٢]: أنتِ طالق واحدة أو لا، فليس بشيء، قال رضى الله عنه[٣]: هكذا ذكر فى "الجامع الصغير" من غير خلاف، وهذا[٤] قول أبى حنيفة وأبى يوسف آخرًا. وعلى قول محمد وهو قول أبى يوسف: أولا تطلق واحدة رجعية[٥]، ذكر قول محمد[٦] فى كتاب الطلاق[٧] فيما إذا قال لامرأته: أنتِ طالق واحدة أو لا شيء. ولا فرق بين المسألتين[٨]، ولو كان المذكور ههنا[٩] قول الكل، فعن محمد روايتان: له[١٠] أنه أدخل الشك فى الواحدة لدخول كلمة "أو" بينها وبين النفى، فيسقط اعتبار الواحدة، ويبقى قوله: أنتِ طالق، بخلاف قوله: أنتِ طالق أو لا[١١]؛ لأنه أدخل الشك فى أصل الإيقاع، فلا يقع.

---

(١٦) الحل.

(١) قوله: "إلا إليها" إذ لا وجه لإضافته إليه لا حقيقة وهو ظاهر، ولا مجازًا؛ إذ طلاق الرجل من المرأة معنى مستحيل فى نفسه، ليس له لازم يصار إليه عند تعذر الحقيقة. (إله داد)

(٢) هذه مسألة "الجامع الصغير". (ب)

(٣) أى المصنف. (ب)

(٤) أى والحال أن هذا إلخ.

(٥) دليل على أنه عند محمد تطلق واحدة رجعية.

(٦) قوله: "ذكر قول محمد [أى وقوع الطلاق الرجعى واحدًا] إلخ" حاصله أنه قال فى الصورة المذكورة: إنه يقع طلاق رجعى، ولا فرق بين هذه، وما ذكرناه من قولنا فى الوقوع، فإذا كان هذا واقعًا كان ذلك واقعًا بلا شبهة، فقد علم وقوع الطلاق فيما صورناه، فإطلاق الجامع من غير ذكر الخلاف غير صحيح، وتوجيهه إما أن يقال: إن محمدا روى روايتين، أو يقال: إن إطلاقه مقيد. (عبد)

(٧) من المبسوط.

(٨) قوله: "ولا فرق بين المسألتين" يعنى بين قوله: أنت طالق واحدة أولا، وبين قوله: أنت طالق واحدة أو لا شيء في حق التشكيك في الإيقاع، أو في الوضع. (عناية)

(٩) قوله: "ولو كان المذكور ههنا" أى فى "الجامع الصغير" قول الكل، فعن محمد رحمه الله روايتان؛ لأنه لم يذكر الخلاف في وضع "الجامع الصغير" فى أنه لا يقع شيء، فكان عند محمد أيضًا لا يقع شيء. (نهاية)

(١٠) أى لمحمد.

(١١) فإنه لا يقع.

ولهما أن الوصف(١) متى قُرِن بالعدد(٢) كان الوقوع بذكر العدد، ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها: أنتِ طالق ثلاثًا تطلق ثلاثًا، ولو كان الوقوعُ بالوصف للغى ذكر الثلاث، وهذا لأن الواقعَ في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف،(٣) معناه: أنتِ طالق تطليقة واحدة على ما مرَّ(٤)، وإذا كان الواقعُ ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في أصل الإيقاع، فلا يقع شيء. ولو قال: أنتِ طالق مع موتي، أو مع موتك، فليس بشيء؛ لأنه أضاف الطلاق(٥) إلى حالةٍ(٦) منافيةٍ له؛ لأن موتَه ينافي الأهلية(٧)، وموتَها ينافي المحلية(٨)، ولا بد منهما. وإذا ملك الزوج امرأته، أو شقصًا(٩) منها، أو ملكتِ المرأة زوجَها، أو شقصًا منه، وقعت الفرقة؛ للمنافاة بين الملكين(١٠)، أما ملكُها(١١) إياه، فللاجتماع(١٢) بين المالكية

(١) قوله: "أن الوصف [يعني طالق. عبد] متى قرن بالعدد" أي قوله: أنت طالق متى قرن بالواحدة، أو بالثنتين، أو بالثلاث، وإنما أطلق اسم العدد على الواحدة لما أنها أصل العدد يعني أن الوصف متى قرن بالعدد، كان كلاما واحدا في الإيقاع، فحينئذٍ كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الإيقاع، فحينئذٍ يصير نظير قوله: أنت طالق أو لا، وهناك لا يقع شيء بالإجماع، فكذا ههنا. (نهاية)

(٢) قوله: "متى قرن بالعدد إلخ" ولقائل أن يقول: نعم، متى قرن بالعدد، ولكن القران به لم يثبت متى أدخل كلمة الشك عليه، فكان الإيقاع بصيغة الوصف، وهو طالق. (د)

(٣) وهو المصدر. (إله داد)

(٤) قوله: "على ما مر" أراد به قوله: كان الوقوع بذكر العدد. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه أضاف إلخ" لأن كلمة "مع" إذا قرنت بالمصدر تكون بمعنى بعد، كما في أنت طالق مع نكاحك. (إله داد)

(٦) الموت.

(٧) أي أهلية التطليق.

(٨) أي محلية الطلاق.

(٩) (پاره) الشقص بالكسر السهم، قاله ابن دريد. (ب)

(١٠) أي ملك النكاح وملك اليمين.

(١١) أي أما منافاة ملكها إياه لملك النكاح.

(١٢) فيؤدي إلى النزاع. (عبد)

والمملوكية، وأما ملكُه إياها، فلأن ملك النكاح ضروري[١]، ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي. ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء؛ لأن الطلاق يَستدعي[٢] قيام النكاح، ولا بقاء له مع المنافي، لا من وجهٍ[٣]، ولا من كلّ وجه، وكذا إذا ملكَتْه أو شقصًا منه، لا يقع الطلاق؛ لما قلنا من المنافاة. وعن محمد أنه يقع؛ لأن العدة واجبة، بخلاف الفصل الأول[٤]؛ لأنه لا عدة هنالك[٥] حتي حَلَّ وطئُها له[٦]. وإن قال لها وهي[٧] أمةٌ لغيره: أنتِ طالق ثنتين مع عتق مولاكِ إياكِ، فأعتقها ملك الزوجُ الرجعة؛ لأنه علق التطليقَ بالإعتاق أو العتق؛ لأن اللفظ ينتظمهما[٨]، والشرط ما

---

(١) قوله: "ضروري" إذا الأصل أن لا يكون الحرة مملوكة لا كلها ولا بعضها، فهذا الملك يلزمه كونه ضروريا، فإذا ملكها لم يبقَ الملك بصفة الضرورة، وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم. لا يقال: هذا إذا ملك تمامها، أما إذا ملك بعضها، فلا، لأنا نقول: زال الملك الضروري عن البعض، فارتفع بالنسبة إليه ملك النكاح، وإذاارتفع النكاح عن بعض ارتفع عن الكل،فلم يصح الوطئ؛لأنه يلزم الوطئ بغير المنكوحة، وبغير من ملك تمامها.(ع)

(٢) أي إنما يرد على النكاح الباقي.

(٣) كبقاء النكاح لمعتدة الرجعي.

(٤) قوله: "بخلاف الفصل الأول [أي ما ذا اشتراها]" ثم فيما ذكره المصنف من الفرق بين الفصلين في تخريج محمد إشعار بأن خلاف محمد إنما هو في الفصل الثاني دون الأول، وبه يظهر أن ما ذكر في "كنز الدقائق" من الميم التي هي علامة خلاف محمد على قوله: فلو اشتراها وطلقها لم يقع، يحتاج إلى مزيد تأمل.
وكذا الحاشية عند قوله: لم يقع من قوله: وعند محمد أنه يقع إذ لا خلاف لمحمد فيما إذا اشتراها زوجها إنما خلافه فيما إذا اشترته المرأة على ما نص به المصنف، والإمام حافظ الملة والدين في "الكافي".
وأعجب منه ما وقع في "شرح الكنز" لمولانا حاجي الظفر آبادي من قوله: لم يقع أي في ظاهر الرواية، وعند محمد يقع، كذا في "الهداية". (إله داد)

(٥) قوليه: "لا عدة هنالك" أي في حق مولاها الذي كان زوجها أي لا يظهر أثر عدتها في حقه بدليل حل وطئها. وأما العدة فواجبة في نفسها حتي إنه لو أعتقها ليس لها أن تتزوج بآخر قبل انقضاء عدتها، كذا ذكره الإمام المحبوبي. (ن)

(٦) أي للزوج المالك.

(٧) الواو للحال.

(٨) قوله: "لأن اللفظ ينتظمهما" فيه توجهان: أحدهما: أن يجعل العتق بمعنى الإعتاق، أو ما يترتب عليه، وحينئذ لا بد من تقدير أي عتق حصل بإعتاق مولاك إياك، فيكون معنى الانتظام احتمال المعنيين. وثانيهما: أن

يكون معدومًا[١] على خطر الوجود، وللحكم تعلُّق به، والمذكور[٢] بهذه الصفة[٣]، والمعلّقُ به التطليق[٤]؛ لأن فى التعليقات يصير التصرف تطليقًا عند الشرط[٥] عندنا، وإذا كان التطليق معلّقًا بالإعتاقِ أو العِتق، يوجد بعده[٦]، ثم الطلاق يوجد بعد التطليق، فيكون الطلاق متأخرًا عن العتق، فيصادفُها[٧]، وهى[٨] حرة، فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين، يبقى شىء، وهو أن كلمة "مع" للقران. قلنا: قد يذكر للتأخر[٩]، كما فى قوله تعالى: ﴿فإن مع العسر[١٠] يسرًا إن مع العسر يسرًا﴾، فيُحمل عليه[١١] بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط[١٢].

يجعل العتق بمعنى الإعتاق، والمقصود تعليق الحكم إما باعتبار نفس الإعتاق، أو باعتبار لازمه أعنى العتق. (عبد)

(١) قوله: "والشرط ما يكون معدومًا" إلى قوله: للحكم تعلق به، تعريف للشرط. (عبد)

(٢) أى العتق.

(٣) قوله: "والمذكور بهذه الصفة" أي يوجد فيه ما ذكرنا من معنى الشرط. (عبد)

(٤) قوله: "والمعلق به التطليق" وذلك لأن تعليق الحكم يقتضى تعليق سببه، فإذا علق الطلاق بأمر يقتضى تعليق التطليق به، فكان التطليق يتحقق عند تحقق الشرط، بخلاف الشافعى، فإنه يقول: التطليق واقع إلا أن الحكم متأخر. (عبد)

(٥) لا عند التكلم.

(٦) قوله: "يوجد بعده" أي بعد العتق؛ لأن الطلاق متأخر عن التطليق، وهو عن الإعتاق، ولو قلنا: إن العتق في وقت الإعتاق، والتطليق بعده، فيكون الطلاق الذى مع التطليق بعده بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط. (عبد)

(٧) الطلاق.

(٨) الواو حالية.

(٩) بعد.

(١٠) أي بعده. (إله داد)

(١١) بعد.

(١٢) قوله: "بدليل ما ذكرنا من معني الشرط" فيه بحث إذ معنى الشرط إنما يوجد إذا حمل مع على التأخير، ولا ضرورة فيه، اللهم إلا أن يقال: إنه يفهم من هذا الكلام، فيحمل بحسب ضرورة الفهم على التأخير. (عبد الغفور)

ولو قال[(١)] : إذا جاء غدٌ، فأنتِ طالق ثنتين، وقال المولى : إذا جاء غدٌ فأنتِ حرة، فجاء الغد لم تحل له[(٢)] حتى تنكح زوجًا غيره، وعدتُها ثلاث حيض، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: زوجها يملك الرجعة؛ لأن الزوج[(٣)] قَرن الإيقاع[(٤)] بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط[(٥)] الذى علَّق به المولى العتق، وإنما ينعقد المعلّق سببًا عند الشرط، والعتقُ يقارن الإعتاق؛ لأنه علته[(٦)]، أصله[(٧)] الاستطاعة مع الفعل، فيكون التطليق[(٨)] مقارنًا للعتق ضرورةً، فتطلق بعد العتق، فصار كالمسألة الأولى[(٩)]، ولهذا[(١٠)] يقدر عدتها[(١١)] بثلاث حيض.

ولهما أنّه علّق الطلاق بما عَلَّق به المولى العتقَ، ثم العتق يُصادفها وهى[(١٢)] أمة، فكذا الطلاق[(١٣)]، والطلقتان تحرّمان الأمة حرمةً غليظةً،

---

(١) قوله: "ولو قال إلخ" حاصله أنه علق تطليق الأمة وإعتاقها بشيء واحد. (عبد)

(٢) فكأن الطلاق وقع قبل العتق.

(٣) قوله: "لأن الزوج إلخ" قال فى "الكافى": قال محمد رحمه الله: التطليق يقارن الإعتاق؛ لأن كلا معلق بشرط واحد، والمعلق بالشرط الواحد ينعقد سببًا عنده، والعتق يقارن الإعتاق؛ لأنه معلوله، فيكون الطلاق مقارنا للإعتاق، فيكون مقارنا للعتق ضرورة، فيكون واقعا على الحرة، فيملك الرجعة. (حاشية ملا إله داد)

(٤) أى إيقاع الطلاق.

(٥) مجىء الغد.

(٦) العتق.

(٧) قوله: "أصله" أى أصل ما ذكرنا، وقاعدته أن الاستطاعة أى القدرة مع جميع ما يتوقف عليه التأثير يقارن الفعل. (عبد)

(٨) قوله: "فيكون إلخ" لأن التطليق مقارن للإعتاق على ما ذكرنا، والإعتاق مقارن للعتق؛ لما ذكرنا أنه علة لا يتأخر عنها المعلول، فالتطليق يقارن العتق. (عناية)

(٩) أى ما إذا قال: أنت طالق مع عتق مولاك إياك.

(١٠) أى لكون الطلاق بعد العتق.

(١١) اتفاقًا.

(١٢) والواو للحال.

بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه علّق التطليقَ بإعتاق المولى، فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه، وبخلاف العدة؛ لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط، وكذا الحرمة الغليظة[1] يؤخذ فيها بالاحتياط، ولا وجه إلى ما قال[2]؛ لأن العتقَ لو كان يقارن الإعتاق؛ لأنه علتُه، فالطلاق يقارن التطليق؛ لأنه علته فيقترنان[3].

فصل[4] في تشبيه الطلاقِ ووصفِه

ومَن قال لامرأته: أنتِ طالق هكذا، يشير بالإبهام، والسّبابة، والوسطى، فهي ثلاث؛ لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم[5]، قال عليه السّلام[6]: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا»* الحديث. وإن أشار بواحدة، فهي واحدة، وإن أشار بالثنتين، فهي ثنتان؛ لما قلنا[7]، والإشارة تقع بالمنشورة[8]

(١٣) يصادفها، وهي أمة.

(١) ولذا حرمت حرمة غليظة بالاثنين.

(٢) محمد.

(٣) أي الطلاق والعتق. (عبد)

(٤) قوله: "فصل إلخ" ذكر فصل وصف الطلاق بعد ذكر أصل الطلاق وتنويعه؛ لما أن الوصف تابع، فيتبع موصوفه. (نهاية)

(٥) يعني هكذا. (ف)

(٦) قوله: "الشهر هكذا إلخ" أخرجاه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «إنا أمة أمية لا نكتب ولانحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الإبهام في الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلاثين» انتهى، وأخرجاه عن موسى بن طلحة عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا عشراً وعشراً وتسعاً» انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٠ ص٧١. (نعيم)

(٧) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد. (عناية)

(٨) أي يعتبر في عدد الطلاق الأصابع المنشورة.

منها، وقيل[1] : إذا أشار بظهورها[2]، فبالمضمومة منها[3]، وإذا كان تقع الإشارة بالمنشورة منها، فلو نوى الإشارةَ بالمضمومتين يصدّق ديانةً لا قضاءً، وكذا[4] إذا نوى الإشارة بالكف حتى يقع في الأولى[5] ثنتان ديانةً. وفي الثانية[6] واحدة[7]؛ لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر[8]، ولو لم يقل: هكذا، يقع واحدة؛ لأنه لم تقترن بالعدد المبهم، فبقي الاعتبار لقوله: أنتِ طالق. وإذا وصف الطلاق بضربٍ من الزيادة والشدة كان بائنًا، مثل أن يقول: أنت طالقٌ بائنٌ أو البتة. وقال الشافعي: يقع رجعيًا إذا كان بعد الدخول؛ لأن الطلاق[9] شرع معقبًا للرجعة، فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو، كما إذا قال: أنت طالق على أن لا رجعة لي عليكِ[10]. ولنا[11] أنه وصفه بما يحتمله لفظُه، ألا ترى أن البينونةَ قبل الدخول وبعد العدة تحصل به[12]، فيكون هذا الوصف لتعيين أحد

(١) قوله: "وقيل: إذا أشار إلخ" يعني أنه لا فرق بين الإشارة بالأصابع التي اعتاد الناس الإشارة بها، وبين الأصابع الأخر، كذا في "الفوائد الظهيرية".

وقيل: إذا أشار [بأن جعل ظهرها إلى المرأة. ف] بظهورها فبالمضمومة منها، يعني هذا إذا جعل باطن الكف إليها، فأما إذا جعل ظهر الكف إليها، وبطون الأصابع إلى نفسه، فبالمضمومة منها. (نهاية)

(٢) قوله: "إذا أشار إلخ" فإن أشار ببطونها بأن يجعل باطن الكف إليها تعتبر عدد الأصابع المنشورة، وإن أشار بظهورها بأن يجعل باطن الكف إلى نفسه تعتبر المضمومة. (مجمع الأنهر)

(٣) لمكان العادة.

(٤) أي يصدق ديانة.

(٥) أي إذا نوى الإشارة بالمضمومتين حال النشر.

(٦) أي إذا نوى الإشارة بالكف حال النشر.

(٧) قوله: "واحدة" لكن القاضي يعتبر الإشارة بالأصابع دون الكف. (حاشية ملا إله داد)

(٨) ولذا لا يصدق قضاء.

(٩) أي صريح الطلاق.

(١٠) فيقع رجعية.

(١١) قوله: "ولنا أنه وصفه" أي وصف الطلاق بالبينونة بقوله: أنت طالق بائن، والطلاق يحتمل البينونة، ألا ترى إلخ. (نهاية)

(١٢) قوله: "تحصل به" أي بالتطليق؛ لأنه لا تأثير للأجل في ثبوت البينونة، والفقه أن الطلاق في الأصل

المحتملين(١)، ومسألة الرجعة(٢) ممنوعةٌ، فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث؛ لما مر من قبل(٣)، ولو عنى بقوله: أنتِ طالق واحدة، وبقوله: بائن أو البتة أخرى يقع تطليقتان بائنتان(٤)؛ لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع.

وكذا(٥) إذا قال: أنتِ طالق أفحش الطلاق؛ لأنه إنما يوصف بهذا الوصف(٦) باعتبار أثره، وهو(٧) البينونة في الحال، فصار كقوله: بائن، وكذا إذا قال: أخبث الطلاق، أو أسوأه؛ لما ذكرنا(٨).

وكذا إذا قال: طلاق الشيطان، أو طلاق البدعة؛ لأن الرجعي هو السنة، فيكون البدعةُ وطلاقُ الشيطان بائنًا(٩).

يوجب البينونة في الحال؛ لأنه شرع لرفع قيد النكاح وقطعه، والأصل أن السبب إذا انعقد يتعجل حكمه إلا أن النص رد بالتأجيل إلى انقضاء العدة في صريح الطلاق، إذا لم يتصف بالبائن، فبقي ما عداه على ما اقتضاه القياس. (حاشية ملا إله داد الجونفوري رحمه الله تعالى)

(١) البائن والرجعي.

(٢) أي إذا قال: أنت طالق على أن لا رجعة لي عليك.

(٣) قوله: "لما مر من قبل" وهو أن نية الثلاث إنما صحت لكونه جنسًا إلى آخر ما ذكر في أول باب إيقاع الطلاق، كذا ذكر في الشرح. (ملا إله داد)

(٤) قوله: "يقع تطليقتان بائنتان" على أن التركيب خبر بعد خبر؛ لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع بأن يقول: أنت بائن، أو أنت البتة، ونوى به الطلاق يقع، وههنا طالق قرينة، فاستغنى به عن النية، فلم يحتج إليها كما يحتاج إلى النية لو أفرد، ثم بينونة الأولى ضرورة بينونة الثانية؛ إذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها، وذلك منتفٍ باتصال البائنة الثانية، فلا فائدة في وصفها بالرجعية، وكل كناية قرنت به طالق يجري فيها ذلك، فيقع ثنتان بائنتان. (فتح القدير)

(٥) أي يقع بائنة.

(٦) الأفحش.

(٧) الأثر.

(٨) من أنه إنما يوصف إلخ.

(٩) قوله: "بائنًا" هذا على رواية الأصل المستقيم؛ لأن البائن ليس بسني على رواية أما على رواية "الزيادات" من أن البائنة الواحدة لا يكره، فينبغي أن لا يتعين البائن بقوله: طلاق الشيطان أو البدعة. (ملا إله داد)

وعن أبي يوسف في قوله: أنتِ طالق للبدعة أنه لا يكون بائنًا إلا بالنية؛ لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع[١] في حالة حيضٍ، فلا بد من النية. وعن محمد أنه إذ قال: أنتِ طالق للبدعة، أو طلاق الشيطان يكون رجعيًا؛ لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض، فلا يثبت البينونة بالشك. وكذا إذا قال: كالجبل؛ لأن التشبيه به[٢] يوجب زيادةً لا محالة، وذلك بإثبات زيادة الوصف، وكذا إذا قال: مثل الجبل؛ لما قلنا[٣]. وقال أبو يوسف: يكون رجعيًا؛ لأن الجبلَ شيء واحد، فكان تشبيهًا به[٤] في توحُّده. ولو قال لها: أنتِ طالق أشد الطلاق، أو كألف، أو مِلءَ البيت: فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثًا، أما الأول: فلأنه وصفه بالشدة، وهو[٥] البائن؛ لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض، أما الرجعي فيحتمله[٦]، وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر[٧]. وأما الثاني: فلأنه قد يراد بهذا التشبيهُ في القوة تارةً، وفي العدد أخرى يقال: هو ألف رجل، ويراد به القوة. فيصح نية الأمرين[٨]، وعند فقدانها يثبت أقلّهما[٩].

وعن محمد: أنه يقع الثلاث عند عدم النية؛ لأنه[١٠] عدد، فيراد به

(١) وإن كان رجعيًا.

(٢) أي بالجبل.

(٣) من أنه يوجب زيادة.

(٤) أي بالجبل.

(٥) الشديد.

(٦) قوله: "أما الرجعي فيحتمله" أي الانتقاض بالرجعة، ومنع موجبه من الثبوت. (حاشية ملا إله داد)

(٧) والثلاث واحد حكمي، والمصدر لفظ فرد.

(٨) أي القوة والعدد.

(٩) أي القوة.

(١٠) أي لأن الألف.

التشبيه فى العدد ظاهرًا، فصار كما إذا قال[١]: أنتِ طالقٌ كعدد ألفٍ.

وأما الثالث: فلأن الشيء قد يملأ البيتَ لعظمة[٢] فى نفسه، وقد يملأ لكثرته، فأيّ ذلك نوى صحت نيته، وعند انعدام النية ثبت الأقل[٣].

ثم الأصل[٤] عند أبى حنيفة أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنًا أيّ شيء كان المشبَّه به[٥]، ذكر العظم أو لم يذكر؛ لما مر أن التشبيه يقتضى زيادةَ وصف. وعند أبى يوسف إن ذكر العظم يكون بائنًا وإلا فلا، أيّ شيء كان المشبه به؛ لأن التشبيه قد يكون فى التوحد على التجريد[٦]، أما ذكرُ العظم فللزيادة لا محالة. وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنًا، وإلا فهو رجعى، وقيل: محمد مع أبى حنيفة، وقيل: مع أبى يوسف، وبيانُه فى قوله: مثلَ رأس الإبرة[٧] مثل عظم رأس الإبرة، ومثلَ الجبل مثل عظم الجبل.

ولو قال: أنتِ طالق تطليقة شديدة، أو عريضة، أو طويلة، فهى واحدة بائنة؛ لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه[٨]، وهو البائن، وما

(١) فيقع ثلاثا.

(٢) وفى نسخة: لعظمته.

(٣) أى الواحد البائن.

(٤) أى الأمر الكلى.

(٥) قوله: "أى شيء كان المشبه به" احتراز عن قول زفر، فإن لوقوع البينونة عنده يشترط أن يكون المشبه به عظيما فى نفسه، وإلا فهو رجعى. وفى قوله: ذكر العظم أو لم يذكر، احتراز عن قول أبى يوسف، فإنه يشترط للبينونة عنده ذكر العظم لا غير على رواية هذا الكتاب. (ن)

(٦) من العظمة.

(٧) قوله: "مثل رأس الإبرة" فيقع البائن عند أبى حنيفة رضى الله عنه خاصة على تقدير أن يكون محمد مع أبى يوسف، مثل عظم رأس الإبرة يكون بائنًا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، مثل الجبل يكون بائنًا عند أبى حنيفة وزفر، مثل عظم الجبل يكون بائنًا بالإجماع المركب، فعند أبى حنيفة لوجود التشبيه، وعند أبى يوسف لوجود ذكر العظم، وعند زفر لكون الجبل عظيما عند الناس. (نهاية)

(٨) الزوج.

يصعب تداركه يقال[١] : لهذا الأمر طولٌ، وعرضٌ.

وعن أبي يوسف : أنه يقع بها رجعية؛ لأن هذا الوصفَ لا يليق به[٢] فيلغو، ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته[٣]؛ لتنوع البينونة[٤] على ما مر[٥]، والواقع بها[٦] بائن.

فصل في الطلاق قبل الدخول[٧]

وإذا طَلَق الرجل امرأتَه[٨] ثلاثًا قبل الدخول بها، وَقَعْنَ عليها؛ لأن الواقع[٩] مصدر محذوف[١٠]؛ لأن معناه طلاقًا ثلاثًا على ما بيناه، فلم يكن قوله: "أنتِ طالق" إيقاعًا على حدة، فيقعن جملة.

فإن فرّق الطلاق[١١] بانت بالأولى، ولم تقع الثانية والثالثة، وذلك

(١) فهو كالبائن أيضًا. (ب)

(٢) أي بالطلاق.

(٣) قوله: "ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته إلخ" أراد بالفصول ما ذكره من قول: طالق بائن، أو البتة، أو أفحش الطلاق، أو أخبثه، أو أسوأه، أو طلاق الشيطان، أو البدعة، أو أشده، أو كألف، وملء البيت، ومثل رأس إبرة، ومثل الجبل، وطالق تطليقة شديدة، أو عريضة، أو طويلة؛ لأنها كلها بوائن، والبينونة تتنوع إلى خفيفة وغليظة. (فتح القدير)

(٤) إلى الغليظة والخفيفة.

(٥) قوله: "ما مر" أشار به إلى قوله قبل صفحة: ويقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية، أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث. (ب)

(٦) أي بهذه الألفاظ.

(٧) قوله: "فصل في إلخ" لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الأصل؛ لأن حصول غرض الشيء بعد وجوده، وقبله بالعوارض، فقدم ما بالأصل على ما بالعوارض. (ف)

(٨) من غير تفريق. (عبد)

(٩) قوله: "لأن الواقع إلخ" وذلك لأن العدد إذ قرن بالكلام كان هو المقصود بالتكلم، فلا يعتبر اللفظ كلامًا قبل التكلم به. (إله داد)

(١٠) قوله: "مصدر محذوف" أي المصدر الذي يستدعيه ذكر الثلاث، إنما ذكر هذا ردا لقول من يقول: إن قوله: أنت طالق عامل بنفسه فيقع، والمرأة غير مدخولة فيلغو ذكر الثلاث؛ لأنها بانت لا إلى عدة، فقال: لا، بل الواقع ذكر العدد إذا كان العدد مقرونًا بقوله: أنت طالق. (نهاية)

(١١) لغير المدخول بها.

مثل أن يقول: أنتِ طالق طالق طالق؛ لأن كل واحد إيقاعٌ على حدةٍ[١]؛ إذ لم يذكر في آخر كلامه ما يُغيّر صدره[٢] حتى يتوقف عليه، فتقع الأولى في الحال، فتصادفها الثانية وهي[٣] مُبانة، وكذا إذا قال لها[٤]: أنت طالق واحدة وواحدة، وقعت واحدةٌ؛ لما ذكرنا[٥] أنها بانت بالأولى.

ولو قال لها[٦]: أنتِ طالق واحدة، فماتت قبل قوله: واحدة، كان باطلا[٧]؛ لأنه قرن الوصفَ[٨] بالعدد، فكان الواقع هو العدد، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحلّ قبل الإيقاع فبطل. وكذا إذا قال[٩]: أنت طالق ثنتين، أو ثلاثًا؛ لما بينا، وهذه تجانس[١٠] ما قبلَها من حيث المعنى، ولو قال[١١]: أنت طالق واحدة قبل واحدةٍ، أو بعدها واحدة، وقعت واحدة،

(١) قوله: "إيقاع على حدة" وذلك لأن الأولى حمل الكلام على التأسيس دون التأكيد. (ملا عبد الغفور)

(٢) كالعدد والشرط.

(٣) الواو حالية.

(٤) لغير المدخول بها.

(٥) آنفا.

(٦) أي للمرأة مدخولة كانت أو غير مدخولة.

(٧) قوله: "كان باطلا" أي لا يقع شيء، بخلاف ما إذا مات الرجل بعد قوله: أنت طالق قبل قوله ثلاثا فهي طالق واحد؛ لأن الزوج وصل لفظ الطلاق بذكر العدد فيما إذا ماتت المرأة، فكان العامل هو العدد، وذكر العدد حصل بعد موتها، فإذا مات الرجل، فلفظ الطلاق ههنا لم يتصل بذكر العدد، فبقي قوله: أنت طالق، وهو عامل بنفسه فيقع. (نهاية)

(٨) قوله: "لأنه قرن الوصف إلخ" [طالق] لا يقال: أنت طالق مستقل في تطليقة واحدة، فيجب أن يقع و حدة؛ لأنا نقول: أنت طالق إنما يفيد ذلك إذا لم يبين، فأما إذا بين بقوله: طلاقًا واحدًا، فإنما يقع بالبيان، لا بالمبين. لا يقال: إن قوله: واحدة ليس معتبرًا، وإنما يعتبر أحكام الكلام إذا كانا معتبرًا؛ لأنا نقول: لا نسلم الحصر. (عبد)

(٩) فماتت قبل قوله: ثنتين أو ثلاثا فيبطل.

(١٠) قوله: "وهذه تجانس" أي هذه المسائل الثلاث، وهي قوله: أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله: واحدة، وكذا لو ماتت قبل قوله: ثنتين، أو ماتت قبل قوله: ثلاثًا توافي ما قبلها، وهو قوله: وإذا طلق امرأته ثلاثًا قبل الدخول بها من حيث الدليل، وهو أن الواقع فيهما جميعًا ذكر العدد، لا ذكر الوصف وحده، إلا أن الحكم اختلف بينهما؛ لما أن ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل صادف المرأة وهي ميتة، فلم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه، بل بالعدد، وفيما قبل صادف المرأة العدد، وهي منكوحة، فوقع الثلاث لكون الواقع هو العدد، فكان الاعتبار في الصورتين للعدد، لا للوصف. (نهاية)

(١١) لغير المدخول بها.

والأصل أنه متى ذكر شيئين، وأدخل بينهما حرف الظرف[١] إن قرنها بهاء الكناية، كان صفة للمذكور آخرًا كقوله: جاءنى زيدٌ قبله عمرٌو، وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولا كقوله: جاءنى زيدٌ قبل عمرٍو، وإيقاعُ الطلاق فى الماضى[٢] إيقاع فى الحال؛ لأن الإسناد[٣] ليس فى وسعه، فالقبليةُ فى قوله: "أنتِ طالق واحدة قبل واحدة" صفة للأولى، فتبين بالأولى، فلا تقع الثانية[٤]، والبعديةُ فى قوله: "بعدها واحدة" صفة للأخيرة، فحصلت الإبانة بالأولى.

ولو قال: أنتِ طالق واحدةٌ قبلها واحدةٌ تقع ثنتان؛ لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية، فاقتضى إيقاعَها فى الماضى، وإيقاع الأولى فى الحال، غير أن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال أيضًا، فتقترنان[٥] فتقعان. وكذا إذا قال: أنتِ طالق واحدة بعد واحدة تقع ثنتان؛ لأن البعدية صفة للأولى، فاقتضى إيقاعَ الواحدة[٦] فى الحال، وإيقاعَ الأخرى[٧] قبل هذه، فتقترنان. ولو قال: أنتِ طالق واحدة مع واحدة، أو معها واحدة تقع ثنتان؛ لأن كلمة مع للقِران. وعن أبى يوسف فى قوله: "معها واحدةٌ" تقع واحدة؛ لأن الكناية تقتضى سَبَق المكنى عنه[٨] لا محالة.

---

(١) أى كلمة الظرف. (عبد)

(٢) قوله: "وإيقاع الطلاق فى إلخ" حاصله أنه أوقع الطلاق فى الماضى، وليس ذلك فى وسعه، فأثبتنا لازمه، وهو وقوع الطلاق فى الحال؛ لئلا يلغو كلامه. (عبد الغفور)

(٣) إلى الماضى.

(٤) لعدم بقاء المحل، فإنها غير مدخولة.

(٥) الأولى والثانية.

(٦) الأولى.

(٧) الواحدة الثانية.

(٨) قوله: "تقتضى سبق المكنى عنه [المرجع]" قلنا: نعم، لكن فى الذكر لا فى الوجود. (ملا إله داد)

وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها[١]؛ لقيام المحلية[٢] بعد وقوع الأولى. ولو قال لها[٣]: إن دخلت الدار فأنتِ طالق واحدة وواحدة فدخلت، وقعت عليها واحدة عند أبى حنيفة.

وقالا: تقع ثنتان، ولو قال لها: أنتِ طالق واحدة وواحدة إن دخلتِ الدار، فدخلت طلقت ثنتين بالإجماع. لهما أن حرفَ الواو[٤] للجمع المطلق[٥]، فتعلقن[٦] جملة[٧]، كما إذا نصّ على الثنتين[٨]، أو أخر الشرط[٩]. وله أن الجمع المطلق يحتمل القِران والترتيب، فعلى اعتبار الأول تقع ثنتان، وعلى اعتبار الثانى لا تقع إلا واحدة، كما إذا نجز[١٠] بهذه اللفظة[١١]، فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك، بخلاف ما إذا أخر الشرط؛ لأنه مغيِّرٌ صدرَ الكلام، فيتوقف الأول[١٢] عليه، فيقعن جملة،

(١) قوله: "فى الوجوه كلها" أى فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها. (عناية)

(٢) لوجود العدة.

(٣) أى لغير المدخولة.

(٤) قوله: "لهما [فى الخلافية] أن حرف إلخ" يعنى أن الواو للجمع المطلق، وقد دخلت بين الأجزية، فيجمع بينها، فيقعن جملة، ونزلن جملة، كما إذا قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق ثلاثا؛ لأن الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع، كما لو أخر الشرط، فإن تأخيره لا يغير موجب الكلام. (عناية)

(٥) قوله: "للجمع المطلق" أى من غير تعرض للترتيب والقران، فيثبت ما هو موجب كلامه، فتعلقن جملة. (إله داد)

(٦) الطلقات.

(٧) على الشرط، فيقعن بعد وجود الشرط.

(٨) وفى نسخة: الثلاث.

(٩) كما فى المسألة الإجماعية.

(١٠) قوله: "كما إذا نجز [فتقع واحدة على ما مر. نهاية] إلخ" المعلق كالمنجز عند وجود الشرط، فكما وقع معلقًا وقع منجزًا، ففى صورة تقديم الشرط تعلق الثانى بواسطة الأول، فنزل عند وجود الشرط كذلك، بخلاف صورة تأخير الشرط، فإن المجموع المقدم معلق بالشرط ابتداء. (عبد)

(١١) أى أنت طالق واحدة وواحدة.

(١٢) أى أول الكلام. (ب)

ولا مغيّر فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف، ولو عطف بحرف الفاء، فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي[١]، وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق؛ لأن الفاء للتعقيب، وهو الأصح[٢].

وأما الضرب الثاني[٣] -وهو الكنايات[٤]- لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال؛ لأنها غير موضوعة[٥] للطلاق، بل تحتمله وغيرَه، فلا بد من التعيين[٦]، أو دلالتِه[٧].

قال[٨]: وهي على ضربين، منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي، ولا تقع بها[٩] إلا واحدة، وهي قوله: اعتدّي، واستبرئي رحمكِ، وأنتِ واحدة. أما الأولى[١٠]: فلأنها تحتمل الاعتداد[١١] عن النكاح، وتحتمل اعتدادَ نعم الله تعالى، فإن نوى الأوّل تعيّن بنيّته، فيقتضي

---

(١) قوله: "فيما ذكر الكرخي" فإنه جعل العطف بالواو والفاء سواء، فإن حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا، كما في صورة الواو سواء قدم الشرط أو أخر عندهما، خلافًا له. (عناية)

(٢) قوله: "وهو الأصح" لأن الفاء تدل على ترتيب الحكم. (عبد)

(٣) قوله: "وأما الضرب الثاني إلخ" ذكر في أول إيقاع الطلاق، الطلاق على ضربين: صريح وكناية، وفرغ من بيان أنواع الصريح، ثم شرع ههنا في بيان أنواع الكناية، وإنما قدم ذكر الصريح؛ لما أن الأصل في الكلام هو الصريح؛ إذ الكلام وضع للإفهام، والإفهام الكامل في الصريح.
وأما الكناية: ففيها ضرب قصور حتى ذهب أثره فيما يدرأ بالشبهات من الحدود. (نهاية)

(٤) قوله: "وهو الكنايات" الكناية: ما استتر المراد به، وحكمها: أن لا يجب العمل إلا بالنية، أو ما يقوم مقامه من دلالة الحال. (عناية)

(٥) قوله: "لأنها غير موضوعة" الأنسب أن يقول: إنها غير ظاهرة في الطلاق، إذ ربما يكون اللفظ موضوعًا للطلاق، ولم يكن ظاهرًا مع أنه كناية، وربما يكون اللفظ مجازًا ظاهرا مع أنه صريح. (عبد)

(٦) بالنية.

(٧) قوله: "أو دلالته" أي دلالة التعيين كالغضب، وعند مذاكرة الطلاق، وإن لم تعين في الواقع. (عبد)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) وإن نوى الزيادة. (عبد)

(١٠) أي الكلمة الأولى.

(١١) يعني شمردن أوقات از جهت طلاق.

طلاقًا سابقًا(١)، والطلاقُ يعقب الرجعة.

وأما الثانية: فلأنها تُستعمل بمعنى الاعتداد؛ لأنه تصريح(٢) بما هو المقصود منه(٣)، فكان بمنزلته، وتحتمل الاستبراء(٤) ليطلقها.

وأما الثالثة: فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقةً واحدةً، فإذا نواه جُعل كأنه قاله، والطلاق يعقب الرجعة، وتحتمل غيره، وهو أن تكون واحدة عنده، أو عند قومه، ولما احتملت هذه الألفاظُ(٥) الطلاق وغيرَه يحتاج فيه إلى النية، ولا يقع إلا واحدة؛ لأن قوله: أنتِ طالق فيها مقتضى(٦)، أو مضمر(٧)، ولو كان مظهرًا لا تقع بها إلا واحدة، فإذا كان مضمرًا أولى(٨).

وفي قوله: "واحدة" إن صار المصدر(٩) مذكورًا، لكن التنصيص على الواحدة ينافي نيةَ الثلاث(١٠)، ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة

---

(١) قوله: "فيقتضى إلخ" لأن الأمر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح، فلا بد من تقديرًا لطلاق سابقًا. (عناية)

(٢) قوله: "لأنه تصريح بما هو المقصود منه"؛ لأن المقصود من الاعتداد استبراء رحمه، ليحصل له زوج آخر.(عبد)

(٣) الاعتداد.

(٤) قوله: "وتحتمل الاستبراء" [فإن نوى الأول تعين نيته، فيقضى طلاقا سابقا.] أى عن الحيض ليطلقها تطليقة سنية. (عبد)

(٥) الثلاثة.

(٦) قوله: "مقتضى" [في الأولين. عبد] وفي كون الأول من قبيل المقتضى بحث، وهو إنما يصح في المدخول بها؛ إذ لها اعتداد، أما في غير المدخول بها فلا يصح، فلا بد أن يصرف الاعتداد إلى الطلاق بطريق المجاز؛ لأن الطلاق سبب الاعتداد، ولا يخفى أن ذاك مبنى على أنه يكفى الإطلاق على السبب في الجملة، كما يقال في رعينا الغيث. (عبد)

(٧) في الثالث. (عبد)

(٨) أن لا تقع إلا واحدة.

(٩) قوله: "إن صار المصدر [فينبغى أن يصح نية الثلاث]" إن للوصل بغير الواو. (عبد الغفور)

(١٠) قوله: "ينافي إلخ" فيه أن الواحد كما يكون حقيقيا يكون اعتباريا، ولهذا صح إرادة مجموع الطلقات الثلاث من الطلاق. (عبد)

المشايخ[(١)]، وهو الصحيح؛ لأن العوام لا يميّزون بين وجوه الإعراب[(٢)].

قال[(٣)]: وبقيةُ الكنايات[(٤)] إذا نوى بها الطلاق كانتْ واحدة بائنةً، وإن نوى ثلاثًا كان ثلاثًا، وإن نوى ثنتين كانت واحدة بائنة، وهذا مثل قوله: أنت بائنٌ، وبتّةٌ، وبَتْلةٌ[(٥)]، وحرامٌ[(٦)]، وحبلكِ على غاربكِ[(٧)]، والحقى لأهلكِ، وخليّةٌ[(٨)]، وبريةٌ، ووهبتكِ لأهلك، وسرّحتك[(٩)]، وفارقتك، وأمركِ بيدكِ[(١٠)]، واختارى، وأنتِ حرة، وتقنّعى[(١١)]، وتخمّرى، واستبرِئى، واغربى[(١٢)]، واخرجى، واذهبى، وقُومى، وابتغى الأزواج[(١٣)]؛ لأنها تحتمل الطلاقَ وغيره، فلا بد من النية.

قال: إلا أن يكون فى حالة مذاكرة الطلاق، فيقع بها الطلاقُ فى

(١) قوله: "ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ" يعنى سواء قال: أنت واحدة بالنصب، أو بالرفع، أو بالسكون، فقوله: وهو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ: إنه يقع الطلاق إذا نصب الواحدة وإن لم ينوِ؛ لكونه صفة للطلقة، أما إذا رفعها فلا يقع وإن نوى، وأنها حينئذٍ تكون صفة، وإن سكن فهو محتاج إلى النية، والصحيح أن الكل سواء. (ع)

(٢) قوله: "لا يميزون إلخ" فيه أن الخواص يميزون، فالمناسب أن لا يقع بالرفع منهم. (عبد)

(٣) أى القدورى.

(٤) قوله: "وبقية الكنايات" يعنى أن الكنايات المشهورة ثلاث، منها يقع بها الطلاق الرجعى، وما عداها يقع بها البائن، وإلا لم يصح القول بأن ما عدا الثلاثة يقع بها البائن، إذا لا دليل عليه. (عبد)

(٥) كلاهما بمعنى القطع. (عبد)

(٦) قوله: "وحرام" وإنما يقع به البائن؛ لأن الرجعى لم يكن محرمًا. (عبد)

(٧) قوله: "حبلك على غاربك" الغارب بُن گردن، وإنما يقال: إذا أريد إرسال الإبل بحاله. (عبد)

(٨) قوله: "وخلية" أى عن النكاح، أو شيء آخر، وكذا البرية. (عبد)

(٩) گذاشتم.

(١٠) فى المفوضة. (عبد)

(١١) من المقنعة، والخمار بمعنى المعجز. (عبد)

(١٢) أى ابعدى. (عبد)

(١٣) قوله: "وابتغى الأزواج" بمعنى انظرى إلى الأزواج الأخر للزوجات، أو اطلبى الأزواج للتزوج. (عبد)

القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه[١]، قال[٢]: سوّى بين هذه الألفاظ[٣]، وهذا[٤] فيما لا يصلح ردًا.

والجملة في ذلك[٥] أن الأحوال ثلاثة: حالةٌ مطلقةٌ، وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق، وحالة الغضب.

والكنايات[٦] ثلاثة أقسام: ما يصلح جوابًا وردًا[٧]، وما يصلح جوابًا لا ردًا[٨]، وما يصلح جوابًا ويصلح سبًا وشتيمةً، ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقًا إلا بالنية، والقول قولُه[٩] في إنكار النية؛ لما قلنا[١٠].

وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق[١١] فيما يصلح جوابًا ولا يصلح

(١) قوله: "إلا أن ينويه" لا حاجة إليه إلا أن لا يجعل قوله: ولا يقع إلخ معطوفًا على قوله: فيقع بها الطلاق، بل على ما قبله. (عبد)

(٢) أي المصنف. (ب)

(٣) قوله: "سوّى إلخ" يعني أن القدوري سوى بين ألفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق، وليس على إطلاقه، بل إنما ذلك فيما لا يصلح ردًا، فلا بد من بيان، وبين بقوله: والجملة إلخ. (عناية)

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "والجملة في ذلك" أي الأمر المجمل، والقاعدة في ذلك.

(٦) قوله: "والكنايات" أي مطلق الكنايات سواء وقع بها البائن أوالرجعي. (عبد)

(٧) قوله: "ما يصلح جوابا [لما سألته من الطلاق] وردا" [لما قالته. عبد] هو سبعة: اخرجي، اذهبي، اغربي، قومي، تقنعي، استتري، خمري. أما صلاحية هذا الألفاظ للرد، فأن يريد الزوج بقوله: اخرجي اتركي سؤال الطلاق، وكذلك اذهبي واغربي وقومي. وأما تقنعي عن القناعة، وقيل: من القناع، وهو الخمار، ومعنى الرد فيه، وهو أن ينوي اقنعي بما رزقك الله مني من أمر المعيشة، واتركي سؤال الطلاق واشغلي بالتقنع الذي هو أهم لك من سؤال الطلاق، وكذا قوله: استتري وتخمري؛ لأنهما من الستر والخمار. (عناية)

(٨) قوله: "وما يصلح جوابًا لا ردًا" ثمانية ألفاظ: خلية، برية، بائن، بتة، حرام، اعتدي، أمرك بيدك، اختاري، والخمسة الأولى تصلح للسب والشتم أيضًا. (ع)

(٩) مع يمينه. (عناية)

(١٠) قوله: "لما قلنا" إن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره، فلا بد من النية لتعيين أحد المحتملين. (ع)

(١١) أي في قوله: لم أنو الطلاق. (عناية)

ردًا فى القضاء، مثل قوله: خليةٌ، وبرية، بائن، بتةٌ، حرامٌ، اعتدّى، امركِ بيدكِ، اختارى؛ لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق، ويصدق فيما يصلح جوابًا وردًا[١]، مثل قوله: اذهبى، اخرُجى، قومى، تقنعى، تخمرى، وما يجرى هذا المجرى[٢]؛ لأنه يحتمل الردّ، وهو الأدنى[٣]، فحُمل عليه. وفى حالة الغضب يصدّق فى جميع ذلك[٤] لاحتمال الردِّ أو السبّ، إلا فيما يصلح للطلاق، ولا يصلح للردّ والشتم كقوله: اعتدى، واختارى، وأمركِ بيدكِ، فإنه لا يصدق فيها[٥]؛ لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق. وعن أبى يوسف فى قوله: لا ملكَ لى عليكِ، ولا سبيل لى عليك، وخلّيت سبيلكِ، وفارقتكِ أنه يصدق فى حالة الغضب؛ لما فيها من احتمال معنى السب[٦].

ثم وقوعُ البائن بما سوى الثلاثة الأُول[٧] مذهبُنا، وقال الشافعى: يقع بها رجعى؛ لأن الواقع بها طلاق؛ لأنها كنايات عن الطلاق[٨]، ولهذا

---

(١) قوله: "ويصدق فيما يصلح جوابًا وردًا" لا جوابًا وشتمًا، وذلك لأن حال مذاكرة الطلاق يقتضى نعم أو لا، والشتم لا يناسبه، فيصرف إلى الجواب لا الشتم. (عبد)

(٢) مثل: اغربى واستترى.

(٣) أى الأسهل؛ إذ ليس فيه إثبات الشيء بل إبقاء شيء بحاله. (عبد)

(٤) يعنى أقسام الكنايات. (عناية)

(٥) أى فى هذه الألفاظ الثلاثة.

(٦) قوله: "لما فيها من احتمال معنى السب" فإن قوله: "لا ملك لى عليك" يحتمل أن يكون معناه؛ لأنك أقل من أن تنسبى إلى ملكى، أو أنسب إليك بالملك، ولا سبيل لى عليك؛ لسوء خلقك، واجتماع أنواع الشر فيك، وخليت سبيلك لعداوتك، وفارقتك فى المضجع لدفرك، وعدم نظافتك. (عناية)

(٧) اعتدى وأشباهه.

(٨) قوله: "لأنها كنايات عن الطلاق" بمعنى أنها مستعملة فى مفهوم الطلاق، لكن لا بطريق الصريح، ولهذا أى لأجل كونه كنايات تشترط النية، فيكون الطلاق مرادًا، وينتقص بها العدد أى يقل العدد بأن يصير مالكًا للتطليقتين بعد أن كان مالكًا لثلاثة، وذلك يقتضى إرادة الطلاق. (عبد)

تشترط النية، وينتقص[١] بها العددُ، والطلاق معقِب للرجعة كالصريح.

ولنا أن تصرف الإبانةِ صدر من أهله[٢] مضافًا إلى محلِّه عن ولاية شرعية[٣]، ولا خفاءَ في الأهلية والمحلية[٤]، والدلالةُ على الولاية أن الحاجة ماسّة إلى إثباتها؛ كي لا ينسدّ[٥] عليه[٦] بابُ التدارك، ولا يقع[٧] في عهدتها بالمراجعة من غير قصدٍ، وليست بكنايات[٨] على التحقيق؛ لأنها عوامل[٩] في حقائقها. والشرطُ تعين أحد نوعي البينونة دون الطلاق[١٠]، وانتقاصُ العدد لثبوت الطلاق[١١]؛ بناءً على زوال الوصلة، وإنما يصح نية الثلاث فيها[١٢] لتنوع البينونة[١٣] إلى غليظة وخفيفة، وعند

(١) أي يحاسب هو في الطلاق.

(٢) فكان صحيحًا لا محالة.

(٣) أي ولاية الطلاق البائن.

(٤) قوله: "ولا خفاء في الأهلية إلخ" أما الأهلية فلأن الزوج عاقل بالغ، وأما المحلية فلأن المرأة مملوكة بملك النكاح، والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إليه، وإذا صارت الحاجة ماسة إليه، كان له الولاية فيه؛ لأن الله تعالى جوز التصرفات فيما يحتاج. (عبد)

(٥) قوله: "كي لا ينسد إلخ" يعني أن الرجل قد يكون نافرًا عن المرأة بسبب من الأسباب، فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع، ثم يبدو له، فلو لم يجد الواحد البائن طلقها ثلاثًا، ولا يرضى بالاستحلال، فينسد باب التدارك، وأما إذا وجد ذلك، فيتدارك بتجديد النكاح. (عناية)

(٦) الزوج.

(٧) قوله: "ولا يقع إلخ" فإنه لو لم يقع البينونة عند نيته عسى أن توقع ا لمرأة عليها نفسها، وقبلته بشهوة، فيثبت الرجعة، والزوج يريد فراقها. (عناية)

(٨) عن الطلاق، كما فهم الشافعي.

(٩) أي تستعمل في معانيها.

(١٠) قوله: "والشرط تعين إلخ" جواب عن قوله: ولهذا يشترط، وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل الطلاق، كان دليلا على ما ذكرتم، وليس كذلك، بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الخفيفة والغليظة، لا للطلاق. (عناية)

(١١) قوله: "وانتقاص العدد [جواب عن قوله: وينتقص بها العدد] إلخ" وتحقيقه أنه لا منافاة بين نقص العدد، والطلاق البائن، فكان النقص من حيث كونه طلاقًا بائنًا. (عناية)

(١٢) قوله: "وإنما يصح نية الثلاث إلخ" جواب سؤال أيضًا، وهو أن لفظ البائن لو كان عاملا بنفسه؛ لما

انعدام النية يثبت الأدنى[1].

ولا تصح نية الثنتين عندنا، خلافًا لزفر؛ لأنه عدد، وقد بيناه من قبل[2]، وإن قال لها: اعتدى اعتدى اعتدى، وقال: نويت بالأولى طلاقًا، وبالباقى حيضًا دين[3] فى القضاء؛ لأنه نوى حقيقةَ كلامه، ولأنه يأمر امرأته فى العادة بالاعتداد بعد الطلاق، فكان الظاهر شاهدًا له.

وإن قال: لم أنوِ بالباقى شيئًا، فهى ثلاث؛ لأنه لما نوى بالأولى الطلاق، صار الحال حال مذاكرة الطلاق، فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة، فلا يُصَدق فى نفى النية، بخلاف ما إذا قال: لم أنوِ بالكل الطلاق، حيث لا يقع شيء؛ لأنه لا ظاهر يكذّبه. وبخلاف ما إذا قال: نويتُ بالثالثة الطلاق دون الأولين، حيث لا يقع إلا واحدة؛ لأن الحالَ عند الأولين لم تكن حال مذاكرة الطلاق.

وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية إنما يصدق مع اليمين؛ لأنه أمينٌ فى الإخبار عما فى ضميره، والقول قول الأمين مع اليمين.

صح نية الثلاث عندكم، كما لا تصح نية الثلاث فى قوله: أنت طالق عندكم؛ لأنه عامل بنفسه. قلنا: صحة نية الثلاث لم تنشأ من أنه عامل بنفسه، بل نشأت من تنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة. (نهاية)

(١٣) قوله: "لتنوع البينونة إلخ" فإذا نوى الغليظة فقد نوى أحد نوعى الحرمة، فصحت نيته. (البرهانى)

(١) خفيفة.

(٢) قوله: "وقد بيناه إلخ" إشارة إلى قوله: فى أوائل باب إيقاع الطلاق، ونحن نقول: نية الثلاث إنما صحت لكونها جنسًا إلخ. (نهاية)

(٣) أى صدق.

باب تفويض الطلاق[1]

فصل في الاختيار

وإذا قال لامرأته: اختارى ينوى بذلك الطلاقَ، أو قال لها: طلّقى نفسكِ، فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك، فإن قامت منه[2]، أو أخذت في عمل آخر، خرج الأمرُ من يدها؛ لأن المخيّرةَ لها المجلسُ بإجماع الصحابة رضى الله عنهم أجمعين، ولأنه تمليك الفعل منها[3]، والتمليكاتُ تقتضى جوابًا في المجلس، كما في البيع[4]؛ لأن ساعات المجلس[5] اعتبرت ساعةً واحدةً[6]، إلا أن المجلس تارةً يتبدل بالذهاب عنه، ومرةً بالاشتغال بعمل آخر؛ إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة، ومجلس القتال غيرهما.

ويبطل خيارها بمجرد القيام[7]؛ لأنه دليل الإعراض، بخلاف الصرف[8] والسلم[9]؛ لأن المفسد هناك الافتراق[10] من غير قبضٍ.

---

(١) قوله: "باب تفويض [في هذا الباب ثلاثة فصول بالاستقراء. عناية] إلخ" لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق، شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة، وأخره لأن الأصل تصرف المرء بنفسه. (عناية)

(٢) المجلس.

(٣) قوله: "لأنه [أي لأن التفويض] تمليك إلخ" إذ لا يملك منعها من ذلك، وهذا أمارة المالكية. (إله داد)

(٤) فإن الإيجاب في البيع يقتضي جوابًا في المجلس.

(٥) قوله: "لأن ساعات إلخ" دليل على مفهوم الكلام أى لا يعتبر بانفصال الجواب عن التمليك طال المجلس أو قصر؛ لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة، وذلك لأن قوله: جوابًا في المجلس يدل على أنه لا يعتبر بانفصال الجواب. (إله داد)

(٦) ولهذا لو تكررت سجدة التلاوة في مجلس، وجبت سجدة واحدة.

(٧) قوله: "بمجرد القيام" أى قيامها ولم تذهب؛ لأنه دليل الإعراض، لا لأن المجلس يتبدل به؛ لأنه لا يتبدل بمجرد القيام حتى لا يتكرر عليه سجدة التلاوة. (ملا إله داد)

(٨) قوله: "بخلاف الصرف إلخ" [أى بيع الأثمان بالأثمان] فإن في الصرف يشترط تقابض البدلين قبل

ثم لا بد من النية في قوله: "اختاري"؛ لأنه يحتمل تخييرَها في نفسها، ويحتمل تخييرَها في تصرف آخر غيره، فإن اختارت نفسها في قوله: اختاري، كانت واحدة بائنة.

والقياس أن لا يقع بهذا شيء، وإن نوى الزوج الطلاق؛ لأنه لا يملك الإيقاعَ بهذا اللفظ[١]، فلا يملك التفويضَ إلى غيره، إلا أنا استحسنّاه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولأنه بسبيلٍ من أن يستديم نكاحها، أو يفارقها، فيملك إقامتَها مقامَ نفسه في حق هذا الحكم[٢]، ثم الواقع بها بائن؛ لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها[٣]، وذلك في البائن.

ولا يكون ثلاثًا وإن نوى الزوج ذلك؛ لأن الاختيار[٤] لا يتنوع[٥]، بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوع[٦].

قال[٧]: ولا بد من ذكر النفس[٨] في كلامه، أو في كلامها حتى لو قال لها: اختاري، فقالت: قد اخترت، فهو باطل[٩]؛ لأنه عرف

أن يتفرقا، وفي السلم يشترط قبض رأس المال قبل التفرق، وإن تحقق القبض بعد القيام عن المجلس قبل التفرق أيضاً يجوز. (ملخص الحواشي)

(٩) أي بيع آجل بعاجل.

(١٠) عن المجلس.

(١) اختاري.

(٢) أي الاستدامة والتفريق.

(٣) أي بنفسها.

(٤) فيه نظر؛ لأنه يتنوع إلى الأدنى والأعلى، كما مر عن قريب. (بناية)

(٥) فهو واحد.

(٦) إلى الخفيفة والغليظة، فلذا يصح النية هناك.

(٧) أي القدوري. (ب)

(٨) أو ما يقوم مقام النفس، كما سيجيء.

(٩) قوله: "فهو باطل" قلت: هذا إذا لم يصدقها الزوج أنها اختارت نفسها، أما إذا صدقها، فإنه يقع

بالإجماع، وهو فى المفسر من أحد الجانبين، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم، ولا تعين مع الإبهام.

ولو قال: اختارى نفسكِ، فقالت: اخترت[١] تقع واحدة بائنة؛ لأن كلامه مفسّر، وكلامها خرج جوابًا له، فيتضمن إعادتَه[٢]. وكذا لو قال[٣]: اختارى اختيارة، فقالت: اخترت؛ لأن الهاء[٤] فى الاختيارة تنبئ عن الاتحادِ والانفرادِ، واختيارُها نفسَها هو الذى يتحد مرة، ويتعدد أخرى، فصار مفسّرا من جانبه. ولو قال: اختارى، فقالت: اخترت نفسى، يقع الطلاق إذا نوى الزوج؛ لأن كلامها مفسّر، وما نواه الزوج من محتملات كلامه، ولو قال: اختارى، فقالت: أنا أختار نفسى، فهى طالق. والقياس أن لا تطلق؛ لأن هذا مجرد[٥] وعد[٦] أويحتمله[٧] فصار كما إذا قال لها[٨]: طلّقى نفسكِ، فقالت: أنا أطلق نفسى.

الطلاق بتصادقهما، وإن خرج الكلام مجملا منهما، كذا فى "الشاهان".

وفيه نظر؛ لأن قوله: لأنه عرف إلخ يقتضى أن لا يقع الطلاق فى المبهم، وإن صدقها الزوج؛ لأن المبهم ليس من ألفاظ الطلاق، اللهم إلا أن يعتبر التصادق تفسيرا. (حاشية ملا إله داد)

(١) أى نفسى.

(٢) قوله: "فيتضمن إعادته" أى إعادة كلامه، فكأنها قالت: اخترت ما أمرتنى باختياره، وهو النفس. (عناية)

(٣) أى تقع واحدة بائنة.

(٤) قوله: "لأن الهاء" أى التاء فى الاختيارة قد تنبئ عن الاتحاد؛ لكونها مرة، والاتحاد إنما يكون فى اختيارها نفسها؛ لأنه يتحد مرة بأن قال لها: اختارى نفسك بتطليقة، ويتعدد أخرى بأن قال لها: اختارى نفسك بما شئت، أو بثلاث، فصار مفسّرًا من جانبه، بخلاف اختيارها الزوج، فإنه لا يتعدد لكونه عبارة عن إبقاء النكاح، وهو غير متعدد. (

(٥) لا إنشاء.

(٦) إن أراد الاستقبال.

(٧) إن لم يرد الاستقبال.

(٨) فإنه لا تطلق.

وجه الاستحسان: حديث عائشة رضى الله عنها(١) فإنها قالت: "لا، بل اختار الله ورسوله"*، واعتبره النبى عليه السّلام جوابًا منها، ولأن هذه الصيغة(٢) حقيقةٌ فى الحال(٣)، وتجوُّزٌ فى الاستقبال(٤)، كما فى كلمةِ الشهادة، وأداءِ الشهادة، بخلاف قولها: أطلق نفسى؛ لأنه تعذر حملُه على الحال؛ لأنه ليس بحكاية عن حالةٍ قائمة(٥)، ولا كذلك قولها: أنا أختار نفسى؛ لأنه حكاية عن حالة قائمة، وهو اختيارها نفسَها.

ولو قال لها: اختارى اختارى اختارى، فقالت: اخترت الأولى أو الوسطى، أو الأخيرة، طلقت ثلاثًا فى قول أبى حنيفة، ولا يحتاج إلى نية الزوج(٦). وقالا: تطلق واحدة، وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج(٧)؛ لدلالة التكرار(٨) عليه(٩)؛ إذ الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر.

(١) قوله: "حديث عائشة إلخ" قلت: أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة قالت: "لما أمر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بتخيير أزواجه بدأ بى، فقال: إنى ذاكر لك أمرا فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك"، وقد علم أن أبوى لم يكونا ليأمرانى بفراقه، ثم قال: «إن الله تعالى قال لى يا أيها النبى ﴿قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا﴾ إلى قوله ﴿أجراً عظيماً﴾»، فقلت: أفى هذا أستأمر أبوىّ، فإنى أريد الله ورسوله والدار الآخرة، ثم فعل أزواج النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم مثل الذى فعلت"، انتهى. وفى لفظ مسلم: بل اختار الله ورسوله. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٧١ ص٧١. (نعيم)

(٢) اختار.

(٣) قوله: "حقيقةً فى الحال" والحقيقة يمكن أن تكون مرادة، كما فى كلمة الشهادة، فإن الرجل إذا قال: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله يعتبر ذلك إيمانًا، لا وعدًا بالإيمان، وكذا الشاهد، إذا قال: أشهد بكذا، فلا يصار إلى المجاز. (عناية)

(٤) قوله: "وتجوز إلخ" كتب النحو مشحونة بأن فيه ثلاث أقوال: قيل: هو مشترك، وقيل: هو حقيقة فى الحال، مجاز فى الاستقبال، وقيل: بالعكس، والأصح هوالقول الثانى، ولذا اختاره المصنف. (ملا إله داد)

(٥) قوله: "لأنه ليس بحكاية إلخ" إذا التطليق فعل اللسان دون القلب، ولا كذلك اختار؛ لأن الاختيار فعل القلب، فيكون الذكر باللسان عبارة عن أمر قائم فى القلب كقوله: اشهد، كذا فى "الكافى". (د)

(٦) ولا إلى ذكر النفس.

(٧) وإن كانت من الكنايات.

(٨) فلا يحتاج إلى ذكر النفس.

لهما أن ذكر الأولى وما يجرى مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب[١]، ولكن يفيد من حيث الإفراد، فيعتبر فيما يفيد.

وله أن هذا وصف لغو[٢]؛ لأن المجتمع فى الملك[٣] لا ترتيب فيه كالمجتمع فى المكان، والكلامُ للترتيب والإفراد من ضروراته، فإذا لغا فى حقّ الأصل، لغا فى حقّ البناء. ولو قالت[٤]: اخترت اختيارة، فهى ثلاث فى قولهم جميعًا؛ لأنها للمرة، فصارت كما إذا صرحت بها[٥]، ولأن الاختيارة للتأكيد، وبدون التأكيد[٦] يقع الثلاث، فمع التأكيد أولى.

ولو قالت[٧]: قد طلقت نفسى، أو اخترت نفسى بتطليقة، فهى واحدة يملك الرجعة[٨]؛ لأن هذا اللفظ[٩] يوجب الطلاق بعد انقضاء

---

(٩) الطلاق.

(١) قوله: "إن كان لا يفيد إلخ" فإن الأولى، والوسطى، والأخيرة كل منها اسم لفرد مرتب، وليس المحل محل ترتيب، فيلغو الترتيب، ويبقى الإفراد، فكأنها قالت: اخترت التطليقة الأولى؛ لأن معنى قولها: اخترت التطليقة الأولى اخترت ما صار إلى بالكلمة الأولى، والذى صار إليها بالكلمة الأولى تطليقة، فكأنها صرحت بذلك، وفى ذلك يقع واحدة، فكذا ههنا. (عناية)

(٢) قوله: "وله أن هذا إلخ" أى لأبى حنيفة أن هذا وصف لغو؛ لأن المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع فى المكان، فإن القوم إذا اجتمعوا فى مكان لا يقال: هذا أول، وهذا آخر، وإنما الترتيب فى فعل الأعيان يقال: هذا جاء أولا، وهذا جاء آخراً، وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذى هو للترتيب، وهو الأولى وأختاها. وإذا لغى اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الإفراد أيضاً؛ لأن الترتيب فيه أصل بدلالة الاشتقاق، والإفراد من ضروراته، وإذا لغى فى حق الأصل، لغى فى حق البناء، وإذا لغى فى حقها بقى قولها: اخترت، وهو يصلح جوابًا للكل، فيقع الثلاث. (عناية)

(٣) قوله: "لأن المجتمع فى الملك إلخ" يعنى أن الطلقات الثلاث قد اجتمعت فى ملكها، حتى يقع الثلاث جملة باختيارها. (د)

(٤) فى جواب: اختارى اختارى اختارى.

(٥) أى بالمرة.

(٦) أى إذا اكتفى على قوله: اخترت.

(٧) يعنى فى جواب من قال: اختارى. (ع)

(٨) قوله: "فهى واحدة يملك إلخ" ومثله فى نسخ "الجامع الصغير"، والصواب أنه لا يملك الرجعة

العدة، فكأنها اختارت نَفسَها بعد العدة[١]. وإن قال لها: امركِ بيدكِ فى تطليقة، أو اختارى تطليقةً، فاختارت نفسَها، فهى واحدة يملك الرجعة؛ لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة، وهى معقِبة للرجعة.

فصل فى الأمر باليد[٢]

وإن قال لها[٣]: أمركِ بيدك، يَنوى ثلاثًا، فقالت: قد اخترت[٤] نفسى بواحدة، فهى ثلاث؛ لأن الاختيار يصلح جوابًا للأمر باليد؛ لكونه تمليكًا كالتخيير، والواحدةُ صفة الاختيارة[٥]، فصار كأنها قالت: اخترت نفسى بمرة واحدة[٦]، وبذلك[٧] يقع الثلاث.

ولو قالت[٨]: قد طلقتك نفسى بواحدة، أو اخترت نفسى بتطليقة، فهى واحدة بائنة؛ لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف، وهو فى الأولى الاختيارة[٩]، وفى الثانية التطليقة[١٠] إلا أنها تكون بائنةً؛ لأن التفويض[١١]

وطلقت بائنة، وهكذا ذكر فى "الجامع الكبير"؛ لأن الاعتبار لجانب التفويض، ألا ترى أنه لو أمرها بطلاق يملك الرجعة، وطلقت بائنة، أو أمرها بالبائن وطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج، كذا فى "الكافى". (إله داد)

(٩) قوله: "لأن هذا اللفظ" يعنى قوله: قد طلقت نفسى، أو اخترت نفسى بتطليقة يوجب الطلاق أى البينونة بعد انقضاء العدة؛ لكونه من ألفاظ الصريح، وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا، فهذا اللفظ يوجب الرجعى. (عناية)

(١) قوله: "فكأنها اختارت إلخ" واعترض بأن المفوض إليها الاختيار الناجز، لا المضاف إلى ما بعد انقضاء العدة، ولو سلم، فينبغي أن يجب عليها العدة بعد انقضاءها، وليس كذلك، كذا فى "الحاشية الحميدية". (د)

(٢) قوله: "فصل فى الأمر باليد" لما ذكر باب تفويض الطلاق، ذكر فصول أنواع التفويض من الاختيار، والأمر باليد، والمشيئة إلا أنه قدم فصل الاختيار على غيره؛ لأن ذلك مؤيد بإجماع الصحابة رضى الله عنهم.(ن)

(٣) هذه من مسائل الجامع. (ب)

(٤) فى بعض النسخ ليس قد.

(٥) بيان كيفية الدلالة على الثلاثة.

(٦) أى بجميع ما فوضت إلى.

(٧) أى بقولها: اخترت نفسى بمرة واحدة.

(٨) يعنى فى جواب قوله لها: أمرك بيدك. (عناية)

(٩) قوله: "وهو فى الأولى إلخ" [أى اخترت نفسى بواحدة] إنما أعاده لبيان قرينة المحذوف، فكأنه قال:

فی البائن(١) ضرورةَ ملكِها أمرَها، وكلامُها خرج جوابًا له، فتصير الصفة المذكورة فی التفويض مذكورةً فی الإيقاع. وإنما تصح نية الثلاث فی قوله(٢): أمركِ بيدكِ؛ لأنه يحتمل العمومَ والخصوصَ(٣)، ونيةُ الثلاث نية التعميم، بخلاف قوله: اختاری؛ لأنه لا يحتمل العمومَ، وقد حققناه من قبل(٤). ولو قال لها: أمركِ بيدك اليوم، وبعد غد، لم يدخل(٥) فيه الليل(٦)، وإن ردّت الأمرَ فی يومها، بطل أمرُ ذلك اليوم، وكان بيدها أمرُ بعد غدٍ؛ لأنه(٧) صرح بذكر وقتين(٨) بينهما وقت(٩) من جنسهما لم يتناوله الأمرُ(١٠)؛ إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل(١١)، فكانا

هو فی الأولى الاختيارة؛ لدلالة اخترت عليها، فيكون فی الثانية التطليقة؛ لدلالة طلقت عليها. (عناية)

(١٠) أی طلقت نفسی بواحدة.

(١١) قوله: "لأن التفويض إلخ" تقريره أن التفويض حصل فی البائن ضرورة أنه ملكها أمرها، فإن تمليكها إياها أمرها يقتضی البينونة؛ لكون الأمر باليد من ألفاظ الكناية، وكلامها خرج جوابًا له، فيصير الصفة المذكورة يعنی البينونة فی التفويض مذكورة فی إيقاع المرأة، فيكون كلامها مطابقًا لكلامه. (عناية)

(١) خبر أن.

(٢) دون اختاری. (عناية)

(٣) قوله: "لأنه يحتمل العموم إلخ" قال شيخ الإسلام: الأمر اسم عام يتناول كل شیء، قال الله تعالى: ﴿والأمر يومئذٍ لله﴾ أراد به الأشياء كلها، وإذا كان الأمر اسمًا عامًا صلح اسمًا لكل فعل، فإذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله: طلاقك بيدك. والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص، فيكون نية الثلاث نية التعميم، بخلاف قوله: اختاری؛ لأنه لايحتمل العموم، وقدحققناه من قبل يعنی فی فصل الاختياربقوله: لأن الاختيار لايتنوع. (ع)

(٤) أشار به إلى ما ذكر فی فصل الاختيار بقوله: إذ الاختيار لا يتنوع. (ب)

(٥) حتى لو اختارت نفسها فی الليل لا يقع الطلاق. (ع)

(٦) التی بعد اليوم.

(٧) دليل للمسألة الثانية.

(٨) اليوم وبعد غدٍ.

(٩) أی الغد.

(١٠) قوله: "لم يتناوله الأمر" فإنها لو اختارت نفسها فی الغد لا تطلق. (عناية)

أمرين[١]، فبردّ أحدهما لا يرتدّ الآخر.

وقال زفر: هما أمر واحد بمنزلة قوله: أنتِ طالق اليوم وبعد غد، قلنا: الطلاق[٢] لا يحتمل التأقيت[٣]، والأمرُ باليد يحتمله، فيوقت الأمرُ بالأوّل، ويجعل الثاني أمرًا مبتدأ.

ولو قال: أمركِ بيدكِ اليوم وغداً، يدخل الليل في ذلك، وإن ردّت الأمرَ في يومها، لا يبقى الأمر في يدها في الغد؛ لأن هذا أمر واحد؛ لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين[٤] وقت من جنسهما[٥] لم يتناوله الكلام، وقد يهجم الليل[٦] ومجلس[٧] المشورة[٨] لا ينقطع، فصار كما إذا قال[٩]: أمركِ بيدكِ في يومين. وعن أبي حنيفة: أنها إذا ردّت الأمرَ في اليوم لها أن تختار نفسها غدا؛ لأنها لا تَملك ردّ الأمر[١٠] كما لا تملك ردّ

---

(١١) قوله: "إذ ذكر اليوم [وقع في غير موقعه، وكان ينبغي أن يذكره عند قوله: لم يدخل فيه الليل(د)] بعبارة الفرد لا يتناول الليل" دليل لقوله: لم يدخل فيه الليل، وهو كما ترى إدراج ملبس، وإن كان ظاهراً.(ع)

(١) أي أمر اليوم، وأمر بعد الغد.

(٢) فالطلاق إذا وقع اليوم يكون بعد غد، ولا كذلك الأمر.

(٣) أي باليوم مثلا.

(٤) اليوم وغداً.

(٥) بل تخلل الليل.

(٦) قوله: "وقد يهجم إلخ" [دليل لدخول الليل] قد يقال: هذا يقتضي أن يدخل الليل عند ذكر اليوم منفردا عن ذكر الغد أيضاً، وأنه لا يدخل إلا عند ذكر اليوم والغد جميعاً. وجوابه أنه ليس بعلة مستقلة توجب عدم سقوط الأمر في الليل؛ لأنه من الأمور النادرة، كما يشعر به قد التي هي للتقليل إذا دخلت على المضارع، بل هو مؤكد لدخوله، فيعتبر عند وجود ما يوجب الدخول، وهو تبعية الليل لليوم الآتي بعده، ولا يعتبر عند عدمه. (د)

(٧) والواو للحال.

(٨) قوله: "المشورة" بفتح الميم وضم الشين المعجمة الشورى، وجاء فيها بفتح الميم وسكون الشين. (ب)

(٩) فيدخل الليل.

(١٠) قوله: "لأنها لا تملك إلخ" أي ليس لها أن تقول: لا أقبل الأمر باليد بعد ما قال لها: أمرك بيدك، فإن الأمر باليد يثبت لها إذا قال: أمرك بيدك، كما يثبت إيقاع الطلاق عليها، إذا قال لها: أنت طالق من غير قبول

الإيقاع[١]. وجه الظاهر أنها إذا اختارت نفسَها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد، فكذا إذا اختارت[٢] زوجها برد الأمر؛ لأن المخيّر بين الشيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما. وعن أبي يوسف: أنه إذا قال: أمركِ بيدك اليوم، وأمركِ بيدكِ غداً، أنهما أمران؛ لما أنه ذكر لكل وقت خبراً على حدة، بخلاف ما تقدم[٣]. وإن قال: أمركِ بيدك يوم يَقدم فلانٌ، فقدم فلان، ولم تعلم بقدومه، حتى جَنَّ الليل[٤]، فلا خيار لها؛ لأن الأمر باليد مما يمتد، فيُحمل اليوم المقرون به[٥] على بياض النهار، وقد حققناه من قبلُ[٦]، فيتوقت به، ثم ينقضي بانقضاء وقته. وإذا جعل أمرها بيدها، أو خيّرها، فمكثت[٧] يوما ولم تقم، فالأمر في يدها[٨] ما لم تأخذ في عمل آخر؛ لأن هذا تمليك التطليق منها؛ لأن المالك مَن يتصرف برأي نفسه، وهي بهذه الصفة[٩]، والتمليك يقتصر على المجلس، وقد بيناه من قبل[١٠]. ثم إذا كانت تسمَع يعتبر مجلسُها[١١] ذلك، وإن كانت لا

منها، فكان الأمر باقيا في الغد. (نهاية)

(١) أي إذا وقع الطلاق منجزا.

(٢) في اليوم بأن ردت الأمر في اليوم.

(٣) أي أمرك بيدك اليوم وغداً.فإنه أمر واحد،

(٤) قوله: "جن الليل" أي أظلم يقال: جن عليه جنونا، وجنه الليل، وأجنه. (ب)

(٥) فليس المراد باليوم مطلق الوقت.

(٦) قوله: "وقد حققناه من قبل" أي في آخر فصل إضافة الطلاق. (عناية)

(٧) هناك.

(٨) قوله: "فالأمر في يدها إلخ" قيل: فيه نظر؛ لأنه قال قبل هذا:إذا قال أمرك بيدك اليوم وغداً، يدخل الليل في ذلك، وهذا يقتضي أن الأمر بيدها لا يبطل في يومين، وإن قامت عن المجلس؛ لأنه لو بطل بالقيام عن المجلس؛ لما كان للتقييد بيومين فائدة؛ لأن المرأة إذا لم تقم عن مجلسها يوماً أو أكثر، لا يخرج الأمر من يدها، فهذا يقتضي أن يقتصر على المجلس، وبينهما تنافٍ. (عناية)

(٩) فهي مالكة.

(١٠) قوله: "وقد بيناه من قبل" أي في فصل الاختيار من قوله: والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس، كما

تسمع[1]، فمجلس علمها[2]، أو بلوغ الخبر إليها؛ لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق، فيتوقف على ما وراء المجلس[3]، ولا يُعتبر مجلسه[4]؛ لأن التعليق لازم في حقّه، بخلاف البيع؛ لأنه تمليك محض، ولا يشوبه التعليق، وإذا اعتبر مجلسها، فالمجلس تارةً يتبدل بالتحوّل[5]، ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار[6]. ويخرج الأمرُ من يدها بمجرد القيام[7]؛ لأنه دليل الإعراض؛ إذ القيام يُفرّق الرأى، بخلاف[8] ما إذا مكثت يومًا لم تقم، ولم تأخذ في عمل آخر؛ لأن المجلس قد يطول وقد يقصر، فيبقى[9] إلى أن يوجد ما يقطعه، أو يدل[10] على الإعراض، وقوله[11]: مكثت يوما، ليس للتقدير به[12]، وقولُه[13]: ما لم تأخذ في

في البيع.(ع)

(١١) أى الذى سمعت فيه. (عناية)

(١) لغيبة، أو لصمم. (عناية)

(٢) أى فيعتبر مجلس علمها.

(٣) قوله: "فيتوقف على ما وراء المجلس" كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك، فأنت طالق. (عناية)

(٤) قوله: "ولا يعتبر مجلسه [الزوج]" حتى لو قام وهى جالسة، فالخيار باقٍ؛ لأن التعليق لازم فى حقه، حتى لا يقدر على الرجوع؛ لكونه تصرف يمين من جانبه، بخلاف البيع، حيث يعتبر مجلسهما جميعًا، فأيهما قام من المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع؛ لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق، ولهذا لو رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز. (عناية)

(٥) يعنى إلى مجلس آخر. (ع)

(٦) يعنى قوله: إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة إلى آخره. (عناية)

(٧) عن المجلس.

(٨) فإنه لا يخرج الأمر من يدها حينئذٍ.

(٩) الأمر.

(١٠) كالقيام.

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير".

عمل آخر، يراد به عملٌ يعرف أنه قطعٌ لما كانت فيه، لا مطلق العمل.

ولو كانت قائمة فجلست[١]، فهي على خيارها؛ لأنه[٢] دليل الإقبال، فإن القعود أجمع للرأي، وكذا إذا كانت قاعدةً فاتكأت[٣]، أو متكئةً فقعدت؛ لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة، فلا يكون إعراضًا، كما إذا كانت محتبئةً[٤] فتربعت. قال رضى الله عنه[٥]: وهذه رواية "الجامع الصغير"، وذكر فى غيره أنها إذا كانت قاعدةً فاتكأت، لا خيار لها؛ لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر، فكان إعراضًا، والأول[٦] هو الأصح[٧]، ولو كانت قاعدة فاضطجعت، ففيه روايتان عن أبى يوسف[٨]. ولو قالت: أدْعُو أبى أستشيره، أو شهودًا أُشْهِدهم، فهى على خيارها؛ لأن الاستشارة لتحرّى الصواب، والإشهادَ للتحرز عن الإنكار، فلا يكون دليل الإعراض. وإن كانت تسير على دابةٍ، أو فى محملٍ فوقفت، فهى على خيارها، وإن سارت بطل خيارها؛ لأن سَيرَ الدابة ووقوفها مضاف إليها، والسفينة بمنزلة البيت[٩]؛ لأن سيرَها غير مضاف

---

(١٢) قوله: "ليس للتقدير به" أى باليوم لأنه لو زاد على ذلك، ولم يوجد منها ما يدل على الإعراض، فهو باقٍ.

(١٣) أى قول محمد. (ب)

(١) بعد الأمر.

(٢) الجلوس.

(٣) بعد الاختيار.

(٤) قوله: "محتبئة" يقال: احتبى الرجل إذا جمع ظهره وساقيه بعمامة، أو يد يه. (ب)

(٥) أى المصنف. (ب)

(٦) أى قول محمد فى "الجامع الصغير". (عناية)

(٧) لأن من حزبه أمر قد يستند للتفكر؛ لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود فى حق القائم. (نهاية)

(٨) قوله: "ففيه روايتان عن أبى يوسف" فى رواية الحسن عنه: لا يبطل، وفى رواية: يبطل، وهو قول زفر، ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرنا قبل. (عناية)

(٩) قوله: "بمنزلة البيت" يريد بهذا أن السفينة متى سارت لا يبطل الخيار، بخلاف الدابة إذا سارت

إلى راكبها، ألا ترى أنه[١] لا يقدر على إيقافها، وراكبُ الدابة يقدر[٢].

فصل فى المشيئة[٣]

ومَن قال لامرأته[٤]: طلِّقي نفسكِ، ولا نية له، أو نوى واحدة، فقالت: طلقت نفسى، فهى واحدة رجعية، وإن طلقت نفسَها ثلاثًا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها[٥]، وهذا[٦] لأن قوله: "طلّقى" معناه افعلى فعلَ الطلاق، وهو اسم جنس، فيقع على الأدنى[٧] مع احتمال الكل كسائر أسماء الأجناس، فلهذا[٨] تَعمل فيه نيةُ الثلاث، وينصرف إلى واحدة عند عدمها، وتكون الواحدة رجعيةً؛ لأن المفوّض إليها صريحُ الطلاق، وهو رجعى. ولو نوى الثنتين لا يصح؛ لأنه نيةُ العدد، إلا إذا كانت المنكوحة أمةً؛ لأنه جنس[٩] فى حقّها.

وإن قال لها: طلِّقى نفسكِ، فقالت: أبنتُ نفسى، طلقت[١٠]، ولو قالت[١١]: قد اخترت نفسى لم تطلق؛ لأن الإبانةَ من ألفاظ الطلاق،

-حيث يبطل الخيار. (عناية)

(١) أى أن الراكب.

(٢) على الإيقاف.

(٣) قوله: "فصل فى المشيئة" قد تقدم وجه تقديم الاختيار، وبعده السؤال عن تقدم الأمر باليد والمشيئة دورى فيسقط. (عناية)

(٤) قوله: "ومن قال لامرأته إلخ" ترجم الفصل بفصل المشيئة، فكان الابتداء فيه بمسألة فيها ذكر المشيئة أولى. (ع)

(٥) قوله: "وقعن عليها" سواء طلقت جملة، أو متفرقة. (عناية)

(٦) أى وقوع الواحد فى الأولى والثلاث فى الثانية. (ب)

(٧) الواحد.

(٨) أي لاحتمال الكل.

(٩) قوله: "لأنه جنس" أى لأن الاثنين كل الجنس فى حق الأمة، فإنها تكون مغلظة بالاثنين.

(١٠) رجعية.

(١١) فى جواب طلقى نفسك.

ألا ترى أنه لو قال: "أبنتكِ" ينوى به الطلاق، أو قالت: أبنتُ نفسى، فقال الزوج: قد أجزتُ ذلك بانت، فكانت موافقةً للتفويض فى الأصل[١] إلا أنها زادت فيه[٢] وصفًا، وهو تعجيل الإبانة، فيلغو الوصف الزائد، وثبت الأصل[٣]، كما إذا قالت[٤]: طلّقت نفسى تطليقة بائنة[٥]. وينبغى[٦] أن يقع تطليقة رجعية، بخلاف الاختيار[٧]؛ لأنه ليس من ألفاظ الطلاق، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: اخترتكِ، أو اختارى ينوى الطلاق لم يقع، ولو قالت ابتداءً: اخترت نفسى، فقال الزوج: أجزت، لا يقع شىء إلا أنه[٨] عُرف طلاقا بالإجماع إذا حصل جوابًا للتخيير، وقولُه[٩]: طلقى نفسكِ ليس بتخييرٍ فيلغو. وعن أبى حنيفة: أنه لا يقع شىء بقولها: أَبَنْتُ نفسى؛ لأنها أَتَتْ بغير ما فوّض إليها؛ إذ الإبانة[١٠] تغاير الطلاقَ.

وإن قال: طلِّقى نفسكِ، فليس له أن يرجع عنه؛ لأن فيه معنى اليمين[١١]؛ لأنه تعليق الطلاق بتطليقها، واليمين تصرفٌ لازمٌ، ولو قامت

---

(١) أى فى أصل الطلاق.

(٢) أى فى الجواب. (عناية)

(٣) قوله: "وثبت الأصل [أى الطلاق]" فيه نوع إشكال لما تقدم فى الكنايات أن ثبوت الطلاق فى أنت بائن مثلا بناء على زوال الوصلة، فيجب أن لا يثبت ههنا؛ لأنه لا يزول الوصلة. (إله داد)

(٤) فى جواب طلقى نفسك.

(٥) فيقع أصل الطلاق.

(٦) قوله: "وينبغى إلخ" هذا شرح إطلاق جواب محمد، وهو قوله: طلقت، فإن محمدًا لم يتعرض لوصف الإبانة، فكان رجعيًا؛ نظرًا إلى الطلاق، وهو المتيقن. (نهاية)

(٧) قوله: "بخلاف الاختيار" متعلق بقوله: لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق إلى آخره. (نهاية)

(٨) أى أن اخترت نفسى.

(٩) الزوج.

(١٠) قوله: "إذ الإبانة تغاير الطلاق" حقيقةً وحكمًا، فكان هذا إعراضًا، فلا يقع شىء، وخرج الأمر من يدها؛ لاشتغالها بما لا يغنيها. (إله داد)

(١١) التعليق.

عن مجلسها بطل ؛ لأنه تمليكٌ، بخلاف ما إذا قال لها : طلقى ضرّتكِ ؛ لأنه توكيلٌ وإنابةٌ، فلا يقتصر على المجلس[(١)]، ويقبل الرجوع.

وإن قال لها : طلّقي نفسكِ متى شئتِ، فلها أن تطلق نفسها فى المجلس وبعده ؛ لأن كلمة "متى" عامةٌ فى الأوقات كلها، فصار كما إذا قال : في أيّ وقت شئتِ. وإذا قال لرجل : طلّق امرأتى، فله أن يطلقها فى المجلس وبعده، وله[(٢)] أن يرجع ؛ لأنه توكيل، وأنه استعانة[(٣)]، فلا يلزم[(٤)]، ولا يقتصر على المجلس، بخلاف قوله لامرأته : طلقى نفسكِ ؛ لأنها عاملة لنفسها[(٥)]، فكان تمليكًا لا توكيلا.

ولو قال لرجل : طَلِّقْها إن شئتَ[(٦)]، فله أن يطلقها فى المجلس خاصةً، وليس للزوج أن يرجع، وقال زفر رحمه الله : هذا والأوّل[(٧)] سواء[(٨)] ؛ لأن التصريح بالمشيئة كعدمه ؛ لأنه[(٩)] يتصرف عن مشيئته، فصار كالوكيل بالبيع، إذا قيل له : بِعْه إن شئت[(١٠)].

ولنا أنه تمليك ؛ لأنه علَّقه بالمشيئة، والمالك[(١١)] هو الذى يتصرف عن

---

(١) فلا يبطل بالقيام.

(٢) أى للقائل.

(٣) بالغير فى إيقاع الطلاق.

(٤) بل يصح الرجوع عنه.

(٥) أى لأن التى قال لها: طلقي نفسك.

(٦) قوله: "إن شئت" والمراد بالمشيئة في قوله: طلقها إن شئت هو المشيئة بمعنى رؤية المصلحة فى الفعل والترك، أي طلق إن رأيت المصحلة فيه. (إله داد)

(٧) أي طلق امرأتي.

(٨) فله أن [illegible] مع، ولا يتقيد بالمجلس.

(٩) أي لأن الرجل الذى قال: طلق امرأتى.

(١٠) فلا يتقيد بالمجلس.

(١١) قوله: "والمالك إلخ" فإن تمليك الطلاق فيه معنى اليمين، وفى قوله: طلقها إن شئت، تمليك فيه

مشيئته، والطلاق[1] يحتمل التعليق، بخلاف البيع؛ لأنه لا يحتمله.

ولو قال لها: طلّقى نفسكِ ثلاثًا، فطلقت واحدة، فهى واحدة؛ لأنها ملكتْ إيقاعَ الثلاث، فتملك إيقاعَ الواحد[2] ضرورة، ولو قال لها: طلِّقى نفسك واحدة، فطلقت نفسَها ثلاثًا، لم يقع شىء عند أبى حنيفة.

وقالا: يقع واحدة؛ لأنها أتت[3] بما ملكَتْه وزيادةٍ، فصار كما إذا طلقها الزوج ألفًا[4]. ولأبى حنيفة[5]: أنها أتت بغير ما فوض إليها، فكانت مبتدأةً[6]، وهذا لأن الزوج ملّكها الواحدةَ، والثلاث غير الواحدة؛ لأن الثلاث اسمٌ لعدد مركب مجتمع، والواحد فرد لا تركيب فيه، فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة، بخلاف الزوج؛ لأنه يتصرف بحكم الملك[7]، وكذا هى فى المسألة الأولى[8]؛ لأنها ملكت الثلاث[9]، أما

تعليق الطلاق بالمشيئة، والطلاق يحتمل ذلك، والبيع لا يحتمل ذلك التعليق بالشرط، فيلغو ذكر المشيئة فيه. (مخلص الحواشى)

(١) قوله: "والطلاق إلخ" جواب عن قياس زفر، صورة النزاع على البيع، فإن قيل: هذا توكيل البيع لا البيع نفسه، والتوكيل به قابل للتعليق، أجيب: بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع. (عناية)

(٢) قوله: "فتملك إيقاع إلخ" لأن مالك الكل مالك لكل أجزاءها، وهذه المسألة مذكورة من غير خلاف، وهو يشكل بما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد إذا قال: اختارى واختارى واختارى، فقالت: أجزت الأولى، أوالوسطى، لا يقع شىء عندهما؛ لأنه فوض إليها اختيار الثلاث، وقد اختارت واحدة، فلا يقع شىء عندهما، كذا فى "الكافى" فى فصل الأمر باليد، ووجه الإشكال ظاهر. (إله داد)

(٣) فيقع ما ملكته.

(٤) فيقع الثلاث.

(٥) قوله: "ولأبى حنيفة إلخ" حاصله أنه لما اشتغلت بغير ما فوض إليها، أعرضت عنه، فيكون رادة التفويض، ولما ردته خرج الأمر من يدها، ولم تبقَ مالكة للطلاق، فلا يصح إيقاعها، لا قصدًا ولا ضمنًا. (إله داد)

(٦) قوله: "فكانت مبتدأ [فلا يقع]" كما لو قال لها: طلقى نفسك، فطلقت ضرتها، فيتوقف على إجازتها. (عناية)

(٧) قوله: "لأنه يتصرف إلخ" يعنى أنه تكلم بالطلاق، وهو من حيث إنه مالك الطلاق يملك ما شاء من العدد إلا أنه لا ينفذ إلا بقدر المحل، فإن المحل شرط النفاذ، لا شرط الإيجاب، وإذا كان كذلك صح إيجاب

ههنا لم تملك الثلاث، وما أتت بما فوّض إليها[١] فلغا.

وإن أمرها بطلاقٍ يملك الرجعة فطلقت بائنةً، أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية، وقع ما أمر به الزوج، فمعنى الأول[٢]: أن يقول لها الزوج: طلقى نفسكِ واحدةً أملكُ الرجعة، فتقول: طلقت نفسى واحدة بائنة، فتقع رجعية؛ لأنها أتت بالأصلِ وزيادة وصف كما ذكرنا[٣]، فيلغو الوصف، ويبقى الأصل. ومعنى الثانية: أن يقول لها: طلقى نفسك واحدة بائنة، فتقول: طلقت نفسى واحدة رجعية، فتقع بائنة؛ لأن قولَها واحدة رجعية لغو منها؛ لأن الزوج لما عَيَّنَ صفة المفَوَّض إليها، فحاجتُها بعد ذلك إلى إيقاع الأصل دون تعيين الوصف[٤]، فصار كأنها اقتصرت على الأصل، فيقع بالصفة التى عيَّنَها الزوج بائنًا أو رجعيًا.

وإن قال لها: طلقى نفسك ثلاثًا إن شئتِ، فطلقت واحدة، لم يقع شىء؛ لأن معناه إن شئتِ الثلاث[٥]، وهى بإيقاع الواحدة ما شاءت

الألف، فيثبت ما فى ضمنها من إيجاب الثلاث أيضًا، وينفذ بقدر المحل، كذا فى "الكافى". (د)

(٨) أى قال لها: طلقى نفسك ثلاثًا، فطلقت واحدة.

(٩) وفى الثلاث الواحدة.

(١) أى الواحدة.

(٢) قوله: "فمعنى الأول أن يقول إلخ" إنما قال: هذا مع أنه لو قال: طلقى نفسك، فقالت: أبنت نفسى يقع رجعية؛ لأن فيه اختلاف الرواية. وعن أبى حنيفة: أنه لو قال: أبنت نفسى فى جواب قوله: طلقى نفسك، لم يقع شىء، والاختلاف فيما إذا أمرها بطلاق يملك الرجعة، وطلقت بائنة، فلا بد أن يفسر بما لا اختلاف فيه، كذا قيل. وفيه نظر؛ لأنه إذا قال: طلقى نفسك، فقالت: طلقت نفسى بائنة، يقع رجعية باتفاق الروايات، إنما الاختلاف فيما إذا قالت فى جواب طلقى: أبنت نفسى. (إله داد)

(٣) آنفًا.

(٤) فيلغو ذكر الوصف.

(٥) قوله: "لأن معناه إن إلخ" فإن الشرط لا بد له من جزاء، فإما أن يكون المتقدم عليه، أو يقدر مثله متأخرًا، وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشيئة الثلاث، ولم يوجد بمشيئة الواحدة. (عناية)

الثلاث، فلم يوجد الشرط. ولو قال لها: طلقى نفسكِ واحدة إن شئتِ، فطلقت ثلاثًا، فكذلك عند أبى حنيفة؛ لأن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها[١]، وقالا: يقع واحدة؛ لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة، كما أن إيقاعَها إيقاعٌ للواحدة، فوجد الشرط. ولو قال لها: أنتِ طالق إن شئتِ، فقالت: شئتُ إن شئتِ، فقال: شئتُ، ينوى الطلاق بطل الأمر[٢]؛ لأنّه علّق طلاقها بالمشيئة المرسَلة[٣]، وهى أتت بالمعلقة[٤]، فلم يوجد الشرط، وهو[٥] اشتغال بما لا يعنيها، فخرج الأمر من يدها. ولا يقع الطلاق بقوله: "شئتُ" وإن[٦] نوى الطلاق؛ لأنه ليس فى كلام المرأة ذكر الطلاق؛ ليصير الزوج شائيًا طلاقَها، والنية لا تعمل فى غير المذكور، حتى لو قال: شئت طلاقِك، يقع إذا نوى[٧]؛ لأنه إيقاع مبتدأ؛ إذ المشيئة تنبئ عن الوجود[٨]، بخلاف قوله[٩]: أردت طلاقكِ؛ لأنه[١٠] لا ينبئ عن

(١) أى كما أن إيقاع الثلاث ليس إيقاعًا للواحدة فيما إذ قالت: طلقت نفسى ثلاثًا. (عناية)

(٢) أى لا يبقى لها الاختيار.

(٣) غير المعلقة.

(٤) أى بالمشيئة المعلقة.

(٥) أى الإتيان بالمعلقة.

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "يقع إذا نوى" فيه بحث، فإنه إذا قال: شئت طلاقك أتى بلفظ صريح الطلاق، فينبغى أن لا يحتاج إلى النية. وأجيب بأن قوله: شئت طلاقك، قد يقصد وجوده ملكًا، وقد يقصد وجوده إيقاعًا، فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعًا.

(٨) قوله: "إذ المشيئة تنبئ عن الوجود" قيل: لأن المشيئة فى الأصل مأخوذة من الشىء، وهو اسم لموجود، فكان قوله: شئت بمعنى أوجدت، وإيجاد الطلاق بإيقاعه، بخلاف الإرادة، فإنها فى اللغة عبارة عن الطلب، قال ﷺ: «الحمى رائد الموت» أى طالبه. فإن قيل: ذهب علماءنا فى أصول الدين إلى أن الإرادة والمشيئة واحدة، فما هذه التفرقة. فالجواب أنه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة إلى العباد، وتسوية بالنسبة إلى الله تعالى؛ لأن ما شاء الله تعالى كان لا محالة، وكذا ما يريده بخلاف العباد. (عناية)

(٩) فإنه لا يقع.

الوجود. وكذا[١] إذا قالت[٢]: شئتُ إن شاء أبي، أو شئتُ إن كان كذا، لأمر لم يجئ بعدُ؛ لما ذكرنا أن المأتيّ به مشيئة معلقة[٣]، فلا يقع الطلاق، وبطل الأمر. وإن قالت[٤]: قد شئتُ، إن كان كذا لأمرٍ قد مضى، طلقت؛ لأن التعليق بشرط كائن تنجيز، ولو قال لها: أنتِ طالق إذا شئتِ، أو إذا ما شئتِ، أو متى شئتِ، أو متى ما شئتِ، فردتِ الأمر لم يكن ردًا، ولا يقتصر على المجلس.

أما كلمةُ "متى"، و"متى ما" فلأنها للوقت، وهي عامة في الأوقات كلها؛ كأنه قال: في أيّ وقتٍ شئتِ، فلا يقتصر على المجلس بالإجماع، ولو ردّت الأمرَ، لم يكن ردًا؛ لأنه ملّكها الطلاقَ في الوقت الذي شاءت، فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتدّ بالردّ، ولا تطلق نفسَها إلا واحدة؛ لأنها تعم الأزمان دون الأفعال، فتملك التطليق في كل زمان، ولا تملك تطليقًا بعد تطليقٍ.

وأما كلمةُ "إذا"، و"إذا ما" فهي و"متى" سواء عندهما، وعند أبي حنيفة إن[٥] كان[٦] يستعمل للشرط[٧]، كما يستعمل للوقت، لكن الأمر صار بيدها، فلا يخرج بالشك[٨]، وقد مرّ من قبل[٩].

---

(١٠) أي لأن الإرادة.

(١) أي لا يقع الطلاق.

(٢) أي في جواب أنت طالق إن شئت.

(٣) وكان الطلاق معلقًا بالمشيئة المرسلة.

(٤) في جواب أنت طالق إن شئت.

(٥) وصلية.

(٦) أي إذا.

(٧) فيقتصر في المجلس، كما في إن.

(٨) قوله: "فلا يخرج بالشك" يعني لو نظرنا إلى كونه للوقت لا يخرج، فلا يخرج بالشك.(ع)

(٩) قوله: "وقد مر من قبل" يعني في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان. (عناية)

ولو قال لها: أنتِ طالق كلما شئت، فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة، حتى تطلق نفسها ثلاثًا؛ لأن كلمة "كلما" توجب تكرار الأفعال، إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم، حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر وطلقت نفسَها، لم يقع شيء؛ لأنه ملكٌ مستحدث، وليس لها أن تطلق نفسَها ثلاثًا في كلمة واحدة[1]؛ لأنها توجب عمومَ الإفراد، لا عموم الاجتماع، فلا تملك الإيقاعَ جملةً وجمعًا[2].

ولو قال لها: أنتِ طالق حيث شئتِ، أو أين شئتِ، لم تطلق حتى تشاء، وإن قامت من مجلسها، فلا مشيئة لها؛ لأن كلمة "حيث و أين" من أسماء المكان، والطلاق لا تعلق له بالمكان، فيلغو[3]، ويبقى ذكر مطلق المشيئة، فتقصر على المجلس، بخلاف الزمان؛ لأن له تعلقا به[4]، حتى يقع في زمان دون زمان، فوجب اعتباره خصوصًا وعمومًا.

وإن قال لها: أنتِ طالق كيف شئتِ، طلقت تطليقة يملك الرجعة، معناه قبل المشيئة، فإن قالت: قد شئت واحدة بائنة، أو ثلاثًا، وقال الزوج: ذلك نويت، فهو كما قال؛ لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها

(١) فيما إذا قال لها: أنت طالق كلما شئت.

(٢) قوله: "فلا تملك الإيقاع جملةً وجمعًا" قيل: معناهما واحد، وقيل: الجملة هو أن يقول: طلقت نفسي ثلاثًا، والجمع أن يقول: طلقت واحدة وواحدة وواحدة، وهذا هو الظاهر. (عناية)

(٣) قوله: "فيلغو [ذكر المكان]" فإن قيل: لما لغا ذكر المكان بقي قوله: أنت طالق شئت، فينبغي أن يقع في الحال، كما لو قال: أنت طالق دخلت الدار. قلنا: نحملها على الشرط للتناسب بين الشرط والظرف؛ لأن كلا يفيد ضرباً من التأخير، فحملا عليه مجازًا، وجعلهما مجازًا عن إن أولى من جعلهما مجازًا عن إذا، و متى؛ لأن إن حرف الشرط، بخلاف غيرها، فكان المجاز عنه أولى، كذا في "الكافي"، فعلى هذا لو قال: مكان قوله: فيلغو، فيجعل مجازًا عن الشرط، لكان أولى. (إله داد)

(٤) قوله: "لأن له إلخ" أي لأن للطلاق تعلقًا به لوقوعه في زمان دون زمان، وأما إذا كان واقعًا في مكان، كان واقعا في جميع الأمكنة، فوجب اعتباره أي اعتبار الزمان خصوصًا، كما لو قال: أنت طالق غدًا، أو عمومًا كما لو قال: أنت طالق في أي وقت شئت. (ع)

وإرادته . أما إذا أرادت ثلاثًا ، والزوجُ أراد واحدة بائنة أو على القلب[١] ، تقع واحدة رجعية ؛ لأنه لغا تصرفُها ؛ لعدم الموافقة ، فبقى إيقاع الزوج ، وإن لم تحضره النية يُعتبر مشيئتها[٢] فيما قالوا ؛ جريًا على موجب التخيير[٣] . قال رضى الله عنه[٤] : قال[٥] فى "الأصل"[٦] : هذا قول أبى حنيفة ، وعندهما لا يقع[٧] ما لم توقع المرأة ، فتشاء رجعية ، أو بائنة ، أو ثلاثًا ، وعلى هذا الخلاف العتاق[٨] . لهما أنه فوّض التطليق إليها[٩] على أىّ صفةٍ شاءت ، فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها ؛ ليكون لها المشيئة فى جميع الأحوال ، أعنى قبل الدخول وبعده . ولأبى حنيفة[١٠] : أن كلمة "كيف" للاستيصاف[١١] يقال : كيف أصبحت[١٢] ،

(١) أى أرادت واحدة بائنة، والزوج أراد ثلاثًا.

(٢) فى الكم والكيف. (عناية)

(٣) فإن التخيير يوجب أن يعتبر مشيئتها.

(٤) قال رضى الله عنه [أى المصنف. ب] قال فى الأصل إلخ" إنما قال فى الكتاب: قال فى "الأصل": هذا قول أبى حنيفة؛ لأن ما أوردة فى هذا الفصل من مسائل "الجامع الصغير"، وليس فيه ذكر قولهما، وإنما ذكر الرواية فيه على قول أبى حنيفة، فذكره ليبين ما أن ذكره فى "الجامع الصغير"، إنما هو قوله، بدليل ما ذكر فى الأصل. (عناية)

(٥) محمد. (ب)

(٦) المبسوط. (ب)

(٧) قوله: "لا يقع إلخ" أى لا يقع شىء قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء، فإذا شاءت أوقعت ما شاءت من الرجعى، والبائن، والثلاث. (عناية)

(٨) قوله: "وعلى هذا الخلاف العتاق" يعنى إذا قال لعبده: أنت حر كيف شئت، عتق عند أبى حنيفة، ولا حال للعتق يفوض عليه، وعندهما: لا يعتق حتى يشاء. (عناية)

(٩) لأن كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقًا. (عناية)

(١٠) قوله: "ولأبى حنيفة أن إلخ" ههنا سؤال مشهور، وهو أن المفوض لا يحتاج إلى نية الزوج؛ لأنه لما فوض الأمر وجب أن تستقل بإثبات ما فوض إليها اعتباراً بعامة التفويضات. وجوابه: أنه فوض إليها حال الطلاق، وهو مشترك بين الكم والكيف يعنى العدد والبينونة، فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما. (ع)

والتفويضُ فى وصفه يستدعى وجود أصله، ووجود الطلاق بوقوعه.

وإن قال لها: أنتِ طالق كم شئتِ، أو ما شئت، طلقت نفسَها ما شاءت؛ لأنهما[1] يستعملان للعدد، فقد فوّض إليها أىّ عدد شاءت، فإن قامت من المجلس بطل[2]، وإن ردّت الأمر، كان ردا؛ لأن هذا أمر واحد[3]، وهو خطاب فى الحال، فيقتضى الجواب فى الحال[4].

وإن قال لها: طلقى نفسكِ من ثلاثٍ ما شئتِ، فلها أن تطلق نفسها واحدة، أو ثنتين، ولا تطلق ثلاثًا عند أبى حنيفة.

وقالا: تطلق ثلاثًا إن شاءت؛ لأن كلمة "ما" محكمة فى التعميم، وكلمة "مِنْ" قد تستعمل للتمييز[5]، فيُحمل على تمييز الجنس، كما إذا قال: كُل من طعامى ما شئت، أو طلق من نسائى من شاءت.

ولأبى حنيفة: أن كلمة "من" حقيقة للتبعيض، و "ما" للتعميم، فيُعمل بهما[6]، وفيما استشهدا[7] به تُرِكَ التبعيض[8]؛ لدلالة[9]

---

(١١) أى لطلب الوصف، لا لطلب الأصل. (عناية)

(١٢) أى على أى وصف من الصحة والسقم وغير ذلك. (عناية)

(١) قوله: "لأنهما [يعنى كم وما] يستعملان الخ" فإن قيل هذا فى "كم" مسلم، وأما فى "ما" فهى مستعملة للوقت، ولا يستعمل للعدد، قال الله تعالى﴿ ما دمت حيا﴾، فوقع الشك فى تفويض العدد إليها، فلا يثبت العدد بالشك. أجيب: بأن جانب العدد مرجح بأصل آخر، وهو أن هذا تفويض بمعنى التمليك؛ لأنه تفويض إلى المرأة أمر نفسها، والتمليكات تقتصر على المجلس، وذلك إنما يكون أن لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت. (عناية)

(٢) قوله: "بطل" لما ذكرنا أنه تمليك، والتمليك يقتصر على المجلس. (عناية)

(٣) قيل: احتراز عن كلما، وقيل: عن إذا ومتى. (عناية)

(٤) فإذا ردت الأمر قد حصل الجواب بعده لعدم التكرار. (عناية)

(٥) قوله: "قد تستعمل للتمييز" يعنى للبيان كما فى قوله تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾، وقد يكون للتبعيض، وقد يكون لغيرهما، كما عرف ذلك، فاجتمع فى كلامه المحكم والمحتمل، فيحمل المحتمل على المحكم، ويجعل بيانًا. (عناية)

(٦) بأن يجعل المراد بعضًا عامًا.

إظهار السماحة[١]، أو لعموم الصفة[٢]، وهى المشيئة حتى لو قال: من شئتَ، كان على الخلاف[٣].

باب الأيمان فى الطلاق[٤]

وإذا أضاف الطلاقَ إلى النكاح، وقع عقيب النكاح، مثل أن يقول لامرأة: إن تزوجتكِ، فأنتِ طالق، أو كلُّ امرأة أتزوجها، فهى طالق، وقال الشافعى: لا يقع؛ لقوله عليه السلام[٥]: «لا طلاق قبل النكاح»* . ولنا أن هذا تصرف يمين؛ لوجود الشرط والجزاء، فلا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال؛ لأن الوقوع[٦] عند الشرط، والملك متيقن به عنده[٧]، وقبل ذلك[٨] أثره المنع[٩]، وهو قائم بالمتصرف[١٠].

(٧) الصاحبان.

(٨) بدليل خارجى. (عناية)

(٩) قوله: "لدلالة" لأن فى العرف يراد بمثل هذا الكلام إظهار السماحة والكرم. (ب)

(١) فى الأول.

(٢) قوله: "أو لعموم الصفة [فى الثانى]" وهى المشيئة، فإن النكرة إذا اتصف بصفة عامة تعم، كما عرف، وههنا كذلك حتى لو قال: من شئت كان على الخلاف. (عناية)

(٣) قوله: "كان على الخلاف [المذكور بين الإمام وصاحبيه]" فإن قلت: كما أن صفة الفاعلية عامة فى قولنا: من شاءت، وقد اعتبر عمومها فى تعميم النكرة كذلك صفة المفعولية عامة فى قولنا: من شئت، فوجب أن يعتبر فى تعميم النكرة. قلت: لأن صفة المفعولية غير مذكورة، وإنما يثبت بالضرورة، فلا يعتبر بالتعميم. (د)

(٤) قوله: "باب الأيمان فى الطلاق" لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق -وهو الأصل صريحًا وكنايةً- شرع فى بيان تعليقه، وهو الفرع، إما لأنه مركب بذكر الطلاق وحرف الشرط، والمركب فرع على المفرد، أو لأنه ليس بعلة فى الحال لعروض حرف الشرط، والأصل عدمه، ثم اعلم أن اسم اليمين كما يقع على الحلف بالله تعالى، فكذلك يقع على ذكر شرط وجزاء. (نهاية)

(٥) رواه ابن ماجة فى "سننه" عن المسور بن مخرمة. (تخريج زيلعى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٢ ص٧١. (نعيم)

(٦) أى وقوع الطلاق.

(٧) قوله: "والملك متيقن به عنده" أى عند التزوج؛ لأن التزوج المطلق فى الأيمان والتوكيل يقع على

والحديث[١] محمول على نفى التنجيز[٢]، والحمل[٣] مأثور[٤] عن السلف[٥] كالشعبى[٦] والزهرى[٧] وغيرهما[٨].

وإذا أضافه إلى شرط، وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته: إن دخلت الدار، فأنت طالق، وهذا بالاتفاق[٩]؛ لأن الملك[١٠] قائم فى الحال[١١]، والظاهر بقاءه إلى وقت وجود الشرط، فيصح يمينًا[١٢]، أو

الصحيح، والنكاح الصحيح النافذ يوجب الملك يقينًا. (إله داد)

(٨) قوله: "وقبل ذلك" أى قبل وجود الشرط أثره المنع، وهو قائم بالمتصرف؛ لأنه يمين، ومحله ذمة الحالف، فلا يكون شرطًا فى ذلك الوقت. (عناية)

(٩) قوله: "أثره المنع" ولا أثر له فى المحل قبله؛ لعدم اتصاله، فلا يشترط قيام الملك فيه فى الحال. (د)

(١٠) لا بالمحل.

(١) يعنى ما رواه الشافعى. (عناية)

(٢) قوله: "محمول على نفى التنجيز" لأنه نفى التطليق والتعليق ليس بتطليق، حتى لو حلف لا يطلق، فعلق طلاقها، لا يحنث قبل وجود الشرط؛ لأنه لم يطلق بعد ،فعلى هذا لو قال: معناه نفى التنجيز، لكان أولى، فكأنه قال: محمول بطريق التسليم. (د)

(٣) على التنجيز.

(٤) قوله: "مأثور إلخ" قد يقال: تأويل الصحابى والتابعى ليس بحجة، والحمل تأويل، فلا يجدى ذلك نفعًا. (د)

(٥) أخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن هؤلاء. (ب)

(٦) عامر.

(٧) محمد.

(٨) كمكحول وسالم بن عبد الله. (عناية)

(٩) قوله: "بالاتفاق" احتراز عن المسألة المتقدمة أعنى قوله: إن تزوجتك فأنت طالق؛ لأن فيها خلاف الشافعى، وقال الإنزارى: يجوز أن يكون احترازًا عن المسألة التى بعدها أعنى قوله لأجنبية: إن دخلت الدار إلخ، فإن فيها خلاف ابن أبى ليلى. (بناية)

(١٠) أى ملك النكاح.

(١١) أى وقت هذا التعليق.

(١٢) قوله: "فيصح يمينا" يعنى عندنا على ما مر، وإيقاعًا يعنى عند الشافعى، فإن عنده كونه طلاقًا معلق، لا التطليق، فكان إيقاعًا فى الحال، ولكن لم يثبت حكمه فيه. (عناية)

إيقاعًا. ولا تصح إضافة الطلاق[١] إلا أن يكون الحالف مالكًا[٢]، أو يضيفه إلى ملك؛ لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهرًا[٣] ليكون[٤] مخيفًا، فيتحقق معنى اليمين، وهو القوة والظهور بأحد هذين[٥]، والإضافة إلى سبب الملك[٦] بمنزلة الإضافة إليه؛ لأنه ظاهر عند سببه.

فإن قال لاجنبية[٧]: إن دخلتِ الدار فأنت طالق، ثم تزوّجها، فدخلت الدار لم تطلق؛ لأن الحالف ليس بمالك[٨]، وما أضافه إلى الملك وسببه، ولا بد من واحد منهما[٩].

وألفاظ الشرط[١٠]: إن، وإذا، وإذا ما، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما؛ لأن الشرط مشتق من العلامة[١١]، وهذه الألفاظ مما يليها

---

(١) إلى الشرط.

(٢) للمحلوف عليه.

(٣) أي غالب الوجود والظهور. (عناية)

(٤) قوله: "ليكون" أي الإضافة إلى الشرط مخيفًا عن ارتكاب الشرط، فإنه لا يكون مخيفًا إلا إذا كان الجزاء نازلا، أو غالب النزول عند وجود الشرط، ولن يكون كذلك إلا أن يكون الحالف مالكًا، أو يضيفه إلى ملك. (إله داد)

(٥) أي الملك أو الإضافة إلى الملك.

(٦) قوله: "والإضافة إلى سبب الملك" كقوله: إذا اشتريتك فأنت حر، بمنزلة الإضافة إلى الملك كقوله: إن ملكتك فأنت حر. (عناية)

(٧) تفريع على ما مهد من الأصل. (ب)

(٨) للطلاق. (ب)

(٩) أي الملك، أو الإضافة إلى الملك.

(١٠) إنما لم يقل: حروف الشرط؛ لأن إن حرف وحده، والبواقي أسماء. (ب)

(١١) قوله: "مشتق من العلامة" [أي منقول من الشرط الذي بمعنى العلامة. د] قال في "الصحاح": الشرط بالتحريك العلامة، وأشراط الساعة علاماتها، فعلى هذا يكون معنى ما ذكر أن الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة؛ لأن المراد من الاشتقاق هو الاشتقاق الكبير، وهو أن تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى، وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي، فيقدر ذلك فيستقيم. (عناية)

أفعال[١]، فتكون علاماتٍ على الحنث[٢]، ثم كلمة "إن" صرف للشرط؛ لأنه ليس فيها معنى الوقت، وما وراءها ملحق بها، وكلمة "كل" ليس شرطا حقيقة؛ لأن ما يليها اسم، والشرط ما يتعلق به الجزاء، والأجزية تتعلق بالأفعال، إلا أنه ألحقت بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذى يليها، مثل قولك: كل عبد اشتريته فهو حر.

قال[٣]: ففى هذه الألفاظ إذا وجد الشرط، انحلّت وانتهت اليمين؛ لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغةً، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط، ولا بقاء لليمين بدونه[٤]، إلا فى كلمة كلما، فإنها تقتضى تعميم الأفعال، قال الله تعالى: ﴿كلما[٥] نَضِجَتْ جلودهم[٦]﴾ الآية، ومن ضرورة التعميم[٧] التكرار. قال[٨]: فإن تزوّجها بعد ذلك[٩] أى بعد زوج آخر،

---

(١) قوله: "وهذه الألفاظ مما يليها أفعال" يعنى غير كلمة كل، فإنه فيما يليها اسم، وفى كلامه نظر؛ لأنه استدلال على الموضوعات اللغوية، وليس ذلك طريق معرفتها، وإنما طريق ذلك السماع، وهذه الألفاظ سمعت مستعملة فى مواضع الشرط، فلا حاجة إلى الاستدلال، ولئن صح الاستدلال، فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه؛ لأن مطلوبه أن هذه الألفاظ للشرط، ودليله أن الشرط مشتق من العلامة، وهو مسلم على الوجه الذى قررناه.
وهذه الألفاظ مما يليها أفعال، وهذا أيضاً مسلّم، ولكن قوله: فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين، وهو ظاهر. (عناية)

(٢) قوله: "فتكون إلخ" أى يكون وجود الأفعال علامات على الحنث، والحنث هو وقوع الجزاء. (ع)

(٣) أى القدورى. (ب)

(٤) الشرط.

(٥) قوله: "كلما" أخرج ابن جرير وابن أبى حاتم عن ابن عمر قال: قوله تعالى: ﴿كلما نضجت جلودهم﴾، يقول: كلما احترقت جلودهم بالنار بدلناهم جلوداً بيضاء. (الدر المنثور)

(٦) أى الكفار.

(٧) قوله: "ومن ضرورة التعميم إلخ" المراد بقوله: ومن ضرورة التعميم تعميم الأفعال؛ لأن الكلام فيه، والتعميم فى الأفعال إنما يكون بتجدد الأمثال، وهو المراد بالتكرار. (عناية)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) قوله: "فإن تزوجها إلخ" أى إذا قال: كلما دخلت الدار، فأنت طالق، طلقت حتى ينتهى الثلاث، فإن

وتكرر الشرط لم يقع شيء ؛ لأن باستيفاء الطلقات الثلاثِ المملوكاتِ فى هذا النكاح لم يبقَ الجزاء، وبقاءُ اليمين به، وبالشرط، وفيه خلاف زفر، وسنقرره من بعد، إن شاء الله تعالى.

ولو دخلت[١] على نفس التزوج بأن قال: كلما تزوجتُ امرأة فهى طالق، يحنث بكل مرة[٢]، وإن كان بعد زوج آخر ؛ لأن انعقادها[٣] باعتبار ما يملك[٤] عليها من[٥] الطلاق بالتزوج، وذلك غير محصور.

قال[٦]: وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها[٧] ؛ لأنه لم يوجد الشرط فبقى، والجزاء باقٍ[٨] لبقاء محلّه[٩]، فبقى اليمين، ثم إن وجد الشرط فى ملكه[١٠]، انحلت اليمين، ووقع الطلاق ؛ لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء، فينزل الجزاء، ولا يبقى اليمين ؛ لما قلنا[١١].

وإن وجد فى غير الملك انحلت اليمين[١٢] ؛ لوجود الشرط، ولم يقع

تزوجها إلخ. (عناية)

(١) أى كلمة كلما. (ب)

(٢) بوقوع الجزاء.

(٣) اليمين.

(٤) الزوج.

(٥) بيان ما.

(٦) أى القدورى. (عيني)

(٧) قوله: "لا يبطلها" أى إذا قال لها: أنت طالق إن دخلت الدار، ثم أبانها لم يبطل اليمين. (عناية)

(٨) أيضًا.

(٩) أى المرأة، وإن لم يكن قابلا.

(١٠) كما إذا تزوجها، ثم وجد الشرط.

(١١) من أن اللفظ لا يدل على التكرار.

(١٢) كما إذا وجد الشرط قبل التزوج. (عناية)

شيء؛ لانعدام المحلية، وإن اختلفا في الشرط[١]، فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة؛ لأنه متمسك بالأصل، وهو عدم الشرط، ولأنه منكر وقوع الطلاق وزَوال الملك، والمرأة تدّعيه.

فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها، فالقول قولها في حق نفسها[٢] مثل أن يقول: إن حضْتِ فأنتِ طالق وفلانة، فقالت: قد حضتُ طُلقت هي، ولم تطلق فلانة[٣]، ووقوعُ الطلاق استحسان، والقياس أن لا يقع؛ لأنه شرط، فلا تصدق كما في الدخول[٤].

وجه الاستحسان أنها أمينة في حق نفسها؛ إذ لا يعلم ذلك[٥] إلا من جهتها، فيقبل قولها، كما قيل في حق العدة والغَشَيَان[٦]، ولكنها شاهدة[٧] في حق ضَرّتها، بل هي متهمة، فلا يقبل قولُها في حقها[٨].

وكذلك لو قال[٩]: إن كنتِ تُحِبين أن يعذبكِ الله في نار جهنم، فأنتِ

(١) أي في وجود الشرط. (عناية)

(٢) لا في غيرها.

(٣) قوله: "ولم تطلق فلانة" ليس على ظاهره، بل فيما إذا كذبها الزوج في قولها: حضت، وأما إذا صدقها، فإنه يقع. (عناية)

(٤) أي إذا كان الشرط دخولها الدار، وقالت: دخلتُ، وأنكر الزوج، لا تصدق.

(٥) الشرط.

(٦) قوله: "كما قيل: في العدة والغشيان [هو كناية عن الوطئ]" أما قولها في العدة، فبأن تقول: قد انقضت، أو لم تنقض، وأما في الغشيان، فيحتمل معنيين: أحدهما: أن يقول المطلقة الثلاث: انقضت عدتي، وتزوجت بزوج آخر، ودخل بي الزوج الثاني.
والثاني: أن تقبل قولها في حق حل الجماع وحرمته بقولها: أنا طاهر أو حائض. (عناية)

(٧) بوقوع الطلاق عليها. (ب)

(٨) الضرة.

(٩) قوله: "وكذلك لو قال إلخ" إلا أن هذا يقتصر على المجلس، إن أخبرت بذلك في المجلس يقع، ولا يقع في غير ذلك المجلس؛ لأنه أثبت التخيير حيث جعل الأمر إلى اختيارها ومحبتها. وفي مسألة الحيض لا يقتصر؛ لأنه ليس في معنى التمليك، بل هي نظيرة سائر التعليقات، فلا يقتصر على المجلس. (ن)

طالق، وعبدي حر، فقالت: أحبّه، أو قال: إن كنتِ تحبيني، فأنتِ طالق، وهذه معك. فقالت: أحبكَ، طلقت هي، ولم يعتق العبد[١]، ولا تطلق صاحبتها[٢]؛ لما بينا[٣]، ولا يتيقن بكذبها[٤]؛ لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب[٥] التخايصَ منه بالعذاب، وفي حقها أن تعلق الحكم بإخبارها، وإن[٦] كانت كاذبة[٧]، ففي حقّ غيرها بقي الحكم على الأصل، وهي المحبة[٨]. وإذا قال لها: إذا حضتِ فأنتِ طالق، فرأتِ الدم، لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة أيام؛ لأن ما ينقطع دونه[٩] لا يكون حيضاً، فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت[١٠]؛ لأنه بالامتداد عرف أنه[١١] من الرحم، فكان حيضاً من الابتداء.

ولو قال لها: إذا حضتِ حيضة فأنت طالق، لم تطلق حتى تطهر من

---

(١) في الأول.

(٢) في الثاني.

(٣) من أنها أمينة في حق نفسها إلخ.

(٤) قوله: "ولا يتيقن إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أنه لما كان قبول قولها في حقها باعتبار الصدق، فإذا أخبرت بمحبة العذاب، ونحن نتيقن بكذبها في ذلك وجب أن لا يقبل قولها أصلا. (نهاية)

(٥) للجهل.

(٦) الواو وصلية.

(٧) في الإخبار.

(٨) لاالإخبار عن المحبة، وهي غير معلومة، فلهذا لا يعتق العبد، ولا تطلق صاحبتها.

(٩) أي دون ثلاثة أيام.

(١٠) قوله: "من حين حاضت" وفائدة هذا تظهر فيما إذا كانت المرأة غير مدخول بها، فإنها لما رأت دماً، و تزوجت بزوج آخر، واستمر بها الدم ثلاثة أيام، كان النكاح صحيحاً؛ لانقطاعها من الزوج بأول ما رأت لا إلى عدة، وتظهر أيضا فيما إذا قال: إن حضت فعبدي حر، والمسألة بحالها كان العبد حراً من حين رأت الدم، حتى كان الأكساب للعبد. (ن)

(١١) الدم.

حيضها؛ لأن الحيضة بالهاء[١] هى الكاملة منها[٢]، ولهذا حمل[٣] عليه[٤] فى حديث[٥] الاستبراء[٦]*، وكمالها بانتهاءها، وذلك[٧] بالطهر. وإذا قال: أنت طالق إذا صمتِ يومًا، طلقت حين تغيب الشمس فى اليوم الذى تصوم؛ لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد[٨] يراد به بياض النهار، بخلاف ما إذا قال لها[٩]: إذا صمتِ؛ لأنه لم يقدّره[١٠] بمعيارٍ، وقد وجد الصوم بركنِه وشرطِه.

ومن قال لامرأته: إذا ولدتِ غلامًا فأنتِ طالق واحدة، وإذا ولدتِ جارية فأنت طالق ثنتين، فولدت غلامًا وجارية، ولا يدرى أيّهما أول، لزمه فى القضاء تطليقة[١١]، وفى التنزه تطليقتان، وانقضت العدة؛ لأنها لو

(١) أى بالتاء.

(٢) لأن الفعل بالفتح للمرة، والمرة من الحيض لا يكون إلا بكمالها. (ب)

(٣) أى لفظ الحيضة.

(٤) أى على الكاملة.

(٥) قوله: "فى حديث إلخ" أخرجه أبو داود فى "سننه" عن شريك عن قيس بن وهب عن أبى الوداك عن أبى سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال فى سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة» انتهى. (ت)

(٦) أى طلب براءة الرحم.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٣ ص٧٢. (نعيم)

(٧) الانتهاء.

(٨) قوله: "إذا قرن بفعل ممتد [كالصوم] إلخ" مشكل بما مر من أن الصوم يطلق على الإمساك ساعة، ولهذا لو حلف لا يصوم، فأمسك ساعة من نهار لطيفة يحنث، فيجب أن يكون غير ممتد.
وجوابه أن المراد بالممتد هو أن يصح فيه ضرب المدة، لا أن يطلق على أدنى مدة، ولهذا قالوا: إن اللبس ممتد حيث يصح فيه ضرب المدة، والصوم مما يصح فيه ضرب المدة. (إله داد)

(٩) قوله: "بخلاف ما إذا قال لها: إذا صمت" يعنى فصامت ساعة مقرونة بالنية طلقت، كذا ذكره الإمام التمرتاشى. (نهاية)

(١٠) أى الصوم.

(١١) قوله: "لزمه فى القضاء تطليقة" لأن التيقن فيها وفى الثانية شك، وفيما بينه وبين الله تعالى ينبغى أن

ولدتِ الغلام أولا وقعت واحدة، وتنقضى عدتها[١] بوضع الجارية، ثم لا تقع أخرى به؛ لأنه حال انقضاء العدة[٢]، ولو ولدتِ الجارية أولا وقعت تطليقتان، و انقضت عدتها[٣] بوضع الغلام، ثم لا يقع شيء آخر به؛ لما ذكرنا أنه حال الانقضاء، فإذًا فى حالٍ يقع واحدة، وفى حالٍ يقع ثنتان، فلا يقع الثانية بالشك والاحتمال، والأولى أن نأخذ بالثنتين تنزهًا[٤] واحتياطًا، والعدة منقضية بيقين؛ لما بينا.

وإن قال لها: إن كلمتِ أبا عمرو وأبا يوسف فأنتِ طالق ثلاثًا، ثم طلقها واحدة، فبانت وانقضت عدتها، فكلمت[٥] أبا عمرو، ثم تزوجها، فكلمت[٦] أبا يوسف، فهى طالق ثلاثًا مع الواحدة الأولى.

وقال زفر: لا يقع، وهذه[٧] على وجوه: إما أن وجد الشرطان فى الملك، فيقع الطلاق، وهذا ظاهر، أو وجدا فى غير الملك، فلا يقع، أو وجد الأول فى الملك، والثانى فى غير الملك، فلا يقع أيضًا؛ لأن الجزاء لا ينزل فى غير الملك، فلا يقع، أو وجد الأول فى غير الملك، والثانى فى الملك، وهى مسألة الكتاب الخلافيةُ[٨]، له اعتبار الأول بالثانى[٩] إذ هُما

نأخذ بالتطليقتين، حتى إذا كان طلقها قبل هذا واحدة، فلا ينبغى له أن يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره؛ لاحتمال أنها مطلقة ثلاثًا. (نهاية)

(١) فإن عدة الحامل وضع الحمل.

(٢) قوله: "لأنه حال انقضاء العدة" وحال انقضاءها حال زوال النكاح، والمزيل لا يعمل حال الزوال، كذا فى "الكافى". (إله داد)

(٣) فإن عدة الحامل وضع الحمل.

(٤) قوله: "تنزها" المراد بالتنزه التباعد عن السوء. (نهاية)

(٥) حال عدم كونها زوجة.

(٦) حال كونها زوجة.

(٧) المسألة.

(٨) بيننا وبين زفر.

فى حكم الطلاق كشىء واحد(١).

ولنا أن صحةَ الكلام(٢) بأهلية المتكلم إلا أن الملك يشترط حالة التعليق(٣)؛ ليصير الجزاء غالبَ الوجود لاستصحاب الحال، فيصح اليمين، وعند تمام الشرط لينزل الجزاء؛ لأنه لا ينزل إلا فى الملك، وفيما بين ذلك الحال حالُ بقاء اليمين، فيَستغنى عن قيام الملك؛ إذ بقاءه بمحله، وهو(٤) الذمة. وإن قال لها: إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق ثلاثًا، فطلقها ثنتين، وتزوجت زوجًا آخر، ودخل بها، ثم عادت إلى الأول، فدخلت(٥) الدار، طلقت(٦) ثلاثًا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد: هى طالقٌ ما بقى(٧) من الطلقات، وهو قول زفر.

وأصله(٨) أن الزوج الثانى يَهدم ما دون الثلاث(٩) عندهما، فتعود

---

(٩) فلو وجد الأول فى الملك، والثانى فى غير الملك لا يقع، كذا على العكس.

(١) قوله: "كشىء واحد" يعنى من حيث إن الطلاق لا يقع إلا بهما، صار الشرطان بمنزلة شرط واحد، ولو كان شرطًا واحدًا لما وقع بدون الملك، فكذلك هذا. (عناية)

(٢) قوله: "ولنا أن صحة إلخ" أى صحة هذا الكلام الذى هو اليمين بأهلية المتكلم، وهى قائمة به، فيكون صحته قائمة به، بأن يكون محله ذمته، ولا يحتاج إلى ملك، لكن شرطنا الملك حالة التعليق إلخ. (نهاية)

(٣) قوله: "إلا أن الملك إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: لما كان محل اليمين الذمة ينبغى أن لا يشترط الملك عند وقت تعليق اليمين. فأجاب عنه، وقال: إنما يشترط الملك وقت التعليق؛ ليكون الجزاء غالب الوجود؛ لأن الملك إذا كان موجوداً وقت التعليق، فالظاهر بقاءه باستصحاب الحال إلى وقت وجود الشرط، وإذا لم يوجد الملك وقت التعليق، لا يكون الجزاء غالب الوجود، فلا يفيد اليمين فائدتها، وهى المنع عن الإقدام على وجود الشرط الذى يلزم منه نزول الجزاء. (نهاية)

(٤) المحل.

(٥) فى الملك.

(٦) وهى مسألة الهدم.

(٧) أى الواحد.

(٨) أى أصل الاختلاف.

إليه[١] بالثلاث، وعند محمد وزفر: لا يهدم ما دون الثلاث[٢]، فتعود إليه[٣] بما بقي، وسنبين من بعد[٤]، إن شاء الله تعالى.

وإن قال لها: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالق ثلاثًا، ثم قال: أنتِ طالق ثلاثًا، فتزوجت غيره، ودخل بها، ثم رجعت إلى الأول، فدخلت الدار لم يقع شيء. وقال زفر: يقع الثلاث؛ لأن الجزاء ثلاث مطلقٌ لإطلاق اللفظ[٥]، وقد بقي احتمال وقوعها، فيبقى اليمين.

ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك[٦]؛ لأنها هي المانعة[٧]؛ لأن الظاهر عدمُ ما يحدث[٨]، واليمين تعقد للمنع، أو الحمل[٩]، وإذا كان الجزاء ما ذكرناه[١٠]، وقد فات بتنجيز الثلاثِ المبطل للمحلية[١١]، فلا تبقى

---

(٩) أي الواحد والاثنين.

(١) أي إلى الزوج الأول.

(٢) أي الواحد والاثنين.

(٣) أي إلى الزوج الأول.

(٤) أي في آخر فصل ما تحل به المطلقة. (ب)

(٥) قوله: "لأن الجزاء ثلاث مطلقٌ لإطلاق اللفظ" إذ لم يقيد بطلقات في ملك دون ملك، فلا يتقيد، وقد بقي احتمال وقوعها أي نكاحها ثانيًا بعد تزوجها بزوج آخر فيبقى، فإذا وجد المحل يقع الجزاء.(ع)

(٦) قوله: "طلقات هذا الملك" لأن الملك المطلق يتقيد بدلالة الحال، فينصرف هذا الإطلاق إلى الطلقات المملوكة، لا الطلقات المستحدثة بعد التزوج بزوج آخر؛ لأن الطلقات الثلاث مانعة عن دخول الدار، فلا يتحقق التزوج الثاني، ولا العود إلى الأول ثانيا، فيكون المراد من الطلقات هو الطلقات المملوكة من حيث الظاهر. (ن)

(٧) قوله: "لأنها هي المانعة [من دخول الدار]" وكل ما كان مانعًا عن وجود الشرط، أو حاملا عليه، فهو الجزاء؛ لأن اليمين تعقد للمنع، أو الحمل، وهو عقدت للمنع، فيكون الجزاء طلقات هذا الملك. (عناية)

(٨) من الزوج بعد التزوج بزوج آخر.

(٩) قوله: "للمنع، أو الحمل" واعترض بأن انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال: إن حضت فأنت طالق؛ لأنه لم يتصور منه منع، ولا حمل؛ لكون الحيض عارضا سماويا، والجواب: أن المراد الحمل والمنع فيما هما فيه متصوران. (عناية)

(١٠) أي طلقات هذا الملك.

اليمين(١)، بخلاف ما إذا أبانها(٢)؛ لأن الجزاء باقٍ؛ لبقاء محله.

ولو قال لامرأته: إذا جامعتكِ، فأنتِ طالق ثلاثًا، فجامعها، فلما التقى الختانان، طلقت ثلاثًا، وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر(٣)، وإن أخرجه(٤)، ثم أدخله، وجب عليه المهر، وكذا إذا قال لأمته: إذا جامعتكِ، فأنتِ حرة. وعن أبي يوسف: أنه أوجب المهر في الفصل الأول(٥) أيضًا؛ لوجود الجماع(٦) بالدوام عليه، إلا أنه لا يجب عليه(٧) الحد(٨) للاتحاد. وجه الظاهر(٩) أن الجماع إدخال الفرج في الفرج، ولا دوام للإدخال(١٠)، بخلاف ما إذا أخرج، ثم أولج؛ لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق، إلا أن الحدّ لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلسِ والمقصود، وإذا لم يجب الحدّ، وجب العُقر(١١)، إذ الوطئ لا يخلو عن أحدهما، ولو

(١١) أي المرأة.

(١) قوله: "فلا تبقى اليمين" فإن بقاء اليمين بالشرط والجزاء، وقد فات الجزاء، والكل ينتفي بانتفاء جزءه.(ع)

(٢) قوله: "بخلاف إلخ" متعلق بقوله: وقد فات بتنجيز الثلاث أي فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية، بخلاف ما إذا أبانها بطلقة أو طلقتين حيث لا يفوت الجزاء؛ لبقاء المحل، ولهذا إذا عادت إليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهي مسألة الهدم. (عناية)

(٣) أي مهر المثل.

(٤) بعد التقاء الختانين.

(٥) يعني إذا لم يخرجه. (عناية)

(٦) قوله: "لوجود الجماع إلخ" معناه أنه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي. (ع)

(٧) بهذا الدوام.

(٨) حد الزنا.

(٩) أي لأن الجماع واحد من الأول إلى الآخر، وقد كان حلالا في الأول.

(١٠) قوله: "ولا دوام للإدخال" معناه أن للدوام حكم الابتدائي فيما له دوام، والجماع هو الإدخال، ولا دوام له. (عناية)

(١١) قوله: "وجب العقر" قال في "ديوان الأدب": العقر مهر المثل إذا وطئت بشبهة، والمراد به مهر المثل، وبه فسر الإمام العتابي العقر في "شرح الجامع الصغير". (عناية)

كـان الطلاق رجعـيًا[1] يصيـر مـراجـعًا باللبـاث[2] عند أبى يوسف، خـلافًا لمحـمـد؛ لـوجـود المسـاس[3]، ولو نَزع، ثم أولج، صـار مـراجـعًا بالإجماع؛ لوجود الجماع[4].

فصل فى الاستثناء[5]

وإذا قـال لامـرأته[6]: أنتِ طالـق إن شـاء الله تعـالـى مـتـصـلا، لـم يقـع الطـلاق؛ لقـولـه عليـه السـلام[7]: «من حلـف بطـلاق أو عتـاق وقـال إن شـاء الله تعـالـى مـتـصـلا بـه لا حـنـث عليـه»*، ولأنـه أتـى بصـورة الشـرط، فـيكـون تعليـقًا من هـذا الوجـه، وإنـه إعـدام قـبل الشـرط، والشـرطُ لا يعلم هـهنا،

(١) بأن قال: إذا جامعتكِ فأنت طالق واحدة، وباقى المسألة بحالها.

(٢) قوله: "باللباث [أى بالمكث. ب]" لبث لبثًا بالفتح ولباثًا ولباثةً كسحاب وكرامة، ولبيثة كسفينة درنگ كرد، وفرس لباث اسپ بطى وآهسته رو. (منتهى الأرب فى لغات العرب)

(٣) قوله: "لوجود المساس" إشارة إلى أن هذا له حكم دوام الجماع، فيكون البقاء كابتداء الوجود عند أبى يوسف، وأما دوام المساس: فهو موجود بالإجماع، وعن هذا قيل: ينبغى أن يصير مراجعًا فى هذه الصورة عند الكل؛ لوجود المساس بشهوة. (عناية)

(٤) أى إدخال فرج فى فرج.

(٥) قوله: "فصل فى الاستثناء" ألحق بالتعليق فصلَ الاستثناء؛ لأنهما جميعًا من بيان التغيير، ولأن الشرط يمنع كل الكلام، والاستثناء يمنع بعض الكلام، والجزء أبدًا يتبع الكل، والاستثناء استفعال من الثنيا، وهو الصرف يقال: ثنيت الشيء ثنيًا، عطفته، ثم المناسبة بين قوله: إن شاء الله، وبين الاستثناء من حيث إن كل واحد منهما لمنع أول الكلام، أو هو اسم توقيفى، قال الله تعالى: ﴿ولا يستثنون﴾. (نهاية)

(٦) قوله: "وإذا قال إلخ" ذكر أولا فى هذا الفصل من مسائل الاستثناء مسألة إن شاء الله بقربها، ومشابهتها بمسائل ما قبل الفصل بوجهين: أحدهما: وجود حرف الشرط فيهما، والثانى: منع موجب كل الكلام.(ن)

(٧) قوله: "لقوله عليه السّلام: من حلف إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى أصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه» انتهى بلفظ الترمذى. وأخرج ابن عدى فى "الكامل" عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله أو لغلامه أنت حر أو على المشى إلى بيت الله إن شاء الله فلا شيء عليه»، انتهى. (تخريج الزيلعى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٤ ص٧٢. (نعيم)

فيكون إعدامًا من الأصل(١)، ولهذا(٢) يشترط أن يكون(٣) متصلا به بمنزلة سائر الشروط. ولو سكت(٤)، يثبت حكم الكلام الأول، فيكون الاستثناءُ(٥) أو ذكر الشرط بعده رجوعًا عن الأول. قال(٦): وكذا إذا ماتت(٧) قبل قوله: إن شاء الله تعالى؛ لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجابًا، والموت(٨) ينافى الموجِبَ دون المبطِل، بخلاف ما إذا مات الزوج(٩)؛ لأنه لم يتصل به الاستثناء. وإن قال: أنتِ طالق ثلاثًا إلا واحدة، طلقت ثنتين، وإن قال: أنتِ طالق ثلاثًا إلا ثنتين، طلقت واحدة، والأصلُ أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثُنيا(١٠) هو الصحيح(١١)، ومعناه

---

(١) قوله: "فيكون إعدامًا من الأصل" حاصله أن الجزاء معدوم قطعًا؛ لأن الجزاء معدوم عند عدم الشرط، وههنا لم يعلم تحققه، فبقى على عدمه الأصلى. (عبد)

(٢) أى لأنه تعليق صورة.

(٣) إن شاء الله.

(٤) على قوله: أنت طالق.

(٥) قوله: "فيكون إلخ" اختلفوا فى أن قوله: إن شاء الله بعد ذكر الحمل للإبطال، أو للتعليق، ذكر ذلك فى باب الاستثناء من إقرار هذا الكتاب، فقال: لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال، أو تعليق، أى على قول أبى يوسف، وتعليق على قول محمد. (نهاية)

(٦) ليس فى بعض النسخ: قال. (ب)

(٧) قوله: "وكذا إذا ماتت" بعد قوله: أنت طالق قبل قوله: إن شاء الله لا يقع الطلاق؛ لأن الكلام خرج باستثناء من أن يكون إيجابًا، وإذا بطل الإيجاب، بطل الحكم. (عناية)

(٨) قوله: "والموت إلخ" أى فإن قيل: الإيجاب وجد فى حياتها، والاستثناء بعده؛ فيكون باطلا لعدم المحل، وإذا بطل الاستثناء صح الإيجاب، فيقع الطلاق. أجاب عنه بقوله:والموت ينافى الموجب دون المبطل، يعنى أن الإيجاب لواتصل بالموت، بأن تموت قبل تمام قوله:أنت طالق بطل، وأما المبطل، وهو الاستثناء، أو الشرط، فلايبطل؛ لأن مبطل الشيء ما ينافيه، ولامنافاة بين مبطل ومبطل، بخلاف الموجب، فإن المبطل ينافيه فيرفعه.(ع)

(٩) قوله: "بخلاف ما إذا مات الزوج" بعد قوله: أنت طالق، قبل قوله: إن شاء الله تعالى، وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق؛ لأنه لم يتصل به الاستثناء، وإنما يعلم أنه أراد الاستثناء بقوله قبل ذلك: إنى أطلق امرأتى، واستثنى. (عناية)

(١٠) قوله: "بالحاصل بعد الثنيا" أى بما بقى من المستثنى منه بعد الاستثناء. (عناية)

أنه تكلم بالمستثنى منه[1]؛ إذ لا فرق بين قول القائل: لفلانٍ عليَّ درهم، وبين قوله: عشرة إلا تسعة، فيصح استثناء البعض من الجملة[2]؛ لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده، ولا يصح استثناء الكل من الكل[3]؛ لأنه لا يبقى بعده شيء؛ ليصير متكلمًا به[4]، وصارفًا للفظ إليه.

وإنما يصح الاستثناء إذا كان موصولا به، كما ذكرنا من قبلُ[5]، وإذا ثبت هذا، ففي الفصل الأول المستثنى منه ثنتان[6] فيقعان، وفي الثاني واحدة، فيقع واحدة، ولو قال: إلا ثلاثًا، يقع الثلاث؛ لأنه استثناء الكل من الكل، فلم يصح الاستثناء، والله أعلم.

باب طلاق المريض[7]

إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقًا بائنًا[8]، فمات وهي[9]

(١.١) قوله: "هو الصحيح" هذا احتراز عن قول بعضهم: إن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات، وهذا متفرع على أن في الاستثناء معنى المعارضة، وذلك فاسد؛ لما عرف في الأصول. (نهاية)

(١) قوله: "بالمستثنى منه" أي بما بقي من المستثنى منه. (عبد)

(٢) قليلا كان أو كثيرًا.

(٣) نحو عشرة إلا عشرة.

(٤) أي بالباقي.

(٥) من أنه لو لم يتصل، يكون رجوعًا.

(٦) قوله: "المستثنى منه ثنتان" معدول عن ظاهره للقطع بأن المستثنى منه إنما هو الثلاث دون الاثنين، فكأنه أراد أن الباقي من المستثنى منه ثنتان.

(٧) قوله: "باب طلاق المريض" لما فرغ من بيان طلاق الصحيح، سنيًا وبدعيًا، تنجيزًا وتعليقًا، صريحًا وكنايةً، كلا وجزءً، شرع في بيان طلاق المريض متعرضًا لبعض ما ذكر؛ إذ المرض من العوارض السماوية، فأخر بيانه عن بيان حكم من به الأصل، وهو الصحة. (نهاية)

(٨) قوله: "طلاقًا بائنًا" قيد بالبائن، وإن كان الحكم في الرجعي كذلك ليثبت الحكم فيه بالطريق الأولى، وليترتب خلاف الشافعي، فإنه لا يخالفنا في الرجعي. (إله داد)

(٩) والواو للحال.

فى العدة ورثته، وإن مات بعد انقضاء العدة، فلا ميراث لها.

وقال الشافعى: لا ترث فى الوجهين(١)؛ لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض(٢)، وهى السبب(٣)، ولهذا(٤) لا يرثها إذا ماتت.

ولنا أن الزوجية سبب إرثها(٥) فى مرض موته، والزوج قصد إبطاله، فيُردّ عليه قصدُه بتأخير عمله(٦) إلى زمان انقضاء العدة؛ دفعًا للضرر عنها، وقد أمكن(٧)؛ لأن النكاح فى العدة يبقى فى حق بعض الآثار(٨)، فجاز أن يبقى فى حق إرثها عنه، بخلاف ما بعد الانقضاء؛ لأنه لا إمكان، والزوجيةُ فى هذه الحالة(٩) ليست بسبب لإرثه عنها، فيبطلُ حقّه خصوصًا

(١) أى قبل انقضاء العدة وبعدها. (عناية)

(٢) أى الطلاق البائن. (عبد)

(٣) للميراث.

(٤) قوله: "ولهذا" أى لأن الزوجية قد بطلت. (عبد)

(٥) قوله: "سبب إرثها إلخ" لأن حق الزوجة يتعلق بماله فى مرض موته، ولهذا لم يجز له الوصية، ولا الإقرار على الزائد على الثلث. (عبد)

(٦) قوله: "بتأخير عمله [القصد]" وهو الإبطال؛ إذ ليس لنا الإبطال مطلقًا، ولنا أن نؤخر وليس لنا التأخير إلا فى أيام العدة؛ إذ قد أبقى الشارع بعض آثار النكاح، بخلاف ما بعد الانقضاء، فإنه لم يبقَ النكاح ذاتًا، ولا أثرًا. (عبد الغفور)

(٧) قوله: "وقد أمكن إلخ" وبهذا خرج الجواب عن السؤال الوارد فى قوله: دفعا للضرر بأن قيل: لما كانت العلة دفع الضرر عن المرأة التى تعلق حقها بماله فى ابتداء مرضه، لوجب التوريث فى غير المدخول بها أيضًا إذا طلقها لغير سؤالها؛ لما أن حرمان الإرث فى حقها إضرار؛ لأنا نقول: إنما نقول ببقاء النكاح حكمًا عند الإمكان، وذلك الإمكان عند بقاء العدة، ولا عدة على غير المدخول بها، فلم يكن الحكم بالبقاء، فلم يثبت التوريث. (نهاية)

(٨) قوله: "فى حق بعض الآثار" من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز، وحرمة نكاح الأخت، والرابعة سواها. (نهاية)

(٩) قوله: "والزوجية فى هذه الحالة [أى حالة مرض الموت]" أى حالة مرض الزوج ليست سببًا لإرثه، نعم! مرض الزوجة سبب لتعلق حق الزوج، ولئن سلم أنه سبب لإرثه، لكنه رضى بإبطال حقه، والمرأة بعد تعلق حقها إذا رضيت يبطل حقها، فكذا ههنا، وهذا معنى خصوصًا إذا رضى به. (عبد)

إذا رضى به[١]. وإن طلقها ثلاثا بأمرها، أو قال لها: اختارى، فاختارت نفسَها، أو اختلعت منه، ثم مات، وهى[٢] فى العدة لم ترثه؛ لأنها رضيت بإبطال حقّها، والتأخير[٣] لحقِّها، وإن قالت: طلقنى للرجعة، فطلقها ثلاثًا ورثته؛ لأن الطلاق الرجعى لا يزيل النكاح، فلم تكن بسؤالها[٤] راضيةً ببطلان حقها.

وإن قال لها فى مرض موته: كنتُ طلقتكِ ثلاثًا فى صحتى، وانقضت عدتكِ فصدقته، ثم أقر لها بدينٍ، أو أوصى لها بوصيةٍ، فلها الأقل[٥] من ذلك[٦]، ومن الميراث عند أبى حنيفة رح، وقال أبو يوسف ومحمد رح: يجوز إقراره ووصيته. وإن طلقها ثلاثًا فى مرضه بأمرها، ثم أقر[٧] لها بدين، أو أوصى لها بوصية، فلها الأقل من ذلك[٨] ومن الميراث فى قولهم جميعا إلا على قول زفر، فإن لها جميعَ ما أوصى وما أقرّ به؛ لأن الميراث لما بطل[٩] بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية.

وجه قولهما فى المسألة الأولى: أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاءِ

---

(١) فإنه طلق برضاه.

(٢) الواو حالية.

(٣) أى تأخير الإبطال كان لحقها.

(٤) للطلاق الرجعى.

(٥) قوله: "الأقل من ذلك إلخ" من للبيان، والواو بمعنى أو؛ لأن الأقل أحدهما، ويجوز أن يكون الواو بمعناه على التقسيم أى الأقل قد يكون هذا، وقد يكون ذلك. (عبد)

(٦) أى الدين أو الوصية.

(٧) فى العدة.

(٨) أى الدين أو الوصية.

(٩) لرضاها.

العدة صارت أجنبيةً عنه، حتى جاز له أن يتزوج أختَها[١]، فانعدمت التهمة[٢]. ألاترى أنه تقبل شهادتُه لهاويجوزوضعُ الزكاة فيها[٣]، بخلاف المسألة الثانية؛ لأن العدة باقية، وهى سبب التهمة[٤]، والحكمُ يدار على دليل التهمة، ولهذا يدار على النكاح والقرابةِ[٥] ولاعدةَ فى المسألة الأولى.

ولأبى حينفة فى المسألتين: أن التهمة قائمة؛ لأن المرأة قد تختار[٦] الطلاق؛ لينفتح بابُ الإقرار والوصية عليها، فيزيد حقُّها، والزوجان قد يتواضعان[٧] على الإقرار بالفرقةِ، وانقضاء العدة؛ ليبرّها الزوجُ بمالِه زيادةً على ميراثها، وهذه التهمةُ فى الزيادةِ[٨] فرددناها[٩]، ولا تهمة فى قدر الميراث فصححناه، ولا مواضعة[١٠] عادةً فى حق الزكاةِ، والتزوُّج،

---

(١) لانقضاء عدتها.

(٢) قوله: "فانعدمت التهمة" أى تهمة تفضيل أحد الورثة على الآخر. (عبد)

(٣) أى يجوز له أن يعطى زكاة ماله لها.

(٤) قوله: "وهى سبب التهمة" أى العدة سبب تهمة إيثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيب لها، كما فى حقيقة الزوجية والحكم، وهو عدم صحة الإقرار، والوصية يدار على دليل التهمة، ولهذا يدار الحكم المذكور على النكاح والقرابة، حيث لا يجوز وصيته، ولا إقراره لمنكوحته، وذوى قرابته.
وتحقيق هذا أن الإنسان قد يختار الطلاق لينتفح عليه باب الوصية، والإقرار، وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين إيثاراً له على غيره، ولكنه أمر مبطن، وله سبب ظاهر، وهو النكاح والقرابة، فأقامه الشرع مقامه، ولم يجز الإقرار والوصية لمنكوحته، وذى قرابته، فكذا فى المعتدة؛ لأن العدة من أسباب التهمة، ولا عدة فى المسألة الأولى لتصادقهما على انقضاءها. (عناية)

(٥) قوله: "ولهذا يدار على النكاح والقرابة" وإن لم يكن المقصود تفضيل بعض الورثة، بل ليس المقصود إلا قوت الزوجة، أو الأخ القريب، فإنه لا يعتبر ذلك؛ لأن السبب قائم مقام المسبب، كما فى السفر والمشقة. (عبد)

(٦) برضاها.

(٧) أى يتفقان.

(٨) قوله: "فى الزيادة" لأنه لا تهمة فى وصية توافق قدر الميراث، وأما فى الأقل، فبالأولى. (عبد)

(٩) فلذا قلنا: إن لها الأقل من ذلك ومن الميراث.

(١٠) قوله: "ولا مواضعة [جواب عن قولهما: ألا ترى أنه تقبل إلخ. عناية] إلخ" جواب عما يقال: هذه

والشهادةِ، فلا تهمة[1] في حق هذه الأحكام.

قال[2]: ومن كان محصوراً[3]، أو في صفّ القتال، فطلق امرأته ثلاثًا لم ترثه[4]، وإن كان قد بارز رجلا، أو قدِّم ليقتل في قصاص، أو رجم ورثت، إن مات في ذلك الوجه[5]، أو قُتل، وأصله ما بينا[6] أن امرأة الفار[7] ترث استحسانًا، وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقّها بماله[8] وإنما يتعلق[9] بمرض يخاف منه الهلاك غالبًا[10]، كما إذا كان صاحب الفراش، وهو أن يكون بحالٍ لا يقوم[11] بحوائجه، كما يعتاده الأصحاء[12]، وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه

التهمة غير معتبرة، ألا ترى أنه يقبل شهادته لها، ويحل وضع الزكاة فيها، ولها أن تتزوج في الحال، ولو اعتبرت التهمة شرعًا لاعتبرت في حق هذه الأحكام. (ملا إله داد رحمة الله عليه)

(١) قوله: "فلا تهمة إلخ" فإن من أراد أن يتزوج بمن لا يجوز جمعه مع الزوجة، فليس أنهما يتفقان في الطلاق، فإن ذلك نادر، وقس على هذا. (مل)

(٢) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٣) أي في الحصن.

(٤) فإنها ليست بزوجة الفار.

(٥) قوله: "إن ماتَ في ذلك الوجه" أي بسبب ذلك الوجه، وهو المبارزة، والتقديم، ومعنى أو قتل أنه قتل بسبب آخر. (عبد الغفور)

(٦) في أول الباب.

(٧) قوله: "أن امرأة الفار" أي من يفر عن إعطاء الميراث الزوجة. (عبد)

(٨) الزوج.

(٩) حق الزوجة بمال الزوج.

(١٠) قوله: "غالبا" أي وصفا غالبا، وإنما قال ذلك: لجواز أن يخافه أحد، ومعنى الغلبة الكثرة الحقيقية، لا الإضافية.

(١١) أي لا يقدر عليها. (عبد)

(١٢) قوله: "كما يعتاده الأصحاء" الأنسب أن يقول: كما هو في حال صحته لعدم اشتراط أن يكون

الهلاك الغالب. وما يكون الغالبُ منه السّلامة، لا يثبت به حكم الفرار، فالمحصورُ[١] والذى فى صفّ القتال، الغالبُ منه السلامة؛ لأن الحصنَ لدفع بأس[٢] العدوّ، وكذا المَنَعَة[٣] فلا يثبت به[٤] حكم الفرار، والذى بارز أو قدّم ليُقتل، الغالبُ منه الهلاك، فتحقق به الفرار، ولهذا أخوات[٥] تخرج على هذا الحرف. وقولُه[٦]: إذا مات فى ذلك الوجه، أو قُتل دليلٌ على أنه لا فرق[٧] بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسببٍ آخر، كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قُتل.

وإذا قال الرجل لامرأته -وهو[٨] صحيح-: إذا جاء رأس الشهر، أو إذا دخلتِ الدار، أو إذا صلى فلان الظهر، أو إذا دخل فلان الدار، فأنتِ[٩] طالق، فكانت[١٠] هذه الأشياء[١١] والزوج[١٢] مريض لم ترث،

كالأصحاء. (عبد)

(١) فى الحصن.

(٢) أى ضرره. (عبد)

(٣) العسكر.

(٤) أى بالحصر، وكونه فى صف القتال.

(٥) قوله: "ولهذا أخوات الخ" منها: راكب السفينة بمنزلة الصحيح، فإن تلاطمت الأمواج، وخيف الغرق صار كالمريض فى هذه الحالة، ومنها: المرأة الحامل، فإنّها كالصحيحة، فإذا أخذها الطلق، فهى كالمريض، ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به، فهو كالمريض، فإن صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح فى الطلاق وغيره؛ لأنه ما دام يزداد فى علته، فالغالب أن آخره الموت، وإذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه، فلم يكن كذلك. (عناية)

(٦) قوله: "قوله" أى قول محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) قوله: "على أنه لا فرق إلخ" بيانه أنه إذا طلقها فى مرض موته، ثم قتل، أو مات من غير ذلك المرض إلا أنه لم يصح، فلها الميراث. (عناية)

(٨) الواو للحال.

(٩) قوله: "فأنت طالق" يعنى طلاقًا بائنًا؛ لأن حكم الفرار إنما يعطى إذا كان الطلاق بائنًا. (عناية)

وإن كان القول في المرض ورثت، إلا في قوله: إذا دخلت الدار.

وهذا[1] على وجوه: إما أن يعلّق الطلاق بمجيء الوقت، أو بفعل الأجنبي، أو بفعل نفسه، أو بفعل المرأة، وكلٌّ وجه على وجهين: إما إن كان التعليق في الصحة، والشرطُ في المرض، أو كلاهما في المرض.

أما الوجهان الأولان: وهو ما إن كان التعليق بمجيء الوقت، بأن قال: إذا جاء رأس الشهر فأنتِ طالق، أو بفعل الأجنبي، بأن قال: إذا دخل فلان الدار، أو صلى فلان الظهر، وكان التعليق والشرط في المرض، فلها الميراث؛ لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه[2] بمباشرة التعليق في حالٍ تعلّق[3] حقّها بماله[4]، وإن كان التعليقُ في الصحة، والشرطُ في المرض لم ترث. وقال زفر: ترث؛ لأن المعلّق[5] بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، فكان إيقاعًا في المرض[6].

ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقًا[7] عند الشرط حكمًا[8]،

(١٠) أي وجدت.

(١١) قوله: "هذه الأشياء" أي مجيء رأس الشهر، ودخول المرأة الدار، وصلاة فلان الظهر، ودخول فلان الدار. (عيني)

(١٢) الواو حالية.

(١) أي المذكور.

(٢) الزوج.

(٣) قوله: "في حال [أي حال المرض] تعلق إلخ" وهو حال المرض الذي يخاف منه الهلاك، ولهذا لا يجوز له أن يوصي بأكثر من الثلاث إلا بإجازة الورثة. (عيني)

(٤) الزوج.

(٥) أي الطلاق المعلق.

(٦) فترث.

(٧) قوله: "يصير تطليقًا إلخ" يظهر بمسألتين: إحداهما: أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط، ثم وجد وهو

لا قصداً، ولا ظلم إلا عن قصدٍ، فلا يرد تصرفه[١].

وأما الوجه الثالث: وهو ما إذا علقه بفعل نفسه، فسواء كان التعليقُ في الصحة، والشرطُ في المرض، أو كانا في المرض، والفعل[٢] مما له[٣] منه بُدّ، أو لا بُدَّ له منه[٤]، فيصير فارّا لوجود قصد الإبطال، إما بالتعليق[٥]، أو بمباشرة الشرط في المرض، وإن لم يكن له[٦] من فعل الشرط بُد، فله[٧] من التعليق ألف بُدّ فيرد تصرفه دفعًا للضرر عنها.

وأما الوجه الرابع: وهو ما إذا علقه بفعلها، فإن كان التعليقُ والشرطُ في المرض، والفعل مما لها منه بُد ككلام زيد ونحوه لم ترث؛ لأنها راضية[٨] بذلك[٩]، وإن كان الفعل لا بدّ لها منه كأكل الطعام، وصلاةِ الظهر[١٠]، وكلام الأبوين ترث؛ لأنها مضطرة في المباشرة[١١] لما لها في

مجنون، فإنه يقع، مع أن طلاق المجنون غير واقع، فدل على أنه ليس بتطليق قصداً. والثانية: أن الرجل إذا علق طلاق امرأته بشرط، ثم حلف أن لا يطلق امرأته، ثم وجد الشرط لا يحنث، فلو كان تطليقًا قصد الحنث. (ع)

(٨) قوله: "حكمًا" يعني من حيث الحكم، لا من حيث القصد يعني يسلم قول زفر: إنه يصير كالمنجز لكن حكمًا لا قصداً. (عيني)

(١) قوله: "فلا يرد تصرفه" لأنه علق، ولم يتعلق حقها بماله، فلم يوجد من جهته منع بعد وجود الشرط، ولا يقدر على إبطال التعليق، ولا على منع الأجنبي عن إيجاد الشرط. (عيني)

(٢) ككلام زيد مثلا.

(٣) الزوج.

(٤) قوله: "أو لا بد له [الزوج] منه" كالأكل، والصلاة، ونحو ذلك. (عيني)

(٥) في المرض.

(٦) الزوج.

(٧) الزوج.

(٨) قوله: "لأنها راضية بذلك" يعني صار كأنه طلقها بسؤالها؛ لما أن الرضاء بالشرط رضى بالمشروط. (ع)

(٩) قوله: "بذلك" أي بإسقاط حقها حيث باشر الشرط. (عيني)

(١٠) مثلا.

الامتناع[1] من خوف الهلاك في الدنيا[2]، أو في العقبى[3]، ولا رضاء مَع الاضطرار. وأمّا إذا كان التعليقُ في الصحة، والشرطُ في المرض، إن كان الفعل مما لها منه بدّ فلا إشكال إنّه لا ميراثَ لها، وإن كان مما لا بدّ لها منه، فكذلك الجواب[4] عند محمد، وهو قول زفر؛ لأنه لم يوجد من الزوج[5] صنعٌ[6] بعد ما تعلق حقُّها بمالِه. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ترث؛ لأن الزوج ألْجأها إلى المباشرة[7]، فينتقل الفعل إليه[8] كأنّها آلةٌ له، كما في الإكراه[9].

قال[10]: وإذا طلّقها ثلاثًا، وهو[11] مريض، ثم صح، ثم مات

(١١) أي في مباشرة الفعل.

(١) عن الفعل.

(٢) كما في أكل الطعام.

(٣) قوله: "أو في العقبى" كالصلاة المكتوبة، وكلام الأبوين. (عيني)

(٤) أي لا ترث المرأة. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه لم يوجد إلخ" أي لأنه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق، فلا يتم بالقصد إلى الفرار، لم يوجد بعد ذلك منه صنع، غاية ما في الباب أن ينعدم رضاها، أو فعلها باعتبار أنها لا تجد منه بدا، فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي، أو بمجيء الشهر، وقد بينا أن هناك لا ترث إذا كان التعليق في الصحة، فكذلك ههنا لما أن الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه، فلا يكون فارًا. فإن قيل: في هذا مناقضة من جانب زفر؛ لأنه قال فيما تقدم: إن المعلق بالشرط كالمنجز، فكان إيقاعًا في المرض. فالجواب أن معنى قوله: لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله صنع معتبر؛ لأن الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع، بخلاف ما تقدم، فإن الشرط لم يكن فعلها، فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار. (عناية)

(٦) أي في حالة المرض.

(٧) قوله: "إلى المباشرة" أي إلى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لإسقاط حقها. (عناية)

(٨) قوله: "فينتقل إلخ" فصار كأنه فعل الشرط في مرض موته، فورثت لكونه فارًا. (عيني)

(٩) قوله: "كما في الإكراه" يعني إذا أكره زيد عمرا على إتلاف مال الغير، فأتلفه عمرو، فيضمن زيد؛ لأن المكره بفتح الراء صار كأنه آلة للمكره بكسر الراء، فانتقل فعل المكره إلى المكره. (عيني)

(١٠) قوله: "قال" أي قال محمد في "الجامع الصغير": وليس في كثير من النسخ: لفظ قال. (عيني)

(١١) الواو حالية.

لم ترث، و.ل زفر: ترث؛ لأنه قصد الفرارَ حين أوقع في المرض، وقد[١] مات، وهي[٢] في العدّه، ولكنا نقول: المرض إذا تَعقّبه برءٌ، فهو بمنزلة الصحة؛ لأنه ينعدم به مرض الموت، فتبين أنه لا حقّ لها يتعلق بماله، فلا يصير الزوج فارًا. ولو طلقها[٣] فارتدت -والعياذ بالله- ثم أسلمت، ثم مات في مرض موته، وهي[٤] في العدة لم ترث[٥]، وإن لم ترتد بل طاوعت ابنَ زوجها في الجماع ورثت. وجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهليةَ الإرث؛ إذ المرتد لا يرث أحدًا، ولا بقاء له بدون الأهلية، وبالمطاوعة ما أبطلت الأهليةَ؛ لأن المحرمية لا ينافي الإرث[٦]، وهو الباقي[٧]، بخلاف ما إذا طاوعت[٨] في حال قيام النكاح[٩]؛ لأنها تثبت الفرقةَ، فتكون راضيةً ببطلان السبب[١٠]، وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمةُ بالمطاوعة؛ لتقدمها عليها فافترقا. ومن قذف[١١] امرأته وهو[١٢] صحيح،

(١) الواو للحال.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "ولو طلقها "[في المرض]" أي لو طلقها ثلاثًا، أو بائنًا، فإنه إن لم يظهر أثر الثلاث، والبينونة في الارتداد، يظهر فيما ذكره بمقابله من مسألة المطاوعة، فإنها إنما ترث في المطاوعة بعد البينونة. وأما إذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح، أو بعد الطلاق الرجعي، فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة. (عناية)

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "لم ترث" لأن الردة منافية للإرث. (عيني)

(٦) قوله: "لا ينافي الإرث" يعني بل ينافي النكاح، كما في الأم والأخت. (عناية)

(٧) يعني الإرث هو الباقي.

(٨) ابن الزوج، فلا ترث.

(٩) أي المطاوعة بابن الزوج في حال قيام النكاح.

(١٠) أي سبب الإرث، وهو النكاح. (عناية)

(١١) بالزنا.

(١٢) الواو حالية.

ولاعَن في المرض ورثت، وقال محمد رح: لا ترث[١]، وإن كان القذفُ في المرض ورثته في قولهم جميعًا، وهذا[٢] ملحقٌ بالتعليق بفعلٍ لا بدّ لها منه؛ إذ هي ملجأةٌ إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها، وقد بينا الوجه فيه[٣]. وإن آلى امرأتَه وهو[٤] صحيح، ثم بانت بالإيلاء، وهو[٥] مريض لم ترث[٦]، وإن كان الإيلاء أيضًا في المرض ورثت؛ لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضى أربعة أشهر خالٍ عن الوقاع، فيكون ملحقًا[٧] بالتعليق بمجيء الوقت، وقد ذكرنا وجهَه[٨].

قال رضي الله تعالى عنه[٩]: والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه[١٠]؛ لما بينا أنَّه[١١] لا يزيل النكاح حتى يحل الوطئ،

(١) قوله: "لا ترث" قيل: لأن الطلاق إنما يقع بلعانها؛ لأنه آخر اللعانين، فكان آخر المدارين، ووجه قولهما: إن الفرقة وإن كانت تقع بلعانها إلا أنها مضطرة في ذلك؛ لاستدفاع العار عن نفسها، فكان ملحقا بفعل لا بد لها منه. (عناية)

(٢) أي هذا الحكم. (عيني)

(٣) قوله: "و . . بينا الوجه فيه" أي في الفعل الذي لا بد لها منه، وهو قوله: لأنها مضطرة في المباشرة.(ع)

(٤) الواو حالية.

(٥) الواو للحال.

(٦) قوله: "لم ترث" لأن البينونة مضافة إلى إيلاء الزوج، وقد وقع ذلك في حال الصحة، ولم يوجد من الزوج في المرض شيء آخر من مباشرة علة أو شرط، فلا يكون فارًا. (عيني)

(٧) قوله: "فيكون إلخ" فإن قيل: لا نسلم أن الإيلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت إن كان الإيلاء في الصحة؛ لما أنه متمكن من إبطال الإيلاء بالفيء، فإذا لم يبطل في حالة المرض، صار كأنه أنشأ الإيلاء في المرض، وهناك ترث، فكذلك ههنا، فكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته، وطلقها الوكيل في المرض، كان فارًا لتمكنه من العزل، فإذا لم يعزل جعل كأنه أنشأ، فكذلك ههنا. أجيب بأن الفرق بينهما ثابت، وهو أنه لا يمكنه إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه، فلم يكن متمكنًا مطلقًا، بخلاف مسألة الوكالة. (عناية)

(٨) قوله: "وقد ذكرنا وجهه" يريد به قوله: ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقًا إلخ. (عناية)

(٩) أي المصنف. (عيني)

(١٠) قوله: "في جميع الوجوه" يعني سواء كان الطلاق بسؤالها، أو بغير سؤالها، وسواء كان التعليق

فكان السبب[١] قائماً، قال: وكلما ذكرنا أنها ترث، إنما ترث إذا مات[٢]، وهى[٣] فى العدة، وقد بيناه[٤]، والله أعلم بالصواب.

باب الرَّجعة[٥]

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقةً رجعيةً أو تطليقتين، فله أن يراجعها فى عدتها رضيت بذلك، أو لم ترض؛ لقوله تعالى[٦]: ﴿فأمسكوهن بمعروفٍ﴾ من غير فصلٍ، ولا بد من قيام العدة؛ لأن الرجعة استدامة الملك[٧]، ألا ترى أنه سُمى إمساكا، وهو الإبقاء، وإنما يتحقق الاستدامة فى العدة؛ لأنه لا ملكَ بعد انقضاءها.

والرجعة أن يقول: راجعتكِ[٨]، أو راجعتُ امرأتى، وهذا صريح فى الرجعة، ولا خلاف بين الأئمة[٩].

بفعلها أو بفعله، وسواء كان الفعل مما لها منه بد أولم يكن. (عناية)

(١١) أى الطلاق الرجعى.

(١) أى سبب الإرث، وهو النكاح.

(٢) الزوج.

(٣) الواو حالية.

(٤) قوله: "وقد بيناه" أى فى أول الباب بقوله: وإذا طلق الرجل امرأته فى مرض موته طلاقًا بائنًا، فمات وهى فى العدة، ورثته، وإن مات بعد انقضاء العدة، فلا ميراث لها. (عينى)

(٥) "باب الرجعة" [هى عبارة عن استدامة ملك النكاح] لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعًا، أخرها وضعا؛ ليناسب الوضع الطبع. (عناية)

(٦) قوله: "لقوله تعالى: ﴿فأمسكوهن﴾" يعنى قوله: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف﴾ يعنى إذا قرب انقضاء عدتهن فأمسكوهن، من غير فصل بين الرضا وعدمه، أى لم يشترط رضا المرأة.(كفاية)

(٧) قوله: "استدامة الملك" والدليل على بقاء الملك بعد الطلاق الرجعى، أنه يملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعى إجماعًا، وملك الاعتياض لا يكون إلا بعد بقاء أصل الملك. (كفاية)

(٨) قوله: "راجعتك" إن كان فى حضرتها، أو راجعت امرأتى فى الغيبة بشرط الإعلام، وفى الحضرة أيضًا.(ع)

(٩) أى لا خلاف لأحد فى جواز الرجعة بالقول.

قال[١]: أو يطأها، أو يقبّلها، أو يلمسها بشهوة، أو ينظر إلى فرجها بشهوة، وهذا[٢] عندنا. وقال الشافعي: لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه[٣]؛ لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح[٤]، حتى يحرم وطئها[٥]، وعندنا هو استدامة النكاح[٦] على ما بيناه[٧]، وسنقرره[٨] إن شاء الله تعالى. والفعل قد يقع دلالة[٩] على الاستدامة، كما في إسقاط الخيار[١٠]، والدلالةُ[١١] فعل يختص بالنكاح، وهذه الأفاعيل[١٢] تختص به[١٣] خصوصًا في حقّ الحرة[١٤]، بخلاف المس والنظر[١٥] بغير شهوة؛ لأنه

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي الرجعة بالفعل.

(٣) قوله: "مع القدرة عليه" أي على القول بأن لم يكن أخرس، أو معتقل اللسان، أما إذا كان كذلك فيصح بالإشارة. (عيني)

(٤) قوله: "بمنزلة ابتداء النكاح" لثبوت الحل بها، وابتداء النكاح لا يصح بالوطئ ودواعيه، فكان الوطئ حراما، كما في ابتداء النكاح. (عناية)

(٥) أي عند الشافعي.

(٦) لا ابتداء النكاح.

(٧) قوله: "على ما بيناه" وهو إشارة إلى قوله: ألا ترى أنه سمى إمساكا، وهو الإبقاء. (عناية)

(٨) قوله: "وسنقرره" إشارة إلى ما ذكر في آخر هذا الباب، و هو قوله: قلنا: إنها قائمة حتى ملك مراجعتها إلخ. (عناية)

(٩) أي دليلا.

(١٠) قوله: "كما في إسقاط الخيار" فإن من باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم وطئها سقط الخيار، كما إذا أسقط بالقول. (عناية)

(١١) أي الدليل.

(١٢) قوله: "وهذه الأفاعيل" أي النظر إلى الفرج الداخل بشهوة، والمس بشهوة، والتقبيل بشهوة.(ب)

(١٣) فتقع دلالة.

(١٤) قوله: "خصوصًا في حق الحرة" فإن حل الاستمتاع بها ليس إلا بالنكاح، وأما الأمة فتحل به، وبملك

قد يحل بدون النكاح[١]، كما فى القابلة والطبيب وغيرهما[٢]، والنظرُ إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين، والزوج يساكنها فى العدة، فلو كان[٣] رجعة لَطَلَّقَهَا[٤]، فتطول العدة عليها[٥].

قال[٦]: ويستحب أن يُشهد على الرجعة شاهدين، فإن لم يُشْهِد صحت الرجعة، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا تصح، وهو قول مالك لقوله تعالى[٧]: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذوى عدل منكم﴾، والأمر للإيجاب.

ولنا إطلاق النصوص[٨] عن قيد الإشهاد؛ ولأنه استدامة للنكاح[٩]، والشهادةُ ليست شرطا فيه فى حالة البقاء، كما فى الفىء فى الإيلاء[١٠] إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط؛ كى لا يجرى التناكر فيها[١١]، وما تلاه[١٢]

اليمين أيضاً. (عناية)

(١٥) إلى الفرج.

(١) فلا يقع دليلا.

(٢) كالخاتنة والشاهد فى الزنا. (عناية)

(٣) أى النظر إلى غير الفرج.

(٤) قوله: "لطلقها" لأنه لا يريد الرجعة لتخلف الواقع. (عينى)

(٥) وهو ضرر لها.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "لقوله تعالى: ﴿وأشهدوا﴾ إلخ" قال الله تعالى: ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا﴾ إلخ. (عناية)

(٨) قوله: "إطلاق النصوص" وهو قوله تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾، وقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف﴾، وقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾، وقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما أن يتراجعا﴾، وقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «مر ابنك فليراجعها». (عناية)

(٩) والاستدامة إنما هى حالة البقاء.

(١٠) قوله: "كما فى الفىء فى الإيلاء" فإن الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء. (عناية)

(١١) الرجعة.

محمول عليه(١)، ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة، وهو فيها مستحب، ويستحب أن يعلمها(٢) كي لا تقع في المعصية. وإذا انقضت العدة، فقال: كنت راجعتُها(٣) في العدة، فصدقته، فهي رجعة، وإن كذّبته فالقول قولها؛ لأنه(٤) أخبر عما لا يملك(٥) إنشاءه في الحال، فكان متهمًا، إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة، وقد مر في كتاب النكاح(٦).

وإذا قال الزوج: قد راجعتكِ، فقالت: مجيبةً له قد انقضت عدتي لم يصح الرجعة عند أبي حنيفة، وقالا: تصح؛ لأنها صادفت العدة؛ إذ هي(٧) باقية ظاهرا إلى أن تخبر(٨)، وقد سبقته(٩) الرجعة، ولهذا لو

---

(١٢) الشافعي.

(١) قوله: "محمول عليه" أي على الاستحباب دفعا للتناكر، فكان الأمر للإرشاد إلى ما هو الأوفق، كما في قوله تعالى: ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ بدليل أنه قرنها بالمفارقة حيث قال: ﴿أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا﴾، وهو أي الإشهاد فيها، أي في المفارقة مستحب، فكذا في الرجعة. (عناية)

(٢) قوله: "ويستحب أن يعلمها" بالرجعة؛ لأنه لو لم يعلمه لربما تقع المرأة في المعصية، فإنها قد تتزوج بناء على زعمها أن زوجها لم يراجعها، وقد انقضت عدتها، ويطأها الزوج الثاني، فكانت عاصية، وكان زوجها الذي أوقعها فيه مسيئًا بترك الإعلام.
ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة؛ لأنها استدامة للقائم، وليست بإنشاء، فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير، فإن قيل: كيف تكون عاصية بغير علم، أجيب: بأنها إذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية؛ لأن التقصير جاء من جهتها. (عناية)

(٣) الزوج.

(٤) الزوج.

(٥) لانقضاء العدة.

(٦) قوله: "وقد مر في كتاب النكاح" لم يبين هذه المسألة في كتاب النكاح، بل قال في مسألة دعوى السكوت على البكر، فلا يمين عليها عند أبي حنيفة، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة، ثم قال: وسيأتيك في الدعوى، ومثل هذا لا يقال: مر لأنه لم يكن ثمه للرجعة أثر. (عيني)

(٧) العدة.

قال لها: طلقتكِ، فقالت -مجيبة له-: قد انقضت عدتي يقع الطلاق.

ولأبى حنيفة: أنها صادفت حالة الانقضاء؛ لأنها أمينة فى الإخبار عن الانقضاء[١]، فإذا أخبرت دل ذلك[٢] على سبق الانقضاء[٣]، وأقربُ أحواله حالُ قول الزوج، ومسألةُ الطلاق على الخلاف[٤]، ولو كانت على الاتفاق، فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء[٥]، والمراجعة لا تثبت به[٦].

وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها: قد كنت راجعتها[٧]، وصدّقه المولى، وكذبته الأمة، فالقول قولها[٨] عند أبى حنيفة.

وقالا: القول قول المولى؛ لأن بضعها[٩] مملوك له[١٠]، فقد أقرّ بما هو خالص حقّه للزوج، فشابه الإقرار عليها بالنكاح[١١]، وهو يقول[١٢]:

---

(٨) أى بانقضاء العدة.

(٩) أى الإخبار.

(١) قوله: "لأنها [زوجة] أمينة فى الإخبار عن الانقضاء" إذ لا يعلم ذلك إلا بإخبارها، وقد أخبرت بذلك، والإخبار يقتضى سبق المخبر عنه، ولا دليل على مقدار معين، وأقرب أحواله حال قول الزوج، وإذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة. (عناية)

(٢) الإخبار.

(٣) على الإخبار.

(٤) لا على الوفاق.

(٥) قوله: "يقع بإقراره بعد الانقضاء" أى بعد انقضاء العدة إن طلقها فى العدة. (عينى)

(٦) قوله: "والمراجعة لا تثبت به" أى بالإقرار بعد الانقضاء، فإن فيه تهمة؛ لأنه تصرف على حق الغير. (عينى)

(٧) فى العدة.

(٨) إذا لم يكن له بينة، كذا فى "العناية".

(٩) قوله: لأن بضعها [الأمة، أى منافع بضعها.]

(١٠) أى بعد انقضاء العدة. (عناية)

(١١) قوله: "فشابه الإقرار عليها [الأمة] بالنكاح" بأن يقر بأنه زوج أمته من فلان. (عناية)

حكم الرجعة يبتنى على العدة[١]، والقولُ فى العدة قولها[٢]، فكذا فيما يبتنى عليها . ولو كان[٣] على القلب فعندهما القول قول المولى[٤]، وكذا عنده فى الصحيح ؛ لأنها منقضية العدة فى الحال[٥]، وقد ظهر ملك المتعة للمولى، ولا تقبل قولُها فى إبطاله[٦]، بخلاف الوجه الأول ؛ لأن المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة عندها[٧]، ولا يظهر ملكه مع العدة[٨] . وإن قالت : قد انقضت عدتى ، وقال الزوج والمولى : لم تنقض عدتكِ ، فالقول قولها ؛ لأنها أمينة فى ذلك[٩] ؛ إذ هى العالمة به[١٠] .

وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام، انقطعت الرجعة[١١] ، وإن[١٢] لم تغتسل ، وإن انقطع لأقلّ من عشرة أيام لم ينقطع

(١٢) قوله: "وهو [أى الإمام] يقول إلخ" ولم يذكر الجواب عن الإقرار بالتزويج لظهوره، وذلك لأنه لما صدقه فى الرجعة لم يبق له حق فى منافع بضعها، فأنى يكون إقراراً بما هو خالص حقه، بخلاف الإقرار بالتزويج، فإنه إقرار بذلك، فكان الفرق بينا. (عناية)

(١) بقاء.

(٢) فكأنها أمينة.

(٣) قوله: "ولو كان" أى لو كان الأمر، أو الخلاف على القلب بأن صدقته الأمة، وكذبه المولى. (عينى)

(٤) قوله: "قول المولى" لأن منافع البضع خالص حقه، والزوج يدعيها عليه، وهو ينكره. (عناية)

(٥) بالاتفاق.

(٦) بالتصديق.

(٧) الرجعة.

(٨) أى ملك المتعة للمولى.

(٩) أى فى قولها:قد انقضت عدتى. (عينى)

(١٠) أى بالانقضاء.

(١١) لانقضاء العدة.

(١٢) الواو وصلية.

الرجعة حتى تغتسل، أو يمضى عليها وقت صلاةٍ كامل[١]؛ لأن الحيض لا مزيد له على العشرة، فبمجرد الانقطاع[٢] خرجت من الحيض، فانقضت العدة وانقطعت الرجعة. وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم، فلا بد أن يعتضد الانقطاعُ بحقيقة الاغتسال، أو بلزومِ حكم من أحكام الطاهرات بمضيّ وقت الصلاة[٣]، بخلاف ما إذا كانت[٤] كتابيةً؛ لأنه لا يتوقع فى حقّها إمارة زائدة[٥]، فاكتفى بالانقطاع[٦]، وتنقطع[٧] إذا تيممت[٨] وصلّت[٩] عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهذا استحسان.

وقال محمد: إذا تيممت انقطعت، وهذا قياس؛ لأن التيمم حالَ عدم الماء طهارةٌ مطلقةٌ، حتى يثبت به من الأحكام[١٠] ما يثبت بالاغتسال، فكان بمنزلته[١١]. ولهما أنه مُلَوِّثٌ[١٢] غير مطهرٍ، وإنما اعتُبر[١٣] طهارة

(١) قوله: "كامل" بالرفع؛ لأنه صفة الوقت. (عينى)

(٢) بعد العشرة.

(٣) قوله: "بمضى وقت الصلاة" يعنى أن الوقت إذا مضى صارت الصلاة ينافى ذمتها، وهو من أحكام الطاهرات.(ع)

(٤) المرأة.

(٥) على انقطاع حيضها.

(٦) قوله: "فاكتفى بالانقطاع" أى بمجرد الانقطاع؛ لأنها لا تتكلف بالاغتسال، ولا تجب عليها الصلاة. (ب)

(٧) الرجعة.

(٨) بدل الاغتسال.

(٩) مكتوبة أو تطوعا. (عينى)

(١٠) قوله: "من الأحكام" يريد به دخول المسجد، ومس المصحف، وقراءة القرآن، وإباحة الصلاة، وسجدة التلاوة. (عناية)

(١١) الاغتسال.

(١٢) قوله: "أنه ملوث" [أى حقيقةً لا شرعًا] هذا بحسب الغالب، وإن كان يجوز بالحجر الأملس عند أبى حنيفة، والرمل بالاتفاق، ولا غبار ثمه ولا تلويث. (عينى)

(١٣) شرعًا.

ضـرورة أن لا تتضـاعف الـواجبات[١]، وهـذه الضـرورة تتحقق حال أداء الصلاة، لا فـيمـا قـبلهَا من الأوقـات، والأحكام الثابتـة أيضًا[٢] ضـرورية اقتضائية[٣]، ثم قيل: تنقطع[٤] بنفس الشروع[٥] عندهما[٦]، وقيل: بعد الفراغ[٧]؛ ليتقرر حكم جواز الصّلاة.

وإذا اغتسلت ونسيت شيئًا من بدنها لم يصبه الماء، فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة، وإن كان أقلّ من عضو[٨] انقطعت، قال[٩]: وهذا استحسان. والقياس فى العضو الكامل[١٠] أن لا تبقى الرجعة[١١]؛ لأنها غسلت الأكثر، والقياس فيما دون العضو أن تبقى[١٢]؛ لأن حكم الجنابة

(١) قوله: "ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات" لأنه لو لم يعتبر حتى يجد الماء لكان يمضى أوقات صلوات متعددة، فيحصل الضرر. (عينى)

(٢) قوله: "والأحكام إلخ" هذا جواب عن طرف الخصم؛ لقوله: حتى يثبت به من الأحكام إلخ.(ك)

(٣) قوله: "ضرورية إلخ" يعنى أن ثبوت هذه الأحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم، وأما قراءة القرآن: فلأنها ركن الصلاة، وأما المسجد: فلأنه مكان الصلاة، وأما سجدة التلاوة: فهى من توابع القراءة، فإنه يجوز أن يقرأ فى صلاتها آية السجدة. (عناية)

(٤) الرجعة.

(٥) فى الصلاة.

(٦) أى الشيخين.

(٧) عن الصلاة.

(٨) كالإصبع، وبعض الساعد. (عينى)

(٩) أى المصنف.

(١٠) قوله: "والقياس إلخ" اعلم أن محمدا لم يذكر فى كتبه موضع القياس، هل هو عضو فما فوقه أو هو ما دونه، وروى أنه عند أبى يوسف فى العضو فما فوقه، فإن القياس أن تنقطع الرجعة؛ لأنها غسلت أكثر البدن، وللأكثر حكم الكل، فكأنها أصاب الماء جميع البدن، وفى الاستحسان لا تنقطع؛ لأن العدة باقية لعدم الطهارة. وعند محمد فيما دونه، فإن القياس أن تبقى الرجعة؛ لبقاء الحدث، والاستحسان أن تنقطع؛ لأن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته، فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه. (عناية)

(١١) هذا قياس أبى يوسف.

(١٢) الرجعة، هذا قياس محمد.

والحيض لا يتجزأ. ووجه الاستحسان -وهو الفرق[١]-: أنّ ما دون العضو[٢] يتسارع إليه الجفاف؛ لقلته، فلا يتيقن[٣] بعدم وصول الماء إليه، فقلنا: إنه تنقطع الرجعة، ولا تحل لها التزوّج[٤] أخذًا بالاحتياط فيهما[٥]، بخلاف العضو الكامل[٦]؛ لأنه لا يتسارع إليه الجفاف[٧]، ولا يغفل عنه عادةً فافترقا. وعن أبي يوسف: أن ترك المضمضة و[٨] الاستنشاق كترك عضو كامل[٩]، وعنه وهو قول محمد بمنزلة ما دون العضو[١٠]؛ لأن في فرضيته اختلافًا[١١]، بخلاف غيره من الأعضاء.

ومن طلق امرأته، وهي حامل، أو وولدت منه[١٢]، وقال:

(١) بين العضو الكامل وما دونه.

(٢) إشارة إلى استحسان محمد.

(٣) قوله: "فلا يتيقن [فلعله غسله، وقد جف] إلخ" حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه، بأن منعت قصداً لم تنقطع الرجعة. (عناية)

(٤) بزوج آخر. (عيني)

(٥) أي في انقطاع الرجعة والتزوج.

(٦) إشارة إلى استحسان أبي يوسف.

(٧) قوله: "لأنه لا يتسارع إلخ" فلما لم يكن مبلولا علم أنه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادةً، فلا تنقطع الرجعة. (عناية)

(٨) الواو بمعنى أو. (عناية)

(٩) قوله: "كترك عضو كامل [أي لا تنقطع الرجعة]" وذلك لأن حكم الحيض باقٍ؛ لكونهما فرضين في الجنابة. (عناية)

(١٠) أي تنقطع الرجعة.

(١١) قوله: "لأن في فرضيته اختلافًا" فإن المضمضة والاستنشاق سنتان في الغسل عند مالك والشافعي، فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة، بخلاف غيره من الأعضاء، فإنه لا خلاف لأحد في فرضيته. (عناية)

(١٢) قوله: "أو ولدت منه إلخ" أي ولدت منه، ثم طلقها، وقال: لم أجامعها، ثم أراد الرجعة، فله ذلك، ولا معتبر بقوله: لم أجامعها. (عناية)

لم أجامعها، فله الرجعة[١]؛ لأن الحبل متى ظهر[٢] في مدةٍ يتصور أن يكون منه[٣] جعل منه[٤]؛ لقوله عليه السّلام[٥]: «الولد للفراش»*، وذلك دليل الوطئ منه، وكذا إذا ثبت نسب الولد منه[٦] جُعل واطئًا[٧]، وإذا ثبت الوطئ تأكد الملك، والطلاقُ في ملك متأكد يعقب الرجعة، ويبطل[٨] زعمه بتكذيب الشرع، ألا يرى[٩] أنه يثبت بهذا الوطئ الإحصان، فلأنْ تثبت به الرجعة أولى[١٠]، وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق؛ لأنها لو ولدت بعده، تنقضي العدة بالولادة، فلا تتصور الرّجعة. فإن خلا بها، وأغلق بابًا، أو أرخى سترًا، وقال: لم أجامعها، ثم طلقها لم يملك الرجعة؛ لأن تأكد الملك بالوطئ، وقد أقر[١١] بعدمه،

(١) قوله: "فله الرجعة" فإن قيل: لم أجامعها صريح في عدم الجماع، ودلالة ثبوت النسب لم يكن صريحًا في وجود الجماع، والصريح إذا اجتمع مع غير الصريح أولى. قلنا: الدلالة من الشارع أقوى من الصريح الصادر من العبد؛ لاحتمال الكذب من العبد، وعدم احتماله من الشرع. (كفاية)

(٢) قوله: "متى ظهر إلخ" لأنها إذا كانت حاملا يوم الطلاق، وظهر ذلك بأن ولدت لأقل من ستة أشهر، فصار النسب ثابتًا عنه. (عيني)

(٣) الزوج.

(٤) الزوج.

(٥) أخرجه الأئمة الستة من حديث سعيد بن المسيب. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٥ ص٧٣. (نعيم)

(٦) الزوج.

(٧) لأنه لا يتصور بدونه. (عناية)

(٨) أي قوله: إنه لم يجامعها.

(٩) توضيح لقوله: والطلاق في ملك متأكد إلخ. (عناية)

(١٠) قوله: "أولى" بيان الأولوية أن الرجعة ليست فيها جهة العقوبة أولى، والإحصان له مدخل في وجود العقوبة. (عناية)

(١١) الزوج.

فيصدق[١] في حق نفسه، والرجعةُ حقه[٢]، ولم يصر مكذّبا شرعًا[٣]، بخلاف المهر؛ لأن تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل، لا على القبض، بخلاف الفصل الأول.

فإن راجعها[٤] معناه بعد ما خلا بها، وقال: لم أجامعها، ثم جاءت بولدٍ لأقل من سنتين[٥] بيومٍ صحت تلك الرجعة[٦]؛ لأنه ثبت النسب منه؛ إذ هي لم تقرّ بانقضاء العدة[٧]، والولد يبقى في البطن هذه المدة[٨]، فأنزل واطئًا قبل الطلاق[٩] دون ما بعده؛ لأن على اعتبار الثاني يزول الملك[١٠] بنفس الطلاق؛ لعدم الوطئ قبله[١١]، فيحرم الوطئ،

(١) الزوج.

(٢) الزوج.

(٣) قوله: "ولم يصر مكذبًا إلخ" أى فإن قيل: قد صار مكذبًا شرعًا لوجوب كمال المهر، ولا يجب المهر كاملا إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول. أجاب بقوله: ولم يصر مكذبًا شرعًا؛ لأن تأكد إلخ، ومعناه أنه إنما يصير مكذبًا شرعًا أن لو كان كمال المهر مستلزمًا للقبض، وهو الوطئ، وليس كذلك، وإنما هو مستلزم لتسليم المبدل، وقد حصل بالخلوة الصحيحة؛ إذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم إليه، ويقدر المسلم إليه على أن يقبضه، وقد وجد ذلك، والتسليم غير مستلزم للقبض، فلا يلزم التكذيب، بخلاف الفصل الأول؛ لأن الحمل، وثبوت النسب يستلزم القبض، فيلزم التكذيب. (عناية)

(٤) يعنى وإن كان لا يملكها. (عناية)

(٥) قوله: "لأقل من سنتين" أى من يوم الطلاق لا من يوم الرجعة. (عينى)

(٦) السابقة.

(٧) والمدة تحتمل.

(٨) لأنه لا يمكن ذلك إلا بالدخول.

(٩) قوله: "قبل الطلاق" وإذا كانت موطوءة قبل الطلاق، كان الطلاق بعد الدخول، وذلك يعقب الرجعة، فكانت الرجعة صحيحة. (عناية)

(١٠) لا إلى عدة، أى إنزاله واطئًا فيما بعد الطلاق .

(١١) لأنه أنكره بعد الخلوة. (عناية)

والمسلم لا يفعل الحرام.

فإن قال لها: إذا ولدت فأنت طالق، فولدت ثم أتت بولد آخر، فهى رجعة معناه من بطنٍ آخر، وهو أن يكون بعد ستة أشهر[١]، وإن كان أكثر من سنتين[٢] إذا لم تقر بانقضاء العدة؛ لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول، ووجبت العدة، فيكون الولد الثانى من علوق حادث منه[٣] فى العدة؛ لأنها لم تقر بانقضاء العدة، فيصير مراجعًا.

وإن قال: كلما ولدتِ ولدا، فأنت طالق، فولدت ثلاثة أولاد فى بطون مختلفة، فالولد الأول طلاق، والولد الثانى رجعة، وكذا الثالث؛ لأنها إذا جاءت بالولد الأول وقع الطلاق[٤]، وصارت معتدة، وبالثانى صار مراجعًا؛ لما بينا أنه يجعل العلوق بوطئٍ حادثٍ فى العدة، ويقع الطلاق الثانى بولادة الولد الثانى؛ لأن اليمين معقودة بكلمة كلّما[٥]، ووجبتِ العدة، وبالولد الثالث صار مراجعًا؛ لما ذكرنا[٦]، وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث، ووجبت العدة بالأقراء؛ لأنها من ذوات الحيض[٧]

(١) قوله: "وهو أن يكون إلخ" فإنه إن لم يكن بين الولدين ستة أشهر، فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة، فيكون الطلاق قد وقع بالولد الأول، وانقضت العدة بالولد الثانى، وما تم دليل على أنه وطئها بعد الولد الأول، فلا تثبت الرجعة. (عناية)

(٢) قوله: "وإن [للوصل] كان أكثر إلخ" أى لما كان بين الولدين ستة أشهر لا تفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية فى أقل من سنتين، وبين أن تكون أكثر من ذلك فى ثبوت الرجعة؛ لأن الولد الثانى مضاف إلى علوق حادث لا محالة، وهو بالوطئ بعد الطلاق، فكان رجعة. (عناية)

(٣) الزوج.

(٤) للتعليق.

(٥) قوله: "بكلمة كلما" وهى تقتضى تكرار الجزاء عند تكرار الشرط. (عينى)

(٦) قوله: "لما ذكرنا" إشارة إلى قوله: لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول إلخ. (عينى)

(٧) وذوات الحيض عدتها لاحيض. (عينى)

حين وقع الطلاق. والمطلقة الرجعية[١] تتشوّفُ[٢] وتتزين؛ لأنها حلال للزوج؛ إذ النكاح قائم بينهما[٣]، ثم الرجعة مستحبة، والتزين حامل عليها[٤]، فيكون مشروعًا.

ويستحب لزوجها أن لا يَدخل عليها[٥] حتى يؤذنَها[٦]، أويُسْمِعَها[٧] خَفق[٨] نعليه، معناه[٩] إذا لم تكن من قصده[١٠] المراجعةُ؛ لأنها ربما تكون مجردة، فيقع بصره على موضع[١١] يصير[١٢] به مراجعًا، ثم يطلقها فتطول[١٣] عليها العدة.

وليس له أن يسافر بها[١٤]، حتى يُشهد على رجعتها، وقال زفر: له

(١) لفظ محمد فى "الأصل": والمعتدة من طلاق الرجعة تتشوف لزوجها. (بناية للعينى)

(٢) قوله: "تتشوف" التشوف خاص فى الوجه، والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته أى جعلته مجلواً، ودينار مشوف أى مجلو، وهو أن تجلو المرأة وجهها، وتصقل خديها. (عناية)

(٣) قوله: "قائم بينهما" يدل عليه أن التوارث قائم بينهما، وكذلك جميع أحكام النكاح قائم، ولهذا لو قال: كل امرأة لى طالق، تدخل هذه المطلقة فيه، ويقع عليها الطلاق.

فإن قيل: لو كان النكاح قائما، لجاز أن يسافر بها كالتى فى نكاحه، وليس كذلك، أجيب: بأنه امتنع بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾، فإنه نزل فى الطلاق الرجعى. (عناية)

(٤) رجعة.

(٥) أى على المطلقة الرجعية.

(٦) أى يعلمها بالتنحنح ونحوه.

(٧) حين يدخل على الباب.

(٨) الصوت.

(٩) أى معنى كلام القدورى.

(١٠) الزوج.

(١١) كالفرج.

(١٢) الزوج.

(١٣) فيضر.

(١٤) أى بالمطلقة الرجعية.

ذلك لقيام النكاح، ولهذا له أن يَغْشَاها[١] عندنا. ولنا قوله تعالى: ﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن[٢]﴾ الآية، ولأن تراخى عمل المبطِل[٣] لحاجته إلى المراجعة، فإذا لم يراجعها حتى انقضت المدة، ظهر أنه لا حاجة له، فتبين أن المبطل عمل عملَه من وقت وجوده، ولهذا[٤] تحتسب الأقراء من العدة، فلم يملك الزوج[٥] الإخراج[٦] إلا أن يُشهد على رجعتها، فتبطل العدة، ويتقرر ملك الزوج، وقولُه[٧]: حتى يُشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه[٨].

والطلاق الرجعى لا يحرِّم الوطء، وقال الشافعى: يحرّمه؛ لأن

(١) أى يطأها.

(٢) قوله: "ولا تخرجوهن إلخ" نزلت فى الطلاق الرجعى بالنقل عن أئمة التفسير، أى لا تخرجوهن حتى تنقضى عدتهن "من بيوتهن" من مساكنهن التى تسكنها قبل العدة، وهى بيوت الأزواج، وأضيفت إليهن لاختصاصها بها من حيث السكنى. (عينى)

(٣) قوله: "ولأن تراخى إلخ" دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة، وتقريره: أن تراخى عمل **المبطل**، وهو الطلاق لحاجة الزوج إلى المراجعة، ولا حاجة له إليها، فلا تراخى، أما أن التراخى لذلك، فقد علم مما **تقدم**، وأما عدم حاجته إليها، فلأنه إذا لم يراجعها حتى انقضت المدة، ظهر أنه لا حاجة له إليها.
وفيه نظر لأن كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز إذا انقضت المدة، ولم يراجعها، وأما إذا سافر بها، وهى فى **العدة**، فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك، والكلام فيه.
أجيب: بأنه إنما يرد أن لو كان المراد بالمدة العدة، وأما إذا أريد بها مدة الإقامة فلا يرد، وفيه نظر؛ لأن عمل المبطل أخر إلى انقضاء العدة بالإجماع دون مدة الإقامة. (عناية)

(٤) قوله: "ولهذا" أى لأجل أن عمل المبطل من وقت وجود المبطل، يحتسب الأقراء الماضية قبل انقضاء العدة من المدة، فلو كان عمل المبطل مقتصراً على انقضاء العدة، لما احتسب الأقراء الماضية من العدة. (عينى)

(٥) قوله: "فلم يملك إلخ" أى أن عمل المبطل لما لم يكن مقتصرا على الانقضاء كانت المرأة كالمبتوتة تقديرا، فلا يملك إخراجها كالمبتوتة تحقيقا. (عينى)

(٦) إلى السفر.

(٧) أى قول محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٨) قوله: "على ما قدمناه" يعنى فى أوائل الباب حيث قال: ويستحب أن يشهد على الرجعة إلخ.(ع)

الزوجية زائلة لوجود القاطع، وهو الطلاق.

ولنا أنها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها[١]؛ لأن حقّ الرجعة ثبت نظرًا للزوج؛ ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم، وهذا المعنى[٢] يوجب استبداده به[٣]، وذلك يؤذن بكونه[٤] استدامة[٥]، لا إنشاءً[٦]؛ إذ الدليل ينافيه، والقاطع[٧] أخّر عمله إلى مدةٍ إجماعًا[٨]، أو نظرًا له[٩] على ما تقدم.

فصل فيما تحل به المطلقة[١٠]

وإذا كان الطلاق بائنًا دون الثلاث، فله أن يتزوجها في العدة، وبعد انقضائها؛ لأن حلّ المحلّية[١١] باقٍ؛ لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة[١٢]،

(١) قوله: "حتى يملك مراجعتها من غير رضاها" بالاتفاق، ولو كانت زائلة لكانت أجنبية، فلم تصح المراجعة بدون رضاها. (عناية)

(٢) أى ثبوت حق الرجعة نظرا للزوج.

(٣) قوله: "يوجب استبداده به [أى الرجعة]" إذ لو لم يكن مستبدا به، لما تم النظر؛ لأنه قد لا ترضى المرأة بالرجعة، فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة، واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة، لا إنشاء؛ إذ الدليل الدال على الاستبداد، وهو ما ذكرنا من القياس ينافى أن تكون الرجعة إنشاءً؛ لأن الزوج لا يستبد به، والاستدامة لا تتحقق إلا فى القائم، فكانت الزوجية قائمة. (عناية)

(٤) الرجعة.

(٥) للملك.

(٦) للملك.

(٧) قوله: "والقاطع [معناه أن وجود القاطع لا ينافى قيام الزوجية؛ لأنه أخر عمله إلخ. ع] إلخ" جواب عن دليل الخصم، وهو قوله: الزوجية زائلة؛ لوجود القاطع. (كفاية)

(٨) أى إلى انقضاء العدة.

(٩) قوله: "أو نظرًا له [الزوج]" أى على اعتبار الخلاف على ما تقدم، وهو قوله: لأن حق الرجعة يثبت نظرا للزوج. (كفاية)

(١٠) قوله: "فصل فيما تحل إلخ" لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعى ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات فى فصل على حدة. (عناية)

(١١) وهو كونها آدمية ليست من المحرمات.

فينعدم[١] قبله، ومنع الغير في العدة[٢] لاشتباه النَسب، ولا اشتباه في إطلاقه[٣]. وإن كان الطلاق ثلاثًا في الحرة، أو ثنتين في الأمة لم تحل له[٤]، حتى تنكح زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا، ويدخل بها، ثم يطلقها، أو يموت عنها. والأصل[٥] فيه قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعده حتى تنكح زوجًا غيره﴾، والمرادُ[٦] الطلقة الثالثة والثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرّة؛ لأن الرق منصِّف لحل المحلية[٧] على ما عرف[٨]، ثم الغاية[٩] نكاح الزوج مطلقًا[١٠]، والزوجية المطلقة إنما تثبت بنكاح صحيح. وشرطُ الدخول[١١] ثبت بإشارة النصّ، وهو أن يحمل

(١٢) قوله: "معلق بالطلقة إلخ" لقوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل﴾. (عناية)

(١) الزوال.

(٢) قوله: "ومنع الغير [أي عن العزم على نكاح المعتدة] إلخ" دفع دخل مقدر تقريره أن المنع وارد عن عزم نكاح المعتدة مطلقًا، قال الله تعالى: ﴿و لا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾، فكيف جاز للطالق أن يزوجها في العدة. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٣) قوله: "ولا اشتباه في إطلاقه" أي في تجويز نكاح المعتدة به؛ إذ الاشتباه إنما يكون عند اختلاف المياه، وذلك إنما يكون في معتدة الغير. (عناية)

(٤) أي للزوج الأول.

(٥) أي الدليل.

(٦) أي عند أكثر أهل التأويل بقوله تعالى: ﴿فإن طلقها﴾.

(٧) قوله: "منصف إلخ" إضافة التنصيف إلى الرق مجاز، يعني أن الرقبة سبب لتنصيف حل المحلية؛ لكونه نعمة، والطلقة الواحدة لا تتجزأ فكملت. (عيني)

(٨) في الأصول. (عيني)

(٩) أي بكلمة حتى في قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجًا﴾.

(١٠) قوله: "نكاح الزوج مطلقًا" حيث لم يقيد بصحة، ولا فساد، والمطلق ينصرف إلى الكامل على ما عرف في الأصول، والزوجية المطلقة أي الكاملة إنما إلخ. (عناية)

(١١) أي وطئ الزوج الثاني.

النكاح[١] على الوطئ حملا للكلام على الإفادة[٢] دون الإعادة؛ إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج[٣]، أو يزاد على النص بالحديث المشهور، وهو قوله عليه السّلام[٤]: «لا تحل للأول حتى تذوق عُسَيلة الآخر»* روى بروايات[٥]، ولا خلاف لأحد فيه[٦] سوى سعيد ابن المسيب رضى الله عنه، وقولُه غير معتبر[٧]، حتى لو قضى به[٨] القاضى لا ينفذ، والشرط الإيلاجُ دون الإنزال؛ لأنه كمال ومبالغة فيه[٩]، والكمال قيد زائد[١٠].

والصبى المراهق فى التحليل كالبالغ؛ لوجود الدخول فى نكاح صحيح، وهو الشرط بالنصّ، ومالك يخالفنا فيه[١١]، والحجة عليه

(١) فى الآية.

(٢) والتأسيس أولى من التأكيد.

(٣) فى قوله تعالى: ﴿زوجًا غيره﴾.

(٤) قوله: "وهو قوله عليه السلام إلخ" هذا الحديث رواه الأئمة الستة فى كتبهم من حديث عائشة رضى الله عنها قالت: سئل رسول الله ﷺ عن رجل طلق زوجته، فتزوجت زوجًا غيره، ثم طلقها قبل أن يواقعها، أتحل لزوجها الأول؟ قال: «لا، حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول». (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٦ ص٧٣. (نعيم)

(٥) أى بألفاظ مختلفة.

(٦) أى فى اشتراط الدخول. (عناية)

(٧) قوله: "غير معتبر" لأنه مخالف للحديث المشهور. (ع)

(٨) أى بقول سعيد.

(٩) أى فى الدخول.

(١٠) قوله: "قيد زائد" لا يثبت إلا بدليل، ولا دليل عليه، بل الدليل يدل على عدمه؛ لأنه ذكر العسيلة، وهى تصغير العسلة، وهى كناية عن إصابة حلاوة الجماع، وهى تحصل بالإيلاج، فكان التصغير دالا على عدم الشبع بالإنزال. (عناية)

(١١) قوله: "يخالفنا فيه" أى فى اشتراط الإيلاج دون الإنزال، ويشترط الإنزال، وهو إنما يتحقق من البالغ،

مـا بيناه[١] . وفسّره[٢] فى "الجامع الصغير" : وقال[٣] : غلام لم يبلغ ومثله يجامع ، جامع امرأة وجب عليها الغسل ، وأحلها على الزوج الأول . ومعنى هذا الكلام[٤] أن يتحرّك آلته ويَشتهى[٥] ، وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين ، وهو[٦] سبب لنزول ماءها ، والحاجةُ إلى الإيجاب[٧] فى حَقّها ، أما لا غسل على الصبى[٨] ، وإن[٩] كان يؤمَر به[١٠] تخلُّقًا[١١] .

قال[١٢] : ووطئ المولى أمتَه[١٣] لا يُحلّها ؛ لأن الغاية نكاح الزوج ، وإذا تزوجها بشرط التحليل[١٤] ، فالنكاح مكروه ؛ لقوله عليه السّلام[١٥] : «لعن

فلا يكون الصبى المراهق كالبالغ فى إفادة التحليل. (عناية)

(١) قوله: "ما بيناه" من أن الإنزال كمال ومبالغة فيه، وهو قيد لا دليل عليه. (عناية)

(٢) قوله: وفسره أى محمد ، والضمير راجع إلى المراهق.

(٣) محمد.

(٤) أى كلام محمد. (ب)

(٥) الجماع.

(٦) فأقيم السبب الظاهر مقام السبب الخفى.

(٧) أى إيجاب الغسل.

(٨) لعدم الخطاب.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) الغسل.

(١١) أى اعتيادًا.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "ووطئ المولى أمته إلخ" إذا طلق امرأته ثنتين، وهى أمة الغير، ووطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الأول؛ لأن غاية الحرمة نكاح الزوج، والمولى لا يسمى زوجًا. (عناية)

(١٤) قوله: "وإذا تزوجها إلخ" بأن قال: تزوجتك على أن أحللك، أو قالت المرأة: ذلك. (عناية)

(١٥) أخرجه ابن ماجة. (عينى)

الله المحلّل والمحلل له»*، وهذا هو محمله[٢]، فإن طلقها[٣] بعد وطئها حلت للأول؛ لوجود الدخول فى نكاح صحيح؛ إذ النكاح لا يبطل بالشرط[٤]. وعن أبى يوسف: أنه يفسد النكاح؛ لأنه[٥] فى معنى الموقّت[٦] فيه، ولا يُحِلّها على الأول[٧] لفساده.

وعن محمد: أنه يصح النكاح[٨] لما بينا[٩]، ولا يُحلّها على الأول؛ لأنه استعجل ما أخره الشرع[١٠]، فيجازى بمنع مقصوده، كما فى قتل المورث[١١]. وإذا طلق الحرة تطليقةً، أو تطليقتين، وانقضت عدتها، وتزوجت بزوج آخر، ثم عادت إلى الزوج الأول، عادت بثلاث تطليقات، ويهدم الزوج الثانى[١٢] ما دون الثلاث، كما يهدم الثلاث،

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٣٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٧ ص٧٣. (نعيم)

(٢) قوله: "وهذا هو محمله" أى محمله اشتراط التحليل فى العقد، كما ذكرنا؛ إذ لو أضمر ذلك فى قلبه لم يستحق اللعن، وقيل: معنى قوله: هو محمله الكراهة محمل الحديث لإفساده. (عناية)

(٣) يعنى الذى شرط التحليل.

(٤) ومن شرط التحليل صحة النكاح. (عناية)

(٥) أى النكاح بشرط التحليل.

(٦) كأنه قال: تزوجتك إلى وقت كذا. (عناية)

(٧) أى على الزوج الأوّل. (عناية)

(٨) أى أن النكاح بشرط التحليل.

(٩) قوله: "لما بينا" أن النكاح لا يبطل بالشرط. (عناية)

(١٠) قوله: "لأنه استعجل ما أخره الشرع" لأن النكاح عقد العمر، فيقتضى الحل للأول بعد موت الثانى، فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل. (عناية)

(١١) قوله: "كما فى قتل المورث" أى كما إذا قتل شخص مورثه، فإنه يحرم الميراث؛ لأنه استعجل ما أخره الشرع. (عينى)

(١٢) قوله: "ويهدم الزوج الثانى ما دون الثلاث" يعنى أنه يجعل ذلك الباقى من الملك الأول كان لم يكن، ولا تحرم الحرمة الغليظة إلا إذا طلقها ثلاثًا جميعًا، أو فرادى. (عناية)

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يهدم ما دون الثلاث[1]؛ لأنه غاية للحرمة بالنص[2]، فيكون مُنهيًا، ولا إنهاءَ للحرمة قبل الثبوت. ولهما قوله عليه السلام: «لعن الله المحلّل والمحلّل له» سماه[3] محلّلا، وهو المثبت للحل[4].

وإذ طلّقها ثلاثًا، فقالت: قد انقضت عدتي وتزوجتُ، ودخل بي الزوج[5] وطلّقني، و انقضت عدتي، والمدة تحتمل ذلك، جاز للزوج أن يصدّقها إذا كان في غالب ظنّه أنها صادقة؛ لأنه معاملة[6] أو أمر ديني[7]؛ لتعلق الحلّ به، وقول الواحد فيهما مقبول، وهو[8] غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله، واختلفوا في أدنى هذه المدة، وسنبينها في باب العدة[9].

(١) قوله: "لا يهدم ما دون الثلاث" ويبقى الزوج مالكًا لما يبقى من الأول، وتحرم الحرمة الغليظة إذا انتهى ذلك. (عناية)

(٢) قوله: "لأنه غاية إلخ" يعني أن الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص، قال الله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾ على ما تقدم، وكل ما كان غاية للحرمة، فهو منهٍ لها؛ لأن المغيا ينتهي بالغاية، فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة، ولا إنهاء للحرمة قبل ثبوتها، وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث. (عناية)

(٣) الزوج الثاني.

(٤) قوله: "وهو المثبت للحل" ثم الحل الذي يثبت به، إما أن يكون الحل السابق، أو حلا جديدًا، لا سبيل إلى الأول؛ لاستلزامه تحصيل الحاصل، فتعين الثاني، وبالضرورة يكون غير الأول، والأول حل ناقص، فكان الجديد كاملا، وهو ما يكون بالطلقات الثلاث. (عناية)

(٥) الثاني.

(٦) قوله: "لأنه إلخ" أي لأن النكاح معاملة؛ لكون البضع متقومًا عند الدخول، وإذا كان معاملة، فخبر الواحد مقبول فيها بشرط التمييز كالولايات والمضاربات، والإذن في التجارة. (عيني)

(٧) قوله: "أو أمر ديني لتعلق الحل به" أي بالنكاح، ويقبل قولها فيه أيضًا، كما إذا أخبرت بنجاسة الماء وطهارته أوردت حديثًا. (عيني)

(٨) أي إخبار المرأة.

(٩) قوله: "وسنبينها في باب العدة" وعد ولم يذكرها في باب العدة، وأدنى هذه المدة عند أبي حنيفة شهران إن أقرت بمضي الأقراء، وعندهما تسعة وثلاثون يومًا، كأنه طلقها في الطهر، وحيضها ثلاثة،

باب[١] الإيلاء[٢]

وإذا قال الرجل لامرأته: والله لا أقربك، أو قال: والله لا أقربك أربعة أشهر، فهو مولٍ؛ لقوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربُّص أربعة أشهر﴾ الآية.

فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه، ولزمته الكفارة[٣]؛ لأن الكفارة موجب الحنث، وسقط الإيلاء[٤]؛ لأن اليمين ترتفع بالحنث، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة.

وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي[٥]؛ لأنه[٦] مانعٌ حقَّها في الجماع، فينوب القاضي منابَه في التسريح[٧]، كما في الجُبّ والعنة[٨].

وطهرها خمسة عشر، فيمضي عدتها بطهرين ثلاثين يومًا، وثلاثة أقراء تسعة أيام للإمكان. (كفاية)

(١) قوله: "باب الإيلاء" قال الإنزاري: كان القياس أن يذكر الخلع قبل الإيلاء؛ لأن الخلع نوع من الطلاق، إلا أنه لما كان لغرض تباعد عن الطلاق، فأخر عن الإيلاء، وقدم الخلع على الظهار؛ لأنه منكر من القول وزور، وليس الخلع كذلك، ثم قدم الظهار على اللعان؛ لأن الظهار أقرب إلى الإباحة من اللعان بدليل أن سبب اللعان -وهو القذف بالزناء- لو أضيف إلى غير الزوجة يجب الحد، والموجب للحد معصية محضة. (عيني)

(٢) قوله: "الإيلاء" هو في اللغة: عبارة عن اليمين، يقال: آلى يولي إيلاءً إذا حلف. وفي الشريعة: عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعداً منعاً مؤكداً باليمين. (ع)

(٣) أي كفارة اليمين.

(٤) قوله: "وسقط الإيلاء" على معنى أنه لو مضت أربعة أشهر لا يقع الطلاق. (عناية)

(٥) قوله: "تبين إلخ" أي لا تقع الفرقة بمضي المدة، ولكنه توقف بعد المدة على أن يفيء إليها أو يفارقها، فإن أبى أن يفعل تبين بتفريق القاضي بينهما، فكان التفريق تطليقة بائنة. (عناية)

(٦) الزوج.

(٧) التخليص.

(٨) قوله: "كما في الجب [المجبوب: مقطوع الذكر والخصيتين] والعنة" أي ينوب القاضي منابه في التفريق فيما إذا وجدت زوجها مجبوباً أو عنينا، ووجه القياس دفع الضرر عنها عند فوت الإمساك بمعروف. (عيني)

ولنا أنه ظَلَمَها بمنع حقها[١]، فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة، وهو المأثور* عن عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة[٢] وزيد ابن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين، وكفى بهم قدوةً، ولأنه كان طلاقًا فى الجاهلية[٣]، فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة.

فإن كان حلف على أربعة أشهر[٤]، فقد سقطت اليمين؛ لأنها[٥] كانت موقّتةً به[٦]، وإن كان حلف على الأبد، فاليمين باقية؛ لأنها[٧] مطلقة، ولم يوجد الحنث[٨] لترتفع به، إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج[٩]؛ لأنه لم يوجد منع الحقّ بعد البينونة[١٠].

فإن عاد فتزوجها[١١]، عاد الإيلاء فإن وطئها[١٢]، وإلا وقعت[١٣] بمضى

---

(١) وهو الوطئ فى المدة. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤١، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٨ ص٧٤. (نعيم)

(٢) قوله: "والعبادلة الثلاثة" وهم عند الفقهاء: عبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وعبد الله ابن عمر، وعند المحدثين: هم أربعة: ابن عمرو، وابن عباس، وابن الزبير، وابن عمر، ولم يذكروا فيهم عبد الله ابن مسعود رضى الله عنهم. (عناية)

(٣) قوله: "ولأنه كان طلاقًا فى الجاهلية" على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الإيلاء أبدًا، فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة، فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل، فلا يتوقف على تطليقة، أو تفريق القاضى. (عناية)

(٤) قوله: "فإن كان حلف إلخ" يعنى إذا مضت أربعة أشهر، ولم يقربها، فلا يخلو، إن كان حلف على أربعة أشهر، أو على الأبد، فإن كان الأول فقد سقط اليمين إلخ. (عناية)

(٥) أى اليمين.

(٦) أى بأربعة أشهر.

(٧) أى اليمين.

(٨) فإن لم يطأ.

(٩) هو استثناء من قوله: فاليمين باقية. (عناية)

(١٠) قوله: "لأنه لم يوجد إلخ" إذ لا حق لها فى الجماع بعدها. (عناية)

(١١) قوله: "فتزوجها" أى بعد البينونة بمضى أربعة أشهر بعد انقضاء عدتها. (عناية)

أربعة أشهر تطليقة أخرى ؛ لأن اليمين باقية لإطلاقها[١] ، وبالتزوج ثبت حقُّها ، فيتحقّق الظلم[٢] ، ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء[٣] من وقت التزوج .

فإن تزوجها ثالثًا عاد الإيلاء ، ووقعت بمضى أربعة أشهر أخرى إن لم يَقربها[٤] ؛ لما بيناه[٥] . فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاقٌ ؛ لتقييده[٦] بطلاق هذا الملك ، وهى[٧] فرع مسألة التنجيز الخلافية[٨] ، وقد مر من قبل[٩] . واليمين باقية ؛ لإطلاقِها[١٠] وعدم الحنث ، فإن وطئها كفر عن يمينه ؛ لوجود الحنث ، فإن حلف على أقل[١١] من أربعة أشهر لم يكن موليًا ؛ لقول ابن عباس[١٢] : "لا إيلاء فيما دون

(١٢) فى المدة فبها.

(١٣) تطليقة أخرى.

(١) عن التوقيت.

(٢) فيزال بالطلاق البائن. (عناية)

(٣) أى الإيلاء الثانى.

(٤) فى المدة.

(٥) قوله: "لما بيناه" إن اليمين باقية؛ لإطلاقها، وبالتزوج ثبت حقها، فيتحقق الظلم. (عناية)

(٦) قوله: "لتقيده إلخ" لما ذكرنا أنه بمنزلة التعليق بعدم القربان، وتعليق الطلاق ينحصر فى طلاق ذلك الملك الذى حصل فيه التعليق. (عناية)

(٧) أى هذه المسألة.

(٨) قوله: "مسألة التنجيز إلخ" قال فى "المبسوط": وإذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها، ثم طلقها ثلاثًا، بطل الإيلاء عندنا، خلافًا لزفر؛ لأن الإيلاء طلاق مؤجل، فهو إنما ينعقد على التطليقات المملوكة، ولم يبقَ شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها، وكذلك لو بانت بالإيلاء ثلاث مرات، ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليًا إلا عند زفر. (عناية)

(٩) أى فى باب الأيمان فى الطلاق. (عناية)

(١٠) عن التوقيت.

(١١) بأن قال: والله لا أقربك شهرًا.

(١٢) روى هذا ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (عينى)

أربعة أشهر" *، ولأن الامتناع عن قربانها[٢] فى أكثر المدة بلا مانع، وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه. ولو قال: والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين، فهو مولٍ؛ لأنه جمع بينهما بحرف الجمع[٣]، فصار كجمعه بلفظ الجمع[٤]. ولو مكث يومًا[٥]، ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليًا؛ لأن الثانى إيجاب مبتدئ، وقد صار[٦] ممنوعًا بعد الأولى[٧] شهرين، وبعد الثانية[٨] أربعة أشهر إلا يومًا مكث فيه، فلم تتكامل[٩] مدة المنع[١٠].

ولو قال: والله لا أقربك سنة إلا يومًا لم يكن موليًا، خلافا لزفر، وهو يصرف الاستثناء إلى آخرها؛ اعتبارًا بالإجارة[١١]، فتمت مدة المنع.

ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشىء[١٢] يلزمه،

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٧٩ ص٧٤. (نعيم)

(٢) قوله: "ولأن الامتناع إلخ" تقريره أن الامتناع عن قربانها، أى عن قربان من آلى منها زوجها شهرًا فى أكثر المدة، وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع؛ لأنه ليس فيه يمين، وبمثله أى بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت حكم الطلاق بمضى أربعة أشهر؛ لخلو الزائد عن اليمين، فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر، أو أكثر بلا يمين، فإنه بمضى أربعة أشهر لا يقع شىء. (عناية)

(٣) أى الواو.

(٤) كأنه قال: لا أقربك أربعة أشهر. (ع)

(٥) بعد قوله: والله لا أقربك شهرين.

(٦) الزوج.

(٧) أى بعد اليمين الأولى.

(٨) مضافًا إلى الأولى بقوله: بعد الشهرين الأولين.

(٩) فلا يكون موليًا، بل هما يمينان يلزم بالقربان كفارتان.

(١٠) أربعة أشهر.

(١١) قوله: "اعتبارًا بالإجارة" أى كما لو قال: آجرت دارى هذه سنة إلا يومًا. (عناية)

(١٢) أى الكفارة.

ويمكنه(١) ههنا؛ لأن المستثنى يوم منكر(٢)، بخلاف الإجارة؛ لأن الصرف إلى الآخر(٣) لتصحيحها، فإنها لا تصح مع التنكير(٤)، ولا كذلك اليمين.

ولو قربها في يوم، والباقي(٥) أربعة أشهر، أو أكثر، صار موليًا لسقوط الاستثناء، ولو قال -وهو(٦) بالبصرة-: والله لا أدخل الكوفة، وامرأته(٧) بها لم يكن موليًا؛ لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج(٨) من الكوفة. قال(٩): ولو حلف(١٠) بحج(١١)، أو بصوم، أو بصدقة، أو عتق، أو طلاق، فهو مولٍ؛ لتحقق المنع(١٢) باليمين، وهو ذكر الشرط والجزاء، وهذه الأجزيةُ مانعةٌ لما فيها من المشقة، وصورة الحلف بالعتق(١٣) أن يعلق بقربانها عتقَ عبده، وفيه خلاف أبي يوسف، فإنه يقول:

---

(١) القربان.

(٢) قوله: "يوم منكر" فما من يوم يمر عليه بعد يمينه إلا ويمكنه بأن يجعله اليوم المستثنى، فيقربها فيه من غير شيء يلزمه، ولا يجوز صرفه إلى آخر السنة؛ لأنه معين، فكان تغيير الكلام من المنكر إلى المعين بغير حاجة؛ لأن الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين. (عناية)

(٣) أي إلى آخر السنة.

(٤) للجهالة.

(٥) من السنة.

(٦) الواو حالية.

(٧) الواو للحال.

(٨) بوكيله أو نائبه.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) بذكر الشرط والجزاء.

(١١) قوله: "بحج" إن قربتك، فعلي حج البيت، أو بصوم بأن قال: إن قربتك، فعلي صوم سنة، أو بصدقة، أو عتق بأن قال: إن قربتك، فعلي عتق رقبة، أو طلاق بأن قال: إن قربتك، فضرتك طالق. (عيني)

(١٢) عن القربان.

(١٣) قوله: "وصورة الحلف إلخ" إنما عين بيان صورة الحلف بقربان أمرأته بعتق عبده؛ لأن فيه خلافًا لأبي

يمكنه البيع[١]، ثم القربان[٢]، فلا يلزمه شيء[٣]. وهما يقولان: البيع موهوم[٤]، فلا يمنع المانعية[٥] فيه[٦]، والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقَها، أو طلاق صاحبتها[٧]، وكل ذلك مانع[٨]. وإن آلى من المطلقة الرجعية، كان موليا، وإن آلى من البائنة لم يكن موليًا؛ لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية، ومحلُّ الإيلاء من تكون من نساءنا بالنص[٩]، فلو انقضت العدة[١٠] قبل انقضاء مدة الإيلاء[١١]، سقط الإيلاء لفوات المحلية.

ولو قال لأجنبية: والله لا أقربكِ وأنت علي كظهر أمي، ثم تزوجها، لم يكن موليًا، ولا مظاهرًا؛ لأن الكلام في مخرجه وقع باطلا؛ لانعدام المحلية[١٢]، فلا ينقلب صحيحًا بعد ذلك، وإن قربها كفر؛ لتحقق الحنث؛

يوسف. (عناية)

(١) أي بيع عبده.

(٢) بالزوجة.

(٣) من الكفارة.

(٤) يحتمل أن يوجد، وأن لا يوجد.

(٥) قوله: "فلا يمنع المانعية [من القربان] إلخ" لكن إن باع العبد سقط الإيلاء عنه؛ لأنه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء، فإن اشتراه يلزمه الإيلاء من وقت الشراء؛ لأنه صار بحال لا يملك قربانها إلا بعتق يلزمه. (عناية)

(٦) أي في الإيلاء.

(٧) وفي نسخة: ضرتها.

(٨) من القربان.

(٩) أي ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾.

(١٠) أي عدة الطلاق الرجعي.

(١١) أربع عشرة.

(١٢) إذ المحل نساءنا بالنص. (عناية)

إذ اليمين منعقدة فى حقّه[١] . ومدة إيلاء الأمة شهران ؛ لأن هذه مدة[٢] ضربت أجلا للبينونة ، فتتنصف بالرق كمدة العدة[٣] ، وإن كان المولى مريضًا[٤] لا يقدر على الجماع ، أو كانت مريضة ، أو رتقاء[٥] ، أو صغيرة لا تجامَع ، أو كانت بينهما مسافة[٦] لا يقدر أن يصل إليها فى مدة الإيلاء ، ففيئه أن يقول بلسانه : فئتُ إليها فى مدة الإيلاء ، فإن قال ذلك : سقط الإيلاء . وقال الشافعى : لا فىء إلا بالجماع ، وإليه ذهب الطحاوى ؛ لأنه لو كان فيئًا لكان حنثًا[٧] . ولنا أنه[٨] آذاها بذكر المنع[٩] ، فيكون إرضاءها بالوعد باللسان ، وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق .

ولو قدر على الجماع فى المدة[١٠] ، بطل ذلك الفىء ، وصار فيئه

(١) قوله: "فى حقه" أى فى حق الحنث؛ لأن اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسًا، ولا يعتمد حله ولا حرمته، ألا يرى أنه لو قال: لأشربن الخمر فى هذا اليوم، ومضى اليوم، ولم يشرب حنث، وإن كان الفعل حرامًا محضًا. (عناية)

(٢) أى فى مدة الإيلاء.

(٣) فإن عدتها حيضتان، وعدة الحرة ثلاثة قروء.

(٤) وآلى وهو مريض.

(٥) قوله: "أو رتقاء" أى بنية الرتق يعنى لم يكن لها خرق إلا المبال. (عينى)

(٦) كأربعة أشهر، أو فوقها.

(٧) قوله: "لكان حنثًا" لأن الفىء يستلزم حكمين: وجوب الكفارة، وانتفاء الفرقة، ثم الفىء باللسان لا يعتبر فى أحد الحكمين، وهو الكفارة، فكذلك فى الآخر. (عناية)

(٨) الزوج.

(٩) قوله: "آذاها بذكر المنع" لأن الزوج إذا كان عاجزا عن الجماع حال الإيلاء، لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها فى الجماع؛ إذ لا حق لها فيه حينئذ، وإنما قصده الإيحاش باللسان، ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان، وإذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم؛ لأن التوبة بحسب الجناية، فلا يجازى بالطلاق، ولا يلزم من كونه فيئًا على هذا الوجه أن يجب الكفارة؛ لأنها جزاء الحنث، والحنث لا يتحقق بالفىء باللسان. (عناية)

(١٠) بعد الفىء باللسان.

بالجماع؛ لأنه قدر على الأصل(١) قبل حصول المقصود بالخلف(٢).

وإذا قال لامرأته: أنت عليَّ حرام، سئل عن نيته، فإن قال: أردت الكذب، فهو كما قال(٣)؛ لأنه نوى حقيقة كلامه. وقيل(٤): لا يصدق فى القضاء(٥)؛ لأنه يمين ظاهراً(٦)، وإن قال: أردتُ الطلاق، فهى تطليقة بائنة(٧) إلا أن ينوى الثلاث(٨)، وقد ذكرناه فى الكنايات.

وإن قال: أردت الظهارَ فهو ظهار، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: ليس بظهار؛ لانعدام التشبيه بالمحرّمة(٩)، وهو الركن فيه، ولهما أنه أطلق الحرمة(١٠)، وفى الظهار نوع حرمة، والمطلق يحتمل المقيد. وإن قال: أردت التحريمَ، أو لم أرد به شيئًا، فهو يمين(١١) يصير به موليًا؛ لأن الأصل فى تحريم الحلال إنما هو يمين

(١) جماع.

(٢) أى الفيء باللسان.

(٣) قوله: "فهو كما قال" أى لا يقع الطلاق، ولا يكون إيلاء، ولا ظهاراً؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن المرأة كانت حلالا له، فقوله: أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع، فيكون كذبًا. (عناية)

(٤) القائل: الكرخى.

(٥) فى إبطال الإيلاء.

(٦) لكونه تحريم الحلال.

(٧) قوله: "فهى تطليقة بائنة" إن لم ينو شيئًا من العدد، أو نوى واحدة، أو ثنتين. (عناية)

(٨) فإنه من الكنايات. (عناية)

(٩) أى تشبيه المحللة.

(١٠) قوله: "أطلق الحرمة" وهى تحتمل أنواعًا، والظهار نوع منها، فيكون من محتملات مطلق الحرمة، ومن نوى محتمل كلامه صدق. (عناية)

(١١) قوله: "فهو يمين إلخ" فإن قربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالإيلاء. (عناية)

عندنا[١]، وسنذكره في الأيمان إن شاء الله . ومن المشايخ[٢] من يصرف[٣] لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف، والله أعلم بالصّواب .

باب[٤] الخلع[٥]

وإذا تشاق[٦] الزوجان، وخافا أن لا يقيما حدودَ الله[٧]، فلا بأس بأن تفتدى نفسها منه بمالٍ يخلعها[٨] به؛ لقوله تعالى: ﴿فلا جناح[٩] عليها فيما افتدت به﴾. فإذا فعلا ذلك، وقع بالخلع تطليقة بائنة، ولزمها المال؛ لقوله عليه السلام[١٠]: «الخلع تطليقة بائنة»* ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات[١١]، والواقع بالكنايات بائن إلا أن ذكر المال[١٢] أغنى عن

(١) قوله: "إنما هو يمين عندنا" لقوله تعالى: ﴿يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك﴾ إلى قوله: ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾. (عناية)

(٢) كأبى بكر الإسكاف، وأبى جعفر الهندواني.

(٣) قوله: "من يصرف إلخ" لأن العادة جرت بين الناس فى زماننا هذا إنهم يريدون الطلاق بهذا، وقال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ. (عينى)

(٤) قوله: "باب الخلع" أخر الخلع عن الإيلاء لمعنيين: أحدهما: أن الإيلاء لتجرده عن المال، كان أقرب إلى الطلاق، بخلاف الخلع، فإن فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة.

(٥) قوله: "الخلع [هو فى الشريعة: عبارة عن أخذ مال المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع. عناية]" بالفتح النزع، يقال: خلع ثوبه عن بدنه أى نزع، وخالعت زوجها إذا افتدت منه بمالها، والاسم الخلع بالضم. (ك)

(٦) أى تخاصما، وصار كل منهما فى شق أى فى جانب. (عناية)

(٧) أى ما يلزمها من حقوق الزوجة.

(٨) الزوج.

(٩) قوله: "فلا جناح [أى فلا جناح]" على الرجل فيما أخذ، ولا على المرأة فيما أعطت، سمى الله تعالى ما أعطته فداء من فداه من الأسر؛ إذ استنقذه لما أن النساء عوان عند الأزواج بالحديث، فكان المال الذى يعطى فى تخليصهن فداء. (عناية)

(١٠) رواه الدارقطنى عن ابن عباس. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٠ ص٧٥. (نعيم)

(١١) قوله: "حتى صار من الكنايات" فإذا قال: خالعتك، ولم يذكر العوض، ونوى به الطلاق وقع.(ع)

النية هنا، ولأنها لا تتسلم المال إلا لتسلم لها نفسها، وذلك بالبينونة.

وإن كان النشوز من قبله[١]، يكره له أن يأخذ منها عوضًا؛ لقوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾[٢] إلى أن قال: ﴿فلا تأخذوا منه شيئًا﴾، ولأنه أوحشها بالاستبدال، فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال، وإن كان النشوز منها[٣]، كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها[٤]. وفي رواية "الجامع الصغير": طاب الفضل أيضًا[٥]؛ لإطلاق ما تلونا بدءً[٦]، ووجهُ الأخرى[٧] قوله عليه السلام[٨] في امرأة ثابت بن قيس ابن شماس*، أما الزيادة فلا[٩]، وقد[١٠] كان النشوز منها.

---

(١٢) قوله: "إلا أن إلخ" أي فإن قيل: لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا، وليست بشرط، أجاب عنه بقوله: إلا أن إلخ. (عناية)

(١) قوله: "وإن كان النشوز إلخ" يقال: نشزت المرأة على زوجها، فهي ناشزة إذا استعصت عليه وأبغضته، وعن الزجاج: النشوز يكون من الزوجين، وهو كراهة كل منهما صاحبه. (عناية)

(٢) ﴿وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا﴾ إلخ.

(٣) هذه رواية طلاق الأصل. (عيني)

(٤) وهو مقدار المهر.

(٥) أي الفضل على مقدار مهرها. (عيني)

(٦) قوله: "لإطلاق ما تلونا بدءً" أي أولا يعني قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾، فإنه لا يفصل بين الفضل وغيره. (عناية)

(٧) أي رواية الأصل.

(٨) قوله: "قوله عليه السلام إلخ" أخرجه الدارقطني في "سننه" عن حجاج عن ابن جريج قال: أخبرني أبو الزبير بن ثابت بن قيس بن شماس، كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول، وكان أصدقها حديقته فكرهته، فقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي ﷺ أما الزيادة فلا ولكن حديقته فأخذها وخلى سبيلها»، انتهى. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٨١ ص٧٥. (نعيم)

(٩) قوله: "أما الزيادة فلا" فدل الحديث على الكراهة في أخذ الفضل. (عيني)

(١٠) الواو حالية.

ولو أخذ الزيادة[١] جاز في القضاء، وكذلك[٢] إذا أخذ[٣]، والنشوز[٤] منه؛ لأن مقتضى ما تلوناه[٥] شيئان: الجواز حكمًا والإباحةُ، وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض، فبقي معمولا في الباقي.

وإن طلقها على مال[٦]، فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال؛ لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيزًا أوتعليقًا، وقد علّقه بقبولها[٧]، والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها، وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه، وإن[٨] لم يكن مالا كالقصاص[٩]، وكان الطلاق بائنًا لما بينا[١٠]، ولأنه معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد البدلين[١١]، فتملك[١٢] هي الآخر[١٣]،

---

(١) على المهر.

(٢) أى جاز.

(٣) أى الزيادة.

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "لأن مقتضى ما تلوناه" قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ شيئان: الجواز حكما أى جواز أخذ الزيادة فى القضاء. والإباحة أى إباحة الزيادة، والإباحة ضد الكراهة، وقد ترك العمل فى حق الإباحة لمعارض، وهو قوله ﷺ: «أما الزيادة فلا»، فبقى معمولا فى الباقى، وهو الجواز، وفيه بحث فإن الحديث خبر واحد، وهو لا يعارض الكتاب؟والجواب أن المعارض الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾ إلى قوله: ﴿فلا تأخذوا منه شيئًا﴾، والكتاب يجوز أن يعارض الكتاب، وإذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده أن يعارض بالخبر، فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب، فكانت جائزة.(ع)

(٦)مثل إن قال: أنت طالق بألف درهم، أو على ألف درهم. (عناية)

(٧) قوله: "وقد علقه بقبولها" بدلالة مقام المعاوضة، فإن الحكم يتعلق فيه بالقبول. (عناية)

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "كالقصاص" فإنه ليس بمال، فجاز أخذ العوض عنه، والجامع وجود الالتزام من أهله.(ب)

(١٠) قوله: "لما بينا" إنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها. (عناية)

(١١) المال.

(١٢) الزوجة.

(١٣) أى البدل الآخر.

وهو النفس تحقيقًا للمساواة.

قال[١]: وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم[٢] على خمر، أو خنزير، أو ميتة، فلا شيء للزوج، والفرقة بائنة، وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعيًا، فوقوعُ الطلاق في الوجهين[٣] للتعليق بالقبول، وافتراقهما[٤] في الحكم؛ لأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع، وهو كناية[٥]، وفي الثاني الصريحَ، وهو يعقب الرجعة، وإنما لم يجب للزوج شيء عليها؛ لأنها ما سَمَّتْ مالا متقومًا حتى تصير غارّةً له، ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمّى للإسلام[٦]، ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام. بخلاف ما إذا خالع على خلٍّ بعينه، فظهر أنه خمر[٧]؛ لأنها سمّت مالا، فصار مغرورًا، وبخلاف ما إذا كاتب، أو أعتق على خمر[٨] حيث تجب قيمة العبد؛ لأن ملك المولى فيه متقوم[٩]، وما رضي بزواله مَجَّانًا[١٠]. أما ملك البُضع في حالة الخروج غير متقوم[١١] على

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) المرأة.

(٣) قوله: "فوقوع الطلاق في الوجهين" أي بطلان العوض في الخلع، وبطلان العوض في الطلاق للتعليق بالقبول، أي لأجل تعليق الطلاق بقبول المرأة، وقد قبلت. (عيني)

(٤) بالبينونة والرجعة.

(٥) قوله: "وهو كناية" كما تقدم، والواقع بها بائن؛ إذا لم تكن من الألفاظ الثلاثة، وهذه اللفظة ليست منها. (عناية)

(٦) قوله: "للإسلام" أي لامتناع المسلم عن تسلميه وتسلمه. (عناية)

(٧) قوله: "فظهر أنه خمر" فإنه يلزم عليها رد المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة، وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط؛ لأنها سمت مالا، وغرته بذلك، فكانت ضامنة؛ لأن التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان. (عناية)

(٨) ولو كانت الكتابة على ميتة، أودم، فالكتابة باطلة حتى لو أدى لم يعتق، ولايجب القيمة. (ع)

(٩) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب. (عناية)

(١٠) قوله: "وما رضي بزواله مجانا" فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه، لزمته قيمة المبدل، وهو

ما نذكر[1] وبخلاف النكاح[2]؛ لأن البضع[3] في حالة الدخول متقوم، والفقه أنه شريف، فلم يشرع تملكه إلا بعوض؛ إظهاراً لشرفه، فأما الإسقاط[4] فنفسه شريف[5]، فلا حاجة إلى إيجاب المال.

قال[6]: وما جاز أن يكون مهراً[7] جاز[8] أن يكون بدلا في الخلع؛ لأن ما يصلح عوضًا للمتقوم[9] أولى أن يصلح لغير المتقوم[10]، فإن قالت له: خالِعنى على ما في يدى فخالعها، ولم يكن في يدها شيء، فلا شيء عليها؛ لأنها لم تغرّه بتسمية المال[11]. وإن قالت: خالِعنى على ما في يدى من مال فخالعها، فلم يكن في يدها شيء ردّت عليه مهرها؛ لأنها لما سمَّت مالا لم يكن الزوج راضيًا بالزوال إلا بعوضٍ، ولا وجه إلى

الرقبة المتقومة. (عناية)

(١١) فلا يلزمها شيء. (عناية)

(١) بعيد هذا بقوله: والفقه. (عناية)

(٢) قوله: "وبخلاف النكاح إلخ" أشار به إلى الفرق بينه وبين الخلع، حيث يصح النكاح، ويجب مهر المثل، ويصح الخلع، ولا يجب شيء. (عينى)

(٣) أى على خمر، أو دم.

(٤) أى إسقاط ملك الزوج عن البضع.

(٥) قوله: "فنفسه شريف" قال السغناقى: فنفسه شرف أى شرف المرأة حيث تعود مالكيته على نفسها من كل وجه كما كانت، فلذلك لم يجب على الزوج شيء. (عينى)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "وما جاز أن يكون إلخ" وإنما لم يذكر عكسه حيث لم يقل: وما لا يجوز أن يكون مهراً، لا يجوز أن يكون بدلا في الخلع؛ لأن من الأشياء ما لا يصلح للمهر، ويصلح لبدل الخلع كدرهم إلى تسعة دراهم. (ب)

(٨) إجماعًا.

(٩) البضع.

(١٠) إسقاط ملك البضع.

(١١) قوله: "لأنها لم تغره إلخ" لأن كلمة ما عامة تتناول المال وغيره. (عناية)

إيجاب المسمى، وقيمته للجهالة[١] ولا إلى[٢] قيمة البضع أعني مهر المثل؛ لأنه غير متقوم حالة الخروج، فتعين إيجاب ما قام به على الزوج[٣]؛ دفعًا للضرر عنه.

ولو قالت: خالِعني على ما في يدي من دراهم، أو من الدراهم، ففعل، فلم يكن في يدها شيء، فعليها ثلاثة دراهم؛ لأنها سمّت الجمع، وأقلّه ثلاثة، وكلمةُ من ههنا[٤] للصلة[٥] دون التبعيض؛ لأن الكلام يختل بدونه[٦]. وإن اختلعت على عبد لها آبقٍ على أنها بريئة من ضمانه[٧] لم تبرأ، وعليها تسليمُ عينه إن قدرت، وتسليم قيمته إن عجزت؛ لأنه[٨] عقد المعاوضة، فيقتضي سلامةَ العوض، واشتراطُ البراءة عنه[٩] شرط فاسد[١٠] فيبطل، إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة، وعلى هذا النكاح[١١].

(١) قوله: "للجهالة" أي بجهالة المسمى، وإذا كان المسمى مجهولا كانت القيمة أكثر جهالة.(ع)

(٢) أي لا وجه إلى.

(٣) وهو المهر.

(٤)قوله: "وكلمة من ههنا للصلة" أي البيان دون التبعيض؛ لأن الكلام يختل بدونه أي بدون "من" لأنها لو قالت: خالعني على ما في يدي دراهم، كان الكلام مختلا، فكان صلة، ويبقى لفظ الجمع، فيلزمها ثلاثة دراهم. (عيني)

(٥)قوله: "للصلة" كأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين. (عناية)

(٦) قوله: "يختل بدونه" كل موضع يصح الكلام بدونه يكون للتبعيض، كما في مسألة الجامع إن كان في يدي من الدراهم فعبدي حر، وفي كل موضع يختل الكلام بدونه، كما في مسألة الجامع يكون صلة؛ لأن قوله: خالعني على ما في يدي دراهم بدون من يكون مختلا؛ لأن الموضع للتبيين، فحذف من ههنا يخل بالمقصود. بخلاف مسألة الجامع فإن الكلام فيها لا يختل بدونه، فإذا ذكر يجعل للتبعيض؛ ليحصل فائدة جديدة.(ك)

(٧) قوله: "على أنها بريئة من ضمانه" يعني أن لا تطالب بتحصيله وتسليمه، بل إن حصل تسلمه إليه، و إلا فلا شيء عليها. (عناية)

(٨) الخلع.

(٩) العوض.

(١٠) لأنه لا يقتضي العقد. (عناية)

(١١)قوله: "وعلى هذا النكاح" يعني إذا تزوج امرأة على عبد آبق على أنه بريئ من ضمانه لم يبرأ، وعليه

وإذا قالت: طلّقني ثلاثًا بألف، فطلقها واحدة، فعليها ثلث الألف؛ لأنها لما طلبت الثلاث بألف، فقد طلبت كلَّ واحدة بثلثِ الألف، وهذا لأن حرف الباء تصحب الأعواض، والعوض ينقسم على المعوض، والطلاق[1] بائن لوجوب المال.

وإن قالت: طلّقني ثلاثًا على ألف، فطلقها واحدة[2]، فلا شيء عليها عند أبي حنيفة، ويملك الرجعة. وقالا: هي واحدة بائنة بثلث الألف؛ لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات[3]، حتى إن قولهم: احمل هذا الطعام بدرهم، أو على درهم سواءٌ، وله أن كلمة على للشرط[4]، قال الله تعالى: ﴿يُبَايِعنَكَ عَلَى[5] أَنْ لا يُشْرِكْنَ بِاللهِ شَيْئًا﴾، ومن قال[6] لامرأته: أنتِ طالق على أن تدخل الدار كان شرطًا، وهذا لأنه[7] للملزوم حقيقةً، واستعير للشرط؛ لأنه يلازم الجزاء[8]، وإذا كان للشرط، فالمشروط لا يتوزع[9] على أجزاء الشرط، بخلاف الباء؛ لأنه

تسليم عينه إلخ. (عناية)

(١) الواقع.

(٢) وقع طلاق رجعي. (عناية)

(٣) قوله: "بمنزلة الباء إلخ" وإذا كان معاوضة، وكلمة على بمنزلة الباء انقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض. (عناية)

(٤) قوله: "كلمة على للشرط" أي يستعمل للشرط؛ لأن أصلها اللزوم، فاستعير للشرط؛ لأنه يلازم الجزاء.(ك)

(٥) أي بشرط عدم الإشراك. (عناية)

(٦) قوله: "ومن قال" هذه المسألة للاستشهاد على أن "على" للشرط، وليست هي بمسألة ابتدائية.(ب)

(٧) أي لأن حرف على.

(٨) فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم. (عناية)

(٩) قوله: "لا يتوزع" على صيغة المجهول يقال: توازعوا إذا اقتسموا على أجزاء الشرط؛ لأن المشروط لا يوجد إلا عند وجود الشرط، والشرط عبارة عن جميع الأجزاء، فلا يقع جزء من المشروط بوجود جزء من

للعوض على ما مر[١]، وإذا لم يجب المال[٢] كان[٣] مبتدأ[٤]، فوقع الطلاق، ويملك الرجعة.

ولو قال الزوج: طلقى نفسكِ ثلاثًا بألف، أو على ألف، فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء؛ لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا ليسلم الألف كلها، بخلاف قولها: طلّقنى ثلاثًا بألف[٥]؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألفٍ كانت ببعضها[٦] أرضى. ولو قال: أنتِ طالق على ألف فقبلت، طلقت، وعليها الألف، وهو كقوله: أنتِ طالق بألف، ولا بد من القبول فى الوجهين[٧]؛ لأن معنى قوله: بألف بعوض ألفٍ يجب لى عليك، ومعنى قوله: على ألف، على شرط ألفٍ، يكون لى عليك، والعوضُ لا يَجب بدون قبوله[٨]، والمعلّقُ بالشرط لا ينزل قبل وجوده، والطلاقُ بائن؛ لما قلنا[٩]. ولو قال لامرأته: أنت طالق، وعليكِ ألف، فقبلت، أو قال لعبده: أنتَ حر وعليكَ ألف، فقبل عتق العبد، وطلقت المرأة، ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة، وكذا إذا لم يقبلا.

الشرط؛ لعدم وجود الشرط. (عينى)

(١) قوله: "على ما مر" أراد به قوله: لأن حرف الباء تصحب الأعواض. (عناية)

(٢) قوله: "وإذا لم يجب المال" أى فى المسألة المذكورة، وهى قولها: طلقنى ثلاثًا على ألف إلخ. (ب)

(٣) الطلاق.

(٤) أى غير مبنى على سؤالها. (عناية)

(٥) فطلقها واحدة يقع واحدة بائنة. (عينى)

(٦) الألف.

(٧) أى على ألف، أو بألف.

(٨) عوض.

(٩) قوله: "لما قلنا" يعنى فى أول هذا الباب من الحديث، وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الخلع تطليقة بائنة»، ومن المعقول، وهو قوله: ولأنها لا تتسلم المال إلا لتسلم لها نفسها. (عناية)

وقالا: على كل واحد منهما الألفُ إذا قبل[١]، وإذا لم يقبل، لا يقع الطلاق والعتاق، لهما أن هذاالكلام[٢] يستعمل للمعاوضة[٣]، فإن قولهم: احمل هذا المتاعَ ولكَ درهمٌ بمنزلة قولهم: بدرهم.

وله أنه[٤] جملة تامة، فلا ترتبط بما قبله إلا بدلالة[٥]؛ إذ الأصل فيها الاستقلال، ولا دلالةَ؛ لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال، بخلاف البيع والإجارة؛ لأنهما لا يوجدان دونه[٦]. ولو قال: أنتِ طالق على ألف على أني بالخيار، أو على أنكِ بالخيار ثلاثة أيام[٧] فقبلت[٨]، فالخيار باطل[٩] إذا كان للزوج، وهو جائز إذا كان للمرأة، فإن ردت الخيار في الثلاث[١٠] بطل[١١]، وإن لم ترد[١٢] طلقت، ولزمها الألف، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: الخيار باطل في الوجهين[١٣]، والطلاق واقع، وعليها ألف

(١) المال.

(٢) أى وعليك ألف.

(٣) قوله: "للمعاوضة" والخلع معاوضة، فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة، كأنه قال: أنت طالق بألف درهم، فقبلت. (عناية)

(٤) أى عليك ألف.

(٥) أى بدليل.

(٦) قوله: "لأنهما لا يوجدان دونه" أى دون المال؛ لكونهما معاوضة محضة، فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلا. (عناية)

(٧) طلقت. (عناية)

(٨) قالت: قبلت. (عينى)

(٩) والطلاق واقع. (عينى)

(١٠) سه روز.

(١١) أى الطلاق. (عناية)

(١٢) قوله: "وإن لم ترد" أى إن أجازت الطلاق، ولم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق. (عناية)

(١٣) قوله: "في الوجهين" أى فيما إذا كان الخيار من جانبها، أو من جانبه. (عينى)

درهم؛ لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد[١]، لا للمنع من الانعقاد، والتصرفان[٢] لا يحتملان الفسخ من الجانبين[٣]؛ لأنه[٤] في جانبه يمينٌ، ومن جانبها شرطها. ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع[٥]، حتى يصح رجوعُها[٦]، ولا يتوقف[٧] على ما وراء المجلس، فيصح اشتراط الخيار فيه. أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعُه[٨]، ويتوقف على ما وراء المجلس، ولا خيار في الأيمان، وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق[٩].

ومَن قال لامرأته: طلقتكِ أمسِ على ألف درهم فلم تقبلي، فقالت: قبلتُ، فالقول قول الزوج، ومَن قال لغيره: بعت منكَ هذا العبد بألف درهم أمسِ، فلم تقبل، فقال: قبلت، فالقول قول المشتري.

(١) ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا. (عناية)

(٢) يعني إيجاب الزوج، وقبول المرأة. (عناية)

(٣) قوله: "من الجانبين" أما من جانبه فلأنه يمين؛ لأنه ذكر الشرط والجزاء معنى، واليمين لا يقبل الفسخ، وأما من جانبها فلأن قبول المرأة شرط تمام اليمين، فإن يمين الزوج يتم بقبول المرأة، فأخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ. (عناية)

(٤) الخلع.

(٥) لأنه تمليك مالٍ بعوض. (عيني)

(٦) قوله: "حتى يصح" يعني اگر ابتدا از جانب زن باشد باين طور كه بگويد كه طلاق بده مرا بعوض هزار باين شرط كه خيار سه روزست مرا يا ترا بعد ازان رجوع نمايد پيش از قبول شوهر صحيح است رجوع آن. (ترجمة)

(٧) أي لو قامت من المجلس بطل. (عناية) يعني اگر برخيزد ازمجلس پيش از قبول شوهر پس آن باطل مى گردد. (ترجمه)

(٨) عنه.

(٩) قوله: "مثل جانبها إلخ" يعني يصح الخيار من العبد، إذا خيره في الإعتاق على مال، كما يصح الخيار في الخلع من جانب المرأة. (عناية)

ووجه الفرق[١] أن الطلاق بالمال يمينٌ من جانبه[٢]، فالإقرار به[٣] لا يكون إقرارًا[٤] بالشرط[٥] لصحته بدونه[٦]، أما البيع فلا يتم إلا بالقبول[٧]، والإقرارُ به إقرار بما لا يتم إلا به، فإنكاره[٨] القبول[٩] رجوعٌ منه[١٠]. قال[١١]: والمبارأة[١٢] كالخلع كلاهما يُسقِطان[١٣] كلّ حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح[١٤] عند أبي حنيفة.

(١) قوله: "ووجه الفرق" أي بين المسألتين: مسألة الطلاق، ومسألة البيع. (عيني)

(٢) قوله: "يمين من جانبه" فإنه تعليق للطلاق بقبولها المال، ولهذا لا يصح الرجوع عنه. (عناية)

(٣) أي باليمين.

(٤) ليصح قوله: فلم تقبل.

(٥) أي بوجود الشرط.

(٦) أي لصحة اليمين بدون الشرط.

(٧) ولهذا يملك الرجوع قبل القبول. (عناية)

(٨) بقوله: فلم تقبل.

(٩) فالقول ليس قوله.

(١٠) فلا يسمع.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "والمبارأة" من بارأ شريكه أي أبرأ كل واحد منهما صاحبه، وهي بالهمزة، قال في "المغرب": ترك الهمز خطأ. (عيني)

(١٣) قوله: "كلاهما يسقطان إلخ" فلو كان مهرها ألفا، فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها، فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة.

وفي قولهما: ترجع عليه بأربعمائة درهم، ولو كان قبضت ألفا، ثم اختلعت بمائة درهم، لم يكن للزوج غير المائة في قوله: وعندهما يرجع عليها إلى تمام النصف. وإذا خالعها على مال مسمّى، معلوم، معروف، سوى الصداق، فإن كانت المرأة مدخولا بها، والمهر مقبوض، فإنها تسلم إلى الزوج بدل الخلع، ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشيء، وإن كان المهر غير مقبوض، فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الخلع، ولا ترجع عليه بشيء من المهر عند أبي حنيفة، خلافًا لهما. وأما إذا كانت المرأة غير مدخول بها، والمهر مقبوض، فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع، ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة، وإن لم يكن المهر مقبوضًا يأخذ الزوج منها بدل الخلع، وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

وأما إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر، فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة. (عناية)

(١٤) قوله: "مما يتعلق بالنكاح" مثل المهر والنفقة الماضية دون المستقبلة؛ لأن للمختلعة والمبارأة النفقة

وقال محمد: لا يَسقط فيهما إلا ما سمياه، وأبو يوسف معه[١] في الخلع، ومع أبي حنيفة في المبارأة، لمحمد أن هذه[٢] معاوضة، وفي المعاوضات يُعتبر المشروط لا غيره. ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلةٌ من البراءة، فتقتضيها[٣] من الجانبين، وأنه[٤] مطلقٌ قيّدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض[٥]، أما الخلع فمقتضاه الانخلاع، وقد حصل في نقض النكاح، ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام[٦]. ولأبي حنيفة أن الخلع يُنبئ عن الفصل[٧]، ومنه خلع النعل، وخلع العمل[٨]، وهو مطلق كالمبارأة، فيعمل بإطلاقهما في النكاح، وأحكامه، وحقوقه.

ومن خلع ابنته -وهي[٩] صغيرة- بمالها لم يجز عليها؛ لأنه لا نظر[١٠] لها فيه[١١]؛ إذ البضع في حالة الخروج غير متقوم، والبدل متقوم[١٢]،

والسكنى ما دامت في العدة، وهذا القول احتراز عن دين وجب بسبب آخر، فإنه لا يسقط على ظاهر الرواية.(ب)

(١) أي مع محمد.

(٢) أي كل واحد من الخلع والمبارأة.

(٣) البراءة.

(٤) أي أن البراءة.

(٥) قوله: "لدلالة الغرض" وهو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فيتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح.(ع)

(٦) أي سائر الأحكام. (عيني)

(٧) قوله: "ينبئ عن الفصل" فالفصل لا يكون إلا عن وصل، ولا وصل إلا بالنكاح، وحقوقه اللازمة به، وقد صدر مطلقًا عن غير قيد بالنكاح كالمبارأة، فيعمل بالإطلاق، كما في المبارأة في النكاح وأحكامه، وحقوقه قولا بكمال الفصل، ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع؛ لتسقط به، وإنما تجب بعده شيئًا فشيئًا. (عناية)

(٨) وهو إفصال العامل عنه. (عناية)

(٩) الواو للحال.

(١٠) وولاية الأب نظرية.

(١١) أي في هذا الخلع.

بخلاف النكاح[١]؛ لأن البضع متقوم عند الدخول، ولهذا[٢] يعتبر خُلع المريضة من الثلث[٣]، ونكاحُ المريض بمهر المثل من جميع المال[٤]، وإذا لم يجز[٥] لا يسقط المهر، ولا يستحق[٦] مالها، ثم يقع الطلاق فى رواية، وفى رواية لا يقع، والأول أصح[٧]؛ لأنه تعليقٌ بشرط قبوله[٨]، فيُعتبر بالتعليق بسائر الشروط[٩].

وإن خالعَها على ألفٍ على أنه[١٠] ضامن، فالخلع واقعٌ، والألف على الأب؛ لأن اشتراط بَدل الخلع على الأجنبى صحيحٌ، فعلى الأب أولى[١١]، ولا يسقط مهرها[١٢]؛ لأنه[١٣] لم يدخل تحت ولاية الأب.

---

(١٢) قوله: "والبدل متقوم" ومقابلة ما ليس بمتقوم بما له قيمة ليست من النظر فى شيء. (عناية)

(١) قوله: "بخلاف النكاح" فإن الرجل إذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح. (عناية)

(٢) قوله: "ولهذا" أى لأجل كون البضع فى حالة الخروج غير متقوم، ومتقوما عند الدخول. (عينى)

(٣) أى من ثلث مالها.

(٤) فكان مقابَلة المتقوم بالمتقوم، وهذا من وجوه النظر. (عناية)

(٥) الخلع.

(٦) الزوج.

(٧) قوله: "والأول أصح" وجه الرواية الأخرى أن الخلع فى معنى اليمين، والإيمان لا يجرى فيها النيابة، ولو انعقد من الأب انعقد بطريق النيابة. (عناية)

(٨) أى قبول الأب.

(٩) قوله: "فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط" مثل أن يقول: إن دخلت الدار، أو غيره، وفى ذلك يقع إذا وجد الشرط، فكذلك إذا وجد القبول. (عناية)

(١٠) قوله: "على أنه ضامن" ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه، لا الكفالة عن الصغيرة؛ لأن الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها أحد. (عناية)

(١١) قوله: "أولى" فإن الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر، أو نفع محض كقبول الهبة على ما قيل، فإذا كان التزام بدله من الأجنبى صحيحا مع قصور الشفقة، فلأن يصح من الأب مع وفورها أولى. (عناية)

(١٢) أى وإن كان الخلع يسقطه. (عناية)

(١٣) مهر.

وإن شرط[١] الألف عليها[٢] توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول[٣]، فإن قبلت وقع الطلاق؛ لوجود الشرط[٤]، ولا يجب المال؛ لأنها[٥] ليست من أهل الغرامة، فإن قبله[٦] الأب عنها، ففيه روايتان[٧].

وكذا إن خالعها على مهرها، ولم يَضمن الأب المهرَ توقف على قبولها، فإن قبلت طلقت[٨]، ولا يسقط المهر[٩]، وإن قبل الأب عنها، فعلى الروايتين[١٠]. وإن ضمن[١١] الأبُ المهر، وهو ألف درهم طلقت؛ لوجود قبوله[١٢]، وهو الشرط، ويلزمُه خمسمائة استحسانًا[١٣].

وفى القياس يلزمه[١٤] الألف، وأصلُه[١٥] فى الكبيرة : إذا اختلعت

(١) الزوج.

(٢) أي على الصغيرة.

(٣) بأن كانت تعقل العقد، وتعبر عن نفسها. (عناية)

(٤) أي القبول.

(٥) الصغيرة.

(٦) أي بدل الخلع.

(٧) قوله: "ففيه روايتان" في رواية: يصح؛ لأن هذا نفع محض؛ لأن الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال، فصح من الأب كقبول الهبة، كذا في "مبسوط فخر الإسلام"، وفيه نظر. وفى رواية: لا يصح؛ لأن هذا القبول بمعنى قبول اليمين، وذلك مما لا يحتمل النيابة. (عناية)

(٨) لوجود الشرط.(عناية)

(٩) لأنها ليست من أهل الغرامة. (عناية)

(١٠) قوله: "فعلى الروايتين" فى رواية: يصح، وفي أخرى: لا يصح، ووجه الروايتين ما ذكرناه آنفًا. (عناية)

(١١) أي التزم على ذمته.

(١٢) أي قبول الأب.

(١٣) قوله: "استحسان" لأن فرض المسألة فيما إذا كانت غير ملموسة، فكان المهر ألفا، فأضاف الجمع إلى مهرها ما يجب لها بالنكاح، والواجب لها بالنكاح فى الطلاق قبل الدخول نصف المهر، وهو خمس مائة، فكأنه خالعها على خمس مائة. (عناية)

(١٤) بحكم الضمان.(عناية)

قبل الدخول على ألف، ومهرها ألف، ففي القياس عليها[1] خمس مائةٍ[2] زائدةٍ[3]، وفي الاستحسان لا شيء عليها[4]؛ لأنه يراد به[5] عادةً حاصل ما يلزم لها.

باب الظهار[6]

وإذا قال الرجل لامرأته: أنتِ عليّ كظهر أمي، فقد حرمتْ عليه، لا يحل له وطئها ولا مسّها ولا تقبيلها حتى يكفّر عن ظهاره؛ لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾[7] إلى أن قال: ﴿فتحرير رقبةٍ من قبل أن يتماسّا﴾. والظهارُ كان طلاقًا في الجاهلية[8]، فقرّر الشرع أصلَه، ونقل

(١٥) أي أصل ما ذكر من هذه المسألة.

(١) للزوج.

(٢) قوله: "عليها خمس مائة زائدة" لأن خمس مائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول، وقد التزمت المرأة الألف، ونصف الألف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة؛ لأن لها على الزوج خمس مائة باقية بعد سقوط نصف المهر، فيجب عليها خمس مائة زائدة على الألف تتميما للألف التي لزمتها. (عناية)

(٣) قوله: "زائدة" بالجر؛ لأن الصفة تتبع المضاف إليه في الإعراب، كما في قوله تعالى: ﴿سبع بقرات سمان﴾، كذا في "النهاية"، وقال: هكذا أفاد شيخي مرارا. (عناية)

(٤) قوله: "لا شيء عليها" لأن مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته، وقد حصل، فلا يلزمها شيء زائد على ذلك. (عناية)

(٥) قوله: "يراد به [أي بالخلع] إلخ" قال تاج الشريعة: وجه الاستحسان أنهم يريدون بالخلع على المهر ما يلزمه لها، وهو خمس مائة بالطلاق قبل الدخول، فيكون الخلع على مهرها في الحقيقة خلعا على خمس مائة، وقد سقط عن الزوج، فلا شيء له عليها، فافهم. (عيني)

(٦) قوله: "باب الظهار" قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في أول كل باب منها، ويحتاج إلى تقديم الظهار على اللعان. ووجهه: أنه أقرب إلى الإباحة من سبب اللعان، فإن سبب اللعان عند إضافته إلى غير منكوحته يوجب حد القذف، وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الإباحة.
والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي، وفي اصطلاح الفقها تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقًا بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة. (عناية)

(٧) ﴿ثم يعودون لما قالوا فتحرير﴾ إلخ.

(٨) قوله: "كان طلاقًا في الجاهلية" يعني أن أحدهم في الجاهلية إذا أراد أن يطلق امرأته، جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من أمه كالفخذ، والظهر، والبطن، والفرج. (عناية)

حكمه إلى تحريم موقتٍ بالكفارة غير مزيل للنكاح، وهذا لأنه جناية؛ لكونه منكرًا[1] من القول وزورًا، فيناسب المجازاة عليها بالحرمة، وارتفاعُها بالكفارة. ثم الوطئ إذا حرم حرم بدواعيه[2]؛ كي لا يقع فيه، كما في الإحرام، بخلاف الحائض والصائم[3]؛ لأنه يكثر وجودهما، فلو حرم الدواعي يُفضي إلى الحرج، ولا كذلك الظهار والإحرام.

فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى، ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى[4]، ولا يعاود[5] حتى يكفر؛ لقوله عليه السلام للذى واقع[6] في ظهاره قبل الكفارة: «استغفر الله ولا تعُد حتى تكفر»*، ولو كان شيء آخر واجبًا لبيّنه عليه السلام، قال[7]: وهذا اللفظ[8] لا يكون إلا ظهارًا؛ لأنه صريح فيه، ولو نوى الطلاق به لا يصح؛ لأنه منسوخ[9]، فلا يتمكن من الإتيان به[10]. وإذا قال: أنتِ عليّ كبطن أمي، أو كفخذها، أو كفرجها، فهو مُظاهر؛ لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحلّلة

(١) قوله: "لكونه منكرًا" المنكر ما ينكره الحقيقة والشرع، والزور: وهو الكذب، والباطل، والجناية.(ع)

(٢) كالمس والتقبيل.

(٣) حيث لا تحرم الدواعي فيهما. (عناية)

(٤) قوله: "غير الكفارة الأولى" أي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص. (عناية)

(٥) أي الوطئ.

(٦) سلمة بن صخر.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٢ ص٧٥. (نعيم)

(٧) أي المصنف. (عيني)

(٨) يعني قوله: أنت علي كظهر أمي. (عيني)

(٩) أي لأن كونه طلاقًا.

(١٠) قوله: "فلا يتمكن إلخ" لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع، وليس للعبد ذلك. (عناية)

بالمحرمة[١]، وهذا المعنى[٢] يتحقق فى عضوٍ[٣] يجوز النظر إليه، وكذا[٤] إن شَبَّهها بمن لا يحل له النظر إليها على التأبيد من محارمه مثل أخته، أو عمّته، أو أمّه من الرضاعة؛ لأنهن فى التحريم المؤبد كالأمّ.

وكذلك إذا قال: رأسك على كظهر أمّى، أو فرجك، أو وجهكِ، أو رقبتكِ، أو نصفكِ، أو ثلثك؛ لأنه يُعَبَّرُ بها[٥] عن جميع البدن[٦]، ويثبت الحكم فى الشائع[٧]، ثم يتعدى[٨] كما بيناه فى الطلاق.

ولو قال: أنتِ على مثل أمّى، أو كأمّى يرجع إلى نيته؛ لينكشف حكمه، فإن قال: أردت الكرامة، فهو كما قال؛ لأن التكريم بالتشبيه فاشٍ[٩] فى الكلام.

وإن قال: أردت الظهار، فهو ظهار؛ لأنه تشبيه بجميعها[١٠]، وفيه تشبيه بالعضو، لكنه ليس بصريح، فيفتقر إلى النية. وإن قال: أردت الطلاق فهو طلاق بائن؛ لأنه تشبيه بالأم فى الحرمة، فكأنه قال: أنتِ علىّ حرام، ونوى الطلاق، وإن لم يكن له نيّة، فليس بشىء عند أبى حنيفة

(١) قوله: "المحللة بالمحرمة" اللام فى المحللة والمحرمة للعهد، أى المحللة نكاحًا، لا بملك اليمين بالمحرمة تأبيدًا، لا توقيتًا. (عناية)

(٢) أى التشبيه.

(٣) قوله: "يتحقق فى عضو" كالأعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر؛ لأنه يحل النظر والمس، فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها. (عناية)

(٤) أى هو مظاهر.

(٥) أى بالرأس، والوجه، والرقبة، والفرج.

(٦) فكأنه شبه بجميع البدن.

(٧) أى فى الجزء الشائع كالنصف والثلث.

(٨) أى جميع البدن.

(٩) من الفشوّ وهو الانتشار.

(١٠) أى بجميع أمه. (عينى)

وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة(١). وقال محمد: يكون ظهاراً؛ لأن التشبيه بعضو منها(٢) لما كان ظهاراً فالتشبيه بجميعها(٣) أولى، وإن عنى به التحريم لا غير، فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين(٤)، وعند محمد ظهار؛ لأن كاف التشبيه تختص به.

ولو قال: أنتِ عليّ حرام كأمي، ونوى ظهاراً، أو طلاقاً، فهو على ما نوى؛ لأنه يحتمل الوجهين(٥) الظهارَ لمكان التشبيه، والطلاقَ لمكان التحريم، والتشبيه تأكيدٌ له، وإن لم تكن له نية، فعلى قول أبي يوسف إيلاء وعلى قول محمد ظهار، والوجهان بيناهما(٦). وإن قال: أنت عليّ حرام كظهر أمّي، ونوى به طلاقاً، أو إيلاء لم يكن إلا ظهاراً(٧) عند أبي حنيفة. وقالا: هو على ما نوى(٨)؛ لأن التحريم يحتمل كلّ ذلك(٩) على ما بينا(١٠) غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً(١١)، وعند

(١) قوله: "لاحتمال الحمل على الكرامة" أي يحتمل التشبيه من حيث الكرامة، فيحمل عليه إلا أن يبين خلافه بالنية، والفرض عدمها. (عناية)

(٢) الأم.

(٣) الأم.

(٤) قوله: "أدني الحرمتين" فإن الحرمة الثابتة بالإيلاء أدنى من الحرمة الثابتة بالظهار؛ إذ حرمة الإيلاء لغيرها -وهو هتك حرمة اسم الله تعالي- وحرمة الظهار بعينها -وهو أنه منكر من القول وزور- أو لأن الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع إلا بالكفارة، والثابتة بالإيلاء ترتفع بدونها، وهو الحنث. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه يحتمل الوجهين" فحسب؛ لأنه لما صرح بالحرمة لم يبقَ كلامه محتملا للكرامة، كما في المسألة الأولي. (عناية)

(٦) قوله: "بيناهما" يعني قوله: ليكون الثابت أدني الحرمتين، وقوله: لأن كاف التشبيه تختص به. (ع)

(٧) وكذا إذا لم ينو شيئًا. (عناية)

(٨) قوله: "وهو على ما نوى" إن نوى ظهاراً فظهار، وإن نوى طلاقاً فطلاق، وإن نوى إيلاء فإيلاء. (ع)

(٩) ونية المحتمل صحيحة. (عناية)

(١٠) قوله: "على ما بينا" أشار به إلى قوله: لأنه يحتمل الوجهين إلى قوله: تأكيد له. (عيني)

(١١) بل طلاقاً.

أبى يوسف يكونان جميعًا[١]، وقد عرف فى موضعه[٢]. ولأبى حنيفة أنه[٣] صريح فى الظهار، فلا يحتمل غيره، ثم هو محكم، فيردّ التحريم إليه. قال[٤]: ولا يكون الظهار إلا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرًا؛ لقوله تعالى[٥]: ﴿من نسائهم﴾، ولأن الحلّ فى الأمة[٦] تابع[٧]، فلا تلحق بالمنكوحة، ولأن الظهار منقول عن الطلاق، ولا طلاق فى المملوكة. فإن تزوج امرأة[٨] بغير أمرها، ثم ظاهر منها، ثم أجازت النكاح، فالظهار باطل؛ لأنه صادق[٩] فى التشبيه وقت التصرف[١٠]، فلم يكن منكرا من القول، والظهارُ ليس بحقٍ من حقوقه[١١] حتى يتوقف،

(١) قوله: "يكونان جميعًا" يعنى يقع الطلاق بنيته، ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار، ولا يصدق فى صرف الكلام عن ظاهره، وضعفه شمس الأئمة السرخسي، بان الطلاق إن وقع بقوله: أنت عليّ حرام كان متكلمًا بلفظ الظهار بعد ما بانت، والظهار بعد البينونة لا يصح. (عناية)

(٢) يعني مبسوط شمس الأئمة. (عناية)

(٣) قوله: "أنه" أي أن قوله: أنت علي حرام كظهر أمي صريح في الظهار، ولذا لا يحتاج فى الدلالة عليه إلي النية، فلا يحتمل غيره من الطلاق والإيلاء، ثم هو محكم لعدم احتمال الغير.
وقوله: أنت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره، كما مر، فيرد التحريم إليه أى إلى الظهار، كما هو الأصل في رد المتحمل إلي المحكم. (عناية)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ إلخ.

(٦) المملوكة.

(٧) قوله: "تابع" بدليل أنه لو اشترى أمة، فوجدها محرمة عليه برضاع، أو مصاهرة، لم يثبت للمشترى ولاية الرد بسبب الحرمة، فلا تكون الأمة في معني المنكوحة. (عناية)

(٨) قوله: "فإن تزوج إلخ" يعني لو ظاهر من امرأة نكاحها موقوف، لا يصح ظهاره؛ لأنها حين ظاهر منها الرجل لم تكن زوجته، فلم يصح ظهارها. (عيني)

(٩) قوله: "لأنه صادق" لكونها محرمة قبل إجازتها، فلم يوجد ركن الظهار، وهو تشبيه المحللة بالمحرمة. (ع)

(١٠) أي وقت الظهار.

(١١) قوله: "والظهار إلخ" جواب سؤال، تقريره: أن الظهار مبني على الملك، والملك موقوف، فينبغى أن يكون الظهار موقوفًا على الإجازة، توقف إعتاق المشترى من الغاصب على إجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب. وتقرير الجواب: أن الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه، فلا يلزم من توقف النكاح على الإجازة توقف الظهار عليها، والدليل على أنه ليس من حقوقه، أن النكاح أمر مشروع، والظهار ليس بمشروع؛ لأنه منكر

بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب؛ لأنه من حقوق الملك(١).

ومن قال لنسائه: أنتن عليّ كظهر أمي كان مظاهراً منهن جميعاً؛ لأنه أضاف الظهار إليهن، فصار كما إذا أضاف الطلاق(٢)، وعليه لكل واحدة كفارة؛ لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدةٍ، والكفارةُ لإنهاءِ الحرمة، فيتعدد بتعددها(٣)، بخلاف الإيلاء منهُن(٤)؛ لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم(٥)، ولم يتعدد ذكر الاسم.

فصل في الكفارة(٦)

قال(٧): وكفارة الظهار عتقُ رقبةٍ(٨)، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً؛ للنص الوارد فيه فإنه(٩) يفيد الكفارة على هذا الترتيب. قال(١٠): وكل ذلك قبل المسيس، وهذا(١١) في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص(١٢) عليه، وكذا في الإطعام(١٣)؛ لأن

من القول، وما لا يكون مشروعاً، لا يكون من حقوق المشروع. (عناية)

(١) لكونه منهيا للملك، ومتمماً له. (عيني)

(٢) إليهن، وقال: أنتن طوالق. (عناية)

(٣) الحرمة.

(٤) قوله: "بخلاف الإيلاء معهن" يعني بأن يقول لهن: والله لا أقربكن، فإنه إذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر، طلقن جميعا، وإن قرب الكل قبل مضي المدة تجب عليه كفارة واحدة. (عناية)

(٥) أي اسم الله تعالى.

(٦) قوله: "فصل في الكفارة" لما ذكر حكم الظهار، وهو حرمة الوطئ ودواعيه إلى نهاية، ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة، وهو الكفارة. (عيني)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "عتق رقبة" المراد به إعتاق رقبة، فإن العتق قد لا ينوب عن الكفارة، ألا يرى أنه لو ورث أباه، ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها. (عناية)

(٩) النص.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) أي كونه قبل المسيس.

(١٢) في النص.

الكفارة فيه[١] مُنهية للحرمة، فلا بد من تقديمها على الوطئ؛ ليكون الوطئ حلالا. قال[٢]: وتجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة، والذكر والأنثى، والصغير والكبير؛ لأن اسم الرقبة يطلق على هؤلاء؛ إذ هي عبارة عن الذات المرقوق[٣] المملوك من كل وجه[٤]. والشافعي يخالفنا في الكافرة[٥]، ويقول: الكفارة حقُّ الله تعالى، فلا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة[٦]، ونحن نقول: المنصوص عليه إعتاق الرقبة[٧]، وقد تحقق، وقصدُه من الإعتاق التمكن من الطاعة[٨]، ثم مقارفتُه المعصية يحال به إلى سوء اختياره. ولا تجزئ العمياءُ ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين؛ لأن الفائت جنسُ المنفعة، وهي البصر أو البطش أو المشي، وهو المانع[٩].

أمّا إذا اختلت المنفعة، فهو غير مانع حتى يجوز العوراء[١٠]،

---

(١٣) أي لا بد له من أن يكون قبل الوطئ.

(١) أي في الظهار.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "المرقوق" واعترض بأن تذكير الذات لا يجوز، فالصواب ذات مرقوقة مملوكة. وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشيء، فتذكير الذات باعتبار المعنى الثاني. (عناية)

(٤) قوله: "من كل وجه" متعلق بالمرقوق دون المملوك؛ لأن الكمال في الرق شرط دون الملك، ولهذا لو أعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن الكفارة، ولو أعتق المدبر عنها لم يصح. (عناية)

(٥) أي لا يجوز إعتاق الرقبة الكافرة. (عناية)

(٦) قوله: "كالزكاة [لا يجوز صرفها إلى الكافر]" والجواب أن القياس جواز صرف الزكاة إليه أيضًا؛ لأن فيه مواساة عباد الله تعالى لكن قوله صلى عليه عليه وعلى آله وسلم: «خذها من أغنياءهم وردها في فقراءهم» أخرجهم من المصرف. (عناية)

(٧) مطلقًا.

(٨) قوله: "وقصده إلخ" جواب عن قوله: الكفارة حق الله تعالى، وتقريره: أن قصد المكفر بالإعتاق هو أن يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى، ثم مقارنة المعصية أي بقاءه على ما كان عليه من الكفر يحال به إلى سوء اعتقاده واختياره. (عناية)

(٩) أي فوت جنس المنفعة.

(١٠) كور چشم.

ومقطوعة إحدى اليدين، وإحدى الرجلين من خلافٍ؛ لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين[1] من جانبٍ واحدٍ حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشى؛ إذ هو عليه متعذر.

ويجوز الأصمّ، والقياس أن لا يجوز، وهو رواية "النوادر"؛ لأن الفائت جنس المنفعة إلا أنا استحسنا الجواز؛ لأن أصل المنفعة باقٍ، فإنه إذا صِيح عليه؛ ليَسمع حتى لو كان بحالٍ لا يسمع أصلا بأن ولد أصمّ، وهو الأخرس[2] لا يجزئه. ولا يجوز مقطوع إبهامى اليدين؛ لأن قوة البطش بهما[3]، فبفواتهما يفوت جنسُ المنفعة، ولا يجوز المجنون الذى لا يَعقل؛ لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل، فكان فائت المنافع، والذى يجنّ ويفيق يجزئه[4]؛ لأن الاختلال غير مانع، ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد[5]؛ لاستحقاقهما الحريةَ بجهةٍ[6]، فكان الرق فيهما ناقصًا[7]، وكذا[8] المكاتب الذى أدى بعض المال؛ لأن إعتاقَه يكون ببدل[9]. وعن أبى حنيفة يجزئه لقيام الرق من كل وجه[10]، ولهذا[11] تقبل

---

(١) أى إحدى اليدين، وإحدى الرجلين.

(٢) قوله: "وهو الأخرس" [لأنه لا يسمع أصلا، ولا يتكلم. ف] إنما ذكر هذه اللفظة؛ لأن الأصم المولود لا يعرف إلا أن يكون أخرس.

(٣) قوله: "لأن قوة البطش بهما" يفيد أن ما تزول به تلك القوة كان مانعا، فقطع أكثر أصابع كل يد كقطع جميعها. (عناية)

(٤) يعنى إذا أعتقه فى حال إفاقته. (عناية)

(٥) قوله: "ولا يجزئ إلخ" لأن المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة، والمطلق ينصرف إلى الكامل، ورقبة المدبر وأم الولد ليست بكاملة لاستحقاقهما إلخ. (عناية)

(٦) أى التدبير والاستيلاد.

(٧) قوله: "فكان الرق فيهما ناقصا" فإنه إذا ثبت فيه شيء من القوة الحكمية، زال فى مقابلته شيء من الضعف الحكمى. (عناية)

(٨) أى لا يجزى.

(٩) قوله: "يكون ببدل" أى بعوض، والعوض يبطل معنى القربة. (عينى)

الكتابة الانفساخَ(١)، بخلاف أمومِيَّةِ الولد والتدبير؛ لأنهما لا يحتملان الانفساخ(٢). فإن أعتَق مكاتبًا لم يؤد شيئًا جاز خلافًا للشافعى، له أنه استحق الحرية بجهة الكتابة، فأشبه المدبر(٣).

ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بينا(٤)، ولقوله عليه السلام(٥): «المكاتب عبدٌ ما بقى عليه درهم» *، والكتابة لا ينافيه(٦)، فإنه فك الحجَر بمنزلة الإذن فى التجارة إلا أنه بعوض، فيلزم من جانبه، ولو كان مانعًا ينفسخ(٧) بمقتضى الإعتاق؛ إذ هو يحتمله إلا أنه(٨) يسلم له

---

(١٠) قوله: "من كل وجه" لأن رقه لا ينتقض بما أدى من البدل. (عينى)

(١١) قوله: "ولهذا" أى لأجل قيام الرق من كل وجه تقبل الكتابة الانفساخ، سواء كان بعد استيفاء بعض، أو قبله. (عينى)

(١) من العبد.

(٢) فالرق هناك ناقص.

(٣) قوله: "فأشبه المدبر [وبيع المدبر وإعتاقه عن الكفارة جائز عنده]" هذا إلزام من الشافعى علينا، يعنى أن المدبر لا يجوز إعتاقه عن الكفارة عندكم أيها الحنفية! لأنكم قلتم: إنه مستحق العتق بجهة، فينبغى أن لا يجوز إعتاق المكاتب أيضًا؛ لأنه مستحق العتق بجهة، وهو باطل؛ لأنه ينفسخ، وذاك لا. (عينى)

(٤) قوله: "على ما بينا" إشارة إلى قوله: ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ. (عناية)

(٥) أخرجه أبو داود من حيث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه ﷺ. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٧، وانظر الدراية ج٢ ص٧٦. (نعيم)

(٦) قوله: "والكتابة لا ينافيه" دليل آخر تقريره: أن المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة، ولم تنزل رقبته بها؛ لأن الشىء لا يزول إلا بما ينافيه، والكتابة لا تنافى الرق، فإنه أى عقد الكتابة فك الحجر؛ إذ لم يملك به المكاتب إلا المنافع والأكساب كالإجارة والإعارة، وفك الحجر لا ينافى ملك الرقبة كالإذن فى التجارة.
فإن قيل: لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الإذن فى التجارة، لاستبد المولى بالفسخ، كما فى عزل المأذون.
أجاب بقوله: إلا أنه عقد الكتابة فك الحجر بعوض، فكان لازمًا من جانبه أى جانب المولى. (عناية)

(٧) قوله: "ولو كان مانعًا إلخ" جواب بطريق التنزل يعنى لو سلمنا أن عقد الكتابة مانع عن إعتاق كفارته، لكنه إذا أعتقه عن الكفارة ينفسخ قبل الإعتاق بمقتضى الإعتاق؛ إذ هو أى عقد الكتابة يحتمل الفسخ. (ع)

(٨) قوله: "إلا أنه الخ" أى فإن قيل: لو صح إعتاقه تكفيرًا وانفسخ عقد الكتابة بمقضى الإعتاق لسلم الأولاد والأكساب للمولى، كما إذا أعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله إكساب، أجاب عنه بقوله: إلا أنه يصلح له أى للمكاتب الأكساب والأولاد؛ لأن العتق فى حق المحل، يعنى المكاتب بجهة الكتابة.
وإذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والأولاد عن ملكه، كما لو عتق بأداء بدل الكتابة، وهذا؛ لأن الفسخ

الأكساب والأولاد؛ لأن العتق فى المحل بجهة الكتابة، أو لأن الفسخ ضرورى[1] لا يظهر فى حق الولد والكسب.

وإن اشترى أباه، أو ابنه ينوى بالشراء الكفارةَ جاز عنها، وقال الشافعى: لا يجوز[2]، وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين، والمسألة تأتيك فى كتاب الأيمان، إن شاء الله. فإن أعتق نصف عبد مشترك، وهو[3] موسر[4]، وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبى حنيفة، ويجوز عندهما؛ لأنه[5] يملك نصيب صاحبه بالضمان، فصار معتقًا كلّ العبد[6] عن الكفارة، وهو ملكه، بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً[7]؛ لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك، فيكون إعتاقًا بعوضٍ، ولأبى حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه[8]، ثم يتحول إليه[9] بالضمان، ومثله يمنع الكفارة[10]. وإن أعتق نصف عبده عن كفارته، ثم أعتق باقيه عنها

لا يصح إلا برضا المكاتب، ولم يوجد منه صريحا، فيقدر دلالة، والدلالة إنما تتحقق إذا سلمت له الأكساب والأولاد، فجعل العتق بمنزلة الكتابة؛ لأنه لا يختلف لا فى ذاته ولا باختلاف الجهات، وجعل الإعتاق للتكفير؛ لأن المولى قصده، وهو يختلف باختلاف الجهات نظراً للجانبين.(عناية)

(١) أى يثبت ضرورة صحة الإعتاق. (عناية)

(٢) عن الكفارة.

(٣) الواو حالية.

(٤) أى المعتق.

(٥) أى لأن معتق النصف.

(٦) فإن إعتاق النصف إعتاق الكل عندهما.

(٧) قوله: "بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً" يعنى أنه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق، فإن قيل: يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وإن كان المعتق معسراً؛ لأنه يصير حراً مديوناً؛ بناء على أن الإعتاق عندهما لا يتجزأ. أجيب بأنه لم يجز؛ لأن وجوب هذا الدين بسبب الإعتاق، فلايكون هذا العتق مجاناً، فلا يقع عن الكفارة.(ع)

(٨) لتعذر استدامة الملك فيه.

(٩) قوله: "ثم يتحول إليه" أى إلى المعتق بالضمان ما بقى منه، فكان فى المعنى إعتاق عبد إلا شيئا، ومثله يمنع الكفارة. (عناية)

(١٠) قوله: "يمنع الكفارة" والملك فى المضمون، وإن كان يثبت بصفة الاستناد إلى زمان وجود السبب،

جاز؛ لأنه أعتقه بكلامين[١]، والنقصان متمكن[٢] على ملكه بسبب الإعتاق[٣] بجهة الكفارة[٤]، ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للأضحية[٥]، فأصاب السكين عينها، بخلاف ما تقدم؛ لأن النقصان تمكّن[٦] على ملك الشريك، وهذا[٧] على أصل[٨] أبى حنيفة، وأما عندهما الإعتاق لا يتجزأ، فإعتاق النصف إعتاق الكل، فلا يكون إعتاقًا بكلامين. وإن أعتق نصف عبده عن كفارته، ثم جامع التى ظاهر منها، ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبى حنيفة؛ لأن الإعتاق يتجزأ عنده[٩]، وشرطُ الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص، وإعتاق النصف حصل بعده، وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل، فحصل الكل قبل المسيس[١٠]

وإذا لم يجد المظاهر ما يُعتق[١١]، فكفارته صوم شهرين متتابعين[١٢]

فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الإعتاق، لكنه فى حق الضامن والمضمون له، لا فى حق غيرهما على ما عرف فى كتاب الغصب من "الزيادات"، والكفارة غيرهما، فلا يثبت الملك فى حقها مستنداً. (عناية)

(١) ولا محذور فيه.

(٢) قوله: "والنقصان متمكن" أى فإن قيل: قد تمكن فيه النقصان لما مر، والنقصان مانع. أجاب بقوله: والنقصان إلخ. (عناية)

(٣) فإنه أعتق النصف، ثم أعتق ما بقى. (عناية)

(٤) لا بجهة أخرى.

(٥) قوله: "كمن أضجع شاة إلخ" فإن النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع، فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة. (عناية)

(٦) قوله: "لأن النقصان تمكن إلخ" حيث لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل فى النصف الباقى مصروفا إلى الكفارة لانعدام الملك له فى ذلك النصف، فيبطل قدر النقصان، ولم يقع عن الكفارة، فإذا ضمن قيمة النصف الباقى وأعتقه، فقد صرفه إلى الكفارة، وهو ناقص، فصار فى الحاصل كأنه أعتق عبدا إلا قدر النقصان. (ع)

(٧) أى جعله إعتاقًا بكلامين. (عناية)

(٨) فى تجزئ الإعتاق. (عناية)

(٩) فإعتاق النصف ليس كإعتاق الكل.

(١٠) أى فحصل إعتاق الكل قبل المسيس فيجوز.

(١١) أى رقبة ولا ثمنها. (عناية)

ليس فيهما شهر رمضان، ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق.

أما التتابع فلأنه منصوص عليه، وشهرُ رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه[١] من إبطال ما أوجبه الله، والصوم في هذه الأيام[٢] منهى عنه، فلا ينوب عن الواجب الكامل[٣]. فإن جامع التي ظاهر منها[٤] في خلال الشهرين ليلا عامدًا، أو نهارًا ناسيًا، استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يستأنف؛ لأنه[٥] لا يَمنع التتابع؛ إذ لا يفسد به الصوم[٦]، وهو الشرط[٧]، وإن كان تقديمُه على المسيس شرطًا، ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض[٨]، وفيما قلتم[٩] تأخير الكل[١٠] عنه. ولهما أن الشرطَ في الصوم أن يكون قبل المسيس، وأن يكون خاليًا عنه ضرورة بالنص[١١]، وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف.

(١٢) قوله: "صوم شهرين متتابعين" فإن صام بالأهلة جاز، وإن كان كل شهر تسعة وعشرين، فإن صام بغير الأهلة فأفطر لتمام تسعة وخمسين يومًا، فعليه أن يستقبل، وكذا إذا دخل في صيامه شهر رمضان، أو يوم الفطر، أو يوم النحر، أو أيام التشريق لما ذكره في الكتاب. (عناية)

(١) أي في وقوعه عن الظهار.

(٢) أي النحر وأيام التشريق.

(٣) أي الصوم في هذه الأيام.

(٤) قوله: "التي ظاهر منها إلخ" إنما قيد بالتي ظاهر منها؛ لأنه إذا جامع غيرها، فإن كان وطئًا يفسد الصوم، كالجماع بالنهار عامدًا قطع التتابع، فيلزمه الاستئناف بالاتفاق، وإن لم يفسده بأن وطئها بالنهار ناسيًا، أو بالليل كيف ما كان لم يقطع التتابع، فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق، وإنما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيًا؛ لأنه إذا جامعها فيه عامدًا، يستأنف بالاتفاق. وأما ذكر العمد فيه بالليل قد وقع اتفاقا؛ لأن العمد والنسيان في الوطئ بالليل سواء، فعرف أن الاختلاف في وطئ لا يفسد الصوم. (عناية)

(٥) أي لأن هذا الجماع.

(٦) قوله: "إذ لا يفسد به [أي بهذ الجماع] الصوم" والجواب أن عدم الفساد في النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس، فلا يتعدى إلى عدم قطع التتابع، وفي العمد لعدم القاتل بالفصل. (عناية)

(٧) في كون الصوم كفارة، فقد وجد.

(٨) على المسيس.

(٩) يعني الاستئناف.

(١٠) أي كل الصوم، تأخير البعض أهون من تأخير الكل.

(١١) قوله: "ضرورة بالنص" معناه أن النص يقتضي شرطين: كون الصوم قبل المسيس، وكون الصوم خاليًا

وإن أفطر منها يومًا بعذر[١]، أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع، وهو[٢] قادر عليه عادة[٣]، وإن ظاهر العبدُ لم يجز في الكفارة إلا الصوم[٤]؛ لأنه لا ملكَ له، فلم يكن من أهل التكفير بالمال.

وإن أعتق المولى، أو أطعم عنه لم يجزه؛ لأنه ليس من أهل الملك، فلا يصير مالكًا بتمليكه[٥]، وإذا لم يستطع المظاهر الصيامَ، أطعم ستين مسكينًا؛ لقوله تعالى: ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا﴾.

ويُطعم كل مسكين نصف صاع من برّ، أو صاعًا من تمر، أو شعير، أو قيمةَ ذلك؛ لقوله عليه السلام[٦] في حديث أوس بن الصامت[٧] وسهل ابن صخرٍ[٨]: «لكل مسكين نصف صاع من بر»*، ولأن المعتبر دفع

عن المسيس. والشرط الثاني من ضرورة الأول؛ لأن تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه، وهذا الشرط أي الشرط الثاني، وهو الخلو عنه ينعدم به أي بالمسيس، فينعدم المشروط، ويجب الاستئناف؛ لأنه إن عجز عن الإتيان به قبل المسيس، فهو قادر على الإتيان به خاليا عن المسيس. (عناية)

(١) كمرض أو سفر. (عناية)

(٢) الواو للحال.

(٣) قوله: "وهو قادر عليه عادة" وهذا احتراز عما إذا أفطرت المرأة في كفارة القتل، والإفطار بعذر الحيض، فإنها لا تستأنف؛ لأنها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما. (عناية)

(٤) دون الإعتاق والإطعام.

(٥) المولى.

(٦) قوله: "لقوله عليه السلام" تعليل لقوله: «أو يطعم كل مسكين نصف صاع» إلى قوله: «أو شعير»، وليس بتعليل لقوله: أو قيمة ذلك. (عيني)

(٧) قوله: "في حديث أوس بن الصامت إلخ" الحديث لخولة بنت ثعلبة زوج أوس بن الصامت أخي عبادة بن الصامت، رواه أبو داود. (عيني)

(٨) قوله: "وسهل بن صخر إلخ" هذا من زلة قلم صاحب "الهداية"، فإن سهل بن الصخر الليثي من الصحابة، كذا ذكره الإمام المستغفري في "معرفة الصحابة"، ولم يرد شيء أصلا عن سهل بن صخر مما يتعلق بالظهار. وذكر في "المبسوط" سلمة بن صخر: وهو سلمة بن صخر بن سليمان بن حارثة الأنصاري، ثم البياضي المدني، وهو الذي ظاهر من امرأته، ثم وقع عليها، فأمره رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يكفر. (مولانا محمد عبدُ الحليم نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٧، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٣ ص٧٦. (نعيم)

حاجة اليوم لكل مسكين، فيعتبر بصدقة الفطر[١]، وقوله[٢]: أو قيمة ذلك مذهبنا، وقد ذكرناه في الزكاة[٣]. فإن أعطى منّاً[٤] من برّ ومنوين من تمرٍ، أو شعيرٍ جاز؛ لحصُول المقصود؛ إذ الجنس متحد[٥]، وإن أمر غيرَه أن يُطعم عنه مِن ظهاره، ففعل أجزأه؛ لأنه استقراض[٦] معنًى، والفقير قابضٌ له[٧] أولا، ثم لنفسه، فتحقق تملكه[٨]، ثم تمليكه[٩]، فإن غدّاهم وعشّاهم[١٠] جاز[١١]، قليلا كان ما أكلوا أو كثيراً.

وقال الشافعي: لا يجزئه[١٢] إلا التمليك[١٣] اعتباراً بالزكاة وصدقةِ

---

(١) قوله: "فيعتبر بصدقة الفطر" يعني في المقدار، ولكن بينهما فرق من وجه آخر، وهو أن التفريق ههنا بأن يعطى فقيراً منا من حنطة، و منا آخر فقيراً آخر لا يجوز؛ لأن الواجب إطعام ستين مسكينًا، فكان العدد معتبراً كالمقدار، ومتى فرق لم يوجد الإطعام المعتاد للمساكين.

وأما في صدقة الفطر: فالمعتبر فيها القدر دون العدد؛ لكونه مسكوتًا عنه، فيكون التفريق جائزاً. (عناية)

(٢) قوله: "وقوله" أي قول القدوري؛ لأن المسألة مذكورة في القدوري هكذا. (عيني)

(٣) أي في كتاب الزكاة. (عيني)

(٤) ربع صاع.

(٥) قوله: "إذ الجنس متحد" يعني من حيث الإطعام، وسد الجوعة؛ لأن المقصود من البر والتمر والشعير الإطعام، فيجوز تكميل أحدهما بالآخر. وأما إذا اختلف الجنس كما إذا أطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الإباحة، وكسى خمسة، والكسوة أرخص من الطعام، فلم تجز؛ لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام، ألا يرى أن الإباحه في كفارة اليمين بطريق الإباحة في أحدهما يجوز دون الآخر.

واستشكل بما إذا أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه عبدان، فأعتق نصيبه منهما عن الكفارة، لا يجوز عنها، وإن اتحد الجنس من حيث الإعتاق.

وأجيب بأنه إنما لا يجوز؛ لأن نصف الرقبتين ليس برقبة، والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها. (عناية)

(٦) من المأمور.

(٧) أي للآمر.

(٨) الآمر.

(٩) الفقير.

(١٠) قوله: "فإن غداهم وعشاهم" الرواية بالواو، لا بأو، فإن التغدية الواحدة دون التعشية من غير التغدية لايجوزذكره في "المبسوط"، وعن أبي حنيفة لوغدى ستين مسكينًا، وعشى آخرين لايجوز. (ب)

(١١) يعني أن المعتبر الشبع، لا المقدار. (عناية)

(١٢) أي التغدية والتعشية.

الفطر، وهذا[1] لأن التمليك أدفع للحاجة، فلا ينوب منابَه الإباحةُ.

ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام، وهو حقيقةٌ[2] فى التمكين من الطعم وفى الإباحة ذلك[3]، كما فى التمليك، أما الواجب فى الزكاة الإيتاءُ[4]، وفى صدقة الفطر الأداء[5]، وهما للتمليك حقيقةً.

ولو كان فيمن عشّاهم صبى فطيم[6] لا يجزئه؛ لأنه لا يستوفى[7] كاملا، ولا بد من الإدام فى خبز الشعير؛ ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع، وفى خبز الحنطة لا يشترط الإدام.

وإن أعطى مسكينًا واحدًا ستين يومًا أجزأه، وإن أعطاه فى يوم واحد لم يجزئه إلا عن يومه؛ لأن المقصود سدَّ خَلَّة المحتاج[8]، والحاجة تتجدّد فى كل يوم، فالدفع إليه[9] فى اليوم الثانى كالدفع إلى غيره، وهذا[10] فى

(١٣) لا الإباحة.

(١) أى عدم جواز الإباحة.

(٢) لأنه جعل الغير طاعمًا. (عناية)

(٣) قوله: "وفى الإباحة ذلك" أى التمكين، كما فى التمليك، فيتأدى الواجب بكل واحد منهما، أما بالتمكين فالمراعاة عين النص، وأما بالتمليك: فلاشتماله على المنصوص عليه؛ لأنه إذا ملكه منه، فإما أن يطعمه أو يصرفه إلى حاجة أخرى، فذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه. (عناية)

(٤) لقوله تعالى: ﴿وآتوا الزكاة﴾ (عناية)

(٥) لقوله عليه السلام: «أدوا عمن تمونون». (عناية)

(٦) عن اللبن. (عينى)

(٧) أى لأن الصبى الفطيم.

(٨) أى حاجة المحتاج.

(٩) أى إلى مسكين واحد.

(١٠) قوله: "وهذا" إشارة إلى قوله: لم يجزه إلا عن يومه يعنى إذا دفع لمسكين واحد فى يوم واحد ستين مرة بطريق الإباحة، فلا خلاف لأحد فى عدم جوازه، وأما إذا كان بطريق التمليك، فقد اختلف المشايخ. فقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن المقصود سد الخلة، ولهذا لا يجوز الصرف إلى الغنى، وبعد ما استوفى وظيفة

الإباحة منْ غير خلافٍ.

وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات، فقد قيل: لا يجزئه، وقد قيل: يجزئه؛ لأن الحاجة إلى التمليك تتجدّد في يوم واحد[١]، بخلاف ما إذا دفع[٢] بدفعة واحدة؛ لأن التفريق واجب بالنص[٣]. وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف؛ لأنه تعالى ما شرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس، إلا أنه[٤] يُمنع من المسيس قبله؛ لأنه ربما يقدر على الإعتاقِ أوالصوم، فيقعان بعد المسيس، والمنعُ لمعنًى في غيره[٥] لا يَعدم المشروعية في نفسه[٦].

وإذا أطعم[٧] عن ظهارين ستين مسكينًا، لكل مسكين صاعًا من بر لم يجزه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجزئه عنهما، وإن أطعم[٨] ذلك عن إفطار[٩] وظهارٍ أجزأه عنهما[١٠].

اليوم، لا حاجة إلى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى، بخلاف كفارة أخرى؛ لأن المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم، ولا يمكن أن يجعل مثله في هذه الكفارة. (عناية)

(١) قوله: "تتجدد إلخ" فإذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز، كما في الأيام، بخلاف حاجة الإباحة بالإطعام، فإنه إذا استوفى حاجته منها في يوم ينتهي حاجته إلى الطعام، ولا يتجدد إلا بتجدد الأيام. (عناية)

(٢) إلى مسكين واحد.

(٣) قوله: "واجب بالنص" وهو قوله تعالى: ﴿فإطعام ستين مسكينًا﴾، ولم يوجد لا حقيقة، ولا تقديراً، فلا يجوز، كالحاج إذا رمى الحصيات بسبع دفعة واحدة. (عناية)

(٤) أي أن المظاهر.

(٥) يعني توهم القدرة على الإعتاق. (عناية)

(٦) قوله: "لا يعدم المشروعية في نفسه" كالبيعْ وقت النداء، والصلاة في الأوقات المكروهة. (عناية)

(٧) المظاهر.

(٨) المظاهر.

(٩) لصوم رمضان عمداً.

له(١) أن بالمؤدّى وفاءً بهما(٢)، والمصروف إليه محل لهما(٣)، فيقع عنهما كما لو اختلف السبب(٤)، أو فرّق في الدفع(٥).

ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو(٦)، وفي الجنسين معتبرة(٧)، وإذا لغت النية والمؤدّى، يصلح كفارةً واحدة؛ لأن نصف الصاع أدنى المقادير، فيمنع النقصان دون الزيادة، فيقع(٨) عنها(٩) كما(١٠) إذا نوى أصل الكفارة، بخلاف ما ذا فرّق في الدفع؛ لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر. ومن وجبت عليه كفارتا ظهار، فأعتق(١١) رقبتين لا يَنْوِى عن أحدهما بعينها، (١٢) جاز عنهما، وكذا إذا صام أربعة أشهر، أوأطعم مائة وعشرين مسكينًا جاز؛ لأن الجنس متحد، فلا حاجة إلى نيةٍ معيَّنةٍ.

(١٠) بالاتفاق.

(١) محمد.

(٢) قوله: "وفاء بهما [أي بالظهارين]" إذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر، ففي الصاع وفاء بهما لا محالة. (عناية)

(٣) قوله: "محل لهما" لأن الفقير لا يخرج بأخذ أحد الحقين عن كونه مصرفًا لبقاء الخلة، والنية متعينة. (عناية)

(٤) يعني إذا أطعم ذلك عن كفارة وظهار. (عناية)

(٥) قوله: "أو فرق في الدفع" بأن أعطى مسكينًا نصف الصاع عن إحدى الكفارتين، ثم أعطى النصف الآخر إياه عن الكفارة الأخرى جاز بالاتفاق. (عيني)

(٦) قوله: "لغو" لأن النية للتمييز بين الأجناس المختلفة، والفرض عدمها، فلغت النية. (عناية)

(٧) قوله: "معتبرة" ألا ترى أن من كان عليه قضاء أيام من رمضان، فنوى صوم القضاء جاز، ولا يجب فيه نية التعيين، وفي قضاء رمضان، وصوم النذر يفتقر إلى تعيين النية لاختلاف جنسهما. (عيني)

(٨) المؤدى.

(٩) أي عن الواحدة.

(١٠) فإنه يقع عن أحدهما بالاتفاق. (عناية)

(١١) عنها.

(١٢) اے نيت يكے معين ازان دو ظهار نمايد.(ترجمه)

وإن أعتق عنهما رقبةً واحدةً، أو صام شهرين كان له أن يَجعل[(١)] ذلك عن أيهما شاء، وإن أعتق[(٢)] عن ظهارٍ وقتلٍ لم يجز عن واحد منهما

وقال زفر: لا يجزئه عن أحدهما في الفصلين[(٣)]. وقال الشافعي: له أن يجعل ذلك عن أحدهما[(٤)] في الفصلين؛ لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود[(٥)] جنس واحد[(٦)]. وجه قول زفر: إنه أعتق عن كل ظهار[(٧)] نصفَ العبد، وليس له أن يَجعل عن أحدهما بعد ما أعتق عنهما لخروج الأمر من يده. ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو[(٨)]، وفي الجنس المختلف مفيد، واختلاف الجنس في الحكم[(٩)]، وهو الكفارة ههنا

(١) قوله: "كان له أن يجعل إلخ" جواب الاستحسان، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر؛ لخروج الأمر من يده. (عناية)

(٢) رقبة واحدة.

(٣) يعني في متحد الجنس ومختلفه. (عناية)

(٤) أي عن أيهما شاء. (عناية)

(٥) وهو الستر.

(٦) قوله: "جنس واحد" والنية في الجنس الواحد غير مفيدة، فبقيت نية أصل الكفارة، ولو نوى أصل الكفارة، كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء فكذا هذا. (عناية)

(٧) وكذا عن الظهار والقتل.

(٨) قوله: "فتلغو" قيل: معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد، فكانت لغوا، وإذا لغت صار كأنه أعتق رقبة عن الظهارين، ولم ينوِ عنهما، وذلك جائز، وله أن يَصرفها إلى أيهما شاء، فكذلك ههنا بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين؛ لأنه نوى التوزيع في الجنس المختلف، فكانت معتبرة، فلا يكون عن واحد منهما. (عناية)

(٩) قوله: "واختلاف إلخ" أي فإن قيل: لا نسلم اختلاف الجنس، فإن الحكم وهو الكفارة بالإعتاق في القتل والظهار واحد. أجاب عنه بقوله: "واختلاف الجنس في الحكم، وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب، فإن القتل يخالف الظهار لا محالة، واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم؛ لأن الحكم ملزوم السبب، واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات، ولما اختلف الجنس صحت النية، فكان إعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين، فيكون لكل منهما نصف الرقبة، فلا يجوز. (عناية)

باختلاف السبب. نظير الأول[١]: إذا صام يومًا في قضاء رمضان عن يومين يجزئه عن قضاء يوم واحد[٢]. ونظير الثاني[٣]: إذا كان عليه صوم القضاءِ والنذر، فإنه لا بد فيه من التمييز[٤]، والله أعلم.

باب اللِّعَان[٥]

قال[٦]: إذا قذف الرجل امرأته بالزناء، وهما من أهل الشهادة[٧]، والمرأة ممن يُحدُّ قاذفها[٨]، أو نفى نسبَ ولدها[٩]، وطالبته[١٠] بموجب القذف، فعليه اللعان. والأصل أن اللعان[١١] عندنا[١٢] شهادات مؤكدات

---

(١) أي الجنس المتحد. (عناية)

(٢) قوله: "يجزئه إلخ" بناء على ما ذكرناه من إلغاء نية التوزيع، وبقاء أصل النية؛ إذ الجنس متحد. (عناية)

(٣) أي الجنس المختلف. (ف)

(٤) قوله: "لا بد فيه من التمييز" فإن نوى من الليل أن يصوم غدًا عنهما كانت النية معتبرة، فلا يصير صائما؛ إذا الجنس متحد، وتعيين النية لا بد منه، وإلا لا يقع عن واحد منهما. (عناية)

(٥) قوله: "باب اللعان" قد تقدم وجه المناسبة في أول الظهار، واللعان في اللغة: الطرد والإبعاد، وفي الشريعة: شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب، ثم لقب الباب باللعان دون الغضب، وإن كان فيه الغضب أيضًا؛ لأن اللعن من جانب الرجل، وهو مقدم. (عناية)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "من أهل الشهادة" أي من أهل أداءهما، ولهذا لا يجري بين المملوكين. (عناية)

(٨) قوله: "والمرأة ممن يحد قاذفها [أي تكون محصنة]" حتى لو لم تكن من ذلك بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها، أو كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما. (عناية)

(٩) قوله: "أو نفى نسب ولدها" بأن قال: هذا الولد من الزنا، أو قال: ليس مني قبل الإقرار بالولد، وقبل مضي التهنئة التي هي قائمة مقام الإقرار. (عيني)

(١٠) الزوج.

(١١) قوله: "والأصل أن اللعان إلخ" اعلم أن موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء، كما في الأجنبية لعموم قوله: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآية، ثم انتسخ ذلك باللعان، فنظرنا في آية اللعان، فوجدناها دالة على أن الأصل في اللعان أن تكون شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة إلخ. (عناية)

(١٢) قوله: "عندنا" إنما قيد بقوله: عندنا؛ لأن عند الشافعي اللعان إنما يكون أيمان مؤكدات بالشهادة، فمن

بالأيمان مقرونةٌ باللعن قائمةٌ مقامَ حد القذف فى حقّه[١]، ومقام حد الزناء فى حقِّها[٢]؛ لقوله تعالى: ﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾، والاستثناءُ[٣] إنما يكون من الجنس، وقال الله تعالى: ﴿فشهادةُ أحدهم أربع شهاداتٍ بالله﴾ نصَّ على الشهادة واليمين، فقلنا: الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين، ثم قرن الركن فى جانبه[٤] باللعن لو كان كاذبًا، وهو[٥] قائم مقام حد القذف، وفى جانبها بالغضب[٦]، وهو قائم مقام حد الزناء[٧]. إذا ثبت هذا[٨] نقول: لا بد أن يكونا[٩] من أهل الشهادة؛ لأن الركن فيه[١٠] الشهادة. ولا بد أن تكون هى[١١] ممن يُحد قاذفها؛ لأنه[١٢]

كان أهل اليمين كان أهل اللعان. (عناية)

(١) الرجل.

(٢) المرأة.

(٣) قوله: "والاستثناء إلخ" يعنى أن الله تعالى قال: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن شهداء إلا أنفسهم﴾، والله تعالى استثنى الأزواج من الشهداء. والأصل فى الاستثناء أن يكون من الجنس، ولا شهداء إلا بالشهادة، ولا شهادة فيما نحن فيه إلا كلمات اللعان، فدل أنها شهادات مؤكدات بالأيمان نفيًا للتهمة. (عناية)

(٤) الزوج.

(٥) فى حقه.

(٦) قوله: "وفى جانبها بالغضب" لأنهن يستعملن اللعن فى كلامهن كثيرًا على ما ورد به الحديث: «أنكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير»، وسقطت حرمة اللعن عن أعينهن، فعساهن يجترئن على الإقدام؛ لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن، وسقوط وقعته عن قلوبهن، فقرن الركن فى جانبها بالغضب؛ روعًا لهن عن الإقدام، فإن قيل: ما معنى إقامة الشهادة مقام الحد فى الطرفين، وما المناسبة بين الحد والشهادة. أجيب بأن الحد زاجر، والشهادة بالله كذبا مقرونًا باللعن على نفسه سبب الهلاك، وفى ذلك زجر عن الإقدام على سببه. (عناية)

(٧) فى حقها.

(٨) قوله: "إذا ثبت هذا" أى أن الأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان. (عناية)

(٩) الزوج والزوجة.

(١٠) اللعان.

(١١) الزوجة.

قائم في حقه[١] مقام حد القذف، فلا بد من إحصانها[٢]. ويجب[٣] بنفى الولد؛ لأنه لما نَفى[٤] ولدَها صار قاذفًا لها ظاهرًا، ولا يُعتَبر احتمال أن يكون الولد من غيره[٥] بالوطئ من شبهة، كما إذا نفى أجنبىٌّ نسبه[٦] عن أبيه المعروف، وهذا[٧] لأن الأصل فى النسب الفراش الصحيح، والفاسدُ ملحقٌ به، فنفيه[٨] عن الفراش الصحيح قذفٌ، حتى يَظهر الملحق به[٩]. ويُشترط طلبها[١٠]؛ لأنه[١١] حَقّها، فلا بد من طلبها، كسائر الحقوق، فإن امتنع[١٢] منه حبسه الحاكم حتى يلاعِنَ، أو يكذب نفسه[١٣]؛ لأنه حقٌّ مُستحقٌ عليه[١٤]، وهو قادرٌ على إيفاءه[١٥]، فيحبس به حتى

---

(١٢) اللعان.

(١) الزوج.

(٢) الزوجة.

(٣) اللعان.

(٤) الزوج.

(٥) الزوج.

(٦) قوله: "كما إذا نفى أجنبى إلخ" أى كما إذا نفى أجنبى نسب ولد عن أبيه المعروف، فإنه يكون قذفا للمرأة، فكذلك هذا. (عناية)

(٧) أى قوله: لا يعتبر إلخ.

(٨) النسب.

(٩) أى الفاسد.

(١٠) قوله: "ويشترط طلبها [الزوجة] "بموجب القذف؛ لأنه حقها؛ لأنه باللعان يندفع عار الزنا عنها. (عناية)

(١١) اللعان.

(١٢) الزوج.

(١٣) فيجب عليه الحد.

(١٤) الزوج.

يَأتى[١] بما هو عليه، أو يكذِّب نفسَه؛ ليرتفعْ السبب[٢].

ولو لاعن وجب عليها اللعان؛ لما تلونا من النص[٣] إلا أنه يبتدئ بالزوج؛ لأنه هو المدعى[٤]، فإن امتنعت حبسها الحاكم، حتى تلاعِن، أو تصدِّقه[٥]؛ لأنه[٦] حقٌ مستَحَقّ عليها، وهى[٧] قادرة على إيفاءه، فتحبس فيه. وإذا كان الزوج عبدًا، أو كافرًا[٨]، أو محدودًا فى قذف، فقذف امرأته، فعليه الحد؛ لأنه تعذر اللعان لمعنًى[٩] من جهته، فيُصار إلى الموجَبِ الأصلى[١٠]، وهو الثابت بقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآية، واللعان خلف عنه.

وإن كان[١١] من أهل الشهادة، وهى[١٢] أمةٌ، أو كافرةٌ، أو محدودةٌ فى

(١٥) قوله: "و [الواو للحال] هو [الزوج] قادر على إيفاءه" احتراز عن المديون المفلس، فإن الدين حق مستحق عليه، لكنه غير قادر على إيفاءه فلا يحبس. (عناية)

(١) الزوج.

(٢) قوله: "ليرتفع السبب" أى سبب اللعان أى علته، وهو التكاذب؛ لأن اللعان إنما يجب إذا كذب كل واحدٍ منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا، وأما إذا كذب نفسه، فلم يبقَ التكاذب، بل وافق المرأة فى أنها لم تزن، ولا يجرى اللعان بعد ذلك. (عناية)

(٣) قوله: "لما تلونا من النص" وهو قوله تعالى: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾. (عناية)

(٤) قوله: "لأنه هو المدعى" بناء على أن اللعان شهادات، والمطالب بها هو المدعى. (عناية)

(٥) الزوج.

(٦) أى لأن اللعان.

(٧) والواو حالية، و "هى" الزوجة.

(٨) قوله: "أو كافرًا" بأن كانا كافرين، فأسلمت المرأة، وقذفها الزوج قبل أن يعرض عليه الإسلام. (عناية)

(٩) لأنه ليس من أهل الشهادة.

(١٠) قوله: "إلى الموجب الأصلى [وهو حد القذف. عناية]" فإنه كان هو المشروع أولا، ثم صار اللعان خلفًا عنه فى قذف الزوج عند وجود الشرط، فإذا عدمت صير إلى الأصل. (عناية)

(١١) الزوج.

قذف، أو كانت ممن لا يحد قاذفها، بأن كانت صبيّة، أوْ مجنونة، أو زانية، فلا حدَّ عليه، ولا لعان؛ لانعدام أهلية الشهادة، وعدمِ الإحصان في جانبها، وامتناعُ اللعان لمعنًى من جهتها[١]، فيسقط الحد، كما إذا صدَّقَتْه[٢]. والأصلُ[٣] في ذلك قوله عليه السّلام[٤]: «أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكةُ تحت الحر والحرةُ تحت المملوك»*، ولو كانا محدودَين في قذف، فعليه الحد[٥].

وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج، فيُشهد[٦] أربعَ مرات، يقول في كل مرة: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويقول في

(١٢) الواو حالية.

(١) الزوجة.

(٢) فلا لعان ولا حد.

(٣) الدليل.

(٤) قوله: "قوله عليه السلام إلخ" أخرجه ابن ماجة في "سننه" عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «أربعة من النساء لا ملاعنة بينهن النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك»، وأخرجه الدارقطني أيضاً.
فما في "العناية": نقلا أن هذا الحديث لم يوجد له أصل في كتب الحديث، فقصور عن الاطلاع على كتب الأحاديث، فتدبر. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٤ ص٧٦. (نعيم)

(٥) قوله: "فعليه الحد" لأن امتناع اللعان بمعنى من جهة، وهو كونه ليس من أهل الشهادة، فإن قيل: هلا اعتبر جانبها، وهي أيضاً محدودة في القذف درأ للحد.
أجيب بأن المانع عن الشيء إنما يعتبر مانعا إذا وجد المقتضي؛ لأنه عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه، وإذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم، وهو اللعان، فلا يعتبر المانع.
والقذف في نفسه موجب للحد فيحد، بخلاف ما إذا وجد الأهلية من جانبه، فإنه ينعقد قذفه مقتضياً له، فإذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة في قذف بطل المقتضي، فلا يجب الحد، لأنه لم ينعقد، بل انعقد اللعان، ولا لعان لبطلانه بالمانع. (عناية)

(٦) من الإشهاد بنصب الدال. (عيني)

الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها في جميع ذلك، ثم تشهد المرأةُ أربع مرات، تقول في كل مرة: أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في الخامسة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا، والأصل[(١)] فيه ما تلوناه من النّص. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظة[(٢)] المواجهة[(٣)] يقول فيما رميتُك به من الزنا؛ لأنه أقطع للاحتمال، وجه ما ذكر في الكتاب[(٤)] أن لفظة المغايبة إذا انضمت إليها الإشارةُ انقطع الاحتمال[(٥)].

قال[(٦)]: وإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرّق القاضي بينهما[(٧)]، وقال زفر: تقع[(٨)] بتلاعنهما؛ لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث[(٩)].

ولنا أن ثبوت الحرمةِ بفوت الإمساكِ[(١٠)] بالمعروف، فيلزمه[(١١)] التسريح

---

(١) الدليل.

(٢) لا بلفظ الغيبوبة.

(٣) الخطاب.

(٤) أي القدوري.

(٥) قوله: "انقطع الاحتمال" لأنه اجتمع أداتا تعريف، فهو أولى. (عيني)

(٦) أي القدوري.

(٧) قوله: "حتى يفرق إلخ" يفيد أنه لو مات أحدهما بعد الفراغ عن التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثًا. (عناية)

(٨) الفرقة.

(٩) قوله: "بالحديث" روى عبد الرزاق في "مصنفه": «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا» موقوفًا على عمرو ابن مسعود، فنفى الاجتماع بعد التلاعن، وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن.
وما في "العناية": يعني قوله ﷺ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا»، ففيه أنه لم يروِ مرفوعًا، إنما روى موقوفًا على جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم، كذا قال العيني. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(١٠) لعدم الموافقة.

(١١) الزوج.

بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضى منابه؛ دفعًا للظلم دَلّ عليه[١] قولُ ذلك[٢] الملاعِن[٣] عند النبى عليه السلام كذبتُ عليها يا رسول الله! فقال له: أمسِكْها، فقال: إن أمسكتها[٤]*، فهى طالق ثلاثًا، قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبى حنيفة ومحمد؛ لأن فعل القاضى انتسب إليه[٥]، كما فى العنين[٦]، وهو خاطب[٧]، وإذا أكذب نفسه[٨] عندهما. وقال أبو يوسف[٩]: هو تحريم مؤبد؛ لقوله عليه السلام[١٠]: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا»** نصّ على التأبيد[١١].

---

(١) قوله: "دل عليه" أى على أن لاتقع الفرقة حتى يفرق القاضى، ولوقال: دل عليه أيضًا، كان أولى، فتأمل.(ع)

(٢) قوله: "قول ذلك" وجه الاستدلال أنه قال: كذبت عليها عند النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلخ ولم ينكر عليه النبى ﷺ، ولو وقعت الفرقة بينهما بمجرد التلاعن لأنكر رسول الله ﷺ. (عينى)

(٣) أى عويمر العجلانى. (عينى)

(٤) بعد اللعان.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٤٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٥ ص٧٦. (نعيم)

(٥) لنيابته عنه.

(٦) قوله: "كما فى العنين" حيث يُؤجّله القاضى سنة، فإن وصل إليها، وإلا فرق القاضى بينهما إذا طلبت الفرقة، والفرقة بالطلاق لا تتأبد، غير أنها بائنة؛ لأن المقصود دفع الظلم عنها، فلا يحصل ذلك إلا بالبائن. (عينى)

(٧) قوله: "وهو [الزوج] خاطب إلخ" هذه مسألة مبتدأة، أى هذا الرجل بعد الإكذاب صار خاطبًا من الخطاب، أى يجوز له أن يزوجها كما لغيره يجوز أن يتزوجها، فعليه الحد بإكذاب نفسه. (عينى)

(٨) بعد اللعان.

(٩) أى الثابت باللعان. (عناية)

(١٠) قوله: "لقوله عليه السلام: المتلاعنان إلخ" هذا من أغلاط صاحب "الهداية"، فإنه قول الصحابة رضى الله تعالى عنهم، ولم يروِ مرفوعًا. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٦ ص٧٦. (نعيم)

(١١) وهو ينافى عوده خاطبًا. (عناية)

ولهما أن الإكذاب رجوع[١]، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها، ولا يجتمعان ما داما متلاعنين، ولم يبقَ التلاعُن ولا حكمُه بعد الإكذاب فيجتمعان. ولو كان القذف بنفى الولد، نفى القاضى نَسبَه[٢] وألحَقَه بأمِّه، وصورة اللعان[٣] أن يأمر الحاكم الرجل، فيقول: أشهد بالله أنى لمن الصادقين فيما رميتكِ به من نفى الولد، وكذا فى جانب المرأة[٤].

ولو قذفها بالزنا ونفى الولد، ذكر فى اللعان الأمرين[٥]، ثم ينفى القاضى نسب الولد[٦]، ويُلحقه بأمّه؛ لما روى أن النبى ﷺ[٧] نفى ولد امرأة هلال بن أُميَّةَ عن هلال*، وألحقَه بها، ولأن المقصود من هذا اللعان نفى الولد[٨]، فيوفر عليه[٩] مقصوده، فيتضمنه[١٠] القضاء بالتفريق. وعن أبى يوسف أن القاضى يفرّق، ويقول[١١]: قد ألزمتُه[١٢]

(١) قوله: "رجوع" [أى الإقرار بالكذب. عناية] أى عن الشهادة، والرجوع عنها يبطل حكمها، ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطئاً؛ لأن معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين؛ لأنهما يكونان متلاعنين، إما حقيقةً بمباشرتهما اللعان، أو مجازاً باعتبار بقاء حكمه، فلم يبق شيء بعد الإكذاب، أما حقيقةً: فظاهر، وأما حكماً: فلأنه لما أكذب نفسه وجب عليه الحد، فبطلت أهلية اللعان، وإذا بطلت الأهلية ارتفع حكمه، فيجتمعان. (عناية)

(٢) من الأب. (عناية)

(٣) فى ذلك.

(٤) أى تقول: من نفى الولد.

(٥) قوله: "الأمرين" أراد بهما الزنا، ونفى الولد. (عينى)

(٦) عن الأب.

(٧) رواه أبو داود فى "سننه" عن ابن عباس. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥١، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٧ ص٧٧. (نعيم)

(٨) فإن القذف به. (عناية)

(٩) أى على الزوج. (عناية)

(١٠) قوله: "فيتضمنه [النفى]" أى يتضمن نفى الولد قضاء القاضى بالتفريق يعنى إذا قال: فرقت بينهما يكفى، فلا يحتاج إلى أن ينفى القاضى نسبه، ويلحقه بأمه. (عينى)

(١١) قوله: "ويقول إلخ" حتى لو لم يقل ذلك، لم ينتف النسب عنه. (عناية)

أمَّه، وأخرجتُه من نسب الأب؛ لأنه[١] ينفك عنه، فلا بد من ذكره.

فإن عاد الزوج وأكذب نفسَه[٢] حَدّه القاضى لإقراره[٣] بوجوب الحدّ عليه، وحل له[٤] أن يتزوجها، وهذا عندهما[٥]؛ لأنه لما حُدّ[٦] لم يبقَ أهل اللعان[٧]، فارتفع حكمه المنوط به، وهو التحريم، وكذلك[٨] إن قذف[٩] غيرها[١٠]، فحدّ به؛ لما بينا[١١]، وكذا إذا زنت[١٢]، فحُدت[١٣]؛

---

(١٢) الولد.

(١) قوله: "لأنه" أى لأن نفى الولد ينفك عنه أى عن التفريق؛ إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفى الولد، كما لو مات الولد، فإنه يفرق بينهما باللعان، ولا ينتفى النسب عنه، فلا بد أن يصرح القاضى بنفى النسب. (عناية)

(٢) بعد اللعان. (عناية)

(٣) الزوج.

(٤) قوله: "وحل له [الزوج]" تكرار لقوله: وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما، ويجوز أن يقال: ذكر هناك تفريعًا، ونقل ههنا لفظ القدورى. (عناية)

(٥) أى الطرفين.

(٦) فى القذف.

(٧) فإنه لم يبقَ من أهل الشهادة.

(٨) أى جاز له أن يتزوجها. (عناية)

(٩) بعد تفريق القاضى. (عناية)

(١٠) غير امرأته.

(١١) قوله: "لما بينا [أى جاز أن تيزوجها. عناية]" يريد به قوله: لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان، فارتفع بحكمه المنوط به. (عينى)

(١٢) قوله: "وكذا إذا زنت، فحدت" فإن قيل: لما جرى اللعان بينهما، علم أنهما زوجان على صفة الإحصان، والمرأة والرجل إذا زنيا بعد إحصانهما يرجمان، فحينئذٍ كان قوله: "فحدت" معناه رجمت، فبعد ذلك أين تبقى محلا للزوج؟ أجيب بأن معنى قوله: حدت جلدت، وتصوير المسألة أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول، ثم إنها زنت بعد اللعان، وكان حدها الجلد دون الرجم؛ لأنها ليست بمحصنه؛ لأن من شروط إحصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح، ولم يوجد. (عناية)

(١٣) أى له أن يتزوجها. (عناية)

لانتفاء أهلية اللعان من جانبها.

وإذا قذف[1] امرأته، وهي[2] صغيرة، أو مجنونة، فلا لعان بينهما؛ لأنه لا يحدّ قاذفُها[3] لو كان[4] أجنبيًا، فكذا لا يلاعِن الزوج؛ لقيامه[5] مقامه[6]، وكذا[7] إذا كان الزوج صغيرًا، أو مجنونًا؛ لعدم أهلية الشهادة[8]، وقذفُ الأخرس لا يتعلق به اللعان؛ لأنه يتعلق[9] بالصريح[10] كحدّ القذف، وفيه خلاف الشافعي، وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة، والحدود تندرئ بها. وإذا قال الزوج: ليس حملكِ مني، فلا لعان، وهذا قول أبي حنيفة وزفر؛ لأنه لا يتيقن بقيام الحمل، فلم يَصر قاذفًا. وقال أبو يوسف ومحمد: اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به[11] لأقلّ من ستة أشهر[12]، وهو معنى ما ذكر[13] في الأصل[14]؛ لأنا

---

(١) الرجل.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "لأنه لا يحد الخ" لعدم إحصانها؛ لأن من شرطه البلوغ والعقل. (عناية)

(٤) القاذف.

(٥) اللعان.

(٦) حد القذف.

(٧) أي لا لعان.

(٨) لكونه غير مخاطب. (عناية)

(٩) قوله: "لأنه [اللعان] يتعلق إلخ" أي لأنه قائم مقام حد القذف، وحد القذف لا يثبت إلا بالصريح، فكذلك اللعان، وفيه خلاف الشافعي هو يقول: إشارة الأخرس كعبارة الناطق. ولنا أن الإشارة لا تعرى عن الشبهة؛ لكونها محتملة، والحدود تندرئ بالشبهات، واللعان في معنى الحد. (عناية)

(١٠) دون الإشارة.

(١١) قوله: "إذا جاءت به [أي بالولد] إلخ" إنما قيد به؛ لأنه إذا جاءت لأكثر من ستة أشهر لا يجب اللعان؛ لأنه لا يتيقن بوجود الحمل عند القذف. (عيني)

تيقنا بقيام الحمل عنده[١]، فيتحقق القذف.

قلنا: إذا لم يكن[٢] قذفًا في الحال[٣] يصير كالمعلّق بالشرط، فيصير كأنه قال: إن كان بكِ حمل فليس مني، والقذف لا يصح تعليقُه بالشرط[٤]، فإن قال لها: زنيتِ، وهذا الحبل من الزنا تلاعنًا؛ لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحًا، ولم ينف القاضي الحمل.

وقال الشافعي: ينفيه؛ لأنه عليه السلام[٥] نفى الولد عن هلال[٦]، وقد[٧] قذفها[٨] حاملا*. ولنا أن الأحكام[٩] لا تترتب عليه إلا بعد

---

(١٢) من وقت القذف.

(١٣) قوله: "وهو معنى ما ذكر إلخ" أي قيده بمجيء الولد لأقل من ستة أشهر ما ذكره محمد في "الأصل". (عيني)

(١٤) المبسوط.

(١) أي عند القذف.(عناية)

(٢) لعدم التيقن بقيام الحمل.

(٣) أي قوله: ليس حملك مني.

(٤) قوله: "لا يصح تعليقه إلخ" لأن القذف مما لا يحلف به؛ لإفضاءه إلى بقاءه إلى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف، وفي ذلك احتيال لإثبات ما يندرئ بالشبهات. (عناية)

(٥) رواه أبو داود. (عيني)

(٦) قوله: "نفى الولد إلخ" روى أنه صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: إن جاءت أصيهب أريصح حمش الساقين، فهو لهلال، وفي رواية أحيمر قصير، وإن جاءت به أسود جعدا جماليا، فهو لشريك، فجاءت به على النعت المكروه، فقال صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن»، كذا في "العناية". والأصيهب: تصغير الأصهب، وهو الذي يعلو لونه صهبة، وهي كالشقرة، والأريصح: تصغير الأرصح، وهو الناتئ الإليتين، والحمش: الرقيق، والجعد: هو القصير المتردد الخلق، والجمالي: الضخم الأعضاء التام الأوصال، كذا في العيني. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(٧) الواو حالية.

(٨) أي امرأته.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٢، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٨ ص٧٧. (نعيم)

الولادة؛ لتمكن الاحتمال قبله، والحديث[١] محمول على أنه عرف[٢] قيام الحبل بطريق الوحى.

وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة[٣]، أو فى الحالة التى تُقبَلُ التهنئة[٤]، وتُبتاع[٥] آلةُ الولادة صح نفيه[٦]، ولاعَنَ به، وإن نفاه بعد ذلك لاعَنَ ويثبت النسب، هذا عند أبى حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يصح نفيه[٧] فى مدة النفاس؛ لأن النفى يصح فى مدةٍ قصيرةٍ، ولا يصح فى مدةٍ طويلةٍ، ففصّلنا بينهما بمدة النفاس[٨]؛ لأنه أثر الولادة. وله أنه لا معنى للتقدير[٩]؛ لأن الزمان للتأمل[١٠]، وأحوالُ الناس فيه مختلفة، فاعتبرناه ما يدل عليه[١١]، وهو

---

(٩) ونفى الولد حكم من أحكامه.

(١) أى حديث هلال. (عناية)

(٢) قوله: "على أنه عرف [أى أن رسول الله ﷺ] إلخ" بدليل ما روينا أنه عليه الصلاة والسلام قال: إن جاءت به كذا، كان كذا، ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحى. (عناية)

(٣) أى على الولادة.

(٤) قوله: "تقبل التهنئة" قال فى "النهاية": على بناء المفعول، لا الفاعل؛ لأنه لو قبل الأب التهنئة، ثم نفى لا يصح نفيه. (عناية)

(٥) قوله: "وتبتاع" أى تشترى آلة الولادة مثل الشد والقماط، والشىء الذى يفرش تحت الولد حين يوضع، والأشياء التى يلف فيها الولد حين تضعه أمه. (عينى)

(٦) أى لا يثبت النسب.

(٧) يعنى إذا كان حاضراً. (عناية)

(٨) فهى مدة قصيرة.

(٩) بمدة.

(١٠) كي لا يقع فى نفى الولد مجازفًا. (عناية)

(١١) أى على عدم النفى. (عناية)

قبولهُ التهنئةَ[١]، أو سكوتُه عند التهنئة، أو ابتياعُه متاع الولادة، أو مضى ذلك الوقت[٢]، وهو[٣] ممتنع عن النفى، ولو كان[٤] غائبًا، ولم يَعْلم بالولادة، ثم قدم تعتبر المدة[٥] التى ذكرناها على الأصلين[٦].

قال[٧]: وإذا ولدت ولدين فى بطن واحد، فنفى الأولَ، واعترف بالثانى يثبت نسبهما؛ لأنهما توأمان خِلقا عن ماءٍ واحدٍ، وحدّ الزوج؛ لأنه أكذب نفسه بدعوى الثانى. وإن اعترف بالأول ونفى الثانى يثبت نسبهما؛ لما ذكرنا[٨]، ولاعن؛ لأنه قاذفٌ بنفى الثانى، ولم يرجع عنه، والإقرار بالعفة[٩] سابق على القذف، فصار كما إذا قال: إنها عفيفة، ثم قال: هى زانية، وفى ذلك التلاعُن[١٠] كذا هذا.

---

(١) قوله: "وهو قبوله التهنئة إلخ" فإن ذلك إقرار منه بأن الولد له، وكذلك ابتياعه ما يحتاج إليه لإصلاح الولد عادة. (عناية)

(٢) قوله: "أو مضى ذلك الوقت إلخ" وإذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفى بعده. (عناية)

(٣) الواو للحال.

(٤) الزوج.

(٥) قوله: "تعتبر إلخ" فيجعل كأنها ولدته الآن، فله النفى عند أبى حنيفة فى مقدار ما يقبل فيه التهنئة، وعندهما فى مقدار مدة النفاس بعد القدوم؛ لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به، فصار حال القدوم كحال الولادة. (عناية)

(٦) أى أصل الإمام وأصل الصاحبين. (عناية)

(٧) أى القدورى.

(٨) من أنهما توأمان خلقًا من ماء واحد.

(٩) قوله: "والإقرار بالعفة إلخ" جواب سؤال تقريره: ينبغى أن يجب عليه الحد؛ لأنه أكذب نفسه بعد القذف؛ لأن الإقرار الأول بثبوت النسب باقٍ بعد نفى الثانى، فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار، ولو وجد الإقرار بعد النفى ثبت الإكذاب، ووجب الحد، فكذا ههنا، وتقرير الجواب: أن الإقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة، والاعتبار بالحقيقة. (عناية)

(١٠) ولا يكون ذلك إكذابًا. (عناية)

باب العِنّين(١) و غيره

وإذا كان الزوج عنينًا أجّله الحاكم سنة(١)، فإن وصل إليها فبها، وإلا فرق(٢) بينهما إذا طلبت المرأة ذلك(٣)، هكذا روى* عن عمر، وعلى وابن مسعود(٤)، ولأن الحقّ ثابتٌ لها في الوطء، ويحتمل أن يكون الامتناعُ(٥) لعلة معترضة(٦)، ويحتمل لآفة أصلية(٧)، فلا بد من مدة معرّفة لذلك، وقدّرناها بسنة؛ لاشتمالها على الفصول الأربعة(٨)، فإذا مضت المدةُ، ولم يُصل إليها تبيّن أن العجزَ بآفة أصلية، ففات الإمساك بالمعروف، ووجب عليه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع(٩) ناب القاضى

(١) قوله: "باب العنين إلخ" لما فرغ عن وجوه أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق، ذكر فى هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق؛ لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الأصحاء.
والعنين: هو الذى لا يقدر على إتيان النساء، ولا فرق بين أن تقوم آلته، أو لم تقم، وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر، أو إلى بعض النساء دون بعض، وبين أن يكون لمرض به، أو لضعف فى خلقه، أو لكبر سنه، أو لسحر، أو لغير ذلك، فإنه عنين فى حق من لا يصل إليها لفوات المقصود فى حقها. (عناية)

(١) ابتداءها من وقت الخصومة. (عناية)

(٢) الحاكم.

(٣) التفريق.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٤، والدراية ج٢، الحديث ٥٨٩ ص٧٧. (نعيم)

(٤) قوله: "هكذا روى عن عمر إلخ" أما الرواية عن عمر بن الخطاب: فأخرجه عبد الرزاق فى "مصنفه" عن سعيد بن المسيب، وأما الرواية عن على: فأخرجها ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن الضحاك عن على، وأما الرواية عن ابن مسعود: فأخرجها ابن أبى شيبة أيضًا عن حصين بن قبيصة، عن عبد الله ابن مسعود. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٥) أى امتناع الزوج عن إيفاء الحق.

(٦) من رطوبة، أو برودة، أو يبوسة، فيداوى. (عينى)

(٧) أى فى أصل الخلقة.

(٨) قوله: "لاشتمالها على الفصول الأربعة" لأن العجز قد يكون لفرط رطوبة، فيتداوى بما يضاده من اليبوسة، أو بالعكس من ذلك، وكذلك بقية الطبائع. (عناية)

(٩) الزوج عن التسريح بالإحسان.

منابَه، فَفرّق بينهما، ولا بد من طلبها[١]؛ لأن التفريق حقها.

وتلك الفرقة تطليقة بائنة؛ لأن فعل القاضى أضيف إلى فعل الزوج، فكأنّه طلقها بنفسه. وقال الشافعي: هو[٢] فسخ[٣]، لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا[٤]، وإنما تقع[٥] بائنة؛ لأن المقصود، وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها[٦]؛ لأنها[٧] لو لم تكن بائنة، تعود معلَّقة بالمراجعة[٨]، ولها كمالُ مهرها إن كان خلا بها، فإن خلوة العنّين صحيحة[٩]، ويجب العدة[١٠]؛ لما بينا[١١] من قبل، هذا[١٢] إذا أقرّ الزوج أنه لم يصل إليها. ولو اختلف الزوج والمرأة[١٣] فى الوصول إليها، فإن كانت ثيبًا، فالقول قولُه مع يمينه؛ لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة[١٤]، والأصل

(١) التفريق.

(٢) التفريق.

(٣) لأنه فرقة من جهتها. (عناية)

(٤) قوله: "لا يقبل الفسخ عندنا" يعنى بعد تمام العقد أما قبل تمام العقد، فيقبل ذلك، كما فى خيار البلوغ، وخيار العتاقة؛ لأن ذلك امتناع من تمام العقد. (عينى)

(٥) التطليقة.

(٦) أي بالبائنة.

(٧) لأن التطليقة.

(٨) قوله: "تعود معلقة بالمراجعة" وهى التى لا تكون ذات زوج ولا مطلقة، أما الأول: فلفوات المقصود، وهو الوطئ. وأما الثانى: فلأنها تحت زوج، فلا يحصل دفع الظلم. (عناية)

(٩) قوله: "صحيحة" فالمرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة، فيجب عليه البدل. (عناية)

(١٠) لتوهم الشغل احتياطًا استحسانًا. (عناية)

(١١) يعنى فى باب المهر. (عناية)

(١٢) أى تأجيل العنين.

(١٣) أى الزوج ادعى الوصول وأنكرته.

(١٤) قوله: "لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة" حقيقة، وإن كان مدعيا للوصول صورة، والأصل فى الجبلة السلامة، فكان الظاهر شاهداً له، والقول قول من يشهد له الظاهر، وكان كالمودع إذا ادعى رد الوديعة القول

هو السلامة في الجبلّة(١). ثم إن حلف(٢) بطل حقُّها، وإن نكل يؤجَّل سنة، وإن كانت بكراً، نظر إليها النساء، فإن قلن: هي بكر أُجّل سنة؛ لظهور كذبه. وإن قلن: هي ثيب، يحلف الزوج(٣)، فإن حلف لا حقّ لها، وإن نكل يؤجل سنة، وإن كان(٤) مجبوباً(٥)، فرق بينهما في الحال إن طلبت؛ لأنه لا فائدة في التأجيل، والخصي(٦) يؤجل كما يؤجّل العنين؛ لأن وطئه مرجو. وإذا أجّل العنين سنة، وقال: قد جامعتُها(٧) وأنكرت، نظر إليها النساء، فإن قلن: هي بكر خيّرت(٨)؛ لأن شهادتهن تأيدت بمؤيدٍ، وهي البكارة(٩). وإن قلن: هي ثيّب، حلف الزوج(١٠)، فإن نكل خيّرت؛ لتأيدها(١١) بالنكول، وإن حلف لا تخيّر(١٢)، وإن كانت ثيّباً في

قوله؛ لأنه منكر معنى، وإن كان مدعيًا صورة. (عناية)

(١) أي سلامة الآلة.

(٢) بالله تعالى لقد أصبتها. (عناية)

(٣) قوله: "يحلف الزوج" لإمكان أن بكارتها زالت بوجه آخر، فيشترط اليمين مع شهادتهن؛ ليكون حجة، ثم كيف يعرف أنها بكر، أو ثيب.
قالوا: يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج، فإن دخل بلا عنف فثيب، وإلا فبكر، وقيل: يكسر البيضة، فيهصب في فرجها، فإن دخلت فثيب، وإلا فبكر. (ع)

(٤) الزوج.

(٥) قوله: "مجبوبًا" وهو الذي استوصل ذكره وخصيتاه من الجب، وهو القطع. (عيني)

(٦) قوله: "والخصي" من خصيت الفحل خصاء ممدودًا، إذا سللت خصيته. (عيني)

(٧) في السنة.

(٨) فلو اختارت الفرقة، فرق القاضي.

(٩) فإن البكارة أصل، ويؤيد شهادتهن.

(١٠) قوله: "حلف الزوج" حاصله أن الإراءة للنساء مرتين: مرة قبل الأجل للتأجيل، ومرة بعد الأجل للعجز. (عناية)

(١١) قوله: "لتأيدها بالنكول" أي لتأيد دعوى المرأة أنه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين. (عناية)

الأصل، فالقول قولُه مع يمينه، وقد ذكرناه[١].

فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار؛ لأنها رضيت ببطلان حقها، وفى التأجيل تعتبر السنة القمرية[٢] هو الصحيح[٣]، ويُحتسب بأيام الحيض[٤]، وبشهر رمضان لوجود ذلك فى السنة، ولا يُحتسب بمرضه ومرضها؛ لأن السنة قد تخلو عنه[٥].

وإذا كان بالزوجة عيبٌ، فلا خيار للزوج[٦]، وقال الشافعى: يرد[٧] بالعيوب الخمسة، وهى: الجُذام[٨]، والبرص، والجنون، والرتق، والقرْن؛ لأنها تمنع الاستيفاء حسّا وطبعًا[٩]، والطبع مؤيّد بالشرع؛ قال

---

(١٢) لبطلان حقها. (عناية)

(١) قوله: "وقد ذكرناه" يعنى قوله: فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه ينكر استحقاق الفرقة. (ع)

(٢) قوله: "السنة القمرية" وهى ثلاث مائة وأربعة وخمسون يوما، وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يعتبر السنة الشمسية، وهى ثلاثمائة وخمسة وستون يوما رجزء من مائة وعشرين جزء من اليوم. (عناية)

(٣) قوله: "هو الصحيح" لأنه أطلق محمد فى "الأصل"، ولم يقيده بالقمرية و' بالشمسية، والسنة تنصرف إلى القمرية مطلقًا. (عينى)

(٤) قوله: "ويحتسب إلخ" يعنى لا يعوض عن أيام الحيض، وعن شهر رمضان الواقعة فى مدة التأجيل أيام أخر، بل هى محسوبة من مدة التأجيل. (عناية)

(٥) قوله: "قد تخلو عنه" [مرض] فلم يكن المرض فى معنى أيام الحيض وشهر رمضان، فيعوض لذلك من أيام أخر. (عناية)

(٦) فى فسخ النكاح. (عناية)

(٧) النكاح.

(٨) قوله: "وهى الجذام" وهو علة رديئة تحدث من انتشار المرة السوداء، والبرص -وهو بياض يظهر فى البدن- ويكون فى بعض الأعضاء دون البعض، وربما يكون فى سائر الأعضاء، حتى يكون ظاهر البدن كله أبيض، وسببه سوء مزاج العضو إلى البرودة وغلبة البلغم، والجنون -وهو زوال العقل- والرتق، وهو مصدر من ...: امرأة رتقاء بنية الرتق لا يستطاع جماعها بأن لا يكون لها نقب سوى المبال، وا لقرن، بسكون الراء، وهو ما نع يمنع من سلوك الذكر فى الفرج من عظم أو غيره. (عينى)

(٩) قوله: "حسًا وطبعًا" أما حسًا: ففى الرتق والقرن، وأما طبعًا: ففى الجذام والبرص والجنون؛ لأن

عليه السلام[١] : «فر[٢][٣] من المجذوم فرارك من الأسد»* .

ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ[٣] ، فاختلالُه بهذه العيوب أولى ، وهذا[٤] لأن الاستيفاء من الثمرات[٥] ، والمستحقُّ هو التمكن ، وهو حاصل[٦] . وإذا كان بالزوج جنون ، أو برص ، أو جذام ، فلا خيار لها عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : لها الخيار[٧] ؛ دفعًا للضرر عنها ، كما فى الجب والعنّة ، بخلاف جانبه[٨] ؛ لأنه[٩] متمكن من دفع الضرر بالطلاق . ولهما أن الأصل عدم الخيار ؛ لما فيه من إبطال حقّ الزوج ، وإنما يثبت فى الجبّ والعنة لأنهما يخلان بالمقصود[١٠]

الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء، وربما يسرى إلى الأولاد. (ع)

(١) أخرجه البخارى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة. (عينى)

(٢) قوله: "فر" بكسر الفاء وتشديد الراء المفتوحة، ويجوز كسرها، والمجذوم الذى أصابه الجذام، وقوله: فرارك منصوب بنزع الخافض أى مثل فرارك، وهذا الحديث من قبيل سد الذرائع. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٢٥، ولم يخرّجه الحافظ فى "الدراية". (نعيم)

(٣) قوله: "لا يوجب الفسخ" حتى لا يسقط شىء من مهرها، قيل: فيه ضعف؛ لأن النكاح موقت بحياتهما. (عناية)

(٤) أى كون هذه العيوب لا توجب الفسخ.

(٥) قوله: "من الثمرات" وفوات الثمرة لا يؤثر فى عقد النكاح، ألا ترى أنه لو لم يستوفِ لبخر أو وفر، أو قروح فاحشة، لم يكن له حق الفسخ. (عناية)

(٦) قوله: "وهو حاصل" أما فى الجذام والبرص والجنون فظاهر، وأما فى الباقيين فبالشق والفتق، وقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «فر من المجذوم» الحديث محمول على الفرار بالطلاق. (عناية)

(٧) قوله: "لها الخيار" لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها لمعنى فيه، فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير؛ دفعا للضرر حيث لا طريق لها سواه. (عناية)

(٨) أى إذا كان بالزوجة جنون، أو جذام، أو برص، فلا خيار له؛ لأن إلخ.

(٩) الزوج.

(١٠) وهو الوطئ؛ لأن شرعية النكاح لأجل الوطئ. (عناية)

المشروع[١] له النكاح، وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا، والله أعلم بالصواب.

بَاب[٢] العدّة[٣]

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا، أو رجعيًّا[٤]، أو ووقعت الفرقة بينهما بغير طلاق[٥]، وهى[٦] حرّة ممن تحيض، فعدتها ثلاثة أقراء؛ لقوله تعالى: ﴿والمطلّقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾.

والفرقة إذا كانت بغير طلاقٍ، فهى فى معنى الطلاق؛ لأن العدة وجبت للتعرّف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارئة على النكاح، وهذا[٧] يتحقق فيها. والأقْراء[٨] الحِيَض عندنا، وقال الشافعى: الأطهار، واللفظ[٩] حقيقةٌ فيهما[١٠]؛ إذ هو من الأضداد، كذا قال ابن السكيت.

(١) أى التمكن من الوطئ.

(٢) قوله: "باب العدة" لما كانت العدة أثر الفرقة بالطلاق وغيره، عقبها بذكر وجوه التفريق فى باب على حدة؛ لأن الأثر يعقب المؤثر. (عناية)

(٣)قوله: "العدة" هى فى اللغة أيام أقراء المرأة، وفى الشريعة: تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة مؤكدا بالدخول، أو الخلوة، أو الموت. (عناية)

(٤)قوله: "أو رجعيا" ولم يقل: وقد دخل بها؛ لأن قوله: رجعيا يغنى عنه؛ إذ الرجعة لا تكون إلا فى المدخول بها. (ع)

(٥) قوله: بغير طلاق" كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر، والفرقة فى النكاح الفاسد. (عناية)

(٦) الواو حالية.

(٧) أى التعرف عن براءة الرحم. (عناية)

(٨) أى فى الفرقة بغير طلاق. (عناية)

(٩) أى لفظ القرء.

(١٠) فكان من الألفاظ المشتركة.

ولا ينتظمهما[١] جملةً للاشتراك[٢]، والحمل على الحيض أولى، إما عملا بلفظ الجمع[٣]؛ لأنه[٤] لو حمل على الأطهار[٥]، والطلاقُ يوقع في طهرٍ لم يبق جمعًا، أو لأنه معرِّف لبراءة الرحم[٦]، وهو[٧] المقصود[٨]، أو لقوله عليه السلام[٩]: «وعدة الأمة حيضتان»[١٠]*، فيلتحق بيانًا به. وإن كانت ممن لا تحيض من صغرٍ، أوكبرٍ، فعدتها ثلاثة أشهر؛ لقوله تعالى: ﴿واللائى يَئِسْنَ من المحيض من نسائكم﴾ الآية[١١]، وكذا التى بلغت بالسّن[١٢]، ولم تحض بآخر الآية[١٣]، وإن

(١) اللفظ.

(٢) قوله: "للاشتراك" فإن اللفظ الواحد عندنا، لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين، حقيقةً، أو مجازاً على ما عرف فى الأصول، فلا بد من الحمل على أحدهما، والحمل إلخ. (عناية)

(٣) يعنى قروء، فإنه جمع قرء بالفتح.

(٤) حيض.

(٥) قوله: "لأنه لو حمل إلخ" توجيهه أن أقل الجمع ثلاثة، وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض، لا على الطهر؛ لما أن الطلاق يوقع فى طهر، وهو السنة، ثم هو محسوب من الأقراء عند من يقول: بالأطهار، فيكون حينئذٍ مدة عدتها قرءين وبعض الثالث، ولفظ الثلاثة فى قوله تعالى: ﴿ثلاثة قروء﴾ خاص؛ لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد، وهو لا يحتمل النقصان، وهذا أيضًا مما عرف فى الأصول، بخلاف ما لو أريد بالقروء الحيض، فإنه يكمل ثلاثًا. (ع)

(٦) قوله: "معرف لبراءة الرحم" لأن براءتها إنما تظهر بالحيض لا بالطهر؛ لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان، فلا يحصل التعرف بأنها حامل، أو حائل. (عناية)

(٧) أى التعرف.

(٨) من العدة.

(٩) هذا الحديث قد مضى فى كتاب الطلاق قبل باب إيقاع الطلاق. (عينى)

(١٠) قوله: "وعدة الأمة حيضتان" والرق إنما يؤثر فى النصف، لا فى النقل من الطهر إلى الحيض، فيلتحق، أى هذا الحديث به، أى بالمشترك من الكتاب بيانًا. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٥، والدراية ج٢ وقد تقدم الحديث فى الطلاق. (نعيم)

(١١) ﴿إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾.

كانت حاملا، فعدتها أن تضع حملها؛ لقوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾. وإن كانت أمةً فعدتها حيضتان؛ لقوله عليه السّلام[1]: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»*، ولأن الرق[2] منصّف[3]، والحيضة لا تتجزأ فكملت، فصارت حيضتين، وإليه[4] أشار عمر بقوله[5]: "لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفًا"**، وإن كانت[6] لا تحيض، فعدتها شهر ونصف؛ لأنه[7] متجزٍ، فأمكن تنصيفه عملا بالرق. وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهرٍ وعشر؛ لقوله تعالى[8]: ﴿وَيَذَرُوْنَ أزواجًا يَتَرَبَّصْنَ بأنفسهن أربعة أشهر و عشرًا﴾. وعدة الأمة شهران وخمسة أيام؛ لأن الرق منصِّف، وإن كانت[9]

(١٢) أى خمسة عشر سنة.

(١٣) قوله: "بآخر الآية" وهو قوله تعالى: ﴿واللائى لم يحضن﴾ عطف على ﴿اللائى يئسن﴾، وجعل لهما خبراً واحداً. (عناية)

(١) هذا الحديث قد مر فى كتاب الطلاق، فى أواخر الفصل الذى فيه. (عينى)

* وهذا الحديث لم يخرّج الزيلعى والحافظ فى "نصب الراية" و "الدراية". (نعيم)

(٢) فصارت عدة الأمة حيضة ونصفًا.

(٣) قوله: "منصف" بدليل قوله تعالى: ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾. (عينى)

(٤) قوله: "وإليه" أى إلى عدم تجزئ الحيضة، أشار عمر رضى الله تعالى عنه بقوله: "لو استطعت لجعلتها" أى لجعلت عدة الأمة حيضة ونصف حيضة، ولكن جعلتها حيضتين كاملتين لعدم الاستطاعة على تجزئ الحيضة؛ لأنها تختلف قلةً وكثرةً ووقتًا. (عينى)

(٥) رواه عبد الرزاق فى "مصنفه". (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٥، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٠ ص٧٨. (نعيم)

(٦) الأمة.

(٧) أى لأن الشهر.

(٨) ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون﴾ إلخ.

(٩) أى المتوفى عنها زوجها سواء كانت حرة أو أمة. (عينى)

حاملا، فعدتها أن تضع حملها؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلُهن أن يَّضَعنَ حملهن﴾، وقال عبد الله بن مسعود[١]: "من شاء[٢] باهلتُه[٣] أن سورة النساء القصرى[٤] نزلت بعد الآية التى فى سورة البقرة"[٥]*، وقال عمر[٦]: "لو وضعت، وزوجها[٧] على سريره[٨] لانقضت عدتها، وحل لها أن تتزوج"**.

وإذا ورثت المطلّقة[٩] فى المرض، فعدتها أبعد الأجلين[١٠]،

(١) قوله: "وقال عبد الله إلخ" أى كان على رضى الله عنه يقول: تعتد بأبعد الأجلين: إما بوضع الحمل أو بأربعة أشهر وعشراً، أيهما كان أبعد؛ لأن قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن﴾ الآية يقتضى الاعتداد بوضع الحمل، و قوله: ﴿يتربصن بأنفسهن﴾ يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشراً، فيجمع بينهما احتياطاً، وقلنا: قال عبد الله بن مسعود إلخ. (عناية)

(٢) روى فى السنن مسندا إلى مسروق عن عبد الله بن مسعود. (عينى)

(٣) قوله: "باهلته" من المباهلة أى الملاعنة من البهل، وهو اللعن، وكانوا يقولون: إذا اختلفوا فى شيء، بهلته الله على الكاذب منا، قالوا: هى مشروعة فى زماننا أيضاً. (عينى)

(٤) قوله: "سورة النساء القصرى [أى التى فيها آية ﴿وأولات الأحمال﴾ إلخ]" يعنى سورة ﴿يا أيها النبى إذا طلقتم النساء﴾ إلخ. (عناية)

(٥) قوله: "بعد الآية [أى ﴿يتربصن بأنفسهن أربعة﴾ إلخ] التى إلخ" يريد أن قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال﴾ متأخر عن قوله تعالى: ﴿يتربصن بأنفسهن﴾، فيكون ناسخاً فى ذوات الأحمال. (ع)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٩١ ص٧٨. (نعيم)

(٦) رواه مالك فى "موطئه". (عينى)

(٧) الواو حالية.

(٨) أى لم يدفن بعد.

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٦، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٢ ص٧٨. (نعيم)

(٩) قوله: "وإذا ورثت المطلقة إلخ" أراد به امرأة الفارّ، يعنى المريض مرض الموت إذا طلق امرأته ثلاثاً، أو واحدة بائنة، ثم مات، وهى فى العدة ترث باتفاق أصحابنا، وفى العدة اختلاف بينهم. (عينى)

(١٠) قوله: "أبعد الأجلين [أى أجل الطلاق وأجل الوفاة]" أى تعتد أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشراً، فلم تحض، كانت فى العدة ما لم تحض ثلاث حيض، ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشراً، لا تنقضى عدتها حتى تتم المدة. (عناية)

وهذا(١) عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ثلاث حيض، ومعناه(٢) إذا كان الطلاق بائنًا، أو ثلاثًا، أما إذا كان رجعيًا، فعليها عدة الوفاة(٣) بالإجماع(٤). لأبى يوسف: أن النكاح قد انقطع(٥) قبل الموت بالطلاق، ولزمتها ثلاثُ حيض، وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح فى الوفاة(٦) إلا أنه بقى فى حق الإرث(٧)، لا فى حق تغير العدة، بخلاف الرجعى(٨)؛ لأن النكاح باقٍ من كل وجهٍ(٩).

ولهما أنه لما بقى فى حق الإرث يجعل باقيًا فى حق العدة(١٠) احتياطًا، فيجمع بينهما، ولو قتل على ردّته(١١) حتى ورثته امرأته، فعدتها على هذا

(١) أى كون عدتها أبعد الأجلين.

(٢) أى معناه معنى الخلاف فى أبعد الأجلين.

(٣) لا عدة الطلاق.

(٤) لعدم انقطاع النكاح. (عينى)

(٥) قوله: "قد انقطع إلخ" لأن الكلام فى الطلاق البائن، وهو قاطع فى النكاح بلا خلاف. (ع)

(٦) وليس كذلك.

(٧) قوله: "إلا أنه إلخ" هذا جواب عما يقال: لو كان كذلك؛ لما بقى فى حق الإرث، وأجاب بقوله: إلا أنه أى أن النكاح بقى فى حق الإرث بالدليل الدال على توريثها بسبب الفرار، لا فى حق تغير العدة. (عينى)

(٨) الطلاق.

(٩) لأنه لا ينقطع بالرجعى. (عينى)

(١٠) فجعل العدة أبعد الأجلين.

(١١) قوله: "ولو قتل إلخ" جواب عما استدل به أبو يوسف، فقال: ألا يرى أن المرتد إذا مات، أو قتل على ردته، ترث زوجته المسلمة، وليس عليها عدة الوفاة بالإجماع؛ لأن زوال النكاح كان بردته لا بموته، فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن، لا بالموت.

وتقريره: أن ذلك أيضًا على هذا الاختلاف، عندهما تعتد بأبعد الأجلين، فلا ينهض دليلا، وقيل: عدتها بالحيض بالإجماع، وعذرهما عن ذلك كما ذكر فى الكتاب أن النكاح حينئذٍ ما اعتبر باقيًا إلى وقت الموت فى حق الإرث؛ لأنها عنده مسلمة، والمسلمة لا ترث الكافر، ولكن يستند استحقاق الميراث إلى وقت الردة، وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض، فلا تلزمها عدة الوفاة، وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق،

الاختلاف، وقيل: عدتُها بالحيض بالإجماع؛ لأن النكاحَ حينئذٍ ما اعتُبر باقيا إلى وقت الموت فى حق الإرث؛ لأن المسلمة لا ترث من الكافر.

فإن أعتقت الأمة[١] فى عدتها من طلاقٍ رجعى، انتقلت عدتُّها إلى عدة الحرائر؛ لقيام النكاح من كل وجه، وإن أعتقت وهى[٢] مبتوتة[٣]، أو متوفى عنها زوجُها لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر؛ لزوال النكاح بالبينونة، أو الموت.

وإن كانت[٤] آئسةً فاعتدت بالشهور، ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض[٥]، ومعناه[٦] إذا رأت الدم على العادة؛ لأن عَودَها يُبطل الإياس هو الصحيح[٧]، فظهر أنه[٨] لم يكن خلفًا[٩]، وهذا[١٠] لأن شرط الخلفية تحقُّق اليأس، وذلك باستدامة

فعرفنا أن النكاح كالقائم بينهما إلى وقت الموت حكمًا. (عناية)

(١) قوله: "فإن أعتقت إلخ" صورته: الأمة المنكوحة طلقها زوجها رجعيا، ثم أعتقها مولاها فى عدتها، تحولت عدتها إلى عدة الحرائر من وقت الطلاق، فعليها أن تعتد بثلاث حيض إن كانت ممن تحيض، وبثلاثة أشهر إن كانت ممن لا تحيض. (عينى)

(٢) والواو حالية.

(٣) أى مطلقة طلاقًا بائنًا أو ثلاثًا.

(٤) الامرأة المطلقة.

(٥) قوله: "وعليها أن تستأنف إلخ" لأن الشهور فى الآئسة بدل عن الحيض، ولا معتبر بالبدل مع القدرة على الأصل، فلما رأت الدم علم أن اليأس عن الأصل لم يكن متحققا، والشرط هو اليأس إلى الموت. (عينى)

(٦) قوله: "ومعناه" أى معنى ما ذكره القدورى؛ لأن المسألة من مسائل القدورى إذا رأت الدم على العادة التى كانت قبل الإياس، يعنى كثيراً سائلا، أما إذا كانت بلة يسيرة لا يكون حيضًا، بل كان ذلك من نتن الرحم. (عينى)

(٧) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازى، فإنه كان يقول: هذا إذا لم يحكم بإياسها، فأما إذا انقطع الدم عنها زمانًا، حتى يحكم بإياسها، وكانت بنت ستين سنة، أو نحوها، فرأت الدم بعد ذلك لم تكن حيضًا. (عناية)

(٨) أى أن الشهر.

(٩) عن الحيض.

العَجز إلى الممات كالفدية(١) فى حق الشيخ الفانى(٢).

ولو حاضت (٣)حيضتين، ثم أيست تعتد بالشهور؛ تحرزاً عن الجمع بين البدل والمبدل، والمنكوحةُ نكاحًا فاسداً(٤)، و الموطوءة بشبهة(٥) عدتُهما الحيضُ(٦) فى الفرقةِ والموتِ؛ لأنها(٧) للتعرف عن براءة الرحم؛ لا لقضاء حقّ النكاح(٨)، والحيض هو المعرّف(٩). وإذا مات مولى أم الولد عنها، أو أعْتَقَها، فعدتها ثلاث حيض، وقال الشافعي: حيضة واحدة؛ لأنها(١٠) تجب بزوال ملك اليمين، فشابهت الاستبراء(١١).

---

(١٠) أى عدم ظهور الخليفة.

(١) قوله: "كالفدية [بدل الصوم] فى إلخ" يعنى أن شرط الخليفة فى الشيخ الفانى استمرار العجز مدة العمر، فكذا ههنا. (عينى)

(٢) إذا لم يصم.

(٣) الامرأة المطلقة.

(٤) قوله: "نكاحًا فاسداً" أراد بالنكاح الفاسد النكاح بغير شهود، ونكاح الأخت فى عدة الأخت، ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة. (عينى)

(٥) قوله: "والموطوءة بشبهة" وهى التى زفت إلى غير زوجها، فوطئها. (عناية)

(٦) ثلاث حيض.

(٧) أى لأن عدتها.

(٨) قوله: "لا لقضاء حق النكاح" إذا لا حق للنكاح الفاسد، والوطئ بشبهة. (عناية)

(٩) قوله: "والحيض هو المعرف" ولا تفرقة فى ذلك بين الفرقة والموت، فإن قيل: فعلى هذا وجب أن يكتفى بحيضة واحدة، أو شهر واحد، كما فى الاستبراء، وليس كذلك.
أجيب: بأنها إنما كانت ثلاث حيض إلحاقًا للشبهة بالحقيقة، فإن أحكام العقد الفاسد أبداً تؤخذ من حكم الصحيح، كما فى البيع الفاسد، والإجارة الفاسدة، فإنهما يفيدان إفادة الصحيح غير أن ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه، وكذلك يثبت أجر المثل دون المسمى لذلك، وههنا أيضًا لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه، فإن عدة الوفاة لزيادة إظهار التأسف؛ لفوت نعمة النكاح، فالنعمة فى النكاح الصحيح دون الفاسد، فلذلك اختصت بالصحيح، ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح فى اعتبار مدة العدة احتياطًا. (عينى)

(١٠) أى لأن عدة أم الولد.

(١١) ولهذا لا يختلف بالحياة والوفاة.

ولنا أنها[١] وجبت بزوال الفراش، فأشبه عدة النكاح[٢]، ثم إمامنا فيه عمر، فإنه قال[٣]: "عدة أم الولد ثلاث حيض"*، ولو كانت ممن لا تحيض، فعدتها ثلاثة أشهر، كما في النكاح[٤].

وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل، فعدتها أن تضع حملها، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشر، وهو قول الشافعي؛ لأن الحملَ ليس بثابت النسب منه[٥]، فصار[٦] كالحادث بعد الموت[٧]. لهما إطلاق قوله تعالى[٨]: ﴿وأولاتُ الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾، ولأنها[٩] مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة، أو طالت، لا للتعرف[١٠] عن فراغ

(١) أي عدة أم الولد.

(٢) قوله: "فأشبه عدة النكاح" وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة، والقياس على الاستبراء ضعيف؛ لأن سببه استحداث الملك، وسببها زوال الفراش، ولا مناسبة بينهما. (عناية)

(٣) قوله: "فإنه قال [هذا غريب. عيني] إلخ" روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" أن عمرو بن العاص أمر أم الولد إذا أعتقت أن تعتد بثلاث حيض، وكتب إلى عمر، فكتب بحسن رأيه. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٨، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٣ ص٧٨. (نعيم)

(٤) فإن من لا تحيض من المنكوحة، عدتها ثلاثة أشهر.

(٥) أي من الصغير.

(٦) أي الحمل.

(٧) قوله: "كالحادث بعد الموت" يعني بأن تضع بعد الموت بستة أشهر فصاعداً من يوم الموت عند عامة المشايخ، وقال بعضهم: بأن يأتي لأكثر من سنتين. قال في "النهاية": والأول أصح، وتفسير قيام الحمل عند الموت أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الموت، كذا في "الفوائد الظهيرية". (عناية)

(٨) قوله: "لهما إطلاق إلخ" أي من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج، أو من غيره في عدة الطلاق، أو الوفاة. (عناية)

(٩) أي لأن عدة الوفاة.

(١٠) بل لقضاء حق النكاح.

الرحم، لشرعها[1] بالأشهر مع وجود الأقراء[2]، لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى[3] يتحقق فى الصبى، وإن[4] لم يكن الحمل منه، بخلاف الحمل الحادث[5]؛ لأنه وجبت العدة بالشهور، فلا تتغير بحدوث الحمل، وفيما نحن فيه كما وجبت، وجبت مقدرةً بمدة الحمل، فافترقا، ولا يلزم[6] امرأة الكبير إذا حدث لها الحبل بعد الموت؛ لأن النسب يثبت منه، فكان[7] كالقائم عند الموت حكمًا[8]. ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين[9]؛ لأن الصبى لا ماء له، فلا يتصور منه[10] العلوق والنكاح

(١) أى لشرع عدة الوفاة. (عناية)

(٢) قوله: "بالأشهر إلخ" يعنى لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالأشهر؛ لأن الحيض هو المعرف على ما عرف. (عناية)

(٣) أى قضاء حق النكاح.

(٤) الواو وصلية.

(٥) قوله: "بخلاف الحمل إلخ" جواب عن قوله: فصار كالحادث بعد الموت، يعنى إنما كانت عدتها بالشهود؛ لأنا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت، وألزمنا العدة، ووجبت العدة بالشهور حقا للنكاح بآية التربص، فلا تتغير بحدوث الحمل، وفيما نحن فيه، كما وجبت العدة، وجبت مقدرة بمدة الحمل؛ لأنها عدة أولات الأحمال بالنص، فافترقا أى الحمل القائم عند الموت، والحادث بعده. (عناية)

(٦) قوله: "ولا يلزم إلخ" جواب عما يقال: إذا مات الرجل، ولم تكن المرأة حاملا، فقد ألزمناها العدة بالشهود، ثم إذا ظهر الحمل يكون عدتها بوضع الحمل، فقد تغيرت العدة بوضع الحمل، فأجاب بقوله: ولا يلزم امرأة إلخ. (عينى)

(٧) أى الحمل.

(٨) قوله: "كالقائم عند الموت حكمًا" تبعًا لحكم شرعى آخر، وهو ثبوت النسب؛ لأن النسب بلا حمل لا يثبت، وحيث ثبت لها ههنا لا بد له من حمل، فجعلناه كالقائم حكمًا، وفى امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج إلى جعل الحمل قائمًا عند الموت، فكان الحمل مضافًا إلى أقرب الأوقات، فكان ابتداء عدتها بالأشهر لا محالة. (عناية)

(٩) قوله: "فى الوجهين" أى فى ما إذا كان الحمل قائمًا عند موت الصغير، وفيما إذا كان حادثًا بعد موته. (عينى)

(١٠) الصبى.

يقام مقامه[١] في موضع التصور[٢]، وإذا طلق الرجل امرأةً في حالة الحيض لم تَعتد[٣] بالحيضة التي وقع فيها الطلاق؛ لأن العدة مقدرة بثلاث حيضٍ كوامل، فلا ينقص عنها.

وإذا وُطئت المعتدة[٤] بشبهة، فعليها عدة أخرى، وتداخلت العدتان، ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبًا منهما جميعًا، وإذا انقضت العدة الأولى، ولم تكمل الثانية، فعليها إتمام العدة الثانية[٥]، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا تتداخلان؛ لأن المقصود[٦] هو العبادة، فإنها[٧] عبادة كفٌّ عن التزوج والخروج، فلا تتداخلان[٨] كالصومين في يوم واحد[٩]. ولنا أن المقصود[١٠] التعرُّف عن فراغ الرحم، وقد حصل بالواحدة[١١] فتتداخلان، ومعنى العبادة[١٢] تابع، ألا ترى أنها تنقضي بدون

(١) قوله: "والنكاح يقام مقامه [الماء] إلخ" جواب عما يقال: النكاح موجود، فيقام مقام الماء؛ لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «الولد للفراش»، فأجاب بقوله: والنكاح إلخ. (عيني).

(٢) أي تصور الوطئ.

(٣) أي لم تحتسب تلك المرأة.

(٤) قوله: "وإذا وطئت إلخ" المعتدة عن طلاق بائن، وطئها رجل بشبهة بأن قال: ظننتها تحل لي. (عيني)

(٥) قوله: "فعليها إتمام إلخ" وصورة ذلك أن الوطئ الثاني إذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطئ الثاني ثلاث حيض أيضًا، والحيضتان تنوب عن أربع حيض: حيضتان للأولى، وحيضتان للثانية، والثالثة عن الوطئ الثاني خاصة، وإن لم تكن رأت شيئًا، فليس عليها إلا ثلاث حيض، وهي تنوب عن ستة حيض. (عناية)

(٦) من العدة.

(٧) العدة.

(٨) فإنه لا تداخل في العبادات.

(٩) قوله: "كالصومين إلخ" فإن العدة كف عن التزوج والخروج، كما أن الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين، فكما لا تداخل في الصوم، فكذا في العدة. (عناية)

(١٠) من العدة.

(١١) أي بالعدة الواحدة.

علمها[١]، ومع تركها الكف[٢].

والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور، وتحتسب بما تراه[٣] من الحيض فيها؛ تحقيقًا للتداخل بقدر الإمكان.

وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق*، وفى الوفاة عقيب الوفاة، فإن لم تعلم بالطلاق، أو الوفاة حتى مضت مدة العدة، فقد انقضت عدتُها؛ لأن سبب وجوب العدة الطلاقُ، أو الوفاةُ، فيعتبر ابتداءها[٤] من وقت وجود السبب، ومشايخنا[٥] يفتون فى الطلاق أن ابتداءها[٦] من وقت الإقرار نفيًا لتهمة المواضعة[٧].

والعدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق[٨]، أو عزم الواطئ[٩] على

(١٢) جواب عن قوله: لأن المقصود هو العبادة. (عناية)

(١) المرأة.

(٢) قوله: "ومع تركها الكف" عن الخروج والتزوج حتى إذا خرجت، أو تزوجت بزوج آخر لا تبطل العدة، ولو كان معنى العبادة فيها ركنا مقصودًا لم تنقص بدون الكف؛ لأن العبادة لا تتحقق بلا ركن. (عينى)

(٣) قوله: "وتحتسب إلخ" قال فى "المبسوط": لو تزوجت فى عدة الوفاة، فدخل بها الثانى، ففرق بينهما، فعليها بقية عدتها من الأول تمام أربعة أشهر وعشر يوم، وعليها ثلاث حيض للآخر، وتحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضًا. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٤ ص٧٩. (نعيم)

(٤) العدة.

(٥) قوله: "ومشايخنا" [يريد علماء بخارى وسمرقند. عناية] قال محمد: إذا فارق الرجل امرأته زمانا، ثم قال لها: كنت طلقتك منذ كذا، والمرأة لا تعلم بذلك، لها أن تصدقه، وتعتبر عدتها من ذلك الوقت، ومشايخنا إلخ. (ع)

(٦) العدة.

(٧) قوله: "نفيًا لتهمة المواضعة" لجواز أن يتواضعا على الطلاق، وانقضاء العدة؛ ليصح إقرار المريض لها بالدين، ووصيته لها بشىء، أو يتواضعا على انقضاء العدة؛ لأن يتزوج أختها، أو أربعًا سواها. (عناية)

(٨) قوله: "عقيب التفريق" بأن يحكم الحاكم بالتفريق بينهما. (ع)

ترك وطئها، وقال زفر: من آخر الوطئات؛ لأن الوطئ هو السبب الموجِب[١]. ولنا أن كل وطئ[٢] وُجد فى العقد الفاسد يجرى مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحدٍ، ولهذا يكتفى فى الكل بمهرٍ واحدٍ، فقبل المتاركة، أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره، ولأن التمكن[٣] على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطئ لخفاءه[٤]، ومساسُ الحاجة إلى معرفة الحكم فى حق غيره.

وإذا قالت المعتدة: انقضت عدتى، وكذبها الزوجُ، كان القول قولها مع اليمين؛ لأنها أمينة فى ذلك، وقد اتهمت بالكذب، فتحلف كالمودَع[٥]. وإذا طلّق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا[٦]، ثم تزوجها فى عدتها،

---

(٩) قوله: "أو عزم إلخ" والعزم أمر باطن لا يطلع عليه، وله دليل ظاهر، وهو الاختيار بذلك بأن يقول: تركت وطئها، وما يفيد معناها، فيقام مقامه، فيدار الحكم عليه. (عناية)

(١) للعدة إذ لو لم يطأها، لم يجب عليها العدة.

(٢) قوله: "ولنا أن كل وطئ إلخ" تقريره: القول بالموجب، وهو أن يقال: سلمنا أن الوطئ هو السبب الموجب، لكن جميع الوطئات التى توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطئة واحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد، ولهذا يكتفى فى الكل بمهر واحد، وإذا كان كذلك لم يثبت آخر وطئة يترتب عليها العدة إلا بالتفريق، أو العزم؛ لأنه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره، فلا يكون ما فرضناه آخر الوطئات آخرها. وتحرير هذه النكتة أن العدة لا تثبت إلا بآخر وطئة، وآخر وطئة لا توجد إلا بالتفريق، أو العزم أما إنها لا تثبت إلا بآخر وطئة، فبالاتفاق بيننا وبين الخصم، وأما إن آخر وطئة لاتوجد إلا بالتفريق، أو العزم فلما قال: مع جواز وجود غيره.(ع)

(٣) قوله: "ولأن التمكن إلخ" دليل آخر، وتقريره: أن حقيقة الوطئ أمر خفى، له سبب ظاهر، وهو التمكن من الوطئ على وجه الشبهة، وكل أمر خفى له سبب ظاهر يقام السبب مقامه، ويدار الحكم عليه، فالتمكن من الوطئ على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطئ، وإذا قام مقامها، فمهما كان التمكن باقيا، كان الوطئ باقيًا، فلا يتعين آخر الوطئات؛ إذ التمكن باق بعد كل وطئة فرضت، فلا بد من المتاركة، أو العزم ليرتفع التمكن، فتعين آخر الوطئات. فإن قلت: لا نسلم أن حقيقة الوطئ أمر خفى؛ لأن الحاجة إلى معرفة العدة، إنما هى للزوجين، وحقيقة الوطئ ليست مخفية بالنسبة إليهما. قلت: وقد أشار إلى الجواب بقوله: ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم فى حق غيره أى غير الواطئ، وهو الذى يريد أن يتزوجها، وقيل: وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها.(ع)

(٤) الوطئ.

(٥) قوله: "كالمودع" يعنى إذا قال: هلكت الوديعة، أو قال: رددتها، وأنكر المودع ذلك، فإن القول قوله

وطلقها قبل الدخول بها، فعليه مهر كامل، وعليها عدّة مستقلة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: عليه نصف المهر، وعليها إتمام العدة الأولى؛ لأن هذا[1] طلاقٌ قبل المسيس[2]، فلا يوجب كمال المهر، ولا استئناف العدة، وإكمال العدة الأولى[3] إنما يجب بالطلاق الأول إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني، فإذا ارتفع[4] بالطلاق الثاني، ظهر حكمه[5] كما لو اشترى أم ولدٍ[6]، ثم أعتقها. ولهما أنها[7] مقبوضةٌ في يده[8] حقيقةً بالوطئة الأولى، وبقي أثره[9]، وهو العدة، فإذا جدّد النكاح، وهي[10] مقبوضة ناب ذلك القبض[11] عن القبض المستحقّ في هذا النكاح كالغاصب

مع يمينه؛ لأنه أمين، وما على الأمين إلا اليمين. (عناية)

(٦) قوله: "وإذا طلق إلخ" هذه المسألة مبنية على أصل واحد، وهو أن الدخول في النكاح الأول، هل يكون دخولا في النكاح الثاني أولا، فعند محمد لا يكون، وعندهما يكون. (عناية)

(١) أي الطلاق بعد النكاح الثاني.

(٢) والخلوة الصحيحة.

(٣) أي فإن قيل: لم يجب عليها إكمال العدة الأولى، قلت: وإكمال إلخ.

(٤) قوله: "فإذا ارتفع [التزوج الثاني] إلخ" أي فإذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم، فيجب عليها إكمال العدة الأولى. (ع)

(٥) الطلاق الأول.

(٦) قوله: "كما لو اشترى أم ولد" أي المنكوحة التي ولدت عنه، ثم أعتقها، فإنه يجب عليها ثلاث حيض: حيضتان من النكاح تجتنب فيها ما تجتنب المنكوحة من الخروج والتزين، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها؛ لأنه لما اشتراها، عند النكاح، وجبت العدة، ألا يرى أنه لا يجوز أن يزوجها، وإنما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع، وهو ملك اليمين، فإذا زال المانع، ظهر حكم العدة في حقه أيضاً، فوجب حيضتان للفساد، وهما تعتبران من الإعتاق أيضاً، ويلزمها الحداد، وأما الثالثة: فإنما يجب من العتق خاصة، فلا يلزمها الحداد. (ع)

(٧) الامرأة.

(٨) الزُوج.

(٩) أي أثر الوطئ الأول.

(١٠) الواو حالية.

(١١) قوله: "ناب ذلك القبض الذي كان [بالدخول] عن القبض [بالدخول] إلخ" فإذا طلقها صار كأنه

يشترى المغصوب الذى فى يده يصير قابضا بمجرد العقد[١]، فوضح بهذا أنه[٢] طلاق بعد الدخول. وقال زفر: لا عدة عليها أصلا؛ لأن الأولى قد سقطت بالتزوج[٣]، فلا تعود، والثانية لم تجب[٤]، وجوابه ما قلنا[٥].

وإذا طلق الذمى الذمية، فلا عدة عليها، وكذا إذا خرجت[٦] الحربية إلينا مسلمة[٧]، فإن تزوجت[٨] جاز إلا أن تكون حاملا، وهذا كله عند أبى حنيفة، وقالا: عليها وعلى الذميّة العدة. أما الذمية: فالاختلاف فيها نظير الاختلاف فى نكاحهم محارمهم[٩]، وقد بيناه فى كتاب النكاح[١٠]. وقول أبى حنيفة فيما إذا كان معتقدهم: إنه لا عدة عليها، وأما المهاجرة فوجه قولهما: إن الفرقة لو وقعت بسبب آخر[١١] وجبت العدة، فكذا

=طلقها بعد الدخول فى النكاح الثانى، فيجب عليه مهر كامل، وعليها عدة مستقلة. (عناية)

(١) فناب قبض حالة الغصب مناب القبض المستحق بالبيع.

(٢) أى الطلاق بعد التزوج الثانى.

(٣) الثانى.

(٤) لعدم الوطئ.

(٥) قوله: "ما قلنا" إشارة إلى قوله: وإكمال العدة الأولى، وإلى قوله: ولهما أنها مقبوضة فى يده إلخ. (ع)

(٦) أى فلا عدة عليها.

(٧) قوله: "مسلمة" والإسلام ليس بشرط فى عدم وجوب العدة، بل الشرط هو الخروج على سبيل المراغمة أى المغاضبة، وعلى نية أن لا تعود إلى دار الحرب أبدا، ذكره التمرتاشى.
وقال: خرج أحد الزوجين إلينا مسلما، أو ذميا، أو مستأمنا، ثم أسلم، أو صار ذميا، والآخر على حزبه ثمه، فقد زالت الزوجية. (عينى)

(٨) أى هذه الجائية إلينا.

(٩) قوله: "فى نكاحهم محارمهم" يعنى كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده، إذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم، كذلك الذمية المطلقة لا عدة لها من الكافر إذا كان معتقدهم ذلك. (ع)

(١٠) فى باب نكاح أهل الشرك. (ع)

(١١) كالطلاق.

بسبب التباين[١]، بخلاف[٢] ما ذا هاجر الرجل[٣]، وتركها[٤] لعدم التبليغ[٥]. وله قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم أن تنكحوهن[٦]﴾، ولأن العدة حيث وجبت، كان فيها حق بنى آدم[٧]، والحربىّ ملحق بالجماد، حتى كان محلا للتملك إلا أن تكون حاملا[٨]؛ لأن فى بطنها ولداً ثابت النسب. وعن أبى حنيفة[٩] أنه يجوز نكاحها[١٠]، ولا يطأها[١١] كالحبلى من الزنا، والأول[١٢] أصحّ.

---

(١) أى تباين الدارين.

(٢) أى ليس لها العدة.

(٣) إلينا.

(٤) فى دار الحرب.

(٥) أى تبليغ أحكام الشرع إليها.

(٦) قوله: "لا جناح عليكم إلخ" نفى الجناح فى نكاح المهاجرات مطلقا، فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص. (عناية)

(٧) قوله: "كان فيها حق بنى آدم" لأنها تجب صيانة لماء محترم، ولهذا لا تجب قبل الدخول، ولا حق للحربى؛ لأنه ملحق إلخ. (عناية)

(٨) قوله: "إلا أن تكون حاملا" استثناء من قوله: والحربى ملحق بالجماد معنى؛ لأن معناه والحربى لا حق له، إلا أن تكون امرأته حاملا؛ لأن فى بطنها ولدا ثابت النسب، والحمل الثابت النسب يكون أمنع من احتماله، ألا يرى أن أم الولد إذا كانت حاملا لا يزوجها مولاها، وإذا كانت حائلا جاز له ذلك، وهذا لأن الولد إذا كان ثابت النسب، كان الفراش قائماً، فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين، ولا كذلك إذا لم يكن.
ولقائل أن يقول قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾ مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل، فتقييده بالحائل زيادة على النص، فلا يجوز كما قلتم بالنسبة إلى العدة.
فالجواب أن قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من كان يؤمن بالله ورسوله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره» مشهور تلقته الأمة بالقبول، فيجوزبه الزيادة، بخلاف العدة فإنه ليس فيها مثله. (عناية)

(٩) برواية الحسن.

(١٠) قوله: "أنه [أى نكاح الحربية الجائية إلينا مسلمة حال كونها حاملة] يجوز إلخ" فإنه لا حرمة لماء الحربى كماء الزنا. (عينى)

(١١) الزوج.

(١٢) قوله: "والأول" أى أنه لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد، بخلاف الحبلى من

فصل[١]

قال[٢]: وعلى المبتوتة[٣]، والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحِدادُ[٤]، أما المتوفى عنها زوجها، فلقوله عليه السلام[٥]: «لا يحل لامرأةٍ[٦] تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ[٧] على ميّتٍ فوق ثلاثة أيامٍ إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً»*.

وأما المبتوتة[٨] فمذهبنا، وقال الشافعي: لا حداد عليها؛ لأنه وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها[٩] إلى مماته، وقد أوحشها[١٠] بالإبانة، فلا تأسف بفوته[١١].

الزنا؛ لأنه لا نسب له. (عناية)

(١) قوله: "فصل" لما ذكر نفس وجوب العدة، وكيفية الوجوب، وعلى من تجب، وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات أن يفعلنه، وما لا يجب. (عناية)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٣) قوله: "وعلى المبتوتة" المراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة، وهي تقع على ثلاث: المختلعة، والمطلقة ثلاثًا، والمطلقة تطليقة بائنة. (عناية)

(٤) هي ترك زينتها، وخضابها بعد وفاة زوجها. (عناية)

(٥) أخرجه الجماعة إلا الترمذي. (عيني)

(٦) قوله: "لا يحل إلخ" نفي لإحلال الإحداد، ونفي إحلال الإحداد نفي الإحداد نفسه، فحينئذٍ كان في المستثنى إثبات الإحداد لا محالة، فكان تقرير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفي عنها زوجها، فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً، فكان حينئذٍ إخباراً بإحداد المتوفى عنها زوجها، فكان واجبا؛ لأن إخبار الشارع آكد من الأمر. (ع)

(٧) أحدّ، وحدّ بمعنى.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٥ ص٧٩. (نعيم)

(٨) أي أما وجوب الإحداد على المبتوتة فمذهبنا. (عناية)

(٩) الامرأة.

(١٠) في المبتوتة.

ولنا ما روى أنّ النبى ﷺ نهى المعتدة[١] أن تختضب بالحناءِ، وقال: «الحناء طيب»*، ولأنه يجب إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها[٢]، وكفاية مؤنها[٣]، والإبانةُ أقطع لها من الموت[٤]، حتى كان لها أن تغسله[٥] ميتا قبل الإبانة لا بعدها[٦].

والحداد ويقال: الإحداد وهما لغتان أن تترك الطيبَ والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذرٍ.

وفى "الجامع الصغير"[٧]: إلا من وجع، والمعنى فيه[٨] وجهان: أحدهما: ما ذكرناه من إظهار التأسف. والثانى: أن هذه الأشياء دواعى الرغبة[٩] فيها، وهى ممنوعة[١٠] عن النكاح[١١] فتجتنبها؛ كَىْ لا تصير

(١١) أى بفوت الزوج الموحش.

(١)قوله: "نهى المعتدة" أعم من أن تكون معتدة الوفاة، أو معتدة الطلاق، وتمام الحديث: «الحناء طيب»، فالحديث حديث واحد أخرجه البيهقى فى "كتاب المعرفة" فى الحج عن خولة بنت حكيم عن أمها أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «لا تطيبى وأنت محرمة ولا تمسى الحناء فإنه طيب». (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦١، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٦ ص٧٩. (نعيم)

(٢) أى لصون المرأة عن ارتكاب ما لا يجوز.

(٣) قوله: "وكفاية مؤنها" وهو جمع مؤنة من نفقتها وكسوتها. (عينى)

(٤) قوله: "أقطع لها إلخ" لأن حكم النكاح باقٍ بعد الوفاة إلى أن تنقضى العدة. (عينى)

(٥) الزوج.

(٦) لأنه لا يبقى النكاح بعد الإبانة أصلا.

(٧) قوله: "وفى الجامع الصغير إلخ" أتى بلفظ "الجامع الصغير"؛ لأن لفظه يخالف لفظ القدورى، وفى الوجع إشارة إلى العذر، وهو التداوى لا الزينة. (ع)

(٨) أى فى إيجاب ترك الزينة والطيب.

(٩)قوله: "دواعى إلخ" لأن المرأة إذا كانت متزينة متطيبة، يزيد رغبة الرجل فيها. (عناية)

(١٠) فى العدة.

(١١) ما دامت فى عدة الوفاة، أو الطلاق. (عناية)

ذريعة إلى الوقوع في المحرَّم[١]، وقد صح أن النبي ﷺ لم يأذن* للمعتدة في الاكتحال[٢]، والدهن لا يَعرى عن نوع طيب[٣]، وفيه زينة الشعر، ولهذا يُمنع المحرم عنه. قال[٤]: إلا من عذر؛ لأن فيه ضرورة[٥]، والمراد الدواء[٦] لا الزينة، ولو اعتادت الدّهن، فخافت[٧] وجعًا[٨]، فإن كان ذلك[٩] أمرًا ظاهرًا[١٠] يباح لها؛ لأن الغالب كالواقع، وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر[١١] لا بأس به. ولا تختضب بالحناء؛ لما روينا[١٢]، ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا بعصفر، ولا بزعفران؛ لأنه يفوح منه رائحة الطيب. قال[١٣]: ولا حِداد على كافرة؛ لأنها غير مخاطبة بحقوق

---

(١) أي النكاح. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦١، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٨ ص٨٠. (نعيم)

(٢) الأئمة الستة قد أخرجوه. (عيني)

(٣) قوله: "والدهن إلخ" أشار بها إلى أن الدهن ممنوع مطلقًا؛ لأنه في ذاته لا يعرى عن نوع طيب، وإن لم يبقَ فيه الطيب، ولهذا قال: عن نوع طيب، وفيه زينة الشعر؛ لأنه يحسنه، ويزيد فيه بهجة، ولهذا، أي لأجل كونه زينة للشعر يمنع المحرم عنه، فلا يجوز إستعماله. (عينى)

(٤) القدوري.

(٥) قوله: "لأن فيه [العذر] ضرورة" فحينئذٍ يجوز الادهان والاكتحال، لا على وجه الزينة، كما إذا كان بها صداع، فدهنت رأسها، واشتكت عينها فاكتحلت. (عيني)

(٦) قوله: "والمراد الدواء" يعني ينبغي أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة. (عناية)

(٧) بترك الدهن.

(٨) في الرأس، أو في عضو آخر.

(٩) أي خوف الوجع.

(١٠) غالبًا.

(١١) نحو الحكة والقمل ونحوهما. (عينى)

(١٢) إشارة إلى قوله ﷺ: «الحناء طيب». (عناية)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

الشرع[١]. ولا على صغيرة؛ لأن الخطاب موضوع عنها، وعلى الأمة الإحداد؛ لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى، بخلاف المنع[٢] من الخروج[٣]؛ لأن فيه إبطال حقه[٤]، وحق العبد مقدم لحاجته. قال[٥]: وليس في عدة أم الولد، ولا في عدة النكاح الفاسد إحداد؛ لأنها[٦] ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف، والإباحة أصل[٧]، ولا ينبغي[٨] أن تخطب[٩] المعتدة، ولا بأس بالتعريض في الخطبة[١٠]؛ لقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرّضتم به من خطبة النساء﴾[١١] إلى أن قال: ﴿ولكن لا تواعدوهن سرّاً[١٢] إلا أن تقولوا

(١) قوله: "بحقوق الشرع" والحداد من حقوقه، أشار إلى ذلك قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر». (عناية)

(٢) في العدة.

(٣) من البيت.

(٤) أي حق المولى من الاستخدام ونحوه.

(٥) أي القدوري.

(٦) أي لأن كل واحدة منهما.

(٧) قوله: "والإباحة أصل إلخ" أي الأصل هو الإباحة في الزينة لا سيما في النساء، قال الله تعالى: ﴿قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده﴾. (عناية)

(٨) قوله: "ولا ينبغي إلخ" لقوله تعالى: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾. (عناية)

(٩) الخطبة التزوج ونكاح المعتدات لا يجوز. (عيني)

(١٠) قوله: "ولا بأس بالتعريض إلخ" وذلك مثل أن يقول: إنك لجملية، وإنك لشابة، وإن النساء لمن حاجتي، وما أشبه ذلك من الإشارة دون التصريح بالنكاح، فإنه لا يجوز أن يقول: صريحًا، أريد أن أنكحك، أو أتزوجك، أو أخطبك؛ لأن الخطبة التزوج، والتعريض أن يذكر شيئًا يدل على شيء لم يذكره. (عيني)

(١١) قوله: "﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ في عدتهن من غير تصريح، ﴿أو أكننتم في أنفسكم﴾ أي سترتم في قلوبكم، فلم تذكروه بألسنتكم لا معرضين ولا مصرحين، ﴿علم الله أنكم ستذكرونهن﴾ فاذكروهن ﴿ولكن لا تواعدوهن سرا﴾ أي وطئا؛ لأنه مما يسر ﴿إلا أن تقولوا قولا معروفًا﴾، وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا، والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن، أي لا تواعدوهن مواعدة قط إلا

قولا معروفا﴾، قال عليه السلام[١]: «السرّ النكاح»*.

وقال ابن عباس[٢]: التعريض أن يقول: إني أريد أن أتزوج**، وعن سعيد بن جبير[٣] في القول المعروف: إني فيك لراغب، وإني أريد أن تجتمع. ولا يجوز للمطلقة الرجعية[٤]، والمبتوتة الخروجُ من بيتها[٥] ليلا ولا نهاراً، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل، ولا تبيت في غير منزلها. أما المطلقة فلقوله تعالى: ﴿ولا تخرجوهن[٦] من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبيّنة﴾، قيل[٧]: الفاحشة[٨] نفس الخروج[٩]، وقيل[١٠]: الزنا، ويخرجن لإقامة

مواعده معروفة، كذا في "الكشاف" (ع)

(١٢) قوله: "سرا" أخرج ابن المنذر، وابن جرير، وابن أبي حاتم عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿لا تواعدوهن سراً﴾ قال: لا يقول: إني عاشق.

وأخرج ابن جرير عنه قال: السر الزنا كان الرجل يدخل من أجل الزنا، وهو يعرض بالنكاح، وأخرج الطيبي في مسائله عنه أن نافع بن الأزرق سأله عن السر، قال: الجماع. (در منثور)

(١) هذا غريب.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٢، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٧ ص٧٩. (نعيم)

(٢) قوله: "وقال ابن عباس إلخ" أخرجه البخاري عن مجاهد عن ابن عباس: "لا جناح عليكم فيما عرضتم يقول: إني أريد التزوج، ولوددت أن يتيسر لي امرأة صالحة". (عيني)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٢، والدراية ج٢، الحديث ٥٩٩ ص٨٠. (نعيم)

(٣) أخرجه البيهقي عنه.

(٤) قوله: "ولا يجوز إلخ" إلا إذا اضطرت، نحو إن خافت سقوطه، أو يغار فيه على نفسها، أو مالها، أو أخرجها أهل المنزل بأن كانت تسكن بكراءٍ، أو كان زوجها غائبًا، أو لا يقدر على الأجرة. (عناية)

(٥) أي من المنزل الذي كانت فيه وقت المفارقة.

(٦) الخطاب إلى الأزواج.

(٧) القائل: إبراهيم النخعي.

(٨) بيان للاختلاف في تفسير الفاحشة.

(٩) قوله: "نفس الخروج" فيكون معناها إلا أن يكون خروجها فاحشة، كما يقال: لا يسب النبي إلا

الحد[١]. وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لا نفقةَ لها، فتحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش، وقد يمتد إلى أن يهجم الليل[٢]، ولا كذلك المطلقة؛ لأن النفقة دَارَّة عليها من مال زوجها، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل: إنها تخرج نهاراً[٣]، وقيل: لا تخرج؛ لأنها أسقطت حقها[٤]، فلا يبطل به حقّ عليها[٥].

وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تُخرجوهن من بيوتهن[٦]﴾، والبيتُ المضاف إليها هو البيت الذي تسكنُه[٧]، ولهذا[٨] لو زارت أهلَها، وطلّقها زوجُها كان عليها أن تَعود إلى منزلها، فتعتد فيه، وقال عليه السّلام[٩] للتي قُتل زوجها[١٠]: «اسكني[١١] في بيتك حتى يبلغ الكتابُ أجلَه»*.

كافر، ولا يزني أحد إلا أن يكون فاسقًا. (عناية)

(١٠) القائل: ابن مسعود.

(١) عليهن.

(٢) أي يدخل الليل.

(٣) لطلب المعاش.

(٤) أي نفقة العدة.

(٥) أي بإسقاط حقها.

(٦) قوله: "من بيوتهن" نسب البيوت إليهن بحق السكنى، وإنما البيوت للأزواج. (عيني)

(٧) قوله: "تسكنه" والسكنى عام يشمل البيت المملوك والمستأجر جميعًا. (عيني)

(٨) قوله: "ولهذا" أي ولأجل وجوب اعتداده في المنزل الذي يضاف إليهن بالسكنى. (عيني)

(٩) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن زينب بنت كعب. (عيني)

(١٠) قوله: "للتي قتل إلخ" وهي فريعة بنت مالك بن سنان، أخت أبي سعيد الخدري، خرج زوجها في طلب أعبد له أبقوا، فلحقهم فقتلوه.

(١١) يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك.(عيني)

وإن كان نصيبها[١] من دار الميت لا يكفيها، فأخرجها[٢] الورثةُ من نصيبهم انتقلت؛ لأن هذا انتقال بعذر، والعبادات تؤثّر فيها الأعذار، فصار[٣] كما إذا خافت على متاعها[٤]، أو خافت[٥] سقوطَ المنزل، أو كانت فيها بأجرٍ، ولا تجد ما تؤدّيه. ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن، أو ثلاث لا بد من سترة بينهما[٦]، ثم لا بأس[٧]؛ لأنه[٨] معترفٌ بالحرمة[٩] إلا أن يكون فاسقًا يُخاف عليها منه، فحينئذٍ تخرج؛ لأنه عذرٌ، ولا تخرج عما انتقلت إليه، والأولى أن يخرج هو ويتركها[١٠].

وإن جعلا بينهما[١١] امرأةً ثِقَةً تقدر على الحيلولة فحسن، وإن ضاق عليهما المنزل، فلتخرج[١٢]، والأولى خروجه.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٠ ص٨٠. (نعيم)

(١) المعتدة.

(٢) أى لم يرضوا بسكناها.

(٣) فتنتقل.

(٤) قوله: "كما إذا خافت على متاعها" أى فى ذلك المنزل من سرقة، أو نهب. (عينى)

(٥) عليها.

(٦) أى بين الرجل والمرأة.

(٧) قوله: "ثم لا بأس" أى بعد وجود السترة لا بأس أن يسكنها فى بيت واحد. (عينى)

(٨) أى لأن الرجل.

(٩) فيجتنب الحرام.

(١٠) قوله: "والأولى أن يخرج [الزوج] هو إلخ" لأن مكثها فى منزل الزوج واجب، ومكثه فيه مباح، ورعاية الواجب أولى. (عناية)

(١١) الزوجان.

(١٢) قوله: "فلتخرج [الزوجة] إلخ" يشير إلى أن ضيق المنزل من جملة الأعذار، فإذا خرجت فإلى الزوج تعيين الموضع الذى تنتقل إليه، بخلاف المتوفى عنها زوجها إذا خرجت بعذر، فإن التعيين إليها لاستبدادها فى أمر السكنى. (عناية)

وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة، فطلّقها ثلاثًا، أو مات عنها في غير مصرٍ، فإن كان بينها[١] وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام، رجعت إلى مصرها؛ لأنه[٢] ليس بابتداء الخروج معنى[٣]، بل هو بناء.

وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام[٤] إن شاءت رجعت[٥]، وإن شاءت مضت[٦] سواء كان معها وليّ، أو لم يكن معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضا؛ لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها[٧] من الخروج إلا أن الرجوع أولى[٨]؛ ليكون الاعتداد في منزل الزوج. قال[٩]: إلا أن يكون طلّقها[١٠]، أو مات عنها زوجها في مصر[١١]، فإنها لا تخرج[١٢] حتى

(١) المرأة.

(٢) الرجوع.

(٣) قوله: "لأنه [الرجوع] ليس بابتداء الخروج معنى" أي من حيث المعنى؛ لأن خروج المعتدة ما دون السفر مباح، بل هو بناء أي على الخروج الأول. (عيني)

(٤) أي بينها وبين مصرها.

(٥) إلى مصرها.

(٦) إلى المقصد.

(٧) قوله: "أخوف عليها" لأن وضع المسألة في الخروج إلى مكة، وغالب طريقها مفازة ومعطش، فلا بد من الخروج. (ع)

(٨) قوله: "إلا أن الرجوع [إلى المصر] إلخ" وإن كان إلى المقصد أقل من ثلاثة أيام مضت إلى مقصدها؛ لأنها إذا مضت لا يكون مشيه سفراً، ولا سائرة في العدة مدة السفر، وإن رجعت كان مشيه سفراً، فلهذا مضت إلى مقصدها. ولم يذكر المصنف في الكتاب هذا الشق اعتماداً على أن يفهم من الشق الأولى؛ لأنه إذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار، فإذا كان أحدهما أقل تعين. (عناية)

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٠) قوله: "إلا أن يكون إلخ" استثناء من قوله: إن شاءت رجعت، وإن شاءت مضت يعني أن ليس لها الخيار في ذلك إذا كانت المفارقة في مصر. (عناية)

(١١) أي في السفر في مصر.

(١٢) من ذلك المصر.

تعتد، ثم تخرُج إن كان لها محرم، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد. لهما أن نفس الخروج مباح؛ دفعًا لأذى الغربة ووحشةِ الوحدة، وهذا عذر[1]، وإنما الحرمة للسفر، وقد ارتفعت بالمحرم.

وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم، فإن للمرأة أن تخرُج إلى ما دون السفر بغير محرم، وليس للمعتدة ذلك[2]، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم، ففي العدة أولى[3].

باب ثبوت النسب[4]

ومن قال: إن تزوجتُ فلانة، فهي طالق، فتزوّجها فولدت ولدًا لستة أشهر من يوم تزوجها[5]، فهو ابنُه، وعليه المهر. أما النسب: فلأنها فراشُه؛ لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح، فقد جاءت به لأقل منها[6] من وقت الطلاق، فكان العلوق قبله في حالة النكاح، والتصور ثابت[7] بأن تزوّجها، وهو[8] يخالطها، فوافق الإنزالُ النكاحَ،

(١) قوله: "وهذا عذر" إشارة إلى نكتة أخرى، هي أن التربص على المعتدة في منزلها، إن كان واجبًا، لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره، وأذى الغربة، ووحشة الوحدة عذر، فيجوز لها الانتقال؛ نظرًا إلى وجود المقتضى وانتفاء المانع، وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم. (ع)

(٢) أي الخروج إلى ما دون السفر.

(٣) بأن يحرم. (عيني)

(٤) قوله: "باب ثبوت النسب" لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الأقراء والأشهر وأولات الأحمال، ذكر ما يلزم من اعتداد أولات الأحمال، وهو ثبوت النسب. (عيني)

(٥) قوله: "من يوم تزوجها" أي من وقت تزوجها؛ لأن اليوم قرن بفعل غير ممتد، فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة، ولا نقصان. (عناية)

(٦) قوله: "فقد جاءت به [الولد] لأقل منها إلخ" لأن الطلاق مشروط بالنكاح، والمشروط يعقب الشرط بزمان، وإن لطف. (عناية)

(٧) قوله: "والتصور" أي فإن قيل: هذا نكاح لا يتصور فيه الوطئ والإعلاق؛ لأنه لما تزوج وقع الطلاق،

والنسب يحتاط فى إثباته، وأما المهر: فلأنه لمّا ثبت النسب منه جُعل واطئًا حكمًا، فتأكد المهر به. قال: ويثبت نسب ولد المطلّقة الرجعية إذا جاءت به[١] لسنتين، أو أكثر[٢] ما لم تُقر بانقضاء عدتها؛ لاحتمال العلوق فى حالة العدة[٣]؛ لجواز أنها[٤] تكون ممتدة الطهر.

وإن جاءت به[٥] لأقل من سنتين[٦]، بانت من زوجها بانقضاء العدة[٧]، وثبت نسبه لوجود العلوق فى النكاح، أو فى العدة[٨]، ولا يصير[٩] مراجعًا؛ لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده، فلا يصير[١٠] مراجعًا بالشك.

وبدون ذلك لا يثبت النسب، ألا يرى أن نسب ولد جاءت به امرأة الصبى لايثبت كذلك.أجاب بقوله: والتصور ثابت بأن يجعل كأنه تزوجها، وهو على بطنها يخالطها، والناس يسمعون كلامها، فيكون الإنزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق؛ لأن الطلاق لا يقع إلا بعد تمام الشرط، وزوال الفراش حكم الطلاق، فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة، فيثبت النسب.فإن قيل:هذا فى غاية الندرة، فكيف يبتنى عليه الحكم، أجاب بقوله:والنسب يحتاط فى إثباته يعنى وإن كان نادراً لكن النسب يحتاط فى إثباته، فيجب بناءه على هذا النادر.(ع)

(٨) الواو حالية.

(١) الولد

(٢) من وقت الطلاق.

(٣) قوله: "لاحتمال العلوق [فإن الوطئ حلال؛ لكونها رجعية] إلخ" فكان وطئه اللازم من ثبوت النسب الواقع فى العدة رجعة عليها. (عينى)

(٤) پس عدت او دراز خواهد شد بنا بر درازى طهر. (ترجمة)

(٥) الولد.

(٦) من وقت الطلاق.

(٧) بوضع الحمل.

(٨) قوله: "لوجود العلوق فى النكاح، أو فى العدة" أى احتمال ستْ كه علوق پيش از طلاق باشد در حالت نكاح ونيز احتمال است كه بعد از طلاق باشد در اثنائے عدت. (ترجمة)

(٩) الزوج.

(١٠) الزوج.

وإن جاءت لأكثر من سنتين كانت رجعة؛ لأن العلوقَ بعد الطلاق[١]، والظاهر أنه[٢] منه[٣] لانتفاء الزنا منها، فيصير بالوطئ مراجعًا. والمبتوتة يثبت نسب ولدها[٤] إذا جاءت به[٥] لأقلّ من سنتين[٦]؛ لأنه يَحتمل أن يكون الولد قائمًا وقت الطلاق، فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق، فيثبت النَسب احتياطًا.

وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت[٧]؛ لأن الحمل حادث بعد الطلاق[٨]، فلا يكون منه[٩]؛ لأن وطئها حرام إلا أن يدّعيه[١٠]؛ لأنه التَزَمه[١١]، وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة.

---

(١) قوله: "لأن العلوق بعد الطلاق" إذ الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين، والظاهر أنه منه، وإلا لزم الزنا، وهو منتفٍ حملا لحالها على الصلاح.

قيل: لا يلزم أنه لو لم يكن منه، كان من الزنا؛ لجواز أنها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجًا آخر.

والصواب في الجواب: أن المراد بقوله: لانتفاء الزنا منها لازمه، وهو تضييع الولد، فإن الزنا ملزوم لتضييع الولد، فيكون ذكر الملزوم وإرادة اللازم، وهو مجاز، وحينئذٍ يندفع السؤال؛ لأنا إن جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول، بقي الولد ضائعًا، فكأنه قال: لانتفاء التضييع منهما بالزنا، أو بما في معناه فيه. (عناية)

(٢) العلوق.

(٣) الزوج.

(٤) من الزوج.

(٥) الولد.

(٦) من وقت الفرقة.

(٧) النسب منه.

(٨) قوله: "حادث بعد الطلاق" وإلا لزاد أكثر مدة الحمل على سنتين، وهو باطل. (عناية)

(٩) الزوج.

(١٠) قوله: "إلا أن يدعيه" استثناء من قوله: لم يثبت يعني أنه إذا ادعاه يثبت النسب منه، وإن جاءت به لأكثر من سنتين، ثم هل يحتاج فيه إلى تصديق المرأة، فيه روايتان. (عناية)

(١١) قوله: "لأنه التزمه" أي التزم النسب عند دعواه، وله وجه شرعي بأن وطئها بشبهة في العدة، والنسب يحتاط في إثباته فيثبت. (عناية)

فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامَعُ مثله، فجاءت بولد لتسعة أشهر[١]، لم يلزمه[٢] حتى تأتي به[٣] لأقلّ من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يثبت النسب منه إلى سنتين[٤]؛ لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا[٥]، ولم تقرّ بانقضاء العدة[٦]، فأشبهت الكبيرة. ولهما أن لانقضاء عدتها جهة معيّنة[٧]، وهو الأشهر، فبمضيها يحكم الشرع[٨] بالانقضاء، وهو[٩] فى الدلالة فوق إقرارها؛ لأنه[١٠] لا يحتمل الخلاف، والإقرار يَحتمله[١١]، وإن كانت[١٢] مطلّقةً طلاقًا رجعيًا، فكذلك الجواب عندهما[١٣]. وعنده[١٤] يثبت[١٥] إلى سبعة وعشرين شهرًا[١٦]؛ لأنه يُجعل

---

(١) من وقت الطلاق. (عينى)

(٢) أى النسب.

(٣) الولد.

(٤) من وقت الطلاق.

(٥) قوله: "يحتمل إلخ" وبيان الاحتمال ما قيل: إن الكلام فى المراهقة المدخول بها، وهى تحتمل الحبل ساعة فساعة، فتحمل أن تكون حاملا وقت الطلاق، فيكونُ انقضاء عدتها بوضع الحمل، ويحتمل أنها حبلت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر، وإذا كان كذلك كانت كالبالغة إذا لم تقر بانقضاء عدة يثبت نسب ولدها إلى سنتين. (عناية)

(٦) قوله: "ولم تقر إلخ" إنما قال: ولم تقر بانقضاء العدة؛ لأنها إذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب لظهور بطلان إقرارها، فصارت كأنها لم تقر بانقضاءها، فيثبت النسب. (عناية)

(٧) قوله: "جهة معينة" لأنا عرفناها صغيرة بيقين، وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال. (عناية)

(٨) أقرت بالانقضاء، أو لم تقر.

(٩) أى حكم الشرع.

(١٠) أى حكم الشرع.

(١١) قوله: "والإقرار يحتمله" فلو أقرت بانقضاء العدة، ثم ولدت لستة أشهر، لم يثبت النسب، فكذا إذا حكم الشرع بالمضى. (عناية)

(١٢) الصغيرة.

(١٣) قوله: "فكذلك الجواب عندهما" أى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يعنى إن ولدت لأقل

واطئًا في آخر العدة[١]، وهي الثلاثة الأشهر، ثم تأتي به[٢] لأكثر مدة الحمل، وهو سنتان، وإن كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة، فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء؛ لأن بإقرارها يحكم ببلوغها[٣].

ويثبت[٤] نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين، وقال زفر: إذا جاءت به[٥] بعد انقضاء عدة الوفاة[٦] لستة أشهر، لا يثبت النسب؛ لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور[٧]؛ لتعين الجهة، فصار كما إذا أقرّت بالانقضاء، كما بينا في الصغيرة[٨] إلا أنا نقول[٩]

من تسعة أشهر، يثبت النسب، وإلا فلا. (ع)

(١٤) أبي يوسف.

(١٥) النسب.

(١٦) من وقت الطلاق.

(١) فإن الوطئ حلال لكون الطلاق رجعيًا.

(٢) الولد.

(٣) قوله: "يحكم ببلوغها" فإنها أعرف بأمر عدتها، فيثبت نسب ولدها لأقل من سنتين في الطلاق البائن، ولأقل من سبعة وعشرين شهرًا في الرجعي. (عيني)

(٤) قوله: ويثبت" هذا إذا لم يكن المتوفى عنها زوجها صغيرة؛ لأن نسب ولدها يثبت إذا ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام، وإذا ولدت لأكثر من ذلك، لا يثبت عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف. (عيني)

(٥) الولد.

(٦) أربعة أشهر وعشرًا.

(٧) قوله: "حكم بانقضاء إلخ" لأنه لما لم يكن الحبل ظاهرًا، فقد حكم الشرع بالانقضاء بمضي أربعة أشهر وعشر، وذلك أقوى من إقرارها، فصار كما إذا أقرت بالانقضاء، ثم بعد انقضاء العدة إذا ولدت لأقل من ستة أشهر، يثبت النسب؛ لأنا تيقنا بوجود الحبل قبل انقضاء العدة، وإذا ولدت لأكثر من ذلك، فلاحتمال حدوث الحبل، فلا يثبت بالشك. (عيني)

(٨) قوله: "كما بينا في الصغيرة" أشار به إلى قوله: لأن لانقضاء عدتها جهة معينة. (عيني)

(٩) قوله: "إلا أنا نقول إلخ" حاصله أن في كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الأصل، ولكن

لانقضاء عدتها جهة أخرى: وهو وضع الحمل، بخلاف الصغيرة؛ لأن الأصل فيها عدم الحمل؛ لأنها ليست بمحل قبل البلوغ، وفيه(١) شك.

وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر، يثبت نسبه؛ لأنه ظهر كذبها بيقين، فبطل الإقرار، وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت؛ لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث(٢) بعده(٣)، وهذا اللفظ(٤) بإطلاقه يتناول كل معتدة.

وإذا ولدت المعتدة(٥) ولدا(٦) لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان، أو رجل وامرأتان، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر، أو اعترف(٧) من قِبَل الزوج، فيثبت النَسب من غير شهادة. وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة(٨)؛ لأن الفراش قائم بقيام العدة، وهو(٩) ملزم للنسب(١٠)، والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها،

الأصل في الموضعين قد اختلف، فكذلك اختلف الحكم الذي يبنى عليه أيضًا، وذلك لأن الأصل في الكبيرة الإحبال، فلم يعتبر في حقها تعين جهة العدة بالأشهر، والأصل في الصغيرة عدم الإحبال، فلذلك اعتبرنا في حقها تعين جهة العدة بالأشهر. لا يقال: الأصل في الكبيرة أيضًا عدم الإحبال؛ لأنا نقول: ذلك في حق غير المنكوحة، فأما النكاح: فلا يعقد إلا للإحبال. (عناية)

(١) قوله: "وفيه" أي في البلوغ شك، والصغر كان ثابتًا بيقين، فلا يزول بالشك. (عناية)

(٢) أي حدوث الحبل.

(٣) الإقرار.

(٤) قوله: "وهذا اللفظ" إشارة إلى قوله: فإذا اعترفت المعتدة بإطلاقه حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى، يتناول كل معتدة يعني سواء كانت معتدة من طلاق رجعي، أو بائن بالأشهر، أو بالحيض. (عناية)

(٥) عن طلاق بائن، أو رجعي.

(٦) وقد أنكر الزوج الولادة.

(٧) بالحمل.

(٨) وهي القابلة.

(٩) أي قيام الفراش.

فيتعين[١] بشهادتها[٢]، كما فى حال قيام النكاح[٣].

ولأبى حنيفة: أن العدة تنقضى بإقرارها بوضع الحمل[٤]، والمنقضى ليس بحجةٍ، فمسّت الحاجة إلى إثبات النسب[٥] ابتداء، فيُشترط كمال الحجة[٦]، بخلاف ما إذا كان ظهر الحبلُ، أو صدر الاعتراف من الزوج؛ لأن النسب ثابت قبل الولادة[٧]، والتعين يثبت بشهادتها[٨].

فإن كانت معتدة عن وفاة[٩]، فصدّقها الورثة فى الولادة[١٠]، ولم يَشهد على الولادة أحدٌ، فهو ابنه[١١] فى قولهم جميعًا، وهذا[١٢] فى حق الإرث ظاهر؛ لأنه خالص حقهم، فيقبل فيه تصديقهم.

---

(١٠) فلا حاجة إلى إثباته. (عناية)

(١) الولد.

(٢) أى امرأة واحدة.

(٣) فإنها إذا ولدت حال قيام الكاح، يثبت نسب الولد، كذا فى المعتدة.

(٤) قوله: "أن العدة إلخ" يعنى سلمنا أن الفراش يكون قائمًا بقيام العدة، ولكن العدة ههنا ليست بقائمة؛ لأنها تنقضى إلخ. (عناية)

(٥) بالقضاء.

(٦) قوله: "فيشترط إلخ" قيل: لا يحل نظر الرجل إلى العورة، فما وجه اشتراط شهادة الرجال. وأجيب بأن النظر لا يلزم، بل إذا دخلت بيتًا بين الشهود، وهم يعلمون أن ليس فيه غيرها، ثم خرجت مع الولد، كفى لجواز أداء الشهادة. (ع)

(٧) قوله: "ثابت قبل الولادة" فلا يحتاج إلى إثبات النسب، وإنما الحاجة إلى التعيين، وذلك يثبت بشهادتها. (عناية)

(٨) امرأة واحدة.

(٩) وولدت قبل تمام سنتين ولدًا.

(١٠) أى جميع الورثة، أو جماعة منهم. (عناية)

(١١) الميت.

(١٢) ثبوت البنوة.

أمـا فى حق النسب : هل يثـبت[١] فى حق غـيـرهم[٢]؟ قـالوا : إذا كانوا[٣] من أهل الشـهادة[٤] يثبت[٥] ؛ لقيام الحجة ، ولهذا[٦] قيل : تشترط لفظة الشهادة . وقيل : لا تشترط ؛ لأن الثبوت فى حق غيرهم[٧] تبع للثبوت فى حقّهم بإقرارهم[٨] ، وما ثبت تبعا لا يراعَى فيه الشرائط .

وإذا تزوج الرجل امرأة ، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها ، لم يثبت نسبه ؛ لأن العلوقَ سابق على النكاح ، فلا يكون منه[٩] .

وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا ، يثبت نسبه منه اعترف به الزوج ، أو سكت ؛ لأن الفراش قائم والمدة تامة . فإن جحد[١٠] الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة ، حتى لو نفاه[١١] الزوج[١٢] يلاعن ؛ لأن النسب يثبت بالفراش القائم ، واللعان إنما يجب بالقذف[١٣] ، وليس من ضرورته

(١) النسب.

(٢) قوله: "فى حق غيرهم" أى غير المصدقين، وهم المنكرون من الورثة وغيرهم. (عينى)

(٣) المصدقون.

(٤) بأن كانوا ذكورًا، أو إناثًا، وهم عدول.(عينى)

(٥) قوله: "يثبت" أى يثبت النسب فى حق غيرهم حتى يشارك الولد المنكرين أيضًا فى الإرث، ويطلب غريم الميت بدينه. (عينى)

(٦) أى لاشتراط كونهم من أهل الشهادة.

(٧) أى المصدقين.

(٨) المصدقين.

(٩) من الزوج.

(١٠) الزوج.

(١١) الولد.

(١٢) أى قال: ليس منى.

(١٣) قوله: "واللعان إلخ" جواب عما يقال: اللعان ههنا إنما يجب بنفى الولد، والولد يثبت بشهادة القابلة،

وجودُ الولد، فإنه يصح بدونه[1].

فإن ولدت، ثم اختلفا[2]، فقال الزوج: تزوجتكِ منذ أربعة[3]، وقالت: هي منذ ستة أشهر، فالقول قولها وهو ابنه؛ لأن الظاهر شاهد لها[4]، فإنها تلد ظاهرا من نكاحٍ، لا من سفاحٍ[5]، ولم يذكر[6] الاستحلاف، وهو على الاختلاف. وإن قال لامرأته: إذا ولدتِ ولدا، فأنتِ طالق فشهدت امرأة[7] على الولادة، لم تطلق عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: تطلق؛ لأن شهادتها[8] حجة[9] في ذلك[10]، قال عليه السلام[11]: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال

فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة، وهي لا تجوز؛ لأن اللعان في معنى الحد، والحد لا يثبت بشهادة النساء. ووجهه أن اللعان يجب بالقذف، والقذف موجود؛ لأن قوله: ليس مني قذف لها بالزنا معنى، والقذف لا يستلزم وجود الولد، فإنه يصح بدونه، فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة. (عناية)

(١) الولد.

(٢) الزوجان.

(٣) أشهر.

(٤) قوله: "شاهد لها" اعترض بأن الظاهر شاهد له أيضًا؛ لأن النكاح حادث، والأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات، وأجيب بأن النسب مما يحتاط في إثباته، فإذا تعارض الظاهر أن فيه ترجح المثبت. (ع)

(٥) الزنا.

(٦) قوله: "ولم يذكر" أي محمد الاستحلاف، أي أن المرأة تستحلف أولا، وهو على الاختلاف المذكور في الأشياء الستة، فتستحلف عندهما، خلافا لأبي حنيفة؛ لأن الاختلاف وقع في النسب والنكاح. (عيني)

(٧) القابلة.

(٨) امرأة واحدة.

(٩) فلما ثبت الولادة، وقع الطلاق.

(١٠) أي في باب الولادة.

(١١) قوله: "شهادة النساء إلخ" هذا حديث غريب، فلذلك لم يذكره أكثر الشراح، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن الزهري قال: مضت السنة أن يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن. (عيني)

النظر إليه»*، ولأنها[٢] لما قُبلت فى الولادة تُقبل فيما يتبنى[٣] عليها[٤]، وهو الطلاق. ولأبى حنيفة[٥]: أنها ادعت الحنث، فلا يثبت إلا بحجة تامة، وهذا لأن شهادتَهن[٦] ضرورية فى حق الولادة، فلا تظهر فى حقّ الطلاق؛ لأنه[٧] ينفك عنها. وإن كان الزوج[٨] قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبى حنيفة، وعندهما تشترط شهادة القابلة؛ لأنه لا بد من حجةٍ لدعواها الحنث[٩]، وشهادتُها حجة فيه[١٠] على ما بينا[١١]. وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يُفضى إليه[١٢]، وهو الولادة، ولأنه أقر[١٣] بكونها مؤتمنة، فيُقبل قولُها فى ردّ الأمانة.

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٠١ ص٨٠. (نعيم)

(٢) أى شهادة الواحدة.

(٣) قوله: "فيما يبتنى إلخ" يعنى أن الطلاق حكم متعلق بالولادة، وشهادة القابلة حجة فى إثبات الولادة، فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا، وكم من شيء يثبت ضمنا لا يثبت قصدا. (ع)

(٤) الولادة.

(٥) قوله: "ولأبى حنيفة" أن دعواها ليست للطلاق حتى يثبت فى ضمن الولادة لشهادتها، وإنما دعواها حنثه فى يمينه، والحنث ليس من ضرورات الولادة، فلا يثبت إلا بحجة كاملة سلمنا أن دعواها الطلاق، لكن لا يمكن إثباته بشهادتها ضمنا؛ لأن شهادتهن ضرورية فى حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها، فلا تظهر فى حق الطلاق؛ لأنه ينفك عنها. ولقائل: أن يقول: كلامنا فى الطلاق المعلق بالولادة، والمعلق بشيء لازم من لوازمه، والولادة تثبت بشهادة امرأة، والشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه. (ع)

(٦) النساء.

(٧) الطلاق.

(٨) قوله: "وإن كان الزوج إلخ" يعنى إذا أقر الزوج بالحبل، ثم علق طلاقها بالولادة، فقالت المرأة: ولدت، وكذبها الزوج، فإن الطلاق يقع عند أبى حنيفة، خلافًا لهما. (عناية)

(٩) أى حنثه فى يمينه.

(١٠) أى فى الحنث.

(١١) أى فى المسألة الأولى.

(١٢) فلا حاجة إلى الشهادة.

(١٣) قوله: "ولأنه إلخ" أى لأن إقراره بحبلها إقرار بكونها مؤتمنة، والقول قول المؤتمن فى دعوى ردّ

قال(١): وأكثر مدة الحمل سنتان؛ لقوله عائشة(٢): "الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين، ولو بظل"(٣) مِغْزلٍ(٤)".

وأقله ستة أشهر(٥)؛ لقوله تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾، ثم قال: ﴿وفصاله عامين﴾، فبقى للحمل ستة أشهر، والشافعى يقدر الأكثر(٦) بأربع سنين، والحجةُ عليه ما رويناه(٧)، والظاهر أنها(٨) قالته سماعًا إذ العقل لا يَهتدى إليه(٩).

ومن تزوج أمة، فطلّقها(١٠) ثم اشتراها، فإن جاءت بولدٍ لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه، وإلا لم يلزمه؛ لأنه(١١) فى الوجه الأول(١٢)

الأمانة. (ع)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "لقول عائشة إلخ" أخرج الدارقطنى عن عائشة قالت: لا يزيد المرأة فى حملها على سنتين قدر ظل المغزل. (عينى)

(٣) **قوله:** "ولو بظل مغزل" أى بقدر ظل مغزل حالة الدوران، والغرض تقليل المدة، فإن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال. ورواية "المبسوط" و "الإيضاح"، وبعض نسخ الكتاب: ولو بفلكة مغزل أى ولو بدور فلكة مغزل، والمعنى هو ما فى الرواية الأخرى، والظاهر أن عائشة رضى الله عنها قالته سماعا؛ لأن العقل لا يهتدى إلى معرفة المقادير. (ع)

(٤) قوله: "مغزل" مثلثة الميم دوك قال الفراء: هو من أغزل أى أدبر، فأصله الضم. (من)

(٥) قوله: "وأقله إلخ" إنما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماما بذكره؛ لكونه مختلفا فيه. (ع)

(٦) قوله: "يقدر الأكثر [أى أكثر مدة الحمل]" واحتج على ذلك بحكايات مثل أن محمد ابن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عقبة بقى فى بطن أمه أربع سنين، وكذلك هرم بن حبان، فسمى هرما لذلك، والضحاك بن مزاحم هكذا، فسمى ضحاكا؛ لأنه ضحك حين ولد. (عناية)

(٧) أى عن عائشة.

(٨) عائشة.

(٩) أى إلى مقدار مدة ما فى الرحم.

(١٠) بعد الدخول.

(١١) أى لأن الولد.

ولدُ المعتدة[١]، فإن العلوق سابق على الشراء[٢]، وفى الوجه الثانى[٣] ولد المملوكة؛ لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته[٤]، فلا بد من دعوة[٥]، وهذا إذا كان الطلاق واحداً بائناً، أو خلعاً، أو رجعياً.

أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق؛ لأنها حرمت[٦] عليه[٧] حرمة غليظة، فلا يُضاف العلوق إلا إلى ما قبله؛ لأنها[٨] لا تحل بالشراء[٩].

ومَن قال لأمته: إن كان فى بطنكِ ولد، فهو منى، فشهدت على الولادة امرأة، فهى أم ولده[١٠]؛ لأن الحاجة إلى تعين الولد، ويثبت ذلك

---

(١٢) أى إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر. (ع)

(١) وعدة الحامل بوضع الحمل.

(٢) قوله: "فإن العلوق سابق على الشراء" لأنها ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء، ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة؛ لقيام الفراش حكماً. (ع)

(٣)أى إذا جاءت به لستة أشهر، أو أكثر من وقت الشراء. (عناية)

(٤) وأقرب الأوقات وقت كونها مملوكة. (عناية)

(٥) أى لا يثبت النسب إلا بأن يدعيه.

(٦) بالاثنين من الطلاق.

(٧) الزوج.

(٨) أى الأمة.

(٩) قوله: "لأنها لا تحل بالشراء" لأن الأمة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين، فلا يحل له أن يطأها بملك اليمين، وإذا لم تحل لا يقضى بالعلوق من أقرب الأوقات، بل من أبعدها حملا لأمور المسلمين على الصلاح، وأبعد الأزمان هو ما قبل الطلاق، فيلزمه الولد، إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق.
وأما إذا كان الطلاق واحدا، يحل له وطئها بملك يمين، فيضاف الولد إلى أقرب الأوقات، فحينئذٍ كان ولد الأمة، فلا يثبت نسبه بغير دعوة. (عناية)

(١٠) قوله: "فهى أم ولده" لأن سبب ثبوت النسب، وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله: فهو منى، وإنما الحاجة إلخ، وهذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، فإن ولدت لستة أشهر فصاعداً لا يلزمه؛ لاحتمال أنها حملت بعد مقالة المولى، فلم يكن المولى مدعياً لهذا الولد، بخلاف الأول، فإنا تيقنا ثمه بقيام

بشهادة القابلة بالإجماع.

ومن قال لغلام: هو بني، ثم مات، فجاءت أم الغلام، وقالت: أنا امرأته، فهي امرأته، وهو ابنه ترثانه[١].

وفي "النوادر": جعل[٢] هذا جواب الاستحسان، والقياس أن لا يكون لها الميراث؛ لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح، يثبت بالنكاح الفاسد، وبالوطئ عن شبهة، وبملك اليمين، فلم يكن قولُه[٣] إقراراً بالنكاح. وجه الاستحسان: أن المسألة فيما إذا كانت[٤] معروفةً بالحرية[٥]، وبكونها أمَّ الغلام، والنكاحُ الصحيحُ هو المتعين[٦] لذلك[٧] وضعاً[٨] وعادةً.

ولو لم يعلم بأنها حرة، فقالت الورثةُ: أنتِ أم ولد، فلا ميراث لها؛ لأن ظهور الحرية باعتبار الدار[٩] حجةٌ في دفع الرق، لا في استحقاق الميراث.

الولد في البطن وقت القول، فصحت الدعوى. (ع)

(١) أي الأم والابن.

(٢) محمد.

(٣) أي قول المقر لغلام هو ابني.

(٤) أم الغلام.

(٥) قوله: "معروفة بالحرية إلخ" قيد بكونها معروفة بالحرية؛ لأنها لو لم تكن معروفة بأنها حرة من الأصل لا ترث؛ لأن للورثة أن يقولوا: إن كنت أم الولد لمورثنا، وإنما عتقت بموته، وقيد أيضاً بكونها أم الغلام؛ لأنه إذا لم يثبت أنها أم الغلام، فلا ترث. (عيني)

(٦) وحينئذٍ لا يكون عن وطئ بشبهة.

(٧) أي لثبوت النسب.

(٨) أي شرعًا.

(٩) أي دار الإسلام.

باب حضانة الولد ومن أحق به[١]

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين، فالأم[٢] أحق بالولد؛ لما روى[٣] أن امرأة قالت[٤]: يا رسول الله! إن ابني هذا كان بطني له وعاء[٥]، وحَجري له حواء[٦]، وثديي له سقاء[٧]، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال عليه السّلام: «أنتِ أحقُّ به[٨] ما لم تتزوجي»*، ولأن الأم أشفق[٩] وأقدرُ على الحضانة[١٠]، فكان الدفع[١١] إليها أنظر[١٢]، وإليه أشار الصّديق بقوله[١٣]: ريقها[١٤] خير له من شهد وعسل عندك يا عمر! قاله حين وقعت

---

(١) قوله: "باب حضانة إلخ" مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج إلى بيان. (ع)

(٢) قوله: "فالأم أحق إلخ" سواء كانت كتابية، أو مجوسية؛ لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين. (عيني)

(٣) رواه أبو داود في "سننه" عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو. (عيني)

(٤) وطلقها زوجها.

(٥) بمعنى ظرف.

(٦) قوله: "حوى" الحوى بكسر الحاء المهملة وتخفيف الواو: بيت من الوبر، والجمع الأحوية، كذا في "الصحاح"، وقال ابن الأثير: الحوى اسم المكان الذي يحوى الشيء أي يضمه ويجمعه. (عيني)

(٧) بالكسر: الدلو. (عيني)

(٨) الولد.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٢ ص٨١. (نعيم)

(٩) قوله: "أشفق" أي على الولد لزيادة اتصاله بها حيث يقص منها بالمقص. (ع)

(١٠) بلزومها البيت. (عناية)

(١١) أي دفع الولد.

(١٢) قوله: "أنظر" أي في حقه يعني أقوى نظراً في حاله من غيره. (عيني)

(١٣) قوله: "أشار الصديق إلخ" روى أن عمر رضي الله عنه خاصم أم عاصم بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه لينزع العاصم منها، فقال له أبو بكر رضي الله عنه. (عناية)

(١٤) قوله: "ريقها إلخ" هذا غريب بهذا اللفظ، وقصته رواها ابن أبي شيبة في "مصنفه"، وقوله: ريقها أي ريق أم عاصم امرأة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، واسمها جميلة، وقوله: من شهد بضم الشين وفتحها عسل في شمعه. (عيني)

الفرقة بينه وبين امرأته، والصحابة حاضرون ومتوافرون[١].

والنفقة[٢] على الأب على ما نذكر[٣]، ولا تجبر الأم عليه[٤]؛ لأنها عست تعجز عن الحضانة، فإن لم تكن له أم[٥]، فأم الأم أولى من أم الأب، وإن بعدت؛ لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات[٦].

فإن لم تكن[٧] أم الأم، فأم الأب أولى من الأخوات؛ لأنها[٨] من الأمهات، ولهذا[٩] تحرُز ميراثهن السدسَ، ولأنها أوفر شفقةً للولاد[١٠].

فإن لم تكن له جدة، فالأخوات أولى من العمات والخالات؛ لأنهن بنات الأبوين، ولهذا قُدِّمْن في الميراث[١١].

وفي رواية[١٢]: الخالة أولى من الأخت لأب؛ لقوله عليه السلام[١٣]: «الخالة والدةٌ»*، وقيل في قوله تعالى: ﴿ورفع[١٤] أبويه على العرش﴾

(١) ولم ينكر أحد.

(٢) أي نفقة الولد.

(٣) في باب النفقات.

(٤) قوله: "ولا تجبر الأم عليه" أي على أخذ الولد إذا أبت، أو لم تطلب، كما ذكره إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم، فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد؛ إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه. (عناية)

(٥) قوله: "فإن لم تكن له أم" بأن ماتت، أو تزوجت بأجنبي، فإنها كالمعدومة حينئذٍ. (عناية)

(٦) قوله: "تستفاد إلخ" لما ذكرنا من وفور شفقتهن، فمن كانت تدلي إليه بأم، فهي أولى ممن تدلي بأب. (عناية)

(٧) بالتفسير المار. (ع)

(٨) وهذه الولاية بالأمومة.

(٩) أي لكون الجدة من الأمهات

(١٠) أي لأجل الولاد.

(١١) من العمات والخالات.

(١٢) أي رواية كتاب الطلاق.

(١٣) رواه أبو داود من حديث علي. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٣ ص٨١. (نعيم)

إنها كانت خالتَه(١).

وتقدم الأخت لأب وأم(٢)؛ لأنها أشفق، ثم الأخت من الأم، ثم الأخت من الأب؛ لأن الحق(٣) لهن(٤) من قبل الأم. ثم الخالات أولى من العمات؛ ترجيحًا لقرابة الأم، وينزلن كما نزلنا الأخوات معناه ترجيح(٥) ذات قرابتين(٦)، ثم قرابة الأم، ثم العمات ينزلن كذلك(٧)، وكلّ من تزوجت من هؤلاء(٨) يسقط حقُّها(٩)؛ لما روينا(١٠)، ولأن زوج الأم(١١) إذا كان أجنبيًا يعطيه نزراً(١٢)، وينظر إليه شزراً(١٣)، فلا نظر.

قال(١٤): إلا الجدة إذا كان زوجها الجد؛ لأنه قام مقام أبيه(١٥)، فينظر

---

(١٤) يوسف.

(١) يوسف.

(٢) قوله: "وتقدم إلخ" معناه أن ذات قرابتين تترجح على ذات قرابة واحدة؛لما فيها من زيادة الشفقة. (عناية)

(٣) أى حق الحضانة.

(٤) أى للأخوات.

(٥) قوله: "ترجيح إلخ" يعنى أن الخالة لأب وأم أولى من الخالة لأم، والخالة لأب وأم ذات قرابتين، والخالة لأم ذات قرابة واحدة. (عينى)

(٦) على ذات قرابة واحدة.

(٧) قوله: "ينزلن كذلك" يعنى أن العمة لأب وأم أولى من العمة لأم، ثم العمة لأم أولى من العمة لأب. (عينى)

(٨) النساء.

(٩) فى الحضانة.

(١٠) قوله: "لما روينا" من قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنت أحق به ما لم تتزوجى». (ع)

(١١) قوله: "ولأن زوج إلخ" أى لأن حق الحضانة لنظر الصغيرة، وقد فات عند التزوج؛ لأن زوج إلخ.(ع)

(١٢) قوله: "يعطيه نزراً" أى يعطى الصغير شيئًا قليلا يقال: شىء نزر أى قليل، ومادته نون وزاء وراء مهملة. (عينى)

(١٣) قوله: "وينظر إلخ" أى ينظر زوج الأم الأجنبى إلى الصغير بمؤخر عينيه يقال: شزره بعينيه إذا نظر إليه بمؤخر عينيه، وما دته شين معجمة وزاء، ثم راء. (عينى)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) الولد.

له، وكذلك كل زوج[١] هو ذو رحم محرم منه[٢]؛ لقيام الشفقة نظرًا إلى القرابة القريبة، ومن سقط حقُّها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية؛ لأن المانع قد زال. فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله، فاختصم فيه الرجال، فأولاهم أقربهم[٣] تعصيبًا؛ لأن الولاية للأقرب، وقد عرف الترتيب في موضعه[٤] غير أن الصغيرة[٥] لا تدفع إلى عصبةٍ غير محرم كمولى العتاقة وابن العم؛ تحرزًا عن الفتنة[٦]. والأم والجدة أحقُّ بالغلام حتى يأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، ويستنجي وحده. وفي "الجامع الصغير"[٧]: حتى يستغني فيأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، والمعنى واحد؛ لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء[٨]. ووجهه[٩] أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدُّب والتخلُّق بآداب الرجال وأخلاقهم، والأبُ أقدَر على التأديب والتثقيف[١٠]، والخصاف[١١] قدر الاستغناء بسبع

(١) قوله: "كل زوج" كعم الولد إذا تزوج بأمه لا يسقط حقها. (عيني)

(٢) الولد.

(٣) أي أقرب العصبات.

(٤) قوله: "في موضعه" أي في باب الميراث، وولاية الإنكاح. (عيني)

(٥) قوله: "غير أن الصغيرة إلخ" قيد بقوله: الصغيرة؛ لأن الصغير يدفع إلى أقرب العصبات، سواء كان محرمًا أو غير محرم. (عيني)

(٦) قوله: "تحرزًا عن الفتنة" كذا روي عن محمد، وذكر الإمام التمرتاشي: فإن لم يكن واحد من العصبات، تدفع إلى الأخ لأم عند أبي حنيفة، ثم إلى ذوي الأرحام، الأقرب فالأقرب، وقال محمد: لا حق لذكر من قبل النساء، والتدبير للقاضي يدفع إلى ثقة تحضنه. (عناية)

(٧) قوله: "وفي الجامع إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لزيادة لفظ يستغني، وحذف لفظ يستنجي، وذكر أن المعنى واحد، وهو ظاهر. (ع)

(٨) قوله: "بالقدرة على الاستنجاء" وهو أن يمكنه أن يفتح سراويله عند الاستنجاء، ويشده عند الفراغ. (عيني)

(٩) أي وجه ذكر الاستنجاء.

(١٠) قوله: "والتثقيف" قال في "العناية": في شرح كتاب اللقيط: التثقيف تقويم المعوج بالثقاف بالكسر،

سنين[١]؛ اعتبارًا للغالب[٢]. والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض؛ لأن بعد الاستغناء[٣] تحتاج إلى معرفة آداب النساء[٤]، والمرأة على ذلك أقدر، وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين[٥] والحفظ[٦]، والأبُ فيه أقوى وأهدى[٧]. وعن محمد[٨]: أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة[٩]؛ لتحقق الحاجة إلى الصيانة، ومَن سوى الأم[١٠] والجدة أحق بالجارية، حتى تبلغ حدا تشتهى. وفى "الجامع الصغير": حتى تستغنى؛ لأنها لا تقدر على استخدامها، ولهذا[١١] لا تؤاجرها للخدمة[١٢]، فلا يحصل

وهو ما يسوى به الرماح، ويستعار للتأديب والتهذيب، انتهى.

(١١) أبو بكر أحمد.

(١) وعليه الفتوى، كذا فى "الكافى" وغيره. (عينى)

(٢) قوله: "اعتبارا للغالب" يعنى أن الصبى فى الغالب إذا بلغ سبع سنين، يستغنى عن الحضانة والتربية، فحينئذ يستنجى وحده. (ع)

(٣) بالأكل وحده وأمثاله.

(٤) كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها. (عناية)

(٥) بالترويج، وولاية الترويج إلى الأب. (عناية)

(٦) عن وقوع الفتنة. (عناية)

(٧) قوله: "أقوى وأهدى" لأن بالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء، فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك. (ع)

(٨) قوله: "وعن محمد [رواه هشام عنه] إلخ" وفى "غياث المفتى": الاعتماد على رواية هشام لفساد الزمان. (عينى)

(٩) قوله: "إذا بلغت إلخ" وحد الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة فى قولهم، كذا فى "النهاية"، وقال الفقيه أبو الليث: حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين. (ع)

(١٠) قوله: "ومن سوى إلخ" يعنى إذا كانت الصغيرة عند الأخوات أو الخالات، أو العمات، فإنها تترك عندهن إلى أن تبلغ حدا تشتهى، على رواية "القدورى"، وحتى تستغنى على رواية "الجامع الصغير"، فتأكل وحدها، وتلبس وحدها؛ لأنها وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء، لكن فيه نوع استخدام الصغيرة، وليس لغير الأم، والجدتين ولاية الاستخدام، فلا يحصل المقصود، وهو التعليم. (ع)

(١١) قوله: "ولهذا" أى لأجل عدم قدرة من سوى الأم والجدة على استخدامها. (عينى)

المقصود، بخلاف الأم والجدة لقدرتهما عليه[١] شرعًا.

قال[٢]: والأمة[٣] إذا أعتقها مولاها، وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد؛ لأنهما حرتان أوان ثبوت الحق، وليس[٤] لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى.

والذمية أحق بولدها المسلم[٥] ما لم يعقل الأديان[٦]، أو يخاف[٧] أن يألف الكفر للنظر[٨] قبل ذلك[٩]، واحتمال الضرر بعده، ولا خيار للغلام والجارية[١٠]. وقال الشافعي: لهما الخيار[١١]؛ لأن النبي عليه السلام خير[١٢]*، ولنا أنه[١٣] لقصور عقله يختار من عنده الدعة[١٤]؛ لتخليته

---

(١٢) أي لأجل خدمة من كان يريد استخدامها. (عيني)

(١) أي على الاستخدام.

(٢) القدوري.

(٣) قوله: "والأمة إلخ" وذلك بأن زوجها مولاهما، ثم ولدتا ثم عتقتا، فكانتا أحق بالولد من مولاهما؛ لأن الخصومة ههنا إنما تكون مع المولى؛ لأن الزوج لا حق له في الولد؛ إذ الولد يتبع الأم في الملك، ومالك المملوك أحق به من غيره، كذا في "الكافي". (عيني)

(٤) أي حق الحضانة.

(٥) بأن كان زوجها مسلمًا. (عناية)

(٦) قوله: "ما لم يعقل الأديان" فإن عقل الأديان يؤخذ منها، ويدفع إلى الأب. (عيني)

(٧) قوله: "أو يخاف" بالنصب على تقدير إلى أن يخاف، كما في قوله: لألزمنك، أو تعطيني حقي أي إلى أن تعطيني. (عيني)

(٨) قوله: "للنظر إلخ" أي لأن الدفع إليها قبل ذلك النظر للصبي، وبعده يحتمل الضرر بانتقاش أحوال الكفر في ذهنه. (عناية)

(٩) قوله: "قبل ذلك" أي قبل أن يعقل الأديان، وقبل أن يخاف من فتنة الكفر. (عيني)

(١٠) يعني بين الأبوين. (عيني)

(١١) قوله: "لهما الخيار" أي إذا بلغ سن التمييز، فيسلم إلى من اختاره، فإن اختار الأب لا يمنع من الزيارة، فإن اختار الأم، فعلى الأب مراعاته، وتسليمه إلى المكتب والحرفة. (عناية)

(١٢) قوله: "لأن النبي عليه السلام خير" استدل الشافعي بحديث رافع بن سنان، وهو الذي ذكره

بينه[١] وبين اللعب، فلا يتحقق النظر، وقد صح[٢] أن الصحابة رض لم يخيروا. وأما الحديث[٣]: فقلنا[٤]: قد قال عليه السّلام: «اللهم اهده»*، فوفّق[٥] لاختياره[٦] الأنظر بدعاءه عليه السّلام، أو يحمل[٧] على ما إذا كان[٨] بالغًا.

فصل[٩]

وإذا أرادت المطلقة[١٠] أن تخرج بولدها من المصر، فليس لها ذلك؛

المصنف، وأجاب عنه على ما يأتي، أخرجه أبو داود والنسائيّ عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع ابن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاءا بابن لهما صغير لم يبلغ، فأجلس النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم الأب ههنا، والأم ههنا، ثم خيره، وقال: «اللهم اهده»، فذهب إلى أمه. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٤ ص٨٢. (نعيم)

(١٣) الصغير.

(١٤) بفتح الدال والعين المهملة الراحة. (عينى)

(١) الصغير.

(٢) قوله: "وقد صح أن الصحابة إلخ" لم يتعرض إليه أحد من الشراح، وقد روى مالك والبيهقى عن أبى بكر أنه دفع الغلام لأمه لما اختصم فيه عمر رضى الله عنه وأمه، قال فيه: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: «لا توله والدة عن ولدها» أى يفرق بينهما، وكل أنثى فارقت ولدها، فهى والهة. (عينى)

(٣) الذى استدل به الشافعى.

(٤) فى جوابه.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٦٩، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٥ ص٨٢. (نعيم)

(٥) الصبى.

(٦) الصبى.

(٧) قوله: "أو يحمل إلخ" هذا جواب ثانٍ عن حديث الشافعى، ولكن ليس بموجه، ولا يرضى به الخصم؛ لأنه صرح فيه، فجاءا بابن لهما صغير لم يبلغ. (عينى)

(٨) الصبى.

(٩) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الإخراج إلى القرى وغيره فى فصل على حدة. (ع)

(١٠) بعد انقضاء العدة. (عناية)

لما فيه من الإضرار بالأب[١] إلا أن تخرج به إلى وطنها، وقد[٢] كان الزوج تزوجها فيه؛ لأنه[٣] التزم المقام فيه عرفًا[٤] وشرعًا قال عليه السّلام[٥]: «من تأهّل ببلدة فهو منهم»*، ولهذا[٦] يصير الحربى به ذميًا، وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها، وقد[٧] كان التزوج فيه، أشار فى الكتاب[٨] إلى أنه ليس لها ذلك، وهذه رواية كتاب الطلاق[٩]، وذكر[١٠] فى "الجامع الصغير": أن لها ذلك؛ لأن العقد متى وُجد فى مكان يُوجب أحكامه[١١] فيه، كما يوجب البيع التسليم[١٢] فى مكانه[١٣]، ومن جملة ذلك[١٤] حق إمساك الأولاد[١٥]، وجه الأول[١٦] أن التزوج فى دار الغربة

(١) لانقطاع ولد عنه. (عينى)

(٢) الواو حالية.

(٣) الزوج.

(٤) لأن الزوج يقيم فى البلد الذى يتزوج فيه عادةً. (عينى)

(٥) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧١، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٦ ص٨٢. (نعيم)

(٦) قوله: "ولهذا يصير إلخ" أى الشخص الحربى ذكرًا كان أو أنثى، به أى بالتزوج فى بلدة ذميًا، قال فى "النهاية": وهذا وقع غلطا؛ لأن المصنف ذكر فى السير، وذكر أيضًا فى سائر الكتاب إذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذميًا؛ لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع. وقال الإنزارى: ونقل عن الإمام حافظ الدين الكبير أن هذه الجملة ليست فى النسخة التى قوبلت مع نسخة المصنف، فعلى هذا يكون السهو من الكاتب، كذا قال العينى)

(٧) الواو للحال.

(٨) يريد به القدورى. (عناية)

(٩) من "الأصل". (عينى)

(١٠) أى محمد.

(١١) العقد.

(١٢) أى تسليم المعقود عليه.

(١٣) البيع.

(١٤) الحكم.

(١٥) قوله: "حق إمساك الأولاد" لأن الأولاد من ثمرات النكاح، فيوجب إمساكها فى موضع العقد. (عينى)

(١٦) أى رواية كتاب الطلاق. (عينى)

ليس التزامًا للمكث فيه عرفًا، وهذا[١] أصح. والحاصل أنه لا بد[٢] من الأمرين جميعًا: الوطن، ووجود النكاح، وهذا كلُّه إذا كان بين المصرين تفاوت[٣]، أما إذا تقاربا[٤] بحيث يمكن للولد أن يُطالع ولده، ويبيت في بيته، فلا بأس به[٥]. وكذا الجواب في القريتين[٦]، ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به؛ لأن فيه[٧] نظرًا للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر، وليس فيه ضررٌ بالأب، وفي عكسه[٨] ضررٌ بالصغير؛ لتخلقه بأخلاق أهل السَّواد[٩]، فليس لها ذلك[١٠].

باب النفقة[١١]

قال[١٢]: النفقة واجبة للزوجة على زوجها، مسلمةً كانت أو كافرةً إذا

---

(١) أي الأول.

(٢) لجواز إخراج الولد.

(٣) قوله: "تفاوت" أراد به البعد بحيث لا يمكن للأب رجوعه إلى بيته في يوم مطالعة أولاده. (عيني)

(٤) المصران.

(٥) أي بالإخراج.

(٦) قوله: "وكذا الجواب إلخ" يعني إذا كانت القريتان بحيث يمكن للأب مطالعة الأولاد في يومه، فلها ذلك، وإلا فلا. (عيني)

(٧) أي في هذا الانتقال.

(٨) أي الانتقال من المصر إلى القرية. (عيني)

(٩) القرى.

(١٠) قوله: "فليس لها ذلك" أي ليس لها أن تنقل الصغار من المصر إلى القرية إلا إذا وقع العقد فيها، فح لها ذلك، ذكره في "شرح الطحاوي"، وفي "فتاوى البقالي": ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولا. (عيني)

(١١) قوله: "باب النفقة" لما فرغ عن بيان حق حضانة الولد، ومن لها الحضانة، احتاج إلى بيان النفقة ومن تجب عليه، ثم استطرد بذكر ما يحتاج إليه من السكنى وغيره. والنفقة اسم بمعنى الإنفاق، وهو عبارة عن الإدرار على الشيء بما به يقوم بقاءه. (ع)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

سلّمت[١] نفسها إلى منزله[٢]، فعليه نفقتُها وكسوتها وسكناها.

والأصل[٣] في ذلك[٤] قوله تعالى: ﴿لِيُنفق[٥] ذو سعةٍ[٦] من سعته﴾، وقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له[٧] رزقُهن[٨] وكسوتُهن بالمعروف﴾، وقوله عليه السلام[٩] في حديث حجة الوداع: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف[١٠]»*، ولأن النفقةَ جزاء الاحتباس[١١]، وكلُّ من كان محبوسًا بحقٍّ مقصود لغيره، كانت نفقته عليه[١٢] أصلُه[١٣] القاضي والعاملُ في الصدقات، وهذه الدلائل[١٤] لا فصل فيها، فتستوي

---

(١) قوله: "إذا سلمت إلخ" قال في "النهاية": هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية، فإنه ذكر في "المبسوط"، وهو ظاهر الرواية بعد صحة العقد، النفقة واجبة لها، وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج. (عناية)

(٢) الزوج.

(٣) الدليل.

(٤) أي وجوب النفقة.

(٥) أمر بالإنفاق، والأمر للوجوب. (عناية)

(٦) أي قدرة.

(٧) أي الأب.

(٨) الأمهات.

(٩) أخرجه مسلم في باب حجة الوداع. (عيني)

(١٠) قوله: "بالمعروف" أي بالوسط، وقال الزجاج في تفسيره: بما يعرفون أنه العدل على قدر الإمكان، وكلمة على للوجوب. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧١، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٧ ص٨٣. (نعيم)

(١١) أي احتباس المرأة عند الرجل. (عيني)

(١٢) قوله: "كانت نفقته عليه" نوقض بالرهن، فإنه محبوس بحق مقصود للمرتهن، وهو الاستيثاق، ونفقته ليست عليه، بل على الراهن. وأجيب بأن الرهن محبوس لحق الراهن أيضًا، وهو كونه موفيًا دينه عند الهلاك، فلهذا لم تجب النفقة على المرتهن. (عناية)

(١٣) قوله: "أصله" أي أصل من كان محبوسًا لمنفعة ترجع إلى غيره، القاضي والعامل في الصدقات؛ لأنهما حبسا أنفسهما لمصالح المسلمين، فيجب كفايتهما. (عيني)

(١٤) يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة. (عناية)

فيها المسلمة والكافرة، وتعتبر[١] في ذلك حالهما جميعًا.

قال العبد الضعيف: وهذا[٢] اختيار الخصّاف، وعليه الفتوى، وتفسيره[٣] أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار، وإن كانت معسرة[٤]، والزوج موسرًا، فنفقتها دون نفقة الموسرات[٥]، وفوق نفقة المعسرات. وقال الكرخي: يعتبر حال الزوج، وهو قول الشافعي؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفق ذو سَعَةٍ من سعته﴾[٦]. وجه الأول[٧] قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان[٨]: «خذي من مال زوجكِ ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف»[٩]*، اعتبر حالها[١٠]، وهو الفقه[١١]، فإن النفقة تجب بطريق الكفاية، والفقيرة

(١) هذا لفظ القدوري.

(٢) أي اعتبار حالهما. (عناية)

(٣) أي تفسير قول الخصاف.

(٤) قوله: "وإن كانت معسرة إلخ" لم يذكر المصنف القسم الرابع أي ما إذا كان الزوج معسرًا، والمرأة موسرة؛ لأنه يعلم من القسم الثالث، فإن الخصاف ذكر في كتابه، تفرض لها نفقة صالحة يعني وسطًا، وقال في ظاهر الرواية: يقول: لما زوجت نفسها من معسر، فقد رضيت بنفقة المعسرين، فلا تستوجب على الزوج إلا بحسب حاله. (عناية)

(٥) قوله: "دون نفقة إلخ" إذا كان الزوج يأكل الحلوى، أو اللحم المشوى، والباجات، والمرأة كانت في بيتها تأكل خبز الشعير، لا يؤمر الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفسه، ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها، ولكن يطمعها فيما بين ذلك، ويطعمها خبز البر، وباجة أو باجتين. (عناية)

(٦) قوله: "لينفق ذو سعة من سعته" ﴿ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾ اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعًا، وأمره بالإنفاق، فلا مصير إلى غيره. (عناية)

(٧) يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما. (عناية)

(٨) لما شكت من بخل أبي سفيان.

(٩) أخرجه الجماعة غير الترمذي عن عائشة.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧١، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٨ ص٨٣. (نعيم)

(١٠) قوله: "اعتبر [عليه السلام] حالها" ولقائل: أن يقول: هذا الدليل غير مطابق للمدعي؛ لأن المدعى هو

لا تفتقر إلى كفاية الموسرات، فلا معنى للزيادة[١]. وأما النص[٢]: فنحن نقول بموجَبه: إنه يخاطَب[٣] بقدر وسعه، والباقي دين في ذمته، ومعنى قوله[٤]: ﴿بالمعروف﴾ الوسط[٥]، وهو الواجب، وبه[٦] يتبين أنه لا معنى للتقدير، كما ذهب إليه الشافعي أنه على الموسر مُدّان[٧]، وعلى المعسر مدّ، وعلى المتوسط مدّ ونصف مدّ؛ لأن ما وجب كفايةً لا يتقدر شرعًا في نفسه[٨]. وإن امتنعت[٩] من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرَها، فلها النفقة؛ لأنه منعٌ بحقّ، فكان فوت الاحتباس بمعنًى من قبله[١٠]،

الاعتبار بحالهما، والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ. ويمكن أن يجاب عنه: بأن المحتاج إليه هو بيان اعتبار حالها، وأما اعتبار حاله: فالآية تدل عليه، والخصم يقول به، فإن الآية تدل على اعتبار حاله، والحديث على اعتبار حالها، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرا من وجه، وحالها كذلك. فإن قيل: هذا على تقدير التعارض، والحديث لا يعارض الآية؛ لكونه من الآحاد، فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾، فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين، فيجمع بينهما. (ع)

(١١)قوله: "وهو الفقه" أي اعتبار حال المرأة هو الفقه أي هو الذي يفهم من الدلائل، وأشار بهذا إلى أنه اختار قول الخصاف حيث اعتبر حالهما، لكنه ذكر الدليل من جهة نفسه لما اختاره. (عيني)

(١) أي على كفايتها نظرا إلى الزوج. (عناية)

(٢) أي قوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾. (عناية)

(٣)قوله: "أنه يخاطب" أي أنه مخاطب أن ينفق بقدر وسعه؛ لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع، لكن إن زاد كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينًا في ذمته عملا بالدليلين، كما مر، ولا يؤديه مع العجز.(ع)

(٤) أي قوله تعالى: ﴿وعلى المولود به رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾.

(٥) قوله: "الوسط" فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل، وحال المرأة. (عناية)

(٦) قوله: "وبه" أي بقوله ﷺ لهند: «خذي من مال زوجك ما يكفيك». (عناية)

(٧) قوله: "مدان" المد بالضم وتشديد الدال: رطل وثلث بالعراقي عند الشافعي وأهل الحجاز، ورطلان عند أبي حنيفة وأهل العراق، وقيل: إن أصل المد مقدر بأن يمد الرجل يديه، فيملأ كفيه طعمًا. (عيني)

(٨) قوله: "لا يتقدر شرعًا إلخ" لأنهما مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم، وبحسب الأوقات والأماكن، ففي التقدير قد يكون إضرارًا. (ع)

(٩) المرأة.

(١٠) الزوج.

فيُجعل كلا فائت .

وإن نشزت فلا نفقةَ لها[١] حتى تعود إلى منزله[٢]؛ لأن فوتَ الاحتباس منها[٣]، وإذا عادت[٤] جاء الاحتباس فتجب النفقة، بخلاف[٥] ما إذا امتنعت[٦] من التمكين[٧] في بيت الزوج؛ لأن الاحتباس قائم، والزوج يقدر على الوطئ كرهًا.

وإن كانت[٨] صغيرة لا يُستمتع[٩] بها، فلا نفقة لها[١٠]؛ لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها، والاحتباسُ الموجب[١١] ما يكون وسيلة إلى مقصودٍ مستحقٍّ بالنكاح[١٢] ولم يوجد[١٣]، بخلاف المريضة[١٤] على ما نبين[١٥].

(١) قوله: "فلا نفقة لها" فإن قيل: الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها، فما وجه حرمانها عنها. فالجواب: أنا لا نسلم أنها لم تفصل؛ لأنه تعالى قال: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾، وذلك قد يشير إلى تسليم النفس؛ لأن الولادة بدونه لا تتصور. (عناية)

(٢) الزوج.

(٣) الزوجة.

(٤) إلى منزل الزوج.

(٥) قوله: "بخلاف إلخ" متصل بقوله: لأن فوت الاحتباس منها. (عناية)

(٦) فلها النفقة.

(٧) أي تمكين الزوج على الوطئ.

(٨) المرأة.

(٩) أي لا يوطأ.

(١٠) قوله: "فلا نفقة لها" سواء كانت في منزل الزوج، أو لم تكن حتى تصير إلى الحالة التي تطيق الجماع. (ع)

(١١) للنفقة.

(١٢) وهوالجماع، أو دواعيه. (عناية)

(١٣) قوله: "ولم يوجد [فلا يجب شيء]" لأن الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه؛ لأنها غير مشتهاة، واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما، فإن المقصود المستحق بالنكاح فائت، ولهن النفقة.
وأجيب بأن الدواعي غير فائتة بأن يجامعهن تفخيذا أو غيره، بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا: إن كانت الصغيرة مشتهاة، ويمكن جماعها فيما دون الفرج، تجب النفقة. (عيني)

وقال الشافعي: لها[1] النفقة؛ لأنها عوض عن الملك[2] عنده، كما في المملوكة بملك اليمين. ولنا أن المهر عوضٌ عن الملك[3]، ولا يجتمع العوضان عن معوضٍ واحدٍ، فلها[4] المهر دون النفقة.

وإن كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطئ، وهي كبيرة، فلها النفقة من ماله؛ لأن التسليم تحقق منها، وإنما العجز من قبله، فصار كالمجبوب والعنّين. وإذا حُبست المرأة في دين، فلا نفقة لها؛ لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة[5]، وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة[6]، فليس منه[7]، وكذا[8] إذا غصبها رجل كرها، فذهب بها.

وعن أبي يوسف: أن لها النفقة[9]، والفتوى على الأول[10]؛ لأن فوت الاحتباس ليس منه[11]؛ ليُجعل باقيًا[12] تقديراً، وكذا إذا حجت مع

(١٤) قوله: "بخلاف المريضة" يعنى يجب النفقة في المريضة، وإن تعذر الجماع. (عينى)

(١٥) قريبًا. (عينى)

(١) الصغيرة.

(٢) قوله: "عوض عن الملك [أى ملك الزوج] إلخ" وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة، والصغيرة والكبيرة فيها سواء كالمملوكة. (عناية)

(٣) قوله: "أن المهر عوض إلخ" لأن العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية، والداخل تحته هو المهر دون النفقة. (عناية)

(٤) الصغيرة.

(٥) في أداء الدين.

(٦) عن أداء الدين.

(٧) قوله: "فليس منه" أى من الزوج أيضًا، فلا يطالب بالنفقة. (عينى)

(٨) أي لا نفقة لها لفوت الاحتباس.

(٩) لأنه لا منع من جهتها.

(١٠) قوله: "على الأول" أى على ظاهر الرواية، وهو أن لا نفقة للمغصوبة فيما مضى. (عناية)

(١١) الزوج.

محرم[١]؛ لأن فوت الاحتباس منها.

وعن أبي يوسف: أن لها النفقة؛ لأن إقامة الفرض عذرٌ، ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر؛ لأنها[٢] هي المستَحقَّة عليه[٣]، ولو سافَرَ معها الزوج، تجب النفقة بالاتفاق؛ لأن الاحتباس قائم لقيامه[٤] عليها[٥]، وتجب نفقة الحضر دون السفر[٦]، ولا تجب الكراءُ؛ لما قلنا[٧].

وإن مرضت في منزل الزوج[٨]، فلها النفقة، وا لقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضًا يمنَع الجماع؛ لفوات الاحتباس للاستمتاع.

وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم، فإنه[٩] يستأنس بها، ويمسّها، وتحفظ البيتَ، والمانعُ[١٠] بعارض[١١]، فأشبه الحيض[١٢].

(١٢) قوله: "ليجعل باقيًا إلخ" بيانه أن النفقة عوض عن الاحتباس في بيته، فإذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا. أما إذا كان الفوات: لا لمعنى من جهته، فلا يمكن أن يجعل ذلك الاحتباس ثابتًا تقديرًا، و بدونه لا تجب النفقة. (عناية)

(١) يعني بدون الزوج، فلا تجب النفقة.

(٢) أي نفقة الحضر.

(٣) الزوج.

(٤) الزوج.

(٥) المرأة.

(٦) قوله: "دون السفر" لأن المأمور هو النفقة بالمعروف، وهو عبارة عما لا إسراف فيه ولا تقتير، وفي نفقة السفر إسراف لغلاء السفر، فلا يكون معروفا، فلا يجب ذلك. (عيني)

(٧) إشارة إلى قوله: لأنها هي المستحقة عليه. (عناية)

(٨) قوله: "وإن مرضت إلخ" وهو الموعود بقوله: قيل: هذا، بخلاف المريضة على ما نبين. (ع)

(٩) الزوج.

(١٠) من الجماع.

(١١) هو المرض.

(١٢) في كونه مانعًا وتجب النفقة. (عيني)

وعن أبي يوسف: أنها إذا سلّمت[١] نفسها، ثم مرضت، تجب النفقة؛ لتحقق التسليم، ولو مرضت، ثم سلّمت، لا تجب؛ لأن التسليم لم يصح، قالوا: هذا حسنٌ، وفي لفظ الكتاب[٢] ما يشير إليه.

قال[٣]: وتفرض على الزوج النفقة[٤] إذا كان موسرًا، ونفقة خادمها، والمراد بهذا بيان نفقة الخادم، ولهذا[٥] ذكر في بعض النسخ[٦]، وتفرض على الزوج إذا كان موسِرًا، نفقةُ خادمها، ووجهه أن كفايتها[٧] واجبة عليه[٨]، وهذا[٩] من تمامها؛ إذ لا بد لها منه.

ولا تفرض لأكثر من نفقة خادم واحد، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: تفرض[١٠] لخادمين؛ لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل، وإلى الآخر لمصالح الخارج.

---

(١) إلى الزوج.

(٢) قوله: "وفي لفظ الكتاب" أي كتاب القدوري ما يشير إليه أي إلى ما روى عن أبي يوسف؛ لأنه قال: وإن مرضت في منزل الزوج؛ لأنه يفهم منه أنها سلمت نفسها إلى الزوج في منزله، ثم مرضت فيه. (ب)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "وتفرض على إلخ" ولما كان ظاهر هذا تكرارًا؛ لأنه قال في أول الباب: النفقة واجبة للزوجة على زوجها، عذره المصنف بقوله: والمراد بهذا أي بقوله: ويفرض للزوجة على الزوج النفقة إن كان موسرًا، ونفقة خادمها بيان نفقة الخادم، وهناك لم يذكر نفقة الخادم، وتجب نفقته بإجماع الأئمة.

وإنما قيد بقوله: إن كان موسرًا، وزاد فيه هذا القيد؛ لأنه إذا كان معسرًا، لا تجب عليه نفقة الخادم، وإن كان لها خادم، على ما روى الحسن عن أبي حنيفة. ثم اختلف المشايخ في الخادم، قيل: المملوكة لها، حتى لو كانت حرة، أو غير مملوكة لها لا تستحق، وقيل: كل من يخدمها، حرة كانت أو مملوكة لها، أو لغيرها. (عيني)

(٥) أي لكون المراد هذا.

(٦) أي نسخ القدوري.

(٧) الزوجة.

(٨) الزوج.

(٩) أي نفقة الخادم.

(١٠) النفقة.

ولهما: أن الواحد[١] يقوم بالأمرين، فلا ضرورة إلى اثنين، ولأنه[٢] لو تولّى كفايتها بنفسه، كان كافيا، فكذا إذا أقام الواحدَ مقام نفسه، وقالوا: إن الزوج الموسر[٣] يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسِر[٤] من نفقة امرأته، وهو أدنى الكفاية[٥]. وقوله في الكتاب[٦]: إذا كان موسرًا؛ إشارة إلى أنه لا تجب نفقةُ الخادم عند إعساره[٧]، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهوَ الأصح، خلافًا لما قاله محمد[٨]؛ لأن الواجب على المعسِر أدنى الكفاية، وهي[٩] قد تكتفي بخدمة نفسها.

ومَن أعسر بنفقة امرأته لم يفرّق بينهما، ويقال لها[١٠]: استديني عليه[١١]. وقال الشافعي: يفرّق؛ لأنه[١٢] عجز عن الإمساك بالمعروف[١٣]،

---

(١) الخادم الواحد.

(٢) الزوج.

(٣) قوله: "إن الزوج الموسر" اليسار ههنا مقدربنصاب حرمان الصدقة، لا بنصاب وجوب الزكاة.(ع)

(٤) قوله: "ما يلزم المعسر إلخ" يعنى نفقة الخادم غير نفقتها، لكن في حق الإدام دون الخبز، وأعلى الإدام اللحم، وأوسطه الزيت، وأدناه الملح واللبن. (عناية)

(٥) قوله: "وهو أدنى الكفاية" الضمير يرجع إلى قوله: ما يلزم، والحاصل: أن نفقة الخادم أدنى الكفاية، وهو ما يلزم المعسر من نفقة امرأته. (عينى)

(٦) أى القدورى.

(٧) الزوج.

(٨) قوله: "لما قاله محمد" يعنى ما قال محمد: إن الزوج إذا كان معسرًا، وكان لها خادم، تجب عليه نفقته؛ لأنه إذا كان لها خادم، فهذه المرأة لم تكتفِ بخدمة نفسها، فتجب عليه النفقة، كما لو كان موسرًا. (ع)

(٩) الزوجة.

(١٠) من القاضى.

(١١) قوله: "استدينى عليه [الزوج]" أى اشترى الطعام نسيئة على أن يقضى الثمن من مال الزوج. (عينى)

(١٢) الزوج.

(١٣) فيلزمه التسريح بالإحسان، فإن أبى فينوب إلخ.

فينوب القاضي منابَه في التفريق، كما في الجبّ والعنة، بل أولى؛ لأن الحاجة إلى النفقة أقوى[١]. ولنا أن حقَّه يبطل[٢]، وحقها يتأخر، والأول أقوى في الضرر، وهذا لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضي، فتُستَوفى في الزمان الثاني، وفوتُ المال[٣] وهو[٤] تابع في النكاح، لا يلحق بما هو المقصود، وهو التناسل. وفائدة الأمر بالاستدانة[٥] مع الفرض أن يمكنها[٦] إحالة الغريم على الزوج، فأما إذا كانت الاستدانةُ بغير أمر القاضي كانت المطالبةُ عليها دون الزوج.

وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر، فخاصمته تمّم[٧] لها نفقة الموسر؛ لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار، وما قضى به[٨] تقدير[٩] لنفقةٍ لم تجب، فإذا تبدل[١٠] حاله[١١] لها المطالبة بتمام حقّها.

---

(١) قوله: "أقوى" من الجماع؛ لأن انقطاع الأول مدة مهلك دون الثاني. (ع)

(٢) قوله: "أن حقه يبطل" بالتفريق؛ إذ لا يصل إليه إلا بسبب جديد، وحقها يتأخر؛ لأن النفقة تصير دينًا بفرض القاضي، فيستوفى في الزمان الثاني، والأول أقوى في الضرر، فيتحمل، أو في الضررين لدفع الأعلى. (عناية)

(٣) قوله: "وفوت المال إلخ" جواب عن القياس على الجب والعنة، تقريره: أن هذا قياس مع الفارق، وهو باطل، وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المال، وهو تابع في باب النكاح.
والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب والعنة، إنما يكون عن المقصود بالنكاح، وهو التوالد والتناسل، ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود، وجوازها به عن التابع. (عناية)

(٤) الواو للحال.

(٥) قوله: "وفائدة الأمر إلخ" أى فإن قيل: لا فائدة في الإذن لها بالاستدانة لها بعد فرض القاضي النفقة لها؛ لأنها صارت دينًا بفرضه، أجاب بأن فائدة إلخ. (ع)

(٦) يعني من غير رضاء الزوج. (عناية)

(٧) أى لا بد من التغيير، وكذلك حكم عكس هذه المسألة. (عناية)

(٨) قوله: "وما قضى به [مبتدأ] إلخ" جواب عما يقال: ينبغي أن لا يتمم لها نفقة اليسار؛ لأن فيه نقض القضاء الأول. وتقريره: ما قضى به تقدير لنفقة لم تجب؛ لأن النفقة تجب شيئًا فشيئًا، وتقدير ما ليس بواجب، لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه، وإذا لم يكن لازما، لم يستحكم فيه حكم الحاكم. (عناية)

(٩) خبر.

وإذا مضت مدةٌ لم يُنفق الزوج عليها، وطالبته بذلك، فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لَها النفقة، أو صالحتِ الزوجَ على مقدار نفقتها، فيقضي لها بنفقة ما مضى؛ لأن النفقة صلةٌ[1]، وليست بعوضٍ عندنا، على ما مر من قبل[2]، فلا يستحكم الوجوب فيها[3] إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك[4] إلا بمؤكّد، وهو القبضُ، والصلحُ بمنزلة القضاء[5]؛ لأن ولايته[6] على نفسه أقوى[7] من ولاية القاضي، بخلاف المهر[8]؛ لأنه عوض[9]. وإن مات الزوج بعد ما قُضي عليه بالنفقة[10]، ومضى شهورٌ سقطت النفقة، وكذا إذا ماتت الزوجة؛ لأن النفقة صلة، والصلات تسقط بالموت كالهبة[11]، تبطل بالموت قبل القبض.

---

(١٠) بأن صار موسراً.

(١١) الزوج.

(١) تبرع وعطية وإحسان.

(٢) قوله: "على ما مر من قبل" يريد به قوله: إن المهر عوض عن الملك، ولا يجتمع العوضان عن المعوض الواحد. (ع)

(٣) تفريع على كون النفقة صلة.

(٤) للموهوب له.

(٥) أي صلح المرأة معه على شيء.

(٦) الزوج.

(٧) قوله: "أقوى" لأن له أن يلتزم بالنفقة فوق ما يلزمه القاضي بالمعروف، فكان صلحه بمنزلة القضاء، بل أولى. (عيني)

(٨) متصل بقوله: وليست بعوض. (عناية)

(٩) فيجب بلا قضاء، ولا تراضٍ.

(١٠) قوله: "بعد ما قضى عليه بالنفقة" وما كان أمرها بالاستدانة عليه، وإنما قيدنا بقوله: وما كان أمرها بالاستدانة عليه؛ لأنه إذا أمرها بذلك، لم تسقط بموت أحدهما؛ لأن القاضي لما أمرها بذلك، كان استدانتها استدانة الزوج؛ لعموم ولايته عليهما، ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت، فكذا إذا استدانت بحكم القاضي. (ع)

(١١) قوله: "كالهبة إلخ" فإن قيل: القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح؛ لأنها قبل القبض غير

وقال الشافعي: تصير[1] دينا قبل القضاء، ولا تسقط بالموت؛ لأنه عوض[2] عنده، فصار كسائر الديون، وجوابُه قد بيناه[3].

وإن أسلفها نفقةَ السنة أي عجّلها، ثم مات[4] لم يسترجع منها بشيء[5]، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يحتسب لها نفقة ما مضى، وما بقي للزوج[6]، وهو قول الشافعي. وعلى هذا الخلاف الكسوةُ؛ لأنها استعجلت عوضا[7] عمّا تستحقّه عليه[8] بالاحتباس، وقد بطل الاستحقاق بالموت[9]، فيبطل العوض بقدره[10] كرزق القاضي[11]، وعطاءِ المقاتلة[12]. ولهما: أنه صلة، وقد اتصل به القبض، ولا رجوعَ في الصلات بعد الموت؛ لانتهاء حكمها كما في الهبة، ولهذا لو هلكت[13] من

مؤكدة، والنفقة بعد القضاء مؤكدة، ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد. أجيب بأن معنى الصلة فيها بعد القضاء باقٍ، كما كان قبله؛ لأن معنى الصلة أن يجب المال بمقابلة ما ليس بمال، وهذه كذلك، فقلنا: بسقوطها بعد القضاء بالموت. (ع)

(١) النفقة.

(٢) عن الاستمتاع.

(٣) قوله: "وجوابه قد بيناه" إشارة إلى ما تقدم من قوله: ولنا أن المهر عوض عن الملك، ولا يجتمع العوضان من معوض واحد، فلا تكون النفقة عوضا عن البضع. (نهاية)

(٤) أو ماتت قبل مضي المدة. (عناية)

(٥) ولا على تركتها. (عناية)

(٦) إن كان قائمًا، وقيمته إن كان مستهلكًا. (عناية)

(٧) قوله: "لأنها استعجلت إلخ" أي زن مذكوره باستعجال گرفته است عوض حبس را كه او مستحق آن ست بر شوهر بسبب محبوس بودن او نزد شوهر. (ترجمة)

(٨) الزوج.

(٩) چه حبس باقى نمانده.

(١٠) أي بقدر بطلان الاستحقاق.

(١١) قوله: "كرزق القاضي" أي أخذ القاضي رزق مدة، ثم مات قبل تمام المدة، يرد فيما بقي بحساب ذلك. (ب)

(١٢) قوله: "وعطاء المقاتلة" إذا أحرزوا أرزاقهم مدة، ثم ماتوا قبل تمام المدة، يسترد منهم فيما بقي من المدة. (ب)

(١٣) النفقة.

غير استهلاك، لا يسترد شيء منها بالإجماع. عن محمد: أنها إذا قبضت نفقة الشهر(١) أو ما دونه، لا يسترجع منها بشيء؛ لأنه يسير(٢)، فصار في حكم الحال(٣). وإذا تزوج العبد حرةً(٤)، فنفقتها دين عليه، يباع فيها(٥)، ومعناه(٦) إذا تزوج بإذن المولى؛ لأنه(٧) دينٌ وجب في ذمّته لوجود سببِهِ(٨)، وقد ظهر وجوبه(٩) في حقّ المولى، فيتعلق(١٠) برقبته كدين التجارة في العبد التاجر(١١)، وله(١٢) أن يفتدي؛ لأن حقها في النفقة لا في عين الرقبة، ولو مات العبد سقطت(١٣)، وكذا إذا قتل في الصحيح(١٤)؛ لأنه

(١) قوله: "نفقة الشهر إلخ" وإن كان أكثر من شهر، ترك منها مقدار نفقة شهر استحسانًا، ويسترد من تركتها ما زاد على ذلك. (عيني)

(٢) أي لأن الشهر وما دونه.

(٣) قوله: "فصار في حكم الحال" يعني إذا أخذت النفقة الواجبة في الحال، لا يسترد بالموت، فكذا لا يسترد ما إذا عجل لها نفقة الشهر. (عناية)

(٤) قوله: "حرة" إنما قيد بالحرة؛ لأن المرأة إذا كانت أمة، لا تستحق النفقة قبل التبوئة على ما يجيء.(ب)

(٥) قوله: "يباع فيها" قال شمس الأئمة السرخسي: فإن بيع، ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى، بيع ثانيًا، وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة أخرى إلا النفقة، وهذا لأن النفقة يتجدد وجودها بمضي الزمان، فذلك في حكم دين حادث، ولا كذلك سائر الديون. (ع)

(٦) قوله: "ومعناه إلخ" إنما فسره بهذا التفسير، لا أنه إذا تزوج بغير إذن مولاه، لا يصح العقد. (عيني)

(٧) النفقة.

(٨) هو العقد.

(٩) الدين.

(١٠) الدين.

(١١) المأذون تتعلق الديون برقبته.

(١٢) أي للمولى.

(١٣) قوله: "سقطت النفقة" ولا يؤاخذ المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء. (عناية)

(١٤) قوله: "في الصحيح" احتراز عن قول الكرخي: إنها تكون في قيمته، قال الشيخ أبو الحسن القدوري: الصحيح أن تسقط؛ لأنها صلة، والصلات تبطل بالموت قبل القبض. (عناية)

صِلة . وإن تزوّج الحرّ أمة، فبوّأها مولاها معه منزلا، فعليه النفقة ؛ لأنه تحقّق الاحتباس، وإن لم يُبوِّأْهَا، فلا نفقة لها ؛ لعدم الاحتباس، والتبوئةُ أن يخلّى بينها وبينه[(١)] فى منزله، ولا يستخدمها[(٢)]، ولو استخدمها بعد التبوئة، سقطت النفقة ؛ لأنه فات الاحتباس، والتبوئةُ غير لازمة[(٣)] على ما مر فى النكاح، ولو خدمته[(٤)] الجاريةُ أحيانًا من غير أن يستخدمها، لا يسقط النفقةُ ؛ لأنه لم يستخدمها ؛ ليكون استردادًا، والمدبرةُ وأم الولد فى هذا كالأمة[(٥)].

فصل[(٦)]

وعلى الزوج أن يُسكنها فى دار مفردةٍ، ليس فيها أحدٌ من أهله إلا أن تختار ذلك[(٧)] ؛ لأن السكنى من كفايتها، فيجب لها كالنفقة، وقد أوجبه الله تعالى مقرونًا بالنفقة[(٨)]، وإذا وجب حقا لها، ليس له أن يُشرك غيرها فيه[(٩)] ؛ لأنها تتضرر به، فإنها لا تأمن[(١٠)] على متاعها، ويمنعها[(١١)] عن

---

(١) الزوج.

(٢) المولى.

(٣) قوله: "والتبوئة إلخ" جواب سؤال، تقريره: لما بوأها مرة يجب عليه أن يمضى على ذلك، ولا ينقضها بالاستخدام. وتقرير الجواب: التبوئة غير لازمة على ما مرفى النكاح أى فى باب نكاح الرقيق حيث قال: إذا بوأها، ثم بدا له أن يستخدمها، كان له ذلك؛ لأن حق المولى لم يزل بالتبوئة، كما لم يزل بالنكاح. (عناية)

(٤) المولى.

(٥) قوله: "كالأمة" يعنى كما أن الأمة لا نفقة لها قبل التبوئة، فكذلك المدبرة، وأم الولد لا نفقة لهما قبل التبوئة، بخلاف المكاتبة حيث تجب لها النفقة إذا لم تحبس نفسها منه ظالمة. ولا يشترط التبوئة؛ لأن السيد ليس له أن يتسخدمها، ولا يملك منعها من الزوج؛ لأنها صارت أخص بنفسها، ومنافعها بالكتابة. (عينى)

(٦) لما فرغ من بين النفقة، شرع فى بيان السكنى. (عينى)

(٧) أى إسكان غيرها معها.

(٨) قوله: "وقد أوجبه الله تعالى إلخ" أراد به ما ثبت فى قراءة ابن مسعود فى قوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم﴾ أى من طاقتكم يعنى ما تطيقون. (عينى)

(٩) السكنى.

المعاشرة مع زوجها، ومن الاستمتاع[(١)] إلا أن تختار؛ لأنها[(٢)] رضيت بانتقاض حقِّها. وإن كان له ولد من غيرها، فليس له أن يُسكنه معها؛ لما بينا[(٣)]، ولو أسكنها فى بيتٍ من الدار مفردٍ، وله[(٤)] غلق كفاها؛ لأن المقصود قد حصل، وله أن يَمنع والديها وولدها من غيره[(٥)]، وأهلَها من الدخول عليها؛ لأن المنزل ملكُه، فله حقُّ المنع من دخول ملكه.

ولا يمنعهم من النظر إليها، وكلامها[(٦)] فى أىّ وقتٍ اختاروا؛ لما فيه[(٧)] من قطعية الرحم[(٨)]، وليس له[(٩)] فى ذلك ضررٌ، وقيل: لا يمنع من الدخول والكلام، وإنما يمنعهم من القرار؛ لأن الفتنة فى اللَبَاث[(١٠)]، وتطويل الكلام[(١١)]. وقيل: لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين، ولا يمنعُهما من الدخول عليها فى كل جمعة[(١٢)]، وفى غيرهما من المحارم التقديرُ بسنةٍ؛

---

(١٠) حين الاشتراك.

(١١) أى الإشراك.

(١) بالجماع ودواعيه.

(٢) الزوجة.

(٣) قوله: "لما بينا" أشار به إلى قوله: لأنها تتضرر. (عينى)

(٤) محركة كليدانة. (من)

(٥) الزوج.

(٦) معهم.

(٧) أى فى المنع من النظر والكلام.

(٨) وهى حرام.

(٩) قوله: "وليس له إلخ" أى ليس للزوج فى نظرهم إليها، وكلامهم معها ضرر. (عينى)

(١٠) أى فى اللبث، وهو المكث.

(١١) قوله: "وتطويل الكلام" لأن تطويل الكلام يؤدى إلى القال والقيل، فينتج الشر والفساد. (عينى)

(١٢) وعليه الفتوى. (عينى)

وهو الصحيح[١].

وإذا غاب الرجل، وله مال في يد رجل يعترف به، وبالزوجية[٢]

فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب، وولده الصغار، ووالديه، وكذا[٣] إذا علم القاضي ذلك[٤]، ولم يعترف به؛ لأنه لما أقر بالزوجيةِ والوديعةِ، فقد أقر أن حقَّ الأخذ لها[٥]؛ لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه. وإقرارُ صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا[٦]، فإنه لو أنكر أحد الأمرين، لا تُقبل بينةُ المرأة فيه؛ لأن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية عليه، ولا المرأة خصمٌ في إثبات حقوق الغائب، فإذا ثبت في حقه تعدى إلى الغائب، وكذا[٧] إذا كان المال[٨] في يده مضاربةً. وكذا الجواب في الدين[٩]، وهذا[١٠] كله إذا كان المال من

(١) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عن قول محمد بن المقاتل الرازي، فإنه يقول: لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر. (عناية)

(٢) وطلبت الزوجة النفقة.

(٣) أي يفرض النفقة.

(٤) أي الزوجة والمال للغائب.

(٥) لحديث هند امرأة أبي سفيان. (عناية)

(٦) قوله: "لا سيما ههنا" فإن إقراره أشد قبولا من إقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع؛ لتعيين طريق إثبات الحق في إقراره لعدم إثباته بالبينة، فإنه لو أنكر أحد الأمرين من الزوجية، والوديعة لا تقبل بينة المرأة فيه أي في أحد الأمرين؛ لأن إقامتها إن كانت لإثبات الزوجية.
فالمودع ليس بخصم فيه، وإن كانت لإثبات الوديعة، فالمرأة ليست بخصم في إثبات حقوق الغائب، وإذا ثبت عليه الحق بإقراره على نفسه، تعدى إلى الغائب؛ لكون ما أقر به ملكه. (عناية)

(٧) أي يفرض القاضي النفقة للمذكورين.

(٨) لأنه أمانة من وجهٍ. (عناية)

(٩) قوله: "وكذا الجواب في الدين" يعني إذا حضرت المرأة غريم زوجها الغائب عند القاضي، واعترف بالزوجية والدين، فرض القاضي النفقة، وإن جحد أحدهما، فلا. (عيني)

(١٠) أي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة. (عناية)

جنس حقّها[١] دراهمَ، أوْ دنانيرَ، أو طعامًا، أو كسوةً من جنس حقّها[٢].

أما إذا كان[٣] من خلاف جنسه[٤]: لا تفرض النفقةُ فيه؛ لأنه يحتاج إلى البيع، ولا يُباع مال الغائب بالاتفاق. أما عند أبي حنيفة: فلأنه لا يُباع على الحاضر[٥]، وكذا على الغائب، وأما عندهما: فلأنه إن كان يُقضى على الحاضر[٦]؛ لأنه يُعرف[٧] امتناعُه[٨]، لا يقضى على الغائب؛ لأنه لا يعرف امتناعُه. قال[٩]: ويأخذ[١٠] منها[١١] كفيلا[١٢] نظراً للغائب؛ لأنها ربما استوفت النفقة[١٣]، أو طلقها الزوج، وانقضت عدتها، فرق[١٤] بين هذا[١٥] وبين الميراث، إذا قسّم بين ورثةٍ حضورٍ[١٦] بالبينة، ولم

(١) في النفقة.

(٢) في الكسوة.

(٣) المال.

(٤) قوله: "من خلاف جنسه" أي من خلاف جنس حقها كالدار والعبد والعروض. (عيني)

(٥) قوله: "لا يباع [المال] على الحاضر" لأن البيع عليه إنما يكون بطريق الحجر، والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح، فكذا على الغائب، بل بالطريق الأولى. (عناية)

(٦) أي يبيع مال الحاضر حجراً.

(٧) المشروط في جواز البيع.

(٨) من أداء الحق الذي عليه.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) القاضي.

(١١) المرأة.

(١٢) بالنفقة.

(١٣) فلا تستحق شيئًا. (عيني)

(١٤) أي أبو حنيفة. (عيني)

(١٥) أي أخذ الكفيل ههنا.

(١٦) حاضرين.

يقولوا: لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبى حنيفة؛ لأن هناك[١] المكفول له مجهول، وههنا معلوم، وهو الزوج، ويحلّفها[٢] بالله ما أعطاها النفقةَ؛ نظرا للغائب. قال[٣]: ولا يقضى بنفقة فى مالِ غائبٍ إلا لهؤلاء[٤]، ووجه الفرق[٥] هو أن نفقة هؤلاء[٦] واجبة قبل قضاء القاضى، ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء، فكان قضاءُ القاضى إعانةً لهم. أما غيرهم من المحارم، فنفقتهم إنما تجب بالقضاء؛ لأنه مجتهد فيه[٧]، والقضاءُ على الغائب لا يجوز[٨]، ولو لم يعلم القاضى بذلك[٩]، ولم يكن مقرّا به[١٠]، فأقامت[١١] البينة على الزوجية، أو لم يخلف[١٢] مالا، فأقامت البينة؛ ليفرض القاضى نفقتها على الغائب، ويأمرها بالاستدانة، لا يقضى القاضى بذلك؛ لأن فى ذلك قضاءً[١٣] على

(١) أى فى مسألة الميراث.

(٢) القاضى.

(٣) أى القدورى.

(٤) قوله: "إلا لهؤلاء" يعنى زوجة الغائب، وأولاده الصغار، ووالديه، وأما غيرهم من المحارم كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات، فلا يقضى بنفقتهم فيه. (عناية)

(٥) قوله: "ووجه الفرق" يعنى بين قضاء القاضى لهؤلاء المذكورين بالنفقة فى مال الغائب، وبين عدم جواز قضاءه لغيرهم كالأخ والعم وسائر ذوى الأقارب. (عينى)

(٦) المذكورين.

(٧) قوله: "لأنه مجتهد فيه" قيل: لأن الشافعى لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين. (عناية)

(٨) متصل بقوله: وكذا إذا علم القاضى بذلك.

(٩) أى بالزوجية. (عينى)

(١٠) متصل بقوله: يعرف به وبالزوجية. (عناية)

(١١) قوله: "فأقامت" إذا كان ثمه وديعة، ولكن ينكر الزوجية. (عناية)

(١٢) الزوج.

(١٣) فلا يجوز.

الغائب. وقال زفر: يقضى فيه[١]؛ لأن فيه نظرًا لها، ولا ضرر فيه على الغائب، فإنه[٢] لو حضر، وصدقها، فقد أخذت حقّها، وإن جحد[٣] يحلّف، فإن نكل، فقد صدّق، وإن أقامت بينة فقد ثبت حقُّها، وإن عجزت[٤] يضمن الكفيل[٥]، أو المرأة، وعمل القُضاة اليوم على هذا، إنه يقضى[٦] بالنفقة على الغائب لحاجة الناس، وهو مجتهد فيه[٧]، وفى هذه المسألة أقاويل مَرجوع عنها[٨]، فلم نذكرها.

فصل[٩]

وإذا طلق الرجل امرأتَه، فلها النفقة والسكنى فى عدتها، رجعيًا كان أو بائنًا، وقال الشافعى: لا نفقة للمبتوتة[١٠] إلا إذا كانت حاملا.

أما الرجعى: فلأن النكاح بعده قائم[١١] لا سيما عندنا، فإنه يحل له

(١) قوله: "يقضى فيه" يعنى يسمع البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج، وإن لم يكن له مال يأمرها بالاستدانة. (عينى)

(٢) الزوج.

(٣) الزوج.

(٤) عن البينة، وآن كس سوگند خورد. (ترجمة)

(٥) أى پس زن مذكور يا كفيل او ضمان خواهد داد. (ترجمة)

(٦) أى على قول زفر. (عينى)

(٧) قوله: "وهو مجتهد فيه" أى بين علمائنا، إما لأن فيه خلاف زفر، أو لأن فيه خلاف أبى يوسف على ما ذكر الخصاف مطلقا، أو على قوله الأول. (عينى)

(٨) قوله: "أقاويل إلخ" منها: أن القاضى إذا لم يكن عالما بالنكاح، فأقامت البينة على النكاح، تقبل فى قول أبى حنيفة وحده الأول. ومنها: أنه لو أقامت البينة على المودع، أو المديون الجاحد للنكاح، والنفقة تقبل فى قول أبى حنيفة أولا، ثم رجع، وقال: لا تقبل. ومنها: أن البينة على قول أبى يوسف: أولا تقبل، ولكن لا تقضى بالنكاح، كذا فى التتمة والفتاوى الصغرى. (عينى)

(٩) قوله: "فصل" لما فرغ عن بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما، شرع فى بيان ذلك بعد المفارقة. (عينى)

(١٠) قوله: "للمبتوتة" وهى التى طلقها الزوج ثلاثًا، أو طلقها بعوض، وإن كانت بواحدة. (عناية)

(١١) فتجب النفقة والسكنى.

الوطئ[١]، وأما البائن: فوجه قوله[٢]: ما روى[٣] عن فاطمة بنت قيس قالت: "طلقني زوجي ثلاثًا، فلم يفرض لي رسول الله ﷺ سكنى، ولا نفقة"*، ولأنه لا ملك[٤] له[٥]، وهي مرتبة على الملك، ولهذا[٦] لا تجب للمتوفى عنها زوجُها؛ لانعدامه[٧] بخلاف ما إذا كانت حاملا؛ لأنا عرفناه[٨] بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿وإن كنّ أولات حمل[٩] فأنفقوا عليهن﴾ الآية. ولنا أن النفقةَ جزاء احتباس على ما ذكرنا[١٠]، والاحتباس قائمٌ في حق حكمٍ مقصودٍ بالنكاح، وهوالولد[١١]، إذ العدة واجبة لصيانة الولد، فتجب النفقة، ولهذا[١٢] كان لها السكنى بالإجماع[١٣]، وصار كما إذا كانت حاملا[١٤].

(١) في عدة الرجعي.

(٢) الشافعي.

(٣) أخرجه الجماعة إلا البخاري. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٠٩ ص٨٣. (نعيم)

(٤) في المبتوتة.

(٥) الزوج.

(٦) أي لعدم الملك.

(٧) الملك.

(٨) أي وجوب نفقة الحامل. (عناية)

(٩) الزوجات المطلقات.

(١٠) في أول باب النفقة. (عيني)

(١١) الحكم المقصود بالنكاح هو التوالد والاستمتاع. (عيني)

(١٢) أي للاحتباس.

(١٣) بيننا وبين الشافعي.

(١٤) قوله: "وصار كما إذا كانت إلخ" اعترض عليه بأن الحائل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة، لم يبقَ لتخصيص الحامل في النص فائدة، وأجيب بأن الفائدة رفع الاشتباه.
وبيانه أن الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء، فكان يشتبه بأن الحامل أيضًا تستحق ذلك المقدار، أو زيادة، فرفع ذلك، وقال: لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن. (عناية)

وحديث فاطمة بنت قيس[١] ردّه عمر، فإنه قال[٢]: لا ندع كتابَ ربنا[٣]، وسنةَ نبينا بقول امرأة: لا ندري صدقتْ أم كذبتْ، حفظت أم نَسيتْ، سمعت رسول الله عليه السّلام[٤] يقول: «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة»*، ورده[٥] أيضًا زيد بن ثابت وأسامةُ ابن زيد وجابرٌ وعائشة.

ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها؛ لأن احتباسها ليس لحقّ الزوج بل لحق الشرع، فإن التربص[٦] عبادة منها[٧]. ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعًى فيه[٨] حتى لا يُشترط[٩] فيه الحيض، فلا تجب نفقتها عليه، ولأن النفقة تجب شيئًا فشيئًا، ولا ملك له[١٠] بعد الموت، فلا يمكن

---

(١) جواب عن حديث فاطمة.

(٢) قوله: "فإنه قال: لا ندع إلخ" رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي والطحاوي والدارقطني، لكن ليس فيه نقل عمر رضي الله عنه سمعت إلخ نعم روى جابر أنه عليه السلام قال: «للمطلقة ثلاثًا النفقة والسكنى»، ذكره عبد الحق، كذا قال العيني.

(٣) قوله: "كتاب ربنا" يريد به قوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾، ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى، وذلك يرجع إلى ما يملك به.
أما الإسكان: فلأنه قد يملك إسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو، ولا يملك الإنفاق من غير ملكه، فكان تقديره -والله أعلم- ما تلاه ابن مسعود رضي الله عنه: وأنفقوا عليهن من وجدكم. (عناية)

(٤) بيان السنة.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٣، والدراية ج٢، الحديث ٦١٠ ص٨٣. (نعيم)

(٥) قوله: "ورده" أي رد حديث فاطمة بنت قيس زيد بن ثابت الأنصاري، وقال مخرج الأحاديث حديث زيد بن ثابت غريب، وأسامة بنت زيد بن حارثة رواه الطحاوي، أن أسامة أنكر مثل ما أنكر عمر بن الخطاب، وجابر بن عبد الله، روى الدارقطني عن جابر عن النبي ﷺ قال: «لا للمطلقة الثلاثة السكنى والنفقة» وعائشة، أخرج البخاري أن عائشة قالت: "ما لفاطمة ألا تتقي الله يعني في قولها: لا سكنى ولا نفقة". (عيني)

(٦) المذكور في القرآن.

(٧) إلا من المتوفى عنها زوجها.

(٨) أي في تربص المتوفى عنها زوجها.

(٩) بل عدتها بالأشهر.

(١٠) الزوج.

إيجابها في ملك الورثة.

وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردةِ، وتقبيل ابن الزوج، فلا نفقة لها(١)؛ لأنها صارت حابسة نفسها بغير حقّ، فصارت كما إذا كانت ناشزة(٢)، بخلاف المهر(٣) بعد الدخول؛ لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطئ. وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة(٤) من قبلها بغير معصية كخيار العتق(٥)، وخيار البلوغ، والتفريق لعدم الكفاءة؛ لأنها حبست نفسها بحقٍّ، وذلك(٦) لا يسقط النفقة، كما إذا حبست نفسها(٧) لاستيفاء المهر.

وإن طلقها ثلاثًا، ثم ارتدت -والعياذ بالله- سقطت نفقتها، وإن مكنت ابن زوجها من نفسها، فلها النفقة، معناه مكنت بعد الطلاق؛ لأن الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث، ولا عمل فيها للردة والتمكين إلا أن المرتدة تُحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة، والممكّنة لا تحبس(٨) فلهذا يقع الفرق.

فصل(٩)

ونفقة الأولاد الصغار على الأب، لا يشاركه فيها أحدٌ، كما

---

(١) قوله: "فلا نفقة لها" إنما لم يتعرض للسكنى؛ لأنها واجبة بأي فرقة كانت؛ لأن القرار في البيت مستحق عليها، فلا يسقط بمعصيتها، فأما النفقة: فواجبة لها، فسقط ذلك بمعصية من قبلها. (عناية)

(٢) خارجة عن بيت الزوج.

(٣) حيث لا يسقط بالفرقة من قبلها.

(٤) فلها النفقة.

(٥) قوله: "كخيار العتق" نحو أم الولد أعتقت، ونحو المدبرة أعتقت، وهما عند الزوج قد بوأ المولى لهما بيتًا، فاختارتا الفرقة، فلها النفقة، وخيار البلوغ نحو الصغيرة أدركت، واختارت نفسها، فلها النفقة. (عيني)

(٦) أي حبس بحق.

(٧) فلها النفقة.

(٨) فلها النفقة.

(٩) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان نفقة الزوجات، شرع في بيان نفقة الأولاد. (عناية)

لا يشاركه في نفقة الزوجة؛ لقوله تعالى[١]: ﴿وعلى المولود له رزقهن﴾، والمولود له هو الأب. وإن كان الصغير رضيعا، فليس على أمه[٢] أن ترضعه؛ لما بينا[٣] إن الكفاية على الأب، وأجرة الرضاع كالنفقة[٤]، ولأنها[٥] عساها لا تقدر عليه[٦] لعذر بها، فلا معنى للجبر عليه[٧].

وقيل في تأويل قوله تعالى: ﴿لا تضار والدة بولدها﴾ بإلزامها[٨] الإرضاعَ مع كراهتها، وهذا[٩] الذى ذكرنا بيانُ الحكم، وذلك[١٠] إذا كان يُوجَدُ من تُرضعه. أما إذا كان لا توجد مَن تُرضعه، تجبر الأم على الإرضاع؛ صيانةً للصبى عن الضّياع[١١]، قال[١٢]: ويستأجر الأب من ترضعه عندها[١٣]. وأما استئجار الأب: فلأن الأجر عليه، وقوله[١٤]:

(١) قوله: "لقوله تعالى إلخ" قيل في وجه الاستدلال: إن رزق الوالدات لما وجب على الأب بسبب الولد، وجب عليه رزق الولد بالطريق الأولى، وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن عليه، كان بسبب الولد؛ لأن الحكم ترتب على مشتق، وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك، كما في السارق والزاني.

ويجوز أن يقال: استدل بالآية على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف، وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد؛ لأن كلا منهما لا يقبل الاشتراك، فكذلك النفقة الثابتة لهما. (عناية)

(٢) أي لا يجب عليها قضاء.

(٣) يعنى قوله: لا يشاركه فيه أحد. (عينى)

(٤) قوله: "كالنفقة" فكما أنه يجب عليه نفقته، إذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه إذا وجدت. (عناية)

(٥) الأم.

(٦) الإرضاع.

(٧) أي على الإرضاع.

(٨) بيان الضرر.

(٩) أي عدم الجبر.

(١٠) أي عدم وجوب الإرضاع على الأم. (عينى)

(١١) قوله: "عن الضياع" بفتح الضاد مصدر من ضاع يضيع، وأما الضياع بالكسر، فهو جمع ضيعة. (عينى)

(١٢) أي القدورى. (عينى)

(١٣) أي عند أم الصغير.

(١٤) أي قول القدورى.

عندها، معناه إذا أرادت[١] ذلك؛ لأن الحجر لها[٢].

وإن استأجرها وهى زوجته، أو معتدتُه؛ لترضع ولدها لم تجز؛ لأن الإرضاع مستحقٌ عليها ديانةً، قال الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ﴾[٣] إلا أنها عذرت؛ لاحتمال عَجزها، فإذا أقْدمتْ عليه بالأجر، ظهرت قدرتُها، فكان الفعل واجبًا عليها، فلا يجوز أخذ الأجر عليه، وهذا[٤] فى المعتدة عن طلاقٍ رجعى رواية واحدة؛ لأن النكاح قائم.

وكذا فى المبتوتة فى روايةٍ، وفى رواية أخرى جاز استئجارها؛ لأن النكاح قد زال، وجهُ الأولى[٥] أنه باقٍ فى حق بعض الأحكام[٦].

ولو استأجرها وهى[٧] منكوحتُه، أو معتدتُه لإرضاع ابنٍ له من غيرها جاز؛ لأنه[٨] غير مستحق عليها، وإن انقضت عدتها، فاستأجرها يعنى لإرضاع ولدها جاز؛ لأنَّ النكاح قد زال بالكلية، وصارت كالأجنبية.

فإن قال الأبُ: لا أستأجرها[٩]، وجاء[١٠] بغيرها[١١]، فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية، أو رضيت بغير أجر كانت[١٢] هى أحق؛ لأنها

---

(١) الأم.

(٢) أى لأن التربية لها بحق الحضانة. (عينى)

(٣) قوله: "يرضعن إلخ" الخبر بمعنى الأمر على وجه الندب، أو على وجه الوجوب إذا لم يقبل إلا ثدى أمه. (ب)

(٤) أى عدم جواز الإجارة. (عينى)

(٥) رواية أولى.

(٦) قوله: "فى حق بعض الأحكام" وهى العدة، ووجوب النفقة والسكنى، وعدم دفع زكاته إليها، وشهادته لها، فلا يجوز استئجارها، كما فى حال قيام النكاح. (عينى)

(٧) الواو حالية.

(٨) أى لأن إرضاع ابن له من غيرها.

(٩) الأم.

(١٠) الأب.

(١١) الأم.

(١٢) الأم.

أشفق[١]، فكان نظرًا للصبى فى الدفع إليها.

وإن التمست زيادة[٢] لم يجبر الزوج عليها[٣]؛ دفعًا للضرر عنه، وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿ولا تضار والدةٌ بولدها ولا مولود له بولده﴾ أى بإلزامه[٤] لها[٥] أكثر من أجرة الأجنبية.

ونفقة الصغير واجبة على أبيه، وإن خالفه[٦] فى دينه، كما تجب نفقة الزوجة على الزوج، وإن خالفتهُ فى دينه[٧]. أما الولد[٨]: فلإ طلاق ما تلونا ﴿وَعَلَى الْمَوْلُوْدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ الآية، ولأنه[٩] جزءه[١٠]، فيكون فى معنى نفسه[١١]. وأما الزوجة: فلأن السبب[١٢] هو العقد الصحيح، فإنه[١٣] بإزاء الاحتباسِ الثابِت به، وقد صَحّ العقد بين المسلم والكافرة[١٤]، وترتَّب عليه الاحتباسُ، فوجبت النفقة[١٥]، وفى جميع ما ذكرنا[١٦]، إنما تجب

(١) على الصغير.

(٢) على أجرة الأجنبية.

(٣) قوله: "لم يجبر الزوج عليها إلخ" بل يدفع الصغير إلى الظئر، ترضعه عند الأم؛ لأن الحضانة لها. (عينى)

(٤) بيان ضرر الأب.

(٥) الأم.

(٦) قوله: "وإن خالفه [الأب] فى دينه" هذا إذا أسلم الصغير العاقل، وأبوه كافر، أو ارتد -والعياذ بالله تعالى- وأبوه مسلم؛ لأن ارتداده وإسلامه صحيح عندنا. (عينى)

(٧) بأن كانت كتابية.

(٨) أى أما نفقة الولد.

(٩) الصغيرة.

(١٠) الأب.

(١١) قوله: "فيكون فى معنى نفسه" وكفره لا يؤثر فى نفقة نفسه، فكذا فى نفقة جزءه. (عناية)

(١٢) أى سبب النفقة.

(١٣) النفقة.

(١٤) الكتابية. (عناية)

(١٥) لتحقق السبب.

(١٦) قوله: "وفى جميع ما ذكرنا" أى من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته. (عناية)

النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال[١]، أما إذا كان: فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه، صغيراً كان أو كبيراً.

فصل[٢]

وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء، وإن خالفوه في دينه، أما الأبوان: فلقوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا مَعْرُوْفًا﴾ نزلت الآية في الأبوين الكافرين[٣]، وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى، ويتركهما يموتان جوعًا. وأما الأجداد والجدات: فلأنهم من الآباء والأمهات، ولهذا يقوم الجدُّ مقام الأب عند عدمه، ولأنهم سبّبوا لإحياءه[٤]، فاستوجَبوا عليه[٥] الإحياءَ بمنزلة الأبوين، وشرط[٦] الفقر؛ لأنه[٧] لو كان ذا مالٍ، فإيجابُ نفقته في ماله أولى من إيجابها في مال غيره، ولا يمنع ذلك[٨] باختلاف الدين؛ لما تلونا[٩].

(١) قوله: "إذا لم يكن للصغير مال" تنكير مال يشير إلى عمومه بوقوعه في سياق النفي، سواء كان من جنس النفقة، أو من غير جنسها، أو دوراً، أو عقاراً، أو ثياباً. قال في "الذخيرة": إذا كان للصغير عقار، أو ثياب، واحتيج إلى ذلك للنفقة، كان للأب أن يبيع ذلك كله، وينفق عليه؛ لأن الأصل أن نفقة الإنسان إلخ، واعترض عليه بأن نفقة المرأة على زوجها، وإن كان لها مال، فالأصل منقوض.
والجواب: أن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية، وقد تحقق في نفقة المرأة أمر ضروري فتغير، وذلك أن نفقة المرأة في مقابلة الاحتباس، فما دام الاحتباس قائماً، كانت النفقة واجبة تحقيقاً للمعادلة، ونفقة الولد للحاجة، ولا حاجة مع الغناء. (عناية)

(٢) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان نفقة الأولاد، شرع في بيان نفقة الآباء والأجداد والخادم. (عيني)

(٣) نزلت في سعد بن أبي وقاص.

(٤) الرجل.

(٥) أي فاستحقوا على الولد.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) الأب.

(٨) أي وجوب النفقة على الأبوين.

(٩) قوله: "لما تلونا" أراد به قوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفًا﴾. (عناية)

ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة، والأبوين، والأجداد، والجدات، والولد، وولد الولد، أما الزوجة: فلما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد؛ لاحتباسها لحقٍّ[1] له[2] مقصودٍ، وهذا لا يتعلق باتحاد الملة[3].

وأما غيرها: فلأن الجزئية ثابتة[4]، وجُزءُ المرء في معنى نفسه، فكما لا يمتنع نفقةُ نفسه بكفره، لا يمتنع نفقة جزءه إلا أنهم إذا كانوا حربيّين، لا تجب نفقتهم على المسلم، وإن[5] كانوا مستأمنين؛ لأنا نُهِينَا[6] عن البر في حق مَنْ يقاتلنا في الدين.

ولا تجب على النصراني[7] نفقة أخيه المسلم، وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصرانيّ؛ لأن النفقة متعلقة[8] بالإرث بالنص[9]، بخلاف العتق عند الملك[10]؛ لأنه متعلق بالقرابة[11] والمحرمية بالحديث، ولأن

---

(١) وهو الاستمتاع بها بالوطئ وغيره. (عيني)

(٢) أي للرجل.

(٣) بين الزوجين.

(٤) قوله: "ثابتة" أما في حق الولد: فظاهر، وفي حق غيره لشمول الولاد إياهم. (عيني)

(٥) الواو متصلة.

(٦) قوله: "لأنا نهينا إلخ" قال الله تعالى: ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون﴾. واستشكل بقوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾، فإنه بإطلاقه يوجب النفقة للوالدين، وإن كانا حربيين. وأجيب: بأن العمل بإطلاقه يفضي إلى التعارض المفضي إلى الشرك الممتنع، فحمل ذلك على أهل الذمة، وهذا على أهل الحرب. (ع)

(٧) قوله: "ولا تجب إلخ" من فروع قوله: ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة، ووقوع العتق عند التملك. (عناية)

(٨) يعني في غير قرابة الولاد. (عناية)

(٩) قوله: "بالنص" وهو قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾، ولا إرث بين المسلم والذمي، فلا يجب نفقة أحدهما على الآخر. (عيني)

(١٠) قوله: "بخلاف العتق عند الملك" أي بخلاف ما إذا ملك أحدهما الآخر حيث يعتق عليه؛ لأن العتق مرتب على ملك القريب المحرم، وقد وجد، فيعتق، قال عليه السلام: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه». (عيني)

(١١) وقد وجدنا.

القرابة موجِبة للصِّلة(١)، ومع الاتفاق في الدين آكد(٢)، ودوامُ ملك اليمين أعلى في القطيعة(٣) من حرمان النفقة، فاعتبرنا في الأعلى(٤) أصل العلة، وفي الأدنى العلة المؤكدة، فلهذا افترقا. ولا يشارك الولدَ في نفقة أبويه أحدٌ(٥)؛ لأن لهما تأويلا في مال الولد بالنص(٦)، ولا تأويلَ لهما في مال غيره(٧)، ولأنه(٨) أقرب الناس إليهما، فكان أولى(٩) باستحقاق نفقتهما عليه، وهي(١٠) على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية(١١)، وهو الصحيح؛ لأن المعنى يشملهما(١٢). والنفقة(١٣) لكل ذي رحمٍ محرمٍ(١٤)

---

(١) لذوي رحم. (عيني)

(٢) من إيجاب الصلة مع الاختلاف في الدين. (عيني)

(٣) قوله: "أعلى في القطيعة إلخ" حاصل معناه إن قطع ذات الرحم في بقاء ملك اليمين أعلى وأكثر من قطع الرحم الحاصل من حرمان النفقة. (عيني)

(٤) قوله: "فاعتبرنا في الأعلى" وهو ملك اليمين أصل العلة، وهو نفس ملك القريب؛ لقوة معنى قطع الرحم، حتى عتق القريب المملوك، سواء وجد الاتحاد في الملة، أو لم يوجد، وفي الأدنى أي اعتبرنا في الأدنى، وهو النفقة العلة بالمؤكدة، وهي القرابة مع الاتحاد في الملة، فلهذا أي فلأجل كون حرمان النفقة أضعف من قطع الرحم افترقا أي العتق ووجوب النفقة. (عيني)

(٥) قوله: "أحد" من الإخوة والأخوات والأعمام وغيرهم. (عناية)

(٦) قوله: "بالنص" وهو قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنت ومالك لأبيك»، فكانا غنيين بماله، والغني لا تجب نفقته على غيره. (عناية)

(٧) الولد.

(٨) الولد.

(٩) قوله: "فكان [الولد] أولى إلخ" لأنها صلة وجبت بالقرابة، فمن كان أقرب، فهو أولى بالاستحقاق. (عناية)

(١٠) أي نفقة الأبوين.

(١١) قوله: "في ظاهر الرواية" احتراز عما ذكره شمس الأئمة السرخسي في "شرح الكافي" عن الحسن عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث للذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث، وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام. (عناية)

(١٢) قوله: "لأن المعنى يشملهما" وبيانه: أن استحقاق الأبوين إنما هو باعتبار التأويل، وحق الملك لهما في مال الولد؛ لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنت ومالك لأبيك»، وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث، فيكونان سواء، ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة، وإن انعدم التوارث. (عناية)

(١٣) مبتدأ وخبره محذوف أي ثابتة.

إذا كان صغيرًا فقيرًا[١]، أو كانت امرأة بالغة فقيرة، أو كان ذكرًا بالغًا فقيرًا زمِنًا، أو أعمى؛ لأن الصِّلة فى القرابة القريبة واجبة دون البعيدة، والفاصل[٢] أن يكون ذا رحم محرم، وقد قال الله تعالى[٣]: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾[٤]. وفى قراءة عبد الله بن مسعود[٥]: "وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك".

ثم لا بد من الحاجة[٦] والصغرُ والأنوثةُ والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز، فإن القادر على الكسب غنىّ بكسبه، بخلاف الأبوين[٧]؛ لأنه يلحقهما تعب الكسب، والولدُ مأمورٌ بدفع الضرر عنهما، فتجبُ نفقتهما مع قدرتهما على الكسب.

قال[٨]: ويجب ذلك[٩] على مقدار الميراث، ويُجبر عليه[١٠]؛ لأن

---

(١٤) قوله: "لكل ذى رحم محرم [هو من لا يحل نكاحه على التأبيد. عناية] إلخ" ولو كان رحمًا غير محرم نحو ابن العم، أو محرما غير ذى رحم نحو الأخ من الرضاع، أو الأخت من الرضاع، أو رحمًا محرمًا، لا من قرابة نحو ابن عم هو الأخ من الرضاع لا تجب النفقة. (عينى)

(١) قوله: "إذا كان صغيرا فقيرا" قيد الصغر بالفقر؛ لأن الصغير الفقير عاجز عن الكسب، والغنى يجب نفقته فى ماله. (عينى)

(٢) بين القريبة والبعيدة.

(٣) دليل على أن الفاصل أن يكون ذا رحم محرم.

(٤) قوله: "وعلى الوارث مثل ذلك" فإن ذلك للإشارة إلى البعيد، فيكون إشارة إلى أول الآية، وهو قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾، فيدل على أن على الوارث النفقة، وتقييده بذى الرحم المحرم؛ بقراءة ابن مسعود رضى الله عنه. (عناية)

(٥) قوله: "وفى قراءة إلخ" ولا شك أن قراءته كانت مسموعة من النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وقراءته مشهورة، فصارت بمنزلة خبر مشهور على ما عرف، فجاز تقييد إطلاق الكتاب بها. (عينى)

(٦) فى وجوب النفقة.

(٧) قوله: "بخلاف الأبوين إلخ" أى فإن قيل: ما بال الأبوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب، أجاب بقوله: بخلاف إلخ. (عناية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) النفقة.

التنصيص[١] على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار، ولأن الغرم[٢] بالغُنم والجبر[٣]؛ لإيفاء حقٍّ مستحقّ.

قال[٤]: وتجب نفقة الابنة البالغة، والابن[٥] الزمن على أبويه أثلاثًا على الأب الثلثان، وعلى الأمّ الثلث؛ لأن الميراث لهما[٦] على هذا المقدار. قال العبد الضعيف: هذا الذى ذكره[٧] رواية الخصّاف[٨] والحسن، وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الأب؛ لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له[٩] رزقهن وكسوتُهن﴾، وصار[١٠] كالولد الصغير[١١].

ووجه الفرق[١٢] على الرواية الأولى[١٣]: أنه اجتمعت للأب فى

---

(١٠) الإنفاق.

(١) قوله: "لأن التنصيص إلخ" يعنى أن الله تعالى نص على الوارث بقوله: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ تنبيهًا على اعتبار القدر؛ لأنه رتب الحكم على المشتق، فيكون المشتق منه هو العلة، فيثبت الحكم بقدر علته، ولهذا لو أوصى لورثة فلان، وله بنون وبنات، كانت الوصية لهم على قدر الميراث، وعلى هذا إذا كان الرجل زمنًا معسرًا، وله ابن صغير معسر، أو كبير زمن، وللرجل ثلاث إخوة متفرقون موسرون، فنفقة الرجل على أخيه لأب وأم، وعلى أخيه لأم أسداسا، بحسب ميراثهما. وأما نفقة الولد: فعلى الأخ لأب وأم خاصة؛ لأن ميراث الولد له عند عدم الأب خاصة، فإنه عم لأب وأم، فلا يرث معه العم لأب، ولا العم لأم. (عناية)

(٢) قوله: "ولأن الغرم" بالضم أى الغرم الذى هو الإنفاق فى مقابلة الغنم الذى هو الميراث. (عينى)

(٣) على الإنفاق.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) الكبير.

(٦) الأبوين.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) عن أبى يوسف عن أبى حنيفة. (عينى)

(٩) قوله: "وعلى المولود إلخ" أضاف الولد إليه بحرف اللام، فدل على اختصاصه بهذه النسبة، والنفقة تبتنى على هذه النسبة. (عينى)

(١٠) أى الابن الكبير الزمن.

(١١) فإن نفقته على الأب.

(١٢) قوله: "ووجه الفرق [بين الولد الصغير والكبير. عينى]" أى بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملتهما على الأب خاصة، وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجبت ثلثاه على الأب، وا لثلث على الأم، كما

الصغير ولايةٌ ومؤنة، حتى وجبت عليه[1] صدقة فطره[2]، فاختص بنفقته[3]، ولا كذلك الكبير؛ لانعدام الولاية[4] فيه، فتشاركه[5] الأم، وفي غير الوالد يُعتبر[6] قدر الميراث حتى تكون نفقةُ الصغير على الأم والجد أثلاثًا[7]، ونفقةُ الأخ المعسر على الأخوات المتفرقات الموسِرات أخماسًا[8] على قدر الميراث غير أن المعتبر[9] أهلية الإرث[10] في الجملة، لا إحرازه، فإن المعسر إذا كانه له[11] خال، وابن عم[12] تكون نفقتُه على خاله[13]، وميراثه[14] يُحرزه ابن عمه. ولا تجب نفقتهم[15] مع اختلاف

في الإرث. (عناية)

(١٣) أي رواية الخصاف.

(١) أي على الأب.

(٢) الابن الصغير.

(٣) قوله: "فاختص [الأب] بنفقته" [الابن الصغير] فإنه كان الصغير بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه، فكذا في النفقة على الصغير. وأما الكبيرة: فليس للأب عليه ولاية لبلوغه، فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه، وميراثه يكون بينهما أثلاثًا، فكذلك نفقته. (عناية)

(٤) أي لا ولاية للأب عليه.

(٥) الأب.

(٦) رواية واحدة. (عيني)

(٧) على الأم الثلث، وعلى الجد الثلثان. (عيني)

(٨) قوله: "أخماسا" يعني ثلاثة الأخماس من الميراث يكون للأخت لأب وأم، والخمس للأخت لأب، والخمس للأخت لأم بالفرض والرد، فكذلك النفقة على هذا التفصيل. (عناية)

(٩) قوله: "غير أن المعتبر إلخ" استثناء من قوله: وفي غير الولد معتبر على قدر الميراث. (عناية)

(١٠) قوله: "أهلية الإرث" قال الأكمل: والمراد بأهلية الإرث أن لا يكون محرومًا، وقال الكاكي: وقيد الإرث بقوله: إن المعتبر أهلية الإرث؛ لأنه لو لم يكن أهلا للإرث بأن كان مخالفًا لدينه، لا تجب النفقة. (عناية)

(١١) الموسر. (ع)

(١٢) الموسر.

(١٣) لأن الخال ذو رحم محرم دون ابن العم.

(١٤) بأن يكون أهلا للإرث لا محرزا.

(١٥) أي نفقة ذوي الرحم المحارم.

الدين؛ لبطلان أهلية الإرث، ولا بد من اعتباره[١]، ولا تجب[٢] على الفقير؛ لأنها تجب[٣] صلة، وهو[٤] يستحقها على غيره، فكيف تستحق[٥] عليه، بخلاف نفقة الزوجة[٦]، وولده الصغير؛ لأنه التزمها[٧] بالإقدام على العقد[٨]؛ إذ المصالح[٩] لا تنتظم دونها[١٠]، ولا يعمل في مثلها الإعسار[١١]، ثم اليسار[١٢] مقدرٌ بالنصاب فيما روي عن أبي يوسف. وعن محمد: أنه قدّره بما يفضل عن نفقة نفسه[١٣]، وعياله شهراً، أوبما يفضل[١٤] عن ذلك[١٥] من كسبه الدائم كلّ يوم؛ لأن المعتبر في حقوق العباد، إنما هو القدرة[١٦] دون النصابِ، فإنه للتيسير، والفتوى على الأول[١٧]، لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة[١٨].

---

(١) الإرث.
(٢) النفقة.
(٣) النفقة.
(٤) الفقير.
(٥) النفقة.
(٦) فإنها تجب على الفقير أيضًا.
(٧) النفقة.
(٨) النكاح.
(٩)قوله: "إذ المصالح" أي المقاصد من النكاح، وهي التوالد والتناسل والعشرة، وغيرذلك.(ب)
(١٠) النفقة.
(١١) قوله: "ولا يعمل في مثلها إلخ" وأما نفقة ولده الصغير: فلأنها جارية مجرى نفقة الزوجة بدلالة قوله عليه السلام: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف». (عناية)
(١٢) أي المراد باليسار في هذا الباب. (عيني)
(١٣) قوله: "بما يفضل [هذا إذا كانت نفقته من مستغلاته. عناية] إلخ" يعني إذا كان له فضل على نفقة شهر له ولعياله، فإنه يجب عليه نفقة ذوي الرحم المحارم، وإلا فلا. (عيني)
(١٤) هذا إذا كان معتملا من كسب يده. (عناية)
(١٥) أي عن نفقته ونفقة عياله. (عيني)
(١٦) على الشيء.
(١٧) قوله: "والفتوى على الأول" يعني أن اليسار مقدر بالنصاب. (ع)

وإذا كان للابن الغائب مال، قُضي فيه بنفقة أبويه، وقد بينا الوجهَ فيه[١]، وإذا باع أبوه متاعه[٢] في نفقته جاز عند أبي حنيفة، وهذا استحسان. وإن باعَ العَقارَ لم يجز، وفي قولهما: لا يجوز في ذلك كله، وهو القياس؛ لأنه لا ولاية له[٣]؛ لانقطاعها بالبلوغ[٤]، ولهذا[٥] لا يملك[٦] حال حضرته[٧]، ولا يملك[٨] البيع في دينٍ له[٩] سوى النفقة، وكذا لا تملك الأمُّ في النفقة[١٠].

ولأبي حنيفة: أن للأب ولايةَ الحفظ في مال الغائب، ألا ترى أن للوصيّ ذلك، فالأب أولى لوفور شفقته، وبيعُ المنقول من باب الحفظ[١١]، ولا كذلك العَقار؛ لأنها محصنة بنفسها[١٢].

---

(١٨) قوله: "نصاب حرمان الصدقة" من أي مال كان، وهو أن يملك ما فضل عن حاجته الأصلية ما يبلغ مائتي درهم من أي مال كان، وهو الصحيح. (عيني)

(١) قوله: "وقد بينا الوجه فيه" يريد به ما تقدم من قوله: ولا يقضى بنفقة في مال الغائب إلا لهؤلاء إلى قوله: ولهذا كان لهم أن يأخذوا، وكان قضاء القاضي إعانة لهم. (عناية)

(٢) أي متاع الابن الغائب. (عيني)

(٣) الأب.

(٤) أي ببلوغ الابن.

(٥) أي لأجل انقطاع ولايته بعد البلوغ.

(٦) الأب البيع.

(٧) ابن بالغ.

(٨) الأب.

(٩) أي للأب على الابن.

(١٠) قوله: "وكذا لا تملك [بيع متاعه] إلخ" مخالف لما ذكر في الأقضية، وما ذكره القدوري من جواز البيع للأبوين، فلعل في المسألة روايتين.

(١١) قوله: "من باب الحفظ" [فإن العين يخشى عليه الهلاك. عيني] "اعترض عليه بأنه كذلك لكن الغرض أنه يبيعه لمنفعته، وإنما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ. وأجيب بأنه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة، فبقصده الإنفاق لا يتغير تلك الحقيقة؛ إذ لا تأثير للعزيمة في تغيير الحقيقة، لا يقال: عارض جهة الحفظ جهة الإتلاف بالاتفاق؛ لأنا نقول: الإتلاف بعد وجوب النفقة، وفي الحال لم تجب، فلا تعارض. (عناية)

(١٢) فلا حاجة إلى بيعها للحفظ.

وبخلاف غير الأب[١] من الأقارب؛ لأنه لا ولاية لهم أصلا فى التصرف حالة الصغر، ولا فى الحفظ بعد الكبز، وإذا جاز بيعُ الأب[٢]، والثمَن من جنس حقه، وهو[٣] النفقة، فله الاستيفاء منه، كما لو باع العَقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية، ثم له أن يأخذ منه بنفقته؛ لأنه من جنس حقّه. وإن كان للابن الغائب مال فى يد أبويه، وأنفقا منه لم يضمنا؛ لأنهما استوفيا حقّهما؛ لأن نفقتهَما واجبة قبل القضاء على ما مر[٤]، وقد أخذا[٥] جنس الحقّ.

وإن كان له[٦] مال فى يد أجنبى، فأنفق عليهما[٧] بغير إذن القاضى ضمن؛ لأنه تصرف[٨] فى مال الغير بغير ولاية؛ لأنه نائب فى الحفظ لا غير، بخلاف ما إذا أمره القاضى[٩]؛ لأن أمرَه ملزِم لعموم ولايته، وإذا ضمن لا يرجع على القابض[١٠]؛ لأنه مَلَكه[١١] بالضَّمان، فظهر أنه كان متبرعًا به[١٢].

(١) فإنه ليس لهم البيع.

(٢) متاع الابن.

(٣) الحق.

(٤) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما قال: ولهذا كان لهم أن يأخذوا، فكان قضاء القاضى إعانة لهم. (عناية)

(٥) الأبوان.

(٦) أى للابن الغائب.

(٧) الأبوين.

(٨) فيضمن.

(٩) بالإنفاق على الأبوين.

(١٠) أى الأب والأم.

(١١) أى المدفوع.

(١٢) بمال نفسه. (عناية)

وإذا قضى القاضى للولد والوالدين وذوى الأرحام بالنفقة، فمضت مدة سقطت[١]؛ لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار[٢]، وقد حصلت بمضى المدة، بخلاف نفقة الزوجة[٣] إذا قضى بها القاضى؛ لأنها تَجب[٤] مع يسارها[٥]، فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى.

قال[٦]: إلا أن يأذن القاضى[٧] بالاستدانة عليه؛ لأن القاضى له ولايةٌ عامةٌ، فصارإذنه كأمر الغائب، فيصيردينًا فى ذمّته، فلايسقط بمضى المدة.

فصل[٨]

وعلى المولى أن يُنفق على أمته وعبدِه؛ لقوله عليه السلام فى المماليك[٩]: «إنهم إخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم أطعموهم مّما تأكلون[١٠] وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذّبوا[١١] عباد الله»*.

(١) النفقة.

(٢) أى مع يسار هؤلاء.

(٣) يعنى أنها لا تسقط بمضى المدة.

(٤) قوله: "لأنها [نفقة الزوجة] تجب إلخ" أى لأنها تجب فى مقابلة الاحتباس، لا بطريق الاحتباس، ولهذا تجب مع يسار. (عناية)

(٥) الزوجة.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "إلا أن يأذن إلخ" استثناء من قوله: فمضت مدة سقطت، ومعناه إذا أذن القاضى بالاستدانة عليه، لا تسقط نفقتهم أيضًا كنفقة الزوجات، وإن مضت مدة؛ لأن القاضى له ولاية عامة، فصار إذنه بالاستدانة عليه كأمر الغائب بها، ولو أمر الغائب بالاستدانة، صار دينًا فى ذمته لا يسقط بمضى المدة، فكذا إذا أذن القاضى بذلك. (ع)

(٨) قوله: "فصل إلخ" جمع فى هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات، وأخره عن الجميع. (عينى)

(٩) هذا الحديث أخرجه البخارى عن أبى ذر الغفارى. (عينى)

(١٠) قوله: "أطعموهم مما تأكلون إلخ" محمول على الاستحباب، فإن المستحب أن يطعمه مما يأكل، ويلبسه مما يلبس، وقيل: إن هذا خرج مخرج الغالب، فإن أطعمتهم متساوية، وكذا كسوتهم. (عينى)

(١١) هذه الجملة فى رواية أبى داود. (عينى)

فإن امتنع[١]، وكان لهما[٢] كسبٌ اكتسبا وأنفقا؛ لأن فيه نظرًا للجانبين، حتى يبقى المملوك حيًّا، ويبقى فيه ملك المالك، وإن لم يكن لهما كسب بأن كان عبدًا زمنًا، أو جاريةً لا يؤاجَرُ مثلها أجبر المولى على بيعهما؛ لأنهما من أهل الاستحقاق، وفي البيع إيفاءُ حقِّهما، وإبقاءُ حقِّ المولى بالخلف[٣]، بخلاف نفقة الزوجة[٤]؛ لأنها تصير دينًا، فكان تأخيرًا على ما ذكرنا[٥]، ونفقة المملوك لا تصير دينًا، فكان إبطالا.

وبخلاف سائر الحيوانات[٦]؛ لأنها ليست من أهل الاستحقاق[٧]، فلا يُجبر[٨] على نفقتها إلا أنه يؤمر به[٩] فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه عليه السّلام نهى عن تعذيب الحيوان[١٠]*، وفيه ذلك، ونهى عن

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٦١١ ص٨٤. (نعيم)

(١) عن الإنفاق.

(٢) أي للأمة والغلام.

(٣) وهو الثمن. (عيني)

(٤) قوله: "بخلاف نفقة إلخ" فرق بين نفقة الزوجة والمملوك، في أن المولى إذا امتنع عن الإنفاق، وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك، والزوج إذا عجز عن الإنفاق على الزوجة لايجبر على الطلاق بأن في الإجبار على البيع زوال ملك المولى إلى خلف، وهو الثمن، وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا إلى خلف؛ لأن نفقة المملوك لا تصير دينًا على المولى بحال من الأحوال.

وأما في النكاح: ففي الإجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف، وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال إلى خلف؛ لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينًا على الزوج، فكان تأخيرًا. (ع)

(٥) قوله: "على ما ذكرنا" إشارة إلى قوله: بخلاف نفقة الأزواج إذا قضى به القاضي؛ لأنها تجب مع يسارها، فلا تسقط، فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد، فكان بالدفع أولى. (عناية)

(٦) حيث لا يجبر على الإنفاق عليها. (عيني)

(٧) قوله: "لأنها ليست إلخ" إذ لا بد من القضاء، ومن المقضي عليه، والعبد يصلح، والحيوانات لا تصلح. (عيني)

(٨) المالك.

(٩) أي بالإنفاق على الحيوانات.

(١٠) قوله: "نهى عن تعذيب الحيوان" وقد تقدم عن قريب ما رواه أبو داود: «ولا تعذبوا خلق الله»، وفيه ذلك، أي في الامتناع عن إنفاق الحيوانات تعذيب الحيوانات، ونهى عن إضاعة المال، وهو ما رواه البخاري عن المغيرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إن الله حرم عليكم إضاعة المال»، وفيه إضاعته، أي

إضاعة المال*، وفيه إضاعته، وعن أبي يوسف[٢] أنه[٣] يجبر، والأصح ما قلنا[٤]، والله أعلم.

كتاب العتَاق[٥]

الإعتاق تصرّف مندوب إليه[٦]، قال عليه السلام[٧]: «أيما مسلم أعتق مؤمنًا أعتق الله بكل عضوٍ منه عضوًا منه من النار»**، ولهذا استحبُّوا أن يُعتق الرجل العبدَ، والمرأةُ الأمةَ؛ ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء. قال[٨]: العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط[٩] الحُرية؛ لأن العتق[١٠] لا يصح إلا في الملك، ولا ملك

في ترك الإنفاق على الحيوانات إضاعته. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٦١٢ ص٨٤. (نعيم)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٦١٣ ص٨٤. (نعيم)

(٢) وقاسه على الرقيق.

(٣) مالك.

(٤) قوله: "والأصح ما قلنا" يعني من عدم الجبر؛ لأن إجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء، والقضاء لابد له من مقضى له، وهو من أهل الاستحقاق، وهذا يوجد في الرقيق؛ لكونه من أهل أن يستحق حقًا على المولى، وعلى غيره في الجملة، ألا يرى أنه بالكتابة يستحق حقوقًا على المولى، وإن كان مملوكًا، فأما غير الرقيق، فلايستحق على المولى حقًا، فلا يصح أن يكون مقضيًا له، فانعدم شرط القضاء، فينعدم القضاء.(ع)

(٥) قوله: "كتاب العتاق" ذكر العتاق بعد الطلاق؛ لمناسبته له في أنه إسقاط بني على السراية واللزوم كالطلاق. وتفسيره في اللغة: القوة، يقال: عتق الفرخ إذا قوي، وطار عن ذكره، وفي الشريعة: قوة حكمية يصير المرء بها أهلا للشهادة، والولاية، والقضاء. (ع)

(٦) قوله: "مندوب إليه" يقال: ندبه الأمر، فانتدب له أي دعا له فأجاب. (عيني)

(٧) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم. (عيني)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٧، والدراية ج٢، الحديث ٦١٤ ص٨٥. (نعيم)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) أي الإعتاق. (عناية)

للمملوك، والبلوغ؛ لأن الصبى ليس من أهله؛ لكونه ضررًا ظاهرًا، ولهذا لا يملكه الولى عليه(١)، والعقل؛ لأن المجنون ليس بأهل للتصرف(٢)، ولهذا(٣) لو قال البالغ: أعتقتُ وأنا صبى، فالقول قوله(٤)، وكذا(٥) لوقال المعتق: أعتقتُ وأنا مجنون، وجنونُه كان ظاهرًا(٦)؛ لوجود الإسناد(٧) إلى حالة منافية(٨)، وكذا لو قال الصبى: كلّ مملوكٍ أملكه فهو حر إذا احتلمتُ، لا يصح؛ لأنه ليس بأهلٍ لقولٍ ملزمٍ(٩)، ولا أن يكون العبد فى ملكه، حتى لو أعتق عبدَ غيره لا ينفذ(١٠) عتقُه؛ لقوله عليه السّلام(١١): «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم»*. وإذا قال لعبدِه أو أمتِه: أنت حر، أو معتَق، أو عتيق، أو محرّر، أو قد حررتُك، أو قد أعتقتك، فقد عتق، نوى العتق، أو لم ينوِ؛

(١) الصبى.

(٢) والإعتاق تصرف.

(٣) أى لكون البلوغ والعقل شرطًا. (عناية)

(٤) قوله: "فالقول قوله" لأنه لما أسند إلى حالة منافية للإعتاق، كان إنكارا منه للإعتاق، والقول قول المنكر. (عناية)

(٥) أى يكون القول قوله.

(٦) قوله: "وجنونه [الواو حالية] كان ظاهرًا" قيد به؛ لأن جنونه لو لم يكن ظاهرًا لا يسمع كلامه.(ب)

(٧) دليل للمسألتين.

(٨) للإعتاق.

(٩) قوله: "لأنه ليس بأهل إلخ" لأن الصبى يوجب الحجر عن الأقوال. (عناية)

(١٠) قوله: "لا ينفذ" إنما قال: لا ينفذ، ولم يقل: لا يصح، ولا يجوز؛ لأن إعتاق ملك الغير صحيح، وينفذ بإجازة المالك، ولا ينفذ بغير إجازته. (عينى)

(١١) أخرجه أبو داود. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٨، والدراية ج٢، الحديث ٦١٥ ص٨٥. (نعيم)

لأن هذه الألفاظ صريحة فيه(١)؛ لأنها مستعملة فيه شرعًا وعرفًا، فأغنى ذلك عن النيةِ، والوضع(٢) وإن(٣) كان في الإخبار(٤)، فقد جعل إنشاءً في التصرفات الشرعية للحاجة، كما في الطلاق(٥) والبيع وغيرهما.

ولو قال: عنيت به(٦) الإخبار الباطل، أو أنه حرّ من العمل(٧) صدّق ديانةً؛ لأنه يحتمله(٨)، ولا يدين(٩) قضاءً؛ لأنه خلاف الظاهر.

ولو قال له: يا حرّ، يا عتيق، يعتق؛ لأنه نداء بما هو صريح في العتق، وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور(١٠)، هذا هو حقيقتُه(١١)، فيقتضي تحقق الوصف(١٢)، وأنه(١٣) يثبت من جهته، فيقتضي ثبوته تصديقًا له(١٤) فيما أخبر، وسنقرره من بعد(١٥)، إن شاء الله تعالى.

---

(١) أي في الإعتاق.

(٢) أي وضع هذه الألفاظ.

(٣) الواو وصلية.

(٤) في الأصل.

(٥) قوله: "كما في الطلاق" فإن قوله: أنت طالق إخبار في الأصل، ولكنه جعل إنشاء لحاجة الناس إليه والبيع، فإن قول البائع: بعت، وقول المشتري: اشتريت إخبار في الأصل، ولكنه جعل إنشاء وغيرهما مثل الإجارة ونحوهما. (عيني)

(٦) أي بلفظ من الألفاظ المذكورة.

(٧) أي لا أستعمله في عمل. (عيني)

(٨) قوله: "لأنه يحتمله" أي يحتمل ما قصده باعتبار وضعه الأصلي. (عيني)

(٩) أي لا يصدق. (عيني)

(١٠) أي الحرية مثلا.

(١١) للنادي.

(١٢) كالحرية.

(١٣) أي أن الوصف، وهو الحرية.

(١٤) أي للمولى.

إلا إذا سماه حراً[(١)]، ثم ناداه يا حر؛ لأن مراده الإعلامُ باسم عَلَمه، وهو ما لَقَّبه به، ولو ناداه بالفارسية يا آزاد، وقد[(٢)] لقّبه بالحرّ، قالوا: يعتق، وكذا عكسه[(٣)]؛ لأنه ليس بنداءٍ باسم عَلَمه، فيعتبر إخباراً عن الوصف[(٤)]. وكذا[(٥)] لو قال: رأسك حرّ، أو وجهك، أو رقبتك، أو بدنك، أو قال لأمته: فرجكِ حرّ؛ لأن هذه الألفاظ[(٦)] يعبر بها عن جميع البدن، وقد مرَّ في الطلاق[(٧)]. وإن أضافه[(٨)] إلى جزء شائع يقع في ذلك الجزء[(٩)]، وسيأتيك الاختلاف[(١٠)] فيه، إن شاء الله تعالى.

وإن أضافه[(١١)] إلى جزء معين، لا يُعَبَّر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا، خلافًا للشافعي، والكلام فيه كالكلام في الطلاق، وقد بيناه[(١٢)]. ولو قال: لا ملك لي عليك، ونوى به الحرية، عتق، وإن لم

(١٥) أي في مسألة: يا ابني يا أخي. (عيني)

(١) قوله: "إلا إذا سماه حراً [ثم ناداه يا حر! فلا يعتق]" استثناء من قوله: ولو قال له: يا حر إلخ. (عناية)

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "وكذا عكسه" يعني بأن ناداه بقوله: يا حر! وقد لقبه آزاد. (عناية)

(٤) قوله: "فيعتبر إلخ" قيل: فيه نظر؛ لأنه إذا لم يكن "حر" علمًا له كان قوله: يا حر! إنشاء للحرية، لا إخباراً عن الوصف. وأجيب بأنه إذا لم يكن علمًا كان المنادى في الحقيقة ذاتًا موصوفة بصفة الحرية، والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف، فكان النداء إخباراً بأن المنادى الموصوف بهذه الصفة. (عناية)

(٥) أي يعتق.

(٦) أي الرأس وأمثاله.

(٧) أي في كتاب الطلاق. (عيني)

(٨) الإعتاق.

(٩) قوله: "يقع في ذلك الجزء" أي يقع العتاق في ذلك الجزءالشائع، ثم يسرى إلى الجميع كمن أعتق جاريته.(ب)

(١٠) قوله: "وسيأتيك الاختلاف" يريد به الاختلاف في تجزئ الإعتاق عند أبي حنيفة وصاحبيه. (عناية)

(١١) الإعتاق.

(١٢) أي في باب إيقاع الطلاق. (عيني)

ينو لم يعتق ؛ لأنه يحتمل أنه[(١)] أراد لا ملك لى عليك لأنى بعتك، ويحتمل لأنى أعتقتك، فلا يتعين أحدهما[(٢)] مراداً إلا بالنية.

قال[(٣)]: وكذا كنايات العتق[(٤)]، وذلك مثل قوله: خرجت من ملكى، ولا سبيلَ لى عليك، ولا رقّ لى عليك، وقد خلّيت سبيلك؛ لأنه يحتمل نفى السبيل، والخروج عن الملك، وتخلية السبيل بالبيع، أو الكتابة، كما يحتمل بالعتق[(٥)]، فلا بد من النية، وكذا[(٦)] قوله لأمته: قد أطلقتكِ؛ لأنه بمنزلة قوله[(٧)]: خليت سبيلك، وهو المرويّ عن أبى يوسف؛ بخلاف قوله[(٨)]: طلقتكِ على ما نبين من بعد[(٩)]، إن شاء الله تعالى. ولو قال: لا سلطان لى عليك، ونوى العتق لم يعتق؛ لأن السلطان عبارة[(١٠)] عن اليد[(١١)]، وسمى السلطان به[(١٢)] لقيام يده[(١٣)]، وقد يبقى الملك

---

(١) القائل.

(٢) البيع والإعتاق.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "وكذا كنايات العتق" أى وكذا يقع بها العتق إذا وجدت النية، وإلا فلا. (عينى)

(٥) وبالبيع.

(٦) يعنى إن نوى العتق يقع.

(٧) قوله: "لأنه بمنزلة قوله: خليت سبيلك" لمناسبة الإرسال تخلية السبيل، بخلاف قوله: طلقتك، فإنها لا تعتق وإن نوى؛ لأنه صار صريحا فى الطلاق عن النكاح، فلا يثبت به العتق على ما سيأتى بيانه. (عناية)

(٨) لأمته.

(٩) عند بيان قوله لأمته: أنت طالق.

(١٠) قوله: "عبارة عن اليد" فيه تسامح، بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة، كذا قاله الكاكى، وقال الأكمل: يقال لفلان: سلطنته يراد به القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء. (عينى)

(١١) قوله: "عن اليد" فكأنه قال: لا يدلى عليك، ولو قال ذلك، ونوى به العتق لم يعتق؛ لجواز أن تزول اليد، ويبقى الملك. (ع)

دون اليد، كما فى المكاتب[١]، بخلاف قوله[٢]: لا سبيل لى عليك؛ لأن نفيه[٣] مطلقًا بانتفاء الملك؛ لأن للمولى على المكاتَب سبيلا[٤]، فلهذا[٥] يحتمل العتق. ولو قال[٦]: هذا ابنى، وثبت على ذلك عتق، ومعنى المسألة إذا كان[٧] يولد مثله لمثله[٨]، وإذا كان لا يولد مثله لمثله، ذكره[٩] بعد هذا، ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف، يثبت نسبه منه[١٠]؛ لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة، والعبد محتاج إلى النسب[١١]، فيثبت نسبه منه، وإذا ثبت[١٢] عتق؛ لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق، وإن كان له[١٣]

(١٢) أى بلفظ السلطان.

(١٣) بتصرفه كيف يشاء.

(١) قوله: "كما فى المكاتب" فإن المولى لا يدله على المكاتب، وملكه فيه باقٍ. (عينى)

(٢) فإنه يعتق إن نوى.

(٣) السبيل.

(٤) قوله: "سبيلا" يعنى من حيث المطالبة ببدل الكتابة، حتى إذا انتفى عنه ذلك بالبراءة عنه يعتق. (ع)

(٥) قوله: "فلهذا" أى فلأجل أن نفى السبيل مطلقًا بانتفاء الملك يحتمل قوله: لا سبيل لى عليك ق. (عينى)

(٦) قوله: "ولو قال [هذه المسألة من القدورى] إلخ" من قال لعبده الذى يولد مثله لمثله، وليس له نسب معروف: هذا ابنى، وثبت على ذلك يثبت النسب، فيعتق عليه، ومعنى قوله: ثبت على ذلك، لم يدع الكرامة والشفقة، كذا فى "شرح القدورى" لأبى الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق، وقيل: الثبات شرط النسب؛ لكون الرجوع عنه صحيحًا دون العتق، وقيل: هو شرط اتفاقى. (عناية)

(٧) العبد.

(٨) القائل.

(٩) القدورى. (عينى)

(١٠) القائل.

(١١) لأنه ليس له نسب معروف. (عناية)

(١٢) النسب.

(١٣) أى للعبد.

نسب معروف، لا يثبت نسبُه منه للتعذر[١]، ويعتق إعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر إعماله بحقيقته، ووجه المجاز نذكره[٢] من بعد، إن شاء الله تعالى.

ولو قال: هذا مولاى، أو يا مولاى عتق، أما الأول: فلأن اسم المولى، وإن كان ينتظم الناصِر[٣]، وابن العم، والموالاة فى الدين[٤] والأعلى[٥] والأسفل[٦] فى العتاقة إلا أنه تعين الأسفل، فصار كاسم خاص له، وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة، وللعبد نسب معروف، فانتفى الأول[٧]، والثانى[٨] والثالث[٩] نوع مجاز[١٠].

والكلام لحقيقته، والإضافةُ إلى العبد تنافى كونه[١١] مُعتِقًا، فتعين

---

(١) لأنه ثابت النسب عن الغير. (عينى)

(٢) قوله: "نذكره" يعنى عند بيان الدليل لأبى حنيفة فى قوله: وإن قال لغلام: لا يولد مثله لمثله هذا ابنى عتق عند أبى حنيفة. (عينى)

(٣) قوله: "وإن [الواو متصلة] كان ينتظم إلخ" أشار بهذا إلى أن لفظ المولى مشترك يجيء بمعنى الناصر، قال الله تعالى: ﴿وإن الكافرين لا مولى لهم﴾ أى لا ناصر لهم، وابن العم قال الله تعالى: ﴿وإنى خفت الموالى من وراءى﴾ أى ابن عمى بعد موتى، كذا قال أهل التفسير. (عينى)

(٤) قوله: "والموالاة فى الدين" يقال له: مولى الموالاة، وصورة الموالاة حر عاقل بالغ مسلم غير معتق لأحد، ولم يعقل عنه، يقول لآخر: أنت مولاى، ترث عنى إذا مت، وتعقل إذا جنيت، ويقول الآخر: قبلت، فيكون القائل مولى له، ويرث منه إذا مات، ويعقل عنه إذا جنى. (عينى)

(٥) المعتق بكسر التاء.

(٦) المعتق بفتح التاء.

(٧) أى كون المولى بمعنى الناصر.

(٨) أى كونه بمعنى ابن العم.

(٩) أى كونه بمعنى المولى فى الدين.

(١٠) قوله: "نوع مجاز" لأن المولى مشتق من الولى، وهو القريب، ولا قرب بين المشرقى والمغربى من حيث الحقيقة، ولا من حيث النسب، ولا من حيث المكان، فيتعين القرب من حيث الدين. (عناية)

(١١) العبد.

المولى الأسفل، فالتحق بالصريح(١)، وكذا إذا قال لأمته: هذه مولاتى؛ لما بينا(٢). ولو قال: عنيت به المولى فى الدين، أو الكذبَ يصدّق فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يصدّق فى القضاء؛ لمخالفته الظاهر(٣).

وأما الثانى(٤): فلأنه لما تعين الأسفل مرادًا التحق بالصريح، وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال: يا حر! يا عتيق! فكذا النداء بهذا اللفظ(٥).

وقال زفر: لا يعتق فى الثانى(٦)؛ لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله: يا سيدى! يا مالكى!. قلنا: الكلام لحقيقته، وقد أمكن العمل به(٧)، بخلاف ما ذكره(٨)؛ لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق، فكان إكرامًا محضًا(٩).

ولو قال: يا ابنى! أو يا أخى! لم يعتق؛ لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته(١٠)، كان لتحقيق ذلك الوصف(١١)

(١) قوله: "فالتحقق بالصريح" يعنى بدلالة الحال فى المحل، وهو كونه عبدا. (ع)

(٢) أى من الدليل فى قوله: هذا مولاى. (عينى)

(٣) أى ظاهر الكلام. (عينى)

(٤) يعنى به قوله: يا مولاى. (عناية)

(٥) أى بقوله: يا مولاى. (عينى)

(٦) أى فى قوله: يا مولاى. (عينى)

(٧) أى بالكلام بحقيقته.

(٨) قوله: "بخلاف ما ذكره [زفر]" يعنى قوله: يا سيدى! يا مالكى! لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق معناه أن معنى قوله: يا مولاى، يا من لى عليه ولاء العتاقة، حيث تعين الأسفل مرادًا، فيثبت بهذا القول ما يختص بالعتق، وهو الولاء، وهو يقتضى سابقية العتق.
بخلاف قوله: يا سيدى! يا مالكى! فإن معناه يا من له السيادة، والملك على، ولم يثبت به شيء يختص بالعتق، فيحمل على المجاز، وهو الإكرام والتلطف. (ع)

(٩) فلا يحصل العتق.

(١٠) القائل.

(١١) كالبنوة والأخوة والأبوة.

فى المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص، كما فى قوله[1]: يا حرّ! على ما بيناه[2]. وإذا كان النداء بوصف[3]، لا يمكن إثباته من جهته[4]، كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه؛ لتعذره، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته[5]؛ لأنه انخلق من ماء غيره، لا يكون ابنًا له بهذا النداء[6]، فكان لمجرد الإعلام، ويروى عن أبى حنيفة شاذاً أنه يعتق فيهما[7]، والاعتمادُ على الظاهر[8].

ولو قال[9]: يا ابنُ[10] لا يعتق؛ لأن الأمر كما أخبرَ، فإنه[11] ابن أبيه، وكذا[12] إذا قال: يا بُنَيَّ! أو يا بنيةَّ! لأنه تصغير للابن والبنتِ من غير إضافة[13]، والأمر[14] كما أخبر.

---

(١) قوله: "كما فى قوله: يا حر" فإنه قادر على إثبات صفة الحرية فيه من جهته فى الحال. (عناية)

(٢) قوله: "على ما بيناه" يعني في قوله: لأنه نداء بما هو صريح، وهو استحضار المنادى إلخ.(ع)

(٣) كالبنوة والأخوة والأبوة.

(٤) القائل.

(٥) القائل.

(٦) قوله: يا ابنى.

(٧) قوله: "يعتق فيهما" أى فى قوله: يا ابنى! يا أخى! والحاصل: أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ فى ظاهر الرواية يا حر! يا عتيق! يا مولاى!، وفى رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة، وبقوله: يا ابنى! يا أخى!. (عناية)

(٨) قوله: "والاعتماد على الظاهر" أى على ظاهر الرواية، وهو الذى ذكره القدورى، وهو المذكور فى "نوادر النسفى". (عينى)

(٩) لعبده.

(١٠) قوله: "يا ابن" بالضم، وقطع الإضافة على صورة المنادى المفرد. (عينى)

(١١) عبد.

(١٢) أى لا يعتق.

(١٣) أى ياء المتكلم. (عينى)

وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله: هذا ابني عتق عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعتق، وهو قول الشافعي. لهم أنه كلام محال بحقيقته، فيرد ويلغو كقوله: أعتقتك قبل أن أخْلَقَ، أو قبل أن تُخْلَق. ولأبي حنيفة أنه[1] كلام محالٌ بحقيقته، لكنه صحيح بمجازه؛ لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه، وهذا[2] لأن البنوة في المملوك سببٌ لحريته[3]. أما إجماعًا أو صلةً للقرابة[4]، وإطلاقُ السبب وإرادة المسبب مستجازٌ في اللغة تجوّزا[5]، ولأن الحرية لازمة للبنوة في المملوك[6]، والمشابهة في وصف لازم من طرق المجاز على ما عرف[7]، فيُحمل[8] عليه[9]؛ تحرزًا عن الإلغاء، بخلاف ما استشهد به؛ لأنه لا وجه له في المجاز[10]، فتعين الإلغاء.

وهذا بخلاف[11] ما إذا قال لغيره: قطعتُ يدك[12]، فأخرجهما

---

(١٤) والتصغير قد يكون للشفقة والترحم.

(١) أي أن قوله: هذا ابني الأكبر سنا منه.

(٢) أي الإخبار عن حريته.

(٣) قوله: "سبب لحريته" لأنه لا توجد البنوة في المملوك إلا وقد وجد الحرية معها. (عيني)

(٤) قوله: "أو، صلة للقرابة" يعني أن البنوة موجبة للصلة، والعتق صلة، فتكون البنوة موجبة للعتق. (عيني)

(٥) أي مجازاً.

(٦) فذكر الملزوم، وأريد اللازم.

(٧) في الأصول. (عيني)

(٨) أي قوله: هذا ابني. (عيني)

(٩) أي على المجاز، وهو الحرية. (عيني)

(١٠) قوله: "لأنه لا وجه له إلخ" إذ ليس قوله: أعتقتك قبل أن أخلق ملزوما لقوله: أنت حر من حين ملكت؛ لأن الأول يقتضي عدم ورود الملك عليه، والثاني: يقتضي وروده البتة، والشيء لا يكون ملزوما لما ينافيه، وإلا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم، وهو محال. (عيني)

(١١) قوله: "وهذا بخلاف إلخ" جواب عما يقال: لو كان صحة ذكر الملزوم وإرادة اللازم مجوزة

صحيحتين حيث لم يجعل(١) مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه، وإن(٢) كان القطع سبباً لوجوب المال؛ لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص، وهو الأرش، وأنه(٣) يخالف مطلقَ المال فى الوصف حتى وجب على العاقلة فى سَنَتَين، ولا يمكن إثباته بدون القطع، وما أمكن إثباتُه، فالقطع ليس بسبب له.

أما الحرية(٤) لا تختلف ذاتًا وحكمًا، فأمكن جعله مجازاً عنه، ولو قال(٥): هذا أبى أو أمّى، ومثلُه(٦) لا يولد لمثله، فهو على هذا الخلاف(٧)؛ لما بينا(٨).

للمجاز، وإن لم يكن الحكم متصوراً لوجب عليه الأرش فى الصورة المذكورة؛ لأن القطع خطأ سبب لوجوب المال، فيكون قوله: قطعت يدك مجازاً عن قوله: لك على خمسة آلاف درهم، واللازم باطل، فالملزوم مثله.

وتقرير جوابه: أن القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق، بل لما يخالف المال المطلق فى الوصف، وهو الأرش حتى وجب على العاقلة فى سنتين، وذلك المال الذى هو مسبب عن القطع، لا يمكن إثباته بدون القطع، فما هو مسبب لا يمكن إثباته، وما يمكن إثباته ليس بمسبب. وحاصله: أن هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز، فتلغو، أما الحقيقة: فظاهر، وأما المجاز: فلأن قطع اليد خطأً ملزوم للأرش الذى هو ملزوم القطع، واللازم: وهو القطع منتفٍ، فالملزوم :وهو الأرش كذلك. (عناية)

(١٢) الخطأ.

(١) هذا القول.

(٢) الواو متصلة.

(٣) أى أن المال المخصوص.

(٤) قوله: "أما الحرية إلخ" معناه أن الحرية التى جعلنا قوله: هذا ابنى مجازاً عنها، وهى الحرية من حين الملك لا تختلف ذاتًا، وهو زوال الرق، ولا حكماً وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها، فأمكن جعله أى جعل قوله: هذا ابنى مجازاً عنه أى عن الحرية على تأويل العتق، أو المذكور. (عناية)

(٥) للأصغر سناً.

(٦) أى مثل القائل.

(٧) بين الإمام وصاحبيه.

(٨) قوله: "لما بينا" يعنى الوجه من الجانبين فى قوله: هذا ابنى. (عناية)

ولو قال: لصبي صغير هذا جدّي، قيل: هو على الخلاف[١]، وقيل: لا يعتق بالإجماع؛ لأن هذا الكلام لا موجبَ[٢] له في الملك[٣] إلا بواسطة، وهو الأب، وهي غير ثابتة في كلامه[٤]، فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجَب، بخلاف الأبوة والبنوة؛ لأن لهما موجباً[٥] في الملك[٦] من غير واسطة، ولو قال: هذا أخي، لا يعتق في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة: أنه يعتق، ووجه الروايتين ما بيناه[٧]، ولو قال لعبده: هذا ابنتي، فقد قيل: على الخلاف[٨]، وقد قيل: هو[٩] بالإجماع؛ لأن المشار إليه ليس من جنس المسمّى[١٠]، فتعلّق الحكم بالمسمّى، وهو معدوم، فلا يُعتبر، وقد حققناه في النكاح[١١].

---

(١) والوجه ما تقدم. (عناية)

(٢) من بنوة أو حرية.

(٣) أي في المملوك.

(٤) قوله: "وهي غير ثابتة إلخ" وهذا يشير إلى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول: هذا جدي أبي أبي عتق، وقد ذكره بعض الشارحين. (عناية)

(٥) أي الحرية.

(٦) أي في المملوك.

(٧) قوله: "ما بيناه" أما وجه رواية العتق ما ذكره بقوله: وهذا لأن البنوة في المملوك سبب الحرية إلى آخره، فكذلك ههنا الأخوة في الملك يوجب العتق. وأما وجه رواية عدم العتق: فقوله في مسألة الجد: لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة، وكذلك ههنا الأخوة لا تكون إلا بواسطة الأب أوالأم؛ لأنها عبارة عن المجاورة في صلب، أو رحم، وهذه الواسطة غيرمذكورة، ولاموجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة. (ع)

(٨) بين الإمام وصاحبيه.

(٩) أي عدم العتق. (عناية)

(١٠) قوله: "ليس من جنس المسمى" لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان مختلفان، وإذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى؛ لما تقدم في كتاب النكاح، والمسمى ههنا معدوم، فلا يكون معتبراً حقيقةً ولا مجازاً عن الابن؛ لعدم الملازمة بينهما. (عناية)

(١١) أي في كتاب النكاح في باب المهر. (عيني)

وإن قال لأمته: أنت طالق، أو بائن، أو تخمّري، ونوى به العتق لم تعتق، وقال الشافعي: تعتق إذا نوى، وكذا على هذا الخلاف [١] سائر ألفاظ الصريح والكناية [٢] على ما قال مشايخهم [٣]. له أنه نوى ما يحتمله لفظُه؛ لأن بين الملكين [٤] موافقةً؛ إذ كل واحد منهما ملك العين، أما ملك اليمين: فظاهر، وكذا ملك النكاح فى حكم ملك العين، حتى كان التأبيدُ من شرطه، والتأقيتُ [٥] مبطلا له، وعملُ اللفظين [٦] فى إسقاط ما هو حقّه، وهو الملك، ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط. أما الأحكام تثبت بسبب سابق وهو كونُه مكلفًا، ولهذا [٧] يصلح [٨] لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق، فكذا عكسه [٩].

ولنا أنه نوى [١٠] ما لا يحتمله لفظه؛ لأن الإعتاق لغةً [١١]: إثبات القوة،

---

(١) بيننا وبين الشافعية.

(٢) قوله: "الصريح والكناية" مثل قوله لأمته: أنت مطلقة، وطلقتك، وتقنعى، وخلية، وبرية، وحرام، وما أشبه ذلك. (عيني)

(٣) قوله: "على ما قال مشايخهم" أى مشايخ الشافعية، وإنما قال مشايخهم: لأن المنصوص عن الشافعي لفظ الطلاق فحسب، وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية. (عينى)

(٤) أى ملك النكاح وملك اليمين.

(٥) بأن يجعل له وقت معين.

(٦) قوله: "وعمل اللفظين إلخ" وهو جواب عما يقال: الإعتاق لغةً إثبات القوة، ولهذا تثبت به الأحكام مثل الأهلية، والولاية، والشهادة، فأين يشبه الطلاق الذى هو إسقاط محض.

وتقرير الجواب: أن الإعتاق أيضًا إسقاط بدليل صحة التعليق فيهما، وأما الأحكام: فليست بواردة؛ لأنها ثابتة بسبب سابق، وهو كونه آدميا مكلفًا غير أن الإعتاق أزال المانع، فاستوى الإعتاق والطلاق. (كفاية)

(٧) أى لكون العتق محتمل لفظ.

(٨) قوله: "يصلح إلخ" يعني إذا قال لامرأته: أنت حرة، ونوى به الطلاق، صح مجازًا، فكذا عكسه أى صلح لفظ الطلاق كناية عن لفظ العتق. (عينى)

(٩) قوله: "فكذا عكسه" لأن مبنى المجاز على المناسبة، والشىء لا يناسب شيئًا إلا والشىء الآخر يناسبه. (ع)

(١٠) الإعتاق.

والطلاق(١): رفع القيد(٢)، وهذا(٣) لأن العبد ألحق بالجمادات، وبالإعتاق يحيي فيقْدر(٤)، ولا كذلك المنكوحة، فإنها قادرة، إلا أن قيد النكاح مانع، وبالطلاق يرتفع المانع، فيظهر القوة، ولا خفاء أن الأول(٥) أقوى(٦)، ولأن ملك اليمين(٧) فوق ملك النكاح(٨)، فكان إسقاطه أقوى، و اللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته، لا عما هو فوقه، فلهذا(٩) امتنع(١٠) فى المتنازع فيه، وانساغ فى عكسه.

وإذا قال لعبده: أنتَ مثل الحر لم يعتق؛ لأن المثل يستعمل

---

(١١) قوله: "لأن الإعتاق لغةً: إثبات القوة" مأخوذ من قولهم: عتق الطير إذا قوى وطار عن وكره، وفى الشرع أيضاً: كذلك لأن العبد إلخ. (ع)

(١) قوله: "والطلاق رفع القيد" أي فى اللغة، فإنه مأخوذ من قولهم: أطلقت البعير عن القيد، إذا أحللته، وهو عبارة عن رفع المانع عن الإطلاق، لا إثبات قوة الانطلاق، وكذلك فى الشرع؛ لأن المنكوحة لم تزل مالكة، فإنها قادرة إلخ. (ع)

(٢) قوله: "رفع القيد" وليس بين إثبات القوة الشرعية فى محل لم يكن، وبين رفع المانع؛ لتعمل القوة الثانية فى محلها مناسبة. (عناية)

(٣) أى إثبات القوة.

(٤) على التصرفات قولا وفعلا.

(٥) الإعتاق.

(٦) قوله: "أقوى [من الثانى]" والأدنى لا يصلح أن يكون مستعاراً للأعلى. (عناية)

(٧) قوله: "ولأن ملك اليمين إلخ" الفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب أن فى الأولى منع المناسبة، وإظهار السند بأن الإعتاق إثبات، والطلاق رفع، فأنى يتناسبان.
وفى الثانية: تسليم أن كلا منهما إسقاط، لكن الإعتاق أقوى، وهو ينافى الاستعارة. (عناية)

(٨) قوله: "فوق ملك النكاح" لأن ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة إذا صادف الجوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن، وأما ملك النكاح: فلا يستلزم ملك اليمين أصلا. (عناية)

(٩) قوله: "فلهذا" أى إذا ظهر هذا بعد العلم بأن إزالة ملك اليمين أقوى، ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق، دون عكسه. (عناية)

(١٠) قوله: "امتنع" أى المجاز فى المتنازع فيه أى فى قوله: أنت طالق لأمته، ونوى به العتق، وانساغ أى جاز المجاز في عكسه أى في قوله: أنت حرة لمنكوحة، ونوى به الطلاق. (عيني)

للمشاركة(١) فى بعض المغانى عرفًا(٢)، فوقع الشك فى الحرية(٣).

ولو قال: ما أنتَ إلا حرّ عتق؛ لأن الاستثناء من النفى إثبات على وجه التأكيد، كما فى كلمة الشهادة(٤). ولو قال: رأسك رأس حُرٍّ لا يعتق؛ لأنه تشبيه بحذف حرفه(٥)، ولو قال: رأسك رأسُ حرٍّ عتق؛ لأنه إثبات الحرية فيه؛ إذ الرأس يعبّر به عن جميع البدن.

فصل(٦)

ومن ملك ذا رحم محرم منه(٧) عتق عليه*، وهذا اللفظ مرويّ عن النبى عليه السّلام(٨)، وقال عليه السّلام(٩): «من ملك ذا رحم محرم منه فهو حرّ»**، واللفظ(١٠) بعمومه ينتظم كلّ قرابة مؤيّدة بالمحرمية ولادًا(١١)، أو غيره، والشافعي يخالفنا(١٢) فى غيره.

(١) يقال: زيد مثل عمرو، إذا كانا مماثلين فى الجود.

(٢) أى فى العرف العام.

(٣) قوله: "فوقع الشك إلخ" هذا إذا لم ينو، وأما إذا نوى الحرة، فقد زال الشك، فيعتق، كذا فى "المبسوط".

(٤) أى لا إله إلا الله.

(٥) قوله: "بحذف حرفه" أى حرف، وهو الكاف؛ لأن أصله: رأسك كرأس حر، فصار كقوله: مثل الحر.(ب)

(٦) قوله: "فصل" لما ذكر العتق الحاصل بالإعتاق الاختيارى الذى هو الأصل، ذكر فى هذا الفصل عامة مسائل العتق الذى يحصل بغير اختيار كإرث قريبه، وخروج عبد الحربى إلينا مسلمًا، وولد الأمة من مولاها. (ع)

(٧) قوله: "ذا رحم إلخ" الرحم فى الأصل: وعاء الولد فى بطن أمه، ثم سميت القرابة، والوصلة من جهة الولاد رحمًا، ومنه ذو الرحم، والمحرم: هوالذى لايجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرًا، والآخر أنثى.(ع)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٨، والدراية ج٢، الحديث ٦١٦ ص٨٥. (نعيم)

(٨) أخرجه النسائى فى "سننه" عن ابن عمر. (عينى)

(٩) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سمرة. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٦١٧ ص٨٥. (نعيم)

(١٠) أى لفظ الحديث. (عينى)

(١١) هى القرابة بين الولد والوالدين.

(١٢) أى لا يعتق عنده فى غير قرابة الولاد.

له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك يَنفيه القياس[١]، أو لا يقتضيه، والأخوة ما يضاهيها نازلة[٢] عن قرابة الوِلاد، فامتنع الإلحاق[٣] والاستدلالُ، ولهذا امتنع التكاتب[٤] على المكاتَب في غير الوِلاد، ولم يمتنع فيه. ولنا ما روينا[٥]، ولأنه ملك قريبه[٦] قرابة مؤثرةً في المحرمية، فيعتق عليه، وهذا هو المؤثِّر في الأصل، والولاد ملغًى؛ لأنها[٧] هي التي يفترض وصلُها، ويحرم قطعُها حتى وجبتِ[٨] النفقة، وحرم النكاح. ولا فرق بينما إذا كان المالك[٩] مسلمًا، أو كافرًا في دار الإسلام[١٠]؛ لعموم العلة[١١].

(١) قوله: "ينفيه إلخ" وكل ما ينفيه القياس، لا يلحق به شيء آخر بالقياس، وكل ما هو لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال، أي بدلالة النص إلا إذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه، وههنا ليس كذلك؛ لأن قرابة الأخوة وما يضاهيها إلخ. (عناية)

(٢) أي أدنى درجة.

(٣) أي إلحاق قرابة الأخوة بقرابة الولاد.

(٤) قوله: "امتنع إلخ" يعني إذا ملك المكاتب أباه، أو ابنه، فهو مكاتب، بخلاف الأخ، فإنه لا يتكاتب. (عيني)

(٥) قوله: "ما روينا" وهو قوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه». (عيني)

(٦) قوله: "ولأنه إلخ" أي لأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية، وكل من فعل ذلك عتق عليه، أما إنه ملك ذلك، فبالإجماع. وأما إن كل من فعل ذلك عتق عليه، فبالقياس على الولاد؛ لأن هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد، والولاد ملغى لأنها إلخ. (عيني)

(٧) أي لأن القرابة المؤثرة في المحرمية.

(٨) قوله: "حتى وجبت" أما حرمة النكاح: فبالإجماع، وأما وجوب النفقة: فمذهبنا، لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعي، وهو قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ كان ثابتًا البتة، فاستدل به. (عناية)

(٩) وكذا المملوك. (عناية)

(١٠) قوله: "في دار الإسلام" قال في "النهاية": قوله: في دار الإسلام، في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله: ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلمًا، أو كافرًا في دار الإسلام، فإن المسلم إذا أعتق عبدًا حربيا في دار الحرب، لم يعتق عليه. وكذا الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه، لم يعتق عليه، فإنه لو أعتقه لم ينفذ عتقه، فكذا لا يعتق عليه بالملك. (عناية)

(١١) وهي القرابة المحرمة للنكاح. (عناية)

والمكاتَب[1] إذا اشترى أخاه، ومن يجرى مجراه[2] لا يتكاتب عليه؛ لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق، والافتراض[3] عند القدرة، بخلاف الولاد[4]؛ لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة، فامتنع البيع، فيعتق تحقيقا لمقصود العقد. وعن أبى حنيفة: أنه يتكاتب على الأخ أيضًا، وهو قولُهما[5]، فلنا أن نمنع، وهذا بخلاف[6] ما إذا ملك ابنةَ عمّه، وهى[7] أخته من الرضاع؛ لأن المحرمية ما ثبت بالقرابة، والصبىُّ جُعل أهلا لهذا العتق، وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك[8]؛ لأنه تعلق به[9] حقُّ العبد، فشابه النفقة[10].

(١) قوله: "والمكاتب إلخ" جواب عن قوله: ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد، وتقريره: لا نسلم أنه لا يتكاتب عليه، بل قد روى عن أبى حنيفة أنه يتكاتب على الأخ أيضا، ولئن سلمنا، فإنما لا يتكاتب عليه؛ لأن المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق؛ لأنه عبد ما بقى عليه درهم، وإنما ألحق بالهلاك فيما هو المقصود من الكتابة، ومن لا قدرة له على الإعتاق، فلا يعتق عليه؛ لأن فرض المسألة عند القدرة. (عناية)

(٢) كالعم والخال. (عيني)

(٣) أى فرض المسألة.

(٤) قوله: "بخلاف الولاد إلخ" أى فإن قيل: لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد، أجاب بقوله: بخلاف الولاد؛ لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة؛ لأن عتق نفسه لما كان مقصوداً بالكتابة؛ لأنه لا يتغير بالرق، فكذلك رق الوالد والولد، فإذا كان من مقاصدها، امتنع البيع، فيعتق عليه تحقيقًا لمقصود العقد، وأما حرية الأخ: فليست من مقاصد عقد الكتابة؛ لعدم لحوق العار برقه، ولحوقه برق ابنه، أو أبيه. (عناية)

(٥) الصاحبين.

(٦) قوله: "وهذا بخلاف إلخ" جواب نقض إجمالي، تقريره: أنه لو كان تملك ذى الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التى هى أخت من الرضاعة على ابن عمها إذا اشتراها، وليس كذلك.
وتقرير الجواب: أن المراد بالمحرمية محرمية أثرت فيها القرابة، وهذه ليست كذلك؛ لأن الرضاع هو المؤثر، وذكر هذا الجواب إنما هو لزيادة الإيضاح؛ لأنه كان معلوما من أصل دليله حيث قال: ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية، وهذه لم تكن كذلك. (عناية)

(٧) الواو للحال.

(٨) قوله: "حتى عتق إلخ" أى إذا دخل قريبهما فى ملكهما بغير صنع منهما كالإرث والهبة، عتق عليهما؛ لأن العلة، وهى تملك ذى الرحم المحرم قد وجد، وقد تعلق به حق العبد، وكان كالنفقة. (ع)

(٩) أى بهذا العتق.

ومَن أعتق(١) عبداً لوجه الله تعالى(٢)، أو للشيطان، أو للصنم عتق؛ لوجود ركن الإعتاق(٣) من أهله في محلّه، ووصفُ القربة(٤) في اللفظ الأول زيادة، فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين(٥).

وعتق المكرهِ والسكرانِ واقعٌ لصدور الركن من الأهل في المحل، كما في الطلاق، وقد بيناه من قبلُ(٦)، وإن أضاف العتق إلى ملكٍ(٧) أو شرطٍ صح، كما في الطلاق. أما الإضافةُ إلى الملك: ففيه خلاف الشافعي، وقد بيناه في كتاب الطلاق، وأما التعليقُ بالشرط: فلأنه(٨) إسقاط، فَيَجرى فيه التعليق(٩)، بخلاف التمليكات(١٠) على ما عرف في موضعه(١١).

وإذا خرج عبد الحربيّ إلينا مسلماً عتق؛ لقوله عليه السلام(١٢) في عبيد

(١٠) قوله: "فشابه النفقة [كالعم والخال]" وهي تجب عليهما بالقرب، فكذا يعتق قريبهما المحرم بالملك. (عيني)

(١) قوله: "ومن أعتق إلخ" أي من قال لعبده: أنت حر لوجه الله تعالى، أو للشيطان، أو للصنم إلخ. (ع)

(٢) أي لرضا الله.

(٣) قوله: "لوجود ركن الإعتاق [فيترتب الإعتاق]" وهو لفظ الإعتاق من أهله، وهو العاقل البالغ المالك، في محله، وهو العبد المملوك. (عيني)

(٤) وهو كونه لوجه الله. (ع)

(٥) يعني الشيطان والصنم. (عناية)

(٦) أي في الفصل الثاني من كتاب الطلاق. (عيني)

(٧) قوله: "وإن أضاف العتق إلى ملك" بأن قال: إن ملكتك فأنت حر، أو أضافه إلى شرط بأن قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر صح، أي وقع كما في الطلاق، بأن قال: إن تزوجتك فأنت طالق، أو قال لامرأته: إن دخلت الدار، فأنت طالق. (عيني)

(٨) الإعتاق.

(٩) بالشرط.

(١٠) قوله: "بخلاف التمليكات" حيث لا يجرى فيها التعليق لإفضاءه إلى معنى القمار؛ لأن في جعله متعلقاً بشرط لا يدرى أيكون أم لا يكون خطراً، وخيار الشرط في البيع نصا، بخلاف القياس، فلا يرد نقضاً.(ب)

(١١) أي أصول الفقه. (عيني)

(١٢) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" عن أبي بكرة: «أنه

الطائف حين خرجوا إليه مسلمين: «هم عتقاء الله»*، ولأنه أحرز نفسه وهو[٢] مسلم، ولا استرقاق على المسلم ابتداء[٣].

وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعًا لها؛ إذ هو[٤] متصل بها، ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها[٥]؛ لأنه لا وجه إلى إعتاقها[٦] مقصودًا؛ لعدم الإضافة إليها[٧]، ولا إليه[٨] تبعًا لما فيه من قلب الموضوع[٩]، ثم إعتاق الحمل صحيح، ولا يصح بيعه، وهبتُه؛ لأن التسليم نفسَه شرط في الهبة، والقدرةَ عليه في البيع، ولم يوجد[١٠] ذلك بالإضافة إلى الجنين، وشيء من ذلك[١١] ليس بشرط في الإعتاق، فافترقا[١٢].

ولو أعتق الحمل على مال صح[١٣]، ولا يجب المال؛ إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجَنين؛ لعدم الولاية عليه، ولا إلى إلزامه[١٤] الأم؛ لأنه في

خرج إلى رسول الله ﷺ وهو يحاصر أهل الطائف ثلاثة وعشرون عبدًا، فأعتقهم رسول الله ﷺ، فهم الذين يقال لهم: العتقاء، وأخرج أبو داود في الجهاد، والترمذي في المناقب عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: خرج رسول الله ﷺ يوم الحديبية» الحديث، وفي آخره: «عتقاء الله سبحانه». (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨٠، والدراية ج٢، الحديث ٦١٨ ص٨٥. (نعيم)

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "ابتداء" وقيد بالابتداء بجوازه عليه بقاء؛ لأنه في البقاء من الأمور الحكمية دون الجزائية، فيجوز بقاءه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها. (عناية)

(٤) الحمل.

(٥) أي دون الحامل.

(٦) الحامل.

(٧) الحامل.

(٨) أي لا وجه إلى إعتاقها تبعًا.

(٩) قوله: "لما فيه من قلب الموضوع" لأنه يكون التبع متبوعًا، والمتبوع تابعًا، وهو فاسد. (عيني)

(١٠) أي شرط في البيع.

(١١) أي التسليم والقدرة عليه.

(١٢) أي الإعتاق والبيع والهبة.

(١٣) الإعتاق.

(١٤) المال.

حق العتق نفسٌ على حدة، واشتراطُ بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع[1]، وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقلّ من ستة أشهر منه[2]؛ لأنه[3] أدنى مدة الحمل.

قال[4]: وولدُ الأمة من مولاها حرّ؛ لأنه[5] مخلوقٌ من ماءه[6]، فيعتق عليه، هذا هو الأصل[7]، ولا معارض له فيه؛ لأن ولد الأمة لمولاها. وولدُها[8] من زوجها مملوك لسيدها؛ لترجح جانب الأم باعتبار الحِضانة[9]، أو لاستهلاك ماءه بماءها[10]، والمنافاة متحققة[11]، والزوج[12]

(١) قوله: "على ما مر في الخلع" قال السغناقي "هذه حوالة غير رائجة، ثم يحتمل أن يكون مراده أي في مسألة خلع "الجامع الصغير". قلت: في نفس الأمر يستبعد هذا، وقال الإنزاري: ويجوز أن يكون ذلك إشارة إلى ما ذكره في خلع "كفاية المنتهى"؛ لأنه قبل هذا الكتاب. (عيني)

(٢) أي من وقت العتق. (عناية)

(٣) أي لأن ستة أشهر.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) ولد الأمة.

(٦) المولى.

(٧) قوله: "هذا هو الأصل" يعني أن الأصل أن يخلق الولد من ماء صاحب الماء، ولا معارض له فيه أي في الولد؛ لأن ماء الأمة لا يعارض ماءه؛ لأن ماءها مملوك له، فيكون الماءان له بخلاف أمة الغير؛ لأن ماءها مملوك لسيدها، فتحققت المعارضة. (عناية)

(٨) الأمة.

(٩) قوله: "باعتبار الحضانة [فإن حق الحضانة للأم، لا للأب]" وفيه نظر؛ لأن حق الحضانة إنما يثبت بعد الولادة، فلا يجوز أن يكون مرجحا لما هو قبلها. (عناية)

(١٠) الزوج.

(١١) قوله: "والمنافاة إلخ" جواب عما يقال: الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض، وتقريره: التعارض موجود؛ لأن المنافاة متحققة، فإنه لو اعتبر جانب الأم، كان مملوكا لسيدها، ولو اعتبر جانب الأب، لا يكون مملوكًا لسيدها، فيثبت المنافاة، بخلاف الولد من المولى، فإنه للمولى أي جانب اعتبر. (عناية)

(١٢) قوله: "والزوج إلخ" جواب عما يقال: إذا اعتبر جانب الأمة حتى يكون الولد مملوكًا لمولاها تضرر الأب، والضرر مدفوع شرعًا، وتقريره: الزوج قد رضي برقّ الولد حيث أقدم على تزويج الأمة عالما بأن الولد يرق به. وفيه نظر؛ لأن العلم يكون الولد رقيقا بتزوج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع، وكلامنا في شرعيته. (ع)

قد رضى به، بخلاف ولد المغرور؛ لأن الوالد ما رضى به[١].

وولد الحرة حر[٢] على كل حال؛ لأن جانبها[٣] راجح، فيتبعها[٤] فى وصف الحرية، كما يتبعها[٥] فى المملوكية، والمرقوقية[٦]، والتدبير[٧]، وأمومية الولد، والكتابة، والله تعالى أعلم.

باب العبد يُعتَق بعضُه[٨]

وإذا أعتق المولى بعضَ عبده، عتق ذلك القدر، ويسعى فى بقية قيمته لمولاه عند أبى حنيفة، وقالا: يعتق كله، وأصلُه[٩] أن الإعتاق[١٠] يتجزأ عنده[١١]، فيقتصر[١٢] على ما أعتق، وعندهما لا يتجزأ[١٣]، وهو قول

(١) قوله: "لأن الوالد ما رضى به" أى لأن المغرور لما تزوج الأمة بلا علم لم يرضَ بإسقاط نصيبه، فصار ولده حرًا بالقيمة نظرًا للجانبين. (عينى)

(٢) أى سواء كان زوجها حرًا، أو عبدًا. (عينى)

(٣) على جانب الزوج.

(٤) الولد.

(٥) الولد.

(٦) قوله: "فى المملوكية والمرقوقية" إنما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان، فإن فى المدبر وأم الولد الملك كامل، والرق ناقص، وفى المكاتب على عكسه، فعلى هذا يكون قوله: والتدبير، وأمومية الولد، والكتابة كالتفسير لذلك. (عناية)

(٧) قوله: "والتدبير" يعنى إذا زوج مدبرته من رجل يكون الولد فى حكم أمه، وأمومية الولد يعنى إذا زوج المولى أم ولده من رجل يكون الولد فى حكم أمه، والكتابة، يعنى إذا كاتب المولى أمته، ثم ولدت، دخل الولد فى كتابة الأم تبعًا. (عينى)

(٨) قوله: "باب إلخ" أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل؛ لكونه مختلفًا فيه، والمتفق عليه أولى بالتقديم. (عناية)

(٩) الاختلاف.

(١٠) قوله: "أن الإعتاق يتجزأ إلخ" قال صاحب "الميزان": المعنى من قولنا: الإعتاق يتجزأ، ليس هو أن ذات القول يتجزأ، أو حكمه يتجزأ؛ لأنه محال، بل معنى ذلك أن المحل فى قبول حكم الإعتاق يتجزأ، فيتصور ثبوته فى النصف دون النصف.

وحاصل الخلاف راجع إلى أن إعتاق النصف: هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا، عنده لا يوجب، بل يبقى كل المحل رقيقًا، ولكن زال الملك بقدره، وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل. (ع)

(١١) الإمام.

الشافعي[١]، فإضافته[٢] إلى البعض[٣] كإضافته إلى الكل، فلهذا يعتق كلُّه. لهم[٤] أن الإعتاق إثبات العتق، وهو قوة حكمية، وإثباتُها[٥] بإزالة ضدها[٦]، وهو[٧] الرق الذي هو ضعف حكمي، وهما[٨] لا يتجزآن[٩]، فصار[١٠] كالطلاق[١١]، والعفو عن القصاص والاستيلاد.

ولأبي حنيفة: أن الإعتاق إثباتُ العتق بإزالة الملك[١٢]، أو هو[١٣] إزالةُ الملك؛ لأن الملك حقُّه[١٤]، والرق حقُّ الشرع[١٥]، أو حقُّ العامة، وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف، وهو إزالة حقِّه، لا حقِّ غيره.

---

(١٢) الإعتاق.

(١٣) الإعتاق.

(١) قوله: "وهو قول الشافعي" أي فيما إذا كان المالك واحداً، أو كان المعتق موسراً، فعند ذلك قوله كقولهما، أما لو كان المعتق موسراً، يبقى ملك الساكت كما كان، حتى يجوز له بيعه وهبته. (عيني)

(٢) الإعتاق.

(٣) أي بعض العبد.

(٤) أي للصاحبين والشافعي.

(٥) القوة.

(٦) قوله: "بإزالة ضدها" لأن المحل لا يخلو عن أحدهما، فإزالة أحدهما يوجب إثبات الآخر. (عناية)

(٧) الضد.

(٨) الرق والعتق.

(٩) أي بالاتفاق، فكذلك الإعتاق. (عناية)

(١٠) الإعتاق.

(١١) أي في عدم التجزئ.

(١٢) قوله: "إثبات العتق بإزالة الملك" وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف، أو هو إزالة الملك، لا إثبات العتق بإزالة ضده الذي هو الرق، ولا هو إزالة الرق؛ ليلزم عدم التجزئ. (عناية)

(١٣) الإعتاق.

(١٤) المعتق.

(١٥) قوله: "والرق حق الشرع" لأن الكافر لما استنكف أن يكون عبداً لله جازاه الله تعالى، فصيره عبد عبده، أو حق العامة لأن الغانمين كما كانوا يغتنمون غير الرقيق يغتنمونه. (عناية)

والأصلُ أن التصرف يَقتصر على موضع الإضافة، والتعدى إلى ما ورائه ضرورة عدم التجزئ، والملك متجزّئ[١]، كما فى البيع[٢] والهبة[٣]، فيبقى على الأصل[٤].

وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده[٥]؛ لأن الإضافةَ[٦] إلى البعض توجب ثبوت المالكية فى كله[٧]، وبقاء الملك فى بعضه يمنَعه، فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتَبًا؛ إذ هو مالك يدًا، لا رقبةً. والسعايةُ كبدل الكتابة، فله[٨] أن يستسعيه، وله خيار أن يُعتقه؛ لأن المكاتب قابلٌ للإعتاق غير أنه[٩] إذا عجز[١٠]، لا يردّ إلى

---

(١) قوله: "والملك متجزئ" وهذا كما ترى بناء بكلامه على أحد الأمرين كل منهما مستقل بإفادة المطلوب. وتقريره: الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك، والملك متجزئ، فالإعتاق كذلك، وإنما قلنا: بأنه إثبات العتق بإزالة الملك، لا بإزالة الرق؛ لأن الإعتاق تصرف، وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف، فالإعتاق لا يتعدى، وولاية المتصرف إنما يكون على ما هو حقه، وحقه الملك، فولايته إنما يكون على الملك.

وأما إن الملك متجزئ، فذلك بالإجماع، وتقريره الآخر: الإعتاق إزالة الملك، والملك متجزئ؛ فالإعتاق إزالة متجزئ، وإزالة المتجزئ متجز. (عناية)

(٢) إذا باع نصيبه من العبد المشترك يزول ملكه عن البعض الذى باعه. (عينى)

(٣) قوله: "والهبة" كما إذا وهب نصيبه من العبد المشترك لشريكه، يزول ملكه عن البعض. (عينى)

(٤) وهو أن يقتصر التصرف على موضع الإضافة. (عينى)

(٥) الإمام.

(٦) أى إضافة الإعتاق.

(٧) قوله: "توجب ثبوت المالكية فى كله [العبد]" أى باعتبار العتق؛ لأنه لا يتجزأ، وبقاء الملك فى بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية فى الكل باعتبار الرق؛ لأنه لا يتجزأ، فقد اجتمع فى العبد ما يوجب ثبوت المالكية فى الكل وما يوجب بقاء الملك فى الكل، والعمل بالدليلين ممكن بإنزاله مكاتبًا، فعملنا بهما، وجعلناه مكاتبًا؛ لأن المكاتب مملوك رقبة كالمستسعى، فمعتق البعض مالك يدا؛ لأجل السعاية، مملوك رقبة كالمكاتب. (عناية)

(٨) أى للمولى.

(٩) قوله: "غير أنه إلخ" فإن قيل: لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا إذا عجز، أجاب بقوله: غير أنه إذا عجز لا يرد رقيقا؛ لأنه إسقاط لا إلى أحد، والإسقاط لا إلى أحد، ليس فيه معنى المعاوضة؛ لأنها إنما تتحقق بين اثنين، وإذا لم يتحقق فيه المعاوضة، فلا يقبل الفسخ، بخلاف الكتابة المقصودة، فإنها إسقاط من المولى إلى المكاتب، وإقرار على تحصيل بدل الكتابة، فكان فيها معنى المعاوضة، فيقال: ويفسخ. (عناية)

الرق؛ لأنه إسقاط لا إلى أحد، فلا يَقبل الفسخ، بخلاف الكتابة المقصودة؛ لأنه عقد، يقال: ويُفسخ، وليس فى الطلاق(١)، والعفوِ عن القصاص حالةٌ متوسطةٌ، فأثبتناه فى الكل(٢) ترجيحًا للمحرّم(٣)، والاستيلاد(٤) متجزّئ عنده(٥)، حتى لو استولد نصيبه من مدبرةٍ، يقتصر عليه(٦)، وفى القنة(٧) لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد مَلَكه بالضمان، فكمل الاستيلاد(٨). **وإذا كان العبد بين شريكين، فأعتق أحدُهما نصيبَه عتق(٩)، فإن كان موسرًا فشريكه بالخيار، إن شاء أعْتَقَ، وإن شاء ضمن(١٠) شريكه قيمة نصيبه، وإن شاء استسعى العبدَ، فإن ضمّن رجع المعتقُ على العبد، والولاء للمعتِقِ، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما(١١)، وإن كان**

(١٠) هذا المستسعى.

(١) قوله: "وليس فى إلخ" جواب عن قولهم: وصار كالطلاق والعفو عن القصاص، ووجهه: أنه إذا لم يثبت العتق فى الكل لإمكان العمل بالدليلين؛ لوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق، وهى الكتابة، فيصار إليها، وليس فى الطلاق والعفو ذلك، فأثبتناه فى إلخ. (عناية)

(٢) أى الطلاق والعفو.

(٣) على المبيح.

(٤) جواب عن قولهم: والاستيلاد.

(٥) الإمام.

(٦) قوله: "يقتصر عليه [أى على نصيبه المستولد]" يعنى أنه إذا ولدت الأمة المدبرة بين رجلين ولدًا، فادعاه أحدهما تصير نصف الجارية أم ولد، ونصفها مدبرة لشريكه على أنه لو ماتا يعتق نصف الشريك من الثلث، ونصف الآخر فى الجملة. (عينى)

(٧) قوله: "وفى القنة إلخ" أى فإن قيل: لو كان الاستيلاد متجزئًا لاطرد فى القنة أيضًا، أجاب بأنه لم يتجزئ فى القنة؛ لأن المستولد لما ضمن إلخ. (عناية)

(٨) وصار كأنه استولد جارية نفسه.

(٩) نصيبه.

(١٠) المعتق.

(١١) قوله: "فالولاء بينهما" يشير إلى أن الاختلاف فى صفة السبب بأن يكون إعتاق أحدهما بمال، وإعتاق الآخر بدونه لا ينافى ثبوت الولاء بينهما جميعًا. (عناية)

المعتِق معسِراً فالشريك بالخيار إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبدَ، والولاء بينهما في الوجهين[١]، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: ليس له إلا الضمان مع اليسار[٢]، والسعاية مع الإعسار، ولا يرجع المعتِقُ على العبد، والولاء للمعتق، وهذه المسألة[٣] تبتنى على حرفين[٤]: أحدُهما: تجزّئ الإعتاق، وعدمُه على ما بيناه[٥]، والثاني: أن يسار المعتِقِ لا يمنع سعايةَ العبد عنده، وعندهما يَمنع. لهما في الثاني قولُه عليه السّلام في الرجل[٦] يُعتق نصيبه: «إن كان غنيا ضمن وإن كان فقيراً سعى[٧] في حصة الآخر»* قسّم[٨]، والقسمة تنافي الشركة. وله أنه احتَبست ماليةُ نصيبه عند العبد، فله أن يضمنه[٩] كما إذا هبت الرِّيح بثوب إنسان، وألقته في صبغ غيره، حتى انصبغ[١٠] به، فعلى صاحب الثوب قيمةُ صبغ الآخر، موسِراً كان أو معسِراً لما قلنا[١١]، فكذا ههنا[١٢]، إلا أن

(١) أي صورة الإعتاق، وصورة الاستسعاء.

(٢) أي يسار المعتق.

(٣) قوله: "وهذه المسألة" أي رجوع المعتق على العبد، وعدم الرجوع عند أداء الضمان. (عيني)

(٤) أي أصلين دقيقين.

(٥) قوله: "على ما بيناه" أي عند قوله في أول الباب: وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده إلى آخره. (عيني)

(٦) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن أبي هريرة. (عيني)

(٧) العبد.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨٢، والدراية ج٢، الحديث ٦١٩ ص٨٦. (نعيم)

(٨) قوله: "قسم [النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم]" الأمرين أعني خلاص العبد، وسعايته بين الحالين أعني يسار المعتق وإعساره، والقسمة تنافي الشركة، فلا يكون للشريك الساكت سعاية العبد مع يسار المعتق. (عيني)

(٩) العبد.

(١٠) الثوب.

(١١) قوله: "لما قلنا" يريد به قوله: وله أنه احتبست مالية نصيبه إلخ. (عيني)

(١٢) قوله: "فكذا ههنا" أي فكما انتفع رب الثوب بالصبغ، فكذا ههنا ينتفع العبد بالعتق. (عيني)

العبد فقير، فيستسعيه[١]. ثم المعتبر يسار التيسير[٢]، وهو أن يملك[٣] من المال قدرَ قيمة نصيب الآخر، لا يسار الغناء؛ لأن به[٤] يَعتدل النظر من الجانبين[٥] بتحقيق ما قصده المعتِق من[٦] القربة، وإيصالِ بدل حق الساكت إليه، ثم التخريج[٧] على قولهما ظاهر، فعدم رجوع المعتِق بما ضمن على العبد؛ لعدم السعاية[٨] في حالة اليسار، والولاءُ للمعتِق؛ لأن العتق كلّه من جهته[٩]؛ لعدم التجزئ. وأما التخريج على قوله[١٠]، فخيارُ الإعتاق[١١] لقيام ملكه في الباقي؛ إذ الإعتاق يتجزأ عنده[١٢]، والتضمينُ[١٣] لأن المعتِقَ جانٍ عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة، ونحو ذلك[١٤] مما سوى الإعتاق وتوابعه[١٥]، والاستسعاءُ[١٦] لما

---

(١) العبد.

(٢) قوله: "ثم المعتبر يسار إلخ" أى الاعتبار في يسار المعتق الذى يجب به عليه الضمان هو يسار التيسير. (ب)

(٣) المعتق.

(٤) أى بيسار التيسير.

(٥) جانب المعتق والساكت. (عناية)

(٦) بيان ما.

(٧) قوله: "ثم التخريج إلخ" يعنى إذا علم أن هذه المسألة مبنية على حرفين أى أصلين، بقى الكلام في التخريج، وهو على قولهما ظاهر؛ لأن الإعتاق إذا لم يكن متجزئا كان المعتق موقعًا للعتق في النصيبين جميعا، ويساره مانع عن السعاية، فوجب عليه الضمان، فانتفى السعاية. ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد؛ لعدم السعاية عليه في حال اليسار للأصل الثاني، فلو رجع، لكان عليه السعاية. (عناية)

(٨) على العبد.

(٩) الأصل الأول. (عينى)

(١٠) الإمام.

(١١) أى للشريك. (عناية)

(١٢) الإمام.

(١٣) بالرفع أى وخيار التضمين. (عينى)

(١٤) قوله: "ونحو ذلك" كالتصدق والوصية. (عينى)

بينا . ويرجع المعتِق بما ضمن على العبد؛ لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان[١]، وقد كان له ذلك[٢] بالاستسعاء، فكذلك للمعتِق، ولأنه ملكه[٣] بأداء الضمان ضمنًا[٤]، فيصير كأنّ الكلّ له، وقد[٥] أعتق بعضَه.

فله أن يُعتق الباقى، أو يَستسعى إن شاء، والولاء للمعتِق فى هذا الوجه[٦]؛ لأنّ العتق كلّه من جهته حيث ملكه[٧] بأداء الضمان، وفى حال إعسار المعتِق إن شاء[٨] أعتق؛ لبقاء ملكه، وإن شاء استسعى؛ لما بينا[٩].

والولاء له[١٠] فى الوجهين[١١]؛ لأن العتق من جهته، ولا يرجع المستسعى على المعتِقِ بما أدّى[١٢] بإجماعٍ بيننا؛ لأنه[١٣] يَسعى لفكاك رقبته،

---

(١٥) قوله: "وتوابعه" أى توابع الإعتاق كالتدبير، والكتابة، والاستيلاد. (عينى)

(١٦) قوله: "والاستسعاء" معطوف على قوله: والتضمين، وقوله: لما بينا إشارة إلى قوله: وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد، وهو مبنى على الأصل الثانى. (عناية)

(١) إلى الساكت.

(٢) قوله: "وقد كان له [أى للساكت] ذلك" أى أخذ القيمة بالاستسعاء بناءً على الأصل الثانى، فكذا من قام مقامه. (عناية)

(٣) العبد.

(٤) قوله: "ضمنًا" جواب عما يقال: المكاتب لا يقبل النقل، والمستسعى كالمكاتب، فكيف قبل ذلك؟ وتقريره أن ذلك ضمنى، والضمنيات لا تعتبر. (عناية)

(٥) الواو حالية.

(٦) أى إذا ضمن للمعتق.

(٧) العبد.

(٨) أى الشريك الساكت.

(٩) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: احتبست مالية نصيبه إلخ. (عناية)

(١٠) أى للشريك الساكت.

(١١) أى الإعتاق والاستسعاء فى نصيبه. (عينى)

(١٢) إلى الشريك الساكت.

أو لا يَقْضى[١] دينًا على المعتِقِ؛ إذ لا شىء عليه لعسرته، بخلاف المرهون[٢] إذا أعتقه الراهنُ المعسِر؛ لأنه يَسعى فى رقبة قد فُكّت، أو يقضى دينًا على الراهن، فلهذا يرجع عليه[٣]، وقولُ الشافعى فى الموسِر كقولهما. وقال[٤] فى المعسِر: يبقى نصيب الساكتِ على ملكه يُباع ويُوهب؛ لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك[٥] لإعساره، ولا إلى السعاية؛ لأن العبد ليس بجانٍ، ولا راضٍ به[٦]، ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالسّاكت، فتعين ما عيناه[٧]. قلنا[٨]: إلى الاستسعاء سبيل؛ لأنه لا يفتقر[٩] إلى الجناية[١٠]، بل يبتنى على احتباس المالية[١١]، فلا يُصار إلى الجمع[١٢] بين القوة الموجبة[١٣] للمالكية، والضعف السالب[١٤] لها فى

(١٣) العبد.

(١) العبد.

(٢) العبد.

(٣) الراهن.

(٤) أى الشافعى. (عينى)

(٥) المعتق.

(٦) قوله: "ولا راضٍ به" أى بالإعتاق؛ لأن الرضاء إنما يتحقق بعد العلم، والمولى منفرد بالإعتاق، فلا يكون العبد عالمًا به، فلا يكون راضيًا به. (عناية)

(٧) يعنى عتق ما عتق، ورق ما رق. (عناية)

(٨) جواب الشافعى.

(٩) أى فى وجوده.

(١٠) كما فى إعتاق العبد المرهون إذا كان الراهن معسرًا. (عناية)

(١١) وهو موجود.

(١٢) قوله: "فلا يصار إلخ" قال الكاكى: قوله: فلا يصار إلى الجمع إلخ يعنى كونه حرًا فى نصفه، رقيقًا فى نصفه. (عينى)
قوله: "فلا يصار" أى إذا كان إلى الاستسعاء سبيل، فلا يصار إلخ.

(١٣) الحاصلة من إعتاق البعض. (عناية)

شخص واحد. قال[١]: ولو شهد[٢] كلّ واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق[٣]، سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه، موسرين كانا أو معسِرين عند أبي حنيفة، وكذا إذا كان أحدهما موسِرًا، والآخرُ معسِرًا؛ لأن كلّ واحد منهما يزعم أن صاحبَه أعتق نصيبه، فصار[٤] مكاتبًا في زعمه عنده[٥]، وحرم عليه الاسترقاق، فيُصَدّق في حقّ نفسه، فيُمنع من استرقاقه[٦] ويَستسعيه[٧]؛ لأنا تيقنا بحقّ الاستسعاء، كاذبًا كان أو صادقًا؛ لأنه[٨] مكاتَبه[٩]، أو مملوكه، فلهذا يستسعيانه، ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار؛ لأن حقّه[١٠] في الحالين[١١] في أحد شيئين[١٢]؛ لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده[١٣]، وقد تعذر التضمين[١٤]؛ لإنكار

(١٤) بصحة البيع وأمثاله.

(١) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٢) أي أقر. (عيني)

(٣) أي بالإعتاق.

(٤) العبد.

(٥) الإمام الأعظم.

(٦) العبد.

(٧) العبد.

(٨) قوله: "لأنه" أي لأن العبد مكاتبه على تقدير الصدق، أو مملوكه على تقدير الكذب، وكسب المملوك لمولاه، وهذا لف ونشر مشوش. (عيني)

(٩) قوله: "مكاتبه أو مملوكه" لأن المولى إذا كان كاذبا في قوله: أعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى. والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى، وإذا كان صادقًا في قوله: أعتق شريكي يكون مقرًا بأن العبد صار مكاتبًا باعتبار تجزئ الإعتاق عند أبي حنيفة، فكان الاستسعاء حينئذٍ بمنزلة أخذ بدل الكتابة، وذلك جائز أيضًا. (عناية)

(١٠) المولى.

(١١) أي في حال اليسار والإعسار.

(١٢) التضمين أوالاستسعاء.

(١٣) الإمام الأعظم.

الشريك، فتعين الآخرُ، وهو السعاية، والولاءُ لهما[(١)]؛ لأن كلا منهما يقول: عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه، وولاءه له، ووعتق نصيبي بالسعاية، وولاءُه لي. وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانا موسِرين، فلا سعاية عليه[(٢)]؛ لأن كلّ واحد منهما[(٣)] يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه؛ لأن يسار المعتِق يمنع السعاية عندهما[(٤)] إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر، والبراءةُ عن السعاية قد تثبت لإقراره على نفسه.

وإن كانا معسرين، سعى[(٥)] لهما؛ لأن كل واحد منهما يدعى السعايةَ عليه[(٦)]، صادقًا كان أو كاذبًا، على ما بيناه[(٧)]، إذا المعتِق معسِر.

وإن كان أحدهما موسِراً والآخرُ معسِراً، سعى للموسِر منهما؛ لأنه[(٨)] لا يدعى الضمان على صاحبه؛ لإعساره، وإنما يدعى عليه السعايةَ، ولا يتبرأ عنه[(٩)]، ولا يسعى للمعسِر منهما؛ لأنه[(١٠)] يدعى

(١٤) قوله: "وقد تعذر إلخ التضمين إلخ" اعترض عليه بأنه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف، فإنه لما أنكر، يحلف، فإذا نكل، وجب الضمان.
وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه يحلف، ولم يجب الضمان على تقدير الحلف، فتتعين السعاية، فلا فائدة في التحليف، بل يتعين السعاية بلا تحليف؛ لأن مآله إليه. (ع)

(١) أي للشريكين.

(٢) العبد.

(٣) الشريكين.

(٤) الصاحبين.

(٥) العبد.

(٦) العبد.

(٧) قوله: "على ما بيناه" يريد به قوله: لأنا تيقنا بحق الاستسعاء، كاذبًا كان أو صادقًا، كذا في "النهاية"، وقيل: هو إشارة إلى قوله: لأنه مكاتبه أو مملوكه. (عناية)

(٨) الموسر.

(٩) أي عن السعاية.

(١٠) المعسر.

الضمان على صاحبه؛ ليساره[١]، فيكون[٢] مبرِّئًا للعبد عن السعاية، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما؛ لأن كل واحد منهما يُحيله[٣] على صاحبه، وهو[٤] يتبرأ عنه[٥]، فيبقى[٦] موقوفًا إلى أن يتفقا[٧] على إعتاق أحدهما. ولو قال أحد الشريكين: إن لم يدخل فلان هذه الدار غدًا، فهو حرّ، وقال الآخرُ: إن دخل[٨]، فهو حر، فمضى الغد، ولا يدرى أ دخل[٩] أم لا، عتق النصفُ، وسعى لهما في النصف، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: يسعى فى جميع قيمته[١٠]؛ لأنه المقضى عليه[١١] بسقوط السعاية مجهول[١٢]، ولا يمكن القضاء على المجهول، فصار كما إذا قال لغيره: لك على أحدنا ألف درهم، فإنه لا يقضى بشيءٍ للجهالة، كذا هذا. ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية؛ لأن أحدهما حانثٌ بيقين، ومع التيقن بسقوط النصف، كيف يقضى بوجوب الكل؟

(١) أى ليسار الصاحب.
(٢) المعسر.
(٣) الولاء.
(٤) أى صاحبه.
(٥) لأنه جاحد.
(٦) الولاء.
(٧) الشريكان.
(٨) فلان هذه الدار.
(٩) فلان.
(١٠) قوله: "يسعى فى جميع قيمته" بينهما نصفين إن كانا معسرين، وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شيء، وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، سعى فى نصف قيمته للموسر منهما؛ لأن المعسر يتبرأ عن السعاية، والموسر يدعيها، فإن يسار المعتق عنده أيضاً يمنع وجوب ا لسعاية، ووجه قول محمد: إن كانا معسرين أن المقضى عليه إلخ. (عناية)
(١١) وهو الحانث منهما. (عناية)
(١٢) لأنه إما هذا، أو هذا.

والجهالةُ ترتفع(١) بالشيوع والتوزيع(٢)، كما إذا أعتق أحد عبديه، لا بعينه(٣)، أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر، أو البيان، ويتأتى التفريع فيه(٤) على أن اليسار هل يَمنع السعاية أو لا يَمنعها على الاختلاف الذى سبق(٥). ولو حلفا على عبدين(٦)، كل واحد منهما لأحدهما لم يعتق واحد منهما؛ لأن المقضى عليه(٧) بالعتق مجهولٌ، وكذلك المقضى له(٨)، فتفاحشت الجهالة، فامتنع القضاء، وفى العبد الواحد(٩) المقضى به معلوم، فغلب المعلوم المجهول. وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما، عتق نصيب الأب؛ لأنه مَلك شِقصَ قريبه، وشراؤه إعتاقٌ على ما مر(١٠).

---

(١) قوله: "والجهالة ترتفع إلخ" هذا جواب عن قوله: لأن المقضي عليه مجهول، وتقريره: أن الجهالة ترتفع بالشيوع، أى بشيوع النصف الذى عتق، والتوزيع، أى وبتوزيعه؛ لأن بالتوزيع يصير المقضى عليه المولیان، ولا جهالة فيهما. (عينى)

(٢) قوله: "والتوزيع" فإن قيل: في التوزيع فساد، وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق، وإيجابه للمعتق. وأجيب بأن ذلك محتمل ضرورة دفع الضرر عن العبد، وذلك لأنا لو لم نقل بالتوزيع، وقلنا بوجوب كل السعاية، كما قال محمد، كان فيه إبطال حق العبد من كل وجه، وأما إذا قلنا بالتوزيع، فقد كان فيه إبطال حق غير المعتق من وجه، فكان التوزيع أولى. (عناية)

(٣) قوله: "لا بعينه" بأن قال لعبديه: أحدهما حر، ولم يعينه، أو عينه أي لو قال: أحدهما حر، وعينه ونسبه، أى نسبه الذى عينه، ومات قبل التذكر، أو البيان، فإنه يعتق من كل واحد منهما نصفه، ويسعى كل واحد منهما فى نصفه. (عينى)

(٤) أي فى هذا الوجه. (عينى)

(٥) قوله: "على الاختلاف الذى سبق" وهو أن اليسار لا يمنع السعاية عند أبى حنيفة، وعندهما يمنع. (عينى)

(٦) قوله: "ولو حلفا إلخ" يعني إذا كان لكل واحد منهما عبد على حدة، فقال أحدهما: إن دخل فلان الدار غدا، فعبدى حر، وقال الآخر: إن لم يدخل فعبدى حرّ، فمضى الغد، ولم يدر الدخول وعدمه. (عينى)

(٧) هو المولى. (عينى)

(٨) وهو العبد. (عينى)

(٩) قوله: "وفي العبد الواحد" بين اثنين المقضى عليه، وكذا المقضى به، وهو عتق نصف العبد معلوم، فغلب المعلوم المجهول؛ لأن المعلوم أكثر من المجهول. (عينى)

(١٠) فى فصل من ملك ذا رحم محرم. (عينى)

ولا ضمان عليه(١) علم الآخر أنه ابن شريكه، أو لم يَعلم(٢)، وكذلك إذا ورثاه(٣)، والشريكُ بالخيار إن شاء أعتق نصيبَه، وإن شاء استسعى العبد، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: في الشراء(٤) يضمن الأب نصفَ قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً، سعى الابن في نصف قيمته لشريكِ أبيه. وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه(٥) بهبةٍ(٦)، أو صدقةٍ، أو وصيةٍ، وعلى هذا إذا اشتراه(٧) رجلان، وأحدُهما(٨) قد حلف بعتقه إن اشترى نصفَه(٩). لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق؛ لأن شراء القريب إعتاق، وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين، فأعتق أحدهما نصيبه(١٠).

وله أنه(١١) رضي بإفساد نصيبه، فلا يضمنه، كما إذا أذن(١٢) له(١٣)

(١) أي على الأب.

(٢) يعني بالاتفاق. (عناية)

(٣) قوله: "وكذلك إذا ورثاه إلخ" صورته امرأة اشترت ابن زوجها، فماتت عن أخ وزوج، كان النصف للزوج، ويعتق عليه، أو امرأة لها زوج وأب، ولها غلام، وهو أبو زوجها، فماتت المرأة، صار غلامها ميراثًا بين زوجها وأبيها. (عناية)

(٤) أي لا في صورة الوراثة.

(٥) أي إذا ملك الأب، والآخر ابنه. (عيني)

(٦) قوله: "بهبة" أي بأن وهبه لهما رجل، أو صدقة بأن تصدق به شخص عليهما، أو وصية بأن أوصى به شخص لهما. (عيني)

(٧) العبد.

(٨) الواو للحال.

(٩) قوله: "إن اشترى نصفه [العبد]" إنما قيد بالنصف؛ لأنه إذا حلف بعتقه، ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه؛ لأن الشرط شراء كل العبد، ولم يوجد. (ع)

(١٠) قوله: "فأعتق أحدهما نصيبه" فإن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، فيضمن لصاحبه قيمة نصيبه إن كان موسراً، وإلا فالعبد يسعى. (عيني)

(١١) أي أن الشريك الآخر.

(١٢) أحد الشريكين.

(١٣) أي للشريك الآخر.

بإعتاق نصيبه صريحًا[١]، ودلالةُ ذلك[٢] أنه شاركه[٣] فيما هو علة العتق، وهو الشراء؛ لأن شراء القريب إعتاق، حتى يخرج به[٤] عن عهدة الكفارة عندنا[٥]، وهذا ضمان إفساد[٦] في ظاهر قولهما[٧]، حتى يختلف باليسار والإعسار، فيسقط بالرضاء.

ولا يختلف الجواب بين العلم[٨] وعدمه، وهو ظاهر الرواية[٩] عنه؛ لأن الحكم يدار على السبب[١٠]، كما إذا قال لغيره: كُلْ هذا الطعامَ، وهو[١١] مملوك للآمر، ولا يعلم الآمر بملكه.

وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفَه[١٢]، ثم اشترى الأب نصفَه الآخر،

(١) قوله: "بإعتاق نصيبه صريحًا" بأن قال له: أعتق نصيبك، فأعتقه لا يضمن. (عناية)

(٢) أي الدليل على رضاه بإفساد نصيبه. (عناية)

(٣) قوله: "أنه شاركه إلخ" والمشاركة في علة العتق رضى بالعتق لا محالة، والمراد بالعلة، علة العلة؛ لأن الشراء علة التملك، والتملك في القريب علة العتق، والحكم يضاف إلى علة العلة، إذا لم يصلح العلة الإضافة إليها، وههنا كذلك؛ لأن التملك حكم شرعي، يثبت بعد بمباشرة علته بغير اختيار، بخلاف الإرث، فإنه لا إعتاق هناك، ولهذا لا يخرج به عن الكفارة. (عناية)

(٤) أي بشراء القريب.

(٥) خلافًا للشافعي. (عيني)

(٦) قوله: "وهذا ضمان إلخ" يجوز أن يكون جوابًا عما يقال: إنما كان الرضى مسقطًا للضمان أن لو كان ضمان إفساد. وأما إذا كان ضمان تملك، فلا يسقط به، كما لو استولد أحد الشريكين الجارية بإذنه، فإنه لا يسقط به الضمان؛ لأنه ضمان تملك؛ إذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد، لا للعتق، فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق، وهو غير موضوع له، فكان ضمان تملك. (عناية)

(٧) قوله: "في ظاهر قولهما" قيد بقوله: في ظاهر قولهما؛ لأنه روى عن أبي يوسف أن هذا ضمان تملك، فلا يختلف باليسار والإعسار، فلا يسقط الضمان. (عناية)

(٨) أي بالقرابة. (عناية)

(٩) قوله: "وهو ظاهر الرواية" وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين ما إذا كان عالمًا بالقرابة، وبين ما إذا لم يكن عالمًا بها في حكم الضمان؛ لأن الرضاء لا يتحقق إلا إذا كان عالمًا بها. (عناية)

(١٠) أي العلة، والسبب قد وجد. (عناية)

(١١) الواو حالية.

(١٢) أي نصف ابن الرجل.

و[1] هو[2] موسر، فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمّن الأب؛ لأنه ما رضي بإفساد نصيبه، وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته؛ لاحتباس ماليته عنده[3]، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن يسار المعتِق لا يمنع السعاية عنده، وقالا: لا خيار له، ويضمن الأب نصف قيمته؛ لأن يسار المعتِق يمنع السعاية عندهما.

ومَن اشترى نصفَ ابنه، و[4] هو[5] موسر، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالا: يضمن إذا كان موسراً، ومعناه[6] إذا اشترى نصفَه ممن يملك كله[7]، فلا يضمن[8] لبائعه شيئًا عنده[9]، والوجهُ قد ذكرناه[10].

وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر، فدبر أحدهم، و[11] هو موسر، ثم أعتقه الآخر، و[12] هو موسر، فأرادوا الضمان[13]، فللساكت أن يضمن المدبر

(١) الواو حالية.

(٢) الأب.

(٣) الابن.

(٤) الواو حالية.

(٥) أي المشتري.

(٦) قوله: "ومعناه إلخ" هذه المسألة من مسائل "الجامع الصغير"، وأوضحها المصنف بقوله: ومعناه إلخ.(ب)

(٧) قوله: "فمن يملك كله" لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه، يضمن للساكت بالإجماع.(ع)

(٨) أي المشترى الأب.

(٩) قوله: "عنده" أي عند أبي حنيفة؛ لأنه رضي بإفساد نصيبه لمشاركته فيما هو علة العتق، وعندهما يضمن؛ لأنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق. (عيني)

(١٠) قوله: "قد ذكرناه" إشارة إلى قوله: لهما أنه أبطل، وله أنه رضي. (عناية)

(١١) الواو حالية.

(١٢) والواو للحال.

(١٣) قوله: "فأرادوا الضمان" أي أرادا لأن مريد الضمان إنما هو الساكت، والمدبر دون المعتق، فكان المراد

ثلث قيمته قِنًّا، ولا يضمن المعتِق، وللمدبِّر أن يضمن[1] المعتِقَ ثلث قيمته[2] مدبّرًا، ولا يضمنه الثلث الذى ضمن[3]، وهذا عند أبى حنيفة.

وقالا: العبد كله للذى دبره[4] أول مرة، ويضمن ثلثى قيمته لشريكَيْه، موسرًا كان أو معسرًا. وأصلُ هذا أن التدبير يتجزأ عند أبى حنيفة، خلافًا لهما كالإعتاق[5]؛ لأنه شُعبةٌ من شُعبه، فيكون معتبرًا به، ولما كان[6] متجزئًا عنده[7]، اقتصر على نصيبه، وقد أفسد[8] بالتدبير نصيبَ الآخرين، فلكل واحد منهما أن يُدَبِّر نصيبه، أو يُعتِق، أو يكاتب، أو يضمّن المدبّر، أو يستسعىَ العبد، أو يتركه على حاله؛ لأن نصيبه[9] باقٍ على ملكه فاسدًا بإفساد شريكه[10]، حيث سد[11] عليه[12] طرقَ الانتفاع

بالجمع التثنية، أو أطلق الجمع بطريق التغليب. (عناية)

(١) قوله: "أن يضمن" وبيانه: أن قيمة العبد إن كانت سبعة وعشرين دينارًا مثلا، فإن الساكت يضمن المدبر تسعة، والمدبر يضمن المعتق ستة؛ لأن قيمة المدبر ثلثا قيمة قن، فبالتدبير تلف منه تسعة، فكان الإتلاف بالإعتاق واقعا بثلثى قيمة المدبر، وهى ثلثا قيمة القن، وهو ثمانية عشر دينارًا، وثلثها ستة، فيضمن المدبر المعتق بتلك الستة فقط، ولا يضمن التسعة. (حاشية چلپى بر شرح وقاية)

(٢) قوله: "ثلث قيمته [العبد] إلخ" وبيان ذلك أن قيمة العبد إذا كانت سبعة وعشرين دينارًا مثلا، فإن الساكت يضمن المدبر تسعة، والمدبر يضمن المعتق ستة، وذلك لأن قيمة المدبر ثلثا قيمة القن؛ لما يذكره، فبالتدبير تلفت منه تسعة، فكان الإتلاف بالإعتاق واقعًا على قيمة المدبر، وهى ثلثا قيمة القن، وهو ثمانية عشر، وثلث ثمانية عشر ستة، فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط، ولا يضمن التسعة التى هى نصيب الساكت مع تلك الستة التى يضمن إياها. (عناية)

(٣) للساكت.

(٤) والإعتاق باطل.

(٥) فإنه يتجزأ عنده خلافًا لهما.

(٦) التدبير.

(٧) الإمام.

(٨) أى المدبر بكسر الباء.

(٩) كل واحد.

(١٠) الذى دبر.

به[(١)] بيعًا وهبةً على ما مر[(٢)]. فإذا اختار أحدهما العتق تعيّن حقّه فيه[(٣)]، وسقط اختيار غيره، فتوجه للساكت سببا ضمان: تدبير المدبِّر، وإعتاقُ هذا المعتِق، غير أن[(٤)] له[(٥)] أن يضمن المدبر؛ ليكون الضمان ضمان معاوضة؛ إذ هو[(٦)] الأصل حتى جعل الغصب[(٧)] ضمان معاوضة على أصلنا، وأمكن ذلك[(٨)] في التدبير[(٩)]؛ لكونه قابلا للنقل من ملكٍ إلى ملكٍ وقت التدبير، ولا يمكن ذلك[(١٠)] في الإعتاق؛ لأنه[(١١)] عند ذلك[(١٢)] مكاتبٌ، أو حرٌّ على اختلاف الأصلين[(١٣)]، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل

---

(١١) أى الذى دبر.

(١٢) أي على كل أحد من الآخرين.

(١) أى بالعبد.

(٢) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: لأن المعتق جان عليه بإفسادنصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة إلخ.(ع)

(٣) أى فى العتق.

(٤) قوله: "غير أن إلخ" بيان حصر الزمان على المدبر بعد ما كان الإعتاق أيضًا سبب الضمان، وتقرير ذلك أن ضمان المدبر ضمان معاوضة، وضمان المعتق ضمان جناية وإتلاف، والأصل فى الضمان هو ضمان المعاوضة، فلا يعدل إلى غيره إلا عند العجز. وأما إن ضمان المدبر ضمان معاوضة، فلأنه يضمن ما أتلفه بالتدبير، وهو كان قابلا للنقل، فكان ضمانه مقابلا بذلك، فانعقد سبب الضمان موجبا لملك المضمون، بخلاف زمان الإعتاق، فإنه يضمن ما أتلفه، وما أتلفه كان بعد تدبير المدبر، وذلك غير قابل للنقل، فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون، وذلك خالص ضمان الجناية. (ع)

(٥) أى للساكت.

(٦) أى ضمان المعاوضة.

(٧) قوله: "حتى جعل الغصب إلخ" وقال الكاشاني: الدليل على أن الغصب ضمان معاوضة مسألة المأذون، وهى أن إقراره بالغصب يصح، مع أن إقراره بالضمان بالإتلاف مؤخر إلى ما بعد العتق(ب)

(٨) أى كون الضمان ضمان المعاوضة.

(٩) أى فى ضمان التدبير.

(١٠) أى النقل من ملك إلى ملك.

(١١) العبد.

(١٢) الإعتاق.

(١٣) قوله: "مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين" يعنى أن معتق بعض العبد مكاتب عند أبى

الانتقال، فلهذا يضمن[١] المدبِّرَ.

ثم للمدبّر أن يضمن المعتِقَ ثلث قيمته[٢] مدبرًا؛ لأنه أفسد عليه نصيبَه مدبّرًا، والضمان يتقدر بقيمة المتلَفِ، وقيمة المدبّر ثلثا قيمته قنًا على ما قالوا[٣]، ولا يضمنه[٤] قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت؛ لأن ملكه[٥] ثبت[٦] مستندًا[٧]، ولهذا ثابتٌ من وجه[٨] دون وجه[٩]، فلا يظهر[١٠] في حق التضمين. والولاء بين المعتِق والمدبِّر أثلاثًا، ثلثاه للمدبّر، والثلث للمعتِق؛ لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار[١١]،

حنيفة، وعندهما حر عليه دين. وقال الإمام جلال الدين ابن المصنف: قوله: مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين غير مستقيم، وكذا قوله: ولا بد من رضا المكاتب نتيجة؛ لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب، ولا حر، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق، والمستسعي عند أبي حنيفة، وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا ينفسخ بالعجز، ولا بالتفاسخ، وإنما الصحيح أن يقال: لأنه عند ذلك مدبر. (عيني)

(١) الساكت.

(٢) العبد.

(٣) قوله: "على ما قالوا" إشارة إلى أن فيه اختلافًا، قال بعضهم: نصف قيمة القن؛ لأن قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكله، ومنفعة الإجارة وما شاكلها، وقد زال أحدهما، وهو البيع، وبقي الآخر، وقال بعضهم: قيمة الخدمة، ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحرز والظن.
والأصح ما قاله في الكتاب؛ لأن منفعة الوطئ والسعاية باقية، ومنفعة البيع زائلة، وقيل: الفتوى على الأولى. (عناية)

(٤) قوله: "ولا يضمنه إلخ" يعني أن المدبر لما أدى ضمان نصيب الساكت، و ثلث قيمته قنا، ملك المدبر نصيب الساكت، واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد، وله أن يضمن قيمة ما كان له في الأصل، وهو الثلث مدبرًا؛ لأن نصيبه بعد التدبير كان منتفعا به من الوجه الذي ذكرنا، وفسد بالإعتاق، فيضمن، وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي تملك عن الساكت بأداء الضمان. (عناية)

(٥) المضمون.

(٦) أي وقت التدبير. (عيني)

(٧) أي المستند.

(٨) نظرًا إلى حال أداء الضمان.

(٩) نظرًا إلى حال التدبير.

(١٠) هذا الملك.

(١١) قوله: "على هذا المقدار [أي على التثليث]" فإن قيل: لو كان أداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر،

وإذا لم يكن التدبير متجزئًا عندهما[١]، صار كلُّه[٢] مدبَّرًا للمدبِّر[٣]، وقد أفسد نصيب شريكَيه[٤]؛ لما بينا[٥]، فيضمنه[٦]، ولا يختلف[٧] باليسار والإعسار؛ لأنه ضمان تملك[٨]، فأشبه الاستيلاد[٩]، بخلاف الإعتاق[١٠]؛ لأنه ضمان جناية[١١]، والولاء كله للمدبر، وهذا ظاهر[١٢].

وإذا كانت جارية بين رجلين، زعم أحدُهما أنها أم ولد لصاحبه، وأنكر ذلك الآخر، فهي موقوفة يومًا[١٣]، ويومًا تخدم للمنكِر عند أبي حنيفة. وقالا: إن شاء المنكِر استسعى الجاريةَ في نصف قيمتها، ثم

كان للمعتق ثلثا الولاء؛ لأنه أدى إلى المدبر ثلث قيمته مدبراً. أجيب بأن ضمان المعتق إلى المدبر ضمان إتلاف، لا ضمان معاوضة؛ لما ذكرنا أن المدبر غير قابل للنقل من ملك إلى ملك، فلم يملك المعتق شيئًا بمقابلة ما ضمن. وأما المدبر: فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستنداً إلى وقت التدبير على ما مر، فصار كأنه دبر ثلثيه، من الابتداء، فيثبت له ثلثا الولاء، وللمعتق الثلث لما أن نصيب الساكت بعد ما انتقل إلى المدبر، لا ينتقل إلى المعتق. (عناية)

(١) الصاحبين.

(٢) العبد.

(٣) المدبر بكسر الباء.

(٤) المعتق والساكت.

(٥) قوله: "لما بينا" أراد به عند قوله: فيما مضى عن قريب: العبد الذى دبر أول مرة، ويضمن ثلثي قيمته لشريكه، موسراً كان أو معسراً. (عيني)

(٦) أي فيضمن نصيب شريكيه.

(٧) هذا الضمان.

(٨) قوله: "لأنه ضمان تملك" أي ضمان التدبير ضمان تملك؛ لأنه يملك كسبه وخدمته، فلا يختلف باليسار والإعسار. (عناية)

(٩) قوله: "فأشبه الاستيلاد" أي فأشبه هذا الضمان ضمان الاستيلاد بأن كانت جارية بين اثنين، فجاء بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه، ويضمن قيمتها لشريكه. (عيني)

(١٠) أي بخلاف ضمان الإعتاق.

(١١) وهو لا يختلف باليسار والإعسار.

(١٢) فإنه ملك كله.

(١٣) قوله: "فهي موقوفة يومًا" أي ترفع عنها الخدمة. (عناية)

تكون حرةً، لا سبيل عليها[١] . لهما[٢] : أنه لما لم يصدقه صاحبُه انقلب إقرار المقِرّ عليه كأنه استولدها، فصار كما إذا أقر المشترى على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع، يجعل كأنه أعتق، كذا هذا، فيمتنع الخدمة[٣]، ونصيبُ المنكر على ملكه فى الحكم، فيخرج إلى الإعتاق بالسعاية كأم ولد النصرانى إذا أسلمت[٤] . ولأبى حنيفة أن المِقرّ لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر[٥]، ولو كذب كان له نصف الخدمة[٦]، فيثبت ما هو المتيقن به، وهو النصف[٧]، ولا خدمةَ للشريك الشاهد ولا استسعاء؛ لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد[٨] والضمان، والإقرارُ بأمومية الولد[٩] يتضمن الإقرار بالنسب، وهذا[١٠] أمر لازم، ولا يرتد بالرد، فلا يمكن أن

---

(١) أى للمقر بالاستسعاء. (عناية)

(٢) قوله: "لهما أنه إلخ" تقريره أن المقر لو أقر على نفسه بالاستيلاد صح، فإذا أضافه إلى من يملك، ولم يصدق ذلك انقلب إقراره عليه. (عناية)

(٣) قوله: "فيمتنع الخدمة إلخ" أى إذا انقلب إقرار المقر على نفسه، امتنع الخدمة للمنكر؛ لأن المقر صار بإقراره كالمستولد لها، ولا يمكن للمنكر تضمين المقر؛ لأنه ما أقر على نفسه بالاستيلاد، فكان نصيب المنكر على ملكه فى الحكم محتبسا عند الجارية، فيخرج إلخ. (عناية)

(٤) قوله: "كأم ولد النصرانى إذا أسلمت" تخرج إلى العتق بالسعاية؛ لتعذر إبقاءها فى يد المولى، وملكه بعد إسلامها، وإصراره على الكفر. (ع)

(٥) لأنها أم ولد له. (عينى)

(٦) لأنها قنة بينهما.

(٧) فتخدم يومًا للمنكر.

(٨) قوله: "بدعوى إلخ" أى أما عن الخدمة: فبدعوى الاستيلاد، وأما عن الاستسعاء: فبدعوى الضمان، ففى كلامه لف ونشر على ما ترى. (ع)

(٩) قوله: "وللإقرار إلخ" جواب عن قولهما: كأنه استولدها يعنى أنه لما أقر بأمومية الولد تضمن إقراره بها الإقرار بالنسب، والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد، حتى إن الرجل إذا أقر بنسب صغير لرجل، وكذبه المقر له، ثم أقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح؛ لأن ا لنسب لا يرتد بالرد، فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد. (عناية)

(١٠) الإقرار بالنسب.

يُجعل المقِر كالمستولِدِ.

وإن كانت أم ولد بينهما[١]، فأعتقها أحدُهما، وهو موسرٌ، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة. وقالا: يضمن نصف قيمتها؛ لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده، ومتقومة عندهما

وعلى هذا الأصل تبتنى عدةٌ من المسائل أوردناها في "كفاية المنتهى"[٢]. وجه قولهما[٣]: إنها منتفع بها[٤] وطئًا، وإجارةً، واستخدامًا، وهذا هو دلالة التقوّم، وبامتناع بيعها[٥] لا يسقط تقومها، كما في المدبَّر[٦]، ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية[٧]، وهذا آية التقوم غير أن قيمتها[٨] ثلثُ قيمتها قنة على ما قالوا؛ لفوات منفعة البيع[٩] والسعاية بعد الموت[١٠]، بخلاف المدبّر[١١]؛ لأن

(١) بأن ولدت جارية بين الرجلين ولداً فادعياه. (عناية)

(٢) قوله: "أوردناها في كفاية المنتهى" وكفاية المنتهى اليوم مفقود، ولكن المسائل التي تبتنى على الأصل مشهورة مذكورة في الكتب. منها: أنه إذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده، وعندهما تسعى، ومنها: إذا ولدت بعد ذلك، فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه، وعتق، ولا يضمن من قيمته شيئًا لشريكه عنده، وعندهما تضمن لشريكه نصف قيمته إن كان موسراً، ويسعى الولد في النصف إذا كان معسراً، ومنها: لو غصبها غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده، ويضمنها عندهما. (عيني)

(٣) في تقوم أم الولد. (عناية)

(٤) بالاتفاق.

(٥) قوله: "وبامتناع بيعها إلخ" أي إن عورض بأن بيعها ممتنع، وذلك دليل على عدم التقوم أجاب بقوله: وبامتناع إلخ. (عناية)

(٦) فإنه يمتنع بيعه، وهو متقوم. (عيني)

(٧) كما مر.

(٨) بيان لمقدار القيمة. (عناية)

(٩) ويبقى الاستخدام.

(١٠) قوله: "والسعاية بعد الموت" أي موت المولى فإنها لا تسعى للغرماء، ولا للورثة. (عيني)

(١١) فإن قيمته ثلثا قيمته قنًا.

الفائت[١] منفعة البيع، أما السعاية والاستخدام: فباقيان[٢].

ولأبى حنيفة أن التقوم بالإحراز[٣]، وهى محرزة للنسب، لا للتقوم، والإحراز للتقوم تابع، ولهذا[٤] لا تسعى[٥] لغريم، ولا لوارث، بخلاف المدبّر[٦]، وهذا[٧] لأن السبب فيها[٨] متحقق فى الحال، وهو الجزئية الثابتة[٩] بواسطة الولد على ما عرف فى حرمة المصاهرة[١٠]، إلا أنه لم يظهر عملُه فى حقِّ الملك[١١] ضرورة الانتفاع، فعمل السبب فى إسقاط التقوم، وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت[١٢]، وامتناعُ البيع[١٣] فيه لتحقق مقصوده[١٤]، فافترقا[١٥]، وفى أم ولد

---

(١) أى فى المدبر

(٢) قوله: "فباقيان" فإنه يسعى للغرماء، ويخدم مولاه إلى أن يموت. (عينى)

(٣) قوله: "أن التقوم إلخ" يعنى أن التقوم بالإحراز للتمول، والإحراز للتمول فى أم الولد؛ لأنها محرزة للنسب لا للتمول. وقوله: لا للتقوم معناه لا للتمول، وكذلك فى قوله: والإحراز للتقوم تابع أى ليس بمقصوده؛ لأنه إذا خصها، واستولدها ظهر أن إحرازه للاستمتاع بملك المتعة، لا لقصد التمول. (عناية)

(٤) أى لكونها محرزة للنسب. (عينى)

(٥) أم الولد.

(٦) قوله: "بخلاف المدبر" جواب عن قولهما: كما فى المدبر يعنى بخلاف المدبر، فإنه ليس بمحرز للنسب، ولهذا يتعلق به حق الغرماء. (عناية)

(٧) إشارة إلى الفرق بين أم الولد والمدبر. (عناية)

(٨) أم الولد.

(٩) بين المولى وأم الولد.

(١٠) قوله: "على ما عرف فى حرمة المصاهرة" لأنه لما حصل الولد من مائين، بحيث لا يتمازج أحدهما عن الآخر صار أصوله وفروعه كأصولها وفروعها، وبالعكس. (عينى)

(١١) قوله: "فى حق الملك" أى فى حق زوال الملك ضرورة الانتفاع، كما لم يظهر فى زوال ملك النكاح لذلك، ولا ضرورة فى عدم إسقاط التقوم، فعمل فيه السبب. (عناية)

(١٢) قوله: "ينعقد السبب إلخ" لأن قوله: إن مت فأنت حر تعليق محض، والمعلق بالشرط لا ينعقد سببًا عندنا قبل وجوده على ما عرف. (عناية)

(١٣) قوله: "وامتناع إلخ" جواب عن قولهما: وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها، وتقريره كان القياس أن لا

النصراني[١] قضينا بمكاتبتها عليه[٢]؛ دفعًا للضرر من الجانبين، وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم.

باب عتق[٣] أحد العبدين

ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان، فقال: أحدكما حرّ، ثم خرج واحد، ودخل آخر، فقال: أحدكما حرّ، ثم مات[٤]، ولم يبين، عتق من الذى أعيد[٥] عليه القول[٦] ثلاثةُ أرباعه، ونصفُ كل واحد من الآخرين[٧] عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد: كذلك[٨] إلا فى

يمتنع بيع المدبر إلا أنه إنما امتنع تحقيقًا لمقصوده؛ إذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر، وهو العتق بعد موته. (ع)

(١٤) المدبر.

(١٥) جواب عما قاسا عليه. (عناية)

(١) إذا أسلمت.

(٢) قوله: "قضينا بمكاتبتها عليه" ليس المراد به حقيقة الكتابة، ولكن لما حكمنا بأنها تخرج عن ملكه بأداء القيمة، كانت فى معنى الكتابة، وإنما فعلنا هذا؛ دفعًا للضرر عن الجانبين.

أما فى حق أم الولد: فلئلا يبقى تحت نصراني، وهى مسلمة، وأما فى حق النصراني: فلئلا يبطل ملكه مجانا، فلما كانت هى بمعنى المكاتبة كان ما أدته فى معنى بدل الكتابة، وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى تقوم ما يقابله؛ لأنه فى الأصل مقابل بفك الحجر، وفك الحجر غير متقوم، فلذلك قلنا: إن مكاتبتها لم تفتضِ تقوم أم ولد النصراني، فاطرد ما قلنا. (عناية)

(٣) قوله: "باب عتق" لما فرغ من بيان عتق بعض العبد بين عتق أحد العبدين، وقدم الأول؛ لأن الواحد قبل الاثنين. (عناية)

(٤) قوله: "ثم مات إلخ" أى يؤمر المولى بالبيان ما دام حيًا؛ لأنه هو المجمل، فيرجع فى البيان إليه، ويعتق الذى عينه، فإن بين الكلام الأول فى الخارج عتق الخارج، ويؤمر بالبيان فى الكلام الثانى، ويعتق عليه من عينه، وإن بين الكلام الأول فى الثابت عتق الثابت، وبطل الكلام الثانى؛ لأنه صار خبرًا، فلا يستحق به العتق، كما لو جمع بين حر وعبد، وقال: أحدكما حر، لا يعتق العبد. وإن بدأ ببيان الكلام الثانى، وقال: عنيتُ بالكلام الثانى الداخل عتق الداخل، ويؤمر ببيان الكلام الأول، وإن قال: عنيت بالكلام الثانى الثابت عتق الثابت بالكلام الثانى، وتعين الخارج للكلام الأول، فيعتق الخارج أيضًا، وإن مات المولى، ولم يبين عتق إلخ. (عناية)

(٥) أى الثابت.

(٦) أى قوله: أحد كما حر.

(٧) أى الداخل والخارج.

(٨) أى يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه، ومن الخارج نصفه. (عناية)

العبد الآخر[١]، فإنه يعتق ربعه[٢]. أما الخارج: فلأن الإيجاب الأول دائرٌ بينه وبين الثابت، وهو الذى أعيد عليه القول، فأوجب[٣] عتق رقبةٍ بينهما[٤]؛ لاستواءهما، فيصيب[٥] كلا منهما النصف، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثانى ربعا آخر؛ لأن الثانى دائر بينه وبين الداخل، فيتنصّفُ[٦] بينهما[٧] غير أن الثابت استحق نصفَ الحرية بالإيجاب الأول، فشاع النصفُ المستَحَقُّ بالثانى فى نصفيه، فما أصاب المستحق بالأول[٨] لغا[٩]، وما أصاب الفارغ بقى، فيكون له الربع، فتمت له ثلاثة الأرباع.

ولأنه لو أريد هو بالثانى يعتق نصفه[١٠]، ولو أريد به[١١] الداخل لا يعتق هذا[١٢] النصف، فيتنصّف[١٣]، فيعتق منه الربع بالثانى، والنصف بالأول. وأما الداخل: فمحمد يقول: لما دار الإيجاب الثانى بينه وبين الثابت، وقد أصاب الثابت منه الربع، فكذلك يصيب الداخل[١٤].

---

(١) أى الداخل.

(٢) لا نصفه.

(٣) الإيجاب الأول.

(٤) أى بين الخارج والثابت.

(٥) الإيجاب الأول.

(٦) أى الإيجاب الثانى.

(٧) أى بين الثابت والداخل.

(٨) بالعتق الأول.

(٩) لأن تحرير الحر محال.

(١٠) أى نصفه الباقى.

(١١) أى بالإيجاب الثانى.

(١٢) أى النصف الباقى من الثابت.

(١٣) النصف الباقى.

(١٤) فيعتق ربع الداخل.

وهما[١] يقولان: إنه[٢] دائر بينهما[٣]، وقضيته[٤] التنصيف، وإنما نزل إلى الربع فى حق الثابت لاستحقاقه النصفَ بالإيجاب الأول، كما ذكرنا[٥]، ولا استحقاق للداخل من قبلُ، فيثبت فيه النصف.

قال[٦]: فإن كان القولُ منه فى المرض[٧]، قسم الثلاث على هذا، وشرحُ ذلك أن يجمع بين سهام العتق، وهى سبعة على قولهما؛ لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع، فنقول: يعتق من الثابت ثلاثة أسهم، ومن الآخرين[٨] من كل واحد منهما سهمان، فيبلغ سهام العتق سبعة، والعتقُ فى مرض الموت وصيةٌ، ومحل نفاذها الثلث، فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف[٩] ذلك، فيجعل كلّ رقبة على سبعة،

(١) أى الشيخان.

(٢) أى أن الإيجاب الثانى.

(٣) أى بين الثابت والداخل.

(٤) أى قضية الدوران.

(٥) أى عند ذكر قوله: لأن الثانى. (عينى)

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) قوله: "فإن كان القول منه [المولى] فى المرض [ولا مال له سوى هذه العبيد]" فإن كانوا يخرجون من الثلث، فالجواب كذلك، فإن لم يخرجوا كان الثلث، وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم؛ لأن العتق حينئذٍ وصية، والوصية تنفذ من الثلث، فيضرب كل بمقدار وصيته، فيجعل أولا كل رقبة على أربعة أسهم لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع، فالخارج يضرب بنصف الرقبة، وهو سهمان.
وكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الأرباع، وهى ثلاثة أسهم، فمجموع سهام الوصايا سبعة، فإذا كان الثلث سبعة، كان الجميع أحداً وعشرين وثلثاه أربعة عشر لا محالة، فيعتق من الخارج سهمان، ويسعى فى خمسة، وكذلك الداخل، يعتق من الثابت ثلاثة أسهم، ويسعى فى الأربعة.
وأما على قول محمد: فيضرب الخارج بسهمين، والثابت بثلاثة أسهم، والداخل بسهم، فكان سهام الوصايا ستة، وإذا كان الثلث ستة، كان جميع المال ثمانية عشر، فالخارج يعتق منه سهمان، ويسعى فى أربعة، والثابت يعتق منه الثلاثة، ويسعى فى ثلاثة، والداخل يعتق منه سهم، ويسعى فى خمسة، فكان نصيب السعاية، وهو نصيب الورثة اثنى عشر، وسهام الوصايا ستة. (عناية)

(٨) أى الداخل والخارج.

(٩) أى الثلثان.

وجميع المال أحد وعشرون، فيعتق من الثابت ثلاثة، ويسعى فى أربعة، ويعتق من الباقيين[١] من كل واحد منهما سهمان، ويَسعى فى خمسة، فإذا تأملتَ وجمعتَ استقام الثلث والثلثان. وعن محمد: يجعل كل رقبة على ستة؛ لأنه يعتق من الداخل عنده سهم، فنقصت سهام العتق بسهم، وصار جميع المال ثمانية عشر، وباقى التخريج ما مر[٢].

ولو كان هذا فى الطلاق[٣]، وهنّ غير مدخولات، ومات الزوج قبل البيان، سقط من مهر الخارجة رُبعه، ومن مهر الثابتة ثلاثةُ أثمانه[٤]، ومن مهر الداخلة ثمنه، قيل: هذا قول محمد خاصة، وعندهما يسقط ربعه[٥]، وقيل: هو قولهما أيضًا، وقد ذكرنا الفرق[٦]، وتمام تفريعاتها[٧]

(١) أى الداخل والخارج.

(٢) أى يعلم مما مر. (عينى)

(٣) قوله: "ولو كان هذا [أى هذا الكلام. عناية] إلخ" وصورته: رجل له ثلاث نسوة، وهن غير مدخولات بهنّ، فقال لامرأتين منهن: إحداكما طالق، ثم خرجت واحدة منهن، ودخلت الثالثة، فقال: إحداكما طالق. (عينى)

(٤) الثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق. (عناية)

(٥) أى ربع مهر الداخلة.

(٦) قوله: "وقد ذكرنا الفرق" أى بين العتق والطلاق، وهو أن الثابت فى العتق بمنزلة المكاتب؛ لأنه حين تكلم، كان له حق البيان، وصرف العتق إلى أيهما شاء من الثابت والخارج، فما دام له حق البيان، كان كل واحد من العبدين حرًا من وجه عبدًا من وجه؛ فإن كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثانى صحيحًا من كل وجه، لأنه دائر بين المكاتب والعبد إلا أنه أصاب الثابت منه الربع، والداخل النصف؛ لما قلنا.
فأما الثابتة فى الطلاق: فمترددة بين أن تكون منكوحة، وبين أن تكون أجنبية؛ لأن الخارجة إن كانت المرادة بالإيجاب الأول، كانت الثابتة منكوحة، فيصح الإيجاب الثانى. وإن كانت الثابتة هى المرادة بالإيجاب الأول، كانت أجنبية، ويلغو الإيجاب الثانى، فجعلت أجنبية من وجه دون وجه، فيصح الإيجاب الثانى من وجه دون وجه، فيسقط نصف النصف، وهو الربع موزعًا بين مهر الداخلة والثابتة، فيصيب كل واحدة منهما الثمن. (ع)

(٧) قوله: "وتمام تفريعاتها [أى هذه المسألة]" منها ميراث النساء، وهو الربع، والثمن ينقسم بين الداخلة، وبين الأوليين نصفين: نصفه للداخلة؛ لما مر فى أنه لا يزاحمها إلا إحدى الأوليين، والنصف الآخر بين الأوليين؛ لأن إحداهما ليست بأولى. (عناية)

في "الزيادات[١]".

ومَنْ قال لعبديه: أحدكما حرّ، فباع أحدَهما، أو مات، أو قال له: أنت حرّ بعد موتى، عتق الآخر؛ لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت، وللعتق من جهته[٢] بالبيع، وللعتق من كل وجه بالتدبير[٣]، فتعين الآخر، ولأنه[٤] بالبيع قَصَدَ الوصول إلى الثمن، وبالتدبير إبقاء[٥] الانتفاع إلى موته، والمقصودانِ ينافيانِ العتقَ الملتزمَ، فتعين له[٦] الآخر دلالة، وكذا إذا استولد[٧] أحدهما للمعنيين[٨]. ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبضِ، وبدونه، والمطلق، وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب[٩]، والمعنى ما قلنا. والعرض على البيع ملحق به[١٠] في المحفوظ عن أبي يوسف[١١]، والهبةُ والتسليم[١٢] والصدقةُ والتسليمُ بمنزلة البيع؛

(١) أي في "شرح الزيادات". (عيني)

(٢) أي من جهة الذي قال: أحدكما حر. (عيني)

(٣) قوله: "وللعتق من كل وجه إلخ" أي بندهٔ كه مدبر نمود آن را خواجه محل عتق كامل نيست چه رقيت او ناقص شده است بسبب آنكه او مستحق عتق شده است بعد از موت خواجه. (ترجمه)

(٤) المولى.

(٥) أي قصد إبقاء إلخ.

(٦) أي للعتق.

(٧) قوله: "وكذا [أي يتعين الآخر] إذا استولد إلخ" يعني إذا وطئ إحداهما، فعلقت منه؛ لأنها صارت أم ولد له، ومن ضرورة صحة أمية الولد استحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها، وإذا انتفى عن إحداهما تعين في الأخرى لزوال المزاحمة. (عناية)

(٨) قوله: "للمعنيين" يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه، وإبقاء الانتفاع إلى موته.(ع)

(٩) قوله: "لإطلاق جواب الكتاب [أي الجامع الصغير. عيني]" حيث قال فيه: باع أحدهما، ولم يقيده بشيء، والمعنى ما قلنا، وهو أنه قصد الوصول إلى الثمن، والوصول إلى الثمن ينافي العتق، فتعين الآخر له.(ع)

(١٠) أي بالبيع.

(١١) قوله: "في المحفوظ عن أبي يوسف" روى ابن سماعة عن أبي يوسف إذا ساوم أحدهما كان بيانًا

لأنه تمليك. وكذلك[١] لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق، ثم ماتت إحداهما لما قلنا[٢]، وكذا[٣] لو وطئ إحداهما لما نبين[٤]، ولو قال لأمتيه: إحداكما حرة، ثم جامع إحداهما لم يعتق الأخرى عند أبي حنيفة. وقالا: يعتق؛ لأن الوطئ لا يحلّ إلا فى الملك، وإحداهما حرة[٥]، فكان بالوطئ مستبقيًا الملكَ فى الموطوءة، فتعينت الأخرى؛ لزواله بالعتق، كما فى الطلاق[٦]. وله أن الملك قائم فى الموطوءة[٧]؛ لأن الإيقاع فى المنكرة، وهى معينة، فكان وطئها حلالا، فلا يجعل بيانًا، ولهذا حلَّ وطئهما على مذهبه إلا أنه لا يفتى به[٨].

يعنى لتعين العتق فى الآخر، قيل: مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ، ولم يثبت الرواية عنه مكتوبة.(ع)

(١٢)قوله: "والهبة والتسليم إلخ" أى إذا وهب أحدهما وأقبضه، أو تصدق وأقبضه، عتق الآخر، قيل: التسليم ليس بشرط، وإنما ذكره تأكيدا؛ لأن البيع الفاسد يعين الآخر للمعتق، وإن لم يكن للقبض، فكذلك الهبة والصدقة؛ لأن كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض، وهذا لأن التعيين إنما يحصل لوجود تصرف يختص بالملك، و قد وجد. (ع)

(١) أى يتعين الأخرى.

(٢) **قوله:** "لما قلنا" من أن الميت لم يبقَ محلا للعتق، فكذلك لم يبقَ محلا للطلاق، فتعينت الأخرى له.(ع)

(٣) أى يتعين الأخرى.

(٤) فى المسألة التى بعد هذه. (عينى)

(٥) قوله: "وإحداهما حرة" لا ملك فيها، فالوطئ لا يحل فيها، فإذا وطئ إحداهما جعل مستبقيًا للملك فيها؛ ليقع الوطئ حلالا؛ حملا لأمره على الصلاح، فإذا تعينت تلك الملك تعينت الأخرى إلخ. (عناية)

(٦) قوله: "كما فى الطلاق" بأن قال لامرأتيه: إحداكما طالق، ثم وطئ إحداهما كان بيانًا. (عينى)

(٧) قوله: "أن الملك قائم فى الموطوءة" أى فى التى توطأ من كل منهما، وإذا كان الملك قائمًا كان وطئها حلالا. أما إن الملك قائم، فلأن إيقاع العتق إنما هو فى المنكرة، وهى أى الموطوءة غير منكرة، بل هى معينة، فلا يكون الإيقاع فيها، وإذا لم يكن الإيقاع فيها، لا يكون الملك عنها زائلا، وأما إن الملك إذا كان قائمًا، كان الوطئ حلالا، فظاهر لا يحتاج إلى البيان، وإذا كان الوطئ حلالا لم يكن بيانًا؛ لأن كل واحدة منهما على هذه الصفة، ولهذا حل وطئها على مذهبه، وهذا على غاية الدقة، ويلوح منها سيماء التحقيق إلا أنه لا يفتى به لئلا يطعن أبو حنيفة بترك الاحتياط. (ملخص عناية وغيره)

(٨) أى بحل وطئها. (عينى)

ثم يقال(١): العتق غير نازل قبل البيان؛ لتعلقه به، أو يقال: نازل فى المنكرة، فيظهر فى حق حكم تقبله، والوطئ يصادف المعينة، بخلاف الطلاق؛ لأن المقصود الأصلى من النكاح الولدُ، وقصد الولد بالوطئ يدل على استبقاء الملك فى الموطوءة صيانةً للولد، أما الأمة: فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد، فلا يدل(٢) على الاستبقاء(٣).

ومَن قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلامًا، فأنتِ حرة، فولدت غلاما وجارية، ولا يدرى أيهما أول، عتق(٤) نصف الأم، ونصف الجارية والغلام عبدٌ؛ لأن كل واحدة منهما، تعتق فى حال، وهو ما إذا ولدتِ الغلام أول مرة، الأمُّ بالشرط، والجاريةُ لكونها تبعًا لها(٥)؛ إذ الأم حرة حين ولدتها(٦)، وترق فى حالٍ، وهو ما إذا ولدت الجارية أولا؛ لعدم

(١) قوله: "ثم يقال إلخ" أى فإن قيل: العتق إما أن يكون نازلا، أو غير نازل، فإن كان غير نازل كان إهمالا للفظ عن مدلوله، وإن كان نازلا لا يجوز وطئهما.

أجاب على كل واحد من الشقين، فقال: على الشق الثانى، ثم يقال: العتق غير نازل قبل البيان؛ لتعلقه به أى لتعلق العتق بالبيان، فكان كالعتق المعلّق بدخول الدار، وهو غير نازل قبل الدخول، فكذا هذا.

وقال: على الشق الأول، أو يقال: نازل فى المنكرة أى العتق نازل فى المنكرة، فيظهر فى حق حكم تقبله كالبيع، فإن المنكر يقبله بأن يشترى أحد العبدين على أن المشترى بالخيار فيهما، فإنه يصح، والوطئ لا يقبله المنكرة؛ لأنه يصادف المعينة؛ إذ هو أمر حسى لا يقع إلا فى المعين، ووطئ غير المعين غير ممكن، فلا يكون الوطئ بيانًا فى الأخرى، فإن قيل: كيف وقع الوطئ بيانًا فى الطلاق، أجاب بقوله: بخلاف الطلاق إلخ. (عناية)

(٢) أى الوطئ فى الأمة.

(٣) فلا يصير وطئها بيانًا للعتق فى الأخرى. (عينى)

(٤) قوله: "عتق" قال شمس الأئمة السرخسى فى "المبسوط": وذكر محمد فى "الكيسانيات" هذا الجواب الذى ذكره ليس جواب هذا الفصل، بل فى هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولا، فإن نكل عن اليمين، فنكوله كإقراره، وإن حلف فهم أرقاء.

قال فى "النهاية": وما ذكره فى "الكيسانيات" هو الصحيح؛ لما أنه وقع الشك فى شرط العتق، وهو ولادة الغلام أولا، والشرط الذى لم يتيقن بوجوده، القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين. (عناية)

(٥) الأم.

(٦) الجارية.

الشرط، فتعين نصف كل واحد منهما ويسعى في النصف، أما الغلام يرق في الحالين، فلهذا يكون عبدًا. وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولا، وأنكر المولى والجارية صغيرة، فالقول قوله[١] مع اليمين؛ لإنكاره[٢] شرط العتق، فإن حلف لم يعتق واحد منهم، وإن نكل عتقت الأم والجارية؛ لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة؛ لكونها[٣] نفعًا محضًا، فاعتبر النكول[٤] في حق حريتهما[٥] فعتقتا. ولو كانت الجاريةُ كبيرةً، ولم تدع[٦] شيئًا، والمسألة بحالها[٧]، عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية؛ لأن دعوى الأم [٨]غيرُ معتبرة في حق الجارية الكبيرة، وصحة النكول تبتنى على الدعوى، فلم يظهر[٩] في حقّ الجارية[١٠]، ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام، والأمُّ ساكتة، يثبت عتقُ الجارية بنكول المولى دون الأمّ؛ لما قلنا[١١].

والتحليفُ على العلم فيما ذكرنا؛ لأنه استحلاف على فعل الغير،

---

(١) المولى.

(٢) المولى.

(٣) في حق الصغيرة.

(٤) أي نكول المولى.

(٥) الأم والجارية.

(٦) الجارية.

(٧) قوله: "والمسألة بحالها" أي ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولا، وأنكر المولى. (عيني)

(٨) في حرية الجارية الكبيرة.

(٩) النكول.

(١٠) الكبيرة.

(١١) قوله: "لما قلنا" أشار به إلى قوله: وصحة النكول تبتنى على الدعوى. (عيني)

وبهذا القدر[١] يعرف ما ذكرنا[٢] من الوجوه في "كفاية المنتهى".

قال[٣]: وإذا شهد رجلان على رجلٍ أنه أعتق أحد عبدَيه، فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة إلا أن يكون في وصية[٤]؛ استحسانًا، ذكره في العتاق[٥]. وإن شهدا أنه طلّق إحدى نساءه جازت الشهادة، ويجبر الزوج على أن يطلِّقَ إحداهن، وهذا بالإجماع.

وقال أبو يوسف ومحمد: الشهادة في العتق مثل ذلك[٦]، وأصلُ هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل[٧] من غير دعوى العبد عند أبي

(١) قوله: "وبهذا القدر إلخ" أي بهذا القدر من البيان يعرف ما ذكرنا من الوجوه تفصيلا في كتاب "كفاية المنتهى". (عيني)

(٢) قوله: "ما ذكرنا من الوجوه" قيل: هي ستة فصلوها في "شرح الجامع الصغير": أحدها: أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أولا، وهو المذكور في الكتاب أولا.
والثاني: أن تدعي الأم أن الغلام هو المولود أولا، وأنكر المولى ذلك، والجارية صغيرة، وهو المذكور في الكتاب ثانيا.
والثالث: أن تدعي الأم أن الغلام ولد أوّلا، و الجارية كبيرة، ولم تدع شيئًا، وهو المذكور في الكتاب ثالثًا.
والرابع: أن تدعي الجارية، وهي كبيرة والأم ساكتة أن الغلام ولد أولا، وهو المذكور في الكتاب رابعًا.
والخامس: أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولا، فالجواب أنه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق.
والسادس: أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولا، فالجواب أن الأم تعتق لوجود شرط العتق، وكذلك الجارية تبعا للأم، والغلام عبد؛ لأن الغلام قد انفصل عن الأم في حال الرق؛ لكون ولادته شرط عتقها، والشرط يسبق المشروط، فلا يمكن جعله تابعا لها فيه، ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب؛ لظهورهما. (عناية)

(٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٤) قوله: "إلا أن يكون في وصية" بأن قال رجل في مرض موته: أحد عبدي حر، ثم يموت الرجل، ويترك ورثته فينكرون، فالشهادة جائزة. (عيني)

(٥) قوله: "ذكره [محمد] في العتاق" أي ذكر الاستحسان في عتاق الأصل، وقال: لو قال الشاهد: إن كان هذا عند الموت، استحسن أن يعتق من كل واحد منهما نصفه. (عيني)

(٦) الطلاق، فيؤمر بأن يوقع العتق على أحدهما. (عيني)

(٧) قوله: "لا تقبل إلخ" فإن العتق من حقوق العباد عنده، ومن حقوق الشرع عندهما، وجه قولهما: إنه لا يحتاج فيه إلي قبول العبد، ولا يرتد برده، ويجوز أن يخلف به، ويصح إيجابه في المجهول، وكل ذلك دليل على كون العتق حق الشرع. ووجه قوله: إن الإعتاق إثبات قوة المالكية، وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية، وكل ذلك دليل على كون العتق حق العبد لا محالة، هذا هو المشهور، فما كان من حقوق العباد لا يقبل الشهادة

حنيفة. وعندهما تقبل، والشهادة على عتقِ الأمة، وطلاقِ المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق، والمسألة معروفة، وإذا كان دعوى العبد شرطًا عنده، لا يتحقق[١] فى مسألة الكتاب[٢]؛ لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق[٣]، فلا تقبل الشهادة، وعندهما ليس بشرط، فتقبل الشهادة، وإن انعدم الدعوى.

أما فى الطلاق: فعدمُ الدعوى لا يوجب خللا فى الشهادة؛ لأنها ليست بشرط فيها[٤]، ولو شهد[٥] أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل[٦] عند أبى حنيفة، وإن[٧] لم يكن الدعوى شرطًا فيه[٨]؛ لأنه إنما لا يشترط الدعوى لما أنه[٩] يتضمن تحريم الفرج، فشابه[١٠] الطلاق، والعتقُ المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده[١١] على ما ذكرناه[١٢]، فصار كالشهادة[١٣]

فيها بدون الدعوى، وما كان من حقوق الشرع يقبل بدونها. (عناية)

(١) أى الدعوى. (عينى)

(٢) أى الجامع الصغير. (عينى)

(٣) قوله: "لا يتحقق" قيل: عليه إذا ادعيا ذلك يوجب أن تقبل البينة؛ لأن الدعوى حصلت من معين. وأجيب بأن صاحب الحق أحدهما لا بعينه، فدعواهما دعوى من غير صاحب الحق، وبأن الدعوى حينئذٍ لا يكون مطابقًا للشهادة؛ لأن الشهادة على أحد العبدين، لا على العبدين. (ع)

(٤) أى فى الشهادة فى الطلاق.

(٥) قوله: "ولو شهد إلخ" كصورة نقض على أبى حنيفة؛ لأن الدعوى ليست بشرط فى حق الأمة، ولم تسمع البينة ههنا، ووجه دفعه ما ذكره بقوله: لأنه إلخ. (ع)

(٦) الشهادة.

(٧) الواو وصلية.

(٨) أى فى حق الأمة.

(٩) قوله: "لما أنه [العتق] يتضمن الخ" فإن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطئ بعده زنا. (عناية)

(١٠) فى كونه تحريم الفرج.

(١١) الإمام.

على عتق أحد العبدين، وهذا كله إذا شهدا في صحته[١] على أنه أعتق أحد عبديه. أما[٢] إذا شهدا أنه أعتق أحدَ عبديه في مرض موته، أو شهدا على تدبيره[٣] في صحته، أو في مرضه، وأداء الشهادة في مرض موته، أو بعد الوفاة، تقبل استحسانًا[٤]؛ لأن التدبير حيثما وقع[٥]، وقع وصيته، وكذا العتق في مرض الموت وصية، والخصم في الوصية إنما هو الموصي، وهو معلوم[٦]، وعنه[٧] خلف، وهو الوصيّ، أو الوارث، ولأن العتقَ في مرض الموت يشيع بالموت فيهما[٨]، فصار كل واحدٍ منهما خصمًا متعينًا، ولو شهدا بعد موته[٩] أنه قال في صحته: أحدكما حر، قد قيل[١٠]: لا تقبل؛ لأنه ليس بوصية، وقيل: تقبل للشيوع، هو

(١٢) قوله: "على ما ذكرناه" يعني قوله: له أن الملك قائم في الموطوءة إلى قوله: ولهذا حل وطئها. (عناية)

(١٣) فلا تقبل.

(١) المولى.

(٢) بيان قوله: إلا أن يكون في وصيته استحسانًا. (عناية)

(٣) أي على أنه دبر أحد عبديه. (عيني)

(٤) وفي القياس لا تقبل.

(٥) قوله: "حيثما وقع" يعني سواء في حال الصحة، أو في حال المرض. (ع)

(٦) قوله: "وهو معلوم [فتقبل الشهادة. عناية]" لأن تنفيذ الوصايا حق الميت، فكان الميت مدعيًا تقديرًا، وعنه خلف. (عناية)

(٧) أي عن الموصي.

(٨) قوله: "يشيع بالموت فيهما [أي في العبدين]" لأنه أوجب العتق في أحدهما حال عجزه عن البيان، فكان إيجابا لهما، ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما، فصار كل واحد منهما خصمًا معينًا، ولم يذكر وجه القياس، وهو أن المقضي له مجهول، والدعوى من المجهول لا يتحقق لظهوره مما تقدم. (عناية)

(٩) المولى.

(١٠) قوله: "قد قيل: لا تقبل" لأنه ليس بوصية حتى يكون الخصم هو الموصي، وهو معلوم، وقال بعضهم: تقبل لشيوع العتق فيهما، فكان كل واحد منهما خصمًا متعينًا، فكان دعواهما صحيحة، وهي تقتضي

الصحيح، والله أعلم.

باب الحلف بالعتق[١]

ومن قال: إذا دخلتُ الدار، فكل مملوك لى يومئذ، فهو حرّ، وليس له مملوك[٢]، فاشترى مملوكًا، ثم دخل عتق؛ لأن قوله: يومئذ تقديره: يومَ إذ دخلت، إلا أنه أسقط الفعل[٣]، وعوّضه بالتنوين، فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول، وكذا لو كان فى ملكه يومَ حلف عبدٌ، فبقى على ملكه، حتى دخل عتق؛ لما قلنا[٤].

ولو لم يكن قال فى يمينه: يومئذٍ لم يعتق[٥]؛ لأن قولَه كلُّ مملوكٍ لى للحال[٦]، والجزاءُ حرية المملوك فى الحال إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر[٧] إلى وجود الشرط، فيُعتق إذا بقى على ملكه إلى وقت الدخول، ولا يتناولُ مَن اشتراه بعد اليمين.

ومن قال: كلّ مملوكٍ لى ذكرٍ، فهو حر، وله[٨] جارية حامل،

قبول الشهادة. (عناية)

(١) قوله: "باب الحلف بالعتق إلخ" الحلف بكسر اللام مصدر من حلف بالله يحلف حلفًا، والحلف بالعتق أن يجعل العتق جزاء على الشرط بأن يعلق العتق بشيء، ولما كان المعلق قاصرا فى السببية أخر التعليق عن التنجيز. (عينى)

(٢) يعنى زمان الحلف. (عينى)

(٣) وهو قوله: دخلت. (عينى)

(٤) قوله: "لما قلنا" يريد به قوله: فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول. (عناية)

(٥) أى ما اشتراه بعد الحلف. (عينى)

(٦) قوله: "للحال" قيل: لأن اللام للاختصاص، والاختصاص إنما يكون بمملوك له فى الحال؛ إذ لو لم يكن الملك له فى الحال، كان هو وغيره سواء. (عناية)

(٧) الجزاء.

(٨) الواو حالية.

فولدت ذكراً لم يعتق[١]، وهذا[٢] إذا ولدت لستة أشهر[٣] فصاعداً ظاهر؛ لأن اللفظ للحال، وفى قيام الحمل وقت اليمين احتمال[٤] لوجود أقلّ مدة الحمل[٥] بعده، وكذا إذا ولَدَتْ لأقل[٦] من ستة أشهر؛ لأن اللفظ يتناول المملوكَ المطلق والجنين مملوكٌ تبعًا للأم، لا مقصوداً[٧]، ولأنه[٨] عضو من وجه[٩]، واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء، ولهذا[١٠] لا يملك بَيعه[١١] منفرداً.

قال العبد الضعيف: وفائدة التقييد[١٢] بوصف الذكورة أنه لو قال: كلّ مملوكٍ لى تدخل الحامل، فيدخل الحمل تبعًا لها.

وإن قال: كل مملوكٍ أملكه، فهو حرّ بعدَ غدٍ، أو قال: كل مملوك لى، فهو حرّ بعدَ غدَ، وله مملوك[١٣]، فاشترى آخر ثم جاء بعد[١٤] غد، عتق

---

(١) قوله: "لم يعتق" لأن المملوك مطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والجنين ليس بكامل. (عينى)

(٢) أى عدم العتق.

(٣) من وقت القول.

(٤) قوله: "احتمال" يعنى يحتمل أن يكون الحمل وقت اليمين، ويحتمل أن لا يكون. (عينى)

(٥) ستة أشهر.

(٦) فحينئذٍ يتيقن بوجود الحمل وقت القول لكنه لا يعتق؛ لأن إلخ.

(٧) قوله: "لا مقصودا" ألا ترى أنه لو أعتقه عن كفارة يمينه لا يجوز. (عينى)

(٨) الجنين.

(٩) قوله: "عضو من وجه" بدليل أنه ينتقل بانتقال أمه، ويتغذى بغذاءها. (عينى)

(١٠) أى لكونه عضواً من أعضاءها.

(١١) الجنين.

(١٢) يعنى فى كل مملوك لى ذكر. (عينى)

(١٣) وقت الحلف.

الذى فى ملكه يوم حلف[١]؛ لأن قوله: أملكه للحال حقيقة[٢] يقال: أنا أملك كذا وكذا، ويراد به الحال، وكذا يستعمل له من غير قرينة، وللاستقبال بقرينة السين أو سوف، فيكون مطلقه[٣] للحال، فكان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافًا إلى ما بعد الغد، فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين. ولو قال: كل مملوك أملكه، أو قال: كل مملوك لى حرّ بعد موتى، وله مملوك[٤]، فاشترى مملوكًا آخر، فالذى كان عنده وقت اليمين مدبّر، والآخر ليس بمدبّر، وإن مات[٥] عتقا[٦] من الثلث[٧].

وقال أبو يوسف فى "النوادر": يعتق[٨] ما كان فى ملكه يوم حلف، ولا يعتق[٩] ما استفاد بعد يمينه، وعلى هذا إذا قال[١٠]: كل مملوك لى إذا متّ، فهو حرّ.

---

(١٤) بعد هذا مرفوع. (عينى)

(١) لا الذى اشتراه بعده. (عناية)

(٢) قوله: "للحال حقيقة إلخ" ليس النحويون مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما، بل منهم من ذهب إلى أنه حقيقة فى الاستقبال مجاز فى الحال، ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك، ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم إليه. (ع)

(٣) أى مطلق الملك.

(٤) وقت اليمين.

(٥) المولى.

(٦) يعنى هر دو آزاد خواهنده شد از ثلث مال او. (ترجمة)

(٧) مشتركين فيه. (عينى)

(٨) يعنى بطريق التدبير. (عينى)

(٩) أصلا.

(١٠) قوله: "وعلى هذا إذا قال إلخ" يعنى يكون الذى عنده يوم الحلف مدبرًا، والذى اشتراه بعده ليس بمدبر. (عينى)

له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه[١]، فلا يعتق به ما سيملكه[٢]، ولهذا صار هو[٣] مدبرًا دون الآخر[٤]. ولهما أن هذا إيجابُ عتق[٥]، وإيصاءٌ حتى اعتبر[٦] من الثلث[٧]، وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة[٨]، والحالة الراهنة[٩]، ألا يرى أنه يدخل في الوصيّة بالمال ما يستفيده[١٠] بعد الوصية، وفي الوصية لأولاد فلان مَنْ يُوْلَدُ له[١١] بعدها[١٢]، والإيجابُ إنما يصح مضافا إلى الملك، أو إلى سببه[١٣]، فمن حيث إنه[١٤] إيجاب العتق يتناول العبدَ المملوك[١٥] اعتبارًا للحالة الراهنة[١٦]، فيصير[١٧] مدبّرًا[١٨] حتى

(١) عند قوله: فيكون مطلقة للحال. (عيني)

(٢) بعد الحلف.

(٣) أي الذي في ملكه يوم الحلف. (عيني)

(٤) أي الذي يملكه بعد اليمين. (عيني)

(٥) قوله: "إيجاب عتق وإيصاء" أما إنه إيجاب عتق، فبقوله: كل مملوك أملكه أولى، فهو حر، وأما إنه إيصاء، فبقوله: بعد موتي، ولذا اعتبر من الثلث، وإذا كان كذلك، ففي الوصايا إلخ. (ع)

(٦) أي ولهذا عتق مدبر جاري نموده مي شود. (ترجمة)

(٧) أي ثلث مال ميت.

(٨) أي حالت آئنده تا زمان موت. (ترجمة)

(٩) قوله: "والحالة الراهنة [أي موجوده وقت وصيت]" أي الحاضرة، سميت بالراهنة؛ لأن الرهن هو الحبس، والمرء محبوس فيها، لا فيما قبلها ولا فيما بعدها، كذا في الشروح. (عناية)

(١٠) الموصى.

(١١) إذا عاش إلى وقت موت الموصى. (عناية)

(١٢) الوصية.

(١٣) وهو الشراء. (عيني)

(١٤) أي أن قوله: كل مملوك أملكه، أو كل مملوك لي حر بعد موتي.

(١٥) وقت اليمين.

(١٦) قوله: "اعتبارًا للحالة الراهنة [الحاضرة]" ليصير الإيجاب مضافًا إلى الملك. (عناية)

لا يجوز بيعُه، ومن حيث إنه إيصاءٌ يتناول الذى يشتريه(١)؛ اعتباراً للحالة المتربصة، وهى حالةُ الموت، وقبلَ الموت حالة التملك استقبالٌ محض، فلا يدخل تحت اللفظ(٢)، وعند الموتِ يصير(٣) كأنه قال: كل مملوك لى، أو كل مملوك أملكه، فهو حُر. بخلاف قوله: بعد غد(٤) على ما تقدم(٥)؛ لأنه(٦) تصرف واحد، وهو إيجاب العتق، وليس فيه إيصاء، والحالة(٧) محض استقبال فافترقا، ولا يقال(٨): إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال؛ لأنا نقول: نعم، لكن بسببين مختلفين(٩): إيجاب عتق، ووصيةٍ، وإنما لا

(١٧) العبد المملوك.

(١٨) قبل موت الموصى.

(١) قوله: "يتناول الذى إلخ" واو مدبّر ميشود وبعد موت خواجه نه قبل آن چنانكه مدبّر ميشود بندهٔ كه وقت ايجاب در ملك خواجه مذكور بود پيش از موت خواجه وبيع آن جائز خواهد بود زيرا چه كلام مذكور بنظر يكے از هر دو جهت مذكورهٔ حالت تملك را شامل نيست پس حال تملك استقبال محض است ولفظ مذكور شامل آن نخواهد شد پس بندهٔ مذكوردر حال تملك مدبر نخواهد شد. اما وقت موت مدبر ميشود بشرطيكه اين بنده باقى ماند در ملك او تا بوقت موت پس كلام خواجه مذكور آن چنان ميشود كه گويا گفت خواجهٔ مذكور وقت موتِ خود كه هر مملوك من آزاد است پس اگر پيش از موت بفروشد بندهٔ را كه خريده است آن را بعد از گفتن لفظ مذكور جائز است بيع آن. (ترجمة)

(٢) أى لفظ أملكه.

(٣) لكونه موجودا عند الموت فى ملكه.

(٤) أى كل مملوك أملكه، أو لى حر بعد غد.

(٥) عن قريب.

(٦) أى لأن هذا القول.

(٧) قوله: "والحالة [أى حالة التملك]" محض استقبال لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك، وإلى سببه. (عناية)

(٨) إشارة إلى جواب أبى يوسف.

(٩) قوله: "لكن بسببين مختلفين" لعله أراد بقوله: بسببين مختلفين: إيجاب عتق، ووصية، الألفاظ الدالة على ذلك فى طرفى الكلام؛ لأن الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ.
وفيه نظر لأنه يستلزم التنافى بين طرفى كلام واحد إن كان المراد إيجاب بعد فى الحال، أو كونه إيصاءً

يجوز ذلك[١] بسبب واحد.

باب العتق على جُعل[٢]

ومن أعتق عبده على مالٍ[٣]، فقبل العبد عتق[٤]، وذلك مثل أن تقول: أنت حر على ألف درهم[٥]، أو بألف درهم، وإنما يعتق[٦] بقبوله؛ لأنه معاوضة المال بغير المال؛ إذ العبد لا يملك نفسه[٧]، ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم[٨] بقبول العوض للحال[٩]، كما في البيع[١٠]، فإذا قبل[١١] صار حرًا، وما شُرط دينٌ عليه[١٢] حتى تصح الكفالة به[١٣]،

فقط، إن كان المراد إيجاب عتق بعد الموت. (عناية)

(١) أي الجمع.

(٢) قوله: "على جعل [يعني مال. ترجمة]" الجعل بالضم ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله، فكذلك الجعالة بالكسر، وإنما أخّر هذا الباب لكون المال غير أصيل في باب العتق. (عناية)

(٣) قوله: "على مال" أي مال كان من عروض، أو حيوان، أو غيرهما.

(٤) قوله: "عتق [ساعة قبوله. عناية]" لا يقال: كلمة على للشرط، فيكون العتق معلقًا بشرط أداء الألف، كما لو قال: إن أدّيت إليّ ألفًا لما قيل: إن الكلام فيما إذا كان مراده التنجيز بعوض، لا التعليق، فكان الصارف من الشرطية دلالة الحال. (ع)

(٥) أو على أن لي عليك ألفًا.

(٧) قوله: "إذ العبد لا يملك نفسه" يعني أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد؛ لكونه إسقاطًا، فلم يدخل به في يده شيء من المال غاية ما يقال: إنه ثبت - - قوة شرعية، وهي ليست بمال لا محالة، فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال، بل بما هو قوة شرعية. (عناية)

(٨) كالعتق.

(٩) أي في الحال.

(١٠) قوله: "كما في البيع" فإنه إذا قال: اشتريت بعد أن يقول البائع: بعت، يقع العقد. (عيني)

(١١) قوله: "فإذا قبل [العبد] إلخ" وإن رد أو أعرض عن المجلس بالقيام، أوبالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل. (ع)

(١٢) العبد.

بخلاف بدل الكتابة[١]؛ لأنه ثبت مع المنافى[٢]، وهو قيام الرقّ على ما عرف[٣]. وإطلاقُ لفظ المال[٤] ينتظم أنواعَه من النقد والعرض والحيوان، وإن كان بغير عينه[٥]؛ لأنه[٦] معاوضة المال بغير المال، فشابه النكاح[٧] والطلاقَ، والصلحَ عن دم العمد، وكذا الطعام[٨]، والمكيل، والموزون إذا كان معلوم الجنس، ولا تضره جهالة الوصف[٩]؛ لأنها يسيرة[١٠]. قال[١١]: ولو علّق عتقه بأداء المال صح، وصار مأذونًا، وذلك مثل أن يقول[١٢]: إن أديتَ إليَّ ألف درهم، فأنت حر، ومعنى قوله[١٣]:

(١٣) لأنه يسعى وهو حر. (عناية)

(١) حيث لا تصح الكفالة به. (عناية)

(٢) قوله: "لأنه ثبت مع المنافى" فكان ثبوته على خلاف القياس؛ إذ القياس ينفى أن يستوجب المولى الدين على عبده، فلمّا ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب، وحصول المال للمولى، اقتصر على موضع الضرورة، ولم يعد إلى الكفالة. (ع)

(٣) فى كتاب المكاتب. (عينى)

(٤) فى قوله: على مال.

(٥) قوله: "وإن كان بغير عينه" أى وإن كان الحيوان غير معين بأن يكون دينًا فى الذمة، ولكن أراد به النوع بأن قال: فرس أو حمار. (عينى)

(٦) أى لأن الإعتاق على المال.

(٧) قوله: "فشابه النكاح إلخ" يعنى إذا شابه ذلك جاز أن يثبت الحيوان دينًا فى الذمة ههنا، كما جازذلك فى تلك العقود. (عينى)

(٨) قوله: "وكذا الطعام" أى وكذا يجوز أن يكون الطعام عوضًا عن الإعتاق بأن قال: أعتقتك على مائة قفيز من الحنطة، والمكيل بأن قال: أعتقتك على مائة كيل من الشعير، ونحوه مما يكال، والموزون بأن قال: أعتقتك على مائة مَنٍّ من العسل، ونحوه مما يوزن. (عينى)

(٩) قوله: "ولا تضره جهالة الوصف" بأن لم يقل: إنها جيدة، أو رديئة ربيعية، أو خريفية، فإن جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية؛ لكونها يسيرة. (ع)

(١٠) فكانت عفواً. (عينى)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "مثل أن يقول: إن أديت إلخ" وهذه الصيغة صيغة التعليق، فيعلق عتقه بأداء المال كالتعليق

صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يَصير مكاتَبًا[١]؛ لأنه[٢] صريح في تعليق العتق بالأداء، وإن[٣] كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء[٤] على ما نبين[٥] إن شاء الله تعالى. وإنما صار مأذونًا؛ لأنه[٦] رغّبه في الاكتساب بطلبه[٧] الأداء منه[٨] ومراده[٩] التجارة دون التكدي فكان[١٠] إذنا له دلالة.

وإن أحضر[١١] المال، أجبره[١٢] الحاكمُ على قبضه، وعتق العبد[١٣]، ومعنى الإجبار فيه، وفي سائر الحقوق[١٤] أنه[١٥] ينزل قابضًا بالتخلية.

بسائر الشروط، ولهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد، ولا يرتد برده، وللمولى أن يبيعه قبل الأداء، كما في التعليق بسائر الشروط. (عناية)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١) قوله: "من غير أن يصير مكاتبًا" يعني لا يثبت أحكام المكاتبين، حتى لو مات وترك وفاءً، فالمال لمولاه، ولا يودى عنه، ولو مات المولى، فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من أكسابه، ولو كان مكاتبًا لكان الحكم على عكس ما ذكر. (عناية)

(٢) أي لأن قوله: إن أديت إلى ألف درهم، فأنت حر.

(٣) الواو وصلية.

(٤) أي عند أداء المال. (عيني)

(٥) قوله: "على ما نبين" أي بعد خطوط عند قوله: ولما أنه تعليق نظرًا إلى اللفظ، ومعاوضة نظرًا إلى المقصود. (عيني)

(٦) المولى.

(٧) المولى.

(٨) العبد.

(٩) قوله: "ومراده" يعني من الترغيب في الاكتساب التجارة؛ لأنها هي المشروعة عند الاختيار دون التكدي؛ لأنه يذل المرء، والتكدي في الأصل لفظ فارسي، ومعناه السؤال من الناس، والدوران فيه. (عيني)

(١٠) أي حثه على أداء المال.

(١١) العبد.

(١٢) المولى.

(١٣) لأنه قام بما شرط عليه. (عيني)

(١٤) قوله: "وفي سائر الحقوق" يريد به الثمن، وبدل الخلع، وبدل الكتابة، وما أشبههما. (عناية)

وقال زفر: لا يجبر على القبول، وهو القياس؛ لأنه تصرف يمين؛ إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظًا[(١)]، ولهذا[(٢)] لا يتوقف على قبول العبد، ولا يحتمل الفسخَ، ولا جبر[(٣)] على مباشرة شروط الأيمان؛ لأنه لا استحقاق[(٤)] قبل وجود الشرط، بخلاف الكتابة[(٥)]؛ لأنه[(٦)] معاوضة، والبدل فيها واجب. ولنا أنه تعليق نظرًا إلى اللفظ[(٧)]، ومعاوضةٌ نظرًا إلى المقصود؛ لأنه[(٨)] ما علق عتقَه بالأداء[(٩)] إلا ليحثه على دفع المال، فينال العبدُ شرفَ الحرية، والمولى المال بمقابلته[(١٠)] بمنزلة الكتابة[(١١)]، ولهذا[(١٢)] كان[(١٣)] عوضًا في الطلاق في مثل هذا اللفظ[(١٤)]، حتى كان بائنًا

---

(١٥) قوله: "أنه" يعني المولى ينزل قابضًا بالتخلية برفع المانع، سواء قبض أو لم يقبض، وليس المراد بالإجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الإكراه بالضرب، أوالحبس. (عناية)

(١) قوله: "لفظا" احتراز عن الكتابة، فإنها ليست بتعليق لفظي، فإنه لو قال لعبده: كاتبتك على كذا من المال، صحت الكتابة، وليس فيه تعليق لفظي لعدم ألفاظ الشرط فيه. (عناية)

(٢) توضيح لكونه تصرف يمين. (عناية)

(٣) متصل بقوله: لأنه تصرف يمين. (عناية)

(٤) قوله: "لأنه لا استحقاق إلخ" تقريره: لا جبر إلا بالاستحقاق، ولا استحقاق قبل وجود الشرط، ولهذا يمكنه البيع قبل الأداء. (عناية)

(٥) متصل بقوله: إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظًا. (عناية)

(٦) أي لأن عقد الكتابة.

(٧) كما ذكرنا. (عناية)

(٨) المولى.

(٩) أي بأداء المال.

(١٠) العتق.

(١١) في كونها معاوضة.

(١٢) أي لأجل كون المال بمقابلة العتق معاوضة نظرًا إلى المقصود. (عيني)

(١٣) المال.

فجعلناه[١] تعليقًا في الابتداء عملا باللفظ، ودفعًا للضرر عن المولى، حتى لا يمتنع عليه بيعُه[٢]، ولا يكون العبد أحقَّ بمكاسبه، ولا يسرى إلى الولد المولود قبل الأداء[٣]، وجعلناه[٤] معاوضةً في الانتهاء عند الأداء؛ دفعًا للغرور[٥] عن العبد، حتى يجبر[٦] المولى على القبول، فعلى هذا[٧] يدور الفقه، ويخرج المسائل[٨]، نظيره الهبة بشرط العوض[٩].

ولو أدى البعضَ يجبر على القبول إلا أنه[١٠] لا يعتق ما لم يؤد الكلّ

(١٤)قوله: "في مثل هذا اللفظ" بأن يقول: إن أديت إلى ألفًا، فأنت طالق حتى لو طلقها بهذه الصيغة، كان الطلاق بائنًا. (عناية)

(١)أى فجعلنا قول المولى: إن أديت إلى ألفاظ: فأنت حر. (عينى)

(٢) العبد.

(٣)قوله: "إلى الولد المولود قبل الأداء" أى قبل أداء المال بأن قال لأمته: إن أديت إليّ ألفًا، فأنت حرة، ثم ولدت ثم أدت المال لم يعتق الولد معها. (عينى)

(٤) أى القول المذكور.

(٥) قوله: "دفعًا للغرور" فإنه ما تحمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية. (عينى)

(٦) قوله: "حتى يجبر إلخ" فإن قيل: لا يمكن جعله معاوضةً أصلا؛ لأن البدل والمبدّل كلاهما عند الأداء ملك المولى؛ لأنه قبل الأداء عبد، وهو وما في يده لمولاه.

أجيب بأنه لما ثبت عنده الأداء معنى الكتابة من الوجه الذى بيّنا، ثبت شرط صحته اقتضاء، وهو أن يصير العبد أحق بالمؤدى، فيثبت هذا سابقًا على الأداء، متى وجد الأداء وصار كما إذا كاتب عبده على نفسه وماله، وكان الكسب مالا قبل الكتابة يصير أحق بذلك المال، حتى لو أدى ذلك عتق. (عناية)

(٧) أى العمل بالشبهين.

(٨) المتعارفة.

(٩)قوله: "نظيره إلخ" يعنى أن قوله: إن أديت إلى ألف درهم، فأنت حر، ألحق في بعض الأحكام بمحض التعليق، وهى ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره، وألحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول؛ لأنه لما كان هذا اللفظ تعليقًا؛ نظرًا إلى اللفظ، ومعاوضة نظرًا إلى المقصود عملنا بالشبهين بشبه التعليق في حالة الابتداء، وبشبه المعاوضة في حالة الانتهاء، كما في الهبة بشرط العوض، فإنها هبة ابتداء حتى لم يجز في المشاع، واشترط القبض في المجلس، وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع، وجرت الشفعة في العقار، ويرد بالعيب. (عناية)

(١٠) العبد.

لعدم الشرط[(١)]، كما إذا حط[(٢)] البعض وأدى الباقى . ثم لو أدى[(٣)] ألفا اكتسبها قبل التعليق، رجع[(٤)] المولى[(٥)] عليه[(٦)]، وعتق لاستحقاقها[(٧)]، ولو كان اكتسبها[(٨)] بعده[(٩)]، لم يرجع عليه؛ لأنه[(١٠)] مأذونٌ من جهته[(١١)] بالأداء منه. ثم الأداء فى قوله: إن أديتَ يقتصر على المجلس؛ لأنه تخيير[(١٢)]، وفى قوله: إذا أديتَ لا يقتصر؛ لأن إذا تستعمل للوقت[(١٣)]

(١) أى أداء الكل.

(٢) قوله: "كما إذا حط" يعني إذا حط المولى بعض الألف فيما إذا قال له: إن أديت إليّ ألفًا، فأنت حر، وأدى الباقي أى باقي الألف لا يعتق العبد؛ لعدم الشرط؛ لأن الشرط وجود الجميع، فإذا لم يوجد بعضه كان كما إذا لم يوجد كله، وإذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط، فكذلك هذا، بخلاف الكتابة؛ لأن المال هناك واجب على المكاتب، فيتحقق إبراءه عنه، سواء أبرأه عن الكل، أو البعض. (عناية وعينى)

(٣) العبد.

(٤) قوله: "رجع إلخ" أما الرجوع عليه بألف أخرى مثلها، فلأن الألف التى أداها كانت مستحقة من جانب المولى، فلا يحصل المقصود بأداءه؛ لأن مقصوده أن يحثه على الاكتساب؛ ليؤدى من كسبه، فيملك المولى ما لم يكن فى ملكه قبل هذا، وهذا ليس كذلك وأما إنه عتق، فلوجود شرط الحنث لما أن كون الألف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث، كما لو غصب مال إنسان وأداه. (ع)

(٥) بألف آخر.

(٦) العبد.

(٧) أى لاستحقاق المولى الألف.

(٨) العبد.

(٩) أى بعد التعليق.

(١٠) العبد.

(١١) المولى.

(١٢) قوله: "لأنه تخيير" أى للعبد بين الأداء والامتناع عنه، فكان كالتخيير بمشيئة العبد إذا قال: أنت حر إن شئت، فإن قيل: قد تقدم أنه يصير مأذونًا فى التجارة، فكيف يكون الأداء مقتصراً على المجلس؟

أجيب لا تنافى بينهما؛ لجواز أن يكون مأذونًا بالتجارة، ويقتصر الأداء على المجلس يتخير فيه، ويؤدى المال قبل الافتراق بالأبدان. (عناية)

(١٣) والوقت يعم.

بمنزلة متى.

ومَنْ قال لعبده: أنت حر بعد موتى على ألف درهم، فالقبول بعد الموت؛ لإضافة الإيجاب[١] إلى ما بعد الموت[٢]، فصار كما إذا قال: أنت حر غداً[٣] بألف درهم، بخلاف ما إذا قال: أنت مدبّرٌ على ألف درهم حيث يكون القبول إليه[٤] فى الحال؛ لأن إيجاب التدبير فى الحال[٥] إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق[٦]. قالوا: لا يعتق[٧] عليه فى مسألة الكتاب[٨]، وإن[٩] قبل[١٠] بعد الموت ما لم يُعتقه الوارث[١١]؛ لأن الميت ليس بأهل للإعتاق، وهذا[١٢] صحيحٌ.

(١) أى إيجاب الحرية.

(٢) فالقبول يكون بعد الموت، فإن القبول لا يكون الإيجاب.

(٣) فيكون القبول غداً؛ لأنه وقت نزول الإيجاب.

(٤) العبد.

(٥) على ما سيجىء، فيكون القبول كذلك.

(٦) قوله: "لقيام الرق" إذ التدبير يوجب حق الحرية، لا حقيقتها، فيكون الرق قائماً، والمولى لا يستوجب ديناً على عبده، بخلاف ما لو أعتقه على مال؛ لأنه يثبت به حقيقة الحرية، والمال يجب على الحر، والمولى قد يستوجب مالا على معتقه. (عناية)

(٧) العبد.

(٨) قوله: "فى مسألة الكتاب" أى الجامع الصغير، وهى قوله: أنت حرّ بعد موتى على ألف درهم. (ع)

(٩) الواو متصلة.

(١٠) العبد.

(١١) أو الوصى، أو القاضى. (عناية)

(١٢) قوله: "وهذا" أى قولهم: إنه لا يعتق مالم يعتقه الوارث صحيح؛ بناء على أنه إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت، وأهلية الموجب شرط عند الإيجاب، وقد عدمت بالموت، بخلاف التدبير فإنه إيجاب فى الحال، والأهلية ثابتة، والموت شرط، والأهلية ليست بشرط عنده، كما لو قال: إن دخلت الدار، فأنت حر، فوجد الشرط، وهو مجنون.

قال[١]: ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين، فقبل العبد عتق، ثم مات[٢] من[٣] ساعته، فعليه قيمة نفسه فى ماله عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد: قيمة خدمتِه أربع سنين. أما العتق: فلأنه جعل الخدمة فى مدة معلومة عوضًا[٤]، فيتعلق العتق[٥] بالقبول، وقد وجد[٦]، ولزمته خدمة أربع سنين؛ لأنه يصلح عوضًا[٧]، فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم، ثم مات العبد[٨] فالخلافية فيه[٩] بناء[١٠] على خلافية أخرى، وهى[١١] أن من باع نفسَ العبد[١٢] منه[١٣] بجارية بعينها، ثم استحقت الجاريةُ، أو هلكت[١٤] يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما[١٥]، وبقيمة الجارية عنده[١٦]، وهى[١٧] معروفة.

---

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) العبد.

(٣) البدل أى ساعة.

(٤) عن العتق.

(٥) لأنه الحكم فى الأعواض كلها. (عناية)

(٦) فنزل العتق.

(٧) لحدوث حكم المالية بالعقد. (عناية)

(٨) أى بعد القبول. (عينى)

(٩) قوله: "فالخلافية إلخ" أى فالمسألة الخلافية فى الإعتاق على الخدمة فى المدة المعلومة مبنية على خلافية أخرى. (عينى)

(١٠) أى مبنية.

(١١) أى الخلافية الأخرى.

(١٢) فقبل العبد، وعتق ثم استحقت إلخ.

(١٣) أى من العبد.

(١٤) قبل التسليم.

(١٥) الشيخين.

ووجهُ البناء[١] أنه كما يتعذرُ تسليم الجارية بالهلاكِ والاستحقاقِ يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد، وكذا بموت المولى[٢]، فصار نظيرها[٣]. ومن قال لآخر: أعتق أمتك على ألف درهم عليّ، على أن تزوجنيها، ففعل[٤]، فأبت[٥] أن تتزوجه[٦]، فالعتق جائز، ولا شيء على الآمر؛ لأن من قال لغيره: أعِتقْ عبدكَ على ألف درهم عَلَيَّ، ففعل[٧]؛ لا يلزمه شيء، ويقع العتق عن المأمور.

بخلاف ما إذا قال لغيره: طلّق امرأتك على ألف درهم عليَّ، ففعل، حيث يجب الألف على الآمر؛ لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائزٌ، وفي العتاق لا يجوز[٨]، وقد قررناه من قبل[٩].

---

(١٦) محمد.

(١٧) قوله: "وهي" أي مسألة بيع نفس العبد منه بالجارية إذا استحقت معروفة في طريقة الخلاف. (عناية)

(١) أي بناء تلك الخلافية على هذه الخلافية. (عيني)

(٢) قوله: "وكذا بموت المولى" يعني أن موت المولى في هذه الصور كموت العبد. (عناية)

(٣) قوله: "فصار نظيرها" أي صار الإعتاق على الخدمة إذا مات العبد، أو المولى نظير الخلافية الأخرى.
ووجه قول محمد: أن الخدمة بدل ما ليس بمال، وهو العتق، ولا قيمة للعتق، وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة لموته، فوجب تسليم قيمتها. ووجه قولهما: إن الخدمة بدل مال؛ لأنها بدل نفس العبد، لكن البدل لما تعذر تسليمه، وجب تسليم المبدل، وهو العبد، لكن لا يمكن تسليمه؛ لأن العتق لا يقبل الفسخ، فوجب تسليم قيمته؛ لإمكان ذلك، هذا في المبنى. وأما في المبنى عليه: فوجه محمد أن هذا بدل ما ليس بمال، وهو العتق؛ لأن بيع العبد من نفسه إعتاق، وقد عجز عن إيفاء البدل، وليس للمبدل، وهو العتق قيمة، فيجب قيمة البدل.
ووجه قولهما: إن الجارية بدل نفس العبد بالعتق، فيجب تسليم قيمته، كما إذا تبايعا عبداً بجارية، ثم مات العبد، فتفاسخا العقد على الجارية، يلزمه قيمة العبد. (عناية)

(٤) أي المأمور.

(٥) الأمة.

(٦) الآمر.

(٧) المأمور.

(٨) قوله: "في الطلاق جائز، وفي العتاق لا يجوز" والفرق أن الأجنبي في باب الطلاق، كالمرأة في

ولو قال: أعتِق أمتَك عنى على ألف درهم، والمسألة بحالها[(١)] قسمت الألفُ على قيمتها، ومهرِ مثلها، فما أصاب القيمة أداه الآمر، وما أصاب المهر بطل عنه[(٢)]؛ لأنه لما قال[(٣)]: عنى، تضمن الشراء اقتضاء[(٤)] على ما عرف[(٥)]. وإذا كان كذلك، فقد قابل[(٦)] الألفَ بالرقبة شراءً، وبالبُضع نكاحًا، فانقسم عليهما[(٧)]، ووجبت حصة ما سُلّم له[(٨)]، وهو الرقبة، وبطل عنه ما لم يسلّم، وهو البضع، فلو زوّجت[(٩)] نفسَها منه لم يذكره[(١٠)]. وجوابُه أن ما أصاب قيمتَها، سقط فى الوجه الأول[(١١)]، وهى[(١٢)] للمولى فى الوجه الثانى[(١٣)]، وما أصاب مهرَ مثلها، كان مهراً

عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق؛ إذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير، فكما جاز التزام المرأة بالمال، فكذلك الأجنبى. بخلاف العتاق، فإنه يثبت للعبد بالإعتاق قوة حكمية لم يكن له قبل ذلك، فكان المال فى مقابلة ذلك، وليس الأجنبى كالعبد حيث لا يثبت له به شيء أصلا، فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشترى فلا يجوز. (عناية)

(٩) قوله: "و قد قررناه من قبل" أى فى باب الخلع فى مسألة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الإشارةبأن بدل العتق على الأجنبى صحيح، فعلى الأب أولى. (عينى)

(١)قوله: "والمسألة بحالها" أى قال: على أن تزوجنيها، ففعل، وأبت أن تتزوّجه. (عناية)

(٢) أى عن الآمر.

(٣) الآمر.

(٤)قوله: "اقتضاء" كأنه قال: بع أمتك منى، ثم أعتقها. (عينى)

(٥) فى أصول الفقه. (عناية)

(٦) الآمر.

(٧) أى على الرقبة والبضع.

(٨) أى للآمر.

(٩) يعنى فى المسألتين. (عناية)

(١٠) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عناية)

(١١) قوله: "سقط فى الوجه الأوّل" وهو ما إذا لم يقل فيه: عنى؛ لعدم صحة الزمان. (عناية)

(١٢) أى حصة القيمة. (عناية)

لها[1] فى الوجهين[2] .

باب التدبير[3]

إذا قال المولى لمملوكه : إذا متّ فأنت حر ، أو أنت حرّ عن دبرٍ منى ، أو أنت مدبرٌ ، أو قد دبرتك ، فقد صار مدبراً ؛ لأن هذه الألفاظ صريح فى التدبير ، فإنه إثبات العتق عن دبر ، ثم لا يجوز بيعه[4] ، ولا هبتُه ، ولا إخراجُه عن ملكه إلا إلى الحرّية ، كما فى الكتابة[5] . وقال الشافعى : يجوز[6] ؛ لأنه تعليق العتق بالشرط ، فلا يمتنع به[7] البيعُ والهبةُ ، كما فى سائر التعليقات[8] ، وكما فى المدبر المقيد[9] ، ولأن التدبير وصيةٌ[10] ، وهى غير مانعة من ذلك . ولنا قوله عليه السّلام[11] : «المدبر لا يباع ولا يوهب

(١٣) أى الذى قال فيه: عنى. (عناية)

(١) أى للأمة.

(٢) أى فى ما إذا قال: عنى، وفيما إذا لم يقل. (عناية)

(٣) قوله: "باب التدبير" ذكر الإعتاق الواقع بعد الموت عقيب الإعتاق الواقع فى الحياة ظاهر المناسبة، والتدبير فى اللغة: هو النظر إلى عاقبة الأمر.
وفى الشريعة: هو إيجاب العتق الحاصل بعد الموت بألفاظ تدل عليه صريحًا، أو دلالة. (عناية)

(٤) المدبر.

(٥) حيث لا يجوز بيع المكاتب، ولا هبته، ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية.

(٦) بيعه وهبته.

(٧) أى بالتعليق.

(٨) قوله: "كما فى سائر التعليقات" من دخول الدار، ومجىء رأس الشهر وغيرهما. (عناية)

(٩) فإن ذلك جائز فيه بلا خلاف. (عناية)

(١٠) قوله: "وصية" حتى يعتبر من ثلث المال، والوصية لا تمنع الموصى عن التصرف بالبيع وغيره، كما لو أوصى برقبة الإنسان. (عناية)

(١١) قوله: "قوله عليه السلام إلخ" أخرج الدارقطنى عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبّر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال». (عينى)

ولا يورث وهو حرّ من الثلث»*، ولأنه سبب الحرية؛ لأن الحريةَ تثبت بعد الموت[٢]، ولا سبب غيره، ثم جعلُه سببًا فى الحال أولى[٣] لوجوده فى الحال، وعدمه بعد الموت[٤]، ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف، فلا يمكن[٥] تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية.

بخلاف سائر التعليقات[٦]؛ لأن المانع من السببية[٧] قائم قبل الشرط؛ لأنه يمين، واليمين مانع، والمنع هو المقصود، وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق، وأمكن تأخير السببية[٨] إلى زمان الشرط؛ لقيام الأهلية

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٠ ص٨٧. (نعيم)

(٢) فلا بد له من سبب. (عناية)

(٣) قوله: "أولى" وما قاله صاحب "النهاية": قبل باب عتق أحد العبدين بقوله: وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت، فذاك منه تناقض لا محالة. وقال الأكمل: يحمل ما ذكر ههنا على غير الأولى، فيندفع التناقض، أو يكون قد اطلع على رواية عن أصحابنا أنه يجوز، وأن يكون سببًا بعد الموت، أو اختار جوازه بالاجتهاد. (عينى)

(٤) لكونه كلامًا عرضا لا يبقى، فتعين أن يكون سببًا فى الحال. (عينى)

(٥) فلا يتصور انعقاد السبب من غير الأهل. (عينى)

(٦) قوله: "بخلاف سائر التعليقات" أى فإن قيل: فى التدبير تعليق، وليس فى التعليق شيء من السبب ثابتا فى الحال، وإنما يكون عند وجود الشرط، فما بال التدبير خالف سائر التعليقات، وهو مؤدى قول الشافعى، كما فى سائر التعليقات، أجاب بقوله: بخلاف إلخ. (عناية)

(٧) قوله: "لأن المانع إلخ" واعلم أن فى كلام المصنف غموضًا لا ينكشف على وجه التحصيل إلا بزيادة بيان، فلا بد منه، فنقول: المانع هو ما ينتفى به الشيء مع قيام مقتضيه، وكل ما ينافى اللازم ينافى الملزوم، وإذا ظهر هذا. قلنا: القياس يقتضي أن يكون سائر التعليقات أسبابًا فى الحال، لكن المانع عن السببية فى الحال، وهو صفة كون تصرف التعليق يمينًا قائم؛ لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم، فإن المقصود من اليمين هو المنع عن تحقق الشرط، وما كان مانعًا عن تحقق اللازم الذى هو الشرط، كان مانعًا عن تحقق الملزوم الذى هو الحكم، وهو وقوع الطلاق، وإليه أشار بقوله: وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق، وما كان مانعًا للحكم لا يمكن أن يكون سببًا له، فصفة كون تصرف التعليق يمينًا امتنع عن كونه سببًا للحكم، وهو الطلاق والعتاق.
فإن قلت: قد يكون اليمين يعقد للحمل، كما فى قول الرجل: إن لم تدخل الدار فأنت طالق، وقد نص فى الكتب أن اليمين تعقد للمنع، أو الحمل، فكيف قال، والمنع هو المقصود، وإنه يقتضى الحصر عند البلغاء.
قلت: لا يقصد باليمين إلا منع الشرط، فالشرط فيما ذكرتم هو النفى، والمقصود المنع منه، ويلزمه الحمل. (عناية)

(٨) قوله: "وأمكن تأخير إلخ" فرق آخر بين التدبير، وسائر التعليقات، ووجهه أن التدبير لا يمكن فيه

عنده فافترقا، ولأنه وصية[١]، والوصية خلافة فى الحال كالوراثة، وإبطال السبب لا يجوز[٢]، وفى البيع وما يضاهيه ذلك.

قال[٣]: وللمولى أن يَستخدمه[٤] ويؤاجره، وإن كانت أمةً وطئها، وله أن يزوجها؛ لأن الملك فيه[٥] ثابت له[٦]، وبه[٧] تستفاد ولاية هذه التصرفات. فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله؛ لما روينا[٨]، ولأن التدبير وصية؛ لأنه[٩] تبرع مضاف إلى وقت الموت[١٠]، والحكم[١١] غير ثابت فى الحال، فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مالٌ غيره يَسعى[١٢] فى ثلثيه، وإن كان على المولى دين[١٣]، يسعى[١٤] فى كل

تأخير السببية إلى ما بعد الموت؛ لما ذكرنا من انتفاء أهلية الإيجاب حينئذٍ، وأماسائر التعليقات: فتأخير السببية فيه إلى زمان الشرط ممكن؛ لقيام الأهلية عنده، فافترقا. (عناية)

(١) قوله: "ولأنه وصية إلخ" فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات، وتقريره: أن التدبير المطلق وصية، والوصية سبب الخلافة فى الحال؛ لأن الموصي يجعل الموصى له خلفاً فى بعض ماله بعد موته كالوراثة، فإنها سبب الخلافة فى الحال. (عناية)

(٢) قوله: "وإبطال السبب لا يجوز" تتمة الدليل متصل بقوله: ولأنه سبب الحرية، وما بينهما لإثبات هذه القضية، وتركيب المقدمتين هكذا، التدبير سبب الحرية، وسبب الحرية لا يجوز إبطاله، وفى البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة، والأمهار ذلك أى إبطال سبب الحرية، فلا يجوز. (عناية)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) المدبر.

(٥) المدبر.

(٦) قوله: "ثابت له" فإن التدبير لا يثبت الحرية فى الحال، وإنما يثبت استحقاق الحرية، فكان الملك فيه ثابتاً.(ع)

(٧) أى بالملك.

(٨) إشارة إلى حديث ابن عمر. (عينى)

(٩) التدبير.

(١٠) ولا نعنى بالوصية إلا ذلك. (عناية)

(١١) يعنى العتق. (عناية)

(١٢) المدبر.

قيمته؛ لتقدم الدين على الوصية، ولا يمكن نقض العتق، فيجب رد قيمته، وولد المدبَّرة مدبر، وعلى ذلك نقل إجماع الصحابة[١].

وإن علق التدبير بموته[٢] على صفةٍ مثل أن يقول: إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا، أو من مرضٍ كذا، فليس بمدبر، ويجوز بيعه؛ لأن السبب لم ينعقد في الحال لترددٍ في تلك الصفة[٣]، بخلاف المدبر المطلق؛ لأنه تعلق عتقُه بمطلق الموت، وهو كائن لا محالة.

فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها، عتق كما يعتق المدبر معناه[٤] من الثلث؛ لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لتحقق تلك الصفة فيه، فلهذا يعتبر من الثلث.

ومن المقيد أن يقول: إن مت إلى سنة، أو عشر سنين؛ لما ذكرنا[٥]، بخلاف ما إذا قال: إلى مائة سنة ومثله[٦] لا يعيش إليه في الغالب؛ لأنه كالكائن[٧] لا محالة.

---

(١٣) يعني العتق.

(١٤) المدبر.

(١) قوله: "نقل إجماع الصحابة" قلت: روى عبد الرزاق في "مصنفه" عن ابن عمر قال: "ولد المدبر بمنزلته"، وأخرج عن الزهري وابن المسيب نحوه. (تخريج زيلعي)

(٢) بيان للمدبر المقيد.

(٣) قوله: "لتردّد في تلك الصفة" فربما يرجع من ذلك السفر، ويبرأ من ذلك المرض. (عناية)

(٤) أي معنى قول القدوري: عتق من الثلث. (عيني)

(٥) قوله: "لما ذكرنا" يعني قوله: لتردد في تلك الصفة. (عناية)

(٦) الواو حالية.

(٧) فصار كأنه قال: إن مت فأنت حر.

باب الاستيلاد[١]

إذا ولدت الأمة من مولاها، فقد صارت أم ولدٍ له، لا يجوز بيعها[٢]، ولا تمليكها؛ لقوله عليه السلام: «أعتقها ولدُها[٣]»* أخبر[٤] عن إعتاقها، فيثبت[٥] بعضُ مواجبه، وهو حرمة البيع، ولأن الجزئية قد حصلت[٦] بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد، فإن المائين[٧] قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف[٨] في حرمة المصاهرة، إلا أن بعد الانفصال[٩] تبقى الجزئية حكما لا حقيقة، فضعف السبب، فأوجب حكمًا مؤجلا إلى ما بعد الموت.

(١) قوله: "باب الاستيلاد" لما فرغ من بيان التدبير، شرع في بيان الاستيلاد، وعقبه لمناسبته بينهما من حيث إن لكل واحد منهما حق الحرية، لا حقيقتها، والاستيلاد طلب الولد، فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة من الصفات الغالبة. (عناية)

(٢) ولا هبتها.

(٣)قوله: "أعتقها ولدها" قال عليه السلام في مارية القبطية أم إبراهيم حين قيل له: ألا تعتقها، قال عليه السلام: «أعتقها ولدها»، رواه ابن ماجة والدارقطني. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٢١ ص٨٧. (نعيم)

(٤) عليه الصلاة والسلام.

(٥) قوله: "فيثبت إلخ" فإن الحديث وإن دلّ على تنجيز الحرية، لكن عارضه ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «أيما رجل ولدت أمة منه فهي معتقة عن دبر منه»، فعملنا بهما جميعًا، ومنعنا البيع بالحديث الأول، والتنجيز بالحديث الثاني. (عناية)

(٦) قوله: "ولأن الجزئية قد حصلت إلخ" وهي تمنع بيعها وهبتها؛ لأن بيع جزء الحر وهبته حرام. (عناية)

(٧) أي ماء الرجل والمرأة.

(٨) في الأصول.

(٩) قوله: "إلا أن بعد إلخ" أي فإن قيل: لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق؛ لأن الجزئية توجبه، ولستم بقائلين به أجاب بقوله: إلا أن بعد الانفصال إلخ يعني أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال، وبعد الانفصال تبقى إلخ. (عناية)

وبقاءُ الجزئية[1] حكمًا باعتبار النسب، وهو من جانب الرجال، فكذا الحرية[2] تثبت فى حقهم، لا فى حقهن حتى إذا ملكت الحرة زوجَها، وقد[3] ولدت منه[4] لا يعتق[5] بموتها، وثبوتُ عتقٍ مؤجلٍ يُثبت حقّ الحرية فى الحال، فيمتنع جواز البيع وإخراجها، لا إلى الحرية فى الحال، ويوجب عتقَها بعد موته، وكذا إذا كان[6] بعضُها مملوكًا له؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ[7]، فإنه فرع النسب[8]، فيعتبر بأصله.

قال[9]: وله وطئها، واستخدامها، وإجارتها، وتزويجها؛ لأن الملك فيها قائم[10]، فأشبهت المدبرة، ولا يثبت نسب ولدها[11] إلا أن يَعترف[12]

---

(١) قوله: "وبقاء الجزئية إلخ" فإن قيل: لو كانت الجزئية باقية حكمًا لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه بعد موتها، وليس كذلك. أجاب بقوله: وبقاء الجزئية حكمًا، ومعناه أن بقاء الجزئية حكمًا عبارة عن ثبات النسب، والأصل فى ثبات النسب هو الأب؛ لأن الولد ينسب إليه، والأم أيضًا بواسطة الولد، يقال: أم ولد فلان، فكذا إلخ. (عناية)

(٢) قوله: "فكذا الحرية إلخ" صحت الرواية بالحاء، لا بالجيم، وهذا نتيجة ما تقدم، فلهذا ذكر بالفاء يعنى أن الحرية لما كانت باعتبار النسب أنتج أن الحرية وقعت فى حقهم أى فى حق الرجال، لا فى حقهن أى فى حق الأمهات. (عينى)

(٣) الواو حالية.

(٤) الزوج.

(٥) الزوج.

(٦) قوله: "وكذا إذا كان إلخ" يعنى لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين، فاستولدها أحدهما كانت أم ولد له. (عناية)

(٧) قوله: "لا يتجزأ" أى يتملك المستولد نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه، فيكمل الاستيلاد على ما يجيء فى هذا الباب؛ لأن نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد؛ لأن الاستيلاد وقع فى القنة، وهى قابلة للانتقال من ملك إلى ملك. (عناية)

(٨) وهو لا يتجزأ.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) فإن الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها. (عناية)

به[١]. وقال الشافعي: يثبت نسبه منه، وإن لم يَدّع[٢]؛ لأنه لما ثبت النسب بالعقد[٣]، فَلأنْ يثبت[٤] بالوطئ، و إنه[٥] أكثر إفضاءً أولى.

ولنا أن وطئ الأمة يُقصد به قضاء الشهوة دون الولد؛ لوجود المانع عنه[٦]، فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين[٧] من غير وطئ، بخلاف العقد[٨]؛ لأن الولد يتعين مقصوداً منه[٩]، فلا حاجة إلى الدعوة.

فإن جاءت بعد ذلك[١٠] بولد ثبت نسبه بغير إقرار معناه[١١] بعد اعتراف منه بالولد الأول؛ لأنه بدعوى الولد الأول تعين الولد مقصودا منها، فصارت[١٢] فراشًا[١٣] كالمعقودة بعد النكاح إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله[١٤]؛

---

(١١) الأمة.

(١٢) المولى.

(١) أي بالولد.

(٢) المولى.

(٣) قوله: "بالعقد [نكاح]" أي بالنكاح الذي هو مفضٍ إلى الوطئ. (ع)

(٤) النسب.

(٥) الواو حالية.

(٦) قوله: "لوجود المانع عنه" أي عن طلب الولد، وهو سقوط التقوم عند الإمام، ونقصان القيمة عندهما، أو عدم نجابة أولاد الإماء عندهم. (عناية)

(٧) فإنه لا يثبت النسب فيه بغير دعوة.

(٨) النكاح.

(٩) النكاح.

(١٠) هذا لفظ القدوري. (عيني) أي بعد الاعتراف بالولد الأول وصيرورة الأمة أم ولد.

(١١) أي معنى كلام القدوري. (عيني)

(١٢) أم الولد.

(١٣) فلا حاجة إلى الدعوى.

لأن فراشها(١) ضعيف حتى يملك(٢) نقله بالتزويج(٣)، بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه(٤) إلا باللعان؛ لتأكد الفراش حتى لا يَملك(٥) إبطالَه بالتزويج، وهذا الذى(٦) ذكرناه حكمٌ.

فأما الديانة: فإن كان وطئها وحَصّنها، ولم يعزل عنها، يلزمه أن يَعترف به ويدعى؛ لأن الظاهر أن الولد منه، وإن عزل عنها، أو لم يحصّنها جاز له أن ينفيه؛ لأن هذا الظاهر(٧) يقابله ظاهر آخر، هكذا(٨) روى عن أبى حنيفة، وفيه روايتان أخريان عن أبى يوسف، وعن محمد(٩) ذكرناهما

---

(١٤) قوله: "ينتفى [أى الولد الثانى] بقوله" أى من غير لعان ما لم يقضِ القاضى به، أو لم تتطاول المدة، فأما بعد قضاء القاضى: فقد لزمه به على وجه لا يملك إبطاله، وكذلك بعد التطاول؛ لأنه يوجد دليل الإقرار فى هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه، وذلك كالتصريح بالإقرار، واختلافهم فى مدة التطاول قد سبق فى اللعان. (عناية)

(١) أم الولد.

(٢) المولى.

(٣) مع الأجنبى.

(٤) الزوج.

(٥) الزوج.

(٦) قوله: "وهذا الذى ذكرنا" أى عدم ثبوت نسب ولد الأمة بدون الدعوى حكم أى قضاء القاضى، فأما الديانة يعنى فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان وطئها وحصنها، والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزناء، ولم يعزل عنها، والعزل أن يطأها، ولا ينزل موضع المجامعة يلزمه إلخ. (عينى وعناية)

(٧) قوله: "لأن هذا الظاهر" وهو أن الولد منه عند التحصين، وعدم العزل يقابله أى أى يعارضه ظاهر آخر، وهو العزل، أو ترك التحصين، فيتعارض الظاهران، فوقع الشك والاحتمال فى كون الولد من المولى، فلم يلزمه الدعوة بالشك والاحتمال، فجاز نفيه. (عينى)

(٨) قوله: "هكذا" أى لزوم الدعوة فى الصورة الأولى، وجواز النفى فى الصورة الثانية. (عينى)

(٩) قوله: "عن أبى يوسف وعن محمد" قيل: فائدة تكرار عن دفع وهم من توهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما، فإنه ليس كذلك، وإنما عن كل منهما رواية تخالف رواية الآخر. فأما رواية أبى يوسف: فهى أنه إذا وطئها، ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد، فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل، حصّنها أو لم يحصّنها؛ تحسينًا للظن بها، وحملا لأمرها على الصلاح ما لم يتبيّن خلافه. وأما رواية محمد: فهى أنه لا

في "كفاية المنتهى".

وإن زوّجها[١] فجاءت بولد، فهو[٢] في حكم أمّه[٣]؛ لأن حق الحرية يَسرى إلى الولد كالتدبير[٤] ألا يرى أن ولد الحرة حرّ، وولد القنة رقيق. والنسب يثبت من الزوج؛ لأن الفراش له، وإن[٥] كان النكاح فاسداً؛ إذ الفاسد ملحق بالصحيح[٦] في حق الأحكام، ولو ادعاه المولى[٧] لا يثبت نسبه منه؛ لأنه ثابت النسب من غيره[٨]، ويعتق الولد، ويصير أمه أم ولد له لإقراره[٩]. وإذا مات المولى عتقت من جميع المال؛ لحديث سعيد ابن المسيب[١٠]: «أن النبى عليه السلام أمر

ينبغي أن يدعيه إذا لم يعلم أنه منه، ولكن ينبغي له أن يعتق الولد، ويستمتع بها، ويعتقها بعد موته؛ لأن استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعًا، فيحتاط من الجانبين، وذلك في أن لا يدعى النسب، ولكن يعتق الولد، ويعتقها بعد موته؛ لاحتمال أن يكون منه. (عناية)

(١) أم الولد.

(٢) الولد.

(٣) قوله: "فهو في حكم أمه" يعني إذا مات المولى، يعتقان من جميع المال. (عيني)

(٤) فإن ولد المدبرة مدبر.

(٥) متصلة.

(٦) قوله: "ملحق بالصحيح" أي بالنكاح الصحيح في حق الأحكام مثل ثبوت النسب، ووجوب المهر والعدة، لكن بعد الدخول؛ لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول؛ لكونه واجب الرفع، فإذا دخل بها، يكون له شبهة الصحيح، فيلحق به في الأحكام. (عيني)

(٧) قوله: "ولو ادعاه [الولد] المولى" معناه إذا زوج المولى أمته، فولدت، فادعاه المولى لا يثبت نسبه إلخ، وإنما فسرنا كلامه بذلك؛ ليستقيم قوله: وتصير أمه أم ولد له؛ لأن أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة، فلا يستقيم حينئذٍ قوله: وتصير أمه أم الولد. (عناية)

(٨) أي الزوج.

(٩) قوله: "لإقراره" ومجرد الإقرار بالاستيلاد كافٍ لثبوته. (عناية)

(١٠) قوله: "لحديث سعيد إلخ" هذا حديث غريب، وأخرج الدارقطني عن سعيد بن المسيّب أن عمر رضي الله عنه أعتق أمهات الأولاد، وقال: أعتقهن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم.

بعتق أمهات الأولاد[١] وأن لا يُبعن في دينٍ ولا يُجْعلن من الثلث» *، ولأن الحاجة إلى الولد أصلية[٢]، فتقدم على حق الورثةِ والدينِ كالتكفين، بخلاف التدبير[٣]؛ لأنه[٤] وصية بما هو من زوائد الحوائج.

ولا سعاية عليها[٥] في دين المولى للغرماء؛ لما روينا[٦]، ولأنها[٧] ليست بمالٍ متقوم، حتى لا تضمن بالغصب[٨] عند أبي حنيفة، فلا يتعلق بها[٩] حق الغرماء كالقصاص[١٠]، بخلاف المدبر[١١]؛ لأنه مال متقوم.

وأخرج الدارقطني أيضاً عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر له: أن النبي ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد، وقال: «لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حياً فإذا مات فهي حرة». (عيني)

(١) قوله: "أمر بعتق إلخ" ومعنى قوله: أمر حكم لا الأمر المصطلح، فإنهن يعتقن بعد الموت، كما تقدم، وإنما تكرر الدين نفياً للسعاية للغرماء والورثة، ولا يجعلن من الثلث تأكيد؛ لأنه فهم ذلك من قوله: «وأن لا يبعن في دين». (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٨٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٢ ص٨٧. (نعيم)

(٢) قوله: "أصلية" لأن الإنسان يحتاج إلى إبقاء نسله، كما أنه يحتاج إلى إبقاء نفسه، وكل ما كان عن الحوائج الأصلية تقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز. (عناية)

(٣) ولهذا لا يقوم.

(٤) العتق.

(٥) أم الولد.

(٦) قوله: "لما روينا" يعني حديث سعيد بن المسيب، ووجه ذلك أنه لما قال: «ولا يبعن في دين» دل على انتفاء المالية، وإذا عدمت ماليتها لم يبقَ عليها سعاية. (عناية)

(٧) أم الولد.

(٨) قوله: "حتى تضمن إلخ" أي لو غصبها رجل، وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند أبي حنيفة؛ لأن ماليتها غير متقومة عنده. (عناية)

(٩) أم الولد.

(١٠) قوله: "كالقصاص" فإن من له القصاص إذا مات، وهو مديون، ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم، ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم؛ لأن القصاص ليس بمال متقوم، حتى يأخذوا بمقابلته مالا متقوماً. (عناية)

(١١) قوله: "بخلاف المدبر" فإنه إذا مات عند الغاصب، فهو ضامن بقيمته؛ لأن المدبر متقوم بالإجماع. (عيني)

وإذا أسلمت أم ولد النصرانى، فعليها أن تسعى[١] فى قيمتها[٢]، وهى بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتى تؤدى السعاية. وقال زفر: تعتق فى الحال، والسعاية دين عليها، وهذا الخلاف فيما إذا عُرِضَ على المولى الإسلامُ فأبى، فإن أسلم تبقى على حالها. له[٣] أن إزالة الذل عنها بعد ما أَسْلَمَتْ واجب، وذلك بالبيع، أو الإعتاق، وقد تعذر البيعُ[٤]، فتعين الإعتاق. ولنا أن النظر من الجانبين[٥] فى جعلها مكاتبةً؛ لأنه يندفع الذل عنها؛ لصيرورتها حرة يداً، والضررُ عن الذمى[٦] لانبعاثهم على الكسب نيلا؛ لشرف الحرية، فيصل الذمى إلى بدل ملكه.

أما لو أعتقت وهى[٧] مفلسة تتوانَى[٨] فى الكسب[٩]، ومالية أم الولد[١٠] يَعتقدها الذمى متقومة، فيترك و[١١] ما يعتقده، ولأنها[١٢] إن

(١) قوله: "فعليها أن تسعى إلخ" واستشكل القول: بالسعاية عليها عند أبى حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده، فإن القول بالسعاية قول بالتقوم؛ إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها، وقوله: ومالية أم الولد إلخ جواب عن هذا الإشكال. (عناية)

(٢) وهى ثلث قيمتها قنة. (عناية)

(٣) أى لزفر. (عينى)

(٤) لأن أم ولد لا يجوز بيعها. (عينى)

(٥) أى أم الولد والنصرانى.

(٦) النصرانى.

(٧) الواو حالية.

(٨) تتكاسل.

(٩) وفيه الضرر على النصرانى.

(١٠) قوله: "ومالية إلخ" جواب عما يقال: كيف يسعى أم ولد النصرانى؟ والسعاية فى القيمة دليل التقوم، وأم الولد ليست بمتقومة عند أبى حنيفة. (عينى)

(١١) الواو بمعنى مع.

لم تكن متقومة، فهى محترمة، وهذا[1] يكفى لوجوب الضمان، كما فى القصاص المشترك[2] إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقين.

ولو مات مولاها[3] عتقت بلا سعاية؛ لأنها أم ولد[4]، ولو عجزت[5] فى حياته[6]، لا ترد قنة؛ لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتَبة؛ لقيام الموجب[7]. ومن استولد أمةَ غيره بنكاح، ثم مَلَكَهَا صارت أم ولد له، وقال الشافعى: لا تصير أم ولد له، ولو استولدها بملك يمين، ثم استحقت، ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا، وله[8] فيه قولان، وهو ولد المغرور[9]. له[10] أنها علقت برقيقٍ، فلا تكون أم ولد له[11]، كما إذا علقت[12] من الزنا، ثم ملكها الزانى[13]، وهذا لأن أمومية الولد باعتبار

(١٢) أى لأن مالية أم الولد. (عناية)

(١) أى الاحترام.

(٢) قوله: "كما فى القصاص المشترك" يعنى كما إذا كان القصاص مشتركا بين جماعة، وعفا أحدهم يجب المال للباقيين، وإن لم يكن القصاص مالا متقومًا، لكنه حق محترم، فجاز أن يكون موجبًا للضمان؛ لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم. (عناية)

(٣) وهو النصرانى. (عناية)

(٤) وليس عليها سعاية. (عينى)

(٥) أى أم الولد المسلمة.

(٦) المولى.

(٧) الكتابة، و هو إسلامها مع كفر مولاها. (ع)

(٨) قوله: "وله" أى للشافعى فيه قولان: فى قول: تصير أم ولد له، وفى قول: لا تصير. (عينى)

(٩) قوله: "وهو ولد المغرور" من يطأ امرأة متعمدا على ملك يمين، أو نكاح، فتلد منه، ثم تستحق، ولده حر بالقيمة يوم الخصومة. (عينى)

(١٠) أى أمة الغير.

(١١) أى لمن علقت منه.

(١٢) أمة الغير.

(١٣) لا تصير أم ولد له.

علوق الولد حراً؛ لأنه جزء الأم في تلك الحالة[١]، والجزء لا يخالف الكل[٢]. ولنا أن السبب[٣] هو الجزئية على ما ذكرنا من قبلُ، والجزئية إنما تثبت بينهما[٤] بنسبة الولد الواحد إلى كل واحد منهما كملا، وقد ثبت النسب[٥]، فيثبت الجزئية[٦] بهذه الواسطة، بخلاف الزنا[٧]؛ لأنه لا نسب فيه للولد إلى الزاني، وإنما يعتق[٨] على الزاني إذا ملكه؛ لأنه جزءه حقيقة بغير واسطة[٩]، نظيره مَنِ اشترى أخاه[١٠] من الزنا لا يعتق عليه؛ لأنه[١١] ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الوالد، وهي[١٢] غير ثابتة.

---

(١) أي في حالة العلوق. (عناية)

(٢) قوله: "والجزء لا يخالف إلخ" وفي صورة النزاع ليس كذلك؛ لأن الأم رقيقة لمولاها في تلك الحالة، فلو انعلق الولد حراً، كان الجزء مخالفاً للكل. (عناية)

(٣) قوله: "ولنا أن السبب" أي سبب الاستيلاد، وهو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل في أول الباب حيث قال: ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة. (عناية)

(٤) الوالدين.

(٥) أي ههنا بالنكاح.

(٦) وإذا ثبت الجزئية، ثبت أمومية الولد.

(٧) قوله: "بخلاف الزناء" جواب عن قوله: كما إذا علقت بالزنا؛ لأنه لا نسب فيه للولد إلى الزاني، فلا تثبت الجزئية المعتبرة في الباب، وهو الجزئية الحكمية، فلا تثبت أمومية الولد. (ع)

(٨) قوله: "وإنما يعتق [الولد] إلخ" أي فإن قيل: لما لم يثبت النسب من الزاني، فلم يعتق عليه الولد من الزنا إذا ملك أجاب عنه بقوله: وإنما يعتق إلخ. (عناية)

(٩) قوله: "بغير واسطة" بخلاف أمومية الولد، فإنها تثبت بواسطة نسبة الولد، والنسبة عن الزاني منقطعة، فكانت أمومية الولد بالزنا، نظيره من إلخ. (عناية)

(١٠) قوله: "أخاه" والمراد بالأخ الأخ لأب، وأما الأخ لأم، فإنه يعتق إذا ملكه، وإن كان من الزنا؛ لأن النسبة بينهما ثابتة. (عناية)

(١١) أي الأخ.

(١٢) أي النسبة إلى الوالد.

وإذا وطئ جاريةَ ابنه، فجاءت بولد، فادعاه[1] ثبت نسبه منه[2]، وصارت أم ولد له، وعليه قيمتها[3]، وليس عليه عقرها[4]، ولا قيمة ولدها، وقد ذكرنا المسألة بدلائلها فى كتاب النكاح[5] من هذا الكتاب، وإنما لا يضمن قيمة الولد؛ لأنه انعلق حرّ الأصل؛ لاستناد الملك[6] إلى ما قبل الاستيلاد.

وإن وطئ أب الأب[7] مع بقاء الأب لم يثبت النسب؛ لأنه لا ولاية للجد حال بقاء الأب، ولو كان الأب ميتًا يثبت[8] من الجد، كما يثبت نسبه من الأب؛ لظهور ولايته[9] عند فقد الأب، و كفرُ الأب[10] ورقُّه بمنزلة موته؛ لأنه قاطع للولاية.

وإذا كانت الجارية بين شريكين، فجاءت بولد، فادعاه أحدهما[11] ثبت نسبه منه؛ لأنه لما ثبتَ النَسب فى نصفه لمصادفته ملكَه ثبت فى الباقى

(١) الواطئ.

(٢) الواطئ.

(٣) للابن.

(٤) قوله: "عقرها" أراد بالعقر مهر المثل، وفى "المحيط": العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالا.

(٥) فى آخر باب نكاح الرقيق.

(٦) قوله: "لاستناد الملك إلخ" فإن الملك انتقل إلى الأب قبيل الوطئ. (عينى)

(٧) أى جارية ابن الابن.

(٨) النسب.

(٩) الجد.

(١٠) قوله: "وكفر الأب إلخ" أى كان الأب حيًا، ولا ولاية له مثل أن يكون عبدًا، أو كافرًا، أو مجنونًا، فالولاية للجد، فيصح دعوته. (عينى)

(١١) لا تفرقة فى ذلك بين الصحة والمرض. (عناية)

ضرورة أنه(١) لا يتجزأ؛ لما أن سببه(٢) لا يتجزأ، وهو العلوق؛ إذ الولد الواحد لا ينعلق من مائين، وصارت أم ولد له؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما. وعند أبى حنيفة يصير نصيبه(٣) أم ولد له، ثم يتملك(٤) نصيبَ صاحبه؛ إذ هو قابل للملك، ويضمن(٥) نصفَ عقرها؛ لأنه وطئ جارية مشتركة؛ إذ الملكُ يثبت حكمًا للاستيلاد، فيتعقبه الملكُ(٦) فى نصيب صاحبه، بخلاف الأب(٧) إذا استولد جاريةَ ابنه؛ لأن الملك هنالك يثبت شرطًا للاستيلاد، فيتقدمه(٨)، فصار(٩) واطئًا ملك نفسه.

ولا يغرم(١٠) قيمة ولدها؛ لأن النسب(١١) يثبت(١٢) مستندًا إلى وقت

(١) النسب.

(٢) النسب.

(٣) أى المدعى.

(٤) المدعى بأداء نصف قيمتها يوم وطئها. (عينى)

(٥) المدعى.

(٦) قوله: "فيتعقبه الملك" قال الإنزارى" الضمير المنصوب راجع إلى الوطئ، لا إلى الاستيلاد أى يثبت الملك عقيب الوطئ، وهذا لأن الملك لا يثبت عقيب الاستيلاد، بل يثبت معه من وقت العلوق، والعلوق بعد الوطئ، فيكون الملك بعد الوطئ، فيكون الوطئ مضافًا إلى نصيب شريكه أيضًا. (عينى)

(٧) قوله: "بخلاف الأب إلخ" وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث إن ملك الشريك فى النصف قائم وقت العلوق، وذلك يكفى للاستيلاد؛ فيجعل تملك نصيب صاحبه حكمًا للاستيلاد، فيكون الوطئ واقعًا فى غير ملكه، وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشركة، فيجب العقر.

وأما الأب: فلم يكن له ملك فى الجارية، وقد استولدها، فيجعل ملكه فيها شرطًا للاستيلاد فى ملكه حملا لأمره على الصلاح، فيكون الوطئ فى ملكه فيه لا يوجب العقر. (عناية)

(٨) الملك.

(٩) الأب.

(١٠) المدعى.

(١١) أى نسب الولد.

العلوق، فلم ينعلق(١) شيء منه(٢) على ملك الشريك.

وإن(٣) ادعياه(٤) معًا ثبت نسبه منهما معناه(٥) إذا حملت على ملكهما. وقال الشافعي: يُرجَع إلى قول القافة(٦)؛ لأن إثبات النسب من شخصين -مع علمنا أن الولد لا يتخلق من مائين(٧)- متعذرٌ، فعملنا بالشبه، وقد سرّ رسول الله عليه السّلام(٨) بقول القائف في أسامة*.

ولنا كتاب عمر إلى شُرَيح(٩) في هذه الحادثة(١٠) لَبَّسَا(١١)، فلِبس

(١٢) من المدعي.

(١) قوله: "فلم ينعلق إلخ" لأنه لما علق انعلق حر الأصل؛ لأن نصفه انعلق على ملكه، وأنه يمنع ثبوت الرق فيه. (عيني)

(٢) الولد.

(٣) هذا لفظ القدوري.

(٤) الشريكان.

(٥) قوله: "معناه [أي معنى قول القدوري: يثبت نسبه منهما إذا حملت إلخ] إذا حملت على ملكهما" وإنما قيد بذلك؛ لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحًا، ثم اشتراها هو، وآخر فهي أم ولد له؛ لأن نصيبه منها صار أم ولد له، والاستيلاد لا يتجزأ، فيثبت في نصيب شريكه أيضًا. (عناية)

(٦) قوله: "إلى قول القافة" وهي جمع القائف كالباعة جمع البائع، وهو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء، من قاف أثره إذا اتبعه، والقيافة في بني مدلج. (عناية)

(٧) أي من محلين. (عناية)

(٨) قوله: "وقد سر رسول الله إلخ" أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها قالت: "دخل على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ذات يوم مسرورًا، فقال: يا عائشة! أتدري أن محرز المدلجي دخل على وعندي أسامة بن زيد وزيد، عليهما قطيفة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: هذه أقدام بعضها من بعض". قال أبو داود: وكان أسامة أسود، وكان زيد أبيض، وقال الشافعي: لو كان العمل بالشبه باطلا لما سرّ به رسول الله ﷺ؛ لأنه عليه السلام لا يسرّ إلا للحق. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٣ ص٨٨. (نعيم)

(٩) قوله: "كتاب عمر إلخ" الحديث رواه البيهقي بما حاصله أن رجلين وطئا جارية في شهر واحد، فجاءت بغلام، فارتفعا إلى عمر رضي الله عنه، فجعله عمر لهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما، وليست في رواية البيهقي قصة كتاب عمر، كذا قال العيني.

عليهما، ولو بَينا لبيِّن لهما، وهو ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقى منهما[1]، وكان ذلك[2] بمحضر من الصحابة*، وعن على مثل ذلك[3]. ولأنهما[4] استويا فى سبب الاستحقاق[5]، فيستويان فيه، والنسبُ وإن كان لا يتجزأ، ولكن يتعلق أحكام متجزأة[6]، فما يقبل التجزئة يثبت فى حقهما[7] على التجزئة، وما لا يقبلها[8] يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كَأنْ ليس معه غيره إلا إذا كان أحد الشريكين[9] أبًا لآخر، أو كان أحدهما مسلما، والآخر ذميًّا[10]؛ لوجود المرجّح فى حق

---

(١٠) قوله: "فى هذه الحادثة" وهى التى كانت فيها دعوى الشريكين معًا الولد الذى ولدته الجارية المشتركة بينهما. (عينى)

(١١) الشريكان.

(١) قوله: "وهو للباقى منهما" أى الولد يكون للأب الباقى من الأبوين اللذين كان إذا مات أحدهما يكون كل الميراث للأب الحى، دون أن يكون نصفه لورثة الأب الميت. (عناية)

(٢) أى حكم عمر.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩١، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٤ ص٨٨. (نعيم)

(٣) قوله: "وعن على مثل ذلك" أى مثل ما روى عن عمر رضى الله عنه، وأخرجه الطحاوى فى "شرح الآثار" عن مولى لابن مخزوم قال: وقع رجلان على جارية فى طهر واحد، فعلقت الجارية، فلم يدر من أيهما هو، فأتيا عليا رضى الله عنه، فقال: هو لكما يرثكما، وترثانه، وهو للباقى منكما. (عينى)

(٤) الشريكين.

(٥) يعنى الملك، وقيل: الدعوة. (عناية)

(٦) قوله: "أحكام متجزأة [كالميراث]" كالنفقة، وميراث الولد، وولاية التصرف فى ماله. (عينى)

(٧) الشريكين.

(٨) التجزئة كالنسب، وولاية الإنكاح.

(٩) قوله: "إلا إذا كان إلخ" استثناء من قوله: وما لا يقبلها يثبت فى حق كل واحد منهما كملا، وصورته أن أحد الشريكين أب للآخر، فادعيا معا ولد جارية مشتركة بينهما، يكون الأب أولى لوجود الترجيح، وعلى الأب نصف قيمة الجارية، وعلى كل واحد نصف العقر، فيتقاصان. (عينى)

(١٠) فادعياه، فالمسلم أولى. (عينى)

المسلم، وهو الإسلام، وفى حق الأب، وهو ما له[١] من الحق فى نصيب الابن. وسرورُ النبى عليه السّلام[٢] فيما رُوى؛ لأن الكفار كانوا يَطْعَنُوْن فى نسب أسامة، وكان قول القائف مقطعًا لطعنهم، فسر به.

وكانت الأمة أم ولد لهما[٣]؛ لصحة دعوة كل واحد منهما[٤] فى نصيبه فى الولد، فيصير نصيبه منها[٥] أم ولد تبعًا لولدها.

وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصًا بما له على الآخَرِ، ويرث الابنُ من كل واحد منهما ميراث ابن كامل؛ لأنه أقر له بميراثه كلِّه، وهو[٦] حجة فى حقه، ويرثان[٧] منه ميراثَ أبٍ واحدٍ؛ لاستواءهما فى السبب، كما إذا أقاما البينة[٨]. وإذا وطئ المولى جاريةَ مكاتبه، فجاءت بولد، فادعاه، فإن صدّقه المكاتب، ثبت نسب الولد منه[٩]، وعن أبى يوسف:

(١) أي للأب. بقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك».

(٢) جواب عن قوله: وقد سر رسول الله ﷺ. (عينى)

(٣) قوله: "أم ولد لهما" يعنى يخدم كل واحد منهما يومًا، كما كانت تفعله قبل ذلك؛ لأنه لا تأثير للاستيلاد فى إبطال ملك الخدمة، وإذا مات أحدهما عتقت، ولا ضمان للشريك فى تركة الميت بالاتفاق؛ لوجود الرضا منهما بعتقها عند الموت، ولا سعاية عليها فى قول أبى حنيفة، وتسعى فى نصف قيمتها للشريك الحى عندهما. ولو أعتقها أحدهما حال حياته عتقت، ولا ضمان على المعتق لشريكه، ولا سعاية فى قول أبى حنيفةرح وعندهما يضمن المعتق نصف قيمة أم ولد لشريكه إن كان موسرًا، وتسعى فى نصف قيمتها إن كان معسرًا. (عناية)

(٤) الشريكين.

(٥) أى من الأمة.

(٦) الإقرار.

(٧) الشريكان.

(٨) قوله: "كما إذا أقاما البينة" يعنى إذا أقاما البينة على شيء يكون ذلك مشتركًا بينهما على السواء، فكذلك ههنا، وإذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب، كان الحكم هكذا، فكذا ههنا. (عناية)

(٩) قوله: "ثبت نسب إلخ" ولا تصير الجارية أم ولد للمولى، وإن كذبه، فلا يثبت النسب أيضًا.(ع)

أنه لا يعتبر[١] تصديقه[٢] اعتبارًا بالأب يدعى[٣] ولدَ جارية ابنِه.

ووجه الظاهر[٤] وهو الفرق[٥] أن المولى لا يَملك التصرف[٦] فى أكساب مكاتَبه حتى لا يتملكه[٧]، والأب يملك تملكه[٨]، فلا معتبر بتصديق الابن. وعليه عقرها[٩]؛ لأنه لا يتقدمه[١٠] الملك؛ لأن ما له من الحق[١١] كافٍ لصحة الاستيلاد[١٢]؛ لما نذكره، وقيمةُ ولدها؛ لأنه فى معنى المغرور حيث اعتمد دليلا، وهو أنه[١٣] كسبُ كسبِه، فلم يرضَ برقّه[١٤]،

(١) قوله: "أنه لا يعتبر إلخ" بل يثبت بمجرد دعوة المولى النسب، كما فى الأب والجامع بينهما أن جارية المكاتب كسب كسب المولى، وجارية الابن كسب كسب الأب. (عناية)

(٢) المكاتب.

(٣) فيثبت النسب، ولا يعتبر تصديق الابن.

(٤) أى ظاهر الرواية.

(٥) قوله: "وهو الفرق" بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق، وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق. (عناية)

(٦) قوله: "لا يملك التصرف إلخ" بحجره على نفسه، ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة، والدعوة تصرف، فلا يملكها المولى إلا بتصديقه. (عناية)

(٧) أى كسب المكاتب عند الحاجة. (عينى)

(٨) قوله: "والأب يملك تملكه" أى تملك مال ابنه؛ لأنه لم يحجر على نفسه. (عينى)

(٩) قوله: "وعليه عقرها" أى على المولى عقر جارية المكاتب. (عناية)

(١٠) أى وطئ المولى.

(١١) أى حق الملك.

(١٢) قوله: "كاف لصحة الاستيلاد" فكان الوطئ واقعًا فى غير الملك، وهو يستلزم الحد، أو العقر، وقد سقط الأوّل بالشبهة، فتعين الثانى.

وقوله: "لما نذكره" أى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب فى كتاب المكاتب، والمراد بقوله: لصحة الاستيلاد لصحة طلب نسب الولد، وليس المراد كونها أم ولد له، فإن المصنف صرح فيما سيأتى أنه لا تصير الجارية أم ولد له، كذا فى "العناية".

(١٣) قوله: "وهو أنه" قيل: أى الولد يعنى أن الولد حصل له من كسب كسبه، فإن المكاتب كسبه، وجارية المكاتب كسب كسبه، وفيه نوع تكلف، ويجوز أن يكون أنه أى الجارية كسب كسبه، وذكر الضمير

فيكون حرًا بالقيمة ثابتَ النسب منه .

ولا تَصير الجارية أم ولد له ؛ لأنه لا ملك له فيها حقيقة ، كما فى ولد المغرور[١] ، وإن كذبه المكاتَب فى النسب لم يثبت[٢] ؛ لما بينا أنه لا بد من تصديقه ، فلو ملكه[٣] يومًا ثبت نسبه منه ؛ لقيام الموجِبِ ، وزوال حقّ المكاتَب ؛ إذ هو المانع .

نظرًا إلى الخبر، وهو كسب. (عناية)

(١٤) الولد.

(١) قوله: "كما فى ولد المغرور" التقدير كما فى أم ولد المغرور، أى كما أن الجارية لا تصير أم ولد للمغرور؛ لعدم الملك فيها. (عناية)

(٢) النسب.

(٣) قوله: "فلو ملكه" أى ولد الجارية الوالد الذى ادعاه، وكذبه المكاتب يومًا من الدهر، ثبت نسبه منه؛ لقيام الموجب، وهو الإقرار بالاستيلاد، وزوال المانع، وهو حق المكاتب. (عناية)

كتاب الأيْمَان[(١)]

قال[(٢)]: الأيمان على ثلاثة أضرب: اليمين الغموس[(٣)]، ويمين منعقدة، ويمين لغوٌ، فالغموس: هو الحلف على أمرٍ ماضٍ[(٤)] يتعمد الكذب فيه، فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها؛ لقوله عليه السّلام: «من حلف كاذبا أدخله الله النار[(٥)]»*، ولا كفارة فيها إلا[(٦)] التوبة والاستغفار.

وقال الشافعي: فيها الكفارة؛ لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى، و قد تحقق[(٧)] بالاستشهاد بالله كاذبًا، فأشبه[(٨)] المعقودةَ.

ولنا أنها[(٩)] كبيرة محضة[(١٠)]، والكفارة عبادة تتأدى بالصوم، ويشترط

---

(١) قوله: "كتاب الأيمان" المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب إلى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم، وذكر الأيمان عقيب العتاق، لمناسبتها له في عدم تأثير الهزل، والإكراه فيهما. واليمين في اللغة: القوة، وفي الشريعة: عقد قوي به عزم الحالف على الفعل، أو الترك. (عناية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "اليمين الغموس" سمي غموسًا؛ لأنه يغمس صاحبها في الإثم، ثم في النار. (ع)

(٤) قوله: "على أمر ماضٍ" ذكر المضي فيه ليس بشرط، بل هو بناء على الغالب، ألا يرى أنه إذا قال: والله إنه لزيد، وهو يعلم أنه ليس بزيد كان غموساً. (عناية)

(٥) قوله: "من حلف إلخ" هذ الحديث غريب بهذا اللفظ، ولكن ورد في "صحيح ابن حبان" من حديث أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة وأدخله الله النار». (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٥ ص٩٠. (نعيم)

(٦) إلا بمعنى لكن.

(٧) فلا بد من رفعه، وذلك بالكفارة. (عناية)

(٨) أي الغموس.

(٩) أي أن اليمين الغموس.

(١٠) قوله: "كبيرة محضة" لقوله عليه السلام: «خمس من الكبائر لا كفارة فيهن»، وذكر فيها الغموس،

فيها النية، فلا تناط[1] بها، بخلاف المعقودة؛ لأنها مباحة[2]، ولو كان فيها ذنب[3]، فهو متأخر[4] متعلق باختيار مبتدأ، وما في الغموس ملازم، فيمتنع الإلحاق. والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يَفعله، أو لا يَفعله، وإذا حنث في ذلك لزمته الكفارة؛ لقوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقّدتم الأيمان﴾، وهو ما ذكرنا[5].

ويمين اللغو أن يحلف على أمرٍ ماضٍ، وهو يَظن أنه كما قال، والأمر[6] بخلافه، فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها، ومن اللغو أن يقول: والله إنه لزيد، وهو[7] يظنه زيدا، وإنما هو عمرٌو، والأصل فيه[8] قوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم﴾ الآية، إلا أنه[9] عَلقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره[10].

وكل ما هو كبيرة محضة لا تناط بها العبادة؛ لما أن أسباب العبادات لا بد، وأن تكون أموراً مباحة، كما عرف في الأصول. (عناية)

(١) أي الكفارة بالكبيرة. (عينى)

(٢) فجاز أن تناط بها العبادة. (عناية)

(٣) قوله: "ولو كان فيها ذنب إلخ" جواب عما يقال: المباح هو ما لا يكون فيه ذنب، والمنعقدة فيها ذنب، فلا تكون مباحة، فلا تناط بها العبادة، كما ذكرتم.
وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب بهتك حرمة اسم الله تعالى، فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدأ لم يدخل في السببية، بخلاف الغموس، فإن الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء، ولا انتهاء، فيمتنع الإلحاق أي إلحاق الغموس بالمنعقدة، وفي هذا الجواب تلويح إلى الجواب عن قوله: فأشبه المعقودة. (عناية)

(٤) أي بالحنث.

(٥) قوله: "وهو ما ذكرنا" والمراد من قوله تعالى: ﴿بما عقدتم الأيمان﴾ ما ذكرنا من قولنا: والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل إلخ. (عينى)

(٦) أي في الواقع.

(٧) الواو حالية.

(٨) أي في اليمين اللغو.

(٩) أي محمد.

(١٠) قوله: "وللاختلاف إلخ" أي صورة يمين اللغو مختلف فيها، وإنما علق بالرجاء نفي المؤاخذة بالصورة التي ذكرناها، وذلك غير معلوم بالنص، وما ذكر في الكتاب في تفسير اللغو مروى عن زرارة

قال(١): والقاصد في اليمين والمكرَهُ والناسي(٢) سواء، حتى تجب الكفارة؛ لقوله عليه السلام: «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ النكاح والطلاق واليمين(٣)»*، والشافعي يخالفنا في ذلك(٤)، وسنبين في الإكراه(٥)، إن شاء الله تعالى. ومن فعل المحلوف عليه مكرَهًا، أو ناسيًا، فهو سواء(٦)؛ لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو(٧) الشرط، وكذا إذا فعله، وهو مغمى عليه(٨)، أو مجنون، لتحقق الشرط(٩) حقيقة، ولو كانت الحكمة(١٠) رفعَ الذنب، فالحكم يدار على

ابن أبي أوفى، وعن ابن عباس رضي الله عنه في إحدى الروايتين. وروى عن محمد أنه قال: هو قول الرجل في كلامه: لا والله، وبلى والله، وهو قريب من قول الشافعي، فإن عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد، سواء كان في الماضي، أو في المستقبل، وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس. (عناية)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "والناسي" وهو أن يذهل عن التلفظ باليمين، ثم يتذكر أنه تلفظ بلفظ اليمين ناسيًا، وفي بعض النسخ: ذكر الخاطئ مكان الناسي، وهو أن يريد أن يسبّح مثلا، فجرى على لسانه اليمين. (عناية)

(٣) قوله: "ثلاث جدهن إلخ" هذا الحديث ذكره المصنف هكذا، وبعض الفقهاء يجعل عوض اليمين العتاق، ومنهم صاحب "الخلاصة" والغزالي في "الوسيط" وغيرهما، وكلاهما غريب.
وإنما الحديث: «النكاح والطلاق و الرجعة» أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجة عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة». (عيني)
* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٧ ص٩٠. (نعيم)

(٤) أي في وجوب الكفارة على المكره والناسي. (عناية)

(٥) قوله: "وسنبين في الإكراه" أراد به ما يذكره في كتاب الإكراه بقوله: وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيها الإكراه؛ لعدم احتمالها الفسخ. (عيني)

(٦) قوله: "فهو سواء" أي فهو ومن فعله مختاراً سواء، تركه لدلالة فحوى الكلام عليه؛ لأن شرط الحنث وجود الفعل حقيقةً، وقد وجد. (عناية)

(٧) أي الفعل حقيقة.

(٨) الواو حالية.

(٩) وهو وجود الفعل الحسي. (عناية)

(١٠) قوله: "ولو كانت إلخ" جواب عما يقال: الحكمة في إيجاب الكفارة رفع الذنب، والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما؛ لعدم فهم الخطاب، فكيف يجب عليهما الكفارة؟
وتقريره: الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب، وهو الحنث، لا مع حقيقة الذنب كوجوب

دليله، وهو الحنث، لا على حقيقة الذنب.

باب[1] ما يكون يمينًا، وما لا يكون يمينًا

قال[2]: واليمين بالله[3]، أو باسم آخر[4] من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفًا كعزة الله وجلاله وكبرياءه؛ لأن الحلف بها متعارف، ومعنى اليمين[5]، وهو القوة حاصل؛ لأنه[6] يعتقد تعظيم الله وصفاته، فصلح ذكرُه[7] حاملا ومانعًا.

قال[8]: إلا قوله: وعلم الله[9]، فإنه لا يكون يمينًا؛ لأنه غير متعارف، ولأنه[10] يذكر، ويراد به المعلوم، يقال: اللهم اغفر علمك فينا أي معلومَك. ولو قال: وغضب الله وسخطه لم يكن حالفًا، وكذا ورحمةِ الله؛ لأن الحلف بها[11] غير متعارف، ولأن الرحمة قد يراد بها أثرها،

الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم، وهو استحداث الملك، لا مع حقيقة الشغل، حتى إنه يجب، وإن لم يوجد الشغل أصلا، بأن اشترى جارية بكرًا، أو اشتراها من امرأة. (عناية)

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بيان ضروب الأيمان بين ما يكون يمينًا من الألفاظ، وما لا يكون.(ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) أي بهذا الاسم. (عناية)

(٤) قوله: "أو باسم آخر [سواء تعارف الناس الحلف به، أو لا.عيني] إلخ" والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم، وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى بأسماء أفاعيلها، كالرحمة والعلم والعزة. (عناية)

(٥) ذكره استظهارًا؛ لأنه لما بنى الأيمان على العرف، كان وجوده مغنيًا عن النظر إلى غيره. (عناية)

(٦) أي الحالف.

(٧) أي ذكر الحالف اسم الله، أو صفته.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "إلا قوله: وعلم الله إلخ" استثناء منقطع من قوله: أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفًا، فإن اليمين به إذا لم يكن متعارفًا، كان استثناءه عن العرف منقطعًا. (ع)

(١٠) العلم.

(١١) أي بالغضب والسخط والرحمة.

وهو المطر، أو الجنة، والغضبَ والسخط يراد بهما العقوبة. ومن حلف بغير الله لم يكن حالفًا كالنبى والكعبة[١]؛ لقوله عليه السّلام: «مَن كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر[٢]»*. وكذا إذا حلف بالقرآن؛ لأنه غير متعارف، قال[٣]: معناه أن يقول: والنبى والقرآن، أما لو قال: أنا برىء منهما يكون يمينًا؛ لأن التبرئ منهما[٤] كفرٌ. قال[٥]: والحلفُ بحرف القسم، وحروف القسم: الواو كقوله: والله، والباءُ كقوله: بالله، والتاءُ كقوله: تالله؛ لأن كل ذلك معهودٌ فى الأيمان، ومذكورٌ فى القرآن[٦].

وقد يضمر الحرف[٧]، فيكون حالفًا كقوله: اللهِ لا أفعل كذا؛ لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازًا، ثم قيل: ينصب لا نتزاع حرف خافض، وقيل: يخفض، فتكون الكسرة دالةِ على المحذوفة، وكذا[٨] إذا قال للهِ فى المختار[٩]؛ لأن الباء تبدل بها[١٠]، قال الله تعالى: آمنتم له أى

(١) مثلا أن يقول: والنبى والكعبة.

(٢) قوله: "من كان إلخ" هذا الحديث إلخ أخرجه الجماعة إلا النسائى عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآباءكم فمن كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليسكت»، ولفظ الصحيحين: «أو ليصمت». (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٦ ص٩٠. (نعيم)

(٣) أى المصنف.

(٤) قوله: "لأن التبرئ منهما" أى من النبى ﷺ والقرآن كفر، ولقائل أن يقول: سلمْنا أن التبرئ منهما، وكذا من كل كتاب سماوى كفر، لكن كونه كفرا ليس بيمين، ولا يستلزمها، ألا يرى أنه لو قال: بحياتك لأفعلن كذا، واعتقد أن البر به واجب كفر، وليس بيمين، والجواب سيجىء عند قوله: إن فعل كذا، فهو يهودى، أو نصرانى. (عناية)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "ومذكور فى القرآن" كقوله تعالى: ﴿بالله إن الشرك لظلم عظيم﴾، وكقوله تعالى: ﴿والله ربنا ما كنا مشركين﴾، وكقوله تعالى: ﴿تالله لأكيدن أصنامكم﴾. (عينى)

(٧) قوله: "وقد يضمر إلخ" والفرق بين الإضمار والحذف بقاء أثر المضمر دون المحذوف. (عناية)

(٨) أى يكون يمينًا.

(٩) قوله: "فى المختار" احتراز عما روى عن أبى حنيفة أنه لو قال: لله على أن لا أكلم فلانًا، أنها ليست

آمنتم به. وقال أبو حنيفة: و إذا قال: وحقِّ الله، فليس بحالفٍ، وهو قول محمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينًا؛ لأن الحقّ من صفات الله تعالى، وهو حقّيته[١]، فصار كأنه قال: والله الحق. والحلفُ به متعارفٌ، ولهما أنه يراد به[٢] طاعة الله تعالى؛ إذ الطاعات حقوقُه، فيكون حلفًا بغير الله.

قالوا: لو قال: والحقِّ يكون يمينًا، ولو قال: حقًا لا يكون يمينًا؛ لأن الحق من أسماء الله تعالى[٣]، والمنكر يراد به تحقيق الوعد.

ولو قال: أقسم، أو أقسم بالله، أو أحلف، أو أحلف بالله، أو أشهد، أو أشهد بالله، فهو حالف؛ لأن هذه الألفاظ[٤] مستعملة في الحلف، وهذه الصيغة[٥] للحال حقيقةً، وتُستعمل[٦] للاستقبال لقرينةٍ، فجعل حالفًا في الحال. والشهادة يمين؛ قال الله تعالى: ﴿قالوا[٧] نشهد إنَّك لرسول الله﴾، ثم قال[٨]: ﴿اتخذوا أيمانهم جُنَّةً﴾، والحلفُ بالله[٩] هو

بيمين. (عناية)

(١٠) اللام.

(١) أي كونه حقًا.

(٢) أي بالحق. (عيني)

(٣) قوله: "لأن الحق إلخ" يريد الفرق بين الحق وحقًا، بأن المعرف اسم من أسماء الله تعالى، والحلف به متعارف، فيكون يمينا. وأما المنكر: فهو مصدر منصوب بفعل مقدر، فكأنه قال: أفعل هذا الفعل لا محالة، وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين. (عناية)

(٤) أي أقسم وأخواته.

(٥) أي صيغة أقسم. (عيني)

(٦) أي مجازًا.

(٧) أي المنافقون.

(٨) تعالى.

(٩) قوله: "والحلف بالله إلخ" قال تاج الشريعة: هذا جواب عمن يقول: إن قوله: أحلف، ينبغي أن لا

المعهود المشروع، وبغيره محظور، فصرف[١] إليه[٢]، ولهذا قيل: لا يحتاج[٣] إلى النية، وقيل: لا بد منها؛ لاحتمال العِدَة[٤]، واليمين بغير الله. ولو قال بالفارسية: سوگند ميخورم بخداى، يكون يمينًا؛ لأنه للحال، ولو قال: سوگند خورم، قيل: لا يكون يمينًا[٥]، ولو قال بالفارسية: سوگند خورم بطلاق زنم، لا يكون يمينًا؛ لعدم التعارف.

قال[٦]: وكذا قوله[٧]: لَعَمْر الله، وأيم الله؛ لأن عمر الله بقاء الله[٨]، وأيم الله معناه أيمن الله، وهو جمع يمين[٩]، وقيل: معناه والله[١٠]، وأيم صِلةٌ كالواو[١١]، والحلفُ باللفظين[١٢] متعارف. وكذا[١٣] قوله: وعهد الله وميثاقه؛ لأن العهد يمين قال الله تعالى: ﴿وأوفوا بعهد الله﴾، والميثاق عبارة

يكون يمينًا؛ لجواز أن يكون حالفًا بغير الله تعالى. (عينى)

(١) أى قوله: أحلف.

(٢) أى إلى الحلف بالله.

(٣) فى قوله: أحلف، أو أشهد، أو أقسم.

(٤) أى الوعد. (عينى)

(٥) لأن لفظ خورم للاستقبال.

(٦) أى المصنف. (عينى)

(٧) قوله: "وكذا قوله إلخ" هذا عطف على أصل المسألة، وهو قوله: أقسم إلى آخره أى وكذا يكون يمينًا هذان اللفظان. (عينى)

(٨) قوله: "بقاء الله" والبقاء من صفات الذات، فجاز الحلف به. (عينى)

(٩) عند الكوفيين.

(١٠) هذا عند البصريين.

(١١) أى كلمة مستقلة.

(١٢) قوله: "والحلف باللفظين" يريد به قوله: لعمر الله، وأيم الله متعارف يحلف بهما عادة، ولم يرد نهى من الشرع، فيكون يمينًا. (عينى)

(١٣) أى يكون يمينًا.

عن العهد. وكذا[١] إذا قال: عليَّ نذر[٢]، أو نذرُ الله؛ لقوله عليه السلام[٣]: «من نذر نذرًا ولم يسم فعليه كفارة يمين»*.

وإن قال: إن فَعلتُ كذا، فهو يهودى، أو نصرانى، أو كافرٌ، يكون يمينًا؛ لأنه[٤] لما جَعَل الشرطَ علمًا على الكفر، فقد اعتقده[٥] واجب الامتناع، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره[٦] بجعله يمينًا، كما نقول فى تحريم الحلال[٧]، ولو قال[٨] ذلك لشىء قد فعله، فهو الغمُوس[٩]، ولا يكفر اعتبارًا بالمستقبل[١٠]، وقيل[١١]: يكفر؛ لأنه تنجيزٌ معنى، كما إذا قال: هو يهودى. والصحيح أنه لا يكفر فيهما[١٢] إن كان يَعلم أنه يمين، وإن كان عنده أنه يكفر فيهما[١٣]؛ لأنه رضى بالكفر، حيث أقدم على

(١) أى يكون يمينًا.

(٢) أن لا أفعل كذا. (ع)

(٣) أخرجه أبو داود وابن ماجة عن ابن عباس. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٩ ص٩١. (نعيم)

(٤) أى لأن هذا القائل.

(٥) أى المحلوف عليه.

(٦) أى لغير الشرط، وهو اليمين. (عينى)

(٧) فإنه يمين.

(٨) قوله: "ولو قال ذلك إلخ" يعنى لو حلف بهذا اللفظ على أمر ماضٍ، فإن كان عنده أنه صادق، فلا شىء عليه، وإن كان يعلم أنه كاذب، فهو الغموس. (ع)

(٩) لا كفارة فيها عندنا.

(١٠) قوله: "ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل" يعنى كما لو حلف به على أمر فى المستقبل، فإنه فى المستقبل كان يمينًا، ولا يكفر الحالف، كذلك إذا كان فى الماضى. (عناية)

(١١) قوله: "وقيل" وهو قول محمد بن مقاتل: يكفر؛ لأنه علق الكفر بما هو موجود، والتعليق بالموجود تنجيز، فكأنه قال: هو يهودى. (ع)

(١٢) أى فى الماضى والمستقبل. (عينى)

(١٣) قوله: "يكفر فيهما" أى فى الماضى والمستقبل؛ لأنه لما أقدم على ذلك الفعل، وعنده أنه يكفر، فقد

الفعل. ولو قال: إن فعلتَ كذا، فعلى غضب الله، أو سخط الله، فليس بحالفٍ؛ لأنه دعا على نفسه، ولا يتعلق ذلك بالشرط، ولأنه غير متعارف. وكذا إذا قال[١]: إن فعلت كذا، فأنا زانٍ، أو سارقٌ، أو شاربُ خمرٍ، أو آكلُ ربا؛ لأن حرمة هذه الأشياء[٢] تحتمل النسخ والتبديل[٣]، فلم يكن[٤] فى معنى حرمة الاسم[٥]، ولأنه ليس بمتعارف[٦].

فصل فى الكفارة[٧]

قال[٨]: كفارة اليمين عتق رقبة، يجزئ فيها ما يجزئ فى الظهار[٩]، وإن شاء كسا عشرة مساكين كلَّ واحد ثوبًا فما زاد[١٠]، وأدناه[١١] ما يجوز

رضى بالكفر. (ع)

(١) أى لا يكون يمينًا.

(٢) الزنا وأخواته.

(٣) قوله: "تحتمل النسخ إلخ" أقول: فى كلام المصنف لف ونشر على غير الترتيب، وذلك لأن قوله: والنسخ متعلق بشرب الخمر وأكل الربا، فإنهما يحتملان الفسخ فى نفسه، وإن لم يرد النسخ، ألا ترى أن الربا يحل فى دار الحرب. وقوله: والتبديل متعلق بالزنا والسرقة، ويراد بالتبديل انقلاب المحل، فإن الفعل المقصود بالزنا، والعين المقوصة بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالا له بوجه النكاح، وملك اليمين، فسمى احتمال انقلابهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الشرعى نسخًا وتبديلا. (عناية)

(٤) لأن حرمة الاسم لا تحل بحال. (ع)

(٥) أى اسم الله تعالى.

(٦) فلا يكون يمينًا. (ع)

(٧) قوله: "فصل فى الكفارة" لما فرغ من بيان الموجب، شرع فى بيان الموجب، وهو الكفارة، لكن هى موجب اليمين عند الانقلاب؛ لأن اليمين لم تشرع للكفارة، بل تنقلب موجبة لها عند انتفاضها بالحنث. (عناية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "ما يجزئ إلخ" يعنى الرقبة المسلمة والكافرة، والذكر والأنثى، والصغير والكبير، ولا يجزئ العمياء، ولا مقطوعة اليدين، أو الرجلين، أو المقطوعة يده ورجله من جانب واحد بخلاف العوراء أو المقطوعة إحدى اليدين، وإحدى الرجلين، وفى الأصم اختلاف المشايخ، والأصح الجواز. (عينى)

(١٠) أى على الثوب.

فيه الصلاة، وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار[1]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ الآية[2]، وكلمة أو للتخيير، فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة.

قال[3]: فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة، صام ثلاثة أيام متتابعات، وقال الشافعي: يخير[4]؛ لإطلاق النصّ.

ولنا قراءة ابن مسعود[5]: "فصيام ثلاثة أيام متتابعات[6]"*، وهي كالخبر المشهور[7]، ثم المذكور في الكتاب[8] في بيان أدنى الكسوة مرويّ عن محمد. وعن أبي يوسف وأبي حنيفة أن أدناه ما يستر عامة بدنه، حتى لا يجوز السراويل، وهو الصحيح[9]؛ لأن لابسه يسمى عريانًا في العرف، لكن ما لا يجزئه[10] عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة.

---

(١١) الثوب.

(١) قوله: "كالإطعام في كفارة الظهار [﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة﴾]" يعني لكل واحد من عشرة مساكين صاع من تمر، أو شعير، أو نصف صاع من حنطة، أو دقيق، أو سويق، فإن دعى عشرة مساكين، فغداهم وعشاهم أجزأهم. وكذلك إن أطعم خبزا، ليس معه إدام، وإن غداهم وعشاهم، وفيهم صبي فطيم، أو فوق ذلك شيئًا لم يجزه، وعليه إطعام مسكين واحد. (عيني)

(٢) ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة﴾.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "يخير" يعني إن شاء فرق، وإن شاء تابع. (عيني)

(٥) ﴿فمن لم يجد فصيام﴾ إلخ.

(٦) بزيادة لفظ متتابعات.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٠ ص٩١. (نعيم)

(٧) يجوز الزيادة به على مطلق الكتاب.

(٨) قوله: ثم المذكور في الكتاب" أي في "مختصر القدوري"، وأراد بالمذكور، المذكور في قوله: في أول الفصل وأدناه ما يجوز فيه الصلاة في بيان أدنى الكسوة. (عيني)

(٩) احتراز عما روى في "نوادر ابن سماعة": أنه يجوز. (عناية)

(١٠) قوله: "لكن ما لا يجزئه إلخ" يعني لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة؛ لأن

وإن قدم الكفارةَ على الحنث، لم يجزئه، وقال الشافعي: يجزئه بالمال(١)؛ لأنه أداها بعد السبب(٢)، وهو اليمين، فأشبه التكفير بعد الجرح(٣). ولنا أن الكفارة لستر الجناية، ولا جناية ههنا(٤)، واليمين ليست بسبب(٥)؛ لأنه مانع(٦) غير مفضٍ، بخلاف الجرح؛ لأنه مفضٍ(٧)، ثم لا يسترد من المسكين(٨)؛ لوقوعه صدقة.

قال(٩): ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي، أو لا يكلم أباه، أو ليقتلن فلانًا ينبغي أن يحنث نفسه، ويكفر عن يمينه؛ لقوله عليه السّلام: «من حلف على يمين ورأى غيرَها خيراً منها فليأت بالذى هو خير ثم ليكفر

الإكساء لا يحصل به، ولكنه يجزئه من الطعام إذا كان نصف ثوب يساوى نصف صاع من حنطة، وكذلك لو أعطى عشرة مساكين ثوبًا بينهم، وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلا منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة؛ لأنه لا مكتسي به كل واحد منهم، ويجزيه من الطعام. وهل يشترط النية، أو لا؟ ذكر شيخ الإسلام في ظاهر الرواية أنه يجزئه نوى أن يكون بدلا عن الطعام، أو لم ينوِ، وعن أبي يوسف: إذا نوى أن يكون بدلا عن الطعام يجزئه عن الطعام، وإن لم ينوه لم يجزه. (عناية)

(١) قوله: "يجزئه بالمال" أى يجزئ التكفير بالمال قبل الحنث، وقيد بالمال؛ لأن ظاهر مذهبه أن الصوم لا يجوز؛ لأن العبادات البدنية لا تتقدم على وقت الأداء، وفي وجه يجوز، وهو قوله القديم. (عينى)

(٢) قوله: "بعد السبب" وهو اليمين؛ لأنها تضاف إلى اليمين يقال: كفارة اليمين، والواجبات تضاف إلى أسبابها حقيقة، والأداء بعد السبب جائز لا محالة. (عناية)

(٣) وقبل الموت.

(٤) قوله: "ولا جناية ههنا [أى قبل الحنث]" لأنها تحصل بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث. (عناية)

(٥) قوله: "واليمين ليست بسبب" جواب عن قوله: لأنه أداها بعد السبب، وهو اليمين، ووجهه أن السبب ما يكون مفضيًا، واليمين غير مفضٍ إلى الكفارة؛ لأنها تجب بعد نقضها بالحنث، وإنما أضيفت إليها؛ لأنها تجب بحنث بعد اليمين، كما تضاف الكفارة إلى الصوم. (عناية)

(٦) فإن اليمين للبر، لا للحنث.

(٧) إلى الموت.

(٨) قوله: "ثم لا يسترد من المسكين" قيل: هو معطوف على قوله: لم يجزه يعنى وإن لم يقع كفارة إذا وقع إلى المسكين قبل الحنث، لكن لا يسترد منه؛ لأنه قصد شيئين: ستر الجناية، وحصول الثواب، ولم يحصل الأول؛ لعدم الجناية، فيحصل الثانى فيكون قد وقعت صدقة، ولا رجوع فيها. (ع)

(٩) أى القدوري. (عينى)

عن يمينه[١]»*، ولأن فيما قلناه[٢]، تفويت البرّ إلى جابرٍ، وهو الكفارة، ولا جابر للمعصية في ضده[٣]. وإذا حلَفَ الكافر، ثم حنث في حال كفره، أو بعد إسلامه، فلا حنث عليه؛ لأنه[٤] ليس بأهل لليمين؛ لأنها تعقد لتعظيم الله تعالى، ومع الكفر لا يكون معظِمًا[٥]، ولا هو[٦] أهل للكفارة؛ لأنها عبادة[٧]. ومَن حَرّم على نفسه[٨] شيئًا ممّا يملكه لم يصر محرمًا[٩]، وعليه إن استباحه[١٠] كفارة يمين، وقال الشافعي: لا كفارة عليه؛ لأن تحريم الحلال قلب المشروع، فلا ينعقد به تصرف مشروع، وهو اليمين. ولنا أن اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة[١١]، وقد أمكن إعماله[١٢]

---

(١) قوله: "من حلف على يمين [رواه في الصحيح] إلخ" معناه من حلف على مقسم عليه من فعل، أو ترك؛ لأن اليمين مركبة من مقسم به، وهو بالله، ومقسم عليه، وهو قوله: لأفعلن كذا، أولا أفعلن، فكان من باب ذكر الكل، وإرادة البعض. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٣١ ص٩١. (نعيم)

(٢) قوله: "ولأن فيما قلناه" أي في تحنيث النفس، أو التكفير بعد ذلك تفويت البر إلى جابر، والجابر هو الكفارة، والفوات إلى جابر كلا فوات، فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر.
أما إذا أتى بالبر، وهو ترك الصلاة، وقطع الكلام عن الأب، وقتل فلان بغير حق، تحصل المعصية بلا جبر لها، فتكون المعصية قائمة لا محالة، فلهذا قلنا: يحنث نفسه، ويكفر عن يمينه. (عناية)

(٣) أي في ضد ما قلناه.

(٤) الكافر.

(٥) قوله: "لا يكون معظمًا" إذ الكفر إهانة واستخفاف بالخالق، وهو ينافي التعظيم. (عناية)

(٦) الكافر.

(٧) قوله: "لأنها عبادة [والكافر ليس بأهل للعبادة]" بخلاف الاستحلاف في الدعاوى والخصومات، فإن المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول والإقرار، والكفر لا ينافي ذلك. (عناية)

(٨) قوله: "ومن حرم على نفسه" مثل أن يقول: حرمت على نفسي ثوبي هذا، أو طعامي هذا. (عناية)

(٩) أي لعينه.

(١٠) أي يعامل معاملة المباح.

(١١) قوله: "أن اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة" فأما أن يثبت به حرمة لعينها، وهو غير جائز؛ لأنه قلب المشروع، كما ذكرتم، أو لغيرها بإثبات موجب اليمين، وفيه إعمال اللفظ، والمصير إلى إعمال اللفظ عند

بثبوت الحرمة لغيره بإثبات موجَب اليمين، فيُصار إليه.

ثم إذا فعل ممّا حرّمه قليلا، أو كثيراً حنث، ووجبت الكفارة، وهو المعِنيّ من الاستباحة المذكورة؛ لأن التحريم إذا ثبت تناول كلّ جزءٍ منه[١].

ولو قال: كلُّ حلّ عليَّ حرامٌ، فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غير ذلك، والقياس أن يحنث[٢]، كما فرغ؛ لأنه باشر فعلا مباحًا، وهو التنفس ونحوه، وهذا قول زفر.

وجه الاستحسان: أن المقصود[٣] -هو البر- لا يتحصل مع اعتبار العموم[٤]، وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف، فإنه يستعمل فيما يتناول عادة، ولا يتناول[٥] المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم، وإذا نواها كان إيلاء[٦]، ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب[٧]، وهذا كله جواب ظاهر الرواية.

ومشايخنا[٨] قالوا: يقع به[٩] الطلاق عن غير نية؛ لغلبة الاستعمال،

الإمكان واجب، فيصار إليه. (ع)

(١٢) اللفظ.

(١) أى مما حرمه. (عينى)

(٢) قوله: "أن يحنث كما فرغ [من اليمين. عينى]" لأن قوله: هذا فى قوة أن يقال: والله لا أفعل فعلا حلالا، وقد فعل فعلا حلالا، وهو التنفس، وفتح العينين، فيحنث. (عناية)

(٣) من اليمين.

(٤) قوله: "لا يتحصل مع اعتبار العموم" لامتناع أن لا يتنفس، ولا يفتح العينين، فيعلم بدلالة الحال عدم إرادة العموم، فيصار إلى أخص الخصوص، وهو الطعام والشراب للعرف، فإن العادة جارية باستعماله فى المتناولات. (ع)

(٥) أى إذا لم يكن العموم مراداً لا يتناول إلخ.

(٦) قوله: "كان إيلاء" لما بيّنا أن هذا الكلام يمين، فيكون معناه والله لا أقربك، وهو من صورة الإيلاء. (عناية)

(٧) حتى إذا أكل، أوشرب حنث. (عينى)

(٨) قوله: "مشايخنا" أرادبهم مشايخ بلخ كأبى بكرالإسكاف، وأبى بكربن أبى سعيد، والفقيه أبى جعفر.(ع)

(٩) أى بقوله: كل حل على حرام.

وعليه الفتوى، وكذا ينبغي[١] في قوله: حلال بر وى حرام.

واختلفوا في قوله: هر چه بر دست راست گيرم بروى حرام أنه هل تشترط النية[٢]، والأظهر أنه يجعل طلاقًا من غير نية للعرف.

ومن نذر[٣] نذرًا مطلقًا[٤]، فعليه الوفاء؛ لقوله عليه السّلام: «من نذر وسمّى فعليه الوفاء بما سمى[٥]»*.

وإن علق النذر بشرطٍ[٦]، فوجد الشرط، فعليه الوفاء[٧] بنفس النذر؛ لإطلاق الحديث[٨]، ولأن المعلّق بشرطٍ كالمنجز عنده[٩]. وعن أبي حنيفة أنه رجع عنه[١٠]، وقال: إذا قال: إن فعلتُ كذا فَعَليَّ حجة، أو صوم سنة، أو صدقة مالٍ أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين، وهو قول محمد، ويخرج عن العهدة[١١] بالوفاء بما سمى أيضًا. وهذا إذا كان[١٢]

(١) أي أن يقع الطلاق.

(٢) أي في وقوع الطلاق.

(٣) مثل أن يقول: لله علي أن أصوم سنة.

(٤) أي لم يعلقه بشيء. (عناية)

(٥) قوله: "من نذر إلخ" هذا حديث غريب، وأخرج البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنه قال: يا رسول الله! إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام، قال: «فأوف بنذرك». (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٢ ص٩٢. (نعيم)

(٦) قوله: "بشرط" سواء كان شرطًا أراد كونه، أو لم يرد. (عناية)

(٧) ولا ينفعه كفارة اليمين. (عناية)

(٨) قوله: "لإطلاق الحديث" فإنه لم يفصل بين كون النذر مطلقًا، أو معلقًا بشرط. (عناية)

(٩) قوله: "كالمنجز عنده" ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزه الكفارة، فكذا ههنا. (عناية)

(١٠) قوله: "أنه رجع عنه" أي عن تعيين الوفاء بنفس النذر إلى القول بالتخيير بين كفارة اليمين، وبين الوفاء بذلك. (عناية)

(١١) أي عن عهدة اليمين.

(١٢) أي إذا كان النذر معلقًا بشرط لا يريد إلخ.

شرطًا لا يريد[١] كونه؛ لأن فيه معنى اليمين، وهو المنع، وهو بظاهره نذر، فيتخير[٢] ويميل إلى أى الجهتين[٣] شاء، بخلاف[٤] ما إذا كان شرطًا يريد كونه كقوله: إن شفى الله مريضى[٥]؛ لانعدام معنى اليمين فيه[٦]، وهو المنع، وهذا التفصيل[٧] هو الصحيح.

قال[٨]: ومن حلف على يمين[٩]، وقال: إن شاء الله متصلا بيمينه، فلا حنث عليه؛ لقوله عليه السّلام: «من حلف على يمين[١٠] وقال إن شاء الله فقد بر فى يمينه[١١]»* إلا[١٢] أنه لا بد من الاتصال؛ لأنه[١٣] بعد الفراغ[١٤] رجوع، ولا رجوع فى اليمين.

---

(١) مثل إن شربت الخمر.

(٢) بين أداء الكفارة والوفاء بما سمى.

(٣) أى اليمين والنذر.

(٤) أى بخلاف ما إذا علق بشرط يريد إلخ.

(٥) فهو نذر.

(٦) أى دراية لكنه خلاف ظاهر الرواية.

(٧) قوله: "وهذا التفصيل" أى الذى ذكرنا بين شرط لا يريد كونه، وبين شرط يريد كونه. (عناية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى على مقسم عليه من فعل أو ترك. (ع)

(١٠) قوله: "ومن حلف إلخ" هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، وبمعناه أحاديث: منها ما أخرجه النسائى عن ابن عمر قال: من حلف فاستثنى فإن شاء مضى، وإن شاء ترك من غير حنث. (عينى)

(١١) قوله: "فقد بر فى يمينه" معناه لا يحنث أبدًا؛ لعدم انعقاد اليمين. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص١٣٠١، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٣ ص٩٢. (نعيم)

(١٢) استثناء من قوله: فلا حنث عليه. (عينى)

(١٣) أى اتصال الاستثناء باليمين.

(١٤) عن اليمين.

باب اليمين فى الدخول والسكنى[١]

ومن حلف لا يدخل بيتًا، فدخل الكعبة، أو المسجد، أو البيعة[٢]، أو الكنيسة[٣] لم يحنث؛ لأن البيت ما أعد[٤] للبيتوتة، وهذا البقاع ما بنيت لها، وكذا[٥] إذا دخل دهليزًا، أو ظلة باب الدار[٦]؛ لما ذكرنا[٧]. والظلة ما تكون على السكة، وقيل: إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلا، وهو مسقف يحنث؛ لأنه يبات فيه عادةً. وإن دخل صفة حنث[٨]؛ لأنه يُبنى للبيتوتة فيه فى بعض الأوقات، فصار كالشتوى والصيفى[٩]، وقيل: هذا[١٠] إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة، وهكذا كانت صفافهم[١١]، وقيل: الجواب[١٢] مجرى على إطلاقه[١٣]، وهو

(١) قوله: "باب اليمين فى الدخول والسكنى" لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء، أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال الواردة فى اليمين، فذكرها فى أبواب. وقدم الدخول والسكنى على غيرهما من الأكل والشرب ونحوهما؛ لأن أول ما يحتاج إليه الإنسان الذى يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه، ثم يتوارد عليه سائر الأفعال من الأكل والشرب وغيرهما. (عناية)

(٢) معبد النصارى.

(٣) معبد اليهود.

(٤) أى عرفًا.

(٥) أى لا يحنث.

(٦) قوله: "أو ظلة باب الدار" الظلة ما أظل فوق الباب خارج الدار، وأوضح ذلك صاحب الحصير، فقال: الظلة هى التى أحد طرفى جذعهما على هذه الدار، وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل.
وفى "الذخيرة": أراد بالظلة الساباط الذى يكون على باب الدار، قال صاحب "المغرب": قول الفقهاء: ظلة الدار يريدون بها السترة التى فوق الباب. (عينى)

(٧) من أن البيت ما أعد للبيتوتة. (عينى)

(٨) أى فى يمينه لا يدخل بيتًا. (عينى)

(٩) قوله: "فصار كالشتوى والصيفى" الشتوى: هوالذى يبنى لأن يبات فيه فى الشتاء، والصيفى: هو الذى يبنى؛لأن يبات فيه فى الصيف، فالشتوى له جدران أربعة فى أحد منها باب، والصيفى له ثلاثة جدران ليس إلا هو، وهو الصفة. (عينى)

(١٠) أى الحنث بدخول الصفة فى يمينه لا يدخل بيتا. (عينى)

(١١) قوله: "كانت صفافهم" أى صفاف أهل الكوفة فحينئذٍ لا يكون فرق بين البيت والصفة فيحنث؛

الصحيح[١]. ومَن حلف لا يدخل دارًا، فدخل دارًا خربة، لم يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعد ما انهدمت، وصارت صحراء حنث؛ لأن الدار اسم للعرصة[٢] عند العرب والعجم، يقال: دار عامرة، ودار غامرة[٣]، وقد شهدت أشعارُ العرب بذلك، فالبناء وصفٌ فيها، غير أن الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر[٤].

ولو حلف لا يدخل هذه الدار، فخربت ثم بنيت أخرى، فدخلها يحنث؛ لما ذكرنا أنّ الاسم باقٍ[٥] بعد الانهدام، وإن جُعلت مسجدًا، أو حمامًا، أو بستانًا، أو بيتًا، فدخله لم يحنث؛ لأنه لم يبقَ دارًا؛ لاعتراض[٦] اسمٍ آخر عليه، وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه[٧]؛ لأنه لا يعود اسم الدارية. وإن حلف لا يدخل هذا البيت، فدخله بعد ما انهدم، وصار صحراء لم يحنث؛ لزوال اسم البيت؛ لأنه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان، وسقط السقف، يحنث[٨]؛ لأنه يبات فيه، والسقف

لأنه يبات فيها، وفي عرفنا: الصفة ذات حوائط ثلاثة، فلا يكون بيتًا، فلا يحنث. (عيني)

(١٢) أي الحنث.

(١٣) أي سواء كانت ذات حوائط أربعة أو ثلاثة. (عناية)

(١) قوله: "وهو الصحيح" دون الحمل على عرفهم؛ لأن البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة، وهذا المعنى موجود في الصفة إلا أن مدخلها أوسع، فيتناولها اسم البيت، فيحنث. (عناية)

(٢) قوله: "اسم للعرصة" قال ابن أثير: العرصة كل موضع واسع لا بناء فيه. (عيني)

(٣) خلاف العامرة.

(٤) قوله: "وفي الغائب معتبر" لما ذكر في الأصول أن المحلوف عليه لا بد وأن يكون معلومًا، فإذا كانت مشارًا إليها، كان المحلوف عليه معلومًا، فلا حاجة إلى المعرف، بخلاف المنكر، فإنه لا معرف له سوى الوصف، فيكون معتبرًا. (ع)

(٥) وإنما تبدل الوصف، وذلك لا يعتبر في الحاضر. (عيني)

(٦) قوله: "لاعتراض اسم آخر إلخ" ولما تبدل اسمها كان ذلك بمنزلة تبدل العين. (عيني)

(٧) أي المسجد والبستان.

(٨) قوله: "يحنث" لبقاء الاسم، قال الله تعالى: ﴿فتلك بيوتهم خاوية﴾ في بيوت منهدمة السقوف. (ع)

وصفٌ فيه، وكذا إذا بنى بيتًا آخر، فدخله لم يحنث؛ لأن الاسم[١] لم يبقَ بعد الانهدام[٢]. قال[٣]: ومن حلف لا يدخل هذه الدار، فوقف على سطحها[٤] حنث؛ لأن السطح من الدار[٥]، ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد، وقيل: في عرفنا لا يحنث[٦].

قال[٧]: وإذا دخل دهليزها[٨] يحنث، ويجب أن يكون على التفصيل الذى تقدم[٩]، وإن وقف فى طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب، كان خارجًا لم يحنث؛ لأن الباب لإحراز الدار، وما فيها فلم يكن الخارج[١٠] من الدار. قال[١١]: ومَن حلف لا يدخل هذه الدار، و هو[١٢] فيها لم يحنث بالقعود، حتى يخرج، ثم يدخل استحسانًا. والقياس أن يحنث؛ لأن الدوام له حكم الابتداء[١٣]، وجه الاستحسان أن الدخول[١٤] لا دوام له؛

---

(١) البيت.

(٢) قوله: "لم يبق بعد الانهدام" وأنه صار بيتًا بسبب حادث، واختلاف السبب يوجب اختلاف العين، فلا يكون داخلا فى البيت المحلوف عليه، فلا يحنث، كذا فى الشروح. (عناية)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) لا بالصعود إليه من خارج. (ع)

(٥) قوله: "لأن السطح من الدار" لأن الدار عبارة عما أحاط به الدائرة، وهو حاصل فى علوها وسفلها. (ع)

(٦) قوله: "لا يحنث [بالوقوف على السطح]" قال الفقيه أبو الليث فى "النوازل": إن كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار؛ لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولا فى الدار. (عناية)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) الدار.

(٩) قوله: "على التفصيل الذى تقدم" يعنى به قوله: إذا أغلق الباب يبقى داخلا، وهو مسقف. (عناية)

(١٠) أى خارج الدار. (عينى)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) قوله: "لأن الدوام إلخ" أى لأن الدوام على الفعل له حكم ابتداء الفعل، كما إذا حلف لا يلبس هذا

لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل.

ولو حلف لا يلبس هذا الثوب، وهو[١] لابسه، فنزعه فى الحال لم يحنث، وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة، وهو[٢] راكبها، فنزل من ساعته لم يحنث، أو حلف لا يسكن هذه الدار، وهو[٣] ساكنها، فأخذ فى النقلة من ساعته. وقال زفر: يحنث[٤] لوجود الشرط[٥]، وإن قلّ، ولنا أن اليمين تعقد للبر، فيستثنى منه زمانُ تحققه.

فإن لبث على حاله ساعةً حنث؛ لأن هذه الأفاعيل[٦] لها دوام[٧] بحدوث أمثالها ألا يرى أنه يضرب لها مدةٌ يقال: ركبت يومًا، ولبست يومًا، بخلاف الدخول؛ لأنه لا يقال: دخلت يومًا بمعنى المدة والتوقيت[٨]، ولو نوى الابتداء الخالص[٩] يصدق؛ لأنه محتمل كلامه.

الثوب، وهو لابسه، أو لا يركب هذه الدابة، وهو راكبها، فدام على ذلك يحنث. (عينى)

(١٤) قوله: "أن الدخول إلخ" تقرير القول بالموجب، يعنى سلمنا أن للدوام حكم الابتداء، لكن فيما له دوام، والدخول لا دوام له؛ لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل، وليس له دوام، وإطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى لكونه حركة آنية تسمى نقلة. (عناية)

(١) الواو حالية.

(٢) الواو حالية.

(٣) الواو حالية.

(٤) قياسًا. (عينى)

(٥) أى شرط الحنث. (عينى)

(٦) أى اللبس والركوب والسكون.

(٧) فكان للدوام حكم الابتداء.

(٨) قوله: "بمعنى المدة والتوقيت" احتراز عما يقال فى مجارى كلامهم: دخلت يومًا، وخرجت يومًا، لكن لا بمعنى المدة والتوقيت. (عناية)

(٩) قوله: "ولو نوى الابتداء الخالص" أى لا ألبس بعد النزع، ولا أركب بعد النزول يصدق، فلا يحنث؛ لأنه محتمل كلامه، سماه محتملا، وإن كان قوله: لا يركب حقيقة فى الابتداء؛ لأنه حقيقة فيه إذا لم يكن راكبًا، أما إذا كان راكبًا، فالابتداء من محتملاته. (عينى)

قال[١]: ومن حلف لا يسكن هذه الدار، فخرج بنفسه، ومتاعُه وأهلُه فيها، ولم يُرد الرجوع إليها حنث؛ لأنه[٢] يعدّ ساكنًا ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفًا، فإن السوقى عامة[٣] نهاره فى السوق، ويقول[٤]: أسكن سكّة كذا، والبيت والمحلة بمنزلة الدار[٥]. ولو كان اليمين على المصر[٦] لا يتوقف البر[٧] على نقل المتاع والأهل فيما روى عن أبى يوسف؛ لأنه لا يعد ساكنًا فى الذى انتقل عنه عرفًا[٨]، بخلاف الأول، والقريةُ بمنزلة المصر[٩] فى الصحيح من الجواب. ثم قال أبو حنيفة: لا بد[١٠] من نقل[١١] كل المتاع حتى لو بقى وتدٌ[١٢] يحنث؛ لأن السكنى قد ثبت بالكل[١٣]، فيبقى ما بقى شيء منه[١٤].

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الحالف.

(٣) الأكثر.

(٤) قوله: "ويقول إلخ" فهذا يدل على أنه يعد ساكنًا من أهله، ومتاعه فيها. (عينى)

(٥) قوله: "بمنزلة الدار" أراد أن اليمين بقوله: لا أسكن هذا البيت، ولا أسكن هذه المحلة مثل اليمين بقوله: لا أسكن هذه الدار. (عينى)

(٦) بأن حلف لا يسكن فى هذا المصر.

(٧) قوله: "لا يتوقف إلخ" بمعنى أنه إذا انتقل إلى مصر آخر بنفسه، ولم ينقل الأهل والمتاع لا يحنث فى يمينه. (عينى)

(٨) قوله: "لأنه يعد ساكنًا فى الذى انتقل عنه عرفًا" وإن لم ينقل الأهل والمتاع، بخلاف الأول، وهو قوله: لا أسكن هذه الدار، أو لا أسكن هذه السكة، أو المحلة، كما ذكر. (عينى)

(٩) قوله: "والقرية بمنزلة المصر" يعنى إذا قال: لا أسكن هذه القرية، فحكمه حكم من قال: لا أسكن هذا المصر، فى الصحيح من الجواب، احترز به عن قول بعض مشايخنا: إن القرية كالدار. (عينى)

(١٠) أى للبر.

(١١) من الدار.

(١٢) ميخ.

(١٣) أى بكل المتاع.

(١٤) المتاع.

وقال أبو يوسف: يعتبر [١] نقل الأكثر؛ لأن نقل الكل قد يتعذر، وقال محمد: يعتبر نقل ما يقوم به كَدْخدائيته [٢]؛ لأن ما وراء ذلك [٣] ليس من السكنى، قالوا: هذا أحسن وأرفق بالناس. وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبرّ، فإن انتقل إلى السكة، أو إلى المسجد، قالوا: لا يبرّ، دليله في "الزيادات" أن من خَرَج بعياله من مصره، فما لم يتخذ وطنًا آخر يبقى وطنُه الأول في حق الصلاة [٤]، كذا هذا [٥]، والله تعالى أعلم بالصواب.

باب اليمين في الخروج، والإتيان والركوب، وغير ذلك [٦]

قال [٧]: ومَنْ حلف لا يخرج من المسجد، فأمر إنسانًا، فحمله فأخرجه، حنث؛ لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر، فصار كما إذا ركب دابةً فخرجت [٨]، ولو أخرجه مكرهًا [٩] لم يحنث؛ لأن الفعل لم ينتقل إليه؛ لعدم الأمر، ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح [١٠]؛

(١) وعليه الفتوى، كذا في "الكافي". (عيني)

(٢) أي خانه داري.

(٣) أي ما وراء الكدخدائية.

(٤) أي في حق قصر الصلاة.

(٥) قوله: "كذا هذا" يعني كذا حكم هذا الرجل الذي حلف لا يسكن هذه الدار، أنه إذا انتقل إلى السكة أو إلى المسجد لا يبر في يمينه؛ لأنه لما لم يتخذ وطنًا آخر بقي وطنه الأول. (عيني)

(٦) قوله: "باب اليمين إلخ" ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب؛ لأن له مناسبة المضادة بالدخول، وأما الإتيان والركوب فما يتحقق بعد الخروج، فاستصحبهما ذكر الخروج. (عناية)

(٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٨) قوله: "فخرجت" أي فخرجت الدابة، فإن خروج الدابة ينسب إليه، والدابة آلته. (عيني)

(٩) أي يحمله إنسان، فيخرجه مكرهًا. (عناية)

(١٠) قوله: "في الصحيح" احتراز عن قول بعض المشايخ، فإنهم قالوا: إنه يحنث؛ لما أنه كان متمكنًا من

لأن الانتقال بالأمر، لا بمجرد الرضاء.

قال[١]: ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة، فخرج إليها[٢]، ثم أتى حاجةً أخرى لم يحنث؛ لأن الموجود خروج مستثنى، والمضيّ بعد ذلك[٣] ليس بخروج[٤]. ولو حلف لا يخرج إلى مكة، فخرج يريدها، ثم رجع حنث؛ لوجود الخروج على قصد مكة، وهو الشرط؛ إذ الخُروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج. ولو حلف لا يأتيها لم يحنث، حتى يدخلها؛ لأنه[٥] عبارة عن الوصول، قال الله تعالى: ﴿فأتيا[٦] فرعون فَقُولا له﴾، ولو حلف لا يذهب إليها، قيل: هو كالإتيان[٧]، وقيل[٨]: كالخروج، وهو الأصح؛ لأنه عبارة عن الزوال.

قال[٩]: وإن حلف ليأتين البصرة، فلم يأتِها حتى مات، حنث في آخر جزءٍ من أجزاء حياته؛ لأن البرّ قبل ذلك[١٠] مرجوّ. ولو حلف ليأتينه غداً إن استطاع، فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة[١١]، وفسّره[١٢]

الامتناع، فلم يمتنع صار كالآمر بالإخراج.

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) أى إلى الجنازة.

(٣) أى بعد الخروج.

(٤) قوله: "ليس بخروج" يعنى أن الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل إلى الخارج، ولم يوجد. (ع)

(٥) الإتيان.

(٦) يا موسى وهارون.

(٧) قوله: "قيل [القائل: نصر بن يحيى] هو كالإتيان" أى حكمه حكم ما لو قال: لا يأتيها، وقيل: كالخروج، أى حكمه حكم ما لو قال: لا يخرج إلى مكة. (عينى)

(٨) القائل: محمد بن سلمة.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) أى قبل آخر جزء.

(١١) قوله: "دون القدرة" اعلم أن الاستطاعة تطلق على معنيين: أحدهما: صحة الأسباب والآلات،

فى "الجامع الصغير"، وقال: إذا لم يمرض، ولم يمنعه السلطان، ولم يجئ أمرٌ لا يقدر على إتيانه، فلم يأت حنث، وإن عنى استطاعة القضاء[1] دين فيما بينه، وبين الله تعالى. وهذا لأن حقية الاستطاعة فيما يقارن الفعلَ، ويطلق الاسم[2] على سلامة الآلات، وصحة الأسباب فى المتعارف، فعند الإطلاق ينصرف إليه[3]، ويصح نية الأول ديانةً؛ لأنه نوى[4] حقيقة كلامه، ثم قيل: يصح قضاءً أيضًا؛ لمابينا[5]، وقيل: لا يصح؛ لأنه خلاف الظاهر[6]. قال[7]: ومن حَلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه، فأذن لها مرة، فخرجت، ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث[8]، ولا بد من الإذن فى كل خروج؛ لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن[9]، وما وراءه داخل فى الحظر العام، ولو نوى الإذن مرةً يصدق ديانةً، لا قضاء؛ لأنه محتمل كلامه، لكنه خلاف الظاهر[10].

والثانى: القدرة الحقيقية وهو نوع على حدة يترتب عليه الفعل عند إرادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل، لا قبله عندنا. (عناية)

(١٢) محمد. (عينى)

(١) قوله: "استطاعة القضاء" أى القدرة التى تقارن الفعل، وسميت استطاعة القضاء؛ لأن الفعل يوجد بإيجاد الله تعالى، وقضاءه وقدرته، فإذا قضى بوجود الفعل أوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل، وإذا لم يوجد ذلك الفعل لم يوجد القدرة؛ لأنها خلقت لأجل ذلك الفعل. (عينى)

(٢) أى اسم الاستطاعة.

(٣) أى إلى المتعارف.

(٤) أى أراد.

(٥) من أنه حقيقة كلامه. (عينى)

(٦) قوله: "لأنه خلاف الظاهر" لما بينا أن الأول هو المتعارف، وفيه تخفيف على نفسه. (عناية)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) فيقع الطلاق.

(٩) لأن الباء للإلصاق، فيقتضى ملصقًا، وملصقًا به.

(١٠) قوله: "لكنه خلاف الظاهر" لكونه مخالفًا لمقتضى الباء. (عناية)

ولو قال: إلا أن آذن لكِ فأذن لها مرة واحدة، فخرجت، ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث؛ لأن هذه[١] كلمة غاية[٢]، فينتهى اليمين به[٣]، كما إذا قال: حتى آذن لكِ[٤].

ولو أرادت المرأة الخروج، فقال: إن خرجت فأنت طالق، فجلست ثم خرجت، لم يحنث، وكذلك إن أراد رجل ضَرْب عبده، فقال له آخر: إن ضربتَه فعبدى حر، فتركه ثم ضربه[٥]، وهذه[٦] تسمى يمين فورٍ[٧]. وتفرد أبو حنيفة بإظهاره[٨]، ووجهه أن مراد المتكلم الردّ عن تلك الضربة[٩]، والخرجة عرفًا، ومبنى الأيمان عليه[١٠]. ولو قال له رجلٌ: اجلس فتغدّ عندى، فقال: إن تغدّيت فعبدى حرّ، فخرج فرجع إلى منزله، وتغدّى لم يحنث[١١]؛ لأن كلامه خرج مخرج الجواب، فينطبق على السؤال، فينصرف إلى الغداء المدعو إليه، بخلاف ما إذا قال[١٢]: إن

(١) أى قوله: إلا أن آذن لكِ.

(٢) قوله: "كلمة غاية" أى تفيد الغاية؛ لأن إلا أن ليس موضوعًا لها، بل للاستثناء، وتعذر حمله عليه؛ لأن صدر الكلام ليس من جنس الإذن، حتى يستثنى الإذن منه، فيجعل مجازاً عن حتى لمناسبة بينهما، وهو أن حكم ما قبل الغاية، يخالف ما بعدها، كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعدها. (عناية)

(٣) أى بإذنه.

(٤) فينتهى اليمين بالإذن مرة.

(٥) لم يحنث.

(٦) أى هذه اليمين.

(٧) قوله: "يمين فور" وهو فى الأصل مصدر فارت القدر إذا غلت، فاستعير للسرعة، ثم سميت به الحالة التى لا ريث فيها ولا لبث، فقيل: جاء فلان، وخرج من فوره أى من ساعته. (عناية)

(٨) قوله: "بإظهاره" أى باستنباطه، وكان الناس قبل الإمام يعلمون اليمين نوعين: مؤبدة وموقتةً لفظًا، ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث، وهو المؤبّد لفظًا، الموقت معنى. (عناية)

(٩) أى التى كان التهيؤ لها.

(١٠) العرف.

(١١) ولا يعتق عبده.

(١٢) فى الجواب.

تغديت اليوم[١]؛ لأنه زاد على حرف الجواب[٢]، فيجعل مبتدئًا.

ومن حلف لا يركب دابَّة فلان، فركب دابة عبدٍ مأذون له مديونٍ، أو غير مديونٍ لم يحنث[٣] عند أبي حنيفة إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق، لا يحنث، وإن نوى؛ لأنه لا ملك للمولى فيه[٤] عنده، وإن كان الدين غير مستغرق، أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوِه[٥]؛ لأن الملك فيه[٦] للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفًا، [٧] وكذا شرعًا قال عليه السّلام: «من باع عبدًا وله مال فهو[٨] للبائع»* الحديث[٩]، فتختل الإضافة إلى المولى، فلا بد من النية. وقال أبو يوسف: في الوجوه كلها[١٠] يحنث، إذا نواه لاختلال الإضافة[١١]، وقال محمد: يحنث[١٢]، و إن[١٣] لم ينوِ لاعتبار

---

(١) فتغدى في ذلك اليوم حنث.

(٢) قوله: "لأنه زاد على حرف الجواب" فينصرف كلامه إلى الغداء المدعو إليه، فلا يتقيد يمينه بذلك، فيجعل مبتدئًا في الكلام محترزاً عن إلغاء الزيادة التي تكلم فيها. (عيني)

(٣) قوله: "لم يحنث" هذا إذا لم ينو، فأما إذا نوى ركوب دابة العبد، فيحنث إلا أنه إذا كان إلخ. (عناية)

(٤) قوله: "لا ملك المولى فيه" أي فيما يملكه العبد المديون عنده أي عند أبي حنيفة حتّى لو أعتق عبد عبده لا يعتق. (عناية)

(٥) وإذا نوى حنث. (عيني)

(٦) أي في ما يملكه العبد.

(٧) قوله: "عرفا" حيث يقال: دابة عبد فلان، ولا يقال: دابة فلان. (عناية)

(٨) أي ماله.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٤ ص٩٣. (نعيم)

(٩) رواه الأئمة الستة كلهم عن ابن عمر. (عيني)

(١٠) قوله: "في الوجوه كلها" وهي ما إذا لم يكن عليه دين، أوكان عليه دين غير مستغرق، أو دين مستغرق. (ع)

(١١) قوله: "لاختلال الإضافة" يعني أن دين العبد، وإن كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده إلا أنه أولا يضاف إلى العبد، فيختل الإضافة إلى المولى، فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلا بالنية. (عناية)

(١٢) في الوجوه كلها. (عناية)

حقيقة الملك[١]؛ إذ الدين لا يمنع وقوعه[٢] للسيد عندهما.

باب اليمين فى الأكل والشرب[٣]

قال[٤]: ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة، فهو على ثمرها[٥]؛ لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل[٦]، فينصرف[٧] إلى ما يخرج منه، وهو الثمر؛ لأنه سبب له[٨]، فيصلح[٩] مجازًا عنه[١٠]، لكن الشرط أن لا يتغير بصنعة جديدة[١١]، حتى لا يحنث بالنبيذ[١٢] والخل[١٣] والدبس المطبوخ[١٤]. وإن حلف[١٥] لا يأكل من هذا البسر[١٦]، فصار رطبًا[١٧]

(١٣) الواو وصلية.

(١) يعنى للمولى. (عينى)

(٢) أى وقوع الملك.

(٣) قوله: "باب اليمين فى الأكل والشرب" قد ذكرنا أن أول ما يحتاج إليه الإنسان المسكن، ثم الأكل والشرب، وهذا الباب لبيان اليمين عليهما. (عناية)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "فهو على ثمرها" يعنى إذا كانت لها ثمرة، وأما إذا لم تكن، فاليمين تقع على ثمنها. (عناية)

(٦) أى النخلة.

(٧) لأن الحقيقة إذا تعذر، يصار إلى المجاز. (عناية)

(٨) الثمر.

(٩) بإطلاق السبب، وإرادة المسبب.

(١٠) الثمر.

(١١) قوله: "أن لا يتغير إلخ" لأن ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر. (ع)

(١٢) الذى يعمل من ثمر النخلة. (عينى)

(١٣) الذى يفعل منه. (عينى)

(١٤) قوله: "والدبس المطبوخ" إنما قيد الدبس بالمطبوخ؛ احترازًا عما إذا أطلق الدبس على ما يسيل من الرطب وغيره، ذكره فى "الذخيرة" وفى "المجمل" الدبس عصارة الرطب. (عينى)

(١٥) قوله: "وإن حلف إلخ" كلامه يشير إلى قاعدة، وهى أن اليمين إذا انعقدت على عين بوصف يدعو ذلك الوصف إلى اليمين يتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف، فينزل منزلة الاسم، فلذلك لا يحنث. (ع)

فأكله، لم يحنث، وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب، ومن هذا اللبن، فصار تمرًا[1]، أو صار اللبن شيرازًا[2]، لم يحنث؛ لأن صفة البسورة والرطوبة داعية إلى اليمين[3]، وكذا كونه لبنًا، فيتقيد[4] به[5]، ولأن اللبن مأكول، فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه. بخلاف ما إذا حلف[6] لا يتكلم هذا الصبى، أو هذا الشاب، فكلمه بعد ما شاخ؛ لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهى عنه، فلا يعتبر الداعى داعيًا فى الشرع.

ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحَمل[7]، فأكل بعد ما صار كبشًا حنث[8]؛ لأن صفة الصغر فى هذا ليست بداعية إلى اليمين، فإن الممتنع عنه[9] أكثر امتناعًا عن لحم الكبش.

---

(١٦) خرمائے نيم رس. (ترجمه)

(١٧) پخته تر.

(١) خرمائے خشک.

(٢) قوله: "شيرازًا" وهو اللبن يجعل فى خرقة، ويعقد رأسها، ويعلق على وتد، ويتقاطر منه الماء الذى فيه جميعه، ويصير كالفالوذج. (عينى)

(٣) فلا ينصرف إلى غير ما سمى.

(٤) اليمين.

(٥) اللبن.

(٦) قوله: "بخلاف إلخ" فإن قيل: فعلى هذا إذا حلف لا يتكلم هذا الصبى، أو هذا الشاب، فكلمه بعد ما شاخ، ينبغي أن لا يحنث؛ لأن الصباء مظنة السفه، والشباب شعبة من الجنون، فكانا وصفين داعيين إلى اليمين، وقد زالا عند الشيخوخة، فكان الواجب أن لا يحنث. أجاب بقوله" بخلاف إلخ، ووجهه أن القاعدة المذكورة تقتضى ذلك لكن الشرع أسقط اعتبارها؛ لأنه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام، قال صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا» الحديث، والمهجور شرعًا كالمهجور عادة، فانعقدت اليمين على الذات، وهى موجودة حالة الشيخوخة، فيحنث فى يمينه. (عناية)

(٧) وهو ولد الضأنة فى السنة الأولى. (عينى)

(٨) فلا يتقيد اليمين بلحم الحمل.

(٩) أى عن الحمل. (عينى)

قال[١]: ومن حلَف لا يأكل بسراً، فأكل رطبًا لم يحنث؛ لأنه ليس ببسرٍ، ومن حلَف لا يأكل رطبا، أو بسراً، أو حلف لا يأكل رطبا، ولا بسراً، فأكل مذنبًا حنث عند أبى حنيفة. وقالا: لا يحنث فى الرطب يعنى بالبسر المذنب، ولا فى البسر بالرطب المذنب؛ لأن الرطب المذنب يسمى رطبًا، والبسر المذنب يسمى بسراً، فصار كما إذا كان اليمين على الشراء. وله أن الرطب المذنب ما يكون فى ذنبه قليل بسر، والبسر المذنب على عكسه، فيكون آكله آكل البسر والرطب، وكل واحد مقصود فى الأكل، بخلاف الشراء؛ لأنه يصادف الجملة، فيتبع القليلُ فيه الكثير.

ولو حلف لا يشترى رطبًا، فاشترى كِبَاسَةَ[٢] بسرٍ فيها رطب لا يحنث؛ لأن الشراء[٣] يصادف الجملة، والمغلوب تابع، ولو كانت اليمين[٤] على الأكل يحنث؛ لأن الأكل يصادفه[٥] شيئًا فشيئًا، فكان كل منهما[٦] مقصودًا، وصار كما إذا حلف لا يشترى شعيرًا، أو لا يأكله، فاشترى حنطة فيها حبَّات شعير، وأكلها يحنث فى الأكل دون الشراء؛ لما قلنا[٧]. قال[٨]: ولو حلَفَ لا يأكل لحمًا، فأكل لحم السّمك لا يحنث، والقياس أن يحنث؛ لأنه[٩] يسمى لحمًا فى القرآن[١٠]، وجه الاستحسان أن

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) خوشه. (ترجمه)

(٣) أى شراء الكباسة.

(٤) قوله: "ولو كانت اليمين إلخ" بأن حلف لا يأكل رطبًا، فأكله من كباسة بسر فيها رطب يحنث. (عينى)

(٥) الرطب.

(٦) أى من الرطب والبسر.

(٧) قوله: "لما قلنا" وهو أن الشراء يصادف الجملة، والأكل يصادفه شيئًا فشيئًا. (عينى)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) أى لأن لحم السمك.

التسمية مجازية[١]؛ لأن اللحم منشأه من الدم، ولا دم فيه[٢]؛ لسكونه فى الماء. وإن أكل لحم خنزير، أو لحم إنسان يحنث؛ لأنه لحم حقيقى إلا أنه حرام، واليمين قد يعقد للمنع من الحرام. وكذا إذا أكل كبدًا، أو كرشًا؛ لأنه[٣] لحم حقيقة، فإن نُموّه من الدم، ويستعمل استعمال اللحم، وقيل: فى عرفنا لا يحنث؛ لأنه لا يعدّ لحمًا. قال[٤]: ولو حلف لا يأكل، أو لا يشترى شحمًا لم يحنث إلا فى شحم البطن عند أبى حنيفة.

وقالا: يحنث فى شحم الظهر[٥] أيضًا، وهو اللحم السمين[٦]؛ لوجود خاصية الشحم فيه، وهو الذوب بالنار. وله أنه[٧] لحم حقيقة، ألا ترى أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله[٨]، ويحصل به قوته[٩]، ولهذا[١٠] يحنث بأكله فى اليمين على أكل اللحم، ولا يحنث ببيعه فى اليمين على بيع الشحم، وقيل: هذا[١١] بالعربية، فأما اسم پيه بالفارسية لا

---

(١٠) قوله: "يسمى لحمًا إلخ" قال الله تعالى: ﴿ومن كل تأكلون لحمًا طريًا﴾، والمراد منه لحم السمك بالفعل. (عينى)

(١) قوله: "أن التسمية [أى تسمية لحم السمك باللحم] إلخ" والأصل أن اللفظ إذا تناول أفرادًا، وفى بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته، ولحم السمك فيه قصور؛ لأن اللحم من الالتحام، والالتحام بالاشتداد، والاشتداد بالدم، والدم بالسمك ضعيف. وقال المصنف: لا دم فيه، جعله بمنزلة المعدوم؛ لكونه يسكن الماء، فكان معنى اللحمية قاصرًا فيه، فلا يدخل تحت اللفظ المطلق. (عناية)

(٢) السمك.

(٣) أى لأن كل واحد من الكبد والكرش.

(٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٥) وهو الذى خالطه اللحم. (عينى)

(٦) أى شحم الظهر.

(٧) أى أن شحم الظهر.

(٨) اللحم.

(٩) اللحم.

(١٠) أى لكونه لحمًا.

(١١) أى هذا الاختلاف.

يقع على شحم الظهر بحال.

ولو حلف لا يشترى، أو لا يأكل لحما، أو شحمًا، فاشترى إلية، أو أكلها لم يحنث؛ لأنه[١] نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم. ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة[٢] لم يحنث، حتى يقضمها[٣]، ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبى حينفة، وقالا: إن أكل من خبزها حنث أيضًا؛ لأنه[٤] مفهوم منه عرفًا. ولأبى حنيفة أن له[٥] حقيقة مستعملة، فإنها[٦] تغلى[٧]، وتقلى[٨]، وتؤكل قضمًا، وهى[٩] قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده[١٠]، ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح[١١] لعموم المجاز، كما إذا حلف لا يضع[١٢] قدمه فى دار فلان[١٣]، وإليه[١٤] الإشارة بقوله: فى الخبز حنث أيضًا.

---

(١) أى لأن الإلية.

(٢) قوله: "من هذه الحنطة" إنما وضع المسألة فى الحنطة المعينة؛ لأنه إذا عقد يمينه على أكل الحنطة، لا بعينها ينبغى أن يكون الجواب على قول أبى حنيفة كالجواب عندهما. (عناية)

(٣) القضم: الأكل بأطراف الأسنان. (عينى)

(٤) لأن أكل الخبز.

(٥) أى لأكل الحنطة.

(٦) أى الحنطة.

(٧) من الغليان.

(٨) من القلى.

(٩) أى الحقيقة المستعملة حاكمة على إلخ.

(١٠) الإمام.

(١١) قوله: "هو الصحيح" احترز به عن رواية أخرى عنهما، وهى أنه إذا أكل عين الحنطة لا يحنث. (عينى)

(١٢) المراد بالوضع الدخول.

(١٣) فيحنث إذا دخلها حافيًا، أو راكبًا. (عينى)

قال[١]: ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق، فأكل من خبزه حنث[٢]؛ لأن عينه غير مأكول[٣]، فانصرف إلى ما يتخذ منه، ولو استفّه[٤] كما هو لا يحنث، هو الصحيح[٥]؛ لتعين المجاز مرادًا.

ولو حلف لا يأكل خبزًا، فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزًا، وذلك خبز الحنطة والشعير؛ لأنه هو المعتاد في غالب البلدان، ولو أكل من خبز[٦] القطائف[٧] لا يحنث؛ لأنه لا يسمى خبزًا مطلقًا إلا إذا نواه؛ لأنه محتمل كلامه. وكذا إذا أكل خبز الأرز[٨] بالعراق لم يحنث؛ لأنه غير معتاد عندهم[٩] حتى لو كان[١٠] بطبرستان[١١]، أو في بلدة طعامهم ذلك[١٢] يحنث. ولو حلف لا يأكل الشواء، فهو على اللحم دون الباذنجان

(١٤) أي إلى عموم المجاز. (عيني)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) بالاتفاق.

(٣) فكانت الحقيقة متعذرة. (عناية)

(٤) أي أكله من غير مضغ. (عناية)

(٥) قوله: "هو الصحيح" إنما قال: هو الصحيح؛ احترازًا عن قول بعض مشايخنا: إنه يحنث؛ لأنه أكل الدقيق حقيقة، العرف وإن اعتبر، فالحقيقة لا تسقط به، وهذا لأن عين الدقيق مأكول. والأصح أنه لا يحنث؛ لأن هذه حقيقة مهجورة، ولما انصرفت اليمين إلى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة، كما قال لأجنبية: إن نكحتك، فعبده حر، فزنى بها، لا يحنث؛ لأن يمينه لما انصرفت إلى العقد لم يتناول حقيقة الوطئ. (عناية)

(٦) نان چار مغز وبادام.

(٧) لوزينه ونان لوزينه. (غث)

(٨) قوله: "الأرز [برنج]" بفتح همزة وضم رائے مهملة وتشديد زاى معجمة وبضمتين أيضًا. (غث)

(٩) أى عند أهل العراق.

(١٠) الحالف.

(١١) قوله: "بطبرستان" هى آمل وولايتها، وقيل: أصلها تبرستان؛ لأن أهلها يحاربون بالتبر، وهو الفأس، فعربوه إلى طبرستان. (عناية)

(١٢) أى خبز الأرز.

والجزر[١]؛ لأنه يراد به اللحم المشوى عند الإطلاق إلا أن ينوى ما يشوى من بيضٍ، أو غيره لمكان الحقيقة، وإن حلف لا يأكل الطبيخ، فهو على ما يطبخ من اللحم، وهذا استحسانٌ اعتباراً للعرف، وهذا لأن التعميم متعذرٌ[٢]، فيصرف إلى خاص هو متعارف، وهو اللحم المطبوخ بالماء[٣] إلا إذا نوى غير ذلك[٤]؛ لأن فيه تشديداً[٥]، وإن أكل من مرقه[٦] يحنث؛ لما فيه من أجزاء اللحم[٧]، ولأنه[٨] يسمى طبيخًا.

ومن حلف لا يأكل الرؤوس، فيمينه على ما يكبس في التنانير[٩]، ويباع في المصر[١٠]، ويقال: يكنس[١١]. وفي "الجامع الصغير": ولو حلف لا يأكل رأسًا، فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: على الغنم خاصةً، وهذا اختلاف عصر وزمان[١٢] كان

---

(١) بالفتح والكسر: گزر. (صراح)

(٢) قوله: "متعذر" لأن الدواء السهل مطبوخ، ونحن نعلم بيقين أنه لم يرد ذلك. (عناية)

(٣) قوله: "المطبوخ بالماء" قالوا: قيد بقوله: بالماء؛ لأن القلية اليابسة لا تسمى مطبوخًا، فلا يحنث بأكلها. (عناية)

(٤) فيصدق.

(٥) أي على نفسه، وقد نوى حقيقة كلامه. (عيني)

(٦) إلى مرق اللحم المطبوخ بالماء. (عيني)

(٧) وهي ما يذوب منه. (عيني)

(٨) أي لأن مرق اللحم المطبوخ.

(٩) قوله: "على ما يكبس في التنانير" أي يضم بالتنور يعني يدخل فيه من كبس الرجل رأسه في جيب قميصه إذا أدخله فيه. (عناية)

(١٠) قوله: "ويباع في المصر [في الأسواق. عيني]" فإن رأس الجراد رأس حقيقة، وليس بمراد، فيصرف إلى المجاز المتعارف. (عناية)

(١١) قوله: "ويقال: يكنس" بالنون بدل الباء على صيغة المبني للفاعل من كنس الطير في الكماس، إذا دخل فيه، والأول هو الصحيح. (عيني)

(١٢) لا اختلاف برهان.

العرف في زمنه فيهما[١]، وفي زمنهما في الغنم خاصة[٢]، وفي زماننا يفتى على حسب العادة، كما هو المذكور في "المختصر"[٣].

قال[٤]: وإن حلف لا يأكل فاكهة، فأكل عنبًا، أو رمانًا، أو رطبًا، أو قثاء، أو خيارًا لم يحنث، وإن أكل تفاحًا، أو بطيخًا، أو مشمشًا حنث، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: حنث في العنب والرطب والرمان أيضًا[٥]. والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي يتنعم به زيادةً على المعتاد[٦]، والرطب واليابس فيه[٧] سواء[٨] بعد أن يكون التفكه به معتادًا، حتى لا يحنث بيابس البطيخ[٩]، وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته[١٠]، فيحنث بها، وغير موجود في القثاء والخيار؛ لأنهما من البقول بيعا[١١] وأكلا، فلا يحنث[١٢] بهما.

وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان: إن معنى التفكه موجود

---

(١) فأفتى بوقوع اليمين على رؤوسهما.

(٢) فأفتى على رأس الغنم.

(٣) أي مختصر القدوري. (عيني)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) يعني لا في القثاء والخيار. (عناية)

(٦) أي على الغذاء الأصلي. (عناية)

(٧) أي في التفكه. (عيني)

(٨) قوله: "سواء" يعني أن ما كان فاكهة، لا فرق فيه بين رطبة ويابسة، ويابس هذه الأشياء لا يعد فاكهة، فيجب أن يكون الرطب كذلك. (عناية)

(٩) فإنه لا يعتاد بأنه فاكهة في عامة البلاد. (عيني)

(١٠) من السفرجل والإجاص والعنب، كذا قال العيني.

(١١) قوله: "بيعا" فإن بائع البقول هو الذي يبيعها لا غير، وأما أكلا فإنهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناء والبصل. (عناية)

(١٢) فيما إذا حلف لا يأكل فاكهة.

فيها، فإنها أعز الفواكه، والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها. وأبو حنيفة يقول: إن هذه الأشياء مما[١] يتغذى بها، ويتداوى[٢] بها، فأوجب قصوراً فى معنى التفكه للاستعمال فى حاجة البقاء[٣]، ولهذا[٤] كان اليابس منها من التوابل، أو من الأقوات. قال[٥]: ولو حلف لا يأتدم[٦]، فكل شيء[٧] اصطبغ[٨] به إدام[٩]، والشّواء ليس بإدامٍ[١٠] والملحُ إدام[١١]، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: كل ما يؤكل مع الخبز[١٢] غالبًا، فهو إدام، وهو رواية عن أبى يوسف؛ لأن الإدام من المؤادمة، وهى الموافقة، وكل ما يؤكل مع الخبز موافقٌ له كاللحم والبيض ونحوه[١٣].

(١) يعنى العنب والرطب. (عناية)

(٢) يعنى الرمان. (عناية)

(٣) أى بقاء الإنسان.

(٤) قوله: "ولهذا" أى لأجل الاستعمال فى بقاء الإنسان كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان، أو من الأقوات كيابس العنب. والتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها، وهى الأبازير أى الحبائب التى ترمى فى القدر مع اللحم، كذا قال العينى.

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) أى لا يأكل إدامًا. (عناية)

(٧) كالخل والزيت.

(٨) قوله: "اصطبغ" على بناء المفعول، كذا كان مقيداً بخط الثقاة، وهو افتعل من الصبغ، ويقال: اصطبغ بالخل، وفى الخل. (عناية)

(٩) نانخورش.

(١٠) لأنه يؤكل وحده. (عينى)

(١١) لأنه يؤكل مع الخبز. (عينى)

(١٢) قوله: "كل ما يؤكل إلخ" حاصل ذلك على ثلاثة أوجه: ما يصطبغ به فهو إدام بالاتفاق، والبطيخ والعنب والتمر، وأمثالها مما يؤكل وحده غالبًا ليس بإدام بالاتفاق، وفى اللحم والبيض والجبن اختلاف، جعلها محمد إدامًا، خلافًا لهما. (ع)

(١٣) كالجبن. (عينى)

ولهما أن الإدام ما يؤكل[١] تبعًا، والتبعية[٢] في الاختلاط حقيقةً[٣]؛ ليكون[٤] قائمًا به، وفي أن لا يؤكل على الانفراد حكمًا، وتمامُ الموافقة[٥] في الامتزاج أيضًا، والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها[٦]، بل يشرب، والملح لا يؤكل[٧] بانفراده عادةً، ولأنه يذوب، فيكون[٨] تبعًا، بخلاف اللحم، وما يضاهيه[٩]؛ لأنه[١٠] يؤكل وحده إلا أن ينويه؛ لما فيه من التشديد، والعنبُ والبطيخ ليس بإدام[١١]، هو الصحيح.

وإذا حلف لا يتغدّى، فالغداء الأكل[١٢] من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل؛ لأن ما بعد الزوال يسمى عشاءً، ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في الحديث[١٣].

---

(١) في العرف والعادة.

(٢) قوله: "والتبعية إلخ" يعني أن التبعية على نوعين: حقيقة: وذلك في الاختلاط؛ ليكون قائمًا به، وحكمية: وهي أن لا يؤكل على الانفراد، واللحم لا يختلط، فلا يكون تبعًا حقيقة، ويؤكل منفردًا، فلا يكون تبعًا حكمًا، فلا يكون إدامًا. (عناية)

(٣) قوله: "حقيقة" بأن يصير مع الخبز كشيء واحد، فيتبعه، ويقوم به. (عيني)

(٤) الإدام.

(٥) قوله: "وتمام الموافقة إلخ" جواب عن قوله: لأن الإدام من المؤادمة يعني سلمناه، ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج أيضًا ولم توجد في هذه الأشياء إلا أن ينويه؛ لما فيه من التشديد. (عناية)

(٦) فيكون إدامًا.

(٧) فيكون إدامًا. (عيني)

(٨) فيكون إدامًا.

(٩) من البيض والجبن، فإنها ليست بإدام. (عيني)

(١٠) أي لأن اللحم، وما يضاهيه.

(١١) قوله: "ليس بإدام" يعني بالاتفاق كما ذكرنا هو الصحيح، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي، وقال بعض مشايخنا: إنه على هذا الاختلاف. (ع)

(١٢) قوله: "فالغداء الأكل إلخ" قال في "النهاية": هذا توسع في العبارة، ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف، وذلك لأن الغداء اسم لطعام الغداء، لا اسم أكله. (عناية)

(١٣) قوله: "في الحديث" أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال: «صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى

والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر؛ لأنه مأخوذ من السحر[١]، ويطلق على ما يقرب منه، ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادةً، ويعتبر عادة أهل كل بلدة[٢] فى حقهم[٣]، ويشترط[٤] أن يكون[٥] أكثر من نصف الشبع. ومن قال: إن لبست، أو أكلت، أو شربت، فعبدى حر، وقال: عنيت شيئًا دون شيء لم يديّن فى القضاء وغيره[٦]؛ لأن النية إنما تصح[٧] فى الملفوظ، والثوب وما يضاهيه[٨] غير مذكور[٩] تنصيصًا، والمقتضى[١٠] لا عموم له، فلغت نية التخصيص فيه.

وإن قال: إن لبست ثوبًا، أو أكلت طعامًا، أو شربت شرابًا لم يدين فى القضاء[١١] خاصةً؛ لأنه[١٢] نكرة فى محل الشرط فتعم، فعملت نية

صلاتى العشاء إما الظهر أو العشاء سلم فى ركعتين» الحديث. (عينى)

(١) هو الثلث الأخير من الليل إلى طلوع الفجر. (عينى)

(٢) قوله: "ويعتبر عادة إلخ" يعنى إن كانت خبزًا فخبزًا، وإن كانت لحمًا فلحمًا، وإن كانت لبنًا فلبنًا، وفى "المحيط": حتى لو كان الحالف مصريًا يقع على الخبز، فلو تغدى بغيره من الأرز والتمر واللبن لم يحنث، وإن كان بدويا، فيتغدى بالتمر. (عينى)

(٣) قوله: "فى حقهم" حتى إن الحضرى إذا حلف على ترك الغداء، فشرب اللبن لم يحنث، والبدوى بخلافه؛ لأنه غداء فى البادية. (عناية)

(٤) قوله: "ويشترط إلخ" لأن من أكل لقمة أو لقمتين، يصح أن يقول: ما تغديت وما تعشيت. (عناية)

(٥) الغداء والعشاء.

(٦) أى لم يصدق قضاءً، ولا ديانةً. (عناية)

(٧) لأن النية لتعيين بعض محتملات اللفظ. (عناية)

(٨) مثل الطعام والشرب. (عينى)

(٩) فلا يصح نيته. (عناية)

(١٠) قوله: "والمقتضى إلخ" أى فإن قيل: هب أنه غير ملفوظ تنصيصًا أليس أنه ثابت مقتضى، والمقتضى كالملفوظ، أجاب بقوله: والمقتضى إلخ. (عناية)

(١١) قوله: "لم يدين إلخ" يعنى لم يصدق فى القضاء خاصة، ويصدق ديانة. (عينى)

التخصيص فيه إلا أنه خلاف الظاهر[١]، فلا يدين فى القضاء[٢].

قال[٣]: ومن حلف لا يشرب من دجلة[٤]، فشرب منها بإناء، لم يحنث، حتى يكرع منها كرعًا[٥] عند أبى حنيفة، وقالا: إذا شرب منها بإناء يحنث؛ لأنه المتعارف المفهوم[٦]. وله أن كلمة من للتبعيض، وحقيقته فى الكرع، وهى مستعملة[٧]، ولهذا يحنث بالكرع إجماعًا، فمنعت[٨] المصير إلى المجاز، و إن[٩] كان متعارفًا. وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة، فشرب منها[١٠] بإناء حنث؛ لأنه[١١] بعد الاغتراف بقى منسوبًا إليه[١٢]، وهو الشرط[١٣]، فصار كما إذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة.

---

(١٢) أى لأن ثوبًا، وطعامًا، وشرابًا.

(١) إذا الظاهر العموم. (عينى)

(٢) قوله: "فلا يدين فى القضاء" لأن فى التصديق فيه تخفيفًا له، فلا يصدق. (عينى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) وهو نهر ببغداد. (عينى)

(٥) قوله: "كرعًا" والكرع تناول الماء بالفم من موضعه من غير أن يأخذه بيده، يقال: كرع الرجل فى الماء إذا مد عنقه نحوه؛ ليشرب منه. (عينى)

(٦) قوله: "لأنه [أى الشرب بالإناء] المتعارف المفهوم" فإن المفهوم من قولنا: أهل فلان يشربون من دجلة أنهم يشربون من ماءها. (عناية)

(٧) قوله: "وهى [أى الحقيقة] مستعملة" لأن الناس يكرعون من الأنهار والأودية. (عناية)

(٨) أى الحقيقة.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) دجلة.

(١١) الماء.

(١٢) أى إلى دجلة.

(١٣) قوله: "وهو الشرط" أى شرط الحنث فى الشرب كون الماء منسوبًا إليها، والماء فى الإناء منسوب إليها، فكان الشرط قائما، فصار كما إذا شرب من نهر يأخذ من دجلة؛ لأن الشرط كون الماء من دجلة. (عينى)

ومن قال: إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليومَ فامرأته طالق، وليس[١] فى الكوز ماءٌ لم يحنث[٢]، فإن كان فيه ماء، فأريق[٣] قبل الليل لم يحنث، وهذا عند أبى حنيفة وأبى محمد.

وقال أبو يوسف: يحنث فى ذلك كله[٤] يعنى إذا مضى اليوم، وعلى هذا الخلافِ إذا كان اليمين[٥] بالله تعالى. وأصلُه[٦] من شرط انعقاد اليمين، وبقاءه التصورُ[٧] عندهما، خلافًا لأبى يوسف؛ لأن اليمين إنما تعقد للبر[٨]، فلا بد من تصور البر[٩]؛ ليمكن إيجابه. وله أنه أمكن القول بانعقاده[١٠] موجبًا للبر على وجهٍ يظهر فى حق الخلف[١١]، وهو الكفارة.

قلنا: لا بد من تصور الأصل[١٢]؛ لينعقد فى حق الخَلف[١٣]، ولهذا

---

(١) الواو حالية.

(٢) علم عدم الماء فى الكوز، أو لم يعلم. (عناية)

(٣) وفى نسخة: فأهريق.

(٤) أى فى ما كان فيه الماء، وفى ما لم يكن. (عناية)

(٥) قوله: "إذا كان اليمين بالله" قال: والله لأشربن الماء الذى فى هذا الكوز اليوم، وليس فى الكوز ماء، أو كان فيه ماء، فأهريق قبل الليل لم يحنث عندهما، خلافا لأبى يوسف. (عينى)

(٦) أى أصل الخلاف.

(٧) أى تصور البر.

(٨) فإذا لم يتصور البر لا ينعقد.

(٩) قوله: "فلا بد من تصور البر إلخ" واعترض بأن البر متصور فى صورة الإراقة؛ لأن إعادة القطرات المهراقة ممكنة، فكان متصوراً. وأجيب بأن البر إنما يجب فى هذه الصورة فى آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره، فلا يمكن القول فيه بإعادة الماء فى الكوز، وشربه فى ذلك الزمان. (ع)

(١٠) اليمين.

(١١) خلف البر.

(١٢) أى البر.

(١٣) فإذا لم يتصوّر الأصل لا ينعقد فى حق الخلف. (عينى)

لا ينعقد[١] الغموس موجبًا للكفارة.

ولو كانت اليمين مطلقة[٢]، ففي الوجه الأول[٣]: لا يحنث عندهما، وعند أبي يوسف يحنث في الحال، وفي الوجه الثاني[٤]: يحنث في قولهم جميعًا، فأبو يوسف فرق[٥] بين المطلق والموقت.

ووجه الفرق أن التاقيت للتوسعة، فلا يجب الفعل[٦] إلا في آخر الوقت، فلا يحنث قبله، وفي المطلق يجب البر، كما فرغ[٧]، وقد عجز فيحنث في الحال. وهما فرّقا بينهما[٨]، ووجه الفرق أن في المطلق يجب البر، كما فرغ[٩]، فإذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه، كما إذا مات الحالف[١٠]، والماء باقٍ أما في الموقت يجب البر في الجزء الأخير من الوقت، وعند ذلك[١١] لم يبقَ محلية البر؛ لعدم التصور[١٢]، فلا

(١) قوله: "ولهذا لا ينعقد إلخ" أي لأجل تصور الأصل لانعقاده في حق الخلف، وهو الكفارة لم تنعقد الغموس حال كونها موجبة للكفارة؛ لأنه لما لم يتصور الأصل لا يظهر في حق الخلف، وهو الكفارة. (عيني)

(٢) أي عن ذكر اليوم. (ع)

(٣) أي فيما إذا لم يكن في الكوز ماء. (عناية)

(٤) أي فيما إذا كان فيه ماء، فأهريق. (عناية)

(٥) قوله: "فأبو يوسف فرق" في الوجه الأول، وهو الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم، وبين الموقت به، فقال: في المطلق أنه يحنث في الحال، وفي الموقت يتوقف حنثه إلى آخر اليوم إلى غيبوبة الشمس. (عناية)

(٦) أي شرب الماء.

(٧) عن اليمين.

(٨) قوله: "وهما فرقا بينهما" أي في مسألة الوجه الثاني، وهو ما إذا كان في الكوز ماء، فأهريق.

(٩) عن اليمين.

(١٠) فيجب لأن بقاء المحل شرط البر كبقاء الحالف.

(١١) أي عند الجزء الأخير.

(١٢) أي تصور البر.

يجب[١] البر فيه، وتبطل اليمين كما إذا عقده[٢] ابتداءً في هذه الحالة[٣].

قال[٤]: ومن حلف ليصعدن السماء، أو ليقلبن هذا الحجر ذهبًا انعقدت يمينه، وحنث عقيبها[٥]، وقال زفر: لا تنعقد؛ لأنه[٦] مستحيل عادة، فأشبه المستحيل حقيقة، فلا ينعقد[٧].

ولنا أن البر متصور حقيقة؛ لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة، ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء، وكذا[٨] تحول الحجر ذهبًا بتحويل الله تعالى، وإذا كان[٩] متصورًا ينعقد اليمين موجبًا لخلفه[١٠]، ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة، كما إذا مات الحالف، فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة، بخلاف مسألة الكوز؛ لأن شرب الماء الذى فى الكوز وقت الحلف، و لا ماء[١١] فيه لا يتصور فلم ينعقد[١٢].

---

(١) للعجز. (عينى)

(٢) قوله: "كما إذا عقده [اليمين] إلخ" فوجود المحل، كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقاءهما. (عناية)

(٣) أى حالة عدم الماء فى الكوز.

(٤) أى القدورى.

(٥) اليمين.

(٦) أى الصعود والقلب.

(٧) اليمين.

(٨) أى ممكن.

(٩) قوله: "وإذا كان إلخ" إنما كان كذلك؛ لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف. ألا يرى أن الصوم واجب على الشيخ الفانى، ولم يكن له قدرة لمكان التصور والخلف، فكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر، فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة، كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم. (عناية)

(١٠) أى الكفارة.

(١١) الواو حالية.

(١٢) اليمين.

باب اليمين فى الكلام[١]

قال[٢]: ومن حلف لا يكلم فلانا، فكلّمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث؛ لأنه قد كلمه، ووصل[٣] إلى سمعه، لكنه لم يفهم لنومه، فصار كما إذا ناداه[٤]، وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله[٥].

وفى بعض روايات "المبسوط": شرط أن يوقظه، وعليه[٦] مشايخنا؛ لأنه إذا لم يتنبه كان كما إذا ناداه[٧] من بعيد، وهو بحيث لا يسمع صوته. ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه، فأذن له، ولم يعلم[٨] بالإذن حتى كلّمه حنث؛ لأن الإذن مشتق من الأذان الذى هو الإعلام، أو من الوقوع فى الأذن، وكلُّ ذلك[٩] لا يتحقق إلا بالسماع.

وقال أبو يوسف: لا يحنث؛ لأن الإذن هو الإطلاق[١٠]، وأنه يتم

---

(١) قوله: "باب إلخ" لما ذكر أيمان السكنى، والدخول، والخروج، والأكل، والشرب للمعنى الذى ذكرنا، شرع فى بيان الفعل الجامع الذى يستتبع الأبواب المتفرقة، وهو الكلام؛ إذ اليمين فى العتق، والطلاق، والبيع، والشراء، واليمين فى الحج، والصلاة، والصوم من أنواع الكلام، فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع. (عناية)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "ووصل [الكلام] إلخ" نقل صاحب "النهاية" عن شيخ الإسلام أن التكلم عبارة عن إسماعه كلامه، كما فى تكلمه نفسه، فإنه عبارة عن إسماع نفسه، إلا أن إسماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه، فأقيم السبب المؤدى إليه مقامه، وهو أن يكون بحيث لو أصغى إليه أذنه، ولم يكن به مانع من السماع تسمع، ودار الحكم معه، وسقط اعتبار حقيقة الإسماع. (عناية)

(٤) فيحنث.

(٥) أى لغفلته. (عناية)

(٦) أى على شرط الإيقاظ.

(٧) فلا يحنث.

(٨) الحالف.

(٩) أى الإعلام والوقوع فى الإذن.

(١٠) أى الإجازة والإباحة.

بالآذن كالرضاء[١]، قلنا: الرضاء من أعمال القلب[٢]، ولا كذلك الإذن على ما مر[٣]. قال[٤]: وإن حلف لا يكلّمه شهراً، فهو من حين حلف؛ لأنه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين، وذكر الشهر لإخراج ما وراءه، فبقى الذى يلى يمينه داخلا[٥] عملا بدلالة حاله[٦]، بخلاف[٧] ما إذا قال: والله لأصُوْمَنَّ شهراً؛ لأنه لو لم يذكر الشهر لا يتأبد اليمين[٨]، فكان ذكره لتقدير الصوم به، وأنه منكر، فالتعين إليه[٩].

وإن حلف لا يتكلم، فقرأ القرآن فى صلاته، لا يحنث، وإن قرأ فى غير صلاته، حنث، وعلى هذا التسبيح[١٠] والتهليل والتكبير، وفى القياس يحنث فيهما[١١]، وهو قول الشافعى؛ لأنه كلام حقيقة.

ولنا أنه فى الصلاة ليس بكلام عرفا[١٢] ولا شرعًا، قال عليه

(١) قوله: "كالرضاء" يعنى إذا حلف لا يكلم إلا برضاه، فرضى المحلوف عليه بالاستثناء، ولم يعلم الحالف، فكلمه لا يحنث؛ لما أن الرضاء يتم بالراضى، فكذلك الإذن يتم بالآذن. (عناية)

(٢) فيتم بالراضى. (عناية)

(٣) قوله: "على ما مر" من أنه إما من الأذان الذى هو الإعلام، أو من الوقوع فى الأذن، وذلك يقتضى السماع، ولم يوجد. (عناية)

(٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٥) فى اليمين.

(٦) وهى الغيظ الذى لحقه فى الحال. (عناية)

(٧) فإنه لا يتعين الشهر من حين حلف، بل له أن يعين.

(٨) قوله: "لا يتأبد اليمين" إما لأنه نكرة فى سياق الإثبات، وإما لأن الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الأوقات التى لا تصلح أن تكون محلا للصوم. (عناية)

(٩) أى إلى الحالف.

(١٠) قوله: "وعلى هذا التسبيح إلخ" يعنى إذا حلف لا يتكلم، فقال: سبحان الله، أو قال: لا إله إلا الله، أو قال: الله أكبر، فإن كان فى الصلاة لا يحنث، وإن كان خارج الصلاة يحنث. (عينى)

(١١) أى فى الصلاة وخارجها. (عينى)

(١٢) فإن الموجود فى الصلاة لا يسمى كلامًا عرفًا. (عينى)

السلام[١] : «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس» ، وقيل : فى عرفنا لا يحنث فى غير الصلاة أيضًا ؛ لأنه لا يسمى متكلمًا ، بل قارئًا ومسبّحًا . ولو قال : يوم أكلم فلانًا ، فامرأته طالق ، فهو على الليل والنهار ؛ لأن اسم اليوم إذا قرن بفعلٍ لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى : ﴿ومن يولهم يومئذ[٢] دبره﴾[٣] ، والكلام لا يمتد[٤] . وإن عنى النهار خاصّة دين[٥] فى القضاء ؛ لأنه[٦] مستعمل فيه أيضًا ، وعن أبى يوسف أنه لا يدين فى القضاء ؛ لأنه خلاف المتعارف . ولو قال : ليلة أكلم فلانًا ، فهو على الليل خاصة ؛ لأنه حقيقةٌ فى سواد الليل كالنهار للبياض خاصة ، وما جاء استعماله[٧] فى مطلق الوقت . ولو قال : إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان ، أو قال : حتى يقدم فلان ، أو قال : إلا أن يأذن فلان ، أو حتى يأذن فلان ، فامرأته طالق ، فكلّمه قبل القدوم[٨] والإذن حنث ، ولو كلّمه بعد القدوم والإذن لم يحنث ؛ لأنه غاية[٩] ، واليمين باقية قبل الغاية ، ومنتهية بعدها[١٠] ، فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين .

---

(١) أخرجه مسلم. (عينى)

(٢) فالمراد الوقت.

(٣) قد مرتفسير هذه الآية فى أبواب الطلاق.

(٤) لأنه عرض كما يوجد يتلاشى. (عينى)

(٥) أى صدق.

(٦) اليوم.

(٧) الليل.

(٨) أى قدوم فلان.

(٩) قوله: "لأنه [أى لأن كل واحد من القدوم والإذن. عينى] غاية" أما فى كلمة حتى: فظاهر، وفى إلا أن فلما تقدم من مناسبة الاستثناء معنى الغاية، وكونه مجازاً للغاية. (عناية)

(١٠) الغاية.

وإن مات فلان[١] سقطت اليمين خلافًا لأبى يوسف[٢]؛ لأن الممنوع عنه[٣] كلام ينتهى بالإذن والقدوم، ولم يبق بعد الموت متصورًا لوجود، فسقطت اليمين، وعنده التصور ليس بشرط، فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين. ومن حلف لا يكلم عبد فلان، ولم ينوِ عبدًا بعينه، أو امرأة فلان، أو صديق فلان، فباع فلانٌ عبده، أو بانت منه امرأته، أو عادى صديقه[٤]، فكلمهم[٥] لم يحنث؛ لأنه عقد يمينه على فعلٍ واقعٍ فى محلٍ مضافٍ إلى فلان، إما إضافة ملك[٦]، أو إضافة نسبة[٧]، ولم يوجد[٨]، فلا يحنث. قال[٩]: هذا[١٠] فى إضافة الملك بالاتفاق[١١]، وفى إضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق. قال[١٢] فى "الزيادات": لأن هذه[١٣] الإضافة للتعريف؛ لأن المرأة والصديق مقصودان[١٤] بالهجران، فلا

(١) قوله: "وإن مات فلان" يعنى الذى أسند إليه القدوم، أو الإذن سقطت اليمين لانتفاء تصور البر. (عناية)

(٢) قوله: "خلافًا لأبى يوسف" فإنه قال: يبقى اليمين مؤبدة بعد سقوط الغاية. (عينى)

(٣) أى عن الحالف.

(٤) الحالف.

(٥) أى العبد والمرأة والصديق.

(٦) كما فى عبد فلان.

(٧) كما فى امرأة فلان، وصديق فلان.

(٨) واحد من الإضافتين.

(٩) أى المصنف. (عينى)

(١٠) أى عدم الحنث.

(١١) بين الثلاثة. (عينى)

(١٢) محمد.

(١٣) أى إضافة النسبة.

(١٤) لذاتهما لا لأجل المضاف إليه. (عناية)

يشترط دوامها[١]، فيتعلق الحكم بعينه[٢]، كما فى الإشارة[٣]. ووجه ما ذكر ههنا[٤]، وهو رواية "الجامع الصغير" أنه يحتمل أن يكون[٥] غرضه هجرانه[٦]؛ لأجل المضاف إليه، ولهذا لم يعينه، فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك. وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال: عبد فلانٍ هذا، أو امرأة فلانٍ بعينها، أو صديق فلان بعينه لم يحنث فى العبد[٧]، وحنث فى المرأة والصديق، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد: يحنث فى العبد أيضًا، وهو قول زفر. وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه، فباعها[٨] ثم دخلها، فهو على هذا الاختلاف[٩]، وجه قول محمد وزفر: أن الإضافة للتعريف، والإشارة أبلغ منها[١٠]؛ لكونها قاطعة للشركة[١١]، بخلاف الإضافة، فاعتبرت الإشارة، ولغت الإضافة، وصار[١٢] كالصديق والمرأة[١٣]. ولهما أن الداعى إلى اليمين[١٤] معنًى فى المضاف إليه؛ لأن

---

(١) قوله: "فلا يشترط دوامها" أى دوام إضافة المرأة إلى الزوج، وإضافة الصديق إلى فلان؛ لأن ما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف. (عينى)

(٢) أى بعين كل واحد منهما. (عناية)

(٣) قوله: "كما فى الإشارة" بأن قال: لا أكلم صديق فلان هذا، أو زوجة فلان هذه. (عناية)

(٤) يعنى عدم الحنث. (عناية)

(٥) ويحتمل أن لا يكون. (عناية)

(٦) أى هجران كل واحد من المرأة، والصديق. (عناية)

(٧) أى بعد زوال الإضافة.

(٨) فلان.

(٩) قوله: "فهو على هذا الاختلاف" أى عند محمد يحنث فى الدار المشار إليها إذا بيعت، ثم وجد الدخول كما فى العبد المشار إليه إذا بيع، ثم كلمه، وعندهما لا يحنث. (عينى)

(١٠) أى من الإضافة.

(١١) قوله: "لكونها قاطعة للشركة" فكونها بمنزلة وضع اليد عليه، بخلاف الإضافة لجواز أن يكون لفلان عبيد. (ع)

(١٢) العبد المشار إليه.

(١٣) فيكون فيه الحنث أيضًا.

هذه الأعيان[١] لا تهجر، ولا تعادى[٢] لذواتها، وكذا[٣] العبد لسقوط منزلته، بل لمعنًى فى ملاكها[٤]، فتقيد اليمين[٥] بحال قيام الملك. بخلاف ما إذا كانت الإضافة نسبة كالصديق والمرأة؛ لأنه يعادى لذاته، فكانت الإضافة للتعريف، والداعى لمعنًى فى المضاف إليه غير ظاهر؛ لعدم التعيين[٦]، بخلاف ما تقدم[٧].

قال[٨]: وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه، ثم كلمه حنث؛ لأن هذه الإضافة لا يحتمل إلا التعريف؛ لأن الإنسان لا يعادى لمعنًى فى الطيلسان، فصار كما إذا أشار إليه[٩].

ومن حلف لا يكلم هذا الشاب، فكلّمه و قد[١٠] صار شيخًا حنث؛ لأن الحكم تعلق بالمشار إليه؛ إذ الصفة فى الحاضر لغوٌ، وهذه الصفة[١١]

(١٤) قوله: "أن الداعى إلى اليمين إلخ" وتقريره لا نسلم أن الإضافة للتعريف، بل لبيان أن الداعى إلى اليمين معنى فى المضاف إليه؛ لأن إلخ. (عناية)

(١) أى الدابة، والدار، والثوب. (عناية)

(٢) عرفًا.

(٣) أى لا يهجر لذاته.

(٤) أى بل تهجر هذه الأعيان لمعنى إلخ.

(٥) بقيام المعنى الداعى إذ ذاك. (عناية)

(٦) قوله: "لعدم التعيين" أى لعدم تعيين المضاف إليه للهجران لكون المضاف أيضًا صالحًا لذلك، وإذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها؛ لما ذكرنا. (عناية)

(٧) قوله: "بخلاف ما تقدم" يعنى إضافة الملك لتعيين المضاف إليه لذلك. (عناية)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) أى إلى صاحب الطيلسان، فتعلقت اليمين به. (عينى)

(١٠) الواو حالية.

(١١) قوله: "وهذه الصفة إلخ" جواب عما يقال: لو كانت الصفة فى الحاضر لغو الحنث إذا حلف لا يأكل هذا الرطب، فأكله بعد ما صار تمرًا.

وتقريره: الصفة فى الحاضر لغو إذا لم تكن داعية إلى اليمين، وهذه كذلك على ما مر من قبل يعنى فى أول

ليست بداعية إلى اليمين على ما مر من قبل.

فصل[١]

قال[٢]: ومن حلف لا يكلم[٣] حينًا[٤]، أو زمانًا، أو الحين، أو الزمان، فهو على ستة أشهر؛ لأن الحين قد يراد به الزمان القليل[٥]، وقد يراد به أربعون سنة، قال الله تعالى: ﴿هل[٦] أتى على الإنسان[٧] حينٌ من الدهر﴾، وقد يراد به ستة أشهر، قال الله تعالى: ﴿تؤتى أكلها كل حين[٨]﴾، وهذا[٩] هو الوسط، فينصرف إليه[١٠]، وهذا[١١] لأن اليسير لا يقصد بالمنع؛ لوجود الامتناع فيه عادةً.

والمؤبد[١٢] لا يقصد به[١٣] غالبًا؛ لأنه بمنزلة الأبد، ولو سكت عنه

باب اليمين فى الأكل والشرب، بخلاف الرطب، فإن صفتها داعية إلى اليمين. (ع)

(١) قوله: "فصل" لما كانت المسائل المذكورة فى هذا الفصل من نوع الكلام متعلقًا بالأزمان سماه فصلا لا بابًا. (عناية)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) أى فلانًا.

(٤) ولا نية على شيء من الوقت. (عناية)

(٥) قوله: "قد يراد به إلخ" قال الله تعالى": ﴿فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون﴾، والمراد به وقت الصلاة. (عناية)

(٦) قد.

(٧) آدم.

(٨) قوله: "كل حين" أي ستة أشهر فمن وقت الطلع إلى وقت الرطب ستة أشهر، ومن وقت الرطب إلى وقت الطلع ستة أشهر، ومعناه أنه ينتفع بها فى كل وقت لا ينقطع نفعها البتة. (عناية)

(٩) ستة أشهر.

(١٠) إذا لم تكن له نية.

(١١) قوله: "وهذا" أى الانصراف إلى ستة أشهر؛ لأن القصير لا يقصد بالمنع؛ لعدم الحاجة إلى اليمين فى الامتناع عن الكلام فى ساعة واحدة؛ لأنه يوجد فيها عادة بلا يمين، والمؤبد لا يقصد غالبا به؛ لأنه بمنزلة الأبد؛ لأن من أراد ذلك يقول: أبدًا فى العرف، فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين، ولو سكت تأبد اليمين، فحيث ذكر لا بد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره، وإلا لا يكون لذكره فائدة، فتعين الأوسط. (ع)

(١٢) أى الزمان المؤبد.

جـ4
4
B

يتأبد، فتعين ما ذكرنا، وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال: ما رأيتك منذ حين، ومنذ زمان بمعنًى، وهذا[1] إذا لم تكن له نية، أما إذا نوى شيئًا، فهو على ما نوى؛ لأنه نوى حقيقة كلامه. وكذلك الدهر عندهما[2]، وقال أبوحنيفة: الدهر لا أدرى ما هو؟ وهذا الاختلاف فى المنكّر، هو الصحيح[3]، أما المعرف بالألف واللام يراد به[4] الأبد عرفًا. لهما أن دهرًا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال: ما رأيتك منذ حين، ومنذ دهر بمعنًى وأبوحنيفة توقف فى تقديره؛ لأن اللغات لا تدرك قياسًا، والعرف لم يعرف استمراره لاختلافٍ فى الاستعمال[5]. ولو حلف لا يكلم أيامًا، فهو على ثلاثة أيام؛ لأنه اسم جمع ذكر منكرًا، فيتناول أقل الجمع، وهو الثلاث، ولوحلف لا يكلمه الأيام، فهوعلى عشرة أيام عند أبى حنيفة. وقالا: على الأسبوع، ولو حلف لا يكلمه الشهور، فهو على عشرة أشهر عنده، وعندهما على اثنى عشر شهرًا؛ لأن اللام للمعهود[6]، وهو ما

(١٣) أى بالحين.

(١) أى الحمل على ستة أشهر.

(٢) قوله: "وكذلك الدهر [أى ستة أشهر] عندهما" أى أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يعنى يقع على ستة أشهر، المعرف والمنكر سواء. (عناية)

(٣) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن رواية بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة: أنه قال: لا فرق على قول أبى حنيفة بين قوله: دهرا وبين قوله: الدهر. (عناية)

(٤) بالاتفاق.

(٥) قوله: "لاختلاف فى الاستعمال" فإن المعرفة تقع على الأبد، بخلاف الحين والزمان، ويقال: دهرى لمن قال: بالدهر، وأنكر الصانع، وحكى الله تعالى عنهم بقوله: ﴿وما يهلكنا إلا الدهر﴾، وقال صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا تسبوا الدهر فإن الدهر هو الله»، فهذا إثم لا يوقف على مراد المتكلم به عند الإطلاق، والتوقف فى مثل ذلك لا يكون إلا من كمال العلم والورع. (عناية)

(٦) قوله: "لأن اللام إلخ" الأصل أن حرف التعريف إذا دخل فى اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما يطلق عليه اسم الجمع عند أبى حنيفة، وهو العشرة؛ لأن الناس يقولون فى العرف: ثلاثة أيام، وأربعة أيام إلى عشرة أيام، ثم بعد ذلك يقولون: أحد عشر يومًا، ومائة يوم، وألف يوم، فلما كانت العشرة أقصى ما ينتهى إليه لفظ الجمع، كانت هى المرادة. بخلاف ما إذا حلف لا يتزوج النساء حيث تقع اليمين على الواحدة؛

ذكرنا[١]؛ لأنه يدور عليها[٢]. وله أنه جمع معرف، فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع، وذلك عشرة، وكذا الجواب عنده[٣] فى الجمع[٤] والسنين، وعندهما ينصرف إلى العمر؛ لأنه لامعهود دونه.

ومن قال لعبده: إن خدمتنى أياما كثيرة، فأنت حر، فالأيام الكثيرة عند أبى حنيفة عشرة أيام؛ لأنه أكثر ما يتناوله اسم الأيام[٥]. وقالا: سبعة أيام؛ لأن ما زاد عليها[٦] تكرارٌ، وقيل: لو كان اليمين بالفارسية[٧] ينصرف[٨] إلى سبعة أيام؛ لأنه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع.

باب اليمين فى العتق والطلاق[٩]

ومن قال لامرأته: إذا ولدت ولدًا، فأنتِ طالق، فولدت ولدًا ميتا

لتعذر صرفه إلى أقصى ما ينتهى إليه اسم النساء.وعندهما ينظر إن كان ثمه معهود، ينصرف إليه، وإلا ينصرف إلى جميع العمر، وفى الأيام المعهود فى عرف الناس أيام الأسبوع، فكانت مرادة، وفى الشهود المعهود شهور السنة، فكانت مرادة، وهى اثنا عشر شهراً، ولا معهود فى الجمع والسنين، فينصرف يمينه إلى جميع العمر.(ع)

(١) أى الأسبوع واثنى عشر شهراً.

(٢) قوله: "لأنه يدور عليها" قيل: أى لأن الشهور تدور على اثنى عشر، وكان القياس أن يقول: لأنها تدور عليه، ولكن أول بالمذكور فى الأول، وبالإفراد فى الثانى. (ع)

(٣) أبو حنيفة رحمه الله.

(٤) قوله: "فى الجمع [جمع جمعة]" يعنى إذا حلف لا يكلم الجمع يقع على عشرة جمعة، والسنين يعنى إذا حلف لا يكلم السنين يقع على عشر سنين. (عينى)

(٥)قوله: "لأنه [عشرة] أكثر ما يتناوله إلخ" أى أكثر ما يطلق عليه اسم الأيام؛ لأن بعد ذلك لا يقال: أيام، بل يقال: أحد عشر يوماً، ومائة يوم، وألف يوم. (عناية)

(٦) السبعة.

(٧) قوله: "لو كان اليمين بالفارسية" مثل أن يقول: اگر خدمت كنى مرا روزهاى بسيار تو آزادى إذا خدم سبعة أيام ينبغى أن يعتق؛ لأن فى لساننا يستعمل فى جميع الأعداد لفظ روز، فلا يجيء ما قال أبو حنيفة فى العربية: من انتهاء لفظ الجمع إلى العشرة. (عناية)

(٨) عنده أيضاً.

(٩) قوله: "باب اليمين إلخ" قدم هذا الباب على غيره؛ لأن الحلف بهما أكثر وقوعا، فكان معرفة أحكامه أهم من غيره. (عناية)

طلقت، وكذلك إذا قال لأمته: إذا ولدتِ ولدًا[١]، فأنت حر؛ لأن الموجود مولودٌ، فيكون ولدًا حقيقة، ويسمى به[٢] فى العرف، ويعتبر ولدًا فى الشرع، حتى تنقضى به العدة، والدم بعده نفاسٌ، وأمّه أمُّ ولدٍ له، فيتحقق الشرط، وهو ولادة الولد.

ولو قال: إذا ولدت ولدًا، فهو حر فولدت ولدًا ميتًا، ثم آخر حيًّا عتق الحىّ وحده[٣] عند أبى حنيفة. وقالا: لا يعتق واحد منهما؛ لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا[٤]، فينحل[٥] اليمين، لا إلى جزاء[٦]؛ لأن الميت ليس بمحل للحرية، وهى الجزاء. ولأبى حنيفة أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة؛ لأنه[٧] قصد إثبات الحرية جزاءً، وهى قوة حكمية تظهر فى دفع تسلط الغير، ولا تثبت فى الميت، فيتقيد[٨] بوصف الحياة، فصار كما إذا قال[٩]: إذا ولدت ولدًا حيا، بخلاف جزاء الطلاق[١٠]، وحرية الأم؛ لأنه[١١] لا يصلح مقيدًا.

(١) فولدت ولدًا ميتًا، عتقت.

(٢) أى بالولد.

(٣) لا الميت.

(٤) من أن الموجود ولد إلخ.

(٥) أى يبطل.

(٦) قوله: "لا إلى جزاء" كما لوقال لامرأته "إن دخلت الدار، فأنت طالق، فدخلت الدار بعد ما أبانها، وانقضت عدتها تنحل اليمين، لا إلى جزاء. (عناية)

(٧) القائل.

(٨) الولد.

(٩) قوله: "كما إذا قال" ولم يوجد الولد الحى فى الولادة الأولى، ووجد فى الولادة الثانية، فإذا تحقق الشرط يتحقق الجزاء.

(١٠) كما فى المسألة الأولى.

(١١) قوله: "لأنه" أى لأن الجزاء لا يصلح مقيدًا لاستغنائهما عن حياة الولد؛ فلم يكن الشرط إلا ولادة

وإذا قال: أول عبد أشتريه فهو حر، فاشترى عبداً عتق؛ لأن الأول اسم لفرد سابق[١]، فإن اشترى عبدين معاً، ثم آخر لم يعتق واحد منهم؛ لانعدام التفرد في الأولين، والسبق في الثالث، فانعدمت الأولية.

وإن قال: أول عبد أشتريه وحده[٢]، فهو حر عتق الثالث؛ لأنه يراد به[٣] التفرد في حالة الشراء؛ لأن وحده للحال لغةً[٤]، والثالث سابق[٥] في هذا الوصف[٦]. وإن قال: آخر عبد أشتريه فهو حر، فاشترى عبداً، ومات[٧] لم يعتق؛ لأن الآخر اسم لفرد لاحق، ولا سابق له، فلا يكون لاحقاً. ولو اشترى عبداً ثم عبداً، ثم مات[٨] عتق الآخر؛ لأنه فرد لاحق، فاتصف بالآخرية، ويعتق يوم اشتراه[٩] عند أبي حنيفة، حتى يعتبر من جميع المال وقالا: يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث؛ لأن الآخرية[١٠] لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده، وذلك[١١] يتحقق بالموت، فكان الشرط متحققاً عند الموت، فيقتصر عليه[١٢]، ولأبي حنيفة أن الموت[١٣] معرِّف[١٤].

الولد، وقد تحققت. (عناية)

(١) لا يشاركه غيره فيه. (عيني)

(٢) أي حال كونه وحده في حالة الشراء.

(٣) أي بالوحدة.

(٤) قوله: "لغة" فيه نظر؛ لأن وحده حال من جهة الإعراب، لا من جهة اللغة. (عيني)

(٥) فيعتق.

(٦) أي التوحد في الشراء.

(٧) أي المولى. (عيني)

(٨) أي المولى.

(٩) لا من بعد الموت.

(١٠) أي آخرية العبد المشترى.

(١١) أي عدم شراء غيره بعده.

(١٢) قوله: "فيقتصر عليه" أي فيقتصر العتق على زمان الموت، فيعتق قبيل الموت بلا فصل. (عيني)

فأما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء، فيثبت[(١)] مستندًا[(٢)]، وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث[(٣)] به[(٤)]، وفائدته تظهر في جريانِ الإرث وعدمه. ومن قال: كل عبدٍ بشرني بولادة فلانة، فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الأول؛ لأن البشارة اسم لخبرٍ يغير بشرة الوجه، ويشترط[(٥)] كونه سارًا بالعرف، وهذا إنما يتحقق من الأول، وإن بشروه معًا عتقوا؛ لأنها تحققت من الكل. ولو قال: إن اشتريت فلانًا فهو حر، فاشتراه ينوى به[(٦)] كفارة يمينه لم يجزه[(٧)]؛ لأن الشرط[(٨)] قران النية بعلة العتق، وهي اليمين، فأما الشراء فشرطه. وإن اشترى أباه ينوى[(٩)] عن

---

(١٣) قوله: "أن الموت إلخ" تقريره أنه لما اشترى الثاني بعد الأول ثبت صفة الآخرية فيه، لكن لما كانت بعرضية أن يزول بشراء غيره، فلا يحكم بعتقه ما لم يتيقن، فإذا مات ولم يشترِ غيره، عرفنا تقرر صفة الآخرية عليه، فيعتق من ذلك الوقت. (عناية)

(١٤) للآخرية.

(١) الآخرية.

(٢) إلى وقت الشراء.

(٣) قوله: "تعليق إلخ" كما إذا قال: آخر امرأة أتزوجها، فهى طالق ثلاثًا، فتزوج امرأة، ثم امرأة، ثم امرأة، ثم مات، عندهما يقع الطلاق مقصوراً على الموت، حتى تستحق الميراث.
وعند أبى حنيفة رحمه الله يقع مستنداً إلى وقت التزوج، فلا تستحقه، وفائدة التقييد بالثلاث جاز أن يكون بيان الطلاق البائن، فإنه به يكون الزوج فاراً، فترث المرأة عندهما. (عناية)

(٤) أى بوصف الآخرية.

(٥) قوله: "ويشترط إلخ" فإنه قد يكون بالخير، وقد يكون بالشر إلا أنه فى العرف يستعمل فيما يسر، وينفى الحزن. (عناية)

(٦) حال.

(٧) أى عن الكفارة.(عينى)

(٨) قوله: "لأن الشرط" أى شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق، وهى اليمين فيما نحن فيه، ولم يوجد، وإنما وجد عند الشرى وهو شرط العتق، لا علته، فلا يكون مفيداً حتى لو كانت النية مقارنة لليمين أجزأه عن الكفارة. (ع)

(٩) حال.

كفارة يمينه أجزأه[١] عندنا خلافًا لزفر والشافعي، لهما أن الشراء[٢] شرط العتق، فأما العلة[٣] فهي القرابة، وهذا[٤] لأن الشراء إثبات الملك، والإعتاق إزالته، وبينهما[٥] منافاةٌ. ولنا أن شراء القريب إعتاق؛ لقوله عليه السّلام[٦]: «لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه»*، جَعَل[٧] نفس الشراء إعتاقًا؛ لأنه لا يشترط غيره[٨]، فصار نظير قوله[٩]: سقاه فأرواه. ولو اشترى أم ولده لم يجز، ومعنى هذه المسألة[١٠] أن يقول لأمةٍ -قد استولدها بالنكاح-: إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني، ثم اشتراها، فإنها تعتق لوجود الشرط، ولا يجزئه عن الكفارة؛ لأن حريّتها مستحقة بالاستيلاد، فلا تضاف إلى اليمين[١١] من كل

(١) عن الكفارة.

(٢) قوله: "أن الشراء إلخ" يعني أن النية تشترط عند العلة، والشراء شرط العتق لا علته، وإنما العلة هي القرابة، فلا يفيد النية عند الشراء. (عناية)

(٣) أي علة العتق.

(٤) أي كون الشراء شرطا لا علة. (عناية)

(٥) أي بين إثبات الملك، وإزالته منافاة، فكيف يكون الشراء علة للعتق، فلا يكون الشراء إعتاقاً.(ب)

(٦) أخرجه الجماعة غير البخاري عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجزى» إلخ. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٥ ص٩٣. (نعيم)

(٧) صلى الله عليه وسلم.

(٨) في الحديث. (عيني)

(٩) قوله: "فصار إلخ" جواب عما يقال: عطف الإعتاق على الشراء بالفاء، وهو يقتضي التراخي بزمان، فلا يكون نفسه.

ووجهه أن الفعل إذا عطف على فعل آخر بالفاء، كان الثاني ثابتًا بالأول في كلام العرب، يقال: ضربه فأوجعه، وأطعمه فأشبعه، وسقاه فأرواه أي بذلك الفعل لا بغيره. (عناية)

(١٠) وهي من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

(١١) قوله: "فلا تضاف إلى اليمين" والواجب باليمين ما يستحق حرية بها من كل وجه. (عناية)

وجه. بخلاف ما إذا قال لقنّة: إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمين(١) حيث يجزئه عنها(٢) إذا اشتراها؛ لأن حريتها(٣) غير مستحقة بجهة أخرى، فلم يختل الإضافة(٤) إلى اليمين، وقد قارنته(٥) النية(٦).

ومن قال: إن تسريت جارية(٧) فهى حرة، فتسرى جاريةً كانت فى ملكه عتقت؛ لأن اليمين انعقدت فى حقّها(٨) لمصادفتها الملك، وهذا(٩) لأن الجارية منكرةٌ فى هذا الشرط، فيتناول كل جارية على الانفراد.

وإن اشترى جارية فتسراها لم تعتق بهذه اليمين، خلافًا لزفر، فإنه يقول: التسرى لا يصح إلا فى الملك، فكان ذكره ذكر الملك(١٠)، فصار كما إذا قال لأجنبية: إن طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكوراً(١١).

ولنا أن الملك(١٢) يصير مذكوراً ضرورة صحة التسرى، وهو(١٣) شرط،

(١) فاشتراها.

(٢) الكفارة.

(٣) القنة.

(٤) إضافة الحرية.

(٥) الشراء.

(٦) أى نية الكفارة.

(٧) قوله: "إن تسريت إلخ" معنى تسريت اتخذت سريّة، وهى فعلية منسوبة إلى السر، وهو الجماع والإخفاء؛ لأن الإنسان يسره، وإنما ضمت سينه؛ لأن الأبنية قد تغيرت فى النسبة، كما قالوا فى النسبة إلى الدهر: دهرى بضم الدال للمعمر. (عناية)

(٨) قوله: "انعقدت فى حقها [أى فى حق هذه الجارية]" وكل ما انعقدت فى حقه اليمين إذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء. (عناية)

(٩) توضيح لانعقاد اليمين فى حقها. (عناية)

(١٠) فكأنه قال: إن وطئت مملوكة لى، فهى حرة.

(١١) قوله: "يصير التزوج مذكوراً" لأن الطلاق لا يصح بدون متابعة النكاح، فكأنه قال: إن نكحتك، وطلقتك فعبدى حر. (عينى)

(١٢) قوله: "أن الملك إلخ" تقريره: سلمنا أن ذكر التسرى ذكر الملك، ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة

فيتقدر بقدره[١]، فلا يظهر فى حق صحة الجزاء، وهو الحرية.

وفى مسألة الطلاق[٢] إنما يظهر[٣] فى حق الشرط دون الجزاء، حتى لو قال لها: إن طلقتك فأنت طالق ثلاثًا، فتزوجها وطلقها، لا تطلق ثلاثًا، فهذه وزان مسألتنا. ومن قال: كل مملوك لى حر يعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده؛ لوجود الإضافة المطلقة[٤] فى هؤلاء؛ إذ الملك ثابت فيهم[٥] رقبةً ويدًا. ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم؛ لأن الملك غير ثابت[٦] يدًا، ولهذا لا يملك[٧] أكسابه[٨]، ولا يحل له[٩] وطئ المكاتبة، بخلاف أم الولد والمدبرة، فاختلت الإضافة[١٠]، فلا بد من النية.

ومن قال لنسوةٍ له: هذه طالق، أو هذه وهذه، طلقت الأخيرة، وله

صحته؛ لكون التسرى شرطًا، وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، ولا يظهر فى حق صحة الجزاء، وهو الحرية؛ لأنها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء. (ع)

(١٣) الواو حالية.

(١) ضرورة.

(٢) قوله: "وفى مسألة إلخ" جواب عن قوله: كما إذا قال لأجنبية، وتقريره أن ما ذكرت فى المسألة المذكورة، فالأمر فيه كذلك؛ لأنه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذى هو الطلاق، ولا يتعدى إلى صحة الجزاء، حتى لو قال: إن طلقتك فأنت طالق ثلاثًا، فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثًا، فهذه وزان مسألتنا من حيث إن فى كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط، ولا يتعدى إلى صحة الجزاء. (عناية)

(٣) أى ملك النكاح. (عينى)

(٤) قوله: "لوجود الإضافة المطلقة [كاملة] إلخ" يعنى أن كل واحد من هؤلاء فى الإضافة إلى نفسه بقوله: لى كامل. (عناية)

(٥) فيدخلون تحت كلمة كل فيعتقون. (عناية)

(٦) فى المكاتب.

(٧) المولى.

(٨) المكاتب.

(٩) أى للمولى.

(١٠) فى المكاتب؛ لأن المكاتبة مملوكة من وجه دون وجه. (عناية)

الخيار فى الأولين ؛ لأن كلمة أو لإثبات أحد المذكورين ، وقد أدخلها بين الأولين ، ثم عطف الثالثة على المطلقة ؛ لأن العطف[١] للمشاركة فى الحكم ، فيختص بمحله[٢] ، فصار كما إذا قال : إحداكما طالق وهذه ، وكذا إذا قال لعبيده : هذا حرّ وهذا وهذا ، عتق الأخير ، وله الخيار فى الأولين ؛ لما بينا[٣] .

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج[٤] و غير ذلك[٥]

ومن حلف لا يبيع ، أو لا يشترى ، أو لا يؤاجر ، فوكل من فعل ذلك لم يحنث ؛ لأن العقد وجد من العاقد ، حتى كانت الحقوق عليه[٦] ، ولهذا[٧] لو كان العاقد هو الحالف يحنث فى يمينه[٨] ، فلم يوجد ما هو الشرط ، وهو العقد من الآمر ، وإنما الثابت له حكم العقد ، إلا أن ينوى[٩] ذلك ؛ لأن فيه تشديداً ، أو يكون الحالف ذا سلطان[١٠] لا يتولى العقد

---

(١) بالواو.

(٢) قوله: "فيختص بمحله" أى فيختص العطف بمحل الحكم، ومحل الحكم المطلقة من إحدى الأولين، فكان الثالث طابقا؛ لأن الواو تقتضى الاشتراك فى الحكم، والحكم هو الطلاق. (عينى)

(٣) من أن كلمة أو إلخ.

(٤) قوله: "باب اليمين إلخ" لما كانت التصرفات فى الأيمان فى هذه الأشياء أكثر وقوعًا بالنسبة إلى اليمين فى الحج والصلاة والصوم، قدم هذا الباب على باب اليمين فى الحج. (عينى)

(٥) قوله: "وغير ذلك" أى فى الطلاق والعتاق والضرب، كما إذا قال: لا يطلق، ولا يعتق، ولا يضرب، فأمر غيره بذلك. (عينى)

(٦) مثل تسليم المبيع إذا كان بالغًا، وقبضه إذا كان مشتريًا.

(٧) أى لكون العقد موجوداً من العاقد.

(٨) فلا يحنث الآمر.

(٩) قوله: "إلا أن ينوى" استثناء متصل بقوله: فوكل من فعل ذلك لم يحنث أى إلا أن ينوى أن لا يأمر غيره أيضًا، فح يحنث.(عناية)

(١٠) قوله: "أو يكون الحالف ذا سلطان" فإذا باشره المأمور حنث؛ لأن مقصوده من اليمين منع نفسه عما يعتاده، ومعتاده الأمر بالغير، فلما أمر غيره، وفعل المأمور حنث، ومع ذلك لو فعله بنفسه حنث أيضًا؛ لوجود

بنفسه؛ لأنه يمنع نفسه عما يعتاده.

ومن حلف لا يتزوج، أو لا يطلق، أو لا يعتق، فوكل بذلك حنث؛ لأن الوكيل فى هذا سفيرٌ، ومعبرٌ، ولهذا لا يضيفه(١) إلى نفسه، بل إلى الآمر(٢)، وحقوق العقد(٣) ترجع إلى الآمر، لا إليه(٤).

ولو قال(٥): عنيت أن لا أتكلم به(٦) لم يدين(٧) فى القضاء خاصة، وسنشير إلى المعنى(٨) فى الفرق إن شاء الله تعالى.

ولو حلف لا يضرب عبده، أو لا يذبح شاته، فأمر غيره ففعل، يحنث فى يمينه؛ لأن المالك له ولاية ضرب عبده(٩)، وذبح شاته، فيملك توليتَه غَيره، ثم منفعته راجعة إلى الآمر، فيجعل هو(١٠) مباشراً؛ إذ لا حقوق له يرجع إلى المأمور، ولو قال(١١): عنيت أن لا أتولّى ذلك(١٢)

البيع منه حقيقة. (عناية)

(١) الوكيل، أى التزوج والإعتاق والطلاق.

(٢) فى هذه الأشياء الثلاثة.

(٣) قوله: "وحقوق العقد" وهى وجوب المهر فى التزوج، ووقوع الطلاق، ووقوع العتاق. (عينى)

(٤) الوكيل.

(٥) الحالف.

(٦) قوله: "أن لا أتكلم به" أى بلفظ التزوج والتطليق والإعتاق. (عينى)

(٧) قوله: "لم يدين" أى لم يصدق فى القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، وقيد بقوله خاصة: لأنه يصدق ديانة؛ لأنه نوى شيئًا يحتمله اللفظ، فصحت النية. (عينى)

(٨) أراد به قوله: ووجه الفرق إلخ. (عينى)

(٩) قوله: "له ولاية ضرب عبده" يلوح إلى أنه لو حلف على ضرب حر، فأمر غيره بذلك، فضربه المأمور لم يحنث؛ لأنه لا ولاية له عليه، فلا يعتبره أمره فيه. (ع)

(١٠) الآمر.

(١١) الحالف.

(١٢) أى الضرب أو الذبح.

بنفسى دين[1] فى القضاء، بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره[2].

ووجه الفرق[3]: أن الطلاق ليس إلا تكلما بكلام يفضى إلى وقوع الطلاق عليها، والأمر بذلك[4] مثل التكلم به[5]، واللفظ ينتظمها[6]، فإذا نوى التكلم به، فقد نوى الخصوص فى العام، فيدين ديانة، لا قضاء.

أما الذبح والضرب ففعل حسى يعرف بأثره، والنسبة[7] إلى الآمر بالتسبيب مجازًا، فإذا نوى[8] الفعل بنفسه، فقد نوى الحقيقة، فيصدق ديانةً وقضاءً. ومن حلف لا يضرب ولده، فأمر إنسانًا، فضربه لم يحنث فى يمينه؛ لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه، وهو التأدب والتثقف[9]، فلم ينسب فعله[10] إلى الآمر، بخلاف الأمر بضرب العبد؛ لأن منفعته الائتمار بأمره[11]، فيضاف الفعل إليه[12].

---

(١) أى صدق.

(٢) حيث لا يصدق فى القضاء هناك.

(٣) قوله: "ووجه الفرق إلخ" هو الفرق الموعود بقوله: سنشير، وحاصله أنه إذا نوى الخصوص فى العموم يصدق ديانة لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، وفيه تخفيف عليه، وإذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة، وإن كان فى ذلك تخفيف عليه؛ لأن الكلام يصرف إلى حقيقته بغير نية، وإذا وجدت النية، كان الصرف إليها أولى. (عناية)

(٤) الطلاق.

(٥) الطلاق.

(٦) قوله: "واللفظ ينتظمها" أى ينتظم التكلم بذلك، والأمر بذلك؛ لأن المأمور كالرسول، ولسان الرسول كلسان المرسل بالإجماع، فيكون النطق بلسانه كالنطق بنفسه. (عينى)

(٧) أى نسبة الفعل.

(٨) الحالف.

(٩) يقال: ثقفت الرمح فتثقف أى سويته فاستوى. (عينى)

(١٠) المأمور.

(١١) الآمر.

ومن قال لغيره: إن بعت لك هذا الثوب، فامرأته طالق، فلبّس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه، ولم يعلم لم يحنث؛ لأن حرف اللام دخل على البيع، فيقتضى اختصاصه[1] به[2]، وذلك بأن يفعله[3] بأمره[4]؛ إذ البيع يجرى فيه النيابة ولم يوجد[5].

بخلاف ما إذا قال: إن بعت ثوبًا لك حيث يحنث إذا باع ثوبًا مملوكًا له، سواء كان بأمره أو بغير أمره، علم بذلك أو لم يعلم؛ لأن حرف اللام دخل على العين[6]؛ لأنه[7] أقرب[8] إليه[9]، فيقتضى اختصاصَ العين به[10]، وذلك[11] بأن يكون[12] مملوكًا له، ونظيره[13] الصياغة[14] والخياطة، وكلُّ ما يجرى فيه النيابة[15]، بخلاف الأكل والشرب، وضرب الغلام[16]؛

(١٢) الآمر.

(١) البيع.

(٢) أى بالمحلوف عليه.

(٣) البيع.

(٤) المحلوف عليه.

(٥) أى الأمر فلا يحنث.

(٦) الثوب.

(٧) العين.

(٨) من الفعل.

(٩) حرف اللام.

(١٠) أى بالمحلوف عليه.

(١١) أى الاختصاص.

(١٢) العين.

(١٣) البيع.

(١٤) زرگرى.

(١٥) كالكتابة والهبة والصدقة. (عينى)

لأنه[١] لا يحتمل النيابة[٢]، فلا يفترق[٣] الحكم فيه في الوجهين.

ومن قال: هذا العبد حر إن بعتُه، فباعه على أنه بالخيار عتق[٤]؛ لوجود الشرط، وهو البيع والملك فيه قائم[٥]، فينزل الجزاء.

وكذلك لو قال المشترى: إن اشتريتُه فهو حر، فاشتراه على أنه بالخيار يعتق أيضًا؛ لأن الشرط[٦] قد تحقق، وهو الشراء والملك قائم فيه[٧]، وهذا[٨] على أصلهما[٩] ظاهر[١٠]، وكذا على أصله[١١]؛ لأن هذا العتق بتعليقه، والمعلَّق كالمنجّز، ولو نَجّز[١٢] العتق يثبت الملك[١٣] سابقًا عليه،

(١٦) قوله: "وضرب الغلام" والمراد بالغلام إما العبد: كما ذكره في "الجامع الصغير" لقاضي خان، وإما الولد: كما ذكره في "الفوائد الظهرية"، وهذا هو الصواب؛ لأن ضرب العبد يحتمل النيابة، ولهذا لو حلف لا يضرب عبده، فأمر غيره بضربه حنث؛ لأن المنفعة تعود إليه. (عناية)

(١) أي لأن كل واحدة من هذه الأشياء الثلاثة. (عيني)

(٢) قوله: "لا يحتمل النيابة" بل يحنث إذا فعله سواء كان بأمره، أو بغير أمره؛ لأن الفعل إذا لم يحتمل النيابة لم يكن انتقاله إلى غير الفاعل، فيكون الأمر وعدمه سواء، فتعين أن يكون اللام لاختصاص العين؛ صونا للكلام من الإلغاء. (عناية)

(٣) قوله: "فلا يفترق الحكم" أي لا يفترق حكم الحنث فيما لا يجرى فيه النيابة كالأكل والشرب وضرب الغلام في الوجهين يعني إذا قدم الأمر أو أخر بأن قال: إن أكلت لك طعامًا، أو شربت لك شرابًا، أو قال: طعامًا لك، أو شرابًا لك. (عيني)

(٤) وإذا كان البيع باتًا لا يعتق لزوال العبد عن ملكه بعد البيع، كذا في "العناية". (عبد)

(٥) قوله: "والملك فيه[العبد] قائم" لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق. (عناية)

(٦) أي الشراء.

(٧) العبد.

(٨) أي قيام الملك.

(٩) الصاحبين.

(١٠) قوله: "ظاهر" لأن خيار المشترى لا يمنع ثبوت الملك له عندهما. (ع)

(١١) الإمام.

(١٢) بعد الشراء بالخيار.

(١٣) بفسخ الخيار. (عناية)

فكذا هذا. ومَن قال: إن لم أبع هذا العبد، أو هذه الأمة فامرأته طالق، فأعتق أو دبّر طلّقت امرأته[١]؛ لأن الشرط قد تحقق، وهو عدم البيع؛ لفوات محلية البيع. وإذا قالت المرأة لزوجها: تزوجتَ عليّ، فقال: كل امرأة لى طالق ثلاثًا طلقت هذه التى حلّفته فى القضاء.

وعن أبى يوسف أنها[٢] لا تطلق؛ لأنه[٣] أخرجه جوابًا، فينطبق عليه، ولأن غرضه[٤] إرضاءها، وهو بطلاق غيرها[٥] فيتقيد به[٦].

ووجه الظاهر عموم الكلام، وقد زاد على حرف الجواب[٧]، فيُجعل[٨] مبتدئًا[٩]، وقد يكون[١٠] غرضه إيحاشها[١١] حين اعترضت

---

(١) قوله: "طلقت امرأته" وهذا فى إعتاق العبد ظاهر، وأما فى التدبير والأمة فلا بد من بيان؛ لأن المدبر يجوز بيعه إذا قضى القاضى بجواز بيعه، والأمة يجوز أن ترتد، فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب، وذلك أن يقال: بيع المدبر لا يجوز.

فالظاهر أن المسلم لا يقدم عليه، فإن أقدم فالظاهر أن القاضى لا يقدم على القضاء بما لا يجوز، ومع ذلك فالأصل عدم ما يحدث، فكان عدم فوات المحلية بناء على جوار القضاء ببيعه مخالفًا للظاهر من كل وجه، فلا يكون معتبرا.

وأما الأمة فإن من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: لا تطلق امرأته فى التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال.

والصحيح أنها تطلق؛ لأنه إنما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك، وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق والتدبير. (عناية)

(٢) أى أن التى حلفته.

(٣)قوله: "لأنه" أى لأن الزوج أخرجه أى أخرج الكلام جوابا لكلام المرأة، فينطبق الجواب عليه أى على السؤال، فكأنه قال: كل امرأة لى غيرك تزوجتها طالق ثلاثًا، فيكون المحلفة مستثناة من عموم اللفظ دلالة، فينصرف الطلاق إلى غيرها. (عينى)

(٤) الزوج.

(٥) لا بطلاق نفسها.

(٦) أى بطلاق الغير.

(٧) قوله: "وقد زاد على حرف الجواب" أى أصله؛ لأنه لو أراد الجواب المطابق لقال: إن فعلت، فهى طالق. فلما ذكر كلمة كل دل على أن مراده العموم، فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب. (عناية)

(٨) الحالف.

عليه[١] فيما أحلّه الشرع، ومع التردّد[٢] لا يصلح مقيِّدا، وإن نوى غيرها[٣] يصدق ديانة، لا قضاءً؛ لأنه تخصيص العَام.

باب اليمين[٤] فى الحج والصلاة والصوم

قال[٥]: ومَن قال -وهو فى الكعبة أو فى غيرها-: علىّ المشى إلى بيت الله تعالى، أو إلى الكعبة، فعليه حجة، أو عمرة ماشيًا[٦]، وإن شاء ركب، وأهرق دمًا، وفى القياس لا يلزمه[٧] شىء؛ لأنه التزم ما ليس بقربةٍ واجبة[٨] ولا مقصودةٍ فى الأصل، ومذهبنا مأثور عن على[٩]*،

(٩) للكلام.

(١٠) جواب عن قوله: بأن الغرض إرضاءها. (عناية)

(١١) المحلفة.

(١) الزوج.

(٢) قوله: "ومع التردد" يعنى بين أن يكون غرضه إرضاءها، وبين أن يكون إيحاشها، لا يصلح مقيداً لطلاق غيرها. (عينى)

(٣) المحلفة.

(٤) قوله: "باب إلخ" قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره، لأن فى هذا ذكر العبادات، وذكرها مقدم على غيرها، وإنما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك. (ع)

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) قوله: "فعليه حجة أو عمرة إلخ" فإن لم يكن بمكة فظاهر، وإن كان بها، واختار الحج يحرم من الحرم، ويخرج إلى عرفات ماشيًا، فإن ركب لزمه شاة، وإن اختار العمرة، خرج إلى التنعيم ويحرم بالعمرة، ولم يذكر محمد أنه يخرج إلى التنعيم ماشيًا، أو راكبًا.

وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: جاز له أن يركب وقت الرواح إلى التنعيم؛ لأن الرواح إليه ليس بمشى إلى بيت الله تعالى، وإنما المشى إليه وقت الرجوع، وقال بعضهم: يمشى وقت الرواح أيضًا؛ لأن الرواح إليه للإحرام، فكان مشياً إلى بيت الله تعالى. (ع)

(٧) بهذا النذر.

(٨) قوله: "لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة" لأن المشى أمر مباح، ولا مقصودة فى الأصل يعنى لذاته؛ لأن المقصود منه شىء آخر، لا نفسه، فكان القياس أن يكون النذر به باطلا، لكن تركناه بالأثر والعرف. (عناية)

جـ4 5 F

ولأن الناس تعارفوا إيجابَ الحج والعمرة[1] بهذا اللفظ[2]، فصار كما إذا قال: عليّ زيارة البيت ماشيًا، فيلزمه ماشيًا، وإن شاء ركب، وأهرق دمًا، وقد ذكرناه فى المناسك[3].

ولو قال: عليّ الخروج، أو الذهاب إلى بيت الله تعالى، فلا شيء عليه؛ لأن التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف[4]. ولو قال: عليّ المشى إلى الحرم، أو إلى الصفا والمروة، فلا شيء عليه، وهذا عند أبى حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد فى قوله: على المشى إلى الحرم حجة، أو عمرة، ولو قال: إلى المسجد الحرام، فهو على هذا الاختلاف[5]. لهما أن الحرم شامل على البيت بالاتصال، وكذا المسجد الحرام شامل على البيت، فصار ذكره كذكره[6] بخلاف الصفا والمروة؛ لأنهما منفصلان عنه[7].

وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف[8]، ولا يمكن إيجابه

(٩) قوله: "مأثور عن على" روى البيهقى فى "المعرفة" من طريق الشافعى عن الحسن بن على رضى الله عنه فى رجل يحلف على حجة المشى، قال: يمشى فإن عجز ركب، وأهدى بدنة.
وروى عن عبد الرزاق فى "مصنفه" عن على رضى الله عنه فيمن نذر أن يمشى إلى البيت، قال: يمشى، فإذا عجز ركب، ويهدى جزوراً. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٦ ص٩٣. (نعيم)

(١) قوله: "تعارفوا إلخ" وإيجاب الحج أو العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وإرادة المسبب، ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر فى الكعبة، أو فى غيرها. (عناية)

(٢) أى بقوله: على المشى إلى بيت الله، وإلى الكعبة. (عينى)

(٣) أى قبل كتاب النكاح. (عينى)

(٤) فكان باقيًا على القياس. (عناية)

(٥) قوله: "فهو على هذا الاختلاف" أى الاختلاف المذكور بين أبى حنيفة وصاحبيه. (عينى)

(٦) قوله: "فصار ذكره كذكره" أى صار ذكر كل واحد من الحرم، إذ المسجد الحرام كذكر البيت. (ب)

(٧) فلم يكن ذكرهما كذكر البيت.

(٨) فيعمل بالقياس، وهو عدم الوجوب. (عينى)

جـ4 5 B

باعتبار حقيقة اللفظ[١]، فامتنع أصلا.

ومن قال: عبدى حر إن لم أحج العام، فقال: حججت وشهد شاهدان على أنه ضحى العامَ بالكوفة، لم يعتق عبده، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: يعتق؛ لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم، وهو التضحية[٢]، ومن ضرورته انتفاء الحج، فيتحقق الشرط.

ولهما أنها قامت[٣] على النفى[٤]؛ لأن المقصود منها[٥] نفى الحج، لا إثبات التضحية؛ لأنه لا مطالب لها، فصار كما إذا شهدوا[٦] أنه لم يحج غاية الأمر[٧] أن هذا النفى مما يحيط، علم الشاهد به، ولكنه لا يميّز بين نفى، ونفى تيسيراً.

ومن حلف لا يصوم، فنوى الصوم، وصام ساعة، ثم أفطر من يومه حنث؛ لوجود الشرط؛ إذ الصوم هو الإمساك عن المفطِرات[٨] على قصد التقرب.

(١) قوله: "باعتبار حقيقة اللفظ" أى لفظ المشى؛ لأن اللفظ لم يوضع له، والعرف أيضًا منتفٍ، ولما انتفت الدلالة على الإيجاب حقيقة وعرفًا، امتنع الإيجاب أصلا، فلا يلزم شيء. (عينى)

(٢) العام بالكوفة.

(٣) الشهادة

(٤) فلا تقبل. (عينى)

(٥) الشهادة.

(٦) فإن هذه الشهادة لا تقبل، كذا هذا. (عينى)

(٧) قوله: "غاية الأمر إلخ" جواب عن سؤال، وهو أن يقال: إنما لا تقبل الشهادة على النفى؛ إذ لم يكن الشاهد عالما بالنفى، أما إذا كان عالما، والشيء مما يعلم ويحاط، تقبل الشهادة على النفى، وفيما نحن فيه كذلك.

وتقرير الجواب: أن غاية الأمر أن هذا النفى، وهو قول الشهود: إنه لم يحج العام يحيط علم الشاهد به، ولكنه لا يميز أى لا يفرق بين نفى ونفى، بأن يقال: يقبل فيما إذا كان النفى مما يعلم ويحاط، ولا يقبل فيما لا يعلم ولا يحاط، بل لا يقبل فى كل النفى تيسيرا، ودفعا للحرج عن الناس. (عينى)

(٨) الأكل والشرب والجماع. (عينى)

ولو حلف لا يصوم يومًا، أو صومًا، فصار ساعة، ثم أفطر لا يحنث؛ لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعًا، وذلك بإنهاءه[1] إلى آخر اليوم، واليوم صريح فى تقدير المدة به.

ولو حلف لا يصلى، فقام وقرأ وركع لم يحنث، وإن سجد مع ذلك، ثم قطع حنث، والقياس أن يحنث بالافتتاح؛ اعتبارًا بالشروع فى الصوم[2]. وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة[3]، فما لم يأتِ بجميعها لا يسمى صلاةً، بخلاف الصوم؛ لأنه ركن واحد، وهو الإمساك، ويتكرر فى الجزء الثانى، ولو حلف لا يصلى صلاة لا يحنث ما لم يصلّ ركعتين[4]؛ لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعًا، وأقلها ركعتان للنهى عن البُتَيراء[5].

باب اليمين[6] فى لبس الثياب والحُلِىّ[7]، و غير ذلك[8]

ومن قال لامرأته: إن لبست من غزلك فهو هدى[9]، فاشترى قطنًا،

---

(١) أى بإتمامه. (عينى)

(٢) فإن فى الصوم يحنث بمجرد الشروع، فكذا هذا. (عينى)

(٣) من التكبير والقيام والقراءة والركوع والسجود. (عينى)

(٤) أى مع القعدة.

(٥) قوله: "للنهى عن البتيراء" قد ذكر المصنف حديث البتيراء فى كتاب الصلاة فى باب صلاة الوتر، وأخرجه ابن عبد البر فى "كتاب التمهيد": «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن البيتراء»، وهى أن يصلى الرجل واحدة يوتر بها.
وقال صاحب "المغرب": البتيراء تصغير البتراء تأنيث الأبتر، وهو فى الأصل مقطوع الذنب، ثم جعل عبارة عن الناقص. (عينى)

(٦) قوله: "باب اليمين إلخ" قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين فى الضرب والقتل، إما لأن يمين لبس الثياب أكثر وجودًا منه، وإما لأن اليمين به مشروع وجودًا وعدمًا، بخلاف الضرب والقتل. (ع)

(٧) جمع حلى.

(٨) مثل الحلف على أنه لا يجلس على الأرض.

(٩) أى صدقة أتصدق بها على فقراء مكة. (عينى)

فغزلته فنسجته فلبسه، فهو هدى عند أبى حنيفة.

وقالا: ليس عليه أن يهدى حتى تغزل[١] من قطن ملكه يوم حلف، ومعنى الهدى التصدق به بمكة؛ لأنه اسمٌ لما يهدى إليها. لهما أن النذر إنما يصح فى الملك[٢]، أو مضافًا إلى سبب الملك، ولم يوجد[٣]؛ لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه[٤]. وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج، والمعتاد هو المراد[٥]، وذلك سبب لملكه، ولهذا يحنث إذا غزلت من قطنٍ مملوكٍ له وقت النذر؛ لأن القطن لم يصر مذكورًا.

ومن حلف لا يلبس حلْيًا[٦]، فلبس خاتم فضة لم يحنث؛ لأنه ليس بحلى عرفًا، ولا شرعًا، حتى أبيح استعماله للرجال، والتختم به لقصد الختم[٧]، وإن كان[٨] من ذهب حنث[٩]؛ لأنه حلْى، ولهذا لا يحل

(١) أى امرأته.

(٢) لقوله عليه السلام: «لا نذر فى ما لا يملكه ابن آدم». (عينى)

(٣) أى واحد منهما.

(٤) قوله: "ليسا من أسباب إلخ" فلا يصح اليمين فى حق القطن المشترى بعد الحلف. (عينى)

(٥) قوله: "والمعتاد هو المراد [فى الأيمان]" يعنى فصار كأنه قال: من قطنى، أو من قطن سأملكه، وذلك سبب، أى الغزل من قطن الزوج سبب لملكه أى الزوج لما غزلته، ولهذا إيضاح لقوله: وذلك سبب لملكه يعنى أنها إذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف، كان ذلك سببًا؛ لأن يملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور هناك، وما ذلك إلا باعتبار أن غزل المرأة سبب لملك الزوج؛ لما غزلته فى العرف، والعرف لا يفرق بين أن يكون القطن مملوكًا وقت الحلف، أو لم يكن. (عناية)

(٦) قوله: "لا يلبس حليًا" بفتح الحاء وسكون اللام، وهو ما تتحلى به النساء من ذهب، أو فضة، أو جوهر، واستدل بإباحة استعماله للرجال على أن الخاتم من فضة ليس بحلى؛ لأنه لو كان حليًا لحرم على الرجال؛ لأن التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال.

ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم له، أو لغيره لم يكن حليًا، أو كان ناقصًا فى كونه حليًا، فكان مباحًا. (ع)

(٧) لا لأجل الزينة.

(٨) الخاتم.

(٩) قوله: "حنث" يعنى كيف ما كان يعنى سواء كان فيه فص، أو لم يكن. (عناية)

استعماله للرجال. ولو لبس عِقد[١] لؤلؤ غير مرصّع[٢] لا يحنث عند أبى حنيفة، وقالا: يحنث؛ لأنه حَلى حقيقة، حتى سمى به فى القرآن[٣].

وله أنه[٤] لا يتحلى به عرفًا إلا مرصّعًا، ومبنى الأيمان على العرف، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان[٥]، ويفتى بقولهما؛ لأن التحلى به[٦] على الانفراد معتاد. ومن حلف لا ينام على فراشٍ[٧]، فنام عليه و فوقه[٨] قِرَامٌ[٩] حنث؛ لأنه تبع للفراش، فيعد نائما عليه، وإن جُعل فوقه فراش آخر، فنام عليه لا يحنث؛ لأن مثل الشيء لا يكون تبعًا له، فينقطع النسبة عن الأول. ولو حلف لا يجلس على الأرض، فجلس على بساط، أو حصير لم يحنث؛ لأنه لا يسمى جالسًا على الأرض، بخلاف ما إذا حال بينه[١٠] وبين الأرض لباسه[١١]؛ لأنه تبع له[١٢]، فلا يعتبر حائلا.

---

(١) بالكسر هو القلادة. (عناية)

(٢) قوله: "غير مرصع" والترصيع التركيب يقال: تاج مرصع بالجواهر. (عناية)

(٣) قوله: "حتى سمى به [أى بالحلى] فى القرآن" يريد به قوله تعالى: ﴿يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤًا﴾ جعل اللؤلؤ حليًا بجعله تفسيرًا لقوله تعالى: ﴿يحلون﴾. (عناية)

(٤) أى أن اللؤلؤ.

(٥) لا اختلاف برهان.

(٦) أى باللؤلؤ.

(٧) قوله: "على فراش" يريد به على فراش بعينه بدليل قوله: وإن جعل فوقه فراشًا آخر لا يحنث؛ فإنه لو كان على حقيقته منكرًا يحنث فى هذه الصورة أيضًا؛ لأنه نام على فراش. (عناية)

(٨) الواو حالية.

(٩) قوله: "قرام [پرده ٔ رقيق]" بكسر أول پرده ٔ تنک وباريک، وبمعنى پرده منقش نيز، نوشته ٔ از "منتخب" و "كشف" و "مدار". (غث)

(١٠) الحالف.

(١١) فجلس على لباسه حنث.

(١٢) قوله: "لأنه [أى لأن لباس الحالف تبع للحالف. عينى] تبع له" يشير إلى أنه لو نزع ثيابه، وطرحه

وإن حلف لا يجلس على سرير، فجلس على سرير فوقَه بساطٌ، أو حصيرٌ حنث؛ لأنه يعد جالسًا عليه[١]، والجلوسُ على السرير فى العادة كذلك[٢]، بخلاف ما إذا جعل فوقه سريرًا آخر[٣]؛ لأنه[٤] مثل الأول، فقطع النسبة عنه[٥].

باب اليمين[٦] فى القتل والضرب و غيره[٧]

ومن قال: إن ضربتك فعبدى حر، فهو على الحياة[٨]؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤلم لم يتصل بالبدن، والإيلام لا يتحقق فى الميت، ومن يعذب[٩] فى القبر بوضع فيه الحياة[١٠] فى قول العامة[١١]، وكذلك الكسوة[١٢]؛ لأنه يراد به[١٣] التمليك عند الإطلاق، ومنه الكسوة فى

على الأرض، وجلس عليه لم يحنث؛ لأنه حينئذٍ لم يبقَ ثوبه تبعًا له، فصار بمنزلة البساط والحصير. (عناية)

(١) السرير.

(٢) قوله: "كذلك" ألا ترى أنهم يقولون: جلس الأمير على السرير، وإن كان فوق السرير بساطًا، فيعدونه تابعا للسرير. (عينى)

(٣) وجلس على الآخر فلا يحنث.

(٤) الآخر.

(٥) الأول.

(٦) قوله: "باب اليمين إلخ" قد تقدم وجه ذكر المناسبة فى الباب المتقدم. (عناية)

(٧) مثل الغسل. (عناية)

(٨) أى على كون المخاطب حيًا، فلو مات وضربه لا يحنث.

(٩) قوله: "ومن يعذب إلخ" جواب عما يقال فى قولكم: الإيلام لا يتحقق فى الميت يشكل بعذاب الميت فى القبر.

(١٠) قوله: "توضع فيه الحياة" ثم اختلفوا، فقيل: توضع فيه الحياة بقدر ما يتألم لا الحياة المطلقة، وقيل: توضع فيه الحياة من كل وجه. (عينى)

(١١) قوله: "فى قول العامة" احتراز عن قول الكرامية، والصالحية –وهم قوم ينسبون إلى أبى الحسين الصالحى– فإنهم لا يشترطون الحياة شرطا لتعذيب للميت. (عينى)

(١٢) قوله: وكذلك الكسوة "يعنى وإن قال: إن كسوتك فعبدى حر، فكساه بعد الموت لا يحنث. (عناية)

الكفارة[١]، وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوى به الستر[٢]، وقيل[٣] بالفارسية: ينصرف إلى اللبس[٤]. وكذا الكلام والدخول[٥]؛ لأن المقصود من الكلام الإفهام[٦]، والموتُ ينافيه، والمراد من الدخول عليه زيارتُه، وبعد الموت يزار قبره، لا هو.

ولو قال: إن غسلتك فعبدى حر، فغسله بعد ما مات يحنث؛ لأن الغسل هو الإسالة، ومعناه التطهير، ويتحقق ذلك[٧] فى الميت. ومن حلف لا يضرب امرأته، فمدّ شعرها، أو خنقها، أو عَضَّها حنث؛ لأنه[٨] اسم لفعل[٩] مؤلم، وقد تحقق الإيلام،[١٠] وقيل: لا يحنث فى حال الملاعبة[١١]؛ لأنه يسمى ممازحةً، لا ضربًا.

---

(١٣) أى بالكسوة. (عناية)

(١) قوله: "ومنه الكسوة فى الكفارة" أى فى كفارة اليمين قال الله عز وجل: ﴿أو كسوتهم﴾، فلو أنه كسا عشرة أموات عن كفارة يمينه لم يجزه؛ لعدم التمليك. (عينى)

(٢) فحينئذٍ يحنث؛ لأن فيه تشديداً عليه. (عناية)

(٣) قائله: أبو الليث. (عناية)

(٤) قوله: "ينصرف إلى اللبس" يعنى أن اليمين المذكور إذا كانت باللغة الفارسية ينصرف إلى اللبس يعنى يراد به اللبس، ولا يراد به التمليك. (عينى)

(٥) قوله: "وكذا الكلام إلخ" يعنى إذا حلف لا يكلم فلانًا، أو حلف لا يدخل على فلان فكلمه، أو دخل عليه بعد ما مات، لا يحنث فى يمينه. (ع)

(٦) قوله: "لأن المقصود إلخ" فإن قيل: قد روى أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كلم أصحاب القليب حيث سماهم بأسماءهم، فقال: «هل وجدتم ما وعد ربكم حقًا فقد وجدت ما وعدنى ربى حقًا»، أجيب بأن ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (عناية)

(٧) قوله: "ويتحقق ذلك [التطهير] إلخ" فإنه لو صلى على ميت قبل الغسل لم يجز، وبعده يجوز.(ب)

(٨) الضرب.

(٩) يتصل بالبدن. (عناية)

(١٠) فى هذه الأفعال. (عناية)

(١١) وإن أوجعها. (عناية)

ومن قال: إن لم أقتل فلانًا، فامرأته طالق، وفلانٌ ميت، وهو[1] عالم به[2] حنث[3]؛ لأنه[4] عقد يمينَه على حياةٍ يُحدثها الله تعالى فيه[5]، وهو[6] متصور فينعقد[7]، ثم يحنث للعجز[8] العادى[9]. وإن لم يعلم[10] لا يحنث؛ لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه، ولا يتصور[11] فيصير[12] قياس مسألة الكوز على الاختلاف، وليس فى تلك المسألة تفصيل العلم، هو الصحيح[13].

باب اليمين[14] فى تقاضى[15] الدراهم

قال[16]: ومن حلف ليقضين دينه إلى قريب، فهو ما دون الشهر، وإن

---

(١) الحالف.

(٢) أى بموت فلان.

(٣) ووقع الطلاق.

(٤) أى لأن الحالف.

(٥) أى فى الفلان الميت.

(٦) أى الحياة.

(٧) اليمين.

(٨) عن قتله.

(٩) منسوب إلى العادة.

(١٠) أى الحالف موت فلان.

(١١) البر فلا يتصور الحنث. (عينى)

(١٢) قوله: "فيصير" أى حكم هذه المسألة قياس مسألة الكوز، إذا حلف إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم، فامرأته طالق على الاختلاف المذكور فيها، وهو أن عندهما لا يحنث، وعند أبى يوسف يحنث، كما قال فى مسألة الكوز؛ لأن تصورالبر ليس بشرط عنده، وقد مر تقريره فى باب اليمين فى الأكل والشرب. وليس فى تلك المسألة أى فى مسألة الكوزتفصيل العلم يعنى أنه لا يقال فيها: إنه علم، أولم يعلم يعنى سواء علم عدم الماء فى الكوز أولم يعلم، بخلاف قتل فلان، فإنه إذا علم بموته يحنث، وإذا لم يعلم بموته لايحنث.(ب)

(١٣) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما ذكر فى "شرح الطحاوى" فقال فيه: ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه، فحلف وقال: إن لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم، فامرأته طالق حنث بالاتفاق. (عناية)

(١٤) قوله: "باب اليمين إلخ" لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد فى المعاملات وغيرها أخر اليمين التى تتعلق بها، وخص الدراهم بالذكر؛ لكونها أكثر استعمالا. (عناية)

(١٥) يعنى استيفاء الدراهم، وهو الطلب بالقضاء. (عينى)

(١٦) أى القدورى. (عينى)

قال: إلى بعيد فهو أكثر من الشهر؛ لأن ما دونه يُعدّ قريبًا، والشهر وما زاد عليه يعدّ بعيدا، ولهذا يقال: عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهرٍ.

ومَن حلف ليقضين فلانًا دينَه اليوم فقضاه، ثم وَجد فلانٌ بعضها زيوفًا[(١)]، أو بنهرجةً[(٢)]، أو مستحَقّةً[(٣)] لم يحنث الحالف؛ لأن الزيافة عيب، والعيب لا يعدم الجنس[(٤)]، ولهذا[(٥)] لو تجوز به صار مستوفيًا، فوجد شرط البرّ[(٦)]، وقبضُ المستحقة صحيح[(٧)]، ولا يرتفع[(٨)] برده البر المتحقق. وإن وجدها رصاصًا، أو ستوقة[(٩)] حنث؛ لأنهما ليسا من جنس الدراهم، حتى لا يجوز[(١٠)] التجوز بهما في الصرف والسلم.

وإن باعه بها[(١١)] عبدًا، وقبضه بر في يمينه؛ لأن قضاءَ الدين طريقُه

(١) قوله: "زيوفًا" جمع زيف، وهو ما زيفه بيت المال، ولكن يروج فيما بين التجار، وهو من زافت عليه دراهم أي صارت مردودة عليه. (عينى)

(٢) قوله: "أو بنهرجة" البنهرجة ما يرده التجار لغش فيه، وهو أردى أ من الزيف. (عينى)

(٣) أى استحقها شخص. (عينى)

(٤) يعنى اسم الدراهم.

(٥) قوله: "ولهذا" أى لعدم زوال اسم الدراهم بهذه الأوصاف لو تجوز بها، أى لو تسامح القابض بالدراهم الزيوف، والبنهرجة صار مستوفيًا حقه. (عينى)

(٦) يعنى قضاء دينه اليوم. (عناية)

(٧) قوله: "صحيح" ألا يرى أنه لو اشترى بها شيئًا، فأخذها المستحق بقى البيع صحيحًا، ولو لم يصح قبض المستحقة؛ لبطل البيع؛ لكونه بلا ثمن. (عناية)

(٨) قوله: "ولا يرتفع برده" أى برد ما قبض من الزيوف والبنهرجة، والمستحقة البر المتحقق؛ لأن اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض. (عناية)

(٩) قوله: "أو سِتوقة" بفتح السين فارسية معربة ومعناها ثلاث طاقات؛ لأنها صفر مموه من الجانبين بالفضة، وقيل: الستوقة أردى من البنهرجة، وعن الكرخي: الستوقة عندهم ما كان الصفر أو النحاس غالبًا. (عينى)

(١٠) قوله: "حتى لا يجوز إلخ" أى حتى لا يجوز التسامح بهما فى ثمن الصرف، وكذا فى السلم؛ لأنها ليست من جنس الدراهم.

(١١) قوله: "وإن باعه بها" أى إن با ع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التى لرب الدين عبدًا، وقبضه

المقاصة[١]، وقد تحققت بمجرد البيع[٢]، فكأنه شرط القبض[٣]؛ ليتقرر به، وإن وهبها له[٤] يعنى الدين لم يبر[٥]؛ لعدم المقاصة؛ لأن القضاء[٦] فعله[٧]، والهبة إسقاط[٨] من صاحب الدين. ومَن حلف لا يقبض دينه درهمًا دون درهم، فقبض بعضَه لم يحنث حتى يقبض جيمعَه متفرقًا؛ لأن الشرط[٩] قبض الكل، لكنه بوصف التفرق، ألا يرى أنه[١٠] أضاف القبضَ إلى دينٍ معرّفٍ مضافٍ إليه[١١]، فينصرف إلى كلّه، فلا يحنث إلا به[١٢].

أى قبض العبد رب الدين. (عينى)

(١) قوله: "طريقه المقاصة" بيانه أن ما يقبضه رب الدين يصير مضمونًا عليه؛ لأنه يقبضه لنفسه على وجه التمليك، ولرب الدين على المديون مثله أى مثل ما فى ذمته، فيلتقيان قصاصا، وإنما كان طريق قضاء الدين المقاصة؛ لأن قضاء الدين حقيقة لا يتصور؛ لأن القضاء يصادف العين، وحق صاحب الدين وصف فى الذمة، ولهذا قالوا: الديون تقضى بأمثالها. (عناية)

(٢) قوله: "وقد تحققت بمجرد البيع" لأن ثمن العبد آخر الدينين، فيكون قضاء عن الأول. (عناية)

(٣) قوله: "فكأنه [محمد] إلخ" كأنه إشارة إلى الجواب عما يقال: لو تحققت المقاصة بمجرد البيع؛ لما قال محمد فى "الجامع الصغير": ويقبضه.
ووجهه أن اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذى للمشترى عليه؛ لأن ماله من الدين عليه متقرر، وثمن العبد غير متقرر قبل القبض؛ لأنه على شرف السقوط بموته، فإذا قبضه صار متقررًا، فيكون مثله فيتقاصان. (عناية)

(٤) أى إن وهب الدائن دراهم الدين للمديون. (عينى)

(٥) قوله: "لم يبر [الحالف]" إنما قال: لم يبر؛ لأنه أعم اسم من الحنث، فكأنه أشار بذلك إلى أنه لم يبر ولم يحنث عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد؛ لفوات المحلوف عليه وهو الدين، وفوات المحلوف عليه عندهما جهة فى بطلان اليمين، كما فى مسألة الكوز على ما تقدم. (عناية)

(٦) المحلوف عليه.

(٧) المديون.

(٨) وليس فعل الحالف.

(٩) أى شرط الحنث. (عينى)

(١٠) الحالف.

(١١) الحالف.

(١٢) قوله: "إلا به" أى بالشرط المذكور، وهو قبض الكل متفرقًا. (عينى)

فإن قبض دينَه في وزنين، ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث، وليس ذلك بتفريق؛ لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعةً واحدةً عادة، فيصير هذا القدر مستثنى عنه.

ومن قال: إن كان لي إلا مائة درهم، فامرأته طالق، فلم يملك إلا خمسين درهمًا لم يحنث؛ لأن المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة، ولأن استثناء المائة استثناءها بجميع أجزاءها[١]، وكذلك لو قال: غير مائة أو سوى مائة؛ لأن كلّ ذلك أداة الاستثناء[٢].

مسائل متفرقة[٣]

وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدًا؛ لأنه نفي الفعل مطلقًا، فعم الامتناعُ ضرورة عموم النفي.

وإن حلف ليفعلن كذا، ففعله مرة واحدة برّ في يمينه؛ لأن الملتزَم فعلٌ واحدٌ غير عينٍ؛ إذ المقام مقام الإثبات[٤]، فيبرّ بأيّ فعل فعَله، وإنما يحنث لوقوع اليأس عنه[٥]، وذلك[٦] بموته[٧]، أو بفوت محل الفعل[٨].

وإذا استحلف الوالي رجلا ليُعلمنه[٩] بكل داعرٍ[١٠] دخل البلد، فهذا

(١) ومن جميع الأجزاء: الخمسون.

(٢) أي لفظ غير رسمي وإلا.

(٣) قوله: "مسائل متفرقة" قد جرت عادة المصنفين بأن يذكروا ما شذ من المسائل في كل كتاب في آخر أبوابه؛ استدراكًا له. (عيني)

(٤) والنكرة في مقام الإثبات لا تعم. (عيني)

(٥) أي عن ذلك الفعل. (عيني)

(٦) أي اليأس. (عيني)

(٧) الحالف.

(٨) وهو المحلوف عليه.

(٩) من الإعلام. (عيني)

على حال ولايته خاصّة؛ لأن المقصود[1] منه دفع شرّه، أو شر غيره بزجره[2]، فلا يفيد فائدته[3] بعد زوال سلطنته[4]، والزوالُ بالموت، وكذا بالعزل في ظاهر الرواية. ومن حلف أن يهب عبده لفلان، فوهبه ولم يقبل[5]، فقد برّ في يمينه، خلافًا لزفر[6]؛ فإنه يَعتبره[7] بالبيع؛ لأنه تمليك مثله[8]. ولنا أنه[9] عقد تبرع فيتم بالمتبرّع[10]، ولهذا يقال: وهب ولم يقبل، ولأن المقصود إظهار السماحة[11]، وذلك[12] يتم به[13]، وأما البيع

(١٠) الداعر المفسد.

(١) أي مقصود المستحلف.

(٢) قوله: "بزجره" أي بزجر الداعر يعني لو زجر الداعر ينزجر غيره. (عيني)

(٣) الزجر.

(٤) أي شوكته وقدرته.

(٥) الفلان.

(٦) فعنده يحنث.

(٧) قوله: "فإنه يعتبره" أي فإن زفر يعتبر عقد الهبة بالبيع؛ لأنه تمليك مثله، فلا يتم إلا بالقبول.(ب)

(٨) الهبة.

(٩) الهبة.

(١٠) قوله: "فيتم بالمتبرع [الواهب] إلخ" أقول: هذا وإن كان موافقا لما ذكره المصنف في كتاب الرهن من قوله: قالوا: الركن الإيجاب المجرد؛ لأنه عقد تبرع، فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة، انتهى، فإنه يدل أيضًا على أن الهبة تتم بالإيجاب فقط، لكنه يخالف ما ذكره في كتاب الهبة من قوله: وتصح الهبة بإيجاب وقبول وقبض.

أما الإيجاب والقبول إلخ: فإنه عقد، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول إلخ فإنه يدل على أن الهبة لا تتم بالإيجاب وحده، وقد اضطرب شراح كتاب الهبة في دفع هذه المخالفة، فمنهم من زعم أنها مبنية على اختلاف الروايات، فإن شيخ الإسلام خواهر زاده ذهب في "مبسوطه" إلى أن الهبة مجرد إيجاب، وجعل صاحب "التحفة" القبول أيضًا من أركانه، ومنهم من قال: القبول من الأركان قياسًا، وهو قول زفر، وليس بركن في الاستحسان. والتحقيق: أن يقال: القبول من أركانها كما ذكره في كتاب الهبة، لكن في العرف ليس كذلك، فإن من وهب شيئًا يقال له: إنه واهب، وإن لم يقبل الآخر، ومبنى الأيمان على العرف.

فمعنى قول المصنف ههنا: فيتم بالمتبرع أي عرفا كما يشعر به قوله: ولهذا إلخ وإن لم يكن ذلك حقيقة، فاندفعت المخالفة بين ما ههنا، وبين ما في كتاب الهبة، فافهم، فإنه من سوانح الوقت. (عبد)

(١١) أي الكرم.

(١٢) إظهار أي الأربعة.

(١٣) بالهبة.

فمعاوضة، فاقتضى الفعل من الجانبين.

ومَن حلف لا يشم ريحانًا[1]، فشم وردًا، أو ياسمينًا لا يحنث؛ لأنه اسم لما لا ساقَ له[2]، ولهما ساق. ولو حلف لا يشترى بنفسجًا، ولا نية له، فهو على دهنه[3]؛ اعتبارًا للعرف، ولهذا يسمى بائعه بائع النبفسج، والشراء يبتنى عليه[4]، وقيل: فى عرفنا تقع[5] على الورق.

وإن حلف على الورد[6]، فاليمين على الورق؛ لأنه[7] حقيقة فيه، والعرف مقرر له، وفى البنفسج قاضٍ[8] عليه[9].

كتاب الحدود[10]

قال[11]: الحدُّ لغة: هو المنع، ومنه الحدّاد للبوّاب[12]، وفى الشريعة:

---

(١) قوله: "لا يشم ريحانًا" الريحان فى اللغة: كل ما طاب ريحه من النبات، وهذا يتناول الورد والياسمين، كما هو مذهب أحمد، ولكن عند الفقهاء: الريحان ما لساقه رائحة طيبة كالورقة كالآس. والورد وما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين، كذا ذكره صاحب "المغرب"، وعلل فخر الإسلام فى شرح "الجامع الصغير" بقوله: لأن الريحان اسم لما لا يقوم على ساق من البقول مما له رائحة طيبة، وهو موضوع. وقلده الصدر الشهيد، وصاحب "الهداية"، قال الإنزارى: ولنا فيه نظر؛ لأنه لا يثبت فى قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلا. (عينى)

(٢) أى للورد والياسمين.

(٣) بنفسج.

(٤) البيع.

(٥) اليمين.

(٦) أى لا يشترى الورد.

(٧) قوله: "لأنه" أى لأن الورد حقيقة فى الورق، والعرف مقرر أيضًا لوقوع الحقيقة. (عينى)

(٨) الغالب.

(٩) أى على وقوع الحقيقة.

(١٠) قوله: كتاب الحدود" وجه المناسبة بين البابين من حيث إن فى الأيمان الكفارة التى هى دائرة بين العبادة والعقوبة، والحدود من العقوبات المحضة. (عينى)

(١١) أى المصنف. (عينى)

(١٢) لمنعة الناس عن الدخول. (عينى)

هو العقوبة المقدّرة حقا لله تعالى، حتى لا يسمى القصاص حدًا؛ لأنه حقُّ العقد[١]، ولا التعزير؛ لعدم التقدير، والمقصد الأصلي من شرعه[٢] الانزجار عما يتضرر به العباد[٣]، والطهارة ليست أصلية فيه[٤] بدليل شرعه[٥] في حق الكافر. قال[٦]: الزنا[٧] يثبت بالبينة والإقرار، والمراد[٨] ثبوته عند الإمام؛ لأن البينة دليل ظاهر، وكذا الإقرار؛ لأن الصدق فيه[٩] مرجّح، لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرّة[١٠] ومعرّة، والوصولُ إلى العلم القطعي متعذر، فيكتفي بالظاهر.

قال[١١]: فالبينة أن تشهد أربعةٌ من الشهود على رجل وامرأة بالزنا؛ لقوله تعالى: ﴿فاستشهِدوا عليهن أربعة منكم﴾، وقال الله تعالى: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾، وقال عليه السلام للذى قذف امرأته: «ائت[١٢] بأربعة يشهدون على صدق مقالتك»*، ولأن في اشتراط

---

(١) بدلالة جواز العقود والاعتياض. (عينى)

(٢) حد.

(٣) قوله: "عما يتضرر به العباد" فى النفس والعرض والمال، ففى حد الزنا صيانة النفس، وفى حد القذف صيانة العرض، وفى حد السرقة صيانة ا لمال. (عينى)

(٤) أى في الحد.

(٥) قوله: "شرعه[حد] فى حق الكافر" فالمقصود من الحد الانزجار، لا الطهر.

(٦) أى القدورى.(عينى)

(٧) قوله: "الزنا" فى الشرع: الزنا قُضاء المكلف شهوته فى قبل امرأة خالية عن الملكين، وشبهتما، وشبهة الاشتباه، وتمكن المرأة عن ذلك، واختير لفظ القضاء؛ إشارة إلى أن مجرد الإيلاج زنا. والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين، وشبهة النكاح: وهى ما إذاوطئ امرأة تزوجها بغيرشهود، أو بغير إذن مولاها، وشبهة ملك اليمين: ما إذا وطئ جارية ابنه، أومكاتبه، وشبهة الاشتباه: ما إذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له. (ب)

(٨) قوله: "والمراد إلخ" إنما قال: هذا لأن ثبوت الزنا فى نفس الأمر لا يتوقف على وجود البينة والإقرار؛ لأنه أمر حسى يوجد، وإن لم يوجدا.

(٩) أى الإقرار.

(١٠) قوله: "مضرة" أى ضرر ظاهر متصل ببدن المقر بإجراء الحد عليه، ومعرة أى عار يلحقه بانتسابه إلى الزنا، والعار أشد من النار، وفى "ديوان الأدب": المعرة المساءة والأذى مفعلة من العر و هو الجرب. (عينى)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "ائت إلخ" هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، وبمعناه ما رواه أبو يعلى الموصلى فى "مسنده" أن

الأربعة يتحقق معنى الستر، وهو مندوب إليه*، والإشاعة ضده.

«إذا شهدوا يَسألهم الإمام عن الزنا[٢] ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنى؟ ومتى زنى؟ وبمن زنى؟ لأن النبي عليه السلام استفسر ماعزاً عن الكيفية، وعن المزنية[٣]**. ولأن الاحتياط في ذلك[٤] واجب؛ لأنه عساه[٥] غير الفعل في الفرج عناه[٦]، أو زنى في دار الحرب[٧]، أو في المتقادم من الزمان[٨]، أو كانت له[٩] شبهة[١٠] لا يعرفها هو، ولا الشهود كوطئ جارية الابن، فَيُستَقْصَى في ذلك احتيالا[١١] للدرء[١٢].

فإذا بينوا ذلك، وقالوا: رأيناه[١٣] وطئها في فرجها كالميل في

شريكا قذفه هلال بن أمية بامرأته، فرفعه إلى النبي ﷺ، فقال له رسول الله ﷺ: «أربعة شهداء يشهدون وإلا فحد في ظهرك». (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٧ص٩٤. (نعيم)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٨ص٩٤. (نعيم)

(٢) قوله: "عن الزنا" ما هو احتراز عن الغلط في الماهية، وكيف هو احتراز عن الغلط في الكيفية، وأين زنى، احتراز عنه في المكان، ومتى زنى احتراز عنه في الزمان، وبمن زنى احتراز عنه في المفعول به. (عناية)

(٣) رواه أبو داود. (عيني)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٣٩ص٩٤. (نعيم)

(٤) الاستفسار.

(٥) قوله: "لأنه [أي لأن المشهود عليه بالزنا] عساه إلخ" أي زيرا چه احتمال است كه آنها از زنا فعل غير جماع را اراده كرده باشند چه اطلاق زنا بر غير جماع نيز آمده است چون ديدن ومس كردن وغير آن. (ترجمة)

(٦) أي قصده، المشهود عليه.

(٧) وهو لا يوجب الحد. (عناية)

(٨) وذلك يسقط الحد. (عناية)

(٩) أي للمشهود عليه.

(١٠) في المزنية.

(١١) أي لأجل الحيلة.

(١٢) أي لدفع الحد.

(١٣) بيان الماهية، والمزني بها. (عناية)

المُكحَلَة[١]، وسال القاضى عنهم[٢] فعُدِّلوا[٣] فى السرّ والعلانيةِ حكم[٤] بشهادتهم، ولم يكتفِ[٥] بظاهر العدالة[٦] فى الحدود؛ احتيالا للدرء، قال عليه السلام[٧]: «ادرأوا الحدود ما استطعتم»*، بخلاف سائر الحقوق[٨] عند أبى حنيفة، وتعديل السر والعلانية، نبينه فى الشهادات إن شاء الله تعالى.

قال[٩] فى "الأصل[١٠]": يحبسه[١١] حتى يسأل عن الشهود[١٢] للاتهام بالجناية[١٣]، وقد حبس رسول الله عليه السلام[١٤] رجلا بالتهمة**، بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة[١٥]، وسيأتيك

(١) وعاء الكحل. (عينى)

(٢) عن أحوال الشهود.

(٣) قوله: "فعدلوا إلخ" صورة التعديل فى السر أن يبعث القاضى بأسماء الشهود إلى العدل بكتاب فيه أسماءهم، وأنسابهم، ومحالهم، وسوقهم، حتى يعرف العدل ذلك فيكتب تحت اسم من كان عدلا، عدل جائز الشهادة، ومن لم يكن عدلا، فلا يكتب تحت اسمه شيئًا، أو يكتب الله أعلم، وصورة التعديل فى العلانية أن يجمع بين العدل والشاهد، فيقول العدل: هذا هو الذى عدلته. (عينى)

(٤) القاضى.

(٥) القاضى. (عينى)

(٦) وهو الإسلام.

(٧) رواه الترمذى من حديث عائشة. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٩، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٠ ص٩٤. (نعيم)

(٨) حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة. (عناية)

(٩) محمد.

(١٠) أى المبسوط.

(١١) قوله: "يحبسه" أى يحس القاضى المشهود عليه بالزنا بعد وصف الشهود الأشياء المذكورة، حتى يسأل عن الشهود. (عينى)

(١٢) أى عن حال الشهود.

(١٣) لاتهام المشهود عليه.

(١٤) أخرجه أبو داود. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣١٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٤١ ص٩٥. (نعيم)

(١٥) أى عدالة الشهود.

الفرق[١] --إن شاء الله تعالى--.

قال[٢]: والإقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربع مجالس من مجالس المقِرِّ، كلما أقر ردّه القاضي، فاشتراط البلوغ والعقل؛ لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر، أو هو غير موجِب للحد، واشتراط الأربع مذهبنا. وعند الشافعي يكتفى بالإقرار مرة واحدة؛ اعتباراً بسائر الحقوق[٣]، وهذا[٤] لأنه[٥] مظهر، وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الظهور، بخلاف زيادة العدد في الشهادة[٦]. ولنا حديث ماعز[٧] فإنه عليه السلام أخّر الإقامة[٨] إلى أن تم الإقرار منه[٩] أربع مرات في أربع مجالس*، فلو ظهر بما دونها[١٠] لمّا أخَّرَها لثبوتِ الوجوب، ولأن الشهادة[١١] اختصت فيه[١٢] بزيادة العدد[١٣]، فكذا الإقرار إعظامًا لأمر

---

(١) أي الفرق، بينه وبين الديون (عيني)، هذه حوالة لا وفاء لها، كذا في شرح العيني.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "اعتباراً بسائر الحقوق" يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الإقرار، فكذلك ههنا. (ع)

(٤) أي الاعتبار بسائر الحقوق. (عيني)

(٥) أي لأن الإقرار.

(٦) قوله: "بخلاف زيادة العدد إلخ" يعني أنها تفيد زيادة في طمأنينة القلب، وتكرار الكلام ليس كذلك. (عناية)

(٧) قوله: "حديث ماعز [رواه البخاري ومسلم. عيني]" فإنه جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: "زنيت فطهرني فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الآخر، وقال: مثل ذلك، فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الثالث، وقال: مثل ذلك، فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الرابع، وقال: مثل ذلك، فلما كان في المرة الرابعة، قال النبي ﷺ: «الآن أقررت، أربعا فبمن زنيت قال: بفلانة، قال: لعلك قبلتها لعلك باشرتها»، فأبى إلى أن أقر بصريح الزنا، فقال: «أبك جنون». وفي رواية: بعث إلى أهله هل ينكرون من عقله شيئًا، فقالوا: لا، فسأل عن إحصانه فأخبر أنه محصن، فأمر برجمه. (عناية)

(٨) أي إقامة الحد.

(٩) أي من ماعز.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣١٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٢ ص٩٥. (نعيم)

(١٠) قوله: "فلو ظهر [أي فلو ظهر إقراره موجبًا للحد دون الأربع. عيني] دونها إلخ" أي فلو كان الإقرار مرة واحدة كافيًا لم يؤخر؛ لأن إقامة الحد عند ظهوره واجبة، وتأخير الواجب لا يظن برسول الله ﷺ. (عناية)

(١١) قوله: "ولأن الشهادة إلخ" دليل معقول، يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق، وتقريره أن سائر

4ج
6
B

الزنا، وتحقيقًا لمعنى الستر، ولا بد من اختلاف المجالس[١]؛ لما روينا[٢].
ولأن لاتحاد المجلس أثرًا في جمع المتفرقات[٣]، فعنده[٤] يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار، والإقرار قائم بالمقرّ[٥]، فيُعتبر اختلاف مجلسه دون مجلِس القاضي، فالاختلاف بأن يرده القاضي كلّما أقرّ، فيذهب حيث لا يراه، ثم يجيء، فيقرّ هو المروى عن أبي حنيفة؛ لأنه عليه السّلام طرد ماعزًا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة*.

قال[٦]: فإذا تم إقراره أربع مرات سأله[٧] عن الزنا ما هو؟ كيف هو؟ وأين زنى؟ وبمن زنى؟ فإذا بين ذلك لزمه الحد؛ لتمام الحجة، ومعنى السؤال عن هذه الأشياء[٨] بيناه في الشهادة[٩]، ولم يذكر[١٠] السؤال فيه[١١] عن الزمان، و[١٢] ذكره[١٣] في الشهادة؛ لأن تقادم العهد[١٤] يمنع

الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة، ونصابها ههنا ذلك، فلما كانت إحدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق، فكذلك في الحجة الأخرى. (عناية)

(١٢) أي في الزنا. (عيني)

(١٣) الأربعة.

(١) في الإقرار. (عيني)

(٢) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله: لأنه عليه السلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربع مجالس. (عيني)

(٣) كما في آي سجدة التلاوة. (عيني)

(٤) أي عند اتحاد المجلس.

(٥) أي في وجوب الحد. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣١٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٣ ص٩٦. (نعيم)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) القاضي.

(٨) أي ماهية الزنا، وكيفيته، ومكانه، والمزنية.

(٩) على الزنا. (عيني)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) أي في الإقرار في الزنا. (عيني)

(١٢) الواو حالية.

الشهادة[1] دون الإقرار، وقيل: لو سأله[2] جاز؛ لجواز أنه زنى في صباه.

فإن رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد، أو في وسطه قبل رجوعه، وخلي سبيله، وقال الشافعي -وهو قول ابن أبي ليلى-: يقيم عليه الحد؛ لأنه وجب الحد بإقراره، فلا يبطل برجوعه وإنكاره، كما إذا وجب بالشهادة[3]، وصار كالقصاص وحد القذف[4].

ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار[5]، وليس أحدٌ يكذبه فيه[6]، فيتحقق الشبهة في الإقرار[7]، بخلاف ما فيه حق العبد، وهو القصاص وحد القذف؛ لوجود مَن يكذبه[8]، ولا كذلك ما هو خالص[9] حق الشرع. ويستحب للإمام أن يلقّن المقر الرجوع، فيقول له: لعلك لمست أو قبلت؛ لقوله عليه السلام لماعز[10]: «لعلك لمستها أو قبلتها»*.

وقال[11] في "الأصل"[12]: وينبغي أن يقول له الإمام: لعلك

(١٣) أي القدوري.

(١٤) أي الزمان. (عيني)

(١) أي يمنع قبول الشهادة لتهمة، والمرء لا يتهم على نفسه فيقبل. (عيني)

(٢) أي الزمان.

(٣) قوله: "كما إذا وجب بالشهادة" يعني أن الحد لا يبطل بإنكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه، وكذا لا يبطل بإنكاره بعد الإقرار؛ لأنهما حجتان فيه، فيعتبر إحداهما بالأخرى. (عناية)

(٤) قوله: "وصار كالقصاص وحد القذف" لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالإقرار. (ع)

(٥) فإنه خبر محتمل للصدق.

(٦) أي في الرجوع.

(٧) قوله: "فيتحقق الشبهة بالإقرار" يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لأحدهما. (ع)

(٨) وهو الخصم. (عيني)

(٩) كحد الزنا.

(١٠) رواه الحاكم في "المستدرك". (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣١٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٤ ص٩٦. (نعيم)

(١١) محمد.

تزوّجتَها، أو وطئتها بشبهة، وهذا قريب من الأول فى المعنى[١].

فصل[٢] فى كيفية الحدّ وإقامته

وإذا وجب الحدّ، و كان[٣] الزانى محصنًا[٤]، رجمه بالحجارة حتى يموت؛ لأنه عليه السلام[٥] رجم ماعزًا و قد[٦] أحصن[٧]*، وقال فى الحديث المعروف: «وزنًى بعد إحصان[٨]»**، وعلى هذا[٩] إجماع الصحابة. قال[١٠]: ويخرجه إلى أرض فضاء، ويبتدئ الشهود برجمه، ثم الإمام، ثم الناس، كذا روى عن على[١١]، ولأن الشاهد قد يتجاسر[١٢] على الأداء، ثم يستعظم المباشرة فيرجع، فكان

(١٢) أى المبسوط. (عينى)

(١) قوله: "وهذا قريب إلخ" أى قوله: "لعلك تزوجتها، أو وطئتها بشبهة" قريب من قوله: "لعلك مسستها" فى المعنى من حيث إن كل واحد منهما تلقين للرجوع؛ لما أنه لو قال: فى كل واحد منهما نعم، سقط الحد. (ع)

(٢) قوله: "فصل" ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد؛ لأن إقامة الحد بعد وجوبه وقوعًا، فأخره ذكرًا. (عناية)

(٣) الواو حالية.

(٤) بفتح الصاد. (عينى)

(٥) رواه البخارى ومسلم. (عينى)

(٦) الواو حالية.

(٧) على صيغة المجهول. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣١٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٥ ص٩٦. (نعيم)

(٨) قوله: "وزنًا بعد الإحصان" أخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجة عن عثمان رضى الله عنه أنه أشرف عليهم يوم الدار، فقال: أنشدكم الله أتعلمون أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث زنا بعد إحصان وارتداد بعد إسلام وقتل نفس بغير حق» قالوا: اللهم نعم، الحديث. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٢٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٢٩ ص٩١. (نعيم)

(٩) أى على وجوب الرجم، إذا كان الزانى محصنًا. (عناية)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "كذا روى عن على" روى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" أن عليا رضى الله عنه كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا، أمر الشهود أن يرجموا، ثم يرجم الناس، وإذا كان بإقرار، بدأ هو فرجم، ثم رجم الناس. (ب)

(١٢) أى يجترئ على أداء الشهادة كاذبًا. (عينى)

فى بدايته[١] احتيال للدرء، وقال الشافعى: لا يشترط بدايته[٢]؛ اعتباراً بالجلد[٣]، قلنا: كل أحد لا يحسن الجلد، فربما يقع[٤] مُهلِكاً، والإهلاك غَير مستَحق، ولا كذلك الرجم؛ لأنه إتلاف.

قال[٥]: فإن امتنع الشهود من الابتداء، سقط الحد؛ لأنه[٦] دلالة الرجوع، وكذا[٧] إذا ماتوا[٨] أو غابوا فى ظاهر الرواية؛ لفوات الشرط.

وإن كان[٩] مقرا ابتدأ الإمام، ثم الناس كذا روى عن على[١٠]: «ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية[١١] بحصاة مثل الحمصة»[١٢]*، وكانت قد اعترفت بالزنا. ويغسل ويكفن ويصلى عليه؛ لقوله عليه السّلام لماعز[١٣]: «اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم»**، ولأنه[١٤] قُتِل بحق، فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً، وصلّى النبى عليه السلام*** على الغامدية بعد ما رُجمت[١٥].

---

(١) أى فى ابتداء الشهود بالرجم. (عينى)
(٢) الشاهد.
(٣) حيث لا يشترط فيه بدايتهم. (عينى)
(٤) الجلد.
(٥) أى القدورى. (عينى)
(٦) أى لأن هذا الامتناع.
(٧) أى يسقط الحد.
(٨) أى الشهود.
(٩) الزانى المحصن.
(١٠) رواه ابن أبى شيبة.
(١١) امرأة من غامد، حى من الأزد.
(١٢) روه أبو داود. (عينى)
* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٧ ص٩٧. (نعيم)
(١٣) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (عينى)
** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٨ ص٩٧. (نعيم)
(١٤) المرجوم.
*** حديث عمران بن حصين، راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢١، والدراية ج٢، الحديث ٦٤٩ ص٩٧. (نعيم)
(١٥) كذا فى السنن.

وإن لم يكن محصناً[1] وكان حراً، فحده مائة جلدة؛ لقوله تعالى: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ إلا أنه انتسخ فى حق المحصن[2]، فبقى فى حق غيره معمولا به، يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له[3] ضرباً متوسطاً؛ لأن علياً[4] لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته*. والمتوسط بين المبرح[5] وغير المؤلم لإفضاء الأول[6] إلى الهلاك، وخلو الثانى[7] عن المقصود، وهو الانزجار. وتنزع عنه ثيابه معناه[8] دون الإزار؛ لأن علياً كان يأمر بالتجريد فى الحدود[9]**، ولأن التجريد أبلغ فى إيصال الألم إليه، وهذا الحد[10] مبناه[11] على الشدة فى الضرب، وفى نزع الإزار كشف العورة فليتوقاه، ويفرق الضرب على أعضاءه؛ لأن الجمع فى عُضو واحد قد يفضى إلى التلف، والحدّ زاجرٌ لا

---

(١) الزانى.

(٢) قوله: "إلا أنه انتسخ فى حق المحصن" بالآية الأخرى نسخت تلاوتها، وبقى حكمها، وهى "الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم". (عناية)

(٣) قوله: "لا ثمرة [يعنى گره دار نباشد. ترجمة] له" قال فى "الصحاح": ثمرة السباط عقد أطرافها، وقيل: المراد بالثمرة ذنبه وطرفه؛ لأنه إذا كان له ذلك تصير الضربة ضربتين، وهذا أصح؛ لما روى أن علياً رضى الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان، وفى رواية: له ذنبان، أربعين جلدة، فكانت الضربة ضربتين، والأول هو المشهور فى الكتب. (عناية)

(٤) هذا غريب بهذا اللفظ.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٠ ص٩٧. (نعيم)

(٥) أى الشديد.

(٦) المبرح.

(٧) غير مؤلم.

(٨) يعنى معنى كلام القدورى. (عينى)

(٩) هذا غريب. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٥١ ص٩٨. (نعيم)

(١٠) أى حد الزنا.

(١١) قوله: "مبناه على الشدة" احترز به عن حد القذف، فإن القاذف يضرب، وعليه ثيابه، ولكن ينزع عنه الفرو. (عينى)

متلف. قال[1]: إلا رأسه ووجهه وفرجه؛ لقوله عليه السلام للذى أمره بضرب الحد: «اتق الوجه[2] والمذاكير[3]»*، ولأن الفرج مقتل[4]، والرأس مجمع الحواس، وكذا الوجه[5] وهو مجمع المحاسن أيضًا، فلا يؤمن فوات شيء منها[6] بالضرب، وذلك إهلاك معنى، فلا يشرع[7] حدًا. وقال أبو يوسف: يضرب الرأس أيضًا رجع إليه[8]، وإنما يضرب[9] سوطًا؛ لقول أبى بكر[10]: "اضربوا الرأس فإن فيه شيطانًا"**.

قلنا: تأويله أنه قال: ذلك[11] فيمن أبيح قتله، ويقال: إنه[12] ورد فى حربي، كان من دُعاة الكفرة[13]، والإهلاك فيه مستحق.

ويضرب فى الحدود كلها قائمًا[14] غير ممدود؛ لقول على[15]:

---

(١) أى الندورى. (عينى)

(٢) قوله: "اتق الوجه" هذا الحديث غريب مرفوعا، وورى موقوفًا عن على رضى الله عنه، رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (عينى)

(٣) قوله: "والمذاكير" جمع الذكر الذى هو العضو، وهو جمع على خلاف القياس كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذى هو الفحل، وبين الذكر الذى هو العضو، وإنما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع أفراد قرينه، وهو الوجه؛ لأنه أراد به ذلك العضو المعين وما حوله. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٢ ص٩٨. (نعيم)

(٤) أى موضع قتل يؤدى إلى الهلاك. (عينى)

(٥) أى مجمع الحواس.

(٦) أى من الحواس والمحاسن. (عينى)

(٧) شيء من ذلك. (عينى)

(٨) قوله: "رجع إليه" أى إلى ضرب الرأس كان يقول أولا: لا يضرب الرأس، ثم رجع، وقال: إنما يضرب إلخ. (عينى)

(٩) الرأس.

(١٠) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٣ ص٩٨. (نعيم)

(١١) أى اضربوا إلخ.

(١٢) أى قول أبى بكر.

(١٣) قوله: "كان من دعاة الكفرة" الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض أى كان يدعو الناس إليهم. (عناية)

(١٤) حال.

"يضرب الرجال في الحدود قيامًا والنساء قعودًا"*، ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير، والقيامُ أبلغ فيه.

ثم قوله[٢]: غير ممدود فقد قيل: المدّ أن يلقى على الأرض، ويمد كما يفعل في زماننا، وقيل: أن يمدّ السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه، وقيل: أن يمده بعد الضرب[٣]، وذلك[٤] كله لا يفعل؛ لأنه زيادة على المستحق.

وإن كان[٥] عبدًا[٦]، جلّده[٧] خمسين جلدةً؛ لقوله تعالى[٨]: ﴿فعليهن[٩] نصف ما على المحصنات[١٠] من العذاب[١١]﴾ نزلت في الإماء[١٢]، ولأن الرق منقّص[١٣] للنعمة، فيكون منقّصا للعقوبة؛ لأن الجناية عند توافر النعم أفحش[١٤]، فيكون[١٥] أدعى إلى التغليظ.

---

(١٥) أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه". (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٤ ص٩٨. (نعيم)

(٢) محمد.

(٣) يعني بعد ما أوقع السوط على البدن لا يمده. (عيني)

(٤) إشارة إلى ما ذكر من الأقوال.

(٥) الزاني.

(٦) أو أمة. (عناية)

(٧) القاضي.

(٨) ﴿فإن أتين بفاحشة فعليهن﴾ إلخ.

(٩) الإماء.

(١٠) الحرائر.

(١١) الحد.

(١٢) قوله: "نزلت في الإماء" ودخلت تحت حكمها العبيد، وهو خلاف المعهود؛ لأن المعهود أن تدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية، فكان هذا الأسلوب والله أعلم-بناء على أن أسباب السفاح فيهن، ودعوتهن إليه غالبة، كما في تقديمهن في قوله تعالى: ﴿الزانية والزاني﴾ إلخ، ثم العذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم؛ لأنه لا يتنصف. (عناية)

(١٣) ألا ترى أن العبد لا يتزوج إلا اثنين. (عيني)

(١٤) قوله: "أفحش" أصله قوله تعالى: ﴿يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين﴾. (عناية)

. والرجل والمرأة فى ذلك[1] سواء؛ لأن النصوص تشملها غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو[2] والحشو[3]؛ لأن فى تجريدها[4] كشف العورة، والفروُ والحشوُ يمنعان وصولَ الألم إلى المضروب، والسترُ حاصل بدونهما فينزعان، وتضرب جالسة؛ لما روينا[5]، ولأنه أستر لها.

قال[6]: وإن حفر لها فى الرجم جاز؛ لأنه عليه السّلام حفر[7] للغامدية إلى ثندوتها[8]*، وحفر على[9] لشراحة الهمدانية[10]** ، وإن ترك لا يضره؛ لأنه عليه السلام لم يأمر بذلك، وهى مستورة بثيابها، والحفر أحسن؛ لأنه أستر ويحفر إلى الصدر؛ لما روينا[11].

ولا يحفر للرجل؛ لأنه عليه السلام ما حفر لماعز[12]***، و لأن مبنى الإقامة[13] على التشهير فى الرجال[14]، والربطُ والإمساك غير

---

(١٥) أى هذه الجناية.

(١) أى الحد.

(٢) پوستين.

(٣) قوله: "والحشو" هو الثوب المحشو بالقطن ونحوه. (عينى)

(٤) المرأة.

(٥) من حديث على رضى الله عنه. (عينى)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) رواه أبو داود. (عينى)

(٨) پستان.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٥ ص٩٨. (نعيم)

(٩) أخرجه أحمد فى "مسنده". (عينى)

(١٠) همدان حى من العرب. (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٦ ص٩٨. (نعيم)

(١١) أى من حديث الغامدية. (عينى)

(١٢) رواه مسلم. (عينى)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٥، وانظر الدراية ج٢ ص٩٩ تحت الحديث رقمه ٦٥٦. (نعيم)

(١٣) إى إقامة الحد. (عينى)

مشروع[1]. ولا يقيم المولى الحدَّ على عبده إلا بإذن الإمام، وقال الشافعي: له أن يقيمه[2]؛ لأن له ولاية مطلقة عليه[3] كالإمام، بل أولى[4]؛ لأنه يملك من التصرف[5] فيه[6] ما لا يملكه الإمام، فصار كالتعزير[7]. ولنا قوله عليه السلام: «أربع[8] إلى الولاة»*، وذكر منها الحدود، ولأن الحد حق الله تعالى؛ لأن المقصد منها إخلاء العالم عن الفساد، ولهذا لا يسقط[9] بإسقاط العبد، فيستوفيه من هو نائب عن الشرع، وهو الإمام، أو نائبه[10]، بخلاف التعزير[11]؛ لأنه حق العبد، ولهذا يعزر الصبي، وحق[12] الشرع موضوع عنه[13].

قال: وإحصان الرجم[14] أن يكون حرًا عاقلا بالغًا مسلمًا، قد تزوج

---

(١٤) وترك الحضر أبلغ في ذلك. (عيني)

(١) قوله: "غير مشروع [إلا أن يعجزهم. ع]" يعني في الرجم، وذلك لأن ماعزًا لم يربط، ولم يمسك.(ب)

(٢) الحد.

(٣) أي على عبده.

(٤) من الإمام.

(٥) كالبيع.

(٦) العبد.

(٧) قوله: "فصار كالتعزير" حيث يجوز للمولى أن يعزر عبده بدون إذن الإمام. (عيني)

(٨) قوله: "أربع إلى الولاة" هذا غريب، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن الحسن قال: أربعة إلى السلطان، الصلاة والزكاة والحدود والقصاص، وعن عطاء الخراساني قال: إلى السلطان الزكاة، والجمعة، والحدود. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٧ ص٩٩. (نعيم)

(٩) الحد.

(١٠) كالقاضي.

(١١) جواب عن قول الشافعي، فصار كالتعزير. (عيني)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) الصبي.

(١٤) قوله: "وإحصان الرجم [هذا لفظ القدوري في "مختصره". عيني]" إنما قيد الإحصان بالرجم احترازًا عن إحصان القذف، فإنه غير هذا على ما سيجيء، إن شاء الله تعالى. (عناية)

امرأة نكاحًا صحيحًا، ودخل بهما، و هما[١] على صفة الإحصان، فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة؛ إذ لا خطاب دونهما، وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة؛ إذ كفران النعمة يتغلظ[٢] عند تكثرها، وهذه الأشياء[٣] من جلائل النعم[٤]، وقد شرع الرجم[٥] بالزنا عند استجماعها[٦] فيناط[٧] به[٨].

بخلاف الشرف والعلم؛ لأن الشرع ما ورد باعتبارهما، ونصبُ الشرع بالرأى متعذرٌ، ولأن الحرية[٩] ممكنة من النكاح الصحيح[١٠]، والنكاح الصحيح ممكن من الوطئ الحلال، والإصابة[١١] شِبَعٌ بالحلال، والإسلام يمكّنه من نكاح المسلمة، ويؤكد اعتقاد الحرمة[١٢]، فيكون الكلُّ مزجرة[١٣] عن الزنا، والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ. والشافعى يخالفنا فى اشتراط الإسلام، وكذا أبو يوسف فى رواية، لهما ما روى[١٤] أن النبى رجم

---

(١) الواو حالية.

(٢) وتغلظه يستدعى أغلظ العقوبات. (عناية)

(٣) أى الحرية والإسلام والتزوج إلخ. (عينى)

(٤) قوله: "من جلائل النعم" فكفر إنها يكون سببًا لأفحش العقوبات، وهو الرجم بالحجارة إلى الموت؛ ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه.

(٥) قوله: "وقد شرع إلخ" يعنى إنما انحصر الشرائط على هذا العدد؛ لأن الرجم بالزنا قد شرع إلخ. (عناية)

(٦) هذه الأشياء.

(٧) تعلق الرجم.

(٨) أى باستجماعها.

(٩) قوله: "ولأن الحرية إلخ" دليل على الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن أن لها مدخلا فى الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف، وذلك لأن إلخ. (عناية)

(١٠) قوله: ممكنة من إلخ" لأن الحر يتولى أمور نفسه ليس تحت ولاية أحد. (عناية)

(١١) أى الدخول.

(١٢) أى حرمة الزنا.

(١٣) أى سبب الزجر من هذه الأشياء.

(١٤) قوله: "ما روى إلخ" هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن ابن عمر رضى الله عنهما مختصراً

يهوديين قد زنيا*. قلنا: كان ذلك(٢) بحكم التوراة، ثم نسخ، يؤيده(٣) قوله عليه السلام(٤): «من أشرك بالله فليس بمحصن»*، والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل(٥)، وشرط(٦) صفة الإحصان فيهما(٧) عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة، أو المملوكة، أو المجنونة، أو الصبية لا يكون محصنًا. وكذا(٨) إذا كان الزوج موصوفًا بإحدى هذه الصفات(٩)، وهي(١٠) حرة(١١) مسلمة عاقلة بالغة؛ لأن النعمة بذلك(١٢) تتكامل، إذا الطبع ينفر عن صحبة المجنونة، وقل ما يرغب في الصبية لقلة رغبتها، وفي المنكوحة المملوكة؛ حذرًا عن رقّ الولد، ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين. وأبو يوسف يخالفنا في الكافرة(١٣)، والحجةُ عليه(١٤) ما ذكرناه(١٥)، وقوله عليه

ومطولا، وفيه فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فرجما. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٨ ص٩٩. (نعيم)

(٢) قوله: "كان ذلك" أي رجم النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم اليهوديين بحكم التوراة يعني في ابتداء الإسلام، ولهذا سألهم رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن حد الزنا في التوراة. (عيني)

(٣) النسخ.

(٤) رواه إسحاق بن راهويه عن ابن عمر. (عيني)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٥٩ ص٩٩. (نعيم)

(٥) يعني بالتقاء الختانين. (عيني)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) الزوجين.

(٨) أي لا يكون محصنًا.

(٩) أي الكفر والرقية والجنون والصبي.

(١٠) الواو حالية.

(١١) قوله: "وهي حرة" قيل: كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا، والمرأة مسلمة، وأجيب بأن صورته أن يكونا كافرين، فأسلمت المرأة، ودخل بها الزوج قبل عرض الإسلام عليه؛ لأنه ما لم يفرق القاضي بينهما بالإباء عند عرض الإسلام، فهما زوجان، وقد مر. (عناية)

(١٢) قوله: "بذلك" أي بما ذكر من الحرية والعقل والبلوغ والإسلام. (عيني)

(١٣) قوله: "يخالفنا في الكافرة" أي في أن إسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط إحصان الزاني، فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنًا. (عناية)

(١٤) أي على أبي يوسف. (عناية)

السلام[١]: «لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرّ الأمة ولا الحرةُ العبدُ[٢]»*. قال[٣]: ولا يجمع فى المحصن بين الرجم والجلد؛ لأنه عليه السلام لم يجمع[٤]**، ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم؛ لأن زجر غيره[٥] يحصل بالرجم؛ إذ هو فى العقوبة أقصاها، وزجرُه لا يحصل بعد هلاكه. قال[٦]: ولا يجمع فى البكر بين الجلد والنفى، والشافعى يجمع بينهما حدّاً[٧]؛ لقوله عليه السلام[٨]: «البكر بالبكر جلدة مائة وتغريبُ عام»***، ولأن فيه[٩] حسم[١٠] باب الزنا؛ لقلة المعارف[١١]. ولنا قوله تعالى[١٢]: ﴿فاجلدوا﴾ جَعل[١٣] الجلد كل الموجَب

---

(١٥) يعنى من قوله: ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين. (عناية)

(١) قوله: "وقوله عليه السلام: «لا تحصن» إلخ" قلت: هذا الحديث غريب ليس له أصل، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن كعب بن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية، فقال له النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا تتزوجها فإنها لا تحصنك». وقال محمد فى "الأصل": لا يحصن الرجل المسلم إلا المرأة المحصنة إذا دخل بها، ثم قال: بلغنا ذلك عن عامر وإبراهيم النخعى. (عينى)

(٢) قوله: "ولا الحرة العبد" أى ونه محصن مى گرداند زن حره را شوهريكه بنده است. (ترجمة)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٠ ص٩٩. (نعيم)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) لا فى ماعز، ولا فى الغامدية. (عناية)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٦١ ص١٠٠. (نعيم)

(٥) أى غير الزانى.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) أى من حيث الحدية، لا بطريق التعزير.

(٨) رواه مسلم. (عينى)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٢ ص١٠٠. (نعيم)

(٩) أى التغريب.

(١٠) قطع.

(١١) قوله: "لقلة المعارف" أى لقلة ممن يعرفهم ويعرفونه من الأحباء والحبيبات؛ لما أن الزنا إنما ينشأ من الصحبة والمؤانسة، والتغريب قاطع لذلك. (ع)

(١٢) والعمل بالحديث نسخ للكتاب فلا يجوز. (عناية)

رجوعًا[١] إلى حرف الفاء، أو إلى كونه[٢] كلّ المذكور. ولأن في التغريب فتح باب الزنا؛ لانعدام الاستحياء من العشيرة، ثم فيه[٣] قطع مواد البقاء[٤]، فربما[٥] تتخذ زناها مكسبة، وهو من أقبح وجوه الزنا[٦]، وهذه الجهة مرجحة[٧]؛ لقول علي[٨]: "كفى بالنفي فتنةً"*، والحديث[٩] منسوخ[١٠] كشطره، وهو قوله عليه السلام: «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة»**، وقد عرف[١١] طريقه في موضعه.

---

(١٣) الله تعالى.

(١) قوله: "رجوعا" نصب على المصدر، ومعناه أن الفاء للجزاء، وإذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء، دل استقراء كلامهم إنه هو الجزاء، ألا يرى أنه إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار، فأنت طالق واحدة، ليس جزاء الشرط إلا ما هو المذكور بعد الفاء. (ع)

(٢) قوله: "أو إلى كونه إلخ" أي رجوعا إلى كونه كل المذكور، ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة إلى البيان، فكان ما ذكره كل ما يحتاج إليه في البيان، فلو بقي شيء يحتاج إليه، ولم يبين لزم الإخلال في البيان في موضع الحاجة. (ع)

(٣) أي في التغريب.

(٤) يعني ما يحتاج إليه من المأكول والمشروب. (عناية)

(٥) لبعدها عن الأقارب والأوطان، ونزولها في الرباط والخان، وانقطاع مواد المعاش. (عيني)

(٦) لا زيادة شهرة. (عناية)

(٧) قوله: "مرجحة" يقال: بفتح الجيم وكسرها، فوجه الفتح أن هذه الحجة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي لصحة ما قلناه، ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة ما نقل عن علي، فقال المصنف: هذه الجهة من جهات العلل يؤديه صحة قول علي، فكانت اللام للصلة، داخلة على المفعول، وفي الوجه الأول كانت للتعليل.(عناية)

(٨) رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار". (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٣ ص١٠٠. (نعيم)

(٩) قوله: "والحديث إلخ" يعني قوله ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام». (عناية)

(١٠) قوله: "منسوخ" بقوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾. (عيني)

** راجع نصب الراية ج٣ تحت الحديث الحادي والعشرين ص٣٣٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٦٦٢ بقوله: والحديث منسوخ كشطره إلخ ص١٠٠. (نعيم)

(١١) قوله: "وقد عرف طريقه" أي طريق نسخ قوله عليه الصلاة والسلام: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام في موضعه» يعني في طريقة الخلاف قاله الإنزاري، وقال الكاكي: في موضعه من التفاسير، وكتاب الناسخ والمنسوخ. (عيني)

إلا أن يرى الإمام[١] في ذلك[٢] مصلحة، فيُغربه على قدر ما يرى، وذلك تعزير وسياسة؛ لأنه قد يفيد في بعض الأحوال، فيكون الرأي فيه إلى الإمام، وعليه يحمل النفي[٣] المروي[٤] عن بعض الصحابة*.

وإذا زنى المريض، وحدّه[٥] الرجم رجم؛ لأن الإتلاف مستحق، فلا يمتنع بسبب المرض، وإن كان حدّه الجلد لم يجلد، حتى يبرأ؛ كيلا يفضي[٦] إلى الهلاك، ولهذا لا يقام القطع[٧] عند شدة الحر والبرد.

وإذا زنت الحامل لم تحد، حتى تضع حملها؛ كي لا يؤدي إلى هلاك الولد، وهو[٨] نفسٌ محترمة، وإن كان حدّها الجلد لم يجلد، حتى تتعالى من نفاسها أي ترتفع[٩] يريد[١٠] به[١١] تخرج منه[١٢]؛ لأن النفاس نوع مرض، فيؤخر إلى زمان البرء، بخلاف الرجم[١٣]؛ لأن التأخير لأجل الولد، وقد انفصل.

---

(١) قوله: "إلا أن يرى إلخ" استثناء من قوله: ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني إذا رأى الإمام تغريب الزاني مصلحة لرعاية فعل ذلك. (عناية)

(٢) التغريب.

(٣) التغريب.

(٤) قوله: "المروي إلخ" روى الترمذي عن ابن عمر: "أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم ضرب وغرب، وإن أبا بكر رضي الله عنه ضرب وغرب، وإن عمر رضي الله عنه ضرب وغرب". (عيني)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣١، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث رقمه ٦٦٣ ص١٠٠. (نعيم)

(٥) الواو حالية.

(٦) الجلد.

(٧) في السرقة.

(٨) الواو حالية.

(٩) تفسير لقول القدوري: حتى تتعالى.

(١٠) أي القدوري.

(١١) أي بقوله: تتعالى.

(١٢) النفاس.

(١٣) فإن الرجم يقام بعد وضع الحمل، ولا ينتظر إلى انقطاع النفاس.

وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يؤخر إلى أن يستغنى ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته(١) ؛ لأن فى التأخير صيانة الولد عن الضياع.

وقد روى أنه عليه السلام قال للغامدية(٢) بعد ما وضعت : «ارجعى حتى يستغنى ولدك»* ، ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحدّ ثابتًا بالبينة كيلا تهرب ، بخلاف الإقرار(٣) ؛ لأن الرجوع عنه(٤) عامل ، فلا يفيد الحبس ، والله أعلم .

باب الوطئ(٥) الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه

قال(٦) : الوطئ الموجب للحد هو الزنا ، وإنه فى عرف الشرع ، واللسان(٧) وطئ الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك ، وشبهة الملك ؛ لأنه فعل محظور(٨) ، والحرمة على الإطلاق(٩) عند التعرى عن الملك(١٠)

(١) الولد.

(٢) قوله: "قال للغامدية إلخ" هذا بهذا اللفظ غريب، وهو فى مسلم عن يزيد أنه قال: "جاءت الغامدية، فقالت: يا رسول الله! إنى زنيت فطهرنى فو الله إنى بحبلى، فقال: «اذهبى حتى تلدى»، فلما ولدت أتته بالصبى فى يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا رسول الله! قد أكل الطعام فدفع الصبى إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها". (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٤ ص١٠٠. (نعيم)

(٣) فإنها لو أقرت بالزنا لا تحبس.

(٤) الإقرار.

(٥) قوله: "باب الوطئ الذى إلخ" لما فرغ من بيان إقامة الحد، شرع فى بيان ما يوجب الحد، وما لا يوجبه. (عناية)

(٦) أى المصنف. (عينى)

(٧) اللغة.

(٨) قوله: "لأنه إلخ" هذا التعليل لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة فى تحقق الزنا، وتقرير كلامه إنما اعتبروا أن يكون فى غير شبهة الملك؛ لأنه فعل محظور يوجب الحد، فيعتبر فيه الكمال؛ لأن الناقص ثابت من وجه دون وجه، فلا يوجب عقوبة كاملة، والكمال فى الحظر عند التعرى عن الملك وشبهته.

(٩) أى الكمال.

(١٠) أى ملك النكاح وملك اليمين.

وشبهته، يؤيد ذلك قوله عليه السلام[١]: «ادرأوا الحدود بالشبهات[٢]»*. ثم الشبهة نوعان: شبهةٌ في الفعل، وتسمى شبهة اشتباه[٣]، وشبهةٌ في المحل[٤]، وتسمى شبهة حكمية[٥]. فالأولى: تتحقق في حق من اشتبه عليه؛ لأن معناه أن يظن[٦] غير الدليل دليلا، ولا بد من الظن لتحقق الاشتباه. والثانية: تتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته[٧]، ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده. والحد يسقط بالنوعين[٨]؛ لإطلاق الحديث[٩]، والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد، ولا يثبت في الأولى و إن[١٠] ادعاه؛ لأن الفعل تمحّض[١١] زنا في الأولى[١٢]، وإنما يسقط الحد لأمرٍ راجع إليه[١٣]، وهو اشتباه الأمر عليه،

---

(١) قوله عليه السلام: "قوله عليه السلام: «ادرأوا» إلخ" هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، وأخرج ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن إبراهيم قال: قال عمر رضي الله عنه: لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات.(ب)

(٢) هي ما يشبه الثابت، وليس بثابت. (ع)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٥ ص١٠١. (نعيم)

(٣) قوله: "وتسمى شبهة اشتباه" أي هي شبهة في حق من اشتبه عليه، وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه حتى إنه لو قال: علمت أنها تحرم على حد. (عناية)

(٤) قوله: "وشبهة في المحل" وتسمى شبهة ملك أيضًا، فإنها لا توجب الحد، وإن قال: علمت أنها حرام علي.(ع)

(٥) قوله: "وتسمى شبهة حكمية" باعتبار أن المحل أعطى له حكم الملك في إسقاط الحد، وإن لم يكن الملك ثابتًا حقيقةً. (عيني)

(٦) قوله: "أن يظن إلخ" كما إذا ظن أن جارية امرأته تحل له بناء على أن الوطئ نوع استخدام، والاستخدام يحل، فكذا الوطئ، فيكون تحققها بالنسبة إلى الظانّ. (عناية)

(٧) مثل قوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك». (عيني)

(٨) قوله: "يسقط بالنوعين" لكن في الأول عند الظن، وفي الثانية على كل تقدير. (ع)

(٩) وهو قوله عليه السلام: «ادرأوا الحدود بالشبهات». (عيني)

(١٠) الواو حالية.

(١١) أي خلص.

(١٢) أي في الشبهة الأولى.(عناية)

(١٣) الزاني.

ولم يتمحض[١] فى الثانية.

فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع[٢]: جارية أبيه[٣]، وأُمّه، وزوجته، والمطلقة ثلاثًا وهى فى العدة[٤]، وبائنًا بالطلاق[٥] على مال و هى[٦] فى العدة، وأمّ ولد أعتقها[٧] مولاها و هى[٨] فى العدة، وجارية المولى[٩] فى حق العبد، والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود[١٠]، ففى هذه المواضع لا حد إذا قال: ظننت أنها تحل لى، ولو قال: علمت أنها علىّ حرامٌ، وجب الحد.

---

(١) الفعل زنا.

(٢) قوله: "فى ثمانية مواضع" فإذا قال: ظننت أنها تحل لى لا يحد؛ لأن الإنسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه، فكان هذا ظنًا فى موضع الاشتباه، فيمتنع الحد، وإن قال الرجل: علمت أنها حرام على، وقالت الجارية: ظننت أنه يحل لى لا يحد واحد منهما. أما المرأة فلدعوى الشبهة، وأما الرجل فلأن الزنا يقوم بهما، فإذا سقط الحد عن المرأة، سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما يجيء. (عناية)

(٣) وجده وإن علا. (عينى)

(٤) قوله: "و [حالية] هى فى العدة" فالاشتباه ههنا لبقاء النفقة والسكنى، وحرمة نكاح الأخت وثبوت النسب. (عناية)

(٥) قوله: "وبائنا بالطلاق على مال" إنما قيد الطلاق البائن بالمال؛ لأنه إذا لم يكن على مال، فوطئها فى العدة، فلا حد عليه، وإن قال: علمت أنها على حرام على ما يجيء. (عناية)

(٦) الواو حالية.

(٧) قوله: "وأم ولد إلخ" الشبهة ههنا ما قلنا فى المطلقة ثلاثا، وهى فى العدة من قيام أثر الفراش: فكان الظن فى موضع الاشتباه. (عناية)

(٨) الواو حالية.

(٩) قوله: "وجارية إلخ" الشبهة فى جارية المولى انبساط يد العبد فى مال مولاه، والجارية من ماله، فجاز أن يظن حل الانبساط فيها بالوطئ. (عناية)

(١٠) قوله: "فى رواية كتاب الحدود" يعنى إذا قال المرتهن: ظننت أنها تحل لى لا يحد، وعلى رواية كتاب الرهن: لا يجب الحد سواء ادعى الظن، أو لم يدع؛ لأنه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك، فلا يجب عليه الحد، اشتبه عليه أو لم يشتبه. وإنما قلنا: انعقد له فيها سبب الملك؛ لأنه بالهلاك يصير مستوفيًا حقه من وقت الرهن، وإذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك فى الحال، ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك.

ووجه ما ذكره فى كتاب الحدود، هو أن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال، فقيامه لا يورث شبهة حكمية، فإن ههنا إنما يملك المرتهن مالية المرهون عند الهلاك، وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة فى حال من الأحوال. (عناية)

والشبهة في المحل في ستة مواضع: جارية ابنه[١]، والمطلقة طلاقًا بائنًا[٢] بالكنايات، والجارية المبيعة[٣] في حق البائع قبل التسليم، والممهورة[٤] في حق الزوج قبل القبض، والمشتركة[٥] بينه وبين غيره، والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن، ففي هذه المواضع لا يجب الحدّ، وإن[٦] قال: علمت أنها عليَّ حرام. ثم الشبهة[٧] عند أبي حنيفة تثبت بالعقد، وإن كان[٨] متفقًا على تحريمه، و[٩]هو[١٠] عالم به[١١]، وعند الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه[١٢]، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك[١٣]، إن شاء الله تعالى إذا عرفنا هذا[١٤]. ومن طلق امرأته ثلاثا، ثم

(١) قوله: "جارية ابنه" لقيام المقتضي للملك، وهو قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنت ومالك لأبيك». (عناية)

(٢) قوله: "والمطلقة طلاقًا بائنًا بالكنايات" لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونه رجعية أو بائنة. (عناية)

(٣) قوله: "والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم" لأن اليد التي كانت بها مسلطًا على الوطئ باقية، فصارت الشبهة في المحل. (عناية)

(٤) والشبهة لقيام ملك اليد. (عناية)

(٥) والشبهة لقيام الملك في النصف. (ع)

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "ثم الشبهة إلخ" وهذان النوعان من الشبهة هو ما كان راجعا إلى الفاعل والقائل، وثمة شبهة أخرى، وهي التي تثبت بالعقد. (ع)

(٨) قوله: "وإن [وصلية] كان [العقد] إلخ" يعني سواء كان العقد حلالا أو حرامًا متفقًا عليه، أو مختلفًا فيه، وسواء كان الواطئ عالمًا بالحرمة، أو جاهلا بها، وهو معنى قوله: وهو عالم به أي والحال أنه عالم بالتحريم. (عيني)

(٩) الواو حالية.

(١٠) الواطئ.

(١١) أي بالحرمة.

(١٢) أي بتحريم العقد.

(١٣) قوله: "على ما يأتيك" وذلك عند قوله: ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها، لا يحد عند أبي حنيفة. (عيني)

(١٤) قوله: "إذا عرفنا هذا" أي هذا الذي ذكرناه من بيان نوعي الشبهة نذكر ما يتعلق بهما من المسائل،

وطئها في العدة، وقال: علمت أنها على حرام حد؛ لزوال الملك المحلّل من كل وجه، فتكون الشبهة منتفية، وقد نطق الكتاب[١] بانتفاء الحل، وعلى ذلك الإجماع. ولا يعتبر قول المخالف فيه[٢]؛ لأنه خلاف لا اختلاف، ولو قال: ظننت أنها تحل لي لا يحد؛ لأن الظن في موضعه؛ لأن أثر الملك قائم[٣] في حق النسب[٤]، والحبس[٥]، والنفقة[٦]، فاعتبر ظنه في إسقاط الحد. وأمّ الولد إذا أعتقها مولاها، والمختلعة، والمطلقة على مالٍ بمنزلة المطلقة الثلاث؛ لثبوت الحرمة بالإجماع، وقيام بعض الآثار[٧] في العدة. ولو قال لها: أنت خليةٌ، أو بريئةٌ، أو أمرك بيدك، فاختارت نفسها، ثم وطئها في العدة، وقال: علمت أنها على حرام لم يحد؛ لاختلاف الصحابة[٨] فيه[٩]، فمن مذهب عمر أنها[١٠] تطليقة رجعية، وكذا الجواب[١١] في سائر الكنايات، وكذا إذا نوى ثلاثًا[١٢]؛ لقيام

فنقول: ومن طلق إلخ. (عيني)

(١) يعني قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد﴾ إلخ. (عناية)

(٢) قوله: "ولا يعتبر [دفع دخل] قول المخالف فيه" يريد به قول الزيدية والإمامية، فإن الزيدية تقول: إذا طلقها ثلاثًا جملة، لا يقع إلا واحدة، والإمامية تقول: إنه لا يقع شيء أصلا؛ لكونه خلاف السنة، ويزعمون أنه قول علي رضي الله عنه لأنه خلاف لا اختلاف. والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفًا، والمقصد واحدًا، والخلاف أن يكون كلاهما مختلفًا. (ع)

(٣) في العدة.

(٤) قوله "في حق النسب" يعني النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لاالنسب بهذاالوطيء، فإنه لايثبت(ع)

(٥) أي المنع عن الخروج. (عيني)

(٦) أي وجوب النفقة. (عيني)

(٧) قوله: "وقيام بعض الآثار" أي بعض آثار الملك مثل وجوب النفقة، ومنعها من الخروج، فإن قال: ظننت أنها تحل لي في هذه الصور لا يحد للشبهة؛ لأن قيام أثر الملك من العدة ونحوها أورث شبهة. (عيني)

(٨) فقال بعضهم: الكنايات كلها بوائن، وقال بعضهم: رجعيه. (عيني)

(٩) أي في الطلاق الكنائي.

(١٠) الكنايات.

(١١) قوله: "وكذا الجواب إلخ" أي إن أبانها بشيء من الكنايات، ثم جامعها، وهو يقول: علمت أنها

الاختلاف مع ذلك .

ولا حـدّ على من وطئ جـارية ولده، وولد ولده، وإن[١] قـال: علمت أنها عليّ حرام؛ لأن الشبهة حكمية؛ لأنها نشأت عن دليل، وهو قوله عليه السلام[٢] : «أنت ومالك لأبيك»*، والأبوة[٣] قائمة فى حق الجد، ويثبت النسب منه[٤]، وعليه قيمة الجارية[٥]، وقد ذكرناه[٦].

وإذا وطئ جارية أبيه، أو أمّه، أو زوجته، وقال: ظننت أنها تحل لى، فلا حد عليه، وعلى قاذفه، وإن قال: علمت أنها عليّ حرام حد، وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه؛ لأن بين هؤلاء انبساطًا فى الانتفاع[٧]، فظنه فى الاستمتاع[٨] محتمل، فكانت شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة، فلا يحد قاذفه، وكذا[٩] إذا قالت الجارية: ظننت أنه يحل لى، والفحل[١٠] لم يدع فى الظاهر[١١]؛ لأن الفعل واحد[١٢].

على حرام، فلا حد عليه. (عينى)

(١٢) قوله: "وكذا الخ" أى كذلك الحكم إذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثًا، ثم وطئها فى العدة لا يحد، وإن قال: علمت أنها حرام على؛ لأن اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلث، فكانت الشبهة قائمة، فلا يجب الحد. (عناية)

(١) الواو وصلية.

(٢) أخرجه الطبرانى فى "الصغير" عن جابر. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٦ ص١٠٢. (نعيم)

(٣) يشير بذلك إلى أن حكم الجد مثل حكم الأب فى عدم وجوب الحد، وإن كان الأب حيًا. (عينى)

(٤) أى من الأب.

(٥) لأنه يملكها عند ثبوت النسب. (عينى)

(٦) قوله: "وقد ذكرناه" أى فى باب نكاح الرقيق. (عينى)

(٧) قوله: "انبساطًا فى الانتفاع" لأن الابن يتناول مال أبويه، وينتفع به للأكل والصرف، وكذا الزوج فى مال الزوجة، وكذا العبد فى مال مولاه. (عينى)

(٨) أى فى حل الاستمتاع.

(٩) قوله: "وكذا إلخ" معطوف على قوله: وقال: ظننت أنها تحل لى. (عينى)

(١٠) الواو حالية.

(١١) متعلق بقوله: وكذا [أى لا حد على العبد فى ظاهر الرواية. عناية].

(١٢) قوله: "لأن الفعل واحد" أى لأن فعلهما واحد، فإذا سقط عنها الحد، سقط عنه. (عينى)

وإن وطئ جارية أخيه، أو عمه، وقال: ظننت أنها تحل لى حدّ؛ لأنه لا انبساط فى المال فيما بينهما، وكذا سائر المحارم[١] سوى الولاد؛ لما بينا[٢]. ومن زُفت[٣] إليه غير امرأته، وقالت النساء: إنها زوجتك فوطئها، لا حد عليه، وعليه المهر قضى بذلك على[٤]، وبالعدة[٥]، ولأنه[٦] اعتمد دليلا، وهو الإخبار فى موضع الاشتباه؛ إذ الإنسان لا يميز بين امرأته، وبين غيرها فى أول الوهلة، فصار كالمغرور[٧]، ولا يحد قاذفه إلا فى رواية عن أبى يوسف[٨]؛ لأن الملك منعدم حقيقةً.

ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها، فعليه الحد؛ لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة، فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل، وهذا[٩] لأنه قد ينام[١٠] على فراشها غيرها[١١] من المحارم التى فى بيتها، وكذا[١٢] إذا كان[١٣]

(١) كالخال والخالة. (عينى)

(٢) قوله: "لما بينا" يعنى قوله: لأنه لا انبساط فى المال فيما بينهما. (عناية)

(٣) قوله: "ومن زفت [أى بعثت. عينى] إلخ" هذا من باب الشبهة فى المحل؛ لأن الفعل صدر منه؛ بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به، وهو الإخبار بأنها امرأته، فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور. (عناية)

(٤) هذا غريب جداً. (عينى)

(٥) أى وقضى بوجوب العدة. (عينى)

(٦) أى لأن المزفوف إليه.

(٧) قوله: "فصار كالمغرور" وهو الذى وطئ امرأة معتمداً على ملك يمين، أو نكاح، ثم استحقت، فلا يجب عليه الحد للاشتباه، فكذا الذى زفت إليه غير امرأته بهذا المعنى. (عينى)

(٨) قوله: "إلا فى رواية عن أبى يوسف" يعنى أنه يقول فيها: إن إحصانه لم يسقط بهذا الفعل؛ لأنه مبنى الحكم على الظاهر، فقد كان هذا الوطئ حلالا فى الظاهر، فلا يسقط به إحصانه، ووجه الظاهر أن الملك منعدم حقيقته، فلم يبقَ الظاهر إلا شبهة، وبها يسقط الحد، ولا يقام الحد على قاذفه. (عناية)

(٩) أى عدم الاشتباه.

(١٠) قوله: "لأنه قد ينام إلخ" يعنى فلا يصح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيًا، فكان مقصراً، فيجب الحد. (عناية)

(١١) الزوجة.

(١٢) أى عليه الحدّ.

أعمى ؛ لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره، إلا إذا كان دعاها فأجابته أجنبيةٌ، وقالت[١] : أنا زوجتك فواقعها[٢] ؛ لأن الإخبار دليل.

ومن تزوج امرأةً[٣] لا يحل له نكاحها فوطئها، لا يجب عليه الحد عند أبى حنيفة لكنه يوجع[٤] عقوبةً إذا كان علم بذلك. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : عليه الحد، إذا كان عالـمًا بذلك ؛ لأنه عقدٌ لم يصادف محله فيلغو، كما إذا أضيف[٥] إلى الذكور، وهذا[٦] لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه[٧]، وحكمه الحل، وهى من المحرمات. ولأبى حنيفة أن العقد صادف محله ؛ لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده، والأنثى من بنات بنى آدم قابلة للتوالد، وهو المقصود[٨]، فكان ينبغى أن ينعقد[٩] فى حقّ جميع الأحكام إلا أنه تقاعد[١٠] عن إفادة حقيقة الحل، فيورث[١١] الشبهة ؛ لأن الشبهة ما يشبه الثابت، لا نفس الثابت إلا أنه[١٢] ارتكب جريمة، وليس فيها حدّ مقدرٌ فيعزر.

ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج[١٣] يعزر ؛ لأنه منكر ليس فيه شيء

---

(١٣) الواطئ الواجد على فراشه امرأة.

(١) قوله: "وقالت إلخ" وإنما قال: وقالت: أنا زوجتك؛ لأنها إذا أجابت بالفعل، ولم تقل ذلك فواقعها وجب، عليه الحد، كذا فى "الإيضاح". (عناية)

(٢) لا يجب الحد. (عينى)

(٣) من المحارم.

(٤) أى يضرب ضربًا مؤلمًا بطريق التعزير.

(٥) العقد.

(٦) بيان لقوله: عقد لم يصادف محله. (عناية)

(٧) يعنى أن هذا المحل ليس محلا لحكمه، فإن حكمه الحل.

(٨) من النكاح.

(٩) النكاح.

(١٠) بتحريم الشرع فى ديننا. (ع)

(١١) هذا العقد.

(١٢) أى فلا يجب الحد إلا أنه إلخ.

(١٣) قوله: "فيما دون الفرج" أى فى غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين. (عناية)

مقدر، ومن أتى امرأة[١] فى الموضع المكروه[٢]، أو عمل عمل قوم لوط[٣]، فلا حد عليه عند أبى حينفة، ويعزر، وقال[٤] فى "الجامع الصغير": ويودع فى السجن[٥]، وقالا: هو كالزنا فيحد[٦]، وهو أحد قولى الشافعى. وقال فى قول: يقتلان بكل حال[٧]؛ لقوله عليه السلام: «اقتلوا الفاعل والمفعول[٨]»*، ويروى: «فارجموا الأعلى والأسفل[٩]»**. ولهما أنه[١٠] فى معنى الزنا؛ لأنه قضاء الشهوة[١١] فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحّض حرامًا لقصد سفح الماء.

وله أنه[١٢] ليس بزنا لاختلاف الصحابة[١٣] فى موجبه من الإحراق

(١)قوله: "امرأة" قيل: يريد به أجنبية؛ لأنه إذا أتى امرأته، أو مملوكته في الموضع المكروه أى الدبر لا يحد حد الزنا عندهما أيضًا، وإن كان محرما عليه، وبه صرح فى "الزيادات"؛ لأن من الناس من يستحله؛ لقوله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ من غير فصل بين محل ومحل. (عناية)

(٢) أى الدبر.

(٣) أى أتى فى دبر الذكر. (عينى)

(٤) محمد. (عينى)

(٥)إلى أن يتوب أو يموت.

(٦) قوله: "فيحد" حد الزنا جلدًا إن كان غير محصن، ورجمًا إن كان محصنًا. (عناية)

(٧)أى سواء كانا محصنين، أو لم يكونا. (ع)

(٨)قوله: "اقتلوا إلخ" رواه أبو داود والترمذى وابن ماجة من حديث عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول». (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٣٩، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٧ ص١٠٣. (نعيم)

(٩) قوله: "ويروى: «فارجموا» إلخ" روى هذا الحديث ابن ماجة من حديث أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «الذى يعمل عمل قوم لوط فارجموا الأعلى والأسفل». (عناية)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٤١، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث رقمه ٦٥٦ ص١٠٣. (نعيم)

(١٠) قوله: "أنه" أى كل واحد من العمل فى الموضع المكروه وفعل اللواطة. (عناية)

(١١) قوله: "لأنه قضاء الشهوة" وهو مناط الحد فى الزنا، فيلحق به اللواطة بالدلالة، لا بالقياس؛ لأن القياس لا يدخل فيما يدرأ بالشبهات. (عناية)

(١٢) أى أن الإتيان فى الدبر. (عينى)

(١٣) ولم يختلفوا فى موجب الزنا، فدل على أنه ليس بزنا. (ع)

بالنار[١]، وهدم الجدار، والتنكيس من مكانٍ مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك، ولا هو في معنى الزنا[٢]؛ لأنه ليس فيه إضاعة الولد[٣]، واشتباه الأنساب، وكذا هو أندر وقوعًا[٤]؛ لانعدام الداعي[٥] في أحد الجانبين[٦]، والداعي إلى الزنا من الجانبين، وما رواه[٧] محمولٌ على السياسة، أو على المستحل[٨] إلا أنه يعزر[٩] عنده[١٠]؛ لما بيناه.

ومن وطئ بهيمة، فلا حد عليه؛ لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية[١١]، وفي وجود الداعي؛ لأن الطبع السليم ينفر عنه[١٢]، والحامل عليه[١٣] نهاية السفه، أو فرطُ الشبق[١٤]، ولهذا لا يجب ستره[١٥] إلا أنه

---

(١) قوله: "من الإحراق بالنار" كتب أبو بكر إلى خالد بن الوليد بإحراقه بالنار، رواه الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم: وهدم الجدار، قال العيني: لم أجد أحدًا، أخرج هذا عن أحد من الصحابة، والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار يعني ينكسان من أعلى المواضع، ثم يتبعان بالحجارة.

روى ابن أبي شيبة في "مصنفه": أن ابن عباس أمر بذلك وغير ذلك، وهو قول بعضهم يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا، ملخص عيني وغيره.

(٢) قوله: "ولا هو في معنى الزنا" وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة، فيبقى القياس، والقياس في مثله باطل. (عناية)

(٣) بخلاف الزنا. (عناية)

(٤) من الزنا (عناية)

(٥) يعني على ما هو الجبلة السليمة.

(٦) أي جانب المفعول. (عيني)

(٧) أي الشافعي من قتلهما، أو رجمهما. (عناية)

(٨) لكفره بذلك. (عناية)

(٩) قوله: "إلا أنه يعزر عنده" استثناء من قوله: ولا هو في معنى الزنا؛ لما بيناه من أنه ارتكب جريمة، وليس فيه حد مقرر، قال في "الزيادات": والرأي إلى الإمام إن شاء قتله إن اعتاد ذلك، وإن شاء ضربه وحبسه. (عنايه)

(١٠) أبي حنيفة رحمه الله.

(١١) قوله "لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية" إذ ليس فيه تضييع الولد، ولا إفساد الفراش. (ع)

(١٢) أي عن وطئ البهيمة.

(١٣) أي على وطئ البهيمة.

(١٤) قوله: "الشبق" بفتح الشين المعجمة وفتح الباء الموحدة هيجان الشهوة، كذا في "حواشي الشهاب

يعزّر؛ لما بينا(١)، والذى يروى(٢) أنه تذبح البهيمة وتحرق*، فذلك لقطع التحدث به(٣)، وليس بواجب. ومن زنى فى دار الحرب، أو فى دار البغى، ثم خرج إلينا(٤) لا يقام عليه الحدّ، وعند الشافعى يحد؛ لأنه التزم بإسلامه أحكامَه أينما كان مقامُه. ولنا قوله عليه السّلام(٥): «لا يقام الحدود فى دار الحرب(٦)»**، ولأن المقصود(٧) هو الانزجار، وولاية الإمام منقطعة فيهما، فيعرى الوجوب عن الفائدة، ولا يقام(٨) بعد ما خرج؛ لأنها(٩) لم تنعقد موجبة(١٠)، فلا تنقلب موجبة، ولو غزى من له

على تفسير البيضاوى".

(١٥) قوله: "ولهذا [أى لأجل نفرة الطبع السليم. عينى] لا يجب ستره" أى ستر فرج البهيمة، وإنما أضمر عليه، وإن لم يسبق ذكره؛ لأن ذكر البهيمة يستلزمه، فكان مرجعه مذكوراً حكماً. (عينى)

(١) قوله: "لما بينا" يعنى قوله: ارتكب جريمة، وليس فيها حد. (عينى)

(٢) قوله: "والذى يروى أنه إلخ" هذا بهذا اللفظ غريب، نعم روى الأربعة من حديث عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها». (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٤٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٨ ص١٠٤. (نعيم)

(٣) قوله: "لقطع التحدث به" كى لا يعير بها الرجل إذا كانت البهيمة باقية. (ع)

(٤) وأقر عند الإمام بالزنا. (عناية)

(٥) قوله: "ولنا قوله عليه السلام: «لا يقام» إلخ" هذا الحديث غريب، وأخرج البيهقى عن الشافعى قال: قال أبو يوسف: حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال: «لا يقام الحدود فى دار الحرب» مخافة أن يلحق أهلها، والمراسيل عندنا حجة كالمسند. (عينى)

(٦) قوله: "لا يقام الحدود إلخ" وجه التمسك به أنه عليه الصلاة والسلام لم يرد به حقيقة عدم الإقامة حسا؛ لأن كل واحد يعرف أنه لا يمكن إقامة الحد فى دار الحرب؛ لانقطاع ولاية الإمام عنها، فكان المراد بعدم الإقامة عدم وجوب الحد. (ع)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٦٩ ص١٠٤. (نعيم)

(٧) قوله: "ولأن المقصود إلخ" يعنى أن وجوب الحد ليس بعينه، وإنما هو للانزجار، والانزجار يحصل بالاستيفاء، والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الإمام، فلو وجب الحد، لعرى عن الفائدة، وذلك لا يجوز، وإذا لم ينعقد موجبًا، لا يقام بعد ما خرج؛ لئلا يقع الحكم بغير سبب. (ع)

(٨) الحد.

(٩) أى لأن فاحشة الزنا.

(١٠) للحد.

ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة، وأمير المصر يقيم الحد على من زنى فى معسكره[١]؛ لأنه[٢] تحت يده، بخلاف أمير العسكر[٣] والسّرية[٤]؛ لأنه لم يفوض إليهما[٥] الإقامة. وإذا دخل حربى دارنا بأمانٍ، فزنى بذمية، أو زنى ذمى بحربية[٦] يحد الذمّى والذمية عند أبى حنيفة، ولا يحد الحربى والحربية، وهو قول محمد فى الذمى يعنى إذا زنى بحربية، فأما إذا زنى الحربى بذمية لا يحدان عند محمد، وهو قول أبى يوسف أولا.

وقال أبو يوسف: يحدون كلهم، وهو قوله الآخر، لأبى يوسف: أن المستأمن التزم أحكامنا[٧] مدةَ مقامه فى دارنا فى المعاملات، كما أن الذمى التزمها[٨] مدة عمره، ولهذا يحدّ حد القذف، ويُقتل قصاصًا، بخلاف[٩] حد الشرب[١٠]؛ لأنه يعتقد إباحته.

ولهما أنه ما دخل[١١] للقرار بل لحاجةٍ، كالتجارة ونحوها، فلم يصر من أهل دارنا، ولهذا تمكن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يقتل المسلم،

(١) قوله: "فى معسكره" إشارة إلى أنه لو خرج من معسكره، ودخل دار الحرب، وزنى فيها، ثم خرج لا يقام عليه الحد. (ع)

(٢) أى المعسكر.

(٣) فإنه ليس له إقامة الحد.

(٤) قيل هم الذين يسيرون بالليل، ويخفون بالنهار، ومنه خير السرايا أربع مائة. (ع)

(٥) أى إلى أمير العسكر والسرية.

(٦) مستأمنة.

(٧) ومن التزم أحكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمى. (عناية)

(٨) أى أحكامنا.

(٩) قوله: "بخلاف" أى فإن قيل: لو كان كذلك لأقيم عليه حد الشرب؛ لأنه من أحكامنا، أجاب بقوله: بخلاف إلخ فإن قلت: فهو يعتقد إباحة قتل المسلم وقذفه، فينبغى أن لا يقتص منه، ولا يحد بقذفه، قلت: المعنى باعتقاد الإباحة هو أن يكون ذلك دينا، وقتل النفس والقذف حرام فى دينهم فإباحتهم ذلك ليس بدين، وإنما هو هوى، وتعصب. (عناية)

(١٠) فإنه لا يقام هذا الحد على الحربى المستأمن.

(١١) أى دار الإسلام.

ولا الذمى به فإنما التزم من الحكم ما يرجع[(١)] إلى تحصيل مقصوده، وهو حقوق العباد؛ لأنه لما طمع[(٢)] فى الإنصاف يلتزم الانتصاف، والقصاص وحد القذف من حقوقهم[(٣)]، أما حد الزنا[(٤)] حق الشرع[(٥)].

ولمحمد[(٦)] -وهو الفرق[(٧)]- أن الأصل فى باب الزنا فعل الرجل، والمرأة تابعة له على ما نذكره[(٨)]، إن شاء الله تعالى، فامتناعُ الحد[(٩)] فى حق الأصل يوجب[(١٠)] امتناعه[(١١)] فى حق التبع.

أما الامتناع[(١٢)] فى حق التبع لا يوجب الامتناع فى حق الأصل[(١٣)]، نظيره إذا زنى البالغ بصبية[(١٤)]، أو مجنونة، وتمكين البالغة من الصبى والمجنون[(١٥)]. ولأبى حنيفة فيه أن فعل الحربى المستأمن زنا[(١٦)]؛ لأنه

(١) لا جميع الأحكام.

(٢) قوله: "لأنه لما طمع إلخ" أى لأنه لم يدخل إلا طامعًا فى الإنصاف أى العدل لأجله على غيره، فيلتزم الانتصاف هى العدل لغيره عليه؛ لأن العز بإزاء الغنم والقصاص وحد القذف من حقوق العباد، فكان داخلا فى الانتصاف. (عناية)

(٣) العباد.

(٤) فلا يجرى عليه.

(٥) فلا يكون داخلا فى الانتصاف. (ع)

(٦) قوله: "ولمحمد" لما فرغ عن الجواب عن قول أبى يوسف، شرع فى كل منهما فى إثبات ما ذهب إليه، فقال محمد: الأصل إلخ. (عناية)

(٧) بين الذمى والذمية.

(٨) فى مسألة زنى صحيح بمجنونة، أو صغيرة. (عينى)

(٩) فيما إذا زنى الحربى بذمية. (عناية)

(١٠) وإلا فلا يكون تبعًا، فكان خلفًا. (عناية)

(١١) الحد.

(١٢) فيما إذا زنى الذمى بحربية. (عناية)

(١٣) قوله: "لا يوجب الامتناع فى حق الأصل" وإلا لكان مستتبعاوكان أصلا، والفرض أنه تبع، وذلك خلف باطل. (عناية)

(١٤) قوله: "إذا زنى البالغ إلخ" فإنه يحد البالغ دونها؛ لأن الامتناع فى حق التبع لا يستلزمه فى حق الأصل.(ع)

(١٥) قوله: "وتمكين البالغة من الصبى والمجنون" فإنه لا يجب الحد عليهما؛ لأن الامتناع فى حق الأصل

مخاطب بالحرمات[١] على ما هو الصحيح[٢]، وإن[٣] لم يكن مخاطبًا بالشرائع على أصلنا[٤]، والتمكين من فعلٍ هو زنا موجبٌ للحد عليها، بخلاف الصبى والمجنون[٥]؛ لأنهما لا يخاطبان، ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكرَهُ بالمطاوعة، تحد المطاوعة عنده[٦]، وعند محمد لا تحد[٧].

قال[٨]: وإذا زنى الصبى، أو المجنون بامرأة طاوعته، فلا حد عليه، ولا عليها، وقال زفر والشافعى: يجب الحد عليها، وهو رواية عن أبى يوسف. وإن زنى صحيح بمجنونةٍ، أو صغيرة تجامع مثلها[٩] حد الرجل خاصة، وهذا بالإجماع. ولهما أن العذر[١٠] من جانبها[١١] لا يوجب سقوط

يستلزمه فى حق التبع. (عناية)

(١٦) قوله: "أن فعل الحربى المستأمن زنا" إلا أنه لا يقام عليه الحد؛ لوجوب تبليغه مأمنه بقوله تعالى: ﴿ثم أبلغه مأمنه﴾. وإذا كان كذلك، كان تمكين المرأة منه زنا؛ لأن التمكين من فعل الزنا، والزنا يوجب الحد بقوله: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا﴾، فيجب الحد عليها؛ لوجوب المقتضى وانتفاء المانع، بخلاف الحربى لتحقق المانع، وهو تبليغه مأمنه. (عناية)

(١) قوله: "بالحرمات" والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالأوامر، والانتهاء عن النواهى، فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفًا للعذاب عليهم. (عناية)

(٢) قوله: "على ما هو الصحيح" احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين رحمهم الله تعالى فإنهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها: العبادات، والحرمات، والمعاملات. (عناية)

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "على أصلنا" إشارة إلى قول بعض أصحابنا رحمهم الله فإنهم قالوا: الكفار غير مخاطبين بالشرائع، وقال شمس الأئمة السرخسى ومشايخ ديارنا يقولون: إنهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات.

(٥) قوله: "بخلاف الصبى إلخ" جواب عن مستشهد محمد على أن سقوط الحد من الأصل يوجب السقوط من التبع، ووجه ذلك أن هذا ليس نظير ما نحن فيه؛ لأن الصبى والمجنون لا يخاطبان، فلا يكون فعلهما زنا، والتمكين من غير الزنا ليس بزنا، فلا يوجب الحد، والحربى مخاطب، ففعله زنا، والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد. (عناية)

(٦) أبى حنيفة رحمه الله.

(٧) لسقوط الحد عن الأصل أى الزانى المكره.

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) الصغيرة.

(١٠) قوله: "أن العذر [كما فى صورة الجماع. عناية] إلخ" حاصله قياس أحد الجانبين بالآخر. (عناية)

الحد من جانبه[١]، فكذا العذر من جانبه[٢]، وهذا[٣] لأن كلا منهما[٤] مؤاخذٌ بفعله. ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه[٥]، وإنما هي[٦] محلّ الفعل، ولهذا يسمى هو واطئًا وزانيًا، والمرأة موطوءةً ومزنيًا بها، إلا أنها سميت زانية مجازًا تسميةً للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية، أو لكونها مسببةً بالتمكين، فيتعلق الحد في حقها[٧] بالتمكين من قبيح الزنا[٨]، وهو فعل من هو مخاطبٌ بالكف عنه، ومؤثمٌ على مباشرته، وفعل الصبيّ ليس بهذه الصفة[٩]، فلا يناط به الحدُّ.

قال[١٠]: ومن أكرهه السلطان حتى زنى، فلا حدّ عليه، وكان أبو حنيفة يقول أولا: يحدّ، وهو قول زفر؛ لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة، وذلك[١١] دليل الطواعية، ثم رجع[١٢] عنه، فقال: لا حد عليه؛ لأن سببه الملجئ قائم ظاهرًا، والانتشار دليل متردد؛ لأنه قد يكون من غير قصد؛ لأن الانتشار[١٣] قد يكون طبعًا لا طوعًا،

---

(١١) المرأة، كما إذا كانت مجنونة أو صغيرة.

(١) الرجل.

(٢) قوله: "فكذا العذر من جانبه" وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوط الحد من جانبه. (عناية)

(٣) بيان الجامع.

(٤) أي من الزاني والزانية.

(٥) الرجل.

(٦) المرأة.

(٧) المرأة.

(٨) من إضافة الصفة إلى الموصوف.

(٩) قوله: "ليس بهذه الصفة إلخ" أي ليس بهذه المثابة؛ لأن الصبي ليس بمخاطب بالكف عن الزنا، وليس بمؤثم أيضًا. (عيني)

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١١) انتشار الآلة.

(١٢) الإمام الأعظم رحمه الله.

(١٣) أي انتشار الآلة.

كما فى النائم[١]، فأورث شبهة، وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبى حنيفة. وقالا: لا يحد؛ لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان؛ لأن المؤثر خوف الهلاك، وإنه يتحقق من غيره[٢].

وله أنّ الإكراه من غيره[٣] لا يدوم إلا نادر التمكنة من الاستعانة بالسلطان، أو بجماعة المسلمين، ويمكنه[٤] دفعه بنفسه بالسلاح، والنادر لا حكم له، فلا يسقط به الحد، بخلاف السلطان[٥]؛ لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره[٦]، ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا[٧].

ومن أقر[٨] أربع مرات فى مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة، وقالت: هي تزوجنى[٩]، أو أقرت بالزنا، وقال الرجل: تزوجتها، فلا حد عليه[١٠]، وعليه المهر فى ذلك[١١]؛ لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق، وهو يقوم بالطرفين، فأورث شبهة، وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيمًا لخطر البضع. ومن زنى بجاريةٍ[١٢] فقتلها، فإنه يحد، وعليه القيمة

(١) قوله: "كما فى النائم" فإن النائم قد ينتشر آلته لفرط فحولته، وإن لم يكن له قصد واختيار. (عينى)

(٢) السلطان.

(٣) أى من غير السلطان.

(٤) قوله: "وتمكنه" بالجر عطف على قوله: لتمكنه، وقوله: دفعه منصوب مفعول المصدر. (عينى)

(٥) فإن إكراهه معتبر.

(٦) أى بغير السلطان.

(٧) أى السلطان وغيره.

(٨) هذا قول محمد فى "الجامع الصغير"، كذا قال العينى.

(٩) أى الرجل.

(١٠) قوله: "فلا حد عليه" ولا عليها، كذا فى "الكافى"، وفى بعض النسخ عليهما. (عينى)

(١١) قوله: "فى ذلك" يعنى فى كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح، ودعواه المرأة. (ع)

(١٢) قوله: "بجارية" إنما وضع المسألة فى الجارية، وإن كان هذا الحكم، وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية، فإنه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد، والدية على العاقلة؛ لما أن شبهة عدم وجوب الحد على الزنا، وعند أداء الضمان إنما ترد فى حق الجارية، لا فى حق الحرة؛ لأن الأمة تصلح أن تكون

معناه[١] قتلها بفعل الزنا؛ لأنه جنى جنايتين[٢]، فيوفر على كل واحد منهما حكمه.

وعن أبي يوسف لا يحد؛ لأن تقرر[٣] ضمان القيمة سببٌ لملك الأمة، فصار كما إذا اشتراها بعد ما زنى بها، وهو على هذا الاختلاف[٤]، واعتراضُ سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه[٥]، كما إذا ملك[٦] المسروق[٧] قبل القطع[٨]. ولهما[٩] أنه[١٠] ضمان قتل، فلا يوجب الملك؛ لأنه ضمان دمٍ[١١]، ولو كان يوجبه[١٢]، فإنما يوجبه في العين، كما في هبة المسروق، لا في منافع البضع؛ لأنها استوفيت، والملك يثبت مستنداً، فلا يظهر في المستوفى؛ لكونها معدومة، وهذا بخلاف[١٣] ما إذا زنى بها،

ملكًا للزاني عند أداء الضمان بشبهة أن لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد. (عناية)

(١) أي معنى قول محمد، فقتلها.

(٢) الزنا والقتل.

(٣) على الزاني.

(٤) قوله: "وهو على هذا الاختلاف" أي شراء الجارية بعد الزنا بها قبل إقامة الحد على هذا الاختلاف، عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحد، خلافًا لأبي يوسف، فكان رد المختلف إلى المختلف، لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية، بخلاف ما نحن فيه. (عناية)

(٥) الحد.

(٦) السارق.

(٧) بأن وهبه المسروق منه مثلا.

(٨) فيسقط حد السرقة.

(٩) أبي حنيفة ومحمد.

(١٠) أي أن هذا الضمان.

(١١) قوله: "لأنه ضمان دم" وضمان الدم يجب بعد الموت، والميت ليس بمحل للملك. (عناية)

(١٢) قوله: "ولو كان [هذا تنزل] يوجبه [هذا الضمان] إلخ" يعني سلمنا أن ضمان القتل يوجب الملك لكن إنما يوجبه في العين، لما ذكرتم في هبة المسروق، لا في منافع البضع؛ لأنها استوفيت وتلاشت، فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان، ولا مستنداً؛ لأن المستند لا يظهر في المعدوم، والمنافع المستوفيات معدومة. (عناية)

(١٣) قوله: "وهذا [متعلق بأصل الجواب، لا بالتنزل] بخلاف إلخ" جواب الصورة يمكن أن يستشهد بها

فأذهب عينها يجب عليه قيمتُها، ويسقط الحد؛ لأن الملك هنالك يثبت فى الجثة العمياء، وهى عين فأورثت شبهة.

قال[١]: وكل شيء صنعه الإمام[٢] الذى ليس فوقه إمامٌ، فلا حد عليه إلا القصاص، فإنه يؤخذ به وبالأموال؛ لأن الحدود حق الله تعالى، وإقامتُها إليه، لا إلى غيره، ولا يمكنه أن يقيم على نفسه؛ لأنه لا يفيد، بخلاف حقوق العباد؛ لأنه يستوفيه[٣] ولىّ الحقّ[٤]، إما بتمكينه[٥] أو بالاستعانة بمنعة[٦] المسلمين، والقصاص والأموال منها.

وأما حد القذف قالوا: المغلب فيه[٧] حق الشرع، فحكمه كحكم سائر الحدود التى هى حق الله تعالى.

باب الشهادة على الزنا[٨] والرجوع عنها

قال[٩]: وإذا شهد الشهود بحدٍ متقادم لم يمنعهم عن إقامته[١٠] بُعدهم

أبو يوسف. وتقريره: أن الزانى بالضمان يملك الجثة العمياء؛ لكونها قابلة للملك؛ إذ هى عين موجودة، فتورث الشبهة. (ع)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) أى الخليفة.

(٣) حق العبد.

(٤) الولى أو الوصى.

(٥) أى بتمكين الإمام إياه فى أخذ حقه. (عينى)

(٦) بفتحات جمع مانع، ويستعمل بمعنى العسكر، وجاء مصدر أيضًا، كذا قال الشهاب فى حواشى تفسير البيضاوى.

(٧) قوله: "المغلب إلخ" ولقائل أن يقول: لو كان المغلب فيه حق الشرع، لوجب أن لا يحد المستأمن إذا قذف، كما لو زنى، وقد تقدم أنه يحد؛ لأنه حق العبد. والجواب أن قذف القاذف يشتمل على حقين لا محالة، فيشمل بكل منهما بحسب ما يليق به، وما يليق بالحربى أن يكون حق العبد؛ لإمكان الاشتباه، وما يليق الإمام أن يكون حق الله تعالى؛ لأنه ليس فوقه إمام يستوفيه منه. (ع)

(٨) قوله: "باب الشهادة إلخ" قد ذكرنا أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير، وهما الإقرار والشهادة، وأخر الشهادة ههنا عن الإقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته. (عناية)

(٩) أى القدورى. (عينى)

عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا فى حد القذف خاصة.

وفى "الجامع الصغير"[١]: وإذا شهد عليه الشهود بسرقة، أو بشرب خمر، أو بزنا بعد حينٍ لم يؤخذ به، وضمن السرقة.

والأصل أن الحدود الخالصة حقًا لله تعالى تبطل بالتقادم، خلافًا للشافعى، وهو[٢] يعتبرها بحقوق العباد[٣]، وبالإقرار[٤] الذى هو إحدى الحجتين. ولنا أن الشاهد مخير بين الحسبتين[٥] من أداء الشهادة والستر، فالتأخير[٦] إن كان لاختيار الستر، فالإقدام على الأداء[٧] بعد ذلك لضغينة[٨] هيَّجَتْه، ولعداوةٍ حرَّكَتْه، فيتهم[٩] فيها، وإن كان التأخير[١٠]، لا للستر يصير فاسقًا آثمًا، فتيقنا بالمانع، بخلاف الإقرار؛ لأن الإنسان لا يعادى نفسَه، فحدّ الزنا، وشربِ الخمر والسرقةِ خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار، فيكون التقادم فيه مانعًا[١١].

---

(١٠) الحد.

(١) قوله: "وفى الجامع الصغير إلخ" أعاد لفظ "الجامع الصغير" لاشتماله على زيادة إيضاح هى تعديد ما يوجب الحد صريحًا من السرقة، وشرب الخمر، والزنا، وزيادة الحين الذى استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر فى التقادم، وزيادة إثبات الزمان فى السرقة، ثم كما لا يحد المشهود عليه لا يحد الشهود أيضًا حد القذف فى الشهادة بالزنا؛ لأن عددهم متكامل، والأهلية للشهادة موجودة، وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفًا. (عناية)

(٢) أى الشافعى.

(٣) فإنها لا تبطل بالتقادم.

(٤) فإن الحدود تجرى بالإقرار وإن تقادم الزمان.

(٥) الأجرين.

(٦) أى تأخير الشهادة.

(٧) أى أداء الشهادة.

(٨) كسفينة، كينه. (من)

(٩) الشاهد.

(١٠) فى الشهادة.

(١١) عن قبول الشهادة.

وحدُّ القذف فيه حق العبد؛ لما فيه من دفع العار عنه[١]، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار، والتقادم غير مانع فى حقوق العباد؛ لأن الدعوى فيه[٢] شرط، فيحتمل تأخيرهم[٣] على انعدام الدعوى، فلا يوجب تفسيقهم، بخلاف حد السرقة[٤]؛ لأن الدعوى ليست بشرط للحد[٥]؛ لأنه[٦] خالص حق الله تعالى على ما مر، وإنما شرطت[٧] للمال ولأن الحكم[٨] يدار على كون الحد حقًا لله، فلا يعتبر وجود التهمة فى كل فرد، ولأن السرقة تقام[٩] على الاستسرار على غرة[١٠] عن المالك، فيجب[١١] على الشاهد إعلامه، وبالكتمان يصير فاسقًا آثمًا، ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الإقامة[١٢] بعد القضاء عندنا. خلافًا لزفر حتى لو هرب[١٣] بعد ما ضرب بعض الحد، ثم أخذ بعد ما

---

(١) أى عن العبد.

(٢) أى فى حق العبد.

(٣) أى الشهود.

(٤) قوله: "بخلاف حد السرقة" جواب عما يقال: الدعوى شرط فى السرقة، كما فى حقوق العباد، ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل، فعلم بهذا أن قبول الشهادة فى حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى. ووجهه لا نسلم أن الدعوى شرط للحد؛ لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر، والدعوى ليست بشرط فيه، وإنما هى شرط للمال، وهو حق العبد. (عناية)

(٥) أى لإقامة الحد.

(٦) الحد.

(٧) الدعوى.

(٨) قوله: "ولأن الحكم يدار إلخ" جواب آخر، وتقريره أن المعنى المبطل للشهادة فى التقادم فى الحدود الخالصة حقًا لله تعالى، وهو تهمة الضغينة والعداوة، وذلك أمر باطن لا يطلع عليه، فيدار الحكم على كون الحد حقًا لله تعالى، سواء وجد ذلك المعنى فى كل فرد أو لا، كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة فى كل فرد من أفراده. (ع)

(٩) لأنها توجد فى ظلم الليالى غالبًا. (عناية)

(١٠) بكسر الغين المعجمة الغفلة. (مغرب)

(١١) قوله: "فيجب إلخ" فإنه لا يكون المسروق منه عارفًا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد. (عناية)

(١٢) أى إقامة الحد.

(١٣) من عليه الحد.

تقادم الزمان لا يقام عليه الحد؛ لأن الإمضاء[1] من القضاء فى باب الحدود. واختلفوا فى حد التقادم وأشار[2] فى "الجامع الصغير" إلى ستة أشهر، فإنه[3] قال بعد حين: وهكذا أشار الطحاوى، وأبو حنيفة لم يقدر فى ذلك، وفوّضه إلى رأى القاضى فى كل عصر. وعن محمد أنه قدره بشهرٍ؛ لأن ما دونه[4] عاجل، وهو رواية[5] عن أبى حنيفة وأبى يوسف، وهو[6] الأصح. وهذا[7] إذا لم يكن بين القاضى وبينهم[8] مسيرة شهر، أما إذا كان[9] تُقبل شهادتهم؛ لأن المانع بعدُهم عن الإمام، فلا يتحقق التهمةُ[10]، والتقادم فى حد الشرب كذلك عند محمد، وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتى فى بابه، إن شاء الله تعالى.

وإذا شهدوا على رجلٍ أنه زنى بفلانةٍ، وفلانةٌ غائبة، فإنه يحدّ، وإن شهدوا أنه سرق من فلان، وهو[11] غائب لم يقطع. والفرق[12] أن بالغيبة

(١) قوله: "لأن الإمضاء [أى الاستيفاء. عناية] من القضاء" لأن المقصود من القضاء فى حقوق العباد، إما إعلام من له القضاء، أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء، وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء، فلم يتوقفْ تمامه على الاستيفاء. وأما الله تعالى فى حقوقه فمستغنٍ عن هذين المعنيين، فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى فى الاستيفاء، فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء فى حقوق الله تعالى. (عناية)

(٢) محمد. (عينى)

(٣) محمد.

(٤) الشهر.

(٥) قوله: "وهو رواية إلخ" ذكر فى المجرد، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لو سأل القاضى متى زنى بها؟ فقالوا: منذ أقل من شهر، أقيم الحد، وإن قالوا: شهرا أو أكثر، درأ الحد.

(٦) أى تقدير التقادم منه بشهر. (عناية)

(٧) أى الذى قلنا من تقدير التقادم بشهر. (ع)

(٨) الشهود.

(٩) أى مسيرة شهر.

(١٠) أى تهمة العداوة.

(١١) الواو حالية.

(١٢) بين المسألتين.

ينعدم الدعوى، وهي شرط في السرقة دون الزنا، وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة[١]، ولا معتبر بالموهوم.

وإن شهدوا أنه زنى بامرأةٍ لا يعرفونها لم يحد؛ لاحتمال أنها امرأته، أو أمته، بل هو الظاهر[٢]، وإن أقر بذلك[٣] حد؛ لأنه لا يخفى عليه أمته، أو امرأته. وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها، وآخران أنها طاوعته، درئ الحد عنهما جميعًا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر. وقالا: لا يحد الرجل خاصةً؛ لاتفاقهما[٤] على الموجب[٥]، وتفرّد أحدهما بزيادة جناية، وهو الإكراه، بخلاف جانبها[٦]؛ لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب[٧] في حقها، ولم يثبت لاختلافهما[٨]. وله أنه اختلف المشهود عليه[٩]؛ لأن الزنا فعل واحد[١٠] يقوم بهما[١١]، ولأن شاهدى الطواعية صارا قاذفين لهما[١٢]، وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدى الإكراه؛ لأن

---

(١) قوله: "وبالحضور [أى بحضور الفلانة] يتوهم دعوى الشبهة، ولا معتبر بالموهوم" لأنه شبهة الشبهة، والمعتبر هي الشبهة دون النازل عنها؛ لئلا ينسد باب إقامة الحد، وبيان ذلك أنها لو كانت حاضرة، وادعت النكاح، سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب، فإذا كانت غائبة، كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة، وهو المعنى بشبهة الشبهة. (عناية)

(٢) لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يزنى. (عناية)

(٣) أى بالزنا بامرأة لا يعرفها.

(٤) أى لاتفاق الفريقين. (عناية)

(٥) للحد. (عناية)

(٦) قوله: "بخلاف جانبها" فإن الموجب لم يتحقق، وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجوب الموجب في حقه، كما في وطئ الصغيرة المشتهاة والمجنونة. (عناية)

(٧) للحد.

(٨) فريقين.

(٩) قال الكاكى: أى المشهود به. (عينى)

(١٠) قوله: "فعل واحد إلخ" وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين؛ لأن الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا، والكره يوجب انفراد الرجل به، واجتماعهما متعذر، فكان كل واحد منهما خلاف الآخر، فاختلف المشهود به، ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة. (عناية)

(١١) أى بالرجل والمرأة.

(١٢) قوله: "صارا قاذفين لهما" لعدم نصاب الشهادة، والقاذف خصم، ولا شهادة للخصم، وإذا انتفت

زناها مكرهةً يسقط إحصانها[١]، فصارا خصمين فى ذلك.

وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة، وآخران أنه زنى بها بالبصرة، دُرِئ الحد عنهما؛ لأن المشهود به فعل الزنا، وقد اختلف باختلاف المكان، ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة[٢]، ولا يحدّ الشهود[٣]، خلافًا لزفر[٤] لشبهة الاتحاد[٥] نظرًا إلى اتحاد الصورة والمرأة.

وإن اختلفوا[٦] فى بيتٍ واحد، حد الرجل والمرأة، معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا فى زاويةٍ، وهذا استحسان، والقياس أن لا يحدّ لاختلاف المكان حقيقة. وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل فى زاوية، والانتهاء فى زاويةٍ أخرى بالاضطراب، أو لأن الواقع فى وسط البيت، فيَحسبه مَن فى المقدم فى المقدم، ومَنْ فى المؤخر فى المؤخر، فيشهد بحسب ما عنده. وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة[٧] عند طلوع الشمس، وأربعةٌ أنه زنى بها عندَ طلوع الشمس بديرهند[٨]، دُرِئ

بشهادتهما نقص نصاب الشهادة، فلا يقام بها الحد، وكان ذلك يقتضى إقامة حد القذف على شاهدى الطواعية، ولكن سقط إلخ. (عناية)

(١) قوله: "يسقط إحصانها" لوجود حقيقة الزنا منها، لكن لا تأثم بسبب الإكراه. (عناية)

(٢) أربعة.

(٣) حد القذف.

(٤) قوله: "خلافًا لزفر" يعنى أنه يقول: يحدون؛ لأن شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد، فصار كلامهم قذفًا. (عناية)

(٥) قوله: "لشبهة الاتحاد" يريد شبهة اتحاد المشهود به تقريره: أن الشبهة دارئة فى الحدود بالحديث، وقد وجدت؛ لأنهم شهدوا، ولهم أهلية كاملة، وعدد كامل على زنا واحد صورة فى زعمهم؛ نظرا إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم، واتحاد المراد، وإنما جاء الاختلاف بذكر المكان، فثبت شبهة عدم الاتحاد فى المشهود به، فيندرئ الحد. (عناية)

(٦) الشهود.

(٧) قوله: "بالنخيلة" بضم النون وفتح الخاء المعجمة وسكون الياء آخر الحروف، وباللام والهاء اسم موضع قريب من الكوفة. (عينى)

(٨) موضع قريب من الكوفة. (عناية)

الحد عنهم جميعًا، أما عنهما[١]: فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين[٢] من غير عينٍ، وأما عن الشهود: فلاحتمال صدق كل فريق[٣].

وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا، و هي[٤] بكرٌ، دُرِئَ الحد عنهما وعنهم؛ لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة، ومعنى المسألة أن النساء نظرن إليها، فقلن: إنها بكرٌ، وشهادتُهن حجة[٥] في إسقاط الحدّ[٦]، وليس بحجةٍ في إيجابه[٧]، فلهذا سقط الحد عنهما، ولا يجب عليهم.

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا، و هم[٨] عميان، أو محدودون في قذف، أو أحدهم عبد، أو محدود في قذف، فإنهم يحدون، ولا يحد المشهود عليه؛ لأنه لا يثبت بشهادتهم[٩] المال، فكيف يثبت الحد، وهم[١٠] ليسوا من أهل أداء الشهادة، والعبد ليس بأهل للتحمل[١١] والأداء، فلم يثبت شبهة الزنا؛ لأن الزنا يثبت بالأداء[١٢].

وإن شهدوا بذلك[١٣]، و هم[١٤] فُسّاق، أو ظهر[١٥] أنهم فُسّاق

---

(١) الرجل والمرأة.

(٢) من الشهود.

(٣) قوله: "فلاحتمال إلخ" يعني أن احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم، وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف. (عناية)

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "حجة" خصوصًا فيما لا اطلاع للرجال عليه. (عناية)

(٦) من الرجل والمرأة.

(٧) الحد على الشهود.

(٨) الواو حالية.

(٩) أي بشهادة هؤلاء.

(١٠) الواو حالية.

(١١) أي تحمل الشهادة وأداءها.

(١٢) قوله: "لأن الزنا يثبت الأداء" أي يظهر عند الإمام بأداء الشهود الشهادة، ولا أداء للعبيد والعميان والمحدودين في القذف، لا كاملاً ولا ناقصًا، فانقلب شهادتهم قذفًا؛ لأنهم نسبوهما إلى الزنا، ولم يكن نسبتهما إلى الزنا شهادة، فكان قذفًا ضرورة. (عناية)

(١٣) أي بالزنا.

لم يحدوا؛ لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل، و إن[١] كان في أداءه نوع قصور لتهمة الفسق، ولهذا[٢] لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا، فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا، وباعتبار قصور في الأداء لتُهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا، فلهذا امتنع الحدان[٣]، وسيأتي فيه خلاف الشافعي[٤] بناء على أصله أنّ الفاسق ليس من أهل الشهادة، فهو كالعبد عنده. وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدّوا[٥]؛ لأنهم قذفةٌ؛ إذ لا حسبة[٦] عند نقصان العدد، وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها.

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا، فضُرب بشهادتهم، ثم وجد أحدهم عبداً، أو محدوداً في قذف، فإنهم يحدون؛ لأنهم قَذَفَة؛ إذ الشهود ثلاثة. وليس عليهم، ولا على بيت المال أرش الضرب، وإن رُجم فديتُه على بيت المال، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: أرش الضرب أيضاً على بيت المال.

قال العبد الضعيف[٧]: -عصمه الله- معناه[٨] إذا كان جرحه[٩]،

(١٤) الواو حالية.

(١٥) بعد الشهادة.

(١) الواو وصلية.

(٢) أي لكونه من أهل أداء الشهادة وتحملها.

(٣) أي حد الزنا وحد القذف.

(٤) فيحد الشهود عنده حد القذف. (عيني)

(٥) حد القذف.

(٦) قوله: "إذ لا حسبة [ثواب] إلخ" يعني أن الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر، وههنا لم يوجد منه حسبة الستر، وهو ظاهر. ولا حسبة أداء الشهادة أيضاً لنقصان عددهم، فإن الله تعالى قال: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾، وإذا لم يوجد الحسبة، ثبت القذف؛ لأن خروج الشهادة عن القذف إنما كان باعتبار الحسبة. (عناية)

(٧) أي المصنف. (عيني)

(٨) أي معنى كلام محمد في "الجامع الصغير" أرش الضرب أيضاً على بيت المال.

وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب[١]، وعلى هذا إذا رجع الشهود[٢] لا يضمنون عنده، وعندهما يضمنون[٣]. لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب؛ إذ الاحتراز عن الجرح خارجٌ عن الوسع، فينتظم الجارح وغيره، فيضاف[٤] إلى شهادتهم، فيضمنون بالرجوع، وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال؛ لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضى، وهو عامل للمسلمين، فتجب الغرامة فى مالهم[٥]، فصار كالرجم والقصاص[٦]. ولأبى حنيفة أن الواجب هو الجلد، وهو ضربٌ مؤلم غير جارح ولا مهلكٍ، فلا يقع جارحًا ظاهرًا إلا لمعنًى فى الضارب، وهو قلة هدايته، فاقتصر عليه[٧] إلا أنه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح[٨]؛ كى لا يمتنع الناس عن الإقامة[٩] مخافة الغرامة.

وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجلٍ بالزنا لم يحدّ؛ لما فيها[١٠]

---

(٩) أى الضرب.

(١) قوله: "إذا مات [المجلود] من الضرب" فيجب دية النفس فى بيت المال عندهما إذا ظهر بعض الشهود عبدا، أو محدودًا فى قذف، أو أعمى، وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يجب شيء. (عينى رحمه الله)

(٢) قوله: "إذا رجع الشهود" أى بعد الجرح بالجلد، أو الموت بالجلد. (عينى رحمه الله تعالى)

(٣) أرش الجراحة إن لم يمت المجلود، والدية إن مات. (عينى)

(٤) أى الجرح والهلاك. (عينى)

(٥) أى فى مال المسلمين، وهو بيت المال.

(٦) قوله: "فصار كالرجم إلخ" يعنى إذا شهد الشهود، فرجم المشهود عليه، أو قتل، ثم رجعوا يضمنون الدية. (عناية)

(٧) ولا يتعدى إلى الشهود.

(٨) قوله: "فى الصحيح" يعنى فى الصحيح عن الرواية، وذكر فى "مبسوط فخر الإسلام"، ولو قال قائل: يجب الضمان على الجلاد، فله وجه؛ لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه؛ لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر، ولا قاتل، فإذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه وقع فعله تعديا، فيجب عليه الضمان. (عناية)

(٩) أى إقامة الحد.

(١٠) قوله: "لما فيها إلخ" معناه لما فيها من شبهة زادت على الأصل لم تكن فيه؛ لأن الكلام إذا تداولته الألسن، يمكن فيه زيادة ونقصان. (عناية)

من زيادة الشبهة، ولا ضرورة إلى تحملها، فإن جاء الأولون[١]، فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضًا معناه[٢] شهدوا على ذلك الزنا بعينه؛ لأن شهادتهم قد رُدّت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة؛ إذ هم قائمون مقامهم في الأمر والتحميل، ولا يحد الشهود[٣]؛ لأن عددهم[٤] متكاملٌ، وامتناعُ الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة[٥]، وهي كافية لدرء الحد[٦] لا لإيجابه[٧]. وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فرُجم فكلما رجع واحد حُدّ الراجع وحدَه، وغرم ربع الدية، أما الغرامة فلأنه بقي مَن يبقى بشهادته ثلاثةُ أرباع الحق، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربعَ الحق. وقال الشافعي: يجب القتل[٨] دون المال؛ بناء على أصله[٩] في شهود القصاص[١٠]، وسنبينه في الديات[١١]، إنْ شاء الله تعالى.

وأما الحد[١٢] فمذهب علماءنا الثلاثة، وقال زفر: لا يحد؛ لأنه إن كان الراجع قاذف حي، فقد بطل[١٣] بالموت[١٤]، وإن كان قاذف ميت، فهو

(١) بعد شهادة الفروع. (عيني)

(٢) أي معنى قول محمد في ذلك المكان. (عيني)

(٣) أصول وفروع.

(٤) والأهلية موجودة. (ع)

(٥) قوله: "لنوع شبهة" وهو شبهة عدم التحمل في الفروع، وشبهة الرد في الأصول. (عناية)

(٦) عن الزاني والزانية.

(٧) الحد على الشهود.

(٨) أي قتل الراجع.

(٩) الشافعي.

(١٠) قوله: "في شهود القصاص" يعني إذا رجعوا بعد القصاص، فيقتلون عنده، فكذا إذا رجعوا بعد الرجم يقتلون. (عيني)

(١١) هذا وعد ليس له وفاء، كذا قال العيني.

(١٢) أي حد الراجع.

(١٣) الحد؛ لأن حد القذف لا يورث. (ع)

(١٤) أي بموت المقذوف.

مرجوم[١] بحكم القاضى، فيورث ذلك شبهة.

ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفًا بالرجوع[٢]؛ لأن به تفسخ شهادته[٣]، فجعل للحال قذفًا للميت، وقد انفسخت الحجة[٤]، فينفسخ[٥] ما يبتنى عليه[٦]، وهو القضاء فى حقه[٧]، فلا يورث الشبهة، بخلاف ما إذا قذفه[٨] غيره؛ لأنه[٩] غير محصن فى حق غيره؛ لقيام القضاء[١٠] فى حقه. فإن لم يحدّ المشهود عليه حتى رجع[١١] واحد منهم حدوا جميعًا، وسقط الحد عن المشهود عليه. وقال محمد: حدّ الراجعُ خاصة؛ لأن الشهادة تأكدت بالقضاء، فلا ينفسخ[١٢] إلا فى حق الراجع، كما إذا رجع[١٣] بعد الإمضاء[١٤].

ولهما أن الإمضاء[١٥] من القضاء، فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل

---

(١) قوله: "فهو مرجوم" وذلك وإن لم يسقط الإحصان، فلا أقل من إيراث الشبهة، والحد يبطل بها. (ع)

(٢) من الشهادة.

(٣) فإذا تفسخت كانت قذفًا لانتفاء الحسبتين. (ع)

(٤) شهادة.

(٥) قوله: "فينفسخ إلخ" وإذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجومًا بحكم القاضى، فلا يسقط الإحصان، ولا يورث الشبهة، فيجب حد قاذفه، لكن قيد بقوله: فى حقه؛ لأنه زعم أن شهادته ليست بحجة، وزعمه فى حق نفسه معتبر.

(٦) الضمير فى عليه يرجع إلى الحجة بتأويل الكلام. (عينى)

(٧) أى حق الراجع.

(٨) المرجوم.

(٩) المرجوم.

(١٠) قوله: "لقيام القضاء إلخ" لأن قضاء القاضى فى زعمه صحيح متقرر، فكان قذفه واقعًا فى حق غير المحصن، فلا يجب حد القذف. (عناية)

(١١) أى بعد القضاء.

(١٢) الشهادة.

(١٣) الشاهد، فحينئذ يحد الراجع خاصة.

(١٤) أى إمضاء الحد.

(١٥) أى إمضاء الحد.

القضاء، ولهذا[١] سقط الحد عن المشهود عليه، ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدّوا جميعًا، وقال زفر: يحد الراجع خاصة؛ لأنه[٢] لا يصدَّقُ على غيره. ولنا: أن كلامهم[٣] قذف[٤] في الأصل، وإنما يصير شهادةً[٥] باتصال القضاء به، فإذا لم يتصل بقي قذفًا فيُحدون.

فإن كانوا خمسة، فرجع[٦] أحدهم، فلا شيء عليهم؛ لأنه بقي مَن يبقى بشهادته كلُّ الحق، وهو شهادة الأربع.

فإن رجع آخر حُدّا وغرما ربع الدية، أما الحد فلما ذكرنا[٧]، وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق، والمعتبر بقاء مَن بقي لا رجوع من رجع على ما عرف[٨].

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا، فزكّوا[٩] فرجم، فإذا الشهود مجوسٌ، أو عبيدٌ، فالدية على المزكّين عند أبي حنيفة، معناه[١٠] إذا رجعوا عن التزكية. وقال أبو يوسف ومحمد: هو[١١] على بيت المال، وقيل[١٢]:

---

(١) أى لأجل أن الإمضاء من القضاء.

(٢) أى لأن الراجع.

(٣) الشهود.

(٤) لكونه صريحًا فيه. (ع)

(٥) ثم يعود قذفًا بالرجوع. (عناية)

(٦) يعنى بعد الرجم.

(٧) قوله: "فلما ذكرنا" إشارة إلى ما قال: من قبل، ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفًا إلخ، ومعناه يحدان جميعًا؛ لأنه لما رجع الثانى لم يبقَ من الشهود من يتم به الحجة، وقد انفسخت الشهادة فى حقهما بالرجوع فيحدان. (عناية)

(٨) أى فى كتاب الشهادات. (عينى)

(٩) قوله: "فزكوا" التزكية من زكى نفسه إذا مدحه، وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكياء. (عناية)

(١٠) قوله: "معناه" إذا رجعوا عن التزكية بأن قالوا: تعمدنا التزكية مع علمنا أنهم مجوس حتى لو قالوا: أخطأنا، لا يضمنون. (عينى)

(١١) أى الضمان.

هذا إذا قالوا: تعمدنا التزكيةَ مع علمنا بحالهم.

لهما[١] أنهم أثنوا على الشهود خيراً، فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا على إحصَانه[٢]. وله أن الشهادة إنما تصير حجةً عامِلةً بالتزكية، فكانت التزكية[٣] في معنى علة العلة، فيضاف الحكم إليها[٤]، بخلاف شهود الإحصان؛ لأنه محض الشرط[٥]. ولا فرق بينهما إذا شهدوا بلفظة الشهادة[٦]، أو أخبروا، وهذا[٧] إذا أخبروا بالحرية والإسلام، أما إذا قالوا: هم عدول، وظهروا عبيداً لا يضمنون؛ لأن العبد قد يكون عدلا[٨].

ولا ضمانَ على الشهود؛ لأنه لم يقع[٩] كلامُهم شهادة، ولا يجدون

---

(١٢) قوله: "وقيل إلخ" لما كان قوله: رجعوا عن التزكية محتملا أن يكون الرجوع بأن يقولوا: أخطأنا، وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق، وأن يكون بأن يقولوا: تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم، وهو محل النزاع، قال: قيل: هذا إذا قالوا إلخ. (عناية)

(١) قوله: "لهما أنهم إلخ" أي قالا: المزكون ما أثبتوا سبب الإتلاف؛ لأنه هو الزنا، وما تعرضوا له، وإنما أثنوا على الشهود خيرا، فكان كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيرا، فكانوا في المعنى كشهود الإحصان إلا أن أولئك أثنوا خصالا حميدة في الزنا، وهؤلاء أثنوا خصالا حميدة في الشاهد، فكما لا ضمان على أولئك، فكذلك على هؤلاء. (عناية)

(٢) فلا يضمنون شيئًا. (عيني)

(٣) قوله: "فكانت إلخ" فإن الشهادة في الحدود لا توجب شيئًا بلا تزكية، فكانت التزكية في معنى علة العلة؛ لأن التزكية معملة للعلة، والمعمل للعلة علة العلة. (عيني)

(٤) أي إلى علة العلة عند تعذر إضافته إلى الفعل. (عيني)

(٥) قوله: "لأنه محض الشرط" أي شرط محض، وعلامة لمعرفة حكم الزنا الصادر، ولا حاجة لثبوت الزنا إلى شهود الإحصان؛ لأن الزنا يثبت بشهود الزنا قبل الإحصان. (عيني)

(٦) فإن قالوا: شهدنا أنهم أحرار، أو قالوا: هم أحرار. (عيني)

(٧) أي وجوب الضمان على المزكين على قول أبي حنيفة. (عيني)

(٨) بتركه المناهي.

(٩) قوله: "لأنه لم يقع إلخ" فيه نظر؛ لما تقدم أن كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به، وقد اتصل به القضاء، فما وجه قوله: لأنه لم يقع كلامهم شهادة.
والجواب أن القضاء لما ظهر خطاؤه بيقين، صار كان لم يكن، فلم يتصل القضاء كلامهم، فلم تصر شهادة.

حد القذف؛ لأنهم قذفوا حيًّا[١]، وقد مات[٢] فلا يورث عنه.

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فأمر القاضى برجمه، فضرب رجل عنقَه، ثم وُجِد الشهود عبيدًا، فعلى القاتل الدية، وفى القياس يجب القصاص؛ لأنه قتل نفسًا معصومة بغير حق.

وجه الاستحسان أن القضاء صحيح[٣] ظاهرا وقت القتل، فأورث شبهةً، بخلاف ما إذا قتله[٤] قبل القضاء؛ لأن الشهادة لم تصر حجة بعدُ.

ولأنه[٥] ظنَّه مباح الدم معتمدًا على دليل مبيح، فصار كما إذا ظنه حربيًّا، وعليه علامتهم[٦]، ويجب الدية فى ماله؛ لأنه[٧] عمد، والعواقلُ لا تَعقل العمد، ويجب ذلك[٨] فى ثلاث سنين؛ لأنه وجب بنفس القتل.

وإن رُجِم[٩] ثم وُجدوا[١٠] عبيدًا، فالديةُ على بيت المال؛ لأنه[١١] امتثل أمر الإمام، فنُقِل فعلُه[١٢] إليه، ولو باشره بنفسه يجب الدية فى بيت

(١) قوله: "لأنهم قذفوا إلخ" لا يقال: لم لم يجعل قذفًا للميت للحال بطريق الانقلاب، كما فى صورة الرجوع عن الشهادة؛ لأنا نقول: علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة، ولم يوجد.

فإن قيل: لم لا يكون ظهورهم عبيدا، أو مجوسا علة للانقلاب كالرجوع، فالجواب أن الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا، وكلامهم لم يقع شهادة. (عناية)

(٢) أى ثم مات.

(٣) أى أن القضاء وجد صورة، وصورة قضاء القاضى يكفى لإيراث الشبهة. (عناية)

(٤) حيث يجب القصاص لعدم الشبهة.

(٥) أى لأن القاتل، وجهٌ آخر للاستحسان.

(٦) قوله: "وعليه علامتهم" أى علامة أهل الحرب، فقتله عمدا، ثم ظهر أن المقتول ليس بحربى لا يجب القصاص بشبهة ظنه مباح الدم. (عينى)

(٧) أى القاتل.

(٨) الدية.

(٩) قوله: "وإن رجم" ذلك الرجل المذكور المشهود عليه بالزنا بعد قضاء القاضى بالرجم. (عينى)

(١٠) الشهود.

(١١) أى لأن الذى رجمه.

(١٢) أى فعل الراجم. (عناية)

المال؛ لما ذكرنا[١] كذا هذا، بخلاف ما إذا ضرب عنقه؛ لأنه[٢] لم يأتمر أمرَه[٣]. وإذا شهدوا على رجلٍ بالزنا، وقالوا: تعمدنا النظر[٤] قبلت شهادتهم؛ لأنه يباح النظر لهم[٥] ضرورة تحمل الشهادة، فأشبه الطبيب والقابلة[٦]. وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فأنكر الإحصان، وله امرأة قد ولدت منه، فإنه يرجم، معناه أن ينكر الدخولَ بعد وجود سائر الشرائط[٧]؛ لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه، ولهذا[٨] لو طلقها يعقب الرجعة، والإحصانُ يثبت بمثله[٩].

فإن لم تكن ولدت منه، وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم، خلافًا لزفر والشافعي، فالشافعي مرَّ على أصله أن شهادتهن[١٠] غير مقبولة في غير الأموال. وزفر يقول: إنه[١١] شرط في معنى العلة؛ لأن الجناية[١٢] يتغلظ عنده[١٣]، فيضاف الحكم إليه، فأشبه حقيقة العلة، فلا

---

(١) قوله: "لما ذكرنا" من أن فعل الجلاد ينتقل إلى القاضي، وهو عامل للمسلمين، فيجب الغرامة في مالهم. (عناية)

(٢) أي لأن ضارب العنق.

(٣) قوله: "لم يأتمر أمرَه" لأنه أمره بالرجم دون جزّ الرقبة، فلم ينتقل فعله إليه. (عناية)

(٤) إلى موضع الزنا من الزانيين. (عناية)

(٥) أي للشهود.

(٦) قوله: "فأشبه إلخ" أي أشبه نظر شهود الزنا إلى فرج الزانية لضرورة في ذلك بنظر الطبيب والقابلة إلى الفرج، وهذا لأن الطبيب يجوز أن ينظر إلى موضع العورة لضرورة المداواة. (عيني)

(٧) أي شرائط الإحصان.

(٨) أي لأجل الحكم بالدخول عليه.

(٩) أي بمثل هذا الدليل. (عيني)

(١٠) النساء.

(١١) أي الإحصان.

(١٢) أي الزنا.

تقبل شهادة النساء فيه[١]، فصار[٢] كما إذا شهد ذميان على ذمى زنى عبدهُ المسلم أنه أعتقه قبل الزنا فلا تقبل؛ لما ذكرنا.

ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة[٣]، وأنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا، فلا يكون فى معنى العلة، وصار[٤] كما إذا شهدوا به فى غير هذه الحالة، بخلاف ما ذكر[٥]؛ لأن العتقَ يثبت بشهادتهما، وإنما لا يثبت بسبق التاريخ؛ لأنه ينكره المسلم، أو يتضرر به المسلم، فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا، خلافًا لزفر[٦]، وهو فرع ما تقدم[٧].

(١٣) ولذا يرجم.

(١) كما لا تقبل شهادة النساء فى الزنا.

(٢) قوله: "فصار كما إذا شهد إلخ" يعنى أن الزانى لو كان مملوكًا لذمى، وهو مسلم، فشهد ذميان أن مولاه الذى أعتقه قبل الزنا لم يرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذمى بالعتق مقبولة، لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة، فهذا مثله لما ذكرنا يعنى أن الإحصان شرط فى معنى العلة. (ع)

(٣) قوله: "عن الخصال الحميدة" بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل، وبعضها فرض عليه كالإسلام، وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح، والدخول بالمنكوحة، والحال أنه مانع عن الزنا على ما ذكرنا قبل باب الوطئ الذى يوجب الحد، فيكون الكل مزجرة، وكل ما كان مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة. (عناية)

(٤) قوله: "وصار كما إذا شهدوا به" أى بالنكاح فى غير هذه الحالة يعنى لو شهد رجل وامرأتان أن فلانًا تزوج هذه المرأة، ودخل بها فى غير حالة الزنا، قبلت شهادتهم، فكذلك ههنا. (عناية)

(٥) قوله: "بخلاف ما ذكر" يعنى زفر من شهادة الذميين على ذمى أنه أعتق عبده قبل الزنا؛ لأن العتق هناك يثبت أيضًا بشهادتهما، وإنما لا يثبت بسبق التاريخ؛ لأنه تاريخ ينكره المسلم، أو يتضرر به المسلم من حيث إقامة العقوبة الكاملة عليه، وما ينكره المسلم، أو يتضرر به لا يثبت بشهادة أهل الذمة، فلو قلنا: بجواز هذه الشهادة، كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم. (ع)

(٦) قوله: "خلافًا لزفر" فإن شهودَ الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده؛ لأن شهود العلة يضمنون عندِ الرجوع بالاتفاق. (عناية)

(٧) من الخلاف.

باب حد الشرب[١]

ومن شرب الخمر فأُخذ، و[٢] ريحها موجودة، أو جاءوا به سكران[٣]، فشهد الشهود عليه[٤] بذلك[٥]، فعليه الحد، وكذلك إذا أقر، وريحها[٦] موجودة؛ لأن جناية الشرب قد ظهرت، ولم يتقادم العهد، والأصل فيه[٧] قوله عليه السلام: «ومن شرب الخمر[٨] فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه»*. فإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحدّ عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد: يحدّ، وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند أبى حنيفة وأبى يوسف.

وقال محمد: يحدّ، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان[٩] عنده[١٠]؛ اعتباراً بحد الزنا[١١]، وهذا[١٢] لأن التأخير يتحقق

(١) قوله: "باب حد الشرب" قدّم حد الزنا على الشرب؛ لما أن دعاء الطبع إلى الزنا أكثر عند فرط الشبق، ولهذا ضربه أشد من ضرب الشرب. (عينى)

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "أوجاءوا به سكران إلخ" ظاهره يقتضى أن لا يشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر، ولكن الروايات فى الشروح مقيدة بوجود الرائحة فى حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبى حنيفة وأبى يوسف، سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة، أو بالإقرار. (عناية)

(٤) أى على الشارب.

(٥) أى بشرب الخمر.

(٦) الواو حالية.

(٧) أى فى وجوب الحد.

(٨) قوله: "ومن شرب الخمر إلخ" روى أصحاب السنن إلا الترمذى عن أبى سلمة عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «إذا سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاجلدوه فإن عاد الرابعة فاقتلوه»، رواه ابن حبان فى "صحيحه"، وقال: معناه إذا استحل، ولم يقبل التحريم. وأخرج الجماعة إلا النسائى عن معاوية قال: قال رسول الله ﷺ: «من شرب الخمر فاجلدوه» الحديث. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٤٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٠ ص١٠٤. (نعيم)

(٩) وهو الشهر.

(١٠) محمد.

بمضى الزمان[١]، والرائحة، قد تكون من غيره[٢] كما قيل، شعر:

يقولون لى انكه[٣] شربتَ مُدامة[٤] فقلتُ لهم لا بل أكلتُ السفرجلا

وعندهما يقدر بزوال الرائحة؛ لقول ابن مسعود[٥] فيه: "فإن وجدتُم رائحة الخمر، فاجلدوه"*، ولأن قيام الأثر[٦] من أقوى[٧] دلالة على القرب، وإنما[٨] يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره[٩]، والتمييز[١٠] بين الروائح ممكن للمستدل[١١]، وإنما يشتبه على الجهال.

وأما الإقرار فالتقادم لا يُبطله عند محمد، كما فى حد الزنا على ما مر تقريره[١٢]، وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة؛ لأن حد الشرب

---

(١١) فإن التقادم فيه مقدر بشهر.

(١٢) أى تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة. (ع)

(١) فلا بد من تقدير زمان. (عناية)

(٢) الخمر.

(٣) قوله: "انكه" بكسر الهمزة وسكون النون وفتح الكاف وسكون الهاء أمر من نكِه يَنكَه يأمره بأن ينكَه؛ ليعلم أنه شارب هو أو غير شارب، وأصله من النكهة، وهى ريح الفم. (عينى)

(٤) قوله: "مدامة [الخمر]" مدام بالضم مى انگورى مدامة مثله؛ لأنه ليس شراب يستطاع أدامة شرب سواه. (من)

(٥) هذا عن عبد الله بن مسعود غريب بهذا اللفظ. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٤٩، والدراية ج٢، الحديث ٦٧١ ص١٠٥. (نعيم)

(٦) أى الرائحة.

(٧) أى أثر الخمر.

(٨) جواب عن اعتبار الزمان. (عناية)

(٩) أى الأثر.

(١٠) جواب عن قوله: والرائحة قد تكون من غيره. (ع)

(١١) قوله: "للمستدل" هو من معه دليل، وهو معاينة الشرب. (عناية)

(١٢) قوله: "على ما مر تقريره" من أن الإنسان لا يكون متهما بالنسبة إلى نفسه. (عناية)

ثبت بإجماع الصحابة[١]، ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود، وقد شرطَ قيامَ الرائحة على ما روينا[٢].

فإن أخذه الشهود، وريحها يوجَد منه، أو هو سكران، فذهبوا به من مصرٍ إلى مصرٍ فيه الإمام، فانقطع ذلك[٣] قبل أن ينتهوا به[٤]، حد فى قولهم جميعًا؛ لأن هذا عذرٌ كبعد المسافة فى حد الزنا، والشاهدُ لا يتهم به فى مثله[٥]. ومن سكر من النبيذ حدّ[٦]؛ لما روى[٧] أن عمر أقام الحد على أعرابى سكر من النبيذ، ونبين الكلامَ[٨] فى حَدِّ السكر، ومقدارِ حده المستحق عليه، إن شاء الله تعالى.

ولا حدّ[٩] على من وجد منه رائحة الخمر، أو تقيّأها[١٠]؛ لأن الرائحة[١١] محتملة، وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار، فلا يجد

(١) قوله: "ثبت بإجماع الصحابة" والحديث المذكور من قبيل الآحاد، وبمثله لا يثبت الحد، والإجماع حجة قطعية، فيثبت به. (عينى)

(٢) قوله: "على ما روينا" يعنى قوله: «فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه». (عناية)

(٣) ريح الخمر.

(٤) أى بهذا السكران إلى الإمام.

(٥) أى فى صورة زوال الرائحة بالعذر. (عينى)

(٦) قوله: "من النبيذ إلخ" النبيذ من الزبيب هى التى من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه ما دام حلواً، وإذا غلا واشتد، وقذف بالزبد على قول أبى حنيفة وأبى يوسف يحل شربه ما دون السكر. وعند محمد والشافعى: لا يحل، والنبيذ من التمر هو ماء التمر إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه فى قولهم ما دام حلواً، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله يحل شربه للتداوى والتقوى إلا القدح المسكر، وقال محمد والشافعى: لا يحل. (عناية)

(٧) رواه الدارقطنى فى "سننه". (فتح القدير)

(٨) فى هذا الباب.

(٩) يعنى إذا لم يشاهد منه الشرب. (ع)

(١٠) الخمر.

(١١) أى فى نفسها قبل الاستدلال والتمييز.

السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ، وشَربه طوعًا؛ لأن السكر من المباح لا يوجب الحد[١] كالبنج ولبنِ الرماك[٢]، وكذا شرب المكره لا يوجب الحدّ[٣]. ولا يحدّ حتى يزول عنه السكر؛ تحصيلا لمقصود الانزجار، وحد الخمر والسكر[٤] في الحر ثمانون سوطًا[٥]*؛ لإجماع الصحابة[٦]، يفرق على بدنه كما في حدِّ الزنا على ما مر[٧]، ثم يجرّد[٨] في المشهور من الرواية. وعن محمد أنه لا يجرد[٩]؛ إظهارًا للتخفيف؛ لأنه لم يَرد به[١٠] نصّ، ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة[١١]، فلا يُعتبر ثانيًا، وإن

---

(١) قوله: "لا يوجب الحد كالبنج" قلت: فيما ذكره تقوية لما يولع بالبنج، وفيه من الفساد ما لا يخفى، وقال في أشربته الخاصة: وشرب البنج للتداوي لا بأس به، فإن ذهب به عقله لم يحل، وإن سكر منه لم يحد عندهما، خلافًا لمحمد، قلت: ينبغي اليوم أن يفتى بقول محمد قطعا لمادة الفساد. (عيني)

(٢) قوله: "رماك" رمكة بفتحات اسپ وماديان اسپ رماک جمع. (من)

(٣) لعدم الاختيار.

(٤) أي حد السكر في غير الخمر.

(٥) قوله: "ثمانون سوطًا" لا يجزئ ضرب شارب الخمر، وكذا غيره ممن وجب عليه الحد بالنعال، وإن كانوا يضربون في العهد النبوي بالنعال والعصا والأيدي لانعقاد الإجماع من الصحابة، ومن بعدهم على تركه، وضرب أربعين سوطا لشارب الخمر. فروى أبو الشيخ والحاكم وابن مردويه عن ابن عباس: أن الشراب كانوا يضربون في عهد رسول الله ﷺ بالأيدي والنعال حتى توفي، فقال أبو بكر رضي الله عنه: لو فرضنا لهم حدا، فتوخى نحو ما كانوا يضربون في العهد الأول، فكان يجلدهم أربعين حتى توفي، ثم جلد عمر رضي الله عنه كذلك إلى أن أتى رجل من المهاجرين الأولين قد شرب الخمر، فأمر به أن يجلد، فقال: لم تجلدني، بيني وبينك كتاب الله، فإنه تعالى قال: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح في ما طعموا﴾ الآية.
فقال ابن عباس: هذه الآية نزلت عذرا للماضين وحجة للباقين، فقال عمر رضي الله عنه: ما ذا ترون، فقال علي بن طالب رضي الله عنه: نرى أنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون جلدة، فأمر عمر فجلد ثمانين. (غاية المقال في ما يتعلق بالنعال للمولوي محمد عبد الحي نور الله تربته)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥١، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٢ ص١٠٥. (نعيم)

(٦) على الثمانين في عهد عمر، كما ثبت في "صحيح البخاري" و"مسلم"، وتفصيله في "غاية المقال".

(٧) قوله: "على ما مر [في حد الزنا]" من أنه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج. (ع)

(٨) عن الثياب.

(٩) عن ثيابه.

(١٠) أي بحد الشرب نص قاطع.

كان[1] عبدًا، فحدّه أربعون؛ لأن الرّق منصِّف على ما عرف[2].

ومَن أقر بشرب الخمر، أو السَّكر[3]، ثم رجع لم يحد؛ لأنه خالص حق الله تعالى، ويثبت الشرب بشهادة شاهدين، ويثبت بالإقرار مرة واحدة. وعن أبي يوسف أنه يشترط[4] الإقرار مرتين[5]، وهو نظير الاختلاف في السرقة، وسنبينها هناك[6] إن شاء الله. ولا يقبل فيه[7] شهادة النساء مع الرجال؛ لأن فيها[8] شبهة البدلية[9]، وتهمة الضلال والنسيان. والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقًا[10]، لا قليلا ولا كثيرًا، ولا يعقل الرجل من المرأة. وقال العبد الضعيف[11]: هذا عند أبي حنيفة، وقالا: هو الذي يهذى[12]، ويختلط كلامه؛ لأنه هو السكران في

(١١) قوله: "أنا أظهرنا التخفيف مرة [هذا كلام من "لسان المجمعين". عناية]" يعني من حيث العدد، ولم نجعله مائة، كما في الزنا. (عناية)

(١) الشارب.

(٢) أي في أصول الفقه. (عيني)

(٣) قوله: "أو السكر" بفتحتين هو عصير الرطب إذا اشتد. (عناية)

(٤) اعتبارًا لعدد الإقرار بعدد الشهود. (عناية)

(٥) في مجلسين.

(٦) أي في السرقة. (عيني)

(٧) أي في حد الشرب.

(٨) أي في شهادة النساء.

(٩) قوله: "شبهة البدلية إلخ" يشير إلى ذلك كله قوله تعالى: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ إلى قوله: ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾، وإنما قال: شبهة البدلية دون حقيقة البدلية؛ لأن استشهاد النساء في المواضع التي جازت شهادتهن من غير ضرورة العجز من استشهاد الرجال، بخلاف سائر الأبدال لكن فيه صورة البدلية من حيث النظم. (ع)

(١٠) قال الجوهري: المنطق الكلام. (عيني)

(١١) أي المصنف. (عيني)

(١٢) قوله: "الذي يهذى" أي يكون غالب كلامه الهذيان، وإن كان بصفة مستقيمة، فليس بسكران. (عناية)

العرف، وإليه[١] مال أكثر المشايخ. وله أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءً للحد، ونهايةُ السكر أنْ يغلب السرور على العقل، فيسلبه[٢] التمييزُ بين شيء وشيء، وما دون ذلك[٣] لا يعرى عن شبهة الصحو. والمعتبر[٤] في القَدح المسكِرِ في حق الحرمة[٥] ما قالاه بالإجماع[٦]؛ أخذًا بالاحتياط، والشافعي يعتبر[٧] ظهور أثره في مِشيتِهِ وحركاتِه وأطرافِه[٨]، وهذا[٩] مما يتفاوت، فلا معنى لاعتباره.

ولا يحد السكران بإقراره على نفسه[١٠]؛ لزيادة احتمال الكذب في إقراره، فيحتال لدرءه[١١]؛ لأنه خالص حق الله تعالى، بخلاف حد القذف؛ لأن فيه حقّ العبد والسكران فيه[١٢] كالصاحي[١٣] عقوبةً، كما في

(١) أي إلى قولهما.

(٢) أي فيسلب منه.

(٣) أي إذا كان قد بقي التمييز.

(٤) قوله: "والمعتبر إلخ" أي المعتبر في القدح الذي يحصل به السكر في حق الحرمة ما قال أبو يوسف ومحمد: هو الذي يهذي ويختلط كلامه. (عيني)

(٥) لا في حق الحد.

(٦) قوله: "بالإجماع" أشار به إلى أن أبا حنيفة دار مع الاحتياط، فاعتبر في إيجاب الحد النهاية؛ إذ الاحتياط في درءه، واعتبر في حق السكر ماقالاه؛ لأن الاحتياط فيه. (عيني)

(٧) في السكر.

(٨) أي يديه ورجليه.

(٩) قوله: "وهذا" أي ظهور الأثر في مشيه مما يختلف، فإن السكران ربما لا يتمايل في مشيه، والصاحي ربما يتمايل، ويريق ويعثر في مشيه، فيرى التمايل منه، فلا يكون دليلا. (عناية)

(١٠) قوله: "ولا يحد السكران بإقراره على نفسه" يعني في الحدود الخاصة لله تعالى كالزنا، وشرب الخمر، والسرقة؛ لأن ا لإقرار خبر يحتمل الكذب، فإذا صدر من سكران زاد احتماله. (عناية)

(١١) الحد.

(١٢) أي في حق العبد.

(١٣) قوله: "كالصاحي" عرف ذلك بإجماع الصحابة، فإنهم قالوا: إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى،

سائر تصرفاته[١]، ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته؛ لأن الكفر من باب الاعتقاد، فلا يتحقق مع السكر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وفي ظاهر الرواية تكون ردةً.

باب حد القذف[٢]

وإذا قذف الرجل رجلاً محصنًا، أو امرأة محصنة بصريح الزنا، وطالب المقذوفُ بالحد[٣]، حدَّه الحاكم ثمانين سَوطًا إن كان حرًا؛ لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ إلى أن قال: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ الآية.

والمراد[٤] الرمي بالزنا بالإجماع، وفي النصّ إشارة إليه، وهو اشتراط أربعة من الشهداء؛ إذ هو مختص بالزنا، ويشترط مطالبة المقذوف؛ لأن فيه[٥] حقه[٦] من حيث دفع العار، وإحصان المقذوف لما تلونا[٧]. قال[٨]: ويفرق[٩] على أعضاءه[١٠]؛ لما مر في حد

وحد المفتري ثمانون جلدة، فهذا إجماع منهم على وجوب حد القذف، فإذا وجب عليه حد القذف حقًا للعبد، فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره. (عناية)

(١) السكران، فإن طلاقه وإعتاقه يصح.

(٢) قوله: "باب حد القذف" أخر حد القذف عن حد الشرب؛ لما أن جريمة الشارب متيقن بها، بخلاف جريمة القاذف، فإن القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب، وبهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب بضعف في ثبوت القذف؛ لجواز أن يكون صادقًا في نسبته إلى الزنا، فلا يكون قذفًا، والقذف في اللغة الرمي، وفي الشرع نسبة من أحصن إلى الزنا صريحًا، أو دلالة. (عناية)

(٣) وعجز القاذف عن إثبات ما قذفه. (عناية)

(٤) بقوله: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾. (ع)

(٥) أي في حد القذف.

(٦) أي حق المقذوف.

(٧) أي ﴿والذين يرمون المحصنات﴾.

(٨) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

الزنا[١]، ولا يجرّد من ثيابه؛ لأن سببه[٢] غير مقطوع به[٣]، فلا يقام على الشدة، بخلاف حدّ الزنا[٤]، غير[٥] أنه ينزع عنه الفَرْو والحشو؛ لأن ذلك[٦] يَمنع إيصالَ الألم به، وإن كان القاذف عبدًا جلد أربعين سوطًا لمكان الرقّ، والإحصانُ أن يكون المقذوف حرًّا عاقلا بالغًا مسلمًا عفيفًا عن فعل الزنا. أما الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان، قال الله تعالى: ﴿فعليهن[٧] نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ أى الحرائر، والعقلُ والبلوغُ؛ لأن العار لا يلحق بالصبى والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا[٨] منهما، والإسلامُ؛ لقوله عليه السلام[٩]: «مَن أشرك بالله فليس بمحصَن[١٠]»*، والعفةُ؛ لأن غير العفيف لا يلحقه العار، وكذا القاذف

(٩) الضرب.

(١٠) القاذف.

(١) قوله: "لما مر فى حد الزنا" وهو قوله: لأن الجمع فى عضو واحد يفضى إلى التلف. (عناية)

(٢) حد القذف.

(٣) قوله: "غير مقطوع به" لاحتمال أن يكون القاذف صادقًا فى نسبته إلى الزنا، وإن كان عاجزًا عن إقامة البينة؛ لأنها على الوصف المشروط فيه لا تكاد تحصل. (عناية)

(٤) قوله: "بخلاف حد الزنا" حيث يجرد عن ثيابه؛ لأن سببه معاين بالبينة والإقرار، وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة، وبالإقرار يتوقف إقامة الحد على معنى آخر، وهو كذبه فى النسبة إلى الزنا، وهو غير متيقن. (عناية)

(٥) استثناء من قوله: ولا يجرد. (ع)

(٦) يعني الفرو والحشو. (عناية)

(٧) الإماء.

(٨) أى الذى يؤثم صاحبه، ويوجب الحد عليه. (ع)

(٩) رواه إسحاق بن راهويه بإسناده عن ابن عمر. (عينى)

(١٠) وحد القذف واجب يرمى المحصنات، كما مر فى الآية.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٣، وانظر الدراية ج٢ ص١٠٦. (نعيم)

صادق فيه[١]. ومَنْ نفى نسب غيره، وقال: لستَ لأبيك، فإنه يحد، وهذا[٢] إذا كانت أمه حرة مسلمة؛ لأنه[٣] في الحقيقة قذف[٤] لأمّه؛ لأن النسب إنما ينفى عن الزاني، لا عن غيره.

ومَنْ قال لغيره في غضب: لستَ بابن فلان لأبيه الذى يدعى له يحدّ، ولو قال في غير غضب: لا يحد؛ لأن عند الغضب يراد به حقيقته[٥] سبّا له، وفي غيره يراد به المعاتبة[٦] بنفي مشابهته أباه في أسباب المروءة.

ولو قال: لستَ بابن فلان يعنى جده لم يحد؛ لأنه صادق في كلامه، ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضًا؛ لأنه قد ينسب إليه[٧] مجازًا.

ولو قال له: يا ابن الزانية و أمُّه[٨] ميتة محصَنة، فطالب الابن بحده، حد القاذف؛ لأنه قذف محصَنة بعد موتها[٩]، ولا يطالب بحد القذف للميت إلا مَن يقع القدح في نسبه بقذفه، وهو الوالد والولد[١٠]؛ لأن العار يلتحق به[١١] لمكان الجزئية، فيكون القذف متنًا ولا له معنًى.

وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارثٍ؛ لأن حد القذف يورث

(١) أي في قذف غير العفيف.

(٢) أي وجوب الحد. (عيني)

(٣) أي نفي النسب.

(٤) بالزنا.

(٥) فيتحانق القذف فيحد.

(٦) فليس بقذف فلا يحد.

(٧) الجد.

(٨) الواو حالية.

(٩) بخلاف ما إذا قذفها، ثم ماتت، فإن الحد يسقط. (عناية)

(١٠) قوله: "وهو الوالد والولد" يعني الوالد والجد وإن علا، والولد وولد الولد وإن سفل. (عناية)

(١١) أي بكل واحد من الوالد والولد.

عنده[١] على ما نبين[٢]، وعندنا ولايةُ المطالبة ليس بطريق الإرث، بل لما ذكرناه[٣]، ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل، ويثبت لولد البنت، كما يثبت لولد الابن[٤]، خلافًا لمحمد[٥]، ويثبت لولد الولد حال قيام الولد، خلافًا لزفر[٦].

وإذا كان المقذوف محصنًا، جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد، خلافًا لزفر هو يقول: القذف يتناوله[٧] معنى لرجوع العار إليه[٨]، وليس طريقه الإرث[٩] عندنا، فصار[١٠] كما إذا كان[١١] متناولا له صورة ومعنًى. ولنا أنه عيَّره[١٢] بقذف محصَن فيأخذه[١٣] بالحد، وهذا لأن الإحصان

(١) الشافعي.

(٢) أي عند قوله: ومن قذف غيره ومات. (عيني)

(٣) يعني قوله: لأن العار يلحق به. (عناية)

(٤) يعني بالاتفاق. (عناية)

(٥) قوله: "خلافًا لمحمد رحمه الله" فإنه روى عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد البنت؛ لأنه منسوب إلى أبيه، لا إلى أمه، فلا يلحقه الشين بزنا أبي أمه، وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين، ويصير الولد كريم الطرفين. (ع)

(٦) قوله: "خلافًا لزفر" قال زفر: ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم؛ لأن الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد، فصار ولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف. ولكنا نقول: حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين نسبة إليه، وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد، فأيهما خاصم، يقام الحد بخصومته. بخلاف المقذوف فإن حق الخصومة باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودًا، وذلك لا يوجد في حق ولده. (عناية)

(٧) الابن.

(٨) الابن.

(٩) لأن حد القذف لا يورث. (عناية)

(١٠) في رجوع العار إليه. (ع)

(١١) قوله: "كما إذا كان إلخ" ولو كان متنًا ولا له صورة ومعنى، بأن قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد؛ لعدم إحصان المقذوف، فكذا إذا تناوله معنًى. (عناية)

(١٢) أي الابن.

فى الذى ينسب إلى الزنا شرطٌ؛ ليقع تعييراً على الكمال، ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده[1]، والكفرُ[2] لا ينافى أهلية الاستحقاق، بخلاف ما إذا تناول القذف نفسَه[3]؛ لأنه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الإحصان فى المنسوب إلى الزنا.

وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة، ولا للابن أن يطالِب أباه[4] بقذف أمه الحرةِ المسلمة[5]؛ لأن المولى لا يعاقَب بسبب عبدِه، وكذا الأبُ بسبب ابنِه، ولهذا لا يقاد الوالدُ بولدِه، ولا السيدُ بعبده، ولو كان لها[6] ابنٌ من غيره[7] له أن يطالب لتحققِ السبب[8] وانعدامِ المانع[9].

ومن قذف غيره، فمات المقذوف، بطل الحد، وقال الشافعى: لا يبطل، ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد، بطل الباقى عندنا، خلافًا له؛ بناء على أنه يُورث[10] عنده، وعندنا لا يُورث[11]، ولا خلاف أن فيه حقّ الشرع

---

(١٣) الابن.

(١) فجاز للولد أن يأخذه بالحد. (ع)

(٢) قوله: "والكفر إلخ" أى فإن قيل: جاز أن يكون المانع موجودا، فلا يترتب الحكم على المقتضى، أجاب بقوله: والكفر لا ينافى أهلية الاستحقاق أى استحقاق أهلية الخصومة؛ لأن استحقاقها باعتبار لحوق الشين، وذلك موجود فى الولد الكافر والمملوك؛ لأن النسبة لا ينقطع بالرق والكفر. (عناية)

(٣) أى نفس الكافر أو العبد.

(٤) أو جده وإن علا. (عناية)

(٥) أو جدته وإن علت. (عناية)

(٦) المرأة.

(٧) الزوج القاذف.

(٨) أى سبب وجوب الحد، وهو القذف. (عينى)

(٩) أى الأبوة. (عينى)

(١٠) لغلبة حق العبد.

(١١) اعتباراً لغلبة حق الله.

وحقّ العبد، فإنه[١] شُرِع لدفع العار عن المقذوف، وهو الذى[٢] ينتفع به على الخصوص، فمن هذا الوجه حق العبد. ثم إنه شرع زاجرًا[٣]، ومنه سمى حدًّا[٤]، والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالَم عن الفساد، وهذا آية[٥] حق الشرع[٦]، وبكل ذلك تشهد الأحكام[٧]. وإذا تعارضت الجهتان[٨]، فالشافعى مال إلى تغليب حق العبد تقديمًا لحق العبد باعتبار حاجته، وغناء الشرع، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع؛ لأن ما للعبد من الحق[٩] يتولاه مولاه[١٠]، فيصير حق العبد مرعيًا به، ولا كذلك عكسه[١١]؛ لأنه لا ولايةَ للعبد فى استيفاء حقوق الشرع إلا نيابةً، وهذا هو

(١) أى حد القذف.

(٢) لا غيره.

(٣) أى للناس عن القذف.

(٤) لأن الحد اسم لما شرع زاجراً.

(٥) أى علامة.

(٦) لأنه لم يختص به إنسان دون إنسان.

(٧) قوله: "وبكل ذلك تشهد الأحكام" أما الأحكام التى تدل على أنه حق العبد، فهو أنه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد، ولا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار، وكذلك لا يستوفى إلا بخصومته، وإنما يستوفى بخصومته ما هو حقه. بخلاف السرقة فإن خصومته هناك للمال دون الحد، حتى لو بطل الحد بشبهة لا يبطل المال، وأما الأحكام التى تشهد على أنه حق الله أن الاستيفاء إلى الإمام، والإمام إنما يتعين نائبا فى استيفاء حق الله، ولايحلف فيه القاذف، ولا ينقلب مالا عند السقوط، ولايورث، فعلم بهذه الأحكام أنه حق الله تعالى. (ن)

(٨) أى جهة حق العبد وحق الله.

(٩) قوله: "لأن ما للعبد [وهو العار] إلخ" قيل: فيه نظر؛ لأنه يلزم أن لا يكون حق العبد غالبًا فى ما إذا اجتمع الحقان أصلا، وهو خلاف الأصول والمنقول، فإن القصاص مما اجتمع فيه حق العبد وحق الله، وحق العبد غالب على حق الله. (عناية)

(١٠) هو الله تعالى.

(١١) قوله: "ولا كذلك [أى إذا غلب حق العبد، كما قاله الشافعى] حق الله تعالى" الحاصل أن اعتبار مجرد حق العبد يوجب فوات حق الله تعالى، واعتبار حقه تعالى متضمن لاعتبار حق العبد، فكان اعتباره أولى. والأحسن أن يوجه جعله حقا لله تعالى بأن القذف وإن كان فيه حق العبد، وهو رفع العار، لكنه أيضًا راجع إلى الله تعالى أيضًا؛ لأن النسبة إلى الزنا إنما يكون سببًا للعار لأن الله تعالى حرمه، فرجع الأمر إلى حق الله. (ع)

الأصل المشهور الذى يتخرّج عليه الفروع المختلف فيها[١].

منها: الإرث؛ إذ الإرث[٢] يجرى فى حقوق العباد[٣]، لا فى حقوق الشرع.

ومنها: العفو فإنه لا يصح[٤] عفو المقذوف عندنا، ويصح عنده[٥]، ومنها: أنه لا يجوز الاعتياض عنه[٦]، ويجرى فيه التداخل[٧]، وعنده لا يجرى. وعن أبى يوسف فى العفو مثل قول الشافعى، ومن أصحابنا[٨] من قال: إن الغالب حق العبد، وخرج الأحكام[٩] والأول أظهر[١٠].

ومن أقر بالقذف، ثم رجع لم يُقبل رجوعه؛ لأن للمقذوف فيه حقًا،

---

(١) بيننا وبين الشافعى.

(٢) قوله: "إذ الإرث إلخ" يشكل بأن الغالب فى القصاص حق العبد اتفاقا مع أن الإرث لا يجرى فيه عند أبى حنيفة إلا أن يجاب عنه بأن حق العبد إنما يوجب الوراثة إذا أمكن القول بها، كما فى حد القذف؛ لأنه حق يثبت للمقذوف حال حياته، فجاز أن ينتقل عنه إلى وراثته. أما القصاص: فهو وإن كان الغالب فيه حق العبد، لكن لا يمكننا القول بثبوته بطريق الوراثة؛ لأنه لا يثبت للميت، فإنه لا يثبت له إلا ما له إليه حاجة، ولا حاجة له إليه بعد الموت، فلذا لم يجرِ فيه الوراثة. (ملا إله داد)

(٣) فيجرى عنده لا عندنا.

(٤) وعنده يصح.

(٥) بناء على أنه حقه.

(٦) لكونه حقًا لله تعالى.

(٧) قوله: "ويجرى فيه التداخل" حتى لو قذف شخصًا مرات، أو قذف جماعة كان فيه حد واحد، إذا لم يتخلل حد بين القذفين. (ف)

(٨) قوله: "ومن أصحابنا" أراد به صدر الإسلام أبو اليسر، فإنه ذكر فى "مبسوطه": الصحيح أن الغالب فيه حق العبد، كما قاله الشافعى؛ لأن أكثر الأحكام تدل عليه، وقد نص محمد فى "الأصل" أن حد القذف حق العبد كالقصاص إلا أنه فوض إقامته إلى الإمام؛ لأنه لا يهتدى إلى إقامته. (نهاية)

(٩) قوله: "وخرج الأحكام" أى أجاب عن الأحكام التى تدل على أنه حق الله، فقال فى التفويض إلى رأى الإمام: إن كل أحد لا يهتدى إلى إقامة الحد، وقال فى عدم الإرث: إنه لا يوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط؛ لأن الإرث يجرى فى الأعيان. (عناية)

(١٠) وعليه عامة أصحابنا. (نهاية)

فيكذبه في الرجوع، بخلاف[١] ما هو خالص حق الله؛ لأنه لا مكذب له فيه.

ومن قال للعربي: يا نبطي[٢]! لم يحد؛ لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق[٣]، أو عدم الفصاحة، وكذا إذا قال: لستَ بعربي؛ لما قلنا[٤].

ومن قال لرجل: يا ابن ماء السماء[٥]! فليس بقاذف؛ لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء؛ لأن ماء السماء لقب به[٦] لصفاءه وسخاءه. وإن نسبه إلى عمه، أو خاله، أو إلى زوج أمه، فليس بقاذف؛ لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبًا. أما الأول فلقوله تعالى[٧]: ﴿نعبد إلهك وإله آبائك[٨] إبراهيم وإسماعيل وإسحاق﴾، وإسماعيل كان عمًّا له، والثاني لقوله عليه السلام: «الخال أب[٩]»*، والثالث للتربية[١٠].

(١) فيقبل فيه الرجوع.

(٢) قوله: "يا نبطي!" النبط قوم من الناس بسواد العراق، فهم ممن يذم بالنسبة إليهم. (كفاية)

(٣) لا القذف بالزنا.

(٤) من أنه يراد به التشبيه في الأخلاق.

(٥) قوله: "يا ابن السماء" هو لقب عامر بن حارثة الأزدي، وكان يلقب به؛ لأنه كان يقيم بماله مقام القطر وقت القحط، وأما أم المنذر بن امرئ القيس، فكانت تلقب به لجمالها وحسنها. (كفاية)

(٦) أي بهذا اللفظ.

(٧) قوله: "فلقوله تعالى" أول الآية: ﴿أم كنتم شهداء إذ حضر يعقوب الموت إذ قال لبنيه ما تعبدون من بعدي قالوا نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق إلهًا واحدًا﴾، وإسماعيل كان عمًّا ليعقوب، فإن إسحاق وإسماعيل أخوان، ويعقوب ابن إسحاق. (نهاية)

(٨) الخطاب إلى يعقوب خاطبه بنوه. (ن)

(٩) قوله: "الخال أب" قلت: غريب، وفي "مسند الفردوس" للديلمي عن عبد الله بن عمرو مرفوعًا: «الخال والد من لا والد له». (تخريج زيلعي)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٣، وانظر الدراية ج٢ في باب حد القذف ص١٠٦. (نعيم)

(١٠) قوله: "والثالث للتربية" أي يسمى زوج الأم أبًا للتربية، كما يسمى ابن المرأة من غيره ابنًا، قال الله تعالى حكاية من نوح: ﴿رب إن ابني من أهلي﴾، قيل: كان ذلك الابن ربيبًا له. (عناية)

ومن قال لغيره: زنأت[1] في الجبل، وقال: عنيتُ[2] صعودَ الجبل حد، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يحد؛ لأن المهموز منه للصعود حقيقة، قالت امرأة من العرب[3] ع:

وأرق[4] إلى الخيرات زنا في الجبل

وذكر الجبل[5] يقرره مرادًا. ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزًا أيضًا؛ لأن من العرب[6] من يُهمز الملّين[7]، كما يليّن المهموز.

وحالةُ الغضب والسباب[8] تعيِّنُ الفاحشةَ مرادًا بمنزلة ما إذا قال: يا زاني[9]، أو قال: زنأتَ[10]، وذكر الجبل إنما يعين الصعود مرادًا إذا كان مقرونًا بكلمة على؛ إذ هو المستعمل فيه، ولو قال: زنأت على الجبل قيل:

---

(١) أي بالهمزة. (ع)

(٢) أي أردت.

(٣) لولدها.

(٤) قوله: "وأرق إلخ" أوله:

أشبه أبا ملك أو أشبه جمل ... ولا تكونن كهلّوف وكلّ
لصبح في مضجعه قد انجدل ... وأرق إلى الخيرات زنأ بالجبل

وجمل بالجيم اسم لرجل أبو حي من العرب، والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام الشيخ الهرم، والكل العيال والانجدال السقوط. (ن)

(٥) قوله: "وذكر الجبل يقرره" لأنه قرينة الصعود، ولهذا لو قال: زنأت الجبل لا يحد، وحرف في لا ينافي الصعود، كما في قول الشاعر. (كفاية)

(٦) قوله: "لأن من العرب إلخ" فمنهم العجاج، فإنه كان يهمز العالم والخاتم، وهمز الملين أيضًا في الهرب من التقاء الساكنين، فقال: دأبه وشابه، وهمزوا في غير التقاء الساكنين أيضًا. (نهاية)

(٧) المراد به خلاف المهموز.

(٨) قوله: "وحالة الغضب" فيه إشارة إلى أنه لو قاله في غير حالة الغضب والسباب ولم يكن هناك قرينة من القرائن الحالية أو المقالية، لم يحد بهذا القول؛ لجواز أن يريد به الصعود، ولما كان يرد عليه بأن حالة الغضب، وإن كانت معينة للفاحشة، لكن ههنا معينا لمعنى الصعود أيضًا، وهو كلمة الجبل، فأجاب عنه بقوله: وذكر الجبل إلخ. (ع)

(٩) بالهمز.

(١٠) بدون ذكر الجبل.

لا يحدّ؛ لما قلنا[١]، وقيل: يُحدّ للمعنى الذى ذكرناه[٢].

ومن قال لآخر: يا زانى! فقال: لا، بل أنتَ، فإنهما يحدان؛ لأنّ معناه[٣] لا، بل أنت زانٍ؛ إذ هى[٤] كلمة عطف يستدرك بها الغلط، فيصير الخبر المذكور فى الأول[٥] مذكوراً فى الثانى.

ومن قال لامرأته: يا زانية! فقالت: لا، بل أنتَ، حدت[٦] المرأة، ولا لعان؛ لأنهما قاذفان، وقذفه يوجب اللعان، وقذفها الحد[٧]، وفى البداية بالحد[٨] إبطالُ اللعان؛ لأن المحدود فى القذف ليس بأهل له[٩]، ولا إبطال فى عكسه[١٠] أصلا، فيحتال للدرء[١١]؛ إذ اللعان فى معنى الحد.

---

(١) إشارة إلى قوله: إذا كان مقرونًا بكلمة على. (نهاية)

(٢) إشارة إلى قوله: وحالة الغضب. (نهاية)

(٣) أى معنى قول الآخر.

(٤) قوله: "إذ هى" يعنى أن كلمة بل كلمة عطف لاستدراك الغلط، والعطف إذا لم يكن له خبر يجعل الخبر الأول خبراً له. (نهاية)

(٥) قوله: "فى الأول" اعترض عليه بأن المراد بالأول هو يا زانى! وليس فيه خبر، والجواب أن المراد بالخبر الجزء؛ لأن الخبر الجزء الأخص، فيستعار للعام، كذا فى "العناية". أقول: والأولى أن يقال: المنادى أيضًا يشتمل على الخبر ولو ضمنا، فمعنى قوله: فيصير الخبر المذكور فى الأول أى ضمنا. (عبد)

(٦) أى حد القذف.

(٧) باللعان.

(٨) على المرأة.

(٩) قوله: "ليس بأهل له" لأن أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة، وإقامة الحد تبطل أهلية شهادة المحدود فى القذف. (ع)

(١٠) قوله: "ولا إبطال فى عكسه [أى فى البداية باللعان؛ لأن بجريان اللعان لا يبطل إحصان الرجل]" يعنى لو قدمنا اللعان لا يبطل به حد القذف عن المرأة، غاية ما فى الباب أن اللعان فى حق الرجل قام مقام حد القذف، ولكن لا يخرج به عن أن يكون عفيفًا، فيجبُ حد القذف على المرأة احتيالا لدرء اللعان. (ع)

(١١) أى دفع اللعان.

ولو قالت[1]: زنيت بك، فلا حد، ولا لعان، ومعناه قالت بعد ما قال لها: يا زانية! لوقوع الشك في كل واحد منهما؛ لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح، فيجب الحد[2] دون اللعان؛ لتصديقها[3] إياه، وانعدامه[4] منه[5]، ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان معك[6] بعد النكاح؛ لأني ما مكّنتُ أحدًا غيرك، وهو المراد في مثل هذه الحالة، وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة؛ لوجود القذف منه[7]، وعدمه منها، فجاء ما قلنا[8].

ومن أقر بولد، ثم نفاه فإنه يلاعن؛ لأن النسب لزمه بإقراره، وبالنفي بعده صار قاذفًا[9] فيلاعن.

وإن نفاه ثم أقر به حد[10]؛ لأنه لما أكذب نفسه، بطل اللعان؛ لأنه حد

---

(١) أي في جواب قول الزوج لها: يا زانية! (ع)

(٢) قوله: "فيجب الحد" أي يجب الحد على المرأة دون اللعان على الزوج؛ لأنها أقرت بالزنا على نفسها، كذا ذكره قاضي خان. (نهاية)
قوله: "فيجب الحد" أي يجب حد الزنا، كذا في الشرح، وفيه نظر؛ لما عرف أن الإقرار مرة لا يوجب الحد ما لم يقر أربع مرات، وهي لم تقر إلا مرة، ولأن المصنف علله بقوله لتصديقها إياه، وانعدامه منه، ولا يخفى أن انعدامه في وجوب حد القذف عليها، والحق أن يراد بالحد في قوله: فيجب الحد حد القذف، كما وقع التصريح به في الكافي.(إله داد)

(٣) أي تصديق المرأة زوجها في نسبة الزنا إليها.

(٤) أي التصديق. (ن)

(٥) أي من الزوج. (نهاية)

(٦) قوله: "زناي ما [كلمة ما موصولة خبر لزناي. نهاية] كان معك" إطلاق لفظ الزنا على الوطئ الحلال بطريق المشاكلة، كما في قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾. (كفاية)

(٧) أي الزوج.

(٨) من أنه لا حد، ولا لعان لوقوع الشك. (عناية)

(٩) للزوجة.

(١٠) الزوج حد القذف.

ضروری صير إليه ضرورة التكاذب[١]، والأصل فيه حد القذف، فإذا بطل التكاذب[٢] يصار إلى الأصل. والولد ولده فى الوجهين[٣]؛ لإقراره به سابقًا، أو لاحقًا، واللعان يصح[٤] بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد. وإن قال[٥]: ليس بابنى، ولا بابنكِ، فلا حد[٦] ولا لعان؛ لأنه أنكر الولادة، وبه لا يصير قاذفًا.

ومن قذف امرأة، ومعها أولاد لا يُعرف لهم أب، أو قذف الملاعنة[٧] بولد، والولد حى، أو قذفها بعد موت الولد، فلا حد عليه؛ لقيام أمارة[٨] الزنا منها، وهى ولادة ولد لا أب له، ففاتت العفة نظرًا إليها[٩]، وهى شرط الإحصان[١٠]، ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد، فعليه الحد؛ لانعدام أمارة الزنا[١١].

---

(١) بإكذاب الرجل نفسه. (عناية)

(٢) بإكذاب الرجل نفسه. (عناية)

(٣) أى الوجه الذى أقر، ثم نفى وعكسه. (ع)

(٤) قوله: "واللعان يصح إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: أن سبب اللعان ههنا كان نفى الولد، فلما لم ينتفِ الولد يجب أن لا يجرى اللعان عنهما؛ لأن فى بطلان المتضمن بطلان المتضمن. (نهاية)

(٥) لامرأته.

(٦) لأنه لا يقذفها بالزنا.

(٧) قوله: "أو قذف الملاعنة" بفتح العين، هكذا نقله صاحب "النهاية" عن شيخه وبخطه، ويجوز أن يكون بكسر العين معناه التى لاعنت بولد، كذا فى "الكافى". (عناية)

(٨) بالفتح بمعنى العلامة.

(٩) أى إلى أمارة الزنا. (نهاية)

(١٠) قوله: "وهى شرط الإحصان" أى العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف، وهى فائتة، فلا يجب الحد عليه. (نهاية)

(١١) قوله: "لانعدام أمارة الزنا" فإن قيل: اللعان فى جانبها قائم مقام حد الزنا، وكانت محدودة فى الزنا، فوجب أن لا يحد قاذفها، قلنا: اللعان قائم مقام الزنا بالنسبة إلى زوجها، لا بالنسبة إلى الغير. (د)

قال: ومن وطئ وطئًا حرامًا في غير ملكه[١]، لم يحد قاذفه؛ لفوات العفة[٢]، وهي شرط الإحصان، ولأن القاذف صادق[٣]. والأصل فيه أن من وطئ وطئًا حرامًا لعينه لا يجب الحد بقذفه؛ لأن الزنا هو الوطئ المحرم لعينه[٤]، وإن كان محرمًا لغيره يحد؛ لأنه ليس بزنا، فالوطئ في غير الملك من كل وجه، أو من وجه حرامٌ لعينه، وكذا الوطئ في الملك، و الحرمة[٥] مؤبدة[٦]، فإن كانت الحرمة موقتة[٧]، فالحرمة لغيره. وأبو حنيفة يشترط أن يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع[٨]، أو بالحديث المشهور[٩]؛ لتكون ثابتة من غير تردد. بيانه أن من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر، فلا حد عليه؛ لانعدام الملك من وجه[١٠].

وكذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها[١١]؛ لتحقق الزنا منها شرعًا[١٢]؛

---

(١) أي من كل وجه، أو من وجه. (كفاية)

(٢) قوله: "لم يحد قاذفه" اعلم أن الحرمة على وجهين: أحدهما: حرام لعينه، وذلك ينشأ من شيئين: أحدهما: الوطئ في غير الملك، أما من كل وجه كوطئ الأجنبية، أو من وجه كوطئ الجارية المشتركة بينه بين غيره. والثاني: بوطئ المرأة التي هي حرام عليه على سبيل التأبيد، وإن كان في ملكه كوطئ أمته، وهي أخته من الرضاع، فلا يجب حد قاذفه، وما سواهما من الوطئ، فمن قبيل ما هو حرام لغيره كوطئ أمته المجوسية، وبمثله لا يسقط الإحصان إلى هذا أشار في "المبسوط". (نهاية)

(٣) لأن الزنا هو الوطئ الحرام لعينه. (ع)

(٤) فكان القاذف صادقًا.

(٥) الواو للحال.

(٦) كأمته التي هي أخته رضاعًا. (ك)

(٧) كالوطئ حالة الحيض. (ن)

(٨) قوله: "بالإجماع" كموطوءة الأب بعد ملك النكاح، أو ملك اليمين إذا اشتراها ابنه فوطئها. (ن)

(٩) قوله: "أو بالحديث المشهور" كحرمة وطئ المنكوحة بلا شهود، فإنها ثابتة بحديث: «لا نكاح إلا بالشهود»، وهو مشهور. (ع)

(١٠) لوجود الشريك.

(١١) أي في حال الكفر.

(١٢) فيكون القاذف صادقًا.

لانعدام الملك[١]، ولهذا وجب عليها الحد.

ولو قذف رجلا وأتى أمته و هى[٢] مجوسية، أو امرأته و هى[٣] حائض، أو مكاتبةً له، فعليه الحد؛ لأن الحرمة مع قيام الملك، وهى موقتة، فكانت الحرمة لغيره، فلم يكن زنا[٤].

وعن أبى يوسف أن وطئ المكاتبة يسقط الإحصان، وهو قول زفر؛ لأن الملك زائلٌ فى حق الوطئ، ولهذا يلزمه العُقر بالوطئ[٥]، ونحن نقول: ملك الذات باقٍ، والحرمة لغيره؛ إذ هى موقتة[٦].

ولو قذف رجلا وطئ أمته، وهى أخته من الرضاعة لا يحد؛ لأن الحرمة مؤبدة، وهذا هو الصحيح[٧].

ولو قذف مكاتبًا، ومات وترك وفاء، لا حد عليه؛ لتمكن الشبهة فى الحرية لمكان اختلاف الصحابة[٨].

ولو قذف مجوسيًا تزوج بأمه ثم أسلم، يحد عند أبى حنيفة، وقالا: لا حد عليه، وهذا بناء على أن تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما

---

(١) أى ملك الزانى.

(٢) الواو للحال.

(٣) الواو للحال.

(٤) فكان القاذف كاذبًا، فيجب عليه الحد.

(٥) قوله: "يلزمه العقر بالوطئ" وجوب العقر للمولى باعتبار أن للمكاتب ملكًا، وملك اليد أيضًا يضمن كما يضمن ملك الرقبة، ولزوم العقر فى المكاتبة لا يدل على سقوط الإحصان، كالراهن إذا وطئ المرهونة وهى بكر، يلزمه العقر، ولا يسقط به الإحصان، كذا قيل. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٦) أى إلى فسخ الكتابة. (كفاية)

(٧) قوله: "هذا هو الصحيح" وذكر الكرخى أنه لا يسقط به الإحصان؛ لأن الفعل حرم مع قيام الملك المبيح، فلا يسقط به إحصانه، والصحيح هو الأول لثبوت التضاد بين الحل الحرمة. (كفاية)

(٨) قوله: "لمكان اختلاف الصحابة" يعنى فى أنه مات حرا، أو عبدًا على ما سيجيء فى كتاب المكاتب، إن شاء الله تعالى. (عناية)

بينهم عنده، خلافًا لهما، وقد مر في النكاح[١].

وإذا دخل الحربي دارنا[٢] بأمان، فقذف مسلمًا حد[٣]؛ لأن فيه حق العبد، وقد التزم إيفاء[٤] حقوق العباد، ولأنه طمع في أن لا يؤذى[٥]، فيكون ملتزمًا[٦] أن لا يؤذي[٧]، وموجَبَ أذاه الحد.

وإذا حدّ المسلم في قذف، سقطت شهادته وإن[٨] تاب، وقال الشافعي: تقبل إذا تاب، وهي[٩] تعرف في الشهادات.

وإذا حد الكافر في قذف لم يجز شهادته على أهل الذمة؛ لأن له الشهادة على جنسه، فترد[١٠] تتمةً لحده.

فإن أسلم[١١] قبلت شهادته عليهم[١٢]، وعلى المسلمين؛ لأن هذه شهادة[١٣] استفادها بعد الإسلام، فلم تدخل تحت الرد، بخلاف العبد[١٤]

---

(١) أي في باب نكاح أهل الشرك. (عناية)

(٢) أي دار الإسلام.

(٣) قوله: "حد" هذا هو جواب ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة أنه لا يحد؛ لأن الغالب فيه حق الله تعالى. (عناية)

(٤) مصدر وفي. (ن)

(٥) أي لا يؤذيه أحد من المسلمين.

(٦) قوله: "فيكون ملتزمًا إلخ" أي التزم أن لا يؤذي أحدًا، وإن أذى يتحمل موجب الأذى، وهو حد القذف. (نهاية)

(٧) أي أحدًا من أهل الإسلام.

(٨) الواو وصلية.

(٩) أي هذه المسألة تذكر في كتاب الشهادات.

(١٠) كما في المسلم.

(١١) أي الذمي بعد ما حد في القذف.

(١٢) أي الذميين.

(١٣) قوله: "لأن هذه شهادة إلخ" فإن قيل: إنما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين، فأما على أهل الذمة

إذا حدّ حدَّ القذف، ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته؛ لأنه لا شهادة له أصلا فى حال الرق[1]، فكان ردُّ شهادته بعد العتق من تمام حده.

فإن ضُرب سوطًا فى قذف[2]، ثم أسلم، ثم ضُرب ما بقى جازت شهادته؛ لأن رد الشهادة متمم للحد، فيكون صفةً له، والمقام[3] بعد الإسلام[4] بعض الحد، فلا يكون رد الشهادة صفةً له، وعن أبى يوسف أنه ترد شهادته؛ إذ الأقل[5] تابع للأكثر، والأول أصح[6].

قال: ومن قذف، أو زنى، أو شرب غير مرةٍ فحد، فهو لذلك كله، أما الآخران[7] فلأن المقصد من إقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار، واحتمالُ حصوله[8] بالأول قائم، فيتمكن شبهة فوات المقصود[9] فى

فقد كانت الشهادة موجودة، وقد صارت باطلة بإقامة الحد. قلنا: لا كذلك، بل بالإسلام استفادها أيضًا؛ تبعا لأهلية الشهادة على المسلمين، وهو غير ما كان موجوداً قبله، كذا فى "الجامع الصغير". (نهاية)

(١٤) قوله: "بخلاف العبد" جواب عما يقال: العبد إذا قذف، فضرب الحد، ثم أعتق لا تقبل شهادته، فكيف قبلت شهادة الكافر إذا أسلم. (عناية)

(١) حتّى يكفى رده تتمة للحد.

(٢) قوله: "فإن ضرب [الكافر] سوطًا إلخ" أجمع العلماء على القبول إذا حد قبل الإسلام، وعلى عدم القبول إذا حد بعده، ولو أقيم بعضه فى الإسلام وبعضه قبله، اختلفوا فيه، فقال أبو حنيفة: ينظر إلى حال إكمال الحد، إن ضرب فى كفره تسعة وتسعين، وبعد الإسلام واحداً لا تقبل؛ لأن رد شهادته من تمام حده، فينظر حال تمامه. وهكذا روى عن أبى يوسف، ثم رجع إلى ما ذكره فى الكتاب؛ لأن الرد تتمة للحد، فلا بد من وجوده؛ ليكون الرد تتمة له، ولم يوجد، لا فى الكفر، ولا فى حال الإسلام. (كفاية)

(٣) بضم الميم.

(٤) وكذلك في الكفر.

(٥) فكان الكل وجد فى الإسلام. (ع)

(٦) لأن بعض الحد لا يكون حداً. (كفاية)

(٧) أى الزنا والشرب.

(٨) قوله: "واحتمال إلخ" أى احتمال حصول الانزجار بالأول قائم، فيتمكن شبهة فوات المقصود، وهو الانزجار، فإنه لما حصل بالحد الأول، لا يحتاج إلى الحد ثانيًا، ولما تمكنت الشبهة لم يقم الحد الثانى. (نهاية)

(٩) والحدود تدرأ بالشبهات. (ن)

الثانى، وهذا[١] بخلاف ما إذا زنى، وقذف، وسرق، وشرب؛ لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر[٢]، فلا يتداخل.

وأما القذف فالمغلب فيه عندنا[٣] حق الله[٤]، فيكون ملحقا بهما، وقال الشافعى: إن اختلف المقذوف[٥]، أو المقذوف به[٦]، وهو الزنا لا يتداخل؛ لأن المغلب فيه حق العبد عنده.

فصل[٧] فى التعزير

ومن قذف عبدًا، أو أمةً، أو أم ولد، أو كافرا بالزنا عزّر؛ لأنه جناية قذف، وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان[٨]، فوجب التعزير.

وكذا إذا قذف مسلمًا بغير الزنا، فقال: يا فاسق! أو يا كافر! أو يا خبيث! أو يا سارق! لأنه أذاه، وألحق الشين[٩] به، ولا مدخل للقياس فى الحدود[١٠]، فوجب التعزير إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته فى الجناية

(١) دفع دخل مقدر.

(٢) قوله: "غير المقصود من الآخر" فحد الزنا لصيانة الأنساب، وحد السرقة لصيانة الأموال، وحد الشرب لصيانة العقول، وحد القذف لصيانة الأعراض فلا تتداخل. (كفاية)

(٣) لا عند الشافعى.

(٤) فيجرى فيه التداخل كسائر الحدود. (ع)

(٥) بأن قذف غير الأول. (ك)

(٦) بأن قذف الأول بزنا آخر. (ك)

(٧) قوله: "فصل" لما فرغ عن ذكر الحدود، وهى الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب، أو السنة، أو الإجماع، ذكر فى هذا الفصل الزاجر الذى هو دونها فى القدر وقوة الدليل، وهو التعزير، وأصله من العزر بمعنى الزجر والردع، والأصل فيه أن من قذف غيره بكبيرة لم يجب فيها حد، يجب فيها التعزير. (عناية)

(٨) فى المقذوف.

(٩) بالفتح أى العيب والعار.

(١٠) قوله: "فى الحدود" أى فى إثباتها؛ لأن الحد عقوبة مقدرة، والرأى لا يهتدى إلى تقدير العقوبة بقدر معلوم، وإذا امتنع الحد، وجب التعزير. (حاشية ملا إله داد)

الأولى[١]؛ لأنه من جنس ما يجب به الحد، وفي الثانية[٢] الرأى إلى الإمام. ولو قال: يا حمار! أو يا خنزير! لم يعزر؛ لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه[٣]، وقيل: في عرفنا[٤] يعزّر؛ لأنه يعدُّ سبًا، وقيل: إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية[٥] يعزّر؛ لأنه يلحقهم الوحشة بذلك[٦]، وإن كان من العامة لا يعزر، وهذا[٧] أحسن، والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطًا، وأقله ثلاث جلدات.

وقال أبو يوسف: يبلغ التعزير خمسًا وسبعين سوطًا، والأصل فيه قوله عليه السّلام[٨]: «من بلغ[٩] حدًا في غير حد فهو من المعتدين[١٠]»*، وإذا تعذر تبليغه حدًا، فأبو حنيفة ومحمد نظرًا إلى أدنى الحد،[١١] وهو حد العبد في القذف، فصرناه إليه، وذلك أربعون،

(١) وهي ما إذا قذف غير المحصن بالزنا. (ك)

(٢) يعني قوله: يا فاسق! إلخ. (ع)

(٣) قوله: "للتيقن بنفيه" قيل: بل يلحق الشين للقاذف؛ لأن كل أحد يعلم أنه آدمي، وإن القاذف كاذب. (عناية)

(٤) كذا حكي عن الهندواني. (نهاية)

(٥) أي السادات.

(٦) أي بما ذكر من الألفاظ ونحوه.

(٧) أي هذا التفصيل أحسن.

(٨) قوله: "قوله عليه السلام" قلت: أخرجه البيهقي ومحمد بن الحسن في "كتاب الآثار" مرفوعًا. (ت)

(٩) قوله: "من بلغ" بالتخفيف بمعنى السماع، كذا في "المغرب"، وأما ما يجري على ألسنة الفقهاء من التثقيل، فعلى حذف المفعول الأول، كما في قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا فليبلغ الشاهد الغائب»، وذكر هذا الحديث في "الفوائد الظهيرية". ثم قال: بلغ بالتخفيف من البلوغ، لا من التبليغ؛ لأن المبلغ إليه غير مذكور، والمراد تبليغ الحد غير الحد، ومعنى بلغ بالتخفيف أتى حدًا في موضع لا يجب فيه الحد. (كفاية)

(١٠) أي المتجاوزين عن حد الشرع.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٤، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٣ ص١٠٧. (نعيم)

(١١) قوله: "إلى أدنى الحد إلخ" هذا هو الحق؛ لأن من اعتبر حد الأحرار، فقد بلغ حدًا، وهو حد العبد، والتنكير في الحديث ينافيه. ووجه نقصان السوط في المذهبين أن البلوغ إلى تمام الحد متعذر، وليس بعده قدر معين، فيصار إلى أقل ما يمكن للتيقن. (عناية)

فنقصا منه سوطًا[١]. وأبو يوسف اعتبر أقل الحد في الأحرار[٢]؛ إذ الأصل هو الحرية، ثم نقص سوطًا[٣] في رواية عنه، وهو قول زفر، وهو القياس، وفي هذه الرواية[٤] نقص خمسة، وهو مأثور عن علي[٥]* فقلّده، ثم قدّر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات؛ لأن ما دونها لا يقع به الزجر، وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام[٦] يقدر بقدر ما يعلم أنه[٧] ينزجر؛ لأنه يختلف باختلاف الناس. وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجُرم وصغره، وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه، فيقرب اللمس[٨]، والقبلة من حد الزنا، والقذف بغير الزنا من حد القذف[٩].

قال: وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبسَ فعل؛ لأنه صلح تعزيراً، وقد ورد الشرع به في الجملة[١٠]، حتى جاز أن يكتفى به، فجاز أن يضم إليه، ولهذا لم يشرع[١١] في التعزير بالتهمة قبل ثبوته،

(١) فجعلا أكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطًا.

(٢) أي ثمانون سوطًا.

(٣) فجعل أكثر التعزير تسعة وسبعون سوطًا.

(٤) المذكورة سابقًا.

(٥) قوله: "وهو [يعني بلوغ التعزير خمسة وسبعين، قلت: غريب، و ذكره البغوي في "شرح السنة" عن ابن أبي ليلى. ت] مأثور عن علي" تأويل ما روى عنه أنه كان يعقد لكل خمسًا، فلما بلغ خمسًا وسبعين لم يعقد. (ك)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٤، وانظر الدراية ج٢ ص١٠٧. (نعيم)

(٦) أي التقدير مفوض على رأي الإمام.

(٧) أي القاذف.

(٨) فيكون فيه أكثر الجلدات. (عناية)

(٩) فيكون فيه أقل الجلدات. (عناية)

(١٠) قوله: "وقد ورد الشرع به في الجملة" وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم حبس رجلا للتعزير. (ع)

(١١) قوله: "ولهذا لم يشرع إلخ" هذا لإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير أي لم

كما شرع في الحد؛ لأنه من التعزير. قال: وأشد الضرب التعزير[١]؛ لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد[٢]، فلا يخفّف من حيث الوصف؛ كي لا يؤدي إلى فوات المقصود[٣]، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء.

قال: ثم حد الزنا؛ لأنه ثابت بالكتاب، وحد الشرب ثبت بقول الصحابة، ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم. ثم حد الشرب؛ لأن سببه[٤] متيقن به، ثم حد القذف؛ لأن سببه محتمل لاحتمال كونه[٥] صادقًا، ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة[٦]، فلا يغلّظ من حيث الوصف.

ومن حدّه الإمام، أو عزّره فمات، فدمه هدر؛ لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع[٧]، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصّاد والبزاغ[٨]،

يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجب التعزير، حتى لو ثبت وتحقق قبل ثبوته، بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصنا، فقال: يا فاسق! أو يا كافر! فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود.

وفي فصل الحد بالتهمة يحبس؛ لأن في باب الحد شيء آخر، وهو الحد فوق الحبس، فيجوز أن يحبس في تهمته، وفي التعزير لا يحبس في التهمة. (نهاية)

(١) قوله: "وأشد الضرب إلخ" اختلف المشايخ في شدته، قال في "شرح الطحاوي"، قال بعضهم: هو الجمع في عضو تجمع الأسواط في عضو واحد، ولا تفرق على الأعضاء، بخلاف سائر الحدود.
وقال بعضهم: شدته في الضرب، لا في الجمع، ولعل المصنف اختار هذا، كما يشير إليه قوله: ولهذا لم يخفف إلخ فإنه لو كان الشدة عنده عبارة عن عدم التفريق، لزمه توضيح الشيء بنفسه. (عناية)

(٢) حيث جعل أقل من الحد.

(٣) وهو الزجر. (ع)

(٤) أي الشرب.

(٥) القاذف.

(٦) فإنه يرد شهادة المحدود في القذف، ولا تقبل أبدًا.

(٧) قوله: "لأنه فعل إلخ" ذكر مسألتين: إحداهما: مبنية على الأمر، والأخرى: على الإطلاق، والفرق بينهما أن الأمر لطلب المأمور به، وهو من الإثباتات، وهي لا تقبل التعليق بالشرط؛ لأنه يشبه القمار.
وأما الإطلاق فإسقاط؛ لكونه رفع القيد، وهو قابل للتعليق، فتقيد بوصف السلامة، ولأن الفعل المطلق في

بخلاف الزوج[١] إذا عزّر زوجته؛ لأنه مطلق[٢] فيه، والإطلاقاتُ يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق[٣].

وقال الشافعي: تجب الدية[٤] في بيت المال؛ لأن الإتلافَ خطأ فيه؛ إذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية في بيت المال؛ لأن نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين، فيكون الغُرم[٥] في مالهم.

قلنا[٦]: لما استوفى حق الله تعالى بأمره، صار كأنَّ الله أماته من غير واسطة، فلا يجب الضمان.

كتاب السّرقة[٧]

السرقة في اللغة: أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار،

اختيار الفاعل؛ لأنه حقه، فينبغي أن يتقيد بوصف السلامة؛ لأنه لا ضرورة في تركه. (عناية)

(٨) قوله: "كالفصاد والبزاغ" هو الذي يداوي الفرس، فإنه إذا مات الرجل بالفصد، أو مات الفرس بالبزغ، لا يجب عليهما شيء؛ لأنهما فعلا ما أمرا، فلا يتقيد بوصف السلامة. (عبد)

(١) قوله: "بخلاف الزوج إلخ" فإنها لو ماتت من ضربه لا يهدر دمها، بل يضمن؛ لأن تأديبه مباح، ترجع منفعته إليه، لا إليها، فيتقيد بشرط السلامة. وكذا لو أدب المعلم الصبي، فمات يضمن عندنا، وعند الأئمة الثلاثة لا يضمن الزوج، ولا المعلم في التعزير، ولا الأب في التأديب، ولا الجد، ولا الوصي إذا ضربه ضربا معتادا، وإلا يضمن بالإجماع، كذا قيل. (مجمع)

(٢) قوله: "لأنه مطلق" فإن قيل: يشكل على هذا ما لو جامع المرأة، فمات من جماعه، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد، كما في "المحيط" مع أن الزوج استوفى نفسه. قلنا: إنما لم يجب الضمان هناك؛ لأن الضمان هو المهر، وقدوجب في ابتداء ذلك بالفعل، فلووجبت الدية بموتها، كان فيه إيجاب الضمانين، وهو لايجوز. (ك)

(٣) فإنه لو مر في الطريق، فأفسد شيئًا يضمن.

(٤) في صورة التعزير.

(٥) أي الضمان.

(٦) جواب عن استدلال الشافعي.

(٧) قوله: "كتاب السرقة" لما فرغ عن ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة النفوس، شرع في ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة الأموال. (عناية)

ومنه استراق السمع[١]، قال الله تعالى: ﴿إلا من استَرَق السمع[٢]﴾، وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة[٣] على ما يأتيك بيانه، إن شاء الله تعالى. والمعنى اللغوى[٤] مراعى فيها ابتداء وانتهاء[٥]، أو ابتداء[٦] لا غير، كما إذا نُقب[٧] الجدار على الاستسرار، وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار[٨]، وفى الكبرى[٩] أعنى قطع الطريق مسارقة عين الإمام؛ لأنه هو المتصدى لحفظ الطريق بأعوانه، وفى الصغرى مسارقة عين المالك، أو من يقوم مقامه[١٠].

قال: وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم، أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز[١١] لا شبهة فيه، وجب عليه القطع، والأصل فيه

(١) فإنه سمع كلام المتكلم فى حال غفلته. (ك)

(٢) أى استمع إليه على وجه الخفية. (عناية)

(٣) قوله: "أوصاف فى الشريعة" هى أن يقال: السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصاباً محرزاً للتمول غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل، ولا شبهة. (عناية)

(٤) أى الأخذ على سبيل الخفية. (عناية)

(٥) قوله: "ابتداء وانتهاء" هذا إذا سرق نهاراً، أو ابتداء لا غير، هذا فى سرقات الليل؛ لأن أكثر السرقات تصير فى الليل، وهو وقت لا يلحقه الغوث، فلو لم يكتفِ فيه بالخفية ابتداء، لامتنع القطع فى الأكثر. بخلاف ما إذا كان فى النهار؛ لأنه وقت يلحقه الغوث، فلا يصير مغالبة وقت الأخذ، كذا فى "الذخيرة". وفى "الحاوى": إذا كانت باب الدار مسدوداً، فدخلها السارق خفية قطع، ولو كان مفتوحاً، فدخل نهاراً، وسرق لا يقطع. (ك)

(٦) أى ابتداء فعل السرقة. (ن)

(٧) قوله: "كما إذا إلخ" نظير لما يكون معناه اللغوى فيه موجوداً وقت الابتداء دون الانتهاء، وترك نظير الأول لظهوره. (عناية)

(٨) قوله: "على الجهار" أى مقاتلة بسلاح، وكان القياس أن لا يقطع فيه؛ لأن ركن السرقة الأخذ على سبيل الخفية، وهى وإن وجدت وقت الدخول، لكنه لم يوجد وقت الأخذ، لكنهم استحسنوا، وقالوا: بوجوب الحد. (ع)

(٩) أى قطع الطريق، وإنما سميت كبرى؛ لأن فيه ضرراً عاماً. (كفاية)

(١٠) كالمودع، أوالمستعير، أو الغاصب.

(١١) أى موضع الحفظ.

قوله تعالى: ﴿والسّارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ الآية، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ؛ لأن الجناية لا يتحقق دونهما[١]، والقطع جزاء الجناية، ولا بد من التقدير[٢] بالمال الخطير[٣]؛ لأن الرغبات تفتر في الحقير، وكذا أخذه لا يخفى، فلا يتحقق ركنه، ولا حكمة الزجر؛ لأنها فيما يغلب، والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا. وعند الشافعي التقدير بربع دينار، وعند مالك بثلاثة دراهم، لهما أن القطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ما كان إلا في ثمن المجن[٤]*، وأقل ما نقل[٥] في تقديره ثلاثة دراهم، والأخذ بالأقل، وهو المتيقن به أولى، غير أن الشافعي يقول: كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام اثنى عشر درهمًا، والثلاثة ربعها[٦]. ولنا[٧] أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب

---

(١) فلا يقطع المجنون والصبي.

(٢) قوله: "ولا بد [هذا هوقول فقهاء الأمصار، وعند أصحاب الظواهر لا يعتبر النصاب. ن] من التقدير بالمال إلخ" لأن في اسم السرقة ما ينبئ عن صفة الإحراز، وكونه شرطًا بالنص، والشرائط في العقوبات يراعى وجودها على الكمال؛ لما في النقصان من شبهة العدم، والإحراز إنما يتم في المال الخطير دون القليل. (ن)

(٣) أي الكثير، وهو قدر النصاب. (ن)

(٤) بكسر الميم وتشديد النون: سپر. (ن)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٤ ص١٠٧. (نعيم)

(٥) قوله: "وأقل ما نقل إلخ" قلت: أخرجا عن عائشة لم تقطع يد السارق على عهد رسول الله ﷺ في أقل من ثمن مجن، أو ترس. وأخرجا عن ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ قطع سارقًا في مجنٍ قيمته ثلاثة دراهم»، وأخرجا مرفوعًا: «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار»، وفي "مسند أحمد" مرفوعًا: «اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا في ما هو أدنى من ذلك»، وكان ذلك ربع الدينار يومئذٍ ثلاثة دراهم، والدينار اثنا عشر درهمًا. (ت)

(٦) فيقطع اليد بسرقة هذا القدر.

(٧) قوله: "ولنا إلخ" يرد عليه أنه كيف يكون الأخذ بالأكثر أولى مع ورود خبر قطع اليد في المجن، والخبر مقدم على الرأي. وجوابه: أنا لا نقدم الرأي على الخبر، بل نقول: لما وقعت الشبهة -والحدود تدرأ بها- كان الأخذ بالأكثر أولى، وتوضيحه: أنه لا شك في ثبوت قطع اليد في المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ومع ذلك فقد أخرج عبد الرزاق في "مصنفه" عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعًا: «لا

أولى احتيالا[١] لدرءِ الحد، وهذا لأن فى الأقل شبهةَ عدم الجناية، وهى دارئة للحد، وقد تأيّد ذلك[٢] بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قطع إلا فى دينار أو عشرة دراهم»*. واسم الدراهم[٣] يطلق على المضروبة عرفًا، فهذا[٤] يُبيّن لك اشتراط المضروب، كما قال فى الكتاب[٥]، وهو ظاهر الرواية، وهو الأصح[٦]؛ رعايةً لكمال الجناية[٧]، حتى لو سرق عشرةً تبرًا[٨] قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع، والمعتبر وزن

تقطع اليد إلا فى دينار أو عشرة دراهم»، ومثله روى الطبرانى وأحمد فى "مسنده" وإسحاق بن راهويه وابن أبى شيبة وغيرهم. وهذه الأحاديث وإن كان آحادها ضعيفة، لكن ضعفها زال بسبب التعاضد والاجتماع، فأورثت شبهةً فى أنه هل يقطع اليد فى أقل من عشرة دراهم، أم لا؟ فلذلك قلنا: لا تقطع إلا فى عشرة دراهم، لا أقل منه؛ اقتداء بقوله عليه الصلاة والسلام: «ادرأوا الحدود ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجًا فخلوا سبيله فإن الإمام لأن يخطئ فى العفو خير له من أن يخطئ فى العقوبة»، أخرجه الحاكم والترمذى، وأخرج نحوه ابن عدى وغيره. وبهذا ظهر دفع ما أورد الشافعية علينا من أن حديث قطع المجن قوى مروى فى الصحاح، فلا يعارضه حديث «لا تقطع اليد إلا فى دينار» الحديث، فالعمل بحديث الصحاح أولى وأحسن.

وجه الدفع أن حديث القطع فى المجن وإن كان قويًا حاكمًا بالقطع فى أقل من عشرة دراهم، لكن الحديث الآخر وإن كان ضعيفًا أورث شبهة، والحدود تدفع حتى الوسع، فلذا قلنا بالأخذ بالأكثر: هذا ما عندى فى توضيح المقام، ولعل عند غيرى أحسن من هذا. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(١) حيله ساختن.

(٢) أى ما ذكرنا من الأخذ بالأكثر.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٥ ص١٠٧. (نعيم)

(٣) قوله: "واسم الدراهم إلخ" أى اسم الدراهم يطلق على المضروبة فى عرف الناس، والمكسور لا تسمى دراهم فى عرفهم، وتكلم العلماء فى الدراهم هل تشترط مضروبة أم لا، ونقل المصنف لفظ القدورى بلفظ المضروبة، كما ذكر عن قريب. (بناية)

(٤) إشارة إلى قوله: واسم الدراهم إلخ. (ب)

(٥) أى القدورى. (ب)

(٦) قوله: "وهو الأصح" احترز به عن رواية الحسن عن أبى حنيفة أن المضروب وغير المضروب سواء، ذكره فى "المحيط". (ب)

(٧) قوله: "رعاية إلخ" هذا دليل الأصح يعنى فى شروط العقوبات يراعى وجودها على صفة الكمال، ولهذا شرطنا الجودة حتى لو سرق بنهرجة لا يجب القطع، ذكره فى "شرح الطحاوى"؛ لأن نقصان الوصف يوجب نقصان المالية. (بناية)

(٨) بالكسر أى القطعة المأخوذة من المعدن.(ب)

سبعة مثاقيل[١]؛ لأنه المتعارف في عامة البلاد[٢].

وقوله: أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم؛ إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها، وإن كان ذهبًا[٣]، ولا بد من حرز لا شبهة فيه؛ لأن الشبهة دارئة[٤]، وسنبينه من بعد[٥]، إن شاء الله تعالى. قال: والعبد[٦] والحر في القطع سواء؛ لأن النص[٧] لم يفصل، ولأن التنصيف[٨] متعذر فيتكامل؛ صيانةً لأموال الناس، ويجب[٩] القطع بإقراره مرة واحدة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يقطع إلا بالإقرار مرتين، ويُروى عنه[١٠] أنهما في مجلسين مختلفين؛ لأنه إحدى الحجتين[١١]، فتعتبر بالأخرى[١٢]، وهي البينة، كذلك[١٣] اعتبرنا في الزنا.

---

(١) قد مر تحقيقه في كتاب الزكاة.

(٢) وعلى هذا استقر الأمر في ديوان عمر. (ب)

(٣) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان ذهبًا" لا يقال: الذهب مذكور بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم»، لأنا نقول: قد ورد في بعض الأخبار ذكر الدينار، ولم يشهر، وذكر شيخ الإسلام أن بذكر العشرة يظهر أن المراد بالدينار المتقوم بقيمة عشرة دراهم لا قيمة الوقت؛ لأن باعتبار الوقت قد يبلغ قيمة الدينار ثلاثين أو أربعين، فيضرب في التقدير كأنه قال: لا يقطع اليد، إلا في ثلاثين، أو أربعين، أو عشرة دراهم، وبيان النصاب على هذا الوجه لا يستقيم. (كفاية)

(٤) أي دافعة للحد.

(٥) أي في فصل الحرز. (ب)

(٦) قدم العبد لكونه أهم؛ لأن عدم التساوي إنما يتوهم من جهته. (عناية)

(٧) أي قوله تعالى: ﴿السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ الآية.

(٨) بين حد الحر وحد العبد.

(٩) هذا لفظ القدوري. (ب)

(١٠) كذا ذكره أبو الليث، وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قولهما. (ب)

(١١) أي البينة والإقرار. (ب)

(١٢) أي البينة.

ولهما أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة، فيكتفى به كما فى القصاص، وحد القذف[١]، ولا اعتبار بالشهادة[٢]؛ لأن الزيادة تفيد فيها تقليلَ تهمة الكذب، ولا تفيد فى الإقرار شيئًا؛ لأنه لا تهمة، وباب الرجوع[٣] فى حق الحد لا ينسد بالتكرار. والرجوع فى حق المال لا يصح أصلا؛ لأن صاحب المال يُكذبه، واشتراط الزيادة فى الزنا[٤] بخلاف القياس، فيقتصر على مورد الشرع. قال[٥]: ويجب بشهادة شاهدين[٦]؛ لتحقق الظهور كما فى سائر الحقوق، وينبغى أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة[٧]، وماهيتها[٨]، وزمانها[٩]، ومكانها[١٠]؛ لزيادة الاحتياط، كما مر فى الحدود، ويحبسه[١١] إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة.

قال[١٢]: وإذا اشترك جماعة فى سرقةٍ، فأصاب كل واحد منهم عشرة

(١٣) قوله: "كذلك الخ" حيث شرطنا فيه الإقرار أربع مرات؛ لأن البينة هناك أربع. (ب)

(١) قوله: "كما فى حد القصاص، وحد القذف" فإن الإقرار فيهما يكفى مرة واحدة. (بناية)

(٢) جواب عن قياس الإقرار على البينة. (ب)

(٣) قوله: "وباب الرجوع [عن الإقرار] إلخ" جواب عما يقال: إنما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع عن إقراره، واحتمال أن يثبت عليه، فيؤكد قبوله بالتكرار. (بناية)

(٤) جواب عن قوله: كذلك اعتبرنا بالزنا. (ب)

(٥) أى القدورى. (ب)

(٦) لا خلاف فيه لأهل العلم. (ب)

(٧) قوله: "عن كيفية السرقة" فيقول له: كيف سرقت لاحتمال أنه نقب البيت، وأدخل يده، وأخرج المتاع، فإنه لا يقطع فيه عند محمد وأبى حنيفة رحمهما الله. (ع)

(٨) قوله: "وماهيتها" لجواز أن يكون المأخوذ شيئًا تافهًا، فلا يقطع.(عناية)

(٩) قوله: "وزمانها" لاحتمال التقادم، فإن بالتقادم فى الحدود الخالصة لله تعالى يبطل الشهادة. (ب)

(١٠) قوله: "ومكانها" لجواز أن يكون سرق من غير حرز، فلا يقام عليه القطع. (ك)

(١١) بالنصب عطف على يسأل. (ب)

(١٢) أى القدورى. (ب)

دراهم قطع[١]، وإن أصابه أقل لا يقطع؛ لأن الموجب سرقة النصاب، ويجبُ على كل واحدٍ منهم بجنايته، فيعتبر كمال النصاب فى حقه[٢].

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع[٣]

ولا يقطع فيما يوجد تافها[٤] مباحًا فى دار الإسلام[٥] كالخشب[٦] والحشيش[٧] والقَصَب[٨] والسّمك[٩] والطير والصيد والزرنيخ[١٠] والمغرة[١١] والنورة[١٢]. والأصل فيه حديث عائشة[١٣] قالت: كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام فى الشيء التافه* أى[١٤] الحقير، وما يوجد جنسه مباحًا فى الأصل بصورته[١٥] غير مرغوب

(١) قوله: "قطع" استشكل بما إذا قتل جماعة رجلا واحدًا، فإنهم يقتلون كلهم، وإن لم يوجد من كل واحد منهم القتل، وأجيب بأن القصاص يتعلق بإخراج الروح، وهولايتجزأ، فيضاف إلى كل واحدمنهم كملا.(ع)

(٢) قوله: "فيعتبر كمال النصاب فى حقه" هذا إذا لم يكن بين الجماعة صبى، أو مجنون، أو ذو رحم محرم من صاحب المال، فإن كان، فلا قطع. (بناية)

(٣) قوله: "باب ما يقطع فيه وما لا يقطع" لما ذكر تفسير السرقة وشرطها وما يتعلق بها، ذكر فى هذا الباب تعداد المسروق الذى يوجب القطع وما لا يوجبه. (نهاية)

(٤) بالتاء المثناة من فوق وبالفاء. (ب)

(٥) قوله: "فى دار الإسلام" قيد به؛ لأن الأموال كلها على الإباحة فى دار الحرب.(بناية)

(٦) هيزم خشک.

(٧) گياه.

(٨) بفتحتين نے ومانند آن. (غث)

(٩) ماهى آبى.

(١٠) قوله: "والزرنيخ" بكسر زاى معجمة وبعده نون وياء وخاء معجمة دواى معروف كه آن را بهندى هرتال گويند از "بحر الجواهر" و "كشف". (غياث)

(١١) قوله: "والمغرة" بالفتحات الثلاث: الطين الأحمر، وتسكين الغين لغة فيه. (عناية)

(١٢) بالفتح چونهٔ قلعى وضم مشهور است. (م)

(١٣) أخرجه ابن أبى شيبة. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٦ ص١٠٩. (نعيم)

(١٤) تفسير من المصنف. (ب)

فيه[١] حقير[٢] تقلّ الرغبات فيه، والطباعُ لا تضن[٣] به، فقلما[٤] يوجد آخذه على كره[٥] من المالك، فلا حاجة إلى شرع الزاجر[٦]، ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب، ولأن الحرز فيها[٧] ناقص، ألا يرى أن الخشب تُلْقى على الأبواب، وإنما يُدخل في الدار للعمارة؛ لا للإحراز[٨]، والطير يطير[٩]، والصيد يفرّ، وكذا الشركة العامة التي كانت فيه[١٠] وهو على تلك الصفة تورث الشبهة[١١]، والحد يندرئ بها، ويدخل في السمك المالحُ والطرى[١٢]، وفي الطير[١٣] الدجاجُ والبط والحمام؛ لما ذكرنا، ولإطلاق قوله عليه السلام[١٤]: «لا قطع في الطير»*.

---

(١٥) قوله: "بصورته" احتراز عن الأبواب المتخذة والأواني من الخشب والحصير البغدادي، فإن في سرقتها القطع، وإن كان أصلها من الخشب، والحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها. (نهاية)

(١) قوله: "غير [منصوب على أنه حال.ب] مرغوب فيه" احتراز عما ذكرنا من الذهب والفضة واللؤلؤ والجواهر، فإنها توجد مباحة في دار الإسلام، ولكن هي مرغوب فيها. (نهاية)

(٢) خبر لقوله: ما يوجد.

(٣) أي لا تبخل بفتح الضاد وهو الأصل، وجاء بالكسر أيضًا. (ع)

(٤) قوله: "فقلما" ما موصولة على ما نقله المطرزي في "المغرب" لكن ابن دستويه لم يجوز أن يوصل شيء من الأفعال بما سوى نعم وبئس. (بناية)

(٥) بالضم والفتح نعتان. (ب)

(٦) لأن أخذها حقيقة برضى المالك. (ب)

(٧) أي في الأشياء المذكورة.

(٨) قوله: "لا للإحراز" وأما الآبنوس والساج فيقطع فيهما؛ لأن العادة جارية بإحرازهما، وكذلك في الخشب المعمول. (بناية)

(٩) أي فلا حاجة إلى شرع الزواجر. (عناية)

(١٠) لحديث: «الصيد لمن أخذ». (ب)

(١١) أي شبهة الإباحة. (عناية)

(١٢) أي في إطلاق القدوري لفظ السمك. (ب)

(١٣) قوله: "وفي الطير" أي يدخل في إطلاق القدوري لفظ الطير الدجاج والبط والحمام؛ لما ذكر من قوله: والطير يطير، والصيد يفر، وفي "الجامع الصغير": رجل سرق طيراً قيمته عشرة دراهم لايقطع. (ب)

(١٤) غريب مرفوعًا، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفًا على عثمان. (ت)

وعن أبى يوسف أنه يجب القطع فى كل شىء إلا الطين والتراب والسرقين، وهو قول الشافعى، والحجة عليه ما ذكرنا(١).

قال(٢): ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة؛ لقوله عليه السلام(٣): «لا قطع فى ثمر ولا كثر»*، والكثر(٤) الجمار، وقيل: الوَدِىُّ، وقال عليه السلام: «لا قطع فى الطعام»(٥)**، والمراد –والله أعلم– ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ(٦) للأكل منه، وما فى معناه كاللحم والثمر؛ لأنه يقطع فى الحنطة والسكر إجماعًا. وقال الشافعى يقطع فيها(٧)؛ لقوله عليه السّلام: «لا قطع فى ثمر ولا كثر فإذا آواه الجرين(٨) أو الجران(٩) قطع»***.

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٧ ص١٠٩. (نعيم)

(١) من حديث عائشة.

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) أخرجه الترمذى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦١، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٨ ص١٠٩. (نعيم)

(٤) قوله: "والكثر" بفتح الكاف والثاء المثلثة والجمار بضم الجيم وتشديد الميم فى آخره راء مهملة، قال الجوهرى: شحم النخل، والودى بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد الياء هو السيل أى صغار النخل، وقال الإنزارى: تفسير الجمار بالودى لم يثبت فى قوانين اللغة. (ب)

(٥) غريب بهذا اللفظ ونحوه فى "مراسيل أبى داود". (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٧٩ ص١٠٩. (نعيم)

(٦) أى المجهز له. (ب)

(٧) أى فى الأشياء المذكورة. (ب)

(٨) قوله: "فإذا آواه الجرين إلخ" غريب بهذا اللفظ، وروى مالك مرفوعًا: «لا قطع فى ثمر معلق فإذا آواه الجرين فالقطع فى ما بلغ ثمن المجن»، والجرين بفتح الجيم: الموضع الذى يلقى فيه التمر الرطب ليجف، وجمعه جرن. (بناية)

(٩) قوله: "أو الجران" هو مقدم عنق البعير من مذبحه إلى منحره، فجاز أن يسمى الجران المتخذ منه، ويجوز أن يكون الشك من الراوى. (عناية)

قلنا: أخرجه على وفاق العادة، والذى يؤويه الجرين فى عادتهم هو اليابس من الثمر، وفيه القطع.

قال[١]: ولا قطع فى الفاكهة على الشجر، والزرع الذى لم يحصد؛ لعدم الإحراز، ولا يقطع فى الأشربة المُطربة[٢]؛ لأن السارق يتأوّل فى تناولها الإراقة[٣]، ولأن بعضها[٤] ليس بمال، وفى مالية بعضها اختلاف[٥]، فيتحقق شبهة عدم المالية. قال: ولا فى الطنبور[٦]؛ لأنه من المعازف[٧]، ولا فى سرقة المصحف، وإن[٨] كان عليه حُلية، وقال الشافعى: يقطع؛ لأنه مال متقوم[٩] حتى يجوز بيعه. وعن أبى يوسف مثله[١٠]، وعنه أيضًا أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصابًا؛ لأنها[١١] ليست من المصحف، فيعتبر بانفرادها.

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٠ ص١٠٩. (نعيم)

(١) أى القدورى. (ب)

(٢) قوله: "فى الأشربة المطربة" أى المسكرة، فإنه ذكر فى "الصحاح" أن الطرب خفة فى العقل تصيب الإنسان بشدة حزن، أو سرور، وفسر السكر فى أصول الفقه بأنه غلبة سرور فى العقل، فالتقيا فى معنى السرور، فاستعير الإطراب للسكر. والدليل على ما ذكرنا من أن المراد بالمطربة المسكرة صريح ما ذكره التمرتاشى بقوله: «ولا قطع فى الأشربة المسكرة»، ثم إنما قيد الأشربة ههنا بالإطراب؛ لما ذكر فى "الإيضاح" أنه يقطع فى الخل؛ لأنه ليس مما يتسارع إليه الفساد. (نهاية)

(٣) أى يقول: إنى أخذتها للإراقة؛ لكونها مسكرة محرمة.

(٤) كالخمر. (ع)

(٥) قوله: "اختلاف" كالمنصف والبازق وماء الذرة والشعير؛ لأنها عند أبى حنيفة متقومة، خلافًا لهما. (ع)

(٦) وكذا ما أشبه من الملاهى. (ب)

(٧) جمع معزف أى آلة اللهو.

(٨) الواو وصلية.

(٩) لأنه يباع ويشترى.

(١٠) أى مثل ما روى عن الشافعى.

(١١) أى الحلية.

ووجه الظاهر[(١)] أن الآخذ يتأوّل فى أخذه القراءةَ والنظر فيه، ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازُه لأجله، لا للجلد[(٢)] والأوراق والحلية، وإنما هى[(٣)] توابع، ولا معتبر بالتبع[(٤)] كمن سرق آنية فيها خمر[(٥)]، وقيمة الآنية تربو[(٦)] على النصاب.

ولا قطع فى أبواب المسجد؛ لعدم الإحراز، فصار كباب الدار[(٧)]، بل أولى؛ لأنه يحرز بباب الدار ما فيها، ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه[(٨)]. قال[(٩)]: ولا الصليب[(١٠)] من الذهب[(١١)]، ولا الشطرنج[(١٢)]، ولا النرد[(١٣)]؛ لأنه يتأوّل من أخذها الكسر نهيًا عن المنكر، بخلاف الدرهم الذى عليه التمثال؛ لأنه ما أعد للعبادة[(١٤)]،

(١) أى ظاهر الرواية وهو عدم القطع. (ب)

(٢) بالكسر پوست.

(٣) أى الجلد والأوراق والحلية.

(٤) قوله: "ولا معتبر بالتبع" فكان هذا مثل ما ذكره فى "المبسوط" من أنه لو سرق صبيًا حرًا، وعليه حلى كثير، فقال: إنه لا يقطع، ألا ترى أنه لو سرق ثوبًا لا يبلغ قيمته عشرة دراهم، فوجد فى جيبه عشرة دراهم لا يقطع. (بناية)

(٥) فلا قطع فيه؛ لأن المقصود ليس بنصاب. (ب)

(٦) أى يزيد.

(٧) قوله: "فصار كباب الدار" قال الكاكى: هذا قياس المختلف على المختلف، والتعليل العام عندنا أن الأبواب لا تكون محرزة عادة؛ لأنه يحرز بها. (بناية)

(٨) أى متاع المسجد. (ب)

(٩) أى القدورى. (ب)

(١٠) قوله: "ولا الصليب" هو شيء مثلث يعبده النصارى. (بناية)

(١١) وكذا من سائر المعدنيات. (ب)

(١٢) بالكسر.

(١٣) بفتح النون والراء وبالدال المهملة اسم عجمى معروف. (ب)

(١٤) ولا للهو، فيجب القطع. (ب)

فلا يثبت شبهة إباحة الكسر. وعن أبي يوسف أنه إن كان الصليب في المصلى[(١)] لا يقطع لعدم الحرز، وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز. ولا قطع على سارق الصبي الحر، وإن كان عليه حلي[(٢)]؛ لأن الحر ليس بمال، وما عليه من الحَلْي تبع له[(٣)]، ولأنه يتأوّل في أخذه الصبيَ إسكاته[(٤)]، أو حملَه إلى مرضعتِه.

وقال أبو يوسف: يقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب؛ لأنه يجب القطع بسرقته وحده، فكذا مع غيره[(٥)]، وعلى هذا[(٦)] إذا سرق إناء فضةٍ فيه نبيذ، أو ثريد[(٧)]، والخلاف في صبي لا يمشي، ولا يتكلم كي لا يكون في يد نفسه[(٨)]. ولا قطع في سرقة العبد الكبير؛ لأنه غصب أو خداع[(٩)]، ويقطع في سرقة العبد الصغير؛ لتحققها[(١٠)] بحدها إلا[(١١)] إذا كان[(١٢)] يعبّر

(١) أي في موضع صلاة النصارى. (ب)

(٢) قوله: "وإن كان عليه حلي" بفتح الحاء وكسر اللام على وزن ظبي هو كل ما ليس من ذهب، أو فضة، أو جوهر، وجمعه حلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء، ويجوز كسر الحاء أيضًا. (بناية)

(٣) قوله: "تبع له" لا يقال: يجوز أن يكون مقصوده هو الحلي، فلا يكون تابعا؛ لأنا نقول: لو كان كذلك لأخذ الحلي وترك الصبي. (ع)

(٤) بأن رآه يبكي. (ب)

(٥) قوله: "فكذا مع غيره" ومعناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب، وضم ما لا يجب فيه القطع إلى ما يجب فيه لا يسقط القطع. (ع)

(٦) قوله: "وعلى هذا [أي الخلاف المذكور]" فعند أبي يوسف: يقطع إذا بلغ نصابا، وبه قال الشافعي وأحمد، وعند أبي حنيفة ومحمد: لا يقطع؛ لأن الإناء تبع للمظروف، وهو المقصود بالأخذ. (بناية)

(٧) بالثاء المثلثة. (ب)

(٨) قوله: "كي لا يكون في يد نفسه" حتّى لو كان يتكلم ويمشي لا يقطع سارقه إجماعًا؛ لأنه في يد نفسه، كذا في "المحيط". (بناية)

(٩) قوله: "أو خداع" بأن يقول له: أعمل معك كذا وكذا، فانخدع لذلك. (بناية)

(١٠) أي لتحقق السرقة بحدّها.

(١١) استثناء من قوله: يقطع في سرقة الصغير.

عن نفسه؛ لأنه هو والبالغ سواء في اعتبار يده. وقال أبو يوسف: لا يقطع وإن[1] كان صغيراً لايعقل ولا يتكلم استحسانًا؛ لأنه آدمي من وجه، مال من وجه. ولهما[2] أنه مال مطلق؛ لكونه منتفعًا به[3]، أو بعُرض أن يصير منتفعا به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية[4]. ولا قطع في الدفاتر[5] كلها؛ لأن المقصود ما فيها، وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب[6]؛ لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ، فكان المقصود هو الكواغذ[7].

قال: ولا في سرقة كلب، ولا فَهْدٍ؛ لأن من جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه[8]، ولأن الاختلاف[9] بين العلماء ظاهر في مالية الكلب، فأورث شبهةً. ولا قطع في دف[10]، ولا طبل[11]، ولا بربط[12]،

(١٢) أي العبد الصغير.

(١) الواو وصلية.

(٢) قوله: "ولهما" أي لأبي حنيفة ومحمد أن العبد الصغير مال مطلق، وبانضمام معنى الآدمية معنى المالكية، ألا يرى أن بيعه صحيح، ولا صحة له إلا باعتبار المالية، كذا في "الكافي". (إله داد)

(٣) بالفعل.

(٤) قوله: "إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية" قلت: سلمنا أن انضمامه لا يزول به معنى المالكية، لكن لا شك أن معنى الآدمية معتبر فيه، بل الأصل هو الآدمية، فينبغي أن لا يجب القطع؛ لوجود الشبهة. (إله داد)

(٥) قوله: "في الدفاتر" جمع دفتر وهي الكراريس، ولا قطع فيها، سواء كانت من التفسير، أو الحديث، أو الفقه. (عناية)

(٦) قوله: "إلا في دفاتر الحساب" كلامه يشعر بأن دفاتر الأشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع؛ لكونها محتاجًا إليها لمعرفة اللغة، ومعاني القرآن والحاجة. (عناية)

(٧) وهو مال متقوم. (ع)

(٨) فلا يجب فيه القطع.

(٩) فإن من قال: إنه نجس العين، قال: إنه ليس بمال متقوم كالخنزير، ومن قال: خلافه، قال: خلافه.

(١٠) قوله: "دف [بتشديد الفاء. غث]" بضم الدال وفتحها، الذي يلعب به، وهو نوعان مدور ومربع، والمراد بالطبل طبل اللهو، وأما طبل الغزاة، فقد اختلف فيه المشايخ، واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع.(ع)

(١١) قوله "طبل" بفتح أول وسكون باء موحدة نقارة كلان وبفتحتين چنانكه شهرت يافته است غلط است.(غث)

ولا مزمار[١]؛ لأن عندهما لا قيمة لها[٢]، وعند أبي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها. ويقطع في الساج[٣] والقنا والآبنوس[٤] والصندل[٥]؛ لأنها أموال محرزة؛ لكونها عزيزة عند الناس، ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام[٦]. قال[٧]: ويقطع في الفصوص الخضر[٨] والياقوت[٩] والزبرجد؛ لأنها من أعز الأموال وأنفسها لا توجد مباح الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها، فصارت كالذهب والفضة[١٠]. وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواب قطع فيها؛ لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة، ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير[١١]؛ لأن الصنعة

---

(١٢) قوله: "ولا بربط" بالفتح سازی است معروف که آن را عود نیز گویند معرب بربط سینه بط زيراكه شبيه است بدان. (منتخب اللغات)

(١) بالكسر نای. (غث)

(٢) ولهذا لا يجب االضمان على من استهلكها.

(٣) قوله: "في الساج" ألفه منقلبة من الواو، وأصله سوج بفتحتين، وهو شجر عظيم جداً، قالوا: لا ينبت إلا ببلاد الهند، والقنا بالكسر جمع قناة هي خشبة الرمح، كذا في "الديوان" و "المغرب"، والآبنوس بفتح الباء، هكذا سمعت ووجدت بخط شيخي، وهو معروف. (نهاية)

(٤) بمد الهمزة. (ع)

(٥) بالفتح خشب أحمر، أو أصفر طيب الرائحة. (ب)

(٦) قوله: "في دار الإسلام" نعم توجد مباحة في دار الحرب، فلا يكون ذلك شبهة في سقوط القطع. (بناية)

(٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (بناية)

(٨) بالضم جمع الأخضر.

(٩) قوله: "والياقوت" هو من أعز الأحجار، وهو أحمر وأصفر وأخضر، وأعزها الأحمر، وأما الزبرجد: فهو حجر أخضر تفوق الياقوت، والياقوت الأخضر ليس منه منفعة إلا حسن المنظر. (بناية)

(١٠) فيقطع فيها كما يقطع فيهما.

(١١) قوله: "بخلاف الحصير إلخ" ذكر الفرق في "المحيط" بين العمل المتصل بالخشب، وبين العمل المتصل بالحشيش، والقصب والبواري حيث لا يقطع في سرقة هذه الأشياء، وإن كانت معلومة بلغت قيمتها نصاب السرقة بأن الصنعة في الحشيش والقصب لا يغلب على الأصل، ألا ترى أنه لا تتضاعف قيمته بسبب الصنعة، بخلاف الخشب إذا عمل. (نهاية)

فيه لم تغلب على الجنس حتى يُبسط فى غير الحرز، وفى الحصر البغدادية قالوا[١]: يجب القطع[٢] فى سرقتها لغلبة الصنعة على الأصل، وإنما يجب القطع فى غير المركب[٣]، وإنما يجب إذا كان خفيفًا لا يثقل على الواحد حملُه؛ لأن الثقيل منه لا يرغب فى سرقته[٤]. ولا قطع على خائن[٥] ولا خائنةٍ[٦]؛ لقصور فى الحرز، ولا منتهِبٍ، ولا مختلسٍ؛ لأنه يُجاهر[٧] بفعله كيف، وقد قال النبى عليه السلام[٨]: «لا قطع فى مختلس ولا منتهب ولا خائن»*، ولا قطع على النبّاش[٩]، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعى: عليه القطع؛ لقوله عليه السلام[١٠]: «من نبش قطعناه»**، ولأنه مال متقوم محرز بحرز[١١]

(١) أى فى الباب غير المركب. (ب)

(٢) وكذلك الحصر المصرية. (ب)

(٣) قوله: "فى غير المركب [أى بالجدار. ك]" أى إنما يجب القطع فى سرقة الباب إذا كانت محرزة فى البيت غير معلقة بالجدار، فإنها إذا كانت معلقة لا يجب القطع لوجود الشبهة لعدم الحرز. (كفاية)

(٤) قوله: "لا يرغب فى سرقته" قال الإنزارى: فيه نظر؛ لأن عدم الرغبة فى سرقته بواسطة الثقل لا يورث نقصانًا فى المالية، ولا فى الحرز، ولهذا لم يفرق الحاكم بين الثقيل والخفيف، ولذا أطلقوا الرواية فى شروح "الجامع الصغير". (بناية)

(٥) قوله: "ولا قطع على خائن إلخ" الخيانة أن يخون المودع ما فى يده من الشيء المأمون، والانتهاب: أن يأخذ على العلانية قهرًا، والاختلاس: أن يأخذ من البيت جهرًا بسرعة. (ع)

(٦) أى فى الباب غير المركب.

(٧) فلا يصدق عليه تعريف السرقة.

(٨) أخرجه أصحاب السنن الأربعة. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٨١ ص١١٠. (نعيم)

(٩) قوله: "ولا قطع على النباش [الذى ينبش القبور، ويأخذ الكفن. ب]" اختلف الصحابة فيه، فقال عمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير: بوجوب القطع عليه، وقال ابن عباس: لا قطع عليه. (عناية)

(١٠) أخرجه البيهقى مرفوعًا. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٦، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٢ ص١١٠. (نعيم)

مثله[١]، فيقطع فيه. ولهما: قوله عليه السلام: «لا قطع على المختفى[٢]»*، وهو النباش[٣] بلغة أهل المدينة، ولأن الشبهة تمكنت فى الملك؛ لأنه لا ملك للميت حقيقة، ولا للوارث لتقدم حاجة الميت[٤]، وقد تمكّن الخلل فى المقصود، وهو الانزجار؛ لأن الجناية فى نفسها نادرة الوجود. وما رواه غير مرفوع[٥]، أو هو محمول على السياسة[٦]، وإن كان القبر فى بيت مقفل[٧]، فهو على الخلاف[٨] فى الصحيح[٩]؛ لما قلنا[١٠]، وكذا[١١] إذا سرق من تابوت فى القافلة، وفيه الميت؛ لما بينا[١٢].

---

(١١) بالجر. (ن)

(١) كما أن الإصطبل حرز للدواب. (ب)

(٢) قوله: "لا قطع على المختفى" غريب لا أصل له، وروى ابن أبى شيبة عن ابن عباس موقوفًا: «ليس على النباش قطع». (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٣ ص١١٠. (نعيم)

(٣) كذا ذكره فى "مجمل اللغة". (ب)

(٤) ألا ترى إلي أن القدر المشغول لحاجة الميت بعد الكفن، وهو الذى لا يصير ملكًا للوارث فالكفن أولى. (ن)

(٥) قوله: "وما رواه [جواب عن استدلال أبى يوسف والشافعى] غير مرفوع" قد ذكرنا أن الحديث الذى استدل به أبو حنيفة ومحمد غريب لا أصل له، وما استدل به أبو يوسف والشافعى مرفوع، فهو أقرب.(ب)

(٦) قوله: "أو هو محمول على السياسة" لأنه أضافه إلى نفسه، ولو كان بطريق القصاص لما أضافه إلى نفسه، بل أضافه إلى الولى. (بناية)

(٧) قوله: "فى بيت مقفل" قال الكاكى: يقال: أقفل الباب، وقفل الأبواب مثل أغلق، وغلق، ذكره فى "الصحاح". (بناية)

(٨) أى لا يقطع عندهما خلافًا لأبى يوسف.

(٩) قوله: "فى الصحيح" احترازًا عما قيل: إنه يقطع، وقال السرخسى فى "المبسوط": الأصح عندى أنه لا يقطع. (نهاية)

(١٠) قوله: "لما قلنا" من الحديث المذكور، والدليل المعقول. (ب)

(١١) أى على الخلاف.

(١٢) من الحديث والدليل.

ولا يقطع السارق من بيت المال؛ لأنه مال العامة، وهو منهم[(١)]، ولا من مال للسارق فيه شركة؛ لما قلنا[(٢)]. ومن له على آخر دراهم، فسرق منه مثلها لم يقطع؛ لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل فيه[(٣)] سواء استحسانًا[(٤)]؛ لأن التأجيل[(٥)] لتأخر المطالبة، وكذا[(٦)] إذا سرق زيادةً على حقه؛ لأنه بمقدار حقه يصير شريكًا فيه[(٧)]، وإن سرق منه عروضًا قطع؛ لأنه ليس له[(٨)] ولاية الاستيفاء منه إلا بيعًا بالتراضي. وعن أبي يوسف أنه لا يقطع[(٩)]؛ لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء[(١٠)] قضاء من حقه، أو رهنًا بحقه. قلنا: هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهرٍ[(١١)]، فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى[(١٢)] ذلك[(١٣)] دُرئ عنه الحد؛ لأنه ظن في موضع

(١) فيكون له فيه حق، فيسقط القطع للشبهة. (ب)

(٢) إشارة إلى أن للسارق فيه حقًا. (ع)

(٣) أي عدم القطع. (ك)

(٤) قوله: "استحسانًا" لوجود الشبهة، ويقطع قياسًا في المؤجل لتأخير المطالبة، وعند الشافعي إن كان الغريم مماطلا لا يقطع، وإلا يقطع، وبه قال أحمد ومالك. (بناية)

(٥) قوله: "لأن التأجيل لتأخير المطالبة" فيه إشارة إلى أن أخذ الدين المؤجل قبل حلول الأجل استيفاء لعين الحق، ولكن أشار في الصلح إلى أنه ليس باستيفاء لعين حقه، بل هو معاوضة. (د)

(٦) أي لا يقطع.

(٧) فيقع الشبهة.

(٨) قوله: "لأنه ليس له إلخ" أي ليس للدائن الاستيفاء من المديون خلاف جنس حقه إلا من حيث البيع بالتراضي، ولهذا إذا سلم إليه المديون له أن يمتنع من ذلك، بخلاف تسليم الدراهم حيث يجبر. (بناية)

(٩) في صورة سرقة العروض.

(١٠) قوله: "عند بعض العلماء" وهو ابن أبي ليلى، فإنه يقول: وإن ظهر بخلاف جنسه كان له أخذه قضاء لحقه؛ لوجود المجانسة باعتبار المالية. (نهاية)

(١١) قوله: "لا يستند إلى دليل ظاهر" إذ القياس أن لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال؛ لأن حقه في الوصف بالحقيقة، وهذاعين، لكنا تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما، ولا كذلك خلاف الجنس؛ لفحش التفاوت، فلا يترك القياس. (عناية)

(١٢) أي ذلك السارق الآخذ عروضًا.

الخلاف(١)، ولو كان حقه دراهم، فسرق منه دنانير، قيل(٢): يقطع؛ لأنه ليس له حق الأخذ، وقيل: لا يقطع(٣)؛ لأن النقود جنس واحد.

ومن سرق عينًا فقُطع فيها فردّها(٤)، ثم عاد فسرقها، و هي(٥) بحالها لم يقطع(٦) والقياس أن يقطع(٧)، وهورواية عن أبي يوسف وهوقول الشافعي لقوله عليه السلام(٨): «فإن عاد فاقطعوه من غير فصل(٩)»*، ولأن الثانية متكاملة كالأولى(١٠)، بل أقبح لتقدم الزاجر(١١)، وصار كما إذا باعه المالك من السارق، ثم اشتراه منه، ثم كانت السرقة(١٢). ولنا أن القطع أوجَبَ سقوطَ عصمةِ المحل على ما يُعرف من بعد(١٣)، إن شاء الله تعالى،

(١٣)أى أنه أخذه قضاء لحقه، أو رهنا به. (ك)

(١) قوله: "لأنه ظن فى موضع الخلاف" لأن فعله فى موضع الاجتهاد، ولا ينفك عن شبهته، وإن كان هو مخطئًا فى التأويل عند الحنفية. (عناية)

(٢) كذا ذكره القدورى فى شرحه. (ك)

(٣) قوله: "لا يقطع [ثانيًا]" وهو اختيار شمس الأئمة، وهو الصحيح؛ لأن النقود فى حكم جنس واحد، ولهذا يكمل أحدهما بالآخر فى باب الزكاة.(كفاية)

(٤) أى العين المسروقة إلى مالكها.(ب)

(٥) الواو حالية.

(٦) ثانيًا.

(٧) ثانيًا.

(٨) أخرجه أبو داود والدارقطنى.(ت)

(٩) أى بين تبدل العين وعدمه. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٤ ص١١٠. (نعيم)

(١٠) قوله: "كالأولى" وجه التشبيه أن بعد رد المتاع على المسروق منه هذا العين فى حق السارق كعين آخر فى حق الضمان، حتى لو غصبها، أو تلفها، كان ضامنًا، فكذلك فى حكم القطع. (نهاية)

(١١) قوله: "لتقدم الزاجر" فإن الإقدام عليها مع سبق الزاجر أشد قبحًا، فكان أحق بالقطع. (بناية)

(١٢) فإنه يقطع فيه.

(١٣) قوله: "على ما يعرف بعد" إشارة إلى ما يذكر بعد أوراق، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا

وبالرد إلى المالك إن[١] عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط؛ نظراً إلى اتحاد الملك والمحل، وقيام الموجِب، وهو القطع فيه.

بخلاف ما ذكر[٢]؛ لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه[٣]، ولأن[٤] تكرار الجناية منه نادر؛ لتحمله مشقة الزاجر، فيعرى الإقامة عن المقصود، وهو تقليل الجناية، وصار كما إذا قذف المحدُود[٥] فى القذف المقذوف الأول.

قال[٦]: فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا، فسرقه وقطع فرده، ثم نسج فعاد، فسرقه قطع؛ لأن العين قد تبدلت، ولهذا يملكه الغاصب به[٧]، وهذا[٨] هو علامة التبدل فى كل محل، وإذا تبدل[٩] انتفت الشبهةُ الناشئة من اتحاد المحل، والقطع فيه، فوجب القطع ثانيًا.

غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه» إلخ، وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القطع، فإن قيل: العصمة وإن سقطت بالقطع، لكنها عادت بالرد إلى المالك.

فأجاب بقوله: وبالرد إلى المالك إلخ فقوله: نظرا إلى اتحاد الملك؛ احتراز عما لو تبدل الملك فى ذلك، وهو جواب قوله: كما إذا باعه المالك من السارق، وقوله: والمحل احتراز عما إذا تبدل المحل، كما فى صورة الغزل، وقوله: وقيام الموجب أى موجب سقوط العصمة، وهو احتراز عما كان قبل القطع. (عناية)

(١) وصلية.

(٢) يعنى أبو يوسف من صورة البيع. (ع)

(٣) واختلاف الأسباب كاختلاف الأعيان. (ب)

(٤) عطف على قوله: ولنا. (ب)

(٥) أى بالزنا الأول. (ع)

(٦) أى القدورى. (ب)

(٧) أى بالنسخ. (ك)

(٨) أى ملك الغاصب المغصوب بالنسج. (ك)

(٩) قوله: "وإذا تبدل إلخ" يعنى لما تبدل المحل بأن كان ثوبًا بعد أن كان غزلا انتفت شبهة سقوط العصمة التى نشأت من اتحاد المحل، ووجود القطع فى ذلك المحل. (بناية)

فصل[١] في الحرز والأخذ منه

ومن سرق من أبويه، أو ولده، أو ذي رحم محرم منه لم يقطع، فالأول[٢] وهو الولاد للبُسوطة في المال، وفي الدخول في الحرز، والثاني للمعنى الثاني، ولهذا[٣] أباح الشرعُ النظر إلى مواضع الزينة[٤] الظاهرة منها[٥]، بخلاف الصديقين[٦]؛ لأنه عاداه بالسرقة، وفي الثاني[٧] خلاف الشافعي؛ لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة[٨]، وقد بيناه[٩] في العتاق. ولو سرق من بيت ذي رحم محرم متاعَ غيره، ينبغي[١٠] أن لا يقطع، ولو سرق مالَه من بيت غيره يقطع؛ اعتباراً للحرز[١١] وعدمه، وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع[١٢].

(١) قوله: "فصل" لما كانت السرقة في تحقيقها محتاجة إلى نفس مالية المسروق إلى الحرز، فشرع في بيان الحرز. (نهاية)

(٢) قوله: "فالأول إلخ" الحاصل أن المانع من القطع في سرفة الولد من والديه، وبالعكس أمران: أحدهما: الانبساط بينهم في المال. والآخر: الإذن بالدخول في الحرز، وعدم القطع في السرقة من ذي رحم محرم للمعنى الثاني، وهوكونه يدخل في الحرز بدون الإذن. (بناية)

(٣) أي لأجل المعنى الثاني. (ب)

(٤) قوله: "إلى مواضع ا لزينة" وهي اليد، والشعر، والصدر، والساق. (بناية)

(٥) أي من المحارم. (ب)

(٦) قوله: "بخلاف الصديقين [متصل بقوله: لم يقطع، ب]" جواب سؤال مقدر بأن يقال: الإذن بالدخول في المحارم، كما وجد في سائر المحارم وجد في الصديقين أيضاً، ومع هذا إذا سرق أحدهما من الآخر يقطع، فيجاب بأن الذي سرق من صديقه عاداه بالسرقة فيقطع. (بناية)

(٧) أي السرقة من ذي رحم محرم. (ب)

(٨) قوله: "بالقرابة البعيدة" كابن العم، ولا معنى لإلحاقها بها؛ لأن القرابة البعيدة يجوز فيها المناكحة، بخلاف قرابة ذي رحم محرم. (بناية)

(٩) أي الخلاف. (عناية)

(١٠) لعدم الحرز. (عناية)

(١١) على طريق اللف والنشر المرتب. (كفاية)

(١٢) هذا هو ظاهر الرواية. (ب)

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع ؛ لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة[١] ، بخلاف الأخت من الرضاعة[٢] ؛ لانعدام هذا المعنى[٣] فيها عادةً. وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرميةُ بدونها لا تحترم[٤] ، كما إذا ثبتت بالزنا[٥] ، والتقبيل عن شهوة ، وأقربُ من ذلك الأخت من الرضاعة[٦] ، وهذا[٧] لأن الرضاع قلما يشتهر ، فلا بسوطةَ تحرزا عن موقف التهمة ، بخلاف النسب. وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر ، أو العبدُ من سيده ، أو من امرأة سيده ، أو من زوج سيدته لم يقطع ؛ لوجود الإذن بالدخول عادة[٨] ، وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه ، فكذلك الجواب[٩] عندنا ، خلافًا للشافعي[١٠] لبسوطة بينهما في الأموال عادةً ودلالةً[١١] ، وهو نظير الخلاف في الشهادة[١٢] .

(١) أى الاستحياء.

(٢) حيث يقطع إذا سرق منها. (ب)

(٣) أى الدخول بلا استئذان وحشمة. (ب)

(٤) أى لا يحصل حرمتها عادة. (ب)

(٥) قوله: "كما إذا ثبتت بالزنا" فإنه إذا سرق من بيت بنت المرأة التى زنى بها لا يعد شبهة فى قطع اليد، وإن كانت بنت المرأة المزنية محرمة له. (نهاية)

(٦) قوله: "وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة [أى المحرمية الثابتة بالزنا. ن]" يعنى أن الأم من الرضاع أشبه إلى الأخت من الرضاع فى إثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا، ثم السرقة من بيت ا لأخت من الرضاع موجبة للقطع بالإجماع، فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك، وجه الأقربية أن إلحاق الرضاع بالرضاع أقرب. (عناية)

(٧) بيان لسر المسألة.

(٨) لأن العبد يدخل فى بيوت هؤلاء. (ب)

(٩) أى لا يقطع. (ب)

(١٠) قوله: "خلاف للشافعى" فإن له فيه ثلاثة أقوال: فى قول: يقطع، وبه قال مالك وأحمد، والثانى: لا يقطع كقولنا، وقول أحمد فى رواية، والثالث: يقطع الزوج بسرقة مال زوجته، ولا يقطع الزوجة بسرقة مال الزوج. (بناية)

(١١) قوله: "ودلالة" وهوأن عقد النكاح عنهما دال على المبسوطة؛ لأنهما بعقد النكاح مصراعان

ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع[١]؛ لأن له في أكسابه حقًا[٢]، وكذلك السارق من المغنم[٣]؛ لأن له فيه نصيبًا، وهو مأثور[٤] عن علي* درءً وتعليلاً[٥]. قال[٦]: والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت[٧] والدور، وحرز بالحافظ، قال العبد الضعيف[٨]: الحرز لا بد منه؛ لأن الاستسرار لا يتحقق دونه[٩]، ثم هو قد يكون بالمكان، وهو المكان المعدّ لإحراز الأمتعة[١٠] كالدُور والبيوت والصندوق والحانوت، وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق، أو في المسجد، وعنده متاعه، فهو محرز به، وقد قطع رسول الله عليه السّلام[١١] مَن سرق رداء صَفوان[١٢] من

كمصراعي الباب. (ك)

(١٢) قوله: "وهو نظير الخلاف في الشهادة" فإن شهادة أحد الزوجين لا تقبل للآخر عندنا، وعنده تقبل في أحد قوليه، بل هذا أولى. (عناية)

(١) وكذلك لا قطع على المكاتب والمدبر إذا سرق من المولى. (ب)

(٢) قوله: "حقًا" لأنه برقبة مملوكة للمولى، فلا يتحقق السرقة. (ب)

(٣) قوله: "وكذلك السارق من المغنم" أطلق الرواية في القدوري، وقال الإنزاري: يجب أن يكون المراد بالسارق من له نصيب في الغنيمة كالغانمين، أو اليتامى، أو المساكين، أو ابن السبيل، أما غيرهم: فيقطع.

(٤) قوله: "وهو مأثور عن علي" رواه عبد الرزاق في "مصنفه": أنه أتى علي برجل سرق من المغنم، فقال: له فيه نصيب، وهو خائن فلم يقطعه، وكان قد سرق مغفرًا، ورواه الدارقطني في كتاب المؤتلف والمختلف. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٨، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث رقمه ٦٨٤ ص١٠٧. (نعيم)

(٥) قوله: "درءً وتعليلاً" فالدرء من قول علي رضي الله عنه في الأثر المذكور: فلم يقطعه، والتعليل من قوله: فيه نصيب. (بناية)

(٦) أي القدوري. (ب)

(٧) وكالصندوق والحظيرة للغنم. (عناية)

(٨) أي المصنف. (ب)

(٩) وهو شرط في السرقة على ما مر.

(١٠) جمع متاع.

(١١) أخرجه أبو داود والنسائي. (ت)

جـ4 12 F

تحت رأسه، وهو نائم فى المسجد*.

وفى المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ(٢)، وهو الصحيح(٣)؛ لأنه محرز بدونه(٤)، وهو البيت، و إن(٥) لم يكن له باب، أو كان وهو(٦) مفتوح حتى يقطع السارق منه؛ لأن البناء لقصد الإحراز. إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه(٧) لقيام يده قبله، بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه(٨)، كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ، فيتم السرقة(٩). ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظًا، أو نائمًا، والمتاع تحته، أو عنده هو الصحيح(١٠)؛ لأنه يُعدّ النائم عند متاعه حافظًا له فى العادة، وعلى هذا(١١) لا يضمن المودَع(١٢)، والمستعير بمثله(١٣)؛ لأنه ليس بتضييع،

---

(١٢) ابن أمية.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٥ ص١١١. (نعيم)

(٢) لأن الأول أقوى. (ب)

(٣) قوله: "وهو الصحيح" وذكر فى "العيون" أن على قول أبى حنيفة يقطع؛ إذ كان ثمه حافظ. (ك)

(٤) قوله: "لأنه محرز بدونه" فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه، لكن مالكه يحفظه لا يقطع؛ لأن المعتبر هو الحرز بالمكان. (ع)

(٥) الواو وصلية.

(٦) الواو حالية.

(٧) لأن هتك الإحراز لا يكون إلا به. (ب)

(٨) أى بمجرد الأخذ.

(٩) قوله: "فيتم السرقة" هذا أيضًا يدل لك على أن الحرز بالمكان أقوى. (عناية)

(١٠) قوله: "هو الصحيح" وقيل: لا يكون محرزًا به حال نومه، والصحيح أنه يقطع بكل حال، فإن الناس يعدون النائم حافظًا. (كفاية)

(١١) أى التعليل المذكور. (ب)

(١٢) بالفتح.

(١٣) قوله: "بمثله" يعنى إذا نام، وعنده الوديعة، وفى "الفتاوى الظهيرية": إنما لا يجب الضمان على

بخلاف ما اختاره فى الفتاوى[١].

قال[٢]: ومن سرق شيئًا من حرزٍ، أو من غير حرزٍ، و صاحبُه عنده[٣] يحفظه قطع؛ لأنه سرق مالا محرزًا بأحد الحرزين[٤].

ولا قطع على من سرق مالا من حمّام، أو من بيت أذن للناس فى دخوله فيه؛ لوجود الإذن[٥] عادة أو حقيقة فى الدخول، فاختل الحرز، ويدخل فى ذلك[٦] حوانيت[٧] التجار والخانات إلا[٨] إذا سرق منها ليلا؛ لأنها بُنيت لإحراز الأموال، وإنما الإذن يختص بالنهار.

ومن سرق من المسجد متاعًا، وصاحبه عنده قطع؛ لأنه محرز بالحافظ؛ لأن المسجد ما بنى لإحراز الأموال[٩]، فلم يكن المال محرزًا بالمكان، بخلاف الحمام، والبيت الذى أذن للناس فى دخوله حيث لا يقطع؛ لأنه بنى للإحراز، فكان المكان حرزًا[١٠]، فلا يعتبر الإحراز بالحافظ. ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه؛ لأن البيت لم يبقَ

المودع فى ما إذا وضع الوديعة بين يديه فيما إذا نام قائمًا. أما إذا قام مضطجعًا، فعليه الضمان، وهذا إذا كان فى الحضر، وأما إذا كان فى السفر لا ضمان عليه، نام قاعدًا أو مضطجعًا، أو غير ذلك. (ب)

(١) قوله: "بخلاف ما اختاره فى الفتاوى" يعنى ذكر فيها أنهما يضمنان فى هذه الصورة. (ن)

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) الواو حالية.

(٤) فى الأول بالمكان، وبالثانى بالحافظ. (ب)

(٥) أى فى الحمام. (ع)

(٦) قوله: "ويدخل فى ذلك [أى فى قوله: أو من بيت أذن للدخول فيه. ع]" وذلك لأن التاجر يفتح باب حانوته ويأذن الناس لدخوله فيه، فإذا سرق رجل منهم ثوبًا لم يقطع، وبه صرح الحاكم فى "الكافى" (ب)

(٧) جمع حانوت دكان.(م)

(٨) استثناء من قوله: لا يقطع. (ب)

(٩) فكان كالصحراء. (ك)

(١٠) فلا يقطع للإذن بالدخول. (ب)

حرزًا في حقه؛ لكونه مأذونًا في دخوله، ولأنه بمنزلة أهل الدار[١]، فيكون فعله خيانة لا سرقة.

ومن سرق سرقة[٢]، فلم يخرجها من الدار لم يقطع؛ لأن الدار كلها حرز واحد، فلا بد من الإخراج منها، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى، فيتمكن شبهة عدم الأخذ[٣]. فإن كانت دار فيها مقاصير[٤]، فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع؛ لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة، وإن أغار[٥] إنسان من أهل المقاصير على مقصورة، فسرق منها[٦] قطع؛ لما بينا[٧]. وإذا نقب اللصّ البيتَ، فدخل وأخذ المال، وناوله آخر خارج البيت، فلا قطع عليهما[٨]؛ لأن الأول[٩] لم يوجد منه الإخراج؛ لاعتراض يد معتبرة[١٠] على المال قبل خروجه[١١]،

(١) قوله: "بمنزلة أهل الدار" أي صار كأنه واحد من أهل الدار حيث أكرموه وأضافوه، فيكون فعل الضيف خيانة لا سرقة، ولا قطع على الخائن. (ب)

(٢) قوله: "ومن سرق سرقة" أي مالا، والشيء قد يسمى سرقة مجازاً، ومنه قول محمد: إذا كانت السرقة مصحفًا. (عناية)

(٣) والشبهة دارئة. (ب)

(٤) قوله: "فيها مقاصير" أي الحجرات والبيوت، فإن المقصورةبلسان أهل الكوفة. (ب)

(٥) قوله: "وإن أغار" قال صاحب "المغرب": بالغين لفظ شمس الأئمة الحلواني، وأما لفظ محمد: فهووإن أعان بالعين المهملة والنون، وهو الوجه؛ لأن الإغارة تدل على الجهر، والسرقة على الخفية.
وقال الكاكي: وإن أغار أي أخذ سرعة، يقال: أغار الفرس والثعلب إذا أسرع، كذا في "المغرب"، وقال الإنزاري: لفظ أغار له وجه بأن يدخل اللص مكابرة بالليل جهرا، ويخرج المال، فإنه يقطع -انتهى-.
قلت: فيه ما فيه، فإن السرقة أخذ المال في خفية وحيلة، ولذلك سمى السارق به؛ لأنه يسارق عين المسروق منه، والإغارة ليست كذلك. (ب)

(٦) تفسير لقوله: أغار. (ن)

(٧) إشارة إلى قوله: لأن كل مقصورة. (ب)

(٨) إلى ههنا لفظ القدوري.

(٩) أي الذي نقب وأخذ.

(١٠) وهي يد الثاني.

والثاني لم يوجد منه هتك الحرز، فلم يتم السرقة من كل واحد.

وعن أبي يوسف إن أخرج الداخلُ يده، وناولها الخارج، فالقطع على الداخل، وإن أدخل الخارجُ يده، فتناولها من يد الداخل، فعليهما القطع، وهي بناء[1] على مسألة تأتي بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

وإن ألقاه في الطريق[2]، وخرج فأخذه قطع، وقال زفر: لا يقطع؛ لأن الإلقاء غير موجبٍ للقطع، كما لو خرج ولم يأخذ[3]، وكذا الأخذ[4] من السكّة، كما لو أخذه غيرُه. ولنا[5] أن الرمي حيلة يعتادها السّراق[6]؛ لتعذر الخروج مع المتاع، أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار، أو للفرار، ولم تعترض عليه[7] يد معتبرة، فاعتبر الكل فعلا واحدا، فإذا[8] خرج ولم يأخذه، فهو مضيع لا سارق. قال[9]: وكذلك إن حمله على حمار فساقه وأخرجه؛ لأن سيرها مضاف إليه لسوقه، وإذا دخل الحرز جماعة[10]،

---

(١١) أي الذي تناول خارج البيت.

(١) قوله: "وهي بناء إلخ" أي مسألة نقب البيت، وإدخال اليد فيه مبنية على مسألة تأتي بعد، وهي مسألة إلقاءه في الطريق. (ب)

(٢) قوله: "وإن ألقاه إلخ" ولو وضع الداخل المال عند النقب، ثم خرج وأخذه، لم يذكره محمد، والصحيح أنه لا يقطع. (بناية)

(٣) فإنه لا يقطع فيه اتفاقًا.

(٤) قوله: "وكذا الأخذ من السكة" يعني أخذ السارق المال من السكة حيث لا يقطع عند زفر. (نهاية)

(٥) قوله: "ولنا إلخ" الحاصل أن يده ثبتت عليه بالأخذ، ثم الرمي إلى الطريق لم تزل يده حكما؛ لعدم اعتراض يد أخرى على يده، وإذا بقيت يده حكما، وقد تقرر ذلك بالأخذ الثاني وجب القطع. (عناية)

(٦) جمع سارق.

(٧) قوله: "ولم تعترض عليه" جواب عن قول زفر، كما لو أخذه غيره، فإن هناك اعترضت يد أخرى، فأوجب سقوط اليد الحكمية للسارق. (ك)

(٨) جواب عن قوله: كما لو خرج ولم يأخذ. (ع)

(٩) أي القدوري. (ب)

(١٠) قوله: "وإذا [هذا لفظ القدوري. ب] دخل الحرز جماعة" إنما وضع المسألة في دخول الجميع؛ لأنهم

فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعًا.

قال العبد الضعيف[١]: هذا استحسان، والقياس أن يقطع الحامل وحده، وهو قول زفر؛ لأن الإخراج وجد منه، فتمت السرقة به.

ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة[٢]، كما في السرقة الكبرى[٣]، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاعَ، ويتشمّر الباقون للدفع[٤]، فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد[٥].

ومن نقب البيت، وأدخل يده فيه، وأخذ شيئًا لم يقطع، وعن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع؛ لأنه أخرج المال من الحرز[٦]، وهو المقصود، فلا يشترط الدخول فيه كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي[٧]، فأخرج الغطريفي[٨]. ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال؛ تحرزا عن شبهة العدم، والكمال في الدخول، وقد أمكن اعتباره، والدخول هو المعتاد، بخلاف الصندوق[٩]؛ لأن الممكن فيه إدخال اليد

إذا اشتركوا على فعل السرقة، ودخل واحد منهم البيت، وأخرج المتاع، فالقطع على من دخل، وعلى الباقين التعزير. (ع)

(١) أي المصنف. (ب)

(٢) أي من حيث المعنى لكونهم ردءً له. (ب)

(٣) قوله: "كما في السرقة الكبرى" وهي قطع الطريق إذا باشر أحدهم، وأخذ المال يجب حد قطع الطريق على جميعهم. (ب)

(٤) أي دفع من يتعرض لهم من صاحب البيت أو غيره. (ب)

(٥) قوله: "أدى إلى سد باب الحد" قالوا: هذا إذا كان الحامل من أهل القطع، ولو كان صبيًا، أو مجنونًا لا قطع عليهم بالإجماع، وإن كان الحامل بالغًا، ولكن فيهم صبي، أو مجنون، فلا قطع على واحد منهم عند أبي حنيفة ومحمد لتمكن الشبهة، وعند أبي يوسف: يقطع الحامل، وغير الصبي والمجنون. (ب)

(٦) أي البيت.

(٧) بالفتح صراف.

(٨) قوله: "فأخرج الغطريفي" بالكسر درهم منسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، والدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارى. (ن)

(٩) جواب عن قوله: كما أدخل يده إلخ. (ب)

دون الدخول، وبخلاف ما تقدم[١] من حمل البعض المتاع؛ لأن ذلك هو المعتاد. وإن طر[٢] صرة[٣] خارجة من الكم لم يقطع[٤]، وإن أدخل يده فى الكم يقطع؛ لأن فى الوجه الأول[٥] الرباط من خارج، فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر، فلا يوجد هتك الحرز، وفى الثانى الرباط من داخل، فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز، وهو الكم، ولو كان مكان الطر حلّ الرباط، ثم الأخذ فى الوجهين[٦]، ينعكس الجواب[٧] لانعكاس العلة.

وعن أبى يوسف أنه يقطع على كل حال؛ لأنه[٨] محرز إما بالكم[٩]، أو بصاحبه[١٠]. قلنا: الحرز هو الكم؛ لأنه يعتمده[١١]، وإنما قصده قطع

---

(١) قوله: "وبخلاف ما تقدم" هذا أيضًا جواب عما يقال: لو كان الكمال فى هتك الحرز؛ شرطًا لما وجب القطع فى ما تقدم من حمل البعض المتاع دون بعض. (ب)

(٢) قوله: "وإن طر" الطرار: هو الذى يطر الهميان أى يقطعها أو يشقها. (ع)

(٣) بالضم.

(٤) وعند أبى يوسف: يقطع فى الصور كلها. (ن)

(٥) قوله: "لأن فى الوجه الأول إلخ" فى هذا التفصيل دليل على أن المذكور فى أصول الفقه بأن الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه، بل هو محمول على الصورة الثانية. (ب)

(٦) أى من الخارج والداخل. (ب)

(٧) قوله: "ينعكس الجواب" يعنى فى ما إذا حل من خارج يقطع؛ لأنه لما حل الرباط الذى كان من خارج وقعت الدراهم فى الكم، فاحتاج فى أخذ الدراهم إلى إدخال اليد فى الكم، فيجب القطع.
وأما إذا كان حل الرباط من داخل، فإنه لا يقطع؛ لأنه لما حل الرباط من خارج بقيت الدراهم خارج الكم، فلم يهتك الحرز، وهو نظير من نقب ا لبيت، وأدخل يده، فأخرج شيئًا. (ن)

(٨) أى المال. (ب)

(٩) فى صورة طرها خارج الكم. (ب)

(١٠) فى صورة طرها داخل الكم. (ب)

(١١) قوله: "لأنه يعتمده" أى لأن صاحب المال يعتمد على الكم فى حفظ المال، لا قيام نفسه عند المال كالبيت؛ إذ لا حرز به المال، فإنه محرز بالبيت دون الصاحب، وقصد صاحب الكم من وجوده عند المال ليس حفظ المال. بل لا يخلو من أحد الأمرين: إما أن يكون هو فى حالة المشى، أو فى غيرها، فإن كان فى حالة المشى، فمقصوده قطع المسافة، لا حفظ المال، وإن كان فى غير حالة المشى، فمقصوده الاستراحة فقط، والمقصود هو المعتبر فى هذا الباب. ألا ترى إلى أن من شق الجوالق الذى على إبل، فأخذ الدراهم منها يقطع؛

المسافة، أو الاستراحة، فأشبه الجوالق[1].

وإن سرق[2] من القطار[3] بعيرا، أو حَمْلا[4] لم يقطع؛ لأنه ليس بحرز مقصودًا، فيتمكن شبهة العدم، وهذا لأن السائق والقائد والركب يقصدون قطع المسافة، ونقل الأمتعة[5] دون الحفظ حتى لو كان مع الأحمال[6] من يتبعها للحفظ قالوا: يقطع.

وإن شق الحمل، وأخذ منه قطع؛ لأن الجوالق في مثل هذا[7] حرز؛ لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم، فوجد الأخذ من الحرز، فيقطع. وإن سرق جوالقًا فيه متاع، وصاحبُه يحفظه، أو نائم عليه قطع معناه[8] إذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز[9] كالطريق ونحوه حتى يكون محرزًا بصاحبه؛ لكونه مترصّدا لحفظه، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد، والجلوس عنده، والنوم عليه يعد حفظا عادة، وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه[10] من قبل، وذكر في بعض النسخ[11]، وصاحبُه نائم

لأن صاحب الجوالق اعتمد عليها حرزا، ومن سرق الجوالق بما فيه، والجوالق على الإبل لا يقطع؛ لأن السائق، أو القائد إنما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق، لا الحفظ، فلم يصر الجوالق مقصودا لحرز. (نهاية)

(١) قوله: فأشبه الجوالق [بكسر لام معرب گوال. غث] "بضم الجيم، وهو اسم للواحد، وجمعه الجوالق بفتح الجيم كالسرادق والسرادق. (بناية)

(٢) وكذا لو سرق من المرعى الغنم. (ب)

(٣) قوله: "من القطار" بالكسر شتران برابر برابر شده وبر يک نسق رونده، وبفتح أول خطا است از منتخب وصراح. (غث)

(٤) بفتح أول وسكون ثانى: باربكه بر گردن اندازند. (غث)

(٥) جمع متاع.

(٦) جمع حمل.

(٧) أى فيما إذا لم يكن له حافظ.

(٨) قوله: "معناه" أى معنى قول محمد؛ لأن المسألة من مسائل "الجامع الصغير". (ب)

(٩) قوله: ليس بحرز "فإنه لو كان فى مكان حرز، فلا اعتبار لإحراز الصاحب على ما مرّ.

(١٠) وهو قوله: لأن النائم يعد حافظا. (ب)

عليه، أو حيث يكون حافظًا له، وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار[١].

فصل[٢] فى كيفية القطع وإثباته

قال: ويقطع يمين السارق من الزَنْد[٣] ويُحسم[٤]، فالقطع لما تلوناه[٥] من قبل، واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود[٦]، ومن الزَنْد؛ لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط، وهذا المفصل أعنى الرسغ متيقن[٧] به كيف وقد صح أن النبى عليه السّلام أمر* بقطع يد السارق من الزند[٨]، والحسمُ لقوله عليه السّلام: «فاقطعوه واحسموه»[٩]**، ولأنه لو لم يحسم يفضى إلى التلف والحدّ زاجرٌ لا متلف[١٠].

فإن سرق ثانيًا قُطعت رجله اليسرى[١١]، فإن سرق ثالثًا لم يقطع،

(١١) أى نسخ "الجامع الصغير". (ب)

(١) قوله: "من القول المختار" إشارة إلى قوله: ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا، أو نائما والمتاع عنده، أو تحته. (ك)

(٢) قوله: "فصل" لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته، وهذا الفصل فى بيانه. (ن)

(٣) قوله: "من الزند [بالفتح. غث]" هو مفصل طرف الذراع فى الكف، وقالا: يقطع من المنكب؛ لأن اليد اسم له، وقال بعض الناس: لا يقطع إلا قدر الأصابع؛ لأن بطشه كان به، قلنا: هذا خلاف النص. (ك)

(٤) قوله: "ويحسم [حسم بالفتح داغ كردن بعد از بريدن دست. م]" من حسم العرق، وكواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه. (ع)

(٥) أى قوله تعالى: ﴿السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾.

(٦) قوله: "بقراءة عبد الله" فإنه قرأ "فاقطعوا أيمانهما" وهى مشهورة جازت الزيادة به على الكتاب، وقد عرف فى الأصول. (ع)

(٧) لكونه أقل. (ع)، وفى العقوبات إنما يؤخذ بالمتيقن. (ن)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٦ ص١١١. (نعيم)

(٨) رواه ابن عدى فى "الكامل". (عينى)

(٩) أخرجه الحاكم فى "المستدرك". (عينى)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧١، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٧ ص١١١. (نعيم)

(١٠) قوله: "لا متلف" ولهذا لا يقطع فى الحر الشديد، ولا البرد الشديد، وعند شدة المرض. (ب)

(١١) قوله: "رجله اليسرى" من الكعب عند أكثر أهل العلم، وفعل عمر كذلك، وقال أبو ثور والروافض:

وخلّد في السجن حتى يتوب[١]، وهذا[٢] استحسان، ويعزّر أيضًا ذكره المشايخ. وقال الشافعي: في الثالث يقطع يده اليسرى، وفي الرابعة[٣] يقطع رجله اليمنى؛ لقوله[٤] عليه السلام: «من سرق[٥] فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه»*، ويُروى مفسرًا[٦] كما هو مذهبه، ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها جناية، بل فوقها[٧]، فتكون أدعى إلى شرع الحد. ولنا قول علي فيه[٨]: إني لأستحيي من الله تعالى أن لا أدع له يدًا يأكل بها، ويستنجي بها، ورِجلا يمشي عليها، وبهذا حاجّ[٩] بقية

يقطع من نصف القدم من معقد الشراك. (بناية)

(١) قوله: "حتى يتوب" هكذا قال صاحب المنافع، وقال صاحب النافع: حتى يتوب، أو يظهر عليه سيما رجل صالح. (ب)

(٢) أي عدم القطع. (ب)

(٣) قوله: "وفي الرابعة إلخ" ثم في الخامسة يحبس عنده، وعند بعض أصحاب الظواهر يقتل. (نهاية)

(٤) قوله: "لقوله" في هذا الباب أحاديث كثيرة كلها ضعيفة، وبعضها قريبة من الوضع، كما لا يخفى على ما طالع تخريج الزيلعي.

(٥) قوله: "من سرق فاقطعوه إلخ" قلت: أخرج أبو داود بسنده عن جابر قال: "جيء سارق إلى النبي ﷺ فقال: اقتلوه، فقالوا: يا رسول الله! إنما سرق، فقال: اقطعوه فقطع، ثم جيء به الثانية فقال اقتلوه فقالوا إنما سرق، هكذا في الثالثة والرابعة، ثم جيء به في الخامسة، فقال: اقتلوه قال جابر: فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه في بئر، قال النسائي: حديث منكر، ومصعب بن ثابت راوي هذا الحديث ليس بالقوي. (زيلعي)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧١، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٨ ص١١١. (نعيم)

(٦) قوله: "ويروى مفسرًا [أخرجه الدارقطني والطبراني. ت]" وهو ما في حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال في المرة الأولى: قطع اليد اليمنى، وفي الثانية: الرجل اليسرى، وفي الثالثة: اليد اليسرى، وفي الرابعة: الرجل اليمنى، كذا في "المبسوط". (نهاية)

(٧) لتقدم الزاجر. (ب)

(٨) قلت: رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار" وابن أبي شيبة. (ت)

(٩) قوله: "وبهذا حاج إلخ" قلت في "التنقيح": قال سعيد بن منصور بسنده عن أبي سعيد المقبري: قال: "حضرت علي بن أبي طالب وأتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لأصحابه: ما ترون؟ فقالوا: اقطعه، فقال: إذا قتلته وما عليه قتل بأي شيء يأكل الطعام، وبأي شيء يتوضأ للصلاة، وبأي شيء يغتسل من جنابته، فرده إلى السجن أيامًا، ثم أخرجه فاستشار أصحابه، فقالوا: مثل قولهم الأول، فقال لهم: مثل ما

الصحابة، فحجهم[١] فانعقد إجماعًا، ولأنه إهلاك معنى[٢]؛ لما فيه من تفويت جنس المنفعة، والحد زاجر[٣]، ولأنه نادر الوجود، والزجر فيما يغلب، بخلاف القصاص[٤]؛ لأنه حق العبد، فيستوفى ما أمكن جبرًا لحقه، والحديث[٥] طعن فيه الطحاوى[٦]، أو نحمله[٧] على السياسة[٨]. وإذا كان السارق أشلّ[٩] اليد اليسرى، أو أقطع، أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع؛ لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشًا[١٠]، أو مشيًا[١١]، وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء؛ لما قلنا.

وكذا إذا كانت إبهامُه اليسرى مقطوعةً، أو شلاء، أو الإصبعان منها سوى الإبهام؛ لأن[١٢] قوامَ البطش بالإبهام.

قال: فجلده جلدا شديدا ثم أرسله". (ت)

(١) قوله: "فحجهم" أى غلب عليهم يقال: حاجه فحجه أى ناظره بالحجة، فغلبه بها. (ن)

(٢) أى من حيث المعنى.

(٣) أى لا متلف.

(٤) قوله: "بخلاف القصاص" جواب سؤال مقدر، تقريره: أنه لو قطع رجل أربعة أطراف رجل، يقتص منه بالإجماع، وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود، وتقرير الجواب أن القصاص حق العبد، وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص. (ع)

(٥) الذى رواه الشافعى. (ع)

(٦) قوله: "طعن فيه الطحاوى" فقال: تتبعنا هذه الآثار، فلم نجد لها أصلا، وكذلك طعن فيها النسائى وغيره من الثقات. (بناية)

(٧) هذا جواب بطريق التسليم. (ب)

(٨) قوله: "على السياسة" بدليل ما ورد فى ذلك الحديث من الأمر بالقتل فى الخامسة، وهو محمول على السياسة بالإجماع. (ع)

(٩) شل بفتح أول وتشديد لام كسيكه دست وپاى او حركت نتواند كرد. (غث)

(١٠) إن كانت اليد اليسرى مقطوعة. (ب)

(١١) إن كانت الرجل كذلك. (ب)

(١٢) تعليل قوله: وكذا. (ب)

فإن كانت إصبعٌ واحدة[١] سوى الإبهام مقطوعة، أو شلاء قطع؛ لأن فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرًا في البطش، بخلاف فوت الإصبعين؛ لأنهما يتنزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش.

قال: وإذا قال الحاكم للحدّاد[٢]: اقطع يمين هذا[٣] في سرقة سرَقَها فَقَطع يسارَه عمدًا، أو خطأ، فلا شيء عليه عند أبي حنيفة.

وقالا: لا شيء عليه في الخطأ، ويضمن في العمد، وقال زفر: يضمن في الخطأ أيضًا، وهو القياس، والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد[٤]. أما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوًا[٥]، وقيل: يجعل[٦] عذرا أيضًا، له أنه قطع يدًا معصومة، والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها[٧]. قلنا: إنه أخطأ في اجتهاده؛ إذ ليس في النص[٨] تعيين اليمين، والخطأ في الاجتهاد موضوع[٩].

ولهما أنه قطع طرفًا معصومًا بغير حق[١٠]، ولا تأويل[١١]؛ لأنه تعمد

(١) قوله: "فإن كانت إصبع واحدة إلخ" قال تاج الشريعة: فرق بين هذا وبين الكفارة، فإن العبد إذا كان كذلك، وأعتقه عن الكفارة يجزئه؛ لأن قطع الإبهام إهلاك من وجه، فأقيم مقام الإهلاك من كل وجه احتيالا لدرء القطع، أما الكفارة فلا يحتال فيها. (ب)

(٢) قوله: "للحداد" هو الذي يقيم الحد كالجلاد يقيم الجلد، كذا في "المغرب". (نهاية)

(٣) قوله: "يمين هذا" قيده بهذا؛ لأنه لو قال: اقطع يد هذا، فقطع يساره لا شيء عليه اتفاقًا. (ن)

(٤) قوله: "هو الخطأ في الاجتهاد" يعني في قوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ حيث زعم أن الكتاب مطلق عن اليمين. (ب)

(٥) قوله: "لا يجعل عفوًا" لأن الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر، وهذا موضع الاشتهار؛ لأن كل أحد يعرف اليمين واليسار. (ك)

(٦) لأنه بنى الأمر على دليل شرعي. (ب)

(٧) بدليل وجوب الدية في قتل الخطأ.

(٨) وهو قوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾.

(٩) أي شرعًا. (ب)

(١٠) قوله: "بغير حق" دليله: أن الحق في السرقة في اليمين، وهو أيضًا لم يقطع يسار أحد؛ ليكون هذا

الظلم، فلا يُعفى وإن كان فى المجتهدات[١]، و كان[٢] ينبغى أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة[٣]. ولأبى حينفة[٤] أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه[٥]، فلا يعد إتلافًا كمن شهد[٦] على غيره ببيع ماله بمثل قيمته، ثم رجع، وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضًا هو الصحيح[٧]. ولو أخرج السارق يساره، وقال: هذه يمنى لا يضمن بالاتفاق؛ لأنه[٨] قطعه بأمره، ثم فى العمد عنده[٩] عليه أى السارق ضمان المال؛ لأنه[١٠] لم يقع حدًا، وفى الخطأ كذلك[١١] على هذه

قصاصًا. (عناية)

(١١) حيث لم يخطأ. (ع)

(١) قوله: "و إن [الواو وصلية] كان فى المجتهدات" لأن المجتهد لا يعفى فيما إذا أخطأ إذا كان الدليل ظاهرًا كالحكم بحل متروك التسمية عامدًا. (ع)

(٢) دفع لما يقال: فلم لا يجب القصاص.

(٣) قوله: "للشبهة" لظاهر قوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾، فإن ظاهره يوجب تناول اليدين، فصار شبهة فى سقوط القصاص؛ إذ القصاص لا يثبت بالشبهة، بخلاف ضمان المال. (عناية)

(٤) قوله: "ولأبى حنيفة" تقريره بالقول بالموجب سلمنا أنه قطع طرفًا معصومًا بغير حق، ولا تأويل، لكنه أخلف من جنسه ما هو خير منه. (ع)

(٥) قوله: "ما هو خير منه" وهو اليمين، فإن قيل: لو قطع رجله اليمنى يقطع، وقد أتلف، وأخلف ما هو خير منه، وهو اليد اليمنى؛ لأنه لا يقطع حينئذٍ، قلنا: لا رواية فيه، فيمنع، ولئن سلمنا، فالمقطوع ليس من جنس الباقى. (ب)

(٦) فإنه لا يضمن؛ لأنه أتلف، وأخلف قيمته.

(٧) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما ذكر فى "شرح الطحاوى" فقال: لأن مقطوع اليد اليسرى لا يقطع يده اليمنى فى السرقة، فكانت سلامة اليمنى حاصلة بسببه، وهذا كله إذا قطعه الحداد بأمر السلطان، ولو قطع غيره يده اليسرى، ففى العمد القصاص، وفى الخطأ الدية، وسقط القطع عنه فى اليمين. (نهاية)

(٨) قوله: "لأنه" أى الحداد قطعه بأمر السارق، فلا يضمن كما لو قطع يد غيره بأمره من غير أن يكون مستحقا للقطع، فهذا أولى. (بناية)

(٩) قوله: "عنده" إنما خص أبا حنيفة بالذكر، وإن كان هذا بالاتفاق؛ لأن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق إنما يرد على مذهبه؛ لأنه يقول بعدم وجوب الضمان على الحداد. (ن)

(١٠) أى قطع يساره. (بناية)

الطريقة[1]، وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن[2].

ولا يقطع السارق[3] إلا أن يحضر المسروق منه[4]، فيطالب بالسرقة؛ لأن الخصومة شرط لظهورها[5]، ولا فرق[6] بين الشهادة والإقرار[7] عندنا، خلافًا للشافعي[8] في الإقرار؛ لأن الجناية[9] على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته، وكذا إذا غاب عند القطع عندنا؛ لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود. وللمستودَع[10] والغاصب وصاحب الربا[11] أن يقطعوا السارق منهم، ولرب الوديعة أن يقطعه أيضًا، وكذا المغصوب منه. وقال زفر والشافعي: لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع، وعلى

---

(١١) أي يضمن.

(١) قوله: "على هذه الطريقة" أي طريقة أن القطع لم يقع حدًا؛ لأن سقوط الضمان في ضمن وجود القطع حدًا زاجرًا، فلا يسقط الضمان. (نهاية)

(٢) قوله: "وعلى طريقة الاجتهاد" لا يضمن؛ لأن ذلك لما وقع موقع الحد سقط الضمان. (نهاية)

(٣) خلافًا لابن أبي ليلى. (نهاية)

(٤) قوله: "إلا أن يحضر المسروق منه" لم يقل: إلا أن يحضر المالك؛ لأن السارق عندنا يقطع بخصومة المستودع والمستعير. (كفاية)

(٥) قوله: "لظهورها" إذ لو لم يحضر، تمكن عليه الشبهة، إما بإباحة المالك، أووقفه على المسلمين، أو على السارق، أو أذن له في الدخول في الحرز، فاعتبرت المطالبة؛ دفعا لهذه الشبهة، أما الزنا: فلا يباح بالإباحة، فلا يتمكن فيه الشبهة. (ب)

(٦) أي يشترط الحضور فيهما. (ك)

(٧) أي إقرار السارق بالسرقة.

(٨) قوله: "خلافًا للشافعي" هذا وجه عنده، والأصح عنده أن الإقرار كالبينة، كما هو مذهبنا. (بناية)

(٩) دليل للفرق. (ب)

(١٠) بفتح الدال. (ن)

(١١) قوله: "وصاحب الربا" قال في "المحيط": يحتمل أنه أراد به رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما، وقبض العشرين، فجاء سارق، فسرق العشرين منه، يقطع السارق بخصومته عندنا؛ لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب، والمشترى شراء فاسدًا. ثم أنه ذكر في الكتاب رب الوديعة والمغصوب منه، ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا؛ لما أنه بالتسليم لم يبق له ملك، ولا بد له. (نهاية)

هذا الخلاف[١] المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع[٢] والقابض على سَوم[٣] الشراء، والمرتهن وكل[٤] من له يد حافظة سوى المالك، ويقطع بخصومة المالك[٥] فى السرقة من هؤلاء إلا[٦] أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن[٧] بعد قضاء الدين[٨] لأنه لا حق له فى المطالبة بالعين بدونه[٩]، والشافعى بناه على أصله؛ إذ لا خصومة لهؤلاء[١٠] فى الاسترداد عنده. وزفر يقول: ولاية الخصومة فى حق الاسترداد ضرورة الحفظ[١١]، فلا تظهر فى حق القطع؛ لأن فيه تفويت الصيانة.

ولنا أن السرقة موجبةٌ للقطع فى نفسها، وقد ظهرت عند القاضى

(١) فعندنا يجوز لهم المطالبة، خلافًا له.

(٢) بالفتح مستغل، وإن كان الصواب كسر الضاد. (عناية)

(٣) سمت بالسعلة بها كردم متاع را. (منتهى الأرب)

(٤) كمتولى الوقف والأب والوصى. (ك)

(٥) قوله: "بخصومة المالك" يعنى لو سرق من هؤلاء المذكورين، وخاصمه المالك يقطع. (بناية)

(٦) استثناء منقطع. (ب)

(٧) أى المرهون. (ع)

(٨) قوله: "بعد قضاء الدين" اختلفت نسخ "الهداية" ههنا: فى بعضها إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده، وفى بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين، واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا، أما نقلا: فلأنه موافق لرواية "الإيضاح" و "المحيط". قال فى "المحيط": إذا سرق الراهن من المرتهن، فللمرتهن أن يقطعه، وليس للراهن أن يقطعه؛ لأنه لا سبيل له على أخذ الرهن، وإن قضى الراهن الدين، فله أن يقطعه. وأما عقلا: فلأن السارق إنما يقطع يده بولاية من له ولاية الاسترداد، وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين. (عناية)

(٩) قوله: "بدونه [الضمير راجع إلى قضاء الدين، وعلى النسخة الأولى إلى قيام الرهن. ع]" فشرط جواز القطع بخصومة الراهن أمران: قيام المرهون حتى لو هلك لاسبيل للراهن عليه؛ لبطلان دينه عنه، وقضاء الدين.(ع)

(١٠) أى عند جحود من فى يده المال مالم يحضر المالك. (ن)

(١١) قوله: "ضرورة الحفظ" والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، فلا تظهر فى حق القطع؛ لأن فيه أى فى ظهورها فى حق القطع تفويت الصيانة؛ لأن المال مضمون على السارق، فلو استوفى القطع، سقط الضمان، فيكون فيه تضييع لا صيانة. (عناية)

بحجة شرعية، وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقًا[١]؛ إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد[٢]، فيستوفى القطع.

• والمقصود من الخصومة إحياء حقه[٣]، وسقوط العصمة[٤] ضرورة الاستيفاء، فلم يعتبر، ولا معتبر[٥] بشبهة موهومة الاعتراض، كما إذا حضر المالك[٦]، وغاب المؤتمن[٧]، فإنه يقطع بخصومته فى ظاهر الرواية[٨] و إن[٩] كانت شبهة الإذن فى دخول الحرز ثابتة.

وإن قطع سارق بسرقة، فسرقت منه، فلم يكن له، ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثانى؛ لأن المال غير متقوم فى حق السارق حتى لا تجب عليه الضمان بالهلاك، فلم تنعقد موجبة[١٠] فى نفسها، وللأول ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية[١١] لحاجته؛ إذ الرد واجب عليه.

---

(١) نفى لقول زفر، فإن خصومة هؤلاء عنده، وفى حق الاسترداد دون القطع. (ب)

(٢) قوله: لحاجتهم إلى الاسترداد" لأن اعتبار خصومة المالك لإعادته إلى المحل، وهذا المعنى موجود فى حق هؤلاء، أما المستأجر والمستعير: فلاحتياجهما إلى الانتفاء بالمحل، وأما المرتهن والمودع: فلأجل الحفظ الملتزم. (بناية)

(٣) أى حق المالك. (ب)

(٤) قوله: "وسقوط العصمة" جواب عن تعليل زفر، وتقريره: أن الإمام استوفى القطع حقًا لله تعالى، فسقط الضمان من ضرورته، فلا يصير المودع مسقطًا للضمان. (نهاية)

(٥) قوله: "ولا معتبر" جواب عما يقال: ينبغى أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك، كمامر في مسألة قبيل هذا. (بناية)

(٦) قوله: "كما إذا حضر المالك" وغاب المرتهن، فإن فيه شبهة موهومة أيضًا، وهو أن يحضر المرتهن، ويقول: إنه كان ضيفًا عندى، ومع ذلك لا يشترط حضور المرتهن. (ع)

(٧) أى المودع بالفتح. (ب)

(٨) قوله: فى ظاهر الرواية" احترازًا عن رواية ابن سماعة عن محمد أن المالك لا يقطع حال غيبة المودع. (ع)

(٩) الواو وصلية.

(١٠) أى للقطع.

(١١) فى رواية أخرى لا؛ لأن يده ايست بصحيحة. (نهاية)

ولو سرق الثاني [١] قبل أن يقطع الأول، أو بعد ما درأ الحد بشبهة يقطع بخصومة الأول؛ لأن سقوط التقوم ضرورة القطع، ولم يوجد فصار كالغاصب [٢]. ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع [٣]، وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً [٤] بما إذا ردّه بعد المرافعة. وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة؛ لأن البينة [٥] إنما جُعلت حجة ضرورة قطع المنازعة، وقد انقطعت الخصومة [٦]، بخلاف [٧] ما بعد المرافعة؛ لانتهاء الخصومة [٨] لحصول مقصودها، فتبقى تقديراً.

وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة، فوهبت له [٩] لم يقطع معناه [١٠] إذا سلمت إليه، وكذلك إذا باعها المالك إياه.

(١) قوله: "ولو سرق الثاني إلخ" حاصله أن المال إذا سرق من السارق، فلا يخلو: إما أن يكون السرقة الثانية قبل قطع السارق الأول، فحينئذٍ يقطع الثاني بخصومة الأول؛ لأن السارق الأول بمنزلة الغاصب.

وإن كان الأول قد قطعت يداه في السرقة لم تنعقد موجبة للقطع بوجهين: أحدهما: أن يد السارق لم يبقَ من الأيدي التي ذكرنا من ملك، أو ضمان وديعة، فخصومة من هذه صفته لا تعتبر في القطع.

وثانيهما: أن السرقة إنما تنعقد من جهة القطع إذا صادقت مالا معصوماً، ولم يبقَ المال معصوماً بعد القطع في حق المالك، ولا في حق السارق الأول، إلى هذا أشار في "المبسوط" و "الأسرار" و"المحيط". (نهاية)

(٢) فإنه يقطع من سرق منه بخصومته.

(٣) في ظاهر الرواية. (ع)

(٤) قوله: "اعتباراً" بجامع أن القطع حق الله تعالى، فلا يحتاج فيه إلى الخصومة، فكان ما قبل الارتفاع، وبعده سواء. (عناية)

(٥) قوله: "لأن البينة إلخ" وفي بعض النسخ: ولأن بالواو، ولكن نسخة شيخي بخطه بلا واو، وهو الأصح.(ن)

(٦) قوله: "وقد انقطعت إلخ" يعني أن السرقة تظهر بالبينة، والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة، وهو بدونها متصور، وقد انقطعت بالرد إلى المالك، فانقطع شرط ظهور السرقة، فانقطع ظهورها، ولا قطع بدون ظهورها. (ع)

(٧) جواب عن اعتبار أبي يوسف.

(٨) قوله: "لانتهاء الخصومة" لأن المقصود بالخصومة استرداد المال إلى المالك، والشيء يتقرر بانتهاءه، لا أنه يبطل كالنكاح يتقرر بعد الموت، لا أنه يبطل. (ب)

(٩) أي فوهبه المالك وسلمه إياه. (ع)

(١٠) قوله: "معناه" إنما فسر المصنف كلام "الجامع الصغير" بهذا؛ لأن الهبة إذا لم تتصل بالتسليم والقبض

وقال زفر والشافعي: يقطع وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن السرقة قد تمت انعقادا[١] وظهوراً[٢]، وبهذا العارض[٣] لم يتبين قيام الملك وقت السرقة[٤]، فلا شبهة. ولنا أن الإمضاء[٥] من القضاء في هذا الباب[٦]؛ لوقوع الاستغناء عنه[٧] بالاستيفاء؛ إذ القضاء للإظهار، والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده[٨]، وإذا كان كذلك[٩] يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء[١٠]، وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء[١١].

قال: وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب[١٢] يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء، وعن محمد أنه يقطع، وهو قول زفر والشافعي؛ اعتباراً

لا يثبت الملك. (عناية)

(١) قوله: "انعقاداً" بأخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه؛ إذ وضع المسألة في ذلك. (ع)

(٢) قوله: "وظهوراً" لأن الفرض أن قضى عليه بالقطع، ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها. (ع)

(٣) أي ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة أو البيع.

(٤) قوله: "وقت السرقة" احتراز عما إذا أقر المسروق منه به للسارق، فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتاً للمقر له من الملك، فيلزمه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة، فيلزم الشبهة. (عناية)

(٥) قوله: "أن الإمضاء من القضاء" يعني أن استيفاء القاضي الحد من تتمات القضاء كقوله: حكمت أو قضيت بهذه الدار. (نهاية)

(٦) أي باب الحدود. (ن)

(٧) أي عن القضاء. (ن)

(٨) قوله: "وهو ظاهر عنده" فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب لعرى عن الفائدة بالكلية، وهو باطل، بخلاف حقوق العباد، فإن القضاء فيها يفيد إظهار الحق للطالب على المطلوب، فلا حاجة إلى جعل الإمضاء من تتمة القضاء هناك، فهذا وجه تفويض استيفاء الحدود إلى الأئمة دون سائر الحقوق. (عناية)

(٩) أي إذا كان الإمضاء من القضاء. (ب)

(١٠) قوله: "عند الاستيفاء" كما يشترط وقت ابتداء القضاء، وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة، وهذا لأن ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى استيفاء القضاء؛ لأن المعترض قبل الاستيفاء كالمتصل بأصل السبب. (ع)

(١١) قوله: "وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء" يعني صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء. (عناية)

(١٢) أي قبل الاستيفاء بعد القضاء. (ب)

بالنقصان في العين[١] . ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الإمضاء؛ لما ذكرنا[٢] ، بخلاف النقصان في العين[٣] ؛ لأنه مضمون عليه[٤] ، فكمل النصاب عينا ودينا ، كما إذا استهلك كله أما نقصان السعر غير مضمون فافترقا[٥] .

وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه ، و إن[٦] لم يقم بينة معناه[٧] بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة . وقال الشافعي : لا يسقط بمجرد الدعوى؛ لأنه لا يعجز عنه سارق ، فيؤدى إلى سد باب الحد[٨] . ولنا أن الشبهة[٩] دارئة ، ويتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال[١٠] ، ولا معتبر بما قال[١١] : بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار[١٢] .

---

(١) بأن هلك دراهم من العشرة، أو استهلكه. (ب)

(٢) أراد به قوله: لأن الإمضاء من القضاء.

(٣) قوله: "بخلاف النقصان فى العين" سواء كان ذلك بفعله، أو لا. (د)

(٤) قوله: "لأنه مضمون عليه" فإن قلت: كيف يصح هذا؟ والسرقة غير مضمونة حتى لا يجب الضمان، ويسقط بالقطع مستنداً إلى ما قبل السرقة، قلت: هذا غير مفيد، فإن الضمان إنما يسقط لضرورة القطع، فلا يظهر فى حق تكميل النصاب. (ملا إله داد)

(٥) أى نقصان السعر ونقصان العين.

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "معناه [أى معنى كلام القدورى. ب]" إنما فسر ذلك احترازاً عما إذا فعل بعد الإقرار بالسرقة، فإنه يسقط القطع اتفاقًا. (ب)

(٨) حيث لا يعجز سارق عنه. (ع)

(٩) قوله: "ولنا أن الشبهة" أى شبهة الملك دارئة للحد، وهى تتحقق بمجرد الدعوى. (د)

(١٠) أى لاحتمال دعواه الصدق. (ب)

(١١) قوله: "ولا معتبر بما قال" أى الشافعى من أنه لا يعجز عنه سارق، فإنا نقول: إن كان لا يعجز عنه سارق، فهو مسقط للقطع، فإن المقر إذا رجع، يدرأ عنه الحد، وما من مقر إلا ويتمكن من الرجوع، ثم صار ذلك معتبرا فى إيراث الشبهة، فكذا هذا. (نهاية)

(١٢) قوله: "بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار" أى بالسرقة، وفيه نظر؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، والبينة

وإذا أقرّ رجلان بسرقة[(١)]، ثم قال أحدهما: هو مالى لم يقطعا؛ لأن الرجوع عامل فى حق الراجع، ومورث للشبهة فى حق الآخر[(٢)]؛ لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة.

فإن سرقا ثم غاب أحدهما، وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر[(٣)] فى قول أبى حنيفة الآخر، وهو قولهما، وكان يقول أولا: لا يقطع؛ لأنه لو حضر ربما يدعى الشبهة[(٤)]، وجه قوله الآخر: إن الغيبة تمنع ثبوتَ السرقة علَى الغائب[(٥)]، فيبقى معدومًا، والمعدوم لا يورث الشبهة[(٦)]، ولا يعتبر[(٧)] توهم حدوث الشبهة على ما مر[(٨)].

وإذا أقر العبد المحجور عليه[(٩)] بسرقة عشرة دراهم بعينها، فإنه يقطع

حجة كاملة، كما عرف، ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة فى القاصرة مورثة فى الكاملة. والجواب أن الكمال والقصور بالنسبة إلى التعدى إلى الغير وعدمه، وليس كلامنا فيه، وأما بالنسبة إلى المقر فهما سواء. (ب)

(١) مبناه على صحة الرجوع. (ع)

(٢) قوله: "فى حق الآخر" فإن قيل: قوله: هو مالى مورث للشبهة فى حق الراجع، فإذا كان شبهة فى حقه، يكون فى حق الآخر شبهة الشبهة، وهى غير معتبرة، قلنا: سقط القطع عن الراجع برجوعه، لا بطريق الشبهة، فاعتبرت شبهة فى حق الآخر. (ك)

(٣) أى الحاضر.

(٤) قوله: "ربما يدعى الشبهة [وهى دارئة للحد]" فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة كقصاص مشترك بين حاضر وغائب لا يكون للحاضر أن يستوفيه، كذا فى "المبسوط". (نهاية)

(٥) لأن القضاء على الغائب لا يجوز. (ب)

(٦) فى حق الموجود.

(٧) قوله: "ولا يعتبر [جواب عن قوله الأول] إلخ" لأن الشبهة هى المحققة دون الموهومة. (عناية)

(٨) يريد به قوله: ولا معتبر بشبهة موهومة. (ع)

(٩) قوله: "وإذا أقر العبد المحجور عليه إلخ" إنما قيد بهذين القيدين، فإنهم أجمعوا على أنه لو كان عبدا مأذونا له يقطع، وكذلك أجمعوا على أنه لو أقر بسرقة عشرة دراهم بغير عينها يقطع، وإن كان محجورا، كذا ذكره صدر الإسلام فى "الجامع الصغير".

وحاصله: ما ذكره فى "المبسوط": فقال: وإذا أقر العبد بسرقة، فلا يخلو: إما يكون مأذونًا له، أو محجورًا، وكل وجه على وجهين: إما أن يكون المال مستهلكًا، أو قائما بعينه فى يده، فإن كان مأذونًا أقر

وترد السرقة(١) إلى المسروق منه، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يقطع والعَشرة للمولى، وقال محمد: لا يقطع، والعشرة للمولى، وهو قول زفر، ومعنى هذا(٢) إذا كذّبه المولى.

ولو أقر بسرقة مال مستهلكٍ قطعت يده، ولو كان العبد مأذونًا له يقطع في الوجهين(٣)، وقال زفر: لا يقطع في الوجوه كلها(٤)؛ لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح؛ لأنه يرد على نفسه(٥) وطرفه(٦)، وكل ذلك مال المولى، والإقرار على الغير غير مقبول(٧) إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان(٨)، والمال لصحة إقراره

بمستهلك، فعليه القطع عند علمائنا الثلاثة، وهو ضامن للمال. وإن كان المال قائمًا بعينه، يقطع يده، ويرد المال على المسروق منه عندنا، وقال زفر: يرد المال، ولا يقطع وإن كان محجوراً عليه، فإن أقر بسرقة مستهلك، قطعت يده إلا على قول زفر. وإن أقر بسرقة مال قائم بعينه، فعلى قول أبي حنيفة: يقطع، ويرد المال، وعلى قول أبي يوسف: يقطع، والمال للمولى، وعند محمد وزفر: لا يقطع يده، والمال للمولى.

وذكر في "الفوائد الظهيرية": أن حاصل الخلاف راجع إلى حرف، وهو أن القطع أصل، والمال تبع، أو كل واحد منهما أصل، فقال أبو حنيفة: القطع أصل، والمال تبع بدليل أنه لو قال: أبغي المال، ولا أبغي القطع، لا يسقط القطع، وبدليل أنه يبطل بالتقادم. وقال أبو يوسف: كل ما منهما أصل، أما أصالة المال، فلما قاله محمد، أما أصالة القطع تبع فيما قالوا في الحر: إذا أقر سرقت هذا المال من زيد، وهو في يد عمرو، وكذبه عمرو، ويصح إقراره في حق القطع دون المال.

وقال محمد: المال أصل، والقطع تبع، فإنه إذا سرق دون العشرة لا يقطع، والخصومة شرط للقطع، ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدون الخصومة. وقال الطحاوي: سمعت أستاذي ابن أبي عمر يقول: الأقاويل الثلاثة كلها مروية عن أبي حنيفة، وهذا من مناقبه حيث لم يضيع قولا. (نهاية)

(١) أي الدراهم المسروقة.

(٢) قوله: "ومعنى هذا" أي ومعنى قول محمد: والعشرة للمولى إذا كذبه المولى، بأن يقول: المال مالي، فالعشرة له، ولا يقطع العبد. (ب)

(٣) أي فيما إذا كان المال بعينه، وفيما إذا كان مستهلكًا. (عناية)

(٤) سواء كان محجوراً أو مأذونًا، وسواء كان المال قائمًا أو مستهلكًا. (ع)

(٥) فيما إذا أقر بقتل الغير عمداً. (ن)

(٦) فيما إذا أقر بالسرقة. (ن)

(٧) قوله: "والإقرار على الغير غير مقبول" ألا ترى أنه لو أقر برقبة الإنسان، كان إقراره باطلا. (ن)

به[١]؛ لكونه مسلّطًا عليه من جهته[٢]، والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضًا. ونحن نقول: يصح إقراره من حيث إنه آدمى، ثم يتعدى إلى المالية[٣]، فيصح من حيث إنه مال، ولأنه لا تهمة فى هذا الإقرار؛ لما يشتمل عليه من الإضرار[٤]، ومثله[٥] مقبول[٦] على الغير.

لمحمد فى المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل، ولهذا[٧] لا يصح منه الإقرار بالغصب، فيبقى مال المولى، ولا قطع على العبد فى سرقة مال المولى يؤيده أن المال أصل فيها[٨]، والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع[٩]، ويثبت المال دونه[١٠]، وفى عكسه[١١] لا تسمع، ولا يثبت، وإذا بطل فيما هو الأصل بطل فى التبع، بخلاف المأذون[١٢]؛

---

(٨) أى فيما إذا استهلك. (ن)

(١) أى فيما إذا كان قائمًا. (ن)

(٢) أى المولى. (ب)

(٣) قوله: "ثم يتعدى إلى المالية" يعنى لما صح إقراره على نفسه لضرورة أنه آدمى تعدى صحة إقراره إلى المالية. (ن)

(٤) أى على العبد. (ب)

(٥) أى مثل ما كان الإقرار إضرارًا على المقر. (ب، د)

(٦) أى بطريق التبعية.

(٧) قوله: "ولهذا" أى ولأجل بطلان إقراره بالمال لا يصح من العبد الإقرار بالغصب، وإذا لم يصح إقراره بالسرقة يبقى المال للمولى. (بناية)

(٨) أى فى السرقة.

(٩) مثل أن يقول: أطلب المال دون القطع. (ع)

(١٠) قوله: "ويثبت المال بدونه" كما إذا شهد رجل وامرأتان، أو أقر بالسرقة، ثم رجع، فإنه يضمن المال ولا يقطع. (عناية)

(١١) بأن قال: أطلب القطع دون المال. (ع)

(١٢) دفع دخل.

لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح، فيصح[1] في حق القطع تبعًا.

ولأبي يوسف أنه أقر بشيئين: بالقطع، وهو على نفسه، فيصح[2] على ما ذكرناه[3]، وبالمال، وهو على المولى، فلا يصح في حقه فيه[4]، والقطع يستحق بدونه[5]، كما إذا قال الحر: الثوب الذي في يد زيد سرقتُه من عمرو، وزيد يقول: هو ثوبي يقطع يد المقر، وإن[6] كان لا يصدّق في تعيين الثوب، حتى لا يؤخذ من زيد[7]. ولأبي حنيفة أنّ الإقرار بالقطع قد صح منه؛ لما بينا[8]، فيصح بالمال بناءً عليه[9]؛ لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء[10]، والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تُسقط[11] عصمة المال باعتباره[12]، ويستوفي القطع[13] بعد استهلاكه.

---

(١) بناء على أن المال أصل عنده.

(٢) في تحقيق مذهب محمد.

(٣) في رد مذهب زفر.

(٤) قوله: "حقه فيه" أي فلا يصح إقرار العبد في حق المولى في المال. (ع)

(٥) أي المال؛ لأن أحد الحكمين ينفصل عن الآخر. (ع)

(٦) الواو وصلية.

(٧) ولا يرد الثوب على عمرو.

(٨) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: ونحن نقول: يصح إقراره من حيث إنه آدمي. (عناية)

(٩) لأن القطع أصل عنده.

(١٠) قوله: "لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء" لأن الإقرار إخبار من أمر قد كان، فلا بد أن يتحقق ذلك الشيء، حتى يتصور الإقرار والإخبار منه. (كفاية)

(١١) بالرفع لأن حتى بمعنى الفاء. (ع)

(١٢) قوله: "باعتباره" أي اعتبار القطع لما سيأتي من أصلنا: أن الضمان والقطع لا يجتمعان، ثم سقوط العصمة، والتقوم في حق السارق يدل على أن المال تبع، فإنه لو كان أصلا لما تغير حاله من حال الابتداء الذي هو التقوم إلى غير التقوم. (نهاية)

(١٣) وهذا أيضًا يدل على أن القطع هو الأصل. (ن)

بخلاف مسألة الحر[١]؛ لأن القطع إنما تجب بالسرقة من المودعْ، أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا، ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلّها لزوال المانع[٢]. قال: وإذا قطع السارق، و العين[٣] قائمة في يده ردت إلى صاحبها[٤]؛ لبقاءها على ملكه، وإن كانت مستهلكة لم يضمن، وهذا الإطلاق[٥] يشمل الهلاك والاستهلاك، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور، وروى الحسن[٦] عنه أنه يضمن بالاستهلاك[٧]. وقال الشافعي: يضمن فيهما[٨]؛ لأنهما[٩] حقان، قد اختلف سبباهما، فلا يمتنعان[١٠]، فالقطع حق الشرع، وسببُه ترك الانتهاء عما نهى عنه[١١]، والضمان حق العبد، وسببه أخذ المال، فصار كاستهلاك

(١) قوله: "بخلاف مسألة الحر [وهي ما استشهد بها أبو يوسف. ن]" بيانه أن هذه المسألة ليست نظير تلك المسألة؛ لأنه ليس من ضرورة كونه مسروقًا، عن شخص كونه مالكًا؛ لجواز أن يكون مودعًا فيقطع؛ لأن القطع يجب بالسرقة عن المودع أيضًا، وإن لم يرد إليه المال، وأما ههنا فلو رد المال إلى المسروق منه، لزم أن يكون ذلك المال مال المولى فحينئذٍ لا يجب القطع. (بناية)

(٢) سواء كان محجورًا أو مأذونًا، وسواء كان المال قائمًا أو مستهلكًا. (ب)

(٣) الواو حالية.

(٤) هذا باتفاق أهل العلم.(ب)

(٥) قوله: "وهذا الإطلاق" أي إطلاق القدوري في "مختصره" بقوله: إن كانت هالكة؛ لأنه لم يجب الضمان في الاستهلاك، ففي الهلاك أولى. (بناية)

(٦) ابن زياد من تلامذة الإمام.

(٧) دون الهلاك.

(٨) قوله: "وقال الشافعي: يضمن فيهما" لأنهما حقان مختلفان محلا ومستحقًا وسببًا، فمحل القطع اليد، ومستحقه هو الله تعالى، وسببه السرقة، ومحل الضمان الذمة، ومستحقه المسروق منه، وسببه إدخال النقصان عليه بأخذ المال، فوجوب أحدهما لا يمنع الآخر. (ن)

(٩) أي القطع والضمان. (ب)

(١٠) لا يمتنع أحدهما بالآخر. (ب)

(١١) وهو السرقة قال الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالا من الله﴾.

صيد مملوك فى الحرم[١]، أو شرب خمر مملوكة للذمى[٢].

ولنا قوله عليه السّلام[٣]: «لا غُرم على السارق بعد ما قطعت يمينه»[٤]*، ولأن وجوب الضمان ينافى القطع؛ لأنه[٥] يتملكه بأداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ[٦]، فتبين أنه ورد على ملكه، فينتفى القطع للشبهة، وما يؤدى إلى انتفاءه[٧]، فهو المنتفى، ولأن المحل[٨] لا يبقى معصومًا حقًا للعبد؛ إذ لو بقى لكان مباحًا فى نفسه[٩]، فينتفى القطع للشبهة، فيصير محرمًا حقًا للشرع كالميتة[١٠]، ولا ضمان فيه، إلا أن

---

(١) من حيث إنه يجب قيمته للمالك، وقيمة أخرى جزاء. (ن)

(٢) يعنى على أصلنا، فإن ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده. (ع)

(٣) قوله: "ولنا قوله عليه السلام" قلت: رواه الطبرى فى "تهذيب الآثار" موصولا، فقال: حدثنا أحمد الترمذى قال: حدثنا سعيد بن كثير عن يونس بن يزيد عن سعد بن إبراهيم حدثنى أخو المسور بن إبراهيم عن أبيه عن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله قال: «إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه».
وأخرجه أبو عمرو بن عبد البر من طريق ابن جرير الطبرى، وهذا المسور وأبوه على شرط البخارى، ثم قال ابن جرير: ما ملخصه بيان صحة قول من لم يضمن بعد الحد، وبيان فساد قول من قال: بالتضمين.
ثم حكى عدم التضمين عن ابن سيرين والنخعى والشعبى وقتادة والحسن، فقال: وعلتهم الأثر مع القياس، وإجماعهم على أن أهل العدل إذا ظهروا على الخوارج لم يغرموا ما استهلكه الخوارج، وكذا قطاع الطريق، وقال: وهذا هو الصواب؛ لقوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا﴾، فلم يأمر بالتغريم، ولو كان لازمًا لذكره. (عينى)

(٤) غريب بهذا اللفظ، ومعناه أخرجه النسائى والطبرانى. (عينى)
* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٥٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٨٩ ص١١٣. (نعيم)

(٥) أى السارق.

(٦) أى أخذ الشيء المسروق.

(٧) قوله: "وما يؤدى إلى انتفاءه فهو المنتفى" يعنى أن وجوب الضمان مستلزم لانتفاء القطع، وانتفاء القطع منتفٍ، فيبقى الضمان بالضرورة؛ لأن انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم. (ك)

(٨) المسروق.

(٩) قوله: "إذ لو بقى لكان مباحًا فى نفسه" لأنه عرف بالاستقراء أن ما هو حرام حقًا للعبد، فهو مباحٍ فى نفسه، فكان المال للسارق حرامًا من وجه دون وجه، فينتفى القطع لشبهة كونه مباحًا فى نفسه، وإذا لم يبق معصومًا حقًا للعبد، فيصير محرمًا حقًا للشرع كالميتة، ولا ضمان فى المحرم حقًا للشرع. (بناية)

(١٠) فينتقل العصمة إلى الله تعالى.

العصمة[١] لا يظهر سقوطها فى حق الاستهلاك؛ لأنه فعل آخر غير السرقة، ولا ضرورة فى حقه[٢]، وكذا الشبهة[٣] تعتبر فيما هو السبب[٤] دون غيره[٥]. ووجه المشهور[٦] أن الاستهلاك إتمام المقصود، فيعتبر الشبهة فيه[٧]، وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان؛ لأنه[٨] من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة[٩].

قال: ومن سرق سرقات، فقطع فى إحداها فهو لجميعها[١٠]، ولا يضمن شيئًا عند أبى حنيفة، وقالا: يضمن كلّها إلا التى قطع لها، ومعنى المسألة إذا حضر أحدهم[١١]، فإن حضروا جميعًا، وقطعت يده

(١) قوله: "إلا أن العصمة إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره أن العصمة لما انتقلت إلى الله تعالى، فصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك أيضًا، وقد روى الحسن عن أبى حنيفة وجوبه فيه. (ب)

(٢) قوله: "ولا ضرورة فى حقه" يعنى أن سقوط العصمة إنما كان لضرورة تحقق القطع، وما ثبت بالضرورة يقتصر على محله، ولا يتعدى إلى فعل آخر، وهو الاستهلاك؛ لأنه ليس بالقطع، ولا من لوازمه. (عناية)

(٣) وهو كونه حرامًا لغيره. (ع)

(٤) أى السرقة.

(٥) قوله: "دون غيره" لأن اعتبار الشبهة إنما يكون لأن يجعل السبب الموجب للحد غير موجب له احتيالا، لا للدرء، والاستهلاك ليس بسبب، فلا يعتبر فيه الشبهة. (عناية)

(٦) قوله: "ووجه المشهور" وهو عدم وجوب الضمان فى الاستهلاك كالهلاك. (عناية)

(٧) لأنه إنما سرق ليصرفه إلى بعض حوائجه. (ب)

(٨) قوله: "لأنه إلخ" معناه سقوط العصمة فى فصل الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها فى الهلاك؛ إذ لو لم يكن كذلك لكانت العصمة باقية فى الاستهلاك دون الهلاك، وهو غير صحيح؛ لأن الضمان يستوجب المماثلة، وهي منتفية؛ لأن المسروق مال معصوم فى الاستهلاك دون الهلاك على هذا التقدير، والمضمون به معصوم مطلقًا على كل حال، ولا مماثلة بين المعصوم فى الحالتين، والمعصوم فى حالة واحدة. (عناية)

(٩) بين المال المسروق وبين الضمان. (ب)

(١٠) أى بالاتفاق. (ب)

(١١) أى أحد أرباب السرقات.

لخصومتهم لا يضمن شيئًا بالاتفاق(١) فى السرقات كلها.

لهما(٢) أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب(٣)، ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة، فلم تظهر السرقة من الغائبين، فلم يقع القطع لها، فبقيت أموالهم معصومة(٤). وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقًا لله تعالى؛ لأن مبنى الحدود على التداخل(٥)، والخصومة شرط الظهور(٦) عند القاضى، أما الوجوب بالجناية، فإذا استوفى(٧) فالمستوفى كل الواجب.

ألا ترى أنه(٨) يرجع نفعه إلى الكل، فيقع عن الكل(٩)، وعلى هذا الخلاف(١٠) إذا كانت النُصُب(١١) كلها لواحد، فخاصم فى البعض.

---

(١) بين أبى حنيفة وصاحبيه.

(٢) قوله: "لهما" تقريره أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب، ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له خصومة فى حق الغائب. (ع)

(٣) حتى يجعل خصومته خصومتهم. (ب)

(٤) والمال المعصوم مضمون لا محالة. (ع)

(٥) قوله: "لأن مبنى الحدود على التداخل" معنى التداخل الاكتفاء بحد، فإذا وجد القطع، وقع عن الكل. (ك)

(٦) قوله: "شرط الظهور" أى شرط ظهور السرقة عند القاضى؛ ليتمكن من استيفاء القطع، وإذا لم يكن الخصومة شرطًا؛ لكون السرقة موجبة للقطع أوجب كل واحد من السرقات قطعًا، ويصير موجب الكل واحدا، فمتى ظهرت سرقة واحدة عند القاضى، استوفى القطع، فقد استوفى قطعا هو موجب كل السرقات غير أنه لم يكن عالمًا به، ثم إذا ظهرت السرقات الأخر، ظهر أن ما استوفاه كان موجبًا للكل، والقطع الذى هو موجب السرقة متى ترتب عليها انتفى الضمان. (د)

(٧) يعنى ذلك القطع الواجب.

(٨) وهو الانزجار. (ب)

(٩) قوله: "فيقع عن الكل" فإن قيل: الحكم الثابت بطريق الضرورة لا تربو على الحكم الثابت صراحةً، ثم القطع يتضمن البراءة عن ضمان السرقة، ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل صراحة لا يبرأ، فكذلك ينبغى أن لا يبرأ، إذا ثبت ضمنًا. قلت: كم من شيء يثبت ضمنًا، ولا يثبت قصداً كبيع الشرب، ووقف المنقول، وههنا لما وقع القطع عن الحكم بالإجماع تبعه ما هو الثابت فى ضمنه، وهو سقوط الضمان. (نهاية)

(١٠) قوله: "وعلى هذا الخلاف إلخ" يعنى لو سرق النصب من واحد مرارًا، ثم قطع لأجل نصاب واحد، بأن خاصمه فيه، فعنده لا يضمن النصب الباقية، وعندهما يضمن. (نهاية)

باب ما يُحدث السارق فى السرقة[١]

ومن سرق ثوبًا[٢]، فشقه فى الدار بنصفين، ثم أخرجه، وهو[٣] يساوى عشرة دراهم قطع. وعن أبى يوسف أنه لا يقطع؛ لأن له فيه سبب الملك[٤]، وهو الخرق الفاحش، فإنه يوجب القيمة[٥]، وتملّكَ المضمون، وصار كالمشترى[٦] إذا سرق مبيعًا فيه خيار للبائع. ولهما[٧]: أن الأخذ[٨] وضع سببًا للضمان، لا للملك، وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان؛ كى لا يجتمع البدلان[٩] فى ملك واحد، ومثله[١٠] لا يورث الشبهة كنفس الأخذ[١١]، وكما إذا سرق البائع معيبًا باعه[١٢]، بخلاف[١٣] ما ذكر؛ لأن

---

(١١) بضم النون والصاد جمع نصاب. (ب)

(١) قوله: "باب ما يحدث [بضم الياء] إلخ" لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع، ذكر فى هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب إحداث الصنعة. (ن)

(٢) قوله: "ومن سرق ثوبًا فشقه إلخ" قيد بقيدين؛ لأنه إذا أخرجه غير مشقوق، وهو يساوى عشرة دراهم، ثم شقه، ونقصت قيمته بالشق من العشرة، فإنه يقطع قولا واحداً، ولو شق فى الدار، ونقصت قيمته عن العشرة، ثم أخرجه لم يقطع؛ لأن السرقة قد تمت على النصاب الكامل فى الأول دون الثانى. (عناية)

(٣) الواو حالية.

(٤) فأورث ذلك شبهة.

(٥) قوله: "فإنه يوجب القيمة" ولهذا قلنا: المالك بعد الشق بالخيار إن شاء ملك الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك؛ لأنه لو لم ينعقد لما وجب التمليك. (ب)

(٦) قوله: "وصار كالمشترى [بالكسر فإنه لا يقطع. ب] إلخ" والجامع بينهما هو أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق، ولكن ورد عليه سبب الملك. (ك)

(٧) قوله: "ولهما" تقريره أنا لا نسلم أن له فيه سبب الملك؛ لأن الأخذ المعهود ليس بموضوع له، وإنما هو موضوع سببًا للضمان، فكان له سبب الضمان، لا سبب الملك. (عناية)

(٨) أى هذا الأخذ فاللام للعهد. (ع)

(٩) فيه تغليب، فإن المسروق مبدل، والقيمة بدله. (ن)

(١٠) أى مثل هذا الأخذ الذى هو سبب للضمان. (ع)

(١١) قوله "كنفس الأخذ" فإنه مثل الشق فى أنه يحتمل أن يجعل سببًا للملك، ومع هذا لم يعتبر الأخذ شبهة. (ن)

(١٢) قوله: "معيبًا باعه" ولم يعلم المشترى بالعيب، فإنه يقطع، وإن انعقد سبب الرد، وهو العيب، فكذلك ههنا يقطع، وإن انعقد سبب الضمان، وهو الشق. (عناية)

البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف[١] فيما إذا اختار تضمين النقصان[٢]، وأخذ الثوب، فإن اختار تضمين القيمة، وتركَ الثوب عليه لا يُقطع بالاتفاق[٣]؛ لأنه ملكه مستنِدًا إلى وقت الأخذِ، فصار كما إذا ملكه بالهبة[٤]، فأورث شبهة[٥]، وهذا كله[٦] إذا كان النقصان فاحشًا، فإن كان يسيرًا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك؛ إذ ليس له[٧] اختيار تضمين كل القيمة. وإن سرق شاة فذبحها، ثم أخرجها لم يقطع؛ لأن السرقة تمت على اللحم[٨]، ولا قطع فيه، ومن سرق ذهبًا أو فضة يجب فيه القطع، فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه، وترد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا سبيل للمسروق منه عليهما[٩]، وأصله في الغصب[١٠]، فهذه صنعة متقومة عندهما، خلافًا له[١١]. ثم وجوب الحد لا

---

(١٣) جواب عن قياس أبي يوسف. (ب)

(١) بين الطرفين وأبي يوسف.

(٢) قوله: "فيما إذا اختار [أي المالك] إلخ" لا يقال: الأصل عندكم أن القطع والضمان لا يجتمعان، فإذا اختار تضمين النقصان، فكيف يقطع؛ لأن ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الإخراج، وهي ما فات من العين، والقطع بإخراج الباقي. (عناية)

(٣) بين الطرفين وأبي يوسف.

(٤) قوله: "فصار كما إذا ملكه بالهبة" فإنه إذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع، فلأن لا يجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى. (عناية)

(٥) وهي دارئة للحد.

(٦) قوله: "وهذا كله" أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات إذا كان النقصان فاحشًا، وهو الذي يفوت به بعض العين، وبعض المنفعة، فإن كان يسيرًا، وهو ما يفوت به شيء من المنفعة على ما هو الصحيح على ما سيجيء تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب. (ع)

(٧) أي للمالك.

(٨) لا على الشاة.

(٩) قوله: "عليهما" أي الدراهم والدنانير، وفي نسخة شيخي عليهما، وهو أحسن. (بناية)

(١٠) قوله: "وأصله في الغصب" أي أصل الخلاف في الغصب، فهذه الصفة لا ينقطع بها حق المالك عنده في الغصب، خلافًا لهما، فكذا في السرقة. (ب)

يشكل على قوله؛ لأنه[1] لم يملكه، وقيل: على قولهما لا يجب؛ لأنه ملكه[2] قبل القطع، وقيل: يجب؛ لأنه صار بالصنعة شيئًا آخر[3]، فلم يملك عينه[4]. فإن سرق ثوبًا، فصبغه أحمر[5] قطع، ولم يؤخذ منه الثوب، ولم يضمن قيمة الثوب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يؤخذ منه الثوب، ويعطى ما زاد الصبغ فيه؛ اعتبارًا بالغصب[6]، والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائمًا، وكون الصبغ تابعًا. ولهما: أن الصبغ قائم صورة ومعنى[7]، حتى لو أراد[8] أخذه مصبوغًا يضمن ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في الثوب قائم صورةً[9] لا معنًى. ألا ترى[10] أنه غير مضمون على السارق بالهلاك، فرجحنا جانب السارق[11]، بخلاف

(١١) قوله: "خلافًا له" لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسمًا وحكمًا ومقصودًا، وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك، كما إذا كان المغصوب صفرًا، فضربه قمقمة. وله أن عين المسروق باقٍ، والصنعة الحادثة، والاسم الحادث ليسا بلازمين، فإن إعادتها إلى الحالة الأولى ممكنة. (ع)

(١) أي السارق لا يملك المسروق بجعله دراهم أو دنانير، فيجب القطع لا محالة.

(٢) أي بجعله دراهم أو دنانير؛ لأن هذه الصنعة عندهما تبديل.

(٣) بل إنما ملك المضروب. (كفاية)

(٤) قوله: "فلم يملك عينه" أي عين المسروق، وفي بعض النسخ عينهما أي عين الذهب والفضة، وإنما ملك شيئًا غيرهما، فإن الأعيان تتبدل بتبدل الصفات، أصله حديث بريرة. (ع)

(٥) قوله: "فصبغه أحمر" قال صاحب "النهاية": صورة المسألة سرق ثوبًا، فقطع فيه، ثم صبغه أحمر، فإن لفظ رواية "الجامع الصغير": محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب، فتقطع يده، وقد صبغ الثوب أحمر، قال: ليس لصاحبه عليه سبيل، وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله: ثم صبغه؛ لأن الواو للحال، وهي لا تدل على التعقيب. (عناية)

(٦) قوله: "اعتبارًا بالغصب" يعني أن محمدًا قاس هذه المسألة على مسألة الغصب، فإنه لو غصب رجل ثوب إنسان، فصبغه أحمر يؤخذ منه الثوب، ويعطى ما زاد الصبغ فيه، والعلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه أن الثوب أصل، والصبغ وصف قائم به تابع، فلا يفوت الأصل بالوصف. (مولوى عبد الحى نور الله مرقده)

(٧) أما صورة: فظاهر، وأما معنى: فما بينه بقوله: حتى إذا. (ع)

(٨) قوله: "حتى لو أراد" يعني لو أراد المالك أخذ الثوب حال كونه مصبوغًا يضمن به ما زاد الصبغ فيه. (بناية)

(٩) لتمكنه من الاسترداد. (ع)

(١٠) بيان لقوله: لا معنى.

(١١) قوله: "فرجحنا جانب السارق" لأن مراعاة ما هو قائم صورة ومعنى أولى من مراعاة ما هو قائم

الغصب؛ لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى [١] فاستويا من هذا الوجه، فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا[٢]. وإن صبغه [٣] أسود أخذ منه فى المذهبين يعنى عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هذا [٤] والأول سواء؛ لأن السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة أيضًا كالحمرة، ولكنه لا يقطع حق المالك[٥]، وعند أبى حنيفة السواد نقصان فلايوجب انقطاع حق المالك[٦].

باب قطع الطريق[٧]

قال[٨]: وإذا خرج جماعة[٩] ممتنعين، أو واحد يقدر على الامتناع، فقصدوا قطع الطريق، فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا، ويقتلوا نفسًا حبسهم

صورة، لا معنى، فصار كالموهوب له إذا صبغ الثوب أحمر يقطع حق الواهب. (ب)

(١) قوله: "لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى" فإن الصبغ والثوب موجودان صورة ومعنى. (ن)

(٢) أى عن كون الثوب أصلا. (ك)

(٣) أى السارق.

(٤) أى الحكم فى الصبغ بالسواد والحمرة سواء، وهو أنه لا يؤخذ من السارق. (ب)

(٥) لما مر أن الصبغ تابع. (ب)

(٦) فلم يكن فيه حق السارق قائمًا معنى فاستويا، فرجح حق المالك. (ع)

(٧) قوله: "باب قطع الطريق" قدم السرقة الصغرى على الكبرى؛ لأن الصغرى أكثر وقوعًا، أما تسمية قطع الطريق سرقة، فلأن قاطع الطريق يأخذ المال خفية من أعين الإمام الذى على حفظ الطريق، وأما كونه كبرى: فكون ضررها يعم عامة المسلمين، ولأن موجبه أغلظ. واعلم أن لقطع الطريق شرائط:
الأول: أن يكون لهم شوكة وقوة، بحيث لا يمكن للمارة المقاومة معهم، وقطعوا الطريق سواء كانت بالسلاح، أو بالعصا الكبير، أو الحجر، أو غيرها.
والثانى: أن يكون خارج المصر بعيدًا عنه، وفى "شرح الطحاوى": أن يكون بينه وبينهم مسيرة سفر.
والثالث: أن يكون فى دار الإسلام.
الرابع: أن يكون المأخوذ قدر النصاب، وبه قال الشافعى وأحمد، وقال مالك وأبو ثور: لا يشترط النصاب.
والخامس: أن يكون القطاع كلهم أجانب في حق أصحاب الأموال، حتى إذا كان فيهم ذا رحم محرم، أو صبيًا، أو مجنونًا لا يجب عليهم القطع، خلافًا لأبى يوسف. والسادس: أن يؤخذوا قبل التوبة، حتى إذا أخذوا بعد التوبة، سقط عنهم الحد. (ب)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) قوله: "وإذا خرج جماعة" يتناول المسلم والذمى والحر والعبد. (ب)

الإمام[١]، حتى يحدثوا توبة، وإن أخذوا مال مسلم، أو ذمي، والمأخوذ[٢] إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً، أو ما تبلغ قيمته ذلك، قطع الإمام أيديهم[٣] وأرجلهم من خلاف[٤]، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا، قتلهم الإمام حداً[٥]. والأصل فيه[٦] قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله﴾ الآية، والمراد منه[٧] -والله أعلم- التوزيع على الأحوال، وهي أربعة هذه[٨] الثلاثة المذكورة، والرابعة[٩] نذكرها -إن شاء الله تعالى- ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال، فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها[١٠]. أما الحبس في الأولى: فلأنه المراد[١١] بالنفي المذكور لأنه نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن

(١) قوله: "حبسهم الإمام [جواب إذا]" وهو المراد بالنفي المذكور في قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض﴾. (ب)

(٢) أي المال المأخوذ.

(٣) جواب قوله: وإن أخذوا.

(٤) بقطع اليمين من الأيدي، واليسار من الرجل. (ب)

(٥) قوله: "قتلهم الإمام حداً" حتى لا يسقط القتل بعفو الأولياء. (عناية)

(٦) أي في حد قطاع الطريق.

(٧) قوله: "والمراد منه [إشارة إلى أن أو للتقسيم، لا للتخيير. ب]" فيه إشارة إلى نفي لقول مالك: أن الإمام مخير بين هذه الأشياء؛ نظراً إلى ظاهر كلمة أو. (عناية)

(٨) قوله: "هذه الثلاثة" يعني قوله: فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفساً، وقوله: وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي، وقوله: وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا. (عناية)

(٩) من القتل وأخذ المال. (ع)

(١٠) قوله: "فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها" لا التخيير؛ لأنه مستلزم مقابلة الجناية الغليظة بالجزاء الخفيف، أو بالعكس، وهو خلاف مقتضى الحكمة. (ب)

(١١) قوله: "فلأنه [أي الحبس. ب] المراد إلخ" قلت: قد يطلق النفي على التعدية أيضاً، لكن المراد ههنا هو الحبس؛ لقوله تعالى: ﴿من الأرض﴾، فإن النفي عن جنس الأرض، إنما يتحقق إذا حبس؛ لأن في التغريب نفي

أهلها، ويعزرون أيضًا لمباشرتهم منكر الإخافة[١]، وشرط[٢] القدرة على الامتناع؛ لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمَنَعَة[٣]، والحالة الثانية[٤]؛ كما بيناها[٥] لما تلوناه[٦].

وشرط[٧] أن يكون المأخوذ مال مسلم، أو ذمى؛ لتكون العصمة مؤبدة[٨]، ولهذا[٩] لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع، وشرط كمال النصاب[١٠] فى حق كل واحد كى لا يستباح طرفه[١١] إلا بتناوله ما له خطر[١٢]، والمراد قطع اليد اليمنى والرِجل اليسرى، كى لا يؤدى[١٣] إلى

عن الأرض المعهود لا عن جنسه. (ملا إله داد)

(١) قوله: "منكرًا لإخافة [مصدر أخاف يخيف. ب]" التعزير إنما يجب فى جناية ليس فيها حد، وقد جعل الحبس جزاء للإخافة، فلا وجه لإيجاب التعزير معه. وما قال فى الحاشية: إن الحبس جزاء المحاربة، وهو حق الله تعالى، والتعزير جزاء الإخافة، ففيه نظر؛ لأنهم إذا خرجوا ولم يأخذوا مالا، ولم يقتلوا نفسًا، فليست إلا الإخافة على ما نص عليه الإمام فخر الإسلام إلا أن يقال: لما وجد ههنا جنايتان: الخروج مع قصد قطع الطريق، والإخافة، وشرع الحبس جعلناه لأحدهما، وأوجبنا التعزير للآخر. (ملا إله داد)

(٢) القدورى.

(٣) قوله: "لا يتحقق إلا بالمنعة" لأنه إذا لم يكن لهم منعة وقوة على قطع الطريق لا يسمون قطاع الطريق، بل هم لصوص دائرون يترقبون الغفلة من الناس. (بناية)

(٤) أى إذا أخذوا المال ولم يقتلوا. (ن)

(٥) أى حكمًا من قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف. (ب)

(٦) من الآية.

(٧) أى القدورى.

(٨) قوله: "ليكون العصمة مؤبدة" وليس تأبيد العصمة إلا فى مال المسلم أو الذمى. (بناية)

(٩) قوله: "ولهذا" أى لكون الشرط أن يكون المأخوذ من المسلم أو الذمى. (ب)

(١٠) قوله: "وشرط [أى القدورى] كمال النصاب [وهو عشرة دراهم] إلخ" وقال الحسن بن زياد الشرط أن يكون نصيب كل واحد عشرون درهما؛ لأن التقدير بالعشرة فى موضع، كان المستحق بأخذها عضواً واحداً، وههنا المستحق عضوان، ولكنا نقول: تغلظ الحد باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة، وقطع الطريق. (ن)

(١١) أى اليد والرجل.

(١٢) أى قدر وقيمة.

تفويت جنس المنفعة[١]، والحالة الثالثة[٢]، كما بيناها؛ لما تلوناه[٣].

ويقتلون حدا حتى لو عفى الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم[٤]؛ لأنه حق الشرع، والرابعة إذا قتلوا وأخذوا المال، فالإمام بالخيار[٥] إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وقتلهم وصلبهم، وإن شاء قتلهم، وإن شاء صلبهم. وقال محمد: يقتل أو يصلب، ولا يقطع؛ لأنه[٦] جناية واحدة، فلا توجب حدين، ولأن ما دون النفس[٧] يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم[٨]. ولهما أن هذه عقوبة واحدة[٩] تغلظت لتغلظ سببها، وهو تفويت الأمن على التناهي[١٠] بالقتل، وأخذ المال، ولهذا[١١] كان قطع اليد والرجل معًا في الكبرى حدًا واحدًا[١٢]، وإن كان

---

(١٣) قوله: "كي لا يؤدى إلخ" كأنه دليل على القطع من خلاف، لا على تعيين اليد اليمنى والرجل اليسرى، فإنه بدليل آخر. (ملا إله داد)

(١) قوله: "إلى تفويت جنس المنفعة" ولهذا لو كانت يده اليمنى شلاء، أو مقطوعة لا تقطع يده اليسرى؛ لأن فيه تفويت جنس المنفعة. (ب)

(٢) أى إذا قتلوا ولم يأخذوا المال.

(٣) من الآية.

(٤) إجماعًا. (ب)

(٥) قوله: "فالإمام بالخيار" حاصله: أن الإمام بالخيار في الجمع بين العقوبتين بين قطع الأيدى والأرجل مع القتل، أو الصلب، وبين القتل، أو الصلب ابتداءً من غير قطع الأيدى والأرجل، وكذلك له الخيار عند اختيار ترك قطع الأيدى والأرجل بين القتل، أو الصلب ابتداءً، وهذا قول أبى حنيفة، وذكر في الكتاب قول أبى يوسف معه، وذكر في عامة الروايات قول أبى يوسف مع محمد. (ع)

(٦) أى قطع الطريق. (ع)

(٧) فلا حاجة إلى قطع الطرف.

(٨) قوله: "كحد السرقة والرجم" فإن السارق إذا زنى، وهو محصن يرجم لا غير؛ لأن القتل يشمل كله. (ن)

(٩) من حيث إنها قطع الطريق. (ب)

(١٠) أى على النهاية. (ب)

(١١) أى لكونها عقوبة واحدة. (ب)

ج4 14 B

في الصغرى حدين، والتداخل في الحدود، لا في حد واحد[١]، ثم ذكر[٢] في الكتاب التخيير بين الصلب، وتركه[٣]، وهو ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف أنه لا يتركه؛ لأنه منصوص عليه[٤]، والمقصود التشهير؛ ليعتبر به غيره، ونحن نقول[٥]: أصل التشهير بالقتل، والمبالغة بالصلب، فيخير فيه، ثم قال[٦]: ويصلب حيًا، ويبعَج[٧] بطنه برمح إلى أن يموت، ومثله عن الكرخي. وعن الطحاوي أنه يقتل، ثم يصلب توقيا[٨] عن المثلة، وجه الأول وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه[٩]

---

(١٢) أي قطع الطريق.

(١) قوله: "لا في حد واحد" ألا ترى أن الجلدات في الزنا لا تتداخل، فإن قيل: هذا فاسد؛ لأن للإمام أن يقتله، ويدع القطع، وعلى هذا التعليل ليس له ولاية ترك القطع، كما ليس له ولاية بعض الجلدات.
قلنا: ولاية ترك القطع، لا بطريق التداخل، بل لأنه ليس عليه مراعاة الترتيب في جزاء واحد، فكان له أن يبدأ بالقتل، ثم إذا قتله، فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده. (ن)

(٢) أي القدوري.(ب)

(٣) وهو قوله: إن شاء قتلهم، وإن شاء صلبهم. (ب)

(٤) قوله: "لأنه منصوص عليه" أي في الآية المذكورة، ويؤيده الحديث أيضًا، وهو ما أخرجه الشافعي في "مسنده"، والإمام محمد وغيرهما عن ابن عباس: أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم وادع أبا بردة بضم الباء أن لا يعينه، ولا يعين عليه، فجاء ناس يريدون الإسلام، فقطع عليهم أصحاب أبي بردة، ونقضوا الوعد، فنزل جبرئيل بالحد فيهم أن من قتل، فأخذ المال صلب، ومن قتل، ولم يأخذ المال قتل، ومن أخذ المال ولم يقتل، قطعت يده ورجله، ومن أخاف الطريق ولم يأخذ ولم يقتل نفي.
قال صاحب "نور الأنوار": لكن أبا حنيفة حمل قوله: من قتل وأخذ صلب على اختصاص الصلب بهذه الحالة، لا على اختصاص هذه الحالة بالصلب، بل أثبت للإمام الخيار في الأربعة؛ لأن الجناية يحتمل الاتحاد والتعدد، فتراعى كلتا الجهتين فيه، انتهى. وأفاد أبي وأستاذي نور الله مرقده في "قمر الأقمار لنور الأنوار" لا يذهب عليك أن شبهة الاتحاد قائمة، فاعتبار التعدد والأخذ بالجنايتين إقامة حد مع الشبهة، وذا لا يجوز، ولذا قيل: إن الحق ههنا هو مذهب الصاحبين، فتأمل. (مولوي عبد الحي نور الله مرقده)

(٥) من جانب الإمام.

(٦) أي القدوري.

(٧) البعج: الشق من حد منع. (ع)

(٨) أي احترازًا عنها.

أبلغ فى الرَدْع، وهو المقصود به.

قال: ولا يُصلب أكثر من ثلاثة أيام[١]؛ لأنه يتغير بعدها، فيتأذّى الناس به، وعن أبى يوسف: أنه يترك على خشبةٍ حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره، قلنا: حصل الاعتبار بما ذكرناه[٢]، والنهاية غير مطلوبة[٣]. قال: وإذا قُتل القاطع، فلا ضمان عليه فى مالٍ أخذه؛ اعتبارًا بالسرقة الصغرى، وقد بيناه[٤].

فإن باشر القتل أحدهم، أجرى الحد عليهم بأجمعهم؛ لأنه جزاء المحاربة، وهى تتحقق بأن يكون البعض رِدْءًا[٥] للبعض، حتى إذا زلت أقدامهم، انحازوا[٦] إليهم، وإنما الشرط القتل من واحد منهم، وقد تحقق.

قال: والقتل وإن كان بعصًا، أو بحجر، أو بسيف، فهو سواء[٧]؛ لأنه يقع قطعًا للطريق بقطع المارة، وإن لم يقتل القاطع، ولم يأخذ مالا[٨]، وقد جرح، اقتص منه فيما فيه القصاص[٩]، وأخذ الأرش منه مما

---

(٩) المذكور فى المتن.

(١) وبه قال الشافعى فى الأصح. (ب)

(٢) أى بالصلب ثلاثة أيام.

(٣) بل المطلوب نفس الزجر.

(٤) فى السرقة الصغرى. (ب)

(٥) أى عونًا. (ب)

(٦) قوله: "انحازوا" أى انضموا إليهم، والضمير راجع إلى الرد، ولأنه يستوى فيه المذكر الواحد والجمع. (ب)

(٧) قوله: "فهو سواء" يعنى بأى شىء قتل قاطع الطريق؛ لأنه حد لا قصاص، فلا يقتضى المساواة، ولهذا يقتل غير المباشر. (ب)

(٨) قوله: "ولم يأخذ مالا، وقد جرح إلخ" جعله الإمام التمرتاشى حالة خامسة من أحوال قطاع الطريق، والمصنف لم يذكره فى الإجمال، بل قال: هى أربعة؛ لأن مراده الأحوال التى يدل عليها الأجزية المذكورة فى النص حدًا. (ع)

(٩) قوله: "فيما فيه القصاص" فلو قطعوا الذكر، فلا قصاص فيه فى الظاهر، فيؤخذ منهم الأرش، خلافًا

فيه الأرش، وذلك[١] إلى الأولياء؛ لأنه لا حد فى هذه الجناية، فظهر حق العبد، وهو ما ذكرناه[٢]، فيستوفيه الولى.

وإن أخذ مالا، ثم جرح، قطعت يده ورجله[٣]، وبطلت الجراحات[٤]؛ لأنه لما وجب الحد حقًا لله، سقطت عصمة النفس[٥] حقًا للعبد، كما تسقط عصمة المال.

وإن أخذ[٦] بعد ما تاب، و قد[٧] قتل عمدًا، فإن شاء الأولياء قتلوه[٨]، وإن شاءوا عفوا عنه؛ لأن الحد[٩] فى هذه الجناية لا يقام بعد التوبة[١٠] للاستثناء المذكور فى النص[١١]، ولأن التوبة[١٢] تتوقف على رد

لأبى حنيفة فى ما إذا قطع من الأصل، وفى الحشفة قصاص اتفاقًا؛ لأن موضع القطع معلوم إلا إذا قطع بعض الحشفة، وكذا إذا ضربوا العين، أو قلعوها، فلا قصاص. (ب)

(١) أى استيفاء القصاص، وأخذ الأرش. (ب)

(٢) أي القصاص والأرش. (ب)

(٣) من خلاف.

(٤) لأن الحدود والضمان لا يجتمعان. (ب)

(٥) قوله: "سقطت عصمة النفس" بناء على أن ما دون النفس يجرى مجرى الأموال، فكان سقوط العصمة فى حق المال سقوط العصمة فى حق الجرح. (ع)

(٦) أى قاطع الطريق.

(٧) الواو حالية.

(٨) أى قصاصًا. (ع)

(٩) بخلاف سائر الحدود، فإنه لا تسقط بالتوبة عندنا. (ب)

(١٠) فلما بطل حق الله، ظهر حق العبد. (ب)

(١١) قوله: "للاستثناء المذكور فى النص" تحقيقه: أنه تعالى قال بعد قوله: ﴿أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾، فالاستثناء راجع إلى قوله: ﴿إنما جزاء الذين﴾، فيكون حاصله أن جزاء من ذكر ما ذكر إلا من أخذ بعد التوبة، فإنه لا جزاء عليه واعترض عليه بأن الاستثناء إذا تعقب كلمات معطوفة بعضها على بعض، ينصرف إلى ما يليه على ما تقرر فى الأصول، فالظاهر تعلق هذه الاستثناء بقوله: ﴿ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾، فلا يفيد إلا المغفرة فى الآخرة، لا رفع الخزى فى الدنيا. والجواب عنه على ما نقله ملا إله داد الجونفورى عن شيخه

المال، ولا قطع في مثله(١)، فظهر حق العبد في النفس والمال، حتى يستوفي الولي القصاص، أو يعفو، ويجب الضمان إذا هلك في يده(٢)، أو استهلكه. وإن كان(٣) من القطّاع صبي، أو مجنون، أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه، سقط الحد عن الباقين، فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر. وعن أبي يوسف(٤): أنه لو باشر العقلاء يحدّ الباقون(٥)، وعلى هذا(٦) السرقة الصغرى، له أن المباشر أصل، والردء(٧)

معز الدولة أن الجمل المذكورة في هذا النص في حكم جملة واحدة، فكأنه قال: المحاربون يعاقبون في الدنيا والآخرة إلا الذين، فلا جرم يصرف إلى الجميع. (مولوى محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(١٢) قوله: "لأن التوبة إلخ" اعترض بأن التوبة متوقفة على أداء المال أم لا، فإن كان الثاني لا يستقيم هذا التعليل، وإن كان الأول كان الوجه الثاني داخلا في الوجه الأول، فلا يكون علة مستقلة.

وأجيب بأن بعض المشايخ ذهبوا إلى أن الحد يسقط بنفس التوبة، وهي الإقلاع في الحال، والاجتناب في المآل والندم على ما مضى، والعزم على أن لا يعود إليه أبداً، ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال، وبعضهم ذهبوا إلى أن الحد لا يسقط ما لم يرد المال، فجعلوا الرد من تمامها، فالمصنف جمع بين قولي المشايخ، وبهذا الطريق ذكر الاختلاف فخر الإسلام في "مبسوطه". (عناية)

(١) قوله: "ولا قطع في مثله" أي مثل ما إذا رد المال؛ لأن الخصومة تنقطع برد المال إليه، وهي شرط لوجوب القطع. (عناية)

(٢) قوله: "ويجب الضمان إذا هلك في يده، أو استهلكه" اعترض عليه بأن وجوب الضمان لسقوط الحد، وسقوط الحد بالتوبة، والتوبة تتوقف على رد المال، فكيف يتصور الهلاك، أو الاستهلاك في يده، وأجيب بأنا نفرض المسألة في ما إذا تاب، ورد بعض المال.

وأقول: هذا إنما يتم إذا كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك، وأما إذا كانت متوقفة على رد جميع الأموال فلا، ويجوز أن يقال: هذا الوضع إنما هو على قول البعض الآخر. (عناية)

(٣) هذه مسألة القدوري.

(٤) قوله: "وعن أبي يوسف" قال الإنزاري في "غاية البيان": العجب من صاحب "الهداية" أنه قال: وعن أبي يوسف بعد أن قال: والمذكور قول أبي حنيفة وزفر، ولم يذكر قول محمد، وقوله مع أبي حنيفة: صرح به الشيخ أبو منصور، انتهى. قلت: عجبه عجيب؛ لأن القدوري ذكر في شرحه للمختصر عند أبي يوسف، وذكره البيهقي بلفظ عن أبي يوسف، فيحتمل أن يكون قول أبي يوسف رواية عنه. (بناية)

(٥) غير الصبي والمجنون.

(٦) قوله: "وعلى هذا" يعني أن ولي غير الصبي والمجنون قطعوا إلا الصبي والمجنون عند أبي يوسف. (ب)

(٧) أي العون.

تابع، ولا خلل فى مباشرة العاقل، ولا اعتبار بالخلل[١] فى التبع[٢]، وفى عكسه[٣] ينعكس المعنى والحكم. ولهما: أنه جناية واحدة قامت بالكل، فإذا لم يقع فعلُ بعضهم[٤] موجبًا، كان فعل الباقين بعض العلة، وبه لا يثبت الحكم، فصار[٥] كالخاطئ مع العامد[٦]. وأما ذو الرحم المحرم[٧]، فقد قيل[٨]: تأويله إذا كان المال مشتركًا بين المقطوع عليهم، والأصح أنه مطلق[٩]؛ لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه[١٠]، فالامتناع فى حق البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين. بخلاف ما إذا كان فيهم[١١] مستأمن؛ لأن

---

(١) فسقوط الحد عن التبع لا يسقطه عن الأصل. (ب)

(٢) وهو الصبى والمجنون.

(٣) قوله: "وفى عكسه" يعنى إذا باشر غير العقلاء صار الخلل فى الأصل، وله الاعتبار، فلا يجب الحد على الكل. (عناية)

(٤) وهو الصبى والمجنون.

(٥) قوله: "فصار" يعنى كما إذا رمى سهمًا إلى إنسان عمدًا، أو رماه آخر خطأ، وأصابه السهمان، ومات منهما لا يجب القصاص على العامد؛ لأن الفعل واحد، فيكون فعل المخطئ شبهة فى حق العامد. (ع)

(٦) قوله: "كالخاطئ مع العامد" هذا التشبيه يشعر بأن كلا من الخطأ والعمد بعض علة، لكن المصنف صرح قبيل باب جناية البهيمة أن كل جراحة علة للتلف بنفسها، صغرت أو كبرت إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل، فهذا تصريح بأن كل جراحة علة تامة. (د)

(٧) قوله: "وأما ذو الرحم المحرم إلخ" ذكر الرازى أن المسألة محمولة على ما إذا كان المال المأخوذ مشتركا بين المقطوع عليهم، وفى انقطاع ذو رحم من أحدهم، فلا يجب الحد على الباقين؛ لأن الماخوذ شيء واحد، فإذا امتنع عن أحدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين، وأما إذا كان لكل واحد منهم مال مفرد، فالحد يجرى على الباقين؛ لأن الأخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره.
بخلاف ما إذا سرقوا من حرز ذى الرحم المحرم ماله ومال غيره، فإن الشبهة باعتبار الحرز، والأصح أن الجواب فى الكل واحد؛ لأن مال جميع القافلة فى حق قطاع الطريق كشيء واحد، فإنهم قصدوا أخذ كل ذلك، فإذا تمكنت الشبهة فى حق بعض ذلك، فقد تمكنت الشبهة فى جميعه. (ن)

(٨) قائله: أبو بكر الرازى. (ب)

(٩) لا يحدون بكل حال.

(١٠) إشارة إلى قوله: ولهما أن الجناية واحدة. (ب)

(١١) قوله: "بخلاف ما إذا كان فيهم [أى فى المقطوع عليهم. ن] مستأمن" جواب سؤال مقدر تقريره:

الامتناع في حقه لخلل في العصمة[١]، وهو يخصه[٢]، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز، والقافلة حرز واحد[٣]. وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء؛ لظهور حق العبد على ما ذكرناه[٤]، فإن شاءوا قتلوا، وإن شاءوا عفوا، وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد؛ لأن الحرز واحد، فصارت القافلة كدار واحدة[٥]. ومن قطع الطريق ليلا أو نهارًا في المصر، أو بين الكوفة والحِيرة[٦]، فليس بقاطع الطريق استحسانًا، وفي القياس[٧] يكون قاطع الطريق، وهو قول الشافعي لوجوده[٨]

أن يقال: القطع على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على المحرم، ثم وجود هذا في العاقلة يسقط الحد، فوجب أن يسقطه وجود المستأمن أيضًا. (ب)

(١) أي في عصمة ماله. (ب)

(٢) قوله: "وهو يخصه" أي الخلل يخص المستأمن، فلا تصير شبهة، والشبهة إذا كانت في غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه. (ن)

(٣) قوله: "والقافلة حرز واحد" لأن القافلة بمنزلة بيت واحد، فكان هذا كأن القريب سرق مال القريب، ومال الأجنبي من بيت القريب، فإنه لا يقطع بشبهة تمكنت في الحرز. (خ)

(٤) في هذه الصفحة.

(٥) قوله: "فصارت القافلة كدار واحدة" كما لو سرق من دار سكن السارق فيها، فإذا لم يجب الحد وجب القصاص إن قتل عمدا، ورد المال إن أخذه، وهو قائم، والضمان إن هلك أو استهلك. (بناية)

(٦) قوله: "والحيرة" هي التي كان يسكنها النعمان المنذر، وهي أول منازل الكوفة، وقال تاج الشريعة: الحيرة بكسر الحاء: مدينة على رأس ميل من الكوفة. (بناية)

(٧) قوله: "وفي القياس إلخ" توضيح المقام أن القياس يقتضي وجوب الحد في صورة القطع بين الكوفة والحيرة، وفي قطع الطريق في المصر ليلا كان أو نهاراً لوجوده حقيقة، وعليه مناط وجوب الحد، وهو قول الشافعي رحمه الله. وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لو قطع في المصر لا يجب؛ لأن الظاهر لحوق الغوث من الإمام، أو من الناس للمقطوع عليه، وعدم ذلك نادر، فلا يوجد قطع الطريق من حيث المعنى.

وأما خارج المصر: فيجب القطع، وإن كان بقرب المصر؛ لأنه لا يلحقه الغوث في الفور لبعده عن المصر، وعنه في الرواية الأخرى أنه لو قاتلوا بالسلاح نهاراً أو ليلا بالسلاح، أو لغيره في المصر يجب القطع؛ لأن السلاح لا يلبث، فلا يجد مهلة أن يصوت، فيلحقه الغوث، وفي الليالي عدم لحوقه سريعًا ظاهر، فيوجد قطع الطريق، فيجب الحد. وقال أبو حنيفة: لا يتحقق قطع الطريق في المصر، وكذا إذا كان بقربه سواء كان بالسلاح، أو بغيره، ليلا أو نهاراً لقوة احتمال لحوق المدد، وهذا استحساناً. (عبد)

(٨) أي لوجود القطع.

حقيقةً. وعن أبي يوسف: أنه يجب الحد[١] إذا كان خارج المصر، و إن[٢] كان بقربه؛ لأنه لا يلحقه[٣] الغوث[٤]، وعنه إن قاتلوا نهاراً بالسلاح، أو ليلا به، أو بالخشب فهم قطاع الطريق؛ لأن السلاح لا يلبث[٥]، والغوث يبطئ بالليالى. ونحن نقول: إن قطع الطريق بقطع المارة، ولا يتحقق ذلك فى المصر، وبقربٍ منه؛ لأن الظاهر[٦] لحوق الغوث إلا أنهم يؤخذون برد المال إيصالا للحق إلى المستحق[٧]، ويؤدَّبون ويحبسون لارتكابهم الجناية، ولو قتلوا فالأمر[٨] فيه إلى الأولياء؛ لما بينا[٩].

ومن خَنَقَ[١٠] رجلا حتى قتله، فالدية على عاقلته عند أبى حنيفة، وهى مسألة القتل بالمثقّل، وسنبين فى باب الديات -إن شاء الله تعالى-.

وإن خنق فى المصر[١١] غير مرة، قُتل به؛ لأنه صار ساعيًا فى الأرض بالفساد، فيدفع شره بالقتل، والله أعلم.

---

(١) أى حد قطع الطريق.

(٢) الواو وصلية.

(٣) أى لا يلحق المقطوع عليه الغوث.

(٤) هو اسم من الإغاثة.

(٥) حتى يلحقه الغوث. (ك)

(٦) والمسافر لا يلحقه الغوث.

(٧) أى المالك.

(٨) قصاصًا، أو صلحًا، أو عفوًا. (ب)

(٩) إشارة إلى قوله: فإنه لا حد فى هذه الجناية، فظهر حق العبد. (ك)

(١٠) قوله: "ومن خنق" بالتخفيف من خنقه إذا عصر حلقه، ومصدره الخنق بكسر النون، ولا يقال: بالسكون، كذا عن الفارابى. (عناية)

(١١) قوله: "وإن خنق فى المصر" قال الإنزارى: بالتشديد سماعًا وتحقيقًا للتكثير، قلت: التكثير استفيد من قوله: غير مرة، فلا حاجة إلى التشديد. (ب)

كتاب السِّيَر (١)

السير جمع سيْرة، وهى الطريقة(٢) فى الأمور، وفى الشرع: تختص بسِيَر النبى عليه الصلاة والسلام فى مغازيه.

قال(٣): الجهاد فرض على الكفاية، إذا قام به فريق من الناس، سقط عن الباقين، أمّا الفرضيّة: فلقوله تعالى(٤): ﴿فاقتلوا المشركين كافّة كما يقاتلونكم كافّة﴾، ولقوله عليه السلام: «الجهاد ماضٍ(٥) إلى يوم القيامة»*، وأراد به فرضًا باقيًا(٦)، وهو فرض(٧) على الكفاية(٨)؛ لأنه ما فرض(٩) لعينه؛ إذ هو إفساد فى نفسه(١٠)، وإنما فرض لإعزاز دين

(١) قوله: "كتاب السير [بكسر السين وفتح الياء. ب]" ذكره مع الحدود؛ لأن كلا منهما حسن لغيره، وذلك الغير يتأدى بنفس المأمور به، وقدم الحدود؛ لأن المقصود من الحدود إخلاء العالم عن الفساد من الفسق، والمقصود من الجهاد رفع فساد الكفر، ولأن فى بعض الحدود حق الله تعالى، وفى بعضها حق العبد، والجهاد ليس إلا حق الله تعالى، وحق العبد مقدم. (د)

(٢) قوله: "وهى الطريقة [ومنه سيرة العمرين. ب]" وقد يقال: السيرة فعلة من السير يراد به السير الذى هو قطع المسافة، وقد يراد به السير فى المعاملات، وسميت المغازى سيرًا؛ لأن أول أمرها السير إلى العدو. (ب)

(٣) أى القدورى.

(٤) قوله: "فلقوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين﴾" كان رسول الله ﷺ أولا مأمورًا بالصفح والإعراض، قال الله تعالى: ﴿فاصفح الصفح الجميل﴾، وقال: ﴿وأعرض عن المشركين﴾، ثم أمر بالموعظة، والمجادلة بالطريق الأحسن بقوله تعالى: ﴿وجادلهم بالتى هى أحسن﴾، ثم أمر بالقتال، إن كانت البداية منهم، فقال الله تعالى: ﴿فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾، ثم أمر بالبداية بالقتال، فقال الله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾، وقال: ﴿فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة واعلموا أن الله مع المتقين﴾. (ب)

(٥) قوله: "الجهاد ماضٍ" هذا الحديث أخرجه أبو داود مطولا فى "سننه" عن أنس مرفوعًا: فيه «الجهاد ماض منذ بعثنى الله إلى أن يقاتل آخر أمتى الدجال». (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٠ ص١١٤. (نعيم)

(٦) قوله: "أراد به فرضًا باقيًا [هذا تفسير من المصنف]" قد يورد ههنا بوجهين: أحدهما: أن الحديث خبر واحد، فكيف يثبت به الفرضية، وجوابه: أنه مؤيد بالنص والإجماع، فيكون قطعيًا. وثانيهما: أنه لا دلالة له إلا على بقاء الجهاد، لا على فرضيته، وما ذكره المصنف من المراد لا دلالة للفظ عليه، وجوابه: أن قوله: «ماضٍ» صفة، فلا بد له من تقدير موصوف، وقد ثبت بقوله تعالى أنه فرض، فيكون هو المتعين للتقدير، فكان معناه فرض باقٍ. (د)

(٧) مثل غسل الموتى ودفنهم. (ب)

(٨) ويحكى عن ابن شبرمة أنه تطوع، وكذا روى عن ابن عباس. (ب)

(٩) وعند ابن المسيب فرض لعينه.

الله[1]، ودفع الشر عن العباد، فإذا حصل المقصود بالبعض، سقط عن الباقين كصلاة الجنازة، وردّ السّلام[2].

فإن لم يقم به[3] أحد أثم جميع الناس[4] بتركه؛ لأن الوجوب على الكل، ولأن في اشتغال الكل به، قطع مادة الجهاد من الكُراع[5] والسلاح، فيجب على الكفاية، إلا أن يكون النفير عامًا[6]، فح يصير من فروض الأعيان؛ لقوله تعالى[7]: ﴿انفرُوا خِفَافًا وثِقالا﴾ الآية.

وقال[8] في "الجامع الصغير": الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة، حتى يحتاج إليهم، فأول هذا الكلام[9] إشارة إلى الوجوب على الكفاية، وآخره[10] إلى النفير العام، وهذا لأن المقصُود عند ذلك لا يتحصل

(١٠) قوله: "إذ هو إفساد في نفسه" لأنه تعذيب عباده، وتخريب بلاده. (ب)

(١) قوله: "وإنما فرض لإعزاز دين الله" وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله﴾. (ب)

(٢) قوله: "كصلاة الجنازة ورد السلام" فإن البعض إذا قام بها، سقط عن الباقين. (نهاية)

(٣) أي بالجهاد.

(٤) قوله: "أثم جميع الناس" لأنه إنما سقط الفرض عن الكل لحصول الكفاية بالبعض، فإذا لم يحصل هذا المعنى تعين الفرض على كل الناس. (كفاية)

(٥) المراد به ههنا الخيل. (ع)

(٦) قوله: "إلا أن يكون إلخ" استثناء من قوله: فيجب على الكفاية أي يجب الجهاد كفاية إلا إذا كان النفير عاما بأن لا يندفع شر الكفار إذا هجموا ببعض المسلمين، فح يصير من فروض الأعيان، فيفرض على كل واحد، فيقاتل العبد بدون إذن سيده، والمرأة بدون إذن الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿انفروا خفافًا وثقالا﴾ أي ركبانًا ومشاة، أو شبانًا وشيوخًا، أو صحاحًا ومراضًا، وقيل: أغنياء وفقراء. (ب)

(٧) قوله: "لقوله تعالى" اعترض عليه بأن قوله تعالى عام، فما وجه تخصيصه بالنفير العام، وأجيب بأنه لدفع الحرج، ولأن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة، فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام. (عناية)

(٨) أي محمد. (ب)

(٩) قوله: "فأول هذا الكلام" أي قول محمد: الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة؛ إذ الاستثناء تكلّم بالباقي بعد الثنيا، فكان بمجموع المستثنى، والمستثنى منه إشارة إلى الوجوب كفاية، كذا في الشرح، وفيه نظر للقطع بأن الاستثناء ههنا منقطع، والمنقطع يعمل بطريق المعارضة، وليس بتكلم بالباقي بعد الثنيا. (د)

(١٠) وهو قوله: حتى يحتاج إليهم. (ك)

إلا بإقامة الكل، فيفترض على الكل(١).

وقتال الكفار واجب، و(٢) إن لم يبدأوا للعمومات(٣)، ولا يجب الجهاد على الصبي(٤)؛ لأن الصبي مظنة المرحمة(٥)، ولا عبد ولا امرأة(٦)؛ لتقدم حق المولى والزوج، ولا أعمى، ولا مقعد(٧)، ولا أقطع؛ لعجزهم. فإن هجم(٨) العدو على بلد، وجب على جميع الناس الدفع، تخرج المرأة بغير إذن زوجها، والعبد بغير إذن المولى؛ لأنه صار فرض عين، وملك اليمين(٩)، ورق النكاح(١٠) لا يظهر في حق فروض الأعيان(١١)، كما في الصلاة والصوم، بخلاف ما قبل النفير؛ لأن بغيرهما(١٢) مَقْنَعًا، فلا ضرورة إلى إبطال حق المولى والزوج.

ويكره الجعل(١٣) ما دام للمسلمين فيء؛ لأنه يشبه الأجر، ولا ضرورة

---

(١) قوله: "فيفترض على الكل" ذكر في "الذخيرة" فإن جاءه النفير، إنما يصير فرض عين على من يقرب من العدو، وهم يقدرون على الجهاد. وأما من يبعد عن العدو، فعليهم فرض كفاية، حتى يسعهم تركه إذا لم يحتج إليهم، أما إذا احتيج إليهم بأن عجز من كان يقرب العدو، أو تكاسلوا ولم يجاهدوا، فإنه يفترض على من يليهم فرض عين، وهكذا إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقًا وغربًا. (ك)

(٢) الواو وصلية.

(٣) من الآيات والأخبار على ما مر. (ب)

(٤) بكسر الصاد وفتح الباء.

(٥) قوله: "مظنة المرحمة" قال ابن الأثير: المظنة بكسر الظاء وزنه مفعلة من الظن بمعنى العلم، وكان القياس فتح الظاء إلا أنه جاء مكسورًا. (ب)

(٦) أي ولا يجب عليهما.

(٧) أي الأعرج.

(٨) من قولهم: هجمت عليه أي دخلت. (ب)

(٩) في العبد والجارية.

(١٠) في الزوجة.

(١١) فإنها مقدمة على حقهما.

(١٢) أي بغير العبد والمرأة كفاية.

(١٣) قوله: "ويكره الجعل" بضم الجيم وسكون العين: وهو ما جعل من شيء للإنسان على شيء يفعله، والمراد ههنا ما ضربه الإمام على الناس للغزاة في ما يحصل به التقوى للخروج ما دام للمسلمين فيء، وهو اسم

إليه؛ لأن مال بيت المال مُعَدّ لنوائب المسلمين.

فإذا لم يكن[١] فلا بأس بأن يقوى بعضهم بعضاً؛ لأن فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى[٢] يؤيده: «أن النبى عليه السلام أخذ دروعًا[٣] من صفوان[٤]»*، و "عمر كان يغزى الأعزب[٥] عن ذى الحليلة، ويعطى الشاخص فرس القاعد"**.

باب[٦] كيفيّة القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب، فحاصروا مدينةً، أو حصنًا[٧] دعوهم إلى الإسلام؛ لما روى ابن عباس[٨]: «أن النبى عليه السّلام ما قاتل قومًا حتى دعاهم إلى الإسلام»***.

للمال المصاب من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية والغنيمة؛ لأن بيت المال معد لنوائب المسلمين.

ويكره مع وجود ذلك الجعل الذى ذكرناه؛ لأن الجهاد حق الله تعالى، ولا يجوز أخذ الأجرة عليه، فإذا تمحض أجرة كان حرامًا، وإذا أشبه الأجرة كان إلى الحرام أقرب، والنوائب جمع نائبة، وهى ما ينزل بالإنسان من المهمات والحوادث. (ب)

(١) أى شىء فى بيت المال.

(٢) وهو شر الكفار.

(٣) يوم حنين.

(٤) قوله: "من صفوان [أخرجه ابن أبى شيبة]" تتمته، فقال صفوان بن أميّة: أغصبت يا محمد! قال: «بل عارية مضمونة»، أخرجه أبو داود والنسائى وأحمد. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٧، والدراية ج٢، الحديث ٦٩١ ص١١٤. (نعيم)

(٥) قوله: "كان يغزى إلخ" من الإغزاء يقال: أغزى الأمير الجيش: إذا بعثه إلى العدو، والأعزب: الذى لا امرأة له، ووقع فى بعض النسخ: الأعزاب بالألف، ووقع فى نسخة شيخى بغير ألف، وهو الصحيح.

وحليلة الرجل: امرأته، والشاخص: اسم فاعل من شخص من مكان إلى مكان إذا سار فى ارتفاع، والمراد ههنا الذى يذهب إلى العدو. (بناية)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٧، وانظر فى الدراية ج٢ أثر عمر رضى الله عنه تحت الحديث رقمه ٦٩١ ص١١٤. (نعيم)

(٦) قوله: "باب" لما كان الأمر الأول فى الجهاد القتال، بدأ بكيفيته. (ع)

(٧) قوله: "أو حصنًا" بكسر الحاء: كل مكان محمى محرز لا يتوصل إلى ما فى جوفه، والمدينة أكبر منه. (ع)

(٨) رواه عبد الرزاق والحاكم.

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٨، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٢ ص١١٤. (نعيم)

قال: فإن أجابوا كفّوا عن قتالهم[1]؛ لحصول المقصود، وقد قال ﷺ[2]: «أُمِرتُ أن أُقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» * الحديث[3]. وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية به أمر رسول الله عليه السّلام[4] أمراء الجيوش[5]**، ولأنه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص[6]، وهذا[7] في حق من يقبل منه الجزية، ومن لا تقبل منه كالمرتدين، وعَبَدة الأوثان من العرب، لا فائدة في دعاءِهم إلى قبول الجزية؛ لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام، قال الله تعالى: ﴿تقاتلونهم أو يُسلمون[8]﴾. فإن بذلوها[9] فلهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين؛ لقول علي: "إنما بذلوا الجزية[10] ليكون دماءهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا"***، والمراد بالبذل[11] القبول، وكذا المراد بالإعطاء

(١) قوله: "كفوا عن قتالهم" أي امتنعوا عن قتالهم، أو منعوا أنفسهم عنه، فالكف لازم ومتعدٍّ. (ع)

(٢) وجه الاستدلال أن حكم ما بعد الغاية يخالف ما قبله.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٣ ص١١٤. (نعيم)

(٣) أخرجه البخاري، ومسلم.

(٤) أخرجه الجماعة إلا البخاري. (ت)

(٥) قوله "أمراء الجيوش" الجيش: الجند من جاشت القدر إذا غلت، قاله تاج الشريعة، وأخذه من "المغرب". (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٠، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٤ ص١١٥. (نعيم)

(٦) قوله: "على ما نطق به النص" وهو قوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى أن قال: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾. (عناية)

(٧) إشارة إلى الدعاء الذي يؤخذ من قوله: دعوهم. (ب)

(٨) أي إلى أن يسلموا. (ب)

(٩) بالذال المعجمة.

(١٠) قوله: "إنما بذلوا الجزية إلخ" هذا غريب، وكيف يقول الإنزاري: وقد صح عن علي أنه قال: "إنما بذلوا الجزية" إلخ؟ نعم، أخرج الدارقطني في "سننه" عن عبد الله بن عبد الله مولى هاشم قال: قال علي: "من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا ودينه كديننا" ومع هذا هو أيضاً ضعيف.

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨١، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث ٦٩٤ ص١١٥. (نعيم)

(١١) أي في قول القدوري: بذلوا.

المذكور فيه[١] فى القرآن[٢]، والله أعلم.

ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه؛ لقوله عليه السلام فى وصية أمراء الأجناد[٣]: «فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله»*، ولأنهم بالدعوة[٤] يعلمون أنا نقاتلهم على الدين، لا على سلب الأموال، وسبى الذرارى[٥]، فلعلهم يجيبون، فنُكفى[٦] مؤنة القتال، ولو قاتلهم قبل الدعوة[٧] أثم للنهى[٨]**، ولا غرامة[٩] لعدم العاصم، وهو[١٠] الدين، أو الإحراز بالدار[١١]، فصار كقتل النسوان والصبيان[١٢].

---

(١) أى فى الجزية على التأويل المذكور. (ب)

(٢) هو قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾. (ب)

(٣) قوله: "فى وصية أمراء الأجناد [جمع جند بالضم بمعنى الجيش] إلخ" قلت: أخرجه الجماعة إلا البخارى عن بريدة، قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إذا أمّر على جيش أو سرية أوصاه بتقوى الله» الحديث، وفيه «وادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله». (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨١، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث ٦٩٤ ص١١٥. (نعيم)

(٤) أى بدعوة الإسلام.

(٥) جمع الذرية.

(٦) بالنون على صيغة المجهول.

(٧) قوله: "قبل الدعوة" هو بالفتح إلى الطعام، وبالكسر فى النسب قاله الجوهرى، وقيل: بالضم فى الحرب. (ب)

(٨) قوله: "للنهى" فى حديث على رضى الله عنه قال له رسول الله ﷺ حين بعثه: «لا تقاتل قومًا حتى تدعوهم»، أخرجه عبد الرزاق.

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨١، وانظر فى الدراية ج٢ حديث فروة بن مسيك ص١١٥. (نعيم)

(٩) قوله: "ولا غرامة" وعند الشافعى يضمن لحرمة القتل، قلنا: العاصم الدين عندك، ولم يوجد، ومجرد حرمة القتل لا يكفى لوجوب الضمان. (ك)

(١٠) أى الموجب للغرامة. (ع)

(١١) عندنا. (ك)

(١٢) فإنه لا قصاص فيه، ولا دية.

ويستحب أن يدعو[(١)] من بلغته الدعوة مبالغةً في الإنذار، ولا يجب ذلك؛ لأنه صح[(٢)] أن النبي عليه السلام أغار على بني المصطلق[(٣)]، وهم غارون*، وعهد إلى أُسامة[(٤)] أن يغير على أُبنى[(٥)] صباحًا، ثم يحرق، والغارة لا تكون بدعوة[(٦)]. قال: فإن أبوا[(٧)] ذلك استعانوا بالله عليهم، وحاربوهم؛ لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة[(٨)]: «فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية» إلى أن قال: «فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم»**، ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه، والمدمّر[(٩)] على أعدائه، فيستعان به في كل الأمور. ونَصبُوا[(١٠)] عليهم المجانيق[(١١)] كما نَصَب رسول

---

(١) أي الإمام. (ب)

(٢) قوله: "لأنه صح" قلت: أخرج البخاري ومسلم عن ابن عون قال: كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال، قال: كان ذلك في أول الإسلام، وقد أغار رسول الله ﷺ على بني المصطلق، وهم غارون، وأنعامهم تسقى على الماء، وأصاب يومئذٍ جويرية. وقال المنذري في حواشيه: غارون بالراء، هكذا قيده غير واحد، وقال الفارسي: أظنه غادون بالدال المهملة المخففة، فإن الغار هو الذي يغر غيره، ولا وجه له ههنا، وهذا الذي قاله الفارسي، فيه تكلف، فقد قال الجوهري وغيره: الغار الغافل، والغرة الغفلة. (ت)

(٣) قوله: "المصطلق" بضم الميم وسكون الصاد المهملة وفتح الطاء المهملة وكسر اللام، وفي آخره قاف: بطن من خزاعة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨١، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٥ ص١١٥. (نعيم)

(٤) قوله: "وعهد إلى أسامة إلخ" أخرجه أبو داود عنه، وأبنى بضم الهمزة وسكون الباء الموحدة بعدها نون وألف مقصورة: موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة. (ت)

(٥) على وزن حبلى. (ع)

(٦) لأن مبناها على الستر. (ب)

(٧) أي امتنعوا عن الجزية. (ب)

(٨) قوله: "في حديث سليمان بن بريدة" فإنه قال فيه: «فادعهم إلى الشهادة فإن أبوا فادعهم إلى الجزية» إلى أن قال: «فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم»، أخرجه الجماعة إلا البخاري. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٢، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث ٦٩٢ ص١١٥. (نعيم)

(٩) اسم فاعل من التدمير أي المهلك. (ب)

(١٠) هذا لفظ القدوري.

(١١) جمع منجنيق فلاخن بزرگ. (م)

الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم*؛ لأنه عليه السلام أحرق البويرة[٢]**. قال[٣]: وأرسلوا عليهم الماء، وقطعوا أشجارهم، وأفسدوا زروعهم؛ لأن في جميع ذلك إلحاق الكَبْت[٤] والغيظ بهم، وكسر شوكتهم، وتفريق جمعهم، فيكون مشروعًا.

ولا بأس برميهم، وإن كان فيهم مسلم[٥] أسير، أو تاجر؛ لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب[٦] عن بيضة الإسلام[٧]، وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص؛ ولأنه قلّما يخلوا حصنٌ عن مسلم، فلو امتنع باعتباره لانسد بابه[٨]، وإن تترّسوا[٩] بصبيان المسلمين، أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم؛ لما بيناه[١٠]. ويقصدون بالرمي الكفار؛ لأنه إن تعذر التمييز فعلا، فلقد أمكن قصدًا، والطاعة بحسب الطاقة، وما أصابوا منهم[١١] لا ديةَ عليهم، ولا كفارة؛ لأن الجهاد فرض، والغرامات لا تقرن

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٢، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٦ ص١١٥. (نعيم)

(٢) قوله: "البويرة" بضم الباء على وزن دويرة موضع. (عناية)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٧ ص١١٦. (نعيم)

(٣) أي القدوري.

(٤) قوله: "إلحاق الكبت" أي الذل والهوان، وقال الإنزاري: يقال: كبته الله أي أهلكه، والمعنى الملائم ما ذكرناه. (بناية)

(٥) قوله: "و إن [وصلية] كان فيهم مسلم" رد لما قال الحسن بن زياد: إنه إذا علم أن فيهم مسلمًا، وإنه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك. (عناية)

(٦) أي الدفع.

(٧) قوله: "عن بيضة الإسلام" أي مجتمعة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها؛ لأن البيضة مجتمع الولد، كذا في "المغرب". (كفاية)

(٨) أي باب الجهاد.

(٩) زند كفار با صبيان مسلمين.

(١٠) إشارة إلى قوله: لأن في الرمي دفع الضرر العام.

(١١) قوله: "وما أصابوا منهم" أي ما أصاب المسلمون من صبيان المسلمين، وأساراهم الذين تترس المشركون بهم. (بناية)

بالفروض[١]. بخلاف حالة المخمصة[٢]؛ لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه[٣] من إحياء نفسه، أما الجهاد: فمبني على إتلاف النفس[٤] فيمتنع[٥] حذار الضمان. قال: ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف[٦] مع المسلمين إذا كان عسكراً عظيماً يومن عليه؛ لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق. ويكره إخراج ذلك في سرية[٧] لا يؤمن عليها؛ لأن فيه[٨] تعريضهن[٩] على الضياع والفضيحة، وتعريض المصاحف على الاستخفاف، فإنهم[١٠] يستخفون بها مغايظة[١١] للمسلمين، وهو التأويل[١٢] الصحيح[١٣] لقوله عليه السّلام: «لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو»[١٤]*. ولو دخل مسلم إليهم[١٥] بأمان لا بأس بأن يحمل معه

(١) قوله: "لا تقرن بالفروض" لأن الفرض مأمور به، وسبب الغرامة عدوان محض، وبينهما منافاة. (ف)

(٢) قوله: "بخلاف حالة المخمصة" جواب عما يقال: قاس الحسن بن زياد هذه الصورة على صورة المخمصة، وقال: إطلاق الرمي لضرورة إقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة، ويجب الضمان. (بناية)

(٣) قوله: "لما فيه" أي في أكل مال الغير من إحياء نفسه، وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها بدل الضمان. (بناية)

(٤) قوله: "فمبني على إتلاف النفس" فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض، وذلك لا يجوز، كما لا يجوز إيجاب الدية، والكفارة على الإمام في ما إذا مات الزاني البكر من الجلد؛ لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضاء. (عناية)

(٥) أي يمتنع المجاهد عن القتل؛ خوفاً عن الضمان.

(٦) إلى أرض العدو.

(٧) قوله: "في سرية" هي عدد قليل يسيرون بالليل، وقال محمد في "السير الكبير": أقل السرية ثلاث؛ وعن أبي حنيفة: أقل السرية مائة، وقال الحسن: أقلها أربع مائة، وأقل الجيش أربعة آلاف. (ب)

(٨) أي في الإخراج في السرية.

(٩) أي النساء.

(١٠) أي الكفار.

(١١) أي، لأجل غيظهم. (ب)

(١٢) أي، تعريض المصاحف على استخفاف. (ب)

(١٣) إنما قيد التأويل بالصحيح احترازاً عما قال الحسن القمي: إن النهي كان في ابتداء الإسلام عند قلة المصاحف، وكذا روى عن الطحاوي. (عناية)

(١٤) قوله: "ولا تسافروا إلخ" أخرجه الجماعة إلا الترمذي، وحمله المصنف على الجيش الصغير،

جـ4
15
B

المصحف إذا كانوا قومًا يوفون بالعهد؛ لأن الظاهر عدم التعرض، والعجائز يخرجن فى العسكر العظيم [١] لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقى والمداواة [٢]. فأمّا الشواب [٣]: فقرارهن فى البيوت أدفع للفتنة، ولا يباشرن [٤] القتال؛ لأنه يُستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة [٥]، ولا يستحب إخراجهن للمباضَعَة [٦] والخدمة، فإن كانوا لا بد مخرجين [٧]، فبالإماء دون الحرائر. ولا تقاتل المرأةُ إلا بإذن زوجها، ولا العبدُ إلا بإذن سيده؛ لما بيناه [٨] الا أن يهجم العدو [٩] على بلد للضرورة.

وينبغى للمسلمين أن لا يَغْدرُوا، ولا يغلوا، ولا يمثلوا؛ لقوله عليه السلام [١٠]: «لا تغلّوا ولا تغدروا ولا تمثلوا»*. والغُلول [١١]: السرقة من المغنم [١٢]، والغدر [١٣]: الخيانة، ونقض العهد،

والشافعية معنا فى ذلك، وأخذ المالكية بإطلاقه، قال القرطبى: لا فرق بين الجيوش والسرايا؛ عملا بإطلاق الناس.

واعلم أن المراد بالقرآن فى الحديث المصحف، وقد جاء مفسرًا فى بعض الروايات، وأشار إليه البخارى بقوله: باب السفر بالمصاحف إلى أرض العدو. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٣، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٨ ص١١٦. (نعيم)

(١٥) أى الكفار.

(١) لا فى السرية.

(٢) أى مداوة أهل المرض والجرح.

(٣) جمع شابة.

(٤) أى العجائز. (ب)

(٥) قوله: "إلا عند الضرورة" وقد روى أن أم سلمة قاتلت يوم خيبر حتى قال النبى ﷺ: «مقامها خير من فلان وفلان. (ب)

(٦) أى للجماع.

(٧) أى للجماع والخدمة.

(٨) إشارة إلى قوله: لتقدم حق الزوج والمولى. (ب)

(٩) قوله: "إلا أن يهجم العدو" استثناء من قوله: ولا تقاتل المرأة، ولا العبد يعنى عند الضرورة يقاتلان، فإن الجهاد ح فرض عين. (ب)

(١٠) تقدم فى حديث بريدة. (ت)

* اجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٥، والدراية ج٢، الحديث ٦٩٩ ص١١٦. (نعيم)

(١١) بالضم. (ن)

(١٢) أى الغنيمة.

والمُثلة المروية[1] في قصة العُرنيين[2] منسوخة بالنهى المتأخر[3] هو المنقول*. ولا يقتلوا امرأة[4]، ولا صبيًا، ولا شيخًا فانيًا[5]، ولا مُقْعدًا، ولا أعمى؛ لأن المبيح للقتل عندنا هو الحِرَاب[6]، ولا يتحقق منهم، ولهذا لا يُقتل يابس الشق[7]، والمقطوع اليمنى، والمقطوع يده ورجله من خلاف. والشافعي رحمه الله يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى؛ لأن المبيح[8] عنده الكفر، والحجة عليه ما بينا[9]. وقد صح[10]

(١٣) بفتح: بے وفائی کردن. (م)

(١) قوله: "والمثلة المروية إلخ" جواب سؤال مقدر، كأن قائلا يقول: هذا الحديث يدل على تحريم المثلة، وحديث العرنيين يدل على إباحتها. (ب)

(٢) قوله: "العرنيين" جمع عريني تصغير عرنة، قال ابن الملك: عرنة وادٍ بحذاء عرفة، وهي قبيلة ينسب إليها العرنيون، سقطت ياء التصغير وتاء التأنيث عن النسبة، كما يقال: في جهينة جهني. (قمر الأقمار لنور الأنوار لمولانا محمد عبد الحليم أدخله الله في دار النعيم)

(٣) قوله: "منسوخة بالنهى المتأخر" قلت: أخرج البخاري ومسلم حديث العرنيين من رواية سعيد عن قتادة عن أنس أن نفرا من عكل، وفي لفظ: «أن ناسًا من عرينة قدموا إلى رسول الله ﷺ فبايعوه على الإسلام فاستوخموا وسقمت أبدانهم فشكوا ذلك إليه فقال ﷺ ألا تخرجون مع راعينا فتصيبون من أبوال الإبل وألبانها قالوا بلى فخرجوا فصحوا ثم مالوا إلى الرعاة فقتلوهم وارتدوا واستاقوا إبل رسول الله ﷺ فبلغه ذلك فبعث في أثرهم فأتي بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم في الحرة وأمر بمسامير فأحميت ثم كحلهم بها وتركهم بالحرة يستسقون فلا يسقون». وفي آخره قال قتادة: فحدثني محمد ابن سيرين أن ذلك قبل أن ينزل الحدود، وفي لفظ للبيهقي عن أنس: «فما خطبنا رسول الله ﷺ بعد هذا خطبة إلا نهى عن المثلة».
قال في "المعرفة": حديث العرنيين إما أن يحمل على النسخ، كما روى عن ابن سيرين وقتادة، وبه قال الشافعي: أو يحمل على أنه فعل بهم ما فعل بالرعاة، وقد جاء في "صحيح مسلم" عن أنس قال: "إنما سمل أعينهم؛ لأنهم سملوا أعين الرعاء". (ت)
* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٥، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث ٦٩٩ ص١١٦. (نعيم)

(٤) هذا كله من كلام القدوري.

(٥) قوله: "ولا شيخا فانيا" قال في "الذخيرة": هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال، ولا على الصياح عند التقاء الصفين، ولا يقدر على الحيل، ولا يكون من أهل الرأي والتدبير، أما إذا كان يقدر على ذلك يقتل؛ لأنه بقتاله محارب، وبصياحه محرض، وبالأحيال يكثر المحارب، وقد صح أن رسول الله ﷺ قتل دريد بن الصمة، وكان ابن مائة وعشرين، وفي رواية ابن مائة وستين؛ لأنه كان صاحب رأي. (ع)

(٦) جمع حرب.

(٧) قوله: "يابس الشق" العلج، ويراد به ذهاب حركته؛ لأنه ميت حقيقة، كذا في "المغرب". (ب)

(٨) أي للقتل.

(٩) قوله: "والحجة عليه ما بينا" وهو قوله: لأن المبيح إلخ فإن قلت: الشافعي يستدل بقوله عليه السلام: «اقتلوا شيوخ المشركين»، قلت: المراد بهم الذين يقاتلون. (ب)

أن النبى عليه السّلام نهى * عن قتل الصبيان والذرارى[٢]، وحين رأى رسول الله ﷺ امرأةً مقتولة قال: «هاه[٣] ما كانت هذه تقاتل فلم قُتلت»**. قال: إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأىٌ فى الحرب، أو تكون المرأة مَلَكةً[٤]؛ لتعدى ضررها إلى العباد، وكذا يقتل مَن قاتل من هؤلاء[٥]؛ دفعًا لشره، ولأن القتال مبيح حقيقةً[٦]. ولا يقتلوا مجنونًا؛ لأنه غير مخاطب[٧] إلا أن يقاتل، فيقتل؛ دفعًا لشره غير أن الصبى والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان، وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر[٨]؛ لأنه من أهل العقاب لتوجّه الخطاب نحوه[٩]، وإن كان يجنّ ويفيق، فهو فى حال إفاقته كالصحيح[١٠]. ويكره أن يبتدئ الرجل أباه[١١] من المشركين

(١٠) قوله "قد صح إلخ" هذا الحديث لم يتكلم عليه أحد من الشراح غير أن بعضهم قالوا: إن المراد بالذرارى النساء مجازا، باعتبار النسب؛ إذالنساء سبب لحصول الذرارى، ولايمكن جريه على حقيقته بدليل عطفه على الصبيان. قلت: هذا التكلف لأجل قول المصنف: وقد صح، ولم يصح بهذا اللفظ، وإنما الذى صح ما رواه الجماعة إلا ابن ماجةعن ابن عمرقال: إن امرأةوجدت فى بعض مغازى رسول الله ﷺ فنهى عن قتل النساء والصبيان. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٠ ص١١٦. (نعيم)

(٢) أى النساء، أخرجه أبو داود والنسائى وعبد الرزاق. (ب)

(٣) حرف تنبيه لحق بآخره هاء السكتة.

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٠١ ص١١٦. (نعيم)

(٤) بفتحتين.

(٥) أى الشيخ الفانى والمقعد والأعمى والمرأة. (ب)

(٦) لكفرهم.

(٧) بالشرائع.

(٨) أى الحبس.

(٩) بالعقل والبلوغ.

(١٠) قوله: "كالصحيح" يعنى يقتل، سواء قاتل أو لم يقاتل كالصحيح، فإنه يقتل وإن لم يقاتل، لكنه إنما يقتل فى حال إفاقته. (عناية)

(١١) قوله: "ويكره أن يبتدئ إلخ" فإن قلت: عموم الآيات الواردة فى وجوب القتال يقتضى أن يصح البداية بقتل الأب المشرك، قلت: نعم، لكن خصت تلك الآيات بقوله تعالى: ﴿وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا﴾، فإنها نزلت فى الأبوين الكافرين، وليس من

فيقتله[١]؛ لقوله تعالى: ﴿وصاحبهما فى الدنيا معروفًا﴾، ولأنه يجب عليه[٢] إحياءه بالإنفاق[٣]، فيناقضه الإطلاق فى إفناءه. فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتلَه غيرُه[٤]؛ لأن المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه[٥] المأثم، وإن قصد الأب قتله، بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به؛ لأن مقصوده الدفع[٦]. ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه، ولا يمكنه دفعه[٧] إلا بقتله يقتله؛ لما بينا[٨]، فهذا أولى.

باب الموادعة[٩] ومن يجوز أمانه

وإذا رأى الإمام أن يُصالح أهل الحرب، أو فريقًا منهم، وكان فى ذلك مصلحة[١٠] للمسلمين، فلا بأس به[١١]؛ لقوله تعالى[١٢]: ﴿وإن جنحوا

المصاحبة بالمعروف أن يقصد بقتلهما، وذكر فى "الذخيرة": أنه يلجئه إلى موضع يجىء به غيره فيقتله. (د)

(١) بنصب اللام. (ب)

(٢) قوله: "ولأنه يجب عليه [أى على الابن] إلخ" قلت: هذا التعليل مشكل بوجهين: أحدهما: ما ذكره بعض الشارحين فى باب النفقة أن الآباء والأمهات والأولاد إذا كانوا حربيين، أو مستأمنين لا يجب نفقتهم على المسلم؛ لأنا نهينا عن البر فى حقهم، اللّهم إلا أن يعتبر وجوب الإنفاق فى الجملة، وإنفاق الأبوين مع اختلاف الدين واجب فى الجملة. وثانيهما: أنه يباح للأب أن يقتل الابن قصاصا مع أنه يجب عليه إنفاقه وإحياءه، فيناقضه فناءه إلا أن يقال: الإحياء الواجب على الولد بالإنفاق أقوى مما يجب على الوالد. (د)

(٣) نفقه دادن.

(٤) أى غير الابن.

(٥) أى ارتكابه.

(٦) أى دفع المضرة عن نفسه.

(٧) أى لا يمكن للابن دفعه إلا بأن يقتل الأب.

(٨) إشارة لقوله: لأن المقصود.

(٩) قوله: "باب الموادعة أى المصالحة، وسميت بها؛ لأنها متاركة، وهى من الودع، وهو الترك، وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة. (عناية)

(١٠) قوله: "وكان فى ذلك مصلحة" قيل عليه: إن قوله تعالى: ﴿وإن جنحوا للسلم﴾ ليس بمقيد بالمصلحة، فكان الاستدلال به مخالفًا للمدعى، وأجيب بأن هذه الآية محمولة على ما إذا كانت فى المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى، وهى قوله تعالى: ﴿ولا تهنوا ولا تدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون﴾. (ع)

(١١) قوله: "فلا بأس به" ولا يجب عليه؛ لأن الصلح إنما شرع نفعًا للمسلمين، فلو وجب لصار حقًا عليهم، فينقلب الحكم على عكسه. (ك)

(١٢) قوله: "لقوله تعالى: ﴿وإن جنحوا للسلم﴾ إلخ" أى إن مالوا إلى الصلح يقال: جنح له وإليه، إذا

للسَّلْم فاجنَحْ لها وتوكل على الله﴾.

ووادع رسول الله عليه السّلام(١) أهل مكة عام الحُديبيّة على أن يضع الحربَ بينه وبينهم(٢) عشر سنين*، ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين؛ لأن المقصود -وهو دفع الشر(٣)- حاصل به، ولا يقتصر الحكم(٤) على المدة المروية؛ لتعدى المعنى إلى ما زاد عليها(٥)، بخلاف ما إذا لم تكن خيراً(٦)؛ لأنه ترك الجهاد صورةً ومعنًى(٧).

وإن صالحهم مدة، ثم رأى نقض الصلح أنفع، نَبذ إليهم(٨) الإمام

مال، وفي السلم: ثلاث لغات فتح السين وكسرها وفتح السين واللام جميعًا. (ب)

(١) قوله: "ووادع إلخ" رواه أحمد بسنده مطولا من حديث محمد بن إسحاق، وفيه: «خرج رسول الله ﷺ عام الحديبية يريد زيارة البيت لا يريد قتالا وكان الناس سبع مائة إلى أن قال: هذا ما اصطلح عليه من محمد بن عبد الله وسهيل بن عمرو على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم بعضاً»، الحديث، وكلام الإنزارى يدل على أن عشر سنين غير صحيح، بل سنتان، كما أخرجه البيهقى، وليس كذلك. (ب)

(٢) أى الكفار.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٨٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٢ ص١١٧. (نعيم)

(٣) قوله: "وهو دفع الشر" قلت: قد وقع فى غير موضع أن المقصود منه إعلاء كلمة الله تعالى، وهو ينافى ما ههنا. (د)

(٤) قوله: "ولا يقتصر الحكم" أخرج القصة البيهقى فى "دلائل النبوة" عن موسى بن عقبة مرسلا، فذكر القصة، وفى آخرها: «فكان الصلح سنتين»، ثم قال البيهقى: قوله: «سنتين» يريد بقاءه حتى نقض المشركون عهدهم، وخرج رسول الله ﷺ عام الفتح، فأما المدة التى وقع عليها الصلح، فيشبه أن يكون المحفوظ فيها ما رواه محمد بن إسحاق، وهى عشر سنين، انتهى. وقال السهيلى فى "الروض الأنف": اختلف العلماء، هل يجوز الصلح على أكثر من عشر سنين، وحجة المانعين أن منع الصلح هو الأصل بدليل آية القتال، وقد ورد التحديد بالعشر، فحصلت الإباحة بهذا القدر، فبقى الباقى على الأصل. (ت)

(٥) قوله: "إلى ما زاد عليها" لا وجه لتخصيص الزيادة بالذكر؛ إذ المعنى الداعى إلى المصالحة، كما يدعوإلى أكثرمن عشرسنين، كذلك يدعوإلى الأقل أيضًا، فكان التخصيص؛ لأن اختلاف العلماء إنما وقع فى الزيادة. (د)

(٦) متصل بقوله: إذا كان خيراً. (ب)

(٧) قوله: "صورة ومعنى" أما صورة: فظاهر؛ لأنه ترك القتال، وأما معنى: فلأنه لما لم تكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن فى تلك الموادعة دفع الشر، فلم يحصل الجهاد معنى. (ب)

(٨) قوله: "نبذ إليهم [أى نقض العهد، وأرسل خبره إليهم. ب]" من النبذ، وهو الطرح، والمراد به نقض العهد، ولا بد من بلوغ النبذ إلى جميعهم. (ب)

وقاتلهم؛ لأنه عليه السلام[١] نبذ الموادعة التى كانت بينه وبين أهل مكة*، ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً، وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى، فلا بد من النبذ تحرزًا عن الغدر، وقد قال عليه السلام في العهود: «وفاء لا غدرٌ»[٢]**، ولا بد من اعتبار مدة[٣] يبلغ فيها خبر النبذ[٤] إلى جمعهم[٥]، ويكتفى فى ذلك بمضى مدة يتمكن مَلِكُهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته؛ لأن بذلك[٦] ينتفى الغدر. قال[٧]: وإن بدأوا بخيانةٍ قاتلهم[٨]، ولم ينبذ إليهم[٩] إذا كان ذلك[١٠] باتفاقهم؛ لأنهم صاروا ناقضين للعهد، فلا حاجة إلى نقضه،

---

(١) قوله: "لأنه عليه السلام إلخ" كانت هذه الموادعة يوم الحديبية، وكان فيها، من شاء أن يدخل فى عقد قريش وعهدهم دخل، فدخلت خزاعة فى عهد رسول الله ﷺ، ودخلت بنو بكر فى عقد قريش، فمكثوا ثمانية، أو سبعة عشر شهراً، ثم إن بنى بكر قاتلوا خزاعة قريب من مكة، ووصل الخبر إلى رسول الله ﷺ، فأمر الناس فتجهزوا، فقال أبو بكر: يا رسول الله! ألم تكن بينك وبينهم موادعة، فقال: «ألم يبلغك ما فعلوا»، رواه البيهقى فى "دلائل النبوة". (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٤ ص١١٧. (نعيم)

(٢) قوله: "وفاء لا غدر" قلت: هكذا وقع فى الكتاب، والموجود فى كتب الحديث موقوفًا على عمرو ابن عنبسة، أخرجه أبو داود والنسائي والترمذى عن مسلم بن عامر، قال: كان بين معاوية وبين الروم عهد، وكان يسير نحو بلاد الروم، حتى إذا انقضى العهد غزاهم، فجاء رجل على فرس، وهو يقول: الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر، فنظروا فإذا هو عمرو بن عنبسة، فسأله معاوية، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من كان بينه وبين قوم عهد فلا ينبذ عقده ولا يحله حتى ينقضى أمدها أو ينبذ إليهم على سواء»، فرجع معاوية بالناس. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٣٠٩٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٣ ص١١٧. (نعيم)

(٣) قوله: "ولا بد من اعتبار إلخ" قال الله تعالى: ﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾ أى على سواء منكم ومنهم فى العلم بذلك، فعرفنا أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ، وقبل أن يعلموا بذلك. (ع)

(٤) أى طرح العهد.

(٥) أى الكفار.

(٦) أى بمضى المدة المذكورة.

(٧) أى القدورى. (ب)

(٨) أى الإمام.

(٩) أى ولم يرسل خبر الطرح إليهم.

(١٠) أى نقض العهد.

بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم[١]، فقطعوا الطريق، ولا مَنَعَةَ لهم حيث لا يكون هذا نقضًا للعهد[٢]، ولو كانت لهم مَنَعةٌ[٣]، وقاتلوا[٤] المسلمين علانيةً يكون نقضًا للعهد فى حقهم دون غيرهم؛ لأنه بغير إذن مَلِكهم، ففعلهم لا يلزم غيرهم، حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد؛ لأنه[٥] باتفاقهم[٦] معنًى.

وإذا رأى الإمام[٧] موادعة أهل الحرب، وأن يأخذ على ذلك مالا، فلا بأس به؛ لأنه لما جازت الموادعةُ بغير المال، فكذا بالمال، لكن هذا إذا كان[٨] بالمسلمين حاجة، أما إذا لم يكن لا يجوز؛ لما بينا من قبلُ[٩].

والمأخوذ من المال يُصرف مصارف الجزية[١٠]، هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم[١١]، بل أرسلوا[١٢] رسولا[١٣]؛ لأنه فى معنى الجزية، أما إذا أحاط الجيش[١٤] بهم، ثم أخذوا المال، فهو غنيمة يخمسها[١٥]، ويقسم

(١) أى من أهل دار الحرب.

(٢) لا فى حقهم، ولا فى حق غيرهم. (ب)

(٣) بفتحتين جمع مانع.

(٤) أى الجيش لأنه تمنع عنهم.

(٥) أى فعلهم هذا.

(٦) أى باتفاق الكل.

(٧) قوله: "وإذا رأى الإمام إلخ" إنما كرر هذا بعد أن بين حكم موادعة أهل الحرب؛ لأن القدورى لم يذكر الموادعة على المال، ولم يذكر الموادعة مع المرتدين أيضًا، وذكر كل ذلك فى "الجامع الصغير"، فلذلك كرر موادعة أهل الحرب، والموادعة على المال. (عناية)

(٨) أى جواز الموادعة على المال.

(٩) أى أن المقصود هو إعلاء كلمة الله لا أخذ المال. (ك)

(١٠) ولا خمس فيه.

(١١) ساحت فضا وخانه سرا. (م)

(١٢) للحرب.

(١٣) أى بدارهم.

(١٤) أى جيش المسلمين.

الباقي بينهم؛ لأنه مأخوذ بالقهر معنًى(١). وأما المرتدون: فيُوادعهم الإمام حتى ينظروا في أمرهم؛ لأن الإسلام مرجُوٌّ منهم، فجاز تأخير قتالهم(٢) طمعًا في إسلامهم، ولا يأخذوا عليه مالا؛ لأنه(٣) لا يجوز أخذ الجزية منهم؛ لما نبين(٤). ولو أخذه لم يرده؛ لأنه مال غير معصوم(٥)، ولو حاصر العدو المسلمين، وطلبوا الموادعة على مال(٦) يدفعه المسلمون إليهم، لا يفعل الإمام؛ لما فيه من إعطاء الدنيئة(٧)، وإلحاق المذلة بأهل الإسلام إلا إذا خاف الهلاك(٨)؛ لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن(٩). ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب، ولا يجهّز إليهم(١٠)؛ لأن النبي عليه السلام «نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب(١١) وحمله إليهم»*، ولأن فيه

---

(١٥) قوله: "فهو غنيمة يخمسها" أي يخرج الخمس منها، ثم يقسم الباقي عليهم بين جيش المجاهدين الغانمين. (ب)

(١) قوله: "لأنه مأخوذ بالقهر معنى" يعني فيكون كالمأخوذ قهرًا صورة ومعنى، وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال. (عناية)

(٢) قوله: "فجاز تأخير قتالهم" قال أبو الليث في "شرح الجامع الصغير": هذا إذا غلب المرتدون على مدينة الإسلام. (ب)

(٣) ضمير الشأن.

(٤) أي في باب الجزية. (ب)

(٥) قوله: "لأنه مال غير معصوم" لأنه مال المرتدين فيء للمسلمين إذا ظهروا عليه، بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي، حيث يرده عليهم بعد ما يضع الحرب أوزارها؛ لأنه ليس بفيء إلا أنه لا يرده حال الحرب؛ لئلا يكون إعانة لهم على المعصية. (ب)

(٦) موصوف.

(٧) أي النقيصة. (عناية)

(٨) قوله: "إلا إذا خاف الهلاك" يعني على نفسه، وعلى نفوس سائر المسلمين، فحينئذٍ لا بأس بدفع المال. (ع)

(٩) قوله: "بأي طريق يمكن" هذا لا يجري على عمومه، فإنه ليس دفع الهلاك عن نفسه في صورة الإكراه إلا بتلفظ كلمة الكفر، فينبغي أن يجب ولا يجب، بل هو مرخص به، كذا لو أكره بقتل نفسه، أو قتل غيره، فعلم أن المراد بأي طريق سوى الصور التي هي للإباحة. (ب)

(١٠) أي لا يحتمل التجار الجهاز إليهم أي المتاع، وهو السلاح.

(١١) قوله: "لأن النبي ﷺ نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب، وحمله إليهم" غريب بهذا اللفظ،

تقويتهم على قتال المسلمين، فيمنع من ذلك، وكذا الكراع[١]؛ لما بينا[٢]. وكذا الحديد[٣]؛ لأنه أصل السّلاح، وكذا بعد الموادعة؛ لأنها على شرف النقض، أو الانقضاء[٤]، فكانوا حربًا علينا، وهذا[٥] هو القياس فى الطعام والثوب إلا أنا عرفناه[٦] بالنص، فإن عليه السلام أمر ثمامة[٧] أن يَمير[٨] أهل مكة، وهم[٩] حرب عليه*.

فصل[١٠]

إذا أمن رجل حر، أو امرأة حرة كافرًا، أو جماعةً، أو أهل حصن، أو مدينة، صح أمانهم[١١]، ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم[١٢]،

وروى البيهقى والبزار والطبرانى عن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السلاح بالفتنة»، وسنده ضعيف. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩١، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٥ ص١١٧. (نعيم)

(١) بالضم: پارچهٔ گوسفند وگاؤ وجز آن، المراد الخيل. (ب)

(٢) إشارة إلى قوله: لأن فيه تقويتهم.

(٣) قوله: "وكذا الحديد إلخ" قلت: ذكر أبو الليث فى "شرح الجامع الصغير" أن بيع الحديد منهم لا يكره؛ لأن نفسه ليس بآلة الجهاد والفتنة كالعصير، وهو مثل ما قاله فخر الإسلام، وهو التحقيق إلا أن ظاهر الرواية بخلاف ذلك، ألا ترى إلى أنه نص الحاكم على تسوية الحديد بالسلاح، وتبعه المصنف. (ب)

(٤) أى انقضاء مدتها. (ب)

(٥) أى عدم جواز بيع ذلك.

(٦) أى جواز ذلك. (ب)

(٧) قوله: "أمر ثمامة" بضم الثاء المثلثة لم يتكلم أحد من الشراح على هذا الحديث، وقد رواه البيهقى فى "دلائل النبوة" فى قصة إيمان ثمامة، قال: والله إنى ما صبوت، ولكنى أسلمت حين قاله الكفار: صبوت يا ثمامة! وأيم الذى نفس ثمامة بيده لا يأتيكم حبة من اليمامة، وانصرف إلى بلده، ومنع الحمل إليهم، حتى كتب قريش إلى رسول الله ﷺ يسألونه بأرحامهم أن يأمر ثمامة أن يخلى عنهم، فأمره رسول الله ﷺ بذلك. (ب)

(٨) قوله: "أن يمير" يقال: مار أهله أتاه بالميرة، وهو الطعام. (مغرب)

(٩) قوله: "وهم" أى الكفار حرب على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩١، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٦ ص١١٨. (نعيم)

(١٠) فى بيان أحكام الأمان. (ب)

(١١) قوله: "صح أمانهم" أى أمان جماعة من الكفار، وأهل الحصن، والمصدر مضاف إلى مفعوله، وطوى

والأصل فيه قوله عليه السلام[(١)]: «المسلمون تتكافأ[(٢)] دماءهم ويسعى بذمتهم[(٣)] أدناهم»* أى أقلهم[(٤)]، وهو الواحد، ولأنه[(٥)] من أهل القتال، فيخافونه[(٦)]؛ إذ هو من أهل المنعة، فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله[(٧)]، ثم يتعدى إلى غيره[(٨)]، ولأن سببه لا يتجزأ[(٩)]، وهو الإيمان[(١٠)]، وكذا الأمان لا يتجزأ[(١١)] فيتكامل كولاية الإنكاح.

قال: إلا أن يكون[(١٢)] فى ذلك مفسدة، فينبذ إليهم، كما إذا أمن

ذكر الفاعل. (ب)

(١٢) قوله "ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم" سواءكان الرجلالحر الذى أمنهم أعمى، أو شيخًا، أو مريضًا.(ب)

(١) أخرجه الدارقطنى وابن ماجة.

(٢) أى تتساوى فى القصاص والديات لا فضل للشريف على الوضيع. (ب)

(٣) الذمة: العهد والضمان. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٧ ص١١٨. (نعيم)

(٤) قوله: "أى أقلهم" إنما فسره بهذا احترازًا عن تفسير محمد حيث هو فسره بالعبد؛ لأنه أدنى المسلمين، فجعل الأدنى ههنا من الدناءة، وجعله غيره من الدنو. (ب)

(٥) قوله: "ولأنه" أى كل واحد من الرجل والمرأة، أما الرجل: فظاهر، وأما المرأة: بأن تخرج للمداواة والطبخ، وذلك منها جهاد. (ب)

(٦) قوله: "فيخافونه" ضمير المنصوب فى يخافونه، وقوله: إذ هو، وقوله: منه كلها ترجع إلى الذى رجع إليه ضمير لأنه.

(٧) وهو محل الخوف. (ع)

(٨) قوله: "إلى غيره" أى غير الذى أمن من أهل الإسلام، كما فى شهادة رمضان، فإن الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال أولا، ثم يتعدى منه إلى غيره. (عناية)

(٩) قوله: "ولأن سببه إلخ" استدل المصنف بالمعقول على وجهين، جعل المناط فى أحدهما كون من يعطى الأمان من يخافونه، وفى الآخر الإيمان. والأول يقتضى عدم جواز أمان العبد المحجور، والتاجر والأسير، والثانى يقتضى جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو يقع علة لقوله: ثم يتعدى لكان أولى. (ع)

(١٠) أى التصديق بالقلب. (ع)

(١١) قوله: "وكذا الأمان لا يتجزأ" فإذا تحقق من البعض، فإما أن يبطل أو يكمل، ولا يجوز الأول بعد تحقق السبب، فتحقق الثانى، وهو معنى قوله: فليتكامل أى ينفرد به كل مسلم كولاية الإنكاح فى ما إذا وجد الإنكاح من أحد الأولياء المساوية فى الدرجة صح النكاح فى حق الكل؛ لأن سبب جوازه، وهو القرابة غير متجز، فلا يتجزأ الولاية. (ب)

(١٢) قوله: "إلا أن يكون" استثناء من قوله: صح أمانهم أى إلا أن يكون فى الأمان فساد فى حق المسلمين، فينبذ إليهم أى يعلم الإمام أهل الحرب بالنبذ؛ دفعا للغرر عنهم. (بناية للعينى)

الإمام بنفسه، ثم رأى المصلحَة فى النبذ، وقد بيناه[١]، ولو حاصر الإمام حصنًا، وأمن واحد من الجيش، و[٢] فيه مفسدة ينبذ الإمام الأمان؛ لما بينا[٣]، ويؤدّبه الإمام لافتياته على رأيه[٤]، بخلاف ما إذا كان فيه[٥] نظر[٦]؛ لأنه ربما تفوت المصحلة بالتأخير، فكان معذورًا، ولا يجوز أمان ذمى؛ لأنه متهم بهم[٧]، وكذا لا ولاية له على المسلمين[٨].

قال: ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم[٩]؛ لأنهما مقهوران تحت أيديهم، فلا يخافونهما[١٠]، والأمان يختص بمحل الخوف[١١]، ولأنهما يجبران عليه[١٢]، فيعرى الأمان عن المصلحة[١٣]، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرًا أو تاجرًا، فيتخلصون[١٤] بأمانه، فلا ينفتح[١٥] لنا باب الفتح، ومن أسلم فى دار الحرب، ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه؛

(١) أى أول فصل الموادعة. (ب)

(٢) الواو حالية.

(٣) أى فى فصل الموادعة. (ب)

(٤) قوله: "لافتياته على رأيه" قال أهل اللغة: الافتيات انتقال من الفوت، وهو السبق إلى الشىء، وأصله الافتوات؛ لأنه من الفوت أجوف واوى، فقلبت الواو ياء لتحركها، وانكسار ما قبلها. (ب)

(٥) أى فى أمان هذا الواحد.

(٦) أى مصلحة.

(٧) أى بالكفار للإلحاد فى الاعتقاد. (ب)

(٨) قوله: "على المسلمين" وأمان الذى لو صح لزم حكمه على المسلمين ابتداء لا أنه يلزمه حكمه أولا، ثم يتعدى إلى آخره حتى لا يكون من باب الولاية؛ إذ لا حق له فى الغنيمة. (ملا إله داد)

(٩) أى على أهل الحرب.

(١٠) أى لا يخاف الكفار من الأسير والتاجر. (ب)

(١١) أى على أهل الحرب.

(١٢) أى يجبره الكفار عليه.

(١٣) قوله: "عن المصلحة" والأمان شرع لمصلحة المسلمين، ولا مصلحة فى أمان حصل عن إكراه مفسد للتراخى. (ب)

(١٤) عن الشدائد.

(١٥) لأنه ينسد من الأمان.

لما بينا[١]. ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبى حنيفة إلا أن يأذن[٢] له مولاه فى القتال، وقال محمد: يصح[٣]، وهو قول الشافعى، وأبو يوسف معه فى رواية[٤]، ومع أبى حنيفة فى رواية[٥]. لمحمد قوله عليه السلام: «أمان العبد أمان»*، رواه أبو موسى الأشعرى[٦]، ولأنه مؤمن ممتنع[٧]، فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له فى القتال[٨]، وبالمؤبد[٩] من الأمان، فالإيمان[١٠] لكونه شرطًا للعبادة، والجهاد عبادة، والامتناع[١١] لتحقق إزالة الخوف به، والتأثير[١٢] إعزاز الدين، وإقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين؛ إذ الكلام فى مثل هذه الحالة[١٣]، وإنما لا يملك[١٤]

---

(١) أى أن الأمانات تختص بمحل الخوف. (ك)

(٢) فح يصح أمانه أيضاً.

(٣) أى مطلقًا.

(٤) ذكرها الكرخى، واعتمد عليه القدورى فى شرحه.

(٥) قوله: "ومع أبى حنيفة فى رواية" ذكرها الطحاوى، واعتمد عليها صاحب "الأسرار". (ع)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٨ص١١٨. (نعيم)

(٦) قوله: "رواه أبو موسى الأشعرى" قلت: غريب، وروى عبد الرزاق عن فضيل قال: شهدت قرية من قرى فارس حتى إذا كنا ذات يوم تخلف عبد منا فاستأمنوه، فكتب إليهم فى سهم أمانًا، ثم رمى به إليهم، فلما رجعنا إليهم خرجوا فى ثيابهم، ووضعوا أسلحتهم، فقلنا: ما شأنكم، فقالوا: آمنتمونا، وأخرجوا إلينا السهم، فقلت: هذا عبد، والعبد لا يقدر على شىء، فقالوا: قد خرجنا بأمان، فكتبنا إلى عمر، فكتب عمر أن العبد المسلم من المسلمين، فأمانه أمانهم، ورواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (ت)

(٧) أى ذو قوة. (ب)

(٨) والجامع إعلاء كلمة الله. (ب)

(٩) قوله: "وبالمؤبد" يعنى عقد الذمة، فإن الحربى إذا عقد عقد الذمة مع العبد صح، ويصير ذميًا. (ب)

(١٠) أى شرطنا الإيمان فى قولنا: لأنه مؤمن ممتنع ليصح أمانه.

(١١) أى شرطنا الامتناع.

(١٢) أى العلة الجامعة فى قياس المحجور على المأذون. (ب)

(١٣) أى حالة المصلحة. (ب)

(١٤) قوله: "وإنما لا يملك" جواب عما يقال: الأصل فى الجهاد، وهو المسايفة، وهو لا يملك، فلا يملك الأمان أيضًا. (ع)

المسايفة؛ لما فيه من تعطيل منافع المولى، ولا تعطيل في مجرد القول.

ولأبي حنيفة أنه محجور عن القتال، فلا يصح أمانه؛ لأنهم لا يخافونه[١]، فلم يلاقِ الأمان محله، بخلاف المأذون له في القتال[٢]؛ لأن الخوف منه متحقق، ولأنه[٣] إنما لا يملك المسايفة؛ لما أنه تصرف في حق المولى على وجهٍ لا يعرى[٤] عن احتمال الضرر في حقه، والأمان[٥] نوع قتال، وفيه ما ذكرناه[٦]؛ لأنه قد يخطئ، بل هو الظاهر[٧]، وفيه سدّ باب الاستغنام[٨]. بخلاف المأذون[٩]؛ لأنه رضي به[١٠]، والخطأ نادر لمباشرته القتال[١١]، وبخلاف المؤبد[١٢]؛ لأنه خَلَف[١٣] عن الإسلام، فهو بمنزلة الدعوة[١٤] إليه، ولأنه مقابل بالجزية[١٥]، ولأنه مفروض عند مسألتهم[١٦]

(١) قوله: "لأنهم لا يخافونه" ويعلم ذلك بترك المسايفة، فإنهم لما رأوه شاباً مقتدراً على القتال، ولا يحمل السلاح علموا أنه عبد محجور، فلا يخافونه. (ع)

(٢) يشير إلى أن قياس المحجور على المأذون قياس مع الفارق.

(٣) أي العبد المحجور.

(٤) أي لا يخلو.

(٥) قوله: "والأمان نوع قتال [فلا يملكه أيضًا]" لأن المقصود بالقتال دفع شر الكفار، وبالأمان يحصل ذلك. (ك)

(٦) قوله: "وفيه ما [التصرف في حق المولى] ذكرناه" أي وفي الأمان من العبد المحجور ما ذكرناه في قتله. (ك)

(٧) قوله: "بل هو الظاهر" لأن اشتغاله بخدمة المولى يمنعه عن التعلم بآداب الحرب. (ب)

(٨) قوله: "وفيه سد باب الاستغنام" أي في الأمان سد باب الاستغنام على المسلمين، وذلك ضرر في حقهم، وتوضيحه أن أمانه لو صح يحرم القتال، فلا يحصل الاستغنام، وهو يضر بالمسلمين، فإذا كان ممنوعاً عن الضرر في حق المولى، كيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين. (ب)

(٩) حيث يصح أمانه.

(١٠) أي المولى رضي بأمانه.

(١١) أي المأذون فيعلم آداب القتال.

(١٢) جواب عن قول محمد.

(١٣) قوله: "لأنه خلف" أي عقد الذمة خلف عن الإسلام من حيث إنه ينتهي به القتل المطلوب به إسلام الحربي. (ع)

(١٤) وهو نفع. (ع)

(١٥) وهي نفع. (ع)

ذلك، وإسقاط الفرض نفع فافترقا[١].

ولو أمن الصبى وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون[٢]، وإن كان[٣] يعقل، وهو محجور عن القتال، فعلى الخلاف[٤]، وإن كان مأذونًا له فى القتال، فالأصح أنه يصح بالاتفاق[٥].

باب الغنائم[٦] وقسمتها

وإذا فتح الإمام بلدةً عنوةً أى قهرًا[٧]، فهو بالخيار إن شاء قسّمها بين المسلمين، كما فعل[٨] رسول الله عليه السّلام بخيبر*، وإن شاء أقر أهله عليه، ووضع عليهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج، كذلك فعل عمر[٩]** بسواد العراق بموافقة من الصحابة[١٠]، ولم يُحمد من خالفه،

(١٦) قوله: "عند مسألتهم" قال الإنزارى: يعنى إذا طلب الحربى من المحجور يفترض عليه، وقال الأكمل: يعنى أن الكفار إذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الإمام إجابتهم إليه. (ب)

(١) قوله: "فافترقا" أى افترق أمان العبد المحجور عن القتال، وأمان المأذون له بالقتال، أو افترق الأمان الموقت من المحجور عن الأمان المؤبد. (ب)

(٢) فى عدم صحة أمانة.

(٣) أى الصبى.

(٤) فعند محمد يصح، وعند أبى حنيفة لا يصح. (ب)

(٥) قوله: "بالاتفاق" أى باتفاق أصحابنا، وليس على الخلاف؛ لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع، فيملكه الصبى بعد الإذن. (ب)

(٦) قوله: "باب الغنائم [أخره عن الأمان؛ لأن الإمام بعد المحاصرة بالخيار، إما أن يؤمنهم، أو يقتلهم ويستغنم بأموالهم. ع]" جمع غنيمة وهى اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر، والغلبة والحرب قائمة، والفىء اسم لمال يؤخذ منهم بغير قتال كالخراج، والجزية، ويخمس الغنيمة، وأربعة أخماسه للغانمين، والفىء لا يخمس، بل هو لكافة المسلمين والنفل ما يخص الإمام الغازى زيادة على سهمه. (ب)

(٧) قوله: "قهرًا" هذا ليس بتفسير للعنوة لغة؛ لأن عنا يعنو عنوا بمعنى ذل وخضع، وهو لازم، وقهر متعد، بل يكون هو تفسيره بطريق شعور الذهن؛ لأن من الذلة يلزم القهر. (نهاية)

(٨) قوله: "كما فعل" أخرجه أبو داود عن سهل قال: «قسم رسول الله خيبر نصفين نصفًا لنوائبه ونصفًا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهمًا». (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٣٩٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٠٩ ص١١٨. (نعيم)

(٩) قوله: "كذلك فعل عمر" أخرجه ابن سعد فى "الطبقات": "أن عمر بعث عثمان بن حنيف على

وفى كل[(١)] من ذلك قدوة فيتخير.

وقيل: الأولى هو الأول[(٢)] عند حاجة الغانمين، والثانى[(٣)] عند عدم الحاجة؛ ليكون عدةً فى الزمان الثانى، وهذا[(٤)] فى العقار أما فى المنقول المجرد[(٥)] لا يجوز المن بالرد عليهم؛ لأنه لم يرد به الشرع فيه.

وفى العقار خلاف الشافعى[(٦)]؛ لأن فى المن إبطال حق الغانمين[(٧)]، أو ملكهم[(٨)]، فلا يجوز[(٩)] من غير بدل يُعادله، والخراج غير معادل[(١٠)] لقلته، بخلاف الرقاب[(١١)]؛ لأن للإمام أن يُبطل حقهم رأسًا بالقتل،

خراج السواد" الحديث. وفيه «إن أفرض الخراج على كل حربى وأفرض على الموسر ثمانية وأربعين درهمًا وعلى من دون ذلك أربعة وعشرين درهمًا وعلى من لم يجد شيئًا اثنا عشر درهمًا» الحديث، وسمى سواد العراق به لخضرة أشجاره. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٠، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث ٧٠٩ ص١١٩. (نعيم)

(١٠) قوله: "بموافقة من الصحابة [لم يخالف إلا بلال]" ولم يخالفه إلا بلال، وأصحابه وأصحاب سلمان، فقالوا: أقسم بيننا، فإن الغنيمة حقنا، وكان عمر يقول: ما فعلت هو الحق، ولم يدركوا الحكمة فى ما فعله عمر، وتمسكوا بظاهر ما فعله رسول الله بخيبر، ولم يكن فعله ذلك بطريق الحتم. وقال تاج الشريعة: فدعا عليهم عمر، وقال: اللّهم اكفنى بلالا وأصحابه فماتوا جميعًا قبل تمام السنة، وإليه أشار المصنف بقوله: ولم يحمد. (ب)

(١) أى القسمة والإقرار.

(٢) أى القسمة. (ب)

(٣) أى إقرار الأهل.

(٤) أى إقرارهم بالمن. (ع)

(٥) قوله: "المجرد" قيد به؛ لأنه يجوز المن عليهم فى المنقول بطريق التبعية بالعقار على ما يأتى. (ب)

(٦) قوله: "خلاف الشافعى" فإنه يقول: لا يجوز إقرار أهل البلد على بلدتهم، بل يقسّم الأرض أيضًا. (ب)

(٧) قوله: "إبطال حق الغانمين" أى عندنا فإنه لا يثبت الملك قبل الإحراز بدار الإسلام. (ب)

(٨) قوله: "أو ملكهم" أى إبطال ملكهم عند الشافعى؛ لأن الغنيمة تملك عنده قبل الإحراز بالدار. (ب)

(٩) أى المن.

(١٠) قوله: "والخراج غير معادل" جواب عما يقال: الخراج يعادله. (ب)

(١١) قوله: "بخلاف الرقاب" إن قيل: فالحق أو الملك ثبت فى رقابهم أيضًا، وجاز له أن لا يقسمها، فأجاب بقوله: بخلاف الرقاب يعني أن حقهم لم يتعلق بها؛ لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل، فكذا له أن يبطله بالخلف، وهو الجزية، وهذا لأنها خلقت فى الأصل حرا حرارًا، والملك ثبت لعارض، فالإمام إذا استرقهم، فقد بدل حكم الأصل، فإذا جعلهم أحرارًا، فقد بقى حكم الأصل. (ع)

والحجة عليه ما رويناه[1]. ولأن فيه نظرًا لأنهم كالأكرة[2] العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة، والمؤن[3] مرتفعة مع[4] أنه يحظى[5] به الذين يأتون من بعد، والخراج[6] وإن قل حالا، فقد جل[7] مآلا لدوامه، وإن منّ عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل؛ ليخرج عن حد الكراهة[8].

قال[9]: وهو[10] في الأُسارى بالخيار، إن شاء قتلهم؛ لأنه عليه السّلام[11] قد قتل[12]*، ولأن فيه حسم[13] مادة الفساد، وإن شاء استرقّهم[14]؛ لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام، وإن شاء

---

(١) أي من فعل عمر. (ب)

(٢) قوله: "كالأكرة" بفتح الهمزة والكاف والراء أي العاملين للمزارعة، وحاصل الكلام أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر في الإقرار أهلها عليها؛ لأنه لو قسمها بين الغانمين اشتغلوا بالزراعة، وقعدوا عن الجهاد، فإذا تركها في أيديهم صاروا كالأكرة المزارعين للمسلمين. (ب)

(٣) أي مؤنة الزراعة.

(٤) قوله: "مع أنه إلخ" قال شيخنا: هذا إشارة إلى قوله: ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾. (ب)

(٥) أي يعطى الحظ بالظاء المعجمة.

(٦) جواب عن قول الشافعي: الخراج غير معادل لقتله.

(٧) لوجوبه في كل سنة. (ع)

(٨) قوله: "ليخرج عن حد الكراهة" معناه ما ذكره التمرتاشي فإن من عليهم برقابهم وأراضيهم، وقسم النساء والذرية وسائر الأموال جاز، لكن يكره لأنهم لا ينتفعون بالأراضي بدون المال، ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر إلا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأراضي. (عناية)

(٩) أي القدوري.

(١٠) أي الإمام.

(١١) أخرجه البخاري وأبو داود. (ب)

(١٢) يوم الفتح.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠١، والدراية ج٢، الحديث ٧١٠ ص١١٩. (نعيم)

(١٣) أي قطع.

(١٤) قوله: "وإن شاء استرقهم" فإن أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنه الرق؛ لأن الرق جزاء الكفر الأصلي على ما عرف، بخلاف ما إذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز الاسترقاق، ولا القتل. (عناية)

ج4 16 B

تركهم أحراراً ذمة للمسلمين؛ لما بينا(١)، إلا في مشركي العرب والمرتدين(٢) على ما نُبين(٣)، إن شاء الله تعالى.

ولا يجوز أن يردّهم إلى دار الحرب؛ لأن فيه تقويتهم على المسلمين، فإن أسلموا(٤) لا يقتلهم؛ لاندفاع الشر بدونه(٥)، وله أن يسترقهم توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك(٦)، بخلاف إسلامهم(٧) قبل الأخذ؛ لأنه لم ينعقد السبب بعد. ولا يفادى(٨) بالأُسارى عند أبي حنيفة، وقالا(٩): يفادى(١٠) بهم أسارى المسلمين، وهو(١١) قول الشافعي؛ لأن فيه تخليص المسلم، وهو أولى من قتل الكافر، والانتفاع به. وله أن فيه معونة للكفرة(١٢)؛ لأنه يعود حرباً علينا، ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الأسير المسلم؛ لأنه إذا بقي في أيديهم، كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا، والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا(١٣)، أما المفاداة(١٤) بمال يأخذ منهم

---

(١) قوله: "لما بيناه" أي من فعل عمر، فإن قلت: فاقتلوا المشركين ينافي ترك قتلهم، قلت: ترك العمل به في حق أهل الذمة والمستأمن، وفي المتنازع فيه بفعل عمر. (ب)

(٢) قوله: "إلا في مشركي العرب والمرتدين" فإنه لا يجوز استرقاقهم ولا وضع الجزية عليهم، ولا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف.

(٣) أي في باب الجزية.

(٤) أي الأسارى.

(٥) أي بدون القتل.

(٦) وهو أخذهم وهم كفار. (ب)

(٧) حيث لا يجوز استرقاقهم.

(٨) قوله: "ولا يفادى (أي لا يؤخذ فدية بمقابلتهم. ك)" المفاداة بين اثنين يقال: فاداه إذا أطلقه، وأخذ منه فدية، ومنه قوله: ولا يفادى أي لا يعطى أسارى الكفار، ويؤخذ منهم أسارى المسلمين. (ع)

(٩) قوله: "وقالا" جعل في "السير الكبير" قولهما أظهر الروايتين عن أبي حنيفة. (ع)

(١٠) ولا يجوز الفدية بالمال. (ع)

(١١) وبه قال أحمد إلا بالنساء. (ب)

(١٢) وفي نسخة صاحب "العناية" وقع تقوية مقام المعونة، والمعنى ظاهر.

(١٣) لحصولها بفعلنا، وهو إطلاق أسراء الكفار.

لا يجوز في المشهور من المذهب؛ لما بينا[١]. وفي "السير الكبير": أنه لا بأس به[٢] إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا[٣] بأسارى بدر[٤]، ولو كان أسلم الأسارى في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم؛ لأنه لا يفيد[٥] إلا إذا طابت نفسه به، وهو مأمون على إسلامه. قال[٦]: ولا يجوز المن[٧] عليهم أي على الأسارى، خلافا للشافعي فإنه يقول: منّ رسول الله عليه السّلام على بعض الأسارى[٨] يوم بدر*.

---

(١٤) في إطلاق أسراءهم.

(١) إشارة إلى قوله: أن فيه معونة الكفر.

(٢) أي بالمفاداة بالمال.

(٣) قوله: "استدلالا [وسيجيء جوابه. ع]" قال الإنزاري: هذا عجيب بعد نزول الآية.

(٤) قوله: "بأسارى بدر [كان الفداء أربعة آلاف]" لما أسر أسارى بدر، وهم سبعون نفرا من الكفار شاور النبي ﷺ أصحابه في حقهم، فتكلم كل منهم برأيه، فقال أبو بكر: هم قومك وأهلك خذ منهم فداء ينفعنا، وخلهم أحرارا لعلهم يوفقون بالإسلام. وقال عمر: مكن نفسك من قتل عباس، ومكن عليا من قتل عقيل، ومكني من قتل فلان، فقال رسول الله ﷺ: إن الله ليلين قلوب رجال كالماء، ويشدد قلوب رجال كالحجارة مثلك يا أبا بكر! كمثل إبراهيم حيث قال: ﴿فمن تبعني فإنه مني ومن عصاني فإنك غفور رحيم﴾.

ومثلك يا عمر! كمثل نوح حيث قال: ﴿رب لا تذر على الأرض من الكافرين ديارا﴾، ثم استقر رأيه عليه الصلاة والسلام على رأي أبي بكر، فأمر بأخذ الفداء، فنزل قوله تعالى: ﴿ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم لولا كتاب من الله سبق لمسكم في ما أخذتم عذاب عظيم فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا واتقوا الله إن الله غفور رحيم﴾. فبكى رسول الله ﷺ والصحابة كلهم، وقال: لو نزل العذاب ما نجى منا أحد إلا عمر وسعد بن معاذ، فظهر أن الحق هو رأي عمر، وإن رسول الله أخطأ حين عمل برأي أبي بكر رضي الله عنه، لكنه لم يقرر على الخطأ، بل نبه عليه بإنزال الآيات، وأمضى الحكم على الفداء، وأمر بأكله، ولم يأمر برده. وهذا هو الفرق بين نزول النص، بخلاف الرأي وبين ظهوره بخلافه؛ لأن في الأول لا ينقض الرأي به، وفي الثاني ينتقض. (نور الأنوار ملا جيون)

(٥) قوله: "لأنه لا يفيد" إذ لا فائدة في تخليص المسلم بالمسلم إلا إذا طابت نفسه به أي إلا إذا طابت به، ورضي به المسلم، وهو مأمون على إسلامه لا يحتمل وجود الردة. (ب)

(٦) أي القدوري.

(٧) قوله: "ولا يجوز المن" أي الإنعام عليهم بأن يتركهم مجانا من غير استرقاق، ولا ذمة، ولا قتل. (ع)

(٨) قوله: "على بعض الأسارى [وهو أبو العاص زوج زينب بنت رسول الله ﷺ، كما أخرجه البخاري]" أخرج الواقدي في كتاب المغازي عن ابن المسيب قال: قال منّ رسول الله على أبي عزة عمر ابن عبد الله بن عمير الجمحي من أسرى بدر، وكان شاعرا. (ت)

ولنا قوله تعالى[1]: ﴿اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾، ولأنه بالأسر والقسر يثبت حق الاسترقاق فيه، فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوضٍ، وما رواه[2] منسوخ بما تلونا[3].

وإذا أراد الإمام العودَ[4]، ومعه مواشى[5]، فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرّقها، ولا يعقرها ولا يتركها، وقال الشافعى: يتركها؛ لأنه عليه السّلام نهى* عن ذبح الشاة إلا لمأكلة[6]. ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرضٍ صحيح، ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء، ثم يحرق بالنار؛ لينقطع منفعته عن الكفار، فصار[7] كتخريب البنيان، بخلاف التحريق قبل الذبح؛ لأنه منهى عنه[8]، وبخلاف العقر؛ لأنه مثلة[9]، وتحرق الأسلحة[10] أيضًا، وما لا يحترق منها[11] يدفن فى موضع لا يطلع عليه الكفار؛ إبطالا للمنفعة عليهم.

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٤، والدراية ج٢، الحديث ٧١١ ص١٢٠. (نعيم)

(١) قوله: "ولنا قوله تعالى" وهو متأخر نزولا؛ لأن سورة البراءة آخر ما نزلت، وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال، فكان ناسخًا لما تقدم. (ب)

(٢) من حديث المن.

(٣) من الآية.

(٤) أى إلى دار الإسلام.

(٥) جمع ماشية، وهى البقرة والغنم والإبل.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٦، والدراية ج٢، الحديث ٧١٢ ص١٢٠. (نعيم)

(٦) قوله: "نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة [بفتح الكاف وضمها أى الأكل. ب]" قلت: غريب، وأخرجه ابن أبى شيبة عن يحيى بن سعيد قال: بلغنى أن أبا بكر بعث جيوشًا إلى الشام فأوصى إلى يزيد ابن سفيان أن لا يعقر شاة، ولا يذبحها إلا لمأكلة.

(٧) الجامع قطع المنفعة عنهم. (ب)

(٨) أخرجه البخارى وغيره. (ت)

(٩) وهو حرام.

(١٠) جمع السلاح.

(١١) بأن كان من الحديد. (ب)

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام، وقال الشافعي: لا بأس بذلك[١]، وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام، عندنا وعنده يثبت، ويبتنى على هذا الأصل عِدّة من المسائل[٢] ذكرناها في "كفاية المنتهى"[٣]. له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيود[٤]، ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد، وقد تحقق[٥]. ولنا أنه عليه السلام[٦] نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب*، والخلاف[٧] ثابت فيه، والقسمة بيع معنى، فتدخل تحته، ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة[٨] والناقلة. والثاني[٩] منعدم لقدرتهم[١٠] على الاستنقاذ[١١]، ووجوده ظاهر[١٢]، ثم قيل: موضع

(١) أي بتقسيم الغنيمة في دار الحرب.

(٢) قوله: "عدة من المسائل" منها: أن أحداً من الغانمين إذا وطئ أمة من السبايا فولدت فادعاه، ثبت نسبه منه عنده، وصارت الأمة أم ولد، وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك، ويجب العقر، ويقسم الولد والأمة بين الغانمين. ومنها: لو باع الإمام أو واحد من الغزاة شيئاً من الغنيمة لا يجوز عندنا، خلافاً له، ومنها: إذا مات أحد الغزاة بدار الحرب لا يورث منه عندنا خلافاً له، ومنها: لو لحق المدد قبل القسمة لا يشاركهم عنده، ويشاركهم عندنا، ومنها: لو أتلف واحد شيئاً قبل الإحراز لا يضمن عندنا خلافاً له. (ب)

(٣) وهو كتاب معدوم لم يوجد في ديار العراق والشام والمصر. (ب)

(٤) فإنه يملك فيه بالاستيلاء على الصيد، وكذا في الاحتطاب.

(٥) أي في دار الحرب.

(٦) قلت: غريب جدا.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٨، والدراية ج٢، الحديث ٧١٣ ص١٢٠. (نعيم)

(٧) قوله: "والخلاف" أي الخلاف بيننا وبين الشافعي ثابت في البيع، فمن حرم البيع حرم القسمة، فإن القسمة بيع معنى لاشتمالها على الإفراز والمبادلة لا محالة، فتدخل تحت البيع، فكما لا يجوز البيع، لا يجوز القسمة. (ب)

(٨) قوله: "إثبات اليد الحافظة" هي التي بها يثبت حفظ العين، والناقلة هي التي تنقل العين من شخص إلى شخص، كذا قال الإتراري، وقال الكاكي: الناقلة التي يتصرف بها كيف شاء. (ب)

(٩) أي اليد الناقلة. (ع)

(١٠) أي الكفرة.

(١١) أي استخلاص أموالهم من أيديهم.

الخلاف[١] ترتب الأحكام على القسمة إذا قسّم الإمام، لا عن اجتهاد؛ لأن حكم الملك[٢] لا يثبت بدونه، وقيل: الكراهة، وهي[٣] كراهة تنزيه عند محمد[٤]، فإنه قال[٥] على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يجوز القسمة في دار الحرب. وعند محمد: الأفضل أن يقسم في دار الإسلام، ووجه الكراهة أن دليل البطلان[٦] راجح إلا أنه تقاعد[٧] عن سلب الجواز، فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة[٨].

قال[٩]: والردء[١٠] والمقاتل في العسكر سواء؛ لاستواءهم[١١] في

---

(١٢) قوله: "ووجوده ظاهر [لكون المسلمين في دارهم]" لأن الدار إنما يضاف إلينا، أو إليهم باعتبار القوة والاستيلاء، ولما بقيت هذه البقعة منسوبة إليهم، عرف أن القوة لهم، والقوة على الاسترداد ظاهر، بخلاف ما إذا فتحت البلدة؛ لأنها صارت ح دار الإسلام لفتحها، وإجراء أحكام الإسلام فيها، فكان فتح البلدة كإحرازه بدارنا. (ب)

(١) قوله: "ثم قيل: موضع الخلاف" في ما إذا صدرت القسمة عن الإمام بدون الاجتهاد، هل يثبت به حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الأكل، والوطئ، وسائر الانتفاع، فعنده يثبت، وعندنا لا. (ع)

(٢) قوله: "لأن إلخ" معناه أن ترتب هذه الأحكام دليل على ثبوت الملك المستلزم لجواز القسمة، فعنده مرتبة بهذه القسمة الصادرة، لا عن اجتهاد، فيلزم منه ثبوت الملك، وعندنا ليست بمرتبة. (ع)

(٣) قوله: "وهي" أي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب عندنا الكراهة، لا عدم الجواز؛ لما أن في القسمة من قطع الشركة، ولأنه إذا قسم تفرقوا، فربما يكون العدو على وراءهم، وهذا أمر وراء ما يتم به القسمة، فلا يمنع جوازها، واختلف في الكراهة، هل هي تنزيهية أو تحريمية. (ب)

(٤) أي محمد في "السير الكبير". (ب)

(٥) قوله: "فإنه قال إلخ" فيه نظر؛ لأنه يشير إلى أن خلاف محمد معهما في القسمة في دار الحرب ليس بمشهور، فإنه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية من أصحابنا، وفي غير ظاهر الرواية الأفضلية منقولة عنهما أيضاً، وأيضاً قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله، وقيل: بالكراهة، وبالجملة لا يخلو عن تمحل.

(٦) كونه محرماً، والحرام راجح. (ع)

(٧) قوله: "إلا أنه تقاعد" أي بالاتفاق أما عند الشافعي، فظاهر، وأما عندنا، فيجوز إذا احتاج الغزاة إلى الثوب والدابة، ونحو ذلك. (ع)

(٨) لأن الدليل المزجوح لما لم يبطل حصل من معارضة الراجح والمرجوح الكراهة، كما في سؤر الهرة.

(٩) أي القدوري.

(١٠) قوله: "والردء" بكسر الراء وسكون الدال المهملتين، وفي آخره همزة، وهو العون، يقال: ردأه رداء أعانه، والردء بالفتح مصدر وهو مبتدأ، وقوله: والمقاتل عطف عليه، وقوله: في العسكر ظرف للاثنين، وقوله:

السبب، وهو المجاوزة[١]، أو شهود الوقعة[٢] على ما عرف[٣]، وكذلك إذا لم يقاتل لمرضٍ، أو لغيره[٤]؛ لما ذكرنا.

وإذا لحقهم المَدَدُ في دار الحرب قبل أن يُخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم[٥] فيها، خلافًا للشافعي بعد انقضاء القتال، وهو بناء على ما مهدنا من الأصل[٦]، وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز[٧]، أو بقسمة الإمام في دار الحرب، أو بيعه المغانم فيها؛ لأن بكل واحد منها[٨] يتم الملك، فينقطع حق شركة المدد[٩].

وقال[١٠]: ولا حق لأهل سوق العسكر[١١] في الغنيمة إلا أن يقاتلوا، وقال الشافعي في أحد قوليه: يسهم لهم؛ لقوله عليه السّلام[١٢]: «الغنيمةُ لمن شهد الوقعة»*، ولأنه وجَدَ الجهادَ معنًى بتكثير السواد[١٣].

سواء خبره، والقياس أن يقال: سواءان، لكن جاء في الاستعمال بالإفراد أيضًا. (ب)

(١١) أي عندنا.

(١) أي مجاوزة الدرب بنية القتال.

(٢) عند الشافعي.

(٣) أي في طريق الخلاف.

(٤) قوله: "أو لغيره" بأن بعثه الإمام إلى حاجة، ولم يحضر الوقعة. (ع)

(٥) قوله: "شاركوهم [وفي بعض النسخ: شاركهم]" أي شارك المدد العسكر في الغنيمة. (ب)

(٦) قوله: "على ما مهدنا من الأصل" وهو أن الملك يثبت بالأخذ عنده، وعندنا السبب هو القهر، وتمام القهر بالإحراز بدار الإسلام، فإذا شارك المدد الجيش في السبب الذي يتم به السبب شاركوهم في تأكد الحق به، كما لو لحقوا بهم حالة القتال، كذا في "المبسوط". (ك)

(٧) أي بدار الإسلام.

(٨) أي من هذه الثلاثة.

(٩) قوله: "فينقطع حق شركة المدد" هذا تصريح بأن الملك يتم بقسمة الإمام في دار الحرب. (د)

(١٠) أي القدوري. (ب)

(١١) لعدم قصدهم الجهاد. (ب)

(١٢) رواه ابن أبي شيبة موقوفًا على عمر، وأما المرفوع فغريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٨، والدراية ج٢، الحديث ٧١٤ ص١٢٠. (نعيم)

ولنا أنه لم توجد المجاوزة[١] على قصد القتال، فانعَدَم السبب الظاهر[٢]، فيعتبر السبب الحقيقى، وهو القتال، فيفيد الاستحقاق على حسب حاله، فارسًا[٣] أو راجلا[٤] عند القتال، وما رواه[٥] موقوف[٦] على عمر[٧]، أو تأويلُه أن يشهدها على قصد القتال[٨].

وإن لم تكن للإمام حمولة[٩] تحمل عليها[١٠] الغنائم، قسَّمها بين الغانمين[١١] قسمةَ إيداع[١٢] ليحملوها إلى دار الإسلام، ثم يرتجعها منهم فيقسمها. قال العبد الضعيف[١٣]: هكذا ذكر فى "المختصر"[١٤]، ولم يشترط رضاهم، وهو رواية "السير الكبير"[١٥]، والجملة[١٦] فى هذا أن

(١٣) أى سواد العسكر.

(١) أى عن حد دار الإسلام.

(٢) وهو مجاوزة الدرب بإرادة القتال. (ب)

(٣) أى راكبًا.

(٤) أى ماشيًا.

(٥) جواب عن حديث الشافعى.

(٦) قوله: "موقوف" فإن قلت: هذا لا يفيد؛ لأن قول الصحابى حجة أيضًا، وأجيب بأن هذا جواب عن تمسك الشافعى بناء على زعمه، فإنه لا يرى تقليد الصحابى حجة، فإن قلت: قد ذكر المصنف الاستدلال بقبول الصحابى من قبل الشافعى فى كتاب الديات وغيره، أجيب بأن للشافعى فى تقليد الصحابى قولين: فى القديم يقلد، وفى الجديد لا، فما ذكره ههنا لا إلزام عليه. (د)

(٧) كذا قال الطبرانى والبيهقى.

(٨) والسوقى لا يقصد القتال، فلا سهم له.

(٩) بفتح الحاء ما يحمل عليه من البقرة والإبل.

(١٠) إلى دار الإسلام.

(١١) أى فى دار الحرب.

(١٢) أى على وجه الوديعة، لا على وجه الملك.

(١٣) أى المصنف.

(١٤) أى القدورى.

(١٥) قوله: "وهو رواية السير الكبير" حيث قال فيه: يكرههم على ذلك لكن بإجارة؛ لأن فيه دفع الضرر العام بالخاص، ولأن منفعته عائدة إليهم، فله أن يفعل ذلك لحقهم. (ب)

الإمام إذا[1] وجد في المغنم[2] حمولةً يحمل[3] الغنائم عليها؛ لأن الحمولة[4]، والمحمول مالُهم، وكذا إذا كان في بيت المال فضلُ حمولة؛ لأنه مال المسلمين[5]، ولو كان للغانمين[6]، أو لبعضهم لا يُجبرهم[7] في رواية "السير الصغير"؛ لأنه ابتداء إجارة، فصار[8] كما إذا نفقت دابته في مفازة[9]، ومع رفيقه فضلُ حمولة، ويجبرهم في رواية "السير الكبير"[10]؛ لأنه دفع الضرر العام[11] بتحميل ضرر خاص.

ولا يجوز بيعُ الغنائم[12] قبل القسمة في دار الحرب؛ لأنه لا ملك قبلها، وفيه[13] خلاف الشافعي، وقد بينا الأصل.

(١٦) أي جملة الكلام في هذا المقام.

(١) شرط.

(٢) أي الغنيمة.

(٣) جزاء.

(٤) فكأنه حمل مالهم على مالهم. (ب)

(٥) فيحمل عليه مالهم.

(٦) أي المحمولة.

(٧) قوله: "لا يجبرهم" لعدم حل الانتفاع بمال الغير إلا لطيب نفسه، فيكون هذا جبراً على الإجارة ابتداء، وهو معنى قوله: لأنه ابتداء إجارة، واحترز به عن الإجارة في حالة البقاء حيث يجبر عليه باتفاق الروايات، كمن آجر سفينة شهراً، فمضت المدة في وسط البحر، فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بغير رضى المالك بأجر المثل، ذكره في "المحيط". (ب)

(٨) في كونه ابتداء إجارة من كل وجه.

(٩) فإنه لا يجبره على الحمل بغير رضاه.

(١٠) قوله: "في رواية السير الكبير" ويستوي في ذلك أن يرضى به أصحاب الحمولة، أو لا، إذا كان بهم غنى عن تلك الحمولة؛ لأنهم بهذا الإباء قصدوا التعنت. (ك)

(١١) فصار كإجارة السفينة في شط البحر بلا فرق.

(١٢) قوله: "ولا يجوز بيع الغنائم" ومع هذا لو باع قبل القسمة صح؛ لأنه مجتهد فيه، ذكره في "شرح الطحاوي"، فعلم بذلك أن المراد بقوله: لا يجوز الكراهة لا نفي ترتب الأحكام، والكراهة أيضًا في ما إذا باع بلا حاجة الغزاة، وإذا باع لدفع حاجتهم ينبغي أن لا تكره؛ لأن الضرورة تستباح المحذور. (ب)

(١٣) قوله: "وفيه" أي في بيع الغنائم قبل القسمة خلاف الشافعي، فعنده يجوز؛ لأن سبب الملك عنده الاستيلاء، وقد بينا الأصل أي أن الملك للغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام لا يثبت عندنا، وعنده يثبت. (ب)

ومن مات من الغانمين فى دار الحرب، فلا حق له فى الغنيمة، ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبُه[١] لورثته؛ لأن الإرثَ يجرى فى الملك، ولا ملك قبل الإحراز[٢]، وإنما الملك بعده، وقال الشافعى: من مات منهم[٣] بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه؛ لقيام الملك فيه عنده، وقد بيناه[٤]. وقال: ولا بأس[٥] بأن يَعلِفَ العسكر[٦] فى دار الحرب، ويأكلوا مما وجدوه من الطعام. قال العبد الضعيف[٧]: أرسل ولم يقيد[٨] بالحاجة، وقد شرطها[٩] فى رواية[١٠]، ولم يشترطها فى الأخرى[١١]. وجه الأولى: أنه مشترك بين الغانمين، فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة، كما فى الثياب[١٢] والدواب. وجه الأخرى: قوله عليه السّلام فى طعام خيبر[١٣]: «كلوها واعلفوها ولا تحملوها»*، ولأن الحكم يُدار

---

(١) من الغنيمة.

(٢) قوله: "ولا ملك قبل الإحراز [بدار الإسلام]" فيه نظر؛ لأنه يناقض قوله فى ما تقدم: إذا بكل منهما يتم الملك، والجواب أنه ترك ذكر القسمة فى دار الحرب ههنا؛ اعتماداً على ما ذكره هناك، أو لأن ذلك بعارض الحاجة، والاعتبار للأمور الأصلية. (ع)

(٣) قوله: "من مات منهم بعد إلخ" هذا إشارة إلى أن الملك عنده يثبت بعد الفراغ عن القتال، وانهزام العدد، ولا يثبت بمجرد الأخذ، فلو مات قبل استقرار الهزيمة ينبغى أن لا يورث عنده. (ملا إله داد)

(٤) أى فى مسألة قسمة الغنيمة فى دار الحرب. (ب)

(٥) قوله: "ولا بأس بأن يعلف" يقال: علف الدابة يعلف من باب ضرب يضرب إذا أطعمها العلف، والعلف بفتح العين واللام: كل ما يأكله الدابة، وبسكون اللام مصدر. (بناية)

(٦) بالرفع فاعل والمفعول محذوف، وهو الدابة. (ب)

(٧) أى المصنف. (ب)

(٨) أى القدورى. (ب)

(٩) أى محمد. (ب)

(١٠) وهى رواية "السير الصغير". (ب)

(١١) وهى رواية "السير الكبير". (ب)

(١٢) قوله: "كما فى الثياب" أى كما لا يباح استعمال الثياب والدواب إلا لحاجة. (ب)

(١٣) رواه البيهقى فى "كتاب المعرفة".

على دليل الحاجة[1]، وهو كونه فى دار الحرب؛ لأن الغازى لا يَسْتَصْحب قوت نفسه، وعَلَف ظهره[2] مدة مقامه فيها، والميرة[3] منقطعة، فبقى على أصل الإباحة للحاجة، بخلاف السّلاح[4]؛ لأنه يستصحبه، فانعدم دليل الحاجة، وقد تمس إليه الحاجة، فيعتبر حقيقتها فيستعمله، ثم يرده فى المغنم إذا استغنى عنه، والدابة[5] مثل السلاح، والطعام[6] كالخبز واللحم، وما يستعمل فيه كالسمن والزيت.

قال[7]: ويستعملوا الحطب -وفى بعض النسخ الطيب[8]- ويدّهنوا[9] بالدهن ويُوقحوا به[10] الدابةَ لمساس الحاجة إلى جميع

---

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٠٩، والدراية ج٢، الحديث ٧١٥ ص١٢١. (نعيم)

(١) يعنى دليل الحاجة موجود، فيدار حكم إباحة الانتفاع إليه، وإن لم يتحقق حقيقة الحاجة.

(٢) أى دابته فلفظ ظهر مستعار لها. (ك)

(٣) بالكسر طعاميكه براى عيال آرند.

(٤) جواب عن قياس الخصم.

(٥) أى يعتبر فيها حقيقة الحاجة.

(٦) أى المراد من الطعام المذكور كالخبر. (ب)

(٧) القدورى.

(٨) قوله: "وفى بعض النسخ الطيب" قيل: وليس بصحيح؛ لأن القدورى نفسه قال فى "شرح مختصر الكرخى": بعدم جواز الانتفاع بالطيب، أما الحطب: فلتعذر انتقاله إلى دار الإسلام جاز استعماله، كما فى العلف. (ع)

(٩) قوله: "ويدهنوا بالدهن" هذا أيضًا لفظ القدورى، والمراد بالدهن المأكول كالزيت؛ لأنه لما صار مأكولا، كان صرفه إلى بدنه كصرفه إلى أكله، وإذا لم يكن مأكولا لا ينتفع به، بل يرده إلى بيت المال، كذا ذكر القدورى فى "شرحه". وفى "المحيط": لو أصابوا سمسمًا، أو زيتًا، أو فاكهةً يابسةً، أو رطبةً، أو سكرًا، أو بصلا، أو غير ذلك من الأشياء التى تؤكل عادة، لا بأس بالتناول منها قبل القسمة، ولا يجوز تناول شىء من الأدوية والطيب، ودهن البنفسج. (ب)

(١٠) قوله: "ويوقحوا إلخ" هذا أيضًا لفظ القدورى، وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا خفى من كثرة المشى، قال الإنزارى: والراء خطأ، ونسخة الإمام حافظ الدين الكبير بخط يده بالراء من الترقيح، وهو المنقول عن المصنف، وقال: هكذا قررناه على المشايخ. وفى "الجمهرة": رقح فلان ترقيحا إذا أصلحه، وقال الكاكى: قال شيخى صاحب "النهاية": ولكن صححه شيخى مولانا حافظ الدين بالراء من الترقيح، وهو الأصح؛ لأنه أعم. قال الإنزارى: رأيت فى نسخة ثقة من نسخ "مختصر الكرخى" مكتوبًا فى تاريخ سنة إحدى وأربع مائة بالواو، كما قال صاحب "المغرب": لا بالراء، انتهى، وكذا رأيت بخط شيخى العلا،

ذلك[١]، ويقاتلوا[٢] بما يجدونه من السلاح كل ذلك[٣] بلا قسمة، وتأويله[٤] إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح، وقد بيناه[٥].

ولا يجوز[٦] أن يبيعوا من ذلك شيئاً[٧]، ولا يتمولونه[٨]؛ لأن البيع يترتب على الملك، ولا ملكَ على ما قدمناه[٩]، وإنما هو إباحة، وصار[١٠] كالمباح له الطعام، وقوله[١١]: ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض؛ لأنه لا ضرورة إلى ذلك[١٢]، فإن باعه أحدهم[١٣] رد الثمن إلى الغنيمة؛ لأنه بدل عين كانت للجماعة[١٤]. وأما الثياب والمتاع: فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجةٍ للاشتراك[١٥] إلا أنه يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب

فهو بالواو أولى. (ب)

(١) إشارة إلى ما ذكره من قوله: الطعام كالخبز إلى هنا.

(٢) هذا لفظ القدورى معطوف على قوله: أن يعلف العسكر. (ب)

(٣) قوله: "كل ذلك" أى كل ما قلنا: من علف الدواب، وأكل طعام الغنيمة، واستعمال الحطب، والادهان، والقتال بسلاح الغنيمة. (ب)

(٤) قوله: "وتأويله" إنما احتاج إلى هذا التأويل؛ لأنه إذا احتاج الغازى إلى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز. (عناية)

(٥) إشارة إلى قوله: بخلاف السلاح، فإنه يستصحبه.

(٦) هذا أيضاً لفظ القدورى. (ب)

(٧) أى بالذهب والفضة.

(٨) قوله: "ولا يتمولونه" قال الإنزارى: معطوف على قوله: لايجوز، لا على قوله: أن يبيعوا؛ لأن ذلك عكس الغرض. (ب)

(٩) يعنى لا ملك قبل الإحراز. (عناية)

(١٠) قوله: "وصار" يعنى كما أباح طعامه لغيره لا يجوز له أن يبيع ويتمول. (ب)

(١١) أى القدورى. (ب)

(١٢) أى إلى البيع بشيء من هذه الأشياء.

(١٣) أي أحد الغانمين.

(١٤) فإن المبيع كان مشتركاً بين الغانمين.

(١٥) أى لأجل اشتراك الغانمين فيها. (ب)

والمتاع؛ لأن المحرّم يستباح للضرورة[١]، فالمكروه[٢] أولى، وهذا لأن حق المدد[٣] محتمل، وحاجة هؤلاء[٤] متيقن بها، فكان أولى بالرعاية[٥]، ولم يذكر القسمة في السلاح. ولا فرق[٦] في الحقيقة، فإنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين[٧]، فإن احتاج الكل يقسم[٨] في الفصلين، بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لا يقسم؛ لأن الحاجة إليه في فضول الحوائج[٩]. قال[١٠]: ومن أسلم منهم[١١] معناه في دار الحرب[١٢] أحرز بإسلامه نفسه؛ لأن الإسلام ينافي ابتداء الاسترقاق[١٣]،

(١) ومن ثم قالوا: "الضرورات تبيح المحذورات".

(٢) وهو استعمال الثياب والانتفاع.

(٣) قوله: "وهذا لأن إلخ" جواب سؤال مقدر بأن يقال: كيف جازت القسمة، وفيها قطع حق الغير، وهو المدد؛ لأن المدد إذا لحقهم شركهم. (ب)

(٤) أي الحاضرين في الجهاد.

(٥) لأنه لا اعتبار للمحتمل.

(٦) بين السلاح، وبين الثياب إذا احتاجوا إليه. (ب)

(٧) أي الثياب والسلاح. (ك)

(٨) أي جمع الغزاة. (ب)

(٩) وهو الوطئ لا من أصولها.

(١٠) أي القدوري. (ب)

(١١) أي الكفار.

(١٢) قوله: "معناه في دار الحرب" إنما قيد بهذا؛ لأنه لو هاجر الحربي إلى دار الإسلام، وأسلم لا يصير ماله وأولاده في دار الحرب محرزين بإسلامه.

وذكر في "الفوائد الظهيرية": ههنا أربع مسائل: أحدها: إذا أسلم في دار الحرب، ولم يخرج حتى ظهر المسلمون، فالحكم فيها ما ذكر أنه لا يغنم نفسه، وأولاده الصغار. والثانية: الحربي إذا دخل دارنا بأمان، فأسلم، ثم ظهر المسلمون على داره، فأهله، وماله، وجميع ما خلفه في دار الحرب من أولاده الصغار فيء.

والثالثة: إذا أسلم الحربي في دار الحرب، ثم دخل دار الإسلام، ثم ظهروا على داره، فجميع ماله هناك فيء إلا أولاده الصغار. والرابعة: إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، واشترى منهم أموالا، وله أولاد، واستصحبهم مع نفسه في دار الحرب، ثم ظهروا على داره. فالجواب فيه على نحو ما ذكرنا في الأولى إلا في فصلين: أحدهما: أن أولاده الكبار لا يصيرون فيئًا؛ لأنهم مسلمون. والثاني: أن ما كان وديعة له عند حربي لا يصير فيئًا على رواية أبي سليمان، وعلى رواية أبي حفص يصير فيئًا. (كفاية)

وأولادَه الصغار[(١)]؛ لأنهم مسلمون بإسلامه[(٢)] تبعًا، وكل[(٣)] مال هو فى يده؛ لقوله عليه السّلام[(٤)]: «من أسلم على مال فهو له»*، ولأنه سبقت يدُه الحقيقة إليه يدَ الظاهرين غلبةً أو وديعةً[(٥)] فى يد مسلم أو ذمى؛ لأنه فى يد صحيحة[(٦)] محترمة[(٧)]، ويده[(٨)] كيده[(٩)].

فإنْ ظهرنا[(١٠)] على دار الحرب، فعقاره فىء[(١١)]، وقال الشافعى[(١٢)]: هو له؛ لأنه فى يده، فصار كالمنقول[(١٣)].

(١٣) قوله: "ابتداء الاسترقاق" احترز به عن الاسترقاق بقاء؛ لأن الإسلام لا ينافيه، وهذا لأن الرق جزاء الكفر الأصلى، فإنهم لما استنكفوا أن يكونوا عبيد الله جازاهم بأن يكونوا عبيد عبيده، بخلاف الرق من الابتداء، فإنه صار من الأمور الحكمية. (ب)

(١) عطف على قوله: نفسه، احترز به عن الكبار.

(٢) أى بإسلام مسلم.

(٣) بالنصب.

(٤) قلت: رواه أبو يعلى الموصلى. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٠، والدراية ج٢، الحديث ٧١٦ ص١٢٠. (نعيم)

(٥) قوله: "أو وديعة" بالرفع عطف على قوله: هو، فإن قلت: العطف على المبتدأ يقتضى الشركة فى الخبر، ولا شركة ههنا. قلت: يمكن أن يكون من باب عطف الشيئين على معمولين نحو زيد قاعد، وعمرو قائم، وروى بالنصب عطف على وكل مال، ويجوز أن يرفع عطفًا على قوله: فى يديه أى كل مال هو وديعة فى يد مسلم، أو ذمى. (د)

(٦) احتراز عن يد الغاصب.

(٧) احتراز عن يد الحربى.

(٨) أى يد المودع.

(٩) قوله: "كيده [أى كيد المالك]" لأنهما نائبان فى الحفظ، وعاملان له، فإن كانت وديعة عند حربى، يصير فيئًا على رواية أبى حفص، وعلى رواية أبى سليمان لا يكون فيئًا. (ب)

(١٠) بهذا يظهر الفرق بين العقار وبين المنقول.

(١١) قوله: "فعقاره فىء" هكذا ذكره، وفى "شرح الجامع الصغير": ولم يذكروا فيه خلافًا بين أصحابنا، وليس فى الأصل أيضًا ذكر الخلاف إلا أن الفقيه أبا الليث قال فى "شرح الجامع الصغير"، قال أبو يوسف فى "الأمالى": لا يصير فيئًا، وهو قول الشافعى. (ب)

(١٢) وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(١٣) حيث يكون له بلا خلاف.

ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها؛ إذ هو من جملة دار الحرب، فلم يكن في يده[١] حقيقة، وقيل: هذا[٢] قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، وفي قول محمد، وهو قول أبي يوسف الأول هو كغيره من الأموال بناء[٣] على أن اليد حقيقةً لا يثبت على العقار عندهما، وعند محمد يثبت، وزوجته فيء؛ لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام[٤]. وكذا حملها فيء خلافًا للشافعي هو يقول: إنه مسلم تبعًا[٥] كالمنفصل[٦]، ولنا[٧] أنه جزءها فيرق برقها، والمسلم[٨] محل للتملك تبعًا لغيره، بخلاف المنفصل[٩]؛ لأنه حر؛ لانعدام الجزئية عند ذلك[١٠]، وأولاده الكبار فيء؛ لأنهم كفار حربيون ولا تبعية[١١].

ومن قاتل من عبيده[١٢] فيء؛ لأنه لما تمرّد على مولاه خرج من يده[١٣]،

---

(١) وإذا كان كذلك، فيغلب عليه يد الظاهرين.

(٢) أي قول القدوري: فعقاره فيء.

(٣) قوله: "بناء إلخ" فإن قلت: اليد الحقيقية، وإن كانت لا يثبت على العقار، فقد يثبت الحكمية، واليد الحكمية للمالك سبقت اليد الحكمية للغانمين، فينبغي أن يرجح بالسبق، أجيب بأن اليد الحكمية للمالك من وجه، ولأهل الدار من وجه، فلا يعتبر بها. (ب)

(٤) قوله: "لا تتبعه [أي زوجها] في الإسلام" ألا ترى إلى أن المسلم يتزوج الكتابية، فتبقى كتابية، ولا تصير مسلمة؛ تبعا له. (عناية)

(٥) أي بتبعية أبيه.

(٦) أي كالمولود فإنه لا يتبع الأم، بل أبيه.

(٧) قوله: "ولنا" يعني الولد جزء للأم، وهي قد صارت بجميع أجزاءها فيئًا، ألا يرى أنه لا يجوز أن يستثنى الجنين في إعتاق الأم بحال، فكذا في الاسترقاق لا يصير مستثنيا بعد ما ثبت الرق في الأم. (د)

(٨) قوله: "والمسلم" جواب عن قول الشافعي: إنه مسلم تبعا، تقريره أنه وإن كان مسلمًا تبعًا لكن المسلم محل للتملك، كما إذا تزوج المسلم أمة الغير، فيكون الولد رقيقًا بتبعية الأم، وإن كان مسلمًا بإسلام أبيه. (ب)

(٩) قوله: "بخلاف المنفصل" جواب عن قول الشافعي: كالمنفصل. (ب)

(١٠) أي عند الانفصال.

(١١) لأن الكبير لا يتبع أبيه في الإسلام.

(١٢) أي من عبيد الذمي الذي أسلم. (ب)

فصار تبعًا[١] لأهل دارهم[٢]، وما كان من ماله في يد حربي، فهو فيء، غصبًا كان أو وديعة؛ لأن يده ليست بمحترمة[٣]، وما كان غصبًا في يد مسلم، أو ذمي، فهو فيء عند أبي حنيفة، وقال محمد[٤]: لا يكون فيئًا.

قال العبد الضعيف رحمه الله[٥]: كذا ذكر محمد الاختلاف[٦] في "السير الكبير"[٧]، وذكروا في "شرح الجامع الصغير" قول أبي يوسف مع قول محمد. لهما أن المال تابع للنفس[٨]، وقد صارت معصومةً بالإسلام، فيتبعها مالُه فيها[٩]، وله أنه مال مباح[١٠]، فيملك بالاستيلاء، والنفس[١١]

(١٣) فصار كالواقع في قارعة الطريق. (إله داد)

(١) فصار كالواقع في قارعة الطريق. (إله داد)

(٢) أي أهل الحرب.

(٣) فصار كالواقع في قارعة الطريق.

(٤) قوله: "وقال محمد: إلخ" في بعض النسخ، وقالا: لا يكون فيئًا، كذا ذكره إلخ، وهو ليس بصحيح؛ لأنه ليس بمذكور في "السير الكبير" بلفظ قالا، بل ليس لأبي يوسف فيه ذكر، وفي بعضها وقع هكذا. وذكر قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة، وهو أيضًا ليس بصحيح؛ لأن المذكور في "شرح الجامع الصغير" قوله مع قول محمد. وفي بعضها وقع هكذا، فهو فيء عند أبي حنيفة، وقال محمد: لا يكون فيئًا إلخ، وهذا هو الصحيح المطابق لرواية "السير الكبير" و "شرح الجامع الصغير". (ع)

(٥) أي المصنف.

(٦) بين أبي حنيفة ونفسه.

(٧) وسكت من ذكر أبي يوسف.

(٨) لكونه وقاية لها. (ع)

(٩) أي العصمة.

(١٠) قوله: "مال مباح" يعني المال الذي غصبه المسلم، أو الذمي من الحربي الذي أسلم مال مباح، وليس بمعصوم لعدم الإحراز. أما حقيقة: فظاهر، وأما حكمًا: فلأنه ليس في يد نائبه؛ لكونه في يد الغاصب، وهو ليس بنائب، بخلاف المودع، وكل مال مباح يملك بالاستيلاء. (ع)

(١١) قوله: "والنفس [جواب عن قولهما: إن المال تابع للنفس. ب] إلخ" تقريره أنا لا نسلم أن النفس ليس صارت معصومة بالإسلام. ألا ترى أن النفس ليس بمتقومة؛ لأن العصمة المتقومة لا يثبت إلا بدار الإسلام، ولهذا إذا قتله مسلم عمدًا، أو خطأ لا يجب القصاص، ولا الدية عندنا، خلافًا للشافعي، ولكنها معصومة بالعصمة إليه أشار بقوله: إلا أنه وهو في الحقيقة جواب عما يقال: لو لم يكن معصومة لما كان يحرم التعرض كالحربي، وليس كذلك. (ب)

لم تصر معصومةً بالإسلام. ألا ترى أنها ليست بمتقومة إلا أنه محرم التعرض فى الأصل[١]؛ لكونه مكلفًا[٢]، وإباحةُ التعرض بعارض شره، وقد اندفع بالإسلام، بخلاف المال[٣]؛ لأنه خلق عرضة للامتهان[٤]، فكان محلا للتملك[٥]، وليست فى يده[٦] حكمًا، فلم تثبت العصمة.

وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يَعلفوا من الغنيمة، ويأكلوا منها؛ لأن الضرورة قد ارتفعت، والإباحة باعتبارها، ولأن الحق[٧] قد تأكد حتى[٨] يورث نصيبه[٩]، ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام[١٠]، ومن فضل معه علف، أو طعام، رده إلى الغنيمة معناه[١١] إذا لم تقسم، وعن الشافعى مثل قولنا، وعنه أنه لا يرد اعتبارًا[١٢] بالمتلصّص. ولنا: أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت[١٣]، بخلاف[١٤] المتلصّص؛ لأنه كان أحقّ به قبل الإحراز، فكذا بعده، وبعد

(١) يعنى فى نفس الأمر.

(٢) قوله: "لكونه مكلفًا" أى لكون الآدمى مخلوقًا للتكليف، ولا يتمكن من إقامته إلا ببقاءها، ولا بقاء إلا بالعصمة. (ب)

(٣) إيضاح للفرق بين النفس والمال.

(٤) أى الابتذال.

(٥) فالمقتضى موجود، والمانع هو كونه فى يده حقيقة، أو حكمًا مندفع.

(٦) بل فى يد الغاصب.

(٧) أى حق المسلمين.

(٨) بالخروج من دار الحرب.

(٩) إذا مات فى هذه الحالة، كما مر.

(١٠) فإن هناك ضرورة.

(١١) أى معنى قول القدورى.

(١٢) قوله: "اعتبارًا إلخ" فإنه إذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب بغير إذن الإمام، فأخذوا شيئًا، فهو لهم، ولا يخمس؛ لأنه ليس بغنيمة؛ إذ الغنيمة ما يؤخذ قهرًا بإذن الإمام، بل هو مباح سبقت يدهم إليه. (ع)

(١٣) الضرورة.

(١٤) يعنى قياسه عليه غير صحيح لوجود الفارق. (ب)

ج4 17 B

القسمة[١] تصدقوا به إن كانوا أغنياء، انتفعوا به إن كانوا محاويج؛ لأنه صار في حكم اللقطة؛ لتعذر الرد[٢] على الغانمين، وإن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم، إن كان لم يقسم، وإن قسمت الغنيمة، فالغني يتصدق بقيمته، والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل[٣]، فأخذ حكمه[٤].

فصل[٥] في كيفية القسمة

قال: ويقسم الإمام الغنيمة، فيخرج خمسها؛ لقوله تعالى: ﴿فإنّ لله[٦] خمسه وللرسول﴾ استثنى الخمس[٧]. ويقسم أربعة الأخماس بين الغانمين[٨]؛ لأنه عليه السّلام قسّمها بين الغانمين[٩]*، ثم

(١) قوله: "وبعد القسمة [ابتداء المسألة مستقلة. ب]" يعني إذا جاءوا بما فضل من علف، أو طعام بعد قسمة الإمام الغنيمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء، وانتفعوا به إن كانوا محاويج أي محتاجين، كذا في "المغرب" يقال: حاج يحوج حوجًا، والحوجاء والحاجة بمعنى واحد، وحوائج جمع حائجة، كذا نقل ابن دريد عن الإصمعي، ولم يذكر المحاويج، ولعله جمع محوج اسم فاعل بإشباع الياء. (ب)

(٢) لتفرقهم.

(٣) فكما يجوز للفقير الانتفاع بعين الشيء على ما مر آنفا، كذلك يجوز له الانتفاع بقيمته أيضًا.

(٤) أي المذكور وهو القيمة.

(٥) قوله: "فصل" لما ذكر أحكام الغنائم، فلا بد من ذكر كيفية قمستها. (ع)

(٦) قوله: "فإن لله" قال الله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾ الآية.

(٧) قوله: "استثنى الخمس [استعار الاستثناء للإخراج؛ لأنه ليس في اللفظ الاستثناء. ب]" أي استثنى الله تعالى الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه، وأخرجه عنه-فالاستثناء ههنا بمعنى الإخراج يقال: استثنيت الشيء أي زويته لنفسي، فهذا يرجع إلى قول الله تعالى، لا إلى قسمة الإمام، بل الخمس داخل في قسمته، إذ حاصل بيان قسمتها أن يعطى خمسها لليتامى والمساكين وابن السبيل على ما يأتي. (ف)

(٨) قوله: "بين الغانمين" بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب: فلأن الله تعالى قال: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه﴾ أضاف الغنيمة إلى الغانمين، وهم الغزاة، ثم قال: ﴿فإن لله خمسه﴾، فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس بين الغانمين، وقد عرف ذلك في أصول الفقه. وأما السنة: فلأن النبي ﷺ قسمها بين الغانمين، ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالإجماع، فيقسم بينهم أيضًا إيصالا للحق إلى المستحق. (عناية)

(٩) قوله: "قسمها بين الغانمين" أخرجه الطبراني عن ابن عباس قال: كان رسول الله بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة، فضرب ذلك الخمس في خمسه، ثم قرأ ﴿واعلموا﴾ الآية، فجعل سهم الله وسهم الرسول

للفارس[١] سهمان، وللراجل[٢] سهم عند أبي حنيفة[٣].

وقالا: للفارس ثلاثة أسْهُم[٤]، وهو قول الشافعي؛ لما روى[٥] ابن عمر: «أن النبي عليه السلام أسْهم[٦] للفارس ثلاثة أسْهُم[٧] وللراجل[٨] سهمًا»*، ولأن الاستحقاق بالغناء[٩]، وغناءه على ثلاثة أمثال الراجل؛ لأنه للكرّ والفر[١٠] والثبات، والراجل للثبات[١١] لا غير.

ولأبي حنيفة: ما روى ابن عباس[١٢]: «أن النبي ﷺ أعطى الفارسَ

واحدًا، ولذى القربى سهمًا، ثم جعل هذين السهمين قوة فى الخيل والسلاح، وجعل سهم اليتامى والمساكين وابن السبيل لا يعطيه غيرهم، ثم جعل أربعة أخماس للغانمين: للفرس سهمان، ولراكبه سهم، وللراجل سهم. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٢، والدراية ج٢، الحديث ٧١٧ص١٢٢. (نعيم)

(١) قوله: "للفارس" فيه إشارة إلى أن صاحب النعال والراجل سواء فى ذلك، وذلك لأن القياس يأبى استحقاق شيء من الغنيمة، بسبب الفرس؛ لأنه آلة الفارس وبسائر الآلات لا يستحق شيئًا من الغنيمة، فكذا بهذه الآلة إلا أنا تركناه بسبب الأثر، ولا نص فى ما سوى الفارس، كذا قال مولانا إله داد الجونفورى فى "شرح الهداية"، وأما حديث المتنعل راكب: فليس المراد به أنه راكب فى الأحكام. (من غاية المقال فيما يتعلق بالنعال للمولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٢) أى الذى يمشي على رجليه.

(٣) وبه قال زفر.

(٤) بفتح الأول وسكون الثانى وضم الثالث.

(٥) أخرجه الجماعة إلا النسائى.

(٦) ماض من الإسهام.

(٧) جمع سهم.

(٨) پياده پا.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٣، والدراية ج٢، الحديث ٧١٨ص١٢٢. (نعيم)

(٩) قوله: "بالغناء" بالفتح والمد الأجزاء والكفاية، والكر الحملة، والفر بمعنى الفرار. (ع)

(١٠) قوله: "والفر" الكر بالفتح والتشديد: الرجوع، والفر بالفتح والتشديد: الفرار، فإن قلت: كيف يوصف بالفر الفارس، وهو غير محمود. قلت: الفر فى موضعه محمود كى لا يرتكب النهى المذكور فى قوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾. (ب)

(١١) أى فى الحرب.

(١٢) قوله: "ما روى ابن عباس" قلت: هذا غريب من حديثه، وفى الباب أحاديث: منها: حديث مجمع ابن حارثة أخرجه أبو داود قال: "شهدنا الحديبية، فخرجنا مع الناس فوجدنا رسول الله ﷺ واقفا على راحلته، فلما

سهمين والراجل سهمًا»*، فتعارض فعلاه(٢)، فيرجع إلى قوله(٣)، وقد قال عليه السّلام(٤): «للفارس سهمان وللراجل سهم»** كيف(٥)؟ وقد روى عن ابن عمر: «أن النبى عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهمًا»***، وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره(٦)، ولأن الكرّ والفر(٧) من جنس واحد(٨)، فيكون غناءه مثلى غناء

اجتمع عليه الناس قرأ: ﴿إنا فتحنا لك فتحًا مبينًا﴾، فقال رجل: أفتح هو؟ قال: نعم، والذى نفس محمد بيده إنه فتح فقسمت خيبر على أهل الحديبية، فقسمها رسول الله ﷺ على ثمانية عشر سهمًا، وكان الجيش ألفا وخمس مائة، فيهم ثلاث مائة فارس فأعطى الفارس سهمين، وأعطى الراجل سهمًا".

قال أبو داود: "وهذا وهم، إنما كانوا مائتى فارس، فأعطى الفارس سهمين ولصاحبه سهمًا"، والصحيح حديث ابن عمر، وأخرج الواقدى فى المغازى عن الزبير بن العوام قال: شهدت بنى قريظة فضرب لى بسهم، ولفرسى بسهم، وروى ابن مردويه فى تفسيره عن عائشة قالت: أصاب رسول الله ﷺ سبايا بنى المصطلق، فأخرج الخمس منها ثم قسم بين المسلمين، فأخرج للفارس سهمين، وللراجل سهمًا. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٦، والدراية ج٢، الحديث ٧١٩ص١٢٣. (نعيم)

(٢) قوله: "فتعارض فعلاه" اعترض عليه بأنه كيف يتحقق المعارضة، وليس لحديث ابن عباس أثر فى كتب الحديث، كذا قال العينى، ويدفع بأن روايات فعله موجود فى رواية ابن مردويه والواقدى وغيرهما، وإن كانت من غير طريق ابن عباس، فإن قلت: كيف يصح التعارض، وحديث ابن عمر موجود فى "صحيح البخارى"، فله الترجيح. قلت: ذكر ابن الهمام فى مواضع من "فتح القدير" أن كون الحديث فى كتاب البخارى أصح من حديث آخر فى غيره مع كون رجاله رجال الصحيح، أو رجال روى عنهم البخارى تحكم محض مع أن الجمع حتى الوسع أولى من إبطال الحديث، وهو بأن يحمل رواية ابن عمر فى التنفيل.

وبعد اللتيا والتى أقول: فلا يخفى على من طالع "تخريج الزيلعى" و "فتح القدير" وغيره أن روايات السهمين للفارس ضعيفة من حيث السند، وروايات الأسهم له قوية مع كثرتها جدا، ولذلك مال ابن الهمام فى هذه المسألة إلى قولهما، والله أعلم. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٣) قوله: "فيرجع إلى قوله" طريقة استدلاله مخالف لقواعد الأصول، فإن الأصل أن الدليلين إذا تعارضا، وتعذر التوفيق، يصار إلى ما بعده، لا إلى ما قبله، والقول أقوى من الفعل بالاتفاق. (ع)

(٤) غريب جداً، وأخطأ من عزاه لابن أبى شيبة. (ن)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٠ص١٢٣. (نعيم)

(٥) قوله: "كيف" وقد روى أى كيف يحتج لأبى يوسف ومحمد برواية ابن عمر، والحال أنه قد روى عنه أيضًا: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قسم للفارس سهمين»، رواه ابن أبى شيبة. وقال أبو بكر النيسابورى: هذا عندى وهم عند ابن أبى شيبة، فإن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن ابن بشر وغيرهم رووه عن ابن نمير عن عبيد الله عن نافع عنه خلاف ذلك يعنى أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم. (ب)

*** راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٢١ص١٢٣. (نعيم)

(٦) قوله: "ترجح رواية غيره" قال الإنزارى: أى سلم رواية ابن عباس عن المعارضة، وقال صاحب

الراجل، فيفضل عليه بسهم[١]، ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة؛ لتعذر معرفته[٢]، فيدار الحكم على سببٍ ظاهر[٣]، وللفارس سببان: النفس والفرس، وللراجل: سببٌ واحد، فكان استحقاقه على ضعفه، ولا يسهم[٤] إلا لفرس واحد. وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين؛ لما روى[٥] أن النبي عليه السّلام أسْهم لفرسين*، ولأن الواحد قد يعى[٦]، فيحتاج إلى الآخر.

ولهما: أن البراء بن أوس قاد فرسين[٧]، ولم يسهم رسول الله عليه السلام إلا لفرس واحد**، ولأن القتال[٨] لا يتحقق بفرسين دفعة

"النهاية": قوله: روايتاه أي روايتا ابن عمر، وهي رواية الجماعة على وفق مذهبنا، ورواية أبي حنيفة على وفق مذهبه، وقوله: ترجح أي ترجح رواية غيره، وهو ابن عباس.

قلت: لا معارضة أصلاً في روايتي ابن عمر؛ لأن الصحيح في روايته هو السابقة التي فيها ثلاثة أسهم للفارس، وكيف يقول صاحب "النهاية" ومن تبعه من الشراح؟ إن رواية ابن عباس سلم من المعارضة، والحال أنه لم يصح كما ذكرنا، وهذا كله من آفة التقليد، وعدم رجوعهم إلى مدارك الحديث. (ب)

(٧) جواب عن دليلهما العقلي.

(٨) لأن الفر إنما يكون للكر لا لذاته؛ لأنه غير مستحسن.

(١) قوله: "فيفضل عليه بسهم" لأن سبب الغناء في الفارس نفسه وفرسه، فيعطى سهمين، وفي الراجل نفسه، فيعطى سهماً واحداً، وفيه تأمل؛ لأن الرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية. (ب)

(٢) قوله: "لتعذر معرفته" أي لتعذر معرفته قدر الزيادة؛ لأن تلك إنما تظهر عند المسابقة والمقاتلة عند التقاء الصفين، وكل منهم مشغول بشأنه في ذلك الوقت. (ك)

(٣) وهو مجرد كونه فارساً، وكونه راجلا، إليه أشار في "الأسرار". (ب)

(٤) قوله: "ولا يسهم [هذا لفظ القدوري. ب]" أي إذا دخل دار الحرب بفرسين، أو أكثر لا يسهم إلا لفرس واحد، وهو قول مالك والشافعي، وقال أبو يوسف: وهو قول أحمد: يسهم بفرسين. (ف)

(٥) قوله: "لما روى" قلت: أخرجه الدارقطني في "سننه" عن بشر بن عمرو بن محصن قال: «أسهم رسول الله لفرسي أربعة أسهم ولي سهماً»، وروى عبد الرزاق عن الزبير: "أنه حضر خيبر بفرسين، فأعطاه خمسة أسهم". (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٢ ص١٢٤. (نعيم)

(٦) مانده مى شود أي يتعب. (ب)

(٧) قلت: غريب، بل جاء عنه عكسه، كما ذكر ابن مندة في "معرفة الصحابة" في ترجمته. (ب)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٣ ص١٢٤. (نعيم)

واحدةً، فلا يكون السبب الظاهر(١) مفضيًا إلى القتال عليهما، فيسهم لواحد، و(٢) لهذا(٣) لا يسهم(٤) لثلاثة أفراس، ومارواه(٥) محمول على التنفيل، كما أعطى سَلَمة بن الأكوع سهمين(٦)، وهو(٧) راجل*.

والبراذين(٨) والعِتَاق(٩) سواء؛ لأن الإرهاب(١٠) مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب(١١)، قال الله تعالى(١٢): ﴿ومن رباطِ الخيل تُرْهِبُوْنَ به عدوّ الله وعدوّكم﴾، واسم الخيل يطلق على البَراذين، والعِتاق والهجين(١٣)،

---

(٨) قوله: "ولأن القتال إلخ" حاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله عليه الصلاة والسلام، والرجوع إلى ما بعدهما، وهو القياس بقوله: ولأن القتال إلخ. (عناية)

(١) وهو مجاوزة الدرب. (عناية)

(٢) الواو حالية.

(٣) أي لعدم كون السبب الظاهر مفضيًا إلى القتال.

(٤) بالإجماع. (ب)

(٥) قوله: "وما رواه [جواب عن حديث أبي يوسف ومحمد]" قال الأكمل في "العناية": هذا استظهار في تقوية الدليل؛ لأن ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج إلى جواب عنه، أو تأويل له –انتهى–.

قلت: قد ذكرنا أنه ما تمت هناك معارضة، فمن أين يأتي الاستظهار في قوة الدليل؟ (ب)

(٦) قلت: أخرجه مسلم في قصة الحديبية. (ت)

(٧) الواو حالية.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤١٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٤ ص١٢٥. (نعيم)

(٨) قوله: "والبراذين [هذا لفظ القدوري]" جمع برذون بالكسر، وهي خيل العجم، قال في "مجمل اللغة": برذن الرجل إذا أثقل، واشتقاق البرذون منه، والعتاق بكسر العين وتخفيف التاء المثناة الفوقية جمع عتيق أي كريم، والعتاق كرام الخيل العربي. قال الإمام الإسبيجابي في "شرح الطحاوي": ويستوي الفرس العربي والنجيب، والبرذون وغيرها مما يقع عليه اسم الفرس، وأما من كان له جمل، أو حمار، أو بغل، فهو والراجل سواء. (ب)

(٩) قوله: "سواء" أي في القسمة، فلا يفضل أحدهما على الآخر، وقيل: إنما ذكر هذا؛ لأن من أهل الشام من يقول: لا سهم للبراذين، ورووا فيه حديثًا شاذًا. (ف)

(١٠) أي المذكور في الآية.

(١١) قوله: "في الكتاب" قال الله تعالى: ﴿وأعدوا لهم [أي للكفار] ما استطعتم من قوة﴾ أي من الآلات التي تكون لكم قوة عليهم من الخيل والسلاح، ومن رباط الخيل أي ربطها، واقتناءها للغزو ترهبون به أي تخوفون به عدو الله وعدوكم. (معالم التنزيل)

(١٢) في سورة أنفال.

(١٣) قوله "والهجين" هوما يكون أبوه من البراذين، وأمه عربية، والمقرف ما يكون أبوه عربيًا، وأمه برذونة. (ف)

والمقرف إطلاقًا واحدًا[(١)] ، ولأن العربى إن كان فى الطلب، والهرب أقوى، فالبرذون أصبر وألين عطفًا[(٢)] ، ففى كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا . ومن دخل دار الحرب فارسًا[(٣)] ، فنفق[(٤)] فرسه[(٥)] استحق سهم الفرسان، ومن دخل راجلا، فاشترى فرسًا[(٦)] استحق سهم راجل، وجواب الشافعى على عكسه فى الفصلين[(٧)] ، وهكذا[(٨)] روى ابن المبارك عن أبى حنيفة فى الفصل الثانى[(٩)] أنه يستحق سهم الفرسان.

والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة[(١٠)] ، وعنده حال انقضاء الحرب[(١١)] ، له أن السبب[(١٢)] هو القهر والقتال، فيعتبر حال الشخص عنده[(١٣)] ، والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت[(١٤)] ، وتعليق

(١) قوله: "إطلاقًا واحدًا" وفى كل منها خصوصية ليست فى الآخر، فالعتيق إن فضل بجودة الفر والكر، فالبرذون يفضل بزيادة على قوة الحمل والصبر ولين العطف. (فتح القدير)

(٢) قوله: "ألين عطفًا [بالكسر والفتح أى انعطافًا. ب]" كونه ألين فى الانعطاف ممنوع؛ لأنها دائرة مع التعليم، والعربى أقبل الأدب من العجمى. (فتح القدير)

(٣) قوله: "ومن دخل دار الحرب إلخ" هذا بيان وقت إقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم، وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا. (عناية)

(٤) أى هلك. (ن)

(٥) قوله: "فرسه" رجل جاوز الدرب بفرس مغصوب، أو مستعار، أو مستأجر، ثم استرده المالك، فشهد الواقعة راجلا، فيه روايتان: فى رواية له سهم فارس، وفى رواية: سهم راجل، ومقتضى كونه جاوز الدرب لقصد القتال عليه ترجح الأولى. (ف)

(٦) قوله: "فاشترى فرسًا" وكذا إذا وهب له، أو ورث، أو استعار، أو استأجر. (ب)

(٧) قوله: "فى الفصلين" يعنى لا يعتبر عنده دخوله فى دار الحرب فارسًا، ولا دخوله راجلا، بل المعتبر عنده كونه فارسًا أو راجلا عند شهود الوقعة. (ب)

(٨) أى مثل جواب الشافعى.

(٩) قوله: "فى الفصل الثانى" وهو ما إذا دخل فى دار الحرب راجلا، ثم اشترى فارسًا، وقاتل فارسًا. (ك)

(١٠) قوله: "حالة المجاوزة" الدرب، وإنما أطلقه لشهرة المسألة بين الفقهاء، وقال الخليل: الدرب الواسع على السكة، وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب، والمراد ههنا الحد الذي بين دار الحرب ودار الإسلام. (ب)

(١١) قوله: "حال انقضاء الحرب" أى تمامها، وهذه رواية عنه، والظاهر من مذهبه أنه يعتبر مجرد شهود الوقعة، وكان المصنف أشار بقوله: حال انقضاء الحرب إلى أحد الروايتين، وأشار بالدليل إلى الأخرى. (ع)

(١٢) أى سبب استحقاق الغنيمة.

(١٣) إشارة إلى حال شهود الوقعة.

الأحكام[١] بالقتال يدل[٢] على إمكان الوقوف عليه، ولو تعذر[٣] أو تعسر يعلق بشهود الواقعة؛ لأنه أقرب إلى القتال[٤].

ولنا أن المجاوزةَ نَفسها قتال[٥]؛ لأنه[٦] يلحقهم الخوف بها، والحال بعدها حالة الدوام[٧]، ولا معتبر بها[٨]، ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر[٩]، وكذا على شهود الوقعة؛ لأنه حال التقاء الصفين، فتقام المجاوزة مقامه[١٠]؛ إذ هو السبب المفضى إليه ظاهرًا، إذا كان على قصد القتال[١١]، فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة، فارسًا كان أو راجلا، ولو

---

(١٤) قوله: "كالخروج من البيت" أى لقصد القتال إلى دار الحرب، فإنه وسيلة إلى السبب، وحال الغازى عند ذلك لا يعتبر بالاتفاق، وكذا عند المجاوزة. (ف)

(١) قوله: "تعليق الأحكام [مبتدأ]" هذا جواب بطريق المنع؛ لما يقال من جهة أصحابنا: إن القتال أمر خفى لا يوقف عليه، فيقام السبب الظاهر مقام القتال، وهو المجاوزة، وتقريره لا نسلم أنه لا يوقف عليه، وكيف لا؟ وتعليق الأحكام كإعطاء الرضخ للصبى إذا قاتل، وكذلك المرأة، والعبد يدل على إمكان الوقوف عليه، فلو لم يوقف عليه لم يتعلق به حكم. (ب)

(٢) خبر.

(٣) قوله: "ولو تعذر" هذا جواب بطريق التسليم يعنى سلمنا أن الوقوف على القتال متعذر، أو متعسر، كما قلتم: بأن يكون فى الليل، أو المطر، فح يتعلق الأحكام بشهود الوقعة، لا بالمجاوزة. (ب)

(٤) أى من المجاوزة. (ف)

(٥) قوله: "قتال" لأن القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف، ومجاوزة الدرب قهرًا وشوكةً يحصل لهم الخوف، فكان قتالا، وإذا وجد أصل القتال فارسًا لم يتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك؛ لأن ذلك آلة دوام القتال، ولا معتبر بها؛ لأنه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال؛ لأن الفارس لا يمكنه أن يقاتل فارسًا واحدًا دائمًا، فإنه لا بد له أن ينزل فى بعض المضائق. (عناية)

(٦) ضمير شأن.

(٧) أى دوام القتال.

(٨) قوله: "ولا معتبر بها بدليل أنه لا يعتبر صيرورتها راجلا، أو فارسًا بعد المجاوزة عندنا، وبعد شهود الوقعة عنده على اختلاف الأصلين. (كفاية)

(٩) قوله: "متعسر [لأنه حال شغل كل شاغل. ف]" لأن الإمام لا يمكنه أن يراقب بنفسه حال كل واحد أنه قاتل، أو لم يقاتل، وكذا بنائبه بأن يوكل عدلا يخبره بذلك، ولا يعتبر إخبار كل أيضًا من الجند؛ لأنه متهم بجر النفع. (ب)

(١٠) كما أقيم السفر مقام المشقة. (ب)

(١١) احتراز عمن ليس قصده القتال.

دخل فارسًا، وقاتل راجلا؛ لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق[١]. ولو دخل فارسًا ثم بَاعَ فرسه، أو وهب، أو آجر، أو رهن، ففى رواية الحسن عن أبى حنيفة يستحق سهم الفرسان؛ اعتبارًا للمجاوزة[٢]، وفى ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة؛ لأن الإقدام على هذه التصرفات[٣] يدل على أنه لم يكن من قصده[٤] بالمجاوزة القتال فارسًا، ولو باعه بعد الفراغ[٥] لم يسقط سهم الفرسان، وكذا إذا باع فى حالة القتال عند البعض[٦]، والأصح أنه يسقط؛ لأن البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أنه ينتظر غرته[٧].

ولا يسهم لمملوك، ولا امرأة، ولا صبى، ولا مجنون، ولا ذمى، ولكن يُرضخ لهم[٨] على حسب ما يرَى الإمام؛ لما روى أنه عليه السّلام: «كان لا يسهم النساء والصبيان والعبيد ولكن كان يرضخ لهم[٩]»*، ولما استعان عليه السّلام[١٠] باليهود على اليهود[١١] لم يعطهم

(١) أى بيننا وبين الشافعى.

(٢) أى عن الدرب، فإنه كان فى ذلك الوقت فارسًا.

(٣) أى البيع والرهن والإجارة ونظائرها.

(٤) قوله: "على أنه لم يكن [فإنه لو كان مقصوده ذلك لما فعل هذه العقود] من قصده إلخ" وسبب استحقاق سهم الفرسان هو المجاوزة على قصد القتال عليه، لا مطلق المجاوزة. (ف)

(٥) أى من القتال. (ب)

(٦) قوله: "عند البعض" أى عند بعض مشايخنا؛ لأن بيعه عند القتال يدل على أنه إنما باعه لرأى رآه فى الحرب. (ب)

(٧) أى غرة الفرس بالشروع فى القتال.

(٨) قوله: "ولكن يرضخ لهم" بالضاد والخاء المعجمتين من رضخ فلان بفلان أعطاه من ماله قليلا من كثير، والرضخ اسم. (ب)

(٩) قوله: "كان لا يسهم إلخ" قلت: أخرجه مسلم عن يزيد بن هرمز قال: كتب نجدة إلى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم، هل كان لهما سهم معلوم إذا حضروا؟ قال: لم يكن لهما سهم معلوم إلا أن يحذيا أى يعطيا من المغنم، وفى رواية أبى داود: فأما أن يضرب بسهم، فلا، وقد كان يرضخ لهن فى الصدر الأول. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٥ ص١٢٥. (نعيم)

شيئًا من الغنيمة* يعنى أنه لم يسهم لهم، ولأن الجهاد عبادة، والذمى ليس من أهل العبادة. والصبى والمرأة عاجزان عنه، ولهذا لم يلحقهما فرضه(٢)، والعبد لا يمكنه المولى(٣)، وله منعه إلا(٤) أن يرضخ لهم تحريضًا على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم، والمكاتب بمنزلة العبد؛ لقيام الرق، وتوهم عجزه(٥)، فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال. ثم العبد إنما يرضخ له، إذا قاتل؛ لأنه دخل(٦) لخدمة المولى، فصار كالتاجر(٧)، والمرأة ترضخ لها إذا كانت تُداوى الجَرْحى(٨)، وتقوم على المرضى(٩)؛ لأنها عاجزة عن حقيقة القتال(١٠)، فتقام هذا النوع من الإعانة(١١) مقام القتال. بخلاف العبد(١٢)؛ لأنه قادر على حقيقة القتال(١٣)، والذمى إنما

---

(١٠) قوله: "ولما استعان [فى غزوة الخيبر كما فى رواية الواقدى] إلخ" قلت: روى البيهقى فى "كتاب المعرفة" عن ابن عباس قال: استعان رسول الله ﷺ بيهود قينقاع، فرضخ لهم ولم يسهم لهم. (ت)

(١١) قوله: "على اليهود" فيه جواز الاستعانة بالكافر، وهو مذهبنا خلافًا لجماعة، وفيه بحث كثير ذكرناه فى "شرح صحيح البخارى". (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٦ ص١٢٥. (نعيم)

(٢) أى لم يفترض عليهما الجهاد.

(٣) أى من الجهاد.

(٤) دفع لما يقال: فينبغى أن لا يرضخ لهم.

(٥) قوله: "وتوهم عجزه [أى عن أداء بدل الكتابة]" يعنى يحتمل أن يعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة، فيعود إلى الرق، وح كان للمولى ولاية المنع، فيمنع فى الحال لوجود التوهم. (عناية)

(٦) يعنى مع العسكر فى دار الحرب. (ب)

(٧) أى الذى يدخل فى دار الحرب للتجارة، فإنه إذا قاتل، يأخذ السهم، وإلا لا.

(٨) جمع جريح.

(٩) جمع مريض.

(١٠) قوله: "لأنها عاجزة عن حقيقة القتال" اعترض عليه بأنها لو كانت عاجزة عنها لما صح أمانها، وأجيب بأن الأمان صحته لا يتوقف على القدرة على حقيقة القتال، بل يثبت بشبهة القتال. (عناية)

(١١) أى المداواة والقيام على المرضى.

(١٢) يرتبط بقوله: لأنها عاجزة.

(١٣) قوله: "لأنه قادر على حقيقة القتال" حتى لم يرضخ له إذا لم يوجد منه القتال، بخلاف المرأة، فإن

يرضخ له إذا قاتل، أو دل على الطريق، ولم يقاتل؛ لأن فيه منفعة للمسلمين[١] إلا أنه يزاد على السهم[٢] فى الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة، ولا يبلغ به السهمُ إذا قاتل؛ لأنه جهاد، والأول ليس من عمله[٣]، ولا يسوى بينه وبين المسلم فى حكم الجهاد[٤].

وأما الخمس[٥]: فيقسم على ثلاثة أسْهُم: سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى[٦] فيهم[٧]، ويقدَّمون، ولا يدفع إلى أغنياءهم[٨]. وقال الشافعى لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم و فقيرهم، ويقسم بينهم للذكر مثل حظِّ الأنثيين، ويكون لبنى هاشم[٩] وبنى المطلب دون غيرهم[١٠]؛ لقوله تعالى: ﴿ولذى

خدمتها لمرضى العسكر يقوم مقام القتال، وليس كذلك خدمة العبد مولاه. (ب)

(١) أى فى قتاله، أو فى دلالته على الطريق.

(٢) أى سهم المجاهدين.

(٣) قوله: "ليس من عمله" أى الدلالة ليست من عمل الجهاد، فكانت عملا كسائر الأعمال، فيبلغ أجره بالغًا ما بلغ. (عناية)

(٤) قوله: "فى حكم الجهاد" والحاصل أنه لا يزاد على سهم الراجل إن كان راجلا، وسهم الفارس إن كان فارسًا. (ب)

(٥) قوله: "وأما الخمس" لما فرغ عن بيان أحكام أربعة أخماس، شرع فى بيان حكم الخمس. (ب)

(٦) أى ذوى قربى رسول الله ﷺ.

(٧) قوله: "فيهم" أى فى الأصناف الثلاثة، ومعنى هذا الكلام أن إيتاء ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى، ويقدمون عليهم أى فقراء ذوى القربى يقدمون على الأصناف الثلاثة، وسبب الاستحقاق فى هذه الأصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف فى نفسه من اليتم والمسكنة، وكونه ابن السبيل ثم إنهم مصارف لا مستحقون حتى إذا صرف إلى صنف واحد منهم جاز عندنا، كما فى الصدقات. (عناية)

(٨) أى أغنياء ذوى القربى.

(٩) قوله: "ويكون لبنى هاشم" اعلم أن رسول الله هو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم ابن عبد مناف، وكان له خمسة بنين: هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس وأبو عمر، ولم يعقب أبو عمر وعثمان رضى الله عنه من بنى عبد شمس؛ لأنه ابن عفان بن أبى العاص بن أمية بن عبد مناف، وجبير هو من بنى نوفل، فإنه ابن مطعم بن عدى بن نوفل. (ب)

(١٠) قوله: "دون غيرهم [من بنى عبد شمس وبنى نوفل. عناية]" نحن نوافق الشافعى على أن القرابة المرادة تخص ببنى هاشم وبنى المطلب، والخلاف فى دخول الغنى من ذوى القربى وعدمه. (ف)

القربى﴾ من غير فصلٍ بين الغنى والفقير.

ولنا: أن الخلفاء الأربعة الراشدين(١) قسموه(٢) على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه، وكفى بهم قدوةً، وقال عليه السّلام(٣): «يا معشر بنى هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوّضكم منها بخمس الخمس(٤)»*. والعوض(٥) إنما يثبت(٦) فى حق من يثبت فى حقه المعوّض، وهم الفقراء(٧)، والنبى عليه السّلام أعطاهم للنصرة(٨).

---

(١) رواه أبو يوسف عن الكلبى عن أبى صالح عن أبى عباس. (ب)

(٢) قوله: "قسموه [ولم ينكر عليه أحد من الصحابة. ف]" الذى يجب أن يعول عليه أن الخلفاء الراشدين لم يعطوا ذوى القربى، فكان بيان المراد بيان أنهم مصارف حتى جاز الاقتصار على واحد منهم بأن يعطى تمام الخمس للمساكين، أو لليتامى، أو لابن السبيل، فجاز للراشدين أن يصرفوه إلى غيرهم خصوصاً، وقد رأوهم متمولين، ونقول مع ذلك: إن الفقير منهم مصرف، ينبغى أن يقدم على الفقراء، ويدفع قول الطحاوى: إنهم يحرمون؛ لأن فيه معنى الصدقة.

ويدل على بطلانه ما روى أنه عليه السلام صرفه في حياته إليهم، فلو كان فيه معنى الصدقة لما فعل، لكن يشكل على أن مقتضاه كون الغنى من ذوى القربى أيضا مصرفًا غير أن الخلفاء لم يعطوهم اختياراً لغيرهم فى المصرف، والمذهب خلافه؛ لأن الغنى لو كان مصرفًا صح الصرف إليه، وأجزأه، وليس كذلك عندنا. (ف)

(٣) غريب، وتقدم فى الزكاة. (ب)

(٤) قوله: "يا معشر بنى هاشم إلخ" أسند الطبرانى عن ابن عباس قال: بعث نوفل بن الحارث ابنيه إلى رسول الله ﷺ، فقال لهما: انطلقا إلى عمكما لعله يستعين بكما على الصدقات، فأتياه وأخبراه بحاجتهما، فقال: لا يحل لأهل البيت من الصدقات شيء إن لكم فى خمس الخمس ما يغنيكم ويكفيكم. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٦ ص١٢٦. (نعيم)

(٥) قوله: "والعوض" لفظ العوض وقع فى بعض عبارة التابعين، ثم كون العوض فى حق من يثبت له المعوض ممنوع، ثم هذا يقتضى أن المراد بقوله تعالى: ﴿ولذى القربى﴾ فقراء ذوى القربى، فيقتضى اعتقاد استحقاق فقراءهم، وكونهم مصارف مستمراً ينافى اعتقاد منع خلفاء الراشدين إياهم مطلقًا، كما هو ظاهر ما روى أنهم لم يعطوا ذوى القربى شيئًا من غير استثناء فقراءهم، وكذا ينافيه إعطاءه صلى الله عليه وعلى آله وسلم الأغنياء منهم، كما روى أنه أعطاه العباس، وكان له عشرون عبدا يتجرون.

وقول المصنف: أعطاهم للنصرة يدفع السؤال الثانى، لكنه يوجب المناقضة مع ما قبلها؛ لأن الحاصل حينئذ أن القرابة المستحقة هى التى نصرته، وذلك لا يخص الفقير منهم، ومن الأغنياء من تأخر عن رسول الله ﷺ كالعباس، فكان يجب على الخلفاء أن يعطوه. (فتح القدير)

(٦) قوله: "إنما يثبت" يعنى أن المعوض، وهو الزكاة لا يجوز دفعها إلى أغنياءهم، فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة، وهو خمس الغنائم لا يدفع إليهم؛ لأن العوض إنما يثبت فى حق من فات عنه المعوض، وإلا لا يكون عوضًا له. (عناية)

(٧) قوله: "الفقراء" فإن قيل: هذا الحديث إما أن يكون ثابتًا صحيحًا، أو لا، فإن كان الأول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم، وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم، وإن كان الثانى فلا يصح الاستدلال به.

ألا ترى أنه عليه السّلام علّل[1]، فقال[2]: إنهم لن يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والإسلام*، وشبّك بين أصابعه دل على أن المراد من النص[3] قرب النصرة، لا قرب القرابة.

قال: فأما ذكر الله تعالى فى الخمس[4]، فإنه لافتتاح الكلام؛ تبركًا

أجيب بأن لهذا الحديث دلالتين: أحدهما: إثبات العوض فى المحل الذى فات عنه المعوض على ما ذكرناه. والثانية: جعله على خمسة أسهم، ولكن قام الدليل على انتفاء قسمته على خمسة أسهم، وهو فعل الخلفاء الراشدين، ولم يقم الدليل على تغيير العوض، فقلنا به، وهذا كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجنازة بما روى أن رسول الله ﷺ صلى على حمزة سبعين صلاة، وهو لا يقول: بالصلاة على الشهيد.

فإن قيل: لو صح ما ذكرتم بجميع مقدماته لما أعطاهم النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وقد ثبت أنه أعطى بنى هاشم والمطلب، فأجاب المصنف بقوله: والنبى عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة إلخ.

وقصة ما روى عن جبير بن مطعم أنه قال: "لما كان يوم خيبر وضع رسول الله ﷺ سهم ذوى القربى فى بنى هاشم وبنى المطلب وترك بنى نوفل وبنى عبد شمس، فانطلقت أنا وعثمان بن عفان إلى رسول الله ﷺ فقلنا: يا رسول الله! هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم الذى وضعك الله فيهم، فما بال إخواننا بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة، فقال رسول الله ﷺ: «أنا وبنو المطلب لا نفترق فى جاهلية ولا إسلام وإنما نحن وهم كشىء واحد» وشبك بين أصابعه، وأشار إلى نصرتهم".

فدلّ ذلك على أن المراد بالنص قرب النصرة أى نصرة الاجتماع فى الشعب لا نصرة القتال، ولهذا يصرف إلى النساء والذرارى أيضًا، وإذا ثبت أنه أعطاهم للنصرة، وقد انتهت، انتهى الإعطاء أيضًا. (عناية)

(٨) دفع دخل مقدر.

(١) أخرجه أبود داود والنسائى.

(٢) قوله: "فقال: إنهم لن يزالوا معى إلخ" قلت: أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه عن ابن إسحاق عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم قال: "لما قسم رسول الله سهم ذوى القربى من خيبر بين بنى هاشم وبنى المطلب جئت أنا وعثمان، فقلنا: يا رسول الله! هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم لمكانك منهم إخواننا من بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة، فقال: «إنهم لم يفارقوا فى جاهلية ولا إسلام وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شىء واحد» ثم شبك بين أصابعه"، ذكره أبو داود فى الخراج والنسائى فى قسم الفىء، وابن ماجة فى الجهاد. (زيلعى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٨ ص١٢٦. (نعيم)

(٣) أى قوله تعالى: ﴿ولذى القربى﴾. (عناية)

(٤) قوله: "فأما ذكر الله إلخ" هذا روى من قول ابن عباس، ومن قول الحسن بن محمد ابن الحنفية، فحديث ابن عباس رواه الطبرى فى تفسيره.

فقال: حدثنا أبو كريب حدثنا أحمد بن يونس حدثنا أبو شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس أنه قرأ: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه﴾، ثم قال: ﴿فإنه لله خمسه﴾ مفتاح كلام الله وكان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية، فغنموا خمس الغنيمة، فضرب ذلك الخمس فى خمسة.

باسمه، وسهم النبى عليه السّلام[(١)] سقط بموته[(٢)]، كما سقط الصفى[(٣)]؛ لأنه عليه السّلام كان يستحقه برسالته[(٤)]، ولا رسول بعده*.

والصفى شيء كان عليه السّلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع، أو سيفٍ، أو جارية. وقال الشافعي: يصرف سهم الرسول إلى الخليفة، والحجة عليه ما قدمناه[(٥)]، وسهم ذوى القربى[(٦)] كانوا يستحقونه فى

وحديث الحسن رواه الحاكم فى "المستدرك" فى كتاب قسم الفيء عن سفيان عن قيس بن مسلم قال: سألت الحسن بن محمد بن على عن قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم﴾ الآية، قال: هذا مفتاح كلام الله، وسكت، وكذلك رواه عبد الرزاق فى "مصنفه": حدثنا الثورى به.

وأما حديث الصفى: فرواه أبو داود فى "سننه": حدثنا محمد بن كثير حدثنا سفيان عن مطرف عن الشعبى قال: كان لرسول الله ﷺ سهم يدعى الصفى إن شاء عبدًا، وإن شاء أمةً، وإن شاء فرسًا يختاره قبل الخمس، وهذا مرسل. وأخرج أيضًا عن ابن عون قال: سألت محمدا يعنى ابن سيرين عن سهم النبى ﷺ والصفى، قال: كان يضرب له سهم مع المسلمين، وإن لم يشهدوا الصفى يؤخذ له رأس من الخمس قبل كل شيء، وهو أيضًا مرسل. وأخرج فى "مراسيله" أيضًا عن الحسن قال: "كانت الغنائم تجمع، فإذا اجتمعت كان للنبى عليه السلام منها سهم يسمى الصفى، جعله الله، ثم يقسمه السهام" الحديث.

وأخرج أيضًا فى "سننه" عن سعيد بن بشر عن قتادة قال: "كان رسول الله إذا غزا كان له سهم يأخذه من حيث شاء، فكانت صفية من ذلك السهم، وكان إذا لم يغزُ بنفسه، ضرب له بسهمه، ولم يخير".

وأخرج أيضًا عن سفيان عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قال: "كانت صفية من الصفى"، ورواه الحاكم فى "المستدرك"، وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. (ت)

قوله: "فأما ذكر الله" لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوى القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة فى النص. (عناية)

(١) كذا رواه الطحاوى فى "شرح الآثار" عن حسن بن محمد بن على رضى الله عنه.

(٢) قوله: "سقط بموته" لأنه كان يستحق ذلك برسالته، ولا رسول بعده، والصفى شيء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع، أو سيف، أو جارية قبل القسمة، كما اصطفى ذا الفقار، وهو سيف منبه ابن الحجاج، وكما اصطفى صفية، وذلك كله قبل أن يخرج الخمس. (فتح القدير)

(٣) بفتح الصاد وكسر الفاء وتشديد الياء. (بناية)

(٤) ولهذا لم يأخذ الخلفاء الراشدون. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٢٩ ص١٢٦. (نعيم)

(٥) قوله: "ما قدمناه" أى أن الخلفاء الراشدين قسموا الخمس على ثلاثة أقسام، فلو كان كما ذكر لقسموه على أربعة، ولم ينقل عنهم ذلك، ورفعوا سهمه، ولم ينقل ذلك، وأيضًا فهو حكم علق بمشتق، وهو الرسول، فيكون مبدأ الاشتقاق علة، وهو الرسالة. (ف)

(٦) قد تقدم ما يغنى عنه. (ف)

زمن النبى عليه السّلام بالنصرة؛ لما روينا[١]، قال[٢]: وبعده بالفقر.

قال العبد الضعيف عصمه الله: هذا الذى ذكره[٣] قولُ الكرخى، وقال الطحاوى: سهم الفقير منهم[٤] ساقط أيضًا؛ لما روينا من الإجماع[٥]، ولأن فيه معنى الصدقة؛ نظرًا إلى المصرف[٦]، فيحرم كما يحرم العُمالة[٧]. وجه الأول[٨] -وقيل: هو الأصح[٩]- ما روى[١٠] أن عمر أعطى الفقراء منهم، والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء، أما فقراءهم يدخلون فى الأصناف الثلاثة[١١]. وإذا دخل الواحد[١٢]، أو الاثنان دار الحرب مغِيْرين[١٣] بغير إذن الإمام، فأخذوا شيئًا لم يخمّس[١٤]؛

(١) من أنه عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة.

(٢) قوله: "قال" أى القدورى لا يقال: قوله: وسهم ذوى القربى إلخ وقع مكررًا؛ لأنا نقول ما ذكره أولا: كان فى حيز الاستدلال، وهذا نقل لكلام صاحب "المختصر". (ع)

(٣) أى القدرى.

(٤) أى ذوى قربى النبى عليه الصلاة والسلام.

(٥) قوله: "من الإجماع" أشار به إلى قوله: ولنا أن الخلفاء الراشدين إلخ ولا يظن بهم أنه خفى عليهم النص، ومنعوا حق ذوى القربى، فكان إجماعهم، وإلا على أنه لم يبقَ استحقاقهم لهم. (ع)

(٦) قوله: "نظرًا إلى المصرف" لأن الهاشمى الذى يصرف إليه فقيرا لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه إليه بعد النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم باتفاق الرواة عن أصحابنا، فلما كان فيه معنى الصدقة حرم. (ع)

(٧) قوله: "كما يحرم العمالة [بضم اسم لما يعطى للعامل]" أى إذا كان العامل هاشميا. (ك)

(٨) مبتدأ.

(٩) قوله: "وقيل: هو الأصح" إنما قال: كذلك؛ لأن صاحب "المبسوط" اختار قول أبى بكر الرازى من أن الفقراء لم يكونوا مستحقين. (عناية)

(١٠) قوله: "ما روى [خبر] إلخ" قلت: أخرجه أبو داود فى كتاب الخراج عن جبير بن معطم أن رسول الله ﷺ لم يقسم لبنى عبد شمس، ولا لبنى نوفل من الخمس شيئًا، كما قسم لبنى هاشم وبنى المطلب، وكان أبو بكر رضى الله عنه يقسم الخمس نحو تقسيمه غير أنه لم يكن يعطى قربى رسول الله ﷺ، كما كان يعطيه، وكان عمر يعطيهم. (ت)

(١١) أى اليتامى والمساكين وابن السبيل. (ب)

(١٢) الثلاثة كالواحد، وأما الأربعة فيخمس.

(١٣) اسم فاعل من الإغارة بمعنى غارت گرى كردن.

(١٤) قوله: "لم يخمس" فإن قلت: قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شىء فإن لله خمسه﴾ إلخ سواء

لأن الغنيمة هو المأخوذ[١] قهراً وغلبةً، لا اختلاساً وسرقةً، والخمس وظيفتها، ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام، ففيه روايتان[٢]، والمشهور أنه يخمس؛ لأنه لما أذن لهم الإمام، فقد التزم نصرتهم بالإمداد، فصار كالمنَعَة. فإن دخلت[٣] جماعة لها منَعَةٌ، فأخذوا شيئاً خمّس، وإن لم يأذن لهم الإمام؛ لأنه مأخوذ قهراً وغلبةً، فكان[٤] غنيمة، ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم؛ إذ لو خذلهم[٥] كان فيه وَهْن المسلمين[٦]، بخلاف الواحد والاثنين؛ لأنه لا يجب عليه نصرتهم.

فصل فى التنفيل[٧]

قال[٨]: ولا بأس[٩] بأن ينفّل الإمام فى حال القتال[١٠]، ويحرّض

وجد الإذن أو لم يوجد. أجيب بأن الغنيم اسم لما هو المأخوذ قهراً، أو غلبة، لا ما أخذه اللص سرقة، وما أخذه الواحد والاثنان اختلاساً، فلا يدخل تحت الغنيمة. (ع)

(١) وما أخذه الواحد والاثنان بغير إذن الإمام ليس كذلك.

(٢) قوله: "ففيه روايتان" وجه الرواية الأخرى أنه لا منعة لهم، فلا يكون المأخوذ قهراً وغلبةً، ولأن العدد اليسير إنما يدخلون لاكتساب المال، لا لإعزاز الدين كتجار العسكر. (ك)

(٣) هذا لفظ القدورى.

(٤) أى ما أخذوه.

(٥) أى ترك عونهم. (ب)

(٦) قوله: "كان فيه وهن المسلمين [أى ضعفهم]" الوهن بسكون الهاء وفتح الواو مصدر وهن يهن من باب ضرب يضرب، وبالفتح مصدر من باب علم يعلم. (ب)

(٧) قوله: "فصل فى التنفيل" هو نوع من القسمة، فألحقه بها، وقدم تلك القسمة؛ لأنها بضابط، وهذه بلا ضابط؛ لأنه إلى رأى الإمام بأن ينفل قليلا، أو كثيراً.

والتنفيل: إعطاء الإمام الفارس فوق سهمه، وهو من النفل، وهو الزائد، ومنه النافلة للزائد على الفرض، ويقال: لولد الولد أيضاً، ويقال: نفله وتنفيلا، ونفله بالتخفيف لغتان فصيحتان. (ف)

(٨) أى القدورى.

(٩) قوله: "ولا بأس" أى يستحب أن ينفل نص عليه فى "المبسوط"، وسيذكر المصنف أنه تحريض، وهو مندوب إليه، وبه يتأكد أن قول من قال: لفظ لا بأس إنما يقال لما تركه أولى: ليس على عمومه.

ثم اعلم أن التحريض واجب للنص المذكور لكنه لا ينحصر فى التنفيل، بل يكون لغيره أيضاً من الموعظة الحسنة والترغيب، كذا حققه ابن الهمام فى "فتح القدير". وبه يظهر سخافة ما ذكره العينى تبعاً لصاحب "العناية" من أن أمر حرض مصروف من الوجوب إلى الاستحباب لمعارضة دليل قسمة الغنائم.

على القتال، فيقول: من قتل قتيلا[(١)]، فله سَلَبه، ويقول للسرية: قد جعلتُ لكم الربع بعد الخمس، معناه بعد ما رفع الخمس[(٢)]؛ لأن التحريض مندوب إليه[(٣)]، قال الله تعالى: ﴿يا أيها النبى حرّض[(٤)] المؤمنين على القتال﴾، وهذا[(٥)] نوع تحريض، ثم قد يكون التنفيل بما ذكر[(٦)]، وقد يكون بغيره[(٧)]. إلا أنه[(٨)] لا ينبغى للإمام أن ينفل بكل المأخوذ؛ لأن فيه إبطال حق الكل[(٩)]، فإن فعله مع السريّة جاز؛ لأن التصرف إليه، وقد تكون المصلحة فيه[(١٠)]، ولا ينفل[(١١)] بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام؛ لأن

وجه السخافة أنه ليس المراد بأمر التحريض خصوص التحريض بالتنفيل حتى يحتاج إلى صرفه من الوجوب، بل المراد به مطلق التحريض، وهو واجب البتة، فلا حاجة إلى الصرف المذكور.
وأعجب منه ما فى "الكفاية" من أن فى تحريض المسلم بالتنفيل تحريض بعوض الغزاة، وتوهين للمسلم، وتوهين المسلم حرام، فلذا لم يكن التنفيل واجبًا. وجه العجب أن ما ذكره يدل على حرمة التنفيل، لا على عدم الوجوب، فافهم، فإن المقام مما تزلزلت فيه الأقدام. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(١٠) قوله: "فى حال القتال" إنما قيد به؛ لأن التنفيل إنما يجوز عندنا قبل الإصابة سواء كان بسلب المقتول، أو غيره لا بعده، ويشكل عليه قوله عليه السّلام: «من قتل قتيلا فله سلبه»، فإنه كان بعد فراغ الحرب فى حنين. (ف)

(١) هذا من باب تسمية الشىء باعتبار ما يؤول إليه.

(٢) قوله: "معناه بعد ما رفع الخمس" محل التنفيل أربعة أخماس قبل الإحراز بدار الإسلام، وأما بعده لا يصح من الخمس، وبه قال أحمد، وقال مالك والشافعى: لا يصح إلا من الخمس. (ف)

(٣) قوله: "لأن التحريض مندوب إليه" أقول: قد عرفتك أن نفس التحريض واجب بظاهر الأمر، والتنفيل بخصوصه لكونه نوعًا منه مندوب إليه، فالمراد بالتحريض التحريض الخاص، وهو التنفيل.
وتقريره: أن التحريض الذى نحن بصدده مندوب إليه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال﴾، فأفاد فرضية مطلق التحريض، وهذا أى التنفيل نوع منه، فيكون مندوبًا إليه، وليس المراد بالتحريض مطلقه، كما يتوهم من ظاهره، وإلا لم يبقَ ربط فى الكلام. (عبد)

(٤) أمر من التحريض.

(٥) أى التنفيل.

(٦) أى القدورى، وهو التنفيل بالربع بعد الخمس، أو التنفيل بالسلب. (ب)

(٧) أى الذهب والفضة.

(٨) أى الشأن.

(٩) أى كل الغزاة. (ب)

(١٠) قوله: "وقد تكون المصلحة فيه" أى فى تنفيله كذلك، وذكر فى "السير الكبير" إذا قال الإمام

ج4
18
B

حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز[١].

قال[٢]: إلا من الخمس؛ لأنه لا حق للغانمين فى الخمس[٣]، وإذا لم يجعل السلب للقاتل، فهو من جملة الغنيمة[٤]، والقاتل وغيره فى ذلك سواء. وقال الشافعى: السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له[٥]، وقد قتله مقبلا[٦]؛ لقوله عليه السّلام[٧]: «من قتل قتيلا فله سلبه»*، والظاهر[٨] أنه نصب شرع[٩]؛ لأنه بُعثَ له[١٠]، ولأن القاتل مقبلا[١١] أكثر غناء، فيختص[١٢] بسلبه؛ إظهارًا للتفاوت بينه وبين غيره[١٣].

لعسكره: جميع ما أصبتم فلكم نفلا بالسوية لا يجوز؛ لأن المقصود منه التحريض، وإنما يحصل ذلك إذا خص البعض بالتنفيل، وكذلك إذا قال: ما أصبتم فلكم. (ب)

(١١) هذا قول القدورى. (ب)

(١) فلا يجوز للإمام أن يقطعه.

(٢) أى القدورى.

(٣) قوله: "لأنه لا حق للغانمين في الخمس" فإن قيل: إن لم يكن فيه إبطال حق الغانمين، ففيه إبطال حق الأصناف الثلاثة الباقية، أجيب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحداً من الأصناف الثلاثة، فلم يكن فيه إبطال حقهم. (ب)

(٤) وبه قال مالك. (ن)

(٥) قوله: "إذا كان من أهل أن يسهم له" وبه قال أحمد، إلا أنه قال: أو من يرضخ له. (ف)

(٦) قوله: "وقد قتله [الواو حالية]" كتب شيخى العلاء بيده حال من المفعول أى حال كون الكافر مقبلا، لا حال كونه مدبراً بالهزيمة، وكذا قال تاج الشريعة فى شرحه "الكفاية": قوله: مقبلا حال من المفعول؛ لأن الشرط عنده أى عند الشافعى كون القتيل مقبلا حتى لو قتل منهزمًا، أو نائما، أو مشغولا بشىء لم يستحق السلب. (ب)

(٧) قلت: أخرجه الجماعة إلا النسائى.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٠ ص١٢٧. (نعيم)

(٨) قوله: "والظاهر [أى هذا الحديث]" لا خلاف فى أنه عليه الصلاة والسلام قاله: إنما الكلام فى أنه هذا منه نصب شرع فى عموم الأوقات والأحوال، أو كان تحريضاً بالتنفيل، فعنده هو نصب للشرع؛ لأنه عليه الصلاة والسلام بعث له، وقلنا: كونه تنفيلا أيضاً من نصب الشرع. (ف)

(٩) أى رسول الله عليه الصلاة والسلام.

(١٠) أى لنصب الشرع.

(١١) قوله: "مقبلا [أى كافرًا مقبلا]" قد شرح الإنزارى هذا الموضع بناءً على أن قوله: مقبلا حال من القاتل، وقد ذكرنا أنه سهو منه، فالمبنى أيضاً سهو. (ب)

ولنا: أنه مأخوذ بقوة الجيش، فيكون غنيمة(١)، فيقسم قسمة الغنائم، كما نطق به النص(٢)، وقال عليه السّلام لحبيب بن أبى سلمة(٣): «ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك(٤)»*، وما رواه(٥)

---

(١٢) أى القاتل للمقبل.

(١٣) قوله: "بينه وبين غيره" أى بين قاتل الكافر المقبل، وبين قاتل الكافر المدبر. (ب)

(١) لأنها اسم لما يؤخذ قهراً.

(٢) وهو قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنتم﴾ الآية.

(٣) قوله: "وقال عليه السّلام إلخ" فى هذا الموضع نظر من وجوه عديدة: منها: يرجع إلى كلام المصنف الأوّل، أنه ذكر حبيب بن أبى سلمة، وليس فى الصحابة إلا حبيب بن مسلمة.

قال أبو عمر بن عبد البر فى باب الحاء المهملة: حبيب بن مسلمة بن مالك الأكبر وهب بن ثعلبة بن واثلة ابن عمرو بن شيبان بن محارب بن فهر بن مالك القرشى الفهرى يكنى أبا عبد الرحمان يقال له: حبيب الروم لكثرة دخوله إليهم، وولاه عمر بن الخطاب أعمال الجزيرة، إذ عزل عنها عياض بن غنم، وضم إليه أرمينيا وآذربيجان، ومات بأرمينيا سنة اثنين وأربعين.

والثانى: أن الحديث الذى احتج به لأصحابنا ضعيف.

والثالث: أن هذا الحديث ليس لحبيب فإنه ما سمعه من رسول الله ﷺ، وإنما هو لمعاذ بن جبل سمعه من النبى عليه الصلاة والسلام، ورد به على حبيب حين أراد أن يأخذ السلب الذى أخذه.

والنظر الرابع: يرجع إلى الشراح، فإنهم كلهم سكتوا عن التحرير فى هذا الموضع، ورضوا فيه بما لا يرضى به من له أدنى كلام فى الحديث، وجعلوا هذا حجة على الشافعى، وكيف يكون حجة عليه، وفيه ما ذكرنا. وقال الإنزارى مستدلا لأصحابنا: روى فى "السنن"، و "شرح الآثار" مسنداً إلى عكرمة عن ابن عباس قال: لما كان يوم بدر قال رسول الله ﷺ " من فعل كذا، فله كذا، فذهب شبان الرجال، وجلست الشيوخ تحت الرايات، فلما كانت الغنيمة جاءت الشبان يطلبون، فقالت الشيوخ: لا تستأثروا علينا، فإنا كنا تحت الرايات، فأنزل الله تعالى: ﴿يسألونك عن الأنفال﴾، فقرأ حتى بلغ: ﴿كما أخرجك ربك من بيتك بالحق وإن فريقا من المؤمنين لكارهون﴾ أطيعونى فى هذا الأمر كما رأيتم عاقبة أمرى حيث خرجتم وأنتم كارهون، فقسم بينهم على السواء، ففى هذا الحديث دليل على أن السلب لا يكون للقاتل، لأنه لو كان له لأعطاه النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم له خاصة دون غيره -انتهى-. واعترض عليه البيهقى بأنه لا حجة لهم فيه، فإن غنيمة بدر كانت للنبى عليه السلام بنص الكتاب، فيعطى منها ما شاء، وقد قسم بجماعة لم يشهدوا، ثم قضى عليه الصلاة والسّلام بالسلب للقاتل، واستقر الأمر على ذلك، انتهى. (بناية)

(٤) قوله: "ليس لك إلخ" ظاهر قول صاحب "الهداية": إن هذا قول النبى عليه الصلاة والسلام لحبيب، وليس كذلك، فإنه قول معاذ نقله عن رسول الله ﷺ ورد به قول حبيب، وقد أخرج إسحاق بن راهويه فى "مسنده": عن جنادة ابن أبى أمية قال: كنا معسكرين، فذكر لابن مسلمة أن صاحب قبرص، خرج بتجارة بطريق أرمينيا، فخرج عليه، فقتلوه، وجاء بماله يحمله على خمسة بغال من الديباج والياقوت والزمرد وغيره، وأراد أن يأخذ كله، وأبو عبيدة رضى الله عنه يقول: بعضه، فقال حبيب له: قد قال رسول الله ﷺ: «من قتل قتيلا فله سلبه»، فقال أبو عبيدة: لم يكن ذلك للأبد، وسمع ذلك معاذ بن جبل، فأتى أبو عبيدة وحبيب

يحتمل نصب الشرع، ويحتمل التنفيل[١]، فنحمله على الثانى[٢]؛ لما رويناه[٣]، وزيادة الغناء[٤] لا يعتبر فى جنس واحد، كما ذكرناه[٥].

والسَلَب[٦] ما على المقتول من ثيابه، وسلاحه، ومركبه، وكذا ما كان على مركبه من السَّرج والآلة[٧]، وكذا ما معه على الدابة من ماله فى حَقيبته[٨]، أو على وسطه، وما عدا ذلك[٩]، فليس بسلب، وما كان مع غلامه على دابة أخرى، فليس بسلبه[١٠]، ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين. فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام؛ لما مر من قبل[١١]

يخاصمه، فقال معاذ له: ألا تتقى الله، وتأخذ ما طابت به نفس إمامك، فإنما لك ما طابت به نفس إمامك، وحدثهم معاذ مرفوعًا، فاجتمع رأيهم على ذلك، فأعطوه بعد الخمس، فبلغه ألف دينار.

وهذه الروايات صريحة فى أن ما ذكره المصنف، إنما هو قول معاذ: نعم، أصله مأخوذ من قول رسول الله ﷺ هذا. وقد يعترض على المصنف أيضًا بأن هذا الحديث ضعيف، كما ذكره البيهقى وغيره، فلا احتجاج فيه لأصحابنا، كذا أورده العينى. وأشار ابن الهمام فى "فتح القدير" إلى دفعه بأنه ليس الغرض إثبات المذهب به حتى يضر ضعفه، بل إنما نستأنس به لأحد محتملى قول رسول الله ﷺ: «من قتل قتيلا فله سلبه»، فإنه يحتمل نصب الشرع، ويحتمل التنفيل، فأيدنا الاحتمال الثانى بهذا الحديث، وإن كان ضعيفًا، وفى المقام تفصيل إن شئت الاطلاع عليه، فارجع إلى "البناية". (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٣١ ص١٢٨. (نعيم)

(٥) يعنى «من قتل قتيلا فله سلبه». (ك)

(١) قوله: "ويحتمل التنفيل" هذا هو الظاهر؛ لأنه إنما يكون نصب الشرع أن لو قاله بمسجد المدينة، ولم ينقل أنه قاله هناك إلا يوم بدر عند الحاجة إلى التحريض، وكذلك يوم حنين حين كانوا منهزمين، وكما قال: ذلك يوم بدر كذلك، قال: من أخذ أسيرًا فله، ثم كان ذلك للتنفيل، فكذا هذا، كذا فى "المبسوط". (كفاية)

(٢) أى التنفيل. (عناية)

(٣) من حديث حبيب. (ع)

(٤) قوله: "وزيادة إلخ" جواب عن قوله: لأن القاتل مقبلا أكثر غناء. (عناية)

(٥) قوله: "كما ذكرناه" إشارة إلى قوله: فى فصل كيفية القسمة؛ لأن الكر والفر من جنس واحد. (ب)

(٦) بفتحتين. (غث)

(٧) أى آلة السرج نحو لجامه وغيره. (ب)

(٨) تنگ پالان شتر. (غث)

(٩) نحو الهميان. (ب)

(١٠) بل هو غنيمة.

(١١) قوله: "لما مر من قبل" أى فى باب الغنائم من قبل من قوله: لأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة إلخ. (ف)

حتى لو قال الإمام: من أصاب جاريةً، فهى له، فأصابها مسلم، واستبرأها لم يحل له وطئها، وكذا لا يبيعها، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف(١).

وقال محمد(٢): له أن يطأها(٣) ويبيعها؛ لأن التنفيل يثبت به الملك عنده، كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب(٤)، وبالشراء من الحربى، ووجوب الضمان بالإتلاف(٥) قد قيل على هذا الاختلاف.

باب استيلاء الكفار(٦)

وإذا غلب الترکُ(٧) على الروم(٨)، فَسَبَوهم(٩) وأخذوا أموالَهم ملكوها؛ لأن الاستيلاء(١٠) قد تحقق فى مال مباح، وهو السبب على ما نبينه(١١)، إن شاء الله تعالى، فإن غَلَبْنَا على الترك حل لنا ما نجده من

(١) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة إلخ" هكذا ذكر الخلاف فى "الزيادات"، واعتمد عليه صاحب "الأسرار"، ولم يذكر الخلاف فى "السير الصغير"، واعتمد عليه الحاكم الشهيد فى "الكافى". (ب)

(٢) وهو قول الأئمة الثلاثة.

(٣) قوله: "أن يطأها" لأنه اختص بملكها بتنفيل الإمام، فصار كالمختص بالشراء فى دار الحرب، ولهما أن سبب الملك فى النفل ليس إلا القهر، كما فى الغنيمة، فلا يتم إلا بالإحراز بدار الإسلام، بخلاف المشتراة؛ لأن سبب الملك العقد بالتراضى، لا القهر، وقد تم. (ف)

(٤) قوله: "كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب" هذا ليس بمتفق عليه؛ لأن من أصحابنا من يقول: بأن قسمة الإمام لا تعدم المانع من تمام القهر، وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته. (ع)

(٥) قوله: "ووجوب الضمان [مبتدأ خبره قوله: قد قيل، وفى بعض النسخ: وقد قيل. به] إلخ" جواب شبهة ترد على قولهما: إن محمداً ذكر فى "الزيادات" أن المتلف لسلب نفله الإمام لرجل يضمن، ولم يذكر فيه الخلاف، فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك، فينبغى أن يحل الوطئ عندهما أيضاً. (ف)

(٦) قوله: "باب استيلاء الكفار [أى هذا الباب فى بيان غلبة الكفار]" لما ذكر حكم استيلاءنا عليهم، شرع فى بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض، وحكم استيلاءهم علينا، وتقدم الأول على الثانى ظاهر. (ف)

(٧) جمع تركى. (ع)

(٨) جمع رومى. (ع)

(٩) اسير كردند كفار ترک كفار روم را.

(١٠) كالاستيلاء على الحطب والكلأ.

(١١) أى عند قوله: وإذا غلبوا على أموالنا.

ذلك[١]؛ اعتباراً بسائر أملاكهم[٢]، وإذا غلبوا على أموالنا -والعياذ بالله- وأحرزوها بدارهم ملكوها. وقال الشافعي[٣]: لا يملكونها؛ لأن الاستيلاء محظور ابتداءً[٤] وانتهاءً[٥]، والمحظور لا ينتهض[٦] سبباً للملك على ما عرف من قاعدة الخصم[٧]. ولنا: أن الاستيلاء ورد على مالٍ مباح[٨]، فينعقد سبباً للملك؛ دفعاً لحاجة المكلف كاستيلاءنا على أموالهم، وهذا[٩] لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل[١٠] ضرورةً تمكّن المالك من الانتفاع،

(١) أي ما أخذوه من الروم.

(٢) لأنهم لما ملكوه صارت كأموالهم الأصلية. (ك)

(٣) وبه قال أحمد ومالك. (ف)

(٤) أي في دار الإسلام.

(٥) أي في دار الحرب بعد الإحراز.

(٦) أي لا يقوم ولا يكون سبباً له.

(٧) قوله: "على ما عرف من قاعدة الخصم" أي في علم الأصول، وهو أن الممنوع شرعاً لا يفيد الملك؛ لأنه نعمة، وهي لا تنال بالمحظور، ولهذا لا يجوز الترخص للمسافر بسفر المعصية، ولا تثبت المصاهرة بالزنا؛ لأن الترخص، وحرمة المصاهرة من نعم الله علينا، فلا تثبتان بأمر محظور، وكذلك فيما نحن فيه استيلاء الكفار علينا ممنوع؛ بناءً على أنهم مخاطبون بالحرمات إجماعاً، فكيف يكون سبباً للملك، فصار كاستيلاء المسلم على المسلم. ولنا قوله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم﴾ الآية، فسمى الله تعالى المهاجرين فقراء مع كونهم ذوي يسر في مكة، وإنما ذلك باستيلاء الكفار عليهم، وعلى أموالهم، فعلم أن استيلاءهم دليل للملك. وأخرج الدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً: «من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له وما قسم فلا حق له إلا بالقيمة»، وفي الباب أحاديث كثيرة. فإن قلت: روى الطحاوي عن عمران بن حصين أن المشركين أغاروا على المدينة، فذهبوا بناقة رسول الله ﷺ وأسروا امرأة الراعي، وكانوا إذا نزلوا منزلا يريحون أهلهم في أفنيتهم، فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة، وركبت على تلك الناقة، وتوجهت إلى المدينة، فأخذ رسول الله ﷺ ناقته، فهذه الرواية تدل على أن استيلاء الكفار لا يفيد الملك، وإلا لما أخذ الناقة.

قلت: هذا كان قبل إحرازهم بدار الحرب في الطريق، والكلام ههنا في ما بعد الإحراز، كذا في "فتح القدير". (مولوي عبد الحي نور الله مرقده)

(٨) قوله: "ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح" لأن الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على محل مطلقاً على وجه يتمكن من الانتفاع في الحال، والاقتداء على هذه الصفة لا يكون إلا بعد الإحراز، ثم بعد إحرازهم ارتفعت العصمة، فورد الاستيلاء حينئذٍ على مال مباح، لا على مال محظور. فإن قلت: لا نسلم أن المال مباح بأصل الخلقة، قلت: هو مباح؛ لقوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾. (ب)

(٩) إشارة إلى أن الاستيلاء ورد على مال مباح. (عناية)

(١٠) وهو قوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾.

فإذا زالت[١] المُكْنة[٢]، عاد مباحًا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار؛ لأنه[٣] عبارة عن الاقتدار[٤] على المحل حالا ومآلا[٥]، والمحظور لغيره[٦] إذا صلح سببًا لكرامةٍ تفوق الملك، وهو الثوابُ الآجل، فما ظنُّك بالملك العاجل.

فإن ظهر عليها المسلمون، فوجدها المالكون قبل القسمة، فهي لهم بغير شيء[٧]، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة[٨] إن أحبوا؛ لقوله عليه السّلام فيه[٩]: «إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدتَه بعد القسمة فهو لكَ بالقيمة»[١٠]*، ولأن المالك القديم زال[١١]

(١) باستيلاء الكفار.

(٢) بالضم بمعنى القدرة. (غث)

(٣) أي الاستيلاء.

(٤) أي القدرة على الانتفاع في الحال، وفي المآل.

(٥) قوله: "حالا ومآلا" والكفار ما داموا في دار الإسلام اقتدروا على المحل حالا، وإنما يقتدرون عليه مآلا بالإحراز؛ لأنهم ما داموا في دارنا، فهم مقهورون بالدار، والاسترداد بالنصرة محتمل. (عناية)

(٦) قوله: "والمحظور لغيره" جواب عن قول الخصم: إن الاستيلاء محظور إلخ، تقريره أن يقال: سلمنا أنه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه، فإن المال مباح لنفسه. وإنما الحظر لحق الغير، وهو المالك، والمحظور لغيره يعني لا بعينه، إذا صلح سببًا لكرامة تفوق الملك كالصلاة في الأرض المغصوبة، فإنها تصلح سببًا لاستحقاق أعلى النعم، وهو الثواب في الآخرة، فلا يصلح سببًا للملك في الدنيا أولى.

وفي "الكافي" قول صاحب "الهداية": المحظور لغيره، إلخ مشكل؛ لأن العصمة لا تخلو إما إن زالت بالإحراز بدراهم، أو لا، فإن زالت لا يكون الاستيلاء محظورًا؛ لأنه على مال مباح، وإن لم تزل لم تصر ملكًا له، كما إذا غلبنا على أموال أهل البغي، وأحرزنا بدارنا لا نملكها، إلا أن يقال: العصمة المؤثمة باقية؛ لأنها بالإسلام، وإن زالت المقومة؛ لأنها بالدار. (ب)

(٧) قوله: "بغير شيء [يعني يأخذونها مجانًا. ب]" فإن قلت: هذا يقتضي قيام ملكه، أجيب بالمنع، فإن الواهب له أن يأخذ الموهوب له بعد زوال ملكه عنه شرعًا. (ف)

(٨) أي إن شاءوا أخذوا.

(٩) أي في هذا الحكم. (ب)

(١٠) قلت: أخرجه البيهقي والدارقطني. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٣ ص١٢٩. (نعيم)

(١١) باستيلاء الكفار.

ملكه بغير رضاه، فكان له حق الأخذ[١] نظرًا له إلا أن في الأخذ[٢] بعد القسمة ضررًا بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص، فيأخذه بالقيمة؛ ليَعتدل النظر من الجانبين[٣]، والشركةُ قبل القسمة عامة[٤]، فيقل الضرر، فيأخذه بغير قيمة. وإن دخل دار الحرب تاجرٌ، فاشترى ذلك[٥]، وأخرجه إلى دار الإسلام، فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذى اشتراه، وإن شاء تركه؛ لأنه يتضرر بالأخذ مجانًا[٦]، ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته[٧]، فكان اعتدالُ النظر فيما قلناه[٨]. ولو اشتراه بعرضٍ يأخذ بقيمة العرض[٩]، ولو وهبوه[١٠] لمسلم يأخذه بقيمته؛ لأنه ثبت له ملكٌ خاص[١١]، فلا يَزال إلا بالقيمة، ولو كان[١٢] مغنومًا[١٣]، وهو مثلى يأخذه قبل القسمة[١٤]، ولا يأخذه بعدها؛ لأن الأخذ بالمثل غير مفيد[١٥]، وكذا إذا

(١) أى شفقة.

(٢) دفع لما يقال: لو كان كذلك لجاز أخذه بعد القسمة أيضًا مجانًا لعدم رضاه.

(٣) أى جانب المالك القديم، وجانب المالك الجديد.

(٤) قوله: "عامة" الدليل عليه أن واحدًا من الغانمين لو استولد جارية من المغنم لم يثبت النسب؛ لعدم الملك لعموم الشركة، بخلاف ما بعد القسمة حيث يأخذه بالقيمة. (ب)

(٥) أى الذى استولى عليه الحربى. (ب)

(٦) بالفتح وتشديد جيم مفت ورايگان.

(٧) أى بمقابلة ذلك المال.

(٨) وهو أنه يأخذه بالقيمة إن شاء، وإلا تركه.

(٩) قوله: "يأخذ بقيمة العرض [أى بمقابلة متاع]" ولو ترك أخذه بعد العلم بشراءه، وإخراجه من دار الحرب زمانا طويلا، له أن يأخذه بعد ذلك فى ظاهر الرواية، وفى رواية ابن سماعة عن محمد ليس له كالشفيع إذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع، والظاهر هو الأول. (ف)

(١٠) أى وهب أهل الحرب ذلك المال.

(١١) الموهوب له.

(١٢) قوله: "ولو كان" أى ما أخذه الكفار من المسلمين مغنومًا أى مأخوذًا بالقهر والغلبة، وهو مثلى أى والحال أنه مثلى كالذهب والفضة والحنطة والشعير يأخذه أى صاحبه، وهو للمالك القديم. (ب)

(١٣) أى غنمه المسلمون. (ف)

(١٤) أى مجانًا. (ب)

كان موهوبًا لا يأخذه؛ لما بينا، وكذا[١] إذا كان مشترًى بمثله قدرًا ووصفًا.

قال[٢]: فإن أسروا[٣] عبدا، فاشتراه رجل، وأخرجه إلى دار الإسلام، فَفُقِئَت[٤] عينه، وأخذ[٥] أرشها[٦]، فإن المولى[٧] يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو، وأما الأخذ بالثمن، فلما قلنا[٨].

ولا يأخذ الأرش[٩]؛ لأن الملك فيه[١٠] صحيح[١١]، فلو أخذه، أخذه بمثله[١٢]، وهو لا يفيد، ولا يُحطّ شيء من الثمن[١٣]؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن[١٤]، بخلاف الشفعة؛ لأن الصفقة لما تحولت إلى

(١٥) إذ لا فائدة فى تبديل المثل.

(١) قوله: "وكذا إذا كان مشترى [إشارة إلى قوله: غير مفيد. ع]" أى كذا لا يأخذه المالك القديم أيضًا إذا كان ما أخذه الكفار منا، وأحرزوا بدارهم مشترى لمثله قدراً ووصفاً؛ لأنه لا فائدة فى أن يعطى عشرة مثاقيل جياد، ويأخذ عشرة مثاقيل جياد. وإنما قال: قدراً ووصفًا احترازًا عما لو اشتراه المسلم بأقل قدر من ماله، أو الجنس آخر، وهو أردأ وصفًا منه، فإن له أن يأخذ بمثل المشترى، ولا يكون ذلك ربا؛ لأنه إنما يستخلص ملكه القديم، لا أنه يشتريه ابتداء. (ب)

(٢) أي محمد. (ب)

(٣) أي الكفار.

(٤) كور ساخته شد.

(٥) أي المشترى.

(٦) ديت.

(٧) أى المولى القديم.

(٨) أي قوله: لأنه يتضرر بالأخذ مجانًا.

(٩) مجانًا.

(١٠) قوله: "لأن الملك فيه صحيح" احتراز عن المشترى المسلم شراء فاسداً، فإن الأوصاف هناك مضمونة. (ك)

(١١) قوله: "صحيح" فإن الأرش حاصل فى ملكه، وليس إعادة إلى قديم ملكه حتى يكون المولى أحق به كالرقبة. (ع)

(١٢) لأن الأرش دراهم أو دنانير. (ب)

(١٣) أى بسبب فقء العين. (ب)

(١٤) قوله: "لا يقابلها شيء من الثمن" لأنه تابع، وبفواته لا يسقط شيء من الثمن، ولهذا لو ظهر فى المبيع وصف مرغوب فيه، وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع أن يطلب شيئًا. واستشكل ههنا بأن الوصف إنما لا يقابله شيء من الثمن إذا لم يصر مقصوداً بالتناول، وإن صار فله حظ منه، كما لو اشترى عبداً، ففقئت

الشفيع صار المشترى فى يد المشترى بمنزلة المشترى شراء فاسدًا، والأوصافُ تضمن فيه كما فى الغصب[١]، أما ههنا الملك صحيح فافترقا.

وإن أسَروا عبدًا، فاشتراه رجلٌ بألف درهم، فأسروه ثانية[٢]، وأدخلوه دار الحرب، فاشتراه رجل آخر بألف درهم، فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثانى[٣] بالثمن؛ لأن الأسر ما ورد على ملكه.

وللمشترى الأول أن يأخذ من الثانى بالثمن[٤]؛ لأن الأسْرَ ورد على ملكه[٥]، ثم يأخذ المالك القديم بألفين إن شاء؛ لأنه[٦] قام عليه بالثمنين[٧]، فيأخذه بهما، وكذا إذا كان المأسور[٨] منه الثانى غائبًا ليس للأول[٩] أن يأخذه؛ اعتبارًا بحال حضرته. ولا يملك علينا[١٠] أهلُ الحرب

عينه، ثم باعه مرابحة، فإنه يحط من الثمن، ولو اعورّت بآفة سماوية، لا يحط، بل يرابح على كل الثمن.

وكذا فى الشفعة إذا كان فوات وصف المشفوع بفعل قصدى قوبل ببعض الثمن، كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة. وأجيب بأن الوصف إنما يقابله بعض من الثمن عند صيرورته مقصودًا بالتناول فى الشراء الفاسد، وموضع اجتناب الشبهة، كما ذكرت فى المرابحة؛ لأنها مبنية على الأمانة دون الخيانة، وللشبهة حكم الحقيقة، والملك فى الشفعة للمشترى كأنه فاسد من حيث وجوب تحوله إليه، أما فى الشراء الصحيح الذى لا يشبه الفاسد، فالثمن فيه لا يقابل الوصف، بل الذات. (ف)

(١) فإن من غصب جارية، فذهبت إحدى عينيها يضمن نصف القيمة.

(٢) أى مرة ثانية.

(٣) وهو الذى أسر منه أولا. (ف)

(٤) قوله: "بالثمن" اعترض عليه بأنا لو أثبتنا حق المشترى الأول تضرر المالك؛ لأنه ح يأخذه بالثمنين، أجيب بأن رعاية حق من اشتراه أولا أولى؛ لأن حقه يعود فى الألف التى نقدها بلا عوض، والمالك القديم يلحقه الضرر بعوض يقابله، وهو العبد. (عناية)

(٥) قوله: "ورد على ملكه" كما إذا وهب شيئًا لرجل، فوهبه الموهوب له من آخر ليس للأول أن يرجع عليه ما لم يرجع هو على الثانى. (ك)

(٦) أى ذلك الشيء.

(٧) الألف الذى نقده أولا، والذى أعطاه ثانيًا للمشترى الثانى.

(٨) أى المشترى الأول.

(٩) أى المالك القديم. (ب)

(١٠) قوله: "ولا يملك إلخ" الأصل فيه ما ذكره الطحاوى أن كل ما يملك بالميراث يملك بالأسر والاسترقاق والغلبة، وكل ما لا يملك بالميراث لا يملك بالأسر والاسترقاقعوالغلبة. (ب)

بالغلبة مَدبّرينا، وأمهاتِ أولادنا، ومكاتِبينا، وأحرارنا، ونملك عليهم جميعَ ذلك؛ لأن السبب[١] إنما يفيد الملكَ في محله، والمحل المال المباح، والحر معصوم بنفسه[٢]، وكذا من سواه[٣]؛ لأنه تثبت الحرية فيه من وجه[٤]، بخلاف رقابهم[٥]؛ لأن الشرع أسقط عصمتهم[٦] جزاءً على جناياتهم، وجعلهم أرِقّاءَ، ولا جناية من هؤلاء[٧].

وإذا أبق[٨] عبد مسلم لمسلم[٩]، فدخل إليهم، فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا: يملكونه؛ لأن العصمة[١٠] لحق المالك؛ لقيام يده، وقد زالت[١١]، ولهذا[١٢] لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه[١٣].

وله أنا ظهرت يده على نفسِه بالخروج من دارنا[١٤]؛ لأن سقوط اعتبارها لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع، وقد زالت يد

---

(١) إشارة إلى ما ذكر من المدبر وغيره.

(٢) قوله: "والحر معصوم بنفسه" باعتبار أن الآدمي خلق لحمل التكاليف، ولا قدرة على التكليف إلا بواسطة العصمة، فكان التعرض له حراماً. (ب)

(٣) من أم الولد والمدبر وغيرهما. (ب)

(٤) ولهذا لا يصح أن يملكهم بالعقود. (ب)

(٥) قوله: "بخلاف رقابهم" أي رقاب الكفار من أحرارهم، ومدبريهم، وأمهات أولادهم. (ك)

(٦) بسبب إنكارهم التوحيد.

(٧) قوله: "من هؤلاء" أي مدبرينا، وأمهات أولادنا، ومكاتبينا، وأحرارنا. (ك)

(٨) قوله: "وإذا أبق إلخ" ذكر الإمام أبو اليسر في "عين الفقهاء" العبد المسلم لمسلم، أو ذمي إذا أبق إلى دار الحرب، فأخذه الكفار لا يملكونه عند أبي حنيفة، والعبد المرتد يملكونه، والعبد إذا كان ذمياً، ففيه قولان. (ك)

(٩) قيد المسلم اتفاقي؛ لأن عبد الذمي كذلك. (ع)

(١٠) أي الموجودة في العبد. (ب)

(١١) قوله: "وقد زالت" فصار كما إذا ندت الدابة أي شردت، وكما لو أخذوا العبد الآبق من دارنا، أو غير الآبق إذا أحرزوه حيث يملكونه. (ف)

(١٢) أي لزوال يده. (ب)

(١٣) ولو كانت العصمة بالإسلام لم يملكوه. (ب)

(١٤) فحين دخل دار الحرب زالت يد المولى عنه، لا إلى من يخلفه. (ب)

المولى[١]، فظهرت يده على نفسه، وصار معصُومًا بنفسه، فلم يبقَ محلا للملك. بخلاف المتردد[٢]؛ لأن يد المولى باقية[٣]؛ لقيام يد أهل الدار، فمنع ظهور يده، وإذا لم يثبت الملكُ لهم[٤] عند أبى حنيفة يأخذه المالكُ القديم بغير شيء، موهوبًا[٥] كان أو مشترًى[٦]، أو مغنومًا قبل القسمة، وبعد القسمة[٧] يؤدّى عوضه من بيت المال؛ لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين، وتعذر اجتماعهم[٨]، وليس له على المالك[٩] جعل الآبق[١٠]؛ لأنه[١١] عامل لنفسه؛ إذ فى زعمه أنه ملكه.

وإن ند[١٢] بعير إليهم، فأخذوه ملكوه؛ لتحقق الاستيلاء؛ إذ لا يد للعجماء[١٣] لتظهر عند الخروج من دارنا، بخلاف العبد على ما ذكرنا[١٤].

(١) قوله: "وقد زالت يد المولى" فإن قيل: لا نسلم أنها زالت لا إلى من يخلفه، فإن يد الكفرة قد خلفت يد المولى؛ لأن دار الحرب فى أيديهم. أجيب بأن بين الدارين حد لا يكون فى يد أحد، وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه، ولأن يد الدار حكمية، ويد العبد حقيقية، فلا تندفع بالحكمية، وإليه أشار فخر الإسلام.(ع)

(٢) قوله: "بخلاف المتردد" أى بخلاف المتردد الآبق الذى يتردد فى دار الإسلام؛ لأن يد المولى باقية حكمًا فى حقه، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضًا له، وأما الآبق إلى دار الحرب، فلا يكون فى يد مولاه حكما. (ك)

(٣) فصار كما إذا استولد على باقى أمواله؛ لأن الاقتدار عليه قائم بالطلب، واستعانة أهل الدار. (ب)

(٤) أى لأهل الحرب.

(٥) أى من أهل الحرب الذى أخرجه إلى دار الإسلام. (ب)

(٦) أى اشتراه مسلم منهم.

(٧) قوله: "وبعد القسمة يؤدى إلخ" أى يؤدى الإمام عوضه من بيت المال للمأخوذ منه؛ لأنه لا يمكن له إعادة القسمة، وبيت المال معد لنوائب المسلمين، وهذا أيضًا منها. (ف)

(٨) أى الكفار.

(٩) أى الغازى، أو التاجر، أو الموهوب له. (ب)

(١٠) قوله: "جعل الآبق" الجعل ما يجعل للعامل على عمله، وخص فى الاستعمال بما يعطى المجاهد ليستعين به على جهاده. (مغرب)

(١١) قوله: "لأنه" أى لأن كل واحد من الغازى، والتاجر، والموهوب له عامل لنفسه فى زعمه؛ إذ فى زعمه أنه ملكه أى العبد، فيكون عاملا لنفسه، لا للمولى القديم. (ب)

(١٢) قوله: "وإن ند [ند البعير نفر]" أى ذهب على وجهه، يقال: ند يند ندا من باب ضرب يضرب.

(١٣) قوله: "للعجماء" أى البهيمة، وإنما سميت بها؛ لأنها لا تتكلم، وكذلك من لم يقدر على الكلام،

وإن اشتراه[١] رجل، وأدخله دار الإسلام، فصاحبُه يأخذه بالثمن إن شاء؛ لما بينا[٢]. فإن أبق عبد إليهم، وذهب معه بفرس ومتاع، فأخذ المشركون ذلك كله[٣]، واشترى رجل ذلك كله، وأخرجه إلى دار الإسلام، فإن المولى يأخذ العبدَ بغير شيء، والفرسَ والمتاعَ بالثمن، وهذا عند أبى حنيفة[٤]. وقالا: يأخذ العبد، وما معه بالثمن إن شاء؛ اعتباراً[٥] لحالة الاجتماع بحالة الانفراد، وقد بينا الحكم فى كل فرد[٦].

وإذا دخل الحربى دارنا بأمان، واشترى عبداً مسلماً[٧]، وأدخله دار الحرب، عتق عند أبى حنيفة. وقالا: لا يعتق؛ لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين، وهو البيع[٨]، وقد انقطعت[٩] ولايةُ الجبر عليه، فبقى فى يده عبداً[١٠].

فهو أعجم ومستعجم، ويقال: صلاة عجماء لصلاة النهار؛ إذ لا قراءة فيها. (ب)

(١٤) إشارة إلى قوله: إنه ظهرت يده إلخ. (ب)

(١) أى البعير.

(٢) من أن المشترى يتضرر بالأخذ مجانًا.

(٣) أى العبد والمتاع ومانعه.

(٤) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة" لما أن عنده يثبت الملك للغازى فى المال دون العبد، اعترض عليه بأنه على قوله ينبغى أن يأخذ المالك المتاع أيضًا بغير شيء؛ لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه، ظهرت على المال أيضًا؛ لانقطاع يد المولى منه. وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافى، وهو الرق، فكانت ظاهرة من وجه دون وجه، فجعلناها ظاهرة فى حق نفسه غير ظاهرة فى حق المال، هكذا قاله الأكمل فى "العناية"، وفيه تأمل؛ لأن استيلاء العبد على المال حقيقة وجد، وهو مال مباح، فينبغى أن يمنع استيلاء الكفار. (ب)

(٥) قوله: "اعتباراً إلخ" يعنى إذا أبق العبد وحده، كان الحكم كذلك. فكذا الحكم إذا أبق ومعه فرس ومتاع. (ب)

(٦) أى عند قوله: وإذا غلبوا على أموالنا إلخ.

(٧) وكذا الخلاف فى العبد الذمى. (ك)

(٨) قوله: "وهو البيع [لأن الإسلام يعلو ولا يعلى. ب]" فإنه إذا اشترى الكافر عبداً مسلماً يجبر على إخراجه عن ملكه بالبيع، فإن فعل، وإلا باعه القاضى، ودفع ثمنه إليه. (ف)

(٩) بإخراجه من دار الإسلام. (ب)

(١٠) قوله: "فبقى فى يده عبداً" فلا يعتق عليه؛ لأنه ملكه فى دار الإسلام، وأحرزه بدراهم. (ب)

ولأبى حنيفة[1] أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب، فيقام الشرط[2]، وهو تباين الدارين مقام العلة[3]، وهو الإعتاق؛ تخليصًا له كما يقام[4] مضى ثلاث حِيَضٍ مقام التفريق، فيما إذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب.

وإذا أسلم عبد الحربى، ثم خرج إلينا، أو ظُهر[5] على الدار، فهو حر، وكذلك إذا خرج عبيدُهم إلى عسكر المسلمين، فهم أحرار؛ لما روى[6] أن عَبِيْدًا من عبيد الطائف أسلموا، وخرجوا إلى رسول الله عليه السّلام، فقضى بعتقهم، وقال: هم عُتَقَاء الله، ولأنه أحرز[7] نفسه بالخروج إلينا مُراغمًا لمولاه[8]، أو بالالتحاق[9] بمَنَعَة المسلمين[10]، إذا ظهر

(١) قوله: "ولأبى حنيفة إلخ" بيانه أن الحربى المستأمن فى دارنا يزال ملكه بالبيع، فإذا دخل دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الأمان، وسقطت عصمة المال، وقد عجز القاضى عن إعتاقه عليه؛ إذ لا ينفذ قضاءه على من فى دار الحرب، فقام شرط زوال عصمة ماله، وهو دخول دار الحرب مقام علته، وهو إعتاق القاضى. (ب)

(٢) لقوله تعالى: ﴿لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾.

(٣) قوله: "مقام العلة" لما أن الشرط قد يقام مقامها عند إمكان إضافة الحكم إليه، كما فى حفر البئر على قارعة الطريق، لا يقال: الإحراز بدار الحرب سبب لإثبات الملك فى ما لم يكن مالكًا له.
ألا ترى أنهم إذا أخذوا عبدًا مسلمًا فى دارنا، ملكوه إذا أحرزوه بدارهم، فيستحيل أن يزول ملكه به؛ لأن الإحراز لما كان سببًا لإثبات الملك ابتداء، فأولى أن يبقى الملك الثابت به، كما كان، قلنا: ليس هذا، كما أخذوا عبدًا من دارنا؛ لأنهم لا يملكونه بالأخذ، حتى يستحق الإزالة عليه، وإنما يملكونه بالإحراز، بخلاف ما نحن فيه، فإنهم ملكوه بالشراء، فاستحق الإزالة عليهم بإقامة شرط الزوال مقام السبب؛ لما ذكرنا. (ك)

(٤) قوله: "كما يقام مضى ثلاث حيض" تمثيل للمسألة فى قيام الشرط مقام العلة، فإن انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة فى الطلاق الرجعى، أقيم مقام علة البينونة، وهى عرض القاضى الإسلام، وتفريقه بعد الإباء بعجز القاضى عن حقيقة العلة فى ما إذا أسلم أحد الزوجين بدار الحرب. (ع)

(٥) بصيغة المجهول أى غلب على دار الكفار. (ب)

(٦) قوله: "لما روى" قلت: أخرج البيهقى عن عبد الله بن مكرم قال: لما حاصر رسول الله ﷺ الطائف، خرج إليهم من رقيقهم أبو بكرة، وكان عبدا للحارث والمنبعث ودردان، فأسلموا، فقالوا: يا رسول الله! رد علينا رقيقنا الذين أتوك، فقال: لا أولئك عتقاء الله تعالى. (ت)

(٧) أى أبعد المسلم الذى خرج.

(٨) قوله: "مراغمًا [أى منابذًا يقال: راغم فلان قومه إذا تركهم] لمولاه" قيد به؛ لأنه لو خرج طائعًا لمولاه

على الدار، واعتبارُ يده أولى من اعتبار يد المسلمين؛ لأنها أسبق ثبوتًا[١] على نفسه، فالحاجة في حقه[٢] إلى زيادة توكيد[٣]، وفي حقهم إلى إثبات اليد[٤] ابتداء، فكان أولى.

باب المستأمن[٥]

وإذا دخل[٦] المسلم دار الحرب تاجراً[٧]، فلا يحل له أن يتعرض بشيء من أموالهم[٨]، ولا من دماءهم؛ لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان، فالتعرض بعد ذلك[٩] يكون غدرًا، والغدر حرام[١٠] إلا إذا غدر[١١] بهم ملكهم[١٢]، فأخذ[١٣] أموالهم، أو حبسهم، أو فعل[١٤] غيرُه بعلم المَلِك، ولم يمنعه؛ لأنهم هم الذين نقضوا العهد، بخلاف الأسير[١٥]؛

يباع، وثمنه للحربي، وعليه نص الحاكم الشهيد في "الكافي". (ب)

(٩) يتعلق بقوله: أو ظهر. (ع)

(١٠) أي بعسكرهم.

(١) قوله: "لأنها أسبق [أي يد العبد] ثبوتا إلخ" توضيحه أنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج إلى دار الإسلام، ولا يكون عبد الغزاة؛ لأنهم محتاجون إلى أن يملكوه بالإحراز، وهو محتاج إلى أن يحرز نفسه، وإحرازه أسبق من إحرازهم، فكان أولى. (ب)

(٢) أي العبد.

(٣) بالتحاقه بعسكر المسلمين.

(٤) أي اعتبار يد العبد. (ب)

(٥) أخره عن الاستيلاء؛ لأنه بالقهر والاستئمان بعد القهر.

(٦) قدم استئمان المسلم على استئمان الكافر تعظيمًا له. (ب)

(٧) حال.

(٨) أي الكفار.

(٩) أي بعد شرط عدم التعرض.

(١٠) بالإجماع.

(١١) يعني ح لا يكون تعرض المستأمن غدرًا.

(١٢) أي سلطان الكفار ورئيسهم.

(١٣) بيان لكيفية غدره.

(١٤) أي الحبس وغيره.

(١٥) قوله: "بخلاف الأسير" يعني أن الغدر ليس بحرام عليه، فإن الأسراء إذا تمكنوا من قتل أهل الحرب غيلة، وأخذ أموالهم، وفعلوا ذلك، وخرجوا إلى دار الإسلام، ولا منعة لهم، فكل من أخذ شيئًا، فهو له

لأنه غير مستأمن[١]، فيُباح له التعرض، وإن أطلقوه[٢] طوعًا.

فإن غدر بهم أعنى التاجر، فأخذ شيئًا، وخرج به مَلَكه ملكًا محظوراً[٣]؛ لورود الاستيْلاء على مالٍ مباحٍ إلا أنه حصل بسبب الغدر، فأوجب ذلك خبثًا فيه[٤]، فيؤمر[٥] بالتصدق به، وهذا لأن الحظر لغيره[٦] لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه[٧].

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، فأدَانه[٨] حربى، أو ادَّان هو حربيًا، أو غصب أحدُهما[٩] صاحبه، ثم خرج[١٠] إلينا، واستأمن الحربى لم يُقضَ لواحد منهما على صاحبه بشيء. أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية[١١]، ولا ولاية وقت الإدانة[١٢] أصلا[١٣]، ولا وقت القضاء على

خاصةً. (ع)

(١) حتى يحرم له الغدر.

(٢) قوله: "وإن [الواو وصلية] أطلقوه [أى الكفار]" أى فى دارهم، وتركوه فى دارهم، أو أعتقوه؛ لأنه لم يستأمن، وعتقهم لا عبرة به؛ لأنهم لم يملكوه، فله أن يقتل من قدر عليه سيده، أو غيره. (ف)

(٣) مفعول من الحظر بمعنى المنع.

(٤) كملك المغصوب عند الضمان. (ف)

(٥) قوله: "فيؤمر بالتصدق" ولو كان المأخوذ غدراً جارية لا يحل له وطئها، ولا للمشترى منه، بخلاف المشتراة شراءً فاسدا، فإن حرمة وطئها على المشترى خاصة، ويحل للمشترى منه؛ لأن المنع هناك لثبوت حق البائع فى الاسترداد، وببيع المشترى انقطع ذلك الحق، وههنا الكراهة للغدر، والمشترى الثانى كالأول فيه. (ف)

(٦) كما فى البيع الفاسد. (ف)

(٧) قوله: "على بيناه" إشارة إلى قوله فى أوائل باب استيلاء الكفار: والمحظور بغيره إذا صلح لكرامة تفوق الملك إلخ. (ك)

(٨) قوله: "فأدانه [بتخفيف]" الإدانة البيع بالدين، والاستدانة الابتياع بالدين، وقولهم: ادّان بالتشديد من باب الافتعال أى قبل الدين، والدين غير القرض؛ إذ ذاك اسم لما يقبض بعد القرض، وهذا اسم لما يصير فى الذمة بالعقد. (ك)

(٩) أى المسلم والحربى.

(١٠) أى المسلم.

(١١) أى ولاية القاضى.

(١٢) لكون المسلم والحربى فى دار الحرب.

جـ4
19
F

المستأمن[١]؛ لأنه ما التزم[٢] حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله، وإنما التزم ذلك في المستقبل، وأما الغصب فلأنه[٣] صار ملكًا للذى غصبه[٤]، واستولى عليه لمصادفته[٥] مالا غير معصوم على ما بيناه[٦]، وكذلك[٧] لو كانا حربيين فعلا ذلك، ثم خرجا مستأمنين؛ لما قلنا[٨]. ولو خرجا مسلمين، قضى بالدين بينهما، ولم يُقض بالغصب، أما المداينة[٩]: فلأنها وقعت صحيحة؛ لوقوعها بالتراضي، والولاية ثابتة[١٠] حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام، وأما الغصب: فلما بينا[١١] أنه ملكه، ولا خبث في ملك الحربي[١٢] حتى يؤمر بالرد.

(١٣) أي على الحربي، ولا على المسلم.

(١) قوله: "ولا وقت القضاء على المستأمن [وإن وجدت الولاية على المسلم في هذا الوقت]" ولما لم يقض على الحربي لم يقض على المسلم أيضًا، لا لانعدام التزامه حكم الشرع، بل لوجوب التسوية بين الخصمين، كذا في "الكافي"، وفيه نظر؛ إذ المساواة بين الخصمين بهذا الوجه غير لازم.
ألا يرى أنه يقضى بالقصاص للأب على الابن، ولا يقضى به للابن عليه، وكذا يقضى بشهادة الأب، أو شهادة الابن على الرجل لغيره، ولا يقضى له على الغير إلا أن يقال: انعدام التسوية بين الخصمين بهذا الوجه إنما يمنع إذا كان لقصور ولاية القاضي على أحد الخصمين، كما في مسألة المستأمن مع المسلم، وأما إذا كان المعنى في أحد الخصمين مع كمال ولاية القاضي، كما في المسائل المذكورة، فلا يمنع ذلك. (إله داد)

(٢) قوله: "لأنه [أي المغصوب] ما التزم إلخ" ولكن يفتي بأنه يجب عليه في ما بينه وبين الله القضاء، وقال أبو يوسف: يقضى على المسلم، لعدم القضاء كما في "الهداية" قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. (ف)

(٣) أي المغصوب.

(٤) فلا يحكم بالرد. (ب)

(٥) لأن دار الحرب دار قهر وغلبة. (ب)

(٦) قوله: "على ما بيناه" وذلك لأن غصب مال الحربي استيلاء عليه، والاستيلاء على مال الحربي يوجب الملك لمن استولى عليه، مسلمًا كان المستولى أو حربيًا، فإن الروم إذا غلبوا على الترك، وأخذوا أموالهم ملكوا.(د)

(٧) لا يقضى بشيء.

(٨) إشارة إلى ما قبله من أن القضاء يعتمد الولاية.

(٩) أي الدين.

(١٠) قوله: "والولاية ثابتة" حال الإسلام، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر ليقضى لأحدهما دون الآخر، فسوّينا بينهما، وعلى قول أبي يوسف: لا يحتاج إلى هذا؛ إذ يقضى للحربي على المسلم عنده، كما ذكرنا. (ف)

(١١) من أنه صادف ملكًا غير معصوم فيملكه.

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، فغصب حربيًا[١]، ثم خرجا مسلمين[٢] أُمر برد الغصب[٣]، ولم يُقض عليه أما عدم القضاء، فلما بينا[٤] أنه ملكه، وأما الأمرُ بالرد -ومراده الفتوى به[٥]- فلأنه فسد الملكُ[٦]؛ لما يقارنه من المحرم، وهو نقض العهد.

وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان، فقتل أحدُهما صاحبه عمدًا، أو خطأً، فعلى القاتل الدية في ماله[٧]، وعليه الكفارة في الخطأ[٨]، أما الكفارة: فلإطلاق الكتاب[٩]، والدية[١٠] لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل[١١] بعارض الدخول بالأمان، وإنما لا يجب القصاص[١٢] لأنه لا يمكن استيفاءه إلا بمنَعَة، ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين، ولم يوجد ذلك في دار الحرب[١٣]، وإنما تجب الدية في ماله في

(١٢) قوله: "ولا خبث في ملك الحربي" لأن سبب الملك هو الاستيلاء، وهو على مال مباح؛ إذا لم يتضمن غدراً. (د)

(١) أي مال حربي حذف المضاف.

(٢) قوله: "مسلمين" هذا الحكم ليس بمنحصر به، بل إذا خرج الحربي مستأمنًا، فالحكم كذلك أيضًا. (ك)

(٣) أي ديانة. (ب)

(٤) لكونه مالا غير معصوم.

(٥) الظاهر أن الضمير راجع إلى محمد.

(٦) ولهذا يؤمر بالرد ديانة.

(٧) قوله: "فعلى القاتل الدية في ماله [أي القاتل دون العاقلة]" يعني في العمد والخطأ كليهما، هكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ، وذكر قاضي خان أن هذا قول أبي حنيفة. وقالا: عليه القصاص في العمد؛ لأنه قتل شخصًا معصومًا ليس من أهل دار الحرب، فيجب بقتله ما يجب به في دار الإسلام، وله أن تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة، فتكثيره من وجه يورث الشبهة، فيسقط القصاص. (ع)

(٨) قوله: "في الخطأ" التقييد به؛ لأنه لا كفارة في العمد عندنا. (ب)

(٩) قوله: "فلإطلاق الكتاب" وهو قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الآية، لم يقيد بـ[illegible] الإسلام. (ك)

(١٠) أي وجوب الدية.

(١١) قوله: "لا تبطل" لأنه لما كان على قصد الرجوع، كان كأنه في دار الإسلام تقديراً. (عناية)

(١٢) يعني القياس كان وجوب القصاص في العمد، لكنه إنما لم يجب؛ لأنه لا يمكن إلخ.

(١٣) فلا فائدة في وجوبه. (ب)

العمد[١]؛ لأن العواقل[٢] لا تَعْقل العمد، وفي الخطأ لأنه لا قدرة[٣] لهم على الصيانة مع تباين الدارين، والوجوب عليهم على اعتبار تركها.

وإن كانا[٤] أسيرين[٥]، فقتل أحدُهما صاحبه؛ أو قتل مسلم تاجر أسيرًا، فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة.

وقالا[٦]: في الأسيرين الديةُ في الخطأ، والعمد؛ لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر، كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه[٧]، وامتناعُ القصاص[٨] لعدم المنعة، وتجب الدية في ماله لما قلنا[٩].

ولأبي حنيفة[١٠] أن بالأسر صار تبعًا لهم بصيرورته مقهورًا في أيديهم، ولهذا[١١] يصير مقيمًا بإقامتهم، ومسافرًا بسفرهم، فيبطل به الإحراز أصلا[١٢]، وصار كالمسلم[١٣] الذي لم يهاجر إلينا، وخص الخطأ

(١) أي لا على العاقلة، كما إذا كان القتل خطأ في دار الإسلام، فإنها ح تجب على العاقلة.

(٢) قوله: "لأن العواقل إلخ" الحاصل أن عدم وجوب الدية على العاقلة في العمد ظاهر، فإن العواقل إنما تعقل في الخطأ، لا في العمد، كما مر في موضعه. وأما في الخطأ: فلأن وجوب الدية عليهم إنما هو باعتبار أنهم تركوا صيانة القاتل عن مثل هذا الفعل، وهذا الأمر مفقود في ما نحن فيه لتباين داري القاتل والعاقلة، فإن العاقلة في دار الإسلام، والقاتل في دار الحرب، فلا يوجد ههنا منهم تقصير حتى يجب الدية عليهم. (عبد)

(٣) قوله: "لا قدرة" قد يقال: هذا تعليل بمقابلة النص يعني قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً﴾ الآية، وجوابه ظاهر؛ لأن النص إنما يدل على وجوب الدية، ونحن نقول به، ووجوبها على العاقلة، إنما يثبت بدلائل ظنية لم توجد ههنا. (د)

(٤) أي المسلمان الداخلان دارهم.

(٥) أسرهما الكفار من دارنا.

(٦) قوله: "وقالا إلخ" قياس ما نقله قاضي خان أن يقولا بوجوب القصاص في العمد في الأسيرين أيضًا. (ف)

(٧) إشارة إلى قوله: إن العصمة الثابتة بالإحراز إلخ. (عناية)

(٨) كما مر في المسألة السابقة.

(٩) إشارة إلى قوله: لأن العواقل إلخ. (عناية)

(١٠) يعني أهل الحرب أصول وهم غير معصومون، فكذا الفروع.

(١١) أي لكونه تبعًا لهم.

(١٢) قوله: "فيبطل به [أي إشارة إلى قوله: لأن العواقل إلخ. عناية] الإحراز أصلا" فلم يثبت العصمة

بالكفارة[(١)] لأنه لا كفارة فى العمد عندنا[(٢)].

فصل[(٣)]

قال: وإذا دخل الحربى إلينا مستأمنًا لم يمكن[(٤)] أن يقيم فى دارنا سنةً، ويقول له الإمام: إن أقمت تمام السنة، وضعتُ عليك الجزية.

والأصل أن الحربى لا يمكن من إقامة دائمة فى دارنا إلا بالاسترقاق، أو الجزية؛ لأنه يصير عينًا[(٥)] لهم، وعونًا[(٦)] علينا[(٧)]، فتلتحق المضرةُ

المقومة، فلم يجب الدية بخلاف الكفارة، فإنها بناء على العصمة المؤثمة، وهى بالإسلام. (ب)

(١٣) قوله: "وصار كالمسلم الذى لم يهاجر إلينا" الجامع كون كل واحد منهما مقهورًا فى أيديهم، بخلاف المستأمن؛ لأنه يمكن له الخروج. (ب)

(١) أى فى المتن.

(٢) قوله: "عندنا [خلافًا للشافعى]" احتراز عن قول الشافعى، فإنه يقول فى العمد: يجب الكفارة، كما فى الخطأ؛ لأن الله تعالى أوجبها فى الخطأ صراحةً حيث قال: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ إلى أن قال: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ الآية. ومن المعلوم أن قتل الخطأ أهون من قتل العمد، فإن فى الخطأ لا يكون قتله مقصودًا للقاتل، بل يكون ذلك لجهة عرضة، وفى العمد يقصد ذلك صراحة، أو دلالة بأن يقتله بمحدد، فإنه دال على أنه قصد قتله، فلما وجب الكفارة فى الخطأ وجب فى العمد بالطريق الأولى، فكان ثبوت الكفارة فى الخطأ بطريق عبارة النص، وفى العمد بطريق دلالة النص.

ونظيره قوله تعالى: ﴿فلا تقل لهما أف﴾ منع الله تعالى أن يقول للوالدين: أف لكما، وليس سببه إلا أنه يؤذيهما، وإيذاءهما حرام. ومن المعلوم أن لإيذاء فى الضرب والشتم فوق الإيذاء فى أف، فيكون كل منهما وأمثالهما أيضًا حرامًا بدلالة نص الأف. ونحن نقول: الكفارة أمر دائر بين العبادة والعقوبة، فإنها من حيث إنها شرعت بارتكاب أمر منهى عنه كاليمين الكاذب، وقتل خطأ ونحوهما عقوبة، ومن حيث إنها تتأدى بعبادات كالصوم وإطعام المساكين، وتحرير رقبة عبادة، فلا بد أن تكون شرعيته فى أمر يكون دائرا بين العبادة والعقوبة؛ ليكون العقوبة مطابقة لما عوقب عليه، ولا كذلك إلا قتل الخطأ، فإنه من حيث إنه نفذ السهم إلى المقتول، فقتله عقوبة ومنهى عنه، ومن حيث إنه لم يقصد ذلك، بل وقع ذلك مجانًا مباح، فوجبت الكفارة التى هى دائرة بين أمرين. بخلاف قتل العمد، فإنه منهى عنه نهيا خالصا، لا شوب فيه للإباحة، لا من طريق القصد، ولا من طريق آلة القتل، فوجب أن لا تجب فيه الكفارة التى هى أمر دائر بين أمرين، بل جزاءه جهنم ماكثًا فيها مكثًا طويلا إلا أن يتوب فيتوب الله تعالى عليه، هذا خلاصة ما فى "التوضيح والتلويح" وغيرهما، وللتفصيل موضع آخر. (عبد)

(٣) هذا فصل فى بيان حكم المستأمن من اهل الحرب.

(٤) مضارع مجهول من التمكين.

(٥) أى جاسوسًا للكفار.

(٦) العون الظهير للأمر، والجمع الأعوان.

(٧) على ههنا للضرر.

بالمسلمين، ويمكّن من الإقامة اليسيرة؛ لأن في منعها قطع المِيرة[١] والجَلَب، وسدّ باب التجارة، ففصّلنا بينهما[٢] بسنة؛ لأنها مدةٌ تجب فيها الجزية، فيكون الإقامة لمصلحة الجزية، ثم إن رجع بعد مقالة الإمام[٣] قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه[٤]، وإذا مكث سنة فهو ذمّي[٥]؛ لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام إليه[٦] صار ملتزمًا للجزية، فيصير ذميًا، وللإمام[٧] أن يوقّت في ذلك ما دون السنة[٨] كالشهر والشهرين.

وإذا أقامها بعد مقالة الإمام، يصير ذميًا لما قلنا[٩]، ثم لا يُتْرَكُ أن يرجع إلى دار الحرب؛ لأن عقد الذمة لا ينقض[١٠] كيف وإن فيه قطع الجزية؟ وجعل ولده حربًا علينا[١١]، وفيه مضرّةٌ بالمسلمين.

فإن دخل الحربي دارنا بأمان، فاشترى أرض خراج، فإذا وضع عليه[١٢] الخراج، فهو ذمّي[١٣]؛ لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس[١٤]،

(١) قوله: "قطع الميرة" بكسر الميم وسكون الياء: الطعام من مار يمير، والجلب أي وقطع الجلب بفتحتين: وهو كل شيء يجلب من إبل، وخيل، وغنم وغيرها من الحيوانات، وسد باب التجارة أي في منع المدة اليسيرة سد باب التجارة أيضًا. (ب)

(٢) أي بين المدة الكثيرة والقليلة.

(٣) أي بعد قول الإمام له: إن أقمت سنة وضعت عليك الجزية. (ب)

(٤) أي لا يمكن من الرجوع. (ب)

(٥) فلا يمكن له العود إلى داره. (ب)

(٦) قوله: "بعد تقدم الإمام إليه" يقال: تقدم إليه الأمير هكذا، وفي كذا إذا أمره به. (عناية)

(٧) قوله: "وللإمام إلخ" يعني أن تقدير الحول ليس بلازم، بل لو قدر الإمام أقل من ذلك على حسب ما يراه جاز، لكن إن لم يقدر له مدة، فالمعتبر هو الحول، فإذا قام بعد ذلك في دارنا يصير ذميًا. قال قاضي خان: فإذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة، كان عليه الخراج؛ لأنه إنما يصير ذميًا بمجاوزة المدة المضروبة، فيعتبر الحول بعد ما صار ذميًا إلا أن يكون شرط عليه أنه إذا جاوزت السنة، يأخذ الخراج، فح يأخذ منه. (عناية)

(٨) أي في ضرب المدة. (ب)

(٩) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام، صار ملتزمًا. (ع)

(١٠) لأنه خلف عن الإسلام، وهو لا ينتقض. (ب)

(١١) بطريق التوالد والتناسل.

(١٢) قوله: "فإذا وضع عليه" المراد بوضعه التزام خراج الأرض بمباشرة سببه، وهو الزراعة، أو تعطيلها عنه

فإذا التزمه صار ملتزمًا المقام فى دارنا .

أما بمجرد الشراء[1] لا يصير ذميًا لأنه قد يشتريها للتجارة، وإذا لزمه خراج الأرض، فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة[2] ؛ لأنه يصير ذميًا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه، وقوله فى الكتاب[3] : فإذا وُضع عليه الخراج فهو ذمى، تصريح بشرط الوضع، فيخرج[4] عليه أحكام جمّة[5]، فلا يُغفل عنه .

وإذا دخلت حربيةٌ بأمانٍ، فتزوجت ذميًا[6] صارت ذمية[7]؛ لأنها التزمت المقام تبعًا للزوج[8]، وإذا دخل حربىٌ بأمانٍ، فتزوج ذمية لم يصر ذميًا؛ لأنه يمكنه أن يطلّقها، فيرجع إلى بلده، فلم يكن ملتزمًا المقام .

مع التمكن منها هو الصحيح. (إله داد)

(١٣) قوله: "فهو ذمى" قال فى "النهاية": وكذلك لو لزمه عشر فى قياس قول محمد بأن اشترى أرضًا عشرية؛ لأنهما جميعًا من مؤن الأرض. (ع)

(١٤) قوله: "بمنزلة خراج الرأس [أى الجزية]" لأن كلا منهما من أحكام دارنا، فلما رضى بوجوب الخراج عليه رضى بأن يكون من أهل دارنا. (ب)

(١) قوله: "أما بمجرد الشراء إلخ" بهذا صرح الكرخى فى "مختصره" ومن المشايخ من قال: يصير ذميًا بمجرد الشراء، ذكره قاضى خان. (ب)

(٢) لا للأيام الماضية.

(٣) أى قول محمد فى "الجامع الصغير".

(٤) قوله: "فيخرج" بصيغة المجهول من التخريج، وقال الإنزارى فى "غاية البيان": على صيغة المبنى للفاعل من باب التفعل يقال: خرجته فتخرج عليه أحكام جمة أى كثيرة، فلا يغفل بصيغة المضارع المجهول عنه أى عن شرط الوضع؛ لأنه إنما تثبت تلك الأحكام بعد وضع الخراج لا قبله. (ب)

(٥) قوله: "أحكام جمة" منها منع الخروج إلى دار الحرب، وجريان القصاص بينه وبين المسلم، وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا أتلفه، ووجوب الدية عليه إذا قتله خطأً، ووجوب كف الأذى عنه، فيحرم غيبته كما يحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من شتمه فى الأسواق ظلمًا وعدوانًا. (ف)

(٦) قوله: "فتزوجت ذميًا" وفى تزوجها المسلم أولى. (ف)

(٧) خلافًا للأئمة الثلاثة. (ب)

(٨) قوله: "تبعًا للزوج" فإن فى يده طلاقها، والمضى عنها بخلافها، فحين أقدمت عليه كانت ملتزمة ما يأتى عنه، ومنه عدم الطلاق، ومنعها من الخروج من داره، فتوضع الخراج عليه. (ف)

ولو أن حربيًا دخل دارنا بأمان، ثم عاد إلى دار الحرب، وترك[١] وديعة عند مسلم، أو ذمي، أو دينًا في ذمتهم، فقد صار دمه مباحًا بالعود؛ لأنه أبطل أمانَه، وما في دار الإسلام من ماله على خطر[٢]، فإن أُسر[٣]، أو ظُهر على الدار فقُتِل سقطت ديونُه، وصارت الوديعة فيئًا[٤].

أما الوديعة: فلأنها في يده تقديرًا لأن يد المودَع كيده[٥]، فيصير فيئًا تبعًا لنفسه[٦]. وأما الدينُ فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة، وقد سقطت[٧] ويد من عليه[٨] أسبق إليه من يد العامة[٩] فيختص به.

وإن قُتِلَ ولم يُظهر[١٠] على الدار[١١]، فالقرض والوديعة لورثته، وكذلك إذا مات[١٢] لأن نفسه لم تصر مغنومةً، فكذلك ماله، وهذا لأن حكم الأمان باقٍ في ماله فيرد عليه، أو على ورثته من بعده[١٣].

---

(١) في دارنا.

(٢) أي تردد.

(٣) تفصيل للتردد.

(٤) أي غنيمة.

(٥) قوله: "لأن يد المودع كيده" هذا منقوض بما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام، وله وديعة عند مسلم في دار الحرب، ثم ظهر على الدار فإنها تكون فيئًا، فلم تكن يد المودع كيد المودع. وأجيب بأن يد المودع كيد المودع إذا اتفقا عصمة وقت الإيداع، وفي صورة النقض ليس كذلك، فإن دار الحرب ليست بدار عصمة.(ع)

(٦) قوله: "فيصير [أي الحربي المودع] فيئًا تبعًا لنفسه" فيوضع في بيت المال لعامة المسلمين في ظاهر الرواية، وعند أبي يوسف أنها يختص به المودع؛ لما ذكره المصنف في الدين. وأما الدين فيسقط عن ذمته؛ لأن ثبوت يده عليه منتفٍ إذ قد صار ملكا للمديون، وإنما هي ثابتة باعتبار المطالبة، وقد سقطت، وإذا تحققت هذا ظهر لك أن اختصاص المديون به ضروري لا يحتاج إلى تعليله بأن سبقت يده إليه. (ف)

(٧) بسبب كونه مقتولا، أو مأسورًا.

(٨) أي مطالبة الحربي عن المديون.

(٩) أي يد كل واحد من الناس لسبق يده. (ب)

(١٠) أي هذا الحربي الذي أودع في دارنا.

(١١) أي دار الحرب.

(١٢) يعني يكون قرضه وديعته لورثته. (ب)

(١٣) لأن يد المودع كيده.

قال[١]: وما أوجف المسلمون عليه[٢] من[٣] أموال أهل الحرب بغير قتال، يُصرف[٤] فى مصالح المسلمين[٥]، كما يصرف الخراج، قالوا[٦]: هو مثل الأراضى التى أجلَوْا أهلها عنها[٧] والجزية[٨]، ولا خمس فى ذلك، وقال الشافعى: فيهما الخمس؛ اعتباراً بالغنيمة. ولنا ما روى[٩] أنه عليه السلام أخذ الجزية[١٠]، وكذا عمر[١١] ومعاذ[١٢]، ووضع فى بيت المال ولم يخمّس*، ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتالٍ، بخلاف الغنيمة لأنه[١٣] مملوك بمباشرة الغانمين، وبقوة المسلمين[١٤] فاستحق الخمس

(١) أى القدورى. (ب)

(٢)قوله: "وما أوجف المسلمون عليه" وجف الفرس، أو البعير عدا، وجيفا وأوجفه صاحبه إيجافًا، وقولهم: ما أوجف المسلمون عليه أى أعملوا خيلهم وركابهم فى تحصيله. (مغرب فى ترتيب المعرب)

(٣) بيانية.

(٤) بل بوقوع الموعب فى قلوبهم. (ع)

(٥) قوله: "فى مصالح المسلمين" من عمارة القناطير والجسور وسد الثغور، وكرى الأنهار العظام التى لا ملك لأحد فيها كجيحون، وأرزاق القضاة والمعلمين والمحتسبين، وحفظ الطريق. (ف)

(٦) أى مشايخنا. (ب)

(٧)قوله: "التى أجلوا أهلها عنها" يقال: أجلى السلطان القوم وجلاهم، يتعدى بلا همز أى أخرجهم. (ف)

(٨) بالجر. (عناية)

(٩) قوله: "ما روى إلخ" فإنه عليه الصلاة والسّلام أخذ الجزية من نصارى نجران، ومجوس هجر، وفرض الجزية على أهل اليمن من كل حالم ديناراً، ولم ينقل عنه فى ذلك أنه خمسه، بل كان بين جماعة المسلمين، ولو كان النقل ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة، ومخالفة ما قضت به العادة باطلة، بل قد ورد فيه خلافه، وإن كان فيه ضعف. أخرجه أبو داود فى "سننه" عن أبى العدى بن عدى الكندى أن عمر بن عبد العزيز كتب على من سأله من مواضع الفيء أن ما حكم فيه عمر بن الخطاب هو أنه فرض الأعطية، وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم لم يضرب بخمس، ولا مغنم. (ف)

(١٠) يعنى من مجوس هجر، كذا قال شيخى.

(١١) أى من أهل السواد. (ب)

(١٢) أى من أهل اليمن. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٣ص١٢٩. (نعيم)

(١٣) أى الغنيمة بتأويل المغنوم. (ب)

(١٤) بإلقاء الرعب فى قلوب الكفار. (ب)

بمعنى[١]، واستحقه[٢] الغانمون بمعنى[٣]، وفى هذا[٤] السبب واحد، وهو ما ذكرناه، فلا معنى لإيجاب الخمس.

وإذا دخل الحربى دارَنا بأمان، وله امرأة فى دار الحرب، وأولاد صغار وكبار، ومالٌ أودع بعضَه ذميًا، وبعضَه حربيًا، وبعضَه مسلمًا، فأسلم ههنا، ثم ظُهر على الدار[٥]، فذلك كله فىء. أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر؛ لأنهم حربيون كبار، وليسوا[٦] باتباع، وكذلك ما فى بطنها لو كانت حاملاً لما قلنا[٧] من قبل، وأما أولادُه الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلمًا تبعًا لإسلام أبيه[٨]، إذا كان فى يده، وتحت ولايته، ومع تباين الدارين[٩] لا يتحقق ذلك، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين، فبقى الكل فيئًا وغنيمة[١٠].

وإن أسلم فى دار الحرب، ثم جاء[١١] فظهر على الدار، فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعًا لأبيهم؛ لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم؛ إذ

---

(١) وهو الرعب.

(٢) أى الباقى.

(٣) هو مباشرتهم القتال. (ب)

(٤) قوله: "وفى هذا" أى فى ما أوجف المسلمون عليه السبب واحد، وهو الرعب بقوة المسلمين؛ لأنه لم يوجد السعى، وهو ما ذكرناه؛ إشارة إلى قوله: لأنه مال مأخوذ إلخ، فلا معنى لإيجاب الخمس. (ب)

(٥) أى فى دار الإسلام. (ب)

(٦) أى البلوغ. (ب)

(٧) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى ما قال فى باب الغنائم بقوله: ولنا أنه جزء فيرق برقها. (ب)

(٨) وههنا أولاده فى دار الحرب، وهو فى دار الإسلام.

(٩) أى دار الإسلام ودار الحرب. (ب)

(١٠) قوله: "فبقى الكل فيئًا وغنيمة" فإن قلت: قوله عليه الصلاة والسلام: «عصموا منى دماءهم وأموالهم» يخالفه، قلت: هذا باعتبار الغلبة يعنى المال الذى فى يده، أو ما هو فى معناه للعرف؛ لأن من داب الشرع بناء الحكم على الغلبة. (ب)

(١١) إلى دار الإسلام.

الدار واحدة. وما كان من مال أودعه مسلمًا[١]، أو ذميًا، فهو له؛ لأنه في يد محترمة ويده كيده، وما سوى ذلك[٢] فيء، أما المرأة وأولاده الكبار، فلما قلنا[٣]، وأما المال الذي في يد الحربي، فلأنه لم يصر معصومًا؛ لأن يد الحربي ليست يدًا محترمة.

وإذا أسلم الحربي في دار الحرب، فقتله مسلم عمدًا أو خطأ، وله ورثة مسلمون هنالك، فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ[٤].

وقال الشافعي: تجب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد؛ لأنه أراق دمًا معصومًا[٥] لوجود العاصم، وهو الإسلام؛ لكونه[٦] مستجلبًا للكرامة، وهذا[٧] لأن العصمة أصلها المؤثمة[٨] لحصول أصل الزجر بها[٩]، وهي ثابتة إجماعًا[١٠]، والمقومة كمال فيه[١١] لكمال الامتناع به،

(١) قوله: "وما كان من مال أودعه إلخ" إنما قيد به لأنه إذا كان غصبًا في أيديهم يكون فيئًا لعدم النيابة، وعند أبي يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيئًا، إلا ما كان غصبًا عند حربي على قياس ما أسلم الحربي في دار الحرب، فلم يخرج حتى ظهر على الدار. فالجواب فيه إن كان وديعة عند حربي، أو غصبًا من مسلم أو ذمي، فهو فيء، وقالا: لا يكون فيئًا، كذا في "الجامع الصغير" لفخر الإسلام. (ك)

(٢) قوله: "وما سوى ذلك" أشار به إلى المرأة وأولاده الكبار، والمال الذي غصبه مسلم أو ذمي، وما كان مودعًا عند حربي. (ب)

(٣) إشارة إلى قوله: حربيون كبار، وليسوا باتباع. (عناية)

(٤) قوله: "إلا الكفارة في الخطأ" هذه هي الرواية المشهورة عن أبي يوسف وأبي حنيفة، وفي "الجامع الصغير" وغيره، وروى عن أبي حنيفة أنه قال: لا دية عليه، ولا كفارة من قبل أن الحكم لم يجر عليهم. (ب)

(٥) قوله: "لأنه أراق إلخ" تحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة، فيتعلق بماله أثر في استحقاق الكرامات، وهو الإسلام؛ إذ به يحصل السعادة الأبدية، لا بالدار التي هي جماد لا أثر لها في استحقاق الكرامة.(ع)

(٦) أي لكون الإسلام جالبًا للكرامة وموجبًا لها.

(٧) قوله: "وهذا" أي وجوب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد، إنما كان مبنيًا على وجوب العاصم الذي هو الإسلام؛ لأن العصمة إلخ. (عناية)

(٨) قوله: "أصلها المؤثمة" فإن من علم أنه يأثم بالقتل ينزجر عنه نظرًا إلى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال. (عناية)

(٩) أي بالعصمة المؤثمة.

(١٠) قوله: "إجماعًا" إذ لا قائل بالفصل، وبعدم الإثم على من قتل مسلمًا في أيّ موضع كان. (ع)

فيكون وصفًا فيه، فيتعلق بما علق به الأصل[(١)].

ولنا قوله تعالى[(٢)]: ﴿فإن كان[(٣)] من قوم عدو لكم وهو[(٤)] مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الآية، جعل[(٥)] التحرير كل الموجَب رجوعًا إلى حرف

---

(١١) قوله: "كمال فيه [أي في أصل العصمة]" وذلك لأنه إذا وجب الإثم والمال، كان ذلك أكمل، وأتم في المنع من الذي وجب فيه الإثم. (ك)

(١) قوله: "بما [وهو الإسلام] علق به الأصل [أي المؤثمة]" أي تتعلق المقومة بالإسلام كما تتعلق المؤثمة به، فيجب الدية، والكفارة في قتل الحربي الذي أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا. (كفاية)

(٢) قوله: "ولنا قوله تعالى إلخ" توضيحه: أن الله تعالى قال في سورة النساء: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الآية، يعني من قتل أحدًا من المؤمنين خطأً غير قاصد قتله بأن رمى سهمًا إلى صيد فوصله، ونحو ذلك، فعليه جزاءه شيئان: أحدهما: تحرير رقبة مؤمنة، ولا يجزئ كافرة، فإن لم يستطع على تحرير رقبة كذلك، فعليه صيام شهرين متتابعين. وثانيهما: أداء دية مسلمة إلى أهل المقتول إلا أن يعفو أولياء المقتول القاتل، فح يسقط عنه الدية، فقد جعل الله تعالى في هذه الآية تحرير رقبة جميع الموجب، فلا بد أن لا يجب غيره.

والدليل على أنه جعل كل الموجب أمران: أحدهما: أنه تعالى قال: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ بحرف الفاء، والفاء للجزاء، والجزاء في اللغة بمعنى الكفاية، فيعلم أن التحرير كاف لا موجب غيره، كذا قرره جماعة من الشراح، وفيه نظر فإن الفاء ليست موضوعة لكلمة الجزاء التي بمعنى الكفاية حتى يستفاد منها كفاية ما ذكر.

فالأولى أن يقرر بأن الفاء موضوع للجزاء، فكأن الله تعالى قال: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأً فجزاءه تحرير رقبة مؤمنة﴾، فكان لفظ الجزاء مقدرًا في الكلام مأخوذًا من حرف الفاء، والجزاء بمعنى الكفاية، فأفاد أنه الكافي، فإن قلت: قد يكون لشيء واحد جزاءان، أو أجزية. قلت: لا كلام في ذلك، وإنما الكلام في أنه تعالى لما جعل التحرير جزاء للقتل، ولم يذكر غيره، أفاد أن هذا الجزاء المذكور هو الكافي، ولو كان له جزاء آخر لم يصح جعله التحرير جزاء؛ لأنه ح لا يصح أن يقال للتحرير الذي هو أحد الأجزية: إنه جزاء أي كاف للقتل.

وثانيهما: أنه تعالى ذكر في جزاء القتل التحرير فقط، ولم يذكر غيره، فصار كل المذكور، وأفاد أنه الجزاء لا غير؛ لأنه لو كان له جزاء غيره أيضًا لذكره أيضًا؛ لأن المقام مقام البيان والإيضاح، ومن المعلوم أن السكوت في معرض البيان بيان، ولعلك تتفطن من ههنا الفرق بين التقريرين، وهو أن التقرير الأول مبني على لفظ الفاء.

والثاني مبني على كونه مذكورا دون غيره مع قطع النظر عن إطلاق الجزاء عليه، والمقصود منهما واحد، وهو إثبات التحرير للقتل فقط، وانتفاء غيره هذا. (مولوى محمد عبد الحي نور الله مرقده)

قوله: "ولنا قوله تعالى إلخ" قال الله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأً﴾ استثناء منقطع أي لكن إن وقع خطأً ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾ أي فعليه إعتاق رقبة مؤمنة وكفارة ﴿ودية مسلمة إلى أهلها﴾ أي أهل القتيل الذين يرثونه إلا أن يصدقوا أي يتصدقوا بالدية، ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾ أراد به إذا كان الرجل في دار الحرب منفردًا مع الكفار، وهو مسلم، فقتله من لا يعلم إسلامه، فلا دية عليه، وعليه الكفارة. (معالم التنزيل)

(٣) أي المقتول. (ف)

(٤) الواو حالية.

(٥) أي الله تعالى.

الفاء[١]، أو إلى كونه كل المذكور[٢]، فينتفى غيره، ولأن العصمة المؤثمة[٣] بالآدمية[٤]؛ لأن الآدمى خُلق متحملا أعْبَاء[٥] التكليف، والقيام بها بحرمة التعرض، و الأموالُ تابعة لها[٦].

أما المقومة فالأصل فيها الأموال؛ لأن التقوم يؤذن[٧] بجبر الفائت، وذلك[٨] فى الأموال دون النفوس؛ لأن من شرطه التماثل، وهو فى المال

(١) قوله: "رجوعًا إلى حرف الفاء" قرره صاحب "العناية" و "الكفاية" وتبعهما العينى فى "البناية" بأن الفاء للجزاء، وهو اسم لما يكون كافيًا يقال: جزى أى كفى، فعلم أن تحرير الرقبة كافٍ فى كونه موجبًا.

وردّهم ابن الهمام، ونسب هذا التقرير إلى السهو؛ لأن المراد بقول النحاة: الفاء للجزاء أنها دالة على أن ما بعدها مسبب عما قبلها، فسمى السبب جزاء اصطلاحًا، لا أن الفاء موضوع للفظ الجزاء الذى هو بمعنى الكفاية لغةً، كما لا يخفى. وعندى أنه ليس المراد من قولهم: الجزاء بمعنى الكفاية أن لفظ الجزاء الموضوع له للفاء بمعنى الكفاية، فينتفى غيره حتى يرد عليه ما أورده ابن الهمام، ويكون تقريرهم سهوًا، بل غرضهم أن الفاء ههنا لبيان جزاء القتل، فمعنى قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ فجزاءه تحرير رقبة، والجزاء بمعنى الكفاية إلخ، هذا غاية ما يقال لتصحيح الكلام، والعلم عند العزيز العلام. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٢) قوله: "أو إلى كونه كل المذكور" لأنه لم يذكر غيره، وذلك يقتضى انتفاء غيره؛ لأن قصد الشارع فى مثله إخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة، ولا يتحقق ذلك إلا ببيان كل الحكم بلا إخلال، فلو كان غيره من تتمة الحكم لذكره. (عناية)

(٣) قوله: "ولأن العصمة إلخ" دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية فى دار الحرب، ومشتمل على بيان أن المقومة ليست بوصف كمال فى العصمة المؤثمة حتى تكون تابعة لها.

وبيان ذلك أن الآدمى خلق متحملا لأعباء التكاليف أى بإتيانها، ومن خلق لشىء وجب عليه القيام به، فالآدمى وجب عليه القيام بأعباء التكاليف، والقيام بها بحرمة التعرض أى إنما يتحقق له القيام بها إذا كان التعرض له حراما، فالآدمى وجب أن يكون حرام التعرض مطلقًا إلا أن الله تعالى أبطل ذلك فى الكافر بعارض الكفر، فإذا زال الكفر بالإسلام، عاد إلى الأصل، والأموال تابعة لها أى للآدمية التى تثبت العصمة المؤثمة؛ لأنها خلقت فى الأصل مباحة، وإنما صارت معصومة لتمكن الآدمى من الانتفاع بها فى حاجته. (عناية)

(٤) لا بوصف الإسلام، كما زعمه الخصم. (ن)

(٥) أى لأثقاله جمع عبء بالكسر. (عناية)

(٦) فوجوب الكفارات تبعًا للزجر.

(٧) أى يشعر.

(٨) قوله: "وذلك" أى جبر الفائت فى الأموال دون النفوس؛ لأنه إنما يحصل بالمثل صورة ومعنى، أو معنى فقط، ولا مماثلة بين النفوس، وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف فى الأصول، فكانت النفوس تابعة للأموال فى العصمة، ومن ههنا علم أن المؤثمة أصل مستقل فى شىء، والمقومة أصل مستقل فى شىء آخر، وليس أحدهما بكمال الآخر، ولا وصف زائد عليه. (عناية)

دون النفس، فكانت النفوس تابعة[١]، ثم العصمة المقومة[٢] فى الأموال بالإحراز بالدار[٣]؛ لأن العزة بالمنعة[٤]، فكذلك فى النفوس إلا أن الشرع[٥] أسقط اعتبار منَعة الكفَرة؛ لما أنه أوجب إبطالها[٦]، والمرتد[٧] والمستأمن فى دارنا من أهل دارهم حكمًا لقصدهما الانتقال إليها[٨].

ومن قتل مسلمًا خطأً لا ولى له، أو قتَل حربيًا دخل إلينا بأمان، فأسلم، فالدية على عاقلته[٩] للإمام، وعليه[١٠] الكفارة؛ لأنه قتل نفسًا معصومةً خطأً، فيعتبر بسائر النفوس المعصومة، ومعنى قوله[١١] للإمام: إن حق الأخذ له؛ لأنه لا وارث له.

وإن كان عمدًا، فإن شاء الإمام[١٢] قتله، وإن شاء أخذ الدية؛

---

(١) للأموال.

(٢) مبتدأ.

(٣) خبر، لأنها عزة، والعزة بالمنعة.

(٤) قوله: "بالمنعة [فلا يجب القصاص والدية فى ما نحن فيه]" أى بمنعة المسلمين؛ لأن التقويم ينبئ عن خطر المحل، وهو إنما يثبت إذا كان ممنوعًا عن الأخذ، فإن ما تصل إليه الأيدى بلا منازع لا يكون خطيرا كالماء والتراب، فعلقنا التقويم بالإحراز. (ع)

(٥) قوله: "إلا أن الشرع إلخ" جواب من قال: المسلم الذى أسلم فى دار الحرب له منعة أيضًا، وهم الكفار. (ك)

(٦) قوله: "لما أنه أوجب إبطالها" أى أن الشرع سلطنا على إبطال منعة الكفرة، وإذا لم توجد المنعة لا يوجب الإحراز، وإذا لم يوجد الإحراز لا يوجد المقومة، فلا تجب الدية. (ب)

(٧) قوله: "والمرتد والمستأمن إلخ" جواب عما يقال: إن المرتد والمستأمن محرز بدار الإسلام، فيجب أن يتقوما، وليس كذلك حتى لا يجب الدية بقتلهما. (ب)

(٨) أى إلى دار الحرب.

(٩) قوله: "فالدية على عاقلته [أى القاتل]" وفى بعض النسخ: العاقلة، ووجهه: أما فى المسلم: فلقوله تعالى: ﴿من قتل مؤمنًا خطأً﴾ الآية، وأما فى المستأمن: فلأنه لما أسلم صار من أهل دارنا، فصار حكمه حكم سائر المسلمين. (ب)

(١٠) أى القاتل.

(١١) أى قول محمد.

(١٢) أى بطريق الصلح. (ك)

لأن النفس معصومة، والقتل عمد، والولى معلوم، وهو العامة، أو السلطان[١] قال عليه السّلام[٢]: «السلطان ولى من لا ولى له»*.

وقوله[٣]: وإن شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح؛ لأن موجب العمد، وهو القودُ[٤] عينًا، وهذا[٥] لأن الدية أنفع فى هذه المسألة من القود، فلهذا كان له ولاية الصلح على المال.

فليس له[٦] أن يعفو؛ لأن الحق للعامة[٧]، وولايته[٨] نظرية[٩]، وليس من النظر إسقاطُ حقهم من غير عوض.

باب العشر والخراج[١٠]

قال[١١]: أرض العرب كلها أرض عشر، وهى[١٢] ما بين العُذيب[١٣]

(١) قوله: "أو السلطان" اعترض عليه بأن التردد فى من له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما فى المكاتب إذا قتل عن وفاء، وله وارث، وأجيب بأن الإمام ههنا نائب عن العامة، فصار كأن الولى واحد، بخلاف مسألة المكاتب. (عناية)

(٢) أخرجه أبو داود. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٧، ولم يخرّج الحافظ ابن الحجر فى الدراية. (نعيم)

(٣) أى محمد.

(٤) القصاص.

(٥) أى جواز أخذ الدية. (ب)

(٦) أى للإمام.

(٧) أى عامة الناس.

(٨) أى الإمام.

(٩) ولا نظر فى العفو. (ب)

(١٠) قوله: "باب العشر والخراج" لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما يعرضه من الوظائف المالية إذا صار ذميا، وهو فى أرضه ورأسه، وفى تفاريعهما كثرة، فأوردهما في بابين، وقدم ذكر العشر؛ لأن فيه معنى العبادة، وهو لغة جزء واحد من العشرة. والخراج ما يخرج من نماء الأرض، أو نماء الغلام، وسمى به ما يأخذه السلطان من وظيفة الأرض والرأس، وحدد الأراضى العشرية والخراجية أولاً لأنه أضبط، فقال: أرض العرب كلها إلخ. (ف)

(١١) أى القدورى

إلى أقصى حِجرَ باليمن[١] بمَهرة[٢] إلى حد الشام، والسوادُ أرضُ خراج، وهو ما بين العُذَيب إلى عَقَبَة حُلْوان، ومن الثَّعْلبية. ويقال: من العلث إلى عبّادان[٣]؛ لأن النبى عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا[٤] الخراج من أراضى العرب*، ولأنه بمنزلة الفىء، فلا يثبت فى أراضيهم[٥] كما لا يثبت فى رقابهم، وهذا[٦] لأن وضع الخراج من شرطه أن يُقَرَّ أهلُها عَلى الكفر، كما فى سواد العراق،

(١٢) قوله: "وهى" أى أرض العرب، وفى بعض النسخ وهو قال الإنزارى: ذكره بالنظر إلى خبره ما بين عذيب بضم العين المهملة وفتح الذال المعجمة وبالباء الموحدة ماء التميم إلى أقصى حجر باليمن، وهو بفتحتين يعنى الصخر؛ لأنه وقع فى أمالى أبى يوسف الصخر موضع الحجر. ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم، و فسره بالجانب، فقد حرف بمهرة إلى حد الشام بفتح الميم وسكون الهاء اسم قبيلة، أو رجل ينسب إليها الإبل المهرية، وسمى ذلك المقام به، فيكون بدلا من قوله: باليمن، وهذا طول أرض العرب. وأما عرضها فمن رمل عالج إلى مشارق الشام أى قراها، والسواد أرض خراج أى أرض سواد العراق أى قراها به صرح التمرتاشى، وسمى السواد به لخضرة أشجاره وزروعه، وهو أى السواد ما بين العذيب إلى عقبة حلوان بضم الحاء اسم بلد.

وقال الإنزارى: المراد من السواد المذكور سواد كوفة، وهو سواد العراق وحده من العذيب إلى عقبة حلوان عرضاً، ومن العلث إلى عبادان طولا. وقال المصنف: ومن الثعلبية، ويقال: من العلث بفتح العين وسكون اللام وبالثاء المثلثة قرية موقوفة على العلوية، وهو أول العراق شرقى دجلة إلى عبادان بفتح العين وتشديد الباء الموحدة حصن صغير على شط البحر.

قال الإنزارى: ما قيل: إنه من الثعلبية إلى عبادان، فغلط؛ لأنها من منازل البادية بعد العذيب بكثير. (ب)

(١٣) أى إلى آخر جزء من أجزاء اليمن. (ف)

(١) قوله: "إلى أقصى حجر باليمن" هذا طولها، ومن يبرين والدهناء ورمل عالج أسماء مواضع إلى مشارق الشام وعرضها. (عناية)

(٢) بدل من قوله: باليمن. (عناية)

(٣) قوله: "إلى عبادان" جزيرة مشهورة تحت البصرة مقصودة للزيارة، وكان قديماً من ثغور المسلمين، ويروى فى فضائلها أحاديث غير ثابتة، كذا قال الحازمى فى "المؤتلف والمختلف"، والعذيب منزل لحاج العراق قريب من الكوفة، وهو حد السواد. (تهذيب الأسماء واللغات للنووى)

(٤) قوله: "لم يأخذوا [ليس له أصل فى كتب الحديث] الخراج من أراضى العرب [والأرض لا تخلو من أحد الحقين، فعلم أنها عشرية. ب]" لأنه لو فعله لقضت العادة بنقله، ولو بطريق ضعيف، فلما لم ينقل دل قضاء العادة على أنه لم يقع. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٤ ص١٣٠. (نعيم)

(٥) أى العرب.

(٦) أى عدم وضعه على العرب. (ب)

ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف[١]، وعمر حين فتح السواد[٢] وضع الخراج عليها[٣] بمحضر من الصحابة، ووضع على مصر[٤] حين افتتحها عمرو ابن العاص، وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام[٥].

قال[٦]: وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها، وتصرفهم فيها؛ لأن الإمام إذا فتح أرضا عَنْوَةً وقهراً[٧]، له أن يقر أهلها عليها، ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج، فتبقى الأراضي مملوكة لأهلها، وقد قدمناه[٨] من قبل.

قال: وكل أرض أسلم أهلُها، أو فتحت عَنْوة، وقُسِمَتْ بين الغانمين، فهي أرض عشر؛ لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم، والعشر أليق به؛ لما فيه من معنى العبادة[٩]، وكذا هو أخفّ حيث يتعلق[١٠] بنفس الخارج. وكل أرضٍ فُتحت عَنْوةً، فأقر أهلُها عليها، فهي أرض خراج، وكذا إذا صالحهم؛ لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر، والخراج[١١]

(١) كما ثبت في بعض الأحاديث.

(٢) كان فتحه علي يد سعد بن أبي وقاص. (ب)

(٣) قوله: "وضع الخراج عليها" قلت: روى أبو عبيد القاسم بن سلام في "كتاب الأموال": عن إبراهيم قال: لما افتتح المسلمون سواد العراق، قالوا لعمر: اقسمه بيننا، فإنا فتحناه عنوة فأبى، وقال: ما لمن جاء بعدكم من المسلمين، فأقر أهل السواد في أراضيهم، وضرب عليهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج، انتهى. (ت)

(٤) قوله: "ووضع على مصر" قلت: رواه ابن سعد في "الطبقات" في ترجمة عمرو. (ت)

(٥) هذا معروف بينهم. (ف)

(٦) أي القدوري.

(٧) عطف تفسير. (ب)

(٨) أي في باب قسمة الغنائم. (ب)

(٩) ولهذا يصرف مصرف الصدقات. (ب)

(١٠) لا بالتمكن كما في الخراج.

(١١) قوله: "والخراج أليق" لأن فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة، وإن لم يزرع. (ف)

أليق به، ومكة مخصوصة من هذا، فإن رسول الله عليه السلام[١] فتحها عنوةً، وتركها لأهلها، ولم يُوظّف الخراج*.

وفي "الجامع الصغير"[٢]: كل أرض فتحت عنوةً، فوصل إليها ماء الأنهار، فهي أرض خراج[٣]، وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستُخرج منها عينٌ، فهي أرض عشر؛ لأن العشر يتعلق بالأرض النامية، ونماءها بماءها، فيعتبر السقي بماء العشر، أو بماء الخراج.

قال[٤]: ومن أحيا أرضًا مواتًا، فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها، فإن كانت من حيز أرض الخراج، ومعناه[٥] بقربه، فهي خراجية، وإن كانت من حيز أرض العشر، فهي عشرية.

والبصرة عنده[٦] كلها عشرية بإجماع الصحابة[٧]؛ لأن[٨] حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يُعْطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به[٩]. وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامِرِ[١٠]، وكان القياس في

(١) قلت: أخرجه البخاري ومسلم. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٣٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٥ص١٣٠. (نعيم)

(٢) قوله: "وفي الجامع الصغير" قد علم من عادة المصنف أنه إذا وقعت مخالفة بين القدوري و"الجامع الصغير" بزيادة أو نقصان يقول بعد لفظ القدوري، وفي "الجامع الصغير" إلخ، وههنا المخالفة ظاهرة. (ف)

(٣) قوله: "فهي أرض خراج" سواء قسمت بين الغانمين، أو أقر أهلها عليها، ولهذه الفائدة ذكر لفظ الجامع. (ع)

(٤) أي القدوري.

(٥) أي معنى قول القدوري. (ب)

(٦) أي عند أبي يوسف.

(٧) كذا ذكره أبو عمرو بن عبد البر. (ف)

(٨) هذا دليل لمذهب أبي يوسف. (ب)

(٩) قوله: "حتى يجوز إلخ" أي حتى يجوز لصاحب الدار الانتفاع بفناء داره، وإن لم يكن الفناء ملكًا له لاتصاله بملكه، وقد ذكر في "المبسوط": أنه لو قال المستأجر للأجراء: هذا فنائي ليس لي فيه حق الحفر، فحفروا فيه بئرا، فمات فيه إنسان، فالضمان على الأجراء قياسًا، وفي الاستحسان: لا ضمان؛ لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لهم لإطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب، وربط الدواب وبناء الدكان.

(١٠) قوله: "وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر [آبادى]" وفي بعض النسخ: إحياء ما قرب من العامر؛

البصرة[١] أن تكون خراجية؛ لأنها ن حيز أرض الخراج، إلا أن الصحابة وظّفوا عليها العشر، فتُرك القياس لإجماعهم.

وقال محمد: إن أحياها ببئر حفرها، أو بعينٍ استخرجها، أو ماء دجلة[٢] والفرات، والأنهار العظام التي لا يملكها أحدٌ، فهي عشرية، وكذا[٣] إن أحياها بماء السماء[٤]، وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك[٥]، ونهر يَزْدجَرَد، فهي خراجية؛ لما ذكرنا من اعتبار الماء[٦]؛ إذ هو السبب للنماء، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج[٧] ابتداء على المسلم كرهًا، فيعتبر في ذلك الماء؛ لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامية[٨]. قال: والخراج[٩] الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل

لأن لأهل العامر حق الانتفاع فيما قرب من العامر. (ب)

(١) قوله: "وكان القياس [أي عند أبي يوسف] إلخ" لا يظن في هذا القول التكرار؛ لأن الأول رواية القدوري، وهذا شرح لذلك. (ع)

(٢) قوله: "أو ماء دجلة" هي نهر معروف بالعراق بكسر الدال وسكون الجيم، ولا يدخلها الألف واللام، قال أبو الفتح الهمداني: يجوز أن يكون مشتقة من قولهم: بعير مدجل أي مطلي بالقطران طليًا كثيرًا، وبذلك سمي الدجال؛ لأنه مطلي بالكفر والعناد، ويجوز أن يكون مشتقة بمعنى الكثرة.

والفرات بضم الفاء والتاء الممدودة في الخط في حالتي الوصل والوقف: وهو النهر المعروف بين الشام والجزيرة، وربما قيل: بين الشام والعراق. قال الحازمي في "المؤتلف والمختلف في أسماء الأماكن": مطلع الفرات من بلاد الروم، ومنقطعه في أعمار البصرة. (تهذيب الأسماء واللغات للنووي)

(٣) أي هي عشرية.

(٤) أي المطر النازل من السماء. (عناية)

(٥) قوله: "مثل نهر الملك [وهو على طريق الكوفة من البغداد. عناية]" المراد به كسرى نوشيروان ابن قباد، وكان جميع ملكه سبعا وأربعين سنة، ويزدجرد هو آخر ملوك العجم، وقتل في سنة إحدى وثلاثين في خلافة عثمان. (ب)

(٦) إشارة إلى قوله: لأن العشر يتعلق بالأرض النامية، ونماءها بماء. (عناية)

(٧) قوله: "ولأنه لا يمكن إلخ" علم منه أن المراد بموضوع المسألة أعني قوله: من أحيا أرضا مواتا إلخ المسلم، ولا بد من ذلك إذ لو أحياها ذمي كانت خراجية سواء سقاها عند محمد بماء السماء ونحوه أو لا، وسواء كانت عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج، أو العشر. وظهر منه أيضًا أن كون المسلم لا يبدأ عليه الخراج، كما ذكره محمد في "الزيادات": هو في ما إذا لم يكن له صنع يستدعي ذلك هو السقي بماء الخراج. (ف)

(٨) أي على التزام الخراج. (ب)

جريب[١] يبلغه[٢] الماء قفيز هاشمي[٣] -وهو الصاع[٤] ودرهم- ومن جريب الرطبة[٥] خمسة دراهم، ومن جريب الكَرم المتصل[٦]، والنخيل المتصل عشرة دراهم، وهذا هو المنقول عن عمر[٧]، فإنه بعث عثمان ابن حُنيف حتى يمسح سواد العراق، وجَعَلَ حذيفة مُشرفًا، فمسح فبلغ ستًا وثلاثين ألف ألف جريب، ووضع على ذلك ما قلنا[٨].

وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير، فكان إجماعًا منهم، ولأن المؤن[٩] متفاوتة، فالكرم أخفّها مؤنة[١٠]، والمزارع أكثرُها مؤنة[١١]،

---

(٩) مبتدأ.

(١) قوله: "من كل جريب [موصوف]" هو أرض طولها ستون ذراعا بذراع الملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة، وهي ست قبضات وذراع الملك سبع قبضات، كذا في "المغرب"، وذكر التمرتاشي أن طول الجريب ستون ذراعًا، وعرضه ستون ذراعًا. (ت)

(٢) صفة.

(٣) خبر.

(٤) قوله: "وهو الصاع" قال الإنزاري في "غاية البيان": اعلم أن القفيز الواجب في الخراج مطلق عن قيد الهاشمي، والحجاجي في أكثر نسخ الفقه كالكافي للحاكم الشهيد، والشامل، وشروح "الجامع الصغير". وقال الولوالجي في فتاواه: القفيز هو الحجاجي ثمانية أرطال، وهو صاع رسول الله ﷺ، وكذلك قال في "خلاصة الفتاوى": فإذا كان الحجاجي هو صاع رسول الله ﷺ فكيف يقيده صاحب "الهداية" بالهاشمي، وهو اثنان وثلاثون رطلا. وقال محمد: القفيز قفيز الحجاج، وهو ربع الهاشمي، وهو مثل الصاع الذي كان في عصر رسول الله ﷺ ثمانية أرطال، وقال الإنزاري أيضًا: المراد من القفيز الواجب قفيز ما يزرع فيها، كذا في "شرح الطحاوي"، وقال الإمام ظهير الدين: إنه قفيز من حنطة أو شعير، والمراد من الدرهم درهم وزن سبعة. (ب)

(٥) قوله: "ومن جريب الرطبة" هو بفتح الراء، والجمع رطاب وهو القثاء والبطيخ والبازنجان، وما يجرى مجراه، كذا في "المغرب". (ب)

(٦) قوله: "ومن جريب الكرم [انگور] المتصل" قيد بالاتصال؛ لأنها لو كانت متفرقة في جوانب الأرض، ووسطها مزروعة، لا شيء فيها، بل المعتبر وظيفة عمر في الزرع، ولو كانت الأشجار ملتفة بحيث لا يمكن زرع أرضها فهي كرم، ذكره في "الظهيرية". (ف)

(٧) قلت: رواه أبو عبيد القاسم بن سلام في "كتاب الأموال" وابن أبي شيبة. (ت)

(٨) قوله: "ووضع على ذلك ما قلنا" قال الشارح: إنه سهو بل يقال: ووضع ذلك على ما قلنا أي وضع الخراج، ولا يخفى أن مرجع الإشارة الست وثلاثون ألف ألف أي وضع عليها المقادير التي ذكرناها، ولا ينسب قائل هذا إلى السهو. (ف)

(٩) قوله: "ولأن المؤن" بضم الميم وفتح الهمزة جمع مؤنة بفتح الميم وضم الهمزة، وفي "المغرب": المؤنة الثقل، وقال الجوهري: المؤنة تهمز، ولا تهمز، وهي فعولة، وقال الفراء: هي مفعلة من الأون، وهو التعب

والرّطاب بينهما[١]، والوظيفة تتفاوت بتفاوتها، فجُعل الواجب فى الكرم أعلاها[٢]، وفى الزرع أدناها[٣]، وفى الرطبة أوسطها[٤].

قال[٥]: وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران[٦] والبستان وغيرِه يُوضع عليها بحسب الطاقة[٧]؛ لأنه ليس فيه توظيف عمر، وقد اعتبر الطاقة فى ذلك[٨]، فنعتبرها فيما لا توظيف فيه. قالوا[٩]: ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجبُ نصف الخارج لا يزاد عليه[١٠]؛ لأن التنصيف عين الإنصاف؛ لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين. والبستان كل أرْض يحوطها حائط[١١]، وفيها نخيل متفرقة، وأشجار أُخر، وفى ديارنا[١٢]

والشدة، ويقال: من الأون، وهو الخروج والعدل؛ لأنه ثقل على الإنسان. (ب)

(١٠) قوله: "فالكرم أخفها [أى الأشياء التى وضع عليها الخراج] مؤنة" يعنى وأكثر ريعا؛ لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة. (عناية)

(١١) قوله: "أكثرها مؤنة" لاحتياجها إلى الزراعة، وإلقاء البذر. (ع)

(١) قوله: "والرطاب بينهما [الزرع والكرم]" لأنها تبقى أعوامًا، ولا تدوم دوام الكرم، فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكرم دون مؤنة الزرع. (ع)

(٢) وهو عشرة دراهم.

(٣) أى صاع ودرهم.

(٤) أى خمسة دراهم.

(٥) أى القدورى.

(٦) قوله: "أى كأرض الزعفران. (ب)

(٧) قوله: "بحسب الطاقة" فينظر فى ذلك كله إلى الغلة، فإن لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج غلة الزرع، أو الرطبة يؤخذ خراج الرطبة، أو الكرم يؤخذ خراج الكرم. (ف)

(٨) أى فى التوظيف.

(٩) أى مشايخنا.

(١٠) قوله: "لا يزاد عليه" قال فخر الإسلام البزدوى: ألا ترى إلى أنه قال فى "كتاب العشر والخراج" و"السير الكبير": فى أرض لم يخرج من غلتها إلا قدر قفيزين ودرهمين، وهى جريب أن خراجها قفيز ودرهم، وهذا لأنا لما ظفرنا بهم وسعنا أن نسترقهم ونقسم أموالهم، فإذا مننا عليهم، وقاطعناهم على نصف الخراج، كان التنصيف هو الإنصاف. (ب)

(١١) أى تكون حواليها حيطان.

(١٢) قوله: "وفى ديارنا" أى ديار صاحب "الهداية"، وهى فرغانة، ويقال له: الفرغانى والمرغينانى،

وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها، وترك كذلك؛ لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة[١] من أي شيء كان.

قال[٢]: فإن لم تُطق[٣] ما وُضِعَ عليها نقصهم الإمامُ، والنقصان عند قلة الريع[٤] جائز بالإجماع، ألا ترى إلى قول عمر[٥]: لعلكما[٦] حملتما الأرض ما لا تطيق، فقالا: لا، بل حملناها ما تطيق، ولو زدناها لأطاقت، وهذا[٧] يدل على جواز النقصان. وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد؛ اعتباراً بالنقصان، وعند أبي يوسف: لا يجوز؛ لأن عمر لم يزد حين أُخبر بزيادة الطاقة[٨]. وإن غلب على أرض الخراج الماء[٩]، أو انقطع الماءُ عنها، أو اصطلم[١٠] الزرعَ آفةٌ[١١]، فلا خراج

وفرغانة بفتح الفاء وسكون الراء، ومرغينان من بلاد فرغانة. (ب)

(١) أي من أي جنس كان.

(٢) أي القدوري.

(٣) قوله: "فإن لم تطق [أي الأرض وعدم الإطاقة عبارة عن قلة الريع. ب]" أي بأن لم يبلغ الخارج ضعفه نقص الإمام إلى نصفه، كذا أفاده في "الخلاصة" حيث قال: فإن كانت الأراضي لا تطيق أن يكون الخراج خمسة بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير نصف الخارج، انتهى. وفي هذا لا فرق بين الأراضي التي وظف عليها عمر، أو إمام آخر، ثم نقص أو غيرها، وأجمعوا على أنه لا تجوز الزيادة على وظيفة عمر في الأراضي التي وظف فيها، أو إمام آخر مثل وظيفته إذا زادت الغلة، ذكره في "الكافي".

وأما في بلد أراد الإمام أن يبتدأ فيها التوظيف، فعندهما لا يزيد، وقال محمد: يزيد، وهو قول مالك وأحمد، ورواية عن أبي يوسف. (ف)

(٤) الريع بالفتح النماء والزيادة، والمراد به ههنا الغلة. (ب)

(٥) قوله: "ألا ترى إلى قول عمر إلخ" قلت: أخرجه البخاري في كتاب فضائل الصحابة: عن عمرو ابن ميمون قال: "رأيت عمر قبل أن يصاب بأيام بالمدينة وقف على حذيفة وعثمان بن حنيف، فقال: كيف فعلتما أتخافان أن تكونا حملتما الأرض ما لا تطيق، قالا: حملناها أمراً هي مطيقة له، قال: انظرا أن تكونا حملتما ما لا تطيق، قالا: لا" الحديث بطوله. (ت)

(٦) خطاب لحذيفة وابن حنيف.

(٧) أي قوله: لو زدناها لأطاقت. (ب)

(٨) قوله: "حين أخبر بزيادة الطاقة" قلت: تقدم في الحديث الذي قبله، وروى عبد الرزاق عن إبراهيم قال: جاء رجل إلى عمر فقال: أرض كذا وكذا تطيقون أكثر مما عليهم، فقال عمر: ليس إليهم سبيل. (تخريج الزيلعي)

(٩) فلم يخرج الأرض شيئاً بسبب غلبة الماء، أو انقطاعه.

عليه[١]؛ لأنه فات التمكن[٢] من الزراعة، وهو النماء التقديرى[٣] المعتبر فى الخراج، وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديرى فى بعض الحَول، وكونه نامياً فى جميع الحول شرط، كما فى مال الزكاة[٤]، أو يدار الحكم على الحقيقة[٥] عند خروج الخارج.

قال: وإن عطلها صاحبُها، فعليه الخراج؛ لأن التمكن كان ثابتًا، وهو الذى فوّته[٦] قالوا[٧]: من انتقل إلى أخسّ الأمرين[٨] من غير عذر، فعليه الخراج الأعلى[٩]؛ لأنه هو الذى ضيع الزيادة[١٠]، وهذا يُعرف[١١]،

---

(١٠) قوله: "أو اصطلم" الاصطلام القطع من الأصل أى استأصلته آفة. (ب)

(١١) حر شديد أو برد شديد. (ع)

(١) قوله: "فلا خراج عليه" قال الكاكى: قال مشايخنا ما ذكر فى الكتاب: بأن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما إذا لم يبقَ من السنة مقدار ما يمكن أن يزرع الأرض ثانياً، أما إذا بقى لا يسقط الخراج، ذكره فى "شرح الطحاوى". (ب)

(٢) قوله: "لأنه فات التمكن" وهذا بخلاف الأجر، فإنه يجب بقدر ما كانت الأرض مشغولة بالزرع؛ لأن الأجر عوض المنفعة، فبقدر ما استوفى يجب، أما الخراج فهو واجب بقدر الربع، فلا يمكن إيجابه بعد ما اصطلم الزرع آفة. (ك)

(٣) احتراز عن العشر، فإن المعتبر فيه النماء الحقيقى، فلو تمكن على الزراعة، ولم يزرع لا يجب العشر، ويجب الخراج.

(٤) قوله: "كما فى مال الزكاة" فإن من اشترى جارية للتجارة، فمضى عليها ستة أشهر، ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة. (عناية)

(٥) قوله: "أو يدار الحكم إلخ" يعنى أن النماء التقديرى كان قائماً مقام الحقيقى، فلما وجد الحقيقى تعلق الحكم به؛ لكونه الأصل، وقد هلك فيهلك معه الخراج. (عناية)

(٦) قوله: "وهو الذى فوته" قال التمرتاشى: هذا إذا كانت الأرض صالحة، والمالك متمكن، أما إذا عجز المالك لعدم قوته وأسبابه، فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة، ويأخذ الخراج من نصيب المالك، وإن شاء آجرها، وأخذ الخراج من الأجرة، فإن لم يتمكن من ذلك، ولم يوجد من يقبل ذلك باعها، وأخذ الخراج من ثمنها، وهذا بلا خلاف. (ب)

(٧) أى مشايخنا فى شروح "الجامع". (ب)

(٨) كمن له أرض زعفران فتركها، وزرع الحبوب.

(٩) وهو خراج الزعفران. (ب)

(١٠) فكان التقصير منه.

(١١) أى هذا الحكم.

ولا يُفتى به كي لا يتجرأ[١] الظَلَمة على أخذ أموال الناس.

ومن أسلم من أهل الخراج أُخذ منه الخراج على حاله[٢]؛ لأن فيه معنى المؤنة، فيعتبر مؤنة في حالة البقاء، فأمكن إبقاءه على المسلم[٣].

ويجوز أن يشترى المسلم أرض الخراج من الذمى، ويؤخذ منه الخراج؛ لما قلنا[٤]، وقد صح[٥] أن الصّحابة اشتروا أراضى الخراج، وكانوا يؤدون خراجها، فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج، وأداءه للمسلم من غير كراهة[٦]، ولا عشر[٧] فى الخارج من أرض الخراج. وقال الشافعى: يجمع بينهما[٨] لأنهما حقان مختلفان[٩] وجبا فى محلين[١٠] بسببين مختلفين[١١] فلا يتنافيان. ولنا قوله عليه السّلام[١٢]: «لا يجتمع عشر وخراج فى أرض مسلم»*، ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع

---

(١) أى تا جرأت نكنند ظالمين.

(٢) كما كان فيه حالة الكفر.

(٣) قوله: "فأمكن إبقاءه [لأن البقاء أسهل من الابتداء] على المسلم" لأن إبقاء ما تقرر واجبًا أولى؛ لأنا إذا أسقطنا ذلك احتجنا إلى إيجاب العشر، بخلاف خراج الرأس، فإنا لو أسقطناه بعد إسلامه لا تحتاج إلى مؤنة أخرى. (ب)

(٤) وهو قوله: لأن فيه معنى المؤنة.

(٥) قوله: "وقد صح" قلت: قال البيهقى فى "كتاب المعرفة": قال أبو يوسف: القول ما قال أبو حنيفة: إنه كان لابن مسعود وخباب بن الأرت والحسين بن على وشريح رضى الله عنهم أرض الخراج، حدثنا مخالد عن عامر بن عتبة ابن فرقد السلمى أنه قال لعمر: إنى اشتريت أرضًا بالسواد، فقال عمر: أنت فيها بمنزلة صاحبها. (ت)

(٦) احترز به عن قول من قال: إنه يكره. (ب)

(٧) بل فيه الخراج فقط.

(٨) أى العشر والخراج.

(٩) قوله: "مختلفان" يعنى من حيث الذات، فإن أحدهما مؤنة فيها معنى العبادة، والآخر مؤنة فيها معنى العقوبة. (ب)

(١٠) لأن الخراج فى ذمة المالك، والعشر فى الخارج. (عناية)

(١١) قوله: "بسببين مختلفين" فإن سبب العشر الأرض النامية بحقيقة الخارج، وسبب الخراج الأرض النامية بالتمكن. (ب)

(١٢) قلت: رواه ابن أبى عدى فى "الكامل". (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٤٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٦ ص١٣٢. (نعيم)

بينهما، وكفى بإجماعهم حجة[١]، ولأن الخراج يجب فى أرضٍ فتحت عَنْوَةً وقهرًا، والعشرُ فى أرض أسلم أهلُها طَوْعًا[٢]، والوصفان[٣] لا يجتمعان فى أرض واحدة، وسبب الحقين واحد[٤]، وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر فى العشر تحقيقًا، وفى الخراج تقديرًا، ولهذا[٥] يضافان إلى الأرض[٦]، وعلى هذا الخلاف[٧] الزكاة مع أحدهما[٨]. ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج فى سنة؛ لأن عمر لم يوظفه مكررًا[٩]، بخلاف العشر[١٠]؛ لأنه لا يتحقق عشرًا إلا بوجوبه[١١] فى كل خارج.

باب الجزية[١٢]

وهى على ضربين: جزية تُوضع بالتراضى والصلح، فتتقدر بحسب

(١) قوله: "وكفى بإجماعهم حجة" منع هذا بنقل ابن عبد البر الجمع عن عمر بن عبد العزيز. (ف)
(٢) أى برضاء أنفسهم.
(٣) أى القهر والطوع.
(٤) جواب عن قول الخصم بسببين مختلفين.
(٥) أى لأجل أن السبب هو الأرض النامية. (ب)
(٦) يقال: عشر الأرض وخراج الأرض.
(٧) أى المذكور بيننا وبين الشافعى.

(٨)قوله: "الزكاة مع أحدهما [أى العشر والخراج. عناية]" حتى لو اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة، ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا؛ لأن الواجب حق الله تعالى، وهو متعلق بالأرض كالزكاة، ثم العشر والخراج صار وظيفة لهذه الأرض، فلا يسقط أبدا مع أنه أسبق ثبوتًا من زكاة التجارة. (ك)

(٩) قوله: "لأن عمر لم يوظفه [قلت: تقدم ما يدل عليه فى حديث وضع الخراج على السواد، رواه أبو عبيد. ت] مكررًا" روى ابن أبى شيبة فى أواخر الزكاة عن زياد قال: استعملنى عمر فكنت أعشر من أقبل، ومن أدبر، فخرج عليه رجل فأعلمه، فكتب إلى أن لا يعشر إلا مرة واحدة يعنى فى السنة. (ت)

(١٠) قوله: "بخلاف العشر إلخ" فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن، وخفة باعتبار عدم تكرره فى السنة، ولو زرع فيها مرارًا، والعشر له شدة، وهو تكرره بتكرر الخارج، وخفة بتعلقه بعين الخارج، فإذا عطلها لا يؤخذ شيء. (ف)

(١١) فيتكرر بتكرار الخارج. (ب)

(١٢) قوله: "باب الجزية" لما فرغ من ذكر خراج الأراضى، ذكر فى هذا الباب خراج الرؤوس، وهو الجزية إلا أنه قدم الأول؛ لأن العشر يشاركه فى سببه، وفى العشر معنى القربة، وبيان القربات مقدم، والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة، والجمع الجزى كاللحية واللحى، وإنما سميت بها لأنها تجزئ عن الذمى أن تقضى وتكفى عن القتل، فإنه إذا قبلها سقط عنه القتل. (عناية)

ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السّلام[1] أهل نَجْران[2] على ألف ومائتى حُلَّة*، ولأن الموجِب[3] هو التراضى، فلا يجوز التعدى إلى غير ما وقع عليه الاتفاق.

وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمامُ على الكفار، وأقرهم على أملاكهم، فيضع على الغنى الظاهر الغِنى[4] فى كل سنة ثمانية وأربعين درهمًا، يأخذ منهم فى كل شهر أربعة دراهم، وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهمًا فى كل شهر درهمين، وعلى الفقير المعتمل[5] اثنى عشر درهمًا، فى كل شهر درهمًا، وهذا عندنا. وقال الشافعى: يضع على كل حالم دينارًا[6] أو ما يَعْدل الدينار، الغنى والفقير فى ذلك سواء؛ لقوله عليه السّلام لمعاذ[7]: «خُذْ من كل حالِمٍ[8] وحالمةٍ[9] دينارًا أو عَدْله[10]

(١) رواه أبو داود، ولكن فيه الفاصلة، كذا ذكره الزيلعى.

(٢) قوله: "أهل نجران" بفتح النون وسكون الجيم بلاد من اليمن، وأهلها نصارى، والحلة بضم الحاء وتشديد اللام إزار ورداء. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٤٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٣٧ ص١٣٢. (نعيم)

(٣) قوله: "ولأن الموجب إلخ" أى الموجب لتقدير ما وقع عليه الاتفاق من المال هو التراضى، لا الموجب لوجوب الجزية، فإن موجبه فى الأصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا. (ع)

(٤) قوله: "الظاهر الغنى" هو صاحب المال الكثير الذى لا يحتاج إلى العمل، والمتوسط الذى له مال لا يستغنى عن العمل، والمعتمل من يكسب أكثر من حاجته، ولا مال له. (ك)

(٥) قوله: "وعلى الفقير المعتمل" إنما شرط المعتمل؛ لأن الجزية عقوبة، فإنما تلزم على من كان من أهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم، وإن كان مفرطًا فى اليسار، وكان الفقيه أبو جعفر يقول: ينظر إلى عادة كل بلد؛ لأن عادة البلدان مختلفة. ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعد من المكثرين، وفى بغداد وبصرة لا يعد من المكثرين، وفى بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يُعَدُّ من المكثرين. (ب)

(٦) وتجوز الزيادة لا النقصان.

(٧) أى حين بعثه إلى اليمن.

(٨) أى بالغ.

(٩) قوله: "وحالمة" قال معمر: هذا غلط، فإنه ليس على النساء شىء، وفيه طرق كثيرة رواها الحاكم وابن حبان وغيرهما: ليس فيها ذكر الحالمة. وقال أبو عبيد الله: هذا -والله أعلم- منسوخ إذا كان فى أول الإسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم، ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر. (ف)

مَعـافـر»[١]* من غـيـر فـصل[٢]، ولأن الجـزية إنما وجـبت بدلا عـن القـتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذّرارى[٣] والنسوان، وهذا المعنى ينتظم[٤] الفقير والغنى[٥]. ومذهبنا منقول[٦] عن عمر وعثمان وعلى ولم ينكر عليهم أحدٌ من المهاجرين والأنصار، ولأنه وجب[٧] نصرةً للمقـاتلة[٨]، فـتجب على التـفـاوت بمنزلة خـراج الأرض، وهذا[٩]لأنه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال[١٠]، وذلك يتفاوت[١١]، بكثرة الوفر

(١٠) قوله: "أو عـدله [بالفتح المثل] معافـر [بفتح الميم]" أى خذ مـثل دينار بردا من هذا الجنس يقال: ثوب معافـر منسوب إلى معافر بن مرثم صار اسمًا لهـذا الثوب. وذكر فى "الفوائد الظـهيرية" معافـر حى من همدان ينسب إليه هذا النو ع من الثياب، وعدل الشيء بالفتح مثله إذا كان من خلاف الجنس، وبالكسر من جنسه. (ع)

(١) قلت: أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٤٥، والدرايةج٢، الحديث ٧٣٧ص١٣٣. (نعيم)

(٢) أى بين غنى وفقير. (ف)

(٣) جمع الذرية أى أولادهم.

(٤) فيكونان سواء.

(٥) لأن كلا منهما يقتل.

(٦) قـوله: "ومذهبنا منقول إلخ" ذكـر أصـحابنـا فى كتبـهم عن عبـد الرحـمن عن الحكم أن عـمر وجـه حذيفة وعثمان إلى السواد، فمسحا أرضًا، ووضعا عليـها الخراج، وجعلا للناس ثلاث طبقات، فلما رجعا أخبراه بذلك، ثم عمل عثـمان وعلى كذلك. وروى ابن أبى شيبة عن أبى عون محمـد بن عبيد الله الثـقفى قال: وضع عمر فـى الجزية على الغنى ثمانية وأربعين درهـمًا، وعلى المتوسط أربعة وعشـرين، وعلى الفقير اثنا عـشر درهمًا، وهو مرسل، ورواه ابن زنجويه فى "كتاب الأموال". (ف)

(٧) أى الجزية على تأويل الخراج. (ب)

(٨) قوله: "نصرة للمقاتلة" أى نصرة وكفاية لغزاة المسلمين بما يؤخذ من الذمى. (ب)

(٩) إشارة إلى قوله: ولأنه وجب إلخ. (ع)

(١٠) قـوله: "عن النصـرة بالنفس والمال" لأن كل من كـان من أهل دار الإسـلام تجب عليـه النصـرة للدار بالنفس والمال، والكافـر لما لم يصلح لنصـرتنا لميله إلى دار الحـرب اعتـقاداً قـام الخـراج المأخوذ منه المصـروف إلى الغزاة مقام النصرة بالنفس. (عناية)

(١١) قوله: "وذلك يتـفاوت إلخ" لأن نصرة الغنى لو كـان مسلمًا فوق نصرة المتـوسط والفقير، فـإنه كـان ينصـر راكبًا، ويركـب معـه غلامـه، **والمتوسط** راكبًا فقط، والفـقير راجـلا، وأورد أن الجزية لو كـانت خلفًا عن النصرة لزم أن لا تؤخذ منهم **لو قاتلوا مع المسلمين** تبرعًا، وأجيب بأن الشارع جعل نصرتهم بالمال، وليس للإمام تغيير المشروع. (فتح القدير)

وقلته[١]، فكذا ما هو بدله[٢]، وما رواه[٣] محمول على أنه كان ذلك صلحا، ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة[٤]، وإن[٥] كانت لا يؤخذ منها الجزية. قال: وتوضع الجزية على أهل الكتاب[٦] والمجوس[٧]؛ لقوله تعالى: ﴿من الذين أوتوا الكتاب حتى يُعطوا الجزية﴾ الآية، ووضع رسول الله عليه السّلام[٨] الجزية على المجوس*.

قال[٩]: وعبدة[١٠] الأوثان من العجم، وفيه خلاف الشافعي، هو يقول: إن القتال واجب؛ لقوله تعالى: ﴿وقاتلوهم[١١]﴾ إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب[١٢]، وفي حق المجوس بالخبر[١٣]، فبقى

(١) أى المال. (ب)

(٢) أى الجزية. (ف)

(٣) جواب عن حديث الشافعي. (ع)

(٤) قوله: "ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة" وفيه دليل على أن ما لا يصلح يستوى فيه الرجال والنساء، ويجيء التصريح به في المتن من حيث قال: إنه مال وجب بالصلح، والمرأة من أهل وجوب مثله. (د)

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "على أهل الكتاب [سواء كانوا من أهل العرب أو العجم. عناية]" ويدخل فيهم السامرة، فإنهم يدينون بشريعة موسى إلا أنهم يخالفونهم، ويدخل فيهم الفرنج، وذلك لقوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾. وأما الصائبون: فعلى الخلاف فمن قال: هم من النصارى أو اليهود، فهم من أهل الكتاب، ومن قال: يعبدون الكواكب، فهم من عبدة الأوثان. (ف)

(٧) قوله: "والمجوس" ومذهبهم أنهم قائلون بالنور والظلمة، ويدعون أن الخير من فعل النور، والشر من الظلمة، ولهذا يعبدون النار. (ب)

(٨) قوله: "ووضع إلخ" قلت: فيه أحاديث منها: ما أخرجه **البخاري** عن ابن عبدة المكي قال: أتانا كتاب عمر قبل موته بسنة فرقوا بين كل ذي محرم من **المجوس**، ولم يكن عمر رضى الله عنه أخذ من المجوس الجزية حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٤٨، والدراية ج٢، **الحديث** ٧٣٩ ص١٣٣. (نعيم)

(٩) أى القدوري.

(١٠) بالجر عطف على أهل الكتاب. (ف)

(١١) فإنه أمر بالقتال، وهو عام. (ب)

(١٢) وهو قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾.

من وراءهم على الأصل[١].

ولنا أنه يجوز استرقاقهم[٢]، فيجوز ضرب الجزية عليهم؛ إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم[٣]، فإنه يكتسب ويؤدّى إلى المسلمين، ونفقتُه في كسبه.

وإن ظُهر عليهم قبل ذلك[٤]، فهم ونساءهم وصبيانهم فيء؛ لجواز استرقاقهم، ولا توضع على عَبَدَة الأوثان من العرب، ولا المرتدين[٥]؛ لأن كفرهما قد تغلظ[٦]. أما مشركو العرب: فلأن النّبيّ عليه السّلام نشأ بين أظهرهم[٧]، والقرآن نزل بلغتهم، فالمعجزة في حقهم أظهر. وأما المرتد: فلأنه كفر بربّه بعد ما هدى للإسلام، ووقف على محاسنه، فلا يقبل من الفريقين[٨] إلا الإسلام أو السّيف زيادةً في العقوبة[٩]. وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب، وجوابه ما قلنا[١٠]، وإذا ظهر

---

(١٣) وهو حديث عبد الرحمن بن عوف. (ف

(١) وهو القتال.

(٢) أي عبدة الأوثان.

(٣) قوله: "على سلب النفس منهم" أما الاسترقاق: فظاهر؛ لأن نفع الرقيق يعود إلينا جملة، وأما الجزية: فلأن الكافر يؤديها من كسبه، والحال أن نفقته في كسبه، فكان أداء كسبه الذى هو سبب حياته إلى المسلمين، ونوقض بأن من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان، واللازم باطل.
وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر، وهو أن الجزية بدل النصرة، ولا نصرة على المرأة والصبي، فكذا بدله، وهذا ليس بدافع للنقض، بل مقرر. والصواب أن قبول المحل شرط تأثير المؤثر، فكان معنى قولهم: كل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كان المحل قابلا والمرأة والصبي ليس كذلك. (عناية)

(٤) قوله: "قبل ذلك" أي قبل وضع الجزية عليهم. فهم بأجمعهم غنيمة للمسلمين، كذا في الشرح. (د)

(٥) سواء كانوا من العرب أو العجم. (ب)

(٦) قوله: "لأن كفرهما قد تغلظ" وكل من تغلظ كفره، لا يقبل منه إلا الإسلام، أو السيف. (عناية)

(٧) قال الله تعالى: ﴿لقد جاءكم رسول من أنفسكم﴾ الآية.

(٨) أي المشركين والمرتدين.

(٩) قوله: "زيادة في العقوبة" ولقائل أن يقول: هذا منقوض بأهل الكتاب، فإنه قد تغلظ كفرهم؛ لأنهم عرفوا رسول الله ﷺ معرفة تامة، وغيروا اسمه من الكتب، وأجيب بأن القياس كان يقتضي أن لا تقبل منهم الجزية إلا أنه ترك بالكتاب. (ب)

(١٠) يريد به قوله: لأن كفرهما قد تغلظ.

عليهم[١] فنساءهم وصبيانهم فيء[٢]؛ لأن أبا بكر الصّديق استرق[٣] نسوان بني حنيفة[٤]، وصبيانهم لما ارتدوا، وقسمهم بين الغانمين.

ومن لم يسلم من رجالهم قُتل لما ذكرنا[٥]، ولا جزية على امرأة، ولا صبي؛ لأنها وجبت بدلا عن القتل[٦]، أو عن القتال[٧]، وهما لا يُقتلان، ولا يُقاتلان؛ لعدم الأهلية، قال: ولا زمن[٨]، ولا أعمى، كذا المفلوج[٩] والشيخ الكبير؛ لما بينا[١٠]. وعن أبي يوسف أنه تجب إذا كان له مال؛ لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي[١١]، ولا على فقير غير معتمل[١٢]، خلافًا للشافعي له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه[١٣]. ولنا أن عثمان رضي الله عنه[١٤] لم يوظفها على فقير غير معتمل[١٥]، وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم[١٦]، ولأن خراج الأرض لا

---

(١) أي على مشركي العرب والمرتدين.

(٢) قوله: "فيء" إلا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام دون ذراري عبدة الأوثان ونساءهم. (ب)

(٣) بعد وفاة رسول الله ﷺ، أسنده الواقدي في كتاب الردة له. (ن)

(٤) قبيلة من قبائل العرب.

(٥) إشارة إلى قوله: لا يقبل من الفريقين إلا السيف، أو الإسلام.

(٦) أي في حق المأخوذ منه.

(٧) أي عن النصرة في حقنا، كما تقدم.

(٨) قوله: "ولا زمن" مأخوذ من زمن يزمن زمانة، وهو من عدم بعض أعضاءه، أو تعطل قواه. (ب)

(٩) قوله: "وكذا المفلوج" مأخوذ من فلج إذا ذهب نصفه. (ب)

(١٠) أي قوله: لا يقتلان ولا يقاتلان. (عناية)

(١١) أي من أمور الحرب. (ب)

(١٢) أي الذي لا يقدر على العمل. (ف)

(١٣) وهو قوله عليه الصلاة والسلام له: «خذ من كل حالم» الحديث. (ب)

(١٤) قوله: "ولنا أن عثمان" المراد منه عثمان بن حنيف، لا عثمان بن عفان، وقد غفل عنه أكثر الشراح، وقد مضى أن عمر بن الخطاب لما بعث عثمان وحذيفة إلى سواد العراق، وظف الجزية على الفقير المعتمل. (ب)

(١٥) أي الذي لا يقدر على العمل.

(١٦) قوله: "وذلك بمحضر من الصحابة" قلت: روى ابن زنجوية في "كتاب الأموال" عن صلة قال: أبصر

يوظّف على أرض لا طاقة لها، فكذا هذا الخراج[١]، والحديث[٢] محمول[٣] على المعتمل.

ولا يوضع على المملوك، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد؛ لأنه بدل عن القتل في حقهم، وعن النصرة في حقنا، وعلى اعتبار الثاني[٤] لا تجب، فلا تجب بالشك، ولا يؤدى عنهم مواليهم؛ لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم[٥]، ولا توضع على الرُهبان[٦] الذين لا يخالطون الناس، كذا ذكر[٧] ههنا. وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل، وهو قول أبي يوسف' وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها، فصار كتعطيل الأرض الخراجية[٨].

ووجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس، والجزية في حقهم لإسقاط القتل[٩]، ولا بد[١٠] أن يكون المعتمل[١١]

عمر شيخًا من أهل الذمة يسأل، فقال له: ما لك؟ قال: ليس لنا مال، وإن الجزية تؤخذ منا، فقال: ما أنصفناك، ثم كتب إلى عماله أن لا يأخذوا الجزية من الشيخ الكبير. (ب)

(١) والجامع عدم الطاقة. (ف)

(٢) أي حديث معاذ. (ف)

(٣) قوله: "محمول على" فيه نظر؛ لأنه قد حمل حديث معاذ على الصلح بدليل ذكر المرأة فيه، وإذا دل الدليل على استواء الرجل والمرأة في الصلح، ووجب على المرأة، فلأن يجب الفقير المعتمل أولى، فلا حاجة إلى حمله على المعتمل بعد حمله على الصلح. (ملا إله داد)

(٤) قوله: وعلى اعتبار الثاني إلخ" يعني أن الجزية بدل عن الأمرين كما مر لتقريره، وعلى اعتبار الأول يجب وضع الجزية؛ لأن الأصل يتحقق في حق المماليك؛ لأن المملوك الحربي يقتل، فيتحقق البدل أيضًا، وعلى اعتبار الثاني لا يجب؛ لأن العبد لا يقدر على النصرة، فلا يجب عليه بدله. (عناية)

(٥) قوله: "لأنهم تحملوا إلخ" أي صار مواليهم بسببهم من صنف الأغنياء حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل، فلو قلنا بوجوبها على الموالي بسببهم، لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء واحد؛ وهو لا يجوز. (عناية)

(٦) جمع راهب. (ن)

(٧) أي القدوري.

(٨) أي مع التمكين من الانتفاع. (ب)

(٩) قوله: "والجزية في حقهم [أي الكفار] لإسقاط القتل" أراد أن الجزية بدل عن القتل في حقهم،

صحيحًا، ويكتفى[١] بصحته فى أكثر السنة[٢].

ومن أسلم وعليه جزية سقطت[٣]، وكذلك إذا مات كافرًا خلافًا للشافعى فيهما[٤]، له أنها وجبت بدلا عن العصمة، أو عن السكنى[٥]، وقد وصل إليه المعوّض[٦]، فلا يسقط عنه العوض[٧] بهذا العارض[٨]، كما فى الأجرة[٩]، والصلح عن دم العمد. ولنا قوله عليه السّلام[١٠]: «ليس على مسلم جزية[١١]»*، ولأنها وجبت عقوبة على الكفر، ولهذا

ولا قتل على الذين لا يخالطون الناس، فلا تجب الجزية عليهم. (ب)

(١٠) ذكره تفريعًا لمسألة القدورى.

(١١) احترازا عن الزمن والمقعد وغيرهما. (ب)

(١) وكذا فى نصفها. (ب)

(٢) لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض.

(٣) قوله: "سقطت" وكذا لو مات فى أثناء السنة، أو أسلم، وفى أصح قولى الشافعى: لا تسقط فيهما أيضًا، وعلى هذا الخلاف لو عمى، أو زمن، أو أقعد، أو صار شيخًا كبيرًا لا يستطيع العمل، أو افتقر بحيث لا يقدر على شىء.

(٤) فعنده لا تسقط عنهما.

(٥) قوله: "بدلا عن العصمة [أى عن حقن الدم] أو عن السكنى" إنما تردد بينهما؛ لأن العلماء اختلفوا فى أن الجزية من أى شىء بدل، فقال بعضهم: وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة، وبه قال الشافعى فى قول. وقال بعضهم: بدلا عن النصرة التى قامت بإحرازهم على الكفر، وهو الأصح، وقال بعضهم: بدلا عن السكنى فى دارنا، وبه قال الشافعى، ولهذا قال فى قول: إنها تؤخذ عن الأعمى والمعتوه؛ لأنهم يشاركون فى السكنى، وعندنا لا تؤخذ. (ب)

(٦) أى العصمة والسكنى.

(٧) الجزية.

(٨) أى الإسلام والموت. (ب)

(٩) قوله: "كما فى الأجرة إلخ" فإن الذمى إذا استوفى منافع الدار المستأجرة، ثم أسلم، أو مات لا تسقط عنه الأجرة؛ لأن المعوض قد وصل إليه، وهى منافع الدار، وكذا إذا قتل الذمى رجلا عمدًا، ثم صالح عن الدم على بدل معلوم، ثم أسلم، أو مات، لا يسقط عنه البدل؛ لأن المعوض -وهو نفسه- قد سلم له. (ع)

(١٠) قلت: أخرجه أبو داود والترمذى. (ب)

(١١) قوله: "ليس على مسلم جزية" قال أبو داود: وسئل سفيان الثورى عن هذا، فقال: يعنى إذا أسلم، فلا جزية عليه، وباللفظ الذى فسره سفيان، رواه الطبرانى فى "معجمه الأوسط" عن ابن عمر مرفوعًا، فهذا بعمومه يوجب سقوط ما استحق عليه قبل الإسلام، بل هو المراد بخصوصه؛ لأنه موضع الفائدة؛ إذ عدم الجزية

تسمى جزية، وهى والجزاء واحد[١]، وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام، ولا تُقام بعد الموت[٢]، ولأن شرع العقوبة فى الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر[٣]، وقد اندفع بالموت[٤] والإسلام[٥]، ولأنها وجبت بدلا عن النصرة[٦] فى حقنا، وقد قدر عليها بنفسه[٧] بعد الإسلام، والعصمة تثبت بكونه آدميًا[٨]، والذمى يسكن ملكَ نفسه[٩]، فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى، وإن اجتمعت عليه الحولان[١٠] تداخلت الجزيتان.

وفى "الجامع الصغير"[١١]: ومن لم يؤخذ منه خراجُ رأسه[١٢] حتى مضت السنة، وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ، وهذا عند أبى حنيفة، وقال

على المسلم؛ ابتداء من ضروريات الدين. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٠ ص١٣٥. (نعيم)

(١) قوله: "وهى والجزاء واحد" وهو يطلق على المثوبة والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية، وهذه ليست بمثوبة، فتعين كونها عقوبة، ولهذا تستوفى بطريق المذلة والصغار. (ك)

(٢) ولهذا لا يضرب من سبق موته إقامة حد. (ت)

(٣) والشر الذى يتوقع بالكفر الحرابة والفتنة.

(٤) إذ لا فتنة بعد الإسلام والموت.

(٥) ولهذا لا يضرب من سبق موته إقامة حد. (ت)

(٦) لا عن العصمة، ولا عن السكنى.

(٧) فسقطت لوجود الأصل.

(٨) قوله: "والعصمة إلخ" جواب عن قول الشافعي: إنها وجبت بدلا عن العصمة، وبيانه أن العصمة ثابتة لكونه آدميًا يعنى من حيث إنه آدمى خلق معصوم محقون الدم، وإنما بطلت عصمته بعارض الكفر، فلما أسلم عادت العصمة، فصارت العصمة به، لا بقبول الجزية. (ب)

(٩) قوله: "والذمى إلخ" جواب عن قوله: أو السكنى، ومعناه أن الذمى يملك موضع السكنى بالشراء وغيره من الأسباب، فلا يجوز إيجاب البدل بسكناه فى موضع مملوك له، ولو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالإجارة، فيشترط فيها تأقيت؛ لأن الإبهام يبطلها، وحيث لم يشترط التأقيت فى السكنى، دل على أن الجزية لم تكن بطريق الإجارة. (عناية)

(١٠) قوله: "وإن اجتمعت عليه الحولان" أنث فعل الحولين لتأويله بالسنتين، أو بتقدير مضاف أى جزيتا الحولين، ولفظ القدورى فى ما ذكره الأقطع، وإن اجتمع عليه حولان. (ف)

(١١) أتى بلفظ "الجامع الصغير" لتفصيل فى اللفظ.

(١٢) أى الجزية.

أبو يوسف ومحمد: يؤخذ منه، وهو قول الشافعي.

وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم[١] جميعا، وكذلك إن مات في بعض السنة. أما مسألة الموت فقد ذكرناها، وقيل: خراج الأرض على هذا الخلاف[٢]، وقيل: لا تداخل فيه بالاتفاق[٣].

لهما في الخلافية[٤] أن الخراج وجب عوضًا، والأعواضُ إذا اجتمعت وأمكن استيفاءها تستوفى، وقد أمكن[٥] فيما نحن فيه بعد توالي السنين، بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاءه[٦]. ولأبي حنيفة أنها وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه[٧]، ولهذا[٨] لا تُقبل منه لو بَعَثَ[٩] على يد نائبه في أصح الروايات[١٠]، بل يكلّف[١١] أن يأتي به بنفسه[١٢]، فيعطي قائمًا، والقابض[١٣] منه قاعد.

وفي رواية: يأخذ بتلبيبه[١٤] يَهُزّه[١٥] هزًا، ويقول: أعطني الجزية

(١) أي قول أصحابنا والشافعي. (ب)

(٢) أي يتداخل عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

(٣) قوله: "وقيل: لا تداخل إلخ" يحتاج إلى الفرق بينهما، وهو أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات إلى معنى العقوبة، ولهذا إذا اشترى المسلم أرضًا خراجيةً يجب عليه الخراج، فجاز أن لا يتداخل، بخلاف الجزية، فإنها عقوبة ابتداء وبقاءً، ولهذا لم تشرع في حق المسلم أصلا، والعقوبات تتداخل. (عناية)

(٤) أي في ما إذا اجتمع الحولان. (عناية)

(٥) لأن الفرض أنه حي. (عناية)

(٦) قوله: "لأنه تعذر استيفاءه" لأن المسلم لا يجب إذلاله، بل يجب توقيره.

(٧) قوله: "على ما بيّناه" أراد به ما ذكره قبل من قوله: ولأنها وجبت عقوبة. (عناية)

(٨) استيضاح على أنه عقوبة.

(٩) أي الجزية.

(١٠) وقيل: يقبل؛ لأن النائب كالمنيب.

(١١) أي الذمي.

(١٢) أي بما وجب عليه.

(١٣) وهو الإمام أو نائبه.

(١٤) قوله: "يأخذ بتلبيبه" هو أخذ موضع اللبب من الثياب، واللبب موضع القلادة من الصدر. (ع)

يا ذمي! وقيل: عدو الله، فثبت أنه[1] عقوبة، والعقوباتُ إذا اجتمعت تداخلت كالحدود[2]، ولأنها وجبت[3] بدلا عن القتل في حقهم، وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا، لكن في المستقبل[4] لا في الماضي[5]؛ لأن القتل إنما يُستوفى لحراب قائم في الحال، لا لحراب ماضٍ، وكذا النصرة في المستقبل؛ لأن الماضي وقعت الغنية عنه. ثم قول محمد في الجزية في "الجامع الصغير"[6]: وجاءت سنةٌ أخرى حمله بعض المشايخ[7] على المضي مجازًا، وقال: الوجوبُ بآخر السنة، فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع، فيتداخل، وعند البعض هو مجرى على حقيقته[8]، والوجوب عند أبي حنيفة بأول الحول، فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء. والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول، وعند الشافعي في آخره اعتبارًا بالزكاة[9]. ولنا أن ما وجب بدلا عنه لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه[10]، فتعذر إيجابه بعد مضي الحول، فأوجبناها في أوله[11].

---

(١٥) أي يحرك لبيه.

(١) أي خراج الرأس.

(٢) أي إذا كانت من جنس واحد.

(٣) قوله: "ولأنها وجبت إلخ" استدلال من جهة الملزوم، وما تقدم كان من جهة اللازم. (عناية)

(٤) يعني عن القتل في المستقبل. (ف)

(٥) قوله: "لا في الماضي" لأن الماضي قد وقعت الغنية عنه بانقضاءه. (ف)

(٦) أي الذي نقله سابقًا.

(٧) قوله: "حمله بعض المشايخ إلخ" قال الإمام فخر الإسلام في "شرح الجامع الصغير": اختلف مشايخنا في قوله: جاءت سنة أخرى، فقال بعضهم: معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما؛ لأنها عند آخر الحول تجب، وهذا ضرب من المجاز؛ لأن مجيء كل شهر بمجيء أوله. وأقول في مجوز المجاز: إن مجيء الشهر يستلزم مضي الآخر لا محالة، وذكر الملزوم وإرادة اللازم مجاز، وقال بعضهم: معناه دخول أولها؛ لأن الجزية تجب بأول الحول، والتأخير إلى الحول تخفيف وتأجيل عند أبي حنيفة. (ع)

(٨) وهو أن يراد به دخول أول سنة. (ف)

(٩) دليل لمذهب الشافعي.

(١٠) قوله: "على ما قررناه" إشارة إلى قوله: لأن الماضي وقعت الغنية عنه. (ك)

فصل[١]

ولا يجوز إحداث بيعة[٢]، ولا كنيسة في دار الإسلام؛ لقوله عليه السّلام[٣]: «لا خصاء[٤] في الإسلام ولا كنيسة»*، والمراد[٥] إحداثها. وإن انهدمت البيع[٦] والكنائس القديمة أعادوها؛ لأن الأبنية لا تبقى دائمة، ولما أقرهم الإمام[٧] فقد عهد إليهم الإعادة، إلا أنهم لا يمكّنون من نقلها[٨]؛ لأنه إحداث في الحقيقة، والصومعة[٩] للتخلي فيها بمنزلة البيعة. بخلاف موضع الصّلاة في البيت[١٠]؛ لأنه تبع للسكنى، وهذا[١١] في الأمصار دون القرى[١٢]؛ لأن الأمصار هي التي تقام فيها

---

(١١) قوله: "فأوجبناها في أوّله" وح يحتاج إلى الجواب عن الزكاة، وهو أن الزكاة وجبت في آخر الحول لأنها تجب في المال النامي، وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الأربعة على ما مر، فلا بد من اعتبار الحول هناك. (عناية)

(١) في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى.

(٢) قوله: "إحداث بيعة إلخ" البيعة بالكسر، والبيعة والكنيسة متعبد اليهود والنصارى، ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود، والبيعة لمتعبد النصارى، وفي ديار مصر لا تستعمل البيعة، بل الكنيسة لمتعبد الفريقين، ولفظ الدير خاصة للنصارى. (ف)

(٣) قلت: رواه البيهقي وأبو عبيد. (ت)

(٤) قوله: "لا خصاء" بكسر الخاء المعجمة مصدر خصاه أي نزع خصيتيه، والإخصاء في معناه ذكره في "المغرب"، والوجه في الجمع بينهما أن الخصاء نوع ضعف في الإنسان، وكذا الكنيسة في دار الإسلام تورث الضعف في الإسلام. قلت: الأوجه أن يقال: سئل رسول الله ﷺ عن الخصاء، واتفق أن سائلاً آخر سأله عن إحداث الكنيسة، فأجابهما بقوله: لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٤١ ص١٣٥. (نعيم)

(٥) أي من قوله عليه الصلاة والسلام: «ولا كنيسة»، فهو نفي بمعنى النهي.

(٦) بكسر الباء وفتح الياء جمع بيعة.

(٧) أي في دار الإسلام.

(٨) أي من موضع إلى موضع آخر في المصر.

(٩) قوله: "والصومعة [أي لا يمكنون من إحداث الصومعة التي يتخلون فيها للعبادة أيضاً. عناية]" قال الجوهري: فوعلة يريد أن الواو فيه زائدة. (ب)

(١٠) قوله: "بخلاف موضع الصلاة إلخ" يعني إذا عين في بيته موضعاً للصلاة فيه لا يمنع منه. (ب)

(١١) أي عدم جواز إحداث البيعة والكنيسة.

(١٢) قوله: "دون القرى" فإن قلت: النص مطلق، قلت: عبارة النص وإن اقتضى المنع من الإحداث في

الشعائر[١]، فلا تُعارض بإظهار ما يخالفها، وقيل[٢]: فى ديارنا يمنعون من ذلك فى القرى أيضًا؛ لأن فيها بعض الشعائر[٣].

والمروى عن صاحب المذهب[٤] فى قرى الكوفة؛ لأن أكثر أهلها أهل الذمة، وفى أرض العرب يُمنعون من ذلك فى أمصارها وقراها؛ لقوله عليه السّلام[٥]: «لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب[٦]»*.

قال: ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين فى زِيّهم[٧]، ومراكبهم، وسُروجهم[٨]، وقَلانسهم[٩]، فلا يركبون الخيل، ولا يعملون بالسّلاح. وفى "الجامع الصغير"[١٠]: ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات[١١]، والركوب على السروج التى هى كهيئة الأكف[١٢].

القرى أيضًا، لكن دلالته تقتضى الاقتصار على الأمصار؛ لأنه معلول بامتناع معارضة شعار الإسلام وشعار الكفر. (إله داد)

(١) أى شعائر الإسلام. (ب)

(٢) القائل شمس الأئمة السرخسى فى "شرح كتاب الإجارات"، كذا فى "فتح القدير".

(٣) من جواز إحداثها فى القرى.

(٤) يعنى أبا حنيفة. (ب)

(٥) قلت: رواه إسحاق بن راهويه. (ت)

(٦) قوله: "جزيرة العرب" قال المنذرى فى "مختصره": هى المدينة، وروى عنه أن الحجاز واليمن وما لم يبلغه ملك فارس والروم. وقال الأصمعى: هى من أقصى عدن إلى العراق فى الطول، والعرض من جدة إلى أطراف الشام، وإنما سميت بالجزيرة به لإنحار الماء عن موضعها، والجزر هو القطع.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٢ ص١٣٥. (نعيم)

(٧) بكسر الزاء وتشديد الياء الهيئة.

(٨) جمع سرج. (ب)

(٩) جمع قلنسوة. (ب)

(١٠) ذكره لكونه كالتفسير؛ لقول القدورى. (عناية)

(١١) قوله: "بإظهار الكستيجات إلخ" الكستيج بضم الكاف وسكون السين وبالجيم، كما فى القهستانى فارسى معرب معناه العجز والذل، كما فى النهر، فيشمل القلنسوة والزنار والنعل؛ لوجود الذل فيها، وفى "البحر": كستيجات النصارى قلنسوة سوداء مضربة، وزنار من الصوف، انتهى. وزنار بوزن تفاح جمعه زنانير، وفى "البحر" عن "المغرب": أنه خيط غليظ بقدر الإصبع يشده الذمى فوق ثيابه. (در المختار)

وإنما يؤخذون بذلك إظهارًا للصّغار[1] عليهم، وصيانة لضَعَفةِ المسلمين، ولأن المسلم يكرم والذمي يهان، ولا يبتدأ بالسّلام، ويُضيّق عليه الطريق، فلو لم تكن علامةٌ مميزة[2] فلعله يعامَل معاملة المسلمين، وذلك لا يجوز. والعلامة تجب أن تكون خيطًا غليظًا من الصوف يشدّه على وسطه دون الزنار من الإبريسم[3]، فإنه جفاء فى حق أهل الإسلام، ويجب أن يتميز نساءهم عن نساءنا فى الطرقات والحمامات[4]، ويجعل على دُورهم[5] علامات كى لا يقفَ عليها سائلٌ يدعو لهم بالمغفرة[6].

قالوا[7]: الأحق أن لا يُتركوا أن يركبوا إلا للضرورة[8]، وإذا ركبوا للضرورة، فلينزلوا فى مجامع[9] المسلمين، فإن لزمت الضرورة، اتخذوا سرجًا بالصفة[10] التى تقدمت، ويمنعون من لباسٍ يختص به أهل العلم والزهد والشرف[11].

---

(١٢) قوله: "كهيئة الأُكف" بضمتين جمع إكاف مثل حمار، قال فى "غياث اللغات": إكاف پالان اسپ خورد، وقال الكرخى فى "مختصره": هى أن يكون على قربوص السرج كالزمانة.

(١) بالفتح بمعنى الذلة قال الله تعالى: ﴿سيصيب الذين أجرموا صغار﴾ الآية.

(٢) وربما يموت أحدهم فجأة، فيصلى عليهم لو لم تكن علامة. (ف)

(٣) بكسر الهمزة. (ب)

(٤) قوله: "فى الطرقات والحمامات" قال فى "فتح القدير": كذا تؤخذ نساءهم بالزى فى الطريق، فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء، وعلى النصرانية زرقاء، وكذا فى الحمامات، انتهى، أى فيجعل فى أعناقهن طوق الحديد، كما فى "الاختيار". قال فى "الدر المنتقى": قلت: وسيجىء أن الذمية فى النظر إلى المسلمة كالرجل الأجنبى فى الأصح، فلا تنظر أصلا إلى المسلمة، فليتنبه لذلك -انتهى- ومفاده منعهن من دخول حمام فيه مسلمة، وخلاف المفهوم من كلامهم ههنا. (الرد المحتار)

(٥) جمع دار.

(٦) قوله: "يدعو لهم بالمغفرة" لأن فيه إهانة المسلم حيث يدعو لعدو الله تعالى. (ب)

(٧) أى مشايخنا.

(٨) قوله: "إلا للضرورة" يعنى كالخروج إلى الرستاق، وذهاب المريض إلى موضع يحتاج إليه. (ك)

(٩) وفى نسخة: مجامع.

(١٠) يعنى كهيئة الأُكف. (عناية)

(١١) قوله: "يختص به أهل العلم والشرف" ويجعل على مكاعبهم خشنة فاسدة اللون، ولا يلبسون

ومن امتنع من الجزية، أو قتل مسلمًا، أو سب النبيّ عليه السلام[١]، أو زنى بمسلمةٍ لم ينتقض عهدُه؛ لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداءها، والالتزام[٢] باقٍ.

وقال الشافعي: سب النبيّ عليه السلام يكون نقضًا لأنه ينقض إيمانه[٣]، فكذا ينقض أمانه؛ إذ عقد الذمة خلف عنه. ولنا أن سب النبي عليه السّلام كفر منه[٤]، والكفر المقارن لا يمنعه، فالطارئ لا يرفعه.

قال: ولا ينقض العهد إلا وأن يلحق بدار الحرب، أو يُغلبوا على موضع، فيحاربوننا؛ لأنهم صاروا حربًا علينا، فيعرى[٥] عقدُ الذمة عن الفائدة[٦]، وهو دفع شر الحِراب.

وإذا نقض الذمي العهدَ، فهو بمنزلة المرتد، معناه في الحكم بموته باللحاق[٧] لأنه التحق بالأموات، وكذا في حكم ما حمله من ماله[٨] إلا[٩] أنه لو أُسر يُسترق، بخلاف المرتد[١٠].

طيالسة كطيالسة المسلمين، ولا أردية كأرديتهم، هكذا أمر عمر واتفقت الصحابة عليه. (ف)

(١) أي إذا لم يعلن، فلو أعلن بشتمه أو اعتقاده قتل، ولو امرأة، وبه يفتى اليوم، كذا في "الدر المنتقى". (رد المحتار)

(٢) يعني التزام الجزية باقٍ، فيكون على عهده. (ب)

(٣) قوله: "لأنه ينقض إيمانه إلخ" يعني لو كان مسلمًا، وسب النبي عليه الصلاة والسلام -والعياذ بالله- نقض إيمانه، فكذا ينقض أمانه وذمته. (ع)

(٤) كما هو ردة في حق المسلم. (ف)

(٥) أي يخلو.

(٦) وهي دفع شر الحراب.

(٧) قوله: "معناه في الحكم بموته إلخ" فيعمل في تركته ما يعمل في تركة المرتد، فإن خلف امرأة ذمية في دار الإسلام بانت منه لتباين الدارين. (ب)

(٨) قوله: "وكذا في حكم ما حمله من ماله" يعني أن الذمي إذا نقض العهد، وألحق بدار الحرب، وفي يده مال، ثم ظهر على دار الحرب، يكون فيئًا كالمرتد إذا لحق بدار الحرب بماله، ثم ظهر على الدار. (عناية)

(٩) استثناء من قوله: هو بمنزلة المرتد. (ب)

(١٠) قوله: "بخلاف المرتد" فإنه لا يسترق، بل يقتل إذا أصر على ارتداده. (عناية)

فصل[1]

ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يُؤخذ من المسلمين من الزكاة؛ لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة[2]. ويُؤخذ من نساءهم، ولا يُؤخذ من صبيانهم[3]؛ لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة، والصدقة تجب عليهن دون الصبيان، فكذا المضاعف. وقال زفر: لا يؤخذ من نساءهم أيضًا[4]، وهو قول الشافعي لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر[5]: هذه جزية، فسموها ما شئتم، ولهذا تُصرف مصارف الجزية[6]، ولا جزية على النسوان.

ولنا أنه مالٌ وجب بالصلح، والمرأة من أهل وجوب مثله عليها، والمصرف مصالح المسلمين[7]؛ لأنه مال بيت المال، وذلك لا يختص بالجزية، ألا ترى أنه لا يراعى فيه[8] شرائطها[9].

---

(١) قوله: "فصل" أي هذا فصل في بيان أحكام نصارى بني تغلب، وذكره في فصل على حدة؛ لأن حكمهم مخالف لحكم سائر النصارى، وبنو تغلب بفتح التاء المثناة من فوق وسكون الغين المعجمة وكسر اللام وائل بن وائل بن فاسط بن رهيب بن أوصى بن مجى بن حذيفة بن أسد بن ربيعة تنصروا في الجاهلية، فدعاهم عمر إلى الجزية، فأبوا، وقالوا: نحن عرب، خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض، فقال: لا آخذ الصدقة من مشرك، فلحق بعضهم بالروم، فقال النعمان بن زرعة: يا أمير المؤمنين! إن القوم لهم بأس شديد، وهم عرب يأنفون الجزية، فلا تعن عليك العدو بهم، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة، فبعث عمر في طلبهم، وضعف عليهم، وأجمع الصحابة على ذلك. (ب)

(٢) قلت: رواه ابن أبي شيبة. (ف)

(٣) هذا لفظ القدوري.

(٤) أي كما لا يؤخذ من الصبيان.

(٥) قلت: رواه البيهقي.

(٦) أي لكون الصدقة المذكورة جزية حقيقية.

(٧) قوله: "والمصرف إلخ" جواب عن قوله: تصرف مصارف الجزية، تقريره أن يقال: لا نسلم أن كونه يصرف مصرف الجزية يدل على أنه جزية؛ لأن مصرفه مصالح المسلمين، وهو لا يختص بالجزية، بل يوضع فيه خراج الأرضين، وما أهداه أهل العرب وغيرها. (ب)

(٨) أي في ما أخذ منهم من المضاعف. (عناية)

ويوضع على مولى التغلبي الخراج[١] أي الجزية، وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي[٢]، وقال زفر: يُضاعف[٣] لقوله عليه السّلام: «إن مولى القوم منهم»[٤]*، ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة. ولنا أن هذا[٥] تخفيف، والمولى لا يلحق بالأصل فيه، ولهذا[٦] تُوضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيًا[٧]، بخلاف حرمة الصدقة[٨] لأن الحرمات تثبت بالشبهات، فألحق المولى بالهاشمي في حقه[٩]. ولا يلزم مولى الغني[١٠] حيث لا تحرم عليه الصدقة لأن الغني من أهلها[١١]، وإنما الغنى مانع، ولم يوجد في حق المولى.

---

(٩) قوله: "شرائطها" من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب، والإعطاء قائمًا، والقابض قاعدًا، وأخذ التلبيب. (ع)

(١) أي خراج الرأس.

(٢) قوله: "بمنزلة مولى القرشي" أي لا تؤخذ الجزية وخراج الأرض من القرشي، وتؤخذ من معتقه، فكذا ههنا. (ع)

(٣) أي خراج الرأس، وخراج الأرض على المولى أيضًا.

(٤) أخرجه أبو داود والترمذي.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٥، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث ٧٤٢ وتقدم متنه في الزكاة ص١٣٠. (نعيم)

(٥) قوله: "أن هذا" أي أخذ مضاعف الزكاة تخفيف يعني أنه ليس فيه وصف الصغار، بخلاف الجزية. (ب)

(٦) أي لكون المولى لا يلحق بالأصل في التخفيف.

(٧) قوله: "إذا كان نصرانيًا" ولم يلحق بمولاه في ترك الجزية، وإن كان الإسلام أعلى أسباب التخفيف وأولاها، فإن قيل: حرمة الصدقة ليست بتغليظ، بل هي تخفيف بالتخليص عن التدنس بالآثام، وقد ألحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي، أجاب عنه بقوله: بخلاف حرمة الصدقة إلخ. (عناية)

(٨) جواب عن قياس زفر.

(٩) أي في ما هو حق مولاه، وهو حرمة الصدقة. (ب)

(١٠) قوله: "ولا يلزم إلخ" جواب عما يقال: مولى الغني لم يلحق به في حرمات الصدقات، والعلة المذكورة وهي أن الحرمات تثبت بالشبهات موجودة. (ب)

(١١) أي من أهل الصدقة بالجملة.

أما الهاشمي(١) فليس بأهل لهذه الصلة(٢) أصلا؛ لأنه صِيْن(٣) لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس، فأُلحق به مولاه.

قال: وما جَبَاه(٤) الإمام من الخراج، ومن أموال بني تغلب، وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام، والجزية، يُصرف(٥) في مَصالح المسلمين كسدّ الثغور(٦)، وبناء القناطير والجُسور(٧). ويُعطى(٨) قُضاة المسلمين، وعُمّالهم، وعلماءهم منه(٩) ما يكفيهم، ويدفع منه أرزَاق المُقَاتلة، وذراريهم؛ لأنه مال بيت المال، فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال(١٠)، وهو مُعَدّ لمصالح المسلمين(١١)، وهؤلاء(١٢) عَمَلَتهم(١٣)، ونفقة

(١) قوله: "أما الهاشمي إلخ" لم يذكر المصنّف جوابًا عن حديث زفر، وهو أنه ورد بخلاف القياس، فاقتصر على مورد النص، وهو حرمة الصدقة خاصة، فلم يجز التعدية إلى غيرها، كذا قال العيني في "البناية.

أقول: هذا زلة عن القلم، كما لا يخفى، والصواب في الجواب عن حديث زفر يعني مولى القوم منهم أن يقال: إنه غير جار على عمومه، فإن مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاءة، فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر؛ لأنه من لوازمه. (مولوى محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(٢) أي الصدقة.

(٣) صيغة مجهول أي حفظ. (ب)

(٤) مبتدأ أي جمعه.

(٥) خبر.

(٦) قوله: "كسد الثغور" هو جمع ثغر بفتح الثاء وسكون الغين المعجمة، وهو الطرف الملاصق ببلد المسلمين من بلاد الكفار، والمراد بسد الثغور الإنفاق على الأجناد، وغيرهم المقيمين بحفظها، ونحو ذلك. (تهذيب اللغات للنووي)

(٧) قوله: "والجسور" الجسر ما يوضع ويرفع فوق الماء ليمر عليها، بخلاف القنطرة يحكم بناءها، ولا ترفع. (ف)

(٨) أي الإمام.

(٩) أي من الذي جباه الإمام.

(١٠) قوله: "من غير قتال" بخلاف ما يحصل لهم بالقتال، فإنه يقسم بين الغانمين، ولا يوضع في بيت المال. (ف)

(١١) قوله: "وهو معد إلخ" وزاد المصنف في التجنيس بعلامة السيّد أبي شجاع أنه يعطي أيضًا للمعلمين والمتعلمين، وبهذا يدخل طلبة العلم. (ف)

(١٢) أي القضاة والعلماء.

(١٣) جمع عامل.

الذرارى على الآباء، فلو لم يُعطوا كفايتهم[١] لاحتاجوا إلى الاكتساب، ولا يتفرغون للقتال. ومن مات فى نصف السنة[٢] فلا شىء له من العطاء[٣]؛ لأنه نوع صلةٍ، وليس بدين، ولهذا سُمِّى عطاءً، فلا يملك قبل القبض، ويسقط بالموت[٤]، وأهل العطاء فى زماننا[٥] مثل القاضى والمدرس والمفتى، والله أعلم.

باب أحكام[٦] المرتدين[٧]

قال[٨]: وإذا ارتد المسلم عن الإسلام -والعياذُ بالله- عُرض عليه الإسلام، فإن كانت له شبهة، كُشفت عنه؛ لأنه عساه اعترته[٩] شبهةٌ فتُزاح[١٠]، وفيه دفع شره بأحسن الأمرين[١١] إلا أن العرض[١٢] على ما قالوا[١٣] غير واجب؛ لأن الدعوة بلغته، قال: ويُحبَس ثلاثة أيّام[١٤]، فإن

(١) من بيت المال.

(٢) وكذلك لو مات فى آخر السنة. (عناية)

(٣) قوله: "فلا شىء له من العطاء" هو ما يكتب للغزاة فى الديوان، ولكل من قام بأمرٍ من أمور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس. (ك)

(٤) قوله: "ويسقط بالموت" ولو أخذ فى أولها، ثم مات، أو عزل قبل مضيها، قيل: يجب رد ما بقى، وقيل: على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب. وقال محمد: أحبِ إلى رد الباقى كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها، فمات قبل التزوج، لعدم حصول المقصود، وعندهما هو صلة من وجه، فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع فى الهبة، ذكره قاضى خان والتمرتاشى. (ف)

(٥) وفى الابتداء كان يعطى كل من له ضرب مزية فى الإسلام كأمهات المؤمنين. (ع)

(٦) لما فرغ عن بيان الكفر الأصلى، ذكر فى هذا الباب الكفر الطارئ. (عناية)

(٧) المرتد: هو الراجع عن الإسلام. (ف)

(٨) أى القدورى.

(٩) أى اعترضت له شبهة. (ف)

(١٠) أى تزال من الإزاحة.

(١١) أى القتل والإسلام. (ف)

(١٢) لما كان ظاهر كلام القدورى وجوب العرض، قال: إلا أن العرض إلخ.

(١٣) أى المشايخ.

أسلم[١]، وإلا قتل. وفى "الجامع الصغير": المرتد يُعرض عليه الإسلام، حرًا كان أو عبدًا، فإن أبى قتل، وتأويل الأول[٢] أنه يستمهل[٣]، فيُمهل ثلاثة أيام[٤]؛ لأنها مُدة ضُربت لإبلاء[٥] الأعذار.

وعن أبى حنيفة وأبى يوسف: أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام، طلب ذلك أو لم يطلب. وعن الشافعى[٦]: أن على الإمام[٧] أن يؤجّله ثلاثة أيام، ولا يحل له أن يقتلَه قبل ذلك؛ لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرًا، فلا بد من مدة يمكنه التأمل، فقدرناه بالثلاث. ولنا قوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين﴾ من غير قيد الإمهال، وكذا قولُه عليه السّلام[٨]: «من بدّل دينَه فاقتلوه»*، ولأنه كافر حربى[٩] بَلَغَتْه الدعوةُ، فيُقتل للحال من غير استمهال، وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم[١٠].

---

(٤١) قوله: "ويحبس إلخ" هذه العبارة أيضًا من القدورى يوجب وجوب الإنظار ثلاثة أيام على ما عرف من الأخبار فى مثله، فذكر عبارة "الجامع الصغير"، فإنه يفيد أن إنظاره ليس واجبًا، ولا مستحبًا، وإنما تعينت الثلاثة لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار بدليل حديث حبان بن منقذ فى شرط الخيار فى البيع ثلاثة أيام لدفع الغبن. (ف)

(١) أى فنعم المطلوب.

(٢) قوله: "وتأويل الأول" أى قول القدورى: ويحبس ثلاثة أيام. (عناية)

(٣) أى يطلب المهنة.

(٤) قوله: "فيمهل ثلاثة أيام" وأما إذا لم يطلب، فالظاهر من حاله أنه متعنت فى ذلك، فلا بأس بقتله إلا أنه يستحب أن يستتاب. (ع)

(٥) بالكسر أى الاختبار.

(٦) قوله: "وعن الشافعى إلخ" الصحيح من مذهبه أنه إن تاب فى الحال فبها، وإلا قتل؛ لحديث معاذ مرفوعًا: «من بدل دينه فاقتلوه» من غير تقييد بالإنظار، وهو اختيار ابن المنذر. (ف)

(٧) أى يجب عليه.

(٨) قلت: أخرجه البخارى، والطبرانى.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٣ ص١٣٦. (نعيم)

(٩) قوله: "ولأنه كافر حربى" بيانه: أن المرتد كافر لا محالة، وليس بمستأمن؛ لأنه لم يطلب الأمان، ولا ذمى؛ لأنه لا تقبل الجزية منه، فكان حربيًا. (عناية)

(١٠) قوله: "لأمر موهوم [وهو إسلام المرتد. ب]" فإن قلت: قد مر أنه إذا استمهل ثلاثة أيام يمهل، وعن

ولا فرق بين الحر والعبد لإطلاق الدلائل[١]، وكيفية توبته[٢] أن يَتَبرَّأ[٣] عن الأديان كلّها سوى الإسلام؛ لأنه لا دين له[٤]، ولو تبرّأ عما انتقل[٥] إليه، كفاه لحصول المقصود.

قال[٦]: فإن قتله[٧] قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره، ولا شيء[٨] على القاتل، ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب[٩]، وانتفاء الضمان؛ لأن الكفر مُبيح[١٠] للقتل، والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب، وأما المرتدة فلا تُقتل[١١]. وقال الشافعي: تقتل؛ لما روينا[١٢]، ولأن ردة الرجل مُبيحة للقتل من حيث إنه جناية متغلظة[١٣]، فتُناط بها عقوبة متغلظة[١٤]، وردة

أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه يستمهل ثلاثة أيام وإن لم يطلب، قلت: هذا وجه القياس، وفي القياس لا يجوز الاستمهال، وما ذكر هناك استحسان. (حاشية ملا إله داد)

(١) قوله: "لإطلاق الدلائل" يعني قوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين﴾، وقوله عليه السّلام: «من بدل دينه فاقتلوه». (عناية)

(٢) بكلمة الشهادتين.

(٣) أي بعد الإتيان.

(٤) قوله: "لأنه لا دين له" يعني لو كان له دين كاليهودية والنصرانية لوجب عليه أن يبرأ عن ذلك، ولكن ليس له دين، فلأجل هذا يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام. (ب)

(٥) أي من الإسلام.

(٦) أي القدوري.

(٧) أي المرتد.

(٨) من القصاص أو الدية.

(٩) قوله: "ترك المستحب" فالكراهية ههنا تنزيهية، وعند من يقول: بوجوب العرض تحريمية، وفي "شرح الطحاوي": إذ فعل ذلك أي القتل بغير إذن الإمام أدب. (ب)

(١٠) أي الكفر المحارب. (ك)

(١١) ولو قتلها، فلا شيء عليه.

(١٢) قوله: "لما رويناه" إشارة إلى قوله عليه السّلام: «من بدل دينه فاقتلوه»، وكلمة "من" تعم الرجال والنساء، كقوله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾. (كفاية)

(١٣) هي جناية الكفر. (فتح القدير)

(١٤) وهو القتل. (ب)

المرأة تشاركها[١] فيها، فتشاركها فى موجبها.

ولنا أن النبى عليه السلام[٢] نهى عن قتل النساء[٣]*، ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة[٤]؛ إذ تعجيلها يخلّ بمعنى الابتلاء، وإنما عُدل عنه دفعًا لشرٍ ناجزٍ[٥]، وهو الحراب، ولا يتوجه ذلك[٦] من النساء لعدم صلاحية البنية[٧]، بخلاف الرجال، فصارت المرتدة كالأصلية[٨]. قال: ولكن تحبس حتى تسلم؛ لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار، فتُجبر على إيفاءه بالحبس، كما فى حقوق العباد[٩]. وفى "الجامع الصغير"[١٠]: وتجبر المرأة على الإسلام، حرة كانت أو أمة، والأمة يُجبرها مولاها، أما الجبر فلما ذكرنا[١١]، ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين[١٢]، ويروى تُضرب[١٣] فى كل أيام مبالغة فى

---

(١) والاشتراك فى العلة يوجب الاشتراك فى الحكم. (ك)

(٢) رواه الجماعة إلا ابن ماجة. (عينى)

(٣) قوله: "نهى عن قتل النساء" وقوله: «من بدل دينه فاقتلوه» وإن كان عامًا، لكن يجب تخصيصه بالرجال؛ إذ العام والخاص إذا وردا فى حادثة، يجعل الخاص مخصِّصًا للعام. (إله داد)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٤ ص١٣٦. (نعيم)

(٤) قوله: "إلى دار الآخرة" فإنها الموضوعة للأجزية على الأعمال المصنوعة فى هذه الدار، وكل جزاء شرع فى هذه الدار، فإنما هو لمصالح تعود إلينا كالقصاص، وحد القذف، وحد الشرب والزنا، والسرقة شرعت لحفظ النفوس، والأعراض، والعقول، والأنساب. فكذا يجب القتل بالردة لدفع شر الحرابة، لا جزاءً على فعل الكفر؛ لأن جزاءه أعظم عند الله، فيخص لمن يتأتى منه الحرب، وهو الرجل، ولهذا نهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء، وعلله بأنها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث، ولهذا قلنا: لو كانت المرأة ذات رأى وتبع تقتل، لا لردتها، بل لأنها ح تسعى فى الأرض بالفساد. (ف)

(٥) أى واقع فى الحال.

(٦) أى الحرب.

(٧) بكسر وضم أول وسكون نون بمعنى بنياد نهاد. (غث)

(٨) والأصلية لا تقتل، فكذا المرتدة. (ب)

(٩) كالديون يجبر على إيفاءها.

(١٠) قوله: "وفى الجامع الصغير إلخ" أعاد روايته لاشتمالها على ذكر الحرة والأمة. (عناية)

(١١) يعنى أنها امتنعت عن إيفاء حق الله بعد الإقرار. (ك)

(١٢) قوله: "من الجمع بين الحقين" يعنى حق الله وحق السيد فى الاستخدام، فإنه لا منافاة، بخلاف العبد المرتد، فإنه لا يدفع، فإنه لا فائدة فى دفعه إليه؛ لأنه يقتل ولا يبقى ليتمكن استخدامه. (ف)

الحمل على الإسلام.

قال[١]: ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مُراعًى[٢]، فإن أسلم عادت[٣] إلى حالها. قالوا[٤]: هذا[٥] عند أبي حنيفة، وعندهما لا يزول ملكه لأنه مكلف محتاج، فإلى أن يقتل يبقى ملكه[٦] كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص[٧]. وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل، ولا قتل إلا بالحراب[٨]، فهذا[٩] يوجب زوال ملكه ومالكيته، غير أنه[١٠] مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه، ويُرجى عوده إليه[١١]، فتوقفنا فى أمره[١٢]، فإن أسلم جعل هذا العارض[١٣] كأن لم يكن فى حق هذا الحكم[١٤]، وصار كأن لم يزل مسلمًا، ولم يَعْمل السبب[١٥].

(١٣) أى الأمة.

(١) أى القدورى. (ب)

(٢) أى محفوظًا موقوفًا. (ب)

(٣) أى أمواله. (ب)

(٤) أى المشايخ.

(٥) أى الذى ذكره القدورى من الزوال المراعى. (ب)

(٦) لأنه لا يتمكن من إقامة موجب التكليف إلا بالملك. (عناية)

(٧) قوله: "كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص" فإن ملكه لا يزول بإباحة دمه. (ب)

(٨) قوله: "ولا قتل إلا بالحراب" فكان القتل ههنا مستلزمًا للحراب؛ لأن نفس الكفر ليس بمبيح للقتل حتى لا يقتل الأعمى والمقعد والشيخ الفانى، وقد تحقق الملزوم بالاتفاق، وهو كونه ممن يقتل، فلا بد من كونه حربيًا. (عناية)

(٩) قوله: "فهذا" أى كونه حربيًا مقهورًا تحت أيدينا يوجب زوال ملكه؛ لأن القهورية أمارة المملوكية، وإذا كان مقهورًا ارتفعت مالكيته، وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك. (ع)

(١٠) أى المرتد.

(١١) لأنه كان ممن دخل الإسلام، وعرف محاسنه. (ف)

(١٢) أى قلنا: ملكه موقوف.

(١٣) أى الارتداد.

(١٤) قوله: "فى حق هذا الحكم [أى زوال الملك. ف]" احترز به عن حكم عمله، وبينونة امرأته، ووجوب تجديد كلمة الشهادة. (ب)

وإن مات، أو قتل على ردته، أو لحق بدار الحرب، وحكم بلحاقه[١]، استقر كفره، فيعمل السبب عمله، وزال ملكه.

قال[٢]: وإن مات، أو قُتل على ردته انتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين، وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئًا، وهذا عند أبي حنيفة[٣] وقال أبو يوسف ومحمد: كلاهما[٤] لورثته، وقال الشافعي[٥]: كلاهما فيء؛ لأنه مات كافرًا، والمسلم لا يرث الكافر، ثم هو مال حربي لا أمان له، فيكون فيئًا[٦]. ولهما أن ملكه في الكسبين[٧] بعد الردة باقٍ على ما بيناه[٨]، فينتقل بموته إلى ورثته، ويستند إلى ما قبل ردته[٩]؛ إذ الردة سبب الموت[١٠]، فيكون توريث المسلم من المسلم[١١].

ولأبي حنيفة أنه يمكن الاستنادُ في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها.

---

(١٥) أي بالارتداد، وفي بعض النسخ: بالسبب، فيكون لم يعمل مجهولا.

(١) أي حكم القاضي بلحاقه بدار الحرب، فصار في حكم الأموات.

(٢) أي القدوري.

(٣) وبه قال زفر والحسن. (ب)

(٤) أي الكسبان جميعًا.

(٥) وبه قال أحمد ومالك. (ب)

(٦) قوله: "فيكون فيئًا" يعني يوضع في بيت المال؛ ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع. (عناية)

(٧) أي كسب حالة الإسلام، وكسب حالة ردته.

(٨) قوله: "على ما بيناه" إشارة إلى قوله: لأنه مكلف محتاج إلى آخره. (عناية)

(٩) جواب عما يقال: هذا توريث المسلم من الكافر. (ب)

(١٠) قوله: "إذ الردة سبب الموت" فجعل موتًا حكمًا، فكان آخر جزء من أجزاء إسلامه آخر جزء من أجزاء حياته، فكان توريث المسلم من المسلم بهذه الحيثية. (ب)

(١١) قوله: "فيكون توريث إلخ" قلت: نعم، ينتقل إلى ورثته، ولكن إذا كانت له ورثة وقت الموت، والقول باستناد التوريث إلى قبيل الردة إن كان يمكن في ما اكتسبه في إسلامه، فلا يمكن في ما اكتسبه في ردته؛ لأن ملك المورث فيه مقتصر على حال الاكتساب، فاستحال أن يستند ملك المورث فيه إلى ما قبل سبب الموت، فلا يكون توريث المسلم من المسلم. (إله داد)

ومن شرطه[١] وجوده[٢]، ثم إنما يرثه من كان وارثًا له حالة الردة[٣]، وبقى وارثًا إلى وقت موته فى رواية عن أبى حنيفة[٤] اعتبارًا للاستناد.
وعنه[٥] أنه يرثه من كان وارثًا له عند الردة[٦]، ولا يبطل استحقاقه بموته[٧]، بل يخلفه وارثه؛ لأن الردة بمنزلة الموت. وعنه[٨] أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت[٩]؛ لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده[١٠] بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض[١١]. وترثه امرأته المسلمة إذا مات، أو قتل على ردته، وهى فى العدة؛ لأنه يصير فارًّا[١٢] وإن[١٣] كان صحيحًا وقت الردة، والمرتدة كسبها لورثتها؛ لأنه لا حراب[١٤]

---

(١) أى شرط إسناد التوريث.
(٢) أى وجود الكسب قبل الردة. (ب)
(٣) قوله: "من كان وارثًا له حالة الردة" بأن كان حرًا مسلمًا، وبقى كذلك إلى وقت موته، أو لحاقه، فإن المستند لا بد أن يثبت أولا، ثم يستند، فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الإرث، وهو المسلم الحر، كذا عند استناده حتى لو أسلم بعض أقرباءه، أو ولد من علوق حادث بعد الردة، لا يرثه على هذه الرواية.
(٤) رواها الحسن عنه. (ف)
(٥) هذه رواية أبى يوسف عنه. (ف)
(٦) على هذه الرواية عول الكرخي. (ف)
(٧) قوله: "ولا يبطل استحقاقه بموته" أى قبل موت المرتد؛ لأن الردة بمنزلة الموت فى حكم التوريث، ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا تبطل استحقاقه، ويخلفه وارثه. (ب)
(٨) هذه رواية رواها محمد، وقال فى "المبسوط": هو أصح. (ف)
(٩) قوله: "عند الموت [أى موت المرتد]" سواء كان موجودا وقت الردة، أو حدث بعده. (عناية)
(١٠) قوله: "كالحادث قبل انعقاده" فلا جرم تعتبر زمان الموت؛ لأن السبب يتم به حتى يرثه الولد الحادث بعد الردة. (ب)
(١١) قوله: "بمنزلة الولد إلخ" فى أنه يصير معقودًا عليه بالقبض، ويكون له حصته من الثمن، قال فى "النهاية": الحاصل أن على رواية الحسن يشترط الوصفان كونه وارثا وقت الردة، وكونه باقيًا كذلك إلى وقت الموت، أو القتل، وعلى رواية أبى يوسف يعتبر الوصف الأول، وعلى رواية محمد يعتبر الوصف الثانى. (ع)
(١٢) قوله: "لأنه يصير فارًا" وهذا لأن الردة سبب الموت، وهى باختياره، فأشبهت الطلاق البائن فى مرض الموت، وهو يوجب الإرث إذا مات، وهى فى العدة، ولو كان وقت الردة مريضًا، فلا إشكال فى إرثها.
وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنها ترثه، وإن كانت منقضية العدة؛ لأنها كانت وارثة عند الردة، وبه قال أبو يوسف، وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حالة الردة فقط، وما فى الكتاب فهو على رواية الحسن. (ف)
(١٣) الواو وصلية.

منها، فلم يوجد سبب الفيء.

بخلاف المرتد[١] عند أبي حنيفة ويرثها زوجُها المسلم إن ارتدت[٢]، وهي مريضة لقصدها إبطال حقه، وإن كانت صحيحة[٣] لا يرثها؛ لأنها لا تقتل، فلم يتعلق حقه[٤] بمالها بالردة، بخلاف المرتد[٥].

قال: وإن لحق بدار الحرب مرتدًا، وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه، وأمهاتُ أولاده، وحلّت الديون التي عليه، ونُقل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته من المسلمين[٦]. وقال الشافعي: يبقى مالُه موقوفًا كما كان[٧] لأنه[٨] نوع غيبة، فأشبه الغيبة في دار الإسلام. ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب، وهم أموات[٩] في حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام[١٠]، كما هي منقطعة عن الموتى، فصار كالموت إلا أنه[١١] لا

---

(١٤) قوله: "لأنه لا حراب" أي فلا قتل لما تقدم من الملازمة، وحاصل الفرق أن المرأة لا تقتل، والرجل يقتل، ومعناه أن عصمة المال تابعة لعصمة النفس، فبالردة لا تزول عصمة نفسها، فكذلك عصمة مالها، بخلاف المرتدة، ولما كانت عصمة مالها باقية بعد الردة كان كل واحد من الكسبين ملكًا لها. (عناية)

(١) فإن ما اكتسبه في الردة فيء عنده. (ع)

(٢) قوله: "ويرثها زوجها المسلم إلخ" وكان القياس أن لا يرثها؛ لأن فرار الزوج إنما يتحقق إذا مات، وهي في العدة، ثم ههنا لا عدة على الرجل، ووجه الاستحسان ما أشار إليه بقوله: لقصدها إلخ، وبيانه أن حقه تعلق بماله لمرضها، فكانت بالردة قاصدة إبطال حقه فارة، فيرد عليها قصدها. (عناية)

(٣) أي عند الردة.

(٤) إشارة إلى أن ردتها لم تعتبر مفضية إلى الموت من حيث إنها لا تستحق القتل. (د)

(٥) قوله: "بخلاف المرتد" لأنه مستحق للقتل، سواء ارتد في صحته، أو مرضه، فكان فارًا. (ب)

(٦) وكذا ما اكتسبه في ردته عندهما. (ف)

(٧) أي قبل اللحاق.

(٨) أي إلحاقه بدار الحرب.

(٩) لقوله تعالى: ﴿ومن كان ميتًا فأحييناه﴾ أي كافرا فهديناه. (ب)

(١٠) قوله: "لانقطاع ولاية الإلزام" بخلاف الغيبة في بلدة أخرى من دار الإسلام؛ لأن ولاية إلزامنا ثابتة فيها، فلا يلحق بذلك. (ف)

(١١) أي الشأن.

يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا[١]، فلا بد من القضاء، وإذا تقرّر موته[٢]، ثبتت الأحكام المتعلقة به، وهي ما ذكرناها[٣] كما في الموت الحقيقي. ثم يُعتبر كونه وارثًا عند لحاقه في قول محمد؛ لأن اللحاق هو السبب، والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال[٤].

وقال أبو يوسف[٥]: وقت القضاء؛ لأنه يصير موتًا بالقضاء، والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب، فهي على هذا الخلاف[٦]. وتُقضى الديون[٧] التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام، وما لزمه في حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه في حال ردته. قال العبد الضعيف عصمه الله: هذه رواية عن أبي حنيفة، وعنه[٨] أنه يُبدأ بكسب الإسلام، وإن لم يَفِ بذلك يُقضى من كسب الردة، وعنه[٩] على عكسه[١٠]. وجه الأول[١١]: أن

(١) قوله: "لاحتمال العود إلينا إلخ" لقائل أن يقول: ما وجه تأثير القضاء في تقرر اللحاق مع أن احتمال عوده إلى دارنا قبل القضاء كهو بعده. وجوابه أنه ما لم يقضِ بلحوقه بها جاز أن يعتبره الشرع، فأما إذا قضى بلحاقه سقط احتمال العود، واعتباره شرعًا. (د)

(٢) أي موته الحكمي.

(٣) من قوله: عتق مدبروه إلى آخره. (عناية)

(٤) قوله: "لقطع الاحتمال" أي احتمال عوده إلى دار الإسلام أي اللحاق لا يوجب أحكام الموت إلا إذا كان أمرًا مستقرًا، وهو غير معلوم، فبالقضاء به يتقرر. (ف)

(٥) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" حتى لو كان من يرث وقت الردة كافرًا، أو عبدًا، ووقت القضاء مسلمًا معتقًا يرث عنده، لا عند محمد. (ف)

(٦) قوله: "فهي على هذا الخلاف" فعند أبي يوسف يعتبر وجود الوارث وقت القضاء، وعند محمد وقت اللحاق. (ب)

(٧) هذا كله قول القدوري. (ب)

(٨) رواها زفر عنه. (عناية)

(٩) قوله: "وعلى عكسه [هي رواية أبي يوسف عنه]" وهو أن يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة. (عناية)

(١٠) قوله: "وجه الأول إلخ" يعني أن الحامل على الكسب هو السبب الموجب للدين؛ لأن قضاء الدين أهم، فالظاهر أنه اكتسبه ليؤدي به الدين اللازم عليه، فيكون الكسب من أرباح المداينة وغنائمه، ومن له غنم الشيء، فعليه غرمه، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «الغرم بالغنم»، وقضاء الدين غرامة المداينة؛ لأنه تعب

المستحق بالسببين مختلف، وحصولُ كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذى وجب به الدين، فيُقضى كل دين من الكسب المكتسب الذى فى تلك الحالة؛ ليكون الغُرم[1] بالغنم.

وجه الثانى: أن كسب الإسلام ملكُه حتى يخلفُه[2] الوارث فيه، ومن شرط هذه الخلافة[3] الفراغ عن حق المورث، فيقدم الدين عليه[4].

أما كسبُ الردة فليس بمملوك له[5] لبطلان أهلية الملك بالردة عنده[6]، فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذّر[7] قضاءه من محل آخر[8]، فحينئذ يقضى منه[9] كالذمى إذا مات، ولا وارث له، يكون مالُه لجماعة المسلمين، ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا.

وجه الثالث[10]: أن كسب الإسلام حقُّ الورثة، وكسب الردة خالص

يلحقه من قبله. (إله داد)

(١١) أى كسب الإسلام وكسب الردة.

(١) قوله: "ليكون الغرم بالغنم" الغرم بضم الغين المعجمة الضمان والمؤنة، والغنم بضم الغين المعجمة النفع، المعنى أن الضمان بعوض المنفعة، فمن له الغنم، فعليه غرمه. (قمر الأقمار لنور الأنوار)

(٢) بضم الفاء؛ لأن حتى للحال. (ب)

(٣) أى خلافة الوارث.

(٤) أى على التوريث.

(٥) أى المرتد.

(٦) أى عند أبى حنيفة.

(٧) بأن لم يف.

(٨) هو كسب الإسلام.

(٩) قوله: "فح يقضى منه" فإن قيل: كيف يقضى منه، وهو فىء عنده غير مملوك له، بل لجماعة المسلمين؟ أجاب عنه فقال: لا بعد ذلك، فإن الذمى إذا مات، ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين، ومع ذلك إن كان عليه دين يقضى منه، فكذلك ههنا. (ف)

(١٠) قوله: "وجه الثالث إلخ" فيه بحث بوجوه: الأول: ما قيل: إنه يناقض قوله: وأما كسب الردة، فليس بمملوك له. والثانى: أن كون كسب الإسلام حق الورثة ممنوع، فإن حقهم إنما يتعلق بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث، والثالث: أن قضاء الدين من خالص حقه واجب، ومن حق غيره ممتنع، فلا وجه لقوله أولى.

وأجيب عن الأول: بأن معنى خلوص الحق ههنا أن لا يتعلق حق الغير به، كما يثبت التعلق فى مال المريض،

حقه، فكان قضاء الدين منه أولى، إلا إذا تعذر بأن لم يفِ به، فحينئذٍ يُقضى من كسب الإسلام تقديمًا لحقه.

وقال أبو يوسف ومحمد[1]: تقضى ديونه من الكسبين لأنهما جميعا ملكه حتى يجرى الإرثُ فيهما، والله أعلم.

قال[2]: وما باعه[3]، أو اشتراه[4]، أو أعتقه، أو وَهبه، أو رَهنه، أو تصرف فيه من أمواله فى حال ردته، فهو موقوف[5]، فإن أسلم صحت عقوده[6]، وإن مات، أو قُتل، أو لحق بدار الحرب بطلت، وهذا عند أبى حنيفة[7]، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز ما صنع فى الوجهين[8]. اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام: نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق[9]؛ لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك[10]، وتمام

ولا يلزم من كونه خالص حقه، كونه ملكًا له، ألا يرى أن كسب المكاتب خالص حقه، وليس بملك له.

وعن الثانى: بأن الدين إنما يتعلق بماله عند الموت، لا بما زال من قبل، وكسب الإسلام قد زال، وانتقل بالردة إلى الورثة، وكسبه فى الردة هو ماله عند الموت، فيتعلق بالدين به.

وعن الثالث: بأن كسب الإسلام بعرضيته أن يصير خالص حقه بالتوبة، فكان أحدهما خالص حقه، والآخر بعرضيته أن يصير خالص حقه، ولا شك أن قضاء الدين من الأول أولى. (ع)

(١) وبه قالت الأئمة الثلاثة. (ب)

(٢) أى القدورى.

(٣) مبتدأ.

(٤) أى المرتد.

(٥) خبر.

(٦) من البيع والشراء والإعتاق، وما بعدها.

(٧) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة" إنما قال: كذلك؛ لأن المسألة من مسائل القدورى، وليس الخلاف مذكورا فيه فى هذا الموضع. (عناية)

(٨) قوله: "فى الوجهين" يريد بأحدهما الإسلام، بالثانى الموت، والقتل، واللحاق. (ع)

(٩) قوله: "والطلاق [صورته إذا ارتدا معًا، كذا فى الكافى]" فإن قلت: كيف يمكن طلاق المرتد، وبمجرد الردة تبين المرأة، قلت: هذا ليس بممنوع. ألا ترى أن المسلم إذا أبان زوجته، ثم طلقها فى العدة جاز، ويمكن أن يمنع البينونة بالردة، كما إذا ارتد الزوجان معًا. (ب)

(١٠) قوله: "لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك" راجع إلى قوله: كالاستيلاد أى لأن الاستيلاد لا يفتقر إلى

الولاية[١]. وباطل[٢] بالاتفاق[٣] كالنكاح والذبيحة لأنه[٤] يعتمد الملة، ولا ملة له[٥]، وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة[٦] لأنها تعتمد المساواة[٧]، ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم، ومختلف في توقفه، وهو ما عددناه[٨]. لهما أن الصحة تعتمد الأهلية، والنفاذ يعتمد الملك، ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطبًا[٩]، وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل[١٠]، ولهذا[١١] لو وُلد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة[١٢] يرثه[١٣].

حقيقة الملك بدليل أنه يصح في جارية الابن. (ب)

(١) قوله: "وتمام الولاية" راجع إلى الطلاق أي لأن الطلاق لا يفتقر إلى تمام الولاية، ألا ترى أن العبد يصح طلاقه مع أنه لا ولاية له، ومن هذا القسم النافذ تسليم الشفعة، وقبول الهبة، والحجر على عبده المأذون. (ب)

(٢) ومن هذا القسم إرثه. (ف)

(٣) بين أصحابنا.

(٤) أي كل واحد من النكاح والذبيحة.

(٥) قوله: "ولا ملة له" حاصله ما فسر به ظهير الدين في "فوائده": أن المراد بالملة التي يدينون بملك النكاح التوارث والتناسل، والمرتد لا يتحقق في نكاحه ذلك؛ لأنه يقر حيًا. (ف)

(٦) قوله: "كالمفاوضة" معناه أن المرتد إن فاوض مسلمًا توقف، فإن أسلم نفذت المفاوضة، وإن مات، أو قتل، أو قضي بلحاقه بدار الحرب، بطل المفاوضة بالاتفاق. (عناية)

(٧) قوله: "لأنها تعتمد المساواة" قد علم أن المفاوضة تضمن وكالة وكفالة، وإن يتساويا مالا ودينًا ونصرة، فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم وكافر. (ت)

(٨) قوله: "وهو ما عددناه" من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه، ومنه الكتابة وقبض الديون والإجارة والوصية. (ف)

(٩) قوله: "لكونه مخاطبًا" ألا ترى أن القتل يجب عليه بارتداده، ولو كانت أهليته معدومة، أو ناقصة لم يجب عليه. (ب)

(١٠) إشارة إلى قوله: لأنه مكلف محتاج إلخ. (عناية)

(١١) أي لأجل قيام ملكه. (ب)

(١٢) قوله: "من امرأة مسلمة" إنما قيد به؛ لأن الأم إذا كانت نصرانية كان الولد مرتدًا تبعًا لأبيه؛ لأنه أقرب إلى الإسلام من النصرانية؛ لأنه يجبر على الإسلام، والمرتد لا يرث أحدًا؛ لأنه لا ملة له، ولا ولاية له، وإذا كانت مسلمة، صار الولد مسلمًا تبعًا لها. (ك)

(١٣) ولو كان ملكه زائلا لا يرثه.

ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت(١) لا يرثه(٢)، فتصح تصرفاته قبل الموت إلا أن عند أبى يوسف تصح، كما تصح من الصحيح(٣)؛ لأن الظاهر عوده إلى الإسلام؛ إذ الشبهة(٤) تزاح، فلا يقتل، وصار كالمرتدة(٥). وعند محمد تصح كما تصح من المريض(٦)؛ لأن من انتحل إلى نحلة(٧) لا سيما معرضًا عما نشأ عليه(٨) قلّما يتركه(٩)، فيُفضى إلى القتل ظاهرًا، بخلاف المرتدة؛ لأنها لا تقتل(١٠). ولأبى حنيفة أنه حربى مقهور تحت أيدينا على ما قررناه فى توقف الملك(١١)، وتوقف التصرفات بناءٌ عليه(١٢)، وصار(١٣) كالحربى يدخل دارنا بغير أمان، فيؤخذ ويقهر، وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله(١٤)، وكذا المرتد.

واستحقاقه القتل(١٥) لبطلان سبب العصمة فى الفصلين(١٦)، فأوجب

---

(١) أى المولود له بعد الردة. (ع)

(٢) قوله: "لا يرثه" فلو لم يكن ملكه قائمًا بعد الردة لورثه هذا الولد؛ لأنه كان حيًا وقت ردة الأب، وإذا ثبت وجود الأهلية، والملك يصح تصرفه. (ع)

(٣) يعنى من جميع المال.

(٤) أى التى عرضت للمرتد، وصارت سببًا لارتداد.

(٥) حيث لا تقتل. (ب)

(٦) يعنى من ثلث المال.

(٧) قوله: "لأن من انتحل إلى نحلة" أى من أثبت على دعوى فى "ديوان الأدب" يقال: انتحل فلان قول غيره، إذا ادعاه لنفسه، النحلة بكسر النون وسكون الحاء المهملة الدعوى. (ب)

(٨) وهو الإسلام.

(٩) جواب لمن. (ب)

(١٠) أى لأنها لا تقتل أصلا.

(١١) قوله: "على ما قررناه فى توقف الملك" إشارة إلى تعليل أبى حنيفة بقوله: وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا عند قوله: ويزول ملك المرتد. (ب)

(١٢) أى على توقف الملك. (ب)

(١٣) أى هذا المرتد.

(١٤) قوله: "لتوقف حاله [أى بين الاسترقاق والقتل والمن. ب]" اعترض عليه بأن الحربى الذى دخل دارنا بغير أمان يكون ماله فيئًا، فكيف يتوقف تصرفاته، والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض. (عناية)

(١٥) قوله: "واستحقاقه [جواب عن قولهما. ب] إلخ" جواب عما يقال: المرتد يجب أن يكون هو كالمقضى عليه بالقصاص والرجم؛ لأنه مقهور تحت أيدينا للقتل عينا خصوصًا، فإنه لا يمكن له حالة سوى القتل،

خللا فى الأهلية، بخلاف الزانى، وقاتل العمد[1] لأن الاستحقاق فى ذلك جزاء على الجناية، وبخلاف المرأة[2] لأنها ليست حربية، ولهذا لا تقتل. فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام مسلمًا، فما وجده فى يد ورثته من ماله بعينه أخذه؛ لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه[3]، وإذا عاد مُسلمًا احتاج إليه[4]، فيقدم عليه.

بخلاف[5] ما إذا أزاله الوارث عن ملكه، وبخلاف أمهات أولاده، ومدبريه[6] لأن القضاء قد صح بدليل مصحح[7]، فلا ينقض، ولو جاء مسلمًا قبل أن يقضى القاضى بذلك، فكأنه لم يزل مسلمًا[8]؛ لما ذكرنا[9]. وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية[10]، كانت له فى حالة الإسلام، فجاءت بولدٍ لأكثر من ستة أشهر[11] منذ ارتد[12] فادعاه، فهى أم

بخلاف المرتد فإن غيرها محتمل لاحتمال إسلامه، ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن ماله، وتصرفاتهما نافذة. فأجاب بالفرق بأن استحقاق القتل فى الفصلين لبطلان العصمة لبطلان سببها، وهو الإسلام، بخلاف الزانى والقاتل عمداً. (ف)

(١٦) أى فصل الحربى وفصل المرتد. (ع)

(١) فإنه لا تبطل عصمتهما ولا أهليتهما.

(٢) جواب عن قولهما، وصار كالمرتدة. (ب)

(٣) أى المرتد، حيث دخل دار الحرب. (عناية)

(٤) قوله: "احتاج إليه" قال شمس الأئمة الحلوائى: ولو كان هذا بعد موته حقيقة، بأن أحياه الله وأعاده إلى الدنيا، كان الحكم فيه كذلك إلا أنه خلاف العادة، فكذا هذا. (عناية)

(٥) قوله: "بخلاف [فإنه يمضى فيه، ولا يضمنه. ف] ما إذا أزاله الوارث عن ملكه" سواء كان بسبب يقبل الفسخ كالبيع والهبة، أو لا يقبل كالعتق والتدبير والاستيلاد. (ف)

(٦) فإنهم لا يعودون فى الرق. (ف)

(٧) وهو اللحاق مرتدًا؛ لأنه كالموت الحقيقى. (ف)

(٨) قوله: "لم يزل مسلمًا" فأمهات أولاده ومدبروه على حالهم، لا يعتقون بقضاء القاضى، وما كان عليه من الديون، فهو إلى أجله. (ع)

(٩) قوله: "لما ذكرنا" يعنى من قوله: إلا أنه لا يستقر إلا بقضاء القاضى. (ع)

(١٠) أو يهودية. (ف)

(١١) ولو إلى عشر سنين. (ف)

ولد له، والولد حر، وهو ابنه، ولا يرثه، وإن كانت الجارية مسلمة، ورثه الابن، إن مات على الردة، أو لحق بدار الحرب. أما صحة الاستيلاد فلما قلنا[١]، وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية، والولد تبع له[٢] لقربه إلى الإسلام[٣] للجبر عليه فصار فى حكم المرتد[٤]، والمرتد لا يرث المرتد. أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعًا لها؛ لأنها خيرهما دينًا[٥]، والمسلم يرث المرتد. وإذا لحق المرتدُ بماله بدار الحرب، ثم ظهر على ذلك المال، فهو فىء[٦]، فإن لحق[٧] ثم رجع، وأخذ مالا، وألحقه بدار الحرب، فظُهر على ذلك المال، فوجدته الورثة قبل القسمة رُدَّ عليهم[٨]؛ لأن الأول[٩] مال لم يجر فيه الإرث، والثانى[١٠] انتقل إلى الورثة بقضاء القاضى بلحاقه، وكان الوارث مالكًا قديمًا[١١].

(١٢) أى المرتد.

(١) قوله: "فلما قلنا" من أن صحة الاستيلاد لا تفتقر إلى حقيقة الملك حتى صح استيلاد العبد المأذون جارية من تجارته، ذكره الفقيه أبو الليث فى "شرح الجامع الصغير". (ف)

(٢) أى للمرتد.

(٣) لأنه لا يقر على الردة، بل يجبر عليه بالإسلام.

(٤) أى لما كان الولد تبعًا له، صار فى حكم المرتد. (ب)

(٥) والولد يتبع خير الأبوين دينًا.

(٦) هذا بإجماع الأئمة الأربعة. (ب)

(٧) أى بدار الحرب.

(٨) قوله: "رد عليهم" جواب الكتاب أى الجامع الصغير، وهو ظاهر الرعاية لا يفصل بين أن يكون عوده، وأخذه المال بعد القضاء بلحاقه، أو قبله، أما إذا كان بعد القضاء فظاهر؛ لأنه تقرر الملك للورثة، ثم استولى عليه الكافر، وأحرزه بدار الحرب. وأما إذا عاد قبله، فلأن عوده، وأخذه، ولحاقه ثانيًا يرجح جانب عدم العود، ويؤكده، فيتقرر موته، وما احتيج إلى القضاء باللحاق لغيره؛ لصيرورته ميراثًا إلا ليترجح عدم عوده، فكان رجوعه، وأخذه، ولحاقه ثانيًا بمنزلة القضاء، وفى بعض روايات السير جعله فيئًا؛ لأن بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكًا للورثة، والوجه ظاهر الرواية. (ف)

(٩) أى المال الذى ذهب به المرتد أول مرة.

(١٠) أى المال الثانى الذى ذهب به بعد عوده.

(١١) قوله: "وكان الوارث مالكًا قديمًا" والمالك القديم إذا وجد ماله فى الغنيمة قبل القسمة، أخذه

وإذا لحق المرتد بدار الحرب، وله عبد[١]، فقُضى به لابنه[٢]، وكاتبه الابن، ثم جاء المرتد مسلمًا، فالكتابة جائزة، والمكاتبة والوَلاء[٣] للمرتد الذى أسلم[٤]؛ لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفّذ[٥]، فجعلنا الوارث[٦] الذى هو خلفه كالوكيل من جهته[٧]، وحقوق العقد فيه[٨] ترجع إلى الموكل[٩]، والولاء لمن يقع العتق عنه[١٠].

وإذا قتل المرتد رجلا خطأ، ثم لحق بدار الحرب، أو قُتل على ردته، فالدية فى مالٍ اكتسبه فى حال الإسلام خاصة عند أبى حنيفة. وقالا: الدية فيما اكتسبه فى حالة الإسلام، والردة جميعًا؛ لأن العواقل[١١] لا تَعقل المرتد لانعدام النصرة، فتكون فى ماله. وعندهما الكسبان جميعًا مالُه لنفوذ تصرفاته فى الحالين[١٢]، ولهذا يجرى الإرث فيهما[١٣] عندهما.

مجانًا. (ع)

(١) أى فى دار الإسلام.

(٢) بناء على موته.

(٣) أى بدل الكتابة.

(٤) لا لابنه الذى كاتب.

(٥) أى وهو القضاء بالعبد له.

(٦) أى الابن.

(٧) قوله: "كالوكيل من جهته" فإنه لما لحق بدار الحرب، صار كأنه سلط ابنه على ماله، وجعله خلفًا عنه فى التصرف، فلما عاد ثبت له حكم الإحياء، وبطل حكم الموت. (ب)

(٨) أى فى عقد الكتابة. (ع)

(٩) وهو ههنا الأب.

(١٠) قوله: "لمن يقع العتق عنه" والعتق إنما يحصل فيه بعد أداء بدل الكتابة، بخلاف ما إذا رجع مسلمًا بعد أداء بدل الكتاب؛ لأن الملك الذى كان له لم يبقَ قائمًا ح. (عناية)

(١١) قوله: "لأن العواقل إلخ" دفع لما يقال: إن فى القتل خطأ تجب الدية على العاقلة، لا فى مال القاتل، وحاصل الدفع أن وجوب الدية على العواقل إنما هو باعتبار النصرة، وهى منقطعة فى ما بين المرتد والمسلم، فيكون الدية فى ماله كسائر ديونه. (مولوى عبد الحى نور الله مرقده)

(١٢) أى حال الإسلام وحال الردة.

وعنده ماله المكتسب[١] فى الإسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب فى الردة[٢] لتوقف تصرفه، ولهذا كان الأول[٣] ميراثًا عنده، والثانى[٤] فيئًا عنده. وإذا قُطِعت يد المسلم عمدًا فارتد -والعياذ بالله- ثم مات على ردته من ذلك، أو لحق بدار الحرب، ثم جاء مسلمًا، فمات من ذلك، فعلى القاطع نصف الدية فى ماله للورثة[٥]. أما الأول[٦]: فلأن السراية[٧] حلّت محلا غير معصوم فأهدرت[٨]، بخلاف[٩] ما إذا قُطعت يد المرتد، ثم أسلم، فمات من ذلك؛ لأن الإهدار[١٠] لا يلحقه الاعتبار، أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء، فكذا بالردة[١١]. وأما الثانى: وهو ما إذا لحق، ومعناه إذا قضى بلحاقه؛ لأنه صار ميتًا تقديرًا[١٢]، والموت يقطع السراية، وإسلامه

---

(١٣) أى فى الكسبين.

(١) قوله: "ماله المكتسب" مبتدأ وخبر كان المقام مقتضيا لضمير الفصل بين الموصوف والصفة. (ع)

(٢) قوله: "دون المكسوب فى الردة" وعلى هذا إذا غصب مالا، فأفسده يجب ضمانه فى مال الإسلام عنده، وعندهما فى الكل. (ف)

(٣) أى كسب الإسلام.

(٤) أى كسب الثانى.

(٥) أى لورثة المرتد.

(٦) أى إذا مات على ردته. (ب)

(٧) أى سراية القطع.

(٨) قوله: "فأهدرت" فلم يجب دية النفس؛ لأن فوتها حصل فى حال لا قيمة لها، ولم يجب القصاص فى اليد لاعتراض الردة، فإذا لم يجب القصاص وجبت الدية، وهى نصف دية النفس؛ لأن قطع اليد حصل فى حال عصمة اليد، وهى فى حال الإسلام، وإنما كانت الدية فى ماله لكون القطع عمداً، أما إذا كان خطأً فقال الحاكم: هى واجبة على عاقلته. (ب)

(٩) يعنى لا يجب الضمان أصلا.

(١٠) قوله: "لأن الإهدار إلخ" يعنى الجناية إذا صارت هدرًا لا يلحقه الاعتبار بعد ذلك، فإن غير الموجب لا ينقلب موجبًا. (ب)

(١١) قوله: "فكذا بالردة" وكذا بالبيع والإعتاق حتى لو قطع عبد يد إنسان، ثم باعه المولى، ثم رده عليه، ثم مات لا يضمن. (ب)

(١٢) أى من حيث الحكم. (ب)

حياةٌ حادثة فى التقدير[١]، فلا يعود حكم الجناية الأولى، فإذا لم يقضِ القاضى بلحاقه، فهو على الخلاف الذى نبينه إن شاء الله تعالى[٢].

قال: فإن لم يلحق وأسلم، ثم مات، فعليه الدية كاملة، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد وزفر: فى جميع ذلك[٣] نصف الدية؛ لأن اعتراض الردة أهدر السراية[٤]، فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان، كما إذا قطع يد مرتد فأسلم[٥]. ولهما أن الجناية وردت على محل معصُوم[٦]، وتمت فيه[٧]، فيجب ضمان النفس[٨]، كما إذا لم يتخلل الردة[٩]، وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة[١٠] فى حال بقاء الجناية، وإنما المعتبر قيامها فى حال انعقاد السبب[١١]، وفى حال ثبوت الحكم[١٢]، وحالة البقاء بمَعْزِل من ذلك كله، وصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين[١٣].

---

(١) فكأنها نفس أخرى.

(٢) قوله: "الذى نبينه إن شاء الله تعالى" أشار به إلى المسألة التى تلى قوله: وإذا لم يقضِ إلخ، وهو قوله: وإن لم يلحق أى دار الحرب وأسلم ثم مات، فعليه الدية كاملة، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد وزفر: فى جميع ذلك نصف الدية. (ب)

(٣) أى فى ما إذا لحق، ثم جاء مسلمًا، ومات، أو لم يلحق.

(٤) قوله: "أهدر السراية" فصار بحال لو قتله قاتل لا يجب عليه لشىء. (ب)

(٥) قوله: "كما إذا قطع يد مرتد فأسلم" سواء مات من القطع، أو لم يمت حيث لا يجب فى الأول القصاص، وفى الثانى ضمان اليد؛ بناء على الأصل المار أن الهدر لا يلحقه الاعتبار. (ب)

(٦) لأن الفرض أنه قطع يده، وهو مسلم. (عناية)

(٧) لأنه كان فى الحالين مسلمًا. (ب)

(٨) أى الدية الكاملة. (ب)

(٩) قوله: "كما إذا لم يتخلل الردة" وهذا لأن تخللها كان فى حالة البقاء، وإنما يوجب سقوط العصمة فى البقاء، وبه يثبت الشبهة المسقطة للقصاص. (ف)

(١٠) أى عصمة المحل.

(١١) وهو حال الابتداء.

(١٢) وهو حال السراية.

(١٣) قوله: "وصار كقيام الملك إلخ" فإنه لا يعتبر، بل المعتبر قيامه حال التعليق، وحال ثبوت الحكم، وهو

وإذا ارتد المكاتب، ولحق بدار الحرب، واكتسب مالا[1]، فأُخذ بماله[2]، وأبى أن يُسلم فقتل، فإنه يُوفّى[3] مولاه مكاتبته، وما بقى فلورثته، وهذا ظاهر على أصلهما[4]؛ لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرّاً، فكذا إذا كان مكاتبًا[5]. وأما عند أبى حنيفة: فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة، والكتابة لا تتوقف بالردة، فكذا أكسابه، ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى، وهو الرق[6]، فكذا بالأدنى بطريق الأولى.

وإذا ارتد الرجل وامرأته -والعياذ بالله- ولحقا بدار الحرب، فحبلت[7] المرأة فى دار الحرب، وولدت ولدا، وولُد لولدهما ولد، فظُهر عليهم جميعًا، فالولدان[8] فىء؛ لأن المرتدة تُسترق[9]، فيتبعها ولدها[10]، ويجبر الولد الأول على الإسلام، ولا يجبر ولد الولد[11].

حال وجود الشرط حتى إذا قال لزوجته: أنت طالق إن دخلت الدار، ثم أبانها ثم تزوجها فدخلت طلقت. (ف)

(١) أى فى أيام ردته.

(٢) أى أخذه الإمام.

(٣) صيغة المجهول. (ب)

(٤) قوله: "وهذا ظاهر على أصلهما" يعنى مشكل على أصل أبى حنيفة؛ لأن كسب الردة لا يكون للمرتد عنده إذا كان حرًا، وههنا جعله ملكًا للمكاتب، فيحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب، حيث لم يجعل كسبه ملكًا إذا كان حرا، وجعله ملكًا له إذا كان عبدا، وهو ما ذكره بقوله: فلأن المكاتب إنما يملك إكسابه. (ب)

(٥) إذ الكتابة لا تبطل بالموت، فبالردة أولى. (ب)

(٦) قوله: "وهو الرق" إنما كان أقوى من الردة فى المانعية؛ لأن بعض التصرفات للمرتد نافذ بالإجماع كالاستيلاد والتدبير والطلاق، وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء، فأما العبد فممنوع من التصرفات كلها. (ب)

(٧) قوله: "فحبلت" فى دار الحرب تقييده به اتفاقى، فإنه لو حبلت فى دارنا، ثم لحقت فالجواب كذلك، ولعله ذكره لفائدة، وهى أن العلوق إذا كان فى دار الإسلام، كان أقرب إليه باعتبار الدار، وإذا كان فى دار الحرب، كان أبعد. (ع)

(٨) أى الولد وولد الولد. (ب)

(٩) ولا تقتل كما مر.

(١٠) لأن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية.

وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجبر تبعًا للجد، وأصله[1] التبعية فى الإسلام، وهى رابعة أربعة مسائل[2] كلّها على الروايتين[3]، والثانية صدقة الفطر[4]، والثالثة جر الولاء[5]، والأخرى[6] الوصية للقرابة.

وقال: وارتداد الصبى الذى يَعقل[7] ارتداد[8] عند أبى حنيفة ومحمد، ويجبر على الإسلام، ولا يقتل، وإسلامه إسلام[9] لا يرث أبويه إن كانا كافرين، وقال أبو يوسف: ارتداده ليس بارتداد، وإسلامه إسلام.

وقال زفر والشافعى: إسلامه ليس بإسلام، وارتداده ليس بارتداد.

لهما[10] فى الإسلام أنه تبع لأبويه فيه، فلا يجعل أصلا[11]، ولأنه

---

(١١) قوله: "ولا يجبر ولد الولد [هذه ظاهر الرواية]" كأنه لو كان مسلمًا تبعًا لجده يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم، ولو كان تبعًا لأبيه، لكان التبع مستتبعًا غيره. (عناية)

(١) أى أصل الخلاف ههنا. (ب)

(٢) قوله: "وهى رابعة أربعة مسائل" معناه هذه المسألة إحدى أربع مسائل، والفرق بين رابع ثلاثة، ورابع أربعة أن معنى الأول تصير الثلاثة أربعًا، ومعنى الثانى أحدها. (ب)

(٣) قوله: "كلها على الروايتين" يعنى فى رواية الحسن لم يجعل الجد بمنزلة الأب فى تلك المسائل، وفى رواية الحسن جعل الجد فيها بمنزلة الأب. (عناية)

(٤) قوله: "والثانية صدقة الفطر" أى للولد الصغير إذا كان جده موسرا، ولا أب له، أو له أب معسراً وعبد لا يجب على الجد فى ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن يجب. (ف)

(٥) قوله: "والثالثة جر الولاء" صورته: معتقة تزوجت بعبد، وله أب عبد، فولدت منه، فالولد حر تبعا لأمه، وولاءه لموالى أمه، فإذا عتق جده لا يجر ولاء عاقده إلى مواليه عن موالى أمه فى ظاهر الرواية، وفى رواية الحسن يجره، كما لو أعتق أبوه. (ف)

(٦) قوله: "والأخرى" أى المسألة الأخرى وهى الرابعة الوصية للقرابة، فإذا أوصى لقرابة، أو لأقربائه يدخل فى الوصية الوالد؛ لأنه أقرب الأقربين، ثم الجد يدخل أيضًا على رواية الحسن؛ لأنه كالأب، وعلى ظاهر الرواية لا يدخل. (ب)

(٧) يعنى إذا ارتد يصير مرتداً.

(٨) قوله: "ارتداد" أى يصح، فلو مات له قريب مسلم بعد ردته، لا يرث منه، وبه كان أبو يوسف يقول أولا، ثم رجع، وقال: ارتداده ليس بارتداد. (ف)

(٩) قوله: "وإسلامه إسلام" فلا يرث أبويه الكافرين، ويرث أقاربه المسلمين، ولا يصح نكاح المشركة له، وتحل له المؤمنة، وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحوه. (ف)

(١٠) أى لزفر والشافعى. (ف)

يلزمه أحكامًا[١] تشوبها المضرة، فلا يؤهل له[٢].

ولنا فيه أن عليًا أسلم فى صباه[٣]، وصحّح النبى عليه السّلام

(١١) قوله: "فلا يجعل أصلا" للتنافى بين صفته الأصلية والتبعية؛ لأن الأولى سمة القدرة، والثانية سمة العجز فلا يجتمعان. (ف)

(١) من حرمان الإرث والفرقة. (ف)

(٢) أى الإسلام كالطلاق والعتاق، فإنهما لا يصح منه. (ف)

(٣) قوله: "ولنا فيه [أى إسلامه] أن عليًا إلخ" هذا دليل مشهور لأصحابنا الأصوليين والفقهاء لإثبات صحة إسلام الصبى. وحاصله: أن عليًا كرم الله وجهه أسلم وهو صبى، قيل: كان عمره سبع سنين، وقيل: عشر سنين، وقيل: تسع، وقيل: ثمان، وقيل: غير ذلك، كما هو مبسوط فى كتب السير، وعد هذا من مفاخره.

وذكر جمع من أصحاب السير أن معاوية رضى الله عنه كتب إلى على يا أبا الحسن! إن لى فضائل أنا صهر رسول الله وكاتبه، فكتب على رضى الله عنه فى جوابه أشعارًا، وهى هذه:

محمدٌ النبى أخى وصهرى ... وحمزة سيد الشهداء عمى

وجعفرٌ الذى يضحى ويمسى ... يطير مع الملائكة ابن أمى

وبنت محمد سكنى وعرشى ... مشوب لحمها بدمى ولحمى

وسبطا أحمد ابناى منها ... فمن منكم له سهم كسهمى

سبقتكم إلى الإسلام طرا ... صغيرًا ما بلغت أوان حلمى

قال الزرقانى فى "شرح المواهب": طرا بضم الطاء المهلمة وتشديد الراء المهملة أى جميعًا، والحلم بالضم الاحتلام والبلوغ، انتهى، وقال البيهقى: هذه الأشعار مما يجب على كل متوان فى على، وحفظه ليعلم مفاخره فى الإسلام، انتهى. فإن قلت: ذكر صاحب القاموس ناقلا عن المازنى والزمخشرى أن عليا رضى الله عنه لم يقل غير بيتين، هما:

تلكم قريش تمنانى لتقلتنى ... فلا وربك ما بروا وما ظفروا

فإن هلكت فرهن ذمتى لهم ... بذات ودقين لا يعفو له أثر

قلت: هذا مردود بما فى "صحيح مسلم" فى غزوة خيبر من قول على مجيبًا لبعض اليهود على طريق النظم، وروى الزبير بن بكار أيضًا فى عمارة المسجد النبوى بعض أبياته، وبالجملة فحصر أبياته على البيتين المذكورين ليس بصحيح. واعترض على هذا الدليل بوجوه ثلاثة: الوجه الأول: أن هذا الدليل لا يثبت ما هو المطلوب إلا إذا ثبت كفر أبى طالب فإنه لو لم يثبت كفره احتمل أن يكون قبول إيمانه تبعًا لأبيه، وقد روى عن العباس أنه سمع أبا طالب عند موته يقول: لا إله إلا الله محمد رسول الله.

وأجيب عنه بأن الصحيح هو كفر أبى طالب، وعليه مشى جمع من أرباب التصحيح، ولا اعتبار لرواية شاذة لإيمانه مع ثبوت روايات كفره فى الصحاح، فروى أبو داود والترمذى والنسائى وابن خزيمة عن على، قال: لما مات أبو طالب قلت: يا رسول الله! إن عمك الشيخ الضال مات، قال: اذهب فواره، قلت: إنه مات مشركًا، قال: اذهب فواره، فلما واريته، رجعت إلى رسول الله ﷺ، فقال لى: اغتسل، وروى مسلم مرفوعًا أن أهون أهل النار عذابًا أبو طالب يلبس نعلين من النار، ولهذا الحديث طرق آخر كثيرة بسطتها فى رسالتى "غاية المقال فى ما يتعلق بالنعال"، فهذه الأحاديث وأمثالها تثبت موته على الكفر، فلا اعتبار لما يخالفها.

والوجه الثانى: بأن النزاع بيننا وبين الشافعية إنما هو فى صحة إسلام الصبى فى حق أحكام الدنيا،

إسلامَه، وافتخارُه بذلك مشهور*، ولأنه أتى بحقيقة الإسلام، وهى التصديق والإقرار معه(٢)؛ لأن الإقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف، والحقائق لا ترد. وما(٣) يتعلق به(٤) سعادة(٥) أبدية ونجاة عقباوية، وهى من أجل المنافع، وهو الحكم الأصلى، ثم يبتنى عليه غيرها(٦)، فلا يُبالى بشوبه(٧)، ولهم فى الردّة(٨) أنها مضرة محضة(٩)،

ولم يثبت بهذا الدليل، وأما فى أحكام الآخرة، فذهب الشافعية أيضًا إلى صحته، نعم لو ثبت عدم توريث على من أبيه أبى طالب لتم الدليل. وأجيب عنه بأنه قد ثبت فى "موطأ مالك" وغيره أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم ورث طالبًا وعقيلا أباهما، ولم يورث عليًا، فالمطلوب ثابت، ورد بأن موت أبى طالب كان بعد بلوغ على، فلا دلالة له على التصحيح حالة الصبا.

والوجه الثالث: أنا سلمنا أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قبل إسلامه حالة الصبا، لكنه لا يفيد، فإنه قد صرح البيهقى وغيره بأن الأحكام كانت قبل عام الخندق منوطة على التمييز، لا على البلوغ، وبعد عام غزوة الخندق صارت منوطة على البلوغ، وإسلام على رضى الله عنه إنما كان فى مكة قبل الهجرة، فافهم. (مولوى عبد الحى نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٥ ص١٣٧. (نعيم)

(٢) قوله: "وهى التصديق اهـ" هذا يشير إلى أن الإقرار باللسان داخل فى حقيقة الإيمان، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى وجماعة، لكنهم قالوا: الإقرار ركن زائد يسقط عند الإكراه عنده، والجمهور على أنه حقيقة التصديق فقط، وإنما الإقرار شرط لإجراء أحكام الإيمان عليه، وهو مذهب أبى منصور الماتريدى، والتفصيل فى كتب الكلام. (مولوى محمد عبد الحى نور الله مرقده)

(٣) مبتدأ.

(٤) جواب عن قولهما: لأنه يلزمه أحكام يشوبها المضرة.

(٥) خبر.

(٦) قوله: "ثم يبتنى عليه غيرها" مثل حرمان الميراث، فلا يبالى بشوبه؛ لأن المنظور إليه فى التصرفات الموضوع الأصلى، وقال تاج الشريعة: المراد من الحكم الأصلى ما وضع ذلك الشيء لأجله. (ب)

(٧) قوله: "فلا يبالى بشوبه" وأما التنافى الذى ذكراه، فإنما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعًا وأصلا معًا، ولسنا نقول به، بل هو تبع ما لم يعقل، فإذا عقل، وأقر مختارًا صار أصلا. (ف)

(٨) قوله: "ولهم [أى لأبى يوسف وزفر والشافعى. عناية] فى الردة إلخ" تفصيل المقام على ما فى كتب الأصول أن حقوق الله ثلاثة: نافع محض، وضار محض، ومتوسط بينهما، وكذا حقوق العباد، فالأول: كالإيمان لا يسقط حسنه؛ لأنه حسن بذاته، فيتأدى من الصبى أيضًا عند أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف رحمهم الله؛ لأنه مناط سعادة الدارين، والحجر من السعادة لا يليق من الشرع، وأورد عليهم بأنه يورث المضرة كحرمان الميراث، وفرقة النكاح وغير ذلك، فينبغى أن لا يتأدى منه وأجيب عنه بوجهين: الأول: وهو أولاهما، ذكره المصنف من أن المقصود الأصلى بالإسلام هو السعادة، والمضرات من قبيل التوابع، وكم من شيء يثبت تبعًا، ولا

بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف؛ لأنه تعلق به أعلى المنافع على ما مر. ولأبي حنيفة ومحمد فيها أنها موجودة حقيقة، ولا مَردّ للحقيقة، كما قلنا في الإسلام، إلا أنه يجبر[1] على الإسلام لما فيه[2] من النفع له، ولا يُقتل[3]؛ لأنه عقوبة، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مَرْحَمَةً عليهم[4]، وهذا[5] في الصبي الذي يعقل، ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده؛ لأن إقراره لا يدل[6] على تغير العقيدة، وكذا[7] المجنون

يثبت قصداً كقبول الصبي هبة القريب، يجوز مع ترتب العتق عليه.

والثاني: أن المضرات لا تثبت بالإسلام، بل بأسباب أخر مثلا حرمان الميراث تضاف إلى كفر القريب، والفرقة تضاف إلى كفر الزوجة، وقس عليه، ولا يخفى ما فيه، فإن الأحكام تضاف إلى أقرب الأسباب، فإضافة هذه المضرات إلى الأسباب البعيدة مع كون الإسلام قريباً بعيدٌ، والقسم الثاني: كالكفر فإنه ضرر محض في الدنيا وفي الآخرة، فالقياس أن لا يصح عن الصبي كما ذهب إليه الشافعي وأبو يوسف، وقال أبو يوسف وأبو حنيفة: يصح استحساناً؛ لأنه قد وجد منه حقيقة الكفر، ولا مرد للحقيقة، كذا أورده بعض الأصوليين وتبعه المصنف. ولا يخفى عليك أنه منتقض بغير الردة من المضرات كالطلاق والعتاق، فإنه لو كان مدار اعتبار الردة مجرد وجود الحقيقة، لكان يصح طلاقه وعتاقه عند وجودهما منه.

فالأولى أن يضم معه أن الكفر قبيح محض بنفسه، فلا يسقط قبحه بعذر غير مسموع؛ لأن الكلام في الصبي العاقل، ثم هذا الخلاف إنما هو في حق أحكام الدنيا.

وأما في حق أحكام الآخرة تصح الردة اتفاقاً حتى لو مات الصبي المرتد لا يصلى عليه، والقسم الثالث كالصلاة وغيرها من العبادات البدنية يصح مباشرة الصبي بها من غير لزوم ووجوب عليه.

وأما حقوق العبد من المعاملات: فما كان منها نفعاً محضاً كقبول الهبة يصح مباشرته به بغير إذن الولي، وما كان ضرراً محضاً كالطلاق ونحوه لا يصح منه، وإن أذن له الولي، وما كان منها متوسطاً كالبيع، فإنه رابح وخاسر، يصح بإذن الولي لا بغير إذنه. (مولوي عبد الحي نور الله مرقده)

(٩) والمضرات المحضة لا يجوز له، ولهذا لا يقع طلاقه ولا عتاقه.

(١) أي الصبي المرتد.

(٢) أي الجبر على الإسلام.

(٣) بخلاف البالغ، فإنه يقتل لوجود الحرب.

(٤) قوله: "مرحمة عليهم [أي لأجل الترحم عليهم]" قال في "النهاية": فيه نظر؛ لأنه أسقط عقوبة القتل مرحمة له، والله تعالى أرحم الراحمين، ولم يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلدا كسائر الكفار، كما هو منصوص في "الأسرار" و "الجامع الصغير" للتمرتاشي، ومشار إليه في "المبسوط". ثم قال: فأولى ما يعلل ما ذكرناه من تعليل "المبسوط"، وهو قوله: إنما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه في الصغر. (ع)

(٥) أي هذا الخلاف.

(٦) لعدم تمييزه. (ب)

والسكران الذى لا يَعْقل(١).

باب البغاة(٢)

وإذا تغَلّب(٣) قوم من المسلمين على بلد، وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة، وكشف عن شبهتهم(٤)؛ لأن عليًا فعل ذلك بأهل حروراء(٥) قبل قتالهم*، ولأنه(٦) أهون الأمرين(٧)، ولعل

(٧) لا يصح ارتداد، ولا إسلامه بالإجماع. (ب)

(١) وهو قول مالك وأحمد فى رواية، والشافعى فى قول. (ف)

(٢) قوله: "باب البغاة" أى هذا باب في بيان أحكام البغاة، وهو جمع باغ كقضاة جمع قاضٍ من البغى، وهو الخروج عن طاعة الإمام، وفى فصول الأستروشي: المسلمون إذا اجتمعوا على إمام، وصاروا آمنين، فخرج طائفة منهم، فإن خرجوا لظلم ظلمهم، فهم ليسوا باغين، وعليه أن يترك الظلم، وينصفهم، وإن لم يكن لظلم، بل دعاهم إلى الحق، فقالوا: الحق منا، فهم من أهل البغى. (ب)

(٣) أى استولى قهراً.

(٤) هذا ليس بواجب، بل مستحب.

(٥) قوله: "بأهل حروراء" بالمد والقصر: اسم قرية من قرى الكوفة، أسند النسائى فى آخر سننه الكبرى فى خصائص على إلى ابن عباس قال: لما خرجت الحرورية اعتزلوا فى دار، وكانت ستة آلاف، فقلت لعلى: يا أمير المؤمنين! أبرد الصلاة لعلى أكلمهم قال: إنى أخافهم عليك، قلت: كلا، فلبست ثيابى، ومضيت حتى دخلت عليهم، فقالوا: ما جاء بك يا ابن عباس!، فقلت: أتيتكم من عند أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ومن عند ابن عمه وصهره، فانتحى لى نفر منهم، فقلت: هاتوا ما نقمتم على أصحاب رسول الله ﷺ، وابن عمه قالوا: ثلاث.

قلت: ما هى؟ قال أحداهن: إنه حكم الرجال فى دين الله، وقال الله تعالى: ﴿إن الحكم إلا لله﴾، وقد كان على حكم أبا موسى الأشعرى بينه وبين معاوية. والثانية: أنه قاتل، ولم يسبِ ولم يغنم، فإن كانوا كفاراً، فقد حلت لنا دماءهم وأموالهم وإن كانوا مسلمين، فقد حرمت علينا دماءهم.

والثالثة: أنه محى من نفسه أمير المؤمنين، فإن لم يكن أمير المؤمنين، فهو أمير الكافرين.

قلت لهم: أرأيتم إن قرأت عليكم كتاب الله، وقد حدثتكم من سنة نبيه ما يرد قولكم هذا ترجعون، قالوا: اللّهم نعم، قلت: إن الله قد صير حكمه إلى الرجال فى أرنب ثمنها ربع درهم حيث قال: ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ إلى قوله: ﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾. وقال فى المرأة: ﴿فإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾، أنشدكم بالله أحكم الرجال فى حقن دماءهم وأموالهم، وإصلاح ذات بينهم أحق أم فى أرنب، قالوا: بل فى حق دماءهم.

قلت: أخرجت من هذه، قالوا: نعم، قلت: وأما قولكم: إنه لم يسبِ ولم يغنم، فإنه لم يقاتل فى الكوفة إلا عائشة، ومن معها أتسبون أنتم عائشة، فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها، وهى أمكم، فإن فعلتم فقد كفرتم، أخرجت من هذه، قالوا: نعم، قلت: أما قولكم: إنه محى من نفسه أمير المؤمنين، فإن رسول الله ﷺ دعا قريشًا يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتابًا، فكتب من محمد رسول الله، فقالوا: لو كنا نعلم أنك

الشر يندفع به، فيبدأ به[١]، ولا يبدأ بقتال حتى يبدأوه، فإن بدأوه قاتلهم حتى يُفرّق جَمعهم، قال العبد الضعيف[٢]: هكذا ذكره القدوري في "مختصره". وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده[٣] أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا، وقال الشافعي[٤]: لا يجوز حتى يبدأوا بالقتال حقيقةً؛ لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعًا وهم مسلمون[٥]، بخلاف الكافر؛ لأن نفس الكفر مبيح عنده[٦]. ولنا أن الحكم يُدار[٧] على الدليل[٨]، وهو الاجتماع والامتناع[٩]، وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقةَ قتالهم ربما لا يمكنه الدفع[١٠]، فيُدار على الدليل ضرورة دفع شرهم، وإذا بلغه أنهم[١١] يشترون السّلاح، ويَتأهّبون[١٢] للقتال، ينبغي أن يأخذهم،

لرسول الله ما صددناك عن البيت، ولكن اكتب من محمد بن عبد الله، فكتب مثله، فرسول الله خير من علي قد محى من نفسه الرسالة، ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة، أخرجت من هذه، قالوا: نعم، فرجع منهم ألفان، وبقي سائرهم، فقتلوا على ضلالتهم. (فتح القدير) اللّهم اغفر لكاتبه، ولمن سعى فيه

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦١، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٦ ص١٣٨. (نعيم)

(٦) أي كشف الشبهة.

(٧) أحدهما الدعوة والآخر القتال.

(١) فلا يحتاج إلى القتل.

(٢) أي المصنف.

(٣) سمي به لأنه كان ابن أخت القاضي أبي ثابت قاضي سمرقند.

(٤) وبه قال مالك وأحمد. (ب)

(٥) قوله: "وهم مسلمون" أي البغاة بدليل قوله تعالى: ﴿فإن بغت إحداهما﴾ أي إحدى الطائفتين من المؤمنين. (ب)

(٦) قوله: "مبيح عنده" أي عند الشافعي يعني علة إباحة القتال هو الكفر عنده، وعندنا العلة هو الحراب. (ب)

(٧) وإن لم يوجد القتال حقيقة، كما أن القصر دار على علة المشقة أي السفر.

(٨) أي دليل القتال. (ب)

(٩) أي عن اتباع الإمام.

(١٠) لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم. (ف)

(١١) أي البغاة.

(١٢) أي يستعدون للقتال ويريدونه.

ويحبسهم حتى يُقلعوا[(١)] عن ذلك، ويُحدثوا توبة دفعًا للشر بقدر الإمكان. والمروى عن أبى حنيفة من لزوم البيت[(٢)] محمول[(٣)] على حال عدم الإمام، أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة.

فإن كانت لهُم فِئة أُجهز[(٤)] على جريحهم، وأتبع مُولّيهم؛ دفعًا لشرهم كى لا يلحقوا بهم، وإن لم يكن لهم فِئةٌ لم يُجهز[(٥)] على جريحهم، ولم يُتبع مُولّيهم؛ لاندفاع الشر دونه.

وقال الشافعى: لا يجوز ذلك[(٦)] فى الحالين[(٧)]؛ لأن القتال إذا تركوه[(٨)] لم يبقَ قتلهم دفعًا[(٩)]، وجوابه ما ذكرناه أن المعتبر دليله[(١٠)] لا حقيقته. ولا يسبى لهم ذرية، ولا يقسم[(١١)] لهم مال؛ لقول على يوم الجمل[(١٢)]: "ولا يُقتل أسير، ولا يكشف ستر، ولا يؤخذ مال" *، وهو

(١) من الإقلاع وهو الامتناع. (ب)

(٢) قوله: "والمروى [مبتدأ] عن أبى حنيفة من لزوم البيت" من قوله: إذا وقعت الفتنة بين المسلمين، فالواجب على كل مسلم أن يعتزل، ويقعد فى بيته؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار»، وقال عليه الصلاة والسلام: «لواحد من الصحابة كن حلسًا من أحلاس بيتك»، فمحمول على حال عدم الإمام، وما روى جماعة من الصحابة أنهم قعدوا فى الفتنة، فمحمول على أنه لم يكن لهم غناء وقدرة. (ف)

(٣) خبر.

(٤) قوله: "أجهز [خوفًا من أن يبرأ فينقلب]" على بناء المفعول، وكذلك أتبع يقال: أجهزت على الجريح إذا أسرعت قتله وتممته. (عناية)

(٥) أى لا حاجة إليه.

(٦) أى الإجهاز والإتباع.

(٧) أى حالتى الفئة وعدمها.

(٨) أى بالتولية والجراحة. (ف)

(٩) قوله: "دفعًا" أى دفعا للشر؛ لأن شرهم قد ارتفع، فلا حاجة إليه، وهذا لأنه قتال على وجه الدفع، فصار كقتال غير الخوارج. (ب)

(١٠) أى دليل القتال وهو الإجماع.

(١١) بين المقاتلة.

(١٢) قوله: "يوم الجمل" هو الذى كان فيه وقعة عائشة مع على، وذلك لأن عثمان لما قتل لثمان عشرة

القِدوَةُ فى هذا الباب[١]. وقوله فى الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئةٌ، فإن كانت يقتل الإمام الأسير، وإن شاء حبسه؛ لما ذكرنا[٢]، ولأنهم[٣] مسلمون، والإسلام يَعصم النفس والمال، ولا بأس بأن يُقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه. وقال الشافعى: لا يجوز، والكُراع[٤] على هذا الخلاف[٥]، له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه. ولنا[٦] أن عليًا قسّم السّلاح فيما بين أصحابه بالبصرة[٧]، وكانت قسمتُه للحاجة، لا للتمليك[٨]، ولأن للإمام أن يفعل ذلك فى مال العادل عند الحاجة، ففى مال الباغى أولى، والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى[٩].

ويحبس الإمام أموالهم، ولا يردها عليهم، ولا يقسمها[١٠] حتى يتوبوا فيردها عليهم، أما عدم القسمة فلما بيناه[١١].

ليلة مضت من ذى الحجة سنة خمس وثلاثين، وبويع لعلى رضى الله عنه بالخلافة، بايعه بالمدينة من كان فيها من أصحاب رسول الله ﷺ، وفيهم طلحة وزبير، ثم ذكرا أنهما بايعاه كارهين، لا طائعين، فخرجا إلى مكة، ومعهما عائشة إلى البصرة يطلبون بدم عثمان، وبلغ ذلك عليًا، فخرج إلى العراق، وبعث الحسن وعمارًا إلى الكوفة، يستقر أهلها بالمسير معه فقدموا، فوقع بينهم قتال عظيم، وقتل يومئذٍ طلحة وزبير، وبلغت القتلى ثلاثة عشر ألفًا، وإنما سمى يوم الجمل؛ لأن عائشة كانت يومئذٍ على جمل.

وروى ابن أبى شيبة عن الضحاك أن عليًا لما هزم طلحة والزبير وأصحابه، أمر مناديًا، فنادى أن لا يقتل مقبل، ولا مدبر، ولا يفتح باب، ولا يستحل فرج، ولا مال. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٣، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث رقمه ٧٤٦ ص١٣٨. (نعيم)

(١) أى باب قتال الخارج.

(٢) إشارة إلى قوله: دفعًا للشر.

(٣) أى البغاة.

(٤) أى الجمل. (ب)

(٥) بيننا وبين الشافعى.

(٦) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" فى باب وقعة الجمل بسنده إلى محمد ابن الحنفية. (ف)

(٧) ورد فى الرواية والكراع أيضًا.

(٨) ولهذا لما وضعت الحرب أوزارها، ردها إليهم. (ب)

(٩) أى الضرر العام الواقع بعامة المسلمين.

(١٠) أى بين المقاتلة.

(١١) إشارة إلى قول على. (عناية)

وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم، ولهذا[١] يحبسها عنهم، وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع الكُراع؛ لأن حبس الثمن أنظر وأيسر[٢]، وأما الرد بعد التوبة، فلاندفاع الضرورة، ولا استغنام فيها[٣].

قال: وما جباه أهلُ البغى من البلاد التى غَلَبُوا عليها من الخراج[٤] والعشر لم يأخذه الإمام ثانيًا؛ لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية، ولم يَحمِهم. فإن كانوا صرفوه فى حقه[٥]، أجزى من أخذ منه؛ لوصول الحق إلى مستحقه، وإن لم يكونوا صرفوه فى حقه، فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى[٦] أن يعيدوا ذلك؛ لأنه لم يصل إلى مستحقه.

قال العبد الضعيف[٧]: قالوا[٨]: الإعادة عليهم فى الخراج[٩]؛ لأنهم مقاتلة، فكانوا مصارف وإن[١٠] كانوا أغنياء، وفى العشر إن كانوا فقراء فكذلك؛ لأنه حق الفقراء، وقد بيناه فى الزكاة[١١]، وفى المستقبل[١٢] يأخذه الإمام؛ لأنه يحميهم فيه؛ لظهور ولايته.

ومن قتل رجلا، وهما[١٣] من عسكر أهل البغى، ثم ظُهر عليهم،

(١) أى لكسر شوكتهم.
(٢) قوله: "أنظر وأيسر" لأن إبقاءه يحتاج إلى المنفعة والخدمة. (ب)
(٣) قوله: "ولا استغنام فيها" أى فى أموال أهل البغى لعصمتها، فلا تقسم بين أهل العدل. (ب)
(٤) بيان لما.
(٥) أى فى الجهة التى عينها الشارع. (ب)
(٦) قوله: "فى ما بينهم وبين الله" لأن سقوط المطالبة قضاء لا يوجب سقوطها ديانة. (ب)
(٧) أى المصنف.
(٨) أى مشايخنا.
(٩) لأن البغاة محل الخراج.
(١٠) الواو وصلية.
(١١) أى فى كتاب الزكاة.
(١٢) أى فى الحول الآتى.
(١٣) أى القاتل والمقتول.

فليس عليهم شيء[١] ؛ لأنه لا ولاية لإمام العدل حين القتل ، فلم ينعقد موجبًا[٢] كالقتل في دار الحرب .

وإن غلبوا[٣] على مصرٍ ، فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل المصر عمدًا ، ثم ظهر على المصر ، فإنه يقتص منه[٤] ، وتأويله[٥] إذا لم يجرِ على أهله أحكامهم ، وأُزعجوا[٦] قبل ذلك ، وفي ذلك[٧] لم تنقطع ولاية الإمام ، فيجب القصاص . وإذا قتل رجلٌ من أهل العدل باغيًا ، فإنه يرثه[٨] ، فإن قتله الباغي[٩] ، وقال : قد كنتُ على حق ، وأنا الآن على حق ورثه ، وإن قال : قتلتُه وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يرث الباغي[١٠] في الوجهين[١١] ، وهو قول الشافعي . وأصله[١٢] أن العادل إذا أتلف نفس الباغي ، أو ماله لا يضمن[١٣] ، ولا يأثم ؛ لأنه مأمور بقتالهم[١٤] دفعًا لشرهم ، والباغي إذا قتل

(١) أي لا يجب عليهم قتال ولا دية.

(٢) لعدم الولاية.

(٣) أي البغاة.

(٤) كذا ذكره فخر الإسلام.

(٥) قوله: "وتأويله" إنما قال المصنف: هكذا لأن المسألة التي ذكرها من مسائل "الجامع الصغير"، ولم يذكر فيه، هذا وإنما ذكره البزدوي في "شرح الجامع الصغير". (ب)

(٦) يعني أقلع أهل البغي من المصر. (عناية)

(٧) قوله: "وفي ذلك" أي في ما إذا لم يجر أحكامهم. (ب)

(٨) قوله: "فإنه يرثه" بالاتفاق؛ لأنه مأمور بقتله، فلا يحرم الميراث. (ف)

(٩) أي قتل الباغي العادل.

(١٠) أي من العادل المقتول.

(١١) قوله: "في الوجهين" أي في الوجه الذي قال: أنا على الحق، وفي الوجه الذي قال: أنا على الباطل.(ع)

(١٢) أي أصل هذا الخلاف.

(١٣) لا بالنفس، ولا بالمال.

(١٤) أي البغاة.

العادل[١] لا يجب الضمان عندنا ويأثم.

وقال الشافعي في القديم[٢]: إنه يجب[٣]، وعلى هذا الخلاف[٤] إذا تاب المرتد، وقد أتلف نفسًا أو مالا. له أنه أتلف مالا معصومًا، أو قتل نفسًا معصومة، فيجب الضمان؛ اعتبارًا[٥] بما قبل المَنَعَة.

ولنا إجماع الصحابة[٦]، رواه الزهري، ولأنه[٧] أتلف عن تأويل فاسد[٨]، والفاسدُ منه[٩] ملحق بالصحيح، إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع[١٠]، كما في منعة أهل الحرب[١١] وتأويلهم، وهذا[١٢] لأن الأحكام[١٣] لا بد فيها من الإلزام أو الالتزام، ولا التزام لاعتقاد الإباحة[١٤]

(١) أي بعد قيام شوكتهم. (ف)

(٢) به قال مالك. (ب)

(٣) قوله: "إنه يجب" أي الضمان؛ لأنها نفوس وأموال معصومة، فيضمن بالإتلاف ظلمًا وعدوانًا. (ف)

(٤) قوله: "وعلى هذا الخلاف [بيننا وبين الشافعي]" فلا يجب الضمان عندنا، وعلى قول الشافعي في القديم: يجب. (ب)

(٥) أي قياسًا بما إذا قتل، أو أتلف قبل المنعة، فإنه ح يجب الضمان. (ب)

(٦) قوله: "إجماع الصحابة" يعني على أن لا يضمن الباغي، إذا قتل العادل، قلت: روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" في أواخر القصاص: أخبرنا معمر عن الزهري أن سليمان بن هشام كتب إليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها، وشهدت على قومها بالشرك، ولحقت بالحرورية، فتزوجت ثم رجعت إلى أهلها تائبة فكتب إليه الزهري: أما بعد: فإن الفتنة الأولى ثارت، وأصحاب رسول الله ﷺ ممن شهد بدرًا كثير، فاجتمع رأيهم على أن لا يقيموا على أحد حدًا في فرج استحلوه بتأويل القرآن، ولا قصاصًا في دم استحلوه بتأويل القرآن إلا أن يوجد شيء بعينه، فيرد على صاحبه، وإني أرى أن ترد على زوجها، وأن يحد من افترى عليها. (ت)

(٧) أي الباغي.

(٨) بيانه أن الخوارج يستحلون دماء المسلمين بالمعصية، صغيرة كانت أو كبيرة؛ لقوله تعالى: ﴿ومن يعص الله ورسوله فإن له نار جهنم خالدًا فيها﴾، وتأويلهم هذا وإن كان فاسدًا لكن اعتبر في دفع الضمان لما روى عن الزهري آنفًا. (ب)

(٩) أي من التأويل. (ب)

(١٠) أي دفع الضمان.

(١١) يعني بعد ما أسلموا.

(١٢) قوله: "وهذا" إشارة إلى قوله: والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان ويأثم. (ب)

(١٣) أي أحكام الشرع.

عن تأويلٍ، ولا إلزام[١] لعدم الولاية لوجود المنعة، والولايةُ[٢] باقية[٣] قبل المنعة، وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادًا، بخلاف الآثم[٤]؛ لأنه لا منعة في حق الشارع، إذا ثبت هذا فنقول: قتل العادل الباغي قتلٌ بحق، فلا يمنع الإرث[٥]. ولأبي يوسف في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد[٦] إنما يُعتبر في حق الدفع، والحاجةُ ههنا إلى استحقاق الإرث، فلا يكون التأويل[٧] معتبرًا في حق الإرث.

ولهما فيه[٨] أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضًا[٩]؛ إذ القرابة سبب الإرث، فيعتبر الفاسد فيه إلا أن من شرطه[١٠] بقاءه على ديانته، فإذا قال: كنتُ على الباطل لم يوجد الدافع، فوجب الضمان.

قال: ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة، وفي عساكرهم؛ لأنه إعانة على المعصية[١١]، وليس ببيعه بالكوفة[١٢] من أهل الكوفة، ومن لم يعرف

---

(١٤) قوله: "لاعتقاد والإباحة" يعني أن الباغي اعتقد إباحة أموال العادل بأن العادل عصى الله ورسوله، ولم يعمل بموجب الكتاب. (ع)

(١) على الباغي.

(٢) قوله: "والولاية [للإمام] إلخ" جواب عن قولهما؛ اعتبارًا بما قبل المنعة. (ب)

(٣) فيحكم بوجوب الضمان.

(٤) قوله: "بخلاف الآثم" حيث يثبت سواءٌ كانت لهم منعة، أو لا. (ب)

(٥) قوله: "فلا يمنع الإرث" لأن حرمان الإرث جزاء فعل مخطور، فلا يعطى بمباح. (ب)

(٦) قوله: "أن التأويل إلخ" حاصله أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق دفع الضمان، لا في حق استحقاق الميراث، فيحرم الإرث؛ لأنه قتله بغير حق. (ب)

(٧) الفاسد.

(٨) أي في قتل الباغي العادل. (عناية)

(٩) كما يعتبر في دفع الضمان. (ب)

(١٠) قوله: "إلا أن من شرطه" أي من شرط الإرث أن يكون مصرًا على دعواه، فإذا رجع فقد بطلت ديانته قبل استيفاء حقه، فبطل، وإن قال: كنت على الباطل انتفى الدافع، وهو التأويل الفاسد، فيجب الضمان، فيحرم عن الميراث. (ك)

(١١) قوله: "لأنه إعانة على المعصية" وقال الله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾. (ب)

(١٢) قوله: "بالكوفة" باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أولا، وإلا فالحكم في غيرها كذلك. (عناية)

من أهل الفتنة بأسٌ؛ لأن الغلبة في الأمصار لأهل السلاح، وإنّما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعة[١]، ألا ترى أنه يكره بيع المعازف[٢]، ولا يكره بيع الخشب[٣]، وعلى هذا[٤] الخمر مع العنب.

كتاب اللقيط[٥]

اللقيط سمي به باعتبار مآله؛ لما أنه يُلقط، والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحيائه[٦]، وإن غَلَبَ على ظنه ضياعُه[٧] فواجب.

قال: اللقيط حر[٨]؛ لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية[٩]، وكذا الدار دار الأحرار[١٠]، ولأن الحكم للغالب. ونفقته في بيت المال[١١] هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما[١٢]، ولأنه[١٣] مسلم عاجز عن

---

(١) قوله: "إلا بصنعة" يريد به الحديد؛ لأنه إنما يصير سلاحًا بفعل غيره، فلا ينسب إليه. (عناية)

(٢) قوله: "يكره بيع المعازف [لأنه إنما يصير معزفًا بفعل غيره. ع]" جمع معزف بكسر الميم، وهو ضرب من الطنابير تتخذ به أهل اليمن. (ب)

(٣) أي الذي يتخذ منه المعازف. (ب)

(٤) قوله: "وعلى هذا" أي لا يجوز بيع الخمر، ويجوز بيع العنب، ثم الفرق لأبي حنيفة بين هذه المسألة، وهي كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة، وعدم كراهية بيع العصير ممن يتخذ خمرًا، أن المعصية هناك لم يقع بعين العصير، وههنا يقع بعين السلاح، وقيل: الفرق الصحيح أن الضرر هناك يرجع إلى العامة، وههنا إلى الخاصة، كذا في "الفوائد الظهيرية". (إله داد)

(٥) قوله: "كتاب اللقيط" أعقب اللقيط واللقطة الجهاد؛ لما فيه من كون النفوس والأموال عرضة للفوات، وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس، المتعلق به مقدم على المتعلق بالمال، وهو لغة ما يلقط أي يرفع من الأرض، فعيل بمعنى مفعول سمي الولد المطروح خوفا من العيلة، أو تهمة الزناء به باعتبار مآله إليه. (ف)

(٦) لما فيه من أحيائه؛ لأنه على شرف الهلاك. (ب)

(٧) أي اللقيط. (ف)

(٨) قوله: "اللقيط حر" أي ولو كان الملتقط عبدا، فيحد قاذفه، والجناية عليه كالجناية على الأحرار، ولا يحد قاذف أمه؛ لأنه لا تعلم حريتها. (ف)

(٩) قوله: "الحرية" لأنهم من أولاد آدم وحواء، وهما حران، والرق إنما هو بعارض الكفر على ما تقدم، والأصل عدم العارض. (عناية)

(١٠) قوله: "دار الأحرار" فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الظاهر. (ب)

(١١) والغالب في من يسكن دار الإسلام الحرية. (عناية)

(١٢) قوله: "هو المروي عن عمر وعلي [فإنهما أنفقا على اللقيط من بيت المال]" قلت: أما الرواية عن

التكسب، ولا مال له، ولا قرابة، فأشبه المقعد[(١)] الذى لا مال له[(٢)]، ولأن ميراثه لبيت المال، والخراج بالضمان[(٣)]، ولهذا[(٤)] كانت جنايته فيه[(٥)]، والملتقط متبرع فى الإنفاق عليه لعدم الولاية[(٦)] إلا أن يأمره القاضى به[(٧)]؛ ليكون دينًا عليه[(٨)] لعموم الولاية.

قال[(٩)]: فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذ منه؛ لأنه ثبت حق الحفظ له[(١٠)] لسبق يده. فإن ادعى مدع[(١١)] أنه ابنه، فالقول قوله[(١٢)]، معناه إذا لم يدع الملتقط نسبَه[(١٣)]، وهذا[(١٤)] استحسان، والقياس أن لا يقبل قوله؛ لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط. وجه الاستحسان أنه إقرار للصبى بما ينفعه؛ لأنه يتشرف بالنسب[(١٥)]، ويُعيَّر بعدمه، ثم قيل: يصح فى حقه[(١٦)] دون

عمر رض، فأخرجه مالك فى "الموطأ"، والشافعى فى "مسنده"، والبيهقى فى "المعرفة"، وعبد الرزاق فى "مصنفه"، وابن سعد فى "الطبقات"، وأما الرواية عن على رض: فرواه عبد الرزاق. (ت)

(١٣) أى اللقيط.

(١) قوله: "فأشبه المقعد" وجه الجمع بينهما الإسلام، والعجز عن الاكتساب، وعدم المال، وعدم من يجب عليه نفقته. (ب)

(٢) فإن نفقته أيضًا فى بيت المال.

(٣) قوله: "والخراج بالضمان" أى له غنمه، وعليه غرمه. (عناية)

(٤) أى لأجل كونه الخراج بالضمان. (ب)

(٥) أى بيت المال. (عناية)

(٦) أى لعدم ولايته فى التصرف فى حقه. (ب)

(٧) أى بالإنفاق عليه.

(٨) قوله: "ليكون دينًا عليه" ليرجع عليه إذا أكبر، وهذا يفيد أنه لو أمره ولم يقل؛ ليكون دينًا عليه، لا يرجع بما أنفق، وهو كذلك فى الأصح؛ لأن مطلق الأمر بالإنفاق إنما يوجب ظاهرا ترغيبه فى إتمام الاحتساب، وتحصيل الثواب. (ب)

(٩) أى القدورى. (ب)

(١٠) كما فى سائر المباحات. (ب)

(١١) هذا لفظ القدورى. (ب)

(١٢) أى يثبت نسبه بمجرد دعواه. (ف)

(١٣) قوله: "إذا لم يدع الملتقط نسبه" أما إذا ادعى الملتقط نسبه، فهو أولى؛ لأنهما استويا فى الدعوى، ولأحدهما يد، وصاحب اليد أولى. (ب)

(١٤) أى الذى ذكره القدورى. (ب)

(١٥) أى بثبوته من الخارج المدعى.

إبطال يد الملتقط[١]، وقيل: يبتنى عليه بطلان يده[٢]، ولو ادعاه الملتقط[٣]، قيل: يصح قياسًا واستحسانًا[٤]، والأصح أنه على القياس والاستحسان[٥]، وقد عرف فى "الأصل"[٦].

وإن ادعاه اثنان[٧]، ووصف أحدُهما علامةً فى جسده[٨]، فهو أولى به؛ لأن الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامَه[٩]، وإن لم يصف أحدهما علامة، فهو ابنهما لاستواءهما فى السبب[١٠]، ولو سبقت دعوة أحدهما، فهو ابنه؛ لأنه ثبت حقه فى زمانٍ لا منازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة[١١]؛ لأن البينة أقوى. وإذا وُجد فى مصر من أمصار المسلمين[١٢]، أو فى قرية من قراهم، فادعى ذمى أنه ابنه، ثبت نسبه منه، وكان مسلمًا، وهذا استحسان[١٣]؛ لأن دعواه تَضمَن النسب، وهو نافع للصغير، وإبطال

---

(١٦) أى فى حق ثبوته منه. (ب)

(١) فلا يخرج اللقيط من يده.

(٢) قوله: يبتنى عليه بطلان يده" لأن الأب أحق بالولد من الأجنبى. (ب)

(٣) قوله: "ولو ادعاه الملتقط" أى لو ادعى نسب اللقيط، وقال: هو ابنى بعد ما قال: إنه لقيط. (عناية)

(٤) قوله: "يصح قياس واستحسانًا" لأنه ادعى شيئًا فى يد نفسه، ولا مناز ع له أحد.

(٥) قوله: "والأصح أنه على القياس والاستحسان [أى فى القياس لا يصح، وفى الاستحسان يصح]" وجه القياس: أنه متناقض؛ لأنه زعم أنه لقيط فى يده، وابنه لا يكون لقيطًا. ووجه الاستحسان: أنه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الإقرار والتناقض لا يمنع دعوى النسب، كما إذا أكذب الملاعن نفسه. (د)

(٦) أى فى "المبسوط". (ب)

(٧) أى شخصان من خارج. (ب)

(٨) أى جسد اللقيط مثل ثيابه ونحوه. (ب)

(٩) فيجب على اللقيط دفعه. (ب)

(١٠) أى الدعوة.

(١١) لأن البينة أقوى. (ب)

(١٢) قوله: "وإذا وجد إلخ" الحاصل أن المسألة على أربعة أوجه: أحدها: أن يجده مسلم فى مكان المسلمين كالمسجد ونحوه، فيكون محكوما عليه بالإسلام. والثانى: أن يجده كافر فى مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة، فيكون محكومًا عليه بالكفر، لا يصلى عليه إذا مات. والثالث: أن يجده كافر فى مكان المسلمين، والرابع: أن يجده مسلم فى مكان الكافرين، ففى هذين الفصلين، اختلفت الرواية. (نهاية)

(١٣) قوله: "وهذا استحسان" والقياس أن لا يصح؛ لأن فى ثبوت نسبه منه نفى إسلامه الثابت بالدار. (ف)

الإسلام الثابت بالدار، وهو يضرّه، فصحت دعوته فيما ينفعه[١] دون ما يضرّه[٢]. وإن وجد في قرية من قرى أهل الذمة، أو في بيعة، أو كنيسة كان ذميًا، وهذا[٣] الجواب فيما إذا كان الواجد ذميًا رواية واحدةً، وإن كان الواجد مسلمًا في هذا المكان[٤]، أو ذميًا في مكان المسلمين، اختلفت الرواية فيه، ففي رواية كتاب اللقيط[٥] اعتبر المكان لسبقه[٦]، وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ[٧] اعتبر الواجد، وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد، ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافرًا[٨]، وفي بعض نسخه اعتبر الإسلام[٩] نظرًا للصغير. ومن ادعى[١٠] أن اللقيط عبده لم يُقبل منه[١١]؛ لأنه حر ظاهرًا إلا أن يُقيم البينة[١٢] أنه عبده، فإن ادعى[١٣] عبد أنه ابنه، ثبت نسبه منه؛ لأنه ينفعه، وكان حرًا؛ لأن المملوك قد تلد له الحرة[١٤]، فلا تبطل الحرية

(١) أي النسب.

(٢) قوله: "دون ما يضره [أي إبطال الإسلام]" وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر؛ لجواز مسلم هو ابن كافر بأن أسلمت أمه. (ف)

(٣) أي كونه ذميًا، أي الذي ذكره القدوري.

(٤) أي في البيعة أو الكنيسة.

(٥) أي من "المبسوط". (ب)

(٦) أي في الفصلين.

(٧) أي بعض نسخ "المبسوط". (ب)

(٨) حتى لا يصلى عليه.

(٩) لأن الإسلام نافع، والكفر ضار له.

(١٠) هذا لفظ القدوري. (ب)

(١١) أي بمجرد قوله.

(١٢) قوله: "إلا أن يقيم البينة" لا يقال: هذه البينة ليست على خصم، فلا يقبل؛ لأن الملتقط خصم؛ لأنه أحق بثبوت يده عليه، فلا تزول إلا بالبينة، وإنما قلنا هذا كي لا ينتقض بما إذا ادعى خارج نسبه، فإن يده تزول بلا بينة على الأوجه. والفرق أن يده اعتبرت لمنفعة الولد، وفي دعوى النسب منفعة فوق المنفعة التي أوجبت اعتبار يد الملتقط، فتزال، وههنا ليس كذلك. (ف)

(١٣) هذا لفظ القدوري. (ب)

(١٤) قوله: "لأن المملوك إلخ" حاصل الكلام أن المملوك قد تلد له الحرة، فلا يكون عبدا، وقد تلد له الأمة؛ فيكون عبدا، والظاهر في بني آدم الحرية، فلا تبطل بالشك. (ب)

الظاهرية بالشك. والحر فى دعوته اللقيط أولى من العبد[(١)]، والمسلم أولى من الذمى؛ ترجيحًا لما هو الأنظر فى حقه.

وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه، فهو له؛ اعتبارًا للظاهر[(٢)]، وكذا إذا كان مشدودًا على دابة، وهو عليها؛ لما ذكرنا[(٣)]، ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضى[(٤)]؛ لأنه مال ضائع[(٥)]، وللقاضى ولاية صرف مثله إليه، وقيل: يصرفه بغير أمر القاضى؛ لأنه[(٦)] للقيط ظاهرًا[(٧)].

وله ولاية الإنفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة؛ لأنه من الإنفاق، ولا يجوز تزويج الملتقط؛ لانعدام سبب الولاية[(٨)] من القرابة والملك والسلطنة. قال: ولا تصرفه[(٩)] فى مال الملتقط؛ اعتبارًا بالأم[(١٠)]، وهذا[(١١)] لأن ولاية التصرف لتثمير المال، وذلك يتحقق بالرأى الكامل، والشفقة الوافرة، والموجود فى كل واحد منهما[(١٢)] أحدهما[(١٣)].

---

(١) قوله: "أولى من العبد" أى إذا ادعى اللقيط العبد والحر، وهما خارجان. (عناية)

(٢) قوله: "اعتباراً للظاهر" أى لظاهر يده عليه؛ لكونه من أهل الملك لكونه حراً. (ب)

(٣) قوله: "لما ذكرنا [إشارة إلى قوله: اعتباراً للظاهر]" فإن قيل: الظاهر يكفى للدفع، لا للاستحقاق، فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر، كان الظاهر مثبتاً للاستحقاق، قلنا: هذا الظاهر يدفع دعوى الغير، ثم الظاهر أن يكون الأملاك فى يد الملاك. (ك)

(٤) هذا هو ظاهر الرواية. (ب)

(٥) قوله: "لأنه مال ضائع" يعنى لا حافظ له، ومالكه وإن كان معه، فلا قدرة له على الحفظ، وللقاضى ولاية صرف مثله إليه. (ف)

(٦) أى المال.

(٧) وبه قال أحمد. (ف)

(٨) قوله: "لانعدام سبب الولاية" فإن قيل: قد أحياه بالالتقاط والتربية، فوجب له أن تثبت له الولاية بالإعتاق الذى هو إحياء حكماً. قلنا: الرقيق فى صفة المالية هالك، والمعتق يحدث فيه هذا الوصف، واللقيط كان حيًا حقيقة، فالملتقط لا يكون محييًا له لا حقيقةً ولا حكماً. (ك)

(٩) بالبيع والشراء. (ف)

(١٠) قوله: "اعتباراً بالأم" فإنها لا يجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة لعدم ملكه لذلك أولى. (ف)

(١١) أى عدم تصرف كل واحد من الأم والملتقط. (ف)

(١٢) أى الأم والملتقط. (ف)

(١٣) قوله: "أحدهما" لأن للملتقط رأيا كاملا، ولا شفقة له، وللأم شفقة كاملة، ولا رأى لها. (عناية)

قال: ويجوز أن يقبض[١] له الهبة؛ لأنه نفع محض، ولهذا يملكه الصغير بنفسه[٢] إذا كان عاقلا، وتملكه الأم ووصيها.

قال[٣]: ويسلمه فى صناعة؛ لأنه من باب تثقيفه[٤] وحفظ حاله، قال[٥]: ويؤاجره[٦].

قال العبد الضعيف: وهذا رواية القدورى فى "مختصره"، وفى "الجامع الصغير": لا يجوز أن يؤاجره، ذكره فى الكراهية، وهو الأصح. وجه الأول: أنه يرجع إلى تثقيفه، ووجه الثانى: أنه لا يملك إتلاف منافعه، فأشبه العم[٧]، بخلاف الأم؛ لأنها تملكه على ما نذكره فى الكراهية[٨] إن شاء الله تعالى.

كتاب اللقطة[٩]

قال[١٠]: اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها، ويردها على صاحبها؛ لأن الأخذ على هذا الوجه[١١] مأذون فيه شرعًا[١٢]، بل هو

(١) أى الملتقط.

(٢) بغير إذن الولى.

(٣) أى القدورى.

(٤) قوله: "لأنه من باب تثقيفه" التثقيف تقويم المعوج بالثقاف، وهو ما يسوى به الرماح، ويستعار للتأديب والتهذيب. (عناية)

(٥) أى القدورى.

(٦) هذا اللفظ ليس على قانون اللغة، وإنما هو على اصطلاح الفقهاء.

(٧) فإنه لا يجوز للعم إجارة الصغير. (ب)

(٨) أى فى آخر كتاب الكراهية فى المسائل المتفرقة. (ب)

(٩) قوله: "كتاب اللقطة" اللقطة فعلة بضم الفاء وفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة وضحكة لكثير الهمز وغيره، وبسكونها للمفعول كضحكة وهزوة للذى يهزأ منه، وإنما قيل للمال: لقطة بفتح العين؛ لأن طبائع النفوس غالبًا تبادر إلى التقاطه، فصار المال باعتبار أنه داع إلى أخذه، كأنه الكثير الملتقط مجازًا، وما عن الأصمعى وابن الأعرابى: أنه بفتح القاف أيضًا اسم للمال، فمحمول على هذا يعنى يطلق على المال أيضًا. (ف)

(١٠) أى القدورى.

(١١) أى وجه الإشهاد. (ب)

الأفضل[١] عند عامة العلماء، وهو الواجب إذا خاف الضياع[٢] على ما قالوا[٣]، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه[٤]، وكذلك إذا تصادقا[٥] أنه أخذها للمالك؛ لأن تصادقهما حجة في حقهما، فصار كالبينة[٦]. ولو أقر[٧] أنه أخذه لنفسه يضمن بالإجماع[٨]؛ لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه، وبغير إذن الشرع، وإن لم يشهد الشهود عليه[٩]، وقال الآخذ: أخذتُه للمالك، وكذبه المالك[١٠] يضمن عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يضمن[١١]، والقول قوله[١٢]؛ لأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة[١٣] دون المعصية. ولهما[١٤] أنه أقر بسبب الضمان، وهو

---

(١٢) قوله: "شرعًا" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أصاب لقطة فليشهد ذو عدل»، رواه إسحاق ابن راهويه في "مسنده". (ب)

(١) قوله: "بل هو الأفضل" احتراز عن قول من يقول: إنه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه، وذلك حرام شرعًا، وعن قول من قال: أخذه جائز، لكن تركه أفضل. (عناية)

(٢) أي ضياع اللقطة بتركها.

(٣) أي مشايخنا. (ب)

(٤) لأنه لم يأخذه لنفسه. (ع)

(٥) أي الملتقط والمالك.

(٦) قوله: "فصار كالبينة" يعني أن البينة إذا وجدت عند الأخذ لا يجب الضمان، فكذا إذا وجد التصادق. (ب)

(٧) ذكره تفريعًا لمسألة القدوري. (ب)

(٨) قوله: "بالإجماع" إنما قيد به احترازًا عن الضمان الذي يلزم عند عدم الإشهاد عند أبي حنيفة، فإن فيه خلاف أبي يوسف. (ب)

(٩) أي عند الالتقاط.

(١٠) أي قال: إنك أخذته لنفسه.

(١١) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد. (ب)

(١٢) قوله: "والقول قوله" لأن صاحبها يدعي عليه سبب الضمان، ووجوب القيمة في ذمته، وهو ينكره، والقول قول المنكر مع يمينه، كما لو ادعى الغصب. (عناية)

(١٣) قوله: "لاختياره الحسبة [اسم من الاحتساب كالعدة من الأعداء. ب]" لأن فعل المسلم محمول على ما يحل شرعًا، وهو أخذه للرد، لا لنفسه. (عناية)

(١٤) قوله: "ولهما إلخ" ذكر في "فتاوى قاضي خان": هذا الاختلاف في ما إذا أمكنه أن يشهد، أما إذا لم يجد أحدًا يشهد عند الرفع، أو خاف أنه لو أشهد عند الرفع يأخذه منه الظالم، لا يكون ظالمًا بترك

أخذ مال الغير[١]، وادعى ما يبرأه، وهو الأخذ لمالكه، وفيه وقع الشك[٢]، فلا يبرأ، وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله[٣]؛ لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه، ويكفيه[٤] في الإشهاد أن يقول: من سمعتوه ينشد[٥] لقطةً، فدلّوه عليّ واحدة كانت اللقطة[٦]، أو أكثر؛ لأنه اسم جنس. قال[٧]: فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أيامًا، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولا. قال العبد الضعيف[٨]: وهذه رواية عن أبى حنيفة[٩]، وقوله: أيّامًا معناه[١٠] على حسب ما يرى الإمام، وقدره محمد فى "الأصل"[١١] بالحول عن غير تفصيل بين القليل والكثير، وهو قول مالك والشافعى؛ لقوله عليه السّلام[١٢]: «من التقط شيئًا فليعرفه[١٣]

الإشهاد. (ك)

(١) أى بغير إذنه.

(٢) قوله: "وفيه وقع الشك" وهو أنه يحتمل أنه أخذه لنفسه فيضمن، ويحتمل أنه أخذه لا لنفسه، فلا يضمن، فوقع الشك، فلا يبرأ عن الضمان. (ب)

(٣) وهو قوله: لأن ظاهر الحال شاهد له. (ب)

(٤) أى الملتقط.

(٥) أى ينادى. (ب)

(٦) قوله: "واحدة كانت إلخ" يعنى سواء كانت اللقطة من جنس واحد، أو من أجناس مختلفة كالذهب والفضة والثوب؛ لأن اللقطة اسم جنس يتناول الكل. (كفاية)

(٧) أى القدورى.

(٨) أى المصنف.

(٩) قوله: "هذه رواية عن أبى حنيفة" يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية، فإن الطحاوى قال: إذا التقط لقطة، يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسًا، أو خسيسًا فى ظاهر الرواية. (عناية)

(١٠) قوله: "معناه إلخ" روى عن أبى حنيفة أنها إن كانت مائتى درهم فصاعداً يعرفها حولا، وإن كانت عشرة فصاعداً يعرفها شهراً، وإن كانت ثلاثة فصاعداً يعرفها عشرة أيام، وإن كانت درهمًا فصاعداً يعرفها ثلاثة أيام، وإن كانت دانقًا فصاعداً يعرفها يومًا، وإن كانت دون ذلك ينظر يمنة ويسرة، ثم يصدقه فى كف فقير.

وقال شمس الأئمة السرخسى: وشيء من هذا ليس بتقدير لازم، بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك. (ب)

(١١) أى المبسوط. (ب)

(١٢) أخرجه إسحاق بن راهويه. (ت)

سنة»* من غير فصل. وجه الأول: أن التقدير بالحول ورد فى لقطة كانت مائة دينار[٢] تساوى ألف درهم، والعشرة وما فوقها فى معنى الألف فى تعلق القطع به فى السرقة[٣]، وتعلق استحلال الفرج به[٤]، وليست فى معناها فى حق تعلق الزكاة[٥]، فأوجبنا التعريف بالحول احتياطًا، وما دون العشرة ليس فى معنى الألف بوجه ما[٦]، ففوضنا إلى رأى المبتلى به.

وقيل: الصحيح أن شيئًا من هذه المقادير ليس بلازم[٧]، ويفوض إلى رأى الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك، ثم يتصدق به، وإن كانت اللقطة شيئًا لا يبقى عرّفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به، وينبغى أن يعرفها فى الموضع الذى أصابها.

و فى المجامع[٨] فإن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها، وإن كانت شيئًا يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة، وقُشور الرمان[٩] يكون

---

(١٣) قوله: "فليعرفه" ظاهر الأمر بتعريفها سنة يقتضى تكرار التعريف عرفًا وعادة، لكن يجب حمله على المعتاد من أنه يفعله وقتًا بعد وقت، ويكرر ذلك كلما وجد مظنة، وما قدمناه من قول أبى الواجى مما يفيد الاكتفاء مرة واحدة هو فى دفع الضمان عنه، أما الواجب فأن يذكره مرة بعد أخرى. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٧ ص١٤٠. (نعيم)

(٢) قوله: "ورد فى لقطة كانت مائة دينار إلخ" يشير إلى ما فى "صحيح البخارى": عن أبى بن كعب قال: أخذت صرة مائة دينار، فأتيت رسول الله ﷺ، فقال: عرفها حولا فعرفتها، فلم أجد من يأخذها، ثم أتيته، فقال: عرفها حولا، فعرفتها، ثم أتيته ثالثا، فقال: «احفظ وعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا استمتع بها». (ب)

(٣) لأن اليد تقطع فى السرقة بالعشرة فما فوقها. (ب)

(٤) فإن تقدير المهر بالعشرة فصاعداً.

(٥) فإن الزكاة لا تجب فى العشرة.

(٦) لا فى السرقة، ولا فى النكاح، ولا فى غيرهما.

(٧) هذا القول اختاره السرخسى. (ف)

(٨) كالأسواق وأبواب المساجد.

(٩) قوله: "كالنواة وقشور الرمان" يعنى إذا كان فى مواضع مختلفة، فجمعها وصار بحكم الكثرة، لها قيمة، فإنه يجوز له الانتفاع بها؛ لأن القيمة ظهرت بالاجتماع، وهو حصل بصنعه، ولكنه لا يملكها حتى إن صاحبها إذا وجدها فى يده بعد ما جمعها جاز أن يأخذها؛ لأن الإلقاء متفرقًا دليل على الإذن، لا على

إلقاءها إباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف، ولكنه مُبقى على ملك مالكه؛ لأن التمليك من المجهول لا يصح.

قال[١]: فإن جاء صاحبها[٢]، وإلا تصدق بها[٣]؛ إيصالا للحق إلى المستحِقّ، وهو واجب[٤] بقدر الإمكان، وذلك بإيصال عينها[٥] عند الظَفْر بصاحبها، وإيصال العوض، وهو الثواب على اعتبار إجازته[٦] التصدقَ بها، وإن شاء أمسكَها رجاء الظفر بصاحبها.

قال: فإن جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها، فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة، وله ثوابها؛ لأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع[٧] لم يحصل بإذنه، فيتوقف على إجازته، والملك يثبت للفقير قبل الإجازة[٨]، فلا يتوقف على قيام المحل. بخلاف بيع الفضولي لثبوته[٩] بعد الإجازة فيه[١٠]، وإن شاء ضمّن الملتقط؛ لأنه سلّم ماله إلى غيره بغير

التمليك. (ع)

(١) أي القدوري.

(٢) قوله: "فإن جاء إلخ" يعني فإن جاء صاحب اللقطة بعد التعريف، والجزاء محذوف أي دفعها إليه. (ب)

(٣) قوله: "وإلا تصدق بها [أي إن لم يجئ مالكها]" أو أكلها إن كان فقيرا، أو استقرضها بإذن الإمام، وإن شاء أمسكها أبدًا، حتى يجيء صاحبها، وإذا خشي الموت يوصي بها كي لا يدخل في المواريث. (ف)

(٤) للخروج عن العهدة.

(٥) أي عين اللقطة.

(٦) قوله: "على اعتبار إجازته [أي إجازة صاحب اللقطة]" إنما قيد به؛ لأنه إذا لم يجز التصدق لا يكون الثواب له. (ب)

(٧) قوله: "وإن [الواو وصلية] حصل بإذن الشرع" أخرج البزار والدارقطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «من التقط شيئًا فليعرفه سنة فإن جاء صاحبه فيرده إليه وإن لم يأت صاحبه فليتصدق به». (ب)

(٨) قوله: "والملك يثبت إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: أن يقال: لما توقف التصدق على إجازته، فينبغي أن يشترط وجود المحل عند الإجازة، لكن لا يشترط حتى إذا هلك المال في يد الفقير، ثم أجاز المالك، جاز. وتقرير الجواب: أن الملك ثبت للفقير قبل الإجازة؛ لأن الملتقط لما أذن له الشرع في التصدق ملكه الفقير؛ لأن الصدقة من أسباب الملك، فلا يتوقف ثبوته على قيام المحل.

فإن قيل: لو ثبت الملك للفقير، ينبغي أن لا يأخذه المالك إذا كان قائمًا في يده، قلنا: ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له. (ب)

(٩) أي الملك يثبت فيه بعد ثبوت الإجازة، فلا بد من قيام المحل وقت الإجازة.

(١٠) أي في بيع الفضولي.

إذنه[١] إلا أنه بإباحة من جهة الشرع، وهذا لا ينافي الضمان حقًا للعبد، كما في تناول مال الغير حالة المخمصة[٢]، وإن شاء ضمّن المسكين[٣]، إذا هلك في يده؛ لأنه قبض ماله بغير إذنه[٤]، وإن كان قائمًا أخذه؛ لأنه وَجَد عين ماله. قال[٥]: ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير، وقال مالك والشافعي: إذا وجد البعير والبقر في الصحراء، فالترك أفضل[٦]، وعلى هذا الخلاف الفرس. لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع[٧]، وإذا كان معها[٨] ما يدفع عن نفسها يقل الضياع[٩]، ولكنه يتوهم، فيُقضى بالكراهة، والندب إلى الترك. ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها[١٠]، فيستحب أخذها، وتعريفها صيانةً لأموال الناس، كما في الشاة.

فإن أنفق الملتقط عليها[١١] بغير إذن الحاكم، فهو متبرع؛ لقصور ولايته عن ذمة المالك[١٢]، وإن أنفق بأمره[١٣] كان ذلك دينًا على صاحبها؛ لأن

(١) قوله: "بغير إذنه" فإن قيل: كيف يصح تضمينه، وقد تصدق بها بإذن الشرع؟ فأجاب بقوله: إلا أنه بإباحة إلخ يعني أن الإذن كان إباحة منه، لا إلزامًا، ومثل ذلك الإذن يسقط الإثم. (ع)

(٢) فإنه يحل بإباحة شرعية لكن بالضمان. (ب)

(٣) قوله: "وإن شاء ضمن المسكين" وأيهما ضمنه لا يرجع على صاحبه، فإن كلا منهما ضامن بفعله، الملتقط بالتسليم بغير إذن المالك، والفقير بالتسلم بدونه، لا يقال: الفقير مغرور من جهة الملتقط، فيرجع عليه؛ لأن التغرير إذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئًا. (ع)

(٤) فصار كالغاصب.

(٥) أي القدوري.

(٦) وبه قال أحمد. (ب)

(٧) قوله: "والإباحة مخافة الضياع" فيه نظر؛ لأن مخافة الضياع يوجب الأخذ، لا أن يبيحه. (ع)

(٨) أي مع اللقطة.

(٩) كالقرن في البقر، وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفخه، وكذلك في الفرس. (ع)

(١٠) قوله: "ولنا أنها لقطة إلخ" فإن قلت: ما تقول في حديث رواه البخاري عن زيد بن خالد: «إن رجلا سأل رسول الله عن اللقطة قال عرفها سنة قال فضالة الغنم فقال خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب قال يا رسول الله فضالة الإبل فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجناته وقال ما لك ولها معها حذاءها وسقاءها حتى يلقاها ربها»، قلت: هو محمول على ما إذا لم يخف عليها، أما إذا خيف عليها، فأخذه أولى. (ب)

(١١) أي اللقطة.

(١٢) فصار كما إذا قضى دين غيره بغير إذنه. (ب)

للقاضي ولايةً في مال الغائب؛ نظرًا له، وقد يكون النظر في الإنفاق على ما نبين[١]. وإذا رفع ذلك[٢] إلى الحاكم، نظر فيه، فإن كان للبهيمة[٣] منفعة آجرها، أنفق عليها من أجرتها؛ لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه، وكذلك يفعل بالعبد الآبق[٤].

وإن لم يكن لها منفعة[٥]، وخاف أن تستغرق النفقة قيمتَها باعها، وأمر بحفظ ثمنها؛ إبقاءً له معنى[٦] عند تعذر إبقاءه صورةً، وإن كان الأصلح الإنفاق عليها، أذن في ذلك، وجعل النفقة دينًا على مالكها؛ لأنه[٧] نصب ناظرًا، وفي هذا نظر من الجانبين[٨]. قالوا[٩]: إنما يأمر بالإنفاق يومين، أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى؛ رجاء أن يظهر مالكها، فإذا لم يظهر يأمرببيعها[١٠]؛ لأن دارة النفقة مستأصلة، فلا نظر في الإنفاق مدة مديدة. قال[١١]: وفي "الأصل": شرط إقامة البينة[١٢]، وهو الصحيح؛ لأنه يحتمل أن يكون غصبًا في يده، ولا يأمر فيه بالإنفاق، وإنما يأمر به في

(١٣) أي الحاكم.

(١) قوله: "على ما نبين" أي بعد خمسة خطوط عند قوله: وإذا كان الأصلح إلخ. (ب)

(٢) أي أمر اللقطة.

(٣) كالحيوان الذي يركب.

(٤) قوله: "وكذلك يفعل بالعبد الآبق" فإنه يؤجره وينفق عليه من أجرته؛ لأن فيه إبقاء لملكه. (ب)

(٥) كالشاة مثلا. (ب)

(٦) أي من حيث المالية.

(٧) أي الحاكم.

(٨) قوله: "من الجانبين" جانب المالك بإبقاء عين ماله، وجانب الملتقط بالرجوع. (ف)

(٩) أي المشايخ. (ف)

(١٠) قوله: "يأمر ببيعها" قيل: فإذا أمر بالبيع، فبيعت أعطى القاضي من ذلك الثمن ما أنفق بأمره في اليومين والثلاثة؛ لأن الثمن مال صاحبها، والنفقة دين عليه، وهو معلوم للقاضي. (عناية)

(١١) أي المصنف.

(١٢) قوله: "شرط إقامة البينة" حيث قال: فإن رفعها إلى قاضٍ، وأقام بينة أنه التقطها أمره بأن ينفق عليها، وقال الولوالجي في "فتاواه": قالوا: هذا إذا كانت اللقطة شيئًا لا يخاف هلاكه إلى أن تقوم البينة، فإن كان يخاف لا يكلفه القاضي بإقامة البينة. (ب)

الوديعة، فلا بد من البينة لكشف الحال[١]، وليست البينة تقام للقضاء[٢]، وإن قال: لا بينة لي، يقول القاضي له: أنفِقْ عليه إن كنتَ صادقًا فيما قلتَ حتى ترجع على المالك، إن كان صادقًا، ولا يرجع إن كان غاصبًا[٣]. وقوله[٤] في "الكتاب"[٥]: وجعل النفقة دينًا على صاحبها، إشارةٌ إلى أنه إنما يرجع على المالك بعد ما حضر، ولم تبعَ اللقطة، إذا شرط القاضي الرجوع على المالك. وهذه رواية[٦]، وهو الأصح[٧].

قال: فإذا حضر يعني المالك، فللملتقط أن يمنعها منه حتى يُحضر النفقةَ[٨]؛ لأنه[٩] يحيى بنفقته، فصار كأنه استفاد الملك من جهته، فأشبه المبيع، وأقرب من ذلك راد الآبق[١٠]، فإنه له الحبس لاستيفاء الجعل[١١]؛ لما ذكرنا[١٢]، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه[١٣] في يد الملتقط قبل الحبس، ويسقط إذا هلك بعد الحبس[١٤]؛ لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن.

---

(١) أي لينكشف للقاضي أنها لقطة، أو غصب، فإن كان الأولى يأمره بالإنفاق، وفي الثاني لا. (ب)

(٢) قوله: "وليست إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: كيف شرط في الأصل إقامة البينة، ولا تقوم إلا على مدعى عليه منكر، ولم يوجد ههنا، وتقرير الجواب: أن البينة ههنا ليست لأجل قضاء القاضي، وإنما تقام لكشف الحال. (ب)

(٣) قوله: "ولا يرجع إلخ" إنما قال: بهذا الترديد حذرًا عن لزوم أحد الضررين؛ لأنه لو أمر قطعًا تضرر المالك لسقوط الضمان على تقدير الغصب، ولو لم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة. (ع)

(٤) القدوري.

(٥) أي في "مختصره". (ب)

(٦) قوله: "وهذه رواية" فلو أمر القاضي بالإنفاق على اللقطة، ولم يشترط الرجوع على المالك لا يرجع عليه. (ب)

(٧) وقيل: يرجع بمجرد أمره.

(٨) أي التي أنفقها الملتقط عليها.

(٩) قوله: "لأنه" أي اللقطة ذكر الضمير باعتبار المذكور قاله الكاكي، والأوجه أن يقال: ذكره باعتبار المال. (ب)

(١٠) أي العبد الفار.

(١١) وهو أربعون درهمًا على ما يأتي. (ب)

(١٢) إشارة إلى قوله: لأنه يحيى بنفقته. (ع)

(١٣) أي اللقطة على تأويل المال. (ب)

(١٤) قوله: "ويسقط إلخ" لم يحك فيه خلافًا، وكذا حافظ الدين في "الكافي" أيضًا، فيفهم أنه المذهب،

قال[١]: ولقطة الحِل[٢] والحرم سواء، وقال الشافعي: يجب التعريف[٣] في لقطة الحرم إلى أن يجيء صاحبها؛ لقوله عليه السلام في الحرم[٤]: «ولا يحل لقطتها إلا لمنشدها[٥]»*.

ولنا قوله عليه السّلام: «اعرف عفاصها[٦] ووكاءها[٧] ثم عرفها سنة»** من غير فصل[٨]، ولأنها لقطة، وفي التصدق بعد مدة التعريف[٩] إبقاء ملك المالك من وجه[١٠] فيملكه، كما في سائرها.

وتأويل ما روى أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف[١١] والتخصيص بالحرم لبيان[١٢] أنه لا يسقط التعريف فيه لمكان أنه للغُربَاء[١٣] ظاهراً.

وجعل القدوري هذا قولٍ زفر، وحكى في "الينابيع" عن علمائنا الثلاثة عدم السقوط، ووجهه أن الدين ثابت، وليست العين الملتقطة رهناً ليسقط بهلاكها. (ف)

(١) أي القدوري.

(٢) أي خارج الحرم.

(٣) ولا يجوز تصدقها.

(٤) أخرجه البخاري ومسلم. (ت)

(٥) أي لمعرفها. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٨ ص١٤٠. (نعيم)

(٦) قوله: "اعرف عفاصها ووكاءها" العفاص بالكسر الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد، أو خرقة، أو غير ذلك، والوكاء بالكسر: هو الرباط تشد به. (ب)

(٧) أخرجه الأئمة الستة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٤٩ ص١٤١. (نعيم)

(٨) أي بين الحل والحرم. (ب)

(٩) أي السنة.

(١٠) أي يحصل الثواب.

(١١) قوله: "للتعريف" ولهذا ذكر في رواية أخرى: «ولا يلتقط لقطة إلا من عرفها». (ب)

(١٢) قوله: "والتخصيص إلخ" جواب عما يقال: ما وجه تخصيص الحرم في هذا المعنى. (ب)

(١٣) قوله: "لمكان أنه [أي الذي يلتقط فيه. ب] للغرباء إلخ" وذلك لأن مكة مكان الغرباء؛ لأن الناس يأتون إليه من كل فجّ عميق، ثم يتفرقون، فالغالب أن اللقطة لغريب لا يدرى عوده، فلا فائدة إذا في التعريف، فينبغي أن يسقط التعريف؛ لعدم الفائدة، فأزال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ذلك الوهم بقوله: «لا تحل لقطتها إلا لمنشدها». (ب)

وإذا حضر رجل، فادعى اللقطة لم تُدْفع إليه حتى يقيم البينة، فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه، ولا يجبر [(١)] على ذلك فى القضاء. وقال مالك والشافعى: يُجبر، والعلامة مثل أن يُسمّى وزن الدراهم، وعددها ووكاءها، ووِعاءها. لهما [(٢)] أن صاحب اليد يُنازعُه فى اليد، ولا ينازعُه فى الملك، فيشترط الوصف [(٣)] لوجود المنازَعة من وجه [(٤)]، ولا تشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه [(٥)].

ولنا أن اليد حق مقصود كالملك [(٦)]، فلا يستحق [(٧)] إلا لحجةٍ، وهو البينة [(٨)] اعتبارا بالملك إلا [(٩)] أنه تحلّ له الدفع عند إصابة العلامة؛ لقوله عليه السّلام [(١٠)]: «فإن جاء صاحبُها وعرف عِفاصها وعددَهَا فادفعها إليه»*، وهذا [(١١)] للإباحة عملا بالمشهور، وهو قوله عليه السّلام [(١٢)]: «البينة على المدعى»** الحديث.

---

(١) أى لا يجبره الحاكم. (ب)

(٢) قوله: "لهما [أى المالك والشافعى] إلخ" حاصله أن الملتقط لا نزاع له فى الملك؛ لأنه لا يدعى الملك، وإنما نزاعه فى اليد، فكان نزاعه من وجه دون وجه، فاشترط بيان العلامة دون إقامة البينة. (ب)

(٣) أى وصف اللقطة.

(٤) أى من حيث اليد.

(٥) وهى المنازعة فى الملك. (ب)

(٦) قوله: "كالملك" بدليل وجوب الضمان فى غصب المدبر باعتبار إزالة اليد؛ لأنه غير قابل للنقل ملكًا. (ع)

(٧) أى المدعى.

(٨) لحديث: «البينة على المدعى».

(٩) يعنى القياس يقتضى أن لا يحل الدفع إلا بحجة أنا أبحناه بالعلامة بالحديث.

(١٠) رواه مسلم. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٠ ص١٤١. (نعيم)

(١١) قوله: "وهذا" أى الأمر فى هذا الحديث: «فادفعها» وجب حمله على الإباحة لأجل العمل بالحديث المشهور، فإنه لو لم يحمل على الإباحة، وحمل على الوجوب، لزم التعارض المستلزم للترك. (ع)

(١٢) قلت: يأتى ذكره فى الدعوى.

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٨، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث ٧٤٨ ص١٤١. (نعيم)

ويأخذ منه كفيلا[(١)] إذا كان يدفعها إليه استيثاقًا[(٢)]، وهذا بلا خلاف؛ لأنه يأخذ الكفيل لنفسه، بخلاف التكفيل لوارثٍ غائب[(٣)] عنده[(٤)]، وإذا صدّقه قيل: لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة[(٥)] إذا صدّقه، وقيل: يجبر؛ لأن المالك ههنا غير ظاهر[(٦)]، والمودع مالك ظاهراً[(٧)].

ولا يتصدق باللقطة على غني؛ لأن المأمور به هو التصدق؛ لقوله عليه السّلام[(٨)]: «فإن لم يأتِ -يعني صاحبها- فليتصدق به»*، والصدقة[(٩)] لا يكون على غني، فأشبه الصدقة المفروضة[(١٠)].

وإن كان الملتقط غنيًا لم يجز له أن ينتفع بها. وقال الشافعي: يجوز؛ لقوله عليه السلام في حديث أُبي[(١١)]: «فإن جاء صاحبُها فادفعها إليه وإلا

(١) أى من مدعى اللقطة.

(٢) قوله: "استيثاقا" أى لأجل الاستيثاق لنفسه حتى إذا ظهر الأمر بخلافه أمكن الرجوع على الكفيل، هذا إذا دفعها بالعلامة، وأما إذا دفعها بالحجة فلا. (ب)

(٣) قوله: "بخلاف التكفيل لوارث غائب" صورته: ميراث قسم بين الغرماء، أو بين الورثة، لا يؤخذ من الغريم، والوارث كفيل، وعندهما يؤخذ. (ك)

(٤) أى عند أبى حنيفة.

(٥) قوله: "كالوكيل بقبض الوديعة" يعنى لو جاء رجل إلى المودع، وقال: أنا وكيل المودع فى استرداد الوديعة منك، فصدقه لا يجبر على الدفع إليه. (ب)

(٦) قوله: "غير ظاهر" يعنى فجاز أن يكون المالك هو الذى حضر، فلما أقر الملتقط بأنه هو المالك، كان إقراره ملزما للدفع إليه. (ع)

(٧) قوله: "والمودع مالك ظاهراً" فإقراره فى ملك الغير غير ملزم، ثم فى الوديعة إذا دفع إليه بعد ما صدقه، وهلك فى يده، ثم حضر المودع، وأنكر الوكالة، وضمن المودع ليس له أن يرجع على الوكيل بشىء، وههنا للملتقط أن يرجع. (ك)

(٨) قلت: أخرجه الدارقطنى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٥١ ص١٤١. (نعيم)

(٩) كالزكاة.

(١٠) كالزكاة.

(١١) قوله: "فى حديث أبى إلخ" قلنا: هذه رواية ليس فيها أن الخطاب لأبى بن كعب، فإنها كما فى "صحيح مسلم" عنه أن رسول الله ﷺ قال فى اللقطة: «عرفها سنة فإن جاء أحد» إلى أن قال: «وإلا فهى كسبيل مالك»، وظاهره أنه يحكى قوله لسائل يسأله عنه، وجاز كون ذلك فقيراً. (ف)

فانتفع بها وكان من المياسير[١]»*، ولأنه[٢] إنما يُباح للفقير حملا له على رفعها[٣] صيانةً لها، والغنى يشاركه فيه[٤]. ولنا أنه[٥] مال الغير، فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص[٦]، والإباحة للفقير لما رويناه[٧]، أو بالإجماع[٨]، فيبقى ما وراءه على الأصل[٩]. والغنى محمول[١٠] على الأخذ لاحتمال افتقاره فى مدة التعريف، والفقير قد يتوافى لاحتمال استغنائه فيها، وانتفاء أُبيّ[١١] كان بإذن الإمام، وهو[١٢] جائز بإذنه[١٣].

وإن كان الملتقط فقيرًا، فلا بأس بأن ينتفع بها؛ لما فيه من تحقيق النظر

---

(١) قوله: "وكان من المياسير" بدليل ما فى بعض الروايات، وإلا فهى كسبيل مالك، فقد جعل له مالا. (ف) قوله: "وكان [أى أبى بن كعب] من المياسير [جمع ميسور أى الغنى]" لو سلم أن الخطاب كان لأبى لا يخرج عن قضايا الاحتمال؛ إذ المال لا يلزم أن يكون نصابًا، وكونه خاليًا عن الدين. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٦٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٢ ص١٤١. (نعيم)

(٢) أى الانتفاع باللقطة. (ب)

(٣) قوله: "حملا له على رفعها" أى لكونه حاملا، وباعثًا على رفع اللقطة حفظًا لها عن الضياع. (ب)

(٤) قوله: "والغنى يشاركه فيه" حاصله أن حل الانتفاع باللقطة للفقير بعد التعريف يصير سببًا للالتقاط، فإنه متى علم أنه يحل له الانتفاع به بعد التعريف يرغب فى الالتقاط، فيكون المال محفوظًا، والغنى يشارك الفقير فى هذا المعنى، فيشاركه فى حل الانتفاع به. (ب)

(٥) أى اللقطة.

(٦) قوله: "لإطلاق النصوص" يريد به قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾، وقوله تعالى: ﴿ولا تعتدوا﴾، وقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم﴾. (عناية)

(٧) أى قوله: «فليتصدق به».

(٨) قوله: "أو بالإجماع" أى على جواز الصدقة للفقير دون الغنى. (ب)

(٩) قوله: "فيبقى ما وراءه على الأصل" أى بقى ما وراء جواز الانتفاع للفقير على الأصل، وهو حرمة الانتفاع بمال الغير بغير إذنه. (ب)

(١٠) قوله: "والغنى إلخ" جواب عن قول الشافعي؛ لأنه إنما يباح إلخ حاصله أن الغنى محمول على حمل اللقطة لاحتمال افتقاره فى مدة التعريف، والفقير قد يتكاسل فى الأخذ، فيكون الحاصل في كل منهما رفع اللقطة، واحتمال عدم الرفع. (ب)

(١١) جواب عن استدلاله بحديث أبي. (عناية)

(١٢) أى انتفاع الغنى.

(١٣) لأنه فى محل مجتهد فيه. (ع)

من الجانبين[١]، ولهذا[٢] جاز الدفع إلى فقير غيره، وكذا[٣] إذا كان الفقير أباه، أو ابنه، أو زوجته، وإن كان هو غنيًا؛ لما ذكرنا[٤]، والله أعلم.

كتاب الإباق[٥]

الآبق أخذُه أفضل في حق من يقوى عليه؛ لما فيه[٦] من إحيائه، وأما الضال[٧] فقد قيل: كذلك، وقد قيل: تركه أفضل؛ لأنه لا يبرح مكانَه، فيجده المالك، ولا كذلك الآبق[٨]، ثم آخذ الآبق يأتي به إلى السلطان[٩]؛ لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه، بخلاف اللقطة، ثم إذا رفع الآبق إليه يحبسه، ولو رُفع الضال لا يحبسه؛ لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانيًا، بخلاف الضال[١٠].

قال[١١]: ومن رد آبقًا على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا، فله عليه جعله[١٢] أربعون درهمًا[١٣]، وإن رده لأقل من ذلك[١٤] فبحسابه،

(١) قوله: "من الجانبين" جانب الملتقط بالانتفاع، وجانب المالك بحصول الثواب. (ب)

(٢) أي لكون النظر فيه من الجانبين.

(٣) أي لا بأس بالانتفاع.

(٤) إشارة إلى قوله: لما فيه النظر من الجانبين.

(٥) قوله: "كتاب الإباق [بالكسر من أبق من باب ضرب يضرب. ب]" كل من الإباق، واللقيط، واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف، إلا أن التعرض له بفعل فاعل مختار في الإباق، فكان الأولى تعقيب الجهاد به، بخلاف اللقطة واللقيط. (ف)

(٦) لأن الآبق هالك في حق المولى. (عناية)

(٧) قوله: "وأما الضال" هو الذي ضل الطريق إلى منزله، والآبق: هو الذي يهرب عن مولاه. (ب)

(٨) لأنه يخفى عن مولاه.

(٩) قوله: "إلى السلطان" أو إلى نائبه، أو إلى القاضي، وهذا اختيار السرخسي، وعند الحلوائي الآخذ بالخيار إن شاء حفظه بنفسه، وإن شاء دفعه إلى الإمام، وكذلك الضال والضالة. (ب)

(١٠) فإنه ليس من عادته الإباق، فلا حاجة إلى حبسه.

(١١) أي القدوري.

(١٢) قوله: "فله عليه جعله" بالضم: ما يجعل للعامل على عمله، الجعائل جمع جعيلة، أوجعالة بمعناه. (مغرب)

(١٣) قوله: "أربعون درهمًا" ههنا مسألة عجيبة، وهي أنه إذا قال لغيره: قد أبق عبدي، فإن وجدته فخذه،

وهذا[١] استحسان. والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط[٢]، وهو قول الشافعي؛ لأنه متبرع بمنافعه، فأشبَه العبد الضال[٣].

ولنا أن الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل إلا أن منهم من أوجب أربعين[٤]، ومنهم من أوجب ما دونها، فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر، وما دونها فيما دونه توفيقًا[٥] وتلفيقًا[٦] بينهما، ولأن إيجاب الجعل أصله حاملٌ على الرد؛ إذ الحسبة[٧] نادرة، فتحصل صيانةُ أموال الناس، والتقدير بالسمع[٨]، ولا سمع في الضال[٩] فامتنع.

ولأن الحاجة[١٠] إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق؛ لأنه لا يتوارى، والآبق يختفي، ويقدر الرضخ[١١] في الرد عما دون السّفر باصطلاحهما[١٢]، أو يُفوض إلى رأي القاضي[١٣]، وقيل: تقسم الأربعون

فقال المأمور: نعم، فوجده المأمور على مسيرة ثلاثة أيام، فرده على المولى، فلا جعل له؛ لأن المولى قد استعان به في رد الآبق، وقد وعد المعين الإعانة. (د)

(١٤) أي من مدة السفر.

(١) أي وجوب الجعل. (ب)

(٢) بأن يقول: من رد على عبدي، فله كذا.

(٣) حيث لا يجب عليه شيء إذا تبرع. (ت)

(٤) قوله: "إلا أن منهم من أوجب إلخ" قلت: روى عبد الرزاق عن أبي عمرو الشيباني، قال: أصبت غلامًا آبقًا، فذكرت ذلك لابن مسعود، فقال: الأجر والغنيمة، قلت: هذا الأجر، فما الغنيمة، قال: أربعون درهمًا، وروى ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر جعل للآبق دينارًا، أو اثني عشر درهمًا. (ت)

(٥) بين الآثار المذكورة.

(٦) قوله: "وتلفيقا" من لفقت الثوب لفقة، إذا ضممت شقه إلى شقه. (ف)

(٧) أي رده احتسابًا لله تعالى. (ف)

(٨) جواب عن قياس الآبق على الضال. (بناية)

(٩) قوله: "ولا سمع إلخ" أي لم يرد شيء في وجوب شيء في رد الضال، فامتنع القياس على الضال، وكان القياس في رد الآبق أيضًا عدم الوجوب إلا أنا تركنا القياس فيه لوجود السمع. (ب)

(١٠) قوله: "ولأن الحاجة" إشارة إلى نفي الإلحاق دلالة؛ لأنها تقتضي المساواة. (عناية)

(١١) قوله: "ويقدر الرضخ" تفصيل لقوله: "وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه"، والرضخ بالمعجمتين من قوله: "أرضخ فلان لفلان ماله" إذا أعطاه قليلا من كثير، كذا ذكره ابن دريد. (ب)

(١٢) قالوا: هذا هو الأشبه بالاختيار. (ف)

على الأيام الثلاثة[١]؛ إذ هى أقل مدة السفر.

قال[٢]: وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له[٣] بقيمته إلا درهمًا، قال[٤]: وهذا قول محمد. وقال أبو يوسف: له أربعون درهمًا؛ لأن التقدير بها ثبت بالنّص، فلا ينقص عنها، ولهذا[٥] لا يجوز الصلح على الزيادة، بخلاف الصلح على الأقل؛ لأنه حط منه. ولمحمد: أن المقصود[٦] حملُ الغير على الرد؛ ليحيى مال المالك[٧]، فينقص درهم ليسلم له[٨] شيء تحقيقًا للفائدة. وأما أم الولد والمدبر فى هذا[٩] بمنزلة القن[١٠] إذا كان الرد فى حياة المولى؛ لما فيه من إحياء ملكه، ولو رُد بعد مماته، لا جعل فيهما؛ لأنهما يعتقان بالموت[١١]، بخلاف القن[١٢]، ولو كان

(١٣) فيقدره على حسب ما يراه. (ب)

(١) لكل يوم ثلاثة عشر وثلث. (ف)

(٢) أى القدورى.

(٣) أى للراد.

(٤) أى المصنف.

(٥) قوله: "ولهذا [أى لكون الأربعين منصوصًا] إلخ" يعنى إذا صالح المالك مع الراد على أكثر من أربعين لا يجوز الصلح لتعين الأربعين بالنص، بخلاف المصالح على الأقل. (ب)

(٦) من الجعل.

(٧) لأن الآبق هالك حكمًا.

(٨) أى للمالك. (ب)

(٩) أى فى وجوب الجعل.

(١٠) قوله: "بمنزلة القن" لأنهما مملوكان للمولى، وهو يستكسبهما بمنزلة القن، وتعليل المصنف بقوله: لما فيه من إحياء ملكه أولى من تعليل غيره بقوله: مما فيه من إحياء المالية؛ لأن أم الولد لا مالية فيها عند أبى حنيفة. (ع).

(١١) قوله: "لأنهما يعتقان بالموت" فيقع رد حر، لا مملوك على مالكه، وهذا فى أم الولد ظاهر، وكذا المدبر إن كان يخرج من الثلث اتفاقا، وإن كان لا يخرج من الثلث؛ فكذلك عندهما.

وعند أبى حنيفة يصير كالمكاتب؛ لأنه يسعى فى قيمته ليعتق، ولا جعل فى رد المكاتب؛ لأن المولى لا يستفيد برده ملكًا، بل استفاد بدل الكتابة، فكان كرد غريم له، وبرد غريم لا يجب الجعل. (ف)

(١٢) حيث يجب الجعل برده بعد موته.

الراد أبا لمولى، أو ابنه، وهو فى عياله[1]، أو أحد الزوجين على الآخر، فلا جُعل؛ لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادةً، ولا يتناولهم إطلاق الكتاب[2]. قال[3]: وإن أبق من الذى رده، فلا شىء عليه؛ لأنه أمانة فى يده لكن هذا إذا أشهد، وقد ذكرناه فى اللقطة[4]، قال[5]: وذكر فى بعض النسخ[6] أنه لا شىء له، وهو صحيح أيضًا؛ لأنه فى معنى البائع[7] من المالك، ولهذا كان له[8] أن يحبس الآبق حتى يستوفى الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع؛ لاستيفاء الثمن، وكذلك إذا مات فى يده، لا شىء عليه؛ لما قلنا. قال: ولو أعتقه المولى[9] كما لقيه، صار قابضًا بالإعتاق[10]، كما فى عبد المشترى، وكذا[11] إذا باعه من الراد لسلامة البدل[12] له، والرد[13] وإن كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه، فلا يدخل

---

(١) قوله: "وهو فى عياله [الواو حالية]" هذا القيد إن رجع إلى الابن اقتضى أن يتقيد نفى الجعل بما إذا كان فى عياله، وليس كذلك، فإن الابن لا يستوجب الجعل، سواء كان فى عياله أو لا.

وجملة الحال أن الراد إن كان ولد المالك، أو أحد الزوجين على الآخر، أو الوصى لا يستحق الجعل مطلقًا، وأما الأب وغيرهم من الأقارب، فإن كانوا فى عيال المالك لا يجب، وإلا يجب. (ف)

(٢) أى مختصر القدورى.

(٣) أى القدورى.

(٤) من أن الأخذ عن هذا الوجه مأذون شرعًا. (ب)

(٥) أى المصنف.

(٦) أى نسخ القدورى.

(٧) قوله: "لأنه فى معنى البائع" لأنه زالت عامة المنافع بالإباق، وإنما يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه، والبائع إذا هلك المبيع فى يده سقط الثمن، فكذا هذا. (ع)

(٨) أى للراد.

(٩) قوله: "ولو أعتقه المولى [أى قبل أن يقبضه صراحة]" إشارة إلى أنه لو دبره لا يكون قابضًا به؛ لأن الإعتاق إتلاف للمال، والتدبير ليس بإتلاف. (ب)

(١٠) أى فيجب الجعل. (ب)

(١١) أى يصير قابضًا.

(١٢) أى الثمن. (ب)

تحت النهى الوارد[1] عن بيع ما لم يقبض فجاز.

قال[2]: وينبغى إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده، فالإشهاد[3] حتم فيه[4] عليه[5] على قول أبى حنيفة ومحمد[6] حتى لو ردّه من لم يشهد وقت الأخذ لا جُعل له عندهما؛ لأن ترك الإشهاد أمارةٌ أنه أخذه لنفسه، وصار كما إذا اشتراه من الآخذ[7]، أو اتهبه[8]، أو ورثه، فرده على مولاه لا جُعل له؛ لأنه رده لنفسه[9] إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده[10]، فيكون له الجُعل، وهو متبرع فى أداء الثمن[11]. فإن كان الآبق رهنا، فالجعل على المرتهن؛ لأنه أحيى ماليته بالرد، وهى حقه؛ إذ الاستيفاء منها، والجُعل بمقابلة إحياء المالية[12]، فيكون عليه، والرد فى حياة الراهن، وبعده سواء[13]؛ لأن الرهن لا يبطل بالموت، وهذا[14] إذا كانت قيمته مثل الدين،

---

(١٣) قوله: "والرد إلخ" جواب سؤال يرد على قوله: لأنه فى معنى البيع، وهو أن يقال: لما كان الرد فى معنى البيع، كان المالك فى حكم المشترى، فينبغى أن لا يجوز بيعه من الراد قبل القبض لورود النهى عنه. (ب)

(١) رواه النسائى فى "سننه الكبرى" من حكيم بن حزام، كما ذكره الزيلعى فى كتاب البيوع.

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) أى واجب.

(٤) أى الآبق.

(٥) أى على الأخذ.

(٦) قوله: "على قول أبى حنيفة ومحمد" وعند أبى يوسف والأئمة الثلاثة الإشهاد ليس بواجب. (بناية)

(٧) قوله: "وصار كما إذا اشتراه من الآخذ" إذارده على مولاه، فإنه لا جعل له، أو اتهبه أى قبل هبته، بأن وهب الآخذ لرجل، فرد الموهوب له على مولاه، أو ورثه أى ورث الآبق من الآخذ، فرده الوارث على مولاه، ففى هذه الصور كلها لا جعل له؛ لأنه لم يأخذه لرده، بل أخذه لنفسه. (بناية)

(٨) وكذا لو أوصى له. (ف)

(٩) فإنه بالشراء والاتهاب والوراثة قاصد لتملك نفسه.

(١٠) أى عند الشراء من الآخذ.

(١١) كما لو أنفق بغير إذن القاضى.

(١٢) قوله: "بمقابلة إحياء المالية" فيه نظر؛ لأنه يلزمه إذا رد أم الولد، وليس ثم إحياء المالية عند أبى حنيفة، وأجيب بأنه لا مالية فيها باعتبار الرقبة، ولها مالية باعتبار كسبها؛ لأنه أحق بكسبها. (ع)

(١٣) فيجب الجعل على المرتهن فيها.

أو أقَل منه، فإن كانت أكثر، فبقدر الدين عليه، والباقى على الراهن؛ لأن حقه بالقدر المضمون، فصار كثمن الدواء[١]، وتخليصه عن الجناية بالفداء[٢]. وإن كان مديونًا[٣]، فعلى المولى[٤] إن اختار قضاء الدين، وإن بيع بُدى بالجُعل، والباقى للغرماء؛ لأنه[٥] مؤنة الملك، والملكُ فيه كالموقوف[٦]، فيجب على من يستقر له[٧]. وإن كان جانيًا[٨]، فعلى المولى إن اختار الفداء لعود المنفعة[٩] إليه، وعلى الأولياء إن اختار[١٠] الدفعَ لعودها[١١] إليهم. وإن كان موهوبًا، فعلى الموهوب له وإن رجع الواهب[١٢] فى هبته بعد الردّ؛ لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد، بل بترك الموهوب

(١٤) أى كون الجعل على المرتهن. (ف)

(١) قوله: "فصار كثمن الدواء" حيث يجب على المرتهن بقدر دينه، والباقى على الراهن. (ب)

(٢) قوله: "وتخليصه إلخ" فإن الفداء يجب على المرتهن بقدر دينه، والباقى على الراهن، فكذلك الجعل. (ب)

(٣) قوله: "وإن كان مديونًا" أى إن كان العبد الآبق مديونًا بأن كان مأذونًا، فلحقه فى التجارة دين، أو أتلف مال الغير، وأعرف به المولى. (ف)

(٤) الجعل.

(٥) الجعل.

(٦) قوله: "كالموقوف" يعني بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغرماء؛ إذا اختار البيع. (ب)

(٧) قوله: "فيجب على من يستقر له" لأنه مؤنة الملك، فإن اختار المولى قضاء الدين فالجعل عليه؛ لأن الملك استقر له، وإن اختار بيعه فى الدين، كان الجعل فى الثمن يبدأ به. (ف)

(٨) قوله: "وإن كان [أى الآبق] جانيًا" أى جني خطأ، فلم يدفعه مولاه، ولم يفده حتى أبق. (ف)

(٩) أى منفعة الرد.

(١٠) أى المولى.

(١١) أى منفعة الرد.

(١٢) قوله: "وإن [الواو وصلية] رجع إلخ" إنما ذكره بـ"إن" الوصلية لدفع شبهة ترد على قوله سابقًا: فيجب على من يستقر الملك له، وعلى قوله: فعلى المولى إن اختار الفداء، فعلى كلا التقديرين كان ينبغي أن يجعل الجعل على المولى؛ لوجود هذين المعنيين فى حقه. وحاصل الدفع أن المنفعة للواهب ما حصلت برد الآبق، بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما الذى يمنع الواهب من الرجوع فى هبته.

فإن قيل: المنفعة حصلت بالمجموع، وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد، أجيب بأن الأمر كذلك، لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما وجودًا، فيضاف الحكم إليه. (ع)

له التصرف فيه بعد الرد، وإن كان[١] لصبى، فالجُعل فى ماله؛ لأنه مؤنة ملكه، وإن رده وصيه[٢]، فلا جُعل له؛ لأنه هو الذى يتولّى الرد فيه[٣].

كتاب[٤] المفقود[٥]

إذا غاب الرجل، فلم يُعرف له موضع، ولا يُعلم أحى هو أم ميت، نَصَبَ القاضى مَن يحفظ ماله، ويَقُوم عليه[٦] ويستوفى حقه؛ لأن القاضى نُصب ناظرا لكل عاجزٍ عن النظر لنفسه، والمفقودُ بهذه الصفة، وصار كالصبى والمجنون[٧]، وفى نصب الحافظ لماله، والقائم عليه نظرٌ له.

وقوله[٨]: يستوفى حقه لا خفاء أنه يقبض غلاته، والدين الذى أقر به غريم من غرماءه؛ لأنه من باب الحفظ، ويُخاصم[٩] فى دين وجب بعقده[١٠]؛ لأنه أصيلٌ فى حقوقه، ولا يخاصم فى الذى تولاه المفقود[١١]، ولا فى نصيب له فى عقَار، أو عروض فى يد رجل[١٢]؛ لأنه ليس بمالك، ولا نائب عنه[١٣]، إنما هو وكيلٌ بالقبض من جهة القاضى، وأنه لا يملك

---

(١) أى العبد الآبق.

(٢) وكذا اليتيم يعوله رجل. (ف)

(٣) فيلزم الرد على نفسه. (ب)

(٤) قوله: "كتاب المفقود" يقال: فقدت الشيء أى غاب عنى فقداً وفقوداً وفقداناً، وهو من الأضداد يقال: فقدت الشيء أى طلبته وكلا المعنيين موجود فى المفقود، فإنه قد ضل عن أهله، والناس فى طلبه. (ب)

(٥) هو الغائب الذى لا يدرى حياته ولا موته.

(٦) أى على ماله. (ف)

(٧) قوله: "كالصبى والمجنون" فإن للقاضى أن يفعل فى حقهما ما ذكرنا؛ لما ذكرنا. (ف)

(٨) أى القدورى.

(٩) أى الذى نصب له.

(١٠) قوله: "بعقده" أى بعقد الذى نصبه القاضى ناظراً للمفقود. (ف)

(١١) قوله: "ولا يخاصم فى الذى تولاه المفقود" وفائدته أنه لا يقبل البينة عليه؛ لأنه ليس من باب النظر، وأنه قضاء على الغائب.

(١٢) أى على سبيل الوديعة، أو غير ذلك.

(١٣) أى عن المفقود.

الخصومة بلا خلاف[١] . إنما الخلاف في الوكيل[٢] بالقبض من جهة المالك في الدين، وإذا كان[٣] كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب، وأنه لا يجوز[٤] إلا إذا رآه القاضي، وقضى به[٥]؛ لأنه مجتهدٌ فيه[٦]، ثم ما كان يُخاف عليه الفساد[٧] يبيعه القاضي؛ لأنه تعذر عليه حفظ صورته، فينظر له بحفظ المعنى[٨] . ولا يبيع ما لا يُخاف عليه الفساد في نفقة[٩]، ولا غيرها؛ لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله، فلا يسوغ له[١٠] ترك حفظ الصورة، وهو[١١] ممكن.

قال[١٢] : وينفق على زوجته، وأولاده من ماله، وليس هذا[١٣] الحكم مقصورا على الأولاد، بل يعم جميع قرابة الولاد[١٤] .

---

(١) أي الوكيل بالقبض من القاضي.

(٢) قوله: "إنما الخلاف في الوكيل [كما سيأتي في كتاب الوكالة] إلخ" فإنه يملك الخصومة عند أبي حنيفة، لا عندهما. (ب)

(٣) أي الوكيل بالقبض من القاضي لا يملك الخصومة. (ع)

(٤) قوله: "وأنه لا يجوز" لأن القضاء لقطع الخصومة، والخصومة من الغائب غير متصورة. (عناية)

(٥) قوله: "وقضى به" أي بما رأى وإنما جاز لأنه لاقى فصلا مجتهداً فيه، فإن الشافعي يجوز القضاء على الغائب. (ب)

(٦) قوله: "لأنه مجتهد فيه" فإن قيل: ينبغي أن لا ينفذ قضاءه ما لم يمضِ قاضٍ آخر؛ لأن نفس القضاء مجتهد فيه، كما لو كان القاضي محدوداً في قذف، فإنه لا ينفذ قضاءه ما لم يمضِ قاضٍ آخر.
أجيب بمنع أنه من ذلك بل المجتهد فيه سببه، وهو أن البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر، أم لا، فإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف، وفي "الخلاصة": الفتوى على هذا. (ف)

(٧) مثل الثمار ونحوها. (ب)

(٨) أي بحسب المالية. (ك)

(٩) أي لأجل النفقة، ولا لغيرها. (ب)

(١٠) أي لا يجوز له.

(١١) الواو حالية.

(١٢) أي القدوري.

(١٣) كما يفهم من ظاهر المتن.

(١٤) قوه: "جميع قرابة الولاد" كالآباء والأجداد وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا. (ب)

والأصل أن كل من يستحق النفقة فى ماله[١] حال حضرته بغير قضاء القاضي، يُنفق عليه من ماله عند غيبته؛ لأن القضاء حينئذٍ يكون إعانة[٢]، وكلٌّ من لا يستحقها فى حضرته إلا بالقضاء، لا ينفق[٣] عليه من ماله[٤] فى غيبته؛ لأن النفقة حينئذٍ تجب بالقضاء، والقضاء على الغائب ممتنع.

فمن الأول[٥]: الأولاد الصغار والإناث من الكبار[٦]، والزمنى من الذكور الكبار، ومن الثاني[٧]: الأخ والأخت والخال والخالة.

وقوله[٨]: من ماله مراده الدراهم والدنانير؛ لأن حقهم فى المطعوم والملبوس، فإذا لم يكن ذلك[٩] فى ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة، وهى النقدان. والتِبْرُ[١٠] بمنزلتهما[١١] فى هذا الحكم؛ لأنه يصلح قيمة كالمضروب، وهذا[١٢] إذا كانت فى يد القاضى، فإن كانت وديعةً، أو دينًا ينفق عليهم، منهما إذا كان المودَع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح

---

(١) أى المفقود.

(٢) قوله: "يكون إعانة" أى تمكينا للمستحق من الأخذ، ولهذا لو تمكنوا من ذلك، فلهم الأخذ، فيعينهم القاضى على ذلك؛ إذ اللزوم ثابت قبل القضاء. (ب)

(٣) أى القاضى.

(٤) أى المفقود.

(٥) وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء.

(٦) قوله: "الأولاد الصغار والإناث من الكبار" أى إذا لم يكن لهم مال، وكذا الأب والجد، فكل من له مال، لا يستحق النفقة فى حال حضوره، فضلا عن حال غيبته إلا الزوجة، فإنها تستحق النفقة، وإن كانت غنية؛ لأن استحقاقها بالعقد والاحتباس، واستحقاق غيرها بالحاجة. (ف)

(٧) قوله: "ومن الثانى إلخ" إنما كان الأخ والأخت، وغيرهما من الثانى؛ لأنها نفقة ذى الرحم المحرم، وهو مجتهد فيه، فلا يجب إلا بالقضاء، أو الرضى، ولهذا لم يكن لهم الأخذ بدون القضاء، أو الرضاء. (ع)

(٨) أى القدورى.

(٩) أى المطعوم والملبوس.

(١٠) أى غير المضروب.

(١١) وفى نسخة: منزلتهما.

(١٢) قوله: "وهذا" أى الذى ذكرنا من إنفاق القاضى عليهم من الدراهم والدنانير. (عناية)

والنسب[١] ، وهذا[٢] إذا لم يكونا[٣] ظاهرين عند القاضى .

فإن كانا ظاهرين ، فلا حاجة إلى الإقرار[٤] ، وإن كان أحدُهما ظاهرًا يشترط الإقرار بما ليس بظاهر ، هذا هو الصحيح[٥] ، فإن دفع[٦] المودَع بنفسه ، أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودَع ، ولا يبرأ المديون[٧] ؛ لأنه ما أدى إلى صاحب الحق[٨] ، ولا إلى نائبه .

بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضى ؛ لأن القاضى نائب عنه[٩] ، وإن كان المودَع ، والمديون جاحدين أصلا ، أو كانا جاحدين الزوجيةَ والنسب لم ينتصب أحدٌ من مستحقى النفقة خصمًا فى ذلك ؛ لأن ما يدعيه للغائب[١٠] لم يتعين سببًا لثبوت حقه ، وهو النفقة ؛ لأنها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود .

قال[١١] : ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وقال مالك[١٢] : إذا مضى أربع

---

(١) بينه وبين من يستحق له النفقة.

(٢) أى الاحتياج إلى الإقرار. (ع)

(٣) قوله: "إذا لم يكونا" أى الدين والوديعة والنكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئًا واحدًا، والنكاح والنسب كذلك، فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية. (ع)

(٤) أى إقرار المود ع.

(٥) قوله: "هذا هو الصحيح" احتراز عن جواب القياس الذى قال به زفر: إنه لا ينفق منها عليهم بالإقرار؛ لأن إقرار المود ع ليس بحجة على الغائب، وهو ليس بخصم منه. (ف)

(٦) بغير أمر القاضى. (ب)

(٧) بالدفع.

(٨) أى المفقود.

(٩) أى عن المفقود، فإن له ولاية عامة.

(١٠) قوله: "لأن ما يدعيه إلخ" قال شيخى العلامة: حاصله أن ما يدعيه الزوجة وأولاده أن هذا المال هو الدين، أو الوديعة مال الغائب لم يتعين لنفقتهم؛ لأنه كما تجرى النفقة فى الدين، والوديعة تجرى فى مال آخر أيضًا. (ب)

(١١) أى القدورى.

(١٢) قوله: "وقال مالك" ذكر ابن وهبان فى منظومته أنه لو أفتى بقول مالك فى موضع الضرورة يجوز، واعترضه شارحها ابن الشحنة بأنه لا ضرورة إلى ذلك. وقال الشارح فى "الدر المنتقى": هذا ليس بأولى لقول

سنين يفرِّق القاضِي بينه وبين امرأته، وتعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج من شاءت؛ لأن عمر (١) هكذا قضى فى الذى استهواه الجنُّ (٢) بالمدينة، وكفى

القهستاني: لو أفتى به في موضع الضرورة لا بأس به على ما أظن. قلت: ونظير هذه المسألة عدة ممتدة الطهر التى بلغت برؤية الدم ثلاثة أيام، وامتد طهرها، فإنها تبقى فى العدة إلى أن تحيض ثلاث حيض، وعند مالك تنقضى عدتها بتسعة أشهر، وقد قال فى "البزازية": هناك الفتوى فى زماننا على قول مالك. وقال الزاهدى: كان بعض أصحابنا يفتون به للضرورة، واعترضه فى "النهر" بأنه لا داعى إلى الإفتاء بمذهب الغير؛ لإمكان الترافع إلى حاكم مالكى، لكن قدمنا هناك أن الكلام عند تحقق الضرورة حيث لم يوجد حاكم مالكى. (رد المحتار)

(١) قوله: "لأن عمر إلخ" قال أبو بكر بن أبى الدنيا: حدثنى إسماعيل بن إسحاق، حدثنا خالد ابن الحارث، حدثنا سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن أبى نضرة عن عبد الرحمن ابن أبى ليلى: "أن رجلا من قومه خرج ليصلى مع قومه صلاة العشاء ففقد، فانطلقت امرأته إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه، فحدثته بذلك، فسأل عن ذلك قومها فصدقوها، فأمر أن تتربص أربع سنين فتربصت، ثم أتت عمر، فأخبرته بذلك، فسأل عن ذلك قومها فصدقوها، فأمرها أن تتزوج ، ثم إن زوجها الأول قدم، فارتقوا إلى عمر، فقال عمر: يغيب أحدكم الزمان الطويل لا يعلم أهله حياته، قال: كان لى عذر، فقال: وما عذرك، قال: خرجت أصلى مع قومى صلاة العشاء، فأصابتنى الجن، فكنت فيهم زمانًا طويلا، فغزاهم جن مؤمنون فقاتلوهم، فظهروا عليهم، فأصابوا لهم سبايا، فكنت فيمن أصابوا، فقالوا: ما دينك؟ فقلت: مسلم، قالوا: أنت على ديننا لا يحل لنا سبيك، فخيرونى بين المقام، وبين القفول، فاخترت القفول، فأقبلوا معى بالليل بشر يحدثونى، وبالنهار ريح أتبعها، قال: فما كان من طعامك؟ قال: كل ما يذكر اسم الله عليه، قال: فما كان شرابك؟ قال: الجدف ما لم يخمر من الشراب، قال: فخيره عمر بين المرأة وبين الصداق".

قال ابن أبى الدنيا أيضًا: وحدثنا أبو مسلم عبد الرحمن بن يونس، حدثنا سفيان عيينة عن عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة قال: "إن تشقت الجن رجلا على عهد عمر رضى الله عنه، فلم يدروا أحى هو أم ميت؟ فأتت امرأته عمر رضى الله عنه، فأمر لها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر وليه أن يطلق، ثم أمرها أن تعتد وتتزوج، فإن جاء زوجها خير بينها وبين الصداق". (آكام المرجان فى أحكام الجان للقاضى أبى عبد الله بدر الدين الشبلى الحنفى تلميذ أبى الحجاج المزى والذهبى رحمهم الله تعالى.

قوله: "لأن عمررض هكذا قضى إلخ" قلت: رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن يحيى بن جعدة: "أن رجلا أخذته الجن فى عهد عمر، فأتته امرأته، فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد، فإذا انقضت عدتها تزوجت، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصدق".

وروى عبد الرزاق عن الفقيد الذى فقد من طريق مجاهد، قال: "دخلت الشعب، فاستهوتنى الجن، فأتت امرأتِي عمر، فأمرها أن تتربص أربع سنين من حين فقدت، ثم دعا وليه، فطلقها وأمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم جئت بعد ما زوجت، فخيرنى عمر".

وأخرجه الدارقطنى أيضًا، وفى الباب آثار أخرى، فروى مالك فى "الموطأ" عن عمر: "أيما امرأة فقدت زوجها، فلم تدرِ أين هو؟ تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل وتنكح إن بدا لها"، ورواه ابن أبى شيبة عنه، وعن عثمان أيضًا، وعن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم مثله. (ت)

(٢) قوله: "فى الذى استهواه الجن" يقال: استهواه أى جره إلى المهاوى، وهى المساقط والمهالك. (ب)

قوله: "فى الذى استهواه إلخ" مالك عن يحيى بن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: "أيما امرأة فقدت، فلم تدر أين هو؟ فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل للأزواج".

به إمامًا، ولأنه[١] مَنَع حقها بالغيبة، فيفرق القاضى بينهما بعد ما مضى مدةٌ اعتبارًا بالإيلاءِ والعنة[٢]، وبعد هذا الاعتبار[٣] أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين.

ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم[٤] فى امرأة المفقود[٥]: «إنها امرأته حتى يأتيها البيان»*، وقول على فيها[٦]: هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت، أو طلاق خرج بيانًا للبيان المذكور فى المرفوع[٧]، ولأن النكاح عرف ثبوته، والغَيبة[٨] لا توجب الفرقة، والموتُ فى حيز

وروى نحوه عن عثمان وعلى رضى الله عنهما، وقيل: وأجمع الصحابة عليه، ولم يعلم لهم مخالف فى عصرهم، وعليه جماعة من التابعين، قال مالك: وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها، فدخل بها زوجها، أو لم يدخل بها، فلا سبيل لزوجها الأول إليها إذا جاء، أو ثبت أنه حي؛ لأن الحاكم أباح للمرأة الازدواج مع إمكان حياته، فلم يكشف الغيب أكثر مما كان يظن، قال: وذلك الأمر عندنا، فالعقد بمجرده يفيتها، ثم رجع مالك عن هذا قبل موته بعام، وقال: لا يفيتها على الأول إلا دخول الثانى غير عالم بحياته كذات الوليين، وأخذ به ابن القاسم وأشهب قال فى "الكافى": هو الأصح من طريق الأثر؛ لأنها مسألة قلدنا فيها عمر، وليست مسألة نظر. (شرح الموطأ لمحمد عبد الباقى الزرقانى المالكى)

(١) أى المفقود. (ب)

(٢) قوله: "اعتبارا بالإيلاء والعنة" الجامع بينهما منع الزوج حق المرأة، ودفع الضرر عنها، فإن العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضى سنة لدفع الضرر عنها، وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لدفع الضرر، ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين، فيعتبر فى حقه مدتان فى التربص، بأن يجعل السنون مكان الشهور، ويتربص بأربع سنين عملا بالشبهين. (عناية)

(٣) أى بالمولى والعنين.

(٤) قوله: "ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم إلخ" الحاصل أن المسألة مختلفة فى ما بين الصحابة، فذهب عمر رضى الله عنه إلى ما تقدم، وذهب على رضى الله عنه إلى أنها امرأته حتى يأتيها البيان والشأن فى الترجيح، والحديث الضعيف يصلح مرجحًا، وروى عبد الرزاق عن ابن جريج قال: بلغنا أن ابن مسعود وافق عليًا على أن امرأة المفقود تنتظره أبدًا، وهذا مرجح آخر، وأخرج ابن أبى شيبة عن أبى قلابة وجابر بن زيد والشعبى والنخعى كلهم قالوا: ليس لها أن تتزوج حتى يستبين موته. (ف)

(٥) قلت: رواه الدارقطنى فى "سننه"، وهو حديث ضعيف.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٣ص١٤٣. (نعيم)

(٦) قلت: رواه عبد الرزاق. (ت)

(٧) قوله: "خرج بيانًا إلخ" يعنى أن البيان فى قول رسول الله مجمل، وقول على خرج بيان ذلك المبهم. (ع)

(٨) كما فى غيبة غير المفقود.

الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك، وعمر رجع إلى قول على[١]. ولا معتبر بالإيلاء[٢]؛ لأنه كان طلاقًا معجلا[٣]، فاعتبر فى الشرع مؤجلا[٤]، فكان موجبًا للفرقة، ولا بالعنة؛ لأن الغيبة[٥] تعقب الأوبة[٦] والعنة، وقلّما تنحل بعد استمرارها سنة. قال[٧]: وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته، قال: وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة[٨]، وفى ظاهر المذهب يُقدر بموت الأقران[٩]، وفى المروى عن أبى يوسف:

(١) قوله: "وعمر رجع إلى قول على" وهو ما ذكر عبد الرحمن بن أبى ليلى ثلاث قضيات رجع فيها عمر إلى قول على: امرأة المفقود وامرأة أبى كنف، والمرأة التى تزوجت، وقولنا فى الثلاث قول على.

أما امرأة المفقود فقد عرفته، وأما امرأة أبى كنف، فكان أبو كنف طلقها وراجعها ولم يعلمها حتى غاب، ثم قدم فوجدها قد تزوجت، فأتى عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة، فقال: إن لم يكن الثانى دخل بها، فأنت أحق بها، وإن كان دخل بها، فليس لك عليه سبيل؛ لدفع الضرر عن الثانى، ثم رجع عمر إلى قول على: إن مراجعته إياها صحيح، وهى منكوحة، دخل بها الثانى، أو لا. وأما المرأة التى تزوجت فى عدتها، فالمرأة ينعى إليها زوجها فتعتد، وكان من مذهبه أنه إذا أتى زوجها حيا، فهى مخيرة بين أن ترد عليه وبين المهر، ثم صح رجوعه إلى قول على: إنه يفرق بينها وبين الثانى، ولها المهر عليه مما استحل من فرجها، وترد إلى الأول. (ف)

(٢) جواب عن قياس مالك. (عناية)

(٣) أى فى الجاهلية.

(٤) قوله: "فاعتبر فى الشرع مؤجلا" بخلاف المفقود، فإنه لم يظهر منه طلاق، لا مؤجلا ولا معجلا. (عناية)

(٥) قوله: "لأن الغيبة" تقريره أن العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة، والطبيعة لا تنحل، ففات حقها على التأبيد، فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر، بخلاف امرأة المفقود، فإن رجوعها مرجو قبل مضى أربع سنين وبعده. (عناية)

(٦) أى الرجوع.

(٧) أى القدورى.

(٨) قوله: "وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة" وجه هذه الرواية أن الأعمار قل ما تزيد على مائة وعشرين سنة، بل لا يسع أكثر من ذلك، فيقدر بها.

وأما ما قيل: إن هذا يرجع إلى قول أهل الطبائع، فإنهم يقولون: لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك، وقولهم: باطل بالمنصوص كنوح على نبينا، وعليه الصلاة والسلام، فمما لا ينبغى أن يصغى إليه.

ويذكر توجيها لمذهب من مذاهب الفقهاء كيف وهم أعرف مما دلت عليه النصوص، والتواريخ بالأعمار السابقة للبشر، بل لا يحل لأحد أن يحكم على أئمة المسلمين أنهم اعتمدوا فى قولهم على أمرهم يعترفون ببطلانه، ويوجبون عدم اختياره. (فتح القدير)

(٩) قوله: "بموت الأقران" فإن الأعمار تختلف طولا وقصرًا بحسب الأقطار بحسب أجزاءه تعالى

بمائة سنة[١]، وقدره بعضهم بتسعين[٢]، والأقيس[٣] أن لا يقدر بشيء، والأرفق أن يقدر بتسعين[٤]، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت[٥]. وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت، كأنه مات في ذلك الوقت[٦] معاينة، إذ الحكمي معتبر بالحقيقي[٧].

ومن مات[٨] قبل ذلك لم يرث منه؛ لأنه لم يحكم بموته فيها، فصار كما إذا كانت حياته معلومة، ولا يرث المفقود أحدا مات في حال فقده؛ لأن بقاءه حيًا في ذلك الوقت باستصحاب الحال[٩]، وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق. وكذلك[١٠] لو أوصى للمفقود، ومات الموصى ثم الأصل[١١] أنه لو كان مع المفقود وارث لا يُحجب به، ولكنه ينتقص حقه

العادة. (ف)

(١) لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منه في زماننا. (عناية)

(٢) لأنه متوسط ليس بغائب، ولا نادر. (عناية)

(٣) قوله: "والأقيس إلخ" الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول، فلذا قال شمس الأئمة السرخسي: الأليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشيء؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون، والأرفق بالناس أن يقدر بالتسعين، وعندي الأحسن سبعون؛ لقوله ﷺ: «أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين»، فكانت المنتهى غالبًا. (فتح القدير)

(٤) وعليه الفتوى.

(٥) أي وقت الحكم بالموت. (ب)

(٦) أي وقت الحكم بالموت. (ب)

(٧) قوله: "معتبر بالحقيقي" فلو ثبت موته حقيقة تعتد امرأته، وقسم ماله بين ورثته، فكذلك في الموت الحكمي. (ب)

(٨) أي من أقاربه وورثته.

(٩) قوله: "باستصحاب الحال" هو عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل، وهو يصلح عندنا حجة للدفع، لا للاستحقاق، فلهذا اعتبر المفقود حيا في مال غيره حتى لا يرث منه أحد، ولا يرث المفقود عن أحد، بل يوقف نصيبه من مال مورثه، فإن مضت المدة؛ أو علم موته يرد الموقوف لأجله إلى وارث مورثه الذي ورث من ماله. (ب)

(١٠) أي لا تصح الوصية بل توقف. (ع)

(١١) أي في مال المفقود. (ب)

به، يعطى أقل النصيبين، ويوقف الباقي وإن كان معه وارث يحجب به، لا يعطى أصلا. بيانه: رجل مات عن ابنتين وابنٍ مفقود، وابن ابن، وبنت ابن، والمال في يد الأجنبي، وتصادقوا على فقد الابن[١]، وطلبت الابنتان الميراث تُعطيان النصفَ؛ لأنه متيقن به[٢]، ويوقف النصف الآخر، ولا يُعطى ولد الابن؛ لأنهم يُحجبون بالمفقود، ولو كان حيًا، فلا يستحقون الميراثَ بالشك.

ولا ينزع من يد الأجنبي[٣] إلا إذا ظهرت منه خيانة[٤]، ونظير هذا[٥] الحملُ فإنه توقف له ميراث ابنٍ واحد على ما عليه الفتوى[٦]، ولو كان معه وارث آخر إن كان لا يسقط بحال[٧]، ولا يتغير بالحمل يُعطى كل نصيبه، وإن كان ممن تسقط بالحمل[٨] لا يعطى، وإن كان[٩] ممن يتغير به يعطى

(١) قوله: "تصادقوا [أي الورثة والأجنبي. عناية] على فقد الابن إلخ" إنما قيد به؛ لأن الأجنبي الذي في يده المال إذا قال: قد مات المفقود قبل أبيه، فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين؛ لأن إقرار ذي اليد في ما في يده معتبر، وقد أقر بأن ثلثي ما في يده لهما، فيجبر على تسليم ذلك إليهما. وقول أولاد الابن: أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذي اليد؛ لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئًا بهذا القول، ويوقف الباقي على يد ذي اليد، هذا إذا أقر من في يده المال. أما لو جحد أن يكون المال في يده، فأقامت البنتان البينة أن أباهم مات، وترك هذا المال ميراثًا لهما، ولأخيهما المفقود، فإن كان حيا، فهو الوارث معهما، وإن كان ميتا، فولده الوارث معهما، فإنه يدفع إلى البنتين النصف، ويوقف الباقي على يد عدل. وإنما قيد بقوله: المال في يد أجنبي؛ لأنه إذا كان في يد البنتين والمسألة بحالها، فإن القاضي لا ينبغي أن يحول المال من موضعه، ولا يقف منه شيئًا للمفقود. (عناية)

(٢) قوله: "متيقن به" لأنا لو قدرنا المفقود ميتًا كان نصيبهما الثلثين، ولو قدرناه حيًّا كان نصيبهما النصف، فالنصف متيقن، ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حال المفقود. (ب)

(٣) أي النصف الموقوف. (ب)

(٤) قوله: "إلا إذا ظهرت إلخ" فلا يترك مال الغير في يد خائن، ويوضع على يد عدل إلى أن يظهر المستحق. (ب)

(٥) أي نظير المفقود، الحمل في توقف النصف. (ب)

(٦) قوله: "على ما عليه الفتوى" احترز به عن ما روى عن أبي حنيفة أنه يوقف له ميراث أربعة بنين؛ لما قال شريك: رأيت بالكوفة لأبي إسماعيل أربعة بنين من بطن واحد، وعن محمد ميراث ثلاثة بنين، وفي أخرى نصيب ابنين وهو رواية عن أبي يوسف. (ف)

(٧) كالابن والجد. (ب)

(٨) كابن الابن والأخ.

الأقل للتيقن به، كما فى المفقود، وقد شرحناه فى "كفاية المنتهى" بأتمّ من هذا.

كتاب الشركة[١]

الشركة جائزة؛ لأنه ﷺ بُعث، والناس يتعاملون بها، فقررهم عليه*، قال[٢]: الشركة ضربان: شركة أملاك وشركة عقود، فشركة الأملاك العين يرثها رجلان ويشتريانها، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر إلا بإذنه، وكل واحد منهما فى نصيب صاحبه كالأجنبى.

وهذه الشركة[٣] يتحقق فى غير المذكور[٤] فى الكتاب[٥] كما إذا اتهب رجلان عينًا، أو ملكاها بالاستيلاء، أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما[٦]، أو بخلطهما خلطًا[٧] يمنع التمييز رأسًا، أو إلا بحرج[٨]،

---

(٩) قوله: "وإن كان إلخ" أى إن كان الوارث مما يتغير نصيبه بالحمل، ولكن لا تسقط كالأم والزوجة ونحوهما. (ب)

(١) قوله: "كتاب الشركة [بسكون الراء معروف. ف]" أورد الشركة عقيب المفقود لوجهين: كون مال أحدهما أمانة فى يد الآخر، كما أن مال المفقود أمانة فى يد الحاضر، وكون الاشتراك قد يتحقق فى مال المفقود، كما لو مات مورثه، وله وارث آخر، وهذه مناسبة خاصة، والأولى عامة فيهما، وفى الآبق واللقيط واللقطة وشرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فهم شركاء فى الثلث﴾، وهذا خاص بشركة العين. وأما السنة فما فى سنن أبى داود وابن ماجة والحاكم عن السائب أنه قال: كان رسول الله ﷺ شريكى فى الجاهلية، وفى سنن أبى داود والحاكم عن أبى هريرة مرفوعًا قال الله: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان خرجت».

ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتًا من هذه الأحاديث؛ إذ التوارث والتعامل من لدن رسول الله ﷺ وهلم جرًا متصل لا يحتاج فيه إلى إثبات حديث بعينه، ولهذا لم يزد المصنف على ادعاء التقرير. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٤ ص١٤٤. (نعيم)

(٢) أى القدورى.

(٣) ظاهر عبارة القدورى القصر على الشراء والإرث، فذكر المصنف أنه ليس كذلك. (ف)

(٤) أى الإرث والشراء. (ب)

(٥) أى مختصر القدورى.

(٦) قوله: "من غير صنع أحدهما" كما إذا اشتق الكيسان، فاختلط مالاهما. (ب)

(٧) كخلط الحنطة بالحنطة.

ويجوز بيع أحدهما نصيبَه من شريكه فى جميع الصور، ومن غير شريكه بغير إذنه إلا فى صورة الخلط والاختلاط، فإنه لا يجوز إلا بإذنه، وقد بينا الفرق[1] فى "كفاية المنتهى".

والضرب الثانى[2]: شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول، وهو أن يقول أحدهما: شاركتك فى كذا وكذا[3]، ويقول الآخر: قبلت، وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة[4]؛ ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما، فيتحقق حكمه[5] المطلوب منه.

ثم هى أربعة أوجه: مفاوضة وعنان وشركة الصنائع، وشركة الوجوه، فأما شركة المفاوضة: فهى أن يشترك الرجلان، فيتساويان فى مالهما وتصرفهما ودينهما؛ لأنها شركة عامة فى جميع التجارات يفوض كل واحدٍ منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق[6]؛ إذ هى من المساواة، قال قائلهم[7]:

لا يصلح الناس[8] فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذ جهالهم سادوا

---

(٨) كخلط الحنطة بالشعير.

(١) قوله: "وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى" الذى أشار إليه فى "الفوائد الظهيرية" هو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة، أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما، فبيع كل منهما نصيب نفسه شائعاً، ويجوز من الشريك والأجنبى. بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط؛ لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزاءها لأحدهما ليس للآخر فيهما شركة، فإذا باع من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشريك، فيتوقف على إذنه، بخلاف إذنه من الشريك لوجود القدرة على التسليم والتسلم. (فتح القدير)

(٢) هذا لفظ القدورى.

(٣) من التجارات والبقاليات. (ف)

(٤) قوله: "قابلا للوكالة [لان الشركة يتضمن الوكالة. ب]" احتراز عن الشركة فى الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد، فإن الملك فى هذه الصور يقع لمن باشر خاصة، لا على وجه الاشتراك. (عناية)

(٥) أى حكم عقد الشركة.

(٦) يعنى بغير قيد بشىء.

(٧) هو الأفوه والأودى.

(٨) قوله: "لا يصلح إلخ" بعد هذين البيتير

أى[1] متساوين، فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء، وذلك فى المال. والمراد به[2] ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه، وكذا فى التصرف؛ لأنه لو ملك أحدهما[3] تصرفًا لا يملك الآخر لفات التساوى، وكذلك[4] فى الدين لما نبين إن شاء الله تعالى.

وهذه الشركة[5] جائزة عندنا استحسانًا، وفى القياس لا تجوز، وهو قول الشافعى، وقال مالك[6]: لا أعرف ما المفاوضة.

وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس، والكفالة بمجهول، وكل ذلك[7] بانفراده فاسد[8]

إذا تـولى سراة النـاس أمـرهم　　نما على ذاك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده:

تهدى الأمور بأهل الرأى ما صلحت　　فإن تـولت فبالجهـال ينقـادوا

ومعنى البيت: إذا كان الناس متساوين لا كبير لهم، ولا سيد يرجعون إليه، فيتحقق المنازعة والفساد، والسراة جمع سرى وهو السيد، وجعله صاحب المفصل اسم جمع له، والسرى فعيل جمع فعلة بالتحريك، وأصله سروة. (ف)

(١) فسر المصنف به غرضًا. (ب)

(٢) قوله: "والمراد به" أى المراد بالمال الذى يصح الشركة فيه كالدراهم والدنانير والفلوس أيضًا على قولهما: لا ما لا تصلح الشركة فيه كالعروض والعقار. (ب)

(٣) قوله: "لأنه لو ملك إلخ" حتى لو ملك أحدهما تصرفًا لا يملكه الآخر لفات التساوى، بأن كان أحدهما صبيًا، أو ذميًا، أو عبدًا، فلا تصح المفاوضة. (ب)

(٤) أى يشترط المساواة.

(٥) أى شركة المفاوضة. (ب)

(٦) قوله: "وقال مالك إلخ" فى "الكافى": هذا منه تناقض؛ لأنه إذا لم يعرفها كيف يحكم بفسادها، وهذا ليس بشىء؛ لأن العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد، والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذى ذكرتموه، وما لا وجود له شرعًا، لا صحة له.

وحكى عن أصحاب مالك جواز المفاوضة، وهى أن يفوض كل إلى الآخر التصرف فى غيبته وحضوره غير أنه لا يشترط التساوى فى المال، وممن حكى عنه القول بجواز المفاوضة الشعبى وابن سيرين. (ف)

(٧) أى الوكالة بالمجهول، والكفالة بالمجهول. (ع)

(٨) قوله: "فاسد" ألا ترى أنه لو قال: وكلتك بالشراء، أو شراء الثوب لا تصح الوكالة، وكذا الكفالة بالمجهول لا تصح، وبالمعلوم تصح كما فى قوله: ما ذاب لك على فلان فعلى، فإن قيل: الوكالة العامة جائزة، كما إذا قال: وكلتك فى مالى اصنع ما شئت. أجيب بأن العموم ليس بمراد ههنا، فإنه لا يثبت الوكالة فى حق

وجه الاستحسان قوله ﷺ[1] : «فاوِضوا فإنه أعظم للبركة[2]»*، وكذا الناس[3] يعاملونها من غير نكير، وبه يترك القياس[4]، والجهالة متحملة تبعًا[5] كما فى المضاربة . ولا تنعقد[6] إلا بلفظة المفاوضة ؛ لبعد شرائطها عن علم العوام[7] حتى لو بينا[8] جميع ما يقتضيه يجوز ؛ لأن المعتبر هو المعنى. قال[9] : فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين، أو ذميين لتحقق التساوى، وإن كان أحدهما كتـ ـا، والآخر مجوسيًا يجوز أيضًا ؛ لما قلنا[10] . ولا يجوز بين الحر والمملوك، ولا بين الصبى والبالغ ؛ لانعدام المساواة ؛ لأن الحر البالغ يملك التصرفَ، والكفالةَ، والمملوك لا يملك واحدا منهما إلا بإذن المولى[11] ، والصبى لا يملك الكفالة، ولا يملك

شراء الطعام لأهله، فإذا لم يكن عامًا كان توكيلا بمجهول الجنس. (ب)

(١) قلت: غريب. (ت)

(٢) قوله: "فإنه أعظم للبركة" هذا الحديث لم يعرف فى كتب الحديث أصلا، وكذا ما ذكره بعضهم من قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «فإذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة»، وإنما أخرج ابن ماجة فى التجارات عن صهيب مرفوعاً: «ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمفاوضة واختلاط البر الشعير للبيت لا للبيع»، وفى بعض نسخ ابن ماجة المعارضة بدل المفاوضة. ورواه إبراهيم فى "كتاب غريب الحديث": وضبط المعارضة بالعين والراء والضاد، وفسرها ببيع عرض بعرض مثله. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٥ ص١٤٤. (نعيم)

(٣) قوله: "وكذا الناس إلخ" لو منع ظهور التعامل بها على الشروط الذى ذكرتم لأمكن. (ف)

(٤) لأن التعامل كالإجماع. (ف)

(٥) قوله: "الجهالة متحملة تبعًا" أى لغيرها وهى المساواة، هذا جواب عن وجه القياس بأن ما لا يثبت مقصودًا جاز أن يثبت تبعًا كالمضاربة جازت بالإجماع، وإن اشتملت على التوكيل بشراء شيء مجهول، وكذا صحت شركة العنان مع أنها تضمنت ذلك. (ك)

(٦) أى شركة المفاوضة.

(٧) قوله: "لبعد شرائطها عن علم العوام" لأن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكامها. (ب)

(٨) أى المتفاوضان. (ب)

(٩) أى القدورى. (ب)

(١٠) أى كتحقق التساوى؛ إذ الكفر ملة واحدة. (ف)

(١١) قوله: "إلا بإذن المولى" فإن قيل: لما أذن المولى يثبت التساوى قلنا: لا، فإنه لا تصح كفالة بإذن المولى

التصرف إلا بإذن الولى.

قال[١]: ولا بين المسلم والكافر، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوز للتساوى بينهما فى الوكالة والكفالة، ولا معتبر بزدياة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشَفْعَوى[٢] والحنفى، فإنها جائزة ويتفاوتان فى التصرف فى متروك التسمية[٣] إلا أنه يكره[٤]؛ لأن الذمى لا يهتدى إلى الجائز من العقود. ولهما أنه لا تساوى فى التصرف، فإن الذمى[٥] لو اشترى برأس المال خموراً، أو خنازيرَ صح، ولو اشتراها مسلم لا يصح. ولا يجوز بين العبدين، ولا بين الصبيين[٦]، ولا بين المكاتبين؛ لانعدام صحة الكفالة، وفى كل موضع[٧] لم تصح المفاوضة لفقد شرطها، ولا[٨] يشترط ذلك فى العنان، كان عنانًا لاستجماع شرائط العَنان؛ إذ هو[٩] قد يكون خاصًا[١٠]، وقد يكون عامًا.

قال[١١]: وتنعقد على الوكالة والكفالة[١٢]، أما الوكالة فلتحقق

إذا كان عليه دين. (ك)

(١) أى القدورى. (ب)

(٢) هذه النسبة من أغلاط العوام، والصحيح الشافعى، كذا قال العينى فى "البناية".

(٣) أى عامداً، فإن الشافعى يعتقده حلالاً دون الحنفى. (ب)

(٤) أى عقد الشركة بين المسلم والكافر. (ف)

(٥) قوله: "فإن الذمى إلخ" وأما الشافعى والحنفى: والمساواة بينهما ثابتة؛ لأن الدليل على كونه ليس مالا متقوماً قائم، وولاية الإلزام بالمحاجة ثابتة لاتحاد الملة. (ف)

(٦) وإن أذن لهما أبوهما. (ع)

(٧) قوله: "وفى كل موضع إلخ" ذلك كما لو عقد بالغ وصبى، أو حر وعبد، أو مكاتب، أو شرط عدم الكفالة تصير عنانًا، وإن عمما التصرف والمال، أو تساويا فيه؛ لأن العنان قد يكون عامًا، كما يكون خاصًا، بخلاف المفاوضة، فإنها تكون عامة. (ف)

(٨) الواو حالية. (ب)

(٩) أى شركة العنان. (ب)

(١٠) وفى نسخة: خالصًا.

(١١) أى القدورى. (ب)

المقصود، وهو الشركة في المال على ما بيناه[١]، وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات، وهو توجه المطالبة[٢] نحوهما جميعًا. قال[٣]: وما يشتريه كل واحد منهما تكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم[٤]، وكذا كسوته، وكذا الإدَام؛ لأن مقتضى العقد المساواة، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف، وكان شراء أحدهما كشراءهما إلا ما استثناه في الكتاب[٥]، وهو استحسان؛ لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة[٦]، فإن الحاجة الراتبة[٧] معلومة الوقوع، ولا يمكن إيجابه على صاحبه، ولا الصرف من ماله، ولا بد من الشراء، فيختص به ضرورةً، والقياس أن يكون على الشركة؛ لما بيناه[٨].

وللبائع أن يأخذ[٩] بالثمن أيّهماشاء المشتري بالأصالة، وصاحبَه بالكفالة، ويرجع الكفيل[١٠] على المشتري بحصته بما أدى؛ لأنه قضى دينا عليه من مالٍ مشترك بينهما.

قال: وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه

---

(١٢) قوله: "وتنعقد إلخ" يعني أن كل واحد من المشتركين يكون فيهما باشر وكيلا عن الآخر، وكفيلاعنه. (ب)

(١) قوله: "على ما بيناه" يريد به قوله: ليكون ما يستفاد به على الشركة. (ف)

(٢) بسبب ما هو من أفعالهما. (ب)

(٣) أي القدوري. (ب)

(٤) قوله: "الإطعام أهله وكسوتهم" فإنه يختص به، ومع ذلك يكون الآخر كفيلا عنه حتى كان للبائع الطعام والكسوة، ولعياله أن يطالب به الآخر. (ف)

(٥) أي مختصر القدوري. (ب)

(٦) قوله: "للضرورة" لأن كل واحد منهما حين تشارك تشارك، وصاحبه عالم بحاجته إلى ذلك، ومعلوم أن كل واحد منها لم يقصد بعقد المفاوضة أن تكون نفقته، ونفقة عياله على شريكه. (ب)

(٧) أي الدائمة. (ب)

(٨) من أن مقتضى العقد المساواة. (ف)

(٩) أي يطالب. (ب)

(١٠) يعني من مال الشركة. (ب)

الاشتراك، فالآخر ضامن له تحقيقًا للمساواة(١)، فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار(٢)، ومن القسم الآخر الجناية(٣) والنكاحُ والخلعُ والصلح عن دم العمد، وعن النفقة.

قال(٤): ولو كفل أحدهما(٥) بمالٍ عن أجنبي لزم صاحبه(٦) عند أبي حنيفة. وقالا: لا يلزمه؛ لأنه(٧) تبرع(٨)، ولهذا(٩) لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب(١٠)، ولو صدر(١١) من المريض(١٢) يصح من الثلث، وصار كالإقراض(١٣) والكفالة بالنفس(١٤).

---

(١) التي يقتضيها عقد المفاوضة. (ب)

(٢) قوله: "الشراء والبيع والاستئجار" أما صورة البيع والشراء فظاهرة، لكن يجب في البيع الصحيح الثمن، وفي الفاسد القيمة، وصورة الاستئجار أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيرا في تجارتهما، أو دابة، أو شيئًا من الأشياء، فللمؤجر أن يأخذ بالأجر أيهما شاء؛ لأن الإجارة من عقود التجارة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه من التجارة. (ب)

(٣) قوله: "الجناية إلخ" فلو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها أرش مقدر، واستحلفه فحلف، ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك، ولا خصومة له مع شريكه، وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد، والصلح عن النفقة، إذا دعاه على أحدهما، وحلفه ليس له أن يحلف الآخر؛ لأنها ليست من أمور التجارة. صورة الخلع ما إذا كانت المرأة فاوضت، ثم خالعت مع زوجها، فما لزم عليها من بدل الخلع، لا يلزم لشريكها، وكذلك لو أقرت ببدل الخلع. (ع)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير".

(٥) أي أحد المفاوضين.

(٦) قوله: "لزم صاحبه" قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا كفل بإذنه، وإن كفل بغير إذنه ينبغي أن لا يجب عليه شيء في قولهم جميعًا، وفي "شرح الطحاوي": إن كانت الكفالة بالنفس لا يؤاخذ به إجماعًا. (ب)

(٧) أي عقد الكفالة.

(٨) وفي نسخة: متبرع.

(٩) أي لكون عقد الكفالة تبرّعًا. (ب)

(١٠) لأنهم ليسوا من أهل التبرّع. (ب)

(١١) قوله: "ولو صدر إلخ" إنما اقتصر على صدور عقد الكفالة من المريض؛ لأن المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال إجماعًا؛ لأن الإقرار بها يلاقي حال بقاءها، وفي حال البقاء الكفالة معاوضة. (ف)

(١٢) أي في مرض الموت. (ف)

(١٣) قوله: "وصار كالإقراض" قال في "الإيضاح": في الإقراض اختلاف، فإنه لو أقرض أحدهما مالا،

ولأبى حنيفة أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء؛ لأنه يستوجب الضمان بما يؤدى[١] على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره[٢]، فبالنظر إلى البقاء[٣] تتضمنه المفاوضة، وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره[٤]، وتصح من الثلث من المريض، بخلاف الكفالة بالنفس؛ لأنها تبرع[٥] ابتداء وانتهاء. وأما الإقراض فعن أبى حنيفة أنه يلزم صاحبه[٦]، ولو سلم[٧] فهو إعارة، فيكون لمثلها حكم عينها، لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل، فلا يتحقق معاوضة، ولو[٨] كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبَه فى الصحيح[٩] لانعدام معنى المفاوضة، ومطلق الجواب فى "الكتاب"[١٠] محمول على المقيد، وضمان الغصب[١١] والاستهلاك بمنزلة

وأعطاه رجلا، وأخذ منه سفتجة جاز عليهما، ولا يضمن عند محمد، وفى قول أبى يوسف: لا يجوز. (ب)

(١٤) فإنه لا يؤاخذ بها الآخر.

(١) أى الكفيل.

(٢) أى المكفول عنه. (ب)

(٣) قوله: "فبالنظر إلى البقاء" يعنى وحاجتنا ههنا إلى البقاء؛ إذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة، فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر، وهذا هو حالة البقاء، بخلاف الصبى وغيره؛ لأن كلامنا ثم فى الابتداء بأنه هل يلزمه أم لا، فاعتبرنا جهة التبرع فيه، ولم نعتبر ههنا. (عناية)

(٤) قوله: "ممن ذكره [وهو الصبى والعبد المأذون إلخ. عناية]" أى محمد فى "الجامع الصغير" فإن المسألة من مسائله، وأفرد الضمير بهذا الاعتبار، وإن كان معه أبو يوسف أيضاً. (ب)

(٥) إذ لا يستوجب الكفيل من المكفول شيئًا عنه. (ب)

(٦) رواه الحسن عنه.

(٧) قوله: "ولو سلم إلخ" جواب بطريق التسليم يعنى ولو سلمنا أن الإقراض لا يلزم صاحبه عنده، فهو إعارة، لا معاوضة بدليل جوازه؛ إذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة فى الأموال الربوية، فإذا كان كذلك، فيكون لمثلها حكم عين ما أقرضه، لا حكم البدل كما فى الإعارة الحقيقية، ولذلك لا يصح فيه الأجل أى لا يلزم؛ لأن تأجيل الإقراض والعارية جائز، ولكنه لا يلزمه. (ب)

(٨) متصل بقوله: إذا كانت الكفالة بأمره. (ع)

(٩) قوله: "فى الصحيح" يشير إلى خلاف المشايخ، وما ذكره المصنف مختار أبى الليث، وحمل مطلق جواز "الجامع الصغير" عليه، وعامة المشايخ جوزوا على الإطلاق، ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أولا. (ف)

(١٠) أى "الجامع الصغير".

(١١) قوله: "وضمان الغصب إلخ" لا وجه لتخصيص أبى حنيفة بالذكر، فإن فى ضمان الغصب

الكفالة عند أبي حنيفة؛ لأنه معاوضة انتهاء.

قال[١]: فإن ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة، أو وُهب له[٢]، ووصل إلى يده بطلت المفاوضة، وصارت عنانًا؛ لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال؛ إذ هي شرط فيه[٣] ابتداء وبقاء، وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه؛ لانعدام السبب[٤] في حقه إلا أنها تنقلب عنانًا للإمكان، فإن المساواة ليس بشرط فيه[٥]، ولدوامه[٦] حكم الابتداء لكونه غير لازم. فإن ورث أحدهما عرضًا، فهو له، ولا تفسد المفاوضة، وكذا العقار[٧]؛ لأنه لا تصح فيه الشركة، فلا يشترط المساواة فيه.

فصل[٨]

ولا تنعقد الشركة[٩] إلا بالدراهم والدنانير والفُلوس النافقة[١٠]، وقال مالك: يجوز بالعروض والمكيل والموزون إذا كان الجنس واحدًا؛ لأنها[١١]

والاستهلاك محمد معه في أنه يلزم شريكه، وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والإقرار.

(١) أي محمد في "الجامع الصغير".

(٢) وكذا إذا تصدق به عليه. (ف)

(٣) أي عقد المفاوضة.

(٤) أي سبب الشركة. (ب)

(٥) أي العنان.

(٦) قوله: "ولدوامه إلخ" أي ولدوام العنان حكم الابتداء لكونه عقدًا غير لازم، فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبر القاضي على ذلك، فصار كالوكالة المفردة، وصار كأنهما إنشاء الشركة في الحال، ولا مساواة بينهما، فيكون عنانًا. (ب)

(٧) قوله: "وكذا العقار" أي لا تفسد المعاوضة إذا ورث أحدهما عقارًا، ولا يكون في الشركة. (ب)

(٨) قوله: "فصل" لما ذكر اشتراط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتاج إلى بيان ما يصح به، فقال: لا تنعقد الشركة اهـ، يعني لا تنعقد المفاوضة إذا ذكر فيها المال إلا بذلك، وإنما قلنا كذلك؛ لأنه ذكر في "المبسوط" أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل. (ف)

(٩) قوله: "ولا تنعقد الشركة" المراد به شركة المفاوضة؛ لأنه شرع فيه بعد بيان المفاوضة، وكذا بدأ بعد هذا ببيان شركة العنان بقوله: أما شركة العنان إلخ. (نهاية)

(١٠) أي الرابحة وغير الرابحة من العروض.

(١١) أي شركة المفاوضة.

ج4 26 B

عقدت على رأس مالٍ معلوم، فأشبه النقود، بخلاف المضاربة[١]؛ لأن القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن، فيقتصر على مورد الشرع.

ولنا أنه يؤدى[٢] إلى ربح ما لم يضمن؛ لأنه إذا باع كُل واحد منهما[٣] رأسَ ماله، وتفاضل[٤] الثمنان، فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربح ما لم يملك، وما لم يضمن. بخلاف الدراهم والدنانير؛ لأن ثمن ما يشتريه فى ذمته؛ إذ هى لا تتعين، فكان ربح ما ضمن، ولأن[٥] أوْلَ التصرف فى العروض البيعُ، وفى النقود الشراء، وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا فى ثمنه لا يجوز[٦]، وشراء أحدهما شيئًا بماله على أن يكون المبيع بينه، و بين غيره جائز[٧]، وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج الأثمان، فأُلحقت بها.

---

(١) قوله: "بخلاف المضاربة اهـ" يعنى المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير؛ لأن القياس يمنع جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن، فإن المال ليس مضمونًا بالمضاربة، بل هو أمانة فى يده، فكان ما حصل من الربح ربح ما لم يضمن، فلا يستحقه رب المال؛ لأنه لم يعمل، فلا يصح إلا ما ورد الشرع به، وهو الدراهم والدنانير، وأما فى الشركة فإن كل واحد من الشريكين يعمل فى ذلك المال، فيستوى فيه العروض والنقود. (ب)

(٢) قوله: "ولنا أنه [أى عقد الشركة بالعروض. ب] إلخ" بيانه أن الرجلين إذا عقدا الشركة فى العروض، ثم باع أحدهما رأس ماله بأضعاف قيمته، وباع الآخر بمثل قيمته، وصحت الشركة كانا شريكين فى الربح الذى حصل فى بيع أحدهما، فيأخذ الذى باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه، فيكون ذلك ربح ما لم يضمن، بخلاف الدراهم والدنانير؛ لأن ما يشترى كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق البيع به، بل يثبت وجوب الثمن فى الذمة؛ إذ الأثمان لا تتعين فيه، وحينئذٍ فكان الثمن، والربح الحاصل بينهما ضرورة، فكان الربح ربح ما ضمن. (عناية)

(٣) أى من الشريكين.

(٤) أى فضل أحدهما على الآخر. (عناية)

(٥) دليل آخر. (عناية)

(٦) قوله: "لا يجوز" لأن الشركة تقتضى الوكالة والتوكيل على الوجه الذى يتضمن الشركة لا يجوز فى العروض. (بناية للعينى رحمه الله تعالى)

(٧) قوله: "جائز" ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أمينًا، فإذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن، فلا يجوز، فأما الوكيل بالشراء: فهو ضامن للثمن فى ذمته، فإذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن. (نهاية)

قالوا[(١)] : هذا قول محمد[(٢)] ؛ لأنها ملحقة بالنقود عنده، حتى لا تتعين[(٣)] بالتعيين، ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها[(٤)] على ما عرف.

أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تتبدل ساعة[(٥)] فساعة، وتصير سِلْعًا[(٦)]. ويروى عن أبي يوسف مثل قول محمد، والأول أقيس[(٧)] وأظهر، وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها.

قال[(٨)] : لا يجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر[(٩)] والنقرة، فتصح الشركة بهما، هكذا ذكر في الكتاب[(١٠)].

وفي "الجامع الصغير" : ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده[(١١)] التبر، فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين، فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات. وذكر في كتاب الصرف[(١٢)] أن النقرة

---

(١) أي المتأخرون. (ف)

(٢) قوله: "قول محمد" أي الذي ذكره القدوري من جواز الشركة بالفلوس. (بناية)

(٣) كالدراهم والدنانير.

(٤) قوله: "بأعيانها" قيد به لتظهر ثمرة الخلاف؛ لأنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز اتفاقا، فعندهما لوجود النسيئة في الجنس الواحد، وعند محمد لهذا، ولمعنى الثمنية، وأما إذا كانت بأعيانها، فعندهما يجوز، وعند محمد لا يجوز. (ك)

(٥) قوله: "تتبدل [فإنها باصطلاح الناس، لا بالخلقة. ف] ساعة" لا يخفى أن هذا إنما هو في الملاحظة، أما في الخارج فهي ثمن مستمر، ولهذا قال الإسبيجابي: الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز عند الكل. (فتح القدير)

(٦) أي متاعا.

(٧) قوله: "والأول [يعني كون أبي يوسف مع أبي حنيفة. ع] أقيس" أي أشبه وأظهر؛ لأن أبا يوسف جوز بيع الفلسين بواحد إذا كانا عينين كأبي حنيفة، وجعل الفلوس كالعروض، فلما كان مذهبه في مسألة البيع، مذهب أبي حنيفة كان مذهبه في مسألة الشركة أيضا كذلك؛ لأن العروض لا تصلح للشركة. (بناية)

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) قوله: "بالتبر" التبر غير المصنوع، النقرة القطعة المذابة. (ف)

(١٠) أي في "مختصر القدوري". (ب)

(١١) أي محمد. (ب)

(١٢) من "الجامع الصغير". (ب)

لا تتعين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما، وهذا(١) لما عرف أنهما خلقا ثمنين فى الأصل إلا أن الأول(٢) أصح؛ لأنها وإن خُلقت للتجارة فى الأصل، لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص؛ لأن عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهراً إلا(٣) أن يجرى التعامل باستعمالهما ثمنًا، فينزل التعامل بمنزلة الضرب، فيكون ثمنًا، ويصلح رأس المال، ثم قوله(٤): ولا تجوز بما سوى ذلك، يتناول المكيل والموزون والعددى المتقارب. ولا خلاف فيه(٥) بيننا قبل الخلط، ولكل واحد منهما(٦) ربح متاعه، وعليه وضيعته(٧)، وإن خلطا ثم اشتركا، فكذلك فى قولِ أبى يوسف، والشركةُ(٨) شركة ملكٍ لا شركة عقد. وعند محمد تصح شركة العقد، وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى فى المالين(٩)، واشتراط التفاضل فى الربح، فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف؛ لأنه(١٠) يتعين بالتعيين بعد الخلط، كما يتعين قبله.

ولمحمد أنها(١١) ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينًا فى الذمة، ومبيع

(١) إشارة إلى أن النقرة لا تتعين. (ب)

(٢) أى رواية "الجامع الصغير". (عناية)

(٣) استثناء من قوله: أصح.

(٤) أى القدورى. (ب)

(٥) أى فى عدم جواز الشركة فيه بين أصحابنا.

(٦) أى من الشريكين.

(٧) قوله: "وعليه وضيعته [أى خسرانه]" الوضيعة خسارة التاجر يقال منه مبنيًا للمفعول وضع التاجر أى خسر. (ف)

(٨) كشركة سائر الأعيان.

(٩) فعند أبى يوسف: لا يصح، وعند محمد: يلزم. (ف)

(١٠) قوله: "لأنه" أى كل واحد من المكيل والموزون والعددى المتقارب يتعين بالخلط، كما يتعين قبله، وشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين كى لا يلزم ربح ما لم يضمن. (ب)

(١١) أى المكيل والموزون والعددى المتقارب.

من حيث إنه يتعين بالتعيين، فعملنا بالشبهين[١] بالإضافة إلى الحالين[٢] بخلاف العروض؛ لأنها ليست ثمنًا بحال[٣]، ولو اختلفا جنسًا كالحنطة والشعير والزيت والسمن، فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق.

والفرق لمحمد[٤] أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال[٥]، ومن جنسين من ذوات القيم[٦]، فتتمكن الجهالة[٧] كما في العروض، وإذا لم تصح الشركة، فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء[٨].

قال[٩]: وإذا أراد الشركة بالعروض[١٠] باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر، ثم عقدا الشركة، قال[١١]: وهذه شركة ملك[١٢]؛ لما

---

(١) أي شبه العرض والثمن.

(٢) قوله: "إلى الحالين" أي حالة الخلط، وقبله فأشبهتا بالعروض لا تجوز الشركة بها قبل الخلط، ولشبهها بالأثمان يجوز بعد الخلط. (بناية للعيني رحمه الله تعالى)

اللّهم اغفر لكاتبه ولمن سعى فيه ولوالديهم أجمعين، آمين يا رب العالمين

(٣) فلم تجز الشركة بعد الخلط أيضًا فيها. (ف)

(٤) قوله: "والفرق لمحمد" أي بين العقد بعد صحة الخلط في متفقي الجنس حيث يجوز، والمختلفين حيث لا يجوز. (ف)

(٥) قوله: "من ذوات الأمثال [حتى يضمن متلفه مثله. ف]" فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل، فتزول الجهالة. (عناية)

(٦) حتى يضمن متلفه قيمته. (ك)

(٧) قوله: "فتمكن الجهالة" لأنه لا يمكن أن يصل كل واحد منهما إلى عين حقه من رأس المال وقت القسمة. (ف)

(٨) قوله: "قد بيناه في كتاب القضاء" قال الإنزاري: فيه نظر؛ لأن صاحب "الهداية" لم يذكر هذا الحكم في كتاب القضاء، بل ذكره في كتاب الوديعة، وإنما ذكر حكم الخلط في كتاب القضاء في "شرح الجامع الصغير"، والله أعلم بصحة ما قال إلا أنه قيل أنه بينه في "كفاية المنتهى"، فله وجه إن صح ذلك. (ب)

(٩) أي القدوري.

(١٠) قوله: "وإذا أراد إلخ" لما كان جواز عقد الشركة منحصرًا في الدراهم والدنانير والفلوس النافقة، وفي ذلك تضييق على الناس، ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض، فقال: وإذا أراد الشركة إلخ، فإنه إذا باع كل منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف كل واحد منهما مضمونًا على الآخر بالثمن، فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون، فيكون العقد صحيحًا. (ع)

(١١) أي المصنف.

بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة.

وتأويله[١] إذا كان قيمة متاعهما على السواء، ولو كانت[٢] بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة.

قال[٣]: وأما شركة العنان[٤] فتنعقد على الوكالة دون الكفالة، وهي أن يشترك اثنان في نوع بزٍّ[٥] أو طعام، أو يشتركان في عموم التجارات، ولا يذكران الكفالة، وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه[٦].

ولا تنعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق[٧] من الإعراض يقال: عَنَّ له أي عرض، وهذا لا ينبئ عن الكفالة، وحكم التصرف لا يثبت، بخلاف مقتضى اللفظ[٨]. ويصح التفاضل في المال لحاجةٍ إليه، وليس من قضية اللفظ المساواة[٩]، ويصح أن يتساويا في المال، ويتفاضلا في الربح، وقال زفر والشافعي: لا يجوز؛ لأن التفاضل فيه يؤدّي إلى ربح ما لم

---

(١٢) قوله: "وهذه شركة ملك" قال في "الكافي": هذا مشكل؛ لأن ذلك يحصل بمجرد البيع من دون حاجة إلى قوله: ثم عقدا الشركة إلا أن يقال: أراد بقوله: الشركة شركة ملك. وفيه بعد؛ لأن ظاهر كلام القدوري أنه شركة العقد، لا شركة الملك. وقال الكاكي: قال شيخي العلامة: عدم جواز الشركة في العروض مبني على معنيين: أحدهما: ربح ما لم يضمن، وثانيهما: حرمان رأس ماله، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر، ثم عقد الشركة، فقال القدوري: يجوز. واختاره شيخ الإسلام والمزني؛ لأن رأس المال صار معلوماً، وأما المصنف فاختار عدم الجواز، فقال: وهذه شركة ملك. (ب)

(١) أي ما ذكره القدوري ههنا. (ب)

(٢) قوله: "ولو كانت إلخ" صورته: ما إذا كانت قيمة عروض أحدهما أربع مائة درهم مثلا، وقيمة عرض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عوض الآخر، فيصير المتاع أخماساً، والربح على قدر رأس مالهما. (عناية)

(٣) أي القدوري. (ب)

(٤) العنان بكسر العين والفتح. (در مختار)

(٥) بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاء المعجمة متاع البيت من الثياب.

(٦) أي في ما مضى في أول الكتاب من قوله: وشرطه أن يكون التصرف إلخ. (ب)

(٧) قوله: "مشتق" أي من حيث المعنى، لا من جهة اللفظ، وقيل: هو مأخوذ من عنان الفرس. (ب)

(٨) ولفظ العنان لا يقتضيه.

(٩) بخلاف لفظ المفاوضة، فإنه يقتضيها.

يضمن[١]، فإن المال إذا كان نصفين، والربح أثلاثا، فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان؛ إذ الضمان بقدر رأس المال[٢]، ولأن الشركة عندهما[٣] في الربح لشركةٍ في الأصل، ولهذا يشترطان الخلط[٤]، فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان، فيستحق بقدر الملك في الأصل.

ولنا قوله ﷺ[٥]: «الربح[٦] على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين»، ولم يفصّل[٧]؛ لأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل، كما في المضاربة[٨]، وقد يكون أحدهما[٩] أحذقَ وأهدى، أو أكثر عملا وأقوى، فلا يرضى[١٠] بالمساواة، فمست الحاجة إلى التفاضل.

بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما[١١]؛ لأنه يَخرُج العقد به من

---

(١) وهو لا يجوز كما مر.

(٢) ولهذا يصح شرط الوضيعة على هذا الوجه. (ب)

(٣) أي عند الشافعي وزفر. (ب)

(٤) حتى لو لم يختلطا لم يثبت الشركة. (ب)

(٥) قوله: "ولنا قوله إلخ" قلت: هذا غريب جدا ليس له أصل، ويروى في كتب الأصحاب عن علي رضي الله عنه. (ت)

(٦) قوله: "الربح" الفرق بين الربح والوضيعة أن الربح يجوز استحقاقه بالعمل بدون المال، كما في المضاربة، فبالعمل بالمال أولى. وأما الوضيعة، فهلاك جزء من المال، وكل واحد منهما أمين في ما في يده من مال صاحبه، واشتراط الضمان على الأمين باطل، ألا ترى أنه لا يجوز اشتراط الوضيعة على المضارب. (كفاية)

(٧) أي بين التساوي والتفاضل. (ب)

(٨) قوله: "كما في المضاربة" إن قيل: في المضاربة لو شرط العمل على رب المال يفسد العقود، وههنا لا ينسد، فكيف جواز إلحاقها بالمضاربة.
قلنا: المضاربة أمانة، وتمام الأمانة موقوف على التخلية، فإذا شرط على رب المال تفوت التخلية، أما ههنا فكل واحد كالأجير في مال الآخر، فشرطه على رب المال لا يبطل العقد. (ب)

(٩) أي أحد الشريكين.

(١٠) بالنسبة إلى صاحبه.

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" جواب عما يقال: إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز، فكذا إذا شرط الفضل، ووجه الجواب أن شرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة، والمضاربة إلى قرض، أو بضاعة، فإنه إن شرط الجميع للعامل، صار قرضا، وإن شرط لرب المال، صار بضاعة، وهذا العقد لا يجوز أن يخرج

الشركة، ومن المضاربة أيضًا إلى قرضٍ باشتراطه للعامل، أو إلى بضاعةٍ باشتراطه لرب المال، وهذا العقد[١] يشبه المضاربةَ من حيث إنه يعمل فى مال الشريك، ويشبه الشركة[٢] اسمًا وعملا، فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة، وقلنا: يصح اشتراط الربح من غير ضمان[٣]، وبشبهِ الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما.

قال[٤]: ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض[٥]؛ لأن المساواة فى المال ليس بشرط فيه؛ إذ اللفظ[٦] لا يقتضيه، ولا يصح إلا بما بينا[٧] أن المفاوضة تصح به للوجه الذى ذكرناه.

ويجوز[٨] أن يشتركا، ومن جهة أحدهما دنانير، ومن الآخر دراهم، وكذا من أحدهما دراهم بيض، ومن الآخر سود. وقال زفر والشافعى: لا يجوز، وهذا[٩] بناء على اشتراط الخلط وعدمه، فإن عندهما شرط، ولا يتحقق ذلك فى مختلفى الجنس، وسنبينه[١٠] من بعد، إن شاء الله تعالى.

إليهما. (عناية)

(١) قوله: "وهذا العقد إلخ" جواب لقول زفر والشافعى: إن التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال يؤدى إلى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم. (ب)

(٢) قوله: "ويشبه الشركة" أى شركة المفاوضة من حيث الاسم؛ لأن كل واحد من العنان، والمفاوضة يسمى شركة، ومن حيث العمل، فإنهما يعملان فى نصيب صاحبه. (ب)

(٣) قوله: "من غير ضمان" فإن اشتراط زيادة الربح موجودة فى المضاربة، وهو جائز بالإجماع. (ع)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (ب)

(٥) قوله: "دون البعض" بأن يكون مال آخر مما يجوز عليه الشركة سوى المال الذى اشتركا فيه. (ب)

(٦) أى لفظ العنان.

(٧) قوله: "إلا بما بينا أن المفاوضة تصح به" أى عند قوله: ولا ينعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة، ولا يصح بالعروض للوجه الذى ذكرناه يعنى ما ذكره فى أول هذا الفصل أنه يؤدى إلى ربح ما لم يضمن. (ب)

(٨) هذا لفظ القدورى. (ب)

(٩) أى هذا الاختلاف.

(١٠) عند قوله: ويجوز الشركة وإن لم يخلط. (ب)

قال[١] : وما اشتراه كل واحد منهما الشركة طولب بثمنه دون الآخر ؛ لما بينا أنه[٢] يتضمن الوكالة دون الكفالة ، والوكيل هو الأصل[٣] في الحقوق. قال[٤] : ثم يرجع على شريكه بحصته منه ، معناه إذا أدى من مال نفسه ؛ لأنه وكيل من جهته في حصته ، فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه ، فإن كان لا يُعرف[٥] ذلك إلا بقوله[٦] فعليه الحجة[٧] ؛ لأنه يدعى وجوب المال في ذمة الآخر ، وهو ينكر ، والقول للمنكر مع يمينه.

قال[٨] : وإذا هلك مال الشركة ، أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيئًا ، بطلت الشركة[٩] ؛ لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال ، فإنه يتعين فيه[١٠] ، كما في الهبة والوصية ، وبهلاك المعقود عليه ، يبطل العقد ، كما في البيع[١١] ، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة[١٢] ؛ لأنه[١٣] لا يتعين الثمنان فيهما[١٤] بالتعيين ، وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف[١٥] .

(١) أي القدوري. (ب)

(٢) أي عقد العنان.

(٣) أي هو المطالب في الحقوق.

(٤) أي القدوري. (ب)

(٥) قوله: "لا يعرف" بأن قال: اشتريت عبدًا، ونقدت الثمن من مالي، ومات العبد، فهذا لا يعرف إلا بقوله. (ك)

(٦) فإن عجز عن ذلك، فالقول لصاحبه. (ع)

(٧) أي إقامة البينة. (ب)

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) قوله: "بطلت الشركة" وكذا إذا هلك مال أحدهما قبل الخلط، فأما بعد الخلط حيث يهلك منهما لعدم التمييز. (ف)

(١٠) أي في عقد الشركة، وإن كان لا يتعين في سائر المعاوضات. (ب)

(١١) أي كما يبطل في البيع؛ لأن ركنه هو المال. (ب)

(١٢) قوله: "والوكالة المفردة" احترز به عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة، وفي ضمن عقد الرهن؛ لأن المعقود يتعين فيهما. (ب)

(١٣) الشأن.

(١٤) أي المضاربة والوكالة المفردة. (ب)

وهذا ظاهر[(١)] فيما إذا هلك المالان، وكذا إذا هلك أحدهما[(٢)]؛ لأنه ما رضى بشركة صاحبه فى ماله إلا ليشركه فى ماله، فإذا فات ذلك لم يكن راضيًا بشركته، فيبطل العقد؛ لعدم فائدته، وأيهما[(٣)] هلك من مال صاحبه إن هلك فى يده فظاهر. وكذا إذا كان[(٤)] هلك فى يد الآخر؛ لأنه أمانة فى يده[(٥)]، بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة؛ لأنه لا يتميز[(٦)]، فيجعل الهلاك من المالين.

وإن اشترى أحدهما بماله، وهلك مال الآخر قبل الشراء، فالمشترى[(٧)] بينهما على ما شرطا؛ لأن الملكَ حين وقع، وقع مشتركًا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء[(٨)]، فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك، ثم الشركة[(٩)] شركة عقد عند محمد، خلافًا للحسن بن زياد[(١٠)] حتى إن أيهما باع جاز بيعه[(١١)]؛ لأن الشركة قد تمت فى المشترى، فلا ينتقض بهلاك المال

---

(١٥) قوله: "على ما عرف" حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال فى ذمته، كان مشتريًا لموكله، ولو هلك المال بعد الشراء، يرجع عليه بمثله، أما لو هلك قبل الشراء، فإنما يبطل العقد؛ لأن الموكل لم يرضَ بكون الثمن دينا فى ذمته. (ف)

(١) أى بطلان الشركة. (ب)

(٢) أى الشريك الذى لم يهلك ماله. (ف)

(٣) أى المالين.

(٤) أى الهلاك.

(٥) ولا ضمان على الأمين. (ب)

(٦) فإنه إذا خلط لم يتميز مال أحدهما عن الآخر.

(٧) بصيغة اسم المفعول.

(٨) لأن الهلاك لم يقع قبله. (ف)

(٩) الواقعة فى هذا المشترى بعد هلاك المال. (ب)

(١٠) قوله: "خلافًا للحسن بن زياد" فإنها شركة ملك عنده حتى لا ينفذ بيع أحدهما إلا فى نصيبه، ووجهه أن شركة العقد بطلت بهلاك المال، فصار كما لو هلك قبل الشراء، ولم يبقَ إلا حكم الشراء، فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه. (ف)

(١١) عند محمد. (ب)

بعد تمامها[١].

قال[٢]: ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه[٣]؛ لأنه اشترى نصفه بوكالته، ونَقَدَ الثمن من مال نفسه، وقد بيناه[٤] هذا إذا اشترى أحدُهما بأحد المالين أولا، ثم هلك مال الآخر، أما إذا هلك مال أحدهما[٥]، ثم اشترى الآخر بمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة، فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا؛ لأن الشركة إن بطلت، فالوكالة المصرح بها قائمة[٦]، فكان مشتركًا بحكم الوكالة، ويكون شركةَ ملكٍ[٧]، ويرجع على شريكه[٨] بحصته من الثمن لما بيناه[٩]. وإن ذكرا مجرد الشركة، ولم ينصا على الوكالة فيها، كان المشترى للذى اشتراه خاصة؛ لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة، فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها[١٠]، بخلاف ما إذا صرح بالوكالة؛ لأنها مقصودة.

قال[١١]: ويجوز الشركة، وإن لم يخلطا المال[١٢]، وقال زفر والشافعي: لا يجوز؛ لأن الربح فرع المال، ولا يقع الفرع على الشركة إلا

(١) كما لو كان الشراء بمالين. (ف)

(٢) أي القدوري. (ب)

(٣) قوله: "بحصة من ثمنه" لأنه اشترى نصفه وهو حصة الشريك لوكالته، ونقد الثمن من مال نفسه، والوكيل إذا قضى الثمن من مال نفسه، يرجع على الموكل. (ب)

(٤) أي عند قوله: إذا أدى من مال نفسه. (ب)

(٥) أي قبل شراء الآخر.

(٦) لكونها مقصودة. (ك)

(٧) قوله: "ويكون شركة ملك" حتى لا يملك أحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر. (ك)

(٨) لأنه اشترى بعضه بحكم الوكالة. (ك)

(٩) إشارة إلى قوله: لأنه وكيل من جهته. (ب)

(١٠) إذ لا بقاء لما يثبت ضمنًا بعد فوات المتضمن. (ك)

(١١) أي القدوري. (ب)

(١٢) وبه قال أحمد ومالك: إلا أن مالكا شرط أن يكون في أيديهما. (ب)

بعد الشركة فى الأصل، وإنه بالخلط[(١)]، وهذا[(٢)] لأن المحل هو المال، ولهذا يُضاف إليه[(٣)]، ويشترط تعيين رأس المال[(٤)]، بخلاف المضاربة[(٥)]؛ لأنها ليست بشركة، وإنما هو[(٦)] يعمل لرب المال، فيستحق الربح عمالة[(٧)] على عمله، أما هنا بخلافه، وهذا[(٨)] أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس[(٩)]، ويشترط الخلط[(١٠)]. ولا يجوز التفاضل فى الربح[(١١)] مع التساوى فى المال، ولا تجوز شركة التقبل والإعمال[(١٢)] لانعدام المال. ولنا أن الشركة فى الربح[(١٣)] مستندة إلى العقد دون المال؛ لأن العقد[(١٤)] يسمى

---

(١) قوله: "وإنه بالخلط" أى أن الشركة بتأويل الاشتراك فى الأصل بمعنى الخلط لما سلف من أن معناها الخلط، أو الاختلاط. (ف)

(٢) أى كون الربح فرع المال. (ب)

(٣) فيقال: عقد شركة المال. (ب)

(٤) قوله: "ويشترط تعيين رأس المال" وما اشترط التعيين إلا لتكون الشركة فى الثمن مستندة إلى المال. (ع)

(٥) فإنها تصح بدون الخلط. (ع)

(٦) أى المضارب.

(٧) أجرة. (ب)

(٨) أى كون الربح فرع المال أصل كبير لزفر والشافعى. (ف)

(٩) قوله: "حتى يعتبر إلخ" يعنى بناء على أصلهما ذلك، فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم، والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما عندنا، خلافاً لزفر والشافعى، وكذلك إن كان رأس مال أحدهما بيضاً، والآخر سوداً. (عناية)

(١٠) أى عند زفر والشافعى.

(١١) أى على أصلهما.

(١٢) أى عند زفر والشافعى.

(١٣) قوله: "ولنا أن الشركة إلخ" حاصله أن الربح المستحق شرعاً لكل من الشريكين فى مال الآخر ليس مضافاً، إلا إلى العقد الشرعى الذى حل به تصرفه فى مال غيره، لا إلى نفس المال، ولا إلى التصرف فيه؛ لأن إضافة الربح إلى التصرف فى المال معناها أنه اكتسب عن التصرف فيه، وليس هذا بمفيد لنا؛ إذ هو معلوم، وإنما حاجتنا إلى ثبوت حلّ الربح لكل منهما، ولا شك أن حله يضاف إلى العقد الشرعى.
فإن قيل: فعلى هذا ينبغى أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد، قلنا: إنما بطلت لمعارض آخر هو أن هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله، كما فى البيع. (ف)

(١٤) لا المال.

شركة، فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم[١] فيه، فلم يكن الخلط[٢] شرطًا، ولأن[٣] الدراهم والدنانير لا يتعينان[٤]، فلا يستفاد الربح برأس المال. وإنما يستفاد بالتصرف؛ لأنه في النصف أصيل، وفي النصف وكيل، وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به[٥]، وهو الربح بدونه[٦]، وصار كالمضاربة[٧]، فلا يشترط[٨] اتحاد الجنس والتساوي في الربح، وتصح شركة التقبّل.

قال[٩]: ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح؛ لأنه شرطٌ يوجب انقطاع الشركة، فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما، ونظيره في المزارعة[١٠]. قال[١١]: ولكل واحد من المفاوضين[١٢]، وشريكي العنان أن يبضع المال[١٣]؛ لأنه[١٤] معتاد في عقد الشركة، ولأن له أن يستأجر على العمل[١٥]، والتحصيل[١٦] بغير عوض[١٧] دونه[١٨] فيملكه،

---

(١) أي اسم الشركة.

(٢) ولا اتحاد الجنس، ولا تساوي الربح.

(٣) هذا كالشرح للدليل الأول. [عناية]

(٤) في العقود.

(٥) أي بالتصرف. (ك)

(٦) أي بدون خلط رأس المال. (ك)

(٧) فإنه ليس هناك خلط المالين، والربح مشترك بسبب العقد. (ع)

(٨) عندنا كما شرط الشافعي.

(٩) أي القدوري. (ب)

(١٠) قوله: "ونظيره في المزارعة" يعني إذا شرطا لأحدهما قفزانا مسماة بطلت؛ لأنه عسى أن لا يخرج الأرض غيرها. (ف)

(١١) أي القدوري. (ب)

(١٢) قوله: "ولكل واحد إلخ" هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة، أو عنان أن يفعل، وأن لا يفعل. (ع)

(١٣) قوله: "أن يبضع المال" من الإبضاع يقال: أبضعت المال إذا دفعت له مالا يعمل فيه. (ب)

(١٤) أي الإبضاع.

(١٥) وهو عقد بعوض.

وكذا له أن يودعه لأنه معتاد، ولا يجد التاجر منه بدا[1]، قال[2]: ويدفعه مضاربة؛ لأنها دون الشركة[3] فيتضمنها. وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك؛ لأنه نوع شركة[4]، والأصح هو الأول[5]، وهو رواية "الأصل"[6]؛ لأن الشركة غير مقصود، وإنما المقصود تحصيل الربح[7]، كما إذا استأجر[8] بأجر، بل أولى؛ لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته[9]، بخلاف الشركة حيث لا يملكها؛ لأن الشيء لا يستتبع مثله[10]. قال[11]: ويوكل من يتصرف فيه؛ لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة، والشركة انعقدت للتجارة، بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك[12] أن يوكل

---

(١٦) مبتدأ.

(١٧) خبر.

(١٨) قوله: "دونه" فإنه أقل ضرراً، فإذا ملك ما هو أكثر ضرراً ملك ما هو أقل. (ف)

(١) في بعض المضايق.

(٢) أي القدوري. (ب)

(٣) قوله: "لأنها دون الشركة" لأن الوضيعة في الشركة تلزم الشريك، ولا تلزم المضارب، فتضمن الشركة المضاربة فيجوز. (ف)

(٤) قوله: "لأنه نوع شركة" وليس لأحد الشريكين أن يشارك بمال الشركة، فكذا لا يدفع مضاربة. (ب)

(٥) أي جواز الدفع مضاربة.

(٦) أي المبسوط. (ب)

(٧) قوله: "تحصيل الربح" وهو ثابت في المضاربة، فيملكه أحد الشريكين. (عناية)

(٨) قوله: "كما استأجر" أجيراً ليعمل بأجر، فإنه يجوز قولا واحداً، فهذا أولى. (عناية)

(٩) قوله: "بدون ضمان في ذمته" فإن المضارب إذا عمل، ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء، بخلاف الإجارة، فإن الأجير إذا عمل في التجارة، ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامناً للأجرة. (عناية)

(١٠) قوله: "لأن الشيء لا يستتبع مثله" فإن قيل: هذا منقوض بالمكاتب، فإن له أن يكاتب عبده، وبالعبد المأذون، فإن له أن يأذن عبده، وباقتداء المفترض بالمفترض، والمتنفل بالمتنفل.
والجواب في المكاتب والمأذون أنهما أطلقا في الكسب وأسبابه، فليس هذا من قبيل الاستتباع، بل من إثبات الكسب المطلق، وأما الاقتداء، فجوزناه بالإجماع. (ب)

(١١) أي القدوري. (ب)

(١٢) إلا أن يأذنه الموكل، كما سيأتي في باب الوكالة. (ب)

غيره؛ لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين، فلا يستتبع مثله.

قال[١]: ويده في المال يد أمانة؛ لأنه قبض المال بإذن المالك، لا على وجه البدل[٢] والوثيقة[٣]، فصار كالوديعة.

قال[٤]: وأما شركة الصنائع، ويسمى شركة التقبُّل كالخياطين والصّباغين يشتركان على أن تقبّلا الأعمال، ويكون الكسب بينهما، فيجوز ذلك، وهذا عندنا. وقال زفر والشافعي: لا تجوز لأن هذه شركة لا تفيد مقصودها[٥]، وهو التثمير[٦]؛ لأنه لا بد من رأس المال، وهذا[٧] لأن الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على أصلهما[٨] على ما قررناه[٩]. ولنا أن المقصود منه[١٠] التحصيل، وهو ممكن بالتوكيل[١١]؛ لأنه[١٢] لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف، تحققت الشركة في المال المستفاد[١٣]، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان[١٤]، خلافًا لمالك

---

(١) أي القدوري. (ب)

(٢) قوله: "لا على وجه البدل" بخلاف المقبوض على سوم الشراء، فإنه قبضه على وجه إعطاء البدل، فيكون مضمونًا. (ف)

(٣) قوله: "والوثيقة" بخلاف الرهن، فإنه مضمون للتوثق بدينه، فيضمن بذلك الدين. (ف)

(٤) أي القدوري. (ب)

(٥) وفي نسخة: مقصودهما، أي مقصود الشركة.

(٦) أي حصول الربح. (ب)

(٧) أي قول الشافعي وزفر. (ب)

(٨) أي زفر والشافعي.

(٩) أي عند قوله: يجوز الشركة وإن لم يخلطا المال. (ب)

(١٠) أي من عقد الشركة.

(١١) بتوكيل كل واحد من الشريكين.

(١٢) أي كل واحد من الشريكين.

(١٣) قوله: "وفي المال المستفاد" أي من عقد الشركة، فإذا عمل كل واحد يستحق فائدة عمله، وهو كسبه، وإذا عمل أحدهما كان العامل معينًا لشريكه في ما لزمه بالتقبل. (ب)

(١٤) قوله: "ولا يشترط فيه إلخ" حتى لو كان أحدهما قصارا، والآخر خياطًا، أو قعدا في دكانين جاز

وزفر[١] فيهما؛ لأن المعنى المجوز للشركة، وهو ما ذكرناه[٢] لا يتفاوت[٣].

ولو شرطا[٤] العملَ نصفين، والمالُ[٥] أثلاثًا جاز، وفي القياس[٦] لا يجوز؛ لأن الضمان بقدر العمل، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن، فلم يجز العقد[٧] لتأديته[٨] إليه، وصار كشركة الوجوه[٩]، لكنا نقول: ما يأخذه لا يأخذه ربحا؛ لأن الربح عند اتحاد الجنس[١٠]، وقد اختلف؛ لأن رأس المال عمل، والربح مال، فكان[١١] بدل العمل، والعملُ يتقوم بالتقويم، فيتقدر بقدر ما قوم به[١٢] فلا يحرم[١٣].

عندنا، خلافًا لزفر ومالك؛ لأنه إذا كان العمل مختلفًا كان كل واحد منهما عاجزًا عما يتقبله الآخر، وذلك ليس من صنعه. (ب)

(١) قوله: "وزفر" أورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط أن من ثمراته عدم جواز شركة التقبل، وهو ينافي اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان. أجيب عن زفر بأن في جواز شركة التقبل روايتين، ذكرهما في "المبسوط"، ففرع رواية المنع على شرط خلط المال، وذكر ههنا شرطه في تجويزها. (ف)

(٢) قوله: "وهو ما ذكرناه" من أن المقصود التحصيل. (ع)

(٣) باتحاد العمل والمكان واختلافهما.

(٤) أي في شركة التقبل. (عناية)

(٥) أي الربح.

(٦) وهو قول زفر. (ب)

(٧) قوله: "العقد" هذا يعطي بظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة، والوجه أن تبطل الزيادة فقط، ويستحق مثل الأجر، فإنه نص بهذا في شركة الوجوه التي شبه بها في "شرح الطحاوي". (ف)

(٨) أي لتأديته هذا العقد إلى ربح ما لم يضمن.

(٩) قوله: "وصار كشركة الوجوه" في أن التفاوت فيها في الربح لا يجوز إذا كان المشترى بينهما على السواء، وأما إذا شرطا التفاوت في ملك المشترى، فيجوز التفاوت ح في الربح في شركة الوجوه أيضًا. (ع)

(١٠) قوله: "لأن الربح عند اتحاد الجنس." أي الربح لا يكون إلا عند اتحاد الجنس، ولهذا قالوا: لو استأجر دارًا لعشرة دراهم، ثم آجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز؛ لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس. (ب)

(١١) أي ما يأخذه. (ب)

(١٢) أي بتراضي الطرفين.

(١٣) قوله: "فلا يحرم" خصوصًا إذا كان أحدهما أحذق في العمل، ولذلك قال بعض المشايخ في ما لو شرطت الزيادة لأكثرهما عملا صح. (ف)

بخلاف شركة الوجوه؛ لأن جنس المال متفق[١]، والربح يتحقق فى الجنس المتفق، وربح ما لم يضمن[٢] لا يجوز إلا فى المضاربة[٣].

قال[٤]: وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه، ويلزم شريكه[٥] حتى إن كل واحد منهما يُطالَب بالعمل، ويطالب بالأجر، ويبرأ الدافع بالدفع إليه[٦]، وهذا ظاهر فى المفاوضة[٧]، وفى غيرها[٨] استحسان، والقياس خلاف ذلك؛ لأن الشركة وقعت مطلقة[٩]، والكفالة مقتضى المفاوضة[١٠]. وجه الاستحسان أن هذه الشركة[١١] مقتضية للضمان[١٢]، ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، ولهذا يستحق الأجر[١٣] بسبب نفاذ تقبله عليه، فجرى مجرى المفاوضة فى ضمان

---

(١) قوله: "متفق" وهو الثمن الواجب فى ذمتهما، دراهم كانت أو دنانير. (ب)

(٢) قوله: "وربح ما لم يضمن إلخ" تقريره أنه لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن، وذلك لا يجوز إلا فى المضاربة، وإنما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل فى جانب المضارب، وبمقابلة المال فى جانب رب المال، وليس واحد منهما فى شركة الوجوه، ولا ضمان بمقابلة الربح موجوداً، فيلزم فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز. (ع)

(٣) يجوز فيها بخلاف القياس. (ف)

(٤) أى القدورى. (ب)

(٥) قوله: "ويلزم شريكه" حتى إن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك لعمله، والشريك الذى لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا بالأجرة. (ف)

(٦) قوله: "ويبرأ لدافع بالدفع إليه" قال الكاكى: يجوز أن يراد بالدافع دافع الأجرة، وضمير إليه إلى كل واحد منهما، وهو الظاهر، ويجوز أن يراد بالدافع كل منهما، وضمير إليه أى إلى صاحب الثوب يعنى لو أخذ الثوب أحدهما للصبغ، ثم دفعه إلى صاحبه غير الذى أخذه يبرأ من الضمان. (ب)

(٧) قوله: "وهذا ظاهر فى المفاوضة" أى إن كانت شركة التقبل مفاوضة بأن اشترطا أن يكون قبول الأعمال منهما، أو العمل منهما والربح، والوضيعة بينهما على التساوى، وهى شركة المفاوضة لوجود معناها، فيراعى شرائطها، وإذا تفاوتا فى شيء مما ذكرنا، فهى شركة عنان حتى يراعى فيها شرائط العنان. (ك)

(٨) وهو فيما إذا أطلقا الشركة، أو قيداها بالعنان. (ف)

(٩) أى عن ذكر الكفالة. (ب)

(١٠) قوله: "والكفالة مقتضى المفاوضة" ولا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح. (ب)

(١١) أى شركة الصنائع. (ف)

(١٢) وإن لم يصرح بلفظ المفاوضة. (ف)

(١٣) ولو لم يكن مضمونًا لما استحق.

العمل، واقتضاء البدل[١].

قال[٢]: وأما شركة الوجوه[٣]: فالرجلان يشتركان، ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما[٤] ويبيعا، فتصح الشركة على هذا، سميت به؛ لأنه لا يشترى بالنسيئة[٥] إلا من كان له وجاهةٌ عند الناس، و إنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة[٦] والوكالة فى الأبدال[٧]، وإذا أطلقت تكون عنانًا؛ لأن مطلقه ينصرف إليه، وهى جائزة عندنا، خلافًا للشافعى، والوجه من الجانبين ما قدمناه فى شركة التقبل[٨].

قال[٩]: وكل واحد منهما[١٠] وكيل الآخر فيما يشتريه؛ لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة، أو بولاية، ولا ولاية، فتتعين الوكالة.

فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان، والربح كذلك يجوز، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه[١١]، وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثًا، فالربح

(١) قوله: "فى ضمان العمل واقتضاء البدل" إنما قيد جريانه مجرى المفاوضة بهذين الشبهين؛ لأن فى ما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا: إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان، أو صابون، أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة، وتلزمه خاصة؛ لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد، ونفاذ الإقرار يوجب المفاوضة. (عناية)

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) قوله: "وأما شركة الوجوه إلخ" قال بعضهم: إنما سميت هذه الشركة به لأنه ليس لهما مال، ولا عمل، فيجلس كل واحد منهما ينظر وجه صاحبه.

(٤) أى بوجاهتهما وأمانتهما. (ب)

(٥) أى بالثمن المؤجل.

(٦) قوله: "لأنه يمكن إلخ" إنما تكون مفاوضة بأن يكونا من أهل الكفالة، والمشترى بينهما نصفين، وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا فى الربح، ويتلفظا بلفظة المفاوضة، أو يذكرا مقتضياتها كما سلف، وإن فات شيء مما ذكرنا كانت عنانًا؛ لأن مطلق هذه الشركة يتبادر إليه لتبادره، وزيادة تعارفه عملا. (ف)

(٧) أى الأثمان والمبيعات. (ف)

(٨) قوله: "ما قدمناه فى شركة التقبل" وهو أن الربح عنده فرع المال، فإذا لم يوجد المال لا تنعقد الشركة، وقلنا: إن الشركة فى الربح مستندة إلى العقد إلخ. (عناية)

(٩) أى القدورى. (ب)

(١٠) أى من الشريكين.

(١١) قوله: "ولايجوز أن يتفاضلا فيه" أى فى الربح، فإن شرط لأحدهما الفضل، بطل الشرط، والربح

كذلك، وهذا(١) لأن الربح لا يستحق إلا بالمال(٢)، أو العمل، أو بالضمان، فربُّ المال يستحقه بالمال، والمضاربُ يستحقه بالعمل، والأستاذ الذي يُلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان(٣)، ولا يُستحق بما سواها(٤). ألا ترى أن من قال لغيره: تصرف فى مالك على أن لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعانى، واستحقاق الربح(٥) فى شركة الوجوه بالضمان(٦) على ما بينا(٧)، والضمانُ على قدر الملك فى المشترى، وكان الربح الزائد عليه ربحَ ما لم يضمن، فلا يصح اشتراطه إلا فى المضاربة(٨)، والوجوه ليست فى معناها(٩)، بخلاف العنان؛ لأنه فى معناه من حيث إن كل واحد منهما(١٠) يعمل فى مال صاحبه، فيلحق بها، والله أعلم.

فصل فى الشركة الفاسدة(١١)

ولا يجوز(١٢) الشركة فى الاحتطاب(١٣) والاصطياد، وما اصطاده كل

بينهما على قدر ضمانها. (ع)

(١) قوله: "وهذا" إشارة إلى تحتم المساواة فى الربح. (ع)

(٢) قوله: "إلا بالمال إلخ" أراد أن استحقاق الربح يكون بأحد الأمور الثلاثة، ثم أوضحها بقوله: فرب المال إلخ. (ب)

(٣) قيد اتفاقى، فإنه يجوز أن يكون أقل منه. (عناية)

(٤) قوله: "ولا يستحق [أى الربح] بما سواها" فإن قيل: لم لا يجوز أن يستحق الزيادة بزيادة اهتداءه، ومتانة رأيه، وتدبيره فى الأمور العامة. أجيب بأن اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل، إنما يجوز إذا كان فى مال معلوم، كما فى العنان، والمضاربة، ولم يوجد ههنا. (ع)

(٥) عود إلى المبحث لإثبات المطلوب. (ع)

(٦) لا بالمال، ولا بالعمل.

(٧) قوله: "على ما بينا" قيل: هو إشارة إلى ما ذكره فى شركة التقبل بقوله: لأن الضمان بقدر العمل، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن، وقيل: إشارة إلى قوله: بخلاف شركة الوجوه؛ لأن جنس المال متفق إلخ. (ع)

(٨) فإنه يصح فيها لوجود مقابلة المال والعمل. (ب)

(٩) قوله: "والوجوه ليست فى معناها" لأن المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين، وأما المال فى المضاربة، فليس بمضمون على المضارب، ولا العمل على رب المال. (عناية)

(١٠) كالمضارب يعمل فى مال رب المال.

(١١) أخرها عن الصحيحة لانحطاطها شرعًا.

(١٢) هذا لفظ القدورى. (ب)

واحد منهما، أو احتطبه، فهو له دون صاحبه، وعلى هذا الاشتراك فى أخذ كل شىء مباح(١)؛ لأن الشركة متضمنةٌ معنى الوكالة، والتوكيل فى أخذ المال المباح باطل؛ لأن أمر الموكل به(٢) غير صحيح.

والوكيل يملكه بدون أمره، فلا يصلح نائبًا عنه(٣)، وإنما يثبت الملك(٤) لهما بالأخذ وإحراز المباح، فإن أخذاه معا، فهو بينهما نصفان لاستواءهما فى سبب الاستحقاق(٥)، وإن أخذه أحدهما، ولم يعمل الآخر شيئًا، فهو للعامل(٦). وإن عمل أحدهما، وأعانه الآخر فى عمله بأن قلعه أحدهما، وجمعه الآخر، أو قلعه وجمعه وحمله الآخر، فللمُعين أجر المثل بالغًا ما بلغ(٧) عند محمد(٨)، وعند أبى يوسف لا يجاوَز به نصف ثمن ذلك(٩)، وقد عُرف فى موضعه(١٠).

---

(١٣) قوله: "فى الاحتطاب إلخ" وكذا الاحتشاش والتكدى وسؤال الناس. (ف)

(١) قوله: "كل شىء مباح" كأخذ الكلأ والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق، وكذا فى نقل الطين، وبيعه من أرض مباحة، أو الحصى، أو الملح، أو الثلج، أو الكحل، أو الكنوز الجاهلية. (ف)

(٢) قوله: "لأن أمر الموكل به [أى بأخذ المباح. ف] إلخ" دليلان على المطلوب، تقرير الأول: أن التوكيل فى أخذ المباح باطل؛ لأنه يقتضى صحة أمر الموكل بما وكل به، وأمره به غير صحيح؛ لأنه صادف غير محل ولايته. وتقرير الثانى: أن التوكيل بأخذ المباح باطل؛ لأن الوكيل يملكه بدون أمره، ومن يملك شيئًا بدون أمره، لا يصلح أن يكون نائبًا عنه. (ع)

(٣) وإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة. (ف)

(٤) قوله: "وإنما يثبت إلخ" لما فرغ عن ذكر أن الشركة لا تصح فى الأشياء المذكورة، شرع فى بيان أن الملك فى هذه الأشياء بما ذا يثبت. (ب)

(٥) وهو الأخذ.

(٦) أى الآخذ. (ب)

(٧) قوله: "بالغا ما بلغ" لأنه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد، فلزمه أجر مثله على الكمال. (ب)

(٨) قوله: "عند محمد" قيل: تقديم قول محمد على قول أبى يوسف فى الكتاب، وتقديم دليل محمد على دليل أبى يوسف فى "المبسوط" دليل على أنهم اختاروا قول محمد. (ع)

(٩) قوله: "لا يجاوز به إلخ" وجهه أنه رضى بنصف المجموع، وإن كان مجهولا فى الحال إلا أنه يعلم فى المآل. (ع)

(١٠) قوله: "فى موضعه" أى فى باب الإجارة الفاسدة، وقال الإنزارى: أى فى كتاب الشركة من

قال[1]: وإذا اشتركا ـ ـدُ ـحـ ـ ـمـا[2] بغل، وللاخر راوية[3] يستقى عليهما الماء، فالكسب بينهما لم تصح الشركة، والكسب كله للذى استقى، وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل، وإن كان صاحب الراوية، فعليه أجر ـثل البغل، أما فساد الشركة فلانعقادها[4] على إحراز المباح، وهو الماء. وأما وجوب الأجر: فلأن المباح إذا صار ملكًا للمحرز، وهو المستقى. فقد استوفى منافع ملك الغير، وهو البغل[5]، أو الراوية[6] بعقد فاسد، فيلزمه أجره.

وكل شركة فاسدة[7]، فالربح فيها على قدر المال[8]، ويبطل شرط التفاضل؛ لأن الربح فيها تابع للمال[9]، فيتقدر بقدره كما أن الريْع[10] تابع للبذْر فى المزارعة، والزيادةُ إنما تُستحق بالتسمية، وقد فسدت[11]، فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال.

"المبسوط". (ب)

(١) أى القدورى.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "وللآخر راوية" هى فى الأصل الجمل الذى يحمل عليه الماء سمى به؛ لأنه يرويه، ثم استعمل فى المزادة، وهى الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء. (ف)

(٤) والشركة فى المباحات باطلة.

(٥) هذا إذا كان العامل صاحب الراوية.

(٦) هذا إذا كان العامل صاحب البغل.

(٧) هذا لفظ القدورى. (ب)

(٨) قوله: "على قدر المال" كالألف لأحدهما مع ألفين، فالربح بينهما أثلاث، وإن كانا شرطا الربح بينهما نصفين، بطل ذلك الشرط. (ف)

(٩) قوله: "تابع للمال" فيه نظر؛ لأن الربح عندنا فرع العقد، كما مر، وكونه تابعًا للمال إنما هو مذهب الشافعى، كما مر، والجواب أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجودًا، وههنا قد فسد العقد، فيكون تابعًا للمال. (ع)

(١٠) أى النماء. (ب)

(١١) بفساد العقد.

وإذا مات أحد الشريكين[١]، أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة[٢]؛ لأنها تتضمن الوكالة[٣]، ولا بد منها ليتحقق الشركة على ما مر[٤]، والوكالة تبطل بالموت، وكذا بالالتحاق مرتداً إذا قَضى القاضى بلحاقه؛ لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل[٥].

ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه، أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمى[٦]، فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة، بخلاف[٧] ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر؛ لأنه عزل قصدى، والله أعلم.

فصل[٨]

وليس[٩] لأحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر إلا بإذنه؛ لأنه[١٠]

---

(١) هذا لفظ القدورى.

(٢) مفاوضة كانت أو عناناً. (ف)

(٣) فإن الوكالة مشروطة فى ابتداءها وبقاءها. (ف)

(٤) سابقاً فى هذا الفصل.

(٥) قوله: "على ما بيناه من قبل" إشارة إلى ما ذكره فى باب أحكام المرتدين فى قوله: وإن لحق بدار الحرب مرتداً، وحكم بلحاقه إلى قوله: ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب، وهم أموات فى حق أحكام الإسلام إلخ. (ع)

(٦) قوله: "لأنه عزل حكمى [لتحول ملكه إلى وارثه. ب]" ألا ترى أن الوكيل يعزل بموت الموكل وإن لم يعلم. (ب)

(٧) قوله: "بخلاف إلخ" أى بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة، وماله دراهم، أو دنانير يتوقف على علم الآخر؛ لأنه عزل قصدى، فيشترط علمه دفعا للضرر عنه، وتقييده بما إذا كان مال الشركة دراهم، أو دنانير؛ لأنه لو كان عروضاً، فلا رواية فى ذلك عن أصحابنا. وإنما الرواية فى المضاربة، وهى أن رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف، فإن كان مال المضاربة دراهم ودنانير صح نهيه غير أنه يصرف الدراهم بالدنانير إن كان رأس المال دنانير، وبالعكس، وإن كان المال عروضا لم يصح نهيه. فجعل الطحاوى الشركة كالمضاربة، فقال: لا ينفسخ، وقال بعض المشايخ: تنفسخ الشركة، وإن كان المال عروضاً، وهو المختار. (ف)

(٨) قوله: "فصل" لما كان أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة؛ إذ ليست من أمور التجارة والاسترباح، أفردها بفصل وأخره. (ف)

(٩) هذا لفظ القدورى. (ب)

ليس من جنس التجارة، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته، فأدى كل واحد منهما، فالثاني ضامن علم بأداء الأول، أو لم يعلم، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يضمن إذا لم يعلم[١]، وهذا[٢] إذا أديا على التعاقب، أما إذا أديا معًا ضمن[٣] كل واحد منهما نصيب صاحبه.

وعلى هذا الاختلاف[٤] المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الآمر بنفسه. لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير، وقد أتى به، فلا يضمن للموكل[٥]، وهذا[٦] لأن في وسعه التمليك، لا وقوعه زكاةً لتعلقه بنية الموكل، وإنما يُطلب منه ما في وسعه[٧]، وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد ما زال الإحصار، وحج الآمر لم يضمن المأمورُ علم أو لا. ولأبي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة، والمؤدّى لم يقع زكاةً[٨]، فصار مخالفًا، وهذا لأن المقصود[٩] من الأمر إخراجُ نفسه عن عهدة الواجب؛ لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر[١٠] إلا لدفع الضرر، وهذا المقصود حصل بأداءه، وعرى[١١] أداء المأمور عنه[١٢]، فصار معزولا، علم أو لم يعلم؛ لأنه

(١٠) أي دفع الزكاة.

(١) قوله: "إذا لم يعلم" وأما إذا علم ضمن، هكذا ذكر في كتاب الزكاة، وفي "الزيادات" للعتابي: لا يضمن وإن علم عندهما، وهو الصحيح عندهما. (فتح القدير)

(٢) أي أداء الثاني الضمان.

(٣) أي عنده خلافًا لهما. (عناية)

(٤) بين أبي حنيفة وصاحبيه.

(٥) لأنه لا تقصير من قبله، وإنما القصور من الآمر حيث أدى بعد ما أمره.

(٦) أي عدم ضمانه.

(٧) قوله: "وإنما يطلب منه ما في وسعه" ولهذا لو دفع إلى رجل ليقضي بها دينًا عليه، ثم أدى الدافع الدين لا يضمن إذا دفع، علم بذلك أو لم يعلم. (ف)

(٨) بسبب أداء الآمر بنفسه.

(٩) أي مقصود الآمر.

(١٠) قوله: "أنه لا يلتزم الضرر" أي نقص ماله على يد الوكيل إلا لدفع الضرر، وهو بقاء الواجب على ذمته. (ع)

(١١) أي خلي.

عـزل حكمي[١] . وأمـا دم الإحـصـار فـقـد قـيل[٢] : هو على هذا الاختلاف[٣]، وقيل : بينهما فرق[٤]، ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه، فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار[٥]، وفي مسألتنا[٦] الأداء واجب، فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه دون دم الإحصار .

قال[٧] : وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشترى جارية فيطأها ففعل[٨]، فهى له بغير شيء عند أبي حنيفة .

وقالا : يرجع عليه[٩] بنصف الثمن ؛ لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك، فيرجع عليه صاحبه بنصيبه، كما في شراء الطعام[١٠] والكسوة، وهذا[١١] لأن الملك واقع له خاصة[١٢]، والثمن بمقابلة الملك .

---

(١٢) أى المأمور.

(١) قوله: "لأنه عزل حكمى" وهو لا يتوقف على العلم كالعزل بالموت. (ف)

(٢) هذا جواب بالمنع. (ب)

(٣) فعنده يضمن، وعندهما لا.

(٤) قوله: "وقيل: بينهما فرق" هذا جواب بطريق التسليم يعنى لئن سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق، لكن بينهما فرق. (ب)

(٥) قوله: "حتى يزول الإحصار" فإنه حـ لا يطالب بالدم، فلم يكن مقصوداً، فلم يمكن أن يقال: إن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور، فعرى فعل المأمور عن المقصود فيضمن.
بخلاف أداء الزكاة، فإنه واجب، فكان إسقاط الواجب أمراً مقصوداً، وحصل هذا المقصود بأداء الآمر، فعرى فعل المأمور عن المقصود. (عناية)

(٦) أى مسألة الزكاة.

(٧) أى محمد في "الجامع الصغير".

(٨) وأدى جميع الثمن من مال الشركة. (ف)

(٩) أى الآمر على المأمور. (ب)

(١٠) قوله: "كما في شراء الطعام" تحقيق ذلك أن الحاجة إلى الوطئ من الحوائج الأصلية إلا أنها ليست بلازمة كالطعام، فلم يكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط، بخلاف الحاجة إلى الطعام، فإنها لازمة، فكانت مستثناة بلا شرط، ثم بالتصريح على الوطئ التحق بحاجة الطعام، فوقع شراء الجارية للمشترى خاصة. (ب)

(١١) إشارة إلى قوله: أدى ديناً خاصة. (ع)

(١٢) بدليل حل وطئها. (ع)

وله أن الجارية دخلت فى الشركة[١] على البتات جريًا على مقتضى الشركة[٢]؛ إذ هما لا يملكان تغييره[٣]، فأشبه[٤] حالَ عدم الإذن، غيرَ أن الإذن[٥] يتضمن هبة نصيبه منه؛ لأن الوطئ لا يحل إلا بالملك. ولا وجه[٦] إلى إثباته بالبيع؛ لما بينا[٧] أنه يخالف مقتضى الشركة، فأثبتناه بالهبة الثابتة فى ضمن الإذن[٨]، بخلاف الطعام والكسوة[٩]؛ لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة، فيقع الملك له خاصة بنفس العقد، وكان مُؤديًا دينًا عليه من مال الشركة، وفى مسألتنا قضى دينًا عليهما؛ لما بيّنا[١٠].

وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق؛ لأنه دين وجب بسبب التجارة، والمفاوضةُ تضمنت الكفالة، فصار كالطعام والكسوة.

---

(١) قوله: "دخلت فى الشركة" وكل ما دخل فى الشركة، وأدى المشترى ثمنه من مال الشركة، فإنه لا يرجع عليه صاحبه بشيء، كما لو اشتراها قبل الإذن، وأدى ثمنها من مال الشركة. (ع)

(٢) أى شركة المفاوضة.

(٣) قوله: "لايملكان تغييره" ألاترى أنهما لوشرطا التفاوت بينهما فى ملك المشترى لم يعتبرمع بقاء الشركة.(ع)

(٤) فى عدم الرجوع.

(٥) قوله: "غير أن إلخ" استثناء من قوله: فأشبه حال عدم الإذن، فإنه كان يتوهم منه أنه كيف حال عدم الإذن، وهناك لم يحل وطئها، وبعد الإذن يحل، فأزال ذلك بهذا القول. (ع)

(٦) قوله: "ولا وجه" يعنى أنه لا يمكن أن يقال: حل الوطئ بسبب أنه اشترى جميعها. (ع)

(٧) يريد به قوله: جريًا على مقتضى العقد. (عناية)

(٨) قوله: "فى ضمن الإذن" فكأنه قال اشتر جارية بيننا، وقد وهبت نصيبى منها لك. (ع)

(٩) حيث يقع للمشترى.

(١٠) من أنها دخلت فى الشركة.

كتاب الوقف(١)

قال أبو حنيفة: لا يزول ملك الواقف(٢) عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم(٣)، أو يُعلقه بموته، فيقول: إذا متُّ فقد وقفتُ داري على كذا.

وقال أبو يوسف: يزول ملكه بمجرد القول، وقال محمد(٤): لا يزول حتى يجعل للوقف وليًا ويسلمه إليه. قال(٥): الوقف لغةً هو الحبس يقول: وقفت الدابة وأوقفتها(٦) بمعنى، وهو فى الشرع عند أبى حنيفة: حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية، ثم قيل: المنفعة معدومة، فالتصدق بالمعدوم لا يصح، فلا يجوز الوقف أصلا عنده(٧)، وهو الملفوظ(٨) فى "الأصل"، والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية(٩).

(١) قوله: "كتاب الوقف" مناسبته بالشركة أن كلا منهما يراد به استبقاء الأصل مع الانتفاع بالزيادة عليه إلا أن الأصل فى الشركة مستبقى فى ملك الإنسان، وفى الوقف مخرج عنه عند الأكثر، ومحاسنه ظاهرة، وهى الانتفاع الباقى، وفيه إدامة العمل الصالح. وتفسيره لغةً الحبس مصدر وقفت يتعدى ولا يتعدى، ثم اشتهر المصدر فى الموقوف، فقيل: هذه الدار وقف، فلذا جمع على أفعال، يقال: وقف وأوقاف. وأما شرعًا: فحبس العين على ملك المالك، والتصدق بمنفعتها، أو صرف منفعتها إلى من أحب، وعندهما حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى، وقد انتظم هذا بيان حكمه. وأما شرطه فما هو شرط فى سائر التبرعات من كونه عاقلا بالغًا حرًا، وأن لا يكون معلقًا، فلو قال: إن قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة لم يجز، والإسلام ليس بشرط، فلو وقف الذمى على ولده ونسله جاز. ومن شرطه أن لا يكون محجوراً عليه حتى لو حجر عليه القاضى لسفه ونحوه، لا يجوز وقفه، وشرطه الخاص لخروجه عن الملك عند أبى حنيفة الإضافة إلى ما بعد الموت، أو أن يلحقه حكم به، خلافًا لأبى يوسف، وأما ركنه فألفاظه الخاصة كأن يقول: أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين، ونحو ذلك. (ف)

(٢) قوله: "لا يزول إلخ" هذه عبارة القدورى غير أن المصنف قدم ذكر أبى حنيفة. (ب)

(٣) أى بخروجه عن ملكه. (ن)

(٤) وبه أخذ مشايخ بخارا. (ف)

(٥) أى المصنف. (ب)

(٦) هذه لغة رديئة كما فى "الصحاح". (ب)

(٧) أى أبى حنيفة. (ب)

(٨) قوله: "وهو الملفوظ فى الأصل" أى المبسوط حيث قال: كان أبو حنيفة لا يجيز ذلك، وقال قاضى خان: بظاهر هذا اللفظ أخذ بعضهم، فقال: عند أبى حنيفة لا يجوز الوقف، وليس كذلك، بل هو جائز عند الكل بالأحاديث وإجماع الصحابة، إلا أن عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يلزم. (ب)

(٩) قوله: "بمنزلة العارية [فإنها غير لازمة]" فإذا كان كذلك تصرف المنفعة إلى جهة الوقف، وتبقى

وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجهٍ، تعود منفعته إلى العباد، فيلزم ولا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، واللفظ ينتظمهما[١]، والترجيح بالدليل.

لهما قول النبي ﷺ لعمر[٢] حين أراد أن يتصدّق بأرضٍ له[٣] تُدعى ثمغ[٤]: «تصدق بأصلها[٥] لا يباع ولا يورث ولا يوهب»*، ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام، وقد أمكن[٦] دفع حاجته بإسقاط الملك، وجعله لله تعالى إذ له نظير في الشرع[٧]، وهو المسجد، فيجعل كذلك. ولأبي حنيفة قوله عليه السلام[٨]: «لا حبس[٩] عن فرائض الله تعالى»[١٠]**، وعن

العين على ملك الواقف، فله أن يرجع، ويجوز له هبته وبيعه. (ب)

(١) قوله: "واللفظ إلخ" أي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه، فإنه ليس من مقتضيات لفظ وقفت داري خروجها عن الملك، أو عدمه، فترجيح الخروج وعدمه بالدليل.

(٢) قلت: أخرجه الأئمة الستة. (ت)

(٣) بخيبر. (ب)

(٤) قوله: "تدعى ثمغ" هو بفتح الثاء المثلثة بعدها ميم ساكنة، ثم غين معجمة، ذكر الشيخ حافظ الدين أنه بلا تنوين للعلمية والتأنيث، وذكر في "غاية البيان" أنها في كتب غريب الحديث المصححة عند الثقات منونًا وغير منون. قال محمد بن الحسن في "المبسوط": أخبرنا صخر بن جويرية عن نافع عن عمر أنه كانت له أرض تدعى ثمغ، وكان فيها نخل نفيس، فقال لرسول الله ﷺ: إني استفدت مالا هو عندي نفيس أنا أتصدق به فقال له: «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته»، فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله، وفي الرقاب وللضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى، وحديث عمر رضي الله عنه هذا في الكتب الستة. (ب)

(٥) هذا اللفظ هو محل الاستدلال.

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٦ ص١٤٥. (نعيم)

(٦) قوله: "وقد أمكن إلخ" هذا ظاهر المنع إذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا، بل يتحقق بالحكم بلزومه، فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى، فلم يقدح فيما رجحنا من الأقوال. (ف)

(٧) قوله: "إذ له نظير في الشرع" جواب عما يقال: كيف يخرج الوقف عن ملك الواقف، ولا يدخل في ملك أحد، وتقريره أن هذا له نظير، وهو المسجد، فإن اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق، وهو إخراجه عن ملكه من غير أن يدخل في ملك أحد، ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها، فكذلك في الوقف. (ب)

(٨) قوله: "عليه السلام" قاله بعد نزول سورة النساء التي فيها ذكر فرائض الورثة، كما في رواية الطحاوي، كذا قال ابن الهمام.

شريح[(١)]: «جاء محمد عليه السّلام[(٢)] يبيع الحبس[(٣)]»[(٤)]*، ولأن الملك[(٥)] باقٍ فيه[(٦)] بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعةً وسكنى، وغير ذلك، والملكُ فيه للواقف، ألا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها[(٧)]، ونصبُ القُوّام[(٨)] فيها إلا أنه[(٩)] يتصدق بمنافعه، فصار[(١٠)] شبيهَ العارية. ولأنه يُحتاج إلى التصدق بالغلّة[(١١)] دائمًا، ولا تصدق عنه إلا

---

(٩) قوله: "لا حبس عن فرائض الله" أى لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته، وهم يحملون هذا الأثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والحام، ونحن نقول: النكرة فى موضع النفى تعم. (ع)

(١٠) قلت: أخرجه الدارقطنى والطبرانى وابن أبى شيبة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٧ص١٤٥. (نعيم)

(١) قوله: "وعن شريح إلخ" قلت: رواه ابن أبى شيبة والبيهقى. (ت)

(٢) قوله: "جاء محمد ﷺ إلخ" هذا يدل على أن لزوم الوقف كان شريعة من قبلنا، وأن شريعتنا ناسخة له. (ع)

(٣) قوله: "يبيع الحبس" فى "مبسوط شيخ الإسلام": الاستدلال بحديث: «لا حبس عن فرائض الله»، وقول شريح غير مستقيم؛ لأنه إنما يستقيم إذا تعلق به حق الوارث، فأما إذا كان الوقف، فليس حبس عن فرائض الله كالتصدق بالمنقولات. فإن قلت: قال ابن حزم: قولهم: «لا حبس عن فرائض الله» فاسد؛ لأنهم لا يختلفون فى جواز الهبة والصدقة فى الحياة، والوصية بعد الموت، فكل هذا مسقط لفرائض الله.
قلت: لا نسلم ذلك أن فى هذه الأشياء سقوط فرائض الورثة، أما الهبة والصدقة: فإنهما يكونان فى حياة الرجل، وفى ذلك لا فرائض، وأما الوصية فإنها لا تنفذ إلا من الثلث، وفرائض الورثة فى الثلثين. (ب)

(٤) أخرجه الطحاوى بإسناد صحيح. (ب)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٧، وانظر فى الدراية ج٢ تحت الحديث ٧٥٧ص١٤٥. (نعيم)

(٥) قوله: "ولأن الملك إلخ" حاصله أن حقوق العباد لم تنقطع حتى جاز الانتفاع به زراعة، وسكنى بغير الواقف، وتعلق حقوق العبد بشيء دليل ثبوت ملكهم فيها على ما هو الأصل، فإما أن يكون الملك لغير الواقف أوله. واتفقنا على أنه لا يكون ملكًا لغيره من العباد، فوجب أن يكون ملكًا للواقف، وكذا الاستصلاح بنصب القوام. (ب)

(٦) أى الوقف. (ب)

(٧) أى الأوقاف.

(٨) بضم القاف وتشديد الواو جمع قائم. (ب)

(٩) الواقف.

(١٠) الوقف.

(١١) أى محاصل الوقف.

بالبقاء على ملكه[١]، ولأنه لا يمكن أن يُزال ملكه، لا إلى مالك؛ لأنه غير مشروع مع بقاءه[٢] كالسائبة[٣]، بخلاف الإعتاق[٤]؛ لأنه إتلاف[٥]، وبخلاف المسجد[٦]؛ لأنه جُعل خالصًا لله تعالى، ولهذا لا يجوز الانتفاع به، وههنا[٧] لم ينقطع حق العبد عنه، فلَمْ يصر خالصًا لله تعالى[٨]. قال[٩]: قال في "الكتاب[١٠]": لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم، أو يعلقه بموته، وهذا في حكم الحاكم صحيح[١١]؛ لأنه قضاءٌ في مجتهد فيه. أما في تعليقه[١٢] بالموت، فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا، فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم[١٣]،

(١) أي الواقف.

(٢) أي المملوك واحترز به عن الإعتاق.

(٣) قوله: "كالسائبة" أي الناقة التي تسيب لنذر، وكان الرجل يقول: إذا قدمت من سفري، أو برئت من مرضي، فناقتي سائبة، ومعناه أن الوقف بمنزلة التسييب لنذر أهل الجاهلية من حيث إن العين لا تخرج من أن تكون مملوكة. (ع)

(٤) قوله: "بخلاف الإعتاق" جواب عما يقال: لو كان إزالة للملك، لا إلى مالك غير مشروع لما جاز العتق، فإنه إزالة للملك من غير تمليك للعبد. (عناية)

(٥) أي إسقاط الصفة المملوكية. (ب)

(٦) قوله: "بخلاف المسجد إلخ" جواب عن قياسهم الوقف على المسجد. (ب)

(٧) أي في الوقف. (ب)

(٨) قوله: "فلم يصر خالصًا إلخ" الحق في هذا المقام ترجح قول عامة العلماء بلزوم الوقف؛ لأن الأحاديث في ذلك متظافرة، كما صح من قوله: «لا يباع ولا يورث»، وتكرر هذا في أحاديث كثيرة، واستمر عمل الأمة من الصحابة والتابعين عليه، فلا يعارض بالحديث الذي، ذكره المصنف على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحام ونحوه، وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما. (ف)

(٩) أي المصنف. (ب)

(١٠) أي مختصر القدوري. (ب)

(١١) قوله: "وهذا في حكم الحاكم صحيح" صورته أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي، ثم يريد أن يرجع عنه، فينازعه بعد اللزوم، فيختصمان إلى القاضي، فيقضي بلزومه. (عناية)

(١٢) قوله: "أما في تعليقه" يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة، فقيل: يزول الملك بالتعليق بالموت؛ لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه، وقيل: لا يزول عنده، وهو الصحيح. (ب)

(١٣) يعني يلزم عند أبي حنيفة. (ب)

فالمراد[١] بالحاكم المولّى[٢]، فأما المحكَّم[٣]: ففيه اختلاف المشايخ.

ولو وقف فى مرض موته، قال الطحاوى: هو بمنزلة الوصية بعد الموت[٤]، والصحيح أنه لا يلزمه[٥] عند أبى حنيفة.

وعندهما يلزمه إلا أنه يُعتبر من الثلث[٦]، والوقف[٧] فى الصحة من جميع المال[٨]، وإذا كان الملك يزول عندهما، يزول[٩] بالقول[١٠] عند أبى يوسف، وهو قول الشافعى بمنزلة الإعتاق؛ لأنه إسقاط الملك.

وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولى لأنه حق الله تعالى، وإنما يثبت فيه فى ضمن التسليم إلى العبد؛ لأن التمليك من الله تعالى[١١] -وهو مالك الأشياء- لا يتحقق مقصودًا، وقد يكون تبعًا لغيره، فيأخذ حكمه[١٢]، فينزل منزلة الزكاة والصدقة[١٣].

---

(١) أى مراد القدورى. (ب)

(٢) قوله: "المولّى" بفتح اللام هو الذى ولاه الإمام على القضاء. (ب)

(٣) قوله: "فأما المحكم" هو الذى يفوض إليه الحكم فى حادثة معينة باتفاق الخصمين، قال فى كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى: أما حكم الحاكم فى سائر المجتهدات، فالأصح أنه ينعقد لكنه لا يفتى به. (عناية)

(٤) قوله: "هو بمنزلة الوصية بعد الموت" لأن تصرفات المريض مرض الموت فى الحكم كالمضاف إلى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله. (ف)

(٥) قوله: "أنه لا يلزمه" لأن المباشرة فى المرض كالمباشرة فى الصحة حتى لا يلزم، ولا يمنع الإرث كالعارية. (ع)

(٦) كسائر التبرعات فى مرض الموت.

(٧) يعتبر.

(٨) لعدم المانع هناك.

(٩) هو قول أكثر أهل العلم. (ف)

(١٠) أى بمجرد قوله: وقفت. (ب)

(١١) قوله: "لأن التمليك من الله تعالى إلخ" يعنى الوقف تمليك الله تعالى، وهو مالك الأشياء، فلا يتحقق التمليك منه مقصوداً، وقد يتحقق تبعا لغيره، فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة المنجزة.

ولا يخفى أن التمليك لله تعالى لا يتحقق لا مقصوداً، ولا تبعًا؛ لأنه تحصيل الحاصل المستمر، ولا موجب لاعتباره حتى يحتاج إلى تكلف، فلذا كان قول أبى يوسف أوجه عند المحققين، وفى "المنية": الفتوى عليه، وهذا عند مشايخ بلخ، وأما البخاريون فأخذوا قول محمد. (ف)

(١٢) قوله: "فيأخذ حكمه" أى يثبت التمليك من الله تعالى ضمنًا لتمليك غيره، وإن كان لا يثبت التمليك

قال[١]: وإذا صح الوقف على اختلافهم[٢]، وفي بعض النسخ: وإذا استحق مكان قوله: وإذا صح، خرج من ملك الواقف، ولم يدخل في ملك الموقوف عليه؛ لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه، بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه، ولأنه لو ملكه لما انتقل[٣] عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه، قال[٤]: قوله[٥]: خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما[٦] على الوجه الذي سبق ذكره[٧].

قال[٨]: ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف[٩]؛ لأن القسمةَ من تمام القبض، والقبض عنده ليس بشرط، فكذا تتمته.

وقال محمد: لا يجوز[١٠]؛ لأن أصل القبض عنده شرط، فكذا ما يتم به، وهذا[١١] فيما يحتمل القسمة، فأما فيما لا يحتمل القسمة، فيجوز

منه قصداً. (عناية)

(١٣) قوله: "فينزل منزلة الزكاة والصدقة" حيث يتحقق التمليك فيها في ضمن التسليم إلى الفقير. (ب)

(١) أي القدوري. (ب)

(٢) قوله: "على اختلافهم" أي إذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من أنه يصح عندهما، ولا يصح عند أبي حنيفة. (عناية)

(٣) أي إلى من بعده. (ع)

(٤) أي المصنف. (ب)

(٥) أي قول القدوري. (ب)

(٦) قوله: "يجب أن يكون قولهما" لأن الصحة غير اللزوم، والقدوري لم يقل: إذا لزم ليكون على قول الكل، بل قال: إذا صح، وصحة العقد لا تستلزم اللزوم. (ف)

(٧) من الخلاف.

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) قوله: "عند أبي يوسف" مبنى الخلاف اشتراط تسليم الوقف، فلما شرط محمد قال بعدم صحة وقف المشاع؛ لأن القسمة من تمام القبض، ولا بد منه، فوجبت القسمة. وعند أبي يوسف لا يشترط تسليم المتولي، فلا يشترط ما هو من تمامه، فمن أخذ بقول أبي يوسف، وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله في هذا أيضاً، ومن أخذ هناك قول محمد، وهم مشايخ بخارا أخذ بقوله ههنا أيضاً. (ف)

(١٠) قوله: "وقال محمد: لا يجوز" أي فيما يقسم، وأما في ما لا يقسم، فيجوز عنده أيضاً. (ع)

(١١) أي الخلاف المذكور.

مع الشيوع عند محمد أيضًا؛ لأنه يعتبره بالهبة[١] والصدقة المنفّذة إلا[٢] فى المسجد، والمقبرة فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل[٣] أيضًا عند أبى يوسف؛ لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى.

ولأن المهايأة فيهما فى غاية القبح[٤]، بأن يُقبر فيه الموتى سنةً، ويُزرع سنةً، ويصلّى فيه فى وقتٍ، ويتخذ إصطبلا فى وقت، بخلاف الوقف[٥] لإمكان الاستغلال، وقسمة الغلّة[٦]، ولو وقف الكلَ، ثم استُحق جزء[٧] منه، بطل فى الباقى عند محمد؛ لأن الشيوعَ مقارن[٨]، كما فى الهبة[٩].

بخلاف[١٠] ما إذا رجع الواهب فى البعض، أو رجع الوارث فى الثلثين بعد موت المريض، وقد وهب، أو وقف فى مرضه، وفى المال[١١] ضيق؛ لأن الشيوع فى ذلك طارئ[١٢]، ولو استُحق جزء مميز بعينه لم يبطل فى الباقى لعدم الشيوع، ولهذا جاز فى الابتداء[١٣]، وعلى هذا الهبة

---

(١) استثناء من قول أبى يوسف.

(٢) قوله: "لأنه إلخ" أى لأن محمدا يعتبر الوقف الشائع فيما لا يحتمل القسمة بجواز الهبة والصدقة المنفذة، وهى التى سلمت إلى الفقير، وجعلت مملوكة له، والشيوع فيهما لا يمنع. (ب)

(٣) قوله: "فيما لا يحتمل" بأن كان الموضع الذى وقفه صغيراً لا يصلح بما أراده الواقف. (ب)

(٤) قوله: "فى غاية القبح" أى جواز وقف المشاع فى ما لا يحتمل القسمة يحتاج فيه إلى التهايئ والتهايؤ فيه يؤدى إلى أمر قبيح. (ف)

(٥) أى وقف المشاع فى غيرهما.

(٦) ذكره تفريعا لمسألة القدورى. (ب)

(٧) كالثلث والربع.

(٨) قوله: "لأن الشيوع مقارن" لأن حق المستحق كان ثابتًا فى الموقوف حال الوقف، فلم يتم القبض، وهو شرط عنده، كما فى الهبة المشاعة المقارنة للشيوع. (ب)

(٩) إذا وهب الكل، ثم ظهر الحق بطلت. (ف)

(١٠) حيث لا تبطل الهبة.

(١١) أى لا مال له سواه. (ب)

(١٢) عارض.

(١٣) بأن يقف البعض فقط. (ف)

والصدقة المملوكة[١].

قال[٢]: ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع[٣] أبدًا، وقال أبو يوسف: إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز، وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم. لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك[٤]، وأنه يتأبد كالعتق، فإذا كانت الجهة[٥] يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه، فلهذا كان التوقيت مبطلا له[٦] كالتوقيت فى البيع[٧]. ولأبى يوسف: أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى، وهو موفّر عليه؛ لأن التقرب تارةً يكون فى الصرف إلى جهة تنقطع، ومرة بالصرف إلى جهةٍ تتأبد، فيصح فى الوجهين[٨]. وقيل: إن التأبيد شرط بالإجماع إلا أن عند أبى يوسف لا يشترط ذكر التأبيد؛ لأن لفظة الوقف والصدقة

(١) قوله: "وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة" فإنه لو استحق منها جزء شائع بطلت، ولو استحق جزء معين منها لا تبطل. (فتح القدير)

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) قوله: "بجهة لا تنقطع [كالمساكين ومصالح المسجد. ف]" مثل أن يقول: على كذا وكذا، ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلا. (عناية)

(٤) قوله: "بدون التمليك [أى لا إلى مالك. عناية]" قيل: فى كلام المصنف نظر؛ لأنه ذكر فى أول كتاب الوقف بأن الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف، فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف، وقال: ههنا موجبه زوال الملك. وأجيب بأن هذا قول محمد، وهو رواية عن أبى حنيفة، والمذكور فى أول الكتاب هو قوله فى رواية أخرى: وقيل: أراد ههنا ما حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه، فح يخرج الوقف عن ملك الواقف اتفاقًا. (عناية)

(٥) كما إذا وقف على أولاده فقط.

(٦) قوله: "كان التوقيت مبطلا له" كما إذا وقف داره عشرين سنة. (ب)

(٧) أى عشرة أيام مثلا.

(٨) قوله: "فيصح فى الوجهين" وعلى هذا إذا انقطعت الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حيًا، وإلى ملك ورثته إن كان ميتًا. ولقائل أن يقول: هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبى يوسف؛ لأنه قال: وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم، وذلك يدل على أن التأبيد شرط.
والجواب أن المروى عن أبى يوسف أمران: أحدهما: لا يشترط التأبيد أصلا، والثانى: أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره والمصنف أشار إلى الأول فى الدليل، وإلى الثانى فى المذهب. (ب)

منبئة عنه؛ لما بينا أنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق، ولهذا قال فى "الكتاب"[١] فى بيان قوله: وصار بعدها للفقراء، وإن لم يسمهم، وهذا[٢] هو الصحيح. وعند محمد: ذكر التأبيد شرط؛ لأن هذا[٣] صدقة بالمنفعة، أو بالغلّة، وذلك قد يكون موقتًا، وقد يكون مؤبدًا، فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد، فلا بد من التنصيص.

قال[٤]: ويجوز وقف العقار؛ لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه[٥]، ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول، قال[٦]: وهذا[٧] على الإرسال قول أبى حنيفة. وقال أبو يوسف: إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها[٨]، وهم عبيدة جاز، وكذا سائر آلات الحراثة؛ لأنه[٩] تبع للأرض فى تحصيل ما هو المقصود[١٠]، وقد يثبت من الحكم تبعًا ما لا يثبت مقصودًا كالشرب فى البيع، والبناء فى الوقف[١١]، ومحمدٌ معه فيه[١٢]؛ لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول[١٣] بالوقف عنده، فلأن يجوز الوقفُ فيه تبعًا

(١) أى مختصر القدورى.
(٢) أى كون التأبيد شرطًا دون ذكره عنده. (ب)
(٣) أى الوقف.
(٤) أى القدورى. (ب)
(٥) قوله: "وقفوه" وقد مر أن عمر وقف أرضا يسمى ثمغ، وفى "الخلافيات" للبيهقى: تصدق أبو بكر بداره بمكة، وتصدق على بأرضه وداره بمكة، وتصدق عثمان برومة، وكذلك غيرهم. (ب)
(٦) أى المصنف. (ب)
(٧) قوله: "وهذا" أى قول القدورى على الإطلاق قصدًا، أو تبعًا كراعًا أو غيره تعاملوا فيه. (عناية)
(٨) قوله: "وأكرتها" الأكرة بفتحات الحراثون، كذا قال ابن الهمام.
(٩) أى المذكور من الأشياء. (ب)
(١٠) وهو الغلة. (ب)
(١١) مع أنه لا يجوز بيع الشرب، ووقف البناء قصدًا. (ب)
(١٢) قوله: "..." أى فى جواز وقف المنقول تبعًا.
(١٣) قوله: "افـ د بعض المنقول" أى فى ما تعارف الناس وقفه كالمنشار والفأس والمصحف والقدور،

أولى. وقال محمد: يجوز حبس الكراع والسلاح[١] معناه[٢] وقفُه في سبيل الله، وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا[٣]، وهو استحسان، والقياسُ أن لا يجوز؛ لما بينا من قبل[٤]، وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السّلام: «أما خالد[٥] فقد حبس أدْرُعًا[٦] وأفراسًا[٧] له في سبيل الله تعالى»*، "وطلحةُ حبس دروعه في سبيل الله تعالى"**، ويُروى: "وأكراعه"، والكُراع الخيل، ويدخل في حكمه الإبل[٨]؛ لأن العرب يُجاهدون عليها، وكذا السِلاح يحمل عليها.

وعن محمد: أنه يجوز وقف ما فيه تعاملٌ من المنقولات كالفأس[٩]

وما لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز كوقف الثياب وغيره من الأمتعة. (ب)

(١) قوله: "الكراع [المراد به الخيل. ع]" بالضم: بچه گوسپند وگاؤ وآں بمنزله وظلف است مر اسپ وشتر را جمعه أكرع بفتح الأول وبضم الراء وأكارع. (من)

(٢) أي معنى الحبس. (ب)

(٣) أي المشايخ. (ب)

(٤) من أن المنقول لا يتحقق التأبيد فيه؛ لعدم بقاءه.

(٥) قوله: "وأما خالد إلخ" في "الصحيحين" عن أبي هريرة: "بعث رسول الله ﷺ عمر على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس رضي الله عنهم، فقال رسول الله: ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله وأما خالد: فإنكم تظلمونه، وقد حبس أدراعه وأعتده في سبيل الله وأما العباس: فصدقته علي". والأدراع جمع درع، والأعتد ما أعده الرجل من السلاح وغيره، وما ذكره المصنف من رواية حبس طلحة، فغريب لا أصل له. ورواية الأكراع غير صحيحة بوجهين: أحدهما: أنه لم ينقل عن أحد من الرواة، والآخر: من جهة اللفظ، وهو أن كراع على وزن فعال، ولم يسمع جمعه على وزن أفعال. (ب)

(٦) قوله: "أدرعا" درع الحديد بالكسر زره آهن مؤنث، وجمعه دروع وأدرع. (منتهى الأرب)

(٧) أفراس بالفتح جمع فرس. (من)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٨ص١٤٦. (نعيم)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٩، وانظر في الدراية ج٢ تحت الحديث ٧٥٨ص١٤٦. (نعيم)

(٨) فيجوز وقفه.

(٩) قوله: "كالفأس" فأس بالفتح تبر جمعه أفؤس كأفلس، والمر بفتح الميم وتشديد الراء المهملة رسن وكلند، كذا في "منتهى الأرب". وقال العيني: هو الآلة التي يعمل بها في الطين، والقدوم بالفتح كصبور تيشه جمعه قدائم وقدم ككتب، والمنشار بالكسر آره، والجنازة بكسر الجيم السرير الذي يحمل عليه الميت ونحوه، وبالفتح الميت المحمول، وقيل: بالعكس، والقدور جمع القدر ما يطبخ فيه اللحم، والمراجل بالفتح جمع مرجل

والمرّ والقدوم والمنشار والجِنازة وثيابها[١]، والقُدور والمَراجل والمصاحف. وعند أبي يوسف لا يجوز؛ لأن القياس إنما يترك بالنص، والنص ورد في الكُراع والسِّلاح، فيقتصر عليه.

ومحمد يقول: القياس قد يترك بالتعامل، كما في الاستصناع، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء[٢]. وعن نصير بن يحيى[٣]: أنه وقف كتبه إلحاقًا لها بالمصحف، وهذا صحيح[٤]؛ لأن كل واحد يمسك للدين تعليمًا وتعلمًا وقراءةً، وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد[٥]، وما لا تعامل فيه[٦] لا يجوز عندنا وقفه.

وقال الشافعي: كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله، ويجوز بيعه[٧] يجوز وقفه؛ لأنه يمكن الانتفاع به، فأشبه العقار والكراع والسلاح. ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد منه على ما بيناه[٨]، فصار كالدراهم والدنانير، بخلاف العقار[٩]، ولا معارض من حيث السمع[١٠]، ولا من حيث التعامل[١١]،

بالكسر ديگ سنگين، كذا في "منتهى الأرب".

وقال العيني: الفرق بين القدر والمرجل أن المرجل لا يكون إلا من نحاس، والقدر قد تعمل من الطين، وفي "الغياث": قدر بالكسر ديگ خواه كوچک باشد يا كلان.

(١) أي ثياب الجنازة هي التي تستر بها. (ب)

(٢) أي ثياب الجنازة هي التي تستر بها. (ب)

(٣) تلميذ الحسن بن زياد. (ب)

(٤) قوله: "وهذا [أي قول نصير. ب] صحيح" قال قاضي خان: اختلف المشايخ في وقف الكتب، وجوزه أبو الليث، وعليه الفتوى. (ب)

(٥) في جواز وقف الأشياء المذكورة.

(٦) قوله: "وما لا تعامل فيه" أي من المنقولات كالثياب، والحيوانات وغيرها. (ب)

(٧) احترز به عن حمل الناقة. (ب)

(٨) من أنه يشترط التأبيد.

(٩) جواب عن اعتبار الشافعي بالعقار. (ع)

(١٠) قوله: "ولا معارض من حيث السمع" جواب عن قوله: فأشبه الكراع، ووجهه أن الأصل أن لا يجوز وقفه أيضًا كالدراهم إلا أنا تركناه بمعارض من حيث السمع. (عناية)

فبقى على أصل القياس، وهذا(١) لأن العقار يتأبد، والجهاد سَنَام الدين، فكان معنى القُربة فيهما أقوى، فلا يكون غيرهما فى معناهما.

قال(٢): وإذا صح(٣) الوقف لم يجز بيعه، ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعًا عند أبى يوسف، فيُطلب الشريك القسمة، فيصح مقاسمته، أما امتناع التمليك، فلما بينا(٤). وأما جواز القسمة فلأنها تمييز وإفراز غاية الأمر أن الغالب فى غير المكيل والموزون(٥) معنى المبادلة(٦) إلا أن فى الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرًا للوقف، فلم يكن بيعًا وتمليكًا.

ثم(٧) إن وقف نصيبه من عقار مشترك، فهو(٨) الذى يقاسم شريكه؛ لأن الولاية إلى الواقف(٩)، وبعد الموت إلى وصيه(١٠)، وإن وقف نصف عقار خالص له(١١)، فالذى(١٢) يقاسمه القاضى(١٣)، أو يبيع(١٤) نصيبه الباقى

---

(١١) قوله: "ولا من حيث التعامل" جواب عما يقال: المعارض من حيث السمع ليس فى صورة المر والقدوم، فلتكن هذه الصورة مقيسة على ذلك، ووجه ذلك أن لها معارض من حيث التعامل، وليس بموجود فى صورة النزاع. (عناية)

(١) قوله: "وهذا إلخ" استظهار على أن إلحاق غير العقار والكراع بهما غير جائز. (عناية)

(٢) أى القدورى. (ب)

(٣) أى لزم. (ف)

(٤) أى ما روى من حديث تصدق بأصلها لا تباع ولا توهب. (ع)

(٥) وكذا فى غير العددى المتقارب.

(٦) قوله: "معنى المبادلة" القسمة تعيين الحق أى تمييز كل مما يتولى صاحبه إثباته وإسقاطه، وهى تتضمن معنى الإفراز والمبادلة، فإن ما اجتمع لكل كان بعضه له، وبعضه لصاحبه، فباعتبار الأول إفراز، وبالثانى مبادلة إلا أن أحدهما راجح فى بعض المواد، فرجح التمييز المحض فى المكيل والموزون والمعدود المتقارب لعدم التفاوت بين أبعاضه، وغلب المبادلة فى غير المثلى من العقار، وسائر المنقولات المتفاوتة. (جامع الرموز)

(٧) ذكره تفريعا لمسألة القدورى. (ب)

(٨) لا القاضى.

(٩) أى عند أبى يوسف، وجواز وقف المشاع إنما هو عنده. (ف)

(١٠) هذا إذا طلب الشريك القسمة بعد موته.

(١١) قوله: "خالص له" صفة عقار أى لو كان له عقار مائة ذراع، وهو خالص له، ولا شركة لغيره فيه، فوقف منه خمسين ذراعا وجب أن يكون المقاسم هو غير الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالبًا

من رجل، ثم يقاسمه المشترى، ثم يشترى[1] ذلك منه؛ لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِمًا ومقاسَمًا، ولو كان فى القسمة فضل دراهم[2] إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف، وإن أعطى[3] الواقفُ جاز، ويكون بقدر الدراهم شراء.

قال[4]: والواجب أن يبتدئ من ارتفاع الوقف[5] بعمارته شرط ذلك الواقف، أو لم يشترط؛ لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدًا[6]، ولا يبقى دائمة إلا بالعمارة، فيثبت[7] شرط العمارة اقتضاء، ولأن الخراج بالضمان[8]، وصار[9] كنفقة العبد الموصى بخدمته، فإنها على الموصى

ومطالبًا، فإن مقاسم النصف الذى هو الواقف مطالب من مالك النصف الذى هو غير واقف، ومالك النصف يطالب، وهو الواقف نصفه القاسم لنصف الوقف، فكان مطالبًا ومطالبًا. (ع)

(١٢) مبتدأ.

(١٣) خبر.

(١٤) أى الواقف. (ب)

(١) أى الواقف. (ب)

(٢) قوله: "فضل دراهم" بأن كان أحد النصيبين أجود، فدعت الضرورة إلى إدخال الدراهم فى القسمة، أو تراضيا، فإن إدخال الدراهم فى القسمة لا يجوز إلا بالتراضى، أو بالضرورة على ما سيأتى فى كتاب القسمة.
فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم، أو يعطيها، فإن كان الأول لم يجز له؛ لأنه يعطى بمقابلة الدراهم شيئًا من الوقف، وبيع الوقف لا يجوز، وإن كان الثانى جاز؛ لأنه ح يشترى شيئًا بمقابلة الدراهم، ويقفه وهو جائز. (عناية)

(٣) مبنى للفاعل. (ب)

(٤) أى القدورى. (ب)

(٥) أى محاصله.

(٦) أى المستحقين.

(٧) وإن لم يذكره الواقف.

(٨) قوله: "ولأن الخراج بالضمان إلخ" قال الأكمل فى "العناية": هذا لفظ الحديث، وهو من جوامع الكلم ولإحرازه معانٍ جمة جرى مجرى المثل، واستعمل فى كل مضرة بمقابلة منفعة، ومعناه ههنا أن غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة أيضًا عليهم، ولم يبين الأكمل أصل الحديث، فنقول: أخرجه أبو عبيد فى "كتاب غريب الحديث" من حديث عائشة وعروة. (ب)

(٩) أى عمارة الوقف. (ف)

له[١] بها. ثم إن كان الوقف على الفقراء، ولا يُظفر بهم[٢]، وأقرب أموالهم هذه الغلّة، فيجب فيها، ولو كان الوقف على رجل بعينه، وآخره للفقراء، فهو في ماله[٣] أي ماله شاء في حال حياته.

ولا يؤخذ من الغلة[٤]؛ لأنه[٥] معين يمكن مطالبته، وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه.

وإن خرب يبنى على ذلك الوصف[٦]؛ لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفةً إلى الموقوف عليه، فأما الزيادة على ذلك، فليست بمستحقة عليه[٧]. والغلّة مستحقة له، فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه، ولو كان الوقف على الفقراء[٨]، فكذلك عند البعض[٩]، وعند الآخرين يجوز ذلك[١٠]، والأول أصح[١١]؛ لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف، ولا ضرورة في الزيادة.

قال[١٢]: فإن وقف داراً على سكنى ولده، فالعمارة على من له السكنى؛ لأن الخراج بالضمان على ما مر، فصار كنفقة العبد الموصى

(١) لأن النفع يعود إليه، فالضمان أيضًا عليه.

(٢) لأنهم لا يحصون. (ب)

(٣) وهو يعطى إن شاء من غلته، أو من غيرها. (ف)

(٤) قوله: "ولا يؤخذ من الغلة" أي حتمًا لأنه قال: فهو في ماله، وهذه الغلة أيضًا ماله، فلو لم يقيد بذلك تناقض آخر كلامه أوله. (ع)

(٥) أي الموقوف عليه. (عناية)

(٦) أي الذي كان الواقف وقفه عليه. (ب)

(٧) أي على الواقف. (ب)

(٨) يعني لا على رجل بعينه. (ع)

(٩) قوله: "فكذلك عند البعض" أي لا تجوز الزيادة على البناء على الصفة التي وقفه الواقف عليها.(ب)

(١٠) أي ما يعمل من الزيادة. (ب)

(١١) أي عدم جواز الزيادة. (ب)

(١٢) أي القدوري. (ب)

بخدمته. فإن امتنع[(١)] ذلك، أو كان فقيراً آجرها الحاكم، وعمّرها بأجرتها، وإذا عمّرها ردها إلى من له السكنى؛ لأن في ذلك رعاية الحقين: حق الواقف، وحق صاحب السكنى؛ لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا.

والأول أولى[(٢)]، ولا يجبر الممتنع[(٣)] على العمارة؛ لما فيه من إتلاف ماله، فأشبه امتناعَ صاحب البذور[(٤)] في المزارعة، فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه؛ لأنه في حيز التردد[(٥)]، ولا يصح إجارة من له السكنى[(٦)]؛ لأنه غير مالك[(٧)].

قال[(٨)]: وما انهدم من بناء الوقف وآلته[(٩)]، صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته، فيصرفه فيها؛ لأنه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد، فيحصل مقصود الواقف، فإن مست الحاجة إليه[(١٠)] في الحال صرفها فيها[(١١)]، وإلا[(١٢)]

---

(١) أي الموقوف عليه.

(٢) قوله: "والأول أولى" أي إجارة الحاكم، وعمارته أولى من الثاني، وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله: ولو لم يعمرها؛ لأن الجمع بين المصلحتين أولى من إبطال أحدهما. (ف)

(٣) أي عن عمارة الوقف.

(٤) قوله: "فأشبه امتناع صاحب البذر" فإنه إذا عقدا عقد المزارعة، وعلى أحدهما البذر، فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك. (ف)

(٥) قوله: "في حيز التردد" وبيانه أن الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه، ويحتمل أن يكون لنقصان ما له في المال، ولرجاءه إصلاح القاضي وعمارته، ثم رده إليه. (ع)

(٦) إضافة المصدر إلى فاعله. (عناية)

(٧) قوله: "لأنه غير مالك" لأن الإجارة تمليك المنافع بعوض، والتمليك إنما يتحقق من المالك، وههنا من له السكنى ليس بمالك، وإنما أبيحت له منفعة السكنى، ونوقض بالمستأجر، فإن له أن يؤجر الدار، وليس لمالكها، وأجيب بأنه مالك للمنفعة، وأقيمت مقام العين في ابتداء العقد. (ب)

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) قوله: "وآلته" يحتمل أن يكون معطوفا مجروراً على البناء يعني ما انهدم من آلة الوقف بأن بلي خشب الوقف وفسد، ويحتمل أن يكون معطوفًا على ما الموصولة، وهو المنقول عن الثقات؛ لأنه لا يقال: انهدمت الآلة. (ن)

(١٠) أي إلى أن يعمر الوقف.

أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أوان الحاجة فيبطل المقصود، وإن تعذر إعادة عينه[1] إلى موضعه بيع، وصُرف ثمنه إلى المرمّة[2] صرفًا للبدل إلى مصرف المبدل.

ولا يجوز[3] أن يقسمه يعنى النُقض[4] بين مستحقى الوقف؛ لأنه جزء من العين[5]، ولا حق للموقوف عليهم فيه، وإنما حقهم فى المنافع، والعين حق الله تعالى، فلا يصرف إليهم غير حقهم.

قال[6]: وإذا جَعَل الواقفُ غلّة الوقف لنفسه، أو جَعَلَ الولاية إليه جاز عند أبى يوسف، قال[7]: ذكر فصلين: شرط الغلّة لنفسه، وجعل الولاية إليه. أما الأول[8]: فهو جائز عند أبى يوسف[9]، ولا يجوز على قياس قول محمد، وهو قول هلال الرازى[10]، وبه قال الشافعى.

---

(١١) أى ما انهدم من البناء والآلة.

(١٢) أى وإن لم يحتج إليه فى الحال.

(١) قوله: "وإن تعذر إعادة عينه" بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه. (ف)

(٢) قوله: "إلى المرمة" أى إلى الإصلاح يقال: رم يرم رما ومرمة إذا أصلحه. (ب)

(٣) هذا لفظ القدورى. (ب)

(٤) قوله: "يعنى النقض" هو بضم النون البناء المنقوض، والجمع نقوض، وعن الجوهرى النقض بالكسر لا غير، كذا فى "المغرب". (ك)

(٥) أى عين الوقف.

(٦) أى القدورى. (ب)

(٧) أى المصنف. (ب)

(٨) أى جعل الغلة لنفسه.

(٩) قوله: "عند أبى يوسف" قال الولوالجى فى فتاواه: مشايخ بلخ أخذوا بقوله، والصدر الشهيد كان يفتى به. (ب)

(١٠) قوله: "وهو قول هلال الرازى [هو من أصحاب يوسف بن خالد البصرى، وهو من أصحاب أبى حنيفة. ف]" هو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى الرائى، وإنما نسب إلى الرائى؛ لأنه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم، ووقع فى "المبسوط" و "الذخيرة": الرازى، وفى "المغرب": هو تصحيف، بل هو الرائى؛ لأنه من أهل البصرة، لا من أهل الرى. (ف)

وقيل: إن الاختلاف[١] بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز[٢]، وقيل[٣]: هي مسألة مبتدأة. والخلاف[٤] فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته، وبعد موته للفقراء، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته، وبعد موته للفقراء سواء[٥]، ولو وَقَفَ وَشَرَطَ البعض، أو الكل لأمهات أولاده، ومدبريه ما داموا أحياء، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين، فقد قيل: يجوز بالاتفاق[٦]، وقد قيل: هو على الخلاف[٧] أيضًا، وهو الصحيح؛ لأن اشتراطه لهم[٨] في حياته كاشتراطه لنفسه[٩].

وجه قول محمد: أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه[١٠]، فاشتراط البعض، أو الكل لنفسه يبطله؛ لأن التمليك من نفسه لا يتحقق، فصار كالصدقة المنفذة[١١]، وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه.

---

(١) أي بين أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة.

(٢) قوله: "اشتراط القبض [أي قبض المتولي] والإفراز" يعني عند أبي يوسف لا يشترط ذلك خلافًا لمحمد، فلا جرم أبو يوسف صحح شرط الغلة لنفسه؛ لأنه لا يشترط القبض والإفراز، ومحمد لم يصححه؛ لأنه يشترط. (ب)

(٣) هذا هو أوجه. (ف)

(٤) بين أبي يوسف ومحمد.

(٥) هكذا ذكر الفقيه أبو جعفر. (ب)

(٦) قوله: "بالاتفاق" وهو رواية "المبسوط" و "الذخيرة" و "فتاوى قاضي خان"، وهو ظاهر على قول أبي يوسف، وفرق في "المبسوط" عند محمد بين اشتراط الغلة لنفسه حيث لا يجوز، وبين الاشتراط لأمهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن، ولمدبريه كشرطه لنفسه بأن حريتهم تثبت بموته، فيكون الوقف عليهم كالوقف على الأجانب، فيكون ثبوته لهم حالة حياته تبعًا لما بعد موته. (ف)

(٧) فعند أبي يوسف يجوز، وعند محمد لا يجوز.

(٨) أي لأمهات الأولاد ومدبريه. (عناية)

(٩) فيجوز كما يجوز اشتراطه لنفسه عند أبي يوسف، لا عند محمد.

(١٠) أي بطريق التقرب إلى الله. (عناية)

(١١) قوله: "فصار كالصدقة المنفذة" فإنه لا يجوز أن يسلم قدرًا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له، وبعض بقعة المسجد لنفسه بالجر عطف على قوله: كالصدقة، وهو لا يجوز؛ لأنه جعل بعض الغلة لنفسه. (ع)

ولأبى يوسف ما روى: «أن النبى عليه السّلام كان يأكل من صدقته[(١)]»*، والمراد منها صدقته الموقوفة، ولا يحل الأكل منها[(٢)] إلا بالشرط، فدل على صحته[(٣)]، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه[(٤)]. فإذا شرط البعض، أو الكل لنفسه، فقد جعل ما صار مملوكًا لله تعالى لنفسه، لا أن يَجعل ملكَ نفسه لنفسه، وهذا[(٥)] جائز، كما إذا بنى خانًا، أو سقاية، أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله[(٦)]، أو يشرب منه[(٧)]، أو يدفن فيه[(٨)]، ولأن مقصوده القربةُ، وفى التصرف إلى نفسه ذلك قال عليه السلام[(٩)]: «نفقة الرجل على نفسه صدقة»**. ولو شَرَطَ الواقف أن يستبدل به[(١٠)] أرضًا أخرى إذا شاء ذلك، فهو جائز[(١١)] عند أبى يوسف، وعند محمد الوقف جائز، والشرط باطل[(١٢)].

---

(١) قوله: "كان يأكل من صدقته" قلت: غريب، وفى "مصنف ابن أبى شيبة" فى باب الأحاديث التى اعترض بها على أبى حنيفة: حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه ألم تر أن حجراً أخبرنى أن فى صدقة رسول الله ﷺ **يأكل** منها أهلها بالمعروف غير المنكر. (ف)

* راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٥٩ص١٤٦. (نعيم)

(٢) فإن بدون الشرط لا يحل بالإجماع. (ب)

(٣) أى صحة الشرط.

(٤) قوله: "على ما بيناه" إشارة إلى ما ذكر عند قوله: ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد إلخ بقوله: لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك. (ب)

(٥) أى جعل المملوك لله لنفسه.

(٦) أى فى الخان.

(٧) أى من السقاية.

(٨) أى فى الأرض الذى جعل مقبرة.

(٩) رواه ابن ماجة وغيره. (ت)

** راجع نصب الراية ج٣ ص٤٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٠ص١٤٦. (نعيم)

(١٠) أى بوقفه.

(١١) هذا استحسان. (ف)

(١٢) قوله: "والشرط باطل" لأن هذا الشرط لا يؤثر فى المنع من زواله، الوقوف يتم بدون ذلك، ولا ينعدم

ولو شَرَطَ الخيارَ لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط[1] عند أبي يوسف، وعند محمد الوقف باطل، وهذا بناء على ما ذكرنا[2]. وأما فصل الولاية فقد نص[3] فيه على قول أبي يوسف، وهو قول هلال أيضًا، وهو ظاهر المذهب، وذكر هلالٌ في وقفه[4]، وقال أقوام[5]: إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية. قال مشايخنا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد؛ لأن من أصله[6] أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف، فإذا سلم لم يبقَ له ولاية فيه.

ولنا[7] أن المتولّي[8] إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه، فيستحيل أن لا يكون له الولاية، وغيره يستفيد الولاية منه، ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف، فيكون أولى لولايته، كمن اتخذ مسجدًا يكون أولى بعمارته[9]،

به معنى التأبيد. (عناية)

(١) قوله: "جاز الوقف والشرط" إنما قيد بقوله: ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف. (ب)

(٢) قوله: "على ما ذكرنا" إشارة إلى أن جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف، فإنه لما جاز أن يستثني الواقف غلة الوقف لنفسه ما دام الواقف حيًا، فكذلك يجوز اشتراط الخيار خلافًا لمحمد. (ع)

(٣) أي القدوري. (ع)

(٤) أي في كتاب الوقف له.

(٥) أي بعض المشايخ. (ب)

(٦) قوله: "لأن من أصله إلخ" الدليل على هذا ما ذكره محمد في "السير": إذا وقف ضيعة، وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط الولاية لنفسه. قال قاضي خان: هذه المسألة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولي شرط لصحة الوقف، فلا يبقى له ولاية بعد التسليم، وأما على قول أبي يوسف: فالتسليم إلى المتولي ليس بشرط، فكانت الولاية للواقف، وإن لم يشترط. (ع)

(٧) استدلال على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب. (ف)

(٨) قوله: "أن المتولي إلخ" لقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطًا؛ لأنه بالتسليم يخرج عن ملكه، فيصير أجنبيًا. (ف)

(٩) قوله: "يكون أولى بعمارته إلخ" أما العمارة فلا خلاف فيه أنه أولى به، وأما نصب المؤذن والإمام، فقال أبو نصر: هو لأهل المحلة، وليس الباني أحق منهم. وقال أبو بكر الإسكاف: الباني أحق بنصبهما، قال أبو الليث: وبه نأخذ إلا أن يريد إمامًا ومؤذنًا، والقوم يريدون الأصلح. (ف)

ونصب المؤذن فيه، وكمن أعتق عبداً كان الولاء له؛ لأنه[١] أقرب الناس إليه[٢]. ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه، وكان الواقف غير مأمون على الوقف، فللقاضي أن ينزعها من يده؛ نظرا للفقراء، كما له أن يخرج الوصي؛ نظراً للصغار، وكذا إذا شرط أن ليس لسلطان، ولا لقاضٍ أن يخرجها من يده، ويولّيها غيره؛ لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل.

فصل[٣]

وإذا[٤] بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه، ويأذن للناس بالصلاة فيه، فإذا صلى فيه واحد، زال عند أبي حنيفة عن ملكه، أما الإفراز، فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به.

وأمّا الصلاة فيه، فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد، ويشترط تسليم نوعه[٥]، وذلك في المسجد بالصلاة فيه، أو لأنه لما تعذر القبض[٦] يقام تحقق المقصود مقامه[٧]، ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في روايةٍ عن أبي حنيفة، وكذا عن محمد؛ لأن فعل الجنس متعذر[٨]، فيشترط أدناه. وعن محمد أنه يشترط الصّلاة بالجماعة[٩]؛ لأن المسجد بني

(١) أي المعتق بالكسر.

(٢) أي إلى المعتق بالفتح.

(٣) قوله: "فصل" لما كان أحكام هذا الفصل غير الأحكام التي قبله فصل ذلك بنصل على حدة. (ب)

(٤) هذا كله لفظ القدوري. (ب)

(٥) أي يشترط التسليم في كل شيء بما يليق به. (ب)

(٦) فإن حقيقة القبض لله تعالى.

(٧) وهو الصلاة.

(٨) قوله: "لأن فعل الجنس متعذر" فلهذا يكتفي بصلاة المنفرد، واختلفوا في صلاة الواقف بنفسه، والصحيح أنه لا يكفي؛ لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة، وقبضه من نفسه لا يكفي. (ف)

(٩) قوله: "يشترط الصلاة بالجماعة" لأنها المقصود بالمسجد، لا مطلق الصلاة؛ لأنها تتحقق في غيره أيضاً، فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة، ولهذا يشترط كونها بأذان وإقامة عندهما.
ولو جعل له مؤذناً وإماماً فأذن وأقام وصلى وحده، صار مسجداً بالاتفاق؛ لأن أداء الصلاة على هذا الوجه

لذلك في الغالب.

وقال أبو يوسف: يزول ملكه بقوله[١]: جعلته مسجداً؛ لأن التسليم[٢] عنده ليس بشرط؛ لأنه[٣] إسقاط لملك العبد، فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد، وصار كالإعتاق[٤]، وقد بيناه من قبل[٥].

قال[٦]: ومن جعل مسجداً تحته سِرداب[٧]، أو فوقه بيتٌ، وجَعَل باب المسجد إلى الطريق، وعَزَله عن ملكه، فله أن يبيعه[٨]، وإن مات يُورث عنه؛ لأنه لم يَخلص لله تعالى؛ لبقاء حق العبد متعلقاً به، ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز، كما في مسجد بيت المقدس[٩].

وروى الحسن[١٠] عنه[١١] أنه قال: إذا جَعَلَ السفل مسجداً، وعلى ظهره مسكن، فهو مسجد؛ لأن المسجد مما يتأبد، وذلك يتحقق في السفل دون العلو. وعن محمد على عكس هذا[١٢]؛ لأن المسجد معظم، وإذا كان

كالجماعة، ولهذا قالوا: يكره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن يأتي بعده عند البعض. (ف)

(١) وإن لم يوجد الصلاة فيه.

(٢) أي إلى المتولي.

(٣) أي الوقف.

(٤) في إسقاط الملك.

(٥) قوله: "وقد بيناه من قبل" إشارة إلى ما قال عند قوله: ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة إلخ بقوله: لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك، وأن يتأبد كالعتق. (عناية)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٧) ته خانه، بكسر السين معرب سردابه، وهو بيت يتخذ للتبريد. (عناية)

(٨) أي لا يكون مسجداً، وهو ظاهر الرواية. (ع)

(٩) فإن السرداب فيه ليس بمملوك لأحد. (ب)

(١٠) ابن زياد.

(١١) عن أبي حنيفة.

(١٢) أي جعل العلو مسجداً يصح، وجعل السفل لا. (ب)

فوقه مسكن، أو مستغل[١] يتعذر تعظيمه.

وعن أبي يوسف: أنه جوّز في الوجهين[٢] حين قدم بغداد، ورأى ضيق المنازل، فكأنه اعتبر الضرورة، وعن محمد: أنه حين دخل الريّ أجاز ذلك كله لما قلنا[٣].

قال[٤]: وكذلك إن اتخذ وسط داره[٥] مسجدًا، وأذن للناس بالدخول فيه يعني له أن يبيعه ويورث عنه؛ لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع، وإذا كان ملكُه محيطًا بجوانبه، كان له حقُ المنع، فلم يصر مسجدًا؛ لأنه أبقى الطريق لنفسه، فلم يخلص[٦] لله تعالى.

وعن محمد: أنه لا يُباع، ولا يورث، ولا يوهب اعتبره[٧] مسجدًا، وهكذا عن أبي يوسف أنه يصير مسجدًا؛ لأنه لما رَضِيَ بكونه مسجدًا، ولا يصير[٨] مسجدًا إلا بالطريق دخل فيه الطريق، وصار مستحقًا كما يدخل[٩] في الإجارة من غير ذكر.

قال: ومن اتخذ أرضه مسجدًا لم يكن له[١٠] أن يرجع فيه، ولا يبيعه،

---

(١) قوله: "أو مستغل" المراد بالمستغل أن يؤجر منه شيء لأجل عمارته. (الرد المحتار)
اللّهم اغفر لكاتبه، ولمن سعى فيه ولوالديهم أجمعين، آمين ثم آمين يا ربّ العالمين

(٢) يعني إذا كان تحته سرداب، أو فوقه بيت. (ب)

(٣) من الضرورة. (ع)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (ب)

(٥) قوله: "وسط داره" بسكون السين؛ لأنه اسم مبهم لداخل صحن الدار، لا شيء معين. (عناية)

(٦) قوله: "فلم يخلص" حتى لو عزله، وجعل بابه إلى الطريق الأعظم صار مسجدًا. (عناية)

(٧) أي محمد.

(٨) الواو حالية.

(٩) أي الطريق.

(١٠) قوله: "لم يكن إلخ" اعلم أن وقف المسجد يخالف سائر الأوقاف في عدم اشتراط التسليم إلى المتولي فيه عند محمد، وفي منع الشيوع عند أبي يوسف، وفي خروجه عن ملك الواقف عند الإمام، وإن لم يحكم به حاكم، كما في "الدرر" وغيره. (الرد المحتار)

ولا يورث عنه ؛ لأنه يحرز عن حق العباد، وصار خالصًا لله تعالى، وهذا[١] لأن الأشياء كلها لله تعالى، وإذا أسقط العبدُ ما ثبت من الحق، رجع إلى أصله، فانقطع[٢] تصرفه عنه، كما في الإعتاق[٣]، ولو خرب ما حول المسجد واستُغْنِيَ عنه[٤]، يبقى مسجدًا عند أبي يوسف؛ لأنه إسقاط منه، فلا يعود إلى ملكه.

وعند محمد عاد إلى ملك الباني[٥]، أو إلى وارثه بعد موته؛ لأنه عيّنه لنوع قربةٍ[٦]، وقد انقطعت، فصار كحصير المسجد أو حشيشه[٧] إذا استغنى عنه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش: إنه يُنقل إلى مسجد آخر. قال[٨]: ومن بنى سقاية[٩] للمسلمين، أو خانًا يسكنه بنو السبيل[١٠]، أو رباطًا. أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك[١١] حتى

(١) توضيح للخلوص.

(٢) وهو ملك الله تعالى.

(٣) فإن العبد بعد عتقه يرجع إلى أصله، وهو الحرية.

(٤) قوله: "واستغنى عنه" أي استغنى أهل المحلة، أو القرية عن الصلاة فيه بأن كان في قرية فخربت وحولت مزارع. (ف)

(٥) قوله: "عاد إلى ملك الباني" قال في "النهاية": في الحقيقة هذا مبني على ما بيناه، فإن أبا يوسف لا يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً، فكذلك في الانتهاء، وإن ترك الناس الصلاة فيه.
وحكي أن محمداً مر بمزبلة، وقال: هذا مسجد أبي يوسف يريد أنه لما لم يعد إلى ملك الناس يصير مزبلة عند تطاول الناس والمدة، ومر أبو يوسف بإصطبل، فقال: هذا مسجد محمد يريد أنه لما قال: يعود ملكًا، فربما يجعله المالك إصطبلا. (ع)

(٦) وهو أداء الصلاة.

(٧) قوله: "فصار كحصير المسجد وحشيشه" وعند أبي يوسف ينقل هذا إلى مسجد آخر، وكذا قنديله. (ب)

(٨) أي القدوري. (ب)

(٩) قوله: "سقاية" بكسر سين وبعد ألف ياء تحتانية پيمانه' آب وجاى آنكه در مساجد خزانه وآب مى باشد وآنكه مردم سقاوه بفتح أول وواو ميگويند خطا است، وخان بمعنى خانه وكاروان سراى آمده ورباط بالفتح مسافر خانه. (غث)

(١٠) أي المسافرون.

(١١) ولو سلمه إلى متولى. (ف)

يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة؛ لأنه لم ينقطع عن حق العبد.

ألا ترى أن له أن ينتفع به، فيسكن في الخان، وينزل في الرباط، ويَشرب من السقاية، ويُدفن في المقبرة، فيشترط حكم الحاكم، أو الإضافة إلى ما بعد الموت، كما في الوقف على الفقراء[1]، بخلاف المسجد[2]؛ لأنه لم يبقَ له حق الانتفاع به، فخلّص لله من غير حكم الحاكم.

وعند أبي يوسف: يزول ملكه بالقول، كما هو أصله؛ إذ التسليم[3] عنده ليس بشرط، والوقف لازم. وعند محمد: إذا استقى الناس من السقاية، وسكنوا الخان والرباط، ودفنوا في المقبرة، زال الملك[4]؛ لأن التسليم عنده[5] شرط، والشرط تسليم نوعه، وذلك بما ذكرناه[6]، ويكتفى بالواحد[7] لتعذر فعل الجنس كله[8]، وعلى هذا[9] البئر الموقوفة والحوضُ. ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها[10]؛ لأنه نائب عن الموقوف عليه، وفعل النائب كفعل المنوب عنه. وأما في المسجد: فقد قيل: لا يكون تسليمًا[11]؛ لأنه لا تدبير للمتولي فيه، وقيل: يكون تسليمًا؛ لأنه يحتاج إلى من يكنسه، ويَغْلق بابه، فإذا سلّم إليه صح

(١) فإنه يشترط فيه أيضًا أحدهما عنده.

(٢) حيث لا يحتاج فيه إلى حكم الحاكم.

(٣) أي إلى المتولي.

(٤) أي ملك الواقف.

(٥) أي عند محمد.

(٦) قوله: "وذلك بما ذكرناه" أي التسليم ههنا يحصل بالاستسقاء والسكنى والنزول والدفن. (ب)

(٧) أي في السكنى والاستسقاء والنزول والدفن.

(٨) قوله: "لتعذر فعل الجنس كله" يعني لتعذر استسقاء جميع الناس من السقاية، وسكنى الجميع في الخان والرباط، وكذا دفن الجميع في المقبرة. (ب)

(٩) أي الخلاف المذكور.

(١٠) وإن لم يوجد السكنى ونحوه.

(١١) أي ما لم يصل فيه.

التسليم.

والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل[١]؛ لأنه لا متولى له عرفًا، وقيل: هي بمنزلة السقاية، والخان فيصح التسليم إلى المتولي؛ لأنه لو نصب المتولي يصح وإن[٢] كان، بخلاف العادة.

ولو جعل دارًا له بمكة سكنى لحاج بيت الله[٣] والمعتمرين، أو جَعَلَ داره في غير مكة سكنًا للمساكين، أو جعلها في ثَغْرٍ[٤] من الثغور سكنى للغُزاة والمرابطين، أو جَعَل غلّة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى، ودفع ذلك إلى والي يقوم عليه، فهو جائز، ولا رجوع فيه؛ لما بينا[٥].

إلا أن في الغلة يحل للفقراء دون الأغنياء، وفيما سواه من سكنى الخان، والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك، يستوي فيه الغني والفقير.

والفارق[٦] هو العرف في الفصلين، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء، وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء، ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب، والنزول، والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه[٧]، والله أعلم بالصواب.

---

(١) أي لا يعتبر تسليمه إلي المتولي ما لم يدفن فيه أحد.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "لحاج بيت الله" الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر معنى السمار. (ب)

(٤) قوله: "ثغر" بفتح أول و سكون غين معجمة: سرحد ميان ملك كفر وإسلام. (غث)

(٥) قوله: "لما بينا" أشار بذلك إلى قوله: وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى، فإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله، فانقطع تصرفه عنه، كما في الإعتاق. (ب)

(٦) بين الغلة وبين ما سواه.

(٧) لكونه غنيًا في نفسه.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع (١)

قال(٢): البيع(٣) ينعقد(٤) بالإيجاب(٥) والقبول إذا كانا بلفظى الماضى، مثل أن يقول أحدهما: بعت، والآخر: اشتريت، لأن البيع(٦) إنشاء تصرف، والإنشاء يعرف بالشرع، والموضوع(٧) للإخبار قد استعمل فيه(٨)، فينعقد به، ولا ينعقد

---

(١) قوله: "كتاب البيوع" ذكر هذا الكتاب بعد الوقف لكون كل منهما مزيلا للملك، والبيع من الأضداد، وكذا الشراء، إلا أن البيع يقع غالبًا على إخراج المبيع عن الملك قصداً، ويتعدى إلى المفعول الثانى بنفسه، وبالواسطة تقول: باع الشيء منه وباعه الشيء والشراء يطلق غالبًا على إخراج الثمن عن الملك قصداً.

وشرعيته بالكتاب، قال الله تعالى: ﴿أحل الله البيع وحرم الربوا﴾، وإنما جمع لكثرة أنواعه، فإن له باعتبار المبيع أنواعاً أربعة: بيع سلعة بمثلها، ويسمى مقايضة، وبيعها بالثمن، ويسمى بيعاً لكونه أكثر أنواع البيع وأشهرها، وبيع الثمن بالثمن ويسمى صرفاً، وبيع دين بعين، ويسمى سلماً، وقيل: إن أنواعه ترتقي إلى عشرين أو أكثر، والكل مذكور فى "النهاية"، وسيجيء ذكر بعضها. وركنه الإيجاب والقبول. وحكمه أى الأثر المرتب عليه المقصود من شرعية البيع الملك، أى القدرة على التصرف في المحل شرعًا، وله شرائط: ككون العاقد عاقلا مميزاً، وكون المبيع مالا متقوماً مقدور التسليم، وسيجيء ذكرها متشتتاً. وفى "الكفاية": البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى، وفيه: أنه غير مانع لصدقه على مبادلة المالين بطريق الهبة بشرط العوض مع أنه ليس ببيع ابتداء، وإن كان فى حكمه بقاء فالأولى أن يزاد فى حده لفظ التجارة، ويقال: هو مبادلة المال بالمال بالتراضى بطريق التجارة، ولم يرضَ شارح الغرر بقيد التراضى لإخراجه بيع المكره مع أنه منعقد وإن لم يلزم، ومن أورده ذهب إلى أنه ليس بيعًا. (ملخص الحواشى)

(٢) أي القدورى فى "مختصره". عينى.

(٣) اللام للاستغراق.

(٤) قوله: ينعقد، الانعقاد هنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعًا على وجه يظهر أثره في المحل. (ع)

قوله: ينعقد، هذا الكلام بظاهره يدل على أن البيع غير الإيجاب والقبول، وأنه ينعقد بهما مع أنهم صرحوا بأنهما ركنان للبيع كيف؟ وقد صرح صدر الشريعة فى "التوضيح" بأن البيع هو المجموع المركب من الإيجاب والقبول الموجودين حساً المرتبطين ارتباطاً حكمياً، فلابد حينئذٍ من التأويل بأن يقال: إن المعنى البيع ينعقد من الإيجاب والقبول، أى حكم البيع يلزم بالإيجاب والقبول. (السقاية لعطشان الهداية من تصانيف مولانا محمد عبد الحليم)

(٥) قوله: "بالإيجاب إلخ" الإيجاب هو الإثبات سمى به أول كلام أحد العاقدين، سواء كان بعت أو اشتريت، لأنه يثبت للآخر خيار القبول، والقبول هو ثانى كلام أحدهما، سواء كان بعت أو اشتريت، وما فى "الكفاية": البيع عبارة عن أثر شرعى يظهر للمحل عند الإيجاب والقبول، حتى يكون العاقد قابلا للتصرف، انتهى، ففيه: أنه يشعر بكون الإيجاب والقبول خارجين عن البيع مع أنهما ركنان له على ما صرحوا به، اللّهم إلا أن يقال: إن لفظ البيع كما يطلق على نفس الإيجاب والقبول المرتبطين ارتباطاً شرعياً كذلك يطلق على هذا الأثر الشرعى، تدبر. (مل)

(٦) قوله: "لأن البيع إلخ" [اللام للاستغراق] أى لأن البيع إنشاء تصرف شرعى وكل ماهو كذلك فهو يعرف بالشرع، فالبيع يعرف به، إما أن البيع إنشاء، فلأن الإنشاء إثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة، وإما كونه شرعياً، فلأن الكلام فى البيع شرعًا، وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع، لأن تلقى الأمور الشرعية لا يكون إلا منه والموضوع إلخ. (ع)

(٧) قوله: "والموضوع [أى لغةً] إلخ" أراد بالموضوع للإخبار لفظ الماضى إذ اللام فيه للعهد، فلا وجه للاعتراض عليه بأنه لا بد من ضم شيء إلى ذلك، وهو أن يقال: وكان استعماله بلفظ الماضى وإلا لا يتم الدليل. (درر)

بلفظين أحدهما لفظ المستقبل[١] بخلاف النكاح[٢] وقد مر الفرق[٣] هناك.

وقوله: رضيت[٤] بكذا[٥]، أو أعطيتك بكذا، أو خذه بكذا في معنى قوله: بعت واشتريت؛ لأنه يؤدي معناه، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود[٦]، ولهذا ينعقد بالتعاطي[٧] في النفيس[٨] والخسيس، هو الصحيح[٩] لتحقق المراضاة[١٠].

---

(٨) أي شرعًا.

(١) قوله: "لفظ المستقبل [والآخر لفظ الماضي]" أراد بلفظ المستقبل صيغة الأمر، نحو: بعه مني بكذا، فقال: بعت، لأنه قال هناك مثل أن يقال: زوجني، فيقول: زوجتك، فلا وجه لحمله على المضارع كما ذهب إليه بعض شراحه، نعم ينعقد به البيع إذا قارنه النية، كما نقل صاحب "النهاية" عن الطحاوي وتحفة الفقهاء. (درر)

قوله: لفظ المستقبل، المراد بالمستقبل الأمر لدلالة السياق، وهو قوله بخلاف النكاح إلخ، عليه ولا وجه لحمله على المضارع لإباء قوله لا ينعقد عنه، فإن عدم الانعقاد بلفظ المضارع مقيد بما إذا لم ينو به الحال فإنه ح يكون عدة لا بيعًا.

وأما إذا نوى به الحال فينعقد به البيع أيضًا كما هو مصرح في "غاية البيان"، ومن ههنا ظهر أن ما صنعه شيخ الإسلام بدر الدين العيني في "البناية شرح الهداية" من حمل لفظ المستقبل على الأمر والمضارع، وما فعله الإنزاري في "غاية البيان" من حمله على المضارع فقط ليس بجيد. فإن قلت: هذا يخالف ما ذكره المصنف بعد سطر من: أن خذه بكذا، في معنى بعت واشتريت، فإن قوله: خذه أمر، فكيف ينعقد به البيع؟ قلت: إنه ليس أمرًا بالبيع بل أمر بأخذه، وهو لا يكون إلا بالبيع، فيقدر البيع اقتضاء لتصحيح المنطوق، فمعنى قوله خذه بعت ذلك فخذه فالحاصل إن ما يدل على إنشاء البيع، ولو اقتضاء ينعقد به البيع، وما لا فلا، وإن شئت زيادة التفصيل في هذا المقام فارجع إلى شرح الهداية لأبي وأستاذي نور الله مرقده المسمى بـ"السقاية لعطشان الهداية". (عبد)

(٢) قوله: "بخلاف النكاح" فإنه لو قال زوجني، فقال الولي: زوجتك ينعقد النكاح، والفرق أن النكاح لا يخلو عن تقدم الخِطبة، والخُطبة وهما يدلان على أن المراد الحال، أما البيع فيقع بغتةً، فيجعل قوله: أبيعك عدة لا بيعًا، وبمعنى استيامًا وطلبًا، وذا لا يدل على الوجود لا محالة. (ك)

(٣) قوله: "وقد مر" حيث قال في كتاب النكاح، ما توضيحه أن قوله زوجني توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح، فإن الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع في الحقوق دون التعبير، ولا يرجع الحقوق إليه، بخلاف البيع، لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه.

(٤) قوله: "رضيت إلخ" هذا لبيان أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به، فإذا قال: بعت منك هذا بكذا، فقال: رضيت، أو أعطيت أي الثمن أو قال: اشتريت منك هذا بكذا، فقال: رضيت، أو أعطيت أي المبيع بذلك الثمن انعقد لإفادة المعنى المقصود، وكذا إذا قال: اشتريت منك هذا بكذا، فقال: خذه، يعني بعت بذلك فخذه، لأنه أمره بالأخذ بالبدل، وهو لا يكون إلا بالبيع، فقدر البيع اقتضاء لتصحيح كلام المنطوق. (ع)

(٥) من الدراهم.

(٦) قوله: "في هذه العقود" وقيد ذلك لأن بعض العقود قد تحتاج إلى اللفظ، ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة.

قوله: "ولهذا": أي لكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود. (ع)

(٧) قوله: بالتعاطي هو في الأصل التناول من قولك، فلان يتعاطى هذا الأمر، أي يخوض فيه ويتناوله، والمراد ههنا إعطاء المبيع والثمن من الجانبين بلا إيجاب وقبول. وقيل: يكفي في التعاطي الإعطاء من أحد الجانبين كمن وضع فلسًا وأخذ قطعة حلواء مقدرة به. (مل)

(٨) قوله: "في النفيس إلخ" قيل: المراد بالنفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والإماء، وبالخسيس ما يقل ثمنه كالبقل والرمانة، والخبز، واللحم، وقد يفسر الأول بما يكون قيمته مثل نصاب السرقة أو فوقه، والثاني بما يكون قيمته دون نصاب السرقة. (چلپي)

قال[١] : وإذا أوجب[٢] أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار، إن شاء قبل فى المجلس[٣]، وإن شاء رده وهذا خيار القبول[٤]؛ لأنه[٥] لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد[٦] من غير رضاه[٧]، وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر، فللموجب أن يرجع[٨] لخلوه[٩] عن إبطال[١٠] حق الغير، وإنما يمتد[١١] إلى آخر المجلس، لأن المجلس[١٢] جامع للمتفرقات، فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعًا للعسر، وتحقيقًا لليسر، والكتاب[١٣] كالخطاب[١٤]، وكذا الإرسال[١٥]، حتى اعتبر

---

(٩) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول الكرخى فإنه قال: إنما ينعقد البيع بالتعاطى فى الأشياء الخسيسة. (ك)

(١٠) وهو المقصود.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) بأن قال البائع مثلا: بعتك هذا بكذا. (عناية)

(٣) وإن طال. (درر)

(٤) أى هذا الخيار يسمى خيار القبول اصطلاحًا.

(٥) دليل للخيار.

(٦) بيع.

(٧) فما فرضناه بيعًا لم يكن بيعًا. (هف)

(٨) أى عن إيجابه قبل قبول الآخر.

(٩) قوله: "لخلوه [أى الرجوع] عن إلخ" فإن قيل: سلمنا إن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر فى ذلك، فإن حق التملك يثبت للمشترى بإيجاب البائع، وهو حق للمشترى، فلا يكون الرجوع خاليًا عن إبطال حق الغير. فالجواب: أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للحكم، وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع، وحق التملك للمشترى إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة، لكونها أقوى من الحق لا محالة، ولا ينتقض بما إذا دفع الزكوة إلى الساعى قبل الحول، فإن المزكى لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع، لأن حقيقة الملك زالت من المزكى، فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو أقوى منه. (ع)

(١٠) قوله: "عن إبطال" فإنه بمجرد إيجاب البيع لم يثبت للمشترى فى المبيع ملك، ولاحق قبل شراءه. (ك)

(١١) قوله: "وإنما يمتد [الخيار] إلخ" يجوز أن يكون جوابًا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس، ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول، أو يتوقف على ما وراء المجلس. وتقرير الجواب: أن فى إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشترى، وفى بقاءه فيما وراء المجلس عسراً بالبائع، وفى التوقف على المجلس يسراً بهما جميعًا. (ع)

(١٢) قوله: "لأن المجلس إلخ" يعنى أن المشترى يحتاج إلى التأمل والتروّى أنه هل يوافقه أم لا؟ والمجلس جامع للمتفرقات، ألا ترى أنه لو كرر آية السجدة فى مجلس واحد تجب سجدة واحدة، فجعلت ساعات المجلس ساعة واحدة، فكان تمام المجلس بمنزلة ساعة واحدة، هى عقيب الإيجاب، وقيل: المراد بالمتفرقات: الساعات والآنات، والمراد بالمجلس إتمام ما كان فيه، تدبر. (مل)

(١٣) قوله: "والكتاب [من الغائب] إلخ" هو أن يكتب: أما بعد: فقد بعت عبدى فلانًا مثلا منك بألف درهم. فلما بلغه الكتاب قال فى مجلسه ذلك: اشتريت، أو قال: قبلت، تم البيع بينهما، والسر أن النبى ﷺ لما أمر بالتبليغ كان يبلغ الشرائع تارة بالكتاب وتارة بالخطاب، فلو لم يكن الكتاب كالخطاب لم يكن النبى ﷺ مبلغًا. (مل)

(١٤) من الحاضر.

مجلس بلوغ الكتاب، وأداء الرسالة، وليس له[١] أن يقبل في بعض المبيع، ولا أن يقبل المشترى[٢] ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة[٣] إلا إذا بين[٤] ثمن كل واحد؛ لأنه صفقات معنى، وأيهما[٥] قام[٦] عن المجلس[٧] قبل القبول بطل الإيجاب؛ لأن القيام دليل[٨] الإعراض والرجوع، وله ذلك[٩] على ما ذكرنا.

---

(١٥) قوله: "وكذا الإرسال" هو أن يرسل رسولا فيقول البائع: بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم، فاذهب يا فلان! فقل له، فذهب الرسول فأخبره بما قال، فقال المشترى في مجلسه ذلك: اشتريت، أو قال قبلت، تم البيع بينهما؛ لأن الرسول معبر وسفير لنقل كلامه إليه، فإذا اتصل به الجواب ينعقد. (ك)

(١) قوله: "وليس له إلخ" أي ليس للبائع أن يقبل البيع في بعض المبيع، وهذا إذا أوجب المشترى في شيء كذا قال العينى، وقال في "الكفاية": إذا أوجب البائع البيع في شيئين أو ثلاثة، وأراد المشترى أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر فهذا على وجهين: إن كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك، وإن كانت متفرقة فله ذلك. (مل)

(٢) قوله: "ولا أن يقبل المشترى" –بفتح الراء– المبيع ببعض الثمن، يعنى أن البائع إذا أوجب في شيء بأن قال: بعته بألف، فقال المشترى: قبلت بخمس مائة فليس له ذلك فإن من العادات ضم الردىء بالجيد ليروج الردىء أيضًا، فلو ثبت الخيار بالقبول في أحدهما فيقبل المشترى الجيد، ويترك الردىء، وفيه ضرر للبائع. (عينى)

(٣) قوله: "الصفقة [–بالفتح– يك بار زدن دست در بيع. (من)]" ذكر في "المغرب": الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والشراء، ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه. (ك)

(٤) قوله: "إلا إذا بين إلخ" استثناء من المسألة الأولى، وذلك بأن يقول: اشتريت أو بعت هذين العبدين، هذا بمائة وهذا بمائة، فللآخر أن يقبل في أيهما شاء، وقيل: إنه لا بد في تعدد الصفقة تكرار لفظ البيع، بأن يقول: بعتك هذين العبدين، بعتك هذا بمائة، وبعتك هذا بمائة، وأما إذا لم يعد لفظ البيع كانت الصفقة واحدة، فلا يصح قبول أحدهما، وإن سمى لكل واحد منهما ثمنًا. (مل)

(٥) هذا لفظ القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "وأيهما قام [أي من العاقدين] إلخ" هذا متصل بقوله: إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده، وهو إشارة إلى أن رد الإيجاب تارة يكون صريحًا، وأخرى دلالة. (ع)

(٧) قوله: "عن المجلس" ههنا فوائد: الأولى: أن المذكور في عامة الكتب أن مطلق القيام سواء كان مقرونًا بالانتقال أم لا دليل الإعراض، وقيد شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح "الجامع الصغير" بالذهاب عن ذلك المكان، وقال العينى في "البناية": قول المصنف: قام عن المجلس، دليل على أن الذهاب شرط، لأن القيام عنه يتحقق بالذهاب، فإنه لو لم يذهب لا يقال قام عنه، بل قام فيه. والثانية: أن إطلاق المصنف يشمل ما إذا قام لحاجة، كما في "الحاوى" لكن في "القنية" لو قام لمصلحة لا معرضًا لا يكون دليل الإعراض. والثالثة: أنه يفهم مما ذكره من الدليل أن كل ما يدل على الإعراض يبطل الإيجاب كالاشتغال بعمل آخر غير ما عقد المجلس له من أكل إلا إذا أكل لقمة أو شرب، إلا إذا كان القدح في يده، أو نوم إلا النوم جالسًا، كذا في بعض الحواشى. (سقاية لعطشان الهداية)

(٨) قوله: "دليل الإعراض إلخ" فإن قلت: إذا قال بعد القيام: قبلت كان ينبغى أن ينعقد، لأن الصريح أقوى من الدلالة؟ قلنا: إن رجحان الصريح على الدلالة إنما يكون عند المعارضة، وذلك إنما يكون قبل أن يثبت الحكم بالدلالة، وههنا ثبت حكم الدلالة، وهو انفساخ العقد بمجرد القيام الذى هو دليل الإعراض، فلم يعمل بعد ذلك صريح القبول، فإن المفسوخ لا تلحقه الإجازة. (ك)

(٩) قوله: "وله ذلك أي لكل من العاقدين الإعراض والرجوع على ما ذكرنا من خيار الرجوع للموجب، وخيار القبول للآخر، وما قيل [القائل السيد مرجان الحيدر آبادى]: وله ذلك أي للموجب الرجوع، فتقصير، فلاتلتفت إليه. (مل)

وإذا[١] حصل الإيجاب والقبول لزم البيع[٢]، ولا خيار[٣] لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية، وقال الشافعي: يثبت[٤] لكل واحد منهما خيار المجلس؛ لقوله عليه السلام*: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا[٥]»[٦].

ولنا: أن في الفسخ إبطال حق الغير[٧]، فلا يجوز، والحديث محمول[٨] على خيار القبول، وفيه[٩] إشارة إليه، فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها، أو يحتمله، فيحمل[١٠] عليه، والتفرق[١١] فيه تفرق الأقوال.

قال[١٢]: والأعواض[١٣] المشار إليها لا يحتاج[١٤] إلى معرفة مقدارها في

---

(١) هذا لفظ القدوري. (سقاية)

(٢) ويثبت الملك لكل منهما.

(٣) أي في الرجوع.

(٤) قوله: "يثبت إلخ" على معنى أن لكل من العاقدين بعد تمام العقدان يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١، والدراية ج٢، الحديث ٧٦١ ص١٤٧. (نعيم)

(٥) بالأبدان.

(٦) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم، واللفظ للنسائي، كذا قال الزيلعي في تخريجه.

(٧) أي الملك.

(٨) كما نقل عن إبراهيم النخعي.

(٩) قوله: "وفيه إشارة إليه" لأن الأحوال ثلاث: قبل قولهما، وبعد قولهما، وبعد كلام الموجب قبل قبول الآخر، وإطلاق المتبايعين في الأولين مجاز باعتبار ما يؤول إليه، أو ما كان عليه، والثالث حقيقة، فيكون مراداً لما تقرر في موضعه، لأن اسم الفاعل حقيقة في الحال بمعنى أجزاء من أواخر الماضي، وأوائل المستقبل، وهي حالة المباشرة، بأن يقول أحدهما: قولا في المجلس، والآخر: متوقف فيه لا ما قبلها، ولا ما بعدها، لا يقال: العقود الشرعية في حكم الجواهر، فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لأن الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعًا لا حقيقة كلامهما، والكلام في حقيقة الكلام. (مل)

(١٠) قوله: "فيحمل عليه" أي عند قيام الدليل، وهو أن الحمل على خيار المجلس يوجب إبطال حق الغير. (مل)

(١١) قوله: "والتفرق فيه إلخ" اعلم أن خيار القبول ثابت ما لم يتفرقا قولا، فإن تفرقا قولا بأن قال أحدهما: بعت، والآخر: اشتريت لم يبق الخيار بعده، وهذا مبني على أن التفرق يطلق على الأعيان، والمعاني بالاشتراك اللفظي، وتترجح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا، وهذا التأويل أعني حمل التفرق على الأقوال منقول عن محمد بن الحسن، كذا في "العناية". فإن قلت: ذكر ابن عمر الراوي: أن التفرق تفرق الأبدان، قلت: تأويل الراوي لا يكون حجة على غيره، ولا يكون رداً لاحتمال آخر، كذا تقرر في الأصول. (مل)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) ثمنًا كان أو مثمنًا. (ك)

(١٤) قوله: "لا يحتاج إلخ" إلا في الأموال الربوية، فإن الأعواض إذا كانت منها كالدراهم، والدنانير، والحنطة، والشعير إذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وإن أشير إليها، لاحتمال الربا، وإنما ترك المصنف رحمه الله هذا الاستثناء،

جواز[1] البيع؛ لأن بالإشارة كفاية في التعريف[2]، وجهالة الوصف[3] فيه لا تفضي إلى المنازعة[4]، والأثمان[5] المطلقة[6] لا تصح[7] إلا أن تكون[8] معروفة[9] القدر والصفة؛ لأن التسليم والتسلم[10] واجب بالعقد، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة[11]، فيمتنع التسليم والتسلم، وكل[12] جهالة هذه صفتها تمنع الجواز، هذا[13] هو الأصل. قال[14]: ويجوز البيع بثمن[15] حال[16] ومؤجل[17] إذا كان الأجل معلومًا[18]؛ لإطلاق قوله تعالى[19]: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾، وعنه

لأنها مما يتعلق بالربا، وهذا الباب ليس ببيانه. (چلپى)

(١) قوله: "في جواز البيع" احتراز عن السلم، لأن معرفة مقدار رأس المال شرط فيه عند أبي حنيفةؒ إذا كان مما يتعلق العقد على مقداره. (ك)

(٢) المنافى للجهالة المفضية إلى المنازعة. (عناية)

(٣) القدر.

(٤) بين العاقدين.

(٥) قوله: "والأثمان المطلقة" أى الكاملة فى الثمنية، وهى الحجران لأنهما خلقا للثمنية.

قوله: "والأثمان المطلقة" هذا لفظ القدورى فى "مختصره"، والمراد بالمطلقة على ما فى الكفاية الكاملة فى الثمنية، وهى الذهب والفضة، وقال فى "العناية": المراد بها المطلقة عن الإشارة، وإليه مال الكاكى. (السقاية لعطشان الهداية)

(٦) أى عن الإشارة. (م)

(٧) فى العقد.

(٨) قوله: "إلا أن تكون إلخ" وصورة الأثمان المطلقة قبل بيان القدر والصفة، ما إذا قال: اشتريت هذا الشيء بالذهب، ولم يبين قدره ولا وصفه، وكذا لو قال: بالدراهم، وبيان القدر أن يقول: عشرة أو خمسة، وبيان الصفة أن يقول: بخارى أو سمرقندى. (ك)

(٩) معلومة.

(١٠) وهما إنما يتحققان إذا انتفت الجهالة المفضية إلى المنازعة، وهذه إلخ.

(١١) فهذا يطالبه جيدًا، وذاك يسلمه رديئًا.

(١٢) قوله: "وكل جهالة هذه صفتها" وهى كونها مفضية إلى المنازعة كما إذا كان مجهول القدر مشارًا إليه، وكما لو باع عبدًا من عبدين على أن المشترى بالخيار. (ك)

(١٣) قوله: "هذا" -أى ما ذكرنا من أن كل جهالة إلخ- هو الأصل، أى القاعدة الكلية فى جواز البيع وانعقاده. (مل)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) قوله: "بثمن حال" أقول: الأعيان ثلاثة: نقود أعنى الدراهم والدنانير، وسلع كالثياب، والدواب، والبيوت، وغير ذلك، ومقدرات كالمكيلات، والموزونات، والعدديات المتقاربة، وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض، والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعًا وثمنًا، والتمييز فى اللفظ بدخول الباء وعدمه. (م)

(١٦) قوله: "حال" واجب، ومنه الدين الحال يعنى خلاف مؤجل. (من)

(١٧) فرصت داده شده مال. (من)

(١٨) لا مجهولا كقدوم الحاج.

(١٩) قوله: "لإطلاق إلخ" أقول فيه إشكال؛ لأن نص البيع مطلق كما قالوا، واشتراط معلومية الأجل بالدليل

عليه السلام[١] : «أنه اشترى من يهودى طعامًا إلى أجل ورهنه درعه[٢]»*، ولا بد أن يكون الأجل معلومًا؛ لأن الجهالة فيه مانعة عن التسليم[٣] الواجب بالعقد، فهذا[٤] يطالبه به في قريب المدة، وهذا[٥] يسلم فى بعيدها، قال[٦]: ومن[٧] أطلق الثمن فى البيع كان[٨] على غالب نقد البلد؛ لأنه المتعارف[٩]، وفيه[١٠] التحرى[١١] للجواز، فيصرف[١٢] إليه، فإن كانت[١٣] النقود مختلفة[١٤] فالبيع فاسد، إلا أن يبين أحدها، وهذا[١٥] إذا كان الكل فى الرواج سواء؛ لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة[١٦]، إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان، أو يكون أحدها أغلب وأروج، فيحنئذٍ يصرف إليه تحريًا للجواز، وهذا[١٧] إذا كانت مختلفة فى المالية، فإن[١٨]

العقلى تقييد المطلق بالرأى، وهو غير صحيح لما تقرر فى الأصول: أن تقييد المطلق نسخ، ونسخ الكتاب بالرائ لا يجوز. (درر)

(١) قوله: "وعنه عليه السلام إلخ" قلت: أخرجه البخارى، ومسلم عن الأسود عن عائشة: «أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودى طعامًا إلى أجل، ورهنه درعًا له من حديد»، انتهى، وفى لفظ البخارى: «ثلاثين صاعًا من شعير»، وهذا اليهودى اسمه أبو الشحم. (ت)

(٢) الدرع -بالكسر- زره. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٢ ص١٤٧. (نعيم)

(٣) أى تسليم الثمن.

(٤) البائع.

(٥) المشترى.

(٦) القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "ومن أطلق الثمن [أى عن ذكر الصفة. (ع)] إلخ" أى ذكر القدر دون الصفة، بأن قال: اشتريته بعشرة دراهم، ولم يقل: إنها بخارية، أو سمرقندية، فإنه لو لم يذكرها كانت هذه المسألة عين المسألة الأولى قبل الاستثناء، ولو ذكرها كان عين تلك المسألة بعد الاستثناء، وهى قوله: والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة، كذا فى "الكفاية" وفى "البداية"، وإنما أورد مسألة إطلاق الثمن ليبين أن تعريف الصفة كما يحصل بالتنصيص يحصل بطريق الدلالة باعتبار العرف وكثرة الاستعمال. (مل)

(٨) قوله: "كان على غالب نقد البلد" أى البلد الذى جرى فيه البيع، لا بلد المتبايعين، وفى "الدرر": النقد ما ليس مصوغًا من الذهب والفضة مسكوكًا أولا. (مل)

(٩) والمعروف كالمشروط.

(١٠) وكلام العاقل البالغ لا يحمل على الهدر.

(١١) طلب.

(١٢) البيع.

(١٣) فى البلد.

(١٤) فى المالية.

(١٥) قوله: "وهذا" أى الفساد على تقدير عدم البيان، والجواز على تقدير البيان. (مل)

(١٦) المانعة من التسليم والتسلم. (عناية)

(١٧) قوله: "وهذا" أى فساد البيع إذا كانت مختلفة فى المالية يعنى مع الاستواء فى الرواج، وإنما أعاده للتنبيه على

كانت[١] سواء فيها[٢]، كالثنائي[٣] والثلاثي، والنصرتي[٤] اليوم بسمرقند[٥]، والاختلاف[٦] بين العدالي بفرغانة جاز[٧] البيع إذا أطلق اسم الدرهم، كذا قالوا[٨]، وينصرف[٩] إلى ما قدر[١٠] به من أي نوع كان؛ لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية. قال[١١]: ويجوز بيع[١٢] الطعام والحبوب مكايلة[١٣] ومجازفة[١٤]،

أن المراد بالمختلفة فى المتن المختلفة فى المالية. (مل)

(١٨) شرط.

(١) النقود.

(٢) أى فى المالية مع الاستواء فى الرواج. (ع)

(٣) قوله: "كالثنائى والثلاثى" مثال للنقود المتساوية فى المالية، واختاره صاحب الكفاية حيث قال: يكون النقد الواحد آحاديًا، وهو أن يكون الواحد منه درهما، والآخر ثنائيًا، وهو أن يكون الإثنان منه درهمًا، والآخر ثلاثيًا، وهو أن يكون الثلث منه درهمًا، فمالية الاثنين أو الثلث كمالية الواحد من الآحادى، ولا يسمى الواحد من الثنائى والثلاثى درهما فى ذلك العرف بل ينصرف الدرهم فى عرفهم إلى أحد الأشياء، وهو الواحد من الآحادى والاثنان من الثنائى والثلث من الثلاثى، فحينئذ يصح العقد على الدرهم المطلق، انتهى. ويؤيده ما قال فى "الدرر شرح الغرر": فإن استوت المالية أيضًا، كما استوى الرواج، واختلف الاسم كالآحادى والثنائى والثلاثى، صح إن أطلق اسم الدرهم على كل منها حيث يطلق على الواحد من الأول والاثنين من الثانى، والثلث من الثالث اسم الدرهم، وينصرف إلى ما قدر به من كل نوع مثلا: إذا باع عبدًا بألف درهم فله أن يعطى ألفا من الآحادى، أو ألفين من الثنائى، أو ثلاثة آلاف من الثلاثى. هذا ما ذكر فى "الكافى"، وأراد صاحب "الهداية"، انتهى ملخصًا، وهكذا نقل الحلبى فى "ذخيرة العقبى"، وظهر من هذا أن كلام الشارح برىء عن التعقيد، وقد زل ههنا قدم صاحب "العناية"، وفهم ما لا يذهب إليه ذهن الذاهن.

وقال: إن فى كلام الشارح تعقيدًا، وهو أن قوله: كالثنائى إلخ مثال للنقود المختلفة فى المالية، فلزم الفصل بين قوله: إذا كانت مختلفة فى المالية، ومثاله وهوقوله: كالثنائى بالشرط، وهو قوله: فإن كانت سواء فيها، ولزم الفصل بين هذا الشرط وبين جزاءه، وهو قوله: جاز البيع بقوله: كالثنائى إلى قوله: جاز، ولا يستقيم أن يجعل قوله: كالثنائى إلخ متعلقًا بقوله: فإن كانت سواء، لأن الثنائى وهو ما كان اثنان منه دانقًا، والثلاثى وهو ما كان ثلاثة منه دانقًا لا يكون فى المالية سواء، لكن يمكن أن يكون فى الرواج سواء، انتهى ملخصا، تدبر. (مولانا عبد الحليم رح)

(٤) قوله: "والنصرتى" درهم منسوب إلى والى سمرقند، وهو نصرة الدين. (مير جان)

(٥) متعلق بالكل.

(٦) قوله: "والاختلاف إلخ" أى كالاختلاف الواقع بين العدالى الرائج بفرغانة من توابع تاشكند، وفقهاء ماوراء النهر يسمون الدرهم عدليًا. (مير جان)

(٧) جزاء.

(٨) أى المتأخرون من المشايخ. (ع)

(٩) قوله: "وينصرف" أى اسم الدرهم إلى ما قدر به من المقدار كعشرة ونحوه من أى نوع كان من غير تقييد بنوع معين، لأنه لا منازعة لاستواءهما فى الرواج، ولا اختلاف فى المالية. (عناية)

(١٠) تخمين.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "بيع الطعام والحبوب" المراد بالطعام الحنطة ودقيقها؛ لأنه يقع عليهما عرفًا، وسيأتى فى الوكالة، وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وأمثالهما. (ع)

وهذا[١] إذا باعه[٢] بخلاف جنسه، لقوله عليه السلام[٣]: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم[٤] بعد أن يكون[٥] يدًا بيد»*، بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة[٦]، لما فيه من احتمال الربا، ولأن الجهالة[٧] غير مانعة من التسليم والتسلم، فشابه[٨] جهالة القيمة. قال[٩]: ويجوز[١٠] بإناء بعينه لا يعرف مقداره، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره؛ لأن الجهالة لا تفضى إلى المنازعة، لما أنه يتعجل فيه[١١] التسليم[١٢]، فيندر هلاكه[١٣] قبله، بخلاف[١٤] السلم؛ لأن التسليم فيه متأخر[١٥]، والهلاك[١٦] ليس بنادر قبله، فيتحقق المنازعة.

---

(١٣) بجنسه أو بخلافه. (ع)

(١٤) قوله: "ومجازفة [المجازفة [تخمين]: الحدس فى البيع والشراء. (ق)]" هو البيع بالحدس والظن بلا كيل ووزن. (عينى)

(١) أى جواز البيع مجازفة.

(٢) قوله: "إذا باعه إلخ" هذا إنما يفيد فيما إذا كان شيئًا يدخل تحت الكيل، فأما إذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة، وإن كان فى جنس واحد حتى لو باع نصف منّ من الحنطة بمنوين من الحنطة يجوز، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(٣) قوله: "لقوله عليه السلام: «إذا اختلف إلخ»" قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى الجماعة إلا البخارى من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدًا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد»، انتهى. (ت)

(٤) مكايلة أو مجازفة.

(٥) البيع.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٣ ص١٤٧. (نعيم)

(٦) فإنه لا يجوز.

(٧) فى البيع.

(٨) قوله: "فشابه جهالة القيمة" بأن اشترى شيئًا بدرهم، ولم يدر قيمته أ زائد أو ناقص يجوز؛ لأن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة، والمانع هى الجهالة المفضية إلى المنازعة، كذا قال العينى، والفرق بين الثمن والقيمة: أن الثمن ما يتقرر بين العاقدين، والقيمة ما يقرره المقومون دون العاقدين، كذا قيل. (مل)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) قوله: "ويجوز بإناء بعينه إلخ" وعن أبى يوسف رح فى بيع المعين إن عين مكيالا ينكبس بالكبس كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه؛ لأنه يتمكن المنازعة بينهما فى الكيل، وإن كان شيئًا لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها يجوز. (ك)

(١١) أى فى البيع الحال.

(١٢) أى تسليم المبيع.

(١٣) أى هلاك كل من الإناء المعين والحجر المعين.

(١٤) قوله: "بخلاف السلم" وهو بيع آجل بعاجل، فلا يجوز بإناء لا يعرف مقداره، أو بحجر لا يعرف مقداره. (مل)

(١٥) أى إلى الأجل.

(١٦) أى هلاك الإناء المعين، أو الحجر المعين.

وعن أبي حنيفة[١] أنه لا يجو في البيع أيضًا، والأول أصح وأظهر.

قال[٢]: ومن باع صُبرة[٣] طعام كل قفيز[٤] بدرهم جاز البيع في قفيز[٥] واحد عند أبي حنيفة إلا أن يسمى[٦] جملة قفزانها. وقالا: يجوز[٧] في الوجهين[٨]، له: أنه تعذر الصرف[٩] إلى الكل لجهالة المبيع والثمن[١٠]، فيصرف[١١] إلى الأقل، وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان، أو بالكيل في المجلس[١٢]، وصار هذا[١٣] كما لو أقر وقال: لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالإجماع.

ولهما: أن الجهالة بيدهما[١٤] إزالتها، ومثلها غير مانع[١٥] كما إذا باع[١٦] عبدًا

---

(١) قوله: "وعن أبي حنيفة رح" في رواية الحسن بن زياد: أنه أي العقد بإناء بعينه لا يعرف قدره، وبوزن حجر بعينه لا يعرف قدره لا يجوز في البيع أيضًا، كما لا يجوز في السلم؛ لأن البيع في المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة، أو بذكر القدر، ففي المجازفة المعقود عليه ما يشار إليه، وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمى من القدر، ولم يوجد شيء منهما، فإنه ليس بمجازفة، ولا يشترط فيه الكيل إذا لم يكن المكيال معلومًا، والأول أي جواز البيع بهما أصح من حيث الدليل، فإن المعيار المعين لم يتباعد عن المجازفة، وأظهر من حيث الرواية. (مل)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) الصبرة -بالضم- ما جمع من الطعام بلا كيل ووزن: توده. (ق)

(٤) قوله: "كل قفيز إلخ" القفيز مكيال قاله في المغرب، ولم يبين قدره، كذا قال العيني، وفي بعض كتب اللغة: أن القفيز مكيال قدر لاثنى عشر صاعًا. (مل) قوله: "كل قفيز" نقل في البناية عن الجوهري أن القفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك مكيال، وهو ثلاث كيلجات، والكيلجة: منان وسبعة أثمان من، والمن: رطلان، والرطل: ثنتا عشرة أو قية، والأوقية: أستار وثلثا أستار، والأستار: أربعة مثاقيل ونصف، والمثقال: درهم وثلث أسباع درهم. (السقاية)

(٥) لا في الكل.

(٦) أو يكيلها.

(٧) في الكل.

(٨) أي سمى جملة القفزان أو لم يسم. (ك)

(٩) أي صرف البيع.

(١٠) قوله: "لجهالة المبيع والثمن" للجهالة قد تفضي إلى المنازعة، لأن البائع يطالب من المشترى قبض الثمن أو لا، والثمن غير معلوم، وهذا لا يدفع ما لم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن، وذلك إنما يكون عند عرفان قدر المبيع، فيتنازعان. (ك)

(١١) البيع.

(١٢) قوله: "في المجلس" قيد به لأنه إذا كال بعد الافتراق منه لا يصح، لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة، فالعلم فيه كالعلم في حالة العقد، أما لو افترقا تقرر الفساد، فلا ينقلب جائزًا. (عيني)

(١٣) فإن كلمة "كل" إذا أضيفت إلى ما لا يعلم منتهاه فإنها تتناول أدناه. (كافي)

(١٤) قوله: "بيدهما إزالتها" فإنها ترتفع بكيل كل منهما، فإن قدر المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك يعلم بكيل المشترى، فكان إزالة الجهالة بيدهما، وقيد بقوله: بيدهما، احترازًا عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز، لأن إزالتها إما بيد البائع إن كان هو الراقم، أو بيد الغير إن كان غيرهما، وعلى كل حال فالمشترى لا يقدر على إزالته، كذا في "العناية". (مل)

(١٥) من صحة العقد.

من عبدين على[1] أن المشترى بالخيار، ثم إذا جاز[2] فى قفيز واحد عند بى حنيفة فللمشترى[3] الخيار لتفرق[4] الصفقة عليه، وكذا[5] إذا كيل فى المجلس، أو سمى جملة قفزانها، لأنه[6] علم بذلك الآن فله الخيار[7]، كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع. ومن[8] باع قطيع[9] غنم، كل شاة بدرهم فسد البيع فى جميعها عند أبى حنيفة، وكذلك[10] من باع ثوبًا مذارعة[11]، كل ذراع بدرهم، ولم يسم[12] جملة الذرعان، وكذا[13] كل معدود متفاوت[14]. وعندهما يجوز فى الكل[15] لما قلنا[16]، وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا[17] غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا

---

(١٦) قوله: "كما إذا باع إلخ" وأجيب لأبى حنيفة رح أن القياس فيه الفساد أيضًا، إلا أنا جوزناه استحسانًا بالنص، ومعناه: أنه فى معنى ما ورد به النص على ما سيأتى، فيكون ثابتًا بدلالة النص، والاستحسان بالنص لا يتعدى إلى غيره، فلهذا لم يجوزه أبو حنيفة رح فيما نحن فيه قياسًا واستحسانًا. (عناية)

(١) قوله: "على أن المشترى بالخيار" إن شاء أخذ هذا وإن شاء أخذ ذلك، فإذا أخذ أيهما شاء ارتفعت الجهالة، فكذا ههنا. (عينى)

(٢) البيع.

(٣) قوله: "فللمشترى إلخ" ولا خيار للبائع، وإن تفرقت الصفقة عليه أيضًا، لأن التفرق جاء منه، وهو امتناعه عن تسميته جملة القفزان أو الكيل فى المجلس، فيكون راضيًا به. (عينى)

(٤) قوله: "لتفرق الصفقة عليه" وهذه المسألة مجتهد فيها لا يعرف حكمها كل فقيه، فكيف العامى، فإذا لم يكن المشترى عالمًا بأن العقد واقع على قفيز واحد، وقد علم الآن يثبت الخيار عند العلم. (ك)

(٥) أى للمشترى الخيار.

(٦) قوله: "لأنه علم بذلك إلخ" فربما كان فى حدسه وظنه أن الصبرة تأتى بمقدار ما تحتاج إليه، فزادت، وليس له من الثمن ما يقابله، ولا يمكن أخذ الزائد مجانًا، وفى تركه تفريق الصفقة على البائع، أو نقصت، فيحتاج إلى أن يشترى من مكان آخر هل يوافق أو لا؟. (ع)

(٧) ويسمى هذا خيار الكشف. (ك)

(٨) هذه من مسائل القدورى. (سقاية)

(٩) القطيع كأمير الطائفة من الغنم: گله. (ق)

(١٠) أى فسد البيع.

(١١) أى على أن البائع والمشترى يذارعانه.

(١٢) قوله: "ولم يسمّ جملة الذرعان" وجملة الثمن، وأما إذا بينهما، أو بين أحدهما كما إذا قال: بعتك هذا الثوب، وهى عشرة أذرع بعشرة دراهم، كل ذراع بدرهم. أو قال: بعتك هذا الثوب وهى عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم، أو قال: بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم، كل ذراع بدرهم فصحيح. (ع)

(١٣) أى فسد البيع.

(١٤) قوله: "متفاوت" أى فى القيمة كالبطيخ، والرمان، والسفرجل، والخشب، والأوانى. (چلپى)

(١٥) من قطيع غنم وغيره.

(١٦) من أن الجهالة بيدهما إلخ.

(١٧) من أنه تعذر الصرف إلخ.

يجوز للتفاوت[1]، وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت، فلا تفضى الجهالة إلى المنازعة فيه، وتفضي إليها في الأول[2]، فوضح الفرق.

قال[3]: ومن ابتاع[4] صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم، فوجدها أقل[5] كان المشترى بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع؛ لتفرق الصفقة عليه[6] قبل التمام[7]، فلم يتم رضاه بالموجود، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع؛ لأن[8] البيع وقع على مقدار معين[9]، والقدر ليس بوصف.

ومن[10] اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع بعشرة، أو أرضًا على أنها مائة ذراع بمائة، فوجدها أقل، فالمشترى بالخيار، إن شاء أخذها بجملة الثمن[11]، وإن شاء ترك؛ لأن الذراع وصف فى الثوب[12]؛ ألا ترى[13] أنه عبارة عن الطول والعرض، والوصف[14] لا يقابله شيء من الثمن كأطراف[15] الحيوان[16]، فلهذا[17]

(١) فى الآحاد.
(٢) أي بيع شاة من قطيم، وذراع من ثوب.
(٣) أي القدورى. (عينى)
(٤) اشترى.
(٥) كتسعين قفيزاً مثلا.
(٦) لانعدام الرضاء والقبض.
(٧) أى تمام العقد.

(٨) قوله: "لأن البيع وقع على مقدار معين" وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره إلا إذا كان وصفًا، والقدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف، فالبيع لا يتناوله. واختلف المشايخ فى الفرق بين الوصف والأصل، أى القدر، فقيل: إن ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل، وقيل: الوصف ما لوجوده تأثير فى تقوم غيره، ولعدمه تأثير فى نقصان غيره، والأصل ما ليس كذلك، وقيل: ما يكون تابعاً لشيء غير منفصل عنه، وإذا حصل فيه يزيده حسناً، وكما لا فهو وصف، وما ليس كذلك فهو أصل.

وزبدة الكل أن القلة والكثرة فى المكيلات والموزونات أصل، والذراع فى المذروعات وصف، ألا ترى أنه إذا انتقص قفيز من مائة قفيز لا يتعيب الباقى، بل يشترى بالثمن الذى كان بحصته مع القفيز الواحد. والذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا فات لا يشترى الباقى بالثمن الذى كان يشترى معه، فإن الثوب العبائى إذا كان خمسة عشر ذراعاً، ويشترى بخمسة دنانير، فإذا انتقص خمسة أذرع منه لا يشترى الباقى بعشرة دنانير. (مل)

(٩) أي مائة قفيز.
(١٠) هذه من مسائل "مختصر القدورى". (سقاية)
(١١) المسمى.
(١٢) المبيع.

(١٣) قوله: "ألا ترى أنه إلخ" الاستدلال بأن الذراع عبارة عن الطول والعرض، وهما من الأعراض غير مستقيم، لأنه كما يجوز أن يقال: شيء طويل وعريض، يقال: شيء قليل أو كثير، ثم عشرة أقفزة أكثر من تسعة لا محالة، فكيف جعل الذراع الزائد وصفًا دون القفيز؟ (چلپى)

(١٤) قوله: "والوصف [اللام للاستغراق] لا يقابله شيء من الثمن [كبرى]" وإلا يلزم تسوية الأصل والتبع، والمراد

يأخذه[١] بكل الثمن، بخلاف الفصل[٢] الأول؛ لأن المقدار يقابله الثمن، فلهذا يأخذه[٣] بحصته، إلا[٤] أنه يتخير لفوات الوصف المذكور، لتغير المعقود عليه[٥]، فيختل الرضا. وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه[٦] فهو للمشتري، ولا خيار للبائع، لأنه[٧] صفة[٨]، فكان[٩] بمنزلة ما إذا باعه معيبًا[١٠]، فإذا هو سليم.

ولو[١١] قال: بعتكها[١٢] على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم، فوجدها ناقصة، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك، لأن[١٣] الوصف[١٤] وإن[١٥] كان تابعًا لكنه[١٦] صار أصلا بإفراده بذكر الثمن، فنزّل[١٧]

الوصف من حيث هو وصف لا إذا كان مقصودًا، كما سيأتي. (مل)

(١٥) قوله: "كأطراف الحيوان [تنوير للكبرى]" حتى إنه إذا اشترى جارية فأعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينتقص شيء من الثمن، وكذلك إذا اشترى جارية فأعورت في يد المشتري، ثم أراد أن يبيعها مرابحة كان له ذلك بدون البيان على ما سيجيء في باب المرابحة والتولية. (نهاية)

(١٦) أي أعضاءه.

(١٧) أي لكون الذراع وصفًا لا يقابله شيء من الثمن.

(١) أي الموجود.

(٢) أي المكيل.

(٣) الموجود.

(٤) قوله: "إلا أنه يتخير إلخ" استثناء من قوله: فلهذا يأخذه بكل الثمن. (ع)

(٥) أي المبيع الذي أراد اشتراءه.

(٦) أي عينه.

(٧) ذراع.

(٨) لا يقابلها شيء من الثمن.

(٩) هذا.

(١٠) كأنه كان أعمى.

(١١) هذه من القدوري. (سقاية)

(١٢) قوله: "بعتكها [أي الأرض]" أنّث الضمير، وذكر قبله لفظ الثوب على تأويل الثياب أو المذروعات، لأن لفظ عشرة أذرع دال عليها. (نهاية)

(١٣) دليل لقوله: بحصتها من الثمن.

(١٤) أي الذراع.

(١٥) وصلية.

(١٦) قوله: "لكنه صار أصلا بإفراده إلخ" حيث قال: كل ذراع بدرهم، فكان أصلا، لأن مقابلة الثمن من خواص كونه أصلا، إذ الثمن لا يقابل الأوصاف، فنزل إلخ. (ك)

(١٧) قوله: "فنزل إلخ" فيه بحث فإن كل ذراع إن كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل، كما لو كان العقد واردًا على أثواب عشرة، وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما يأتي. والجواب أن الأثواب مختلفة،

كل ذراع(١) بمنزلة ثوب، وهذا(٢) لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن(٣) آخذًا لكل ذراع بدرهم. وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم، وإن شاء فسخ البيع؛ لأنه(٤) إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن، فكان(٥) نفعًا يشوبه ضرر فيتخير، وإنما يلزمه الزيادة(٦) لما بينا أنه(٧) صار أصلا(٨)، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذا بالمشروط(٩). ومن(١٠) اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام(١١)، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وقالا: هو جائز، وإن اشترى عشرة أسهم من مائة(١٢) سهم(١٣) جاز في قولهم جميعًا. لهما: أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار، فأشبه(١٤) عشرة أسهم(١٥). وله: أن الذراع اسم(١٦) لما يذرع(١٧) به، واستعير لما

فيكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة، والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك. (ع)

(١) فقلة الأصل تقتضي قلة الثمن.

(٢) أي أخذها بحصتها من الثمن.

(٣) قوله: "لم يكن آخذًا إلخ" وهو لم يبع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم، فإن كلمة على تأتي للشرط كما عرف في موضه. (ع)

(٤) دليل لخيار الفسخ.

(٥) أي زيادة الذرع.

(٦) أي زيادة الثن.

(٧) أي الذراع.

(٨) بإفراده بذكر الثمن.

(٩) أي كل ذراع بدرهم.

(١٠) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (سقاية)

(١١) قوله: "من دار أو حمام" أعني أن يكون المبيع مما ينقسم، أو مما لا ينقسم. (ع)

(١٢) من دار أو حمام.

(١٣) السهم النصيب. (ص)
بالفتح: بهره. (مب)

(١٤) في كونها عشرًا، فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم. (ع)

(١٥) من مائة سهم. (كافي)

(١٦) قوله: "اسم لما يذرع به إلخ" يعني أن الذراع وإن كان في الحقيقة الآلة التي يذرع بها كالخشب مثلا لكن إرادتها ههنا متعذرة، فيصير مجازًا لما يحله من قبيل إطلاق الحال وإرادة المحل، وما يقع عليه الذراع جزء معين لا شائع، لأن الشائع لا يتصور أن يذرع، فلم يصح أن يستعار الذراع له، لأن الشائع ليس بمحل له، فكان المسمى في العقد جزء معينًا مشخصًا، لأنه فعل حسي يقتضي محلا حسيًا، والمشاع ليس كذلك، ألا ترى أن العبد إذا كان مشتركًا بين اثنين، فأحدهما يتمكن من بيع نصيبه، ولكن لا يتمكن من ضرب نصيبه، فإن الملك شائع شرعي، فيكون محلا للتصرفات الشرعية لا الحسية، فما يحله الذراع معين باعتبار حلول الأمر الحسي فيه، ومجهول في نفسه، فإن جوانب الدار متفاوتة في الجودة والمالية، فيختلف قيمتها بالضرورة، فيؤدي إلى المنازعة المفضية إلى الفساد، فلا يصح البيع. (چلپي)

يحله الذراع، وهو[1] المعين دون المشاع، وذلك غير معلوم، بخلاف[2] السهم[3]، ولا فرق عند أبى حنيفة بين ما إذا علم جملة[4] الذرعان أو لم يعلم[5]، هو الصحيح، خلافًا لما يقوله[6] الخصاف لبقاء الجهالة[7].

ولو اشترى عدلا[8] على أنه عشرة[9] أثواب، فإذا هو تسعة، أو أحد عشر فسد البيع لجهالة[10] المبيع[11] أو الثمن، ولو بين[12] لكل ثوب ثمنًا جاز[13] فى فصل

---

(١٧) ذرع الثوب ذرعًا بالفتح، گز كرد جامه را. (مب)

(١) قوله: "وهو المعين [أى ما يحله الذراع لا يكون إلا مقداراً معينًا مشخصًا لا يزاد ولا ينقص لكنه مجهول الموضع]" إلا أنه مجهول لا يعلم أن تلك الأذرع من الدار فى الجانب الشرقى منها، أو الغربى، أو من صدر الدار، أو أسفلها، والمبيع إذا كان معينًا مجهولا لا يصح، كما إذا قال: بعت منك أحد هذين العبدين، والتعيين غير منافٍ للجهالة لما أن التعيين فى أمر، والجهالة فى أمر آخر. (نهاية)

(٢) قوله: "بخلاف السهم" لأن عشرة أسهم شائع فى الكل، فلم يلزم فيه جهالة تفضى إلى المنازعة، فكان صاحب عشرة أسهم شريكًا لصاحب تسعين سهمًا فى جميع الدار على قدر نصيبهما منها، وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل قدر نصيبه فى أى موضع كان، فلا تؤدى إلى المنازعة. (ك)

(٣) فإن السهم أمر عقلى ليس بحسى.

(٤) كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع. (ع)

(٥) كما إذا قال: عشرة أذرع من هذه الدار. (ع)

(٦) قوله: "لما يقوله الخصاف" ذكر الخصاف فى هذه المسألة أن فساد البيع عند أبى حنيفةرح لجهالة جملة الذرعان، فأما إذا عرفت مساحتها يجوز عنده، وجعل هذه المسألة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرة إن كان عدد جملة الشياه معلومًا يجوز عنده، وإن لم يكن معلومًا لا يجوز. وذكر أبوزيد الشروطىرح أن على قول أبى حنيفةرح البيع فاسد، وإن علم جملة الذرعان، وهو جواب الجامع الصغير، وهو الصحيح لبقاء الجهالة علم جملة الذرعان، أو لم يعلم فالمشترى يطالبه من مقدم الدار، والبائع يسلم من مؤخرها، فتؤدى إلى النزاع. (ك)

(٧) المانعة من الجواز. (عناية)

(٨) عدل -بكسر أول وسكون ثانى- بار يک طرف كه برپشت ستور برند. (غياث اللغات)

(٩) بعشرة دراهم.

(١٠) قوله: "لجهالة المبيع أوالثمن" أما فى فصل النقصان فلجهالة الثمن، لأنه يحط ثمن ثوب واحد، وهو مجهول، لأنه لو لم يسم لكل ثوب ثمنا فالثمن ينقسم على الثياب باعتبار القيمة، وقيمة الغائب مجهولة، إذ لا يدرى أنه كان جيداً أو وسطًا أو رديئًا، حتى يطرح قيمته، فإذا صارت حصة الغائب مجهولة صار ثمن الباقى مجهولا ضرورة، فثمن التسعة مجهول، وجهالته توجب فساد البيع. وأما فى فصل الزيادة فلجهالة المبيع، لأن المبيع عشرة من أحد عشر، والزائد على العشرة لم يدخل تحت البيع، فيجب رده، والأثواب مختلفة، فلا يدرى أى ثوب يرد على البائع، الجيد أو الردىء، فالبائع يطالبه بالجيد، والمشترى يرد الردىء، وجهالة المبيع توجب فساد البيع، كذا فى "الكفاية" و "النهاية". (مل)

(١١) لف على سبيل النشر الغير المرتب. (س)

(١٢) بأن قال: كل ثوب بعشرة. (ك)

(١٣) قوله: "جاز إلخ" لأن المبيع معلوم لأنه مشار إليه، والثمن معلوم أيضًا، لأنه متى سمى لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة، وهى العشرة، فتكون حصة الباقى معلومة، بخلاف ما إذا لم يسم ثمنًا، لأن حصة الغائب لا تعلم أنها عشرة أو تسعة أم أحد عشر، فجهالته تؤثر فى جهالة الباقى. (ك)

النقصان[١] بقدره، وله الخيار[٢]، ولم يجز[٣] في الزيادة[٤] لجهالة العشرة المبيعة.
وقيل: عند أبي حنيفة لايجوز[٥] في فصل النقصان أيضاً[٦]، وليس[٧] بصحيح، بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان، فإذا أحدهما[٨] مروى حيث لا يجوز فيهما، و[٩]إن بين ثمن كل واحد منهما؛ لأنه جعل القبول في المروى

---

(١) أي في صورة التسعة.

(٢) قوله: "وله الخيار" إن شاء أخذ كل ثوب بما سمي، وإن شاء ترك، لأنه ربما يكون الباقي رديئًا، والغائب جيداً، والمشتري إنما رغب في الرديء لمكان الجيد، فيتضرر بتفرق الصفقة قبل التمام، فيتخير. (ك)

(٣) قوله: "ولم يجز في الزيادة" لأن العقد تناول العشرة، فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول، ولجهالته يصير المبيع مجهولا. (ك)

(٤) أي في صورة أحد عشر.

(٥) قوله: "لا يجوز إلخ" لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة، فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود، فيفسد العقد. واستدل على ذلك بما ذكر محمد رحمه الله في "الجامع": رجل اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة، فإذا أحدهما هروي والآخر مروي فالبيع فاسد في الهروي والمروي جميعًا عند أبي حنيفة رح، وعندهما: يجوز في الهروي. ووجه الاستدلال: أن الغائب في مسألة الجامع الصفة لا أصل الثوب، فإذا كان فوات الصفة في أحد البدلين مفسداً للعقد على مذهبه، ففوات أحدهما من الأصل أولى أن يفسد. (عناية)

(٦) أي كما لا يجوز في فصل الزيادة.

(٧) قوله: "وليس" أي ما قال صاحب "قيل" يعني بعض المشايخ ليس بصحيح، بل الصحيح أن الجواز في فصل النقصان قولهم جميعًا، لأن ثمن الناقص معلوم قطعا، فلا يضر في الباقي، وأجاب الشارح عن استدلاله بقوله: بخلاف إلخ. وأوضح الفرق بقوله: لأنه جعل إلخ. تقريره أنه جعل القبول في المروي شرطًا للعقد في الهروي والمروي غير مذكور في العقد، فلزم اشتراط قبول ما ليس بمبيع لقبول المبيع، وأنه مفسد للعقد لكونه مخالفًا لمقتضاه، وهذا لا يتصور فيما نحن فيه، لأنه ما جعل قبول العقد في المعدوم شرطًا لقبوله في الموجود، ولا قصد إيراد العقد على المعدوم، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط، ولكنه غلط في العدد، فافترقا. أي شراء العدل على أنه عشرة أثواب بمائة كل ثوب بعشرة، فإذا هو تسعة، وشراء الثوبين على أنهما هرويان، فإذا أحدهما مروي افترقا، حيث جاز في الأول دون الثاني.
والهروي: بفتح الراء، والمروي: بسكون الراء، منسوب إلى هراة ومر، قريتان بخراسان، كذا في "النهاية" و "العناية". وقال في فتح القدير: المروي -بسكون الراء- نسبة إلى قرية من قرى الكوفة، أما النسبة إلى مرو المعروفة بخراسان، فقد التزموا فيها زيادة الزأي، فيقال: مروزي كأنه للفرق بين القريتين. فتأمل. (مل)

(٨) قوله: "فإذا أحدهما مروى" الهروي -بفتح الهاء والراء المهملة- والمروي -بسكون الراء- كذا في "الدرر شرح الغرر" منسوبان إلى هراة ومرو، قريتان بخراسان، كذا في "العناية". وقال العيني: إن هذا عجيب، فإن هراة مدينة عظيمة مشهورة بخراسان، ومرو أيضًا مدينة قديمة يقال: إنها من بناء طمهورث، انتهى.
فروع: لو باع عدلا أو غنما، واستثنى واحداً بغير عينه فسد البيع، ولو بعينه جاز البيع، كذا في "التنوير".
ولو اشترى أرضًا على أن فيها كذا نخلة مثمرة، فإذا واحدة فيها لا تثمر فسد البيع، لأن للثمر حصة من الثمن، كذا في المجتبى. ولو باع أرضًا على أن فيها كذا نخلة، فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع، ويخير المشتري إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك، لأن الشجر يدخل في بيع الأرض تبعا، ولا يكون له قسط من الثمن، وكذا لو باع داراً على أن فيها كذا وكذا بيتًا، فوجدها ناقصة جاز البيع ويخير على هذا الوجه، كذا في "البحر" نقلا عن "الخانية". (السقاية)

(٩) وصلية.

شرطًا للعقد في الهروي، وهو شرط فاسد، ولا قبول يشترط في المعدوم[(١)] فافترقا.

ولو[(٢)] اشترى ثوبًا واحدًا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فإذا هو عشرة ونصف، أو تسعة ونصف، قال أبو حنيفة: في الوجه الأول[(٣)] يأخذه بعشرة من غير خيار، وفي الوجه الثاني[(٤)] يأخذه بتسعة إن شاء. وقال أبو يوسف رحمة الله عليه: في الوجه الأول[(٥)] يأخذه بأحد عشر إن شاء، وفي الثاني[(٦)] يأخذه بعشرة إن شاء. وقال محمد رحمه الله: في الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير؛ لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه، فيجري[(٧)] عليه حكمها[(٨)]. ولأبي يوسف: أنه لما أفرد[(٩)] كل ذراع ببدل نزل[(١٠)] كل ذراع منزلة ثوب على حدة، وقد انتقص. ولأبي حنيفة رحمة الله عليه: أن الذراع[(١١)]

---

(١) أي العاشر.

(٢) هذه المسألة ليست في رواية الأصول، وإنما ذكرها محمد في الشواذ، وحكاها الفقيه أبو جعفر. (سقاية) لم يذكر هذه المسألة صاحب "الهداية" في "البداية"، وإنما ذكرها ههنا تفريعًا. (سقاية)

(٣) أي إذا زاد.

(٤) أي إذا نقص.

(٥) أي إذا زاد.

(٦) أي إذا نقص.

(٧) قوله: "فيجري" أي فيجري على النصف حكم المقابلة وفي بعض النسخ: فيجزي عليه من التجزية، وهو ظاهر. (ك)

(٨) قوله: "حكمها" وحكم المقابلة في النصف أنه إذا وجد المشتري عشرة أذرع ونصفًا يجب عليه من الدراهم عشرة دراهم ونصف، كذلك في صورة النقصان يجب عليه تسعة دراهم ونصف درهم، كذا في "النهاية"، وإنما يخير لأن في الوجه الأول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع، وفي الثاني انتقص الثوب عما شرط، فيتخير كيلا يتضرر. (مل)

(٩) أي قال: كل ذراع بدرهم.

(١٠) قوله: "نزل كل ذراع بمنزلة ثوب إلخ" والثوب إذا بيع بأنه كذا وكذا ذراعًا، فوجده انقص لا يسقط شيء من الثمن لما قد مر أنه وصف وتغير الأوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن، ولكنه يثبت له الخيار، فكذلك ههنا. (مل)

(١١) قوله: "أن الذراع إلخ" يعني قد ثبت أن الذراع وصف في الأصل لا يقابله شيء من الثمن، وإنما أخذ حكم الأصل بالشرط، وهو قوله: كل ذراع بدرهم، والشرط مقيد بالذراع، ونصف الذراع ليس بذراع، فكان الشرط معدومًا، وزال موجب كونه أصلا، فعاد الحكم إلى الأصل، وهو الوصف، فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة وصف الجودة، فتسلم له مجانًا. وأما الجواب عن قول محمد رح فهو أن كون الذراع بمنزلة العين ليس بأصل بل هو صار أصلا باعتبار الإفراد بمقابلة الإفراد، واسم الدرهم لا يقع على ما دون الدرهم، وكذلك الذراع، فكانت المقابلة مقتصرة على موضع الإفراد، وهو الدرهم، فلما انعدمت المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع إلى أصله، وهو الصفة، وهذا هو الجواب أيضًا عن قول أبي يوسف رح. وقال في "الذخيرة": وما قال أبو حنيفة رح أصح كذا في الكفاية. (مل)

قوله: "أن الذراع إلخ" توضيحه أنه قد ثبت أن الذراع وصف في الأصل، فلا يقابله شيء من الثمن، وإنما أخذ حكم المقدار وهو المكيل والموزون بالشرط وهو قوله: كل ذراع بدرهم، والشرط مقيد بالذراع، ومن البين أن نصف الذراع

وصف فى الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط، وهو مقيد بالذراع، فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل. وقيل[1]: فى الكرباس[2] الذى لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشترى ما زاد على المشروط؛ لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل، وعلى[3] هذا قالوا: يجوز[4] بيع ذراع منه.

فصل[5]

ومن[6] باع دارًا دخل بناءها[7] فى البيع، وإن[8] لم يسمّه لأن اسم الدار[9] يتناول[10] العرصة[11] والبناء فى العرف[12]، ولأنه متصل به[13] اتصال قرار، فيكون

ليس بذراع، فكان الشرط معدومًا، وزال موجب كونه أصلا، فعاد الحكم إلى الأصل، وهو الوصف، فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة وصف الجودة، فتسلم له مجانًا، فالعشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة، فيأخذها بعشرة من غير خيار، إذ لا ضرر له، والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة فيأخذها بتسعة، وله الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه.

وفى "غاية البيان": بقول محمد نأخذ، وفى "الكفاية" نقلا عن "الذخيرة": أن ما قال أبو حنيفةرح أصح.

وفى تصحيح العلامة قاسم عن الكبرى: أنه المختار. وفى "الدر المختار": صحح القهستانى وغيره قول الإمام، وعليه المتون، فعليه الفتوى. وأما تفصيل قوله وقيل فى الكرباس إلخ فهو أنه قال الزاهد العتابى فى "شرح الجامع الصغير" أنه قال مشايخنا: هذا فى الثوب الذى يتفاوت جوانبه، ويتعيب بقطع بعضه، أما إذا اشترى كرباسًا لا يتفاوت جوانبه، ولا يضره القطع على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فإذا هو أحد عشر لا تحل الزيادة للمشترى بل ترد على البائع، لأن هذا الكرباس بمنزلة الموزون والمكيل لعدم تضرره وتعيبه بالقطع، وبناء على أنه بمنزلة الموزون، قال المشايخ: إنه إذا باع ذراعًا من هذا الكرباس، ولم يبين موضعه يجوز، كما لو باع قفيزًا من صبرة، فإن القطع والتمييز لا يضر الباقى، ولو باع ذراعًا من هذا القميص، أو من هذه العمامة لا يجوز، لأن القطع يضره. (سقاية)

(١) قوله: "قيل إلخ" أى قيل هذه الأقوال الثلاثة فى الثوب الذى يتفاوت جوانبه، وفيما يضره التبعيض كالقميص، والسراويل، والأقبية، أما إذا اشترى كرباسًا لا يتفاوت جوانبه على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فإذا هو أحد عشر لا تسلم له الزيادة، لأنه وإن اتصل بعضه ببعض فهو فى معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع. (مل)

(٢) قوله: "كرباس" كقرطاس جامه به سپيد معرب كرپاس -بالفتح-. (مب)

(٣) أى على أنه بمنزلة الموزون، قال المشايخ: يجوز إلخ.

(٤) قوله: "يجوز بيع ذراع إلخ" أى إذا باع ذراعًا من هذا الكرباس، ولم يعين موضعه يجوز، كما إذا باع قفيزًا من صبرة الطعام. (ك)

(٥) قوله: "فصل" مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين: إحداهما: أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفًا دخل فى المبيع، وإن لم يذكر صريحًا.

والثانية: أن ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعًا له فى الدخول، ونعنى بالقرار الحال الثانى على معنى أن ما وضع لأن يفصله البشر فى ثانى الحال ليس باتصال قرار، وما وضع لا لأن يفصله فيه، فهو اتصال قرار. (عناية)

(٦) هذه عبارة القدورى. (سقاية)

(٧) أى الجدار والسقف.

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "اسم الدار" ذكر فى المجتبى أن الدار اسم لما يشتمل على الصحن، والبيوت، والصفة، والمطبخ، والإصطبل، والمنزل ما يشتمل على بيوت، ومطبخ، والمستراح دون الصحن، والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز. (سقاية)

(١٠) قوله: "يتناول إلخ" فإن قيل: لو حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعد ما انهدمت يحنث، فلو كان اسم

تبعًا له[١]، ومن[٢] باع أرضًا دخل ما فيها من النخل والشجر[٣] وإن[٤] لم يسمه؛ لأنه متصل به[٥] للقرار، فأشبه البناء[٦]، ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية؛ لأنه[٧] متصل به[٨] للفصل، فشابه المتاع[٩] الذي فيه.

ومن[١٠] باع نخلا أو شجرًا فيه ثمر، فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع؛ لقوله عليه السلام[١١]: «من اشترى أرضًا فيها نخل فالثمرة[١٢] للبائع إلا أن يشترط المبتاع»*، ولأن الاتصال[١٣] وإن[١٤] كان خلقة فهو للقطع[١٥] لا للبقاء، فصار[١٦]

الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لما حنث بعد انهدام البناء، لأن الكل ينتفي بانتفاء الجزء مع أن الأيمان مبنية على العرف، فكان اعتبار العرف هناك أليق من الاعتبار ههنا. قلنا: البناء بمنزلة الصفة، وهي في المعين لغو إذا لم تكن داعية إلى اليمين، فإن كانت داعية إلى اليمين تعتبر. (ك)

قوله: "يتناول العرصة إلخ" توضيحه أن اسم الدار يتناول عرفًا العرصة والبناء، لأن الدار اسم لما أدير عليه الحدود، ولا يفهم في العرف من بيع الدار بيع عرصتها، ولا بناءها بل بيع كليهما، والمطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتفاهم في العرف، فيدخل البناء كالعرصة. (سقاية)

(١١) كشادگى ميان سراى كه دران بنا نباشد، ويقال: عرصة الدار وسطها. (من)

(١٢) وأما لغةً فلا يتناولها. (عيني)

(١٣) أي بالعرصة على تأويل المكان. (ع)

(١) قوله: "فيكون تبعًا له" لأن الأصل أن العرصة أصل في الدار، لأن قرار البناء عليها. (ك)

(٢) هذا لفظ القدوري. (سقاية)

(٣) قوله: "والشجر" كبيرةً كانت أو صغيرةً، مثمرةً أو غيرها على الأصح. (ع)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أي بالأرض.

(٦) فيكون تبعًا له.

(٧) قوله: "لأنه متصل [أي لأن الزرع] إلخ" ونوقض بالحمل فإنه متصل بالأم للفصل، ويدخل في بيع الأم، والجواب أنه غير وارد على التفسير المذكور، فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم. (ع)

(٨) القطع.

(٩) أي الذي يكون موضوعًا في الدار.

(١٠) هذا لفظ القدوري. (سقاية)

(١١) قوله: "لقوله عليه السلام: «من اشترى إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وأخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرًا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، انتهى. (ت)

(١٢) قوله: "فالثمرة للبائع" فيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل، وما وضع للفصل لا يدخل، لأن المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثمر، فقال عليه الصلاة والسلام: «الثمرة للبائع إلا بالشرط» ولم يذكر النخل. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٤ ص١٤٧. (نعيم)

(١٣) أي اتصال الثمر بالشجر.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) قوله: "فهو للقطع" فيه إشارة إلى أن الاعتبار لثاني الحال، والحال الأولى لافرق فيها بين أن تكون خلقةً أوموضوعًا. (ع)

(١٦) فلا يدخل إلا بالتسمية.

كالزرع[١]، ويقال للبائع : اقطعها[٢]، وسلم المبيع[٣]، وكذا[٤] إذا كان فيها زرع، لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع، فكان عليه تفريغه[٥] وتسليمه، كما[٦] إذا كان فيه[٧] متاع. وقال الشافعي : يترك[٨] حتى يظهر صلاح[٩] الثمر، ويستحصد[١٠] الزرع، لأن[١١] الواجب إنما هو التسليم[١٢] المعتاد، وفي العادة أن لا يقطع[١٣] كذلك، وصار[١٤] كما إذا انقضت[١٥] مدة الإجارة، وفي الأرض زرع.

قلنا[١٦] : هناك التسليم واجب أيضًا، حتى يترك[١٧] بأجر، وتسليم العوض[١٨] كتسليم المعوض[١٩]، ولا[٢٠] فرق[٢١] بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في

---

(١) أى فى بيع الأرض.

(٢) ثمرة.

(٣) فارغًا.

(٤) أى يقال للبائع: سلم المبيع.

(٥) بقطع الثمرة ورفع الزرع.

(٦) قوله: "كما إذا كان إلخ" أى كما يكون على البائع التفريغ والتسليم. (مل)

(٧) البيت.

(٨) قوله: "يترك" أى الثمر على الشجر والزرع على الأرض. (مل)

(٩) الانتفاع.

(١٠) قوله: "ويستحصد الزرع" استحصد الزرع حان له أن يحصد، فى "منتهى الأرب" استحصد الزرع: بهنگام درو رسيد كشت.

(١١) قوله: "لأن الواجب إلخ" والجواب أن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه، وقد عارضه دلالة الرضا بذلك، وهى إقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشترى تفريغ ملكه، وتسليمه إياه فارغًا. (غ)

(١٢) أى تسليم المبيع.

(١٣) قوله: "أن لا يقطع كذلك" أى لا يقطع الثمرة قبل صلاحها، والزرع قبل استحصاده. (مل)

(١٤) ما قال الشافعي.

(١٥) قوله: "كما إذا انقضت إلخ" صورته: رجل استأجر أرضًا، وزرع فيها، فلما قرب إلى الحصاد انقضت مدة الإجارة، فإنه يؤخر إلى الحصاد، ويترك الزرع على الأرض بأجر إلى وقت الإدراك، فكذا ههنا. (مل)

(١٦) قوله: "قلنا إلخ" إشارة إلى الجواب عن المقيس عليه، وتقريره: أن التسليم واجب فى صورة انقضاء مدة الإجارة أيضًا إلخ. (مل)

(١٧) قوله: "حتى يترك إلخ" وإنما لا يقطع الزرع لأن الإجارة للانتفاع، وذلك بالترك دون القطع بخلاف الشراء، لأنه لملك الرقبة، فلا يراعى فيه إمكان الانتفاع. (زيلعى)

(١٨) الأجر.

(١٩) الأرض.

(٢٠) فى كونها للبائع. (ع)

(٢١) قوله: "ولا فرق إلخ" يتصل بقوله: ومن باع نخلا أو شجرًا فيه ثمر، فثمرته للبائع. (عينى)

الصحيح[١]، ويكون فى الحالين للبائع، لأن بيعه يجوز فى أصح الروايتين على ما نبين، فلا يدخل[٢] فى بيع الشجر من غير ذكر. وأما إذا بيعت الأرض[٣] وقد بذر[٤] فيها صاحبها، ولم ينبت بعد لم يدخل[٥] فيه[٦]، لأنه مودع فيها كالمتاع، ولو نبت ولم تصر له قيمة، فقد قيل[٧]: لا يدخل فيه، وقد قيل[٨]: يدخل فيه، وكأن هذا بناء[٩] على الاختلاف فى جواز بيعه قبل أن يناله المشافر[١٠] والمناجل[١١]، ولا يدخل الزرع والثمر بذكر[١٢] الحقوق والمرافق لأنهما[١٣] ليسا منهما. ولو قال: بكل قليل وكثير هو له فيها، ومنها من حقوقها، أو قال: من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا[١٤]، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا[١٥] فيه، أما الثمر[١٦] المجذوذ[١٧]

---

(١) قوله: "فى الصحيح" وقيل: إذا لم يكن له قيمة يدخل فى البيع، ويكون للمشترى، ووجه الصحيح أن بيعه منفرداً يصح فى أصح الروايتين، وما صح بيعه منفرداً لا يدخل فى بيع غيره إذا لم يكن موضوعاً للقرار. (ع)

(٢) تبعاً.

(٣) قوله: "وأما إذا بيعت إلخ" معطوف على قوله: ولا فرق، يعنى الثمر لا يدخل فى البيع وإن لم يكن له قيمة، وأما إلخ. (ع)

(٤) بذر الأرض: كاشت زمين را. (مب)

(٥) قوله: "لم يدخل [البذر] إلخ" وذكر فى الفتاوى الفضلى أن ذلك فيما إذا لم يعفن البذر فى الأرض، وأما إذا عفن فيها فهو للمشترى، وهذا لأن بيع العفن بانفراده لا يصح، فكان تابعاً. (ع)

(٦) البيع.

(٧) القائل أبو القاسم الصفار.

(٨) القائل أبو بكر الإسكاف.

(٩) قوله: "بناء على الاختلاف إلخ" فمن جوز بيعه قبل أن تناوله المشافر والمناجل لم يجعله تابعاً لغيره، ومن لم يجوزه جعله تابعاً. (ع)

(١٠) مشفر البعير شفته. (ع)

(١١) منجل كمنبر، داس. (مب)
المنجل ما يحصد به الزرع. (ع)

(١٢) بأن قال: بعت الأرض أو الشجر بحقوقها، ومرافقها.

(١٣) قوله: "لأنهما ليسا منهما" أى لأن الزرع والثمر ليسا من المرافق والحقوق، لأن الحق يذكر لما هو تابع للمبيع، ولا بد للمبيع منه، ولا يقصد إليه إلا لأجل المبيع كالشرب والطريق، والمرافق لما يرتفق به، أى ينتفع به، ويختص بما هو من التوابع كالمتوضأ والمطبخ، ومسيل الماء. (ك)

(١٤) وهو قوله: لأنهما ليسا منهما. (ك)

(١٥) قوله: "دخلا فيه" لأنهما من الذى له فيها أو منها للاتصال فى الحال. (زيلعى)

(١٦) قوله: "أما الثمر المجذوذ إلخ" يعنى أن هذا إذا كان الزرع قائماً فى الأرض والثمر على الشجر، وأما إذا كان الثمر مجذوذاً والزرع محصوداً إلخ. (مل)

(١٧) المقطوع.

والزرع[١] المحصود لا يدخل[٢] إلا بالتصريح به لأنه بمنزلة[٣] المتاع[٤].

قال[٥]: ومن باع[٦] ثمرة لم يبد[٧] صلاحها، أو قد بدا جاز البيع؛ لأنه مال متقوم، إما لكونه منتفعًا به في الحال[٨]، أو في الثاني[٩]، وقد قيل[١٠]: لا يجوز[١١] قبل[١٢] أن يبدو صلاحها، والأول[١٣] أصح[١٤]، وعلى المشترى قطعها في الحال تفريغًا[١٥] لملك البائع، وهذا[١٦] إذا اشتراها مطلقًا[١٧]، أوبشرط القطع، وإن شرط[١٨] تركها على النخيل فسد البيع؛ لأنه[١٩] شرط لا يقتضيه[٢٠] العقد، وهو شغل ملك الغير، أو هو صفقة فى صفقة، وهو إعارة أو إجارة فى بيع، وكذا[٢١] بيع

(١) زراعت درووه. (مب)

(٢) بكل قليل إلخ.

(٣) للانفصال فى الحال. (ريلعى)

(٤) الموضوع فى الأرض.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى على الشجرة.

(٧) قوله: "لم يبد صلاحها [بدا بدوًا: پيدا وآشكار گرديد. مب]" بأن لم يصلح لتناول بنى آدم وعلف الدواب. (ك)

(٨) هذا إذا بدا.

(٩) قوله: "أو فى الثانى" أى فى الزمان الثانى وهذا إذا لم يبدُ، فصار كبيع المهر. (مل)

(١٠) القائل شمس الأئمة السرخسى.

(١١) قوله: "لا يجوز [البيع] إلخ" لأنها مستحق القطع إذ لا يصح البيع بشرط الترك، ومستحق القطع كالمقطوع، فلم تكن منتفعًا بها حالا ومآلا، فلم يصح. (ك)

(١٢) أى قبل أن ينتفع به.

(١٣) أى جواز البيع فى الحالين.

(١٤) روايةً ودرايةً من أنه مال متقوم إلخ.

(١٥) عن ملكه. (س)

(١٦) أى الجواز.

(١٧) أى بدون الشرط.

(١٨) أى قال: اشتريته على أنى أتركه على النخيل. (ع)

(١٩) قوله: "لأنه" أى لأن شرط الترك شرط لا يقتضيه العقد، لأن مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه، وهو أى شرط الترك الذى لا يقتضيه العقد شغل ملك الغير، أو هو البيع بشرط الترك صفقة فى صفقة، لأنه إعارة فى بيع، أو إجارة فيه لأن تركها على النخيل إما أن يكون بأجر أو بغيره، والثانى إعارة، والأول إجارة، وذلك منهى عنه، والإعارة تمليك المنافع بلا عوض، والإجارة تمليك المنافع بعوض. وفيه تأمل لأن ذلك إنما يكون صفقة فى صفقة، أن لو جازت إعارة الأشجار وإجارتها، وليس كذلك نعم إنما يستقيم هو إذا باع الزرع بشرط الترك فإن إعارتها وإجارتها جائزة، فيلزم صفقة فى صفقة، كذا فى "العناية". (مل)

(٢٠) وفيه منفعة للمشترى.

(٢١) أى يفسد.

الزرع بشرط الترك؛ لما قلنا[١]، وكذا[٢] إذا تناهى عظمها[٣] عند أبى حنيفة وأبى يوسف لما قلنا[٤]، واستحسنه محمد[٥] للعادة[٦]، بخلاف[٧] ما إذا لم يتناه عظمها[٨]؛ لأنه شرط فيه الجزء المعدوم، وهو الذى يزيد[٩] بمعنى[١٠] من الأرض أو الشجر. ولو اشتراها[١١] مطلقًا، وتركها بإذن البائع طاب له الفضل[١٢]، وإن تركها بغير إذنه تصدق[١٣] بما زاد فى ذاته لحصوله بجهة[١٤] محظورة[١٥]، وإن تركها[١٦] بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشىء؛ لأن[١٧] هذا تغير حالة[١٨] لا تحقق زيادة[١٩].

وإن اشتراها[٢٠] مطلقًا[٢١]، وتركها على النخيل، وقد[٢٢] استأجر النخيل إلى

---

(١) وهو قوله: لأنه شرط إلخ.

(٢) قوله: "وكذا [يفسد] إلخ" أى هذا إذا كانت الثمرة لم تتناه فى عظمها، أما إذا تناهى عظمها فكذلك، أى يفسد عند الشيخين، وهو القياس، لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد. (مل)

(٣) عظم بالفتح: بزرگ شدن. (م)

(٤) أى أنه شرط إلخ. (ك)

(٥) وفى "الأسرار": والفتوى على قول محمد. (ك)

(٦) قوله: "للعادة" أى لتعارف الناس بذلك، والجواب: إنا لا نسلم أن التعامل جرى فى اشتراط الترك، ولكن المعتاد فى مثله الإذن فى تركه بلا شرط فى العقد. (ع)

(٧) أى عند محمد.

(٨) فإنه لا يجوز بالاتفاق.

(٩) وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع، فأنه ضم المعدوم إلى الموجود، واشتراهما، فيفسد.

(١٠) أى بقوة. ناشئ. وهو جذب الرطوبة.

(١١) قوله: "ولو اشتراها إلخ" أى لو اشترى الثمرة التى لم يتناه عظمها، ولم يشترط القطع، ولا الترك، وتركها إلخ. (مل)

(١٢) أى عظم الثمار المبيعة.

(١٣) قوله: "تصدق بما زاد إلخ" يعنى يقوم قبل التناهى وبعده، فيتصدق بفضل ما بينهما من قيمته. (عينى)

(١٤) وهى قوة الأرض المغصوبة. (ع)

(١٥) ممنوعة.

(١٦) بغير إذنه. (ع)

(١٧) قوله: "لأن هذا تغير حالة" كتغير اللون، والطعم، والثمار إذا صارت بهذه الصفة لا يزداد من ملك البائع فيها، ولكن النضج من الشمس، واللون من القمر، والطعم من الكوكب، فلم يبق فيها إلا عمل الشمس والقمر والكواكب. (ك)

(١٨) من النىّ إلى النضج.

(١٩) فى الجسم.

(٢٠) قوله: "وإن اشتراها مطلقًا إلخ" توضيحه أن لو اشترى الثمار قبل تناهى العظم مطلقًا أى من غير شرط الترك والقطع، واستأجر النخيل من رب النخيل إلى وقت إدراك الثمار، وترك الثمار على النخيل طاب له الفضل، لأن الإجارة للنخيل باطلة، فإن جواز الإجارة عرف بالاستحسان لتعامل الناس، ولا تعامل للناس فى استئجار الأشجار، فلم يكن

وقت الإدراك[١] طاب له الفضل؛ لأن الإجارة[٢] باطلة لعدم[٣] التعارف والحاجة[٤]، فبقى[٥] الإذن معتبرا بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك[٦]، وتركه حيث لا يطيب له الفضل؛ لأن الإجارة فاسدة للجهالة[٧]، فأورثت خبثًا. ولو اشتراها[٨] مطلقًا[٩]، فأثمرت ثمرًا آخر قبل[١٠] القبض فسد البيع؛ لأنه لا يمكنه[١١] تسليم المبيع لتعذر التمييز[١٢]، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان[١٣] فيه للاختلاط، والقول قول المشترى فى مقداره[١٤]؛ لأنه فى يده[١٥]،

الإجارة منعقدةً لا جائزةً، ولا فاسدةً، ولا ضرورةً أيضًا إلى استئجار النخيل لترك الثمار، ولما بطلت الإجارة بقى إذن رب النخيل معتبرًا، فيطيب الفضل للمشترى، ولا يجب أجر، كذا قال أبو المكارم. وفى "رد المحتار": الحيلة فى جوازه بالاتفاق من المشايخ أن يبيع الكمثرى أول ما تخرج مع أوراق الشجر، فيجوز فيها تبعًا للأوراق، كأنه ورق كله.

وقيل: إن الحيلة فى أن يطيب للمشترى ما زاد فى ذات المبيع أن يأخذ الشجرة مساقاة لمدة معلومة، ويقول المشترى للبائع بعد ما دفع الثمن أخذت منك هذا الشجر مساقاة على أن لك جزء من ألف جزء، ولى ألف جزء، إلا جزء، أى من الثمن، ذكره الشمنى. (سقاية)

(٢١) أى عن الترك والقطع. (ع)

(٢٢) الواو حالية.

(١) در رسيدن ميوه جز آن. (م)

(٢) أى إجارة النخيل.

(٣) قوله: "لعدم التعارف" لأن التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الأشجار، ولهذا لو استأجر نخلا ليجفف عليه الثياب لا يجوز. (ك)

(٤) قوله: "والحاجة" أى لعدم الحاجة إلى ذلك، لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تتحقق إذا لم يكن مخلص سواها، وههنا يمكن للمشترى أن يشترى الثمار مع أصولها على ما سيذكر. (عناية)

(٥) قوله: "فبقى الإذن إلخ" أى إذا بطلت الإجارة بقى الإذن معتبراً، فيطيب له الفضل.

فإن قيل: الإذن ثبت فى ضمن الاستئجار، وقد بطل المتضمن، فيبطل ما فى ضمنه. قلنا: الإذن فى الإجارة الباطلة صار أصلا، إذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل، أى لا تحقق له أصلا ولا وصفًا شرعًا، والمعدوم لا يصلح متضمنًا، فصار الإذن مقصودًا، ولا كذلك فى الإجارة الفاسدة؛ لأن الفاسد ما كان موجودًا بأصله، فائتًا بوصفه، فأمكن جعله متضمنًا للإذن، وفساد المتضمن يقتضى فساد ما فى الضمن، فيفسد الإذن، فيتمكن الخبث. (مل)

(٦) الزرع.

(٧) قوله: "للجهالة [فيصير المعقود عليه مجهولا. ك]" أى لجهالة وقت إدراك الزرع، فإن الإدراك قد يتقدم بالحر، وقد يتأخر للبرد، وإذا انتفى الإذن كان الفضل خبيثًا، وسبيله التصدق. (ع)

(٨) ثمرة.

(٩) أى عن القطع والترك. (ع)

(١٠) أى قبل تخلية البائع بين المشترى والثمار. (ع)

(١١) أى البائع.

(١٢) بين القديمة والجديدة.

(١٣) قوله: "يشتركان فيه" لأن التسليم قد وجد، فلم يفسد البيع، وحدث ملك للبائع، واختلط بملك المشترى،

وكذا[١] في البادنجان[٢]، والبطيخ[٣]، و المخلص أن يشتري الأصول ليحصل الزيادة على ملكه[٤]. قال[٥]: ولا[٦] يجوز أن يبيع ثمرة[٧]، ويستثني منها أرطالا معلومة، خلافًا لمالك[٨] لأن الباقي[٩] بعد الاستثناء مجهول[١٠]، بخلاف ما إذا باع واستثنى[١١] نخلا معينًا؛ لأن الباقي[١٢] معلوم[١٣] بالمشاهدة، قال[١٤]: قالوا[١٥]:

فيشتركان. (عيني)

(١٤) أي مقدار الزائد. (ع)

(١٥) فكان الظاهر شاهدًا له. (ع)

(١) قوله: "وكذا إلخ" يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض، وإذا حدث بعده يشتركان، والمخلص أي الحيلة في جوازه فيما إذا حدث قبل القبض أن يشتري إلخ. (ع)

(٢) قوله: "في البادنجان" بادنجان معرب بادنگان فارسی ست. وبهندی بيگن نامند. (مخزن الأدوية)

(٣) کسکين بفارسی خربزة نامند. (مخزن)

(٤) مشتری.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "ولا يجوز أن يبيع ثمرة إلخ" سواء كان الثمر على الشجر أو مجذوذًا، موضوعًا على الأرض، كذا في "الكفاية"، وقال في "البناية" نقلا عن تاج الشريعة: إن هذا إذا كان الثمر على الشجر، أما إذا كان مجذوذًا، وباع واستثنى أرطالا معلومة جاز.

ثم قوله: ثمرة بيناء الواحدة إشارة إلى نوع من أنواع الثمر، كالعنب والرطب مثلا، ولم يرد به الثمرة الواحدة؛ لأنه لو كانت هي المرادة لم يصح استثناء الأرطال منها.

وفي قوله: أرطالا إشارة إلى أن المستثنى لو كان رطلا واحدًا يجوز؛ لأنه استثنى القليل من الكثير، بخلاف الأرطال، لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر، فيكون استثناء الكل من الكل، كذا في "البناية".

وقال صاحب العناية: أن المستثنى لو كان رطلا واحدًا، أو صاعًا واحدًا لا يجوز أيضًا. (سقاية)

(٧) سواء كان على الشجر أو بعد الجز. (ك)

(٨) فإنه يجوز عنده قياسًا على ما إذا باع واستثنى نخلا معينًا.

(٩) أي ما سوى الأرطال المعلومة.

(١٠) قوله: "مجهول" وهذه الجهالة تفضي إلى النزاع، إذ المشتري يطالب بالأجود والبائع يسلم الأردأ، علا أنه يحتمل أن الموجود ليس إلا هذه الأرطال المستثناة. وفي العناية: لو كان المستثنى صاعًا واحدًا، أو رطلا واحدًا، فالحكم كذلك، لكن قال العيني: وفي قوله: أرطالا إشارة إلى أن المستثنى لو كان رطلا واحدًا يجوز لأنه استثنى القليل من الكثير، بخلاف الأرطال لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر، فيكون استثناء الكل من الكل. (مل)

قوله: "مجهول" تقريره: أنه إذا استثنى قدرًا معينًا كان الباقي مجهولا وزنًا ومشاهدة، وقيل: الاستثناء وإن كان المبيع مجهولا لكنه معلوم مشاهدة، وكان بيع مجازفة، وجهالة القدر في بيع المجازفة لا تمنع صحة العقد، لعدم إفضاءها إلى المنازعة، والجهالة في مسألتنا هذه تفضي إلى النزاع، فإن المشتري يطالب بالأجود، والبائع يسلم الرديء، فتفسد العقد. (سقاية)

(١١) فإنه يجوز.

(١٢) بعد الاستثناء.

(١٣) كم هي نخلة. (ع)

هذا[١] رواية الحسن[٢]، وهو قول الطحاوي، أما[٣] على ظاهر الرواية ينبغي[٤] أن يجوز؛ لأن الأصل أن ما يجوز[٥] إيراد العقد عليه بانفراده يجوز[٦] استثناءه من العقد، وبيع قفيز من صبرة جائز، فكذا استثناءه[٧]، بخلاف[٨] استثناء الحمل، وأطراف الحيوان؛ لأنه لا يجوز بيعه[٩]، فكذا استثناءه. ويجوز[١٠] بيع الحنطة في سنبلها، والباقلي[١١] في قشره، وكذا الأرز[١٢]، والسمسم[١٣]، وقال الشافعي: لا يجوز بيع الباقلي الأخضر، وكذا الجوز، واللوز[١٤]، والفستق[١٥] في[١٦] قشره

(١٤) أي المصنف.

(١٥) مشايخ.

(١) عدم الجواز.

(٢) عن أبي حنيفة.

(٣) قوله: "أما على ظاهر الرواية إلخ" يريد به على قياس ظاهر الرواية، فإن حكم هذه المسألة لم يذكر في ظاهر الرواية، ولهذا قال: ينبغي أن يجوز. (ع)

(٤) قوله: "ينبغي أن يجوز" قيل: ولقائل أن يقول: سلمنا إن إيراد العقد على الأرطال المعلومة واستثناءها جائر، لكن لا نسلم جواز بيع الباقي، وهو مجهول. والجواب: إنا لا نسلم أن الباقي مجهول لما ذكرنا أن المستثنى إذا كان معلوماً لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه إلا بحسب الوزن، فيكون البيع في الباقي مجازفة، وهي لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع. (عناية)

(٥) وما لا يجوز إيراد العقد عليه منفرداً لا يجوز استثناءه. (ع)

(٦) قوله: "يجوز استثناءه" لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصوداً معلوماً وإفراد العقد يقضي كون المعقود عليه مقصوداً معلوماً، فيتشار كان في القصد والعلم، فما جاز أن يقع مقصوداً عليه بانفراده جاز أن يستثنى منه وبالعكس. (ع)

(٧) بأن يقول: بعتك هذه الصبرة بكذا إلا قفيزاً منها.

(٨) قوله: "بخلاف استثناء إلخ" صورة استثناء الحمل أن يقول: بعتك هذه الشاة إلا حملها، وصورة استثناء أطراف الحيوان أن يقول: بعتك هذه الشاة إلا جلدها، أو غيره، فإنه لا يجوز لا في حضر، ولا في سفر. (عيني)

(٩) انفراداً.

(١٠) قوله: "ويجوز بيع الحنطة [هذا لفظ القدوري. سقاية] إلخ" وفي "شرح الطحاوي": الأصل أنه إذا باع شيئاً وهو في غلافه قبل الإزالة فإنه لا يجوز إلا الحنطة في سنبلها، وسائر الحبوب في سنابلها، والذهب في ترابه، والفضة في ترابها، بخلاف جنسه من الثمن. (ك)

(١١) قوله: "والباقلي في قشره [از حبوب معروفه است. مخزن]" في "ذخيرة العقبى" ناقلا عن الصحاح: الباقلي بتشديد اللام والقصر، فإذا قلت: الباقلاء بالمد خففت اللام. قال أبو المكارم: وعلى البائع تخليص الحنطة وتذريتها، ودفعها إلى المشترى، هو المختار، كذا في "الخلاصة"، وهذا إذا باع الحنطة في السنبل بغير السنبل، والكلام فيه، وأما إذا باع الحنطة بالتبن فلا يلزم على البائع تخليصه، كذا قال الطحاوي. (سقاية)

(١٢) برنج.

(١٣) كنجد.

(١٤) بادام.

(١٥) پسته.

(١٦) متعلق بكل واحد من الثلاثة.

الأول[١] عنده، وله في بيع السنبلة[٢] قولان[٣]، وعندنا يجوز ذلك كله. له: أن المعقود[٤] عليه مستور[٥] بما لا منفعة له[٦] فيه، فأشبه[٧] تراب الصاغة إذا بيع بجنسه. ولنا: ما روى عن النبي عليه السلام*: «أنه[٨] نهى عن بيع[٩] النخل حتى يزهي[١٠] وعن بيع[١١] السنبل حتى يبيض[١٢] ويأمن العاهة[١٣]»، ولأنه[١٤] حب منتفع به، فيجوز بيعه في سنبله كالشعير[١٥].

---

(١) وأما في القشر الثاني فيجوز بالاتفاق.

(٢) أي بيع الحنطة في السنبلة.

(٣) في قول: يجوز، وفي قول: لا يجوز.

(٤) قوله: " أن المعقود عليه إلخ" وأنه مستور غائب عن البصر، ولا يعلم وجوده، فلا يجوز بيعه كبذر البطيخ وحب القطن. واللبن في الضرع، والزيت في الزيتون قبل الاستخراج. قلنا: الفرق بينهما أن الغالب في السنبلة الحنطة، ألا ترى أنه يقال: هذه حنطة وهي في سنبلها، ولا يقال: هذا حب، ولا هذا لبن، ولا زيت، ولا قطن. (زيلعي)

(٥) والعقد في مثله لا يصح. (ع)

(٦) أي للمشتري.

(٧) قوله: "فأشبه تراب الصاغة" يعني لا يجوز لاحتمال الربا، وتراب الصاغة هو التراب الذي فيه برادة الذهب والفضة، والصاغة جمع صائغ، ووجه المشابهة استتاره بما لا منفعة فيه. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٥ ص١٤٧. (نعيم)

(٨) قوله: " أنه نهى عن بيع إلخ" قلت: أخرجه الجماعة إلا البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة»، نهى البائع والمشتري، انتهى. قال في الصحاح: يقال: زها النخل يزهو إذا بدت فيه الحمرة أو الصفرة وأزهى لغة، حكاها أبو زيد، ولم يعرفها الأصمعي، انتهى. (ت)

(٩) قوله: "بيع النخل [أي عن بيع ثمر النخل، بحذف المضاف]" فإن قيل: يجوز بيع النخل قبل الزهو عندكم، ومقتضى ما استدلتم به من الحديث أنه لا يجوز؟ أجيب: بأنه محمول على بيع الثمر على النخل بشرط الترك إلى أن يحمر أو يصفر، بدليل قوله: أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه، إذ الإذهاب إنما يتوهم إذا اشتراه قبل الإدراك بشرط الترك. أومحمول على السلم يعني لايجوز السلم فيه حتى يوجد بين الناس بدليل قوله: إذا منع الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه، فيكون دليلا لنا على اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين الحلول. (شرح ملا على قاري بر نقاية)

(١٠) قوله: " حتى يزهي" زها النخل صاب غوره رنگين گرديد، وكذا أزهى النخل، ويقال: زها البسر أي رنگ گرفت غوره خرما. (من)

(١١) قوله: "بيع السنبل" فيه أن الاستدلال بمفهوم الغاية لا يجوز عندنا، إلا أن يقال: إنه مبني على إلزام الشافعي بمذهبه في المفهوم، وإن لم يكن معتبراً عندنا، فيكون جواباً إلزامياً على مذهبه، ويسمى بدلا. (مجمع الأنهر)

(١٢) قوله: حتى يبيض إلخ" وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها، فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود الغاية. (ك)

(١٣) آفت. (من)

(١٤) قوله: "ولأنه إلخ" كأنه جواب عن قوله: مستور بما لا منفعة له، وتقريره لا نسلم أنه لا منفعة فيه بل هو أي المبيع بقشره حب منتفع به، وأن الحبوب المذكورة مدخرة في قشرها، قال الله تعالى: ﴿فذروه في سنبله﴾، وهو انتفاع لا محالة، فجاز البيع. (عناية)

(١٥) يجوز بيعه في سنبله بالإجماع. (ك)

والجامع[١] كونه مالا متقوّمًا، بخلاف تراب الصاغة؛ لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز[٢]، وفى مسألتنا[٣] لو باعه بجنسه لا يجوز أيضًا لشبهة الربا، لأنه لا يدرى قدر[٤] ما فى السنابل.

ومن باع دارًا دخل فى البيع مفاتيح[٥] أغلاقها[٦]؛ لأنه يدخل فيه الأغلاق؛ لأنها مركبة فيها[٧] للبقاء[٨]، والمفتاح يدخل فى بيع الغلق[٩] من غير تسمية؛ لأنه بمنزلة بعض منه، إذ لا ينتفع[١٠] به بدونه.

قال[١١]: وأجرة الكيال، وناقد الثمن على البائع، أما الكيل فلا بد[١٢] منه للتسليم وهو على البائع، ومعنى هذا[١٣] إذا بيع مكايلة[١٤]، وكذا[١٥] أجرة الوزّان والذرّاع، والعدّاد، وأما النقد فالمذكور[١٦] رواية ابن رستم عن محمد، لأن النقد[١٧]

---

(١) قوله: "والجامع" أى العلة الجامع بين المقيس والمقيس عليه كون كل واحد منهما مالا متقوّمًا ينتفع به.

(٢) وإن كان الاستتار بما لا منفعة فيه.

(٣) قوله: "وفى مسألتنا [المتنازع فيها]" أى فى بيع الحنطة فى سنبلها لو باعه بجنسه أى باع الحنطة فى سنبلها بحنطة فى سنبلها لا يجوز. (كفاية)

(٤) من الحنطة.

(٥) قوله: "مفاتيح إلخ" والمراد بالمفاتيح إذا كان غلقها متصلا بالدار مركبًا فيها، فإن لم يكن الغلق مركبًا فيها كالقفل لا يدخل الغلق تبعًا له لعدم الاتصال. (زيلعى)

(٦) الغلق بفتح اللام ما يغلق ويفتح بالمفتاح. (ع)

(٧) الدار.

(٨) لا للفصل.

(٩) غلق –بفتحتين– چيزيكه بدان در را بندند، آن را مغلاق نيز گويند. (م)

(١٠) قوله: "إذ لا ينتفع إلخ" فإن قيل: الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق، ومع ذلك لا يدخل الطريق فى بيع الدار بدون ذكره، أو ذكر الحقوق. قلنا: شراء الدار قد يكون مقصوداً بدون الطريق، لأنه يحتمل أن يكون مراد المشترى أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراه، وأما المغلاق فلا يكون مقصودا منفردا من المفتاح، فيدخل بدون الذكر كما إذا استأجر دارًا يدخل الطريق بدون الذكر. (ك)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "فلا بد منه إلخ" يعنى أن التسليم واجب على البائع، وهو لا يحصل إلا بالكيل، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. (مل)

(١٣) أى أجرة الكيال على البائع.

(١٤) لا مجازفة.

(١٥) أى على البائع.

(١٦) أى فى المتن.

(١٧) أى نقد الثمن.

يكون بعد التسليم[١]، ألا ترى أنه يكون بعد الوزن[٢]، والبائع هو المحتاج إليه، ليميز[٣] ما تعلق به حقه من غيره[٤]، أو ليعرف المعيب ليرده، وفى رواية ابن سماعة[٥] عنه: على المشترى[٦]؛ لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن، فيكون عليه.

قال[٧]: وأجرة وزن الثمن على المشترى لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم[٨] الثمن، وبالوزن يتحقق التسليم.

قال[٩]: ومن باع سلعة[١٠] بثمن[١١] قيل[١٢] للمشترى: ادفع الثمن أولا؛ لأن حق المشترى تعين فى المبيع، فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض، لما أنه[١٣] لا يتعين بالتعيين تحقيقًا[١٤] للمساواة.

قال[١٥]: ومن باع سلعة[١٦] بسلعة، أو ثمنًا[١٧] بثمن قيل لهما: سلما معًا؛ لاستوائهما[١٨] فى التعيين وعدمه، فلا حاجة إلى تقديم أحدهما فى الدفع.

---

(١) إلى البائع.

(٢) وبالوزن يحصل التسليم. (ع)

(٣) أى الجيد.

(٤) أى الردىء.

(٥) وبه كان يفتى الصدر الشهيد. (ك)

(٦) أى أجرة النقد على المشترى.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) إلى البائع.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) بالكسر متاع، وأسباب. (مب)

(١١) أى بالدراهم والدنانير.

(١٢) أى عند النزاع بينهما.

(١٣) قوله: "لما أنه لا يتعين إلخ" لأن الدراهم والدنانير لا تتعين فى العقود قبل القبض، وتتعين بعده. (مل)

(١٤) قوله: "تحقيقًا للمساواة [تعليل بعد تعليل لقوله: ليتعين إلخ]" أى فى تعيين حق كل واحد منهما، وفى المالية أيضًا، لأن الدين أنقص من العين، ولو كان المبيع غائبًا عن حضرتهما فللمشترى أن يمتنع عن تسليم الثمن، حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن، كذا فى "المغنى". (ك)

(١٥) أى القدورى. (سقاية)

(١٦) كفرس بفرس.

(١٧) كذهب بفضة.

(١٨) قوله: "لاستوائهما فى التعيين إلخ" فالأول كلاهما متعين، والثانى غير متعين. (زيلعى)

باب خيار الشرط

قال: خيار[١] الشرط جائز في البيع[٢] للبائع والمشترى، ولهما[٣] الخيار ثلاثة[٤] أيام[٥]، فما دونها، والأصل[٦] فيه ما روى[٧] أن حبان[٨] ابن منقذ بن عمرو الأنصارى كان يغبن[٩] في البياعات[١٠]، فقال له النبي عليه السلام: «إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام»*.

ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة وهو قول زفر والشافعي، وقالا[١١]: يجوز إذا سمى[١٢] مدة معلومة؛ لحديث ابن عمر[١٣] أنه أجاز الخيار إلى شهرين، ولأن

---

(١) قوله: "خيار الشرط [هذا لفظ القدورى. سقاية] إلخ" هذه الإضافة من باب إضافة الحكم إلى سببه، أى خيار يثبت بالشرط، إذ لو لاه لماثبت الخيار، بخلاف خيار العيب والرؤية، فإنهما يثبتان من غير شرط. (مل)

(٢) قوله: "جائز في البيع إلخ" البيع تارة يكون لازما، وأخرى غير لازم، واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه، وغير اللازم ما فيه الخيار، ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعًا قدمه على غيره.

ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات؛ لأنه يمنع ابتداء الحكم، ثم خيار الرؤية، لأنه يمنع تمام الحكم، ثم خيار العيب، لأنه يمنع لزوم الحكم، وإنما كان عمله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في البيع، لكونه في معنى القمار، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به، فأظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الإمكان، لأن دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس. (عناية)

(٣) قوله: "ولهما" يحتمل أن يكون معطوفًا على ما تقدم، ومعناه: خيار الشرط جائز في البيع للبائع منفردًا، وللمشترى منفردًا، ولهما معًا، ويحتمل أن يكون ابتداء الكلام لبيان مدة الخيار. (مل)

(٤) قوله: "ثلاثة أيام" بالرفع على الخبرية، إذا كان لهما معطوفًا على ما تقدم، وبالنصب على الظرفية، أى في ثلاثة أيام. (مل)

(٥) إنما ذكره لئلا يتوهم أنه لا يجوز إلا المنصوص عليه.

(٦) دليل.

(٧) قوله: " ما روى إلخ" هذ الحديث رواه الحاكم في "المستدرك" عن نافع عن ابن عمر. (عينى)

(٨) قوله: "أن حبان" كذا روى الحاكم، وروى البخارى في تاريخه عن محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدى منقذ بن عمرو أصابته آمة في رأسه، فكسرت لسانه، ونازعت عقله، فلا يزال يغبن، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ الحديث، ومن ههنا اختلفوا أن هذه القضية لمنقذ بن عمرو، ورجح النووى أنها لحبان ابن منقذ. (سقاية)

(٩) قوله: "كان يغبن في البياعات" لما مومة أصابت رأسه، وغبنه في البيع، أى خدعه، والغبن ضعف الرأى، يقال: رجل غبين الرأى. والخلابة: الخداع، ومعنى قوله لا خلابة: أى العدول عن البيع البات إلى الخيار، ليس منى غرور وخداع لك، بل المقصود التروّى، ويحتمل أنه لا خلابة من جهة البائع لى، يعنى إثبات الخيار لى حتى أتروى وأدفع الغبن عن نفسى إن كان في هذا البيع. (عناية)

(١٠) قوله: في البياعات [بحذف المضاف أى في بيع البياعات -بياعه بالكسر متاع، وكالآى فروختنى بياعات جمع. (مب)-]" الظاهر أنه جمع بياع، مصدر بايعت، وجعله جمع بيع مما لا حاجة إليه. (ملا عبد السلام أعظمى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٦ص١٤٨. (نعيم)

(١١) أى أبو يوسف ومحمد.

(١٢) قوله: "إذا سمى مدة معلومة" سواء كان شهرًا، أو سنةً، أو أكثر، ولو شرط الخيار أبدًا لا يجوز بالإجماع. (عينى)

الخيار[١] إنما شرع للحاجة إلى التروى[٢] ليندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر، فصار[٣] كالتأجيل فى الثمن. ولأبى حنيفة: أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد[٤]، وهو اللزوم، وإنما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص، فيقتصر[٥] على المدة المذكورة فيه، وانتفت الزيادة[٦]، إلا[٧] أنه إذا أجاز[٨] فى الثلث جاز عند أبى حنيفة خلافًا لزفر، وهو يقول: إنه[٩] انعقد فاسدًا، فلا ينقلب جائزًا[١٠].
وله: أنه[١١] أسقط[١٢] المفسد قبل تقرره، فيعود جائزًا كما[١٣] إذا باع بالرقم[١٤]،

---

(١٣) قوله: "لحديث ابن عمر إلخ" والجواب: أن حديث حبان مشهور، فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر، وقد قال الزيلعى: إن هذا الحديث غريب جد، وفى "الكفاية": إن فى حديث ابن عمر أنه أجاز الخيار، وليس فيه بيان خيار الشرط، ولعل المراد به خيار الرؤية، أو خيار العيب، وأنه أجاز خيار الرؤية بعد شهرين. (مل)

(١) قوله: "لأن الخيار إلخ" والجواب: أن كثير المدة ليس كالقليل، فإن فى الكثير معنى الغرور زائد، والقياس على التأجيل فى الثمن غير صحيح؛ لأن الأجل يشترط للقدرة على الأداء، وهى إنما تكون بالكسب، وهو لا يحصل فى كل مدة، فقد يحتاج إلى مدة طويلة، كذا فى "العناية". (مل)

(٢) تروى فى الأمر: انديشيد در أمر. (مب)

(٣) قوله: "فصار كالتأجيل فى الثمن" فإن التأجيل فى الثمن يجوز فى قليل المدة وكثيرها وإن كان يخالف مقتضى العقد؛ لأجل الحاجة، فكذا ههنا. (عينى)

(٤) وكلما هو كذلك فهو مفسد. (ع)

(٥) قوله: "فيقتصر على المدة إلخ" فإن قيل: كيف جاز للبائع، والمذكور فى النص هو المشترى، فكما عديتم فيمن له الخيار فلتعديه فى مدته. فالجواب: أن البائع فى معنى المشترى فى المعنى المناط، فيلحق به دلالة، وكثير المدة ليس كقليلها، لأن معنى الغرور يتمكن بزيادة المدة، فيزداد الغرور وهو مفسد. (ع)

(٦) على ثلاثة أيام.

(٧) قوله: "إلا أنه إذا جاز إلخ" استثناء من قوله: ولا يجوز أكثر منها، أى لو ذكر الأكثر منها، وأجاز من له الخيار فى الثلث جاز، (عينى)

(٨) أى البيع.

(٩) أى هذا العقد.

(١٠) قوله: "فلا ينقلب جائزًا" لأن البقاء على وفق الثبوت، فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقط الدرهم الزائد. (ع)

(١١) أى من له الخيار.

(١٢) قوله: "أسقط المفسد" وهو شرط اليوم الرابع قبل تقرره، أى لزومه وثبوته بمضى ثلاثة أيام، كما لو باع جزعًا فى السقف، ثم نزعه وسلمه. (مل)

(١٣) قوله: "كما إذا باع بالرقم إلخ" الرقم فى الأصل الكتابة والختم، والتاجر يرقم الثياب أى يعلمها بأن ثمنها كذا، والمراد من البيع بالرقم هو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بها الدلال، أو غيره بأن ثمن الثوب كذا درهما، ولا يعلم المشترى ذلك القدر، فيقول صاحب الثوب، أو الدلال، أو غيره: بعتك هذا الثوب برقمه، فقال المشترى: قبلت من غير أن يعلم مقداره ينعقد البيع فاسدًا، ثم لو علم المشترى قدر ذلك الرقم فى المجلس، وقبله ينقلب البيع جائزًا بالاتفاق. (ك)

(١٤) الرقم الكتابة، ورقم الثوب: كتابته، وهو فى الأصل مصدر، يقال: رقمت الثوب. (ص)

وأعلمه في المجلس، ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع، فإذا أجاز قبل ذلك[١] لم يتصل المفسد بالعقد[٢]، ولهذا[٣] قيل: إن العقد يفسد بمضى جزء من اليوم الرابع، وقيل: ينعقد فاسدا، ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط، وهذا[٤] على الوجه الأول[٥]. ولو اشترى على أنه إن لم ينقد[٦] الثمن[٧] إلى ثلثة أيام فلا بيع بينهما جاز، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر، فإن نقد[٨] في الثلاث جاز[٩] في قولهم جميعًا.

والأصل[١٠] فيه: أن هذا[١١] في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزًا[١٢] عن المماطلة[١٣] في الفسخ، فيكون[١٤] ملحقًا به، وقد مر[١٥] أبو حنيفة على أصله[١٦] في الملحق[١٧] به، ونفى الزيادة[١٨] على

---

(١) فصار كان الخيار لم يكن مشروطًا في اليوم الرابع. (زيلعي)

(٢) أي اتصال اليوم الرابع.

(٣) قوله: "ولهذا قيل إلخ" [أي للدليل الأخير] اعلم أن مشايخنا اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة، فذهب العراقيون إلى أنه ينعقد فاسداً، ثم ينعقد صحيحاً بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع. وذهب أهل خراسان، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي إلى أنه موقوف، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد، وإلا فلا. فقول المصنف: أنه أسقط المفسد قبل تقرره تعليل على الرواية الأولى، وذكر النظير لهذا بقوله: كما إذا باع إلخ. وقوله: لأن الفساد إلخ تعليل على الرواية الثانية. (عيني)

(٤) أي هذا القول الأخير.

(٥) وهو قوله: وله أنه أسقط إلخ. (ك)

(٦) نقد بالفتح آماده كردن، ودادن، وسره كردن درم ودينار. (م)

(٧) ويسمى هذا خيار النقد.

(٨) أي المشترى الثمن.

(٩) لزوال المفسد.

(١٠) قوله: "والأصل فيه" أي في الشراء بشرط أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما: أن هذا أي الشراء بهذا الشرط في معنى شرط الخيار؛ لأن معنى الخيار نقد الثمن على تقدير إجازة البيع وعدم نقده على تقدير فسخ البيع، فكذا ههنا إن شاء نقد الثمن فتم البيع، وإن شاء لم ينقد فانفسخ البيع. (عيني)

(١١) من حيث الحاجة.

(١٢) قوله: "تحرزًا عن [تعليل لقوله: مست] إلخ" يعني أن الحاجة وإن كانت تندفع بالشراء بشرط الخيار لأنه إذا اشترى بالخيار إن شاء أجاز وإن شاء فسخ، إلا أنه ليس لمن له الخيار أن يفسخ لغير حضرة صاحبه على ما سيجيء، فيحصل المماطلة، أي المدافعة في الفسخ، فمن هذا الوجه مست الحاجة إلى خيار النقد، كذا قال العيني. (مل)

(١٣) درنگ ومطل كردن در حق كسى –دفع الوقت كردن– (م). (من)

(١٤) خيار النقد.

(١٥) أي ذهب.

(١٦) أي على أصله المذكور في إلخ.

الثلاث، وكذا محمد[١] في تجويز الزيادة، وأبو يوسف[٢] أخذ في الأصل بالأثر، وفي هذا بالقياس. وفي هذه المسألة[٣] قياس آخر، وإليه مال زفر، وهو أنه[٤] بيع شرط فيه إقالة[٥] فاسدة، لتعلقها بالشرط[٦]، واشتراط[٧] الصحيح منها[٨] فيه[٩] مفسد للعقد، فاشتراط الفاسد أولى[١٠]، ووجه[١١] الاستحسان ما بينا.

قال[١٢]: وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه؛ لأن[١٣] تمام هذا السبب[١٤] بالمراضاة، ولا تتم مع الخيار، ولهذا[١٥] ينفذ عتقه، ولا يملك[١٦] المشتري التصرف فيه وإن[١٧] قبضه بإذن البائع. فلو قبضه المشتري، وهلك في يده في مدة الخيار[١٨] ضمنه

---

(١٧) أي خيار الشرط.

(١٨) في الملحق.

(١) مر على أصله في الملحق والملحق به.

(٢) قوله: "وأبو يوسف أخذ في الأصل" أي في شرط الخيار بالأثر، وهو ما روى أن ابن عمر رضي الله عنه أجاز الخيار إلى شهرين، وفي هذا أي في الزائد على ثلاثة أيام في خيار النقد بالقياس، لأن القياس في شرط الخيار ما قاله أبو حنيفة، وإنما تركاه بأثر ابن عمر، ولا أثر ههنا، فبقي على أصل القياس. (ك)

(٣) أي لو اشترى إلخ.

(٤) أي أن هذا العقد

(٥) أعني قوله: فلا بيع، هو فسخ العقد بالتراضي.

(٦) هو عدم النقد.

(٧) قوله: "واشتراط الصحيح منها" بأن يقول: بعتك هذا العين على أن تقيله لم يصح، لأنه على خلاف مقتضى العقد، وهذه إقالة مفسدة، وصحيحة لأنها غير معلقة. (مل)

(٨) إقالة.

(٩) أي في البيع.

(١٠) أي في إفساد العقد.

(١١) قوله: "ووجه الاستحسان إلخ" يعني أن هذا البيع لا يجوز إلى ثلاثة أيام أيضًا قياسًا، كما قال زفر، ولكنا جوزناه استحسانًا، ووجهه ما بينا، وهو أن هذا في معنى شرط الخيار إلخ. (عيني)

(١٢) هذا قول القدوري. (سقاية)

(١٣) قوله: "لأن تمام هذا السبب بالمراضاة" لما عرفت من قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾، ولا يتم الرضا مع الخيار؛ لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه، فلم يتم السبب في حق البائع، فإنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضاء، فلا يوجب حكمه في حقه، فلا يخرج المبيع عن ملكه. (ف)

(١٤) أي العلة يعني البيع.

(١٥) أي لأجل كونه على ملك صاحبه.

(١٦) ويملك البائع. (زيلعي)

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) ولو هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار. (ع)

بالقيمة[١]؛ لأن البيع ينفسخ بالهلاك[٢]، لأنه[٣] كان موقوفاً[٤]، ولا نفاذ[٥] بدون المحل، فبقى[٦] مقبوضاً فى يده على سوم الشراء[٧]، وفيه القيمة[٨]، ولو هلك[٩] فى يد البائع انفسخ البيع، ولا شيء على المشترى اعتباراً[١٠] بالصحيح المطلق.

قال[١١]: وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع؛ لأن البيع فى جانب[١٢] الآخر لازم[١٣]، وهذا[١٤] لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار؛ لأنه شرع نظراً[١٥] له دون الآخر.

قال[١٦]: إلا أن المشترى لا يملكه[١٧] عند أبى حنيفة، وقالا: يملكه؛ لأنه لما خرج عن ملك البائع، فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا[١٨] لا إلى مالك، ولا

---

(١) قوله: "ضمنه بالقيمة" وقال ابن أبى ليلى: لا شيء عليه؛ لأنه أمين فيه حيث قبضه بإذن صاحبه، وإنا نقول: البائع ما رضى بقبضه إلا بجهة العقد، والمقبوض بجهة العقد يكون مضموناً بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء. (ك)

(٢) أى هلاك المبيع.

(٣) بيع.

(٤) لوجود الخيار.

(٥) قوله: "ولا نفاذ إلخ" يعنى أن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه، فلا يلحقها الإجازة. (عناية)

(٦) المبيع.

(٧) قوله: "سوم الشراء" سمت بالسلعة: بها كردم متاع را. (من)

(٨) قوله: "وفيه القيمة" أى فى المقبوض على سوم الشراء القيمة إذا لم يكن مثلياً، فإن كان مثلياً فعليه المثل، ثم إن المقبوض على سوم الشراء، إنما يكون مضموناً إذا كان الثمن مسمّى حتى إذا قال: اذهب بهذا الثوب، فإن رضيته اشتريته، فذهب به فهلك لا يضمن. ولو قال: إن رضيته اشتريته بعشرة، فذهب به فهلك ضمن قيمته، وعليه الفتوى. (ك)

(٩) المبيع.

(١٠) قوله: "اعتباراً إلخ" أى فى البيع الصحيح المطلق عن الخيار إذا هلك المبيع فى يد البائع ينفسخ البيع. فإن قيل: فائدة قيده بالصحيح مع أن الحكم فى الفاسد كذلك. قلنا: إجراء التصرفات المسلمين على ما هو الأليق بحالهم من التصرفات الصحيحة دون الفاسدة. (ك)

(١١) أى القدورى (عينى)

(١٢) البائع.

(١٣) قوله: "لازم" أى ثابت لتمام الرضا منه حتى لا يتمكن البائع من الفسخ. (عينى)

(١٤) أى عدم منع خيار المشترى لخروج المبيع عن ملك البائع.

(١٥) قوله: "نظراً له [رحمة] إلخ" يعنى أن الخيار مانع للحكم فى جانب من له الخيار، لا فى جانب من ليس له الخيار. (ب)

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) المبيع.

(١٨) أى زائلا لا ينتسب إلى إلخ.

عهد لنا[1] به فى الشرع[2]. ولأبى حنيفة: أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه[3]، فلو قلنا: بأنه يدخل المبيع فى ملكه لاجتمع البدلان[4] فى ملك رجل واحد حكمًا[5] للمعاوضة، ولا أصل[6] له فى الشرع، لأن المعاوضة يقتضى المساواة[7].

ولأن[8] الخيار شرع نظرًا للمشترى ليتروى[9]، فيقف على المصلحة، ولو ثبت[10] الملك ربما يعتق[11] عليه[12] من غير اختياره[13] بأن كان[14] قريبه، فيفوت النظر. قال[15]: فإن هلك[16] فى يده هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب، بخلاف[17]

(١) قوله: "ولا عهد [أى لا علم] لنا إلخ" ونوقض بما إذا اشترى متولى الكعبة عبد الخدمة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع، ولا يدخل فى ملك المشترى.وأجيب بأن كلامنا فى التجارة، وما ذكرتم ليس منها، بل هو ملحق بتوابع الأوقاف. (ع)

(٢) أى غير معهود فى شريعتنا أن يكون الشيء مملوكًا ولا مالك له. (ك)

(٣) المشترى.

(٤) أى الثمن والمبيع.

(٥) قوله: "حكمًا للمعاوضة" احترز به عن الضمان فى غصب المدبر، فإن المدبر المغصوب إذا أبق من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب، ولا يخرج المدبر عن ملك المولى، فقد اجتمع البدلان، وهوالمدبر وبدله، وهو الضمان فى ملك المولى. قلنا: ذاك ضمان جناية لا ضمان معاوضة، وكلامنا فى الذى يقبل الانتقال بحكم المعاوضة. (ك)

(٦) قوله: "ولا أصل له إلخ" أما الجواب عن قولهما: ولا عهد لنا إلخ فهو أنه يبطل ذلك بالتركة المستغرقة بالدين، لأن التركة تزول عن ملك الميت، ولا تدخل فى ملك الورثة، كذا قال العينى، وهكذا ذكر الإمام التمر تاشى.

وقال فى الكفاية: لكن فى قوله: يزول عن ملك الميت منع إذ التركة مبقاة فى حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه، وقضاء الدين منها، فلا يزول ملكه. (مل)

(٧) وهو أن يدخل المبيع فى ملك المشترى والثمن فى ملك البائع.

(٨) دليل ثان للإمام.

(٩) تروّى فى الأمر: أنديشيد در كار. (من)

(١٠) أى للمشترى.

(١١) المبيع.

(١٢) المشترى.

(١٣) فإن من ملك ذا رحم محرم عتق عليه.

(١٤) المبيع.

(١٥) أى القدورى. (عينى)

(١٦) قوله: "فإن هلك" أى المبيع فى مدة الخيار فى يده أى المشترى، والخيار له، هلك بالثمن، أى لزم العقد ويجب الثمن. وكذا أى هلك بالثمن إذا دخله فى المدة عيب فى يده، والمراد العيب الذى لا يرتفع، كما إذا قطعت يده، وإن كان يرتفع كالمرض، فعلى خياره، فإن لم يرتفع فى مدة الخيار لزم العقد فيه، كذا قال الزيلعى. (س)

(١٧) قوله: "بخلاف ما إذا كان إلخ" يعنى إذا كان الخيار للبائع، وهلك المبيع فى يد المشترى فى مدة الخيار، ويجب القيمة. ووجه الفرق بين ما إذا كان الخيار للمشترى، وهلك فى يده، فيجب الثمن، وبين ما إذا كان الخيار للبائع، وهلك فى يد المشترى فى مدة الخيار حيث يجب القيمة: أنه إلخ. (عينى)

ما إذا كان الخيار للبائع.

ووجه الفرق أنه إذا دخله[١] عيب يمتنع الرد، والهلاك لا يعرى[٢] عن مقدمة عيب، فيهلك[٣]، والعقد[٤] قد انبرم[٥]، فيلزمه الثمن، بخلاف ما تقدم، لأن بدخول العيب لا يمتنع[٦] الرد حكماً لخيار البائع، فيهلك، والعقد[٧] موقوف[٨].

قال[٩]: ومن[١٠] اشترى امرأته[١١] على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح؛ لأنه لم يملكها لما له من[١٢] الخيار، وإن وطأها[١٣]، له[١٤] أن يردها؛ لأن الوطئ بحكم النكاح[١٥]، إلا[١٦] إذا كانت بكراً؛ لأن الوطئ ينقصها[١٧]، وهذا[١٨] عند أبي حنيفة.

وقالا: يفسد النكاح؛ لأنه ملكها، وإن وطأها لم يردها، لأن وطئها بملك

---

(١) قوله "أنه إذا دخله إلخ" أي إذا كان المبيع في يد المشتري والخيار للمشتري، فدخله عيب يمتنع الرد، ويبطل الخيار لما ذكر، تعذر عليه الرد كما قبض سليماً من العيب، وكذلك في الهلاك، لأنه لما أشرف على الهلاك سقط خياره بعجزه عن رده كما قبضه، فتم البيع وهو قائم، فلزم الثمن المسمى.

بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع؛ لأنه وإن أشرف على الهلاك، فخيار البائع لم يسقط، لأنه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار؛ لأنه لو رضي به يتمكن من الاسترداد، فإنه إذا هلك هلك على ملكه، فينفسخ العقد ضرورة، إذ لو لزم البيع فيه للزم بعد موته، وذا لا يجوز لعدم المحل، فكان مضموناً بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء. (ك)

(٢) أي لا يخلو عن تقدم عيب، ومرض.

(٣) المبيع.

(٤) الواو للحال.

(٥) لزم وتم، الانبرام: تمام شدن بيع. (تاج)

(٦) على المشتري.

(٧) الواو حالية.

(٨) فيلزم القيمة.

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٠) قوله: "ومن اشترى إلخ" هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره وهو: أن الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع، ولا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة، وعندهما يدخل. (عيني)

(١١) قوله: "امرأته [أي منكوحته التي كانت أمة رجل]" قيد بشراء امرأته؛ لأن المشتراة إذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه بين كونها بكراً أو ثيباً في أنه يكون مختاراً للبيع بالوطئ بالإجماع سواء نقصها الوطئ أو لم ينقصها. (ك)

(١٢) بيان ما.

(١٣) قوله: "وإن وطأها" أي وطأها وهي ثيب، ولم ينقصها الوطئ، أما إذا نقصها فليس له الرد، وإن كانت ثيباً. (ك)

(١٤) أي جاز له.

(١٥) لا بملك اليمين حتى تكون الوطئ إجازة، ويسقط الخيار.

(١٦) استثناء من قوله: له أن يردها.

(١٧) وليس له الرد بعد ما تعيب عنده.

(١٨) أي المذكور إلى ههنا.

اليمين[١]، فيمتنع الرد وإن[٢] كانت ثيبًا. ولهذه المسألة أخوات[٣] كلها تبتنى على وقوع الملك[٤] للمشترى بشرط الخيار وعدمه[٥].

منها: عتق[٦] المشترى على المشترى إذا كان قريبًا له فى مدة الخيار.

ومنها: عتقه[٧] إذا كان المشترى حلف إن ملكت عبدًا[٨] فهو حر، بخلاف[٩] ما إذا قال: إن اشتريت[١٠]، لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء، فيسقط الخيار[١١].

ومنها: أن حيض المشتراة[١٢] فى المدة[١٣] لا يجتزئ[١٤] به فى الاستبراء عنده، وعندهما يجتزئ[١٥]، ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب[١٦] عليه[١٧] الاستبراء عنده، وعندهما يجب[١٨] إذا ردت بعد القبض[١٩].

---

(١) فيكون إجازة.

(٢) وصلية.

(٣) أى نظائر فى كونها متفرعة على الأصل المتقدم. (ع)

(٤) عندهما.

(٥) عنده.

(٦) لا يعتق عليه عنده لعدم الملك خلافًا لهما.

(٧) أى لا يعتق عنده لعدم الملك خلافًا لهما.

(٨) هذا هو الحلف.

(٩) قوله: "بخلاف ما إذا قال إلخ" حيث يعتق عندهم جميعًا، لأنه كالمنشئ للعتق؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط، ولو أنشأ العتق بعد شراءه بالخيار عتق ويسقط الخيار، كذا هذا.

فإن قيل: لو كان كالمنشئ للعتق لوقع عتق المحلوف بعتقه بالشراء عن الكفارة إذا اشتراه ناويًا عن الكفارة؟

قلنا: إنما جعلناه كالمنشئ تصحيحًا للجزاء، أعنى قوله: فهو حر، وليس من ضرورة جعله كالمنشئ فى حق الجزاء جعله كالمنشئ فى صحة نية الكفارة؛ لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، هذا ما فى "الكفاية". (مل)

(١٠) عبدًا فهو حر.

(١١) ويعتق إجماعًا.

(١٢) بالخيار.

(١٣) أى فى مدة الخيار.

(١٤) قوله: "لا يجتزئ [لاجتزاء: بس كردن. م] به [أى لا تعد هذه الحيضة من الاستبراء لعدم الملك] إلخ" وعليه أن يستبريها بحيضة أخرى، والاستبراء طلب براءة الرحم عن قرار نطفة الغير.

(١٥) لثبوت الملك.

(١٦) قوله: "لا يجب إلخ" لأن الاستبراء يجب بالانتقال من ملك إلى ملك، ولم يوجد، فإنها لم تدخل فى ملك غيره، وهذا سواء كان الرد قبل القبض، أو بعده، كذا فى "الكفاية". (مل)

(١٧) البائع.

(١٨) الاستبراء.

(١٩) قوله: "بعد القبض" فأماقبل القبض فيجب الاستبراءقياسًا، ولايجب استحسانًا؛لأن الملك وإن ثبت لكنه لم يتقرر.(ك)

ومنهاإذاولدت[١] المشتراة[٢] في المدة بالنكاح لاتصيرأم ولدله عنده خلافًا لهما.

ومنها: إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع، ثم أودعه عند البائع، فهلك في يده[٣] في المدة[٤] هلك[٥] من مال البائع لارتفاع[٦] القبض[٧] بالرد[٨] لعدم الملك عنده، وعندهما من مال المشتري لصحة[٩] الإيداع باعتبار قيام الملك[١٠].

ومنها: لو كان المشتري[١١] عبدًا مأذونًا له، فأبرأه[١٢] البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده؛ لأن الرد[١٣] امتناع[١٤] عن التملك، والمأذون له[١٥] يليه، وعندهما بطل خياره؛ لأنه لما ملكه[١٦] كان الرد منه تمليكًا[١٧] بغيرعوض، وهوليس[١٨] من أهله.

ومنها: إذا اشترى ذمي من ذمي خمرًا على أنه بالخيار، ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها، فلا يملك ردها[١٩] وهو[٢٠] مسلم، وعنده يبطل البيع؛ لأنه لم

---

(١) قوله: "إذا ولدت إلخ" يعني أنه اشترى الأمة التي كانت منكوحة له، وولدت منه في مدت الخيار بالنكاح في يد البائع قبل قبض المشتري لا تصير أم ولد له، لعدم الملك، وأما إذا قبضها المشتري، وولدت عنده في المدة يثبت الملك له، ويسقط الخيار، وتصير أم ولد بالاتفاق؛ لأنها تعيبت بالولادة، فلا يمكن ردها بعد العيب، كذا في "العناية". (مل)

(٢) بالخيار.

(٣) أي في يد البائع.

(٤) أو بعدها.

(٥) ويبطل البيع. (ك)

(٦) قوله: "لارتفاع القبض إلخ" أي لأن الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع، وإذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض، وأنه من مال البائع. (عيني)

(٧) أي قبض المشتري المبيع.

(٨) إلى البائع.

(٩) قوله: "لصحة الإيداع" فصار هلاكه في يد المودع، كهلاكه في يده، لأن يد المودع كيده. (عيني)

(١٠) للمشتري.

(١١) بالخيار.

(١٢) قوله: "فأبرأه إلخ" فإن قيل: إذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه بالإجماع، فلا يملكه البائع ضرورة، فكيف يصح إبراءه. قلنا: في القياس أن لا يصح إبراءه، لأنه لا يملك الثمن، وفي الاستحسان يصح إبراءه، لأنه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد. (ك)

(١٣) أي من المأذون.

(١٤) لنفسه.

(١٥) أي له ولاية الامتناع عن التملك. (ك)

(١٦) المبيع.

(١٧) للبائع.

(١٨) قوله: "ليس من أهله" لأن التمليك بغير عوض تبرع، والمأذون له ليس مجازًا بالتبرع

(١٩) لأن الإسلام يمنع تمليك الخمر.

يملكها[١]، فلا يتملكها[٢] بإسقاط الخيار وهو[٣] مسلم.

قال[٤]: ومن[٥] شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار، وله أن يجيز[٦]، فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً[٧] عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز، وهو قول الشافعي، والشرط هو العلم[٨]، وإنما كنى[٩] بالحضرة عنه. له[١٠]: أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه[١١]، فلا يتوقف[١٢] على علمه كالإجازة[١٣]، ولهذا[١٤] لا يشترط رضاه، وصار[١٥] كالوكيل[١٦] بالبيع. ولهما: أنه[١٧] تصرف في حق[١٨] الغير، وهو العقد بالرفع[١٩]، ولا يعرى[٢٠] عن المضرة، لأنه[٢١] عساه[٢٢] يعتمد تمام البيع السابق،

---

(٢٠) الواو حالية.

(١) حال الذمية.

(٢) لأن الإسلام يمنع عن تملك الخمر.

(٣) الواو حالية.

(٤) أي القدوري.

(٥) قوله: "من شرط إلخ" هذا بعمومه يتناول البائع، والمشتري، والأجنبي؛ لأن شرط الخيار يصح منهم جميعًا. (ع)

(٦) البيع.

(٧) عالمًا.

(٨) أي علم الفسخ.

(٩) قوله: "وإنما كنى بالحضرة عنه [أي عبر]" يعني ذكر السبب وأراد المسبب؛ لأن الحضور سبب العلم. (عيني)

(١٠) أي من شرط له الخيار.

(١١) لأن كل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه. (ع)

(١٢) الفسخ.

(١٣) لا تتوقف على علمه.

(١٤) قوله: "ولهذا" أي لأجل عدم توقف فعله على علم صاحبه.

(١٥) أي من له الخيار.

(١٦) قوله: "كالوكيل بالبيع" فإن الوكيل له أن يتصرف فيما وكل به وإن كان الموكل غائبًا لما أنه مسلط من جهة الموكل، فكذلك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه. (ك)

(١٧) فسخ.

(١٨) هو من لا خيار له.

(١٩) أي برفع العقد.

(٢٠) قوله: "ولا يعرى عن المضرة [الفسخ]" فإن قيل: لو لم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر أيضًا، وهو أن يخفى الذي ليس من جانبه الخيار شخصه حتى يمضي مدة الخيار، فلزمه العقد شاء أو أبى، فيتضرر من له الخيار إذا أبى لزوم البيع.
قلنا: إنما لزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل من صاحبه، فكان ضرراً مرضيًا، بخلاف ما نحن فيه. (ك)

فيتصرف فيه[١]، فيلزمه[٢] غرامة القيمة بالهلاك[٣] فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب[٤] لسلعته مشتريًا[٥] فيما إذا كان الخيار للمشترى، وهذا نوع ضرر، فيتوقف[٦] على علمه، وصار كعزل الوكيل[٧]، بخلاف الإجازة؛ لأنه لا إلزام[٨] فيه. ولا نقول[٩]: إنه[١٠] مسلط[١١]، وكيف يقال: ذلك؟ وصاحبه[١٢]لا يملك الفسخ[١٣]، ولا تسليط[١٤] في غير ما يملكه المسلط، ولو كان[١٥] فسخ في حال غيبة صاحبه، وبلغه[١٦] في المدة[١٧] تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه[١٨] بعد مضي المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ. قال[١٩]: وإذا مات[٢٠] من له الخيار[٢١] بطل خياره،

---

(٢١) أى الذى ليس له الخيار.

(٢٢) أى قرب له.

(١) أى فى المبيع.

(٢) قوله: "فيلزمه القيمة" وقد تكون القيمة أكثر من الثمن، وهوضرر. (مل)

(٣) أى بهلاك المبيع.

(٤) البائع.

(٥) وقد تكون المدة أيام رواج المبيع. (ع)

(٦) الفسخ.

(٧) قوله: "صار كعزل الوكيل" فإنه موقوف على علمه بعزل الموكل كيلا يتضرر بلزوم الثمن فيما إذا كان وكيلا بالشراء، وببطلان قوله: فيما إذا كان وكيلا بالبيع. (عينى)

(٨) قوله: "لأنه لا إلزام فيه [أى لا إلزام ضرر]" كأنه لا يلزم الآخر بإجازته شيئًا، لأن العقد لازم من جانب المشروط عليه الخيار. (ك)

(٩) جواب دليل أبى يوسف.

(١٠) من له الخيار.

(١١) أى على الفسخ.

(١٢) الواو حالية.

(١٣) للزوم العقد من جانبه.

(١٤) قوله: "ولا تسليط إلخ" فهو إنما يتمكن من الفسخ، لأن العقد غير لازم فى حقه، وبفوت صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بلا رضا صاحبه، ولكن لا يتمكن بلا علمه، وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل؛ لأنه مسلط على التصرف من جهة الموكل، فتسليطه إياه على التصرف فوق علمه به. (ك)

(١٥) قوله: "ولو كان فسخ إلخ" يشير إلى أن الشرط هو العلم دون الحضور، وليس المراد بقوله: كنى الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة، لكن المراد به ما استتر المراد به. (ع)

(١٦) أى خبر الفسخ.

(١٧) مدة الخيار.

(١٨) الخبر.

(١٩) أى القدورى. (عينى)

ولم ينتقل إلى ورثته، وقال الشافعي: يورث[١] عنه[٢]، لأنه[٣] حق لازم ثابت في البيع، فيجري فيه الإرث كخيار العيب[٤] والتعيين[٥].

ولنا: أن الخيار ليس[٦] إلا مشية وإرادة، ولا يتصور[٧] انتقاله، والإرث[٨] فيما يقبل الانتقال بخلاف[٩] خيار العيب، لأن المورث استحق المبيع سليمًا، فكذا الوارث[١٠]، فأما نفس الخيار لا يؤرث، وخيار[١١] التعيين يثبت للوارث ابتداء[١٢] لاختلاط ملكه بملك الغير[١٣]، لا أن يورث الخيار.

قال[١٤]: ومن اشترى شيئًا، وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز[١٥] جاز، وأيهما

---

(٢٠) قوله: "وإذا مات من له الخيار إلخ" هذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما. وإذا مات من عليه الخيار فالخيار باق بالإجماع، ثم لما بطل الخيار عندنا يلزم البيع، وقال مالك: ينفسخ العقد. (ك)

(٢١) أي خيار الشرط.

(١) إيراث: وارث گردانيدن. (من)

(٢) أي ينتقل عنه إلى الوارث.

(٣) قوله: "لأنه حق إلخ" إنما قال: حق، لأن حق الإنسان ما يتولى إثباته وإسقاطه، ولازم لأن صاحبه لا يتمكن من إبطاله. (عيني)

(٤) قوله: "كخيار العيب" يعني إذا اشترى معيبا، ومات قبل أن يطلع على عيبه، فللورثة الخيار. (مل)

(٥) قوله: "والتعيين" صورته: رجل اشترى أحد عبدين على أنه بالخيار، يأخذ أيهما شاء بألف، ويرد الآخر، ثم مات المشتري يقوم وارثه مقام مورثه في اختيار أحدهما. (عيني)

(٦) قوله: "ليس إلا مشية إلخ" فإن معنى قولنا: فلان بالخيار في كذا أي المشية إليه إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل. (ك)

(٧) قوله: "ولا يتصور انتقاله" لأنه عرض وصفة كسائر أوصافه من القدرة، والحياة، والعرض لا يقبل الانتقال إلى الوارث، والإرث يكون فيما يقبل الانتقال إلى الوارث، وما لا يحتمل الانتقال لا يورث كملكه في منكوحته، وأم ولده، فإنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان إلى الوارث. (مل)

(٨) قوله: "والإرث فيما يقبل إلخ" لا يقال: قال عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالا أو حقا فلورثته»، والخيار حق، فيكون لورثته، لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله: فلورثته على ما مر، والخيار ليس كذلك.

قيل: المالكية صفة تنتقل من المورث إليه في الأعيان، فهلا يكون الخيار كذلك، وأجيب بأن المنتقل هو العين، ونقل المالكية ضمني، قيل: فليكن خيار الشرط كذلك، بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث. ثم الخيار مبيعة ضمنا وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الأصل عدمه، وكم من بيع لا خيار فيه، بخلاف المملوك، فإنه يستلزم مالكية المالك. (ع)

(٩) جواب عما قاس عليه الشافعي.

(١٠) لأنه قائم مقامه، فكان الانتقال ههنا في الأعيان.

(١١) جواب عما قاس عليه الشافعي.

(١٢) قوله: "ابتداء" يعني أنه بطل ذلك الخيار الأول تجدد للوارث خيار آخر حكمًا، ألا ترى أن المورث كان له خيار الفسخ، وكان خياره موقتا، والوارث ليس له الفسخ، وليس خياره بموته، كذا في "العناية". (مل)

(١٣) وقد أسقط الغير حقه في التعيين. (أعظمي)

(١٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

نقض انتقض، وأصل هذا: أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانًا، وفى القياس لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأن الخيار من مواجب[١] العقد[٢] وأحكامه، فلا يجوز[٣] اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن[٤] على غير المشترى. ولنا[٥]: أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد، فيقدر[٦] الخيار له اقتضاء[٧]، ثم يجعل هو نائبًا عنه تصحيحًا لتصرفه، وعند ذلك[٨] يكون لكل واحد منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز، وأيهما نقض انتقض، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق[٩]، لوجوده[١٠] فى زمان لا يزاحمه، فيه غيره، ولو خرج الكلامان منهما معًا يعتبر تصرف العاقد[١١] فى رواية[١٢]، وتصرف الفاسخ[١٣] فى أخرى[١٤].

---

(١٥) البيع.

(١) جمع موجب، بمعنى لازم گردانيده شده. (غث)

(٢) بمقتضى الشرط الممنوع شرعًا. (عناية)

(٣) لأنه خلاف مقتضى العقد. (عينى)

(٤) فإنه مفسد للعقد.

(٥) قوله: "ولنا أن الخيار إلخ" التفصيل أن الحاجة قد تدعو إلى اشتراط الخيار فيه للأجنبي لكون الأجنبى أعرف بالمبيع، أو بالعقد، فصار كالاحتياج إلى نفس الخيار للعاقد، فالخيار لغير العاقد إذا شرط فإما بالأصالة أو بالنيابة عن العاقد، والأول باطل، إذ لا وجه لثبوت الخيار لغير العاقد أصالة، فثبت الثانى فيجعل كان العاقد شرط الخيار أولا لنفسه، وجعل الأجنبى نائبًا عنه فى التصرف تصحيحًا له بقدر الإمكان. (مل)

(٦) قوله: "فيقدر [فيقدم] إلخ" فإن قلت: إن شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى، ولا يخفى أن العاقد أعلى مرتبة، فكيف يثبت الخيار اقتضاء. قلت: العبرة للمقاصد والغير هو المقصود بشرط الخيار، فكان هو الأصل نظرا إلى الخيار. فإن قلت: ينبغى أن يصح شرط الثمن على الأجنبى بطريق الكفالة، بأن يجب الثمن أولا على العاقد، ثم على الأجنبى على سبيل الكفالة تصحيحًا لتصرفه. قلت: إن الدين لا يجب على الكفيل فى الصحيح بل هو فى ذمة الأصيل، فإن الكفالة التزام المطالبة، والمذكور ههنا أن الثمن على الأجنبى. فإن قيل: فليكن بطريق الحوالة فإن فيها المطالبة بالدين. قلت: إن المشترى أصل فى وجوب الثمن عليه، فكيف يكون تابعًا لفرعه وهو المحتال عليه، كذا فى "العناية" و "الكفاية".(مل)

(٧) قوله: "اقتضاء" كقوله: اعتق عبدك عنى على ألف درهم، فأعتق، فإن الآمر يصير مشتريًا منه أولا، موكلا إياه بالعتق عندنا تصحيحًا للأمر. (ك)

(٨) أى عند ذلك التقدير.

(٩) قوله: "يعتبر السابق" وتصرف الآخر يلغو، لأن السابق إن كان هو الفسخ فى المفسوخ لا يلحقه الإجازة، وإن كان إجازة فقد انبرم العقد، وبعد الانبرام لا ينفرد أحد العاقدين بفسخه. (زيلعى)

(١٠) السابق.

(١١) فسخًا كان أو إجازةً.

(١٢) أى فى رواية كتاب بيوع "المبسوط". (نهاية)

(١٣) عاقدًا كان أو غيره.

وجه الأول: أن تصرف العاقد[١] أقوى[٢]، لأن النائب يستفيد الولاية[٣] منه. وجه الثاني: أن الفسخ[٤] أقوى، لأن المجاز يلحقه[٥] الفسخ، والمفسوخ لا تلحقه[٦] الإجازة، ولما ملك كل واحد منهما التصرف، رجحنا[٧] بحال[٨] التصرف.

وقيل: الأول قول محمد، والثاني[٩] قول أبي يوسف، واستخرج[١٠] ذلك مما إذا باع[١١] الوكيل من رجل والموكل من غيره معًا، فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل، وأبو يوسف يعتبرهما[١٢]. قال[١٣]: ومن باع عبدين بألف درهم على أنه[١٤] بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد، وإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع. والمسألة على أربعة أوجه: أحدها: أن لا يفصل[١٥] الثمن، ولا يعين الذي فيه الخيار، وهو الوجه الأول في[١٦] الكتاب[١٧]،

---

(١٤) وهي رواية ما دون "المبسوط". (نهاية)

(١) قوله: "أقوى" واستشكل بما إذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة، فطلقها الوكيل والموكل معًا، فإن الواقع طلاق أحدهما لا بعينه، وأجيب: بأن الترجيح يحتاج إليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والإجازة، وأما إذا اتحدا، فالمطلوب حاصل بدونه، فلا حاجة إليه. (ع)

(٢) والأقوى يقدم على غيره.

(٣) التصرف.

(٤) قوله: "أن الفسخ أقوى" فإن قيل: الإجازة توجب الحرمة على البائع، فكان أولى قيل: الإجازة تأثيرها في إثبات الحل، والفسخ تأثيره في إبقاء الحل، فكان الإبقاء أولى. (ك)

(٥) كما لو أجاز، والمبيع هلك عند البائع.

(٦) قوله: "لا تلحقه إلخ" فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الإجازة. (ع)

(٧) قوله: "رجحنا بحال التصرف" فأي تصرف من التصرفين يرجح على الآخر، فذاك، وفي "العناية": لا يقال: الفسخ أو الإجازة من توابع الخيار، فكان القياس ترجح تصرف من له الخيار، لأن جهة تمليك العاقد عارضه في ذلك. (مل)

(٨) أي القوة والضعف.

(٩) قيل: والثاني أصح. (عناية)

(١٠) قوله: "واستخرج" على صيغة المجهول، ذلك إشارة إلى الاختلاف الواقع بين أبي يوسف ومحمد، أراد به أن المنسوب إليهما ليس بمنقول عنهما، وإنما هو مستخرج مما إلخ. (عيني)

(١١) قوله: "مما إذا باع إلخ" وجه الاستخراج منه أن يقال: الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الأجنبي من العاقد، ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره، فترجيح تصرف العاقد عن محمد كترجيح تصرف الموكل منه، وترك ترجيح تصرف المال من غيره، واعتبارهما من أبي يوسف يدل على أنه لا ينظر إلى أحوال المتصرفين لتساويهما فيه، فبقي النظر في حال التصرف نفسه، والفسخ أقوى؛ لما ذكرنا. (ع)

(١٢) قوله: "يعتبرهما" أي يعتبر تصرف الموكل والوكيل، ويجعل العبد مشتركًا بين المشتريين بالنصف، ويخير كل واحد من المشتريين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء نقض البيع لتفرق الصفقة عليه. (نهاية)

(١٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٤) مشتري.

(١٥) قوله: "لا يفصل الثمن" هي المذكورة في "الجامع الصغير"، ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله:

وفساده لجهالة الثمن والمبيع، لأن الذى فيه الخيار كالخارج[١] عن العقد، إذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم[٢]، فبقى الداخل فيه أحدهما، وهو غير معلوم[٣].

والوجه الثانى: أن يفصل الثمن، ويعين الذى فيه الخيار، وهو المذكور ثانيًا فى[٤] الكتاب[٥]، وإنما جاز لأن المبيع معلوم، والثمن معلوم، وقبول[٦] العقد فى الذى فيه الخيار وإن[٧] كان شرطًا لانعقاده فى الآخر، ولكن هذا غير مفسد للعقد[٨]، لكونه محلا للبيع[٩] كما إذا[١٠] جمع بين قن ومدبر[١١]، والثالث: أن يفصل[١٢] ولا يعين[١٣]. والرابع: أن يعين[١٤] ولا يفصل، والعقد فاسد فى الوجهين،

وهو الوجه الأول فى الكتاب، والأظهر أنه يريد به البداية، لأن الهداية شرحها. (ف)

(١٦) أى المتن.

(١٧) أى "الجامع الصغير". (عينى)

(١) لأنه يشبه الاستثناء.

(٢) أى الملك.

(٣) وثمنه أيضًا غير معلوم.

(٤) أى المتن.

(٥) أى "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) قوله: "وقبول إلخ" هذا جواب شبهة وهى: أن يقال: ينبغى أن يفسد العقد فى هذا أيضًا لوجود المفسد وهو قبول العقد فى الذى لم يدخل فى العقد، لأن العبد الذى فيه الخيار غير داخل حكمًا، كما إذا جمع بين حر وقن، فإنه لا يجوز العقد فى القن وإن فصل الثمن لما أنه جعل قبول العقد فى الحر شرطًا لصحة العقد فى القن، فأجاب بقوله: وقبول إلخ. (عينى)

(٧) الواو متصلة.

(٨) قوله: "غير مفسد إلخ" لقائل أن يقول: هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدًا، والجواب: أنه ليس فيه نفع لأحد العاقدين، ولا للمعقود عليه، فلا يكون فاسدًا. (ع)

(٩) قوله: "لكونه محلا للبيع" فكان داخلا فى العقد، وإن لم يدخل فى الحكم، بخلاف ما إذا جمع بين حر وقن، فإن الحر ليس بمحل للبيع أصلا، فلم يكن داخلا لا فى العقد ولا فى الحكم. (عينى)

(١٠) قوله: "كما إذا جمع [صح البيع فى القن بحصته من الثمن] إلخ" فإن المدبر محل للبيع حتى إن القاضى لو قضى بجواز بيعه نفذ، فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد فى الآخر. (عينى)

(١١) قوله: "قن" -بالكسر- بنده كه از پدر ومادر بنده زاده باشد، يا قن خالص در عبوديت. (من)

(١٢) قوله: "أن يفصل [الثمن] إلخ" بأن قال: بعت منك هذين العبدين، كل واحد منهما بخمس مائة على أنى بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام، وهو فاسد لجهالة المبيع، لأن من فيه الخيار غير داخل فى الحكم، فبقى الآخر وحده، وهو مجهول، فصار المبيع مجهولا. (ك)

(١٣) الذى فيه الخيار.

(١٤) قوله: "أن يعين" أى الذى فيه الخيار ولا يفصل ثمن كل واحد منهما، فقال: بعت منك هذين العبدين بألف على أنى بالخيار فى هذا بعينه ثلاثة أيام وهو فاسد لجهالة الثمن، لأن من فيه الخيار غير داخل فى الحكم، فبقى الآخر وحده، وثمنه مجهول، لأنه ثبت بطريق الحصة بالتقسيم، فصار كالذى لم يدخل تحت العقد أصلا. (ك)

إمّا[١] لجهالة المبيع، أو لجهالة الثمن[٢].

قال[٣]: ومن اشترى ثوبين[٤] على أن يأخذ أيهما شاء[٥] بعشرة، وهو بالخيار ثلاثة أيام، فهو جائز، وكذلك الثلاثة[٦]، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد، والقياس أن يفسد البيع في الكل[٧] لجهالة المبيع[٨]، وهو قول زفر والشافعي.

وجه[٩] الاستحسان: إن شرع[١٠] الخيار[١١] للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق[١٢] والأوفق[١٣]، والحاجة إلى هذا النوع[١٤] من البيع متحققة؛ لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به[١٥]، أو اختيار من[١٦] يشتريه[١٧] لأجله، ولا يمكنه[١٨] البائع من

---

(١) لف ونشر مرتب.

(٢) قوله: "أو لجهالة الثمن" فإن قيل: لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر لفسد في القن إذا جمع بينه وبين المدبر، وأم الولد، ولم يفصل الثمن.
أجيب: بأن عدم التفصيل مفسد إذا أدى إلى البيع بالحصة ابتداء، وفيما إذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار، فإنه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم، فلو انعقد في حق الآخر انعقد في حقه بالحصة ابتداء، وهي مجهولة، وليس فيما إذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم، ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ، فكان قسمة الثمن على القن في البقاء صيانة لحق محترم، لا ابتداء بالحصة. (ع)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) قوله: "ثوبين" هذا من قبيل إطلاق اسم الكل على البعض مجازًا، لأن المشتري اشترى أحد الثوبين، لا الثوبين على ما يذكره في الكتاب. (نهاية)

(٥) هذا خيار التعيين.

(٦) أي الأثواب الثلاثة.

(٧) أي في الاثنين، والثلاثة أيضًا.

(٨) قوله: "لجهالة المبيع" لأن المبيع أحد الأثواب، وهو غير معين، فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع، لتفاوتها في أنفسها، وما كان كذلك فهو مفسد للبيع. (ع)

(٩) قوله: "وجه الاستحسان" توضيح وجه الاستحسان: أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد، فالقياس يأباه، إلا أنه إنما شرع الخيار لحاجة الناس إلى الخيار دفعا للغبن ليختار ما هو الأرفق، أي الأنفع بالنظر إلى الثمن، والأوفق بحاله، ومثل تلك الحاجة موجودة إلى هذا النوع من البيع، فكان هذا النوع من البيع في معنى ما ورد به الشرع، فيجوز هذا البيع. (سقاية)

(١٠) وفي نسخة شرط.

(١١) أي خيار الشرط.

(١٢) أي الأنفع بالنظر إلى الثمن.

(١٣) بحاله.

(١٤) أي البيع بخيار التعيين.

(١٥) المشتري.

(١٦) كامرأته وبنته.

(١٧) المبيع.

الحمل إليه(١) إلا بالبيع(٢)، فكان فى معنى ماورد(٣) به الشرع، غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث(٤) لوجود الجيد والوسط والردى فيها، والجهالة(٥) لا تفضى إلى المنازعة فى الثلاث، لتعيين من له الخيار، وكذا فى الأربع(٦)، إلا أن الحاجة إليها غير متحققة(٧)، والرخصة ثبوتها بالحاجة، وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة، فلا تثبت بأحدهما.

ثم قيل(٨): يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار(٩) الشرط مع خيار التعيين، وهو المذكور فى "الجامع الصغير". وقيل(١٠): لا يشترط(١١)، وهو المذكور فى "الجامع الكبير"، فيكون ذكره على هذا الاعتبار(١٢) وفاقًا لا شرطًا، وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده(١٣)، وبمدة معلومة أيتها كانت(١٤)

---

(١٨) المشترى.

(١) أى إلى من يثق به أو إلى من يشتريه إلخ.

(٢) كيلا يبقى أمانته بيده.

(٣) وهو شرط الخيار ثلاثة أيام. (عينى)

(٤) أى بالثياب الثلاث.

(٥) قوله: "والجهالة إلخ" هذا جواب عمّا قال الإمام الشافعى وزفر من الجهالة فى وجه القياس. (عينى)

(٦) قوله: "وكذا فى الأربع" أى فى الثياب الأربع لا تفضى الجهالة إلى المنازعة.

(٧) قوله: "إلا أن الحاجة إليها غير متحققة" لوجود الجيد، والوسط، والردىء فى الثلاث، والزائد الرابع يقع مكرراً غير محتاج إليه، فانتفى جزء العلة، فإن علة الرخصة أمران الحاجة وعدم كون الجهالة مفضية إلى النزاع، فلا تثبت الرخصة بأحدهما، فإن الحكم لا يثبت إلا بإتمام علة، كذا فى "العناية". (مل)

(٨) قال شمس الأئمة: هو الصحيح. (زيلعى)

(٩) قوله: "خيار الشرط" وقتًا معلوماً ثلاثة أيام فما دونها فى قول أبى حنيفة، وزيادة على ذلك فى قول أبى يوسف ومحمد رحمه الله، لأن القياس يأبى جواز العقد بجهالة المبيع، وجهالة وقت لزوم العقد، وإنما جاز استحسانًا بطريق الإلحاق بموضع السنة، وهو شرط الخيار، فلا يصح بدونه، فإن شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فإن ردهما بخيار الشرط فى الأيام الثلاثة، أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك، وإذا مضت الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط، فلا يملك ردهما، ويبقى له خيار التعيين غير واحدهما. وإن مات المشترى فى الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط، ويبقى خيار التعيين، فلا يردهما الوارث، وله أن يرد أحدهما. (ك)

(١٠) قال فخر الإسلام: هو الصحيح. (زيلعى)

(١١) قوله: "لا يشترط إلخ" لأن عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط فى الإلحاق. (عناية)

(١٢) أى على اعتبار "الجامع الكبير".

(١٣) كما فى خيار الشرط.

(١٤) قوله: "أيتها كانت [زائدة على الثلاث، أو غير زائدة]" فإن قيل: ينبغى أن لا يجوز خيار التعيين فى الزائد على الثلاثة عند أبى يوسف؛ لأنه أخذ بالقياس فى قوله: إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام، فلا بيع بينهما. قلنا: قوله: إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق، فلا يلحق بخيار الشرط، فلا يكون الأثر الوارد فى خيار الشرط

عندهما. ثم ذكر فى بعض النسخ(١): اشترى ثوبين، وفى بعضها: اشترى أحد الثوبين، وهو الصحيح، لأن المبيع فى الحقيقة أحدهما، والآخر أمانة، والأول(٢) تجوز(٣) واستعارة. ولو هلك أحدهما(٤)، أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه(٥)، وتعين(٦) الآخر للأمانة، لامتناع الرد بالتعيب. ولو هلكا جميعًا معًا(٧) يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما(٨) لشيوع(٩) البيع والأمانة فيهما. ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما(١٠) جميعًا. ولو مات(١١) من له الخيار(١٢)، فلوارثه أن يرد أحدهما، لأن الباقى خيار التعيين(١٣) للاختلاط(١٤)، ولهذا(١٥) لا يتوقت فى حق الوارث. فأما خيار الشرط لا يورث، وقد ذكرناه من قبل.

واردًا فيه، وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط، لأن فى كل منهما خيارًا بغير حرف التعليق، فكان الأثر الوارد فى خيار الشرط واردا فى خيار التعيين. (ك)

(١) أى نسخ "الجامع الصغير"، كذا فى "العناية".

(٢) أى قوله: ثوبين.

(٣) قوله "تجوز" فإن كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعًا قال: اشترى ثوبين، كذا قال فخر الإسلام، وقيل: إن هذا من قبيل إطلاق الكل على البعض. (مل)

(٤) ثوبين بعد القبض.

(٥) أى الذى وقع عليه العقد.

(٦) قوله: "وتعين الآخر إلخ" حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول، أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شىء، لأن رده إنما يكون إذا لم يكن مبيعًا وهو فى دعواه ذلك متهم، وكان التعيب اختيارًا دلالة. فإن قيل: قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء، وهناك يجب القيمة عند الهلاك. أجيب: بأنه أقل من ذلك، لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع، وهذا ليس كذلك، لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه، وقد قبضه بإذن المالك، فكان أمانة. (عناية)

(٧) قوله: "معًا" قيد بقوله: معًا لما أنهما لو هلكا على التعاقب يتعين الأول للبيع إذا علم السابق، وإذا لم يدرِ السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما. (عينى)

(٨) متفقًا كان الثمن أو مختلفًا. (ك)

(٩) ولا أولوية لأحدهما بكونه مبيعًا.

(١٠) قوله: "له أن يردهما" لأنه أمين فى أحدهما، فيرده بحكم الأمانة، وفى الآخر مشترٍ، وقد شرط الخيار لنفسه، فيتمكن من رده. (ف)

(١١) فى المدة.

(١٢) قوله: "من له الخيار" فى التعميم، إيماء إلى أن هذا الخيار يجوز للبائع كما يجوز للمشترى قياسًا على خيار الشرط، كذا ذكر الكرخى، نقله فى "العناية".

(١٣) لا خيار الشرط.

(١٤) أى لاختلاط ملكه بملك الغير.

(١٥) قوله: "ولهذا" أى لأجل اختلاط ملكه بملك الغير لا يتوقت إلخ، لأنه لم يثبت له سبيل الإرث بل للاختلاط. (مل)

ج5 4 B

ومن اشترى دارًا على أنه بالخيار[١]، فبيعت[٢] دار أخرى إلى جنبها، فأخذها بالشفعة فهو رضا[٣]؛ لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها، لأنه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار، وذلك[٤] بالاستدامة، فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقًا عليه، فيثبت الملك من وقت الشراء، فيتبين أن الجوار كان ثابتًا[٥]، وهذا التقرير[٦] يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة[٧].

قال[٨]: وإذا اشترى الرجلان غلامًا على أنهما بالخيار، فرضى أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة، وقالا: له أن يرده، وعلى هذا الخلاف خيار العيب[٩]، وخيار الرؤية. لهما: أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد[١٠] منهما[١١]، فلا يسقط[١٢] بإسقاط صاحبه، لما فيه[١٣] من إبطال حقه.

وله: أن المبيع خرج عن ملكه[١٤] غير معيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما رده[١٥] معيبًا به[١٦]، وفيه إلزام ضرر زائد[١٧]، وليس[١٨] من ضرورة إثبات الخيار لهما

---

(١) أي خيار الشرط.

(٢) في المدة.

(٣) قوله: "فهو رضاء" أي الأخذ بالشفعة رضاء يسقط به الخيار إجماعًا، بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط بأخذ الشفعة، فإنه لا يسقط بالصراحة، فكذا بالدلالة، كذا قال الزيلعي. (ملخص الحواشي)

(٤) قوله: "وذلك" أي الجواز يثبت باستدامة الملك في الدار المشتراة بالخيار، واستدامة الملك يقتضى الملك، ولا ملك مع الخيار، فيتضمن إلخ، كذا قيل. (مل)

(٥) أي عند بيع الدار الثانية، وهو يوجب الشفعة. (عناية)

(٦) أي من قوله: لأن طلب إلخ.

(٧) قوله: "خاصة" لأن خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه عنده، ولا بد منه لاستحقاق الشفعة، وأما عندهما فالمبيع يدخل في ملكه، فيجوز له أن يأخذ بالشفعة، ويسقط بذلك خياره، لأن الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل، والإنسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها. (ع)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) قوله: "خيار العيب" يعني اشترى الرجلان عبدًا، ورضي أحدهما بعيب فيه، وكذلك خيار الرؤية، بأن اشتريا شيئًا لم يرياه، ثم رأياه، فأراد أحدهما أن يرد، ليس له ذلك عنده، وعندهما له ذلك. (ك)

(١٠) قوله: "إثباته [خيار] لكل واحد إلخ" وفيه نظر لأنا لا نسلم أن إثبات الخيار لهما إثبات لكل واحد منهما، ألا يرى إن وكل وكيلين يثبت الوكالة لهما، وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر. (ع)

(١١) لأنه شرع لدفع الغبن، وكل يحتاج إلى دفعه عن نفسه. (زيلعي)

(١٢) الخيار.

(١٣) سقوط.

(١٤) بائع.

(١٥) قوله: "رده معيبًا به" لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، وذلك لأن البائع بتقدير الرد لا يتمكن

الرضاء برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد.

قال[١]: ومن باع عبدًا على أنه خبّازًا، أو كاتبًا، وكان بخلافه[٢]، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك[٣]؛ لأن هذا[٤] وصف مرغوب فيه[٥]، فيستحق[٦] فى العقد بالشرط[٧]، ثم فواته يوجب التخيير لأنه[٨] ما رضى به[٩] دونه، وهذا[١٠] يرجع إلى اختلاف النوع[١١] لقلة التفاوت فى الأغراض، فلا يفسد العقد بعدمه، بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة[١٢] فى الحيوانات[١٣]، وصار[١٤]

من الانتفاع به إلا بطريق التهايؤ، وكان قبل البيع متمكنا من الانتفاع متى شاء.

فإن قيل: البائع رضى بالتبعيض لما باعه منهما، قيل: إنما رضى فى ملكهما لا فى ملك نفسه. (ك)

(١٦) أى بعيب الشركة.

(١٧) قوله: "ضرر زائد" إنما قيد الضرر بالزائد، لأن فى امتناع الرد ضررًا للراد أيضًا، لكن لما لم يكن من الغير بل بعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الأول، فإن الضرر الحاصل من الغير أقطع من الحاصل من نفسه. (ع)

(١٨) قوله: "وليس إلخ" دفع دخل، وهو: أن البائع قد رضى برد أحدهما حيث خيرهما، فإلزام الضرر برضاه لا بغيره، وحاصل الدفع أنه ليس من لوازم إثبات الخيار لهما الرضاء رد أحدهما، فإن البائع لعله تصور اجتماعهما على الرد، فتحقق الانفكاك، فكيف يلزم الرضاء برد أحدهما لإثبات الخيار لهما. (مل)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبّازًا أو كاتبًا. (ع)

(٣) قوله: "وإن شاء ترك" فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن، لأنه فات عليه شرط مرغوب فيه، فيقوم العبد كاتبًا أو خبّازًا على أدنى ما يطلق عليه الاسم، إذ هو المستحق بالشرط، ويقوم غير كاتب أو خبّاز، فينظر إلى تفاوت ما بين ذلك، فرجع بقدره. (ك)

(٤) أى الخبّاز أو الكاتب.

(٥) قوله: "مرغوب فيه" احترازعما ليس مرغوب فيه كما إذا باع على أنه أعور، فإذا هو سليم، فإنه لا يوجب الخيار. (ع)

(٦) أى يليق، أى الوصف المرغوب فيه.

(٧) قوله: "فيستحق فى العقد إلخ" لأنه لرجوعه إلى صفة الثمن، أو الثمن كان ملايما للعقد، ألا يرى لو كان موجودًا فى المبيع لدخل فى العقد، بلا ذكر، فلا يكون مفسدًا. ونوقض: بما إذا باع شاة على أنه حامل، أو على أنها تحلب كذا، فإن البيع فيه وفى أمثاله فاسد، والوصف مرغوب فيه. أجيب: بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول، وبضم المجهول إلى المعلوم يصير الكل مجهولا، ولهذا لو شرط أنها حلوب، أو لبون لا يفسد لكونه وصفًا مرغوبًا فيه، ذكره الطحاوى. (عناية)

(٨) المشترى.

(٩) أى بالبيع.

(١٠) قوله: "وهذا [الاختلاف بكونه خبّازًا، أو غير خباز، وبكونه كاتبًا أو غير كاتب. عينى]" شروع فى بيان وجه عدم فساد العقد بفوات هذا الوصف.

(١١) قوله: "يرجع إلى إلخ" يعنى بمنزلة الاختلاف فى النوع باختلاف الصفة، حتى لا يفسد العقد، بل يكون للمشترى الخيار. (مل)

(١٢) قوله: "بمنزلة إلخ" كما إذا اشترى شاة على أنها نعجة، فإذا هى حمل. (عينى)

كفوات وصف السلامة، وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها[١] تابعة[٢] في العقد على ما عرف[٣].

باب خيار الرؤية[٤]

ومن[٥] اشترى شيئًا لم يره[٦]، فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده، وقال الشافعي رح: لا يصح العقد أصلا؛ لأن المبيع مجهول[٧]، ولنا: قوله عليه السلام[٨]: «من اشترى شيئًا لم يره فله الخيار إذا رآه»*، ولأن الجهالة بعدم الرؤية[٩] لا تفضي إلى المنازعة، لأنه لو لم يوافقه[١٠] يرده[١١]، فصار كجهالة الوصف[١٢] في المعاين المشار إليه.

(١٣) قوله: "في الحيوانات" قيد في الحيوانات، لأن في بني آدم يورث اختلاف الجنس تفحش التفاوت، كما إذا باع عبداً فإذا هي جارية، فيفسد به العقد. (عيني)

(١٤) قوله: "وصار" أي صار فوات الخبز والكتابة فيما إذا اشترى على أنه خباز أو كاتب، فوجده بخلافه كفوات وصف السلامة فيما إذا اشترى على أنه سليم، فوجده معيباً، فله ولاية الرد، فكذا ههنا. (عيني)

(١) أوصاف.

(٢) تدخل في العقد من غير ذكر.

(٣) فيما تقدم.

(٤) قوله: "باب خيار الرؤية" قدمه على خيار العيب لكونه أقوى منه، لأن تأثيره في منع تمام البيع، وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم. (مل)

(٥) قوله: "ومن اشترى [هذه مسألة القدوري. عيني]" صورته: أن يقول: بعت الثوب الذي في كمي هذا، أو هذه الجارية المتنقبة، وما في البناية نقلا عن "المبسوط": أن الإشارة إليه، أو إلى مكانه شرط الجواز، حتى لو لم يشر إليه إلا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع، ففيه أن ما ذكر في المعتبرات في باب الاعتكاف، يبيع ويشتري في المسجد بلا إحضار المبيع يدل صريحاً على أن حضور المبيع، والإشارة إليه وقت البيع ليس بشرط، والحق أنه لا بد من معرف يرفع الجهالة، ولا يلزم الإشارة، ولهذا قال في "النهاية": يعني شيئاً مسمى موصوفًا، أو مشاراً إليه، أو إلى مكانه، وليس فيه غيره مسمى بهذا الاسم. (سقاية)

(٦) كدرة في حقة، وزيت في زق.

(٧) قوله: "لأن المبيع مجهول" وهذا لأن المقصود من شراء العين ماليته، ولهذا لا يرد على ما ليس بمال، والمالية في الأوصاف، ولهذا تزداد وتنقص بها وهي مجهولة، لأنها تعرف بالرؤية، فصارت كجهالة العين، وهي مفسدة، فكذا جهالة الوصف. (ك)

(٨) أخرجه الدارقطني في "سننه" مسنداً عن أبي هريرة. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٧ ص١٤٨. (نعيم)

(٩) مع وجود الخيار.

(١٠) المشتري، أي بعد الرؤية.

(١١) على البائع.

(١٢) قوله: "كجهالة الوصف إلخ" بأن اشترى ثوبًا مشاراً إليه غير معلوم عدد ذرعانه فإنه يجوز لكونه معلوم العين وإن كان ثمه جهالة لكونها لا تفضي إلى النزاع. (ع)

وكذا[١] إذا قال: رضيت، ثم رآه له أن يرده[٢]؛ لأن الخيار معلق بالرؤية، لما روينا[٣]، فلا يثبت[٤] قبلها، وحق الفسخ[٥] بحكم أنه[٦] عقد غير لازم[٧]، لا بمقتضى الحديث[٨]، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق، فلا يعتبر قوله[٩]: رضيت قبل الرؤية، بخلاف قوله: رددت.

قال[١٠]: ومن باع ما لم يره[١١]، فلا خيار له، وكان أبو حنيفة يقول أولا: له الخيار اعتباراً بخيار العيب[١٢]، وخيار الشرط، وهذا[١٣] لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا[١٤] وثبوتًا، ولا يتحقق ذلك[١٥] إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك[١٦]

(١) قوله: "وكذا إذا قال إلخ" تفريع على المسألة القدوري، يعني كما أن له الخيار إذا لم يقل: رضيت فكذا إذا قال ذلك ولم يره. (ع)

(٢) قوله: "له أن يرده" بخلاف خيار العيب حيث يعتبر رضاه قبل العلم بالعيب، لأن الرضا بالعيب إسقاط لما يستحقه من وصف السلامة، فيعتبر بعد الشراء لوجوده بعد سببه، كذا قيل. (مل)

(٣) من الحديث.

(٤) الخيار، وإلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط.

(٥) قوله: "وحق الفسخ إلخ" جواب سؤال، بأن يقال: لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية، وله أن يفسخ العقد قبلها. (عيني)

(٦) أي أن العقد بخيار الرؤية.

(٧) لأنه لم يقع منبرمًا.

(٨) قوله: "لا بمقتضى الحديث [أي لا لمبناء على الخيار الذي اقتضاه الحديث. عيني]" بخلاف الخيار، فإنه ثابت بمقتضى الحديث، فلا يجوز إثباته على وجه يؤدي إلى بطلانه كما مر آنفًا، وفيه نظر؛ لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار، فهو ملزوم للخيار، والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها، فكذا ملزومه، لأن ما هو شرط اللازم فهو شرط الملزوم. (ع)

(٩) قوله: "فلا يعتبر إلخ" لأن الرضا استحسان الشيء، واستحسان الشيء ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور، وأما الفسخ فإنما هو لعدم الرضا، وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات. لا يقال: عدم الرضا لاستقباح الشيء، واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور، لأن عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بداله من انتفاء احتياجه إلى المبيع، أو ضياع ثمنه، أو استغلاءه، فلا يستلزم الاستقباح. (ع)

(١٠) أي القدوري. (عيني).

(١١) قوله: "ومن باع إلخ" صورته: ورث شيئًا، فباعه قبل الرؤية، فلا خيار له. (عيني)

(١٢) قوله: "اعتباراً بخيار العيب" فإنه لا يختص بجانب المشتري بل إذا وجد البائع الثمن زيفًا فهو بالخيار إن شاء جوز، وإن شاء رد كالمشتري إذا وجد المبيع معيبًا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن، وينفسخ برد المثمن؛ لأنه أصل دون الثمن، وبخيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم. (ع)

(١٣) أي الخيار للبائع. (ع)

(١٤) قوله: "زوالا" أي في جانب البائع، "وثبوتًا" أي في جانب المشتري، حتى لا يزول ملك البائع إلا برضاه، ولا يثبت الملك للمشتري إلا برضاه. (ك)

(١٥) أي تمام الرضا. (ك)

(١٦) أي العلم بأوصاف المبيع.

بالرؤية(١)، فلم يكن البائع راضيًا بالزوال(٢). ووجه القول المرجوع(٣) إليه: أنه(٤) معلق بالشراء لما روينا(٥)، فلا يثبت(٦) دونه، وروى(٧) أن عثمان بن عفان باع(٨) أرضًا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله، فقيل لطلحة: أنك قد غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، وقيل: لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، لأني بعت ما لم أره، فحكما(٩) بينهما جبير بن مطعم، فقضى(١٠) بالخيار لطلحة، وكان ذلك(١١) بمحضر من الصحابة*. ثم خيار الرؤية غير موقت(١٢)، بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله. وما يبطل(١٣) خيار الشرط من تعيب، أو تصرف يبطل خيار

---

(١) فإن بالرؤية يحصل الاطلاع على وقائق لا تحصل بالعبارة. (عناية)

(٢) فالعقد غير لازم، فله الفسخ.

(٣) أي القول المرجوع إليه، وهو عدم الخيار للبائع.

(٤) أي خيار الرؤية.

(٥) من الحديث.

(٦) قوله: "فلا يثبت دونه" لأن الخيار إن ثبت للبائع فإما أن يثبت بما روينا، أو بدلالته، أو بحديث آخر، لا يجوز الأول؛ لأنه معلق بالشراء، فكيف يثبت في البيع، ولم يرد حديث آخر في البيع، وهو ليس في معنى الشراء، ليثبت فيه الحكم دلالة. (ك)

(٧) قوله: "وروى أن [تأييد للقول المرجوع إليه] إلخ" قلت: أخرجه الطحاوي، ثم البيهقي عن علقمة ابن أبي وقاص. (ت)

(٨) في المدينة.

(٩) أي جعلا حكمًا.

(١٠) أي حكم.

(١١) قوله: "وكان ذلك" أي حكم جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة بمحضر من الصحابة، ولم ينكره أحد، فكان إجماعًا، ولذا رجع الإمام عن القول الأول حين بلغه هذا الخبر. (مل)

* راجع الدراية ج٢، الحديث ٧٦٨ ص١٤٩، ولم يخرج هذا الحديث في "نصب الراية". (نعيم)

(١٢) قوله: "غير موقت إلخ" قيل: خيار الرؤية موقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو وقع بصره عليه، ولم يفسخ سقط حقه؛ لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال البيع، فأشبه الرد بالعيب، والأصح عندنا أنه باقٍ ما لم يوجد ما يبطله، لأنه يثبت حكمًا لانعدام الرضا، فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا. (ع)

(١٣) قوله: "وما يبطل خيار إلخ" والأصل فيما يبطل خيار الشرط أن كل فعل فعله المشتري في مشتراه بشرط الخيار، وهو فعل يحتاج إليه للامتحان، ويحل في غير الملك بحالة، فذلك الفعل أول مرة لا يبطل خيار الشرط، إذ لو بطل الخيار، ولزم البيع بفعل الامتحان أول مرة لفات فائدة الخيار، وهو إمكان الرد. وكل فعل لا يحتاج إليه للامتحان، أو يحتاج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل في غير الملك بحال فهو يبطل الخيار، كما إذا اشترى جارية بالخيار، فاستخدمها مرة لا يسقط الخيار، فإن الاستخدام يحتاج إليه للامتحان، وأنه يحل بدون الملك في الجملة. وإن استخدمها مرة أخرى في النوع الذي استخدمها في المرة الأولى فيسقط الخيار؛ لأن المرة الأخرى لا يحتاج إليها للامتحان. ولو وطأها يسقط الخيار؛ لأن الوطئ لا يحل في غير الملك بحال، فالإقدام عليه اختيار للملك. والعرض على البيع، والتقبيل، واللمس بشهوة، ولبس الثوب مرة أخرى، وركوب الدابة مرة أخرى كل ذلك يسقط الخيار، إذ لا يحتاج إليه للامتحان، أو لا يحل في غير

الرؤية. ثم إن كان تصرفًا[١] لا يمكن رفعه كالإعتاق[٢] والتدبير، أو تصرفًا يوجب حقًا للغير كالبيع[٣] المطلق[٤]، الرهن، والإجارة يبطله[٥] قبل الرؤية وبعدها؛ لأنه لما لزم تعذر الفسخ[٦]، فبطل الخيار، وإن كان تصرفًا لا يوجب حقًا للغير كالبيع[٧] بشرط الخيار والمساومة[٨] والهبة من غير تسليم لا يبطله[٩] قبل الرؤية؛ لأنه لا يربو[١٠] على صريح الرضا[١١]، ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا[١٢].

قال[١٣]: ومن نظر إلى وجه الصبرة، أو إلى ظاهر الثوب مطويًا[١٤]، أو إلى وجه الجارية[١٥]، أو إلى وجه الدابة وكفلها[١٦] فلا خيار له، والأصل في هذا[١٧]: أن رؤية

الملك، كذا في "الكفاية". (مل)

(١) بعد وقوعه.

(٢) قوله: "كالاعتاق" بأن أعتق عبده الذي اشتراه، ولم يره، والتدبير: بأن دبره قبل رؤيته. (عيني)

(٣) قوله: "كالبيع المطلق" بأن باع الذي اشتراه، ولم يره مطلقًا، يعني بدون شرط الخيار، والرهن: بأن رهن الذي اشتراه قبل الرؤية، والإجارة: بأن آجره لأحد قبل رؤيته. (عيني)

(٤) أو البيع بخيار الشرط للمشتري. (ع)

(٥) قوله: "يبطله قبل الرؤية [خيار] إلخ" وفيه إما أولا فبان بطلان الخيار قبل الرؤية يخالف حكم النص الذي مر، فإنه أثبت الخيار إذا رآه، وأجيب عنه: بأن هذا فيما أمكن العمل بحكم النص، وأما هذه التصرفات فبصدورها عن أهلها في محلها انعقدت صحيحة، وبعد صحتها لا يمكن رفعها، أو تعلق حق للغير، وعلى كل تقدير، فتعذر الفسخ، فيبطل الخيار، حتى لو أفتك المرهون، أو انقضت مدة الإجارة، أو رده المشتري عليه بخيار الشرط، ثم رآه، ولم يرض به لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية. وإما ثانيًا: فبأن هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالته، وكل منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية. وأجيب: بأن دلالة الرضا لا تربو على صريحه إذا لم تكن من ضرورات صريح آخر، وههنا هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة، والقول بصحتها مع انتفاء ما هو من ضروراته ولوازمه محال، هذا ما في "الكفاية" و"العناية". (مل)

(٦) إما لعدم إمكان رفعه، أو لكونه موجبًا لحق الغير. (عيني)

(٧) قوله: "كالبيع بشرط الخيار" أي باع ما اشتراه قبل الرؤية بشرط الخيار لنفسه، والمساومة بأن عرضه على البيع، والهبة من غير تسليم بأن وهب الذي اشتراه قبل الرؤية لشخص، ولكنه لم يسلم إلى الموهوب عليه. (مل)

(٨) بها كردن متاع را.

(٩) خيار.

(١٠) أي لا يزيد. (ع)

(١١) وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية، فدليل الرضى أولى بأن لا يبطل، يعني إذا لم يكن من ضرورات الغير.

(١٢) مع عدم المانع. (عناية)

(١٣) أي القدوري، (عيني)

(١٤) حال.

(١٥) قوله: "أو إلى وجه الجارية" ذكر الجارية وقع اتفاقًا، لأن الحكم في الغلام كذلك، ذكر في "الإيضاح": والمعتبر في العبد والأمة النظر إلى الوجه، والنظر إلى غيره من الجسد لا يبطل الخيار، لأن العلم به وبصفاته يتحقق برؤية الوجه، وفي "الذخيرة": إذا اشترى جارية أو عبدًا، أو رأى وجهه ورضي به لا يكون له الخيار بعد ذلك. (ك)

جميع المبيع غير مشروط لتعذره[١]، فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، ولو دخل فى البيع أشياء[٢]، فإن كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون، وعلامته[٣] أن يعرض بالنموذج[٤] يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقى أردأ مما رأى، فحينئذٍ[٥] يكون له الخيار، وإن كان يتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها[٦]. والجوز والبيض[٧] من هذا القبيل[٨] فيما ذكره الكرخى، وكان ينبغى أن يكون[٩] مثل الحنطة والشعير، لكونها متقاربةً[١٠].

إذا ثبت هذا[١١]، فنقول: النظر إلى وجه الصبرة كافٍ[١٢]، لأنه يعرف وصف البقية؛ لأنه مكيل يعرض بالنموذج، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب[١٣] مما يعلم البقية[١٤] إلا إذا كان فى طيه ما يكون مقصوداً، كموضع العلم[١٥].

---

(١٦) كفل: بفتحتين سرين آدمى وحيوان. (غث)

(١٧) أى فى إسقاط خيار الرؤية.

(١) قوله: "لتعذره [كما فى العبد فإن رؤية عورته ممنوع]" أما فى العبد والأمة فظاهر، لأن فى رؤية جميع بدنهما رؤية مواضع عورتهما، ففى العبد لا يجوز أصلا سواء فسخ العقد أو لم يفسخ، أما فى الأمة فإنه لو فسخ البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان نظره إلى عورتها وقع فى غير ملكه، لأن الفسخ رفع العقد من الأصل، فصار كأن العقد لم يوجد، فكان نظره وقع حرامًا فى أصله. وأما فى الثوب المطوى فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشر والطى على تقدير اشتراط رؤية جميع أجزاءه، وفى الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حبة من حبات الحنطة. (ك)

(٢) من جنس واحد.

(٣) أى علامة الشىء الذى لا يتفاوت آحاده. (ك)

(٤) النموذج –بالفتح– والأنموذج –بالضم– تعريب نمونه، كذا فى "المغرب". (ك)

(٥) قوله: "فحينئذ يكون له الخيار" فيما رأى، وفيه كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأنها مع الخيار لا تتم. (زيلعى)

(٦) قوله: "لا بد من رؤية إلخ" لأن رؤية البعض لا تعرف الباقى للتفاوت فى الآحاد. (ع)

(٧) تخمهاى مرغ، جمع بيضه. (م)

(٨) قوله: "من هذا القبيل [أى من قبيل ما يتفاوت]" لأنه مختلف بالصغر والكبر، فلا يكون رؤية البعض دليلا على الباقى. (ك)

(٩) الجوز والبيض.

(١٠) فيكتفى رؤية البعض عن الباقى.

(١١) الأصل.

(١٢) فى إبطال الخيار.

(١٣) مطويًا. (ع)

(١٤) قوله: "مما يعلم إلخ" وقال زفر: لا بد من نشر كله، فإنه ليس من ذوات الأمثال، ولا يعرف كله برؤية بعضه. قلنا: قلما يتفاوت جوانب ثوب واحد، فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض، كذا قال الزيلعى. وفى "شرح المجمع": أن المسألة معروفة فى الثوب الذى لا يتفاوت ظاهره وباطنه، حتى لو خالف لا بد من رؤية ظاهره وباطنه. (مل)

(١٥) نقش ونگار جامه.

والوجه[١] هو المقصود في الآدمي، وهو والكفل في الدواب، فيعتبر[٢] رؤية المقصود، ولا يعتبر رؤية غيره[٣]، وشرط بعضهم رؤية القوائم[٤]، والأول[٥] هو المروى عن أبي يوسف، وفي شاة اللحم[٦] لا بد من الجس[٧]؛ لأن المقصود -وهو اللحم- يعرف به، وفي شاة[٨] القنية[٩] لا بد من رؤية الضرع، وفيما[١٠] يطعم لا بد من الذوق، لأن ذلك[١١] هو المعرف للمقصود.

قال[١٢]: وإن رأى صحن الدار فلا خيار[١٣] له وإن لم يشاهد بيوتها[١٤]، وكذلك[١٥] إذا رأى خارج الدار، ورأى أشجار البستان من خارج، وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت، والأصح أن جواب الكتاب[١٦] على وفاق عادتهم[١٧] في الأبنية، فإن دورهم لم تكن متفاوتة[١٨] يومئذٍ، فأما اليوم[١٩] فلا بد من الدخول[٢٠]

---

(١) ولهذا يتفاوت قيمته بتفاوت الوجه. (زيلعي)

(٢) حتى لو رأى سائر أعضاءه دون الوجه يبقى على خياره. (عيني)

(٣) أي غير المقصود، وفي بعض النسخ: غيرهما أي غير الوجه والكفل.

(٤) دست وپاى آدمى وبهائم (غث) لأنها مقصودة في الدواب. (ع)

(٥) أي رؤية الوجه والكفل.

(٦) قوله: "وفي شاة اللحم" أي الشاة التي تشترى للذبح لأجل اللحم لا بد من الجس ليعرف أنها سمينة أو مهزولة. (مل)

(٧) باليد. (ف) جسه باليد دست بسود آن را. (من)

(٨) قوله: "وفي شاة القنية" أي الشاة التي تحبس في البيت لأجل النتاج، كذا قال العيني، ويقال: قنوت المال جمعة قنوا و قنوة، وأقنيته: اتخذته لنفسي قنية أي أصل مال للنسل لا للتجارة، كذا في "المغرب". (مل)

(٩) بالكسر: سرمايه. (م)

(١٠) قوله: "وفيما يطعم إلخ" وفيما يشم لا بد من الشم، وفي دفرف الغازي: لا بد من سماع صوتها، لأن العلم بالشيء باستعمال آلة الإدراك، ولو رأى دهنا في قارورة من خارجها لا يبطل خياره في المروى عن أبي حنيفة ومحمد، وعن محمد: أنه يبطل. (زيلعي)

(١١) ذوق.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) أي خيار الرؤية.

(١٤) أي حجراتها.

(١٥) قوله: "وكذلك" أي لا خيار له لأن كل جزء من أجزاء الدار متعذر الرؤية كما تحت السور، وبين الحيطان من الجذع والأسطوانات. (عيني)

(١٦) أي القدوري. (ع)

(١٧) أي عادة أهل الكوفة وبغداد في زمن الإمام.

(١٨) في البيوت [فيما وراء الضيق والسعة].

(١٩) أي في ديارنا.

(٢٠) قوله: "فلا بد إلخ" وفي "المحيط" و "الذخيرة": وبعض مشايخنا قالوا: في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود،

في داخل الدار للتفاوت[١]، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل.

قال[٢]: ونظر الوكيل[٣] كنظر المشتري[٤]، حتى لا يرده إلا من عيب[٥]، ولا يكون نظر الرسول[٦] كنظر المشتري[٧]، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا[٨]: هما سواء، وله أن يرده[٩]، قال[١٠]: معناه الوكيل بالقبض، فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع[١١]. لهما: أنه[١٢] توكل[١٣] بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك[١٤] ما لم يتوكل به[١٥]، وصار[١٦] كخيار العيب، والشرط والإسقاط قصداً. وله: أن القبض نوعان[١٧]: تام: وهو أن يقبضه وهو يراه. وناقص: وهو أن يقبضه

حتى إنه إذا كان في الدار بيتان شتويان، وبيتان صيفيان، وبيتا طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ، والمزبلة والعلو إلا في بلد يكون العلو فيه مقصوداً كما في سمرقند، وبعضهم شرطوا رؤية الكل، وهو الأظهر والأشبه. (ك)

(١) قوله: "للتفاوت" في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها. (ع)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (سقاية)

(٣) قوله: "ونظر الوكيل [حين القبض]" صورته التوكيل أن يقول المشتري لغيره: كن وكيلا عني في قبض المبيع، أو وكلتك بذلك. (عناية)

(٤) فيسقط خياره.

(٥) علم الوكيل عيبه أو لم يعلم. (ع)

(٦) قوله: "نظر الرسول" صورته: أن يقول: كن رسولي بقبضه، أو قال: أرسلتك بقبضه، أو قال: قل لفلان: أن يدفع المبيع إليك. (عيني)

(٧) فلا يسقط خياره.

(٨) قوله: "وقالا إلخ" أي قالا: نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق، ونظر الوكيل كنظر الرسول فهما سواء في عدم سقوط الخيار للمشتري إذا رأيا حين القبض، فللمشتري أن يرده. (مل)

(٩) إذا رآه.

(١٠) قوله: "قال [أي المصنف] إلخ" لما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله: معناه إلخ. (ع)

(١١) قوله: "بالإجماع" وليس للموكل إذا رأى أن يرده لأن حقوق العقد راجعة إلى الوكيل بالشراء. (عيني)

(١٢) الوكيل.

(١٣) أي قبل الوكالة. (ع)

(١٤) الوكيل.

(١٥) وهو إسقاط الخيار.

(١٦) قوله: "وصار" هذا كخيار العيب، أي كمن اشترى شيئاً ثم وكل بقبضه، فقبض الوكيل معيباً رائياً عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل، "والشرط" أي وصار كخيار الشرط، كمن اشترى بخيار الشرط، ووكل بقبضه، فقبضه رائياً لم يسقط خيار الموكل، "والإسقاط قصداً" صورته: أن الوكيل بالقبض إذا قبضه مستوراً، ثم رآه وأسقط عنه الخيار قصداً لا يسقط الخيار عن الموكل. (عيني)

(١٧) قوله: "وله أن القبض نوعان: تام" بحيث لا يرد عليه النقض، وهو أن يقبضه وهو يراه، وهو يسقط الخيار

مستوراً، وهذا[1] لأن تمامه بتمام الصفقة، ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية، والموكل ملكه بنوعيه، فكذا الوكيل[2]، ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار، فكذا الوكيل[3] لإطلاق التوكيل، وإذا قبضه مستوراً[4] انتهى التوكيل بالناقص منه، فلا يملك[5] إسقاطه[6] قصداً بعد ذلك، بخلاف خيار العيب[7]؛ لأنه لا يمنع تمام الصفقة، فيتم القبض مع بقاءه، وخيار الشرط على الخلاف[8]، ولو سلّم[9] فالموكل لا يملك[10] التام منه، فإنه لا يسقط بقبضه، لأن الاختبار[11] وهو المقصود بالخيار يكون بعده، فكذا لا يملكه[12] وكيله، وبخلاف الرسول، لأنه لا يملك شيئاً[13]، وإنما

لدلالته على الرضا، وناقص بحيث يرد عليه النقض، وهو أن يقبضه مستوراً، وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا، وهذا لأن تمام القبض بتمام الصفقة، وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، لأن تمامها يكون بتمام الرضا، ولا يتم مع خيار الرؤية. (ك)

قوله: "له أن القبض" توضيح الدليل: أن القبض على نوعين: تام، بحيث لا يرد عليه النقض، ولا يرتد إلا برضا، أو قضاء، وهو أن يقبض المبيع وهو يراه، وهذا القبض يبطل خيار الرؤية. وثانيهما: قبض ناقص بحيث يرد عليه النقض، ويرتد بغير قضاء ورضا، وهو أن يقبض المبيع مستوراً، وهذا القبض لا يبطل خيار الرؤية لعدم الدلالة على الرضا، والموكل ملك القبض بنوعيه، فكذا الوكيل يملك القبض بنوعيه، ومتى قبض الموكل المبيع وهو يراه يسقط الخيار، فكذا الوكيل. (سقاية)

(١) أي تنوعه بنوعين.

(٢) لأنه ملكه الموكل ما يملكه. (ك)

(٣) إذا قبض وهو يراه سقط الخيار.

(٤) قوله: "وإذا قبضه إلخ" جواب عما يقال: لا نسلم ذلك، فإن الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً، ثم رآه، فأسقط الخيار قصداً لم يسقط، والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار، فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة، فأجاب بقوله: وإذا إلخ. (عيني)

(٥) قوله: "فلا يملك [لأنه صار أجنبياً] إلخ" لأنه لم يفوض إلى الوكيل الإبطال قصداً، وإنما يثبت له الإبطال مقتضى لتتميم القبض، وههنا لما حصل القبض الناقص انتهى التوكيل به، فليس له بعد ذلك إبطال الخيار. (عيني)

(٦) خيار.

(٧) قوله: "بخلاف خيار العيب [جواب عن قياسهما]" فإنه لا يبطل بقبض الوكيل في الصحيح، لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرد إلا برضا، أو قضاء، وما لا يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض، فيتم القبض مع بقاء خيار العيب، وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار، وقد عدم، كذا قيل. (مل)

(٨) قوله: "على الخلاف [فلا يصلح مقيساً عليه]" ذكر القدوري: أنه لو اشترى شيئاً على أنه بالخيار، فوكل وكيلا بالقبض، فقبضه بعد ما رآه فهو على الخلاف، ولئن سلم وهو الأصح، فالوكيل قائم مقام الموكل، والموكل لو قبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط، فكذا من يقوم مقامه إذا قبضه وهو يراه، وهذا لأن الخيار شرع للاختبار، وذا بالتروي والتأمل فيه بعد القبض حتى إذا استحسنه أخذه، وإن استقبحه تركه، وهذا يفوت ببطلان الخيار بتقدير القبض. (ك)

(٩) أي بقاء خيار الشرط.

(١٠) قوله: "لا يملك التام" ويملك الناقص، فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص. (عناية)

(١١) آزمودن، التروى والامتحان.

(١٢) أي التام.

إليه[١] تبليغ الرسالة، ولهذا[٢] لا يملك القبض[٣]، والتسليم إذا كان رسولا في البيع. قال[٤]: وبيع الأعمى وشراءه جائز[٥]، وله الخيار إذا اشترى؛ لأنه اشترى ما لم يره[٦]، وقد قررناه[٧] من قبل. ثم يسقط خياره بجسّه المبيع[٨] إذا كان يعرف بالجس، وبشمه إذا كان يعرف بالشم، وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق، كما في البصير، ولا يسقط خياره في العقار[٩] حتى يوصف[١٠] له؛ لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم[١١]. وعن[١٢] أبي يوسف أنه إذا وقف[١٣] في مكان لو كان بصيراً لرآه، وقال: قد رضيت[١٤]، سقط[١٥] خياره؛ لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز، كتحريك الشفتين[١٦] يقام مقام القراءة في حق الأخرس[١٧] في

---

(١٣) من القبض لا التام ولا الناقص.

(١) فأما الوكيل فهو الذي فوض إليه التصرف ليعمل برأيه. (ك)

(٢) أي لكونه مبلغاً للرسالة فقط.

(٣) أي قبض الثمن. (ك)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "جائز" وقال الشافعي: إن كان بصيراً فعمي فكذلك الجواب، وإن كان أكمه فلا يجوز بيعه، ولا شراءه أصلا لأنه لا علم له بالألوان والصفات، وهو ممنوع بمعاملة العميان من غير نكير، وبأن من أصله أن من لا يملك الشراء لا يملك الأمر به، فإذا احتاج الأعمى إلى ما يأكل ولا يتمكن من شراء المأكول، ولا التوكيل منه مات جوعًا، وفيه من القبح ما لا يخفى. (ع)

(٦) قوله: "ما لم يره" ومن اشترى شيئًا لم يره فله الخيار بالحديث، وقد قررناه من قبل، وفيه نظر؛ لأن قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لم يره سلب، وهو يقتضي تصور الإيجاب، وهو إنما يكون في البصير، والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير، فإن ذلك أصل في الشرع بمنزلة الإجماع. (عناية)

(٧) قوله: "وقد قررناه من قبل" أي في أول الباب أن شراء ما لم يرَه جائز، وأن له الخيار، والأعمى كالبصير الذي يشتري ما لم يره، فيجوز شراءه مع ثبوت الخيار له كالبصير. (عيني)

(٨) قوله: "بجسّه المبيع" إذا وجد الجس منه قبل الشراء، وأما إذا اشترى قبل أن يجس لا يسقط خياره به بل يسقط باتفاق الروايات لما روينا، ويمتد إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل في الصحيح. (زيلعي)

(٩) أو الشجر، أو الثمر على الشجر.

(١٠) بما بلغ ما يمكن.

(١١) قوله: "كما في السلم" يعني أن الوصف يقوم مقام المسلم فيه، وإن كان المسلم فيه معدومًا. (عيني)

(١٢) كذا نقل الإمام محمد في "الجامع الصغير".

(١٣) الأعمى.

(١٤) وإن لم يذكر له الوصف.

(١٥) قوله: "سقط خياره" وقال الفقيه: قال بعضهم: يوقف في مكان لو كان بصيراً لرآه، ومع ذلك يوصف له، وهذا أحسن الأقاويل، وبه نأخذ. (ع)

(١٦) هر دو لب.

الصلاة، وإجراء الموسى[١] مقام الحلق في حق من لا شعر له[٢] في الحج، وقال الحسن[٣] يوكل[٤] وكيلا[٥] يقبضه وهو[٦] يراه، وهذا[٧] أشبه بقول أبي حنيفة؛ لأن رؤية الوكيل[٨] رؤية الموكل على ما مرّ آنفًا.

قال[٩]: ومن رأى أحد الثوبين[١٠] فاشتراهما، ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما؛ لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب، فبقي الخيار فيما لم يره، ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقًا للصفقة قبل التمام[١١]، وهذا[١٢] لأن الصفقة لا تتم[١٣] مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده[١٤]، ولهذا[١٥] يتمكن[١٦] من الرد[١٧] بغير قضاء[١٨] ولا رضا[١٩]، ويكون[٢٠] فسخًا من

---

(١٧) گنگ.

(١) استره.

(٢) تشبيهًا بالمحلقين.

(٣) ابن زياد.

(٤) قوله: "يوكّل وكيلا [الأعمى] إلخ" ولو وصف فقال: رضيت ثم أبصر فلا خيار له؛ لأن العقد قد تم، وسقط الخيار، فلا يعود. (ع)

(٥) فيصير رؤية الوكيل كرؤيته.

(٦) الواو للحال.

(٧) أي قول الحسن.

(٨) عند الإمام.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) أو الأثواب، أو الأشياء الآخر المتفاوتة في الآحاد.

(١١) قوله: "كيلا يكون [الرد] تفريقًا إلخ" وتفريق الصفقة حرام لما جاء في الحديث: «أن النبي ﷺ نهى عن تفريق الصفقة»، فإن قيل: ينبغي أن يكون في هذه الصورة ولاية رد أحد الثوبين الذي لم يره، لقوله عليه السلام: «من اشترى شيئًا لم يره فله الخيار إذا رآه». قلنا: العمل بموجب قوله عليه السلام: «نهى عن تفريق الصفقة» أولى من حديث خيار الرؤية لوجوه: أحدها: أن موجب قوله: نهى عن تفريق الصفقة محكم في إفادة التحريم، أي موجبه ثابت في جميع الصور، وموجب قوله عليه السلام: من اشترى شيئًا لم يره غير ثابت في جميع الصور، ألا يرى أنه لا يملك الرد إذا تعيب، أو أعتق أحد العبدين، أو دبره، فكان النهي عن تفريق الصفقة راجحًا، أو لأن قوله: نهى محرم، والمحرم راجع على المبيح، أو لأن قوله: «نهى عن تفريق الصفقة» متأخر عن المبيح، وإلا يلزم تكرار النسخ لما عرف. (ك)

(١٢) أي لزوم تفريق الصفقة قبل التمام.

(١٣) لأن تمام الصفقة بتمام الرضا، وذا لا يكون قبل الرؤية.

(١٤) قوله: "وبعده" يريد به إذا قبضه مستورًا، أما إذا قبضه وهو يراه يبطل خياره، وتتم الصفقة. (ك)

(١٥) أي لأجل عدم تمام الصفقة.

(١٦) المشتري.

(١٧) أي رد المبيع.

الأصل [١]. ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره؛ لأنه لا يجرى فيه الإرث عندنا، وقد ذكرناه في خيار الشرط [٢].

ومن رأى شيئًا، ثم اشتراه بعد مدة، فإن كان على الصفة التى رآه، فلا خيار له؛ لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة، وبفواته [٣] يثبت الخيار إلا [٤] إذا [٥] كان [٦] لا يعلمه [٧] مرئيه لعدم الرضا به.

وإن وجده [٨] متغيراً [٩]، فله الخيار؛ لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه، فكأنه لم يرَه، وإن اختلفا [١٠] فى التغير فالقول قول البائع [١١]؛ لأن التغير حادث [١٢]، وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة [١٣] على ما قالوا [١٤]؛ لأن الظاهر شاهد [١٥]

---

(١٨) أى قضاء القاضى.

(١٩) أى رضا البائع.

(٢٠) أى الرد بخيار الرؤية.

(١) قوله: "من الأصل" أى من الابتداء لعدم تحقق الرضا بعدم العلم بصفات المعقود عليه، فلا يحتاج إلى القضاء والرضا. (عينى)

(٢) قوله: "وقد ذكرناه إلخ" من أن خيار الشرط لا يقبل الانتقال؛ لأنه مشية، وهو عرض لا ينتقل، والإرث فيما ينتقل، فكذا خيار الرؤية. (ع)

(٣) فبين ثبوت الخيار، والعلم بالأوصاف منافاة.

(٤) استثناء من قوله: فلا خيار له.

(٥) فله الخيار.

(٦) قوله: "إلا إذا كان [المشترى] إلخ" وإنما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى بأن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف، وههنا لما كان المبيع مرئيًا من قبل، ولم يتغير كان العلم بها حاصلا، فلا يكون له الخيار، وذلك لأن الأمر وإن كان كذلك لكن شرط الرضا، وحيث لا يعلم أنه مرئيه لم يرضَ به فكان له الخيار. (عناية)

(٧) أى لا يعلم أنه هو الذى رآه. (ك)

(٨) بعد الشراء.

(٩) عما رآه.

(١٠) قوله: "وإن اختلفا [العاقدان]" بأن قال المشترى: قد تغير، وقال البائع: لم يتغير. (عينى)

(١١) مع اليمين.

(١٢) قوله: "لأن التغير حادث" لأنه إنما يكون بعيب، أو تبدل هيأة، وكل منهما عارض، والمشترى يدعيه، والبائع منكر ومتمسك بالأصل، فإن سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه. وقيل: هو الرؤية السابقة، وقيل: هو البيع البات الخالى عن الشروط المفسدة ظاهرا، والأصل لزوم العقد، والقول قول المنكر مع يمينه. (ع)

(١٣) قوله: "إلا إذا بعدت إلخ" استثناء من قوله: فالقول قول البائع، أى فحينئذٍ يكون القول قول المشترى، لأن الظاهر شاهد للمشترى، لأن الشيء قد يتغير بطول الزمان، ومن شهد له الظاهر فالقول له. (عينى)

(١٤) أى المتأخرون. (ع)

(١٥) ألا ترى أن الجارية الشابة لا تبقى شابة بعد عشرين سنة.

للمشترى، بخلاف[١] ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها[٢] أمر حادث، والمشترى ينكره، فيكون القول قوله. قال[٣]: ومن اشترى عدل زطّى[٤] ولم يره[٥]، فباع منه ثوبًا، أو وهبه وسلّمه لم يرد شيئًا منها[٦] إلا من عيب، وكذلك خيار الشرط[٧]؛ لأنه[٨] تعذر الرد فيما خرج عن ملكه، وفي رد ما بقى تفريق الصفقة قبل التمام[٩]، لأن

(١) متصل بقوله: فالقول للبائع. (ك)

(٢) قوله: "لأنها إلخ" يعنى لأن البائع يدعى على المشترى العلم بالصفات، وأنه أمر حادث، والمشترى ينكره، فالقول قوله مع اليمين. (عناية)

(٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيى)

(٤) قوله: "عدل زطى [بار يک طرف كه بر پشت ستور برند. غث] إلخ" الزط جيل [گروه] من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية، كذا فى "المغرب". وقيل: جيل من الناس بسواد العراق، وفى "قانون المسعودى" لأبى ريحان محمد بن أحمد البيرونى: لوهاور، هو مدينة لزط بين نهرى جند وبياه، وفى "لوامع النجوم": الزط جيل من السودان من السند. وفى القاموس: الزط -بالضم- جيل من الهند معرب جت، والقياس يقتضى فتح معربه أيضًا، والواحد زطى كذا فى "سبحة المرجان". وفى "الكفاية": ولفظ "الجامع الصغير": ومن اشترى عدل زطى ولم يره، وقبضه فباع منه ثوبًا، وإنما قيد بالقبض لأنه لو لم يكن مقبوضًا لا يصح تصرف المشترى فيه ببيع أو هبة، ولأنه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلاثة من خيار الشرط، والرؤية، والعيب سواء فى عدم جواز رد شيء منها لعدم تمام الصفقة، فيلزم التفريق، فلا يصح حينئذ قوله: إلا من عيب، لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيبًا، فليس له أن يرد المعيب خاصة، بل يردهما إن شاء. (مل)

قوله: "عدل زطى إلخ" اعلم أولا أنه لا بد من قيد القبض، ولذا قال فى "الكافى": ومن اشترى عدل زطى، ولم يره، فقبضه فباع إلخ، وذلك لوجهين: أحدهما أنه لو لم يكن ذلك العدل مقبوضًا لا يصح تصرف المشترى فيه ببيع أو هبة مع التسليم، كذا فى "شرح الوقاية". وثانيهما: أن الخيارات الثلاثة من خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب سواء عند عدم القبض فى عدم جواز رد شيء من تلك الثياب لعدم تمام الصفقة قبل القبض، فلا يصح حينئذ قوله: إلا من عيب. وثانيًا: أن قوله: وسلمه لا بد منه فإن الهبة بدون التسليم غير لازمة، ولا تفيد الملك. وثالثًا: أنه لا فرق بين القيميات والمثليات من مكيل أو موزون، أو عددى متقارب فى هذا الحكم، فإن العلة هو لزوم التفريق قبل التمام، وهو غير جائز فى المثلى أيضًا، كذافى "رد المحتار". ورابعًا: أنه لا تخصيص بالبيع والهبة، فإن الحكم كذلك لو لبس ثوبًا منها حتى تغير، كذا فى "كافى الحاكم"، وقال الخير الرملى: وكذا الحكم لو استهلكه، أو هلك، أو كان عبدًا فمات، أو أعتقه. (سقاية)

(٥) وقبضه. (ع)

(٦) أى من الثياب الزطية. (ع)

(٧) قوله: "وكذلك خيار الشرط" أى ليس له أن يرد شيئًا منها بخيار الشرط إذا اشترى عدل زطى بخيار الشرط، فقبضه وباع منه ثوبًا، أو وهب. (ك)

(٨) قوله: "لأنه تعذر الرد [لتعلق حق الغير] إلخ" توضيحه: أن الثوب الذى بيع خرج عن ملك هذا المشترى، ودخل فى ملك المشترى الثانى، أو الموهوب له، فتعذر الرد فيه لتعلق حق الغير، فلو رد ما بقى يلزم تفريق الصفقة قبل التمام، وهو لا يجوز، ووجه اللزوم أن خيار الرؤية وخيار الشرط يمنعان تمام الصفقة، فإن تمامها يكون بانتهاءها ولزومها، وهذان الخياران يمنعان الانتهاء واللزوم، ألا ترى أنه يجوز الرد بهذين الخيارين بغير قضاء ولا رضا. (سقاية)

(٩) قوله: "تفريق الصفقة [وهو ممنوع] إلخ" وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز اعتبارًا بابتداء الصفقة فإنه إذا أوجب البيع فى الشيئين لا يملك المشترى القبول فى أحدهما لما فيه من الأضرار بالبائع لجريان العادة بضم الجيد إلى الردىء، ترويجًا للردىء بالجيد، كذا قيل. (مل)

خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها[١]، بخلاف خيار العيب[٢]؛ لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله[٣]، وفيه[٤] وضع المسألة، فلو عاد[٥] إليه بسبب هو فسخ[٦]، فهو على خيار الرؤية[٧]، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي. وعن أبي يوسف[٨] أنه لا يعود بعد سقوطه[٩] كخيار الشرط، وعليه[١٠] اعتمد القدوري.

باب خيار العيب[١١]

وإذا[١٢] اطلع المشتري على عيب في المبيع، فهو بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده؛ لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة[١٣]، فعند فواته يتخير

(١) قوله: "يمنعان تمامها" لأن تمامها بالرضا، ولا رضا مع وجودهما.

(٢) قوله بخلاف خيار العيب إلخ" توضيح المقام: أن الصفقة لا تتم مع خيار العيب قبل القبض، فلو وجد المشتري عيبًا بثوب قبل القبض فله أن يردها إن شاء، وليس له أن يرد المعيب خاصة لعدم تمام الصفقة قبل القبض، ولذا لا يحتاج في الرد إلى رضى البائع، ولا إلى القضاء. وأما بعد القبض فالصفقة تتم مع خيار العيب، حيث لا يمكن الرد بعد القبض بحكم خيار العيب إلا بالرضا أو القضاء، فلو وجد بثوب منها عيبا بعد القبض له أن يرد المعيب خاصة إن شاء لغرور من البائع. وأما قوله: وفيه وضع المسألة، أي في المقبوض وضع مسألة "الجامع الصغير"، ولذا استثنى فيها بقوله: إلا من عيب. (سقاية)

(٣) قوله: "وإن كانت لا تتم قبله [في خيار العيب]" أي قبل القبض، لأن تمام الصفقة إنما يحصل بانتهاء الأحكام والمقصود، وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد،فقبل القبض لو وجد عيبا في ثوب منها يردها لعدم تمام الصفقة قبل القبض، وأما بعد القبض فلو وجد بأحدها يرد المعيب خاصة؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض، لأنه رضى بالعقد على اعتبار السلامة، والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر، فكانت الصفقة تامة، ولهذا لا يملك الرد بحكم العيب بعد القبض إلا برضا أو قضاء، وفي خيار الشرط والرؤية يتفرد بالرد، كذا في "الكفاية" و "العيني". (مل)

(٤) أي في المقبوض.

(٥) الثوب.

(٦) قوله: "بسبب هو فسخ" بأن رد المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضي، أو رجع عن الهبة. (ع)

(٧) فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع. (ع)

(٨) قوله: "وعن أبي يوسف إلخ" في فتاوى قاضي خان، وهو الصحيح. (ك)

(٩) لأن الساقط لا يعود. (ع)

(١٠) أي على قول أبي يوسف.

(١١) قوله: "باب خيار العيب" أخر خيار العيب لأنه يمنع اللزوم وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه. (ع)

(١٢) هذا كلام القدوري. (سقاية)

(١٣) قوله: "لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة" أي سلامة المعقود عليه، فكانت سلامته كالمشروط صريحًا لكونها مطلوبة عادة، فعند فوات وصف السلامة يتخير المشتري، إذ لو لزم العقد للزم بدون رضاه، ولا بد من رضاه.

وإنما قال: مطلق العقد يقتضي إلخ لأن الغالب في الأشياء السلامة، وكل واحد من العاقدين ذو عقل وتمييز، فيعرض عن أن يغبن رجلا أو يغبن، فيقع العقد على وصف السلامة.

كيلا يتضرر بلزوم مالا يرضى به، وليس له أن يمسكه[١] ويأخذ[٢] النقصان[٣]؛ لأن[٤] الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن[٥] في مجرد العقد[٦]، ولأنه[٧] لم يرضَ بزواله[٨] عن ملكه[٩] بأقل من المسمى[١٠]، فيتضرر به[١١]، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد[١٢] بدون تضرره[١٣]، والمراد[١٤] به عيب كان عند البائع، ولم يره المشتري عند البيع، ولا عند القبض، لأن ذلك[١٥] رضا به.

قال[١٦]: وكلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار[١٧] فهو عيب، لأن التضرر بنقصان المالية، وذلك[١٨] بانتقاص القيمة، والمرجع في معرفته[١٩] عرف أهله.

فإن قلت: إن وصف السلامة لما كان من لوازم مطلق العقد، وإذا فات اللازم فات الملزوم، فبفواته ينتفي العقد لا أنه يتخير. قلت: إن المطلق ينصرف إلى الكامل، وهو العقد اللازم، ومن انتفاءه لا يلزم انتفاء العقد، كذا في "العناية". (مل)

(١) أي المبيع المعيوب.

(٢) من البائع.

(٣) أي نقصان العيب.

(٤) أي لأن الفائت وصف، والأوصاف إلخ.

(٥) قوله: "لا يقابلها إلخ" لأن الثمن عين، فيكون مقابلا بالعين دون الوصف لأنه عرض غير متقوم، فأنى يقابله عين متقوم، ولأن الثمن لا يخلو إما أن يقابل بالوصف والأصل، وفيه تسوية بين الأصل والتبع، أو بالوصف فقط، وفيه ترجيح التبع على الأصل أو بالأصل دون الوصف وهو المرام. (كفاية)

(٦) قوله: "في مجرد العقد" احترز به عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البائع يد المبيع قبل القبض، فإنه يسقط به نصف الثمن، لأنه صار مقصوداً بالتناول أو حكما، بأن يمتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري، أو لحق الشرع بالجناية. (كفاية)

(٧) أي البائع.

(٨) المبيع.

(٩) وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بأقل، فلم يكن مرضيه. (ع)

(١٠) أي الثمن المسمى.

(١١) البائع.

(١٢) قوله: "ودفع الضرر إلخ" جواب عما يقال: إن المشتري أيضاً يتضرر حيث يأخذ المبيع المعيوب. (س)

(١٣) قوله: "بدون تضرره [البائع]" فإن قيل: البائع إذا باع معيباً، فإذا هو سليم، فالبائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب، ولا خيار له، وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما، أو عدمه لهما. وأجيب: بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه، وممارسته طول زمانه، فأنزل عالماً بصفة ملكه، فلا يكون له الخيار، وإن ظهر بخلافه، وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع، فلو ألزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له، فيثبت له الخيار. (عناية)

(١٤) أي في قول المصنف على عيب.

(١٥) أي رؤية العيب عند إحدى الحالتين.

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) أي في عرفهم.

(١٨) فالتضرر بانتقاص القيمة.

والإباق[1]، والبول[2] في الفراش، والسرقة[3] في الصغير عيب ما لم يبلغ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب، حتى يعاوده[4] بعد البلوغ، ومعناه: إذا ظهرت[5] عند البائع في صغره، ثم حدثت عند المشترى في صغره، فله أن يرده، لأنه[6] عين ذلك[7]، وإن حدثت[8] بعد بلوغه لم يرده، لأنه[9] غيره[10]، وهذا[11] لأن سبب هذه الأشياء[12] يختلف بالصغر والكبر، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة[13]، وبعد الكبر لداء[14] في الباطن، والإباق في الصغر لحب اللعب، والسرقة لقلة المبالات[15]، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن، والمراد[16] من الصغير من يعقل[17]، فأما الذى لا يعقل فهو ضال لا آبق[18]، فلا يتحقق عيبًا.

---

(١٩) أى معرفة قيمته.

(١) قوله: "والإباق [بالكسر: گريختن بندة. م]" مدة السفر، أو ما دونه عيب لأن الإباق إنما كان عيبًا لأنه يوجب فوات المنافع على المولى، وفى هذا المعنى السفر وما دونه سواء، ولو أبقت من الغاصب إلى مولاها فهذا ليس بإباق، وإن أبقت فلم ترجع إلى الغاصب، ولا إلى المولى، وهى تعرف منزل مولاها، وتقوى على الرجوع إليه، فهذا عيب، وإن كانت لا تعرف منزل مولاها، أو لا تقوى على الرجوع فهو ليس بعيب. (كفاية)

(٢) قوله: "والبول إلخ" فى "الإيضاح": والسرقة والبول فى الفراش فى حالة الصغر قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب، لأنه لا يعقل ما يفعل، وبعد ذلك فهو عيب ما دام صغيرًا، وكذا الإباق. (ك)

(٣) قوله: "والسرقة" وإن كانت أقل من عشرة دراهم عيب، لأن السرقة إنما كانت عيبًا لأن الإنسان لا يأمن من السارق على مال نفسه، وفى حق هذا المعنى العشرة وما دونها سواء، والعيب فى السرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى، أو من غيره إلا فى المأكولات، فإن سرق ما يؤكل لأجل الأكل من المولى لا يعد عيبًا، ومن غير المولى يعد عيبًا، وسرقة ما يؤكل لا لأجل الأكل بل للبيع عيب من المولى وغيره. (كفاية)

(٤) قوله: "حتى يعاوده" أى يعاد، وذلك العيب بعد البلوغ فى يد البائع، ثم يبيعه، فيعاوده فى يد المشترى. (مل)
قوله: "حتى يعاوده" عواد بالكسر باز گشتن بادل كار ومرة بعد أخرى خواستن چيزى راد. (من)

(٥) هذه الأشياء.

(٦) أى لأن الذى حدث عند المشترى.

(٧) أى الذى وجد عند البائع.

(٨) عند المشترى.

(٩) أى لأن الذى حدث عند المشترى.

(١٠) أى غير الذى ظهر عند البائع.

(١١) إشارة إلى إيضاح الفرق بين الحالتين.

(١٢) أى الإباق وغيره.

(١٣) آبدان كه جاى بول باشد. (من)

(١٤) مرض.

(١٥) باک نداشتن.

(١٦) فى المتن.

(١٧) أى يأكل ويشرب وحده.

قال[١] : والجنون[٢] في الصغر عيب أبداً، ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع، ثم عاوده في يد المشترى فيه، أو في الكبر يرده، لأنه عين الأول[٣] إذ السبب في الحالين[٤] متحد، وهو فساد العقل[٥]، وليس معناه[٦] أنه لا يشترط[٧] المعاودة في يد المشترى، لأن الله تعالى قادر على إزالته، وإن[٨] كان قل ما يزول، فلا بد من المعاودة للرد. قال[٩] : والبَخَر[١٠] والذَفَر[١١] عيب في الجارية، لأن المقصود[١٢] قد يكون الاستفراش، وهما يخلان به، وليس بعيب في الغلام، لأن المقصود[١٣] هو الاستخدام ولا يخلان به، إلا أن يكون[١٤] من داء[١٥]؛ لأن الداء عيب، والزنا[١٦]

---

(١٨) فلا يجرى عليه حكم الآبق.

(١) أى محمد فى "الجامع". (عينى)

(٢) قوله: "والجنون إلخ" قال بعضهم: الجنون وإن كان ساعة عيب، وقال بعضهم: إن كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب، وأما يوم وليلة فما دونه ليس بعيب، وقال بعضهم: المطبق عيب، وغير المطبق ليس بعيب. (عناية)

(٣) الذى وجد عند البائع.

(٤) قوله: "فى الحالين" أى فى الحال الذى كان عند البائع، والحال الذى كان عند المشترى. (عينى)

(٥) قوله: "وهو فساد العقل" لأن العقل معدنه القلب، وشعاعه فى الدماغ، والجنون هو انقطاع ذلك الشعاع، وهو لا يختلف باختلاف السبب. (درر)

(٦) قوله: "وليس معناه [أى معنى قول المصنف: عيب أبداً]" أن المعاودة فى يد المشترى ليست بشرط كما مال إليه شمس الأئمة الحلوانى، وشيخ الإسلام، وهو رواية "المنتقى" بناء على أن آثاره لا ترتفع، لأن الله تعالى قادر على إزالته بحيث لا يبقى من أثره شيء، والأصل فى العقد اللزوم، فلا يثبت ولاية الرد إلا المعاودة، وهو المذكور فى "الأصل" و "الجامع الكبير". (ع)

(٧) أى للرد.

(٨) الواو وصلية.

(٩) أى القدورى (عينى)

(١٠) قوله: "والبخر إلخ" البخر نتن رائحة الفم، والذفر رائحة مؤذية هى من الإبط، كذا فى "المبسوط"، وذكر فى "المغرب": الدفر مصدر دفر إذا خبثت رائحته، وبالسكون النتن، وأما الذفر -بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير- وهو حدة الرائحة أينما كانت، ومن مسك إذفر، وإبط ذفراء، وهو مراد الفقهاء فى قولهم، والبخر والذفر عيب فى الجارية، وهكذا فى الرواية. (ك)

(١١) بوے تيز وتند خوش يا ناخوش. (من)

(١٢) من الجارية.

(١٣) من الغلام.

(١٤) قوله: "إلا أن يكون إلخ" أو يكون فاحشاً يمنع القرب من المولى لأنه داء. (زيلعى)

(١٥) مرض.

(١٦) قوله: "والزنا إلخ" أى كون الجارية زانية عيب، وكذا كونها متولدة من الزنا عيب، لأن الأول يخل بالمقصود فى الجارية، وهو الاستفراش، والثانى يخل بالمقصود، وهو طلب الولد فإن الولد يعير بأمه إذا كانت ولد الزنا. (مل)

وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام ؛ لأنه يخل بالمقصود في الجارية ، وهو الاستفراش وطلب الولد ، ولا يخل[١] بالمقصود في الغلام ، وهو الاستخدام ، إلا[٢] أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا ، لأن اتباعهن[٣] يخل بالخدمة[٤] .

قال[٥] : والكفر عيب فيهما[٦] ؛ لأن طبع المسلم يتنفر عن صحبته[٧] ، ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات[٨] ، فتختل الرغبة[٩] ، فلواشتراه على أنه كافر ، فوجده مسلمًا لا يرده ، لأنه زوال العيب[١٠] ، وعند الشافعي يرده[١١] ، لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم ، وفوات الشرط بمنزلة العيب .

قال : فلو كانت الجارية[١٢] بالغة لا تحيض ، أو هي مستحاضة فهو عيب ؛ لأن ارتفاع الدم[١٣] واستمراره علامة الداء[١٤] ، ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ[١٥] ، وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة ، ويعرف[١٦] ذلك بقول الأمة[١٧] ، فترد ، إذا

---

(١) قوله: "ولا يخل" فإن قلت: لو وجد الغلام زانيًا لا يؤتمن على الجواري، فيكون الزنا عيبًا فيه. قلت: إذا كانت الجواري مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن، وإذا شغله المولى بالعمل ربما لا يتفرغ لذلك الأمر، فلا يكون الزنا عيبًا فيه، كذا قال الفقيه أبو الليث في "شرح الجامع الصغير". (سقاية)

(٢) قوله: "إلا أن يكون الزنا عادة له" وذلك بأن يتكرر منه الزنا أكثر من مرتين. (زيلعي)

(٣) أي اتباع الغلام لهن.

(٤) قوله: "يخل بالخدمة" وفي بعض النسخ بعد هذا القول هكذا، والزوجية عيب، وكذا العدة إذا كانت من طلاق رجعي، لأن النكاح قائم بخلاف العدة من طلاق بائن، فلما انقضت العدة قبل الرد لم يرده، لأن العيب قد زال، قال: والكفر إلخ، والمعنى أنه إذا اشترى أمة وهي منكوحة الغير، فهذه الزوجية عيب.

(٥) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٦) أي في الغلام والجارية.

(٧) الكافر.

(٨) قوله: "في بعض الكفارات" أي كفارة القتل عند الكل لتقييد الإيمان في نصها، وكفارة اليمين والظهار عند البعض. (مل)

(٩) وهو سبب لنقصان الثمن.

(١٠) قوله: "لأنه زوال العيب" وزوال الشيء لا يكون إياه كما إذا اشترى معيبا، فإذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على أنه كافر للبراءة من عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة. (ع)

(١١) قوله: "يرده" لفوات الشرط المرغوب، فاستعباد الكافر مقصود لأن فيه إذلاله، قلنا: ذا يرجع إلى الديانة لا إلى المالية. (مل)

(١٢) قوله: "الجارية" عدم الحيض في الصغيرة ليس بعيب، وكذا إذا بلغ بسن الإياس.

(١٣) أي انقطاعه.

(١٤) مرض.

(١٥) أدناها تسعة سنة.

(١٦) قوله: "ويعرف ذلك [أي الارتفاع والاستمرار] إلخ" لأنه لا يعرفها غيرها. (زيلعي)

انضم إليه[١] نكول[٢] البائع قبل القبض[٣] وبعده، هو الصحيح[٤].

قال[٥]: وإذا حدث عند المشترى عيب، واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع[٦] بالنقصان، ولا يرد المبيع؛ لأن في الرد إضرارًا بالبائع؛ لأنه[٧] خرج عن ملكه سالمًا[٨]، ويعود معيبًا فامتنع[٩]، ولا بد[١٠] من دفع الضرر عنه، فتعين الرجوع بالنقصان[١١]، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه[١٢] بعيبه، لأنه رضى بالضرر[١٣]. قال[١٤]: ومن اشترى ثوبًا فقطعه، فوجد به عيبًا رجع بالعيب؛ لأنه امتنع

---

(١٧) المشتراة.

(١) قوله: إذا انضم إليه إلخ" فإن قول الأمة مقبول فى توجه الخصومة، وليس بحجة، فلا بد من الحجة، وهى البينة أو النكول. (مل)

(٢) أى الإعراض عن الحلف.

(٣) قوله: "قبل القبض إلخ" وعن أبى يوسف، ترد قبله بلا يمين البائع لضعف البيع، حتى يملك المشترى الرد بلا قضاء ولا رضا، وصح الفسخ للعقد الضعيف بجهة ضعيفة.

قالوا: فى ظاهر الرواية لا يقبل قول الأمة، ذكره فى "الكافى"، ولو ادعى انقطاعه فى مدة قصيرة لا يسمع دعواه، وفى المديدة: يسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبى يوسف، وأربعة أشهر وعشر عند محمد، وعن أبى حنيفة وزفر سنتان. وجملة الأمر فيه إذا ادعى انقطاعه وأحسن دعواه على ما ذكرنا، سأل القاضى البائع فإن أقر بما ادعاه المشترى ردها على البائع، وإن أنكر قيام العيب للحال، وهو الانقطاع لا يحلف عند أبى حنيفة على ما يجىء إن شاء الله تعالى، وإن أقر بقيامه فى الحال، وأنكر أنه كان عيبا عنده يحلف، فإن حلف برئ، وإن نكل رد عليه، وإن أقام المشترى البينة على أن الانقطاع كان عند البائع. قال فى "الكافى": لا يقبل لأنهم لا يعرفون انقطاعه، فيتيقن القاضى بكذبهم بخلاف ما إذا شهدا أنها مستحاضة، لأن الاستحاضة ورود الدم، فيطلع عليه. (زيلعى)

(٤) قوله: "هو الصحيح" لأن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة فى توجه الخصومة فقط. (ع)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "فله أن يرجع بالنقصان" أى بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليمًا عن العيب القديم ومعيبًا به، فما كان بينهما من عشر أو سدس، أو ثمن يرجع به على البائع. (عينى)

(٧) المبيع.

(٨) عن عيب حدث عند المشترى.

(٩) الرد.

(١٠) لأن مطلق العقد يقتضى السلامة. (ع)

(١١) قوله: "فتعين الرجوع بالنقصان" لأن الجزء الفائت، صار مستحقًا للمشترى بالعقد، وقد تعذر تسليمه إليه، فيرد حصته من الثمن، ولا يقال: الفائت وصف، فلا يقابله شىء من الثمن، لأنه صار مقصودًا بالمنع، فيكون له حصة من الثمن. فإن قيل: إن اشترى بعيرًا فنحره، فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عند أبى حنيفة، وههنا قال: يرجع بالنقصان. قلنا: الفرق بينهما أن النحر إفساد للمالية، لأنه صار بالنحر عرضة للنتن والفساد، ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته، فيختل معنى قيام المبيع فى فصل النحر دون القطع. (ك)

(١٢) الحادث.

(١٣) قوله: "لأنه رضى بالضرر" فيتخير المشترى حينئذ إن شاء رده وإن شاء رضى به، وليس له أن يرجع

الرد[١] بالقطع، فإنه عيب حادث[٢]، فإن قال البائع: أنا أقبله كذلك[٣] كان له ذلك، لأن[٤] الامتناع لحقه[٥]، وقد رضي به[٦] فإن باعه[٧] المشترى لم يرجع بشيء، لأن الرد غير ممتنع[٨] برضا البائع، فيصير هو بالبيع حابسًا للمبيع، فلا يرجع بالنقصان. فإن قطع الثوب[٩] وخاطه، أو صبغه[١٠] أحمر، أو لتّ[١١] السويق بسمن، ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه؛ لامتناع الرد بسبب الزيادة[١٢]، لأنه لا وجه إلى الفسخ فى الأصل[١٣] بدونها؛ لأنها لا تنفك عنه[١٤]، ولا وجه إليه[١٥] معها، لأن الزيادة ليست بمبيعة[١٦] فامتنع[١٧] أصلا.

بالنقصان بعد ما رضى البائع به لزوال الموجب لذلك، وهو امتناعه من أخذه. (زيلعى)

(١٤) أى محمد. (عينى)

(١) إلى البائع.

(٢) فالبائع يتضرر برده معيبًا. (ع)

(٣) أى مقطوعًا.

(٤) للرد.

(٥) قوله: "لحقه" بخلاف ما إذا كان الامتناع لزيادة فيه، لأن الامتناع لحق الشرع. (زيلعى)

(٦) فأسقط حقه.

(٧) أى الثوب المقطوع، وقد علم بالعيب بعد القطع قبل البيع.

(٨) قوله: "لأن الرد غير ممتنع" لأنه جاز أن يقول البائع كنت أقبله كذلك، فلم يكن الرد ممتنعًا برضا البائع. (ع)

(٩) كالخياطة وغيرها.

(١٠) قوله: "أو صبغه أحمر" أما لو صبغه أسود فكذلك الجواب عند أبى يوسف، لأن السواد زيادة كالحمرة، وعند أبى حنيفة السواد نقصان كالقطع. (نهاية)

(١١) بالفتح وتشديد تاء: تركردن پست وما نند آن. (م)

(١٢) قوله: "لامتناع الرد بسبب الزيادة" الحاصل أن الزيادة نوعان: متصلة ومنفصلة، والمتصلة نوعان: متولدة كالسمن والجمال، وهى لا تمنع الرد بالعيب، لأن فسخ العقد ثمه فى الزيادة ممكن، لأن الزيادة تبع محض باعتبار التولد والتضرع، والاتصال، ومتصلة غير متولدة كالصبغ، والخياطة واللت، وهى تمنع الرد بالعيب اتفاقًا.

والمنفصلة نوعان: متولدة كالولد والثمر وهى تمنع الرد بالعيب، لأنه لا سبيل إلى فسخه مقصودًا، لأن العقد لم يرد على الزيادة، ولا سبيل إلى فسخه تبعًا لانقطاع التبعية بالانفصال، وغير متولدة من المبيع كالكسب، وهى لا تمنع الرد بالعيب، بل يفسخ العقد فى الأصل دون الزيادة، ويسلم الزيادة للمشترى مجّانًا، بخلاف الولد.

والفرق: أن الكسب ليس بمبيع بحال، لأنه تولد من المنافع، وهى غير الأعيان، والولد تولد من المبيع، فيكون له حكم المبيع، فلا يجوز أن يسلم له مجّانًا لما فيه من الربا، لأنه يبقى فى يده بلا عوض فى عقد المعاوضة، والربا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله. (ك)

(١٣) أى أصل الثوب والسويق.

(١٤) عن الأصل.

(١٥) أى إلى الفسخ.

(١٦) قوله: "لأن الزيادة ليست بمبيعة" لأن العقد لم يرد على الزيادة، فلا يرد عليها الفسخ ضرورة، إذ فسخ العقد

وليس للبائع أن يأخذه[١]؛ لأن الامتناع[٢] لحق الشرع[٣] لا لحقه[٤]، فإن باعه[٥] المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان، لأن الرد[٦] ممتنع[٧] أصلا قبله[٨]، فلا يكون بالبيع حابسًا للمبيع[٩]، وعن هذا[١٠].

قلنا: إن من اشترى ثوبًا فقطعه لباسًا لولده الصغير وخاطه، ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان، ولو كان الولد كبيرًا يرجع، لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة[١١]، وفي الثاني بعده بالتسليم إليه[١٢]. قال[١٣]: من اشترى عبدًا فأعتقه، أو مات عنده، ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه، أما الموت فلأن[١٤] الملك ينتهى[١٥]

رفعه، فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد. (ك)

(١٧) الرد.

(١) أي المبيع مع الزيادة.

(٢) قوله: "لأن الامتناع إلخ" أي لأن امتناع الرد لحق الشرع للزيادة الحادثة، وهي في معنى الربا، وحرمة الربا في حق الشرع. (ك)

(٣) لأنه ربا. (زيلعي)

(٤) البائع.

(٥) أي الثوب المقطوع المخيط، أو المصبوغ، أو السويق الملتوت بسمن.

(٦) إلى البائع.

(٧) للزيادة الحادثة في الثوب من ملك المشتري. (ك)

(٨) أي قبل بيع المشتري.

(٩) قوله: "فلا يكون إلخ" لأن الامتناع بسبب الزيادة، بخلاف القطع من غير خياطة. (زيلعي)

(١٠) قوله: "وعن هذا" أي عما قلنا: إن المشتري متى كان حابسًا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب، ومتى لم يكن حابسًا له يرجع. (ع)

(١١) قوله: "قبل الخياطة" لأنه بالقطع للصغير صار واهبًا الثوب له مسلمًا إليه، وصار الأب قابضًا عنه، وحق الرد الذي هو الحق الأصلي صار باطلا بالقطع، فبطل البدل، وهو الرجوع بالنقصان، لأنه صار حابسًا للمبيع، وفي الثاني وهو صورة كون الولد كبيرًا بعده، أي بعد الخياطة بالتسليم إليه، أي إلى ولده الكبير، فيكون له الرجوع بالنقصان، لأنه بمجرد القطع لا يكون مسلمًا إليه، لأن الأب لا يصير قابضًا عن ولده الكبير، فلما خاطه خاطه عن ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة ردا للشرع لا بالهبة والتسليم، فصار وجود الهبة والتسليم وعدمها سواء، فيرجع بالنقصان، لأنه لم يكن حابسًا للمبيع. (عيني)

(١٢) ولد.

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "فلأن الملك ينتهي به" فإن الملك في الآدمي باعتبار المالية، وانتهت ماليته بانتهاء الحياة، إذ المالية بعد الموت لا تتحقق، فانتهى الملك بالموت، فامتنع الرد، وفيه إضرار للمشتري بما ليس من فعله، وهو الموت، فيرجع بالنقصان دفعًا للضرر. فإن قلت: إذا صبغ الثوب أحمر فامتنع الرد بفعله، أي الصبغ مع أنه يرجع بالنقصان، فما ذا وجهه؟

قلت: امتناع الرد في الصبغ ليس بسبب نفس ذلك الفعل، أي الصبغ بل بسبب وجود الزيادة، فكان الامتناع لحق الشرع، وهو شبهة الربا، وحينئذ فالمراد من قوله: والامتناع إلخ أن امتناع الرد يثبت حكمًا للموت لا بفعله، أي لا بفعله

به[١]، والامتناع[٢] حكمى لا بفعله، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع، لأن الامتناع[٣] بفعله[٤]، فصار كالقتل[٥]، وفى الاستحسان يرجع، لأن العتق إنهاء[٦] الملك، لأن الآدمى ما خلق فى الأصل[٧] محلا للملك[٨]، وإنما يثبت الملك فيه موقتًا[٩] إلى الإعتاق، فكان إنهاء، فصار كالموت.

وهذا[١٠] لأن الشىء يتقرر[١١] بانتهاءه[١٢]، فيجعل كأن الملك باقٍ، والرد متعذر، والتدبير والاستيلاد بمنزلته[١٣]، لأن تعذر النقل مع[١٤] بقاء المحل بالأمر[١٥] الحكمى[١٦]، وإن أعتقه[١٧] على مال لم يرجع[١٨] بشىء، لأنه حبس بدله[١٩]، وحبس البدل كحبس المبدل[٢٠]، وعن أبى حنيفة أنه يرجع، لأنه[٢١] إنهاء للملك[٢٢]، وإن[٢٣]

الذى يوجب الزيادة، فتأمل. (مل)

(١٥) أى يتم.

(١) أى بالموت.

(٢) للرد.

(٣) للرد.

(٤) وذلك يمنع الرجوع. (ع)

(٥) قوله: "فصار كالقتل" فإن المشترى إذا قتل العبد الذى اشتراه، ثم اطلع فيه على عيب، فإنه لا يرجع. (عينى)

(٦) إتمام، الإنهاء منتهى شدن، كذا فى "تاج اللغات".

(٧) أى فى أصل الخلقة.

(٨) فإن الأصل فى الآدمى الحرية.

(٩) والموقت إلى وقت ينتهى بانتهاءه. (ع)

(١٠) أى الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء. (عينى)

(١١) يتكامل.

(١٢) ألا ترى أنه يثبت الولاء بالعتق، والولاء أمن آثار الملك.

(١٣) قوله: "بمنزلته" لأنهما لا يزيلان الملك، ولكن المحل بهما يخرج من أن يكون قابلا للنقل من ملك إلى ملك، فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقةً أو حكمًا، فيرجع بنقصان العيب، لأنه استحق ذلك الملك بوصف السلامة، كما لو تعيب عند المشترى. (ك)

قوله: "بمنزلته" فى الرجوع بالنقصان عند اطلاع العيب.

(١٤) احتراز عن الموت.

(١٥) لا بفعله. (عينى)

(١٦) احتراز عن القتل.

(١٧) العبد الذى اشتراه.

(١٨) بعد وجدان العيب.

(١٩) إذ هو أزال ملكه عنه بعوض.

(٢٠) فصار كالمبيع.

كان بعوض. فإن قتل[١] المشترى العبد[٢]، أو كان[٣] طعامًا فأكله[٤] لم يرجع[٥] بشيء عند أبي حنيفة، أما القتل فالمذكور[٦] ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه يرجع، لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوى[٧]، فصار كالموت حتف أنفه[٨]، فيكون إنهاء[٩]. ووجه الظاهر: أن القتل لا يوجد[١٠] إلا مضمونًا[١١]، وإنما يسقط الضمان[١٢] ههنا باعتبار الملك، فيصير كالمستفيد به[١٣] عوضًا، بخلاف الإعتاق، لأنه[١٤] لا يوجب الضمان لا محالة[١٥] كإعتاق المعسر[١٦] عبدًا مشتركًا.

وأما الأكل فعلى الخلاف، وعندهما[١٧] يرجع[١٨]، وعنده لا يرجع استحسانًا،

---

(٢١) قوله: "لأنه إنهاء للملك" لأن المال فيه ليس بأمر أصلى، بل من العوارض، ولهذا يثبت الولاية. (ع)

(٢٢) فصار كالموت.

(٢٣) الواو وصلية.

(١) قوله: "فإن قتل" فى نسخة العينى ههنا وجد، قال أى القدورى.

(٢) المبيع.

(٣) الذى اشتراه.

(٤) ثم اطلع على عيب.

(٥) بالنقصان.

(٦) أى قوله: لا يرجع.

(٧) من القصاص والدية.

(٨) قوله: "حتف أنفه" ختف بالفتح مرگ، مات فلان حتف أنفه: مرد بر فراش بدون قتل، وضرب، وغرق، وحرق. قيل: هذا فى الآدمى، ثم عم فى كل حيوان إذا مات بغير سبب، وخص الأنف لأنه أراد أن روحه تخرج من أنفه بتتابع نفسه، ولأنهم كانوا يتخيلون أن روح المريض تخرج من أنفه، والجريح من جراحته. (من)

(٩) للملك.

(١٠) قوله: "لا يوجد إلا مضمونًا" لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس فى الإسلام دم مفرح» أى مبطل. (عناية)

(١١) بالقصاص أو الدية.

(١٢) قوله: "وإنما يسقط الضمان" عن المولى ههنا، أى فى قتل المولى عبده باعتبار أن القاتل مالك للمقتول، فيصير المولى كمن استفاد بالملك عوضًا، لأنه سلمت له نفسه، إذ لو لم يكن عبده لوجب عليه القصاص، أو القيمة، وبالملك لم يجب، فصار كما لو باع وأخذ الثمن، وهناك لا يرجع بنقصان العيب، فكذا ههنا.

وقال فى النهاية وفى الكفاية: فإن قيل: هذا يشكل بالقطع والخياطة، فإنهما فعلان مضمونان، ومع ذلك يرجع بالنقصان. قلنا: إنما يرجع لامتناع الرد بحكم شرعى، ولا كذلك ههنا، فإن الرد امتنع بفعل مضمون. (مل)

(١٣) أى بالملك.

(١٤) قوله: "لأنه لا يوجب إلخ" أى ليس بموجب للضمان فى غير الملك مطلقًا لعدم نفوذه فيه، ومن أحد الشريكين إذا كان معسرًا فقد تخلف عن الضمان. (ع)

(١٥) فلم يصر به مستعيضًا، فلا يمنع الرجوع. ع.

(١٦) تنگدست، وحينئذ يسعى العبد.

(١٧) قوله: "وعندهما يرجع" وفى "الخلاصة": والفتوى على قولهما. (نهاية)

وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب[١] حتى تخرق[٢]، لهما أنه صنع فى المبيع ما يقصد بشراءه[٣]، ويعتاد فعله فيه، فأشبه[٤] الإعتاق[٥]، وله أنه تعذر الرد بفعل[٦] مضمون منه[٧] فى المبيع، فأشبه البيع[٨] والقتل، ولا معتبر[٩] بكونه مقصودًا، ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء، ثم هو يمنع الرجوع[١٠]، فإن أكل بعض الطعام، ثم علم بالعيب، فكذا الجواب[١١] عند أبى حنيفة، لأن الطعام كشىء واحد، فصار كبيع البعض[١٢]، وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل[١٣]، وعنهما[١٤] أنه يرد[١٥] ما بقى، لأنه لا يضره[١٦] التبعيض.

قال: ومن اشترى بيضًا، أو بطيخًا[١٧]، أو قثاء[١٨]، أو خيارًا[١٩]، أو جوزًا[٢٠]،

(١٨) بالنقصان.

(١) الذى اشتراه.

(٢) ثم اطلع على عيب عند البائع.

(٣) أى الأكل واللبس.

(٤) من حيث إنه إنهاء الملك.

(٥) وفيه الرجوع.

(٦) قوله: "بفعل مضمون" لأن الأكل واللبس موجب للضمان فى ملك الغير، وباعتبار الملك استفاد البراءة، فذلك بمنزلة عوض سلم له. (ع)

(٧) المشترى.

(٨) أى بيع المشترى.

(٩) جواب عن قياس الصاحبين.

(١٠) بالنقصان.

(١١) قوله: "فكذا الجواب [أى لا يرجع]" أى لا يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما أكل وما بقى، لأن الطعام فى الحكم كشىء واحد، فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض، فصار كبيع البعض، أى إذا باع بعضه، ثم وجد به عيبًا لا يرجع بالنقصان، لا فى المزال ولا فى الباقى عندنا، لأن امتناع الرد فى الباقى بفعله حيث باع بعضه. (ك)

(١٢) دون البعض، وفى البيع لا يرجع.

(١٣) قوله: "فى الكل" أى فيما أكل، وما لم يؤكل، وليس له أن يرد الباقى، لأن الطعام كشىء واحد، فيتعيب بالتبعيض، وأكل الكل لا يمنع الرجوع عندهما، فأكل البعض أولى. (زيلعى)

(١٤) قوله: "وعنهما إلخ" وفى بيع البعض عنهما روايتان: فى إحداهما: لا يرجع بشىء كما هو قول أبى حنيفة، وهو المذكور ههنا، لأن الطعام كشىء واحد، فبيع البعض فيه كبيع الكل، وفى الأخرى: يرد ما بقى، لأنه لا يضره التبعيض، ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارًا للبعض بالكل. (ع)

(١٥) ويرجع بنقصان ما أكل.

(١٦) الطعام.

(١٧) خربزه.

(١٨) قوله: "أو قثاء" بفارسى خيارزه، وبهندى ككڑى نامند. (مخزن الأدوية)

فكسره[١] فوجده فاسداً[٢]، فإن لم ينتفع به[٣] رجع بالثمن كله؛ لأنه ليس بمال[٤]، فكان البيع باطلا، ولا يعتبر[٥] في الجوز صلاح قشره على ما قيل، لأن[٦] ماليته[٧] باعتبار اللبّ، وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده[٨]، لأن الكسر عيب حادث، ولكنه يرجع بنقصان العيب، دفعًا للضرر[٩] بقدر الإمكان، وقال الشافعي: يرده، لأن الكسر[١٠] بتسليطه[١١]، قلنا: التسليط على الكسر في ملك المشترى لا في ملكه[١٢]، فصار كما إذا كان ثوبًا، فقطعه. ولو وجد البعض فاسدًا وهو[١٣] قليل جاز البيع استحسانًا، لأنه لا يخلو عن قليل فاسد[١٤]، والقليل ما لا يخلو عنه

(١٩) بادرنگ.

(٢٠) أو غيره من الفواكه. (ع)

(١) أى بغير علم به، وأما بالكسر بعد العلم فدليل الرضا. (زيلعى)

(٢) بأن كان منتنًا أو مرًا. (ع)

(٣) قوله: "فإن لم ينتفع به" أى لم ينتفع به أصلا بحيث لا يصلح لأكل الناس، ولا للعلف، قال الإمام الحلوانى: هذا إذا ذاقه فوجده كذلك، فتركه، فإن تناول شيئًا منه بعد ما ذاقه لا يرجع عليه بشيء، وما لا ينتفع به أصلا كالقرع إذا وجده مرا، والبيضة إذا كانت مذرة. (ك)

(٤) قوله: "لأنه ليس بمال" إذ المال ما ينتفع به في الحال أو ثاني الحال، فإذا كان لا ينتفع به أصلا لا يكون محلا للبيع، فبطل البيع. (عينى)

(٥) قوله: "ولا يعتبر إلخ" جواب سؤال، وهو أن التعليل يصح في البيض لأن قشره لا قيمة له، وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته، فيجوز أن يكون العقد صحيحًا في القشر بحصة لمصادفة المحل، ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشايخنا. (ع)

(٦) قوله: لأن ماليته باعتبار اللب" دون القشر، وإذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع، فوقع باطلا، فيرد القشر، ويرجع بكل الثمن، وعلى هذا إذا كان المبيع بيض النعامة، فوجدها بالكسر مذرة، ذكر بعض المشايخ: أنه يرجع بنقصان العيب، وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف، لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه، وإن كان مما ينتفع به في الجملة، ولم يرده لتعيبه بالكسر الحادث، لكنه يرجع بنقصان العيب دفعًا للضرر بقدر الإمكان من الجانبين. (ع)

(٧) جوز، أى قبل الكسر. (ك).

(٨) إلا إذا رضى البائع بذلك لأنه أسقط حقه. (زيلعى)

(٩) من الجانبين.

(١٠) وإن كان عيبًا حادثًا، فصار كأنه فعله ورضى به.

(١١) البائع.

(١٢) قوله: "لا في ملكه" أى في ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه، فلم يكن التسليط إلا في ملك المشترى، وذلك هدر لعدم ولايته عليه، فصار كما إذا كان المبيع ثوبا فقطعه، ثم وجده معيبًا، فإنه يرجع بالنقصان بالإجماع وإن حصل التسليط منه لكونه هدرًا. (عينى)

(١٣) الواو حالية.

(١٤) فهو كالتراب في الحنطة، فلو فسد البيع باعتباره لانسد باب بيعه. (ك)

الجوز عادة كالواحد والاثنين فى المائة، وإن كان الفاسد كثيرًا[١] لا يجوز[٢]، ويرجع[٣] بكل الثمن، لأنه جمع بين المال وغيره، فصار كالجمع[٤] بين الحر وعبده.

قال[٥]: ومن باع عبدًا، فباعه[٦] المشترى، ثم رد عليه بعيب، فإن قبل[٧] بقضاء القاضى بإقرار[٨]، أو ببينة، أو بإباء يمين، له[٩] أن يرده على بائعه، لأنه فسخ[١٠] من الأصل، فجعل البيع[١١] كأن لم يكن[١٢] غاية[١٣] الأمر[١٤] أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبًا شرعًا بالقضاء، ومعنى القضاء بالإقرار أنه[١٥] أنكر الإقرار، فأثبت بالبينة، وهذا بخلاف[١٦] الوكيل بالبيع إذا رُد[١٧] عليه بعيب بالبينة حيث

---

(١) وهو أن يكون فى المائة أكثر من ثلاثة. (ك)

(٢) فى الكل.

(٣) قوله: "ويرجع بكل الثمن" عند أبى حنيفة لجمعه فى العقد بين ماله قيمة وبين ما لا قيمة له، وعندهما يصح العقد فيما كان صحيحًا، وهو الأصح، وقيل يفسد العقد فى الكل إجماعًا، لأن الثمن لم يفصل. (كفاية)

(٤) فى البيع.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى بعد القبض، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز.

(٧) الرد.

(٨) قوله: "بإقرار" ومعنى القضاء بالإقرار أن الخصم أى المشترى الثانى ادعى على المشترى الأول الإقرار بالعيب، والمشترى الأول أنكره، فأثبته الخصم بالبينة، وإنما احتيج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره، لا يكون الرد محتاجا إلى القضاء بل يرد عليه بإقراره بالعيب، وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه، لأنه إقالة. أو ببينة: قامت عليه عند القاضى من جهة المشترى الثانى لما أنكر المشترى الأول قبوله بالرد. أو بإباء يمين: يعنى لما عجز المشترى الثانى عن إقامة البينة، وتوجه على المشترى الأول باليمين، فأبى عن اليمين، وحكم القاضى عليه بالنكول، كذا قيل. (ملخص الحواشى)

(٩) أى للمشترى الأول.

(١٠) قوله: "لأنه فسخ" فإن قلت: إن المبيع لو كان عقارًا لا يبطل حق الشفيع فى الشفعة، وإن كان الرد بالعيب بالبينة، ولو كان فسخًا من الأصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الأصل. قلنا: إن حق الشفيع كان ثابتًا قبل الرد، وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى. (ك)

قوله: "لأنه" أى لأن الرد على المشترى الأول فسخ للبيع الثانى.

(١١) الثانى.

(١٢) والبيع الأول قائم، فله الرد بالعيب. (عناية)

(١٣) قوله: "غاية الأمر إلخ" هذا جواب سؤال، بأن يقال لما أنكر البائع الثانى العيب، فكيف يصح رده على بائعه بالعيب الذى أنكره، إذ ذاك مناقضة منه، فأجاب عنه بأنه ارتفعت المناقضة لما كذبه الشارع فيه فى إنكاره، وفيه خلاف محمد. (ك)

(١٤) أى غاية أمر المشترى.

(١٥) المشترى الأول.

(١٦) قوله: "بخلاف الوكيل إلخ" متعلق بمحذوف تقديره، والبيع الأول قائم بنفسه، فلم ينفسخ بانفساخ الثانى، بخلاف الوكيل إلخ. (نهاية)

يكون[1] ردًا على المولى، لأن البيع هناك[2] واحد[3]، والموجود ههنا[4] بيعان، فبفسخ الثاني لا ينفسخ الأول[5].

وإن قبل[6] بغير قضاء القاضي ليس[7] له أن يرده، لأنه[8] بيع جديد في حق ثالث وإن[9] كان فسخًا في حقهما[10]، والأول[11] ثالثهما[12]. وفي "الجامع الصغير": وإن رد عليه[13] بإقراره بغير قضاء بعيب[14] لا يحدث مثله لم يكن له[15] أن يخاصم الذي باعه، وبهذا[16] يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله[17]، وفيما لا يحدث سواء[18]، وفي بعض[19] روايات البيوع[20] أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول.

---

(١٧) المبيع.

(١) هذا الرد.

(٢) أي في فصل الوكيل.

(٣) فإذا فسخ الفسخ في حق الموكل. (ك)

(٤) أي في بيع المشتري.

(٥) قوله: "لا ينفسخ الأول" ولهذا لا يكون الرد على المشتري الأول ردًا على بائعه. (عيني)

(٦) أي المشتري الأول الرد.

(٧) قوله: ليس له إلخ" لأن الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما إذ لا ولاية لهما على غيرهما، بخلاف القاضي لأن له ولاية عامة. (زيلعي)

(٨) قوله: "لأنه بيع [أي لأن هذا الرد]" لأنه لا ولاية لهما على الرد بعد القبض. (زيلعي)

(٩) الواو وصلية.

(١٠) المشتريين.

(١١) أي البائع الأول.

(١٢) المشتريين.

(١٣) المشتري الأول.

(١٤) كالإصبع الزائدة أو الناقصة.

(١٥) المشتري الأول.

(١٦) أي بمسألة "الجامع الصغير".

(١٧) كالقروح والأمراض. (نهاية)

(١٨) قوله: "سواء" وذلك لأنه لا يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله مع التيقن بوجوده عند البائع الأول، فكان أولى أن لا يتمكن من الرد فيما حدث مثله مع احتمال أنه حدث عند المشتري. (عيني)

(١٩) قوله: "وفي بعض الروايات إلخ" والصحيح رواية "الجامع الصغير"، لأن الرد بغير قضاء يعتمد التراضي، فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما، وهو البائع الأول، فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه. (ع)

(٢٠) أي بيوع الأصل.

قال[١]: ومن اشترى عبدًا فقبضه فادعى عيبًا لم يجبر على دفع الثمن[٢] حتى يحلف البائع، أو يقيم المشترى البينة[٣]؛ لأنه[٤] أنكر[٥] وجوب دفع الثمن حيث[٦] أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع، ولأنه لو قضى[٧] بالدفع[٨]، فلعله يظهر العيب[٩]، فينتقض القضاء، فلا يقضى به[١٠] صونًا لقضاءه[١١]، فإن قال المشترى[١٢]: شهودى بالشام[١٣] استحلف

---

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) من القاضى.

(٣) قوله: "أو يقيم المشترى البينة إلخ" قال فى "الفوائد الظهيرية": وفى هذا التركيب نظر، لأنه جعل أحد الأمرين أى حلف البائع وإقامة المشترى البينة غاية لنفى الإجبار على أداء الثمن، فيلزم أن يكون نفى الإجبار منتهيا على إقامة البينة، فإن أقام البينة على العيب يجبر على دفع الثمن، وهذا باطل، فإنه يرد المبيع عند إقامة البينة، فكيف يجبر على دفع الثمن حينئذٍ، وقد تكلف من نظر فى الهداية، والجامع الصغير لإصلاح هذه العبارة.وأنا أبين صلاحها بوجوه:

الأول: أن الكلام يتضمن لفظا عاما يندرج فيه الغايتان، وتقدير العبارة، هكذا لم يجبر على دفع الثمن، حتى يظهر وجه حكم الإجبار عند حلف البائع، أو عدم الإجبار عند إقامة البينة، كذا نقل فى "العناية".

والثانى ما اختاره صاحب "النهاية"، وهو أن قوله: أو يقيم المشترى إلخ معطوف على لم يجبر، وليس بمعطوف على قوله: يحلف البائع، فيستقيم المعنى.

والثالث: أن الانتظار يستلزم عدم الإجبار، فمعنى قوله: لم يجبر إلخ ينتظر من قبيل ذكر اللازم وإرادة الملزوم، أى ينتظر حتى يحلف البائع أو يقيم إلخ، فإن حلف البائع يجبر بدفع الثمن، وإن أقام بينة يرد بالعيب.

والرابع: أن كلمة أو بمعنى إلا، وهذا استثناء من الحلف، أى لم يجبر حتى يحلف البائع إلا أن يقيم المشترى إلخ، فيستمر حينئذٍ عدم الإجبار، كذا قيل.

والخامس: أن هذا الكلام من قبيل اللف والنشر التقديرى، تقديره لم يجبر المشترى على دفع الثمن، ولا يكون للمشترى حق الرد على البائع حتى يحلف البائع، أو يقيم المشترى بينة.

والسادس: أن هذا من قبيل التعليق بالمحال، يعنى إذا استقام أن يجبر على دفع الثمن فيما إذا أقام المشترى بينة على العيب جاز الجبر، وقد علم أنه لا يستقيم، فلا يجبر، وهذا نظير ما قال بعض شراح "المشكاة" فى قوله عليه السلام: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك»، فافهم. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٤) قوله: "لأنه أنكر إلخ" فإن قيل: فى هذا التعليل فساد الوضع، لأن صفة الإنكار تقتضى إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة بالحديث، والجواب: أن الاعتبار بالمعنى لا بالصورة، وهو فيه مدع يدعى ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن أولا وإن كان فى الصورة منكر. (عناية)

(٥) على نفسه.

(٦) قوله: "حيث أنكر إلخ" لأن حق المشترى فى المسلم لا فى المعيب، ووجوب دفع الثمن أولا إنما هو ليتعين حق البائع بإزاء تعين المبيع، فحيث أنكر تعين حقه فى المبيع، فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولا، وفى إنكار العلة إنكار المعلول.(ب)

(٧) القاضى.

(٨) أى بدفع الثمن.

(٩) قوله: "فلعله يظهر العيب إلخ" فإن قيل: ما ادعاه المشترى من العيب موهوم فلا يعارض المتحقق، وهو وجوب تسليم الثمن. قلنا: فيه صيانة القضاء عن النقض. (كفاية)

(١٠) أى بالدفع.

البائع، ودفع الثمن، يعني إذا حلف[١]، ولا ينتظر حضور الشهود، لأن في الانتظار ضرراً بالبائع، وليس[٢] في الدفع كثير ضرر به، لأنه على حجته[٣]، أما إذا نكل[٤] ألزم العيب، لأنه حجة فيه[٥].

قال[٦]: ومن اشترى[٧] عبداً فادعى[٨] إباقًا لم يحلف البائع حتى يقيم المشترى البينة أنه أبق عنده، والمراد[٩] التحليف على أنه لم يأبق عنده، لأن القول وإن[١٠] كان قوله[١١] ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب[١٢] به[١٣] في يد المشترى، ومعرفته[١٤]

---

(١١) عن النقض.

(١٢) حين مطالبة الشهود.

(١٣) والمراد به مدة السفر إلى ثلاثة أيام ولياليها.

(١) قوله: "إذا حلف" يعني إذا حلف بأن قال: بالله لقد سلمته إليك بحكم البيع، وما به هذا العيب. (عيني)

(٢) قوله: "وليس في الدفع كثير ضرر إلخ" فيه بحث، فإن في بقاء المشترى على حجته بطلان قضاء القاضي، وقد تقدم بطلانه، والجواب أن القاضي ههنا قد قضى ههنا بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقًا، فلا يلزم البطلان. (عناية)

(٣) قوله: "لأنه على حجته" لأنه لو حضر شهوده كان بسبيل من إقامة البينة ورد المبيع على البائع، واسترداد الثمن. (ك)

(٤) حين طلب المشترى الحلف.

(٥) قوله: "لأنه حجة فيه" أي في ثبوت العيب، بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول فيها حجة، ولهذا لم يحلف فيها.

(٦) أي محمد. (عيني)

(٧) قوله: "ومن اشترى إلخ" إذا ادعى المشترى إباق العبد المشترى، وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشترى حتى يثبت وجود العيب عنده، فإن أقام بينة أنه أبق عنده، يسمع دعواه، ويقال للبائع: هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشترى، فإن قال: نعم، رده عليه وإن أنكر وجوده عنده سأل القاضي المشترى ألك بينة، فإن أقامها عليه رده، وإن لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف أنه لم يأبق عنده. (عناية)

(٨) قوله: "فادعى إباقًا" أي جاء المشترى بالعبد إلى البائع، وقال: بعتني آبقًا، وإنما وضع المسألة في الإباق لأن العيب إذا كان ظاهراً، وهو مما لا يحدث مثله، كالإصبع الزائدة والناقصة، فإن القاضي يقضي بالرد من غير تحليف إذا طلب المشترى، لأنا تيقنا بوجوده عند البائع. أو باطنًا لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال يرجع إلى قول الأطباء في حق سماع الدعوى، وتوجه الخصومة. أو عيبًا تطلع عليه النساء كالقرن والرتق يرجع إلى قول النساء في توجه الخصومة، فلا يتأتى في هذه المواضع تحليف البائع على قيام العيب في يد المشترى في الحال، ولا يحتاج المشترى إلى إقامة البينة على قيامه في الحال، وإنما يثبت بالبينة مالا يعرف إلا بالتجربة كالإباق، والسرقة، والبول في الفراش، والجنون. (ك)

(٩) أي بالتحليف في قوله: لم يحلف إلخ.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) لكونه منكراً. (عناية)

(١٢) قوله: "إنما يعتبر [لأن السلامة أصل، والعيب عارض. ع] إلخ" وفيه بحث وهو: إن سلامة الذمم عن الدين أصل، والشغل به عارض، كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض، فأي فرق بين ما نحن فيه، وبين ما إذا ادعى على الآخر دينًا، وأنكر المدعى عليه ذلك فإن القاضي يسمع دعواه، ويأمر الخصم بالجواب وإن لم يثبت قيام الدين بالحال. وأجيب: بأن قيام الدين في الحال لو كان شرطًا لاستماع الخصومة لم يبق سبيل المدعى إلى إحياء حقه، لأنه ربما لا

بالحجة. فإذا أقامها حلّف بالله تعالى[(١)] لقد باعه، وسلّمه إليه، وما أبق عنده قط، كذا قال في الكتاب[(٢)]، وإن شاء حلفه[(٣)] بالله ما له[(٤)] حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى، أو بالله ما أبق عندك قط، أما لا يحلفه[(٥)] بالله لقد باعه وما[(٦)] به هذا العيب، ولا بالله لقد باعه، وسلّمه وما[(٧)] به هذا العيب، لأن فيه ترك النظر للمشترى، لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم، وهو[(٨)] موجب للرد، والأول[(٩)] ذهول عنه، والثانى[(١٠)] يوهم تعلقه[(١١)] بالشرطين[(١٢)]، فيتأوله[(١٣)] في اليمين

يكون له بينة أو كانت له بينة، لكنه لا يقدر على إقامتها بموت أو غيبة، بخلاف ما نحن فيه، لأن توسل المشترى إلى إحياء حقه ممكن، لأن العيب إذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن إثباته بالتعرف عن آثاره، وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء والقوابل. (عناية)

(١٣) أى بالعبد.

(١٤) أى معرفة قيام العيب به في يد المشترى.

(١) قوله: "حلّف بالله إلخ" فإن قيل: الإباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات، والجواب: أنه استحلاف على فعل نفسه في المعنى، وهو تسليم المعقود عليه سليماً كما التزم. (ع)

(٢) قوله: "في الكتاب" أى "المبسوط"، وقيل: المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير. (عناية)

(٣) أى القاضى.

(٤) قوله: "ما له إلخ" أى ليس للمشترى حق الرد، عليك أيها البائع بالسبب الذى يدعيه المشترى "أو بالله" أى أو حلفه بالله "ما أبق عندك قط" يعنى أو حلفه القاضى بهذا الوجه، فيقول البائع: بالله ما أبق قط، وإنما قال: عندك لأن القاضى يخاطب البائع كذلك، فإذا حلف أضاف إلى نفسه. (عينى)

(٥) القاضى.

(٦) الواو حالية.

(٧) الواو حالية.

(٨) أى العيب.

(٩) قوله: "والأول" أى التحليف بقوله: بالله لقد باعه وما به هذا العيب غفلة عن حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم، فإذا حلف البائع على العيب بهذا الوجه يتضرر المشترى، لأن البائع صادق في حلفه، فلا يحلفه. (عينى)

(١٠) قوله: "والثانى" وهو قوله: لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب، يوهم تعلقه بالشرطين، لأنه حينئذٍ يتعلق الحنث به، فإذا كان وقت التسليم، ولم يكن وقت البيع لا يحنث، فيدفع الرد بهذا التأويل، فيتضرر به المشترى.

والأصح أن البائع لا يبر في يمينه إلا إذا لم يكن العيب موجوداً في البيع، والتسليم أصلا، لأنه ينفى العيب عند البيع، وعند التسليم، فيحنث إذا كان متعيبا في أحدهما، وفي قوله: يوهم إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه، هذه ليس بصحيح. كذا في "الكفاية". ولقائل أن يقول: في عبارة المصنف تسامح، لأنه قال: أما لا يحلفه إلخ، وعلله: بأنه يوهم إلخ، وقالوا: إنما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح، فإذا لم يكن التأويل صحيحاً كان التحليف به جائزاً، وهو يناقض قوله: لا يحلف إلا إذا حمل النفى على الوجه الأحوط، فيستقيم، كذا في "العناية". (مل)

(١١) أى تعلق عدم العيب.

(١٢) بيع وتسليم.

(١٣) قوله: "فيتأوله [البائع]" اعلم أن ما ذكره القدورى مقيد بقيود، والأول: عدم نفى المشترى الأول بعد الرد

عند قيامه[١] وقت التسليم دون البيع، ولو لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده، وأراد تحليف البائع بالله ما نعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما، واختلف[٢] المشايخ على قول أبى حنيفة. لهما: أن الدعوى[٣] معتبرة حتى يترتب عليها البينة، فكذا يترتب التحليف، وله على ما قاله البعض[٤]: إن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، وليست تصح إلا من خصم، ولا يصير[٥] خصمًا فيه[٦] إلا بعد قيام العيب[٧]، وإذا نكل[٨] عن اليمين[٩] عندهما يحلف[١٠] ثانيًا للرد على الوجه الذى[١١] قدمناه[١٢]، قال رضى الله عنه[١٣]: إذا كان الدعوى فى إباق الكبير يحلف[١٤] ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال، لأن الإباق فى الصغر لا يوجب[١٥] رده بعد

عليه بالعيب، فإنه لو قال بعد الرد عليه ليس به عيب لا يرده على البيع الأول، كذا فى "الفتح".

والثانى: عدم حدوث العيب الآخر عند المشترى الأول، فإنه لو كان كذلك، فلا يرده على بائعه، بل يرجع عليه بنقصان القديم، كذا فى "الدر المختار".

والثالث: وقوع بيع المشترى الأول قبل اطلاعه على العيب، كذا فى "البحر".

والرابع: وقوع بيع المشترى الأول بعد قبضه، فإن البيع قبل القبض لا يجوز.

والخامس: ادعاء المشترى الثانى على المشترى الأول أن العيب كان فى يد البائع الأول. (السقاية)

قوله: "فيتأوله" تأول الكلام بمعنى أول الكلام ست اى بدان كردانچه كلام بران باز ميگردد. (من)

(١) العيب.

(٢) وهو المذكور فى النوادر، وذكره الطحاوى وهو اختيار المصنف، وقيل: لا خلاف فى هذه المسألة. (ع)

(٣) أى دعوى المشترى.

(٤) من عدم التحليف.

(٥) قوله: "ولا يصير [المشترى] إلخ" ولا نسلم أن كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف، فإن دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف، والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل تقوم على ما لا دعوى فيه أصلا، كما فى الحدود، بخلاف التحليف، والفرق: أن التحليف شرع لقطع الخصومة، فكان مقتضيًا سابقة الخصم، ولا يكون المشترى ههنا خصمًا إلا بعد إثبات قيام العيب فى يده، ولم يثبت كما تقدم، وأما البينة فمشروعة لإثبات كونه خصمًا. (ع)

(٦) أى فيما ذكرنا.

(٧) بالحجة الشرعية، وقد عجز عنها. (ع)

(٨) البائع.

(٩) بأنا ما نعلم أنه أبق عنده.

(١٠) قوله: "يحلّف ثانيًا" فإن حلف برئ، وإن نكل يثبت العيب عند البائع، فيرد عليه. (عينى)

(١١) أى على البتات بالله لقد باعه وسلمه إلخ. (ك)

(١٢) من قوله: بالله ما له حق الرد إلخ.

(١٣) أى المصنف. (عينى)

(١٤) البائع.

(١٥) قوله: "لا يوجب إلخ" فلو حلف مطلقًا كان ترك النظر فى حق البائع، لأنه إذا أبق فى يد المشترى بعد البلوغ،

ج5
6
B

البلوغ. قال: ومن اشترى جارية، وتقابضا[١] فوجدبها عيبا، فقال البائع[٢]: بعتك هذه، وأخرى معها، وقال المشترى: بعتنيها وحدها، فالقول قول المشترى، لأن الاختلاف فى مقدار المقبوض، فيكون[٣] القول للقابض[٤] كما فى الغصب[٥]، وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع، واختلفا[٦] في المقبوض[٧] لما بينا[٨].

قال[٩]: ومن اشترى عبدين صفقة واحدة، فقبض أحدهما[١٠]، ووجد بالآخر عيبًا، فإنه يأخذهما[١١]، أو يدعهما؛ لأن الصفقة تتم بقبضهما[١٢]، فيكون تفريقها[١٣] قبل التمام، وقد ذكرناه[١٤]، وهذا[١٥] لأن القبض له شبه[١٦] بالعقد، فالتفريق فيه كالتفريق[١٧] فى العقد. ولو وجد بالمقبوض عيبًا[١٨] اختلفوا فيه، ويروى

وقد كان أبق فى يد البائع فى الصغر، ومثل هذا الإباق غير موجب للرد، فيمتنع البائع عن الحلف حذرًا عن اليمين الكاذبة، فيقضى عليه برد العبد بسبب نكوله مع أنه ليس للمشترى ولاية الرد، فيتضرر. (نهاية)

(١) قوله: "وتقابضا" أى قبض البائع الثمن والمشترى الجارية.

(٢) قوله: "فقال البائع إلخ" فائدة دعوى البائع أنه جر بنفع تنقيص الثمن على تقدير الرد، ولهذا قال: وتقابضا. (درر)

(٣) لأنه أعرف بما قبضه. (ع)

(٤) أمينًا كان أو ضمينًا.

(٥) قوله: "كما فى الغصب" فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه، فقال المغصوب منه: غصبت منى غلامين، وقال الغاصب: غصبت غلامًا واحدًا، فالقول قول الغاصب، لأنه القابض. (عينى)

(٦) قوله: "واختلفا إلخ" بأن كان المبيع جاريتين، فاختلفا، فقال البائع: قبضتهما، وقال المشترى: ما قبضت إلا أحدهما، فالقول للمشترى. (عينى)

(٧) أى فى مقدار المقبوض. (ك)

(٨) قوله: "لما بينا" من أن فى الاختلاف فى مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا أولى، لأن كون المبيع شيئين أمارة ظاهرة على أن المقبوض كذلك، لأن العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما. (ع)

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) وهو سليم.

(١١) أى ليس له أن يرد المعيب خاصةً. (عناية)

(١٢) أى رد أحدهما ههنا.

(١٣) وهو ممنوع.

(١٤) قوله: "وقد ذكرناه" إشارة إلى قوله قبيل باب خيار العيب أن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض، وإن كانت لا تتم قبله. (ك)

(١٥) أى أن التفريق فى القبض لا يجوز. (ع)

(١٦) قوله: "له شبه إلخ" من حيث إن القبض يثبت ملك التصرف، وملك اليد كما أن العقد يثبت ملك الرقبة، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد. (ع)

(١٧) قوله: "كالتفريق إلخ" فلو قال بعت منك هذين العبدين، فقال: قبلت أحدهما لم يصح، فكذا هذا. (عينى)

(١٨) فيما إذا اشترى عبدين، فقبض أحدهما.

عن أبي يوسف أنه يرده[١] خاصةً، والأصح أنه يأخذهما، أو يردهما، لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع، وهو اسم للكل[٢]، فصار[٣] كحبس المبيع[٤] لما تعلق[٥] زواله باستيفاء الثمن لا يزول[٦] دون قبض جميعه[٧]، ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا يرده خاصةً[٨] خلافًا لزفر[٩]، هو يقول: فيه تفريق الصفقة، ولا يعرى عن ضرر لأن العادة[١٠] جرت[١١] بضم الجيد إلى الرديء، فأشبه[١٢] ما قبل القبض، وخيار الرؤية، والشرط[١٣].

ولنا: أنه[١٤] تفريق الصفقة[١٥] بعد التمام[١٦]، لأن بالقبض تتم الصفقة[١٧] في خيار العيب، وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم[١٨] به على ما مر[١٩]، ولهذا[٢٠]

---

(١) قوله: "أن يرده" وجهه أن الصفقة تامة في حق المقبوض، فبالنظر إليه لا يلزم تفريق الصفقة. (ع)

(٢) أي لكل ما وقع عليه العقد، فما لم يقبض الكل لا يتم الصفقة. (ك)

(٣) أي تمام الصفقة.

(٤) أي لأجل الثمن.

(٥) قوله: "لما تعلق إلخ" فكذا ههنا لما تعلق تمام الصفقة بالقبض وجب أن يتعلق بقبض الكل لا ببعضه اعتباراً لجانب المبيع بجانب الثمن. (نهاية)

(٦) أي حق الحبس.

(٧) الثمن.

(٨) قوله: "يرده خاصة" قيل هذا في شيئين يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين، أما إذا لم يكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فإنه يردهما أو يمسكهما، حتى قال مشايخنا: إذا اشترى زوجي ثور، فقبضهما فوجد بأحدهما عيبًا وقد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك الرد المعيب خاصة. (ك)

(٩) فإن عنده ليس إلا أن يردهما.

(١٠) قوله: "لأن العادة جرت إلخ" فإذا جاز رد أحدهما دون الآخر يفوت غرض البائع، وفيه ضرر. (مل)

(١١) بين التجار لرواج الرديء.

(١٢) قوله: "فأشبه ما قبل القبض [بجامع دفع الضرر]" بأن اشترى عبدين ولم يقبضهما، إن شاء أخذهما وإن شاء ردهما حين وجدان العيب، ولا يرد أحدهما. (مل)

(١٣) فإن الصفقة لا تتم فيهما بعد القبض أيضاً، فكذا ههنا.

(١٤) قوله: "أنه تفريق [الرد] إلخ" وتضرر البائع إنما لزم من تدليسه، فلا يلزم المشترى. لا يقال: لو كان كذلك لزم التمكين من رد المعيب قبل قبضهما أيضاً لوجود التدليس منه، لأنه يستلزم التفريق قبل التمام، وأنه لا يجوز. (ع)

(١٥) وهو جائز.

(١٦) أي بعد تمام الصفقة.

(١٧) فيرد المعيب خاصة.

(١٨) لأن تمام الصفقة يتعلق بتمام الرضا، ولم يوجد.

(١٩) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما ذكر في خيار الرؤية بقوله: لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، وما ذكره بعد بخطوط بخلاف خيار العيب، لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كان لا تتم قبله. (ك)

لو استحق[1] أحدهما ليس له أن يرد الآخر.

قال: ومن اشترى شيئاً[2] مما يكال[3] أو يوزن[4]، فوجد ببعضه عيباً رده كله، أو أخذه كله، ومراده[5] بعد القبض[6] لأن المكيل إذا كان من جنس واحد[7] فهو كشيء واحد[8]، ألا ترى أنه يسمّى باسم واحد وهو الكر[9] ونحوه[10]، وقيل: هذا[11] إذا كان في وعاء واحد، وإن كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد[12] الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر.

ولو استحق بعضه[13] فلا خيار له[14] في رد ما بقي؛ لأنه لا يضره[15]

*(٢٠) قوله: "ولهذا" أي ولأن الصفقة تتم بعد القبض، ولا تتم قبله لو استحق أحد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري أن يرد الآخر بل العقد قد لزم فيه، لأنه تفريق بعد التمام، ولو استحق أحدهما قبل القبض له أن يرد الآخر لتفرق الصفقة فيه قبل التمام. كذا في "الكفاية" و "العناية". (مل)

(١) معنى الاستحقاق في العبد أن يكون عبداً لشخص آخر غير البائع. (س)

(٢) إذا كان من نوع واحد. (زيلعي)

(٣) كالحنطة.

(٤) كالحديد.

(٥) أي محمد، لأن المسألة من "الجامع". (عيني)

(٦) قوله: "بعد القبض" لأنه إذا كان قبل القبض لا يتفاوت الحكم عندنا بين المكيل والموزون وغيرهما في أنه لا يجوز تفريق الصفقة برد المعيب خاصة، وأما إذا كان بعد القبض فيجوز تفريق الصفقة فيما عدا المكيل والموزون، وأما فيهما فلا يجوز. (عيني)

(٧) وإذا كان من جنسين كالحنطة والشعير فللمشتري أن يرد المعيب.

(٨) قوله: "فهو كشيء واحد" لأن المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع، فالحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح بيعها، وإذا كانت المالية والقابلية للبيع بالاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد، وفي الشيء الواحد إذا وجد بعينه معيباً ليس إلا رد الكل أو إمساكه، لأن رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري، وهما في الأعيان المجتمعة عيب، فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد، وليس له ذلك، كذا في "الكفاية" و "العناية". (مل)

(٩) قوله: "وهو الكر" اعلم أن الكر ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف، وفي الجامع الصغير الحسامي: الكر اسم لأربعين قفيزاً. (عيني)

(١٠) كالوسق، وهو ستون صاعاً.

(١١) أي أخذ الكل، أو رد الكل.

(١٢) قوله: "حتى يرد إلخ" وكان الفقيه أبو جعفر يفتي به، ويزعم أنه رواية عن أصحابنا، وقالوا: لا فرق بين ما إذا كان في وعاء واحد أو أوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب، وإطلاق محمد في الكتاب يدل عليه، وبه كان يقول شمس الأئمة السرخسي. (ك)

(١٣) أي بعض ما يؤكل أو يوزن بعد القبض. (عيني)

(١٤) المشتري.

(١٥) قوله: "لا يضره [المشتري] التبعيض" وهذا هو الجواب عن أن يقال: إذا كان المكيل والموزون كشيء واحد يجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق بعضه، كما في الثوب الواحد والعبد الواحد. (نهاية)

التبعيض[١]، والاستحقاق[٢] لا يمنع تمام الصفقة، لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك[٣]، وهذا[٤] إذا كان بعد القبض، أما لو كان ذلك[٥] قبل القبض له[٦] أن يرد الباقي[٧] لتفرق الصفقة قبل التمام[٨]، وإن كان ثوبًا[٩] فله الخيار؛ لأن التشقيص[١٠] فيه[١١] عيب، وقد كان[١٢] وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق، بخلاف[١٣] المكيل والموزون. ومن اشترى جارية، فوجد بها قرحًا[١٤]، فداواها[١٥]، أو كانت[١٦] دابة فركبها في حاجته فهو رضا، لأن ذلك[١٧] دليل قصده الاستبقاء[١٨]، بخلاف خيار الشرط، لأن الخيار هناك[١٩] للاختبار[٢٠]، وأنه بالاستعمال، فلا يكون الركوب

---

(١) والشركة في المكيلات والموزونات لا تعد عيبًا. (عيني)

(٢) قوله: "والاستحقاق إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: أن يقال: انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام، لأن تمامها بالرضا، والمستحق لم يكن راضيًا، وتوجيه الجواب: أن الاستحقاق لا يمنع تمامها، لأنه برضا العاقد لا المالك، لأن العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه، وبالاستحقاق لا ينتفي ذلك. (چلپي)

(٣) المستحق.

(٤) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد.

(٥) استحقاق.

(٦) المشتري.

(٧) على البائع.

(٨) قوله: "قبل التمام" لأن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقدين، وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها. (عيني)

(٩) قوله: "وإن كان إلخ" يعني إذا كان المبيع ثوبًا، وقد قبضه المشتري، ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي، لأن التشقيص في الثوب عيب، لأنه يضر في ماليته، والانتفاع به، وإنما قلنا: وقد قبضه، لأنه لو ظهر الاستحقاق قبل القبض كان الثوب وغيره سواء في ثبوت الخيار في رد ما بقي، وإنما قلنا: ثم استحق بعض الثوب، لأن هذه المسألة مبنية على قوله: ولو استحق بعضه، كذا في "النهاية". (مل)

(١٠) أي التبعيض.

(١١) الثوب.

(١٢) قوله: "وقد كان [أي عيب الشركة] إلخ" جواب عما يقال: إنه حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري، ومثله يمنع الرد بالعيب، وتقرير الجواب: أنه ليس بحادث في يد المشتري بل كان في يد البائع وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق، فلا يكون مانعًا. (ع)

(١٣) فإن التبعيض ليس بعيب فيهما، فلا يضر. (عناية)

(١٤) ايش قرحة يكى. (من)

(١٥) المشتري.

(١٦) المشتراة.

(١٧) أي كل واحد من المداوات والركوب للحاجة.

(١٨) وإمساك العين.

(١٩) أي في خيار الشرط.

مسقطًا[١]. وإن ركبها[٢] ليردها على بائعه، أو ليسقيها، أو ليشترى لها علفًا[٣]، فليس برضا[٤]، أما الركوب[٥] للرد فلأنه[٦] سبب الرد، والجواب[٧] فى السقى واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدًا منه[٨]، إما لصعوبتها[٩]، أو لعجزه[١٠]، أو لكون العلف[١١] فى عدل[١٢] واحد، وأما إذا كان يجد بدًا منه[١٣] لانعدام[١٤] ما ذكرناه يكون[١٥] رضا.

قال: ومن اشترى عبدًا قد سرق، ولم يعلم به[١٦] فقطع عند المشترى له أن يرده[١٧]، ويأخذ الثمن[١٨] عند أبى حنيفة، وقالا: يرجع بما بين[١٩] قيمته سارقًا[٢٠]

(٢٠) قوله: "للاختبار [آزمودن]" يعنى أن خيار الشرط إنما شرع للاختبار والركوب مرة يحتاج إليه لذلك، فلو جعل اختيارًا للملك لفات فائدة خيار الشرط، أما خيار العيب إنما شرع ليحصل إلى رأس ماله عند عجزه عن الوصول إلى الجزء الفائت، فيندفع الضرر، فلم يكن هذا التصرف فى خيار العيب محتاجًا إليه، وأنه تصرف لا يحل بدون الملك، فجعل دليل الرضا. (ك)

(١) للخيار.

(٢) قوله: "وإن ركبها ليردها إلخ" وإن اختلفا فقال البائع: ركبتها لحاجتك، وقال المشترى: لا، بل لردها عليك فالقول للمشترى. (نهاية)

(٣) محركه خورش ستورد جز آن. (من)

(٤) بالعيب.

(٥) قوله: "أما الركوب إلخ" ولا فرق فيه بين أن يكون له منه بد أو لا، لأن فى الركوب ضبط الدابة، وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر. (ع)

(٦) قوله: "فلأنه سبب الرد" فيكون مفضيًا إليه ومقررًا له، ولا كذلك الركوب، للسقى واشتراء العلف. (ك)

(٧) أى حكم المتن.

(٨) ركوب.

(٩) فى "الصحاح": الصعب نقيض الذلول. (نهاية)

(١٠) عن المشى لضعف أو كبر.

(١١) ولو كان فى عدلين فحمل العلف بدون الركوب. (ن)

(١٢) باريک طرف كه بر پشت ستور نهند. (غث).

(١٣) ركوب.

(١٤) قوله: "لانعدام" أى لانعدام الأولين، وكون العلف فى عدلين. (ع)

(١٥) الركوب.

(١٦) أى بسرقته لا وقت الشراء ولا وقت القبض. (ن)

(١٧) وإن شاء أمسكه ويرجع بنصف الثمن، فإن اليد من الآدمى نصفه.

(١٨) كله.

(١٩) قوله: "بما بين إلخ" أى بقدر واقع بين قيمة العبد حال كونه سارقًا تنتهى تلك القيمة إلى غير سارق، بأن يقوم سارقًا وغير سارق، فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن، كذا قال العينى. (مل)

إلى غير سارق، وعلى هذا الخلاف[١] إذا قتل بسبب وجد في يد البائع[٢]، والحاصل[٣] أنه بمنزلة الاستحقاق عنده، وبمنزلة[٤] العيب عندهما. لهما: أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل، وأنه لا ينافي المالية[٥]، فنفذ العقد فيه[٦]، لكنه[٧] متعيب، فيرجع بنقصانه[٨] عند تعذر رده[٩]، وصار كما إذا اشترى[١٠] جارية حاملا، فماتت في يده[١١] بالولادة فإنه يرجع[١٢] بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل، وله: أن سبب الوجوب[١٣] في يد البائع، والوجوب يفضي إلى الوجود[١٤]، فيكون الوجود مضافًا[١٥] إلى السبب السابق[١٦]، وصار كما إذا قتل[١٧] المغصوب، أو قطع[١٨] بعد الرد[١٩] بجناية وجدت في يد الغاصب، وما

(٢٠) منسوبة.

(١) بين الإمام وصاحبيه.

(٢) قوله: "بسبب وجد [كالقتل العمد والردة. ك] إلخ" صورته: اشترى عبداً مباح الدم لقود، أو ردة، أو قطع طريق، فقتل عند المشتري يرجع على البائع بكل الثمن عند أبي حنيفة، وعندهما يقوم مباح الدم ومعصوم الدم، فيرجع بفضل ما بينهما. (عيني)

(٣) قوله: "والحاصل [أي حاصل المسألة المذكورة]" أنه أي استحقاق القطع، أو كونه مباح الدم بمنزلة الاستحقاق عنده، فإذا ظهر مستحق يرجع بكل الثمن، فكذلك ههنا، وبمنزلة العيب عندهما، فإذا ظهر عيب يرجع بنقصان العيب، بأن يقوم عبداً قد وجب عليه القطع، وعبداً لم يجب عليه القطع، فيرجع بإزاء النقصان من الثمن. (عيني)

(٤) قوله: "بمنزلة العيب" أي العيب الذي كان في يد البائع، واطلع المشتري عليه، وتعذر الرد. (مل)

(٥) ولهذا يجوز بيعه. (ك)

(٦) لأن العقد يعتمد على المالية.

(٧) قوله: "لكنه متعيب" لأن الذي حلت يده أو دمه لا يشترى كالسالم. (ن)

(٨) أي نقصان عيب السرقة لا عيب القطع.

(٩) قوله: "عند تعذر رده" أما تعذر الرد في القتل ظاهر، وأما في القطع فلأنه وجد في يد المشتري، وهو عيب حادث، فلا يرده إلا أن يرضى البائع. (ك)

(١٠) قوله: "كما إذا اشترى جارية إلخ" ولم يعلم بالحمل وقت الشراء ولا وقت القبض. (مل)

(١١) المشتري.

(١٢) ولا يرجع بكل الثمن.

(١٣) أي وجوب القطع والقتل.

(١٤) أي وجود القطع والقتل.

(١٥) قوله: "مضافًا [منسوبًا] إلخ" وهذا لأن السبب الموجود عند البائع أوجب استحقاق الفعل، واستحقاقه أوجب وجوده، ووجوده أوجب فوته، فصار ذلك مضافًا إليه بهذه الوسائط. (ك)

(١٦) فصار كالمستحق.

(١٧) قوله: "كما إذا قتل [العبد] إلخ" يعني إذا غصب عبداً فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمداً، فرده على المولى فاقتص منه في يده، فإن الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب. (ع)

ذكر[١] من المسألة ممنوعة . ولو سرق[٢] في يد البائع، ثم في يد المشترى فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان[٣] كما ذكرنا[٤]، وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث[٥]، ويرجع[٦] بربع الثمن، وإن قبله[٧] البائع فبثلاثة[٨] الأرباع[٩]، لأن اليد من الآدمى نصفه، وقد تلفت[١٠] بالجنايتين[١١]، وفى إحداهما[١٢] الرجوع، فيتنصف . ولو تداولته الأيدى[١٣]، ثم قطع[١٤] في يد الأخير رجع[١٥] الباعة بعضهم على بعض عنده كما فى الاستحقاق[١٦]، وعندهما يرجع الأخير على بائعه[١٧]، ولا

(١٨) يده.

(١٩) إلى مولاه.

(١) قوله: "وما ذكر إلخ" يعنى الجواب عن مسألة الحمل أنها ممنوعة فإن ذلك قولهما، وأما على قول أبى حنيفة فالمشترى يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة، كما هو مذهبه، ولئن سلم فقد ذكر فى "المبسوط": وأما الحامل فهناك السبب الذى كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم بل الغالب عند الولادة السلامة، فسبب الموت هو المرض المتلف، وهو حصل عند المشترى. فإن قيل: يشكل على أصل أبى حنيفة الجارية المغصوبة إذا حبلت فردها الغاصب، وماتت فى نفاسها يرجع على الغاصب بقيمتها. قلنا: الواجب على الغاصب فسخ فعله، وهو أن يرد المغصوبة كما غصبت، ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا، وههنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجبه العقد، وقد وجد ذلك. وعن قولهما سبب القتل لا ينافى المالية أنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل، والقتل متلف للمالية فى هذا المحل، لأنه يستلزمه، فكان بمعنى علة العلة، وهى تقام مقام العلة فى الحكم، فمن هذا الوجه صارت المالية كأنها هى المستحقة، كذا فى "الكفاية" و "العناية". (مل)

(٢) العبد المبيع.

(٣) أى بنقصان السرقة الموجودة عند البائع.

(٤) هو قوله: فيرجع بنقصانه إلخ.

(٥) وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده. (ع)

(٦) قوله: "ويرجع بربع الثمن" لأنها قطعت بالسببين، فيرجع بما يقابل نصف اليد. (ع)

(٧) العبد.

(٨) أى فيرجع بثلاثة إلخ.

(٩) من الثمن.

(١٠) اليد.

(١١) قوله: "بالجنايتين" وهما اللتان كانت إحداهما فى يد البائع والأخرى فى يد المشترى. (مل)

(١٢) قوله: "وفى إحداهما" أى إحدى الجنايتين وهى التى فى يد البائع، "الرجوع" أى رجوع المشترى على البائع، "فيتنصف" أى النصف، فينقسم النصف عليهما نصفين، والنصف الآخر يرجع فيه على البائع لرده العبد عليه. (عينى)

(١٣) أى بعد وجود السرقة من العبد فى يد البائع إذا تداولته الأيدى بالبياعات، ثم قطع يده إلخ. (عناية)

(١٤) قوله: "ثم قطع إلخ" أى بسبب سرقة وجدت فى يد البائع، والباعة جمع بائع كالحاكة جمع حائك. (مل)

(١٥) بالثمن.

(١٦) لأنه بمنزلته.

(١٧) قوله: "يرجع الأخير إلخ" حيث لم يصر حابسًا للمبيع حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فإن البيع يمنع

يرجع بائعه على بائعه، لأنه بمنزلة العيب[١]، وقوله[٢] فى الكتاب[٣]: ولم يعلم المشترى، يفيد على مذهبهما[٤]، لأن العلم بالعيب رضا به، ولا يفيد على قوله[٥] فى الصحيح[٦]، لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع[٧].

قال[٨]: ومن باع عبدًا و شرط البراءة من كل عيب[٩]، فليس له[١٠] أن يرده بعيب، وإن لم يسمِّ العيوب بعددها. وقال الشافعى لا يصح[١١] البراءة[١٢]، بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح. هو يقول: إن فى الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد[١٣]، وتمليك المجهول لا يصح. ولنا[١٤]: أن الجهالة فى الإسقاط لا تفضى إلى المنازعة، وإن[١٥] كان[١٦] فى ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى

الرجوع بنقصان العيب، إذ بالبيع يلزم الحبس. (مل)

(١) ولا رجوع فى العيب.

(٢) محمد.

(٣) أى الجامع الصغير. (ن)

(٤) وهو أن هذا يجرى مجرى العيب عندهما.

(٥) وهو أنه بمنزلة الاستحقاق.

(٦) قوله: "فى الصحيح" وفى الرواية الأخرى لا يرجع، لأن حل الدم كالاستحقاق من وجه، وكالعيب من وجه حتى لا يمنع صحة البيع، فلشبهه بالاستحقاق يرجع عند الجهل، ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم، لأنه إنما جعل كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشترى، وقد اندفع حين علم. (ن)

(٧) قوله: "لأن العلم بالاستحقاق إلخ" قيل: فيه نظر لأنا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع، لكن لا نسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع، وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن، لكنه أجرى مجرى الاستحقاق، ونزل منزلته لا حقيقته، لأن فى حقيقته يبطل البيع، ويرجع بجميع الثمن فى قولهم جميعًا، سواء كان عالمًا بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده، وههنا لا يبطل البيع.

والجواب: أن قوله: وهذا عيب ممنوع، لأنهم صرحوا بأنه بمنزلة العيب، أو أنه عيب من وجه، وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه، وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة، فأجرى مجراه. (عناية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) علمه البائع أو المشترى، أو لم يعلمه.

(١٠) مشترى.

(١١) فالبيع بشرط البراءة عن كل عيب فاسد، وفى رواية البيع صحيح والشرط باطل. (ع)

(١٢) عن كل عيب ما لم يقل عن عيب، كذا وكذا. (ع)

(١٣) قوله: "حتى يرتد إلخ" إى حتى أن رب الدين لو أبرأ المديون من دينه، فرد المديون إبراءه لم يصح الإبراء. (عينى)

(١٤) قوله: "ولنا إلخ" يعنى لنا أن الإبراء إسقاط لا تمليك، لأنه لا يصح تمليك العين بهذا اللفظ، ويصح الإبراء بـ"أسقطت عنك دينى"، والجهالة إلخ. (ع)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) جواب عن قوله: يرتد إلخ.

التسليم[١]، فلا تكون مفسدة، ويدخل في هذه البراءة[٢] العيب الموجود[٣]، والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف، وقال محمد: لا يدخل فيه الحادث[٤]، وهو قول زفر، لأن البراءة تتناول الثابت[٥]، ولأبي يوسف أن الغرض[٦] إلزام العقد[٧] بإسقاط حقه[٨] عن صفة السلامة[٩]، وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث.

باب البيع الفاسد[١٠]

وإذا كان أحد العوضين[١١]، أو كلاهما محرمًا[١٢]، فالبيع فاسد، كالبيع بالميتة، والدم، والخمر، والخنزير، كذا إذا كان غير مملوك كالحر، قال العبد الضعيف: هذه

---

(١) الواجب بالعقد. (عناية)

(٢) قوله: "في هذه البراءة" إنما قال: هذه البراءة احتراز عن البراءة التي شرطها البائع في قوله: بعته على أنه بريء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع، لأنه لما قال: به اقتصر على الموجود. (عيني)

(٣) قوله: "الموجود والحادث [وقت العقد] إلخ" فإن قيل: لو باع بشرط البراءة من كل عيب يحدث يفسد بالإجماع، والذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة. قيل: في "الذخيرة": إذا باع كذلك يصح عند أبي يوسف، خلافًا لمحمد، وفي "المبسوط" لا رواية عن أبي يوسف، وقيل: ذلك صحيح عنده. ولئن سلمنا فظاهر لفظه يتناول الموجود، ثم يدخل ما يحدث قبل القبض تبعًا، وقد يدخل تبعًا ما لا يجوز أن يكون مقصودًا. (نهاية)

(٤) قبل القبض.

(٥) قوله: "تتناول الثابت" أي حال البراءة، لأن ما يحدث مجهول لا يعلم أ يحدث أم لا؟ وأي مقدار يحدث؟ (ع)

(٦) قوله: "أن الغرض إلخ" والجواب عن قول محمد أن ما يحدث مجهول، أن مثله من الجهالة غير مانع في الإسقاط، كما تقدم. (ع)

(٧) من الإبراء.

(٨) المشتري.

(٩) أي سلامة المبيع.

(١٠) قوله: "باب البيع الفاسد" لما فرغ عن بيان نوعي البيع الصحيح، أي اللازم وغير اللازم شرع في بيان الفاسد، ولكون الصحيح أصلا قدمه، وإنما لقب الباب بالفاسد مع أن فيه بيان الباطل، والموقوف، والمكروه أيضًا لكثرة البيع الفاسد بتعدد وقوع أسبابه. والباطل ما لا يصح أصلا ووصفًا، ولا يفيد الملك بوجه حتى لو اشترى عبدًا بميتة، وقبضه، وأعتقه لا يعتق. والفاسد ما يصح أصلا لا وصفًا، وهو يفيد الملك عند اتصال القبض به حتى لو اشترى عبدًا بخمر، وقبضه، فأعتقه يعتق، ألا ترى أن الجوهر إذا تغير وأصفر يقال: فسد، وإن لم يبق صالحًا لشيء يقال: بطل.
والموقوف ما يصح أصلا ووصفًا، ويفيد الملك على سبيل التوقف لتعلق حق الغير، كبيع عبد الغير بغير إذنه.
والمكروه ما يصح أصلا ووصفًا، وقد جاوره منهي عنه كالبيع عند أذان الجمعة، كذا في "الدرر شرح الغرر".
فكل ما أورث خللا في ركنه فهو باطل، وكل ما ليس كذلك بل أورث خللا في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين بالعقد، وكالانتفاع المقصود بالعقد، وكالإطلاق عن شرط لا يقتضيه العقد وغير ذلك فهو فاسد. (عبد الحليم)

(١١) المبيع والثمن، إنما قال: أحد العوضين مع أن الثاني معوض تغليبًا.

(١٢) بنص، أو إجماع.

فصول[١] جمعها[٢]، وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى.

فنقول: البيع[٣] بالميتة[٤] والدم باطل، وكذا بالحر لانعدام ركن البيع، وهو مبادلة[٥] المال بالمال، فإن هذه الأشياء لا تعد مالا[٦] عند أحد[٧]، والبيع بالخمر والخنزير فاسد؛ لوجود حقيقة البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فإنه مال عند البعض[٨]، والباطل لا يفيد ملك التصرف[٩]، ولو هلك المبيع في يد المشترى فيه يكون أمانة[١٠] عند بعض المشايخ[١١]؛ لأن العقد غير معتبر[١٢]، فبقى القبض بإذن المالك[١٣]، وعند البعض[١٤] يكون مضمونًا، لأنه لا يكون[١٥] أدنى حالا من المقبوض[١٦] على سوم الشراء[١٧].

---

(١) مسائل.

(٢) القدورى. (ك)

(٣) قوله: "البيع إلخ" البيع -محلّى باللام- فكان متناولا لجميع البياعات من المسلم والكافر، وبيع المنخنقة والموقوذة جائز عند أهل الكفر وإن كانت ميتة، فإنها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا، ولما بطل عند جعلها ثمنا لأن يبطل بجعلها مبيعًا أولى. (نهاية)

(٤) لغةً: وهى التى ماتت حتف أنفها. (عناية)

(٥) قوله: "مبادلة المال إلخ" أى بطريق الاكتساب لئلا ينقض بالهبة بعوض، فإنه ليس بيع مطلق، حتى لا يملكه المأذون، والأب، والوصى. (نهاية)

(٦) المال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة.

(٧) قوله: "عند أحد" أى ممن له دين سماوى، وهذا لأن صفة المالية للشيء بتمول كل الناس، أو بتمول البعض إياه، والقيمة إنما تثبت بإباحة الانتفاع به شرعًا، وقد تثبت صفة التقوم بدون صفة المالية، فإن حبة من الحنطة ليست بمال، حتى لا يصح بيعها، وإن أبيح الانتفاع بها شرعًا لعدم تمول الناس إياه. (ك)

(٨) قوله: "فإنه مال عند البعض" أى الخنزير مال عند البعض، والخمر مال مطلقًا -أى عندنا أيضًا- أو أراد أن كل واحد منهما مال متقوم عند البعض، أى عند أهل الذمة. (ك)

(٩) ولا ملك الرقبة. (ع)

(١٠) وليس بمضمون.

(١١) أبو نصر أحمد بن على أستاذ خواهر زادة، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة. (ك)

(١٢) لكونه باطلا.

(١٣) فيكون أمانة. (ع)

(١٤) شمس الأئمة السرخسى، هو رواية ابن سماعة عن محمد.

(١٥) قوله: "لا يكون أدنى حالا" بل هو أقوى حالا منه، لأن ثمه لم يوجد صورة الشراء، ولكنه قبض على سوم الشراء، وههنا قبض بعد صورة الشراء، فأولى أن يكون مضمونًا. (مل)

(١٦) وهذا مضمون، فكذا ذلك.

(١٧) قوله: على سوم الشراء [سمت بالسلعة: بها كردم متاع را. من]" وهو أن يسمى الثمن، فيقول: اذهب بهذا، فإن رضيته اشتريته بعشرة، وأما إذا لم يسم الثمن، فهلك عنده لم يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث فى "العيون"، قيل:

وقيل[١]: الأول قول أبي حنيفة، والثاني قولهما[٢]، كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه[٣] إن شاء الله تعالى. والفاسد[٤] يفيد الملك[٥] عند اتصال القبض به، ويكون المبيع مضمونًا[٦] في يد المشتري فيه، وفيه[٧] خلاف الشافعي، وسنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى[٨]، وكذا[٩] بيع الميتة، والدم، والحر باطل؛ لأنها ليست أموالا، فلا تكون محلا للبيع، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير[١٠]، فالبيع باطل[١١]، وإن كان قوبل بعين[١٢]، فالبيع فاسد حتى يملك[١٣] ما يقابله وإن[١٤] كان لا يملك عين الخمر والخنزير.

ووجه الفرق[١٥]: أن الخمر مال، وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة، إلا أنه غير متقوم[١٦]؛ لما أن الشرع أمر[١٧] بإهانته، وترك إعزازه، وفي تملكه بالعقد مقصودًا[١٨]

وعليه الفتوى. (ع)

(١) القائل محمد بن سلمة البلخي. (عناية)

(٢) يعني إذا هلك عند المشتري فهو على هذا الخلاف.

(٣) هو قوله: وإذا ماتت إلخ.

(٤) قوله: "والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به" أي إذا كان القبض بإذن المالك باتفاق الروايات، أما إذا قبضه بعد الافتراق من المجلس بغير إذن البائع ذكر في المأذون أنه لا يملك. قالوا: ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئًا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير، أما إذا كان شيئًا يملكه فقبض الثمن منه يكون إذنًا بالقبض. (عناية)

(٥) قوله: "يفيد الملك" عند مشايخ بلخ، الفاسد يفيد ملك العين، وعند مشايخ العراق يفيد ملك التصرف، لا ملك العين، ولهذا لا يجوز للمشتري أن يطأ جارية اشتراها بشراء فاسد، ولا شفعة في الدار المشتراة به، ولا يحل أكل طعام اشتراه به. وأما مشايخ بلخ فقالوا: إن جواز التصرف له بناء على ملك العين، وهو الأصح، وإنما لم يحل وطئ الجارية المشتراة بشراء فاسد لأن في الاشتغال بالوطئ إعراضًا عن الرد. وقال الإمام الحلوائي: يكره الوطئ، ولا يحرم، كذا في اليتيمة، ولم يثبت الشفعة لأن في قضاء القاضي بالشفعة تأكيد الفساد، وتقريره: ولا يحل أكله لما فيه من الإعراض عن الرد. (ك)

(٦) بالقيمة أو بالمثل.

(٧) أي في كونه مضمونًا في البيع الفاسد.

(٨) في أول الفصل الذي يلي هذا الباب. (عناية)

(٩) يعني كما أن البيع بهذه الأشياء باطل، فكذا بيع هذه الأشياء.

(١٠) قوله: "كالدراهم والدنانير إلخ" فسر الدين بهما لأنهما أثمان أبدًا، لأنهما خلقتا في الأصل ثمن الأشياء وقيمتها، قال الله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس دراهم معدودة﴾، فسر الثمن بالدراهم. (ك)

(١١) لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها. (ع)

(١٢) معين كالثوب.

(١٣) ثوب بالقيمة.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) بين الصورتين. (ع)

(١٦) أي غير منتفع به شرعًا.

إعزاز له[١]، وهذا[٢] لأنه متى اشتراهما[٣] بالدراهم[٤] فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة[٥] لما أنها تجب فى الذمة[٦]، وإنما المقصود[٧] الخمر، فسقط[٨] التقوم أصلا، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر؛ لأن مشترى الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر[٩]، وفيه[١٠] إعزاز الثوب دون الخمر، فبقى[١١] ذكر الخمر معتبرًا فى تملك الثوب، لا فى حق نفس الخمر، حتى فسدت التسمية[١٢]، ووجبت قيمة الثوب دون الخمر، وكذا إذا باع الخمر بالثوب[١٣]؛ لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة[١٤].

---

(١٧) بقوله تعالى: ﴿فاجتنبوه﴾.

(١٨) أى بجعله مبيعًا. (ع)

(١) وهو خلاف المأمور به. (عناية)

(٢) أى الإعزاز.

(٣) المشترى.

(٤) أو الدنانير.

(٥) أى إلى تحصيل الخمر أو الخنزير.

(٦) وما يجب فى الذمة غير مقصود.

(٧) قوله: "وإنما المقصود الخمر" وفى جعله كذلك خلاف المأمور به، فسقط التقوم أصلا، لئلا يفضى إلى خلاف المأمور به، وحينئذ يكون البيع باطلا. (ع)

(٨) قوله: "فسقط التقوم أصلا" أى لم يظهر حكم التقوم فى نفسه، ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير، لأن الثمن يثبت فى الذمة بالعقد، وثبوته بالذمة إنما يكون حكمًا لتملكه بمقابلة تملك مال آخر، فإذا لم يوجد ذلك لا يثبت فى الذمة، فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم، فيبطل العقد أصلا، وإن كان قوبل لعين ظهر حكم التقوم فى حق تملك العين، فصار العقد منعقداً فى حق العين، ولم يصح تسميته الخمر فى نفسه، فيكون العقد واقعًا بقيمة العين، لأنه لا يملكه مجّانًا بل بعوض، وقد تعذر مقابلته بذلك العوض، إذ لا قيمة لذلك العوض، فيصار إلى قيمة هذا العوض ضرورة، والعقد الصحيح يقع مضمونًا بالقيمة، وكذلك القبض بحق العقد. (ك)

(٩) بجعل الخمر وسيلةً وثمنًا.

(١٠) أى فى هذا القصد.

(١١) قوله: "فبقى ذكر إلخ" فلم يكن ذكر الخمر لنفسها بل لغيرها، وليس فى ذلك إعزازها، ولا خلاف ما أمر به، فلا يكون باطلا. (عناية)

(١٢) أى تسمية الخمر.

(١٣) قوله: "إذا باع الخمر بالثوب إلخ" يكون البيع فاسداً وإن وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء، لكونه مقايضة، وفيها كل من العوضين يكون ثمنًا أو مثمنًا، فلما كان فى الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على البطلان صونًا للتصرف عن البطلان بقدر الإمكان. (عناية)

(١٤) قوله: "لكونه مقايضة" المقايضة: بيع العرض بالعرض، سمى بها لتساوى العوضين فى العينية، يقال: هما قيضان أى متساويان. (ك)

قوله: "لكونه مقايضة" المقايضة عوض دادن، ومبادله نمودن، ومعاوضه كرن متاع با يكديگر. (من)

قال[١]: وبيع أم الولد، والمدبر، والمكاتب فاسد، ومعناه[٢] باطل[٣]، لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام: «أعتقها[٤] ولدها»*، وسبب الحرية[٥] انعقد فى حق المدبر فى الحال لبطلان[٦] الأهلية[٧] بعد الموت، والمكاتب استحق يداً على نفسه[٨] لازمة فى حق المولى[٩]، ولو ثبت الملك[١٠] بالبيع لبطل[١١] ذلك كله، فلا يجوز، ولو رضى المكاتب بالبيع[١٢] ففيه روايتان، والأظهر[١٣] الجواز، والمراد المدبر المطلق[١٤] دون المقيد، وفى المطلق خلاف

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "ومعناه باطل" إنما فسره بذلك لئلا يتوهم أنه يفيد الملك باتصال القبض، والأمر بخلافه، والدليل على ذلك ما ذكره بقوله: لأن استحقاق إلخ، وتحقيقه أن بين استحقاق العتق وثبوت ملك البيع منافاة، لأن استحقاقه عبارة من جهة حرية لا يدخل عليها الإبطال، وثبوت الملك يبطلها، وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله عليه السلام: «أعتقها ولدها»، فينتفى الآخر. لا يقال: هو متروك الظاهر، لأنه يوجب حقيقة العتق، وأنتم لا تحملونه على حقيقته، فلا يصح دليلا، لأن المجاز مراد بالإجماع. (ع)

(٣) قوله: "باطل" لكن ليس كبطلان بيع الحر؛ فإنه باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية، وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها، ولهذا جاز بيعهم من أنفسهم، فبطل ما قيل: لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر، فلزم بطلان بيع القن المضموم إليهم فى البيع كالمضموم إلى الحر، وذلك لأنهم دخلوا فى الابتداء فى البيع لكونهم محلا فى الجملة، ثم خرجوا منه لتعلق حقهم، فبقى القن بحصته من الثمن، والبيع بالحصة بقاء جائز كما مر، بخلاف الحر، فإنه لما لم يدخل فى البيع لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء، وأنه باطل. (درر)

(٤) قوله: أعتقها [أى جعلها مستحقة للعتق] " رواه ابن ماجة فى "سننه" فى كتاب الأحكام عن ابن عباس قال: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فقال: «أعتقها ولدها». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٧٦٨ ص ١٤٩. (نعيم)

(٥) أى التدبير، والملك والحرية لا يجتمعان، فكذلك سبب الحرية والبيع. (عناية)

(٦) قوله: "لبطلان الأهلية إلخ" يعنى أن سبب الحرية لو لم يكن ثابتاً فى الحال لكان إما غير ثابت مطلقاً، أو ثابتاً بعد الموت، والأول باطل، لأنه يستلزم إهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ، والإعمال أولى، فكذلك الثانى، لأن ما بعد الموت حالة بطلان الأهلية، فمتى قلنا: إنه ينعقد سبباً بعد الموت احتجنا إلى بقاء الأهلية، والموت ينافيها، فدعت الضرورة إلى القول بانعقاد التدبير سبباً فى الحال، وتأخر الحكم إلى ما بعد الموت. (عناية)

(٧) أى أهلية المولى.

(٨) وبين هذا الاستحقاق والبيع منافاة.

(٩) قوله: "لازمة فى حق المولى" لأن المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب، وإنما قيد بقوله: فى حق المولى؛ لأنها غير لازمة فى حق المكاتب بقدرته على فسخها بتعجيز نفسه. (عناية)

(١٠) أى ملك المشترى.

(١١) قوله: "لبطل ذلك" أى استحقاق أم الولد العتق، وانعقاد سبب الحرية للمدبر فى الحال، واستحقاق المكاتب يداً على نفسه لازمة فى حق المولى. (عينى)

(١٢) أى ببيع نفسه.

(١٣) قوله: "والأظهر الجواز" لأن عدم الجواز كان لحقه، فلما أسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة، وجاز البيع. (عينى)

الشافعي[١]، وقد ذكرناه في العتاق[٢].

قال[٣]: وإن ماتت أم الولد، أو المدبر في يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة، وقالا: عليه قيمتهما، وهو رواية عنه[٤]، لهما: أنه[٥] مقبوض بجهة البيع[٦]، فيكون مضمونًا عليه[٧] كسائر الأموال[٨]، وهذا[٩] لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع، حتى يملك[١٠] ما يضم إليهما في البيع، بخلاف المكاتب[١١]، لأنه في يد نفسه، فلا يتحقق في حقه القبض، وهذا الضمان بالقبض.

وله: أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة[١٢]، وهما[١٣] لا يقبلان حقيقة البيع، فصارا كالمكاتب[١٤]، وليس[١٥] دخولهما[١٦] في البيع في حق

---

(١٤) قوله: "المدبر المطلق [أى المدبر الذى لا يجوز بيعه]" وهو الذى علق عتقه بالموت من غير تعرض لصفة كقوله: أنت حر بعد موتى، وإن مت فأنت حر دون المقيد أى دون المدبر المقيد مثل قوله: إذا قدمت من سفرى هذا فأنت حر، وإن مت من مرضى هذا فأنت حر، ويباع المدبر المقيد بالإجماع. (عينى)

(١) قوله: "خلاف الشافعى" فإن عنده يجوز بيع المدبر لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم باع المدبر، وجوابه ما روى محمد بن الحسن عن أبى جعفر أن المراد منه المدبر المقيد. (عينى)

(٢) أى فى كتاب العتاق فى باب التدبير.

(٣) أى محمد، كذا قال العينى.

(٤) قوله: "وهو رواية عنه" أى عن أبى حنيفة، وهذا غير ظاهر بل الروايتان عنه فى حق المدبر، روى المعلى عن أبى حنيفة أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب، وأما فى حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنه لا تضمن بالبيع كما لا تضمن بالغصب، لأنه لا تقوم لماليتها. (ع)

(٥) أى أن كلا من المدبر وأم الولد.

(٦) لأنهما يدخلان تحت العقد.

(٧) بالقيمة.

(٨) المقبوضة على سوم الشراء.

(٩) أى كونهما مقبوضين بجهة البيع.

(١٠) قوله: "حتى يملك" كالقن مع المدبر أو أم الولد، فإن سمى الثمن صح البيع فى القن بحصته من الثمن. (مل)

(١١) قوله: "بخلاف المكاتب إلخ" جواب عما يقال: لو كان الدخول تحت البيع، وتملك ما يضم إليه موجبين للضمان لكان فى المكاتب كذلك. (عينى)

(١٢) أى حقيقة البيع الفاسد، وهو ثبوت الملك عند اتصال القبض. (كافى)

(١٣) أى المدبر وأم الولد.

(١٤) فى كونه غير قابل لحقيقته.

(١٥) جواب عن قولهما: يدخلان فى البيع إلخ.

(١٦) قوله: "وليس دخولهما فى البيع فى حق أنفسهما" لأنهما ليسا بمحل للبيع، فلا يفيد دخولهما فى البيع فى حق أنفسهما، وإنما ذلك ليثبت الحكم فى المضموم إليه، فإن قيل: ينبغى أن يكون فى ضم الحر إلى العبد هكذا. قلنا: الحر ليس بمال، فلا يمكن دخوله فى البيع، أما المدبر و أم الولد فمال، وإنما امتنع البيع لتضمينه بطلان حق الحرية. (ك)

أنفسهما، وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما، فصار كمال المشترى لا يدخل[١] فى حكم عقده بانفراده، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه[٢] إليه، كذا هذا[٣]. قال[٤]: ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد؛ لأنه باع ما لا يملكه، ولا[٥] فى حظيرة[٦] إذا كان[٧] لا يؤخذ إلا بصيد؛ لأنه غير مقدور التسليم، ومعناه[٨]: إذا أخذه[٩] ثم ألقاه فيها[١٠]، ولو كان يؤخذ[١١] من غير حيلة جاز[١٢] إلا إذا اجتمعت[١٣] فيها[١٤] بأنفسها[١٥]، ولم يسد[١٦] عليها المدخل[١٧] لعدم الملك[١٨].

قال[١٩]: ولا بيع الطير فى الهواء[٢٠]؛ لأنه غير مملوك قبل الأخذ، وكذا لو

---

(١) قوله: "لا يدخل إلخ" يعنى إذا باع عبداً مع عبد المشترى يقسم الثمن على قيمتهما، فيأخذ بحصته من الثمن، وهو الأصح. وقال فى "التتمة": إذا جمع بين ماله ومال غيره، وبايع من ذلك الغير صفقة واحدة لا يجوز أصلا، هكذا فى بعض المواضع. (نهاية)

(٢) أى البائع.

(٣) قوله: "كذا هذا" أى كذلك الحكم فيما نحن فيه، يعنى يثبت حكم الدخول فى البيع فى حق المضموم إليه، وهو القن، لا فى حكم أم الولد والمدبر. (عينى)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) أى لا يجوز بيع السمك فى الحظيرة.

(٦) قوله: "حظيرة" جائيكه خرما خشك كنند، ومحوطه از چوب ولى، وجائيست كه از براى حيوانات سازند. (م)

(٧) بأن كانت الحظيرة كبيرة.

(٨) أى معنى قوله: ولا فى حظيرة.

(٩) قوله: "إذا أخذه [سمك] إلخ" فحينئذ كان ملكًا له، فباع ما يملكه، لكنه غير مقدور التسليم. (مل)

(١٠) حظيرة.

(١١) بأن كانت صغيرة. (زيلعى)

(١٢) قوله: "جاز" لأنه ملكه، ومقدور التسليم، ويثبت للمشترى خيار الرؤية، ولا يعتد برؤيته فى الماء، لأنه يتفاوت فى الماء وخارجه. (زيلعى)

(١٣) قوله: "إلا إذا إلخ" استثناء منقطع، فإن المستثنى منه المأخود الملقى فى الحظيرة، والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه. (ع)

(١٤) حظيرة.

(١٥) من غير اصطياد.

(١٦) قوله: "ولم يسد إلخ" وقيد به لأنه لو سد موضع الدخول حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج، فقد صار أخذًا له بمنزلة ما لو وقع فى شبكة، فيجوز بيعه. (عينى)

(١٧) أى موضع دخول الماء. (عينى)

(١٨) قوله: "لعدم الملك [فلا يصح بيعه]" أى لم يملكها صاحب الأرض بمجرد الاجتماع فى ملكه، ألا ترى أنه لو باض الطير فيها، أو فرخت لم يملكه لعدم الإحراز، فههنا أولى. (نهاية)

(١٩) أى القدورى (عينى)

(٢٠) قوله: "ولا بيع إلخ" هذا إذا كان يطير ولا يرجع، ولو كان له وكر عنده يطير منه فى الهواء، ثم يعود إليه

أرسله[١] من يده؛ لأنه[٢] غير مقدور التسليم، ولا بيع[٣] الحمل[٤] ولا النتاج[٥]؛ لنهى[٦] النبى عليه السلام* عن بيع الحبل وحبل الحبلة[٧]، ولأن فيه غرراً[٨].

قال[٩]: ولا اللبن[١٠] فى الضرع[١١]؛ للغرر[١٢]، فعساه انتفاخ[١٣]، ولأنه ينازع[١٤] فى كيفية الحلب[١٥]، وربما[١٦] يزداد فيختلط المبيع بغيره.

قال[١٧]: ولا الصوف[١٨] على ظهر الغنم؛ لأنه من أوصاف الحيوان[١٩]، ولأنه

جاز؛ لأنه يمكن أخذه من غير حيلة، وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز، وبعده يجوز إن كان فى يده، أو محبوساً فى مكان يمكن أخذه من غير حيلة، وإن لم يمكن إلا بها لا يجوز. (زيلعى)

(١) قوله: "لو أرسله" أى كان الطير لأحد، وأرسله من يده وانفلت منه.

(٢) قوله: "لأنه غير إلخ" والحمام إذا علم عددها، وأمكن تسليمها جاز بيعها، لأنها مال مقدور التسليم. (درر)

(٣) قوله: "ولا بيع إلخ" الحمل ما فى البطن، والنتاج ما يحمل هذا الحمل، وهو المراد من حبل الحبلة فى الحديث، وقد كانوا يعتادون ذلك فى الجاهلية، فأبطل ذلك بالنهى. (ك)

(٤) الجنين.

(٥) قوله: "ولا النتاج" هو فى الأصل مصدر، نتجت الناقة بالضم، ولكن أريد به المنتوج ههنا، والحبل مصدر حبلت المرأة حبلة، فهى حبلى. (ع)

(٦) قوله: "لنهى النبى عليه الصلاة والسلام إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن ابن عمر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة»، قال: والمضامين ما فى أصلاب الإبل، والملاقيح ما فى بطونها، وحبل الحبلة ولد ولد هذه الناقة، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٦٩ص١٤٩. (نعيم)

(٧) قوله: "وحبل إلخ" الحبلة وهو الحبل، وهو مصدر، وسمى به الجنين كما سمى بالحمل، وهو مصدر، وإنما دخلت عليه التاء للإشعار بالأنوثة، معناه أن يبيع ما يحمله الجنين إن كانت أنثى. (زيلعى)

(٨) قوله: "ولأن فيه غرراً" الغرر ما طوى عنك علمه، وذكر فى "المبسوط": الغرر ما يكون مستور العاقبة، وذكر فى "المغرب": نهى عن بيع الغرر، وهو الخطر الذى لا يدرى أ يكون أم لا؟ (ن)

(٩) أى القدورى.

(١٠) قوله: "ولا اللبن [لا كيلا ولا مجازفة. ن]" بالرفع والجر على حذف المضاف، وهو البيع، وكذا فى الصوف. (نهاية)

(١١) بالفتح: پستان. (من)

(١٢) قوله: "للغرر" وقد نهى عنه، فعساه انتفاخ أى فلعل الضرع ينتفخ، فيظن لبناً وهو الغرر. (عينى)

(١٣) من الريح.

(١٤) قوله: "ولأنه ينازع إلخ" فإن المشترى يستقصى فى الحلب، والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن. (ع)

(١٥) اللبن.

(١٦) قوله: "وربما يزداد" أى ساعة فساعة، والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده، فيختلط المبيع بغير، واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه تعذر تميزه مبطل للبيع. (ع)

(١٧) أى القدورى.

(١٨) صوف -بالضم- پشم گوسفند.

ينبت من أسفل[(١)]، فيختلط المبيع[(٢)] بغيره بخلاف[(٣)] القوائم[(٤)]، لأنها تزيد من أعلى[(٥)]، وبخلاف القصيل[(٦)]، لأنه يمكن قلعه، والقطع فى الصوف متعين، فيقع التنازع فى موضع القطع، وقد صح «أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم[(٧)] وعن لبن فى ضرع وسمن فى لبن[(٨)]»*، وهو[(٩)] حجة[(١٠)] على أبى يوسف فى هذا الصوف[(١١)]، حيث جوز بيعه[(١٢)] فيما يُروى عنه.

قال[(١٣)]: وجذع[(١٤)] فى السقف، وذراع من ثوب[(١٥)] ذكرا القطع[(١٦)] أو لم

---

(١٩) قوله: "لأنه من أوصاف الحيوان [أى قبل الجز فهو تابع ليس بمال متقوم]" جعل الصوف وصفًا لأنه تبع للحيوان، فلما كان تبعًا له لم يجز جعله مقصوداً بإيراد العقد عليه. (عينى)

(١) بالضم: للبناء. (ك)

(٢) والاختلاط مبطل للبيع.

(٣) قوله: "بخلاف القوائم" فإنها عين مال مقصود من وجه. (ن)

(٤) شاخهاى درخت أى قوائم الخلاف. (فتح القدير)

(٥) قوله: "لأنها تزيد إلخ" جواب عما يقال القوائم متصلة بالشجر، وجاز بيعها، وحاصل الجواب أنها تزيد من أعلاها، فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطًا فى أعلاها، وتركت أياما يبقى الخيط أسفل مما فى رأسها الآن، دالا على ملك المشترى، وما وقع من الزيادة وقع فى ملكه، أما الصوف فإن نموه من أسفله، فإذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالمخضوب يبقى على رأسه لا فى أصله. (ع)

(٦) قوله: "وبخلاف القصيل [كشت سبز، آنچه سبز بريده شود از كشت. من] إلخ" جواب عما يقال: القصيل كالصوف، وجاز بيعه، فأجاب بأن بيع القصيل يجوز لأنه يمكن قلعه، وإن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع، فيقلع، والقطع فى الصوف متعين معتاد بين الناس والقلع فيه، وهو نتفه ليس بمعهود بين الناس، فيقع المنازعة فى موضع القطع، فلا يجوز لجهالة موضع القطع. (عينى)

(٧) قوله: "نهى عن بيع إلخ" قلت: روى مسنداً ومرسلا، روى الطبرانى فى "معجمه" عن ابن عباس قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن فى ضرع» انتهى، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" بسنده عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنه نهى أن يباع لبن فى ضرع أو سمن فى لبن» انتهى. (ت)

(٨) المراد لبن فى غير ضرع. (س)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٠ص١٤٩. (نعيم)

(٩) الحديث.

(١٠) فإن القياس فى مقابلة النص لا يجوز.

(١١) قوله: "فى هذا الصوف [أى الصوف على ظهر الغنم. ك]" احتراز عن الصوف المجذوذ، فإنه يجوز بيعه على جميع الروايات. (عينى)

(١٢) قوله: "حيث جوز بيعه" لأنه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم، بخلاف أطراف الحيوان، لأنه لا ينتفع بها إلا بعد الذبح، فصار ماليته متعلقة بفعل شرعى، فلم يوجد قبله. (زيلعى)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(١٤) بالكسر تنه خرما وجزآن.

يذكراه، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر[١]، بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة[٢] فضة[٣]، لأنه لا ضرر فى تبعيضه، ولو لم يكن[٤] معينًا لا يجوز لما ذكرنا[٥]، وللجهالة[٦] أيضًا. ولو قطع البائع الذراع، أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى[٧] يعود صحيحًا؛ لزوال المفسد[٨]، بخلاف ما إذا باع النوى[٩] فى التمر، أو البذر[١٠] فى البطيخ[١١]، حيث لا يكون صحيحًا، وإن[١٢] شقهما وأخرج المبيع؛ لأن فى وجودهما[١٣] احتمالا[١٤]، أما الجذع[١٥] فعين موجود[١٦].

---

(١٥) يعنى ثوب يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس. (ع)

(١٦) قوله: "ذكرا القطع" أى ذكرا موضع القطع من الثوب، أو لم يذكراه.

(١) قوله: "إلا بضرر" أى بضرر لم يوجبه العقد، ومثله لا يكون لازما، فيتمكن من الرجوع، ويتحقق المنازعة، وبهذا التقرير يندفع ما يقال: إن هذا الضرر مرضى به، فينبغى أن لا يكون مفسدًا. (درر)

(٢) پاره از زرو سيم گداخته. (من)

(٣) سيم. (من)

(٤) الجذع والذرع.

(٥) وهو أنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر.

(٦) فى المبيع.

(٧) البيع.

(٨) وهو الضرر. (ع)

(٩) تخم خرما.

(١٠) تخم.

(١١) خربزه.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) فى زمان البيع.

(١٤) قوله: "احتمالا" لأنه شيء مغيب فى غلافه، فلا يجوز بيعه. فإن قيل: بيع الحنطة فى سنبلها، وأمثالها بيع ما فى وجوده احتمال، لأنه شيء مغيب، وهو فى غلافه، وهو جائز، أجيب عنه بأن جوازه باعتبار صحة إطلاق اسم المبيع عليه، وعلى ما يتصل به، فإن الحنطة إذا بيعت فى سنبلها إنما يقال: بعت هذا الحنطة، فالمذكور صريحًا هو المعقود عليه، فيصح العقد إعمالا لتصحيح لفظه. وأما بذر البطيخ ونوى التمر، وحب القطن فاسم المبيع وهو البذر، والنوى، والحب لا يطلق عليه إذ لا يقال: هذا بذر، وهذا نوى، وحب بل يقال: بطيخ، تمر وقطن، فلم يكن المبيع مذكورًا، وما هو المذكور فليس بمبيع. (عناية)

(١٥) قوله: "أما الجذع إلخ" إشارة إلى تمام الفرق بين البذر، والنوى، والجذع المعين فى السقف، بأن الجذع معين موجود إذ الفرض فيه والبذر والنوى ليس كذلك. فإن قيل: إذا بيع جلد الشاة المبتة قبل ذبح الشاة، وسلخ جلدها، وسلمه لا ينقلب البيع جائزًا، وإن كان الجلد عينًا موجودًا كالجزع فى السقف، وكذا بيع كرشها وأكارعها.
وأجيب: بأن المبيع وإن كان موجودًا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة، فكان تابعًا له، فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليًا، لأنه اعتبر عاجزًا حكمًا لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد، وأما الجذع فإنه عين مال فى نفسه، وإنما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد، والعجز عن التسليم حكمى لما فيه من إفساد بناء غير مستحق

قال(١): وضربة(٢) القانص(٣)، وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة، لأنه مجهول(٤)، ولأن فيه غرراً(٥).

قال(٦): وبيع(٧) المزابنة، وهو(٨) بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ(٩)، مثل(١٠) كيله خرصاً(١١)؛ لأنه عليه السلام(١٢) نهى عن المزابنة(١٣) والمحاقلة، فالمزابنة ما

بالعقد، فإذا قلع والتزم الضرر، وزال المانع فيجوز. (ع)

(١٦) محسوس.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "وضربة القانص" القانص ضرب الشبكة على الطائر ألقاها عليه، ومنه نهى عن ضربة القانص وهو الصائد، وفي تهذيب الأزهري عن ضربة الغائص، وهو الغواص على اللآلي، وذلك أن يقول للتاجر: أغوص لك غوصة فما أخرجت، فهو لك بكذا. (ك)

(٣) من قنص إذا صاد.

(٤) لأنه لا يدرى ما الذي يحصل من الضربة.

(٥) لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد. (ك)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "وبيع المزابنة إلخ" المزابنة لغة المدافعة من الزبن، وهو الدفع، وسمى هذا النوع من البيع بها لأنها تؤدى إلى النزاع والتدافع. (عيني)

(٨) قوله: "وهو بيع الثمر إلخ" الأول بالثاء المنقوطة بالثلاث، والثاني بالتاء المنقوطة باثنين، كذا وجدت بخط شيخي، ولأن أعلى النخيل لا يسمى تمراً وإنما التمر المجذوذ، وأما الثمر فعام. (نهاية)

(٩) مقطوع.

(١٠) حال.

(١١) قوله: "خرصاً [تمييز، خرص بالفتح تخمين وگمان سخن گفتن. من]" أي من حيث الظن، لا من حيث الكيل الحقيقي، أو الوزن الحقيقي لأنه لو وجد الكيل الحقيقي في البدلين لم يبق الثمر على رؤوس النخيل بل يكون تمراً مجذوذاً كالذي يقابله من المجذوذ. (نهاية)

(١٢) أخرجه مسلم عن أبي هريرة. (ت)

(١٣) قوله: "نهى عن المزابنة والمحاقلة" أخرجه البخاري ومسلم عن عطاء بن أبي رباح عن جابر ابن عبد الله قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة أن يبيع الزرع القائم بالحب كيلا»، وفي لفظ قال: المحاقلة أن تباع الحقل بكيل من الطعام معلوم، والمزابنة أن يباع النخل أوساقًا من التمر. وأخرج البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء الثمر في رؤوس النخل والمحاقلة كراء الأرض». وأخرج البخاري عن ابن عباس قال: «نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن المحاقلة والمزابنة»، وأخرج البخاري عن انس قال: «نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والملامسة والمنابذة والمزابنة». وأخرج مسلم عن أبي هريرة أن النبي عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة، وأما الرخصة في العرايا، فأخرجا في الصحيحين عن داود بن الحصين عن أبي سفيان عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصها في ما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق، شك داود. وأخرج مسلم عن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر، وقال: ذلك الربا، تلك المزابنة، إلا أنه رخص في بيع العرية، النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها كيلا.

وأخرجا في "الصحيحين" عن ابن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا أن يباع بخرصها،

ذكرنا*، والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصًا[٢]، ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه، فلا يجوز بطريق الخرص[٣]، كما إذا كانا موضوعين على الأرض[٤]، وكذا[٥] العنب[٦] بالزبيب[٧] على هذا. وقال الشافعي: يجوز[٨] فيما[٩] دون خمسة أوسق[١٠]، لأنه عليه السلام نهى[١١] عن المزابنة، ورخص في العرايا[١٢]، وهو[١٣] أن يباع بخرصها تمرًا فيما دون خمسة أوسق. قلنا[١٤]: العرية العطية[١٥] لغةً، وتأويله[١٦]: أن يبيع[١٧] المعرى له[١٨] ما على النخيل من المعرى[١٩]

وفي لفظ رخص في العرية أن يؤخذ بمثل خرصها تمر يأكلها أهلها رطبًا، قال صاحب "التنقيح": قد وافقنا الشافعي في صحة بيع العرايا، إلا أنه خالفنا في إباحتها من ضرورة. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٧١ ص١٥٠. (نعيم)

(٢) هذا المعنى للمحاقلة مذكور في الفائق.

(٣) لاحتمال الربا.

(٤) وبيع أحدهما بالآخر خرصًا لا يجوز.

(٥) قوله: "وكذا العنب إلخ" أي لو باع مكيلا من العنب بمكيل من الزبيب لا يجوز بطريق الخرص. (مل)

(٦) انگور تر.

(٧) انگور خشک مويز.

(٨) أي شراء التمر بتمر مجذوذ على الأرض خرصًا.

(٩) قوله: "يجوز فيما دون إلخ" ولا يجوز عنده فيما زاد على خمسة أوسق، وله في مقدار خمسة أوسق قولان. (ك)

(١٠) قوله: "أوسق" جمع وسق -بفتح الواو- وهو ستون صاعًا، وهو ثلاث مائة وعشرون رطلا عند أهل الحجاز، وأربع مائة وثمانون رطلا عند أهل العراق على اختلافهم في مقدار الصاع. (عيني)

(١١) قوله: "نهى عن إلخ" قلت: النهي عن المزابنة تقدم، وأما العرايا فأخرج في الصحيحين عن داود ابن الحصين عن أبي سفيان عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق، شك داود، قال دون خمسة أو في خمسة، انتهى. (ت)

(١٢) أي بيع العرايا.

(١٣) قوله: "وهو أن يباع إلخ" أن يباع مسند إلى ضمير راجع إلى التمر الذي على رأس النخيل، لأن الكلام فيه، وأنّث ضمير بخرصها على أنه جمع التمرة، وفي مثله يجوز التذكير والتأنيث. (نهاية)

(١٤) في الجواب.

(١٥) لا البيع.

(١٦) أي تأويل قوله: ورخص في العرايا.

(١٧) قوله: "أن يبيع إلخ" معناه: أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل، ثم يشق على المعرى دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان، ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة، فيعطيه مكان ذلك تمرًا مجذوذًا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه، ولا يكون مخلفًا لوعده. (ع)

(١٨) موهوب له، أعراه النخلة إعراء داد او را بار يک سال. (من)

(١٩) الواهب.

بتمر مجذوذ، وهو بيع مجازًا، لأنه[١] لم يملكه، فيكون[٢] برًا[٣] مبتدأ.

قال[٤]: ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر، والملامسة، والمنابذة، وهذه[٥] بيوع كانت في الجاهلية، وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة، أى يتساومان[٦]، فإذا لمسها[٧] المشترى، أو نبذها[٨] إليه البائع، أو وضع المشترى عليها[٩] حصاة لزم البيع، فالأول بيع الملامسة، والثاني بيع المنابذة، والثالث إلقاء الحجر، وقد نهى النبي عليه السلام[١٠] عن بيع الملامسة والمنابذة*، ولأن فيه[١١] تعليقًا بالخطر[١٢].

---

(١) قوله: "لأنه لم يملكه إلخ" يعني أن الموهوب لم يصر ملكًا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب، فما يعطيه الواهب من التمر المجذوذ لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة، وسمى بيعًا مجازًا، لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد. واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق، فظن الراوى أن الرخصة مقصودة على هذا، فنقل كما وقع عنده، وفيه بحث من وجهين، الأول: أنه جاء في حديث زيد بن ثابت «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في العرايا»، فسياقه يدل على أن المراد بالعرايا بيع ثمر بتمر.

والثاني: أنه جاء في حديث جابر بلفظ الاستثناء: إلا العرايا، والأصل حمل الاستثناء على الحقيقة، والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه. والجواب عن الأول: أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم، وعن الثاني: أنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه السلام المشهور: «التمر بالتمر مثل بمثل» والمشهور قاض عليه. (عناية)

(٢) أى إعطاء المجذوذ.

(٣) بالكسر: نيكوئى وفراخى انسان. (من)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "وهذه بيوع كانت في الجاهلية" أخرج البخارى ومسلم عن أبي سعيد الخدرى: «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيعتين ولبستين ونهى عن الملامسة والمنابذة في البيع»، والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار، ولا يقبله إلا بذلك، وأما المنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الآخر إليه ثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير تراض. وأخرجاه أيضًا من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «نهى عن الملامسة والمنابذة»، زاد مسلم أما الملامسة فإن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل، والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر، وإن لم ينظر أحدهما إلى ثوب صاحبه، وأخرجه البخارى من حديث أنس: «أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة»، وقد تقدم قريبًا. (تخريج الزيلعى)

(٦) قوله: "يتساومان" سام البائع السلعة أى عرضها، وذكر ثمنها، وسامها المشترى بمعنى استامها. (عناية)

(٧) قوله: "فإذا لمسها [السلعة] إلخ" أى إن أحب المشترى الزام البيع لمسها بيده، أو وضع الحجر، فيكون مشتريًا لها رضى مالكها أو لم يرض، وإن أحب مالكها إلزام البيع ينبذها إليه، فيلزمه البيع، وليس له الرد بعد ذلك. (كفاية)

(٨) ألقاها السلعة.

(٩) السلعة.

(١٠) قوله: "وقد نهى النبي عليه السلام [أخرجه البخارى ومسلم من حديث أبي هريرة: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة». ت] إلخ" قال الأكمل: وعبارة الكتاب تشير إلى أن المنهى عنه بيع الملامسة والمنابذة، وبيع إلقاء الحجر ملحق بهما، لأنه في معناهما، قلت: قد جاء في حديث أخرجه مسلم والأربعة عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع الغرر وبيع الحصاة»، وما وقف الأكمل على هذا الحديث. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٣ ص١٥٠. (نعيم)

قال[١] : ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين[٢] ؛ لجهالة[٣] المبيع ، ولو قال[٤] : على أنه[٥] بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحساناً[٦] ، وقد ذكرناه بفروعه[٧] .

قال[٨] : ولا يجوز بيع المراعى[٩] ، ولا إجارتها[١٠] ، والمراد[١١] الكلأ[١٢] ، أما البيع ، فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث[١٣] ، وأما الإجارة[١٤]

---

(١١) أى في كل واحد من هذه البيوع.

(١٢) قوله: "تعليقاً" أى التمليك بالخطر [أى الشرط والتردد] والتمليكات لا تحتمله لأداءه إلى معنى القمار، لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشترى: أى ثوب ألقيته عليه الحجر فقد بعته، وأى ثوب لمسته بيدك فقد بعته، وأى ثوب نبذته إلى فقد اشتريته. (عناية)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) أو ثلاثة أثواب.

(٣) قوله: "لجهالة المبيع" جهالة تفضى إلى المنازعة لتفاوت الأثواب. (مل)

(٤) البائع.

(٥) المشترى.

(٦) لا قياساً.

(٧) في باب خيار الشرط.

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) بالكسر: جمع المرعى اسم محل الرعى.

(١٠) قوله: "ولا إجارتها" ولم يذكر أنها فاسدة، أو باطلة، وذكر في الشرب فاسدة حتى يملك الأجر بالقبض. (نهاية)

(١١) قوله: "والمراد إلخ" أى المراد بالمرعى الكلأ إطلاقاً لاسم المحل على الحال، وإنما فسر المصنف المرعى بالكلأ لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعى، وهو الأرض، ولو لم يفسر ذلك لتوهم أن بيع الأرض وإجارتها لا يجوز، وهو غير صحيح لأن بيع الأرض وإجارتها صحيح سواء كان فيه الكلأ أو لم يكن. (عينى)

(١٢) بالقصر، أى الكلأ غير المحرز.

(١٣) قوله: "بالحديث" وهو قوله عليه السلام: «الناس شركاء في الثلاث الماء والكلأ والنار»، والمراد بالماء الذى في الأنهار والآبار، أما إذا أخذه وجعله في وعاء فقد أحرزه، فجاز بيعه، وبالكلأ ما نبت في أرض غير مملوكة وما نبت في أرض مملوكة بغير إنبات رب الأرض، لأن رب الأرض لا يكون محرزاً له بكونه في أرضه، وإذا أنبته صاحب الأرض بالسقى والتشربة في أرضه اختلفت الروايات فيه فإنه ذكر في "الذخيرة" و"المحيط"، ولو باع حشيشاً في أرضه إنكان صاحب الأرض هو الذى أنبت بأن سقاها لأجل الحشيش، فنبت بتكلفه جاز لأنه ملكه ألا ترى أنه ليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه، وإن نبت بنفسه لا يجوز، لأنه ليس بمملوك له بل هو مباح الأصل ألا ترى أن لكل أحد أن يأخذه.

وفي القدورى: ولا يجوز بيع الكلأ في أرضه، ولو ساق الماء إلى أرضه، ولحقه مؤنته حتى خرج الكلأ لم يجز بيعه، لأن الشركة في الكلأ ثابتة بالنص، وإنما ينقطع الشركة بالحيازة، وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة للكلأ، فبقى الكلأ على الشركة، فلا يجوز. وذكر الحلوانى عن محمد الكلأ ما ليس له ساق وما قام على الساق فليس بكلأ، وكان الفضلى يقول: هو كلأ، ومعنى إثبات الشركة في النار الانتفاع بضوءها، والاصطلاء بها، وتجفيف الثياب بها، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبها. (ك)

(١٤) أى إجارة الكلأ.

فلأنها عقدت[١] على استهلاك[٢] عين مباح[٣]، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك، بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز، فهذا أولى[٤].

قال: ولا يجوز بيع النحل[٥]، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يجوز إذا كان[٦] محرزًا[٧]، وهو قول الشافعي، لأنه حيوان منتفع به حقيقةً[٨] وشرعًا[٩]، فيجوز بيعه وإن[١٠] كان لا يؤكل كالبغل والحمار[١١].

ولهما: أنه من الهوام[١٢]، فلا يجوز بيعه كالزنابير، والانتفاع[١٣] بما يخرج[١٤] منه لا بعينه[١٥]، فلا يكون منتفعًا به[١٦] قبل الخروج، حتى لو باع كوّارةً[١٧] فيها عسل بما فيها من النحل[١٨] يجوز تبعًا له، كذا ذكره[١٩] الكرخي[٢٠].

(١) قوله: "فلأنها عقدت إلخ" فعدم جواز الإجارة لمعنيين، وقوعها في غير مملوك، واستهلاك العين. (نهاية)

(٢) قوله: "على استهلاك عين مباح إلخ" والمستحق بالإجارة المنافع دون الأعيان، إلا إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبغ في استئجار الصباغ، واللبن في استئجار الظئر حيث يجوز لكونه آلة للخضاب الظؤورة. (ك)

(٣) غير مملوك.

(٤) في عدم الجواز.

(٥) مگس شهد.

(٦) مجموعًا. (عناية)

(٧) محفوظًا.

(٨) باستيفاء ما يحدث منه. (ع)

(٩) لعدم ما يمنع عنه شرعًا. (ع)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) فإن بيعهما يجوز بالإجماع.

(١٢) جمع هامة، وهي دود الأرض وحشراتها، وهي المخوفة من الأجناس. (ع)

(١٣) قوله: "والانتفاع إلخ" جواب عن قوله: حيوان منتفع به على سبيل المنع. (مل)

(١٤) العسل.

(١٥) قوله: "لا بعينه" احتراز عن المهر والجحش، فإنهما وإن كان لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المآل بأعيانهما، فيجوز البيع. (ك)

(١٦) فلا يكون مالا.

(١٧) قوله: "كوارة" بالضم والتشديد عن الغوري، وبالكسر والتخفيف عن الأزهري، وقيد بفتح الكاف يعسل النحل إذا سوى من طين. (مل)

قوله: "كوارة" خم مانند يست از شاخ درخت يا از كل درون تهى تنگ سرا براى عسل نهادن زنبوران يا خانه زنبور كه دروى عسل نهد. (من)

(١٨) بيان ما.

(١٩) قوله: "كذا ذكره الكرخي" وذكر في موضع آخر: أن هذا قول القدوري، وقال الكرخي: إنما يدخل الشيء تبعًا إذا كان من حقوقه كالشرب، وهذا ليس من حقوقه. (نهاية)

ولا يجوز بيع دود القزّ[١] عند أبى حنيفة ؛ لأنه من الهوام، وعند أبى يوسف يجوز[٢] إذا ظهر فيه القز تبعًا له[٣]، وعند محمد يجوز[٤] كيف ما كان[٥] لكونه منتفعًا به. ولا يجوز[٦] بيع بيضه[٧] عند أبى حنيفة، وعندهما يجوز[٨] لمكان الضرورة، وقيل: أبو يوسف مع أبى حنيفة[٩] كما فى دود القز[١٠]، والحمام[١١] إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها؛ لأنه مال مقدور التسليم.

ولا يجوز بيع الآبق[١٢]؛ لنهى النبى عليه السلام عنه[١٣]، ولأنه لا يقدر على تسليمه*، إلا أن يبيعه من رجل زعم[١٤] أنه عنده، لأن النهى[١٥] بيع آبق مطلق[١٦]، وهو أن يكون آبقًا فى حق المتعاقدين، وهذا غير آبق فى حق المشترى[١٧]،

(٢٠) أبو الحسن، فى "مختصره".

(١) بالفتح وتشديد الزاء: ابريشم خام. (م)

(٢) كبيع النحل مع العسل.

(٣) أى للقز.

(٤) قوله: "يجوز كيف ما كان" وعليه الفتوى اعتبارا للعادة، ففى دود القز مر أبو حنيفة على أصله المذكور فى بيع النحل، وكذا محمد مر على أصله فقال بالجواز فيهما، وأما أبو يوسف ففرق، ففى بيع النحل مع أبى حنيفة، وفى بيع دود القز مع محمد، فقال ما ظهر من القز منتفع به فى المستقبل، فكان بمنزلة المهر، بخلاف النحل. (ك)

(٥) أى سواء كان معه القز أولا.

(٦) قوله: "ولا يجوز إلخ" لما ذكر فى بيع النحل من أنه مما لا ينتفع بعينه بل بما يحدث منه، وهو معدوم فى الحال. (مل)

(٧) هو البذر الذى يكون منه الدود. (ع)

(٨) قال الإمام المحبوبى: وعليه الفتوى، وفى "الذخيرة": فإنه اختيار الصدر الشهيد (ك)

(٩) فى عدم الجواز.

(١٠) إذ لم يظهر فيه القز.

(١١) قوله: "والحمام [كبوتر] إذا علم إلخ" وكان موضع ذكره عند قوله: ولا بيع الطير فى الهواء، وإنما ذكر ههنا اتباعًا لما ذكر الصدر الشهيد فى "شرح الجامع الصغير"، لأنه وضعه ثمة كذلك. (عناية)

(١٢) العبد الآبق.

(١٣) قوله: "لنهى النبى عليه السلام إلخ" قلت: رواه ابن ماجة فى "سننه" عن أبى سعيد الخدرى: «أن النبى ﷺ نهى عن شراء ما فى بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما فى ضروعها وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٤ ص١٥٠. (نعيم)

(١٤) قال.

(١٥) فى الحديث.

(١٦) كامل؛ لأن المطلق ينصرف إلى الكامل.

(١٧) لأنه عنده فى زعمه.

ولأنه إذا كان عند المشترى انتفى العجز عن التسليم[(١)]، وهو[(٢)] المانع.
ثم لا يصير[(٣)] قابضًا بمجرد العقد إذا كان فى يده، وكان أشهد عند أخذه[(٤)]، لأنه أمانة[(٥)] عنده، وقبض الأمانة لا ينوب[(٦)] عن قبض البيع، ولو كان لم يشهد[(٧)] يجب[(٨)] أن يصير قابضًا، لأنه[(٩)] قبض غصب، ولو قال: هو عند فلان فبعه منى، فباعه لا يجوز؛ لأنه آبق فى حق المتعاقدين، ولأنه لا يقدر على تسليمه.
ولو باع الآبق، ثم عاد من الإباق لا يتم[(١٠)] ذلك العقد[(١١)]، لأنه وقع باطلا؛ لانعدام[(١٢)] المحلية[(١٣)] كبيع[(١٤)] الطير فى الهواء، وعن أبى حنيفة أنه يتم[(١٥)] العقد[(١٦)] إذا لم يفسخ[(١٧)]، لأن العقد انعقد بقيام المالية[(١٨)]، والمانع[(١٩)] قد ارتفع، وهو العجز

---

(١) إلى المشترى.
(٢) العجز.
(٣) المشترى.
(٤) أى أشهد شاهدين عند الأخذ أنه يأخذه للرد على مولاه.
(٥) قوله: "لأنه أمانة إلخ" ولهذا لو هلك قبل الوصول إلى يد المولى، فهلك الأمانة. (عينى)
(٦) قوله: "لا ينوب إلخ" فإن قبض الأمانة أدنى، لأنه غير مضمون، فلا ينوب عن قبض المبيع وهو أقوى، لأنه مضمون لازم. (ك)
(٧) أى عند الأخذ وأخذه للرد.
(٨) قوله: "يجب أن يصير قابضًا" وهو قول أبى حنيفة ومحمد، وذكر الإمام التمر تاشى: أنه لا يصير قابضا عند أبى يوسف، وقول المصنف يجب أن يصير قابضًا كأنه إشارة إلى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضًا نظرا إلى القاعدة، ولو قبضه لنفسه لا للرد يصير قابضًا عقيب الشراء بالاتفاق. (ع)
(٩) قوله: "لأنه قبض غصب" وهو قبض ضمان، فينوب عن قبض البيع، إذ هو أيضًا قبض ضمان، ألا ترى أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة. (مل)
(١٠) قوله: "لا يتم [ويحتاج إلى بيع جديد. ك] إلخ" لأن شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتًا وقت البيع، فلا يجوز وإن وجد بعده. (نهاية)
(١١) فى ظاهر الرواية، وبه أخذ مشايخ بلخ. (ع)
(١٢) قوله: "لانعدام المحلية" لأن المالية فى الآبق تاوية، فهو كالمعدوم حقيقة فى المنع من البيع. فإن قيل: فلم جاز إعتاقه؟ قلنا: الإعتاق إبطال الملك، فلا نسلم تواه بالإباق، وأما البيع فإثبات الملك للمشترى والتوى ينافيه، فلا يثبت. (ك)
(١٣) فإن محل البيع مال مقدور التسليم.
(١٤) قوله: "كبيع" أى باع الطير فى الهواء، ثم أخذه وسلمه فى المجلس. (عناية)
(١٥) قوله: "يتم العقد" فأيهما امتنع من البائع والمشترى يجبر على التسليم والتسلم، ولا يحتاج إلى بيع جديد إلا إذا كان المشترى رفع الأمر إلى القاضى، وطلب التسليم، وظهر عجزه، وفسخ القاضى العقد، ثم ظهر العبد، فحينئذ يحتاج إلى بيع جديد. (نهاية)
(١٦) وبه أخذ الكرخى. (ع)
(١٧) أى القاضى العقد قبل عوده.

عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع[(١)]، وهكذا[(٢)] يروى عن محمد.

قال[(٣)]: ولا بيع لبن امرأة في قدح[(٤)]، وقال الشافعي: يجوز بيعه، لأنه مشروب طاهر[(٥)]، ولنا: أنه[(٦)] جزء الآدمي، وهو بجميع أجزاءه مكرّم[(٧)] مصون[(٨)] عن الابتذال[(٩)] بالبيع، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة.

وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة، لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها[(١٠)]، فكذا على جزءها[(١١)]، قلنا: الرق[(١٢)] قد حل نفسها[(١٣)]، فأما اللبن فلا رق فيه، لأنه يختص بمحل يتحقق فيه القوة[(١٤)] التي هي ضده وهو الحي، ولا حياة في اللبن[(١٥)].

---

(١٨) في الآبق.

(١٩) قوله: "والمانع [من الجواز] قد ارتفع" فإذا زال صار كأن لم يكن كالراهن ببيع المرهون، ثم يفتكه قبل الخصومة. (نهاية)

(١) قبل القبض.

(٢) أي كما يروى عن أبي حنيفة.

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) قوله: "في قدح" إنما قال: في قدح، لأنه لو لم يذكر القدح لتوهم أنه يجوز بيعه إذا كان في القدح، وإنما لا يجوز بسبب كونه في الثدي كما هو الحكم في ألبان سائر الحيوانات أنه إذا باعه وهو في الضرع لا يجوز، وإذا كان في القدح أو في غيره من الإناء يجوز. (ك)

(٥) قوله: "طاهر" ذكر الطهارة بعد كونه مشروبا احترازاً عن الخمر وعما لا يتقوم في نفسه مع كونه طاهراً كحبات الحنطة لعدم الانتفاع، فإنه لا يجوز بيعها لفوات وصف الطهارة في الخمر، وفوات وصف التقوم في حبات الحنطة. (ن)

(٦) قوله: "أنه جزء الآدمي" فلا يكون مالا، لأن المال هو غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي مما يجري فيه الشح والضنة، ومحل البيع هو المال حتى لا ينعقد في غيره أصلا، وأما دلالة أن اللبن جزء الآدمي فهو أن الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية. فإن قيل: أجزاء الآدمي مضمونة بالإتلاف، فوجب أن يكون اللبن كذلك.
قلنا: أجزاء الآدمي لا تضمن بالاتلاف بل يضمن ما انتقص من الأصل، ألا ترى أن الجرح إذا اتصل به البرء يسقط الضمان، وكذلك السن إذا نبتت، وأما صب اللبن في عين رمدة فعند بعض أصحابنا لا يجوز، وقيل: يجوز إذا علم أنه يزول به، ولا يدل هذا على أنه مال متقوم. (ك)

(٧) وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال بالبيع. (عناية)

(٨) محفوظ.

(٩) نگاه داشتن چيزى را. (من)

(١٠) أمة.

(١١) اعتباراً للجزء على الكل. (عناية)

(١٢) قوله: "الرق إلخ" والجواب عن قوله: مشروب طاهر، أن المراد كونه مشروباً مطلقًا، أو في حال الضرورة، والأول ممنوع، لأنه إذا استغنى عنه حرم شربه، والثاني مسلم، لأنه غذاء عند الضرورة، وليست بمال، فلا يجوز بيعه. (عيني)

(١٣) فنفسها رقيقة يجوز بيعها.

(١٤) أي للعتق.

(١٥) فلا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع. (ع)

قال[١]: ولا يجوز[٢] بيع شعر الخنزير؛ لأنه نجس العين[٣]، فلا يجوز بيعه[٤]، إهانة[٥] له، ويجوز الانتفاع به[٦] للخرز[٧] للضرورة[٨] فإن ذلك العمل لا يتأتى[٩] بدونه، ويوجد[١٠] مباح الأصل[١١]، فلا ضرورة[١٢] إلى البيع، ولو وقع[١٣] فى الماء القليل[١٤] أفسده عند أبى يوسف، وعند محمد لا يفسده، لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته[١٥]، ولأبى يوسف[١٦] أن الإطلاق[١٧] للضرورة، فلا تظهر[١٨] إلا فى حالة الاستعمال، وحالة الوقوع[١٩] تغايرها.

ولا يجوز بيع شعور الإنسان[٢٠]، ولا الانتفاع به[٢١]؛ لأن الآدمى مكرم لا

---

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) باتفاق الأئمة. (عينى)

(٣) فليس بمال. (ع)

(٤) الشعر.

(٥) قوله: "إهانة له" فإن قلت: لم جعل البيع فى لبن الآدمى دليل الإهانة، وههنا دليل الإعزاز؟ قلت: الإعزاز والإهانة يتفاوتان بتفاوت محليهما كالإحراق إهانة فى الأدمى إعزاز فى الحطب. (نهاية)

(٦) الشعر.

(٧) قوله: "للخرز [لا لغيره (ن) خرز بالفتح: دوختن موزه وكفش. م]" بفتح الخاد المعجمة، والراء المهملة وآخره زاء معجمة مصدر خرز الخف وغيره، وهو العمل للخفاف بمنزلة الخياطة للخياط. (مل)

(٨) قوله: "للضرورة" فإن الأساكفة يحتاجون فى خرز النعال والأخفاف إليه. (درر)

(٩) عادة. (كافى)

(١٠) قوله: "ويوجد مباح إلخ" جواب عما يقال: إذا كان يجوز الانتفاع به ينبغى أن يجوز بيعه، وتقرير الجواب: أن شعر الخنزير يوجد مباح الأصل، فلا ضرورة إلى بيعه، وعلى هذا قيل: إذا كان لا يوجد إلا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع. (عينى)

(١١) كالكلأ والماء.

(١٢) قوله: "فلا ضرورة" قال الفقيه أبو الليث: إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء، ينبغى أن يجوز لهم الشراء للضرورة، ولا بأس لهم أن يصلوا معه وإن كان أكثر من قدر الدرهم. (نهاية)

(١٣) الشعر.

(١٤) بأن لم يكن جاريًا ولا عشرًا فى عشر.

(١٥) قوله: "دليل طهارته [والطاهر لا ينجس]" والصحيح قول أبى يوسف؛ لأنه لو كان طاهرًا مباح الانتفاع به يصح بيعه، قياسًا على عامة ما هذا شأنه، وعن بعض السلف أنه كان لا يلبس مكعبًا أو خفًا مخروزًا بشعر الخنزير. (ك)

(١٦) قوله: "ولأبى يوسف إلخ" وكأن المصنف اختار قول أبى يوسف حيث أخره، وقيل: هذا إذا كان منتوفًا، وأما المجزوز فطاهر، كذا فى التمر تاشى وقاضى خان. (عناية)

(١٧) أى إطلاق الانتفاع.

(١٨) ضرورة.

(١٩) فى الماء.

(٢٠) وذكر فخر الإسلام شعر الإنسان طاهر، وهو الصحيح عندنا. (ن)

مبتذل[١]، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزاءه مهانًا مبتذلا، وقد قال عليه السلام*: «لعن الله الواصلة والمستوصلة[٢]» الحديث، وإنما يرخص[٣] فيما يتخذ من الوبر[٤] فيزيد في قرون[٥] النساء وذوائبهن[٦].

قال[٧]: ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ[٨]؛ لأنه[٩] غير منتفع به[١٠]، قال عليه السلام**: «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب»[١١]، وهو[١٢] اسم لغير المدبوغ[١٣] على ما مر في كتاب الصلاة[١٤]. ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ، لأنها طهرت بالدباغ، وقد ذكرناه في كتاب الصلاة[١٥]، ولا بأس ببيع عظام الميتة، وعصبها[١٦]

---

(٢١) قوله: "ولا الانتفاع إلخ" روى عن محمد أنه يجوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالا بما روى أن النبي عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه، وكانوا يتبركون به، ولو كان نجسًا لما فعل، فإنه لا يتبرك بالنجس، ألا ترى أن أبا طيبة رضى الله عنه حين شرب دمه على قصد التبرك نهاه أن يعود إلى مثله فى المستقبل. (ك)

(١) ابتذال: نگاه نداشتن چيزى را.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٥ ص١٥٠. (نعيم)

(٢) قوله: "لعن الله إلخ" وأخرجه الشيخان عن ابن عمر كذا قال الزيلعى، وآخره: والواشمة والمستوشمة، فالواشمة التى تجعل الخيلان فى وجه المرأة بكحل أو مداد، والمستوشمة المعمول بها ذلك، وإنما تستحق اللعن بالانتفاع بما لا يجوز به الانتفاع. والواصلة التى تصل شعر امرأة بشعر امرأة أخرى، والمستوصلة هى الآمرة بذلك، وقيل: هى التى يفعل بها ذلك، وقال الزيلعى: إن الاستدلال بهذا الحديث على منع بيع شعور الإنسان، والانتفاع به لكرامته غير واضح، وفيه أنه واضح لأن استحقاق اللعن فى الوصل يدل على عدم جواز الانتفاع به وعدم جواز الانتفاع به يدل على عدم جواز البيع، كذا قال العينى. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(٣) الوصل.

(٤) محركة پشم شتر. (من)

(٥) قوله: "فى قرون [قرن -بالفتح- گيسو. م] إلخ" أى فى أصول الشعر للتكثير، وفى الذوائب للتطويل. (ك)

(٦) ذوائب: گيسوها. (م)

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) وبعد الدبغ يجوز.

(٩) قوله: "لأنه غير منتفع به" فإن قيل: نجاستها مجاورة باتصال الدسومات ومثله يجوز بيعه كالثوب النجس. أجيب بأنها خلقية، فما لم يزل بالدباغ فهى كعين الجلد، بخلاف نجاسة الثوب. (ع)

(١٠) لنجاستها. (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٥، والدراية ج٢ تحت الحديث ٧٧٥ ص١٥٠. (نعيم)

(١١) رواه الترمذى.

(١٢) إهاب، كذا روى عن الخليل. (ع)

(١٣) وإذا دبغ فاسمه أديم.

(١٤) أى أنه اسم لغير المدبوغ.

(١٥) بقوله: كل إهاب دبغ فقد طهر.

وصوفها[١]، وقرنها[٢]، وشعرها، ووبرها[٣]، والانتفاع بذلك كله؛ لأنها طاهرة لا يحلها الموت[٤] لعدم الحياة، وقد قررناه[٥] من قبل[٦]، والفيل كالخنزير[٧] نجس العين عند محمد، وعندهما بمنزلة[٨] السباع، حتى يباع[٩] عظمه وينتفع به[١٠].

قال[١١]: وإذا كان السفل لرجل وعلوه[١٢] لآخر فسقطا[١٣]، أو سقط العلو وحده، فباع صاحب العلو علوه[١٤] لم يجز؛ لأن حق التعلي ليس بمال[١٥]، لأن المال ما يمكن إحرازه[١٦]، والمال هو المحل للبيع، بخلاف الشرب[١٧] حيث يجوز بيعه تبعًا[١٨] للأرض باتفاق الروايات، ومفردًا في رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ؛ لأنه[١٩] حظ من الماء، ولهذا[٢٠] يضمن[٢١] بالإتلاف، وله قسط[٢٢] من الثمن على ما

---

(١٦) عصبته پے عصب جمع.

(١) صوف -بالضم- پشم گوسفند. (م)

(٢) قرن بالفتح شاخ. (م)

(٣) پشم شتر.

(٤) والموت لا يحل إلا في محل الحياة [لعدم الحس].

(٥) بقوله: وشعر الميتة إلخ.

(٦) في كتاب الطهارة.

(٧) أي في حق تناول اللحم وغيره. (ك)

(٨) قوله: "بمنزلة السباع" لأنه منتفع به حقيقة، فكان منتفعًا به شرعًا اعتبارًا بسائر السباع. (ك)

(٩) قوله: "حتى يباع إلخ" قالوا: هذا إذا لم يكن على عظم الفيل وأشباهه دسومة، وإذا كانت فهو نجس لا يجوز بيعه.(ن)

(١٠) أي بعظمه.

(١١) أي محمد. (عيني)

(١٢) علو الدار -بالضم والكسر- بالا خانه خلاف سفل. (من)

(١٣) كلاهما.

(١٤) أي حق التعلي. (ك)

(١٥) قوله: "ليس بمال" لأن حق التعلي يتعلق بالهواء، والهواء ليس بمال، لأن المال ما يمكن قبضه وإحرازه، وإنما يجوز البيع قبل الانهدام باعتبار البناء القائم، ولم يبق. (عيني)

(١٦) أي حفظه وجمعه.

(١٧) فإنه حق الأرض مع أنه يجوز بيعه، شرب -بالكسر- حصه آب. (م)

(١٨) قوله: "تبعًا" لا مقصودًا، وهو اختيار مشايخ بخارا للجهالة. (ك)

(١٩) قوله: "لأنه حظ من الماء" والماء عين مال، فكان كبيع العين، أو بيع يتعلق بالعين، فيجوز، بخلاف التعلي على ما ذكرنا. فإن قيل: لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين وهو الماء ينبغي أن لا يجوز إذا كان الماء معدومًا في الأرض. قلنا: يجوز للضرورة بفرضية وجوده كما في السلم والاستصناع. (نهاية)

(٢٠) أي لكونه حظًا للماء.

نذكره[١] في كتاب الشرب.

قال[٢]: وبيع الطريق وهبته جائز، وبيع مسيل الماء[٣] وهبته باطل، والمسألة تحتمل وجهين: بيع رقبة الطريق[٤] والمسيل، وبيع حق المرور[٥] والتسييل، فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين[٦] أن الطريق معلوم لأن[٧] له طولا وعرضًا معلومًا، وأما المسيل[٨] فمجهول، لأنه[٩] لا يدرى[١٠] قدر ما يشغله من الماء[١١]، وإن كان الثاني[١٢] ففي بيع حق المرور روايتان[١٣]. ووجه الفرق على أحدهما[١٤] بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم[١٥] لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق[١٦]، أما

---

(٢١) قوله: "يضمن بالاتلاف" بأن سقى رجل أرض نفسه بشرب غيره يضمن. (كافي)

(٢٢) قوله: "قسط من الثمن" حتى إذا ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف، فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادته لاختلافهما في ثمن الأرض، لأن الذي زاد الشرب نقص عن ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب، فصار كاختلافهما في مقدار ثمن الأرض. (كافي)

قوله: "قسط" -بالكسر- حصه ونصيب وپاره از چيزى. (م)

(١) قوله: "ما نذكره" قال الإنزاري أي من "المبسوط": قلت: هذا على النسخة التي فيها على ما ذكره، وفي بعض النسخ نذكره بصيغة الجمع، فيكون المراد من قوله: في كتاب الشرب مسائل الشرب التي ذكرها في كرى الأنهار من إحياء الموات. (عيني)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) وهي النهر (ك) جاى روان شدن آب. (غث)

(٤) أي نفسه وعينه.

(٥) أي حق الطريق دون رقبة الأرض.

(٦) أي بيع رقبة الطريق وبيع رقبة المسيل.

(٧) قوله: "لأن له طولا وعرضًا" فإن عرضه مقدار باب الدار، وطوله إلى السكة النافذة غالبًا، فيجوز البيع، وهذا إذا بينهما، وإذا لم يبينهما جاز أيضًا، لأنه يقدر بعرض باب الدار العظمى، كذا في "العناية". (مل)

(٨) قوله: "وأما المسيل" أي رقبة المسيل من حيث هو مسيل، وهذا القيد لإخراج بيع رقبته من حيث إنه نهر فإنه أرض مملوكة جاز بيعها، ذكره شمس الأئمة السرخسي. (ع)

(٩) قوله: "لأنه لا يدرى إلخ" هذا إذا لم يبين الطول والعرض، فلا يجوز للجهالة، وإذا علم حدوده وموضعه فجائز. (عيني)

(١٠) لا طولا ولا عرضًا.

(١١) بيان.

(١٢) أي بيع حق المرور وحق التسييل.

(١٣) قوله: "روايتان" جائز في رواية ابن سماعة، وفي رواية "الزيادات" لا يجوز، وصححه الفقيه أبو الليث بأنه حق من الحقوق، وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز. (درر)

(١٤) أي رواية الجواز.

(١٥) إما بالبيان أو التقدير، كما مر. (ع)

المسيل[١] على السطح فهو[٢] نظير حق التعلى[٣]، وعلى الأرض مجهول لجهالة محله[٤]، ووجه[٥] الفرق بين حق المرور، وحق التعلى على[٦] أحد[٧] الروايتين أن حق التعلى يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء، فأشبه[٨] المنافع[٩]، أما حق المرور يتعلق[١٠] بعين تبقى وهو الأرض، فأشبه الأعيان[١١].

قال[١٢]: ومن باع جارية، فإذا هو[١٣] غلام فلا بيع[١٤] بينهما[١٥]، بخلاف ما إذا باع كبشًا[١٦] فإذا هو نعجة[١٧] حيث ينعقد البيع ويتخير، والفرق[١٨] يبتنى على الأصل[١٩] الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا

---

(١٦) لأنه معلوم القدر.

(١) أى حق التسييل.

(٢) قوله: "فهو نظير إلخ" أى هو غير جائز لمعنيين أحدهما أنه متعلق بالهواء، فليس بمال، فكان بمنزلة حق التعلى، والثانى للجهالة، لأن التسييل مجهول مختلف لقلة الماء كثرته. (ك)

(٣) فلا يجوز بيعه باتفاق الروايات.

(٤) فإنه لا يعلم قدر ما يشغله من الماء.

(٥) قوله: "ووجه الفرق إلخ" لما كان رواية ابن سماعة فى جواز بيع حق المرور تلجئ إلى الفرق بينه وبين حق التعلى بين الفرق بينهما بقوله: ووجه الفرق إلخ. (ع)

(٦) متعلق بحق المرور.

(٧) أى رواية الجواز.

(٨) لأنها لا بقاء لها.

(٩) وبيع المنافع لا يجوز، فكذا هذا.

(١٠) قوله: "يتعلق إلخ" ظهر من هذا أن محل البيع إما الأعيان التى هى أموال، أو حق يتعلق بها، وفيه نظر، لأن السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين يبقى وهو مال ولا يجوز بيعه. (عناية)

(١١) لأن لها بقاء.

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٣) ذكره لتذكير الخبر. (ن)

(١٤) قوله: "فلا بيع" أى فلا يجوز البيع، وإنما ذكر هذه العبارة لأنه عبارة محمد، فذكرها بعينه، وعند زفر يجوز البيع. (عينى)

(١٥) قوله: "بينهما" قيل: باطل لأنه بيع المعدوم، وقيل: فاسد لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره. (ن)

(١٦) كبش –بالفتح– قچقار وآن در سال چهارم باشد. (من)

(١٧) بالفتح: ميش. (م)

(١٨) بين المسألتين.

(١٩) قوله: "على الأصل الذى إلخ" أى الأصل الذى ذكرناه، وهو متفق عليه لكن ذكرنا ذلك المتفق عليه فى وجه قول محمد فى مسألة ما إذا تزوجها على دن من النحل فإذا هو خمر فلاتفاقهم على ذلك الأصل لم يقع الخلاف ههنا فى مسألة من باع جارية إلخ. (نهاية)

ففي مختلفي الجنس[١] يتعلق[٢] العقد بالمسمى، ويبطل[٣] لانعدامه[٤]، وفي متحدي الجنس[٥] يتعلق[٦] بالمشار إليه، وينعقد[٧] لوجوده، ويتخير[٨] لفوات الوصف[٩]، كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب[١٠]، وفي مسألتنا[١١] الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت[١٢] في الأغراض، وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب[١٣] فيها[١٤]، وهو[١٥] المعتبر في هذا[١٦] دون الأصل كالخل والدبس[١٧] جنسان[١٨]، والوذاري[١٩] والزندنيجي[٢٠] على ما قالوا، جنسان مع اتحاد

---

(١) أي المشار إليه والمسمى كانا مختلفي الجنس.

(٢) قوله: "يتعلق إلخ" لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لأن الإشارة لتعريف الذات، فإنه إذا قال: هذا صارت الذات معينة، والتسمية لإعلام الماهية، وأنه أمر زائد على أصل الذات، فكان أبلغ في التعريف، ونحن نحتاج في مقام التعريف إلى ما هو أبلغ تعريفاً، فلذلك علقنا الحكم بالمسمى دون المشار إليه، وأما إذا كان المشار إليه من جنس المسمى كانت العبرة للإشارة، لأن ما سمي وجد في المشار إليه، فصار حق التسمية مقضياً بالمشار إليه. (نهاية)

(٣) العقد.

(٤) المسمّى.

(٥) أي المشار إليه والمسمّى كانا متحدي الجنس.

(٦) العقد.

(٧) العقد.

(٨) المشتري.

(٩) المرغوب فيه.

(١٠) حيث ينعقد العقد ويتخير المشتري.

(١١) أي باع جاريةً فإذا هو غلام، أو كبشاً فإذا هو نعجة.

(١٢) قوله: "للتفاوت إلخ" لأن المطلوب من العبد الاستخدام خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما، ومن الأمة الاستخدام داخل الدار كالطبخ، والكنس، والاستفراش، والاستيلاد الذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية، فكان التفاوت بينهما فاحشاً. (مل)

(١٣) قوله: "للتقارب إلخ" الكبش والنعجة جنس واحد لأن الغرض الكلي من الحيوان الأكل، والركوب، والحمل، والذكر الأنثى في ذلك سواء. (ع)

(١٤) الأغراض.

(١٥) قوله: "وهو المعتبر إلخ" أي المعتبر في أنهما جنسان مختلفان، أو متحدان تفاوت الأغراض وتقاربها، دون أصل المادة، وإذا عرف هذا فإذا وقعت الإشارة إلى مبيع ذكر بتسميته فإن كان ذلك مما يكون الذكر والأنثى فيه جنسين كبني آدم، فالعقد يتعلق بالمسمى، ويبطل بانعدامه، فإذا قال: بعتك هذه الجارية فإذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي أبلغ في التعريف من الإشارة، وإن كان مما يكونان من جنساً واحداً فالعقد يتعلق بالمشار إليه، وينعقد بوجوده، لأن العبرة إذ ذاك للإشارة لا للتسمية، لأن ما سمي وجد في المشار إليه، فصار حق التسمية مقضياً بالمشار إليه، فإذا باع كبشا فإذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه. (عناية)

(١٦) أي في اختلاف الجنس واتحاده.

(١٧) دو شاب يعني شيره أنگور. (غث)

(١٨) مع اتحاد أصلهما وهو العنب.

أصلهما[١]. قال: ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة، فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن[٢] لا يجوز البيع الثاني، وقال الشافعي: يجوز؛ لأن الملك[٣] قد تم فيها بالقبض، فصار البيع من البائع ومن غيره سواء، وصار كما لو باع[٤] بمثل الثمن الأول أو بالزيادة[٥] أو بالعرض[٦].

ولنا: قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة[٧]، وقد باعت بستمائة بعد ما

---

(١٩) قوله: "والوذاري" -بفتح الواو وكسرها، والذال المعجمة- ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند. (ن)

(٢٠) قوله: "والزنديجي [الزند قرية ببخارا منه ثوب زنديجي. ق]" ثوب منسوب إلى زند على خلاف القياس، قرية ببخارا. (نهاية)

(١) وهو القطن.

(٢) وبعد نقد الثمن يجوز.

(٣) للمشتري.

(٤) من البائع.

(٥) على الثمن الأول.

(٦) قوله: "أو بالعرض [متاع]" يعني اشترى بألف ثم باعها قبل نقد الثمن بالعرض، وقيمة العرض أقل من الألف فإنه يجوز، ولو باعها بدرهم ثم اشتراها بدنانير، وقيمة الدنانير أقل من الثمن الأول لا يجوز استحساناً، خلافاً لزفر، فإن ربا الفضل لا يتحقق بين الدنانير والدراهم، ووجه الاستحسان: أنهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد، فيثبت شبهة الربا. (مل)

(٧) قوله: "لتلك المرأة إلخ" قلت: أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه": أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة في نسوة، فسألتها امرأة فقالت: يا أم المؤمنين كانت لي جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمان مائة، ثم ابتعتها منه بستمائة، فنقدته الستمائة، وكتب عليه ثمان مائة، فقالت عائشة: بئس ما اشتريت، وبئس ما اشترى، اخبري زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، فقالت المرأة لعائشة: أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل؟ فقالت: ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾. وأخرجه الدارقطني والبيهقي في سننهما عن يونس بن أبي إسحاق الهمداني عن العالية، قالت: كنت قاعدة عند عائشة، فأتتها أم محبة، فقالت: إني بعت زيد بن أرقم جارية إلى عطاءه، فذكر نحوه، قال الدارقطني أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما، انتهى. وأم محبة -بضم الميم وكسر الهاء- هكذا ذكره الدارقطني في "المؤتلف والمختلف"، وقال: إنها امرأة تروي عن عائشة، روى حديثها أبو إسحاق السبيعي عن امرأته العالية، ورواه أيضاً يونس بن أبي إسحاق عن أمه العالية بنت أنفع عن أم محبة عن عائشة. وأخرجه أحمد في "مسنده": حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي إسحاق عن امرأته أنها دخلت على عائشة هي وأم ولد زيد بن أرقم، فقالت أم ولد زيد لعائشة: إني بعت من زيد غلاماً بثمان مائة درهم نسيئة، واشتريته بستمائة نقداً فقالت عائشة: أبلغي زيداً إنك قد أبطلت جهادك مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب بئس ما اشتريت وبئس ما شريت. قال في "التنقيح": هذا إسناد جيد وإن كان الشافعي قال: لا يثبت مثله عن عائشة، وكذلك الدارقطني قال في العالية: مجهولة لا يحتج بها. وفيه نظر، فقد خالفه غيره، ولو لا أن عند أم المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إن هذا محرم لم يستجزان تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد، انتهى.

وقال ابن الجوزي: قالوا: العالية امرأة مجهولة لا يقبل خبرها. قلنا: بل هي امرأة معروفة، جليلة القدر، ذكرها ابن سعد في "الطبقات"، فقال: العالية بنت أنفع، امرأة أبي إسحاق سمعت من عائشة، انتهى كلامه. (تخريج الزيلعي)

قوله: "لتلك المرأة إلخ" أن امرأة دخلت على عائشة رضي الله تعالى عنها، وقالت: إني اشتريت من زيد ابن أرقم جارية إلى العطاء بثمان مائة درهم، ثم بعتها منه بستمائة، فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها: بئس ما شريت إلخ، فأتاها

اشترت بثمان مائة[١]: بئس[٢] ما شريتِ[٣] واشتريتِ[٤]، أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل[٥] حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم إن لم يتب*، ولأن الثمن لم يدخل[٦] في ضمانه[٧] فإذا وصل[٨] إليه[٩] المبيع[١٠]،

زيد بن أرقم معتذراً، فتلت قوله تعالى: ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾، فهذا الوعيد الشديد دليل على فساد هذا العقد، وإلحاق هذا الوعيد لهذا الصنع لا يهتدى إليه العقل، إذ شيء من المعاصي دون الكفر، لا يبطل شيئاً من الطاعات، إلا أن يثبت شيء من ذلك بالوحي، فدل على أنها قالته سماعاً.

واعتذار زيد إليها دليل على ذلك، لأن في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضاً، وما كان يعتذر أحدهما إلى صاحبه فيها. لا يقال: إنما ألحقت الوعيد به للأجل إلى العطاء، لأنا نقول: إن مذهب عائشة رضي الله عنها جواز البيع إلى العطاء، ولأنها قد كرهت العقد الثاني بقولها: بئسما شريت، وليس فيه هذا المعنى. (كفاية)

(١) قوله: "بعد ما اشتريت إلخ" هذا ما روي في مسند أبي حنيفة من أن زيد بن أرقم باع جارية أولا بثمان مائة درهم من تلك المرأة، ثم اشتراها زيد منها بستمائة، ففي هذه الرواية حصل الربح لزيد يثبت من الروايات الأخرى أن الربح كان لتلك المرأة وهي كانت أم ولد زيد بن أرقم فإنه روى الإمام أحمد بن حنبل أنه دخلت أم ولد زيد على عائشة، فقالت: إني بعت من زيد غلاماً بثمان مائة درهم نسيئة، فاشتريته بستمائة، لقد روى عبد الرزاق أن امرأة دخلت على عائشة فقالت: كانت لي جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء، ثم ابتعتها منه بستمائة، فنقدته ستمائة، وكتب لي عليه ثمانمائة، فقرأت عائشة آية الربا، فقالت المرأة لعائشة: أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل؟ فقالت عائشة: فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف، وهكذا أورد مولانا حميد الدين البنياني في شرحه، ونقله العلي القاري في شرحه "مختصر المنار"، والعلامة ابن الهمام في "فتح القدير" وغيرهم، فتأمل. (مولانا عبد الحليم)

(٢) قوله: "بئس ما شريت" أي بعت، لأن الشراء يستعمل في معنى البيع، قال الله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس دراهم معدودة﴾ أي باعوه، ثم إنما قدمت العقد الثاني، لأن الفساد فيه مقصود وفي الأول باعتبار الوسيلة.

فإن قيل: قد جاء الوعيد أيضاً في تفريق الولد عن الوالد بالبيع، ومع ذلك لو فعله فالبيع جائز لا فاسد؟

قلنا: الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً أيضاً، فلما أمكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اعتبر منفصلا في جواز البيع، وكره ذلك نسبته إلى التفريق، أما ههنا لما كان الوعيد لشبهة الربا، والربا مختص بالبيع فأوجب الفساد، ولأن في هذا لما كان شبهة الربا أوجب الفساد، لأن شبهة الربا ملحقة بحقيقة الربا، فأوجب الفساد كحقيقته. (ك)

(٣) أي بعت.

(٤) قوله: "واشتريت [أي أولا" وإنما ذمت البيع الأول وإن كان جائزا عندها، لأنه صار ذريعة إلى البيع الثاني الذي هو موسوم بالفساد، وهذا كما يقول لصاحبه: بئس البيع الذي أوقعك في هذا الفساد وإن كان البيع جائزاً.

فإن قيل: يحتمل إنها ذمت البيع الأول لفساده بجهالة الأجل، وإنها رجعت عن تجويز البيع إلى العطاء، والبيع الثاني لأنه بيع المبيع قبل القبض، إذ القبض لم يذكر في الحديث. قلنا: الرجوع لم يثبت، وإنما ذمت البيع الثاني لأجل الربا حتى تلت عليه آية الربا، وليس في بيع المبيع قبل القبض الربا. (ك)

(٥) قوله: "أبطل حجه إلخ" إنما خص الجهاد لأنه أعظم الأعمال، وأشق على البدن، كذا الحج، قال الله تعالى: ﴿كتب عليكم القتال وهو كره لكم﴾. (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٦ص١٥١. (نعيم)

(٦) لعدم القبض.

(٧) البائع.

(٨) بالبيع.

ووقعت[١] المقاصة[٢] بقى[٣] له[٤] فضل خمسمائة، وذلك[٥] بلا عوض[٦]، بخلاف ما إذا باع بالعرض[٧]، لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة[٨].

قال[٩]: ومن اشترى[١٠] جارية بخمسمائة ثم باعها، وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز[١١] فى[١٢] التى لم يشترِها من البائع، ويبطل فى[١٣] الأخرى؛ لأنه[١٤] لا بد أن يجعل[١٥] بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترِها منه[١٦]، فيكون[١٧] مشتريًا للأخرى[١٨] بأقل مما باع، وهو فاسد عندنا، ولم يوجد[١٩]

---

(٩) البائع.

(١٠) أى بالصفة التى خرج عن ملكه. (ك)

(١) قوله: "ووقعت المقاصة" أى بين الثمن فى البيع الأول وبين الثمن فى البيع الثانى أى وقع تقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصاً. (مل)

(٢) چيزى بيدل چيزى فرا گرفتن. (م)

(٣) مع علامة الجارية له.

(٤) البائع.

(٥) الفضل.

(٦) قوله: "وذلك بلا عوض" فهذا ربح حصل لا على ضمانه، ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن ربح ما لم يضمن، بخلاف ما إذا باعه من غيره، لأن الربح لا يحصل للبائع، وبخلاف ما إذا اشترى بالثمن الأول لعدم الربا، بخلاف ما إذا اشترى بأكثر، فإن الربح هناك يحصل للمشترى، والمبيع قد دخل فى ضمانه. (ع)

(٧) رخت ومتاع وهرچه غير از زر وسيم باشد. (م)

(٨) وقد انتفت.

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٠) قوله: "ومن اشترى إلخ" هذه من فروع المسألة المتقدمة، لأنها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. (ع)

(١١) قوله: "فالبيع جائز" وأما إذا باعها مع جارية أخرى بألف وخمسمائة فالبيع فاسد، لأنه عند انقسام الثمن يلزم شراء ما باع بأقل مما باع. فإن قلت: إنه يتحقق ههنا صورة الجواز، وهو أن يكون الخمس مائة بإزاء المبيعة أولا، والألف بإزاء المضمونة، فلا ضير. قلت: لما اجتمع جهة الجواز وجهة الفساد فالترجيح ههنا للمفسد ترجيحًا للمحرم، كذا فى "العناية". (مل)

(١٢) الجارية.

(١٣) الجارية.

(١٤) قوله: "لأنه لا بد أن يجعل إلخ" أى لأن المشترى لما باع الجاريتين بخمسمائة إحداهما هى التى اشتراها من البائع فى المرة الأولى بخمسمائة والأخرى هى التى لم يشترها منه لا بد إلخ. (عينى)

(١٥) فى البيع الثانى.

(١٦) أى من البائع.

(١٧) أى البائع الأول.

(١٨) أى الجارية المبيعة أولا.

هذا المعنى[١] في صاحبتها، ولا يشيع الفساد، لأنه ضعيف فيها[٢] لكونه[٣] مجتهدًا فيه، أو لأنه[٤] باعتبار شبهة الربا، أو لأنه[٥] طار لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة[٦]، فلا يسرى إلى غيرها.

قال[٧]: ومن اشترى زيتًا[٨] على أن يزنه بظرفه، فيطرح[٩] عنه[١٠] مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد، وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز، لأن الشرط الأول[١١] لا يقتضيه العقد[١٢]، والثاني[١٣] يقتضيه[١٤].

---

(١٩) قوله: "ولم يوجد" في صاحبتها، وهي الجارية التي ضمت إلى الجارية المبيعة لأنه ما اشتراها منه حتى باع بأقل منه، فيجوز لعدم المفسد. (عيني)

(١) أي الشراء بأقل مما باع.

(٢) أي في المشتراة. (ك)

(٣) قوله: "لكونه مجتهدًا فيه" لما أن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن جائز عنده، فلما ضعف الفساد فيها لم يتعد إلى المضمومة إليها كما لو باع عبدًا ومدبرًا حيث يصح البيع في العبد لضعف فساد البيع في المدبر حتى لو قضى بجوازه يجوز، كذا في "الكفاية". وقال في "العناية": إن فيه نظرا لأن خلاف الشافعي كان بعد وضع المسألة، فكيف يوضع المسألة بناء على شيء لم يقع بعد. (مل)

(٤) قوله: "أو لأنه باعتبار شبهة الربا" من حيث إنه يعود إليه كل رأس ماله مع زيادة ليس بإزاءها ضمان وعوض، وشبهة الربا كحقيقته، فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت إلى المشتراة لكنا قد اعتبرنا شبهة الشبهة، وذلك لا يجوز، كذا في "الكفاية". وبيان أن في المشتراة شبهة الربا أن الألف وإن وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشترى بها عيبا فيردها، فيسقط الثمن عن المشترى، وبالبيع الثاني يقع الأمن عنه، فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريًا ألفا بخمسمائة من هذا الوجه، والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا، كذا في "العناية". (مل)

(٥) قوله: "أو لأنه طار" أي الفساد طار بوجهين، أحدهما: أنه قابل الثمن بالجاريتين، وهي مقابلة صحيحة إذ لم يشترط فيها أن يكون فيه بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول، لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما، فصار البعض بإزاء ما باع، والبعض بإزاء ما لم يبع، ففسد البيع فيما باع، ولا شك في كونه طارئًا فلا يتعدى إلى الأخرى.

والثاني: المقاصة فإنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة، فتقاصا خمسمائة بخمس مائة مثلها بقى للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني، فيفسد عندها، وذلك لا شك في طروءه. (عناية)

(٦) چيزى ببدل چيزى فرا گرفتن. (م)

(٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٨) روغن زيتون.

(٩) البائع.

(١٠) أي عن المشترى.

(١١) أي طرح خمسين رطلا مكان كل ظرف.

(١٢) قوله: "لا يقتضيه العقد" فإن مقتضاه أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد، وعسى أن يكون وزنه أنقى من ذلك أو أكثر، فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه. (عناية)

(١٣) أي طرح وزن الظرف.

قال[١] : ومن[٢] اشترى سمنًا[٣] في زق[٤] ، فرد الظرف[٥] وهو[٦] عشرة أرطال، فقال البائع : الزق[٧] غير هذا، وهو خمسة أرطال، فالقول قول المشترى[٨] ، لأنه إن اعتبر[٩] اختلافًا في تعيين الزق المقبوض[١٠] فالقول قول القابض[١١] ضمينًا[١٢] كان أو أمينًا[١٣] ، وإن اعتبر اختلافًا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن[١٤] ، فيكون[١٥] القول قول المشترى لأنه ينكر الزيادة.

قال[١٦] : وإذا أمر[١٧] المسلم نصرانيًا ببيع خمر أو بشراءها، ففعل ذلك جاز[١٨] عند أبى حنيفة، وقالا : لا يجوز[١٩] على المسلم، وعلى هذا الخلاف[٢٠] الخنزير،

---

(١٤) العقد.

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) قوله: "ومن اشترى إلخ" صورة المسألة: رجل اشترى من رجل الثمن الذى فى هذا الزق كل رطل بدرهم، فوزن له السمن والزق، فبلغ مائة رطل، وقبضه المشترى، ثم جاء فقال: وجدت السمن تسعين رطلا، والزق هذا وزنه عشرة أرطال، وقال البائع: الزق غير هذا، وزنه خمسة أرطال والسمن خمسة وتسعون رطلا. (عينى)

(٣) روغن زرد.

(٤) قوله: "فى زق [مشك]" زق -بالكسر- پوستى ست براى شراب، وجز آن كه موى أنرا بريده باشند نه بر كنديده. (من)

(٥) أى الزق.

(٦) الواو حالية.

(٧) أى الذى كان فيه الثمن.

(٨) مع يمينه إذا لم يقيم البينة.

(٩) هذا الاختلاف.

(١٠) مع السمن.

(١١) المشترى.

(١٢) كالغاصب. (ن)

(١٣) كالمودع. (ن)

(١٤) فالبائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره.

(١٥) قوله: "فيكون القول قول المشترى" ولا يتحالفان وإن اختلفا فى الثمن، لأن اختلافهما فى الثمن ثبت تبعا لاختلافهما فى الزق والاختلاف فى الزق لا يوجب التحالف، لأنه ليس بمعقود به، ولا معقود عليه، وكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا، لأن حكم التبع لا يخالف حكم الأصل. (ك)

(١٦) أى محمد. (عينى)

(١٧) أى وكل.

(١٨) قوله: "جاز إلخ" ويؤمر بتصدق الثمن، ويكره هذا التوكيل أشد الكراهة، ويصير الملك للموكل، ولو وكل النصرانى نصرانيًا يصح بالاتفاق، ولذا قيد بالمسلم، ولو وكل المسلم مسلما لا يجوز بالاتفاق، ولذا قيد بالنصرانى، ولو وكل المسلم ذميا بهبة الخمر وتسليمها لا يجوز، لأن أحكام العقد ترجع إلى الموكل، فصار كالرسول، كذا فى "النهاية". (مل)

(١٩) التوكيل.

وعلى هذا[1] توكيل المحرم غيره ببيع صيده[2]. لهما: أن الموكل لا يليه[3]، فلا يوليه غيره[4]، ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل، فصار كأنه باشره بنفسه، فلا يجوز، ولأبى حنيفة: أن[5] العاقد هو الوكيل بأهليته[6] وولايته، وانتقال[7] الملك[8] إلى الآمر[9] أمر[10] حكمى، فلا يمتنع[11] بسبب الإسلام، كما إذا ورثهما[12]، ثم إن كان خمراً[13] يخللها[14]، وإن كان خنزيراً يسيبه[15].

قال[16]: ومن[17] باع عبداً على أن يعتقه المشترى، أو يدبره، أو يكاتبه، أو أمة

---

(٢٠) أى إذا وكل المسلم نصرانياً ببيع خنزير أو شراءه.

(١) الخلاف.

(٢) الذى صاده قبل الإحرام.

(٣) قوله: "لا يليه [وفى نسخة: لا يليه بنفسه]" أى لا يلى التصرف الذى أمره للنصرانى، فلا يوليه غيره، لأن المسلم لا يملك بنفسه، فلا يملك غيره، لأن تمليك ما لا يملك لا يجوز. (عينى)

(٤) كالمسلم وكل مجوسياً، بأن يزوجه مجوسية لا يصح العقد. (ن)

(٥) قوله: "أن العاقد إلخ" يعنى أن الوكيل إنما يملك التصرف لكونه حراً عاقلا بالغاً، ولهذا يستغنى عن الإضافة إلى الموكل، ويرجع الحقوق إليه، والحاجة إلى الموكل لانتقال حكم التصرف إليه، والموكل أهل لانتقال ملك الخمر إليه إرثاً، وصورة الإرث: بأن أسلم النصرانى، وله خنازير وخمور، ومات قبل تسييب الخنازير وتخليل الخمر، وله وارث مسلم يملكها. (ك)

(٦) لأن النصرانى أهل لمباشرة ذلك.

(٧) جواب عن الدليل الثانى.

(٨) إلى الموكل بعد ثبوت الوكالة.

(٩) الموكل.

(١٠) قوله: "أمر حكمى" أى جبرى لا اختيارى، فإنه يثبت الملك له بدون اختياره كما فى الموت بالاتفاق، وقولهما: إن الموكل لا يليه، فلا يوليه غيره منقوض بما أن الوكيل بشراء شىء بعينه ليس له أن يشتريه لنفسه بمثل ذلك الثمن، وله أن يوكل غيره بذلك، والقياس على تزويج المجوسى مدفوع، فإن حقوق العقد فى النكاح ترجع إلى الموكل، والوكيل سفير لا غير، كذا فى "العناية". وقال فى "الكفاية": إن الأصل أن الوكيل عند أبى حنيفة أصل فى حق نفس التصرف، ونائب عن الموكل فى حكم التصرف، فيعتبر أهليته لنفس التصرف، وأهلية الموكل لحكم التصرف، وعندهما نائب عن الموكل فى حق نفس التصرف، فيعتبر أهلية الموكل لنفس التصرف. (مل)

(١١) قوله: "فلا يمتنع [العقد]" أى إذا ثبت الأهلية لم يمتنع العقد بسبب الإسلام، لأنه جالب لا سالب. (ع)

(١٢) المسلم.

(١٣) قوله: "إن كان خمراً" أى متى جاز عند أبى حنيفة فإن كان خمراً إلخ، وإن كان ثمن خمر تصدق به لأنه عوض الخمر، فتمكن الخبث فيه. (ك)

(١٤) تخليل: سركه كردن. (م)

(١٥) تسييب: گذاشتن ستور را بر سر خود. (من)

(١٦) أى القدورى.

(١٧) شرع فى بيان الفساد الواقع فى العقد بسبب الشرط. (ع)

على أن يستولدها فالبيع فاسد؛ **لأن هذا بيع وشرط وقد نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلّم عن بيع وشرط**[١]، ثم جملة[٢] **المذهب فيه أن يقال: كل شرط يقتضيه العقد**[٣] **كشرط الملك**[٤] **للمشتري لا يفسد العقد**[٥] لثبوته[٦] بدون الشرط[٧]، وكل شرط لا يقتضيه العقد[٨]، **وفيه منفعة**[٩] **لأحد المتعاقدين**[١٠]، أو للمعقود عليه وهو[١١] من أهل[١٢] الاستحقاق يفسده[١٣] **كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع**[١٤]، لأن فيه زيادة عارية عن العوض، **فيؤدي**[١٥] **إلى الربا. أو لأنه يقع**[١٦] بسببه المنازعة،

---

(١) قلت: رواه الطبراني في "معجمه الوسط". (ت)

(٢) قوله: "ثم جملة المذهب" أي الكلية لمذهبنا، والأصل الشامل لفروع أصحابنا. (ن)

(٣) أي يجب بالعقد من غير شرط. (ن)

(٤) أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع. (ك)

(٥) قوله: "لا يفسد العقد" وكذا كل شرط لا يقتضيه العقد إلا أنه يلايم البيع، أي يؤكد موجبه كالبيع بشرط أن يعطى المشتري بالثمن رهنا، أو كفيلا وهو معلوم بالإشارة أو التسمية لا يفسد العقد أيضاً، لأن الرهن شرع وثيقة، وتأكيدا لجانب الاستيفاء، واستيفاء الثمن موجب العقد، فما يؤكده يلايم العقد، والكفالة وثيقة لجانب المطالبة، والمطالبة موجب العقد، فما يؤكدها يلايم العقد، فلا يفسد، فإن لم يكونا معلومين فسد البيع، لأن جهالة الرهن والكفيل تفضى إلى النزاع، فالمشترى يعطيه رهنا أو كفيلا، والبائع يطالبه بآخر. (ك)

(٦) قوله: "لثبوته إلخ" لا يقال: نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع وشرط، وهو بإطلاقه يقتضى عدم جوازه، لأنه في الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق. (عناية)

(٧) فلا يفيد الشرط إلا تأكيداً. (ك)

(٨) ولا يلائمه، ولم يرد الشرع بجوازه ليس بمتعارف. (ك)

(٩) قوله: "وفيه منفعة إلخ" بأن اشترى ثوبًا على أن يخيطه البائع، أو باع عبدًا على أن يخدم البائع شهراً، أو داراً على أن يسكن فيه البائع شهراً مثلا. (عيني)

(١٠) البائع والمشترى.

(١١) الواو حالية.

(١٢) قوله: "وهو من أهل إلخ" أى من أهل أن يستحق على الغير حقا بأن يكون آدميًا، وإن لم يكن من أهل الاستحقاق بأن اشترى فرسًا بشرط أن يعلفه كذا منا من الشعير، أو لم يكن فيه منفعة لأحد كشراء دابة، أو ثوب بشرط أن لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع فى ظاهر المذهب، وعن أبي يوسف أنه يفسد به البيع. (ك)

(١٣) العقد.

(١٤) فإن العبد يعجبه أن لا تتداوله الأيدى. (ك)

(١٥) قوله: "فيؤدى إلى الربا" لأنهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض، وهو ربا، لأن الربا عبارة عن فضل خال عن العوض. لا يقال: لا يطلق الزيادة إلا على المجانس للمزيد عليه، والمشروط منفعة، فكيف يكون ربا، لأنه مال جاز أخذ العوض عليه، ولم يعوض عنه بشيء فى العقد، فيكون ربا. (ع)

(١٦) قوله: "يقع بسببه المنازعة" لأنه متى كان منتفعابه كان مرغوبًا فيه، وكان له طالب، فيقع بسببه النزاع، ومتى لم يكن مرغوبًا فيه لم يكن زيادة تقدير، أو لم يكن له طالب فلا يؤدى إلى الربا أو النزاع. فإن قيل: لما شرط المشترى أو البائع شرطا فى العقد فالظاهر أنه يجرى على موجبه، فلا يؤدى الشرط حينئذ إلى النزاع.

فيعرى العقد عن مقصوده[١]، إلا[٢] أن يكون[٣] متعارفًا، لأن العرف[٤] قاضٍ على القياس، ولو كان[٥] لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد[٦] لا يفسده[٧]، وهو الظاهر[٨] من المذهب كشرط أن لا يبيع المشترى الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة[٩]، فلا يؤدى إلى الربا، ولا إلى المنازعة.

إذا ثبت هذا نقول: هذه الشروط[١٠] لا يقتضيها العقد، لأن قضيته[١١] الإطلاق فى التصرف والتخيير، لا الإلزام حتمًا[١٢]، والشرط يقتضى ذلك[١٣]، وفيه[١٤] منفعة للمعقود عليه، والشافعي[١٥] وإن[١٦] كان يخالفنا فى العتق[١٧] ويقيسه[١٨] على بيع

قلنا: يفسد العقد بالشرط بظاهر ما روى عن النبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط، فبعد ذلك لا يجرى الشارط على الشرط، لأن الشرط إنما يراعى فى البيع الصحيح. (ك)

(١) وهو الاسترباح وقطع النزاع.

(٢) قوله: "إلا أن يكون متعارفًا" هذا استثناء من قوله: يفسده، أي إلا أن يكون الشرط متعارفًا بين الناس كما لو اشترى نعلا بشرط أن يحذوه البائع، أو يشركه، فلا يفسد به البيع، وكذا كل شرط لا يلايم العقد، إلا أن الشرع ورد بجوازه كالخيار والأجل، فيجوز؛ لأن العرف قاضٍ على القياس، إذ الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى، وهو قوله: عليه السلام: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»، أو ثابت بالإجماع، فيكون العرف راجحًا على القياس.

لا يقال: فساد البيع بشرط ثابت بالحديث، والعرف ليس بقاضٍ عليه لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والعرف ينفى الشرع، فكان موافقًا لمعنى الحديث، كذا فى "العناية" وغيرها. (مل)

(٣) الشرط.

(٤) وهو حجة يترك به القياس. (ك)

(٥) الشرط.

(٦) من المتعاقدين.

(٧) لأن الشرط يلغو ويصح العقد.

(٨) قوله: "وهو الظاهر من المذهب" احتراز عما روي عن أبي يوسف أنه يبطل به البيع، نص عليه فى آخر المزارعة، لأن في هذا الشرط ضررا على المشترى من حيث يتعذر عليه التصرف في ملكه، والشرط الذى فيه ضرر كالشرط الذى فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولكنا نقول: لا معتبر بالشرط إلا بالمطالبة، وهى تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر. (ن)

(٩) من جهة الدابة. (نهاية)

(١٠) أي الإعتاق، والتدبير، والكتابة، والاستيلاد.

(١١) قوله: "لأن قضيته" أى قضية العقد، أن يكون المشتري مخيراً فى جميع التصرفات في المشترى، إلا أن يكون ملزمًا على تصرف كالاعتاق أو التدبير. (ن)

(١٢) وجوبًا.

(١٣) الزام.

(١٤) شرط.

(١٥) يقول: بيع الرقيق بشرط العتق جائز.

(١٦) الواو وصلية.

العبد نسمة[١]، فالحجة عليه ما ذكرناه[٢].

وتفسير البيع نسمة: أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا[٣] أن يشترط فيه[٤]، فلو أعتقه المشترى بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبى حنيفة. وقالا: يبقى[٥] فاسداً حتى يجب عليه القيمة، لأن البيع قد وقع فاسداً، فلا ينقلب جائزاً، كما إذا تلف بوجه آخر[٦]، ولأبى حنيفة أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه[٧]، ولكن من حيث حكمه يلائمه[٨]، لأنه[٩] منهٍ للملك[١٠]، والشىء بانتهاءه يتقرر، ولهذا[١١] لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب، فإذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة[١٢]، فيتقرر الفساد، وإذا وجد العتق

---

(١٧) فى قول. (ن)

(١٨) قوله: "ويقيسه إلخ" غير مستقيم فيما ذكر فى "المبسوط" من تفسير الشافعى بيع العبد نسمة، حيث قال من جانب الشافعى: لأن الشراء بشرط الإعتاق متعارف بين الناس، لأن بيع العبد نسمة متعارف فى الوصايا وغيرها، ثم قال: وتفسيره: البيع بشرط العتق، فلا يصح قوله: ويقيسه على بيع العبد نسمة، لأنه يلزم حينئذ قياس الشىء على نفسه. (ن)

(١) قوله: "نسمة [النسم محركة نفس الروح كالنسمة محركة. ق]" النسمة النفس من نسم الريح، ثم سميت بها النفس، ومنها اعتق النسمة، والله تعالى بارئ النسمة، وأما قوله: ولو أوصى بأن يباع عبده نسمة صحت الوصية، فالمراد أن يباع للعتق، أى لمن يريد أن يعتقه وانتصابها على الحال على معنى معرضاً للعتق، وإنما صح هذا لأنه لما كثر ذكرها فى باب العتق، وخصوصاً فى قوله عليه السلام: «فك الرقبة واعتق النسمة» صارت كأنها اسم لما هو يعرض للعتق، فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعانى الأفعال، كذا فى "المغرب". (ك)

(٢) قوله: "ما ذكرناه [من الحديث والمعقول. نهاية]" فالحديث نهى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع وشرط. رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفاً لمقتضى العقد. (ع)

(٣) نفى لما قاله الشافعى: إن تفسيره البيع بشرط العتق. (ك)

(٤) العتق.

(٥) كما كان. (ع)

(٦) غير وجه الإعتاق من الموت والقتل والبيع. (نهاية)

(٧) من أن قضية الإطلاق إلخ.

(٨) العقد.

(٩) قوله: "لأنه [أى لأن العتق]" أى لأن العتق ينهي الملك، فإن الملك فى بنى آدم ثابت إلى العتق، والشىء بانتهاءه يتقرر، ومقر الشىء مصحح له، ولهذا لو اشترى عبداً فأعتقه فعلم بعيب به رجع بنقصانه، بخلاف ما لو باعه، فإذا استهلكه فقد تقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم، فإذا أعتقه تحققت الملايمة بحكم العتق، وهو انتهاء الملك به، فترجح جانب الجواز، فكان الحال قبل ذلك موقوفاً بين أن يبقى فاسداً كما كان، أو ينقلب إلى الجواز بالإعتاق. (ك)

(١٠) تنهيه بپايان رسانيدن چيزى را. (من)

(١١) إيضاح لقوله: والشىء بانتهاءه يتقرر.

(١٢) ويمتنع الرد.

تحققت الملائمة، فترجح جانب الجواز[(١)]، فكان[(٢)] الحال[(٣)] قبل ذلك[(٤)] موقوفًا.

قال[(٥)]: وكذلك[(٦)] لو باع عبدًا على أن يستخدمه البائع شهرًا، أو دارًا على أن يسكنها[(٧)]، أو على[(٨)] أن يقرضه[(٩)] المشترى درهمًا، أو على أن يهدى[(١٠)] له[(١١)] هدية؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد[(١٢)] المتعاقدين، ولأنه عليه السلام نهى[(١٣)] عن بيع و[(١٤)] سلف[(١٥)]*، ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن، يكون إجارة فى بيع، ولو كان لا يقابلهما[(١٦)] يكون إعارة فى بيع، وقد نهى النبى عليه السلام[(١٧)] عن صفقتين[(١٨)] فى صفقة**.

(١) على جانب الفساد.

(٢) قوله: "فكان الحال إلخ" تأمل حق التأمل تخلص من وطئة شبهة وهى أن هذا الشرط فى نفسه إما أن يكون فاسدًا أو لا، فإن كان الأول فتحققه يقرر الفساد، لئلا يلزم فساد الوضع، وإن كان الثانى كان العقد به فى الابتداء جائزًا، وذلك لأنه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملايمة جائز من حيث الحكم، فقلنا بالفساد فى الابتداء عملا بالذات والصورةوبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى، ولم يعكس لأنا لم نجد جائزًا ينقلب فاسدا، ووجدنا فاسدًا ينقلب جائزًا لعدم تحقق الشرط. (ع)

(٣) أى حال العقد.

(٤) الإعتاق.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى يفسد.

(٧) البائع.

(٨) قوله: "أو على أن يقرضه المشترى" احتراز عما إذا قال: بعتك هذه الدار على أن يقرض فلان الأجنبى ألف درهم، فقبله المشترى صح البيع، لأنها لم تلزم الأجنبى لا ضمانًا عن المشترى، لأنها ليست فى ذمته، فيتحملها الكفيل، ولا زيادة فى الثمن، لأنه لم يقل: على أنى ضامن، بخلاف اشتراط الإقراض على المشترى. (عناية)

(٩) البائع.

(١٠) المشترى.

(١١) البائع.

(١٢) البائع.

(١٣) قوله: "نهى عن إلخ" أخرجه أصحاب السنن إلا ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا يحل سلف وبيع». (ت)

(١٤) الواو للجمع.

(١٥) قوله: "سلف" محركة دام كه دران دام دهنده را نفعى نباشد، وبر ذمه مديون أو اى آن بعينه باشد. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٨ص١٥١. (نعيم)

(١٦) شىء من الثمن.

(١٧) قوله: "وقد نهى النبى إلخ" قلت: رواه أحمد فى "مسنده" عن عبد الله بن مسعود قال: «نهى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن صفقتين فى صفقة». (ت)

(١٨) عقدين.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٧٩ص١٥٢. (نعيم)

قال[١]: ومن باع عيناً على أن لا يسلّمه[٢] إلى رأس الشهر، فالبيع فاسد؛ لأن الأجل فى المبيع العين[٣] باطل، فيكون شرطًا فاسدًا[٤]، وهذا[٥] لأن الأجل شرع ترفيهاً[٦]، فيليق[٧] بالديون دون الأعيان.

قال[٨]: ومن اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد، والأصل[٩] أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح[١٠] استثناءه من العقد، والحمل من هذا القبيل[١١]، وهذا[١٢] لأنه بمنزلة[١٣] أطراف الحيوان[١٤] لاتصاله به خلقة، وبيع الأصل يتناولها[١٥]، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب[١٦]، فلم يصح[١٧]، فيصير[١٨] شرطًا فاسدًا، والبيع يبطل به[١٩]. والكتابة[٢٠]، والإجارة[٢١]، والرهن[٢٢] بمنزلة البيع[٢٣]، لأنها

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) إلى المشترى.

(٣) قوله: "فى المبيع العين" وإنما قيد بالعين احتراز عن المسلم فيه فى السلم، فإن المسلم فيه مبيع، ولكنه ليس بعين، فيصح الأجل. (نهاية)

(٤) والبيع يفسد بالشرط الفاسد. (ك)

(٥) أى بطلان الأجل.

(٦) ترفيه: آسائش دادن. (من)

(٧) قوله: "فيليق بالديون" وذلك لأن الدين غير حاصل، فكان الأجل فيه للترفيه، لأن فائدة شرط الأجل اتساع المدة التى يتمكن المشترى من تحصيل الثمن، أما العين فحاصل، فلا حاجة إلى ذكر الأجل. (نهاية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى الأمر الكلى.

(١٠) قوله: "لا يصح استثناءه" لأنه دليل على أنه تبع لما أن التبع يدخل فى البيوع، فلا حاجة إلى إيراد العقد، وبالاستثناء يعلم أنه مقصود. (نهاية)

(١١) أى لا يصح إفراده بالعقد.

(١٢) قوله: "وهذا" أى كون الجنين من هذا القبيل، لأنه بمنزلة أطراف الحيوان، فإن الجنين ما دام فى بطن أمه فهو فى حكم جزء منها كاليد والرجل، ألا ترى أنه يقطع عنها بالمقراض، وأجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصوداً، فلا تكون مقصودة بالاستثناء. (عينى)

(١٣) قوله: "بمنزلة أطراف الحيوان" واستثناء الأطراف لا يصح، لأن الاستثناء تصرف فيما يدخل تحت اللفظ قصداً لا تبعاً، والأطراف بمنزلة الأوصاف يكون دخولها تبعاً. (ك)

(١٤) ينتقل بانتقاله، ويتقرر بقراره. (ع)

(١٥) الأطراف.

(١٦) قوله: "على خلاف الموجب" أى خلاف موجب العقد، لأن العقد يوجب أن يكون الحمل تبعاً غير مقصود. (ب)

(١٧) الاستثناء.

(١٨) أى إذا لم يصح الاستثناء يصير إلخ.

(١٩) أى بالشرط الفاسد.

تبطل بالشروط الفاسدة، غير[1] أن المفسد فى الكتابة ما يتمكن[2] فى صلب[3] العقد منها، والهبة[4]، والصدقة، والنكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء[5]، لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة[6]، وكذا الوصية[7] لا تبطل به، لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثًا[8]، والجارية وصية[9]، لأن الوصية أخت الميراث[10]، والميراث يجرى فيما فى البطن[11]، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها[12]، لأن الميراث لا يجرى فيها.

---

(٢٠) نحو كاتبتك إلا حملك.

(٢١) نحو آجرتك إلا حملك.

(٢٢) رهنتك إلا حملك.

(٢٣) قوله: "بمنزلة البيع إلخ" أى من حيث إنها معاوضة، والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم، فكذا ما فى معناه، والاستثناء يصير شرطًا فاسداً فيها، فيفسدها. (عينى)

(١) استثناء من قوله: تبطل.

(٢) قوله: "ما يتمكن إلخ" بأن كاتب المسلم عبده على خمر، أو خنزير، أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد فى صلب العقد، أما لو شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة، فله أن يخرج، لأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد، وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد، فبطل الشرط، وصح العقد، لأنه شرط لم يتمكن فى صلب العقد، وذلك لأن الكتابة تشبه البيع انتهاء من حيث إنه مال فى حق المولى، وتشبه النكاح من حيث إنه ليس بمال فى حق نفسه، فألحقناها فى البيع فى شرط يتمكن فى صلب العقد، وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلب العقد. (ن)

(٣) أى ما يقوم به العقد، وهو أحد العوضين.

(٤) قوله: "والهبة والصدقة إلخ" صور هذه الأشياء بأن قال: وهبت هذه الجارية لك إلا حملها، أو تصدقتها عليك إلا حملها، أو جعلتها مهراً، أو بدل الخلع، أو بدل الصلح عن دم العمد إلا حملها. (عينى)

(٥) ويدخل فى العقد الولد والأم جميعًا. (نهاية)

(٦) قوله: "لا تبطل بالشروط إلخ" لأن الفساد باعتبار إفضاءه إلى الربا، وذلك لا يتحقق إلا فى المعاوضات، وهذه تبرعات وإسقاط، والهبة وإن كان من قبيل التملكات لكنا عرفنا بالحديث أن الشرط الفاسد لا يفسدها، فإنه عليه السلام أجاز العمرى وأبطل شرطه للمعمر حتى تصير لورثة الموهوب له، لا لورثة المعمر إذا شرط عوده، فيصح العقد، ويبطل الاستثناء. (ع)

(٧) بأن قال: أوصيت لرجل بهذه الجارية إلا حملها.

(٨) للورثة.

(٩) للموصى له.

(١٠) فى أن الملك فى كل منهما يحصل بعد الموت.

(١١) لأنه عين.

(١٢) قوله: "بخلاف ما إذا إلخ" أى أوصى بجارية لإنسان واستثنى خدمتها أو غلتها، فيبطل الاستثناء ويستحق الموصى له الجارية مع خدمتها، لأن الخدمة والغلة لا يجرى فيهما الإرث، لأنها ليست بمال، ألا ترى أن الموصى له بالخدمة والغلة لو مات بعد صحة الوصية تعود إلى ملك الموصى، ولا يصير موروثًا عن الموصى له بخلاف الوصية بما فى البطن حيث يصير ميراثًا عن الموصى له. فإن قيل: لما كان الأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه لزم من هذا أن ما

قال[١]: ومن اشترى ثوبًا على أن يقطعه البائع، ويخيطه قميصًا، أو قباء فالبيع فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين[٢]، ولأنه يصير صفقة في صفقة[٣] على ما مر[٤]. قال: ومن اشترى[٥] نعلا على أن يحذوه[٦] البائع، أو يشركه[٧] فالبيع فاسد، قال[٨]: ما ذكره[٩] جواب القياس، ووجهه ما بينا[١٠]، وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه، فصار كصبغ الثوب[١١]، وللتعامل جوّزنا الاستصناع[١٢]. قال: والبيع إلى النيروز، والمهرجان[١٣]، وصوم النصارى[١٤]، وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان[١٥] ذلك فاسد؛ لجهالة[١٦] الأجل،

يصح إفراده بالعقد يصح استثناءه، والخدمة في الوصية مما يصح إفراده بالعقد بأن قال: أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان، فإنه يصح، فوجب أن يصح استثناءه. قلنا: إنا لو قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم أن ترد الخدمة إلى ورثة الموصى، والإرث لا يجرى في الخدمة، لأن الإرث يجرى في الأعيان دون المنافع، فلذلك قلنا بأن الاستثناء لا يصح. (مل)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) مشترى.

(٣) قوله: "يصير صفقة في صفقة" قال فيما تقدم: صفقتين في صفقة، لأن فيه احتمال الإجارة والعارية، وقال ههنا: صفقة في صفقة إذ ليس فيه احتمال العارية. (مل)

(٤) قوله: "على ما مر" وهو قوله: ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن إلخ. (ك)

(٥) قوله: "ومن اشترى نعلا إلخ" أراد بالنعل الصرم، وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه.
حذا النعل بالمثال قطعها به، وحذا نعلا عملها شرك النعل من التشريك، وضع عليها الشراك، وهو سيرها الذى على ظهر القدم وهو مثل في القلة، كذا في "المغرب". (ك)

(٦) حذا النعل اندازه كرد كفش را وبريد. (من)

(٧) شرك النعل شراک ساخت براى نعل. (من)

(٨) قال أي المصنف.

(٩) الماتن.

(١٠) هو أنه شرط لا يقتضيه إلخ. (ن)

(١١) قوله: "فصار كصبغ الثوب" أي استئجار الصباغ لصبغ الثوب، فإن في القياس لا يجوز، لأن الإجارة بيع المنافع وفيه يلزم بيع العين وهو الصبغ، فلا يجوز كما إذا استأجر بقرة ليشرب ألبانها، لكن ترك القياس للتعامل، فإن له تأثيرا في ترك القياس كما في الاستصناع فإنه بيع المعدوم. (نهاية)

(١٢) قوله: "الاستصناع" فإن بيع المعدوم لا يجوز وإنما جوزناه للتعامل. (ك)

(١٣) قوله: "والبيع إلى النيروز [أي بتأجيل الثمن إلى النيروز. ك] إلخ" النيروز أصله النوروز معرب، وقد تكلم به عمر رضي الله عنه، فقال: كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتبهجون به، وهو يوم في طرف الربيع، والمهرجان يوم طرف الخريف معرب مهرگان. (نهاية)

(١٤) قوله: "وصوم النصارى إلخ" النصارى يبتدءون الصوم من نيروز، ويصومون خمسين يومًا، ونيروز غير معلوم إلا بظن، وممارسة بعلوم النجوم، فربما يخطئ ويصيب، واليهود يصومون رمضان كله، ولا يفطرون يوم الفطر، ويتبعونه بصيام من شوال إلى تمام خمسين، فبعد دخول صومهم يوم فطرهم يختلف باختلاف رمضان. (مل)

(١٥) البائع والمشترى.

وهى مفضية إلى المنازعة فى البيع ؛ لابتناءها[١] على المماكسة[٢]، إلا[٣] إذا كانا يعرفانه لكونه معلومًا[٤] عندهما[٥]، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم، لأن مدة صومهم بالأيام[٦] معلومة[٧]، فلا جهالة فيه.

قال: ولا يجوز[٨] البيع إلى قدوم الحاج[٩]، وكذلك إلى الحصاد[١٠]، والدياس، والقطاف، والجزاز[١١]؛ لأنها[١٢] تتقدم وتتأخر، ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز، لأن الجهالة اليسيرة[١٣] متحملة[١٤] فى الكفالة، وهذه الجهالة[١٥] يسيرة مستدركة[١٦] لاختلاف الصحابة فيها[١٧]، ولأنه معلوم الأصل[١٨]، ألا ترى

---

(١٦) قوله: "لجهالة الأجل" لأن النيروز مختلف بين نيروز السلطان ونيروز الدهاقين، ونيروز المجوس، كذا فى "الكفاية"، وقال العينى: إن هذه الآجال ليست من آجال المسلمين، فإنهم لا يعرفون وقت ذلك عادةً. (مل)

(١) قوله: "لابتناءها" أى لابتناء المنازعة على المماكسة، والمماكسة موجودة فى هذا البيع عادة. (ن)

(٢) قوله: "المماكسة" مماكسة باكسى بچيزى بخيلى كردن، وتشويش كردن در بيع، كم كردن در ثمن. (من)

(٣) استثناء من قوله: فاسد.

(٤) فارتفع الجهالة.

(٥) البائع والمشترى.

(٦) بخلاف شروعهم لأنه يتقدم ويتأخر.

(٧) وهو خمسون يومًا. (ن)

(٨) أى بتأجيل الثمن إلى وقت قدوم الحاج.

(٩) أو إلى العطار. (ن)

(١٠) أى وقته، وكذا فى غيره. (ن)

(١١) قطع الصوف والشعر.

(١٢) قوله: "لأنها" أى لأن هذه الأوقات تتقدم وتتأخر باختلاف الحر والبرد، فليس لها وقت معلوم لأنها من أفعال العباد، فتثبت بحسب ما يبدو لهم. (مل)

(١٣) اندک.

(١٤) قوله: "متحملة" وإنما احتملت الكفالة الجهالة اليسيرة لأنها تشبه النذر من حيث إنها إلزام محض ابتداء، وتشبه البيع من حيث إنها معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه، فعملنا بالشبهين، فبالنظر إلى الشبه الأول تحملت الجهالة اليسيرة كما أن النذر يحتملها، وبالنظر إلى الثانى لا تتحمل الجهالة الثقيلة، فإن المعاوضات لا تحتملها، فافهم. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(١٥) أى جهالة الأجل.

(١٦) أى يمكن تداركها وإزالتها. (ك)

(١٧) قوله: "لاختلاف الصحابة فيها" أى فى هذه الجهالات هل هى مانعة لجواز البيع أم لا؟ فقالت عائشة رضى الله عنها: بالجواز، فإنها كانت تجيز البيع إلى العطاء، وكان ابن عباس لا يجيز، ونحن نأخذ بقول ابن عباس. ثم قيل: الجهالة اليسيرة هى ما كان الاختلاف فى التقدم والتأخر، وأما إذا اختلف فى وجوده كهبوب الريح كانت فاحشة. (ن)

(١٨) قوله: "ولأنه معلوم الأصل" أى أن أصل هذه الأشياء معلوم الوقوع فى تلك السنة، وإنما المجهول وصف التقدم

أنها تحتمل الجهالة فى أصل الدين بأن تكفل بما ذاب[١] على فلان، ففى الوصف أولى[٢]، بخلاف البيع فإنه لا يحتملها[٣] فى أصل الثمن[٤]، فكذا فى وصفه[٥]، بخلاف ما إذا باع مطلقًا[٦]، ثم أجّل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز، لأن هذا تأجيل فى الدين، وهذه الجهالة[٧] فيه متحملة بمنزلة الكفالة، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد، لأنه[٨] يبطل بالشرط الفاسد.

ولو باع إلي[٩] هذه الآجال[١٠]، ثم تراضيا[١١] بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس فى الحصاد، والدياس، وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضًا[١٢]، وقال زفر: لا يجوز لأنه وقع فاسدًا فلا ينقلب جائزًا، وصار كإسقاط الأجل فى النكاح إلى أجل[١٣]. ولنا: أن الفساد[١٤] للمنازعة، وقد ارتفع[١٥] قبل تقرره[١٦]، وهذه[١٧]

والتأخر، فكانت الجهالة يسيرة، حتى لو كفل إلى هبوب الريح، أو مجيء المطر لا يصح، لأن أصله غير معلوم فى تلك السنة. (ك)

(١) أى وجب.

(٢) قوله: "ففى الوصف أولى" لأن الوصف لا يخالف الأصل، فإن قيل: الوصف أدنى من الأصل، فلا يلزم أن يكون مثل الأصل فى كونه مفسدًا، قلنا: معنى الإفضاء إلى النزاع يشملهما، ولا منازعة فى الكفالة لأنه تبرع ابتداء، فتبتنى على المسامحة. (ك)

(٣) الجهالة.

(٤) حتى لو باع شيئًا بثمن مجهول لا يصح.

(٥) أى الأجل فإن الوصف لا يخالف الأصل.

(٦) أى بلا ذكر الأجل.

(٧) أى اليسيرة.

(٨) العقد.

(٩) قوله: "إلى هذه الآجال" احتراز عن البيع إلى هبوب الريح، ومجيء المطر تراضيا على إسقاط تلك الآجال. (ك)

(١٠) أعنى النيروز والمهرجان إلى آخر ما ذكر. (ع)

(١١) قوله: "ثم تراضيا إلخ" ولو باع إلى هبوب الريح، ثم تراضيا لا ينقلب إلى الجواز، لأن هذا غرر بخلاف الأول، وقال فى "المبسوط": الأجل ما يكون منتظر الوجود، وهبوب الريح، وأمطار السماء قد يتصل بكلامه، فهو ليس بأجل بل هو شرط فاسد. (ن)

(١٢) أى كما جاز إذا باع مطلقًا، ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات.

(١٣) قوله: "وصار كإسقاط [أى على أصلكم وعلى أصل زفر فالنكاح إلى أجل جائز. ن] إلخ" يعنى فى النكاح الموقت، يقول زفر: هذا على أصلكم لا يصح النكاح إذا أسقط الوقت، فكذا فى المسألة المتنازع فيه. (عينى)

(١٤) فى البيع.

(١٥) قوله: "وقد ارتفع [الأجل] إلخ" فصح البيع كما لو باع، فصًا فى خاتم أو جذعًا فى سقف، ثم نزعه وسلمه.(ن)

(١٦) وتقرره إنما يكون بحلول الأجل.

(١٧) قوله: "وهذه الجهالة إلخ" جواب عما يقال: إن الجهالة والفساد قد تقررت فى ابتداء العقد، فلا يفيد سقوطها، كما إذا باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقطا الدرهم الزائد. (عينى)

الجهالة فى شرط زائد[١]، لا فى صلب العقد[٢]، فيمكن إسقاطه.

بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقطا الدرهم الزائد[٣]، لأن الفساد فى صلب العقد[٤]، وبخلاف النكاح إلى أجل[٥]، لأنه متعة، وهو عقد غير عقد النكاح[٦]، وقوله فى الكتاب[٧]: ثم تراضيا خرج وفاقًا، لأن من له الأجل يستبد[٨] بإسقاطه[٩] لأنه[١٠] خالص حقه.

قال[١١]: ومن جمع[١٢] بين حر وعبد، أو شاة ذكية وميتة[١٣] بطل[١٤] البيع فيهما[١٥]، وهذا عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إن سمى لكل واحد منهما ثمنًا[١٦] جاز[١٧] فى العبد والشاة الذكية[١٨].

---

(١) الأجل.

(٢) أحد البدلين.

(٣) فلا يجوز.

(٤) أحد العوضين.

(٥) قوله: "وبخلاف النكاح إلخ" جواب عن قياس زفر على النكاح، وتقريره: إنا قد قلنا: إن العقد قد ينقلب جائزًا قبل تقرر المفسد، ولم نقل: إن عقدًا ينقلب عقدًا آخر، والنكاح إلى أجل متعة، وهى غير عقد النكاح، فلا تنقلب نكاحًا. (عناية)

(٦) قوله: "وهو عقد غير عقد النكاح" لأن عقد النكاح مندوب إليه والمتعة منهى عنه، فلا يمكن العود إلى لنكاح عند إسقاط الأجل لعدم عقد النكاح رأسًا. (عينى)

(٧) قوله: "وقوله: فى الكتاب [أى القدورى. عناية] إلخ" ولا يجوز البيع إلى الحصاد، والدياس، والقطاف، وقدوم الحاج، فإن تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس فى الحصاد والقطاف، وقبل قدوم الحاج جاز البيع ستحسانًا. (قدورى)

(٨) أى ينفرد ويستقل.

(٩) الأجل.

(١٠) الأجل.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) فى البيع.

(١٣) ماتت حتف أنفها.

(١٤) قوله: "بطل إلخ" فى "المبسوط" بلفظ الفساد فيهما حيث قال: فإذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما، ولا شك فى أن البيع باطل فى الحر، أما فى القن فما ذكر فى "أصول الفقه" لشمس الأئمة يدل على أن العقد فى القن فاسد لا باطل، حيث قال أبو حنيفة: فيما إذا باع حرًا وعبدًا، وسمى ثمن كل واحد منهما لم ينعقد العقد صحيحًا، ولم يقل: لم ينعقد العقد فى العبد أصلا. (ك)

(١٥) سواء فصل الثمن أو لم يفصل. (ن)

(١٦) بأن قال: اشتريتهما بألف كل واحد منهما بخمس مائة.

(١٧) البيع.

وإن جمع بين عبد ومدبر، أو بين عبده وعبد غيره صح البيع فى العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: فسد[١] فيهما[٢]، ومتروك التسمية عامدًا[٣] كالميتة[٤]، والمكاتب وأم الولد كالمدبر[٥]، له: الاعتبار[٦] بالفصل الأول[٧]، إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل[٨].

ولهما: أن الفساد بقدر المفسد[٩]، فلا يتعدى[١٠] إلى القن، كمن جمع بين الأجنبية وأخته فى النكاح[١١]، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد[١٢]، لأنه مجهول، ولأبى حنيفة -وهو الفرق بين الفصلين[١٣]- أن الحر[١٤] لا يدخل تحت العقد أصلا، لأنه ليس بمال، والبيع صفقة واحدة[١٥]، فكان القبول فى الحر شرطًا للبيع فى

---

(١٨) المذبوحة.

(١) البيع.

(٢) قوله: "فيهما [أى فى العبد والمدبر إلخ]" أى فى الفصلين، وهو الجمع بين العبد والمدبر، والجمع بين عبده وعبد غيره. (ك)

(٣) وأما ناسيًا فلا يضر.

(٤) قوله: "كالميتة [فإذا ضم الذكية مع متروك التسمية بطل البيع]" فإن قيل: ينبغى أن يجوز العقد فيما ضم إليه، لأنه مجتهد فيه كالمدبر، فإن الشافعى قائل بحله.

قلنا: حرمته منصوص عليها، ولا مساغ للاجتهاد فى مورد النص، وهو قوله: ﴿ولا تأكلو مما لم يذكر اسم الله عليه﴾، فلا يعتبر خلافه، ولا ينفذ القضاء بقوله: ومن جمع بين وقف ومملوك صح فى الملك فى الأصح. (ك)

(٥) قوله: "كالمدبر" يعنى إذا ضم المكاتب، أو أم الولد مع العبد يصح البيع فى العبد بحصته من الثمن. (عينى)

(٦) أى القياس.

(٧) يعنى الجمع بين الحر والعبد. (عناية)

(٨) أى الحر والميتة، والمدبر، وعبد الغير.

(٩) قوله: "بقدر المفسد" يعنى أن الفساد بقدر ما يفسد العقد إذا سمى لكل واحد منهما ثمنًا إذ الحكم يثبت بقدر دليله، والمفسد فى الحر كونه ليس بمال محل للبيع، وهو مختص به. (عينى)

(١٠) الفساد.

(١١) قوله: "كمن جمع بين إلخ" بأن قال: زوجتكما بألف فالنكاح جائز فى الأجنبية دون أخته. (مل)

(١٢) من الحر والعبد.

(١٣) أى فصل الحر وفصل المدبر مع القن. (عناية)

(١٤) قوله: "أن الحر إلخ" بيانه: إن من جمع بين شيئين فى العقد فقد جعل قبول العقد فى كل واحد منهما شرطًا للعقد على الآخر، ولهذا لا يملك المشترى القبول فى أحدهما دون الآخر، والحر والميتة لا يقبلان البيع أصلا، لأنهما ليسا بمال، فيكون جاعلا قبول العقد فيما لا يقبل العقد أصلا شرطًا للعقد على العبد والذكية، وهو شرط فاسد، والبيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح، فإنه لا يبطل. (ك)

(١٥) قوله: "صفقة واحدة" فإن قيل: إذا بين ثمن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة، فحينئذ لا يكون القبول فى الحر شرطًا فى العبد، قلنا: إذا لم يكرر الإيجاب تكون الصفقة متحدة وإن سمى لكل واحد من المبيع ثمنا،

العبد، وهذا شرط فاسد[١]. بخلاف[٢] النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة[٣]، وأما البيع[٤] فى هؤلاء موقوف[٥]، وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية[٦]، ولهذا[٧] ينعقد فى عبد الغير بإجازته، وفى المكاتب برضاه[٨] فى الأصح[٩]، وفى المدبر بقضاء القاضى، وكذا[١٠] فى أم الولد[١١] عند أبى حنيفة وأبى يوسف إلا أن المالك[١٢] باستحقاقه المبيع[١٣]، وهؤلاء[١٤] باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع، فكان[١٥] هذا إشارة إلى البقاء[١٦]، كما إذا اشترى عبدين، وهلك أحدهما قبل القبض[١٧]، وهذا[١٨] لا

وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطًا لصحة البيع فى الآخر، فكان قبول الحر شرطًا لصحة البيع فى العبد، وهو شرط فاسد، فيفسد به البيع. (ك)

(١) قوله: "وهذا شرط فاسد" فيه بحث لأن الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه، حتى يكون فى معنى الربا، وليس فى قبول العقد فى الحر منفعة لأحدهما، ولا للمعقود عليه، فلا يكون شرطًا فاسداً. وأجيب: بأن فى قبول العقد فى الحر منفعة للبائع فإنه إذا باعهما بألف، والحر ليس بمال يقابله بدل، فكأنه قال: بعت هذا العبد بخمس مائة على أن تسلم إلى خمس مائة أخر، فيقع فضل خال عن العوض فى البيع، وهو الربا. (ع)

(٢) جواب عن قياسهما على النكاح. (عناية)

(٣) بخلاف البيع.

(٤) قوله: "وأما البيع إلخ" متصل بقوله: إن الحر لا يدخل تحت العقد، وأراد بهؤلاء المدبر، والمكاتب، وأم الولد، وعبد الغير. (عينى)

(٥) قوله: "موقوف" وما فى أول الباب: وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل، فالجواب إذا لم يجز المكاتب، ولم يقض القاضى بجواز بيع أم الولد والمدبر يدل على ذلك تمام كلامه هناك. (ع)

(٦) لأن المالية باعتبار الرق والتقوم، وهما موجودان. (ع)

(٧) أى لكون بيع هؤلاء موقوفًا.

(٨) المكاتب.

(٩) قوله: "فى الأصح" روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف فى النوادر بخلافه، وذلك غير معتمد عليه. (ن)

(١٠) يجوز.

(١١) قوله: "وكذا فى أم الولد إلخ" وهذا بناء على أن جواز بيع أم الولد مختلف بين الصحابة. جوز على كرم الله وجهه بيع أم الولد، والباقون لم يجوزوه، ثم أجمع المتأخرون على عدم جواز بيع أم الولد، والإجماع المتأخر يكون رافعا للاختلاف المتقدم عند محمد، وعندهما لا يكون رافعا، فلهذا يجوز بيعها بقضاء القاضى عندهما. (ك)

(١٢) قوله: "إلا أن المالك إلخ" جواب من يقول: لما دخل هؤلاء تحت العقد بقيام المالية ينبغى أن لا يكون بيع هؤلاء فاسداً، فأجاب بقوله: إلا أن إلخ، استثناء من قوله: قد دخلوا إلخ، يعنى أن البيع الموقوف إذا رد من له ذلك بطل، وههنا كذلك، لأن المالك، وهؤلاء ردوه، ولهم ذلك لاستحقاق المالك استحقاق هؤلاء أنفسهم. (عينى)

(١٣) أى عبد الغير.

(١٤) أى المدبر، والمكاتب، وأم الولد.

(١٥) قوله: "فكان هذا" أى فكان قوله ردوا البيع إشارة إلى انعقاد البيع وبقاءه، حتى يحتاجوا إلى الرد. (ك)

(١٦) لأن رد البيع بدون الانعقاد لا يصح. (ن)

(١٧) فالعقد يبقى فى الباقى بحصته من الثمن.

يكون[1] شرط القبول في غير المبيع، ولا بيعًا بالحصة ابتداء[2]، ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد[3] فيه.

فصل في أحكامه[4]

وإذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد[5] بأمر البائع[6]، وفي العقد عوضان، كل واحد منهما مال ملك المبيع، ولزمته قيمته، وقال الشافعي: لا يملكه وإن[7] قبضه، لأنه[8] محظور[9]، فلا ينال به نعمة الملك[10]، ولأن النهى[11] نسخ[12] للمشروعية للتضاد[13]، ولهذا[14] لا يفيده[15] قبل القبض، وصار كما إذا باع بالميتة[16]، أو باع بالخمر بالدراهم.

---

(١٨) أى الجمع بين القن والمدبر وأم الولد، والمكاتب.

(١) لأنهم دخلوا تحت البيع.

(٢) قوله: "ولا بيعًا إلخ" البيع بالحصة ابتداء لا يجوز لجهالة الثمن، وصورته باع عبدين بألف درهم على أن يكون ثمن كل واحد منهما ما حصل من انقسام الثمن على قيمتيهما، وبيع الحر مع العبد كذلك، لأنه ليس بمال، فصار كأن قال: بعت هذين أى الحر والعبد بثمن كذا على أن يكون ثمن العبد ما يحصل من المسمى بعد انقسامه على قيمته، وقيمة الحر لو فرض عبداً فلا يجوز. وبيع العبد مع المدبر يجوز، لأن المدبر محل البيع في الجملة، فيصير بيع بالحصة انتهاء، وهو جائز كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(٣) من العبد والمدبر.

(٤) لما كان حكم الشيء أثره وهو تابعه فذكر أحكام البيع الفاسد عقيبه.

(٥) قيد بالفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئًا.

(٦) قوله: "بأمر [إذن] البائع" أى بإذنه صريحًا أو دلالة، بأن يقبضه في المجلس بحضرته، فإن لم يقبضه في المجلس بحضرة البائع لم يملكه. "وفي العقد عوضان" قيد به لفائدة، وهى أنه إذا كان أحد العوضين، أو كلاهما غير مال فالبيع باطل كالبيع بالميتة، والدم والحر. (عينى)

(٧) والواو متصلة.

(٨) البيع الفاسد.

(٩) لكونه منهيًا عنه. (ك)

(١٠) قوله: "فلا ينال إلخ" لاشتراط الملائمة بين المؤثر والأثر، والملك نعمة لكونه ذريعة إلى قضاء المآرب، ووسيلة إلى درك المطالب. (ك)

(١١) أى نهى البيع الفاسد.

(١٢) أى على أصل الشافعي. (ك)

(١٣) قوله: "للتضاد" أى بين النهى والمشروعية، إذ النهى يقتضى القبح، والمشروعية يقتضى الحسن، وبينهما منافاة. (ب)

(١٤) أى لعدم المشروعية.

(١٥) الملك.

(١٦) وقبضها المشترى، فإنه لا يفيد الملك.

ولنا: أن ركن البيع(١) صدر(٢) من أهله(٣) مضافًا(٤) إلى محله(٥)، فوجب القول(٦) بانعقاده(٧)، ولا خفاء في الأهلية والمحلية، وركنه مبادلة المال بالمال، وفيه الكلام(٨)، والنهي(٩) يقرر(١٠) المشروعية عندنا لاقتضاءه(١١) التصور، فنفس البيع

---

(١) الإيجاب والقبول.

(٢) بالرضاء.

(٣) أي العاقل البالغ.

(٤) حال.

(٥) قوله: "إلى محله" لأن المبيع فيه مال، والثمن مال من وجه لميلان طباع النفس إلى الخمر والخنزير، غير أنه ليس بمتقوم لإهانة الشرع. (عيني)

(٦) لوجود الشرائط.

(٧) البيع.

(٨) قوله: "وفيه الكلام" أي الخلاف فيما إذا كان مبادلة المال بالمال، أما إذا لم يكن العوضان، أو أحدهما مالا فالبيع باطل إجماعًا لعدم ركنه، ولا نزاع فيه. (ك)

(٩) جواب عما قال: ولأن النهي إلخ.

(١٠) لأن النهي يراد به عدم الفعل مضافًا إلى اختيار العبد، فيعتمد تقويمه. (ك)

(١١) قوله: "لاقتضاءه" أي لاقتضاء النهي تصور المنهي عنه، وإلا يلزم ورود النهي في شيء لا يتكون وهو سفه، حتى لا يقال للآدمي: لا ينظر، للأعمى لا تبصر، فالنهي يكون عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب، وبين أن يأتي به فيعاقب عليه، كذا قال العيني. (مل)

قوله: "لاقتضاءه التصور إلخ" حاصل المسألة: أن النهي المطلق عن الأفعال الشرعية محمول على بطلانها عند الأكثرين من أصحاب الشافعي، وهذا هو الظاهر من مذهبه، وإليه ذهب بعض المتكلمين، وعند بعض أصحابنا لا يدل على ذلك، وإليه مال بعض أصحاب الشافعي، كالغزالي، وأبي بكر القفال الشاشي، وهو قول عامة المتكلمين، وذهب بعضهم إلى أنه يدل على الفساد في العبادات دون المعاملات. ثم القائلون بأنه يدل على البطلان مطلقًا أي في العبادات والمعاملات اختلفوا في ما بينهم، فقال بعضهم: يدل عليه لغة، وقال بعضهم: يدل عليه شرعًا، لا لغةً، والقائلون بأنه لا يدل على البطلان أيضًا اختلفوا في ما بينهم، فذهب أصحابنا إلى أنه يدل على الصحة، وذهب غيرهم كالغزالي إلى أنه لا يدل عليها. والصحة في العبادات عند الفقهاء عبارة عن كون الفعل مسقطا للقضاء، وعند المتكلمين عن موافقة أمر الشارع وجب القضاء، أو لم يجب، فصلاة من ظن أنه متطهر، وليس كذلك صحيحة عند المتكلمين لموافقة أمر الشارع بالصلاة على حسب حاله غير صحيحة عند الفقهاء لكونها غير مسقطة للقضاء، وفي عقود المعاملات معنى الصحة كون العقد سببًا لترتب ثمراته المطلوبة عليه شرعًا كالبيع للملك. وأما البطلان فمعناه في العبادات عدم سقوط القضاء بالفعل، وفي المعاملات خروجها عن كونها أسبابًا مفيدة للأحكام على مقابلة الصحة، وأما الفساد فيرادف البطلان عند أصحاب الشافعي، وكلاهما عبارة عن معنى واحد، وعندنا هو قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل، وهو ما كان مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه. وذكر صاحب "الميزان" فيه: أن الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعًا في حق الحكم، فيقال: صلاة صحيحة، وصوم صحيح، وبيع صحيح إذا وجدت أركانه وشروطه، قال: وتبين بهذا أن الصحة ليست بمعنى زائد على التصرف، والفاسد ما كان مشروعًا في نفسه فائت المعنى من وجه لملازمة ما ليس مشروعًا إياه، والباطل ما كان فائتًا للمعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل.

واعلم أن الصحة عندنا قد يطلق أيضًا على مقابلة الفاسد كما يطلق على مقابلة الباطل، فإذا حكمنا على شيء

مشروع وبه تنال نعمة الملك، وإنما المحظور[١] ما يجاوره[٢] كما فى البيع[٣] وقت النداء، وإنما[٤] لا يثبت الملك[٥] قبل القبض كيلا يؤدى[٦] إلى تقرير الفساد المجاور[٧]، إذ هو[٨] واجب الرفع بالاسترداد[٩] فبالامتناع[١٠] عن المطالبة أولى.

ولأن السبب[١١] قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح، فيشترط اعتضاده بالقبض فى إفادة الحكم[١٢] بمنزلة الهبة[١٣]، والميتة[١٤] ليست بمال فانعدم الركن، ولو كان[١٥] الخمر

بالصحة فمعناه أنه مشروع بأصله ووصفه جميعًا، بخلاف الباطل فإنه ليس بمشروع أصلا، وبخلاف الفاسد، فإنه مشروع بأصله غير مشروع بوصفه، فالنهى عن التصرفات الشرعية يدل على الصحة بالمعنى الأول عندنا من حيث إن المنهى عنه يصلح لإسقاط القضاء فى العبادات كما إذا نذر صوم يوم النحر وأداه فيه لا يجب القضاء، ولترتب الأحكام فى المعاملات، ولا يدل عليها بالمعنى الثانى، لأنه ليس بمشروع بوصفه وإن كان مشروعًا بأصله. (كشف الأسرار)

(١) قوله: "وإنما المحظور ما يجاوره" فإن قيل: هذا من قبيل ما يتصل به المعنى وصفًا، لا من قبيل ما يجاور المعنى جمعا كما عرف فى أصول الفقه، قلنا: أراد بالمجاور أن الفساد ليس لمعنى فى عين المنهى عنه بل لمعنى فى غير المنهى عنه، وهو الشرط الزائد مثلا. (ك)

(٢) فنفس البيع مشروع، والكراهة لأجل المجاور.

(٣) قوله: "كما فى البيع وقت النداء" فإن النهى ثمة ورد لمعنى فى غير المنهى عنه وهو الاشتغال عن السعى بسبب البيع، والاشتغال عن السعى غير البيع، فإن قلت: ذلك البيع مكروه، وهو فاسد، فما وجه الإلحاق، قلنا: هما سيان فى أن النهى فيهما غير راجع إلى عين المنهى عنه، وإنما يرجع إلى غيره لكن ذلك الغير ههنا متصل به وصفا، فأثر فى الفساد، وثمة مجاور، فأثر فى الكراهة إظهارا للقصور. (مل)

(٤) جواب عن قول الشافعى،ولهذا لا يفيده قبل القبض.

(٥)قوله: "وإنما لا يثبت الملك إلخ" تقرير ذلك أنه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن، ووجب على البائع تسليم المبيع، لأنهما من موجب العقد، فيتقرر الفساد، وهو لا يجوز، لأنه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره، ولما كان واجب الرفع بالاسترداد يعنى إذا كان المبيع مقبوضًا فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى، لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والإحضار والتسليم، ثم الرفع بالاسترداد. (عناية)

(٦) قوله: "كيلا يؤدى إلخ" وذلك لأنا لو أثبتنا الملك قبل القبض لكنا مثبتين ذلك بالبيع الفاسد، لأنه لا موجب للملك هناك سواه، والبيع مشروع بشرع الله تعالى، فكان الفساد حينئذ مضافًا إلى الشارع، فكان فيه تقرير الفساد، ولا يجوز ذلك. أما لو قلنا بثبوت الملك بعد القبض كان القبض مثبتًا للملك لوجوب الضمان على القابض كما فى القبض على سوم الشراء، فكان تقرير الفساد مضافًا إلى العباد، وذلك ليس ببعيد. (ك)

(٧) للبيع.

(٨) قوله: "إذ هو [الفساد] إلخ" يعنى أن القبض واجب الدفع والنقض بالاسترداد بعد القبض رفعا للفساد المتصل به، فلأن لا يجب الملك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة أولى، لأن هذا أسهل وأبعد عن العبث، إذ لو قلنا يسلم ثم يسترد المبيع من المشترى بعد القبض كان فيه نوع عبث. (ك)

(٩) أى طلب رد المبيع من المشترى.

(١٠) أى امتناع المشترى عن مطالبته تسليم المبيع.

(١١) قوله: "ولأن السبب [البيع الفاسد] إلخ" يعنى أن سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط الفاسد به، والشىء إذا كان ضعيفًا واهيًا لا يترتب عليه حكمه وموجبه، إلا بانضمام ما يؤكده كما فى الهبة، فيكون انعدام الملك قبل القبض لقصور السبب فى نفسه لا لمانع آخر. (ك)

مثمنًا(١)، فقد خرجناه(٢) وشيء آخر(٣)، وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة، وهي تصلح ثمنًا لا مثمنًا(٤). ثم شرط(٥) أن يكون القبض بإذن(٦) البائع، وهو(٧) الظاهر(٨) إلا أنه يكتفي به دلالة كما إذا قبضه(٩) في مجلس العقد استحسانًا(١٠)، وهو الصحيح(١١)، لأن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه(١٢) بحضرته قبل الافتراق(١٣)، ولم ينهَه(١٤) كان(١٥) بحكم التسليط السابق(١٦)، وكذا(١٧) القبض في

---

(١٢) الملك.

(١٣) في الاحتياج إلى ما يعضد العقد، وهو القبض.

(١٤) قوله: "والميتة ليست بمال إلخ" جواب عن قياس الشافعي المتنازع فيه على البيع بالميتة، تقريره: أن الميتة ليست بمال، وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه. (مل)

(١٥) جواب لقوله: أو باع الخمر بالدراهم.

(١) مبيعًا.

(٢) قوله: "فقد خرجناه [ذكرنا تخريجه. ن]" وهو ما ذكر في أول الباب أن المبيع هو المقصود في البيع، وفي جعل الخمر مبيعًا مقصودًا إعزاز له، والشرع أمر بإهانته، وترك إعزازه، فكان بيع الخمر باطلا. (ك)

(٣) قوله: "وشيء آخر [سوى ما ذكر هناك]" أي دليل آخر على بطلان بيع الخمر، وهو أن القيمة تصلح ثمنًا لا مثمنًا يعني لو انعقد البيع على الخمر يجب على البائع قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر، وتسلمها، فلو قلنا بالانعقاد فيما إذا اشترى الخمر بالدراهم لجعلنا القيمة مثمنًا، لأن كل عين من الأعيان بمقابلة الدراهم والدنانير في البيع مثمن، أي مبيع لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة شرعًا، وما عهدنا أن يكون القيمة مثمنًا في صورة من صور البياعات، فيؤدي إلى تغيير المشروع. وأما إذا جعل بمقابلة الخمر ثوبًا، أو غيره من العروض كانت الخمر ثمنًا، والثمن يجري مجرى الوصف، فيجب على المشتري قيمة الثوب، فكانت القيمة في محلها، فلا يحكم بالبطلان لكنه يفسد.(ن)

(٤) مبيعًا.

(٥) أي القدوري في "مختصره".

(٦) فالمراد من الأمر الإذن. (ك)

(٧) شرط الإذن.

(٨) أي ظاهر الرواية.

(٩) مشتري بحضرته.

(١٠) أي من حيث الاستحسان.

(١١) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عما ذكره صاحب "الإيضاح"، وسماها الرواية المشهورة فقال: وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد، فهو كما لم يقبض، وهذه هي الرواية المشهورة، ووجهها أن العقد إذا وقع فاسدًا لم يتضمن تسليطًا على القبض، لأن التسليط لو ثبت إنما يثبت شرعًا، والفاسد يجب إعدامه، فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض، وهذا بخلاف ما إذا وهب، لأن التصرف وقع صحيحًا. (مل)

(١٢) المشتري.

(١٣) وبعد الافتراق لا بد من الإذن الصريح.

(١٤) مشتري، أي من القبض

(١٥) القبض.

الهبة في مجلس العقد[١] يصح استحساناً، وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فيخرّج عليه[٢] البيع بالميتة[٣]، والدم والحر، والريح[٤]، والبيع مع نفي الثمن[٥]، وقوله[٦]: لزمته[٧] قيمته[٨] في ذوات القيم[٩]، فأما في ذوات الأمثال[١٠] يلزمه[١١] المثل، لأنه[١٢] مضمون[١٣] بنفسه بالقبض، فشابه الغصب[١٤]، وهذا[١٥] لأن المثل صورة، ومعنى أعدل من المثل[١٦] معنًى[١٧].

---

(١٦) ويثبت الملك. (ك)

(١٧) قوله: "وكذا القبض إلخ" يعني يكتفي بسكوت الواهب، وعدم نهيه الموهوب له عن القبض.

(١) قوله: "في مجلس العقد" إنما توقف على المجلس لأن القبض ركن في باب الهبة، وأنه ينزل منزلة القبول في حق الحكم، فكما أن القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض. (نهاية)

(٢) أي على هذا الاشتراط.

(٣) قوله: "البيع بالميتة إلخ" ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الأشياء سواء كانت ثمناً أو مثمناً، لكن ذكر جهة الأثمان ليعلم أنها إن كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان. (عناية)

(٤) قوله: "والريح" بأن قال: بعت هذا العبد بالريح التي تهب من مكان الجانب الشمالي، وذلك المكان ملك له.

(٥) قوله: "والبيع مع نفي الثمن" أي في رواية، لأنه إذا نفى الثمن فقد نفى الركن عن العقد، فلم يكن بيعاً، وفي رواية ينعقد، لأن نفيه لم يصح، لأنه نفى بحكم العقد، وإذا لم يصح نفيه صار كأنه سكت عن ذكر الثمن، ولو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض، لأن مطلق العقد يقتضي المعاوضة فإذا سكت كان غرضه قيمته، فكأنه باع بقيمته. (كفاية)

(٦) أي قول القدوري. (ع)

(٧) قوله: "لزمته قيمته [أي عند الهلاك]" وإنما وجبت القيمة في البيع الفاسد لأن الأصل أن ينعقد البيع بقيمة المبيع، لأن العدل فيه، غير أن في القيمة ضرب جهالة لاختلاف المقومين، فأقيم المسمى مقامها صيانة للبيع عن الفساد، وإذا فسد البيع بوجه آخر تعذر العدول عن القيمة إلى المسمى، فيصار إلى الأصل. (كفاية)

(٨) أي معناه إذا كان المبيع من ذوات إلخ.

(٩) كالحيوانات والعدديات المتفاوتة.

(١٠) كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة.

(١١) قوله: "يلزمه المثل" ولا يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد. مل)

(١٢) قوله: "لأنه إلخ" أي لأن المبيع مضمون بنفسه، أي بماليته في البيع الفاسد لا بالتسمية، وأما البيع الصحيح فالبيع مضمون فيه بالتسمية وهي الثمن. (مل)

(١٣) في البيع الفاسد.

(١٤) والحكم في الغصب كذلك.

(١٥) أي وجوب المثل في ذوات الأمثال.

(١٦) فلا يعدل عنه بلا ضرورة.

(١٧) قيمة.

قال[١]: ولكل واحد من المتعاقدين فسخه[٢] رفعًا للفساد، وهذا[٣] قبل القبض ظاهر، لأنه[٤] لم يفد حكمه[٥]، فيكون الفسخ امتناعًا منه[٦]، وكذا[٧] بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد[٨] لقوته، وإن كان الفساد بشرط زائد، فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد[٩] إلا أنه لم يتحقق المراضاة[١٠] في حق من له الشرط[١١]. قال[١٢]: فإن باعه المشترى[١٣] نفذ بيعه لأنه ملكه، فملك التصرف فيه[١٤]، وسقط[١٥] حق الاسترداد[١٦] لتعلق حق[١٧] العبد[١٨] بالثاني[١٩]، ونقض

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "فسخه [البيع الفاسد]" بحضرة صاحبه عندهما، وعند أبي يوسف بغير حضرته أيضًا. (ن).
قوله: "فسخه" أى ولاية الفسخ، وأما باعتبار الحق فالفسخ حق الله تعالى لأن إعدام الفساد واجب.

(٣) أى كون حق الفسخ لكل.

(٤) البيع الفاسد.

(٥) الملك.

(٦) أى من الحكم.

(٧) أى لكل فسخه.

(٨) قوله: "فى صلب العقد" صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء، وقيام العقد بالعوضين، فكل فساد تمكن فى أحد العوضين يكون فساداً فى صلب العقد كبيع درهم بدرهمين، وبيع ثوب بخمر أو خنزير لقوة الفساد، فيجب إعدامه حقًا للشرع. (ك)

(٩) قوله: "بشرط زائد" بأن باعه على أن يقرضه أو يهبه كذا، أو باعه إلى أجل مجهول.
"فلمن له الشرط [بحضرة صاحبه. ن] ذلك [جواز الفسخ]" أى الفسخ، ومن له الشرط أى منفعة الشرط هو البائع فى صورة الإقراض، والمشترى فى صورة الأجل. "دون من عليه لقوة العقد" يعنى أن فسخ من عليه لا يجوز، لأن العقد قوى، لأن الشرط دخل فى أمر زائد لا فى صلب العقد. (عينى)

(١٠) قوله: "إلا [استثناء من قوله: لقوة العقد] أنه إلخ" جواب سؤال يرد على قوله: لقوة العقد، يعنى لما كان العقد قويًا كان القياس أن لا يفسخ من له الشرط أيضًا. (عينى)

(١١) فله أن يفسخ.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) بالشراء الفاسد.

(١٤) قوله: "فملك التصرف [من البيع، والهبة، والإعتاق. ن] إلخ" ورد بأن المبيع لو كان مأكولا لم يحل أكله، ولو كانت جارية لم يحل وطئها، ذكره فى "شرح الطحاوى"، فلم يملك التصرف مطلقًا، وأجيب بالمنع، فإن محمد نص فى كتاب الاستحسان على حلتهما، لأن البائع سلطه على ذلك، وذكر شمس الأئمة الحلوانى أنه يكره الوطئ ولا يحرم، فالمذكور فى "شرح الطحاوى": يحمل على عدم الطيب، ولئن سلم فالوطئ مما لا يستباح بصريح التسليط، فبدلالته أولى، وجواز التصرف باعتبار أصل الملك، وهو ينفك عن صفة الحل. (عناية)

(١٥) بالتصرف.

(١٦) للبائع الأول.

(١٧) قوله: "لتعلق حق إلخ" فإن قيل: كان ينبغى أن ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشترى شراء فاسداً لتعلق

الأول[١] لحق الشرع، وحق العبد[٢] مقدم لحاجته[٣]، ولأن الأول[٤] مشروع بأصله[٥] دون وصفه[٦]، والثاني[٧] مشروع بأصله[٨] ووصفه، فلا يعارضه مجرد الوصف، ولأنه حصل بتسليط[٩] من جهة البائع[١٠]، بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة[١١]، لأن كل واحد منهما[١٢] حق العبد، ويستويان[١٣] في المشروعية، وما حصل بتسليط من الشفيع[١٤].

حق الوارث، ولم ينقطع كما لا يبقى له حق الاسترداد من الموصى له. قلنا: إنما كان كذلك لأن ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث، ولهذا يرد بالعيب، ويرد عليه، وذلك الملك كان مستحق النقض، فانتقل إلى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد، وأما الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثاني، لأن له ملكًا متجددًا لثبوته بسبب اختياري منشأ ولهذا لا يرد بالعيب. (*)

(١٨) المشتري الثاني.

(١٩) أي بالبيع الثاني.

(١) أي البيع الأول.

(٢) إذا اجتمع مع حق الشرع.

(٣) قوله: "مقدم لحاجته [أي أن العبد محتاج، والله أغنى]" فإن قيل: يشكل على هذا ما إذا كان حلالا، وفي يده صيد، ثم أحرم يجب عليه إرساله، وفيه تقديم لحق الله تعالى على حق العبد قلنا: الواجب الجمع بين الحقين وإنما يصار إلى الترجيح إذا لم يمكن، وههنا أمكن بأن يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه. (ك)

(٤) البيع الأول.

(٥) إذ لا فساد في أصل البيع.

(٦) لدخول الفساد.

(٧) البيع الثاني.

(٨) إذ لا فساد فيهما جميعًا.

(٩) قوله: "ولأنه حصل إلخ" معناه أن البيع الثاني حصل بتسليط البائع الأول، حيث كان القبض بإذنه، فاسترداده نقض ما تم من جهته، وذلك باطل، ونو قض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فإنه نقض ما تم من جهته، والجواب إنا لا نسلم التمام فيه فإن كلا من المتعاقدين يملك الفسخ والتمام فيه، فإذا باع المشتري فقد انتهى ملكه، فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته. (عناية)

(١٠) الأول.

(١١) قوله: "بخلاف تصرف [متصل بقوله: يسقط حق الاسترداد] إلخ" جواب عما يقال: لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعًا عن النقض لم ينتقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع أن ينقضهما. (عيني)

(١٢) حق شفيع وحق مشتري.

(١٣) لأن كل واحد من تصرف الشفيع والمشتري مشروع غير موصوف بالفساد.

(١٤) قوله: "وما حصل إلخ" يعني إن هذه التصرفات التي وجدت من المشتري في الدار المشفوعة، ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال: بأن في نقضها سعيا في نقض ما تم من جهته، بخلاف المبيع بيعًا فاسدًا، فإن تصرف المشتري هناك وجد بتسليط من البائع، فلا يجوز له نقض تصرفات المشتري منه، إذ لو جاز يلزم السعي في نقض ما تم من

قال(١): ومن اشترى عبدًا بخمر، أو خنزير، فقبضه وأعتقه، أو باعه(٢)، أو وهبه وسلمه، فهو جائز، وعليه القيمة(٣)؛ لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض، فينفذ تصرفاته، وبالإعتاق قد هلك(٤)، فتلزمه القيمة، وبالبيع والهبة(٥) انقطع الاسترداد على ما مر(٦). والكتابة(٧) والرهن نظير البيع، لأنهما لازمان(٨) إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب(٩)، وفك الرهن لزوال المانع، وهذا(١٠) بخلاف الإجارة، لأنها تفسخ بالأعذار(١١)، ورفع الفساد عذر، ولأنها تنعقد(١٢) شيئًا فشيئًا(١٣)، فيكون الرد امتناعًا. قال(١٤): وليس للبائع فى البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن(١٥)، لأن المبيع مقابل به، فيصير(١٦) محبوسًا به كالرهن(١٧)، وإن مات

جهته. وفى الذخيرة: لأن التسليط إنما يثبت بالإذن نصًا، أو بإثبات الملك للتصرف، ولم يوجد واحد منهما من الشفيع. (ك)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) كرر لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد. (عناية)

(٣) أى قيمة العبد.

(٤) كمغصوب هلك.

(٥) والتسليم.

(٦) من تعلق حق العبد.

(٧) أى كاتبه أورهنه.

(٨) قوله: "لأنهما لازمان" فإن الرهن إذا اتصل بالقبض صار لازما فى حق الراهن كالكتابة فى حق المولى، وإذا لم يتصل الرهن بالقبض فالراهن بالخيار إن شاء سلمه إلى المرتهن، وإن شاء يرجع عن الرهن. (مل)

(٩) قوله: "بعجز المكاتب [عن أداء الكتابة] إلخ" وليس لتخصيصهما زيادة فائدة، لأن عود الاسترداد فى جميع الصور إذا انتقض هذه التصرفات حتى لو رد عليه بعيب فى البيع قبل القضاء بالقيمة كان له الاسترداد، وكذلك إذا رجع فى الهبة بقضاء أو لغيره، ثم عود الاسترداد فى الجميع إذا لم يقض بالقيمة، أما إذا كان عجز المكاتب ونحوه بعد القضاء فلا. (ن)

(١٠) قوله: "وهذا" أى انقطاع حق الاسترداد بالتصرفات المذكورة، بخلاف الإجارة، فإن حق الإسترداد فيها لا ينقطع. (عينى)

(١١) قوله: "لأنها تفسخ إلخ" ولم يذكر محمد من يفسخ الإجارة، وذكر فى "النوادر": أن القاضى هو الذى يفسخ، والتزويج يشبه الإجارة لوروده على المنفعة، والبيع يرد على ملك الرقبة، والفسخ يرد على ملك الرقبة أيضًا، فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة، والنكاح على حاله قائم، كذا فى "الذخيرة" و"الإيضاح". (ك)

(١٢) قوله: "ولأنها تنعقد إلخ" أى لأن الإجارة تنعقد على المنافع، وهى تحدث شيئًا فشيئًا، ففى وقت رد العقد كان الرد امتناعًا من انعقاد العقد فى حق المنفعة التى تحدث بعده لعدم الضرورة، فلا يكون فيه رفع العقد الثابت. (عينى)

(١٣) ساعة فساعة.

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٥) قوله: "حتى يرد الثمن [الذى أخذه من المشترى]" قال فى "النهاية": أى القيمة التى أخذها من المشترى، وليس بواضح، بل المراد به ما أخذه البائع فى مقابلة المبيع عرضًا كان أو نقدًا، ثمنًا أو قيمة. (ع)

(١٦) المبيع.

البائع فالمشترى أحق[١] به[٢] حتى يستوفى الثمن، لأنه يقدم عليه[٣] فى حياته[٤]، فكذا على ورثته وغرماءه بعد وفاته كالراهن[٥]، ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها[٦] تتعين[٧] فى البيع الفاسد، وهو الأصح[٨]، لأنه[٩] بمنزلة الغصب، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا[١٠].

قال[١١]: ومن باع داراً بيعاً فاسداً، فبناها المشترى[١٢]، فعليه[١٣] قيمتها عند أبى حنيفة، رواه[١٤] يعقوب[١٥] عنه فى "الجامع الصغير"[١٦]، ثم شك[١٧] بعد ذلك فى الرواية[١٨]، وقالا: ينقض البناء وترد الدار[١٩]، والغرس على هذا الاختلاف[٢٠].

لهما: أن حق الشفيع أضعف[٢١] من حق البائع، حتى يحتاج فيه إلى القضاء،

---

(١٧) قوله: "كالرهن" فإنه يصير محبوساً بالدين إلا أن الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته، كما فى الغصب. (ك)

(١) من غرماء الميت.

(٢) المبيع.

(٣) البائع.

(٤) البائع.

(٥) قوله: "كالراهن [وفى نسخة: كالمرتهن]" فإنه إذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفى الدين. (عينى)

(٦) قوله: "لأنها تتعين إلخ" هل يتعين المقبوض للرد فهو على الروايتين، وذكر البردعى فى "الجامع": الدراهم فى البيع الفاسد إنما تتعين إذا كان البيع الفاسد صريحاً، وإن لم يكن صريحاً لا تتعين. (ك)

(٧) بالتعيين.

(٨) وفى رواية أبى حفص لا تتعين.

(٩) أى لأن الثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب. (ك)

(١٠) أنه بمنزلة المغصوب، والحكم فيه كذلك. (نهاية)

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٢) وليس للبائع أن يأخذها.

(١٣) مشترى.

(١٤) أى روى محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى "الجامع".

(١٥) أبو يوسف.

(١٦) ففى العبارة إغلاق.

(١٧) يعقوب.

(١٨) أى فى سماعه عنه لا فى مذهب أبى حنيفة.

(١٩) على البائع.

(٢٠) قوله: "والغرس [بالفتح درخت نشانده. من] إلخ" يعنى ينقطع به حق الفسخ عند أبى حنيفة خلافاً لهما.

ويبطل بالتأخير[١]، بخلاف حق البائع[٢]، ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء[٣]، فأقواهما[٤] أولى[٥]. وله: أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام[٦]، وقد حصل[٧] بتسليط من جهة البائع، فينقطع حق الاسترداد كالبيع[٨] بخلاف حق الشفيع، لأنه لم يوجد منه[٩] التسليط، ولهذا[١٠] لا يبطل[١١] بهبة المشترى وبيعه، فكذا ببناءه، وشك يعقوب فى حفظه[١٢] الروايةَ عن أبى حنيفة. وقد نص محمد[١٣] على الاختلاف[١٤] فى كتاب الشفعة، فإن حق الشفعة مبنى[١٥] على انقطاع حق البائع

---

(٢١) قوله: "حق الشفيع أضعف" فلهذا يحتاج إلى الرضا أو القضاء، ولا يورث بخلاف حق البائع، ولهذا ثبت حق البائع فى الاسترداد من غير قضاء ولا رضا المشترى، ويورث هذا الحق ولا يورث حق الشفعة، وكذا حق البائع انضم إليه حق الشرع حتى يجب عليهما نقض هذا البيع، ولا يجب على الشفيع الأخذ بالشفعة، ثم ينقض بناء المشترى لحق الشفيع، فلحق البائع أولى. (ك)

(١) أى بتأخير الطلب.

(٢) فإنه لا يحتاج فيه إلى القضاء، ولا يبطل بالتأخير.

(٣) أى ببناء المشترى.

(٤) حق بائع.

(٥) بأن لا يبطل.

(٦) قوله: "مما يقصد به الدوام" إذ البناء ليس للنقض، والغرس ليس للقطع، والمشترى يتضرر بنقض البناء، والغرس تضرراً بلا جائز، والبائع يتضرر مع جائز مع أنه حصل بتسليطه، فكان رعاية حق المشترى أولى، فينقطع للبائع حق الاسترداد كما لو باعه المشترى بيعاً صحيحاً بخلاف الشفيع، لأنه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع. (ك)

(٧) أى كل واحد من الغرس والبناء.

(٨) أى كما إذا با ع المشترى بيعاً صحيحاً.

(٩) الشفيع.

(١٠) أى لأجل عدم التسليط من الشفيع.

(١١) حق الشفيع.

(١٢) قوله: "وشك يعقوب فى حفظه إلخ" أى لا فى مذهب أبى حنيفة أنه ينقطع حق البائع به، وقال شمس الأئمة السرخسى: هذه هى المسألة التى وقعت المحاورة فيها بين أبى يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبى حنيفة أنه يأخذ قيمتها، وإنما رويت لك أنه ينقض البناء، وقال محمد: بل رويت لى عنه أنه يأخذ قيمتها، ثم قال شمس الأئمة: ثم شك يعقوب فى هذه المسألة. (نهاية)

قوله: "فى حفظه إلخ" يعنى شك أنه هل سمع من أبى حنيفة أنه ينقطع حق البائع ببناء المشترى فى الشراء الفاسد أم لا، ولم يشك فى الاختلاف. (ك)

(١٣) قوله: "وقد نص محمد إلخ" لتأكيد قوله: شك يعقوب فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة، لا فى مذهب أبى حنيفة. (نهاية)

(١٤) قوله: "على الاختلاف [بين الإمام وصاحبيه]" أى فى ثبوت الشفعة إذا بنى المشترى شراء فاسداً فى الدار المشتراة أو غرس فيها فللشفيع حق الشفعة عند أبى حنيفة، وعندهما [illegible] وثبوت حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع فى الاسترداد، فيكون نصاً على الاختلاف فى انقطاع حق البائع [illegible]، لأن التنصيص على الاختلاف فى الفرع يكون

بالبناء، وثبوته[١] على الاختلاف.

قال: ومن اشترى جارية بيعًا[٢] فاسدا وتقابضا، فباعها وربح فيها، تصدق بالربح، ويطيب[٣] للبائع[٤] ما ربح فى الثمن، والفرق[٥] أن الجارية مما يتعين[٦]، فيتعلق العقد بها، فيتمكن الخبث فى الربح، والدراهم والدنانير لا تتعينان[٧] فى العقود[٨]، فلم يتعلق العقد الثانى بعينها[٩]، فلم يتمكن الخبث[١٠]، فلا يجب التصدق، وهذا[١١] فى الخبث الذى سببه فساد الملك، أما الخبث لعدم الملك[١٢] عند أبى حنيفة ومحمد يشمل النوعين[١٣] لتعلق[١٤] العقد[١٥] فيما يتعين حقيقة[١٦]، وفيما

تنصيصاً على الاختلاف فى أصل ذلك الفرع. (مل)

(١٥) لأنه لا شفعة ما دام حق الاسترداد باقيًا، لئلا يؤدى إلى تقرير الفساد. (ن)

(١) قوله: "وثبوته" قال الإتزارى فى "غاية البيان": قال بعض الشارحين ثبوته -بالرفع- معطوف على قوله: مبنى، وهو ضعيف، قلت: أراد ببعض الشارحين السغناقى، وتبعه على ذلك الكاكى لكن الإتزارى لم يبين وجه الضعف، والذى يظهر لى أن ثبوته مرفوع بالابتداء، وعلى الاختلاف خبره. (عينى)

(٢) الشراء.

(٣) قوله: "ويطيب إلخ" هذا على الرواية التى لا تتعين الدراهم فيها، وأما على التى تتعين فهى بمنزلة المغصوب. (ن)

(٤) الأول.

(٥) فى أن الربح طيب لبائع الجارية فى الثمن، وغير طيب لمشترى الجارية.

(٦) قوله: "مما يتعين" ومعنى تعين الجارية أنه إذا باع جارية معينة ليس له أن يعطى جارية أخرى معها، ولما تعلق العقد بها، وحصل الربح من هذه الجارية كان الربح جاء من بدل المملوك ملكًا فاسدًا، فيتمكن الخبث فى الربح، ويتصدق به، والخبث هو عدم الطيب. (عينى)

(٧) قوله: "لا تتعينان إلخ" معنى عدم التعيين فيهما أنه لو أشار المشترى إليهما بهذه الدراهم له أن يتركها، ويدفع غيرها كما أن الثمن يجب فى ذمة المشترى. (نهاية)

(٨) احتراز عن المغصوب والودائع والشركة.

(٩) أى بعين الدراهم التى ابتاع المشترى الجارية بها.

(١٠) أى فى الربح، لأن الربح حصل بالعقد لا بالدراهم.

(١١) قوله: "وهذا" أى الذى ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين حيث لا يطيب الربح فى الأول، ويطيب فى الثانى. (عينى)

(١٢) كالجارية المغصوبة والدراهم المغصوبة. (نهاية)

(١٣) قوله: "يشمل النوعين" حتى إن الغاصب والمودع إذا تصرف فى المغصوب والوديعة، والوديعة والمغصوب عرض أو من النقود، وأدى ضمانهما للمالك، وبقى الربح يتصدق الربح فى قولهما، لأن فيما يتعين قد بدل مال الغير، فيثبت حقيقة الخبث، وفيما لا يتعين إن لم يكن بدل مال الغير لأن العقد لا يتعلق به بل بمثل ذلك فى الذمة لكن إنما يوصل إلى الربح بأداء المغصوب والوديعة، فيتمكن فيه شبهة الخبث. (ن)

(١٤) أى بمال الغير. (عينى).

(١٥) الثانى.

لا يتعين شبهة[١] من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع[٢]، أو تقدير الثمن[٣]، وعند فساد الملك[٤] ينقلب الحقيقة شبهة، والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة[٥]، والشبهة هي المعتبرة[٦] دون النازل عنها[٧].

قال[٨]: وكذا إذا ادعى على آخر مالا[٩]، فقضاه إياه، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعى فى لدراهم يطيب[١٠] له الربح، لأن الخبث لفساد الملك ههنا، لأن الدين وجب بالتسمية[١١]، ثم استحق[١٢] بالتصادق، وبدل[١٣] المستحق[١٤] مملوك، فلا يعمل فيما لا يتعين.

---

(١٦) أى من حيث حقيقة الخبث.

(١) أى من حيث شبهة الخبث، وبينه من حيث بقوله إلخ. (عينى)

(٢) بأن نقد من الدراهم المغصوبة. (نهاية)

(٣) قوله: "أو تقدير الثمن" بأن أشار إلى الدراهم المغصوبة، ونقد من مال نفسه. (نهاية)

(٤) قوله: "وعند فساد إلخ" يعنى أن الخبث لفساد الملك ينقلب حقيقته شبهة، أى ما كان من الخبث بسبيل الحقيقة فى الخبث لعدم الملك كما فيما يتعين بكون ذلك الخبث فيما يتعين شبهة لفساد الملك، لأن الخبث لفساد الملك، أدنى من الخبث لعَدَم المِلك، والشبهة باعتبار عدم الملك فيما لا يتعين، نزل إلى شبهة الشبهة فيما لا يتعين. (عينى)

(٥) قوله: "تنزل إلى شبهة الشبهة إلخ" لأن تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن الذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بمال فيه شائبة ملك. (ع)

(٦) بالحديث نهى عن الربا والريبة. (نهاية)

(٧) قوله: "دون النازل عنها" لأنها لو كانت معتبرة لكان مادونها معتبرة أيضًا، فلا يكون البيع خاليًا عن شبهة الشبهة، فينسد باب التجارة، وهو مفتوح، ولأن الأصل فى الكسب الشبهة فقد عدل عن هذا الأصل فى حق الشبهة، فبقى الخارج عنها على الأصل. (نهاية)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) أى دراهم أو دنانير. (ك)

(١٠) ولا يجب التصدق.

(١١) قوله: "لأن الدين وجب بالتسمية" أى دعوى المدعى مالا على آخر، وأداء المدعى عليه وقبض المدعى بدلا من الدين، ثم استحق أى الدين بالتصادق، فإن المرء يكون مأخوذًا بإقراره حكما، فلما تصادقا أن الدين لم يكن على المدعى عليه صار الدين بمنزلة ما لو استحق، فيفسد الملك فى عوضه، فإن بدل المستحق مملوك ملكًا فاسدًا، كما لو باع أمة بألف، وتقابضا فاستحقت كان الثمن مملوكًا للبائع لوجوب رده عليه، ولكن لا يبطل، فيتمكن فيه شبهة عدم الملك.

ولو حصل الربح فى دراهم غير مملوكة يتمكن فى الربح شبهة الخبث، وإذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث، فلا تعتبر، فلا يعمل، أى الخبث لفساد الملك فيما لا يتعين إذ لا أثر له فيه. (مل)

(١٢) الدين. (نهاية)

(١٣) الدراهم(ن)

(١٤) الدين. (نهاية)

فصل فيما يكره[١]

قال: ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن النجش[٢]، وهو أن يزيد في الثمن[٣]، ولا يريد الشراء، ليرغب غيره، قال عليه السلام: «لا تناجشوا[٤]»[٥]*.

قال[٦]: وعن السوم[٧] على سوم غيره، قال عليه السلام: «لا يستام[٨] الرجل على سوم أخيه ولا يخطب[٩] على خطبة أخيه»**، ولأن في ذلك[١٠] إيحاشاً[١١] وإضراراً[١٢]، وهذا[١٣] إذا تراضى المتعاقدان[١٤] على مبلغ ثمن في المساومة[١٥]، أما إذا لم يركن[١٦] أحدهما إلى الآخر فهو[١٧] بيع من يزيد، ولا بأس به

---

(١) قوله: "فيما يكره" قيل: المكروه أدنى درجة من الفاسد، لكن هو شعبة من شعبه، فلذلك ألحق به وأخر عنه، ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن القبح إذا كان لأمر مجاور كان مكروهاً، وإن كان لوصف متصل كان فاسداً. (ع)

(٢) قوله: "عن النجش [لأنه خداع]" هو بفتحتين وروى بالسكون هو أن تستام السلعة بأزيد من ثمنها ولا تريد شراءها بل ليراك الآخر، فيقع فيها، وكذا في النكاح وغيره. (ك)

(٣) قوله: "وهو أن يزيد إلخ" والنهي فيما إذا طلب الراغب بمثل ثمنها، وأما إذا طلب بدون ثمنها فلا بأس. (ن)

(٤) أي لا تفعلوا النجش. (ع)

(٥) قلت: أخرجاه من حديث أبي هريرة. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢١، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٠ ص١٥٢. (نعيم)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) بها كردن.

(٨) قوله: "لا يستام [استيام بها كردن. (من) نهي بصيغة النفي، وهو أبلغ. ك] إلخ" قلت: أخرجاه من حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض»، وفي لفظ: «لا يبيع الرجل على بيع ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له»، انتهى. (ت)

(٩) خواستگاري كردن زن را. (من)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢١، والدراية ج٢، الحديث ٧٨١ ص١٥٢. (نعيم)

(١٠) أي في السوم على سوم أخيه.

(١١) أي إلقاء الوحشة في قلب أخيه.

(١٢) بزيادة الثمن.

(١٣) أي لكونه مكروهاً.

(١٤) قوله: "إذا تراضى إلخ" صورته أن يتساوم الرجلان بالبيع والشراء على السلعة، ويرضى البائع والمشتري بذلك، ولم يعقدا عقد البيع حتى ساومه آخر على سومه، واشتراه منه فإنه يجوز ولكن يكره. (مل)

(١٥) ساومت المتاع: بها كردن متاع را. (ن)

(١٦) أي لم يمل.

(١٧) أي السوم.

على ما نذكره[١]، وماذكرناه[٢] محمل النهى فى النكاح أيضًا:

قال[٣]: وعن تلقى الجلب[٤]، وهذا إذا كان[٥] يضر[٦] بأهل البلد، فإن كان لا يضر[٧] فلا بأس به، إلا إذا لبّس[٨] السِّعر[٩] على الواردين[١٠]، فحينئذٍ يكره لما فيه من الغرور والضرر[١١]. قال[١٢]: وعن بيع الحاضر[١٣] للبادى[١٤]، فقد قال عليه الصلاة والسلام[١٥]: «لا يبيع الحاضر للبادى[١٦]»*، وهذا[١٧] إذا كان أهل البلدة فى قحط وعوز[١٨]، وهو يبيع[١٩] من أهل البدو[٢٠]، طمعًا فى الثمن الغالى[٢١] لما فيه

(١) فى هذه الصفحة.

(٢) قوله: "وما ذكرناه" أراد به قوله: وهذا إذا تراضى المتعاقدان محمل النكاح أيضًا، يعنى إذا ركن قلب المرأة إلى المخاطب يكره خطبة غيره، فإذا لم يركن فلا يكره. (عينى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "عن تلقى [پيش آمدن ودا گرفتن. من] الجلب [روى البخارى النهى عن تلقى الجلب]" جلب الشيء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة جلبًا، والجلب المجلوب. (ك)

(٥) قوله: "وهذا إذا كان [أى كراهة تلقى الجلب] إلخ" صورته المصرى أخبر بمجيء قافلة، فتلقاهم، واشترى الجميع، وأدخله المصر ليبيعه على ما أراده. (ع)

(٦) بأن كانوا فى ضيق وقحط.

(٧) بأهل البلد.

(٨) قوله: "لبس" تلبيس پنهان داشتن مكر وعيب از كسى. (من)

(٩) بالكسر نرخ. (من)

(١٠) التجار.

(١١) فى حق الواردين.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "وعن بيع الحاضر إلخ" صورته أن الرجل إذا كان له طعام وعلف، وأهل المصر فى قحط منهما، وهو لا يبيعهما من أهل المصر حتى يتوسعوا، ويبيعهما من أهل البادية بثمن حال، وهم يتضررون بذلك فهو مكروه. (نهاية)

(١٤) اللام بمعنى من. (ن)

(١٥) قوله: "فقد قال عليه السلام إلخ" أخرج البخارى عن ابن عمر قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يبيع حاضر لبادٍ»، انتهى، فاللام بمعنى من، كذا فى "النهاية"، ويحتمل أن يكون اللام على أصلها، والمعنى نهى أن يتولى المصرى عمن جاء بمال من خارج المصر، ويكون له سمسارًا، ويبيع هذا المصرى للبادى، وهذا ليغالى فى القيمة، فإن البادى المسافر لا يقف على عادات أهل المصر فى المعاملات. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(١٦) مقيم فى البادية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٢ ص١٥٢. (نعيم)

(١٧) أى كراهة بيع الحاضر للبادى.

(١٨) بالفتح: خشك سال، محركة: درويشى. (من)

(١٩) من الحاضر.

من الإضرار بهم[١]، أما إذا لم يكن كذلك[٢]، فلا بأس به لانعدام الضرر.

قال[٣]: والبيع عند آذان الجمعة، قال الله تعالى: ﴿وذروا[٤] البيع﴾، ثم[٥] فيه[٦] إخلال بواجب السعي[٧] على بعض الوجوه[٨]، وقد ذكرنا الآذان المعتبر[٩] فيه[١٠] في كتاب الصلاة.

قال[١١]: كل ذلك[١٢] يكره لما ذكرنا[١٣]، ولا يفسد[١٤] به[١٥] البيع، لأن الفساد[١٦] في معنى خارج زائد[١٧] لا في صلب العقد[١٨]، ولا في شرائط الصحة[١٩]. قال[٢٠]: ولا بأس ببيع من يزيد، وتفسيره ما ذكرنا[٢١]، وقد صح أن النبي عليه السلام باع[٢٢] قدحًا[٢٣] وحلسًا[٢٤] ببيع من يزيد*، ولأنه بيع الفقراء،

---

(٢٠) بالفتح صحراء.

(٢١) گران.

(١) أي بأهل البلد.

(٢) بأن كانوا في سعة. (ن)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أي دع عند أذان الجمعة.

(٥) بيان للقبح المجاور.

(٦) أي في البيع عند أذان الجمعة.

(٧) أي بالسعي الواجب.

(٨) قوله: "بعض الوجوه" يعني إذا قعدا أو وقفا قائمين لأجل البيع، وأما إذا كانا يمشيان، ويبيعان فلا بأس بذلك. (ك)

(٩) قوله: "وقد ذكرنا إلخ" وهو قوله: والمعتبر هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال. (ك)

(١٠) في باب الجمعة.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) أي من أول الفصل إلى ههنا.

(١٣) من الدلائل منفردًا.

(١٤) قوله: "ولا يفسد" فيجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض.

(١٥) أي بالنهي المذكور.

(١٦) القبح. (إله داد)

(١٧) مجاور.

(١٨) البدلان.

(١٩) من الحرية والعقل والبلوغ.

(٢٠) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٢١) قوله: "ما ذكرنا" وهو قوله: فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد. (ك)

والحاجة ماسة[١] إليه.

نوع منه[٢]

قال: ومن ملك مملوكين صغيرين[٣]، أحدهما ذو رحم محرم[٤] من الآخر، لم يفرق بينهما، وكذلك إن كان أحدهما كبيراً[٥]، والأصل فيه[٦] قوله عليه السلام[٧]: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبّته[٨] يوم القيامة»*، ووهب النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين[٩]، ثم قال له: «ما فعل الغلامان[١٠]»**، فقال: بعت أحدهما، فقال: «اَدْرِك اَدْرِكْ[١١]»***،

---

(٢٢) قوله: "وقد صح إلخ" روه اسحاق بن راهوية في "مسنده" عن أنس بن مالك عن رجل من الأنصار أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم با ع حلساً وقدحاً فيمن يزيد، انتهى. (ت)

(٢٣) كاسة. (من)

(٢٤) قوله: "وحلسا" -بالكسر- گليم سطر كه برپشت شتر زير بردعه نهند ودر خانه زير فرشهاى فاخرة فگنند. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٣ص١٥٢. (نعيم)

(١) داعية.

(٢) أي من البيع المكروه.

(٣) قوله: "ومن ملك إلخ" أي بقبوله الهبة، والوصية، والشراء، والإرث، وإنما قيد بالصغيرين لأنه لا يكره في الكبيرين. (مل)

(٤) صفت ذو وجر براى جوار ست.

(٥) أي لم يفرق.

(٦) قوله: "والأصل فيه [الدليل] إلخ" وجه الإستدلال بالأول هو الوعيد، وبالثاني تكرر الأمر بالإدراك والرد، والوعيد جاء لـلتفريق، والأمر بالرد على بيع أحدهما، وهو تفريق، ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة البيع لإفضاءه إلى التفريق، وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة. (ع)

(٧) قلت: أخرجه الترمذي في البيو ع، وفي السير عن أبي أيوب الأنصاري. (ت)

(٨) قوله: "وبين أحبته إلخ" وفراق الأحبة عقوبة كما قال العارف الشيرازي:

شنيده ام سخن خوش كه پير كنعان گفت
فراق يار نه آن ميكند كه بتوان گفت
حديث هول قيامت كه گفت واعظ شهر
كنايتى ست كه از روزگار هجران گفت (ملا إله داد)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٤ص١٥٢. (نعيم)

(٩) قوله: "ووهب [قلت: أخرجه الترمذي وابن ماجة عن علي. ت] إلخ" معطوف على قوله عليه السلام: من حيث المعنى، لأن تقديره: والأصل ما قال عليه السلام: ووهب النبي عليه السلام لعلي إلخ. (عناية)

(١٠) أي ما حالهما. (ك)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٥ص١٥٣. (نعيم)

(١١) أدركه در رسيد او را. (من)

ويروى: «أُرْدُدْ أُرْدُدْ[١]»*، ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير، والكبير يتعاهده[٢]، فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس، والمنع من التعاهد، وفيه ترك الرحمة على الصغار، وقد أوعد عليه[٣]. ثم المنع[٤] معلول بالقرابة المحرمة[٥] للنكاح[٦]، حتى لا يدخل فيه محرم[٧] غير قريب[٨]، ولا قريب غير محرم[٩]، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما، لأن النص ورد بخلاف القياس[١٠]، فيقتصر على مورده[١١]، ولا بد من اجتماعهما[١٢] في ملكه، لما ذكرنا[١٣] حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره[١٤] لا بأس ببيع واحد منهما[١٥]، ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به، كدفع أحدهما بالجناية[١٦]، وبيعه بالدين[١٧]، ورده

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٥ص١٥٣. (نعيم)

(١) أي استردد. (ن) رده باز گردانيد او را. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٥ص١٥٢. (نعيم)

(٢) أي يقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة.

(٣) قوله: "وقد أوعد عليه" قلت: في الباب حديث رواه أبو داود في الأدب عن عبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من لم يعرف صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا». (ت)

(٤) من التفريق. (ع)

(٥) قوله: "بالقرابة إلخ" فإن قيل: أليس أن الحربي إذا دخل دارنا بغلامين أخوين صغيرين بأمان، فأراد أن يبيع أحدهما فلا بأس بالشراء منه، وإن كان فيه تفريق.

قلنا: لأنه لو لم يشتر منه لعاد به إلى دار الحرب، وشراءه منه أنظر من مراعات التفريق. (ك)

(٦) بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر.

(٧) كامرأة للأب. (ك)

(٨) بالرضاع والمصاهرة. (ن)

(٩) كأولاد الأعمام والعمات. (ن)

(١٠) قوله: "ورد بخلاف القياس" لأن القياس يقتضي أن يجوز، لأن المالك يتصرف في ملكه كيف يشاء كما لو كانا كبيرين، وكما في غير بني آدم، فإن قلت: قد ذكرنا المعنى المعقول، وهو قوله: ولأن الصغير يستأنس إلخ، فكيف يصح الدعوى بعد ذلك أنه مخالف للقياس. قلت: لا بد أن يكون ورود النص موافقا للمعنى المعقول إلا أنا لما لم ندركه من حيث الظاهر الذي هو عليه يسمى بدليل القياس سميناً خلاف القياس. (نهاية)

(١١) هو القرابة المحرمة للنكاح، أي الأخوين والوالدة وولدها.

(١٢) المملوكين.

(١٣) قوله: "لما ذكرنا" أي من أن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده. (كفاية)

(١٤) قوله: "والآخر لغيره" سواء كان ابنًا صغيراً له أو كبيراً، وهما في مؤنته أولا، أو زوجته، أو مكاتبه. (ن)

(١٥) لأن التفريق لا يتحقق فيه. (ع)

(١٦) قوله: "كدفع أحدهما بالجناية" أي بجناية وجدت منه جناية نفس أو مال، بأن جنى أحدهما جناية، أو

بالعيب[١]، لأن المنظور إليه دفع الضرر[٢] عن غيره[٣] لا الإضرار به[٤].

قال[٥]: فإن فرق كره له ذلك[٦]، وجاز العقد[٧]، وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولادة[٨]، ويجوز في غيرها[٩]، وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك، لما روينا[١٠]، فإن الأمر بالإدراك، والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد.

ولهما: أن ركن البيع[١١] صدر من أهله[١٢] في محله[١٣]، وإنما الكراهة لمعنى مجاور[١٤]، فشابه كراهة الاستيام[١٥].

وإن كانا كبيرين، فلا بأس بالتفريق بينهما، لأنه ليس في معنى[١٦] ما ورد به

استهلك مال إنسان فللمولى أن يدفعه. (مل)

(١٧) قوله: "وبيعه بالدين" بأن كان مأذونًا وأحاطه به دينه أو وجب الدين على المالك ولا مال له. (عيني)

(١) قوله: "ورده بالعيب" بأن اشتراهما لنفسه، فكان بأحدهما عيب لم يظهر عند العقد له أن يرده، ويمسك الثاني. (مل)

(٢) قوله: "لأن المنظور إليه [أي ههنا في جواز التفريق] إلخ" حاصل الكلام أن التفريق إنما نهى عنه لدفع الضرر عن الصغير، وليس من شرط دفع الضرر عن شخص إلحاق الضرر بغيره، فإذا تعلق بأحدهما حق فالمنع من إيفاء الحق إضرار بصاحب الحق، وإنما حصل الإضرار بالصغير ضمنًا لحق مستحق، فلا يلتفت إليه لأنه كم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصداً. (عيني)

(٣) أي عن غير الصغير وهو المولى.

(٤) الصغير.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "فإن فرق إلخ" إطلاق التفريق يدل على أنه مكروه سواء كان بالبيع، أو القسمة في الميراث، أو الغنائم، أو الهبة، أو غير ذلك. (عناية)

(٧) البيع.

(٨) أي في الوالدين والمولودين.

(٩) ففرق بين القرابات بالقوة والضعف. (ن)

(١٠) قوله: "لما روينا" أشار إلى قول علي رضي الله عنه في الحديث: بعت أحدهما إلخ، فإن الأمر بالإدراك هو قوله عليه السلام في الحديث المذكور: أدرك أدرك، والرد في قوله: ويروى اردد اردد. (عيني)

(١١) الإيجاب والقبول.

(١٢) العاقل البالغ.

(١٣) أي المال.

(١٤) قوله: "لمعنى مجاور [وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق. عناية]" وذلك ليس من المبيع في شيء، والنهي متى كان المعنى في غير المنهي عنه لا يفسد العقد كالنهي عن البيع وقت النداء، كذا في "المبسوط". (ك)

(١٥) قوله: "كراهة الاستيام" أي السوم على سوم أخيه، وقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه: «أدرك» محمول على طلب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع أحدهما منه. (ك)

(١٦) قوله: "ليس في معنى إلخ" لأن كل واحد منهما يقوم بحوائجه، وربما لا يستأنس أحدهما بالآخر بل يتأذى

النص[١]، وقد صح[٢] «أنه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين»*، وكانتا أمتين أختين.

باب الإقالة[٣]

الإقالة جائزة فى المبيع بمثل الثمن الأول؛ لقوله عليه السلام: «من أقال[٤]

أحدهما من الآخر بإحسان السيد إلى أحدهما. (ك)

(١) وهو أن التفريق قطع الاستئناس وترك التعاهد.

(٢) قوله: "وقد صح إلخ" بيان هذا ما روى البزار فى "مسنده" من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: أهدى المقوقس القبطى لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها، فأما إحدى الجاريتين فاستولدها فولدت له إبراهيم، وهى مارية أم إبراهيم، وأما الأخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لحسان بن ثابت رضى الله عنه، وهى أم عبد الرحمن بن حسان. (عينى)

قوله: "وقد صح إلخ" أخرج البيهقى فى "دلائل النبوة" مرسلا عن طريق ابن إسحاق، حدثنى الزهرى عن عبد الرحمن: "أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بعث حاطب بن أبى بلتعة إلى المقوقس صاحب الإسكندرية بكتاب، فقبل الكتاب، وأكرم، وأكرم حاطبًا، وأحسن نزله، وأهدى لرسول الله ﷺ مع حاطب كسوة، وبغلة مسدوجة، وجاريتين إحداهما أم إبراهيم، وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لجهم بن قيس العبدى، وهى أم زكريا ابن جهم الذى كان خليفة عمرو بن العاص على مصر" وهذا مخالف لما رواه البزار: "أن الأخرى أهداها لحسان بن ثابت رضى الله عنه". ويجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقى عقيب الحديث المذكور من حديث أبى بشير أحمد بن محمد حدثنا أبو الحارث أحمد بن سعيد، حدثنا هارون بن يحيى الخاطبى، حدثنا إبراهيم بن عبد الرحمن، حدثنى عبد الرحمن بن يزيد بن أسلم عن أبيه، حدثنا يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن أبيه عن جده حاطب بن أبى بلتعة قال: "بعثنى رسول الله ﷺ إلى المقوقس ملك الإسكندرية، فجئته بكتاب رسول الله ﷺ، فأنزلنى فى منزله، وأقمت عنده، ثم بعث إلى وقد جمع بطارقة إلى أن قال: هذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد، قال: فأهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ثلاث جوار، منهم أم إبراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وواحدة وهبها عليه الصلاة والسلام لأبى جهم بن حذيفة العدوى، وواحدة وهبها لحسان بن ثابت الأنصارى".

ومن أحاديث الباب ما أخرجه مسلم عن سلمة بن الأكوع قال: خرجنا مع أبى بكر فغزونا فزارة إلى أن قال: فجئت بهم إلى أبى بكر، وفيهم امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب، فأعطانى أبو بكر ابنتها، فقدمت المدينة، فقال لى عليه السلام: «يا سلمة هب لى المرأة»، قلت: هى لك، ففدى بها أسارى بمكة.

وحديث آخر رواه الحاكم فى المستدرك، والدارقطنى فى "سننه" من حديث عبد الله بن عمرو، حدثنا سعيد بن عبد العزيز سمعت مكحولا يقول: حدثنا نافع بن محمود بن الربيع عن أبيه أنه سمع عبادة بن الصامت يقول: نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأم وولدها، فقيل: يارسول الله إلى متى، فقال: حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية، قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. وقال شيخنا شمس الدين الذهبى فى "مختصر المستدرك": بل هو حديث موضوع، فإن عبد الله ابن عمرو بن حسان كذاب، انتهى، وقال الدارقطنى: عبد الله هو الواقفى، وهو ضعيف الحديث، ورماه على ابن المدينى بالكذب، ولم يروه عن سعيد غيره. (تخريج الزيلعى رحمه الله تعالى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٦ص١٥٤. (نعيم)

(٣) قوله: "باب الإقالة" الإقالة هو الرفع من القيل، وقيل: من القول، والهمزة للسلب، وهو مخدوش بدليل قلت: البيع بكسر القاف، وهو يجوز بلفظين أحدهما ما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول: أقلنى، فيقول الآخر: أقلت، وقال محمد: لا يقوم إلا بلفظين يعبرهما عن الماضى اعتباراً للبيع، كذا قيل، ولما كان الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه بالفسخ كان للإقالة تعلق خاص بهما، فعقب ذكرها إياهما. (مل)

نادمًا[1] بيعته أقال[2] الله عثراته يوم القيامة»*، ولأن العقد حقهما[3]، فيملكان رفعه دفعًا لحاجتهما، فإن شرط أكثر منه[4]، أو أقل، فالشرط باطل، ويرد[5] مثل الثمن الأول[6]، والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين[7]، بيع جديد[8] في حق غيرهما[9]، إلا أن لا يمكن[10] جعله فسخًا[11] فتبطل[12]، وهذا عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعًا[13] فيجعل فسخًا، إلا أن لا يمكن[14] فيبطل. وعند محمد هو فسخ[15] إلا إذا تعذر[16] جعله فسخًا[17] فيجعل بيعًا

---

(٤) قوله: "من أقال إلخ" قلت: أخرجه أبو داود وابن ماجة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من أقال مسلمًا بيعته أقال الله عثراته»، وزاد ابن ماجة يوم القيامة، ونادمًا عند البيهقي. (ت)
قوله: "من أقال" إقاله برانداختن بيع، وگذاشتن گناه، ودور كردن لغزش را، يقال: أقال الله عثرتك وأقالكها. (من)

(١) أي رجلا نادمًا.

(٢) أزال.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٧ ص١٥٤. (نعيم)

(٣) قوله: "ولأن العقد حقهما" في جميع الأحوال منقولا كان المبيع أو غير منقول، مقبوضًا أو غير مقبوض. (عيني)

(٤) الثمن الأول.

(٥) قوله: "ويرد [البائع] إلخ" لأن الإقالة رفع العقد الأول، فيكون على الوجه الذي انعقد. (إيضاح)

(٦) الذي وقع عليه العقد.

(٧) قوله: "فسخ في حق المتعاقدين" ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الأول، والنقصان منه، ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز، ولو كان بيعًا لما جاز لكونه قبل القبض. (عناية)

(٨) قوله: "بيع جديد إلخ" ولهذا يجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع دارا فسلم الشفيع شفعته ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائع، ولو كانت الإقالة فسخًا في حق غيرهما لما كان له ذلك. (عيني)

(٩) كالشفيع.

(١٠) قوله: "إلا أن لا يمكن إلخ" بأن ولدت المبيعة ولدًا بعد القبض لأن الزيادة المنفصلة مانعة عن فسخ العقد حقًا للشرع. (ك)

(١١) بأن ولدت بعد القبض. (ن)

(١٢) الإقالة.

(١٣) قوله: "إلا أن لا يمكن جعله بيعًا" كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض أو في بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحدهما. (نهاية)

(١٤) قوله: "إلا أن لا يمكن" أي جعله فسخًا أيضًا كما في بيع العرض بالدراهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض، وكما لو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول بطلت الإقالة لأنه تعذر اعتبارها بيعًا، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وتعذر اعتبارها فسخًا أيضًا، لأن الفسخ إنما يكون بالثمن الأول، وقد سميا ثمنًا آخر. (ك)

(١٥) كما قاله أبو حنيفة. (ك)

(١٦) قوله: "إلا إذا تعذر إلخ" بأن تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة، أو تقايلا بعد القبض بأكثر من الثمن الأول أو بخلاف جنس الثمن الأول. (ك)

إلا أن لا يمكن[(١)] فيبطل. لمحمد أن اللفظ[(٢)] للفسخ والرفع، ومنه يقال: أقلني عثرتي[(٣)] فيوفر عليه[(٤)] قضيته[(٥)]، وإذا تعذر[(٦)] يحمل على محتمله[(٧)] وهو البيع، ألا ترى أنه[(٨)] بيع في حق الثالث[(٩)]. ولأبي يوسف أنه[(١٠)] مبادلة المال بالمال بالتراضي، وهذا[(١١)] هو حد البيع[(١٢)]، ولهذا[(١٣)] يبطل[(١٤)] بهلاك السلعة[(١٥)]، ويرد بالعيب[(١٦)]، وتثبت به[(١٧)] الشفعة، وهذه أحكام البيع[(١٨)].

ولأبي حنيفة أن اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا[(١٩)]، والأصل إعمال

---

(١٧) كما قاله أبو يوسف. (ك)

(١) قوله: "إلا أن لا يمكن" أي جعله بيعًا ولا فسخًا، فيبطل كما في بيع العرض بالدراهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض، وكما إذا تقايلا في المنقول أو غيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول. (ك)

(٢) أي لفظ الإقالة في اللغة.

(٣) في الدعاء.

(٤) قوله: "فيوفر [أي يترتب، توفير تمام كردن حق كسي را. من] عليه" أي يوفر على اللفظ ما اقتضاه من موضوعه اللغوي وقضية لفظ الإقالة ههنا الفسخ والرفع فيجعل فسخًا. (ك)

(٥) أي مقتضاه لغة.

(٦) الفسخ.

(٧) مجازاً صيانة لكلام العاقل من الإلغاء.

(٨) الإقالة.

(٩) الشفيع.

(١٠) الإقالة.

(١١) وإن تلفظ بلفظ الإقالة لأن العبرة للمعاني.

(١٢) قوله: "هو حد البيع" وعورض بأنه لو كانت بيعًا ومحتملة له لانعقد البيع بلفظ الإقالة ابتداء، وليس كذلك، وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ. (عناية)

(١٣) قوله: "ولهذا" أي لكون الإقالة مبادلة المال بالمال بالتراضي الذي هو حد البيع يبطل إلخ، فيكون الإقالة بيعًا، إلا أن في المنقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسداً، فحملت على الفسخ حملا لكلامهما على الصحة. (عيني)

(١٤) الإقالة.

(١٥) عند المشتري.

(١٦) أي المبيع على المشتري.

(١٧) الإقالة.

(١٨) قوله: "وهذه أحكام البيع" وهي بطلان الإقالة بهلاك السلعة في يد المشتري بعد الإقالة والرد بالعيب، وثبوت الشفعة بها تدل على أن الإقالة بيع فالاستدلال بالأثر على العلة إنما يصح إذا كان الأثر مخصوصاً بذلك المؤثر كالاستدلال بالدخان على النار، وهذه الأحكام بهذه المثابة، لأنها لا توجد بدون البيع، فصح الاستدلال بها بخلاف الملك فإنه غير مختص بالبيع. (ك)

(١٩) في دليل محمد.

الألفاظ فى مقتضياتها الحقيقية، ولا يحتمل[١] ابتداء العقد ليحمل[٢] عليه عند تعذره[٣]، لأنه[٤] ضده، واللفظ لا يحتمل ضده[٥]، فتعين البطلان[٦]، وكونه بيعًا[٧] فى حق الثالث[٨] أمر ضرورى[٩]، لأنه يثبت به مثل حكم البيع، وهو الملك لا مقتضى الصيغة[١٠]، إذ لا ولاية لهما[١١] على غيرهما[١٢].

إذا ثبت هذا[١٣] نقول: إذا شرط الأكثر[١٤]، فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة، إذ رفع ما لم يكن ثابتًا محال[١٥]، فيبطل الشرط[١٦]، لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع[١٧]، لأن الزيادة يمكن إثباتها فى العقد،

---

(١) قوله: "ولا يحتمل [جواب عن قول محمد: فإذا تعذر يحمل على محتمله]" أى لا يمكن أن يجعل الإقالة مجازا عن ابتداء العقد. (عناية)

(٢) الإقالة.

(٣) الفسخ.

(٤) العقد.

(٥) فاستعارة أحد الضدين للآخر لا يجوز.

(٦) أى لتعين بطلان الإقالة عند تعذر الفسخ.

(٧) قوله: "وكونه إلخ" جواب عما يقال: إن الإقالة بيع جديد فى حق الثالث، ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك. (عناية)

(٨) الشفيع.

(٩) قوله: "أمر ضرورى" أى ثبوته بطريق الضرورة والحكم لا باعتبار اللفظ، وليس بطريق المجاز، إذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة. وقيل: أمر ضرورى أى لضرورة دفع الضرر عن الشفيع، وهو يلحقه عند ثبوت الملك لغيره لا برضاه. وأما الجواب لأبى حنيفة عما استدل به أبو يوسف من أحكام البيع فى الإقالة على أن الإقالة بيع بدلالة وجود تلك الأحكام المخصوصة بالبيع. قلنا: الشارع يبدل الأحكام من حكم إلى حكم كدم الاستحاضة أخرجت عن حكم الحدث، ولا يغير الحقائق، وفساد الإقالة عند هلاك المبيع، وثبوت حق الشفعة من الأحكام، فجاز أن يتبدل، ويثبت ضمنا للإقالة، أما لا يخرج الإقالة عن حقيقتها وهى الفسخ. (مل)

(١٠) قوله: "لا مقتضى الصيغة" لأن البيع وضع لإثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته، والإقالة وضعت لإزالة الملك وإبطاله، وثبوت الملك للبائع من ضروراته، فيثبت بكل منهما الملك، فاعتبر موجب الصيغة فى حق المتعاقدين، لأن لهما ولاية على أنفسهما، واعتبر الحكم فى حق غيرهما ولا ولاية للمتعاقدين فى حق غيرهما، بأن يجعلا هذا البيع فسخًا فى غيرهما لكون الفسخ إضرارا فى حق الغير. (مل)

(١١) العاقدين.

(١٢) أى الثالث.

(١٣) أى ما ذكر من الأصل.

(١٤) أى الزيادة على الثمن الأول.

(١٥) وفسخ العقد عبارة عن دفعه على الوصف الذى كان قبله. (ع)

(١٦) قوله: "فيبطل الشرط [لا الإقالة]" لأن الشرط يشبه الربا، لأن فيه نفعًا لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة. (مل)

(١٧) قوله: "بخلاف البيع إلخ" متعلق بقوله: لتعذر الفسخ على الزيادة، أى يتعذر الفسخ على الزيادة ولا يتعذر

فيتحقق الربا أما[١] لا يمكن إثباتها فى الرفع[٢].

وكـذا[٣] إذا شـرط الأقل[٤] لما بيناه[٥]، إلا أن يحـدث فى المبـيع عـيب[٦]، فحينئذ جازت الإقالة[٧] بالأقل، لأن الحط يجعل بإزاء ما فات[٨] بالعيب، وعندهما فى شرط الزيادة[٩] يكون بيعًا، لأن الأصل هو البيع عند أبى يوسف، وعند محمد جعله بيعًا ممكن[١٠]، فإذا زاد[١١] كان قاصدًا بهذا البيع[١٢].

وكذا[١٣] فى شرط الأقل[١٤] عند أبى يوسف، لأنه[١٥] هو الأصل عنده، وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول، لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول، ولو سكت عن الكل[١٦] وأقال يكون فسخًا، فهذا أولى[١٧]، بخلاف[١٨] ما إذا زاد[١٩]، وإذا دخله

البيع بالزيادة كما إذا باع درهما بدرهمين، فإن البيع يفسد بثبوت درهم زائد، ولا يجعل كأنه باع درهما بدرهم، ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع، لأن الزيادة يمكن إثباتها فى البيع، لأنها إثبات ما لم يكن ثابتا، فيتحقق الربا، ولا يمكن إثبات الزيادة فى الإقالة، لأنها رفع ما كان ثابتًا، ورفع ما كان زائدًا على ما كان محال. (ك)

(١) بمعنى لكن.

(٢) أى الإقالة.

(٣) أى يقع الإقالة بالثمن الأول.

(٤) أى من الثمن الأول.

(٥) قوله: "لما بيناه" إشارة إلى قوله: لتعذر الفسخ على الزيادة، لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذى كان قبله من غير زيادة ولا نقصان، لأن فى الفسخ على الزيادة رفع ما لم يكن ثابتًا، وفى الفسخ على النقصان رفع عدم ما كان ثابتًا ورفع المعدوم محال، فكانا فى الإقالة على السواء، فلذلك بطلت الزيادة والنقصان فى الإقالة. (ك)

(٦) فى يد المشترى.

(٧) قوله: "جازت الإقالة" جواب الكتاب مطلق عن أن يكون حط الثمن بمقدار حط العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أولا. (عناية)

(٨) أى ما احتبس عند المشترى جزء من المبيع.

(٩) على الثمن الأول.

(١٠) وإن كانت الإقالة عنده فسخًا لكنها فى الزيادة غير ممكن.

(١١) على الثمن الأول.

(١٢) فصار مجازًا فى البيع.

(١٣) أى البيع.

(١٤) عن الثمن الأول.

(١٥) البيع.

(١٦) أى جميع الثمن.

(١٧) قوله: "فهذا أولى [أى السكوت عن بعض الثمن أولى بالفسخ]" واعترض بأن كونه فسخًا إذا سكت عن كل الثمن إما أن يكون على مذهبه خاصة، أو على الاتفاق، والأول قياس المختلف على المختلف، والأول غير ناهض، لأن أبا يوسف إنما يجعله فسخًا لامتناع جعله بيعًا لانتفاع ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فإن فيها ما يصلح ثمنًا. (عناية)

عيب[1] فهو فسخ بالأقل لما بيناه[2].

ولو أقال بغير جنس الثمن الأول، فهو فسخ بالثمن الأول عند أبى حنيفة، ويجعل التسمية[3] لغواً، وعندهما بيع لما بينا[4].

ولو ولدت المبيعة ولداً[5]، ثم تقايلا فالإقالة باطلة[6] عنده، لأن الولد مانع من الفسخ[7]، وعندهما يكون بيعًا، والإقالة قبل القبض فى المنقول[8] وغيره فسخ عند أبى حنيفة ومحمد، وكذا عند أبى يوسف فى المنقول لتعذر البيع[9]، وفى العقار يكون بيعًا عنده لإمكان البيع، فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده.

قال[10]: وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة، وهلاك المبيع يمنع عنها[11]، لأن رفع البيع يستدعى قيامه، وهو قائم بالمبيع دون الثمن[12]، فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة فى الباقى، لقيام البيع فيه، وإن تقايضا[13] تجوز الإقالة بعد هلاك إحداهما[14]، ولا تبطل[15] بهلاك أحدهما، لأن كل واحد منهما مبيع، فكان البيع

---

(١٨) فإنه لا سكوت أصلا، فيكون بيعًا.

(١٩) على الثمن الأول.

(١) وفسخ بالأقل.

(٢) من أن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب. (ك)

(٣) أى تسمية الجنس الآخر.

(٤) فى فصل الزيادة.

(٥) فى يد المشترى.

(٦) قوله: "فالإقالة باطلة" هذا إذا ولدت بعد القبض، وأما إذا ولدت قبل القبض فالإقالة صحيحة عنده، وهذا فى الزيادة المنفصلة، وأما فى المتصلة كالسمن والجمال فيصح قبل القبض أيضًا. (مل)

(٧) لأجل الزيادة.

(٨) كالعقار.

(٩) قوله: "لتعذر البيع" وذلك لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز بالإجماع، وبيع العقار قبل القبض يجوز عند الشيخين. (عينى)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "يمنع عنها [فإن رفع المعدوم محال]" لأن شرط صحة العقد قيام العقد، لأنها رفع العقد فتقتضى قيام البيع، وقيامه بالمبيع لا بالثمن، لأن المبيع محل إضافة العقد بخلاف الثمن، ولهذا إذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن. (ك)

(١٢) قوله: "وهو قائم إلخ" لأن الأصل هو المبيع، ولهذا شرط وجوده عند البيع، بخلاف الثمن فإنه بمنزلة الوصف، وجاز العقد وإن لم يكن موجودا. (عينى)

(١٣) قوله: "وإن تقايضا" أى لو عقدا عقد المقايضة، وهى بيع عوض بعوض مأخوذ بقولهم: هما قيضان أى مثلان. (عينى)

باقيًا[١]، والله أعلم بالصواب.

باب المرابحة والتولية[٢]

قال[٣]: المرابحة نقل ما ملكه[٤] بالعقد الأول[٥] بالثمن الأول[٦] مع زيادة ربح، والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح، والبيعان جائزان؛ لاستجماع[٧] شرائط الجواز[٨]، والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع، لأن الغبى الذى[٩] لا يهتدى فى التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكى المهتدى، ويطيب نفسه بمثل ما اشترى[١٠]، وبزيادة ربح[١١]، فوجب القول بجوازهما[١٢]، ولهذا[١٣] كان مبناهما[١٤] على الأمانة، والاحتراز عن الخيانة[١٥]، وعن شبهتها[١٦]،

---

(١٤) العوضين ولو هلكا لا يجوز. (ن)

(١٥) أى لا تبطل الإقالة بعد وجودها بهلاك أحدهما. (كفاية)

(١) لأن الأصل وجود المبيع.

(٢) قوله: "المرابحة إلخ" البياعات بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة أنواع أربعة، المساومة، وهى التى لا يلتفت إلى الثمن السابق، ومنها بيع الوضيعة وهو البيع بأقل من الثمن الأول، ومنها المرابحة، والتولية، وقولنا بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف. (ك)

قوله: "المرابحة" لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة، شرع فى بيان الأنواع التى تتعلق بالثمن. (مل)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "نقل ما ملكه" أى من السلع، لأنه إذا اشترى بالدراهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مرابحة. (ك)

(٥) قوله: "بالعقد الأول" أى بما ملكه، لأن من غصب عبدًا، وأبق العبد من يد الغاصب، وقضى القاضى بالقيمة، ثم عاد العبد، فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التى أداها إلى مالكه. (ك)

(٦) قوله: "بالثمن الأول" أى بما قام عليه، لأنه لو ضم إلى الثمن الأول أجرة القصار والصباغ والطراز، والفتل جاز، ولأنه لو ملك أصل الثوب بميراث أو هبة، أو وصية فقومه بقيمة، ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز. (كفاية)

(٧) والمبيع معلوم والثمن معلوم.

(٨) من الحرية، والعقل، والبلوغ، ومبادلة المال بالمال.

(٩) صفة كاشفة، الذى يخفى عليه الأمور.

(١٠) هذا فى التولية.

(١١) هذا فى المرابحة.

(١٢) المرابحة والتولية.

(١٣) أى للاحتياج إلى الاعتماد. (ع)

(١٤) البيعين.

(١٥) قوله: "والاحتراز [تأكيد] عن الخيانة" حتى إذا اشترى إلى أجل ليس له أن يبيعه مرابحة إلا بالبيان. (ك)

(١٦) قوله: "وعن شبهتها" وعن هذا لم يصح المرابحة والتولية فيما إذا كان الثمن الأول من ذوات القيم، لأن المعادلة والمماثلة فى ذوات القيم إنما تعرف بالحزر والظن، فكان فيه شبهة عدم المماثلة، فيشبه الخيانة كما تحرم المجازفة فى

وقد صح أن النبي ﷺ[١] لما أراد الهجرة[٢] ابتاع[٣] أبو بكر رضى الله عنه بعيرين، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «ولّني[٤] أحدهما فقال[٥] هو لك بغير شيء فقال عليه السلام أما بغير ثمن فلا[٦]»*.

قال[٧]: ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض[٨] مما له مثل[٩]، لأنه إذا لم يكن له[١٠] مثل لو ملكه ملكه بالقيمة، وهي مجهولة[١١].

ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل[١٢]، وقد باعه ربح درهم،

الأموال الربوية لذلك. (ع)

(١) قوله: "وقد صح [كذا في "كتاب السير" تصنيف محمد بن إسحاق، كذا قيل] إلخ" قلت: غريب، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «التولية والإقالة والشركة سواء لا بأس به»، وحديث أبي بكر في البخاري عن عائشة رضي الله عنها وفيه أن أبا بكر رضى الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: خذ بأبي أنت وأمي يا رسول الله إحدى راحلتي هاتين، فقال عليه السلام: «بالثمن» الحديث، ليس فيه غير ذلك، أخرجه في بدء الخلق. ورواه أحمد في "مسنده" ولفظه: فأعطاه أبو بكر إحدى الراحلتين، فقال: خذها يا رسول الله فاركبها، فقال عليه السلام: «قد أخذتها بالثمن» الحديث، وفي "الطبقات" لابن سعد: وكان أبو بكر قد اشتراهما بثمانمائة درهم من نعم بني قشير، فأخذ إحداهما وهي القصوى، الحديث. (ت)

قوله: "وقد صح" قال ابن إسحاق: فلما قرب أبو بكر إحدى الراحلتين، قدم له أفضلهما، ثم قال له: اركب فداك أبي وأمي، وقال: «لا، ولكن بالثمن الذي ابتعتها به»، قال أبو بكر: اشتريته بكذا وكذا، قال رسول الله ﷺ: «أخذتها بذلك»، قال الواقدي بإسناده: أخذ القصوى، وكان أبو بكر اشتراه بثمانمائة درهم، وقالت عائشة في ما ذكره ابن هشام: هي الجدعاء، وكذا حكى السهيل عن ابن إسحاق: إنها الجدعاء. (تاريخ ابن كثير)

(٢) إلى المدينة.

(٣) اشترى.

(٤) أي بعه مني تولية.

(٥) أبو بكر.

(٦) أي فلا آخذه.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣١، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٨ ص١٥٤. (نعيم)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) الأول.

(٩) قوله: "مما له مثل" أي من ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات، والعدديات المتقاربة، لأنه إذا لم يكن من ذوات الأمثال بل من ذوات القيم أي العدديات المتقاربة كالثياب والدور والعبيد لو ملكه، أي المشتري الثاني ملكه بالقيمة، لأن المشتري الثاني لا يملك العوض الأول، فلا يمكن له رد عينه، ولا رد مثله، إذ لا مثل له، والقيمة مجهولة تعرف الخرز والظن، فيتمكن شبهة الخيانة، ويجب الاحتراز عنها. (مل)

(١٠) العوض.

(١١) القيمة.

(١٢) قوله: "ممن يملك إلخ" صورته: أن يشتري رجل عبدا بثوب، فسلم الثوب، وقبض العبد، ثم إن بائع العبد ملك الثوب آخر، فمشتري العبد باع العبد من الذي ملك الثوب بذلك الثوب، وبربح درهم، أو قفيز حنطة جاز. (ك)

أو بشيء من المكيل موصوف[١] جاز؛ لأنه يقدر على الوفاء بما التزم، وإن باعه[٢] بربح ده يازده[٣] لا يجوز، لأنه باعه[٤] برأس المال[٥]، و ببعض قيمته، لأنه ليس من ذوات الأمثال. ويجوز أن يضيف إلى رأس المال[٦] أجرة القصار[٧]، والطراز[٨] والصبغ، والفتل[٩]، وأجرة حمل الطعام[١٠]؛ لأن العرف جارٍ بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، ولأن كل ما يزيد في المبيع، أو في قيمته يلحق به[١١]، هذا[١٢] هو الأصل[١٣]، وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته[١٤] يزيد[١٥] في العين[١٦]، والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان[١٧].

ويقول[١٨]: قام على بكذا، ولا يقول: اشتريته بكذا، كيلا يكون كاذبًا[١٩]،

---

(١) معين.

(٢) أي باع الذي اشتراه ببدل غير مثلي ممن يملك ذلك البدل بربح ده يازده إلخ.

(٣) قوله: "بربح ده يازده" معنى قولنا: بربح ده يازده أي بربح مقدار درهم على عشرة، فإن كان الثمن الأول عشرة كان الربح درهما، وإن كان عشرين كان الربح درهمين، وإن كان ثلثين كان الربح ثلاث دراهم، فتسمية ربح ده يازده تقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال، لأنه جعل الربح مثل عشر الثمن، وعشر الشيء يكون من جنسه، والثمن ههنا ليس من ذوات الأمثال بل من ذوات القيم، فيصير بائعًا للعبد بذلك الثوب، وبجزء من أحد عشر جزء من الثوب، والجزء الحادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة، فيكون بائعًا بالثوب، وببعض قيمته، والقيمة مجهولة فلا يجوز. (ك)

(٤) العبد.

(٥) الثوب.

(٦) المبيع.

(٧) گاذر. (من)

(٨) الطراز [كشيده دوز] علم الثوب فارسي معرب. (صحاح) نگار جامه. (من)

(٩) قوله: "والفتل [تافتن. من]" هو ما يصنع بأطراف الثياب بحرير، أو كتان من فتلت الحبل أفتله بحرير. (رد المحتار)

(١٠) من موضع إلى موضع.

(١١) أي برأس المال.

(١٢) أي قوله: كل ما إلخ.

(١٣) قاعدة كلية.

(١٤) أي الفتل والطراز.

(١٥) باعتبار الاتصال.

(١٦) المبيع.

(١٧) بحسب قرب المسافة وبعدها

(١٨) قوله: "ويقول [هذا لفظ القدوري. (عيني) في كل موضع [illegible] أن يضم إلى رأس المال] إلخ" وإذا اشترى الرجل متاعًا، ثم رقمه بأكثر من ثمنه، ثم باعه مرابحة على رقمه جاز، ولا يقول: قام على بكذا، ولا اشتريته، فإن ذلك كذب، ولكن يقول: رقمته فأنا أبيعه على ذلك. (نهاية)

(١٩) إذ القيام عليه عبارة عن الحصول بما عزم فيه القدر المسمى.

وسوق الغنم[١] بمنزلة[٢] الحمل بخلاف أجرة الراعى[٣] وكراء بيت الحفظ؛ لأنه[٤] لا يزيد فى العين[٥] والمعنى[٦]، وبخلاف أجرة التعليم[٧]، لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه[٨] وهو حذاقته[٩]. فإن اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة[١٠]، فهو بالخيار عند أبى حنيفة رحمه الله إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها[١١] من الثمن، وقال أبو يوسف: يحط[١٢] فيهما، وقال محمد: يخير[١٣] فيهما. لمحمد أن الاعتبار[١٤] للتسمية لكونه[١٥] معلوماً[١٦] والتولية[١٧] والمرابحة ترويج وترغيب، فيكون[١٨] وصفًا مرغوبًا فيه[١٩] كوصف

---

(١) من موضع إلى موضع.

(٢) قوله: "بمنزلة الحمل" لأن القيمة تختلف باختلاف المكان، فيضم ما أنفق على الغنم فى سياقها كما أن له أن يضم أجرة الحمل. (مل)

(٣) حيث لا تضم، فإن الراعى يستحق الأجر باعتبار الحفظ. (ك)

(٤) قوله: "لأنه" أى لأن كل واحد من أجرة الراعى وكراء بيت الحفظ.

(٥) قيمة.

(٦) المالية.

(٧) قوله: "وبخلاف أجرة التعليم إلخ" فإنه إذا أنفق على عبده فى تعليم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقها برأس المال، وكذلك الشعر، والغناء، والعربية، وأجرة تعليم القرآن والحساب، إلا إذا كان فيه عرف ظاهر بإلحاقه كان له أن يلحقه، لأن زيادة المالية باعتبار معنى فى المتعلم وإن كان لا بد من التعليم، إلا أن التعلم آخر الأمرين وجودا، وأنه حصل بفعل مختار، فيكون حصول الزيادة مضافًا إليه لا إلى التعليم. وأجرة السمسار تضم إن كانت مشروطة فى العقد بالإجماع وإن لم تكن مشروطة، بأن كانت مرسومة فأكثر المشايخ على أنها لا تضم، ومنهم من قال: تضم.

والباج الذى يؤخذ فى الطريق لا يلحق برأس المال، قال زفر: ولو كان فى موضع جرت العادة فيما بين التجار بإلحاقه برأس المال يلحق به أيضًا. وفى "المبسوط": وفى إلحاق شيء برأس المال المعتبر العرف الظاهر، وما عمل بيده عن قصارة، أو خياطة، أو ما أشبه ذلك من الأعمال لا يضمه إلى رأس المال. (ك)

(٨) قوله: "لمعنى فيه [البيع]" لا بالتعليم، فالتعليم شرط أو جزء أول لعلة ذات جزئين، والحكم لا يضاف إلى الشرط لا إلى الجزء الأول. (مل)

(٩) وذكاوته.

(١٠) قوله: "فإن اطلع إلخ" بإقرار البائع أو بالبينة، وفى "المبسوط": وبنكوله عن اليمين. (نهاية)

(١١) أى أسقط قدر الخيانة.

(١٢) أى يحط قدر الخيانة فى المرابحة والتولية جميعًا.

(١٣) إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك.

(١٤) فى العقد.

(١٥) التسمية.

(١٦) والثمن يجب أن يكون معلومًا. (ن)

(١٧) أى ذكر التولية والمرابحة.

السلامة[١]، فيتخير بفواته[٢]، ولأبى يوسف أن الأصل فيه[٣] كونه[٤] تولية[٥] ومرابحة، ولهذا ينعقد[٦] بقوله: ولّيتك بالثمن الأول، أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك[٧] معلومًا، فلا بد من البناء[٨] على الأول[٩]، وذلك بالحط، غير أنه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال[١٠]، وفى المرابحة منه ومن الربح[١١]. ولأبى حنيفة أنه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية[١٢]، لأنه يزيد على الثمن الأول[١٣]، فيتغير التصرف، فتعين الحط، وفى المرابحة لو لم يحط تبقى[١٤] مرابحة وإن[١٥] كان يتفاوت[١٦] الربح فلا يتغير التصرف[١٧]، فأمكن القول[١٨]

---

(١٨) ذكر التولية والمرابحة.

(١٩) لوجود الأمن من الغبن. (ك)

(١) قوله: "كوصف السلامة" أى كوصف سلامة المبيع، فإذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب. (عينى)

(٢) كما إذا وجد المبيع معيبًا.

(٣) أى فى لفظ المرابحة والتولية.

(٤) العقد.

(٥) لا التسمية.

(٦) العقد.

(٧) أى الثمن.

(٨) أى بناء العقد الثانى.

(٩) قوله: "على الأول" أى على العقد الأول، وقدر الخيانة لم يكن ثابتًا فى العقد الأول، فلا يمكن إثباته فى العقد الثانى فيحط. (عينى)

(١٠) قوله: "فى التولية إلخ" بأن اشترى ثوبًا بثمانية، فقال لغيره: اشتريته بعشرة، وبعتك بمثل ما قام على، ثم علم المشترى يأخذها بثمانية. (نهاية)

(١١) قوله: "منه ومن الربح" حتى لو باع ثوبًا بعشرة على ربح خمسة، فظهر أن الثمن كان ثمانية يحط قدر الخيانة وهو درهمان من الأصل، وما قابله من الربح، وهو درهم، فيأخذ الثوب باثنى عشر درهمًا، لأن هذا ربحا فى الكل، وظهرت الخيانة فى الكل. (عينى)

(١٢) قوله: "لا تبقى تولية" لأنها تكون بالثمن الأول، وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز أن لا تبقى تولية لئلا يتغير التصرف، فتعين الحط. (ع)

(١٣) فيصير مرابحة.

(١٤) كما كانت من غير تصرف فى العقد.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أى يصير أكثر.

(١٧) أى العقد.

(١٨) لفوات الرضاء.

بالتخيير، فلو هلك[1] قبل أن يرده[2]، أو حدث فيه[3] ما يمنع الفسخ يلزمه[4] جميع الثمن في الروايات الظاهرة[5]، لأنه مجرد خيار[6] لا يقابله شيء من الثمن، كخيار الرؤية[7] والشرط، بخلاف خيار العيب[8]، لأنه مطالبة بتسليم الفائت، فيسقط ما يقابله[9] عند عجزه[10] قال[11]: ومن اشترى ثوبًا فباعه بربح، ثم اشتراه، فإن باعه مرابحة طرح عنه[12] كل ربح كان قبل ذلك[13]، فإن كان استغرق[14] الثمن لم يبعه مرابحة، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يبيعه مرابحة على الثمن الأخير، صورته إذا اشترى ثوبًا بعشرة، وباعه[15] بخمسة عشر، ثم اشتراه[16] بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة[17]، ويقول[18]: قام علي بخمسة.

ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة، ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا، وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين[19]. لهما: أن العقد الثاني[20]

---

(١) المبيع في بيع المرابحة بعد ظهور الخيانة.

(٢) المبيع.

(٣) المبيع.

(٤) المشترى.

(٥) قوله: "في الروايات الظاهرة" احترز به عما روى عن محمد في غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن ويسترد، والمشترى الثمن الذى سلمه إلى البائع حتى يندفع الضرر عن المشترى. (عينى)

(٦) وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره، فيسقط الخيار.

(٧) إذا تعذر الرد بالهلاك وغيره يسقط الخيار.

(٨) قوله: "بخلاف خيار العيب" حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص عنه مقدار العيب. (عناية)

(٩) من الثمن.

(١٠) قوله: "عند عجزه" أى عند عجز المشترى عن الرد بالهلاك، أو بحدوث ما يمنع الفسخ، أو المعنى عند عجز البائع عن تسليم الفائت. (مل)

(١١) أى محمد في "الجامع الصغير". (عينى)

(١٢) أى عن ثمن ما اشترى.

(١٣) الشراء الثانى.

(١٤) الربح.

(١٥) بعد القبض.

(١٦) بعد نقد الثمن، وتسليم المبيع.

(١٧) قوله: "فإنه يبيعه إلخ" ويحط من الثمن الثانى الربح الذى ربح وهو خمسة. (مل)

(١٨) ولا يقول: اشتريته بخمسة لئلا يصير كاذبًا.

(١٩) أى فصل الاستغراق وعدمه.

(٢٠) الشراء بعشرة.

جـ5
11
B

عقد متجدد[١] منقطع الأحكام عن الأول[٢]، فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث[٣]، ولأبى حنيفة أن شبهة حصول الربح[٤] بالعقد الثانى ثابتة، لأنه يتأكد به بعد[٥] ما كان على شرف[٦] السقوط بالظهور على عيب، والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطًا، ولهذا[٧] لم تجز المرابحة[٨] فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة[٩]، فيصير كأنه اشترى خمسة[١٠]، وثوبًا بعشرة، فيطرح خمسة، بخلاف ما إذا تخلل ثالث، لأن التأكد[١١] حصل بغيره[١٢].

---

(١) ورد على مال معلوم ببدل معلوم.

(٢) قوله: "منقطع الأحكام عن الأول" لأن الشفيع إذا سلم الشفعة فى العقد الأول فله الشفعة فى العقد الثانى. (ك)

(٣) قوله: "كما إذا تخلل [فإنه يجوز البيع مرابحة على الثمن الأخير] ثالث" بأن اشترى من مشترى مشتريه، توضيحه: أنه باعه بعشرين، ثم باعه المشترى إلى ثالث، ثم اشتراه البائع الأول بعشرة يجوز المرابحة بعشرة. (عينى)

(٤) الحاصل بالعقد الأول. (ع)

(٥) قوله: "بعد ما كان على شرف السقوط" بأن يجد المشترى بالثوب عيبًا، فيرده ويسترد منه كل الثمن، ويبطل حقه فى الربح، وبالشرى ثانيًا وقع الأمن عن البطلان، فالمستفاد بالشراء الثانى الثوب، وتأكد الربح الأول، وللتأكيد شبه بالإيجاب حتى عزم شهود الطلاق قبل الدخول نصف الصداق إذا رجعوا، لأن شهادتهم أكدت نصف المهر الذى كان على شرف السقوط بالردة، وتمكين ابن الزوج وبيع المراحة يمتنع بالشبهة كما يمتنع بالحقيقة. (ك)

(٦) قوله: "شرف محركه برامر بزرگ رسيدن از خير يا از شر. (من)

(٧) أى للاحتياط.

(٨) قوله: "لم تجز المرابحة إلخ" صورته: لرجل على آخر عشرة دراهم، فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على عشرة، لأن الصلح بناه على التجوز والحط، ولو وجدت حقيقة الحط لم يبع مرابحة بعشرة، فكذا لو وجدت شبهته. (مل)

(٩) قوله: "حطيطة [وهى ما يحط من الثمن السلعة]" كسفينة ثمن كم كرده شده يا آنكه كم كنند وفرو نهند از چيزى. (من)

(١٠) قوله: "فيصير إلخ" أى فصار فى الفصل الأول كأنه اشترى فى العقد الثانى ثوبًا، وخمسة دراهم بعشرة، فالخمسة بإزاء الخمسة، وبقى الثوب بخمسة، فيبيعه بخمسة مرابحة، وفى الفصل الثانى كأنه اشتراه، وعشرة بعشرة، فصارت العشرة بالعشرة، ولم يبق بمقابلة الثوب شيء، فلا يبيعه مرابحة.
ولا يقال: على هذا ينبغى أن يفسد الشراء الثانى فى الفصل الثانى، كأنه اشترى ثوبًا وعشرة بعشرة، فكان فيه شبهة الربا، لأنا نقول: إن الربح الأول لم يصر مقابلا بالثمن الثانى حقيقة، وإنما تثبت له شبهة المقابلة من حيث إن للتأكد شبهًا بالإيجاب، والشبهة تكفى لمنع بيع المرابحة، ولا تكفى لإفساد العقد، لأن المنع فى بيع المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع، حتى يجوز عند البيان، وإذا رضى به بعد البيع يجوز.
ولا يلزم على هذا ما إذا وهب له ثوب، فباعه بعشرة، ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة، لأنه ممنوع فى رواية عن أبى حنيفة، ولو سلم فنقول: بالبيع الثانى وإن كان يتأكد انقطاع حق الواهب فى المرجوع لكنه ليس بمال. (ك)

(١١) أى تأكد الربح.

(١٢) قوله: "بغيره [أى بفعل غيره، وهو الثالث]" فلم يستفد الربح المشترى الأول بالشراء الثانى، فانتفت الشبهة. (عينى)

قال[1] : وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبًا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته[2] ، فباعه من المولى بخمسة عشر[3] ، فإنه[4] يبيعه مرابحة على عشرة، وكذلك[5] إن كان المولى اشتراه، فباعه[6] من العبد، لأن فى هذا العقد[7] شبهة العدم[8] لجوازه[9] مع المنافى فاعتبر عدمًا[10] فى حكم المرابحة، وبقى الاعتبار للأول[11] ، فيصير كأن العبد اشتراه[12] للمولى بعشرة فى الفصل الأول[13] ، وكأنه يبيعه[14] للمولي في الفصل الثاني[15] ، فيعتبر الثمن الأول.

قال[16] : وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف[17] ، فاشترى ثوبًا بعشرة،

---

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) قوله: "وعليه دين إلخ" إنما قيد بالدين المحيط برقبته، لأنه لو لم يكن على العبد دين، فباع العبد من مولاه شيئًا فإنه لا يصح، فإن هذا البيع لا يفيد للمولى شيئًا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة، ولا ملك التصرف.
وكذا إذا كان عليه دين لا يحيط بماله لأنه لا يمنع ملك المولى بالإجماع، لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين، فلو جعل مانعًا لانسد باب الانتفاع بكسبه، فيختل ما هو المقصود من الإذن، ولو كان محيطًا بماله دون رقبته، فباع من المولى شيئًا صح البيع، ولكن فيه شبهة العدم أيضًا، فلا يبيعه المولى مرابحة بالثمن الذى اشتراه من العبد، لأنه لما لم يجز للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين يحيط برقبته مع أنه أجنبى عن كسبه، فلأن لا يجوز وعليه دين محيط بماله دون رقبته أولى، فظهر أنه إنما قيد بقوله: وعليه دين إلخ ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الأولى. (كفاية)

(٣) الثوب.

(٤) المولى.

(٥) أى يبيع العبد مرابحة على عشرة.

(٦) بخمسة عشر.

(٧) أى بيع العبد من المولى وعكسه.

(٨) أى شبهة عدم الجواز لا حقيقة عدم الجواز.

(٩) قوله: "لجوازه" أى لجواز العقد لقيام الدين مع وجود المنافى للجواز، وهو كون العبد ملكًا للمولى، فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه، و كذا فى الشراء. (عينى)

(١٠) لوجوب الاحتراز فى المرابحة عن شبهة الخيانة.

(١١) أى العقد الأول.

(١٢) قوله: "كأن العبد اشتراه" أى بالوكالة لأجل المولى، فلو ثبت الوكالة حقيقة لم يبعه المولى إلا على عشرة، فكذا إذا تمكنت شبهة الوكالة لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة فى بيع المرابحة. (ل)

(١٣) وهو ما إذا باعه العبد من مولاه. (ك)

(١٤) قوله: "وكأنه يبيعه [عبد]" أى بالوكالة لأجل المولى، فلو كان المولى يرابح بنفسه لكان يرابح على عشرة، فكذا إذا ربح العبد. (مل)

(١٥) وهو ما إذا باعه المولى من عبده. (ك)

(١٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٧) أى بقرار الشركة فى الربح بالنصف.

وباعه من رب المال بخمسة عشر، فإنه[١] يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف، لأن هذا البيع[٢] وإن[٣] قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح[٤]، خلافًا لزفر[٥] مع أنه[٦] اشترى ماله بماله[٧] لما فيه من استفادة[٨] ولاية التصرف وهو مقصود، والانعقاد[٩] يتبع الفائدة[١٠]، ففيه شبهة العدم[١١]، ألا ترى[١٢] أنه[١٣] وكيل عنه[١٤] في البيع الأول من وجه[١٥]، فاعتبر البيع الثاني[١٦] عدمًا[١٧] في حق نصف الربح.

قال[١٨]: ومن اشترى جارية، فاعوَرّت[١٩] ووطئها وهي ثيب، يبيعها مرابحة ولا يبين[٢٠]؛ لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن، لأن الأوصاف[٢١] تابعة[٢٢] لا

---

(١) أى فإن رب المال.

(٢) أى بيع المضارب من رب المال.

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "عند عدم الربح [وعند وجوده جاز بالاتفاق، لأنه صار شريكًا فى الربح]" كما هو كذلك ههنا، لأن الربح إنما يحصل إذا بيع من الأجنبى. (درر)

(٥) قوله: "خلافًا لزفر" فإن عنده بيع المضارب من رب المال وبالعكس لا يجوز إذا لم يكن فى المال ربح. (مل)

(٦) رب المال.

(٧) لأن رقبة المال له.

(٨) قوله: "من استفادة إلخ" لأن بتسليم رب المال ماله إلى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله فى التصرف فيه، وبالشراء تحصل. (نهاية)

(٩) أى انعقاد العقد.

(١٠) قوله: "يتبع الفائدة" ولهذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز، ودخل عبده فى الشراء لحصول الفائدة فى حق انقسام الثمن، ثم يخرج، فكذا ههنا. (عينى)

(١١) قوله: "ففيه [جواب قوله: وإن قضى] شبهة العدم" لما قال زفر: إن البيع تمليك المال بالمال، وأنه معدوم ههنا. (ك)

(١٢) إيضاح لقوله: ففيه شبهة العدم. (ك)

(١٣) المضارب.

(١٤) رب المال.

(١٥) قوله: "من وجه" لأنه يعمل لنفسه ولرب المال، ولهذا يكون الربح لهما، بخلاف الوكيل لأنه يعمل للموكل، ولهذا يكون الربح له. (عينى)

(١٦) قوله: "فاعتبر [لما فيه من شبهة العدم، أى بيع المضارب من رب المال] إلخ" يعنى أن المضارب لما كان وكيلا عنه، وجب أن لا يجوز البيع بينهما، كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه، فصار بيع المضارب من رب المال باطلا فى حق نصف الربح، لأن ذلك حق رب المال، فأما درهمان ونصف فحق المضارب، ولا شبهة فى أصل الثمن، فلهذايبيعه مرابحة على اثنى عشر ونصف. (ك)

(١٧) معدومًا.

(١٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٩) فى يد المشترى بآفة سماوية (ع) يک چشم شد.

يقابلها الثمن، ولهذا[١] لو فاتت[٢] قبل التسليم[٣] لا يسقط شيء من الثمن[٤]، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن[٥]، والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطئ[٦]، وعن أبي يوسف في الفصل الأول[٧] أنه لا يبيع من غير بيان، كما إذا احتبس[٨] بفعله، وهو قول الشافعي[٩].

فأما[١٠] إذا فقأ[١١] عينها بنفسه، أو فقأها أجنبي[١٢]، فأخذ أرشها[١٣] لم يبعها مرابحة[١٤] حتى يبين؛ لأنه[١٥] صار مقصوداً بالإتلاف، فيقابلها[١٦] شيء من الثمن،

(٢٠) قوله: "ولا يبين" قال الزيلعي: المراد بقولهم: يبيعه مرابحة بلا بيان أنه اشتراه سليمًا بكذا من الثمن، ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك، وأما نفس العيب فلا بد من بيانه بأن يبين العيب والثمن من غير أن يبين أنه اشتراه سليما، ثم حدث به العيب عنده. (درر)

(٢١) قوله: "لأن الأوصاف إلخ" فإن قيل: كما أن أعضاء المبيع وصف فكذلك الأجل، يقال: ثمن مؤجل وثمن حال، كما يقال: مبيع سليم، ومعيب، فكيف وجب بيان وصف الأجل فيه على ما يأتي، قلنا: جوابه أيضًا يأتي، وهو أن الأجل له قسط من الثمن. (ن)

(٢٢) والأصل باق.

(١) توضيح لقوله: الأوصاف تابعة.

(٢) العين.

(٣) إلى المشترى. (ع)

(٤) كذا ههنا.

(٥) قوله: "لا يقابلها إلخ" عورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشترى إذا وطئها، ثم وجد عيبا لا يتمكن من الرد وإن كانت ثيبا، وماذلك إلا باعتبار أن المستوفى من الوطئ بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشترى.

وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها، فإما أن يردها مع العقر أو بدونه، لا سبيل إلى الأول، لأن الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد، والعقد لم يرد على الزيادة، فالفسخ لا يرد عليها، ولا إلى الثانى لأنها تعود إلى قديم ملك البائع، ويسلم الوطئ للمشترى مجّانًا لا باعتبار احتباس جزء من المبيع. (عناية)

(٦) أى الثيب.

(٧) أى اشترى جارية فاعورّت.

(٨) الشيء الغائب.

(٩) قوله: "وهو قول الشافعي" بناء على مذهبه أن للأوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية، أو بصنع العباد. (ع)

(١٠) قوله: "فأما إذا إلخ" راجع إلى أول المسألة، وفى بعض النسخ، قلنا: فيكون جوابا لقول أبى يوسف والشافعى. (عناية)

(١١) فَقَأَ -بالفتح- كور كردن. (من)

(١٢) سواء كان بأمر المشترى أو بغيره. (عناية)

(١٣) أرش -بالفتح- ديت جراحت.

(١٤) قوله: "لم يبعها إلخ" أما إذا كان بأمر المشترى فإنه كفعل المشترى بنفسه، وأما إذا كان بغير أمره فلأنه جناية توجب ضمان النقصان عليه، فيكون المشترى حابس بدل جزء من المعقود عليه، فيمتنع المرابحة بدون البيان، وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على أخذ أرشها، وهوالمذكور فى لفظ محمد فى أصل "الجامع الصغير".

وكذا إذا وطئها[١] وهي بكر، لأن العذرة[٢] جزء من العين[٣] يقابلها الثمن، وقد حبسها[٤]. ولو اشترى ثوبًا، فأصابه فرض فأر[٥]، أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان، ولو تكسّر[٦] بنشره وطيّه لا يبيعه حتى يبين، والمعنى ما بيناه[٧].

قال[٨]: ومن اشترى غلامًا بألف درهم نسيئة، فباعه بربح مائة ولم يبين[٩]، فعلم المشترى، فإن شاء رده، وإن شاء قبل، لأن للأجل شبهًا بالمبيع، ألا يرى[١٠] أنه يزاد فى الثمن لأجل الأجل[١١]، والشبهة فى هذا[١٢] ملحقة بالحقيقة[١٣]، فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما[١٤]، والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا ظهرت[١٥] يخير[١٦] كما فى العيب[١٧]، وإن

وقال فى "النهاية": كأن ذكر الأرش وقع اتفاقا، لأنه لما فقأ الأجنبي وجب عليه ضمان الأرش، ووجوب ضمان الأرش سبب لأخذ الأرش، فأخذ حكمه، ثم قال: والدليل على هذا إطلاق ما ذكره فى "المبسوط". (عناية)

(١٥) الوصف.

(١٦) العين.

(١) فلا يبيع مرابحة إلا بالبيان.

(٢) بالضم: البكارة. (ق)

(٣) أى عين المبيع.

(٤) بفعل قصدى.

(٥) قوله: "فرض [بريدن] فأر" فى "الفوائد الظهيرية": الفرض -بفاء معجمة من فوقها بواحدة- نص على هذا صدر الإسلام أبو اليسر، كذا فى "الكفاية"، وقال فى "العناية": بالقاف من قرض الثوب بالمقراض إذا قطعه. (مل)

(٦) الثوب.

(٧) قوله: "والمعنى [الدليل] ما بيناه" أما فى فرض فأر فلما ذكر في الاعورار أن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن، وأما فى حق تكسر الثوب بنشره، فلما ذكر فى فقأ العين أنه صار مقصوداً بالإتلاف. (ك)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) أنه اشتراه نسيئة.

(١٠) توضيح لقوله: لأن للأجل إلخ.

(١١) قوله: "لأجل الأجل" ونوقض بأن الغلام السليم الأعضاء يزاد فى ثمنه لأجل سلامة الأعضاء بالنسبة إلى غير السليم، وإن فاتت سلامة الأعضاء لم يجب البيان على البائع، كما مر فى مسألة اعورار العين.

وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوصة عليها، إنها فى مقابلة السلامة، وما نحن فيه هو أن يقول: إن اجلتنى مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار، فيثبت زيادة الثمن بالشرط، ولا يثبت ذلك فى سلامة الأعضاء. (عناية)

(١٢) أى باب المرابحة.

(١٣) أى حقيقة المبيع.

(١٤) وهذا حرام.

(١٥) أى الخيانة بسبب أنه لم يتبين أنه نسيئة.

(١٦) فى الأخذ والترك. (عينى)

استهلكه[١] ثم علم[٢] لزمه بألف ومائة، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن.

قال[٣]: فإن كان ولاه[٤] إياه ولم يبين[٥] رده إن شاء؛ لأن الخيانة في التولية مثلها[٦] في المرابحة، لأنه بناء[٧] على الثمن الأول، وإن كان استهلكه ثم علم[٨]، لزمه بألف حالة لما ذكرناه[٩]. وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة[١٠]، ويسترد كل الثمن، وهو[١١] نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد[١٢]، وعلم بعد الإنفاق[١٣]، وسيأتيك[١٤] من بعد إن شاء الله تعالى.

وقيل[١٥]: يقوّم بثمن حالّ، وبثمن مؤجل، فيرجع بفضل ما بينهما، ولو لم يكن الأجل مشروطًا في العقد، ولكنه منجم[١٦] معتاد[١٧]، قيل: لا بد من بيانه، لأن المعروف[١٨] كالمشروط[١٩]، وقيل: يبيعه، ولا يبينه[٢٠]، لأن الثمن حال[٢١].

---

(١٧) أي كما له الخيار عند ظهور العيب في المبيع. (عيني)

(١) قوله: "وإن استهلكه" أي إن استهلك المشتري المبيع بوجه بأن باعه، أو بوجه آخر لزمه، أي لزم المبيع المشتري لتعذر الفسخ بألف ومائة، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة، ولكن فيه شبهة المقابلة، فباعتبار شبهة الخيانة كان له أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائما، فأما إن يسقط من الثمن شيء بعد الهلاك بمقابلة الأجل فلا، وإلا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة، هذا خلف. (عيني)

(٢) الخيانة.

(٣) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٤) أي الغلام.

(٥) أنه اشتراه بألف نسيئة وعلم المشتري.

(٦) الخيانة.

(٧) أي لأن التولية مبنية على الثمن الأول بلا زيادة ولا نقصان.

(٨) أي الخيانة.

(٩) من أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن. (ك)

(١٠) أي المشتري بعد الهلاك قيمة العين.

(١١) هذا الحكم.

(١٢) بأن كان له على آخر عشرة جياد فاستوفى زيوفًا.

(١٣) فيرد زيوفا ويأخذ الجياد.

(١٤) في مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف. (عناية)

(١٥) القائل الفقيه أبو جعفر الهندواني. (عيني)

(١٦) تنجيم اندک اندک گزاردن وام وپاره پاره كردن چيزى را. (م)

(١٧) قوله: "معتاد" يعني من عادات الناس إذا باعوا شيئًا بثمن غال من غير شرط الأجل في البيع يأخذون الثمن نجمًا نجمًا. (عيني)

(١٨) أي الثابت بالعرف.

قال[١]: ومن[٢] ولّى رجلا شيئًا بما قام عليه، ولم يعلم المشتري بكم قام عليه، فالبيع فاسد لجهالة الثمن. فإن أعلمه[٣] البائع في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه، وإن شاء تركه؛ لأن الفساد لم يتقرر[٤]، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد[٥]، وصار كتأخير القبول[٦] إلى آخر المجلس[٧]، وبعد الافتراق[٨] قد تقرر[٩]، فلا يقبل الإصلاح، ونظيره بيع الشيء برقمه[١٠] إذا علم في المجلس، وإنما يتخير، لأن الرضا لم يتم قبله[١١] لعدم العلم، فيتخير كما في خيار الرؤية[١٢].

فصل[١٣]

ومن اشترى شيئًا مما ينقل[١٤] ويحوّل[١٥] لم يجز له بيعه[١٦] حتى يقبضه، لأنه

---

(١٩) بين العاقدين.

(٢٠) أي لا يجب البيان.

(٢١) قوله: "لأن الثمن حال" لعدم ذكر الأجل، والأصل الحال في الثمن، واستيفاءه منجمًا لا يخرجه من أن يكون حالا. (مل)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) قوله: "ومن ولّى إلخ" أي قال: وليتك هذا بما قام علي ويريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك. (مل)

(٣) بثمنه.

(٤) لأن ساعات المجلس كساعة واحدة لعدم تبدل المجلس. (ك)

(٥) فله خيار القبول.

(٦) قوله: "وصار كتأخير [أي قال البائع في أول المجلس: بعت، وقال المشتري في آخره: اشتريت جاز. ن] إلخ" فإن القبول في آخر المجلس يرتبط بالإيجاب، وإن تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في أوله، فصح على تقدير الابتداء، فأما بعد الافتراق فإصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق، وهذا فساد لا يحتمل الإصلاح، لأن جهالة الثمن فساد في صلب العقد بخلاف ما إذا باع إلى الحصاد، وأسقط الأجل قبل الحصاد، لأنه لم يتقرر، أو لأنه ليس في صلب العقد، وهذا في صلب العقد. (ك)

(٧) فالتأخير إلى آخر المجلس عفو كتأخير القبول إليه.

(٨) أي افتراق المجلس.

(٩) الفساد.

(١٠) قوله: "بيع الشيء برقمه" أي بعلامة أعلمها البائع على الثوب أن ثمنه كذا، فهو معلوم عند البائع، ومجهول عند المشتري، يقال: التاجر يرقم الثياب، أي يعلمها أن الثمن هكذا. (مل)

(١١) أي قبل العلم بقدر الثمن.

(١٢) إذا رآه إن شاء أخذ وإن شاء رد.

(١٣) قوله: "فصل" وجه إيراد هذا الفصل ظاهر، لأن المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة، ووجه ذكرها عقيب باب المرابحة اعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الأوصاف كالمرابحة والتولية. (ع)

(١٤) قوله: "مما ينقل" أي نقلا حسيا وهو المراد بقوله: يحول، فسره به لئلا يتوهم أنه احتراز عن المدبر. (ع)

عليه السلام نهى عن بيع[١] ما لم يقبض*، ولأن فيه[٢] غرر انفساخ العقد[٣] على اعتبار الهلاك[٤].

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز، رجوعًا إلى إطلاق الحديث[٥]، واعتبارًا بالمنقول[٦]، وصار كالإجارة[٧].

ولهما أن ركن[٨] البيع صدر من أهله[٩] في محله[١٠]، ولا غرر فيه[١١]، لأن الهلاك في العقار نادر[١٢]، بخلاف المنقول[١٣]، والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد،

---

(١٥) عطف تفسير.

(١٦) قوله: "لم يجز له بيعه" قيد بالبيع، ولم يقل: لم يجز له التصرف ليقع المسألة على الاتفاق، فإن عند محمد يجوز الهبة والصدقة قبل القبض، وأبو يوسف يقول: البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع، ثم البيع قبل القبض لا يجوز فالهبة أولى. (نهاية)

(١) قوله: "نهى عن بيع إلخ" أخرج النسائي في "سننه الكبرى" عن حكيم بن حزام قال: قلت: يارسول الله! إني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعها، فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال: «لا تبيعن شيئًا حتى تقبضه»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢، والدراية ج٢، الحديث ٧٨٩ ص١٥٥. (نعيم)

(٢) قوله: "ولأن فيه إلخ" تقريره: أن في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع، والغرر غير جائز، لأنه صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع الغرر، والغرر ما طوى عنك علمه.

واعترض بأن غرر الانفساخ بعد القبض أيضًا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق، وليس بمانع، ولايدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل، لأن عدم الهلاك كذلك، فاستويا. وأجيب بأن عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾، وليس ما بعد القبض بمعناه، لأن فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق، وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة، فلم يلحق به. (عناية)

(٣) الأول أو الثاني.

(٤) قوله: "على اعتبار الهلاك [أي هلاك المبيع عند البائع الأول]" لأنه إذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع وعاد إلى قديم ملك البائع، فيكون المشتري بائعًا ملك غيره، ومتى قبض يتم البيع، فيصير بائعًا ملك نفسه، وقبل القبض لا يدري أتم البيع، فيصير بائعًا ملك نفسه، أم ينفسخ؟ فيصير بائعًا ملك غيره، فلا يصح، فتمكن فيه غرر، فكان باطلا، بخلاف البيع الأول، لأنه لا يتمكن فيه هذا الغرر لأنه متى لم يقبض المشتري وانفسخ البيع بالهلاك، أو قبض وتم البيع يكون البائع في الحالين بائعًا ملكه لا ملك غيره بخلاف ما نحن فيه. (ك)

(٥) المذكور، ولا يجوز تخصيصه بالقياس.

(٦) بجامع عدم القبض فيهما. (ع)

(٧) قوله: "وصار كالإجارة" فإن الإجارة في العقار لا تجوز قبل القبض، والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن، فإن المقصود من البيع الربح، وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعًا. (عيني)

(٨) الإيجاب والقبول.

(٩) العاقل البالغ.

(١٠) أي المال المملوك.

(١١) قوله: "ولا غرر فيه [أي في بيع العقار قبل القبض]" فيصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع، بخلاف المنقول فإن المانع فيه موجود. (ع)

والحديث[١] معلول به[٢] عملا بدلائل[٣] الجواز[٤]، والإجارة[٥] قيل: على هذا الخلاف، ولو سلم[٦] فالمعقود عليه في الإجارة المنافع، وهلاكها غير نادر[٧].

قال[٨]: ومن اشترى مكيلا[٩] مكايلةً، أو موزونًا موازنةً، فاكتاله[١٠] أو اتّزنه، ثم باعه مكايلةً أو موازنةً لم يجز للمشترى[١١] منه أن يبيعه، ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل[١٢] والوزن؛ لأن النبى عليه السلام نهى عن بيع الطعام[١٣] حتى يجرى فيه صاعان، صاع البائع[١٤] وصاع المشترى*، ولأنه[١٥] يحتمل أن يزيد على

---

(١٢) قوله: "نادر" حتى قال بعض أصحابنا فى موضع لا يؤمن عليه ذلك: لا يجوز عنده كما فى المنقول، وجوابه فى موضع لا يخشى عليه أن تصير بحرًا، أو يغلب عليه الرماد. (ن)

(١٣) فإن الهلاك فيه غير نادر.

(١) المذكور.

(٢) قوله: "معلول به" أى بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض بهلاك المعقود عليه، فيكون مخصوصًا بالمنقول، والدليل عليه أن التصرف فى الثمن قبل القبض جائز، لأنه لا غرر فى الملك. (مل)

(٣) من الكتاب، والسنة، والإجماع.

(٤) أى جواز البيع.

(٥) قوله: "والإجارة إلخ" جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الإجارة، وتقريره أنها لا تصلح مقيسًا عليها، لأنها على هذا الخلاف، أى لا يجوز للمشترى أن يؤاجر الدار المشتراة قبل القبض عند محمد، وعندهما يجوز، والأصح أن الإجارة لا تصح اتفاقًا، وعليه الفتوى، لأن الإجارة تمليك المنافع كالمنقول فى احتمال الهلاك. (مل)

(٦) أن الإجارة لا تجوز.

(٧) فيمتنع جواز الإجارة [كالمنقول]

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) قوله: "ومن اشترى مكيلا" كالحنطة والشعير مكايلة، أى بشرط الكيل بأن قال: اشتريت هذا الطعام على أنه عشرة أقفزة، أو موزونًا كالحديد والذهب موازنة أى بشرط الوزن بأن قال: اشتريت هذا الحديد على أنه عشرة أمناء، فاكتاله أى كال لنفسه، أو اتزنه أى وزن لنفسه، وإنما قيد بالشراء، لأنه لو ملك المكيل، أو الموزون باتهاب، أو ميراث، أو وصية يجوزله التصرف قبل الكيل، وكذا إذا قبض الكر، وهو ثمن ثم تصرف فيه قبل الكيل جاز، لجواز التصرف قبل القبض فى الثمن، وإنما قيد الشراء بكونه مكايلة أو موازنة، لأنه إذا اشترى المكيل أو الموزون مجازفة جاز التصرف فيه بيعًا، أو أكلا، أو غيرهما قبل الكيل أو الوزن، وإنما قال: فاكتاله أو اتزنه ليشير به إلى أن تصرف المشترى موازنة أو مكايلة قبل الوزن أو الكيل لا يجوز، وإن كيل أو وزن مرة قبل شراءه أو بعد شراءه يبيعه، كذا فى "الكفاية". (مل)

(١٠) الاكتيال الأخذ بالكيل، والاتزان الأخذ بالوزن.

(١١) الثانى.

(١٢) قوله: "حتى يعيد الكيل [أى لنفسه كما هو الحكم فى المشترى الأول. ك] إلخ" أى بعد شراءه، ولا يكتفى بكيل بائعه حيث اشترى بائعه، ولا يريد به حتى يعيد الكيل بعد القبض مع الكيل، لأن الصحيح أنه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى مرة يكفى به. (ك)

(١٣) قوله: "نهى عن بيع إلخ" أخرجه ابن ماجة فى "سننه" عن جابر قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشترى، انتهى. (ت)

المشروط، وذلك[١] للبائع، والتصرف فى مال الغير حرام، فيجب التحرز[٢] عنه، بخلاف ما إذا باعه[٣] مجازفةً، لأن الزيادة له[٤]، وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة[٥]، لأن الزيادة له[٦]، إذ الذرع وصف[٧] فى الثوب بخلاف القدر[٨].

ولا معتبر بكيل البائع[٩] قبل البيع[١٠] وإن[١١] كان بحضرة المشترى[١٢]، لأنه ليس صاع البائع والمشترى، وهو الشرط[١٣]، ولا بكيله بعد البيع[١٤] بغيبة المشترى[١٥]، لأن الكيل من باب التسليم، لأن به يصير المبيع معلومًا، ولا تسليم إلا بحضرته[١٦]، ولو كاله البائع[١٧] بعدِ البيع[١٨] بحضرة المشترى[١٩]، فقد قيل: لا

---

(١٤) قوله: "صاع البائع إلخ" أراد بصاع البائع صاعه لنفسه حين يشتريه، وبصاع المشترى صاعه لنفسه حتى يبيعه لإجماعهم على أن البيع الواحد لا يحتاج إلى الكيل مرتين. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٠ص١٥٥. (نعيم)

(١٥) أى المكيل والموزون.

(١) الزيادة.

(٢) وهو يترك التصرف. (ع)

(٣) أى المكيل والموزون.

(٤) قوله: "لأن الزيادة له" المراد بالزيادة الزيادة على التى كانت فى ذهن البائع، وذلك بأنه باع مجازفة، وفى ذهنه أنه مائة قفيز، فإذا هو زائد على ما ظنه، والزائد للمشترى، فالمشترى لو قبضه جاز التصرف فيه قبل الكيل والوزن. (عينى)

(٥) أى بشرط الذرع على أنه عشرة أذرع مثلا.

(٦) أى للمشترى لا للبائع حتى يلزم التصرف فى مال الغير.

(٧) قوله: "إذ الذرع وصف [فلم يكن فى معنى ما ورد به النص فيلحق به. ع]" قال الزيلعى: هذا إذا لم يسم لكل ذراع ثمنا، وإن سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع. (درر)

(٨) قوله: "بخلاف القدر [أى المكيل والموزون، فإنه مبيع لا وصف]" أى الكيل فإنه ليس بوصف، لأنه بازدياد القدر لا يزيد قيمة المقدر كخمسين منا من الحنطة إذا زاد، وعليه خمسون أخرى لا يزاد قيمة الخمسين الأولى. (عينى)

(٩) هو المشترى الأول.

(١٠) الثانى.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) الثانى.

(١٣) قوله: "وهو الشرط [بحديث قد مر]" أى الشرط كيل البائع وكيل المشترى، وإنما شرط ذلك لأن البيع يتناول ما يحويه الكيل أو الوزن، وهو مجهول، فربما يزيد وينقص فما لم يكل لنفسه أو لم يزن لا يمتاز المبيع عن غيره، فكان المبيع مجهولا، فيفسد البيع. (كَ)

(١٤) الثانى.

(١٥) الثانى.

(١٦) المشترى الثانى.

(١٧) أى المشترى الأول.

يكتفى به[١] لظاهر الحديث، فإنه اعتبر صاعين، والصحيح أنه يكتفى به[٢] لأن المبيع صار معلومًا بكيل واحد، وتحقق معنى التسليم[٣]، ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين[٤] فى باب السلم إن شاء الله تعالى، ولو اشترى المعدود[٥] عدًّا[٦] فهو كالمذروع فيما يروى عنهما، لأنه[٧] ليس بمال الربا، وكالموزون فيما يروى عن أبى حنيفة[٨]، لأنه[٩] لا تحل له الزيادة على المشروط.

قال[١٠]: والتصرف[١١] فى الثمن قبل القبض جائز[١٢] لقيام المطلق[١٣] وهو الملك، وليس[١٤] فيه غرر[١٥] الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين[١٦]، بخلاف المبيع[١٧]. قال[١٨]: ويجوز للمشترى أن يزيد[١٩] للبائع فى الثمن[٢٠]، ويجوز للبائع أن

---

(١٨) الثانى.

(١٩) الثانى.

(١) أى بكيل البائع.

(٢) أى بالكيل الواحد.

(٣) لحضور المشترى.

(٤) قوله: "على ما نبين" وهو ما إذا اشترى المسلم إليه من رجل كرا، وأمر رب السلم بقبضه، فإنه لا يصح إلا بصاعين لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل أحدهما شراء المسلم إليه، وثانيهما قبض رب السلم لنفسه، وهو كالبيع الجديد، فيجتمع صفقتان. (ك)

(٥) كالجوز.

(٦) أى بشرط العد كأنه ألف.

(٧) قوله: "لأنه ليس بمال الربا" ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين، فكان كالمذروع، وحكمه قد مر أنه لا يحتاج إلى إعادة الذرع إذا باع مذارعة. (عناية)

(٨) وهو قول الكرخى. (ع)

(٩) قوله: "لأنه لا تحل إلخ" ألا ترى أنه من اشترى جوزا على أنها ألف، فوجدها أكثر لم يسلم له الزيادة، ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان عن البائع كالموزون، فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن فى الموزون. (عناية)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) بأن يأخذ من المشترى مكان الدراهم الثمن ثوبًا أو غيره.

(١٢) قوله: "جائز" سواء كان الثمن مما لا يتعين كالنقود، أو مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع إبلا بدرهم، أم بكر من الحنطة جاز أن يأخذ بدله شيئًا. (ع)

(١٣) مجوز.

(١٤) قوله: "وليس فيه غرر الانفساخ" أى انفساخ العقد بهلاك الثمن لعدم تعينها بالتعيين، لأنها من النقود، وإذا لم يفسخ يبقى الثمن على ذمة المشترى. (عينى)

(١٥) يعنى أن المانع منتف وهو الغرر.

(١٦) النقود.

(١٧) فإنه يتعين بالتعيين.

يزيد للمشتري في المبيع، ويجوز أن يحط[1] عن الثمن، ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك[2]، فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا، وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق[3] بل[4] على اعتبار ابتداء الصلة[5].

لهما: أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنًا، لأنه يصير ملكه عوض ملكه[6]، فلا يلتحق[7] بأصل العقد، وكذلك الحط، لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع، فلا يمكن[8] إخراجه، فصار[9] برّا مبتدأ. ولنا: أنهما[10] بالحط والزيادة يغيران العقد[11] من وصف مشروع إلى وصف مشروع، وهو[12] كونه رابحًا أو خاسرًا، أو عدلا[13]، ولهما[14] ولاية الرفع[15]، فأولى[16] أن يكون لهما ولاية التغيير[17]، وصار كما إذا

(١٨) أي القدوري. (عيني)

(١٩) قوله: "أن يزيد إلخ" إذا اشترى عينًا بمائة، ثم زاد عشرة مثلا، أو باع عينًا بمائة ثم زاد على المبيع شيئًا أو حط بعض الثمن جاز. (ع)

(٢٠) ما دام قيام المبيع.

(١) البائع.

(٢) قوله: "بجميع ذلك" أي بالمزيد عليه والمزيد، فإن للبائع أن يحبس المبيع ما لم يستوف المزيد والمزيد عليه من الثمن إذا كان الثمن حالا، وليس للمشتري أن يمنع الزيادة بعد ذلك لأنها استحقت بأصل العقد، وكذلك المشتري ليس له مطالبة البائع بتسليم المبيع ما لم يسلم المزيد والمزيد عليه من الثمن، وكذلك للمشتري أن يرجع على البائع بجميع ذلك أعني بالأصل والزيادة إذ استحق بالمبيع، وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم ما بقي بعد الحط من الثمن، وكذلك الشفيع يستحق المبيع بما بقي بعد الحط. (عيني)

(٣) بأصل العقد.

(٤) قوله: "بل على اعتبار إلخ" أي الهبة بالزيادة عندهما في الثمن، والمثمن هبة مبتدأة لا تتم إلا بالتسليم. (عيني)

(٥) الهبة.

(٦) قوله: "لأنه يصير ملكه [المشتري] عوض ملكه [المشتري]" لأن المشتري ملك المبيع بالعقد بالمسمى من الثمن قبل الزيادة، فلو زاد في الثمن مع ذلك كانت الزيادة لأجل ملك نفسه، وهو المبيم وذلك لا يجوز. (ن)

(٧) الزيادة.

(٨) قوله: "فلا يمكن إخراجه" أي إخراج بعضه، فلو أخرج بقي بعض المبيع بلا عوض، وذا لا يجوز، ولا يمكن أن يجعل الباقي في مقابلة الكل لانتفاء العقد الجديد. (ك)

(٩) أي الزيادة أو الحط.

(١٠) البائع والمشتري.

(١١) قوله: "يغيران العقد [بتراضيهما] إلخ" لأن البيع شرع خاسرًا ورابحًا وعادلا، والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا، والعدل رابحًا، والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرًا، وكذلك الزيادة في المبيع. (عناية)

(١٢) أي الوصف المشروع.

(١٣) أي لا رابحًا ولا خاسرًا.

(١٤) أي للعاقدين.

أسقطا[١] الخيار[٢]، أو شرطاه بعد العقد[٣].

ثم إذا صح[٤] يلتحق بأصل العقد، لأن وصف الشيء يقوم به[٥] لا بنفسه، بخلاف حط الكل[٦] لأنه تبديل[٧] لأصله[٨] لا تغيير لوصفه، فلا يلتحق به[٩]، وعلى[١٠] اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضًا[١١] عن ملكه[١٢]، ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز[١٣] على الكل[١٤] في الزيادة، ويباشر على الباقي في الحط[١٥] وفي الشفعة، حتى يأخذ[١٦] بما بقي في الحط، وإنما كان للشفيع[١٧] أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال[١٨] حقه الثابت، فلا يملكانه[١٩]، ثم

---

(١٥) أي رفع العقد بالإقالة.

(١٦) قوله: "فأولى إلخ" لأن التصرف في وصف الشيء أهون من التصرف في أصله، فالذي يملك التصرف في الأصل أولى بأن يملك التصرف في الوصف. (عيني)

(١٧) من وصف إلى وصف.

(١) العاقدان.

(٢) أي خيار الشرط لهما أو لأحدهما.

(٣) قوله: "أو شرطاه بعد العقد" بأن عقدا عقداً ثم شرطا الخيار بعده فقد تغير العقد من صفة اللزوم إلى غيره. (ك)

(٤) الحط أو الزيادة.

(٥) فكذلك ههنا تقوم الزيادة بالثمن لا بنفسها. (ن)

(٦) قوله: "بخلاف حط إلخ" هذا جواب عما يقال: لو كان حط البعض صحيحاً لكان حط الكل كذلك اعتباراً للكل بالبعض، فأجاب بقوله: بخلاف حط الكل حيث لا يصح. (عيني)

(٧) صيرورته هبة.

(٨) لعدم بقاء الثمن.

(٩) لوجود المانع. (عناية)

(١٠) جواب عن تعليل زفر والشافعي أن في الزيادة تصير إلخ. (ن)

(١١) قوله: "لا تكون الزيادة إلخ" لأن الزيادة لما التحقت بأصل العقد صارت كالموجود عند العقد فلا يلزم حينئذ ما قالا. (عيني)

(١٢) المشتري.

(١٣) أي كل واحد من التولية والمرابحة.

(١٤) أي المزيد والمزيد عليه.

(١٥) قوله: "في الحط" فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال للآخر: وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن، فكان الحط بعد العقد ملتحقاً بأصل العقد، وكان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار، وكذلك في الزيادة. (عيني)

(١٦) الشفيع.

(١٧) قوله: "وإنما كان إلخ" جواب سؤال مقدر تقرير السؤال أن يقال: لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد. (عيني)

الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع[١] على ظاهر الرواية[٢]، لأن المبيع لم يبقَ على حالة[٣] يصح الاعتياض عنه، والشيء يثبت[٤] ثم يستند، بخلاف الحط[٥] لأنه[٦] بحال[٧] يمكن إخراج البدل عما يقابله[٨]، فيلتحق[٩] بأصل العقد استناداً.

قال[١٠]: ومن باع بثمن حال، ثم أجله أجلا معلوماً صار مؤجلا؛ لأن الثمن حقه[١١]، فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه[١٢]، ألا يرى أنه[١٣] يملك إبراءه[١٤] مطلقاً[١٥]، فكذا[١٦] موقتاً، ولو أجله إلى أجل مجهول، إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب[١٧] الريح[١٨] لا يجوز، وإن كانت متقاربة كالحصاد[١٩] والدياس[٢٠] يجوز،

---

(١٨) قوله: "من إبطال إلخ" أى لأن حقه تعلق بالعقد الأول فإذا أخذ بالزيادة يبطل حقه الذى تعلق بالعقد. (عينى)

(١٩) أى البائع والمشترى لأنه إضرار.

(١) قوله: "ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع [وكذا بعد العتاق والتدبير. ن]" يعنى الزيادة فى الثمن، وفى البقالى: وأما الزيادة فى المبيع فجائزة بعد الهلاك، لأنها تثبت بمقابلة الثمن، وهو قائم بخلاف الزيادة فى الثمن لأنها تثبت بمقابلة المبيع، وهو ليس بقائم. (ك)

(٢) قوله: "على ظاهر الرواية" وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع، ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائما تقديراً. (ع)

(٣) وهى حالة الوجود.

(٤) قوله: "والشيء [الزيادة] إلخ" ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله، وهو المبيع فلا يستند إلى أصل العقد. (مل)

(٥) حيث يصح بعد هلاك المبيع.

(٦) قوله: "لأنه بحال إلخ" فإن الهالك لا قيمة له، فإخراج البدل عما يقابله ملائم له، ولا كذلك الزيادة فى الثمن بعد هلاك المبيع. (ك)

(٧) البيع.

(٨) قوله: "يمكن إلخ" يعنى لا يمكن إثبات الثمن بمقابلة الهالك، ويمكن إسقاطه بمقابلة الهالك، لأن الحط يلايم الهالك. (نهاية)

(٩) الحط.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) البائع.

(١٢) وهو المشترى.

(١٣) البائع.

(١٤) الثمن.

(١٥) عمن عليه.

(١٦) أى يملك البراءة الموقتة إلى أجل.

(١٧) هبوب بالضم وزيدن باد. (م)

(١٨) ونزول المطر.

(١٩) أى حصاد الزرع [درودن. (م)].

لأنه بمنزلة الكفالة[١]، وقد ذكرناه من قبل[٢].

قال: وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا[٣] إلا القرض، فإن تأجيله لا يصح[٤] لأنه إعارة وصلة[٥] في الابتداء، حتى يصح بلفظة الإعارة[٦]، ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي[٧] والصبي[٨]، ومعاوضة في الانتهاء[٩]، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما[١٠] في الإعارة، إذ لا جبر[١١] في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح، لأنه يصير[١٢] بيع الدراهم بالدراهم نسيئة، وهو ربا[١٣]، وهذا[١٤] بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانًا إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه[١٥] أن يقرضوه، ولا يطالبوه قبل المدة، لأنه وصية بالتبرع[١٦] بمنزلة الوصية[١٧] بالخدمة[١٨] والسكنى، فيلزم حقًا للموصي[١٩].

---

(٢٠) كوفتن بپا.

(١) فيصح مع الجهالة اليسيرة، فإن الأجل لم يشترط في عقد المعاوضة.

(٢) قوله: "وقد ذكرناه من قبل" أي في آخر باب البيع الفاسد، وهو أن الجهالة اليسيرة محتملة في الكفالة، وفي تأجيل الدين كما في الحصاد والدياس بخلاف الجهالة في البيع إلى أجل مجهول حيث لا يصح وإن كانت الجهالة يسيرة. (ك)

(٣) وهو قوله: لأن الثمن حقه. (ك)

(٤) قوله: "فإن تأجيله لا يصح [فإن للمقرض أن يطالب للمستقرض في الحال بعد التأجيل]" أي لا يلزم أي لمن أجل إبطاله كما في العواري، واعلم أن القرض مال يقطعه من أمواله، فيعطيه، وما ثبت عليه دينًا، فليس بقرض، والدين يشتمل ما وجب في ذمته دينًا بعقد أو استهلاك، وما صار دينًا في ذمته باستقراضه فهو أعم من القرض، وقال مالك: التأجيل في القرض لازم، لأنه صار دينًا في ذمته بالقبض، فيصح التأجيل فيه كسائر الديون. (ك)

(٥) تبرع وعطاء.

(٦) حتى لو قال: أعرتك هذه المائة مثلا يكون قرضا.

(٧) فإنه لا يجوز له أن يقرض من مال الصغير.

(٨) قوله: "والصبي" فإنه لا يملك التصرف فضلا عن القرض الذي هو التبرع.

(٩) لأن الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين.

(١٠) أي كما لا يلزم.

(١١) قوله: "إذ لا جبر" ولو لزم الأجل لصار جبرًا على المشتري، وهو المكث عن المطالبة بمضي الأجل.

(١٢) في الانتهاء.

(١٣) قوله: "وهو ربا" وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع إليه، وأجمع الأمة على جوازه. (مل)

(١٤) أي ههنا يلزم التأجيل.

(١٥) أي من ثلث ماله.

(١٦) قوله: "لأنه وصية إلخ" وفي الوصية يلزم مالا يلزم في غيره ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه يلزمه، وإن كانت الثمرة معدومة قبل الوصية. (ن)

(١٧) قوله: "بمنزلة الوصية" حيث تلزم، والجامع معنى التبرع بالمنافع. (نهاية)

باب الربا[١]

قال[٢]: الربا[٣] محرم[٤] في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه[٥] متفاضلا، فالعلة عندنا الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس.

قال رضي الله عنه[٦]: ويقال: القدرمع الجنس، وهو أشمل[٧]، والأصل[٨] فيه[٩] الحديث[١٠] المشهور، وهو قوله عليه السلام: «الحنطة بالحنطة مثلا بمثل[١١] يدا بيد[١٢] والفضل ربا»*، وعد[١٣] الأشياء الستة الحنطة، والشعير، والتمر، والملح، والذهب والفضة على هذا المثال[١٤]، ويروى بروايتين بالرفع مثل، وبالنصب مثلا،

---

(١٨) أي بخدمة العبيد مثلا وسكنى الدار.

(١٩) قوله: "حقًا للموصى" حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقًا له.

(١) قوله: "باب الربا" لما فرغ عن ذكر أنواع البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى: ﴿وابتغوا من فضل الله﴾، شرع في بيان بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا﴾، فإن النهي يعقب الأمر، وهذا لأن المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعًا، والحرام الذي هو الربا، ولهذا لما قيل لمحمد: ألا تصنف شيئًا في الزهد قال: قد صنفت كتاب البيوع، ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم، وليس الزهد إلا الاجتناب عن الحرام، والرغبة في الحلال. والربا في اللغة هو الزيادة من ربى المال، أي زاد، ويقال: ربا بكسر الراء، ومنه الأشياء الربوية، وفتح الراء خطأ، ذكره في "المغرب". (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "الربا" في الشرع عبارة عن فضل مال لا يقابله عوض في معاوضة مال بمال. (ك)

(٤) قوله: "محرم" بقوله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾، وقد ذكر الله تعالى لآكل الربا خمسًا من العقوبات: إحداها: الخبط، والثاني: المحق، والثالث: الحرب، والرابع: الكفر، والخامس: الخلود في النار.
وذلك آية نهاية حرمته: ﴿لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان﴾، ﴿يمحق الله الربا﴾، ﴿فأذنوا بحرب من الله ورسوله﴾، ﴿وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾. (ك)

(٥) أي بمكيل أو موزون.

(٦) أي المصنف.

(٧) لهما، وليس كل واحد بانفراده يتناول الآخر.

(٨) الدليل.

(٩) أي في كون القدر مع الجنس علة. (ك)

(١٠) قوله: "الحديث" رواه عمر بن الخطاب، وعبادة بن الصامت، وأبو سعيد الخدري وغيرهم، وأخرجه أصحاب الصحاح.

(١١) أي عينًا بعين. (ع)

(١٢) أي قبضًا بقبض كنى باليد عنه لكونه آلة القبض.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥، والدراية ج٢، الحديث ٧٩١ص١٥٦. (نعيم)

(١٣) أي النبي ﷺ.

(١٤) أي مثلا بمثل يدًا بيد.

ومعنى الأول: بيع التمر[١]، ومعنى الثانى[٢]: بيعوا التمر، والحكم[٣] معلول بإجماع[٤] القائسين[٥] لكن العلة عندنا ما ذكرناه[٦]، وعند الشافعى[٧] الطعم فى المطعومات، والثمنية فى الأثمان، والجنسية[٨] شرط[٩]، والمساواة مخلص[١٠].

والأصل[١١] هو الحرمة عنده[١٢]؛ لأنه نص[١٣] على شرطين التقابض والمماثلة، وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر[١٤]، كاشتراط الشهادة فى النكاح[١٥]، فيعلل[١٦] بعلة

---

(١) قوله: "بيع التمر" ثم حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه، وأعرب بإعرابه. (ع)

(٢) قوله: "ومعنى الثانى: بيعوا التمر" فإن قيل: تقدير بيعوا يوجب البيع، وهو مباح، وأجيب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة كقولك: مت وأنت شهيد، وليس المراد الأمر بالموت لكن بما يكون على صفة الشهداء إذا مات كذلك المراد الأمر بكون البيع على صفة المماثلة. (ع)

(٣) أى حرمة الفضل.

(٤) قوله: "بإجماع القائسين" خلافًا لأصحاب الظواهر، لأنهم لا يرون القياس حجة، فقصروا حكم الربا على الأشياء الستة. (ك)

(٥) أى المجتهدين.

(٦) قوله: "ما ذكرناه" أى القدر مع الجنس، فعدّ هذا الحكم إلى الجص والنورة وغيرهما لأنه مكيل، وإلى الحديد، والنحاس، والرصاص، وغيرها لوجود الوزن. (مل)

(٧) العلة فى الربا.

(٨) قوله: "والجنسية شرط" فائدة كون الجنسية شرطًا واحد وصفى العلة عندنا إنما يظهر فيما إذا وجدت الجنسية فى غير الأموال الربوية هل يحرم النَسَاء؟ كما لو أسلم ثوبًا هرويًا فى هروى لا يجوز عندنا لوجود أحد وصفى العلة، فيثبت الحكم، وذلك حرمة النَسَاء، وعنده يجوز لأن الجنسية شرط، وإنما يعمل العلة عند وجود شرطها إلا أن الشرط يعمل شيئًا من العمل عند عدم العلة. (نهاية)

(٩) قوله: "شرط" لعمل العلة عملها حتى لا تعمل علته وهى الطعم فى المطعومات، والثمنية فى الأثمان عنده، إلا وجود الجنسية، ولا أثر للجنسية بانفرادها عنده. (ك)

(١٠) قوله: "والمساواة مخلص" أى يتخلص عن الحرمة بسبب المساواة، فينتفى الحرمة عند ذلك. (نهاية)

(١١) فى الأموال الربوية.

(١٢) الشافعى.

(١٣) قوله: "لأنه نص [الشارع] إلخ" لأنه قال: يدا بيد مثلا بمثل أى قابضا يدًا بيد، ومماثلا بمماثل آخر، وهما نصبا على الحال، والعامل فيه الفعل المضمر، وهو بيعوا، ورواية الرفع فى هذا المعنى أيضًا، والعدول إلى الرفع للدلالة على الثبوت والأحوال شروط، كما فى قوله: إن دخلت الدار راكبةً، فأنت طالق. (كفاية)

(١٤) قوله: "وكل ذلك [أى كل من الشرطين] إلخ" أى جواز بيع هذه الأموال بشرطي التقابض والتماثل يشعر بأن موجبهما وصف فى المحل ينبئ عن زيادة العزة والخطر حتى يجب لأجله زيادة الشرط، لأنه متى يقيد طريق إصابته بشرط زائد يعظم خطره فى أعين المتملكين كالعقد الوارد على الأبضاع لما خص بشهود وولى دون سائر المعاملات دل على أن المستحق به ماله خطر وهو البضع، فيعلل بعلة تناسب إظهار العزة والخطر وهو الطعم والثمنية. (ك)

(١٥) قوله: "كاشتراط إلخ" فإن اشتراط الشهادة فى عقد النكاح لأجل إظهار خطرها وعزتها دون سائر المعاملات. (عينى)

تناسب إظهار الخطر والعزة، وهو الطعم[١] لبقاء الإنسان به، والثمنية[٢] لبقاء الأموال[٣] التي هي مناط المصالح بها[٤]، ولا أثر للجنسية[٥] في ذلك، فجعلناه شرطًا[٦]، والحكم قد يدور مع الشرط[٧].

ولنا: أنه[٨] أوجب المماثلة شرطًا[٩] في البيع، وهو المقصود بسوقه[١٠] تحقيقًا لمعنى البيع، إذ هو ينبئ عن التقابل[١١]، وذلك بالتماثل[١٢]، أو صيانةً لأموال الناس[١٣] عن التوى[١٤]، أو تتميمًا للفائدة[١٥] باتصال التسليم به[١٦]. ثم يلزم عند فوته[١٧] حرمة الربا[١٨]، والمماثلة بين الشيئين[١٩] باعتبار الصورة والمعنى[٢٠]، والمعيارُ

---

(١٦) قوله: "فيعلل" أي إذا كان الشرطان يشعران بالعزة والخطر، فيعلل حرمة الربا إلخ.

(١) في المطعومات.

(٢) في الأثمان.

(٣) قوله: "لبقاء الأموال إلخ" إذ الأموال إنما تبقى أموالا ما دامت لها أثمان، لأن مالا يبذل الثمن بمقابلته لا يكون مالا مثل كف من تراب ونحوه فالأموال سبب بقاء الأنفس لوصف أنها مأكولة أو وسيلة إليه. (ك)

(٤) أي بالثمنية.

(٥) قوله: "ولا أثر للجنسية" والقدر في زيادة العزة والخطر لثبوتهما في خطير ومهان، ولكن الحكم لا يثبت إلا عند الجنسية فجعلناها شرطًا لا علة. (ك)

(٦) لا علة.

(٧) قوله: "والحكم قد يدور إلخ" جواب شبهة ترد على قول الشافعي وهي أن حكم الربا كما يدور مع الطعم والثمنية على أصلك، فكذا يدرو مع الجنسية، فلم جعلت الطعم والثمنية علة دون الجنسية، فأجاب بأنه لا أثر للجنسية في زيادة الخطر والحكم قد يدور مع الشرط كما يدور مع العلة كالرجم مع الإحصان، والفرق بينهما بالتأثير وعدمه. (ك)

(٨) أي أن الحديث.

(٩) لما ذكرنا أن مثلا بمثل حال، وهي شرط. (نهاية)

(١٠) قوله: "وهو المقصود بسوقه [أي بسوق الحديث. نهاية]" لأن معناه بيعوا هذه الأشياء مثلا بمثل، والباء للإلصاق، والأمر للإيجاب، والبيع مباح، فيصرف الأمر إلى الحال التي هي شرط، أي بيعوا بوصف المماثلة. (ك)

(١١) لأن البيع مبادلة المال بالمال.

(١٢) قوله: "وذلك بالتماثل [أي التقابل]" لأنه لو كان أنقص من الآخر لا يوجد التقابل من كل وجه. (نهاية)

(١٣) قوله: "أو صيانة إلخ" لأن أحد البدلين لو كان أنقص كان فيه إضاعة فضل. (ن)

(١٤) توى كرحى: هلاكي. (من)

(١٥) قوله: "أو تتميمًا إلخ" يعني في الذهب والفضة اشترط التماثل بالقبض، فإنهما لا يتعينان بالتعيين، فيحتاج إلى القبض لتحقيق المماثلة، فكان تتميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتماثل، ويحتمل أن يكون معناه عامًا في الأموال كلها، أي لو لم يكن كل واحد منهما مماثلا للآخر لايتم الفائدة بالقبض، لأنه إذا كان أحدهما أنقص يكون نفعًا في حق أحد المتعاقدين ضررا في حق الآخر، وإذا كان مثلا للآخر يكون نفعًا في حقهما. (نهاية)

(١٦) أي بالمبيع أو بالتماثل.

(١٧) قوله: "ثم يلزم إلخ" وإذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناء عليه فيعلل بعلة تؤثر في إيجاب

يسوى الذات[١]، والجنسية تسوى المعنى[٢]، فيظهر الفضل على ذلك[٣]، فيتحقق الربا، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه[٤]، ولا يعتبر الوصف[٥]، لأنه لا يعد تفاوتًا عرفًا، أو لأن فى اعتباره سد باب البياعات[٦]، أو لقوله عليه السلام*: «جيدها ورديئها سواء[٧]».

والطعم[٨] والثمنية من أعظم وجوه المنافع[٩]، والسبيل فى مثلها[١٠]

المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعم والثمنية، لأن وجوب المماثلة لا يكون إلا فى محل قابل لها. (ك)

(١٨) حيث قال: والفضل ربا.

(١٩) قوله: "والمماثلة إلخ" هذا بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة، ولقائل أن يقول: قد تبين أن المماثلة شرط لجواز البيع فى الربويات، وعللتموها بالقدر والجنس، فكان ذلك تعليلا لإثبات الشرط، وذلك باطل.
والجواب: أن التعليل للشرط لا يجوز لإثباته ابتداء، وأما بطريق التعدية من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين، وهو اختيار الإمام المحقق فخر الإسلام، وصاحب الميزان، وما نحن فيه كذلك، لأن النص أوجب المماثلة شرطًا فى الأشياء الستة، فأثبتناها فى غيرها تعدية، فكان جائزًا، فإذا ثبت وجوب المماثلة شرطًا وهى بالكيل والجنس يظهر الفضل إلخ. (ع)

(٢٠) قوله: "باعتبار الصورة إلخ" فالقدر عبارة عن التساوى فى الميعاد، فيحصل به المماثلة صورة، والجنس عبارة عن التشاكل فى المعانى، فيثبت به المماثلة معنى. (عينى)

(١) قوله: "يسوى الذات [أى الصورة. ع]" فإن كيلا من بر يساوى كيلا من ذرة من حيث القد والصورة لا من حيث المعنى لعدم الجنسية. (نهاية)

(٢) فإن كيلا من بر يساوى كيلا من بر معنى.

(٣) التساوى.

(٤) أى فى العقد. (ع)

(٥) قوله: "ولا يعتبر الوصف" جواب عما يقال: إذا كانت المماثلة شرطًا على ما قلتم فكيف أهدر التفاوت فى الوصف وهو الجودة فى أحد البدلين دون الآخر، فأجاب بقوله: ولا يعتبر الوصف، أى وصف الجودة والرداءة، لأنه، أى الوصف لا يعد تفاوتًا عرفًا، أى من حيث العرف، فإن الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبرًا لقلته، ولأن فى اعتباره، أى التفاوت فى الوصف سد باب البياعات فى هذه الأشياء، وهو مفتوح، لأن بيع هذه الأشياء لا يجوز متفاضلا، ولا مجازفة، فلم يبق إلا حالة التساوى، ولو اعتبر المساواة فى الوصف تنسد باب البياعات، لأن الحنطة لا تكون مثل حنطة أخرى فى الوصف لامحالة. (عينى)

(٦) قوله: "البياعات [أى باب بيع البياعات]" بياعة -بالكسر- متاع، وكالاى فروختنى بياعات جمع. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٢ص١٥٦. (نعيم)

(٧) قوله: "جيدها ورديئها سواء" قلت: غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبى سعيد رواه مسلم قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدًا بيد فمن زاد أواستزاد فقد أربى الآخذ والمعطى فيه سواء»، انتهى. (ت)

(٨) جواب عن جعل الشافعى الطعم والثمنية علة للحرمة.

(٩) بالمال.

(١٠) قوله: "والسبيل إلخ" أى السبيل فى مثل الأشياء التى يتعلق بها وجوه المنافع التوسعة والإطلاق لا التضييق، فإن السنة الإلهية جرت فى الإنس وسائرالحيوانات بأن ما كان احتياج المخلوقين أكثر كان أوفر كالهواء والماء، وما بعدهما

الإطلاق[١] بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه، فلا معتبر بما ذكره[٢]. إذا ثبت هذا[٣] نقول: إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل[٤] جاز البيع فيه، لوجود شرط الجواز، وهو المماثلة فى المعيار، ألا ترى[٥] إلى ما يروى مكان قوله: «مثلا بمثل كيلا بكيل»، وفى الذهب[٦]: «بالذهب وزنًا بوزن».

وإن تفاضلا[٧] لم يجز لتحقق الربا، ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما[٨] فيه الربا إلا مثلا بمثل[٩]، لإهدار التفاوت فى الوصف[١٠]، ويجوز بيع الحفنة[١١] بالحفنتين، والتفاحة[١٢] بالتفاحتين؛ لأن المساواة بالمعيار[١٣]، ولم يوجد، فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضمونًا بالقيمة عند الإتلاف[١٤].

وعند الشافعى العلة[١٥] هى الطعم، ولا مخلص[١٦] وهو المساواة، فيحرم، وما دون نصف الصاع فهو فى حكم الحفنة[١٧]، لأنه لا تقدير فى الشرع بما دونه[١٨]، ولو

على الترتيب، وإذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق، والسنة الإلهية فى مثله التوسعة تعليلا لفساد الوضع، وذكر فى "المبسوط": الطعم من أعظم وجوه الانتفاع بالمال، وكذلك الثمنية. (نهاية)

(١) التوسعة.

(٢) الشافعى.

(٣) أى ما ذكرنا من أن العلة القدر والجنس مطعومًا كان أو غير مطعوم.

(٤) أى كيلا بكيل، أو وزنًا بوزن.

(٥) توضيح المماثلة فى المعيار.

(٦) أى يروى فى الذهب إلخ.

(٧) قوله: "وإن تفاضلا" على التغليب، والمراد فضل أحدهما على الآخر. (نهاية)

(٨) أى من الأشياء الربوية.

(٩) أى متساويين.

(١٠) أى الجودة والرداء عرفًا وشرعًا.

(١١) الحفنة ملأ الكف. (نهاية) صاحب صراح گويد حفنة مقدار دو مشت از طعام وجز آن وچيز اندک. (م)

(١٢) سيب. (م)

(١٣) قوله: "لأن المساوة بالمعيار" أى بالكيل والوزن، ولم يوجد، إذ لا كيل فى الحفنة والحفنتين، والتفاحة والتفاحتين، وكذا لا وزن، فلم يتحقق الفضل، فإن تحققه مبنى على المساواة بالمعيار، وإذ ليس فليس، فلا يكون ربا، ولهذا أى لأجل أن الحفنة والحفنتين لا تدخل تحت المعيار الشرعى كان إلخ. (مل)

(١٤) قوله: "كان مضمونًا إلخ" ولو كان داخلا تحت المعيار كان مضمونًا بالمثل عند الإتلاف كما فى سائر المكيلات والموزونات، لأن المكيلات والموزونات كلها ذوات الأمثال دون القيم. (عينى)

(١٥) للربا.

(١٦) عن الحرمة.

(١٧) قوله: "فهو فى حكم الحفنة" حتى لو باع خمس حفنات بست مما لم يدخل تحت نصف صاع جاز، ثم ههنا

تبايعا مكيلا[١]، أو موزونًا غير مطعوم بجنسه، متفاضلا كالجص[٢] والحديد[٣] لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس[٤]، وعنده[٥] يجوز لعدم الطعم والثمنية.

قال[٦]: وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى[٧] المضموم إليه[٨] حل التفاضل والنَسَاء[٩] لعدم العلة المحرمة[١٠]، والأصل فيه[١١] الإباحة، وإذا وجدا[١٢] حرم التفاضل والنَسَاء لوجود العلة[١٣]، وإذا وجد أحدهما[١٤]، وعدم الآخر حل التفاضل، وحرم النَسَاء، مثل أن يسلم هرويًا[١٥] فى هروى[١٦]، أو حنطة فى شعير[١٧]، فحرمة ربا الفضل بالوصفين، وحرمة النَسَاء بأحدهما[١٨].

وقال الشافعى: الجنس بانفراده[١٩] لا يحرم النَسَاء، لأن بالنقدية[٢٠] وعدمها[٢١]

دقيقة وهى أن المكيلات يجوز بيعها فيما دون نصف صاع من غير اعتبار التسوية فيما إذا كان كل واحد من البدلين لا يدخل تحت الصاع، أما إذا كان أحدهما لا يبلغه، والآخر يبلغ، فلا يجوز، وقالوا: بيع الحفنة بقفيز لا يجوز. (نهاية)

(١٨) بخلاف النصف فإنه مقدر فى الشرع كما فى صدقة الفطر.

(١) قوله: "ولو تبايعا إلخ" ولو تبايعا وزنيا بوزنى، وهو مأكول أو مشروب كالدهن والزيت والخل لا يجوز إلا وزنا بوزن فى قولهم جميعًا عندنا لوجود الوزن، وعنده لوجود الطعم. (نهاية)

(٢) مكيل معرب گچ. (م)

(٣) موزون آهن.

(٤) الكيل أوالوزن.

(٥) الشافعى.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) القدر.

(٨) الجنس.

(٩) البيع إلى أجل التأخير.

(١٠) قوله: "لعدم الحرمة [القدر مع الجنس]" أى حل التفاضل لدليل الحل، وهو قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾، وعدم علة الحرمة لا أن يثبت حل التفاضل لعدم علة الحرمة لأن العدم لا يثبت شيئًا، لأنه ليس بثابت فى نفسه. (ك)

(١١) البيع.

(١٢) الوصفان.

(١٣) المحرمة.

(١٤) الوصفين.

(١٥) أى ثوبًا هرويًا إلخ.

(١٦) قوله: "هرويًا فى هروى" فالجنسية موجودة دون القدر، فيجوز فيه التفاضل بأن يباع واحد باثنين، ولا يجوز أن يباع بالنسيئة. (مل)

(١٧) قوله: "أو حنطة إلخ" أى إذا أسلم حنطة فى شعير وفيه عدم الجنس فيجوز فيه التفاضل، ولا يجوز النَسَاء كما إذا أسلم أحدهما فى الآخر. (عينى)

(١٨) حتى لو باع عبدا بعبد إلى أجل لا يجوز للجنسية. (ن)

لا يثبت إلا شبهة الفضل[١]، وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد[٢] بالاثنين، فالشبهة أولى[٣].

ولنا: أنه مال الربا[٤] من وجه نظرا إلى القدر[٥] أو الجنس[٦]، والنقدية أوجبت فضلا في المالية، فتحقق شبهة الربا[٧]، وهي[٨] مانعة[٩] كالحقيقة[١٠]، إلا أنه إذا أسلم النقود[١١] في الزعفران ونحوه[١٢] يجوز وإن[١٣] جمعهما الوزن، لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن، فإن الزعفران يوزن بالأمناء[١٤]، وهو[١٥] مثمن يتعين بالتعيين، والنقود توزن بالسنجات[١٦]، وهو[١٧] ثمن لا يتعين بالتعيين.

---

(١٩) قوله: "الجنس بانفراده إلخ" ليس للتخصيص فائدة، فإنه كذلك الكيل والوزن، وحاصله أن وجود أحد وصفي الربا لا يحرم النَساء عنده، فهو ينكر حرمة النَساء. (نهاية)

(٢٠) في جانب.

(٢١) في جانب.

(١) في جانب النقد.

(٢) أي الثوب الواحد الهروي.

(٣) أن لا يكون مانعًا. (ن)

(٤) قوله: "أنه مال الربا إلخ" فيه أن كونه من مال الربا من وجه شبهة، وكون النقدية أوجبت فضلا شبهة الشبهة، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها.

والجواب أن الشبهة الأولى في المحل، والثانية في الحكم، وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة، وشبهة العلة في المحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة. فإن قيل: إجماع الصحابة على حرمة النَساء، فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب، فالجواب أن الخصم إن سلم الإجماع فله أن يقول: إنهم أجمعوا على النَساء في كمال العلة لا في شبهتها. (ع)

(٥) وحده كما في الحنطة مع الشعير.

(٦) وحده كالثوب الهروي مع الهروي.

(٧) أي في محل صالح لعلة صالحة لها.

(٨) قوله: "وهي مانعة" وهذا لأن كل حكم تعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة إلا بهما، فلكل واحد منهما شبهة العلة، فيثبت بشبهة العلية شبهة الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقته. (ك)

(٩) عن الجواز.

(١٠) حتى فسد البيع مجازفة لاحتمال الربا. (ك)

(١١) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: وحرم النَساء في قوله: فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النَساء. (عيني)

(١٢) كالقطن والحديد. (ن)

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) قوله: "بالأمناء" وهو جمع المنى [منا كعصا يک من يا پيمانه ايست. من] مقصوراً والتثنية منوان، وقال الجوهري: المنى الذي يوزن به. (عيني)

(١٥) زعفران.

ولو باع[١] بالنقود موازنة[٢]، وقبضها[٣] صح[٤] التصرف[٥] فيها[٦] قبل الوزن، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز[٧]، فإذا اختلفا[٨] فيه[٩] صورةً[١٠] ومعنًى[١١] وحكمًا لم يجمعهما القدر[١٢] من كل وجه، فتنزل[١٣] الشبهة فيه[١٤] إلى شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة. قال[١٥]: وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل[١٦] أبدًا وإن[١٧] ترك الناس الكيل فيه، مثل الحنطة، والشعير، والتمر، والملح. وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنًا فهو موزون أبدًا وإن[١٨] ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة؛ لأن النص أقوى من العرف[١٩]،

---

(١٦) قوله: "بالسنجات [أي بالمثاقيل والدراهم الصنجات. شامي]" وهي معربة سنگ ترازو ونقل عن الفراء أن السين أفصح، ونقل عن ابن السكيت الصنجات، ولا يقال: بالسين. (ع)

(١٧) النقد.

(١) الزعفران وأشباهه. (ن)

(٢) بشرط الوزن على أنه عشرة منا. (اى)

(٣) النقود.

(٤) أي للبائع.

(٥) بأن يشترى بها شيئًا.

(٦) النقود.

(٧) أي للمشترى، أي التصرف قبل الوزن.

(٨) قوله: "فإذا اختلفا" لا يقال: لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لأن إطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظى ليس إلا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة. (ع)

(٩) الوزن.

(١٠) أي صفة كما قال في رد التعليل في صفة الوزن. (عناية)

(١١) قوله: صورة ومعنى إلخ" على طريق اللف والنشر المرتب نظير الصورة أن الزعفران يوزن بالأمناء، وهذا بالسنجات، والمعنى أن ذلك معين، وهذا لا، والحكم أنه يجوز التصرف قبل القبض في هذا دون ذلك. (نهاية)

(١٢) الوزن.

(١٣) قوله: "فتنزل الشبهة فيه إلى إلخ" فإن الموزونين إذا اتفقا في الوزن كان المنع لبيع النسَاء للشبهة، وإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة، فكان ذلك شبهة الشبهة. (عينى)

(١٤) أي الشبهة الواقعة في الوزن.

(١٥) أي القدورى. (عينى)

(١٦) أي من غير اختصاص بعهده ﷺ.

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) الواو وصلية.

(١٩) قوله: "أقوى من العرف" لأن العرف يحتمل أن يكون على الباطل، وأما النص بعد ثبوته لا يحتمل، ولأن العرف حجة على الذين تعارفوا لا من لم يتعارفوا، والنص حجة على الكل. (نهاية)

والأقوى لا يترك بالأدنى.

وما لم ينص عليه محمول على عادات الناس؛ لأنها دالة[١]، وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضًا، لأن[٢] النص على ذلك لمكان العادة، فكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت[٣]، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويًا وزنًا، أو الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما[٤] وإن[٥] تعارفوا ذلك، لتوهم الفضل[٦] على ما هو المعيار فيه[٧]، كما إذا باع مجازفة[٨]، إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة[٩] ونحوها وزنًا لوجود الإسلام في معلوم[١٠].

قال[١١]: وكل ما ينسب إلى[١٢] الرطل[١٣] فهو وزني[١٤]، معناه[١٥] ما يباع بالأواقي[١٦]، لأنها قدّرت بطريق الوزن[١٧] حتى يحتسب ما يباع بها وزنًا، بخلاف

---

(١) قوله: "لأنها" أي لأن عادة الناس دالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه عادتهم، لقوله عليه السلام: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن». (ن)

(٢) قوله: "لأن النص إلخ" أي لأن النص بالكيل في المكيل وبالوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان لمكان العادة فيه، فكانت العادة هي المنظور إليها. (ك)

(٣) قوله: "وقد تبدلت [العادة، فيجب أن يثبت الحكم على وفق العادة. ع]" والجواب عنه أن تقرير رسول الله ﷺ إياهم على ما تعارفوا في ذلك بمنزلة النص منه، فلا يعتبر بالعرف، لأنه لا يعارض النص. (ك)

(٤) الطرفين.

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "لتوهم إلخ" فشرط الجواز فيهما المماثلة في الكيل والوزن، ولم يعلم. (ك)

(٧) أي الكيل في الحنطة والوزن في الذهب.

(٨) أي لم يجز لعدم العلم بالمساواة.

(٩) قوله: "إلا [استثناء من قوله: لا يجوز عندهما] أنه يجوز إلخ" وهو رواية الطحاوي عن أصحابنا، وروى الحسن عن أصحابنا أنه لا يجوز لأنه مكيل بالنص، والفتوى على الأول لعادة الناس. (ك)

(١٠) قوله: "لوجود الإسلام إلخ" فإن المماثلة في الوزن ليست بمعتبرة في المسلم فيه إنما المعتبر فيه هو الإعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم، وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن. (عيني)

(١١) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(١٢) أي إلى كيل الرطل.

(١٣) قوله: "الرطل" -بالكسر والفتح- لغةً: نصف من، وعن الأصمعي هو الذي يوزن به أو يكال به، وقال أبو عبيدة: وزنه مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وزن سبعة. (ك)

(١٤) قوله: "فهو وزني" فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب إلى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل متساويًا في الوزن يجوز، وذكر في "المبسوط": كل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون، ثم قال: المراد به الأوهان ونحوها، لأن الرطل إنما يعدل بالوزن. (نهاية)

(١٥) فهو وزني.

(١٦) قوله: "بالأواقي" الأوقية بالتشديد أربعون درهما، أفعولة من الوقاية، لأنها تقي صاحبها من الضرر، وعند

سائر المكاييل[١]، وإذا كان موزونًا، فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه[٢] بمكيال مثله لا يجوز[٣] لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة.

قال[٤]: وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان[٥] يعتبر[٦] فيه قبض عوضيه في المجلس؛ لقوله عليه السلام*: «الفضة بالفضة[٧] هاء وهاء[٨]»، معناه يدًا بيد[٩]، وسنبين[١٠] الفقه[١١] في الصرف إن شاء الله.

قال[١٢]: وما سواه[١٣] مما[١٤] فيه الربا[١٥] يعتبر فيه التعيين، ولا يعتبر فيه التقابض[١٦]، خلافًا للشافعي في بيع الطعام بالطعام[١٧]، له قوله عليه السلام

الأطباء الأوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم، وهي أستار وثلثا درهم، وفي كتاب العين: الأوقية وزن من أوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل، كذا في "المغرب"، وفي الصحاح: الأوقية في الحديث أربعون درهمًا، وكذلك فيما مضى.

وأما اليوم فيما تعارفه الناس، وتقرر عليه الأطباء، فالأوقية عندهم وزن عشرة درهم وخمسة أسباع درهم، وهي أستار، وثلث استار، والجمع الأواقي، وإن شئت خففت الياء في الجمع. (نهاية)

(١٧) قوله: "لأنها قدرت بطريق الوزن" لأنه يشق وزن الدهن بالأمناء، لأنه لا يمسك إلا في وعاء، وفي وزن كل وعاء حرج، فاتخذت الأواقي كذلك تيسيرًا، بخلاف سائر المكاييل. (ك)

(١) قوله: "بخلاف إلخ" متصل بقوله: لأنها قدرت بطريق الوزن، حيث لم يقدر المكاييل بطريق الوزن، فالاعتبار في المكاييل للكيل. (نهاية)

(٢) وإذا عرف وزنه جاز. (ع)

(٣) وإن كانت المساواة في الكيل.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "ما وقع على جنس الأثمان [النقود]" أي في الطرفين، هذا تعريفه، وقوله: يعتبر فيه قبض عوضيه، هذا حكمه. (ك)

(٦) أي يجب.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٣ص١٥٦. (نعيم)

(٧) قوله: "الفضة إلخ" رواه ابن أبي شيبة بلفظ: الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء. (ت)

(٨) قوله: "هاء وهاء [بالمد مبني على الفتح. ف]" بوزن هاع أي خذ، أي بيع الفضة بالفضة يقال فيه: هاء وهاء، أي يقول: كل واحد من المتعاقدين لصاحبه هاء، فيتقابضان. (ك)

(٩) قبل تفرق الأبدان.

(١٠) قوله: "وسنبين إلخ" أورد هذه المسألة في باب الربا، لأن عقد الصرف يقع في أموال الربا، فناسب إيراده ههنا. (مل)

(١١) أي الوجه لاشتراط التقابض.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "وما سواه" أي ما سوى الصرف من العقود الواردة على الأموال الربوية. (ك)

(١٤) جنس الأثمان.

(١٥) كالمكيلات والموزونات سوى الحجرين.

فى الحديث المعروف[١]: «يدًا بيدٍ[٢]»*، ولأنه[٣] إذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض، وللنقد مزية[٤]، فيتحقق شبهة الربا[٥].

ولنا: أنه[٦] مبيع متعين، فلا يشترط فيه القبض[٧] كالثوب[٨]، وهذا[٩] لأن الفائدة المطلوبة[١٠] إنما هو التمكن من التصرف، ويترتب ذلك على التعيين[١١]، بخلاف الصرف[١٢]، لأن القبض فيه ليتعين به[١٣]، ومعنى قوله عليه السلام[١٤]: «يدًا بيدٍ عينًا بعينٍ[١٥]»**، كذا رواه عبادة ابن الصامت رضى الله عنه[١٦]، وتعاقب

---

(١٦) فى المجلس.

(١٧) قوله: "خلافًا للشافعى فى بيع الطعام" ذكر لفظ الطعام مطلقًا ليتناول كل مطعوم سواء اختلف الجنس أو اتحد بأن باع كر حنطة بكر حنطة، أو بكر شعير وتمر، وافترقا من غير قبض فإنه يجوز العقد عندنا، وعند الشافعى لا يجوز. (نهاية)

(١) المشهور.

(٢) والمراد به القبض، وهذه الكناية، لأن اليد آلة القبض.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٤ص١٥٦. (نعيم)

(٣) هذا الدليل إلزامى من الشافعى على أبى حنيفة.

(٤) على غير النقد.

(٥) كالحال والمؤجل، وهى مانعة كالحقيقة فى باب الربا.

(٦) أى ماسوى جنس الأثمان.

(٧) فإن كل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض.

(٨) قوله: "كالثوب" أى كما لو باع ثوبًا بثوب، أو بثوبين وافترقا لا عن قبض، فإن قيل: إذا باع إناء فضة بإناء فضة، أو بإناء ذهب يشترط فيهما التقابض مع أن إناء الفضة والذهب مما يتعين بالتعيين.

قلنا: إن الذهب والفضة خلقا ثمنين والتعين بالصنعة عارض، فبقى شبهة عدم التعين نظرا إلى الأصل، فيشترط القبض اعتباراً للشبهة فى الربا، بخلاف الطعام فإنه ما خلق للثمنية، فلا يكون فيها شبهة عدم التعين بعد التعيين. (ك)

(٩) أى عدم اشتراط القبض فيما يتعين. (ع)

(١٠) بالعقد.

(١١) فلا حاجة إلى القبض.

(١٢) قوله: "بخلاف الصرف" جواب عما يقال: لو كان الأمر كما قلتم لما وجب القبض فى الصرف.

(١٣) فإن النقود لا تتعين، فيشترط القبض.

(١٤) جواب عن استدلال الشافعى بالحديث.

(١٥) قوله: "عينًا بعين" إذ اليد آلة التعيين كما هو آلة القبض، فلم كان حمله على القبض أولى بل حمله على هذا حق لما روى عبادة بن الصامت عينًا بعين، فإن قيل: بعين هذا اللفظ أريد القبض فى الصرف حتى لو افترقا قبل القبض بطل الصرف، فكيف يجوز أن يراد به التعيين فى بيع الطعام قلنا: بل أريد التعين فيهما إلا أن التعيين فى الصرف لا يكون إلا بالقبض فاشتراط القبض للتعيين لا لعينه، فلم يختلف المراد. (كفاية)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨، والدراية ج٢تحت الحديث ٧٩٤ص١٥٦. (نعيم)

(١٦) قوله: "كذا رواه عبادة إلخ" فى حديث عبادة عند مسلم إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله

القبض[١] لا يعتبر تفاوتًا في المال عرفًا، بخلاف النقد[٢] والمؤجل.

قال[٣]: ويجوز بيع البيضة بالبيضتين[٤]، والتمرة بالتمرتين، والجوزة بالجوزتين، لانعدام المعيار[٥]، فلا يتحقق الربا، والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر[٦]. قال: ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما[٧] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز، لأن الثمنية تثبت[٨] باصطلاح[٩] الكل[١٠]، فلا تبطل باصطلاحهما[١١]، وإذا بقيت أثمانًا لا تتعين[١٢]، فصار[١٣] كما إذا كانا بغير أعيانهما[١٤]، وكبيع الدرهم بالدرهمين[١٥]. ولهما: أن الثمنية في حقهما[١٦] تثبت[١٧] باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما، فتبطل باصطلاحهما[١٨]، وإذا بطلت الثمنية

وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، الشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح إلا سواء عينًا بعين، فمن زاد واستزاد فقد أربى. (ت)

(١) قوله: "وتعاقب القبض إلخ" جواب عن قول الخصم: ولأنه إذا لم يقبض في المجلس إلخ، يعني أن التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغير المقبوض بعد أن يكون حالا، بخلاف الحال والمؤجل. (ك)

(٢) قوله: "بخلاف النقد" أي الحال والمؤجل، فإن فيهما التعاقب يعد تفاوتًا لأنهم يفصلون فيهما. (عيني)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) قوله: "ويجوز بيع البيضة بالبيضتين إلخ" إن كانا موجودين، وإن كان أحدهما نسيئة لا يجوز، لأن الجنس بانفراده يحرم النَسَاء، فإن قيل: الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات، فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين. أجيب بأن التماثل في ذلك إنما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت، فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان، وأما الربا فهو حق الشرع، فلا يعمل فيه اصطلاحهم، فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرًا وكبرًا. (عناية)

(٥) أي القدر.

(٦) من أن علة الربا عندهم في المطعومات الطعم.

(٧) أي حال كونهما معينين يشار إليهما.

(٨) في الفلوس.

(٩) لا خلقة.

(١٠) من الناس.

(١١) لعدم ولايتهما على غيرهما.

(١٢) قوله: "لا تتعين إلخ" ولهذا لو قوبلت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوبًا بفلوس معينة، فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة. (ع)

(١٣) هذا البيع.

(١٤) حيث لا يجوز.

(١٥) حيث لا يجوز.

(١٦) المتعاقدين.

(١٧) في الفلوس.

(١٨) قوله: "فتبطل إلخ" واعترض عليه بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنًا باصطلاح المتعاقدين، فيجب

تتعين[١] بالتعيين، ولا يعود وزنيا[٢] لبقاء الاصطلاح على العد إذ فى نقضه فى حق العد فساد العقد[٣]، فصار[٤] كالجوزة بالجوزتين[٥]، بخلاف النقود[٦]، لأنها للثمنية خلقة. وبخلاف[٧] ما إذا كانا[٨] بغير أعيانهما[٩]، لأنه كالئ بالكالئ[١٠]،

أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما إذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما.

وأجيب بأن الأصل فى الفلوس أن تكون عروضا، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل، فلا يجوز أن تكون ثمناً باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الأصل، وأما إذا اصطلحا على كونها عروضاً كان ذلك على وفاق الأصل، فكان جائزاً، وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية، وفيه نظر، لأنه ينافى قوله: إن الثمنية فى حقهما ثبتت إلخ، ويمكن أن يقال: معناه إن الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما، أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية. (ع)

(١) وتعود عروضاً.

(٢) قوله: "ولا يعود وزنيا" جواب إشكال، وهوأن يقال: إذا خرج فى حقهما عن أن يكون ثمناً، فيعود وزنيا، فكان هذا بيع قطعة صفر بقطعتى صفر، وذلك لا يجوز، فلم يكن فى إبطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد، فقال: الاصطلاح فى الفلوس كان على صفة الثمنية، والعدو هما فى هذه المبايعة أعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها، وما أعرضا عن اعتبار صفة العدو ليس من ضرورة خروجها من أن يكون ثمناً فى حقهما خروجها من أن تكون عددية كالجوز والبيض، فهو عددى وليس بثمن، فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة. (كفاية)

(٣) قوله: "فساد العقد [وهما قصدا صحة العقد]" وفيه نظر لأنه مدعى الخصم، ولو ضم إلى ذلك، والأصل حمله على الصحة كان له أن يقول: الأصل حمل العقد عليها مطلقاً أو فى غير الربويات، والأول ممنوع، والثانى لا يفيد. (عناية)

(٤) بيان لانفكاك العد من الثمنية. (عناية)

(٥) حيث يجوز لانعدام المعيار فلا ربا.

(٦) قوله: "بخلاف النقود إلخ" جواب عن قول محمد كبيع الدرهم بالدرهمين، لأن النقود للثمنية خلقة، أى من حيث الخلقة لا من حيث الاصطلاح، فلا تبطل الثمنية باصطلاحهما. (عينى)

(٧) جواب عما قال محمد: كما إذا كانا بغير أعيانهما.

(٨) العوضان.

(٩) فإن ذلك لم يجز.

(١٠) قوله: "لأنه كالئ إلخ" أى لأن هذا العقد نسيئة بنسيئة وهو منهى عنه عن ابن عمر رضى الله عنه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يباع كالئ بكالئ» يعنى ديناً بدين، رواه ابن أبى شيبة وإسحاق بن راهوية، والبزار فى مسانيدهم، قال فى الفائق: كلأ الدين كلأ تأخر فهو كالئ. (عينى)

قوله: "لأنه كالئ بالكالئ" قلت: روى من حديث ابن عمر، ومن حديث رافع بن خديج، فحديث ابن عمر رواه ابن أبى شيبة وإسحاق بن راهوية، ولفظ البزار: قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع الغرر وعن كالئ بكالئ وعن بيع عاجل بآجل»، فالغرر أن تبيع ما ليس عندك، والكالئ بالكالئ دين بدين، والعاجل بالآجل أن يكون له مؤجل، فيتعجل عنها بخمس مائة. ورواه ابن عدى فى الكامل، وأعله بموسى بن عبيدة، ونقل تضعيفه عن أحمد بن حنبل، وقال: قيل لأحمد: فإن شعبة يروى عنه، قال: ما رأينا، قال ابن عدى: والضعف على حديثه بين، ورواه عبد الرزاق فى "مصنفه": أخبرنا إبراهيم بن أبى يحيى الأسلمى عن عبد الله بن دينار به، باللفظ الأول، وهو معلول.

ورواه الحاكم فى "المستدرك"، والدارقطنى فى "سننه" عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر: «أن النبى ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»، وقال: هو النسيئة بالنسيئة، قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، وغلطه البيهقى، وقال: فيه موسى بن عبيدة الزهرى. وأما حديث رافع بن خديج فرواه الطبرانى فى "معجمه": حدثنا أحمد بن عبد الله البزاز التسترى، حدثنا محمد بن أبى يوسف المسكى، حدثنا محمد بن يعلى عن موسى بن

وقد نهى عنه*، وبخلاف (٢) ما إذا كان (٣) أحدهما (٤) بغير عينه، لأن الجنس بانفراده (٥) يحرم النسَاء. قال (٦): ولا يجوز الحنطة بالدقيق ولا بالسويق، لأن المجانسة باقية من وجه (٧)، لأنهما من أجزاء الحنطة، والمعيار فيهما الكيل، لكن الكيل غير مسوٍ (٨) بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما (٩) فيه (١٠)، وتخلخل (١١) حبات الحنطة، فلا يجوز (١٢) وإن (١٣) كان كيلا بكيل.

ويجوز بيع الدقيق بالدقيق (١٤) متساويًا (١٥) كيلا (١٦) لتحقق الشرط (١٧)، وبيع

عبيدة عن عيسى بن سهل بن رافع ابن خديج عن أبيه عن جده قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة ونهى أن يقول الرجل للرجل ابتم هذا بنقد واشتريته بنسيئة حتى يبتاعه وعن كالئ بكالئ ودين بدين»، انتهى. (تخريج الزيلعى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٥ ص١٥٧. (نعيم)

(٢) قوله: "وبخلاف [جواب عن القسمين الباقيين] إلخ" يعنى إذا كان أحد العوضين فى ما إذا باع فلسا بفلسين غير معين، وكان الآخر عينًا لا يجوز، لأن جنس العوضين متحد، والجنس بانفراده مع قطع النظر عن الكيل والوزن يحرم النسَاء، وههنا يلزم النسَاء، لأنه إذا لم يكن أحدهما بعينه لم يتصور قبضه فى الحال، فيحتاج إلى النسَاء، فصار كما إذا باع ما لم يكن كيليا ولا وزنيا عاجلا بآجل مع اتحاد الجنس، فإنه لا يجوز، بخلاف المتنازع فيه، وهو ما إذا كان كل من العوضين معينًا يشار إليه، فإنه لا يفضى إلى النسَاء، ولا إلى فساد آخر. (مولوى محمد عبد الحى رحمه الله تعالى)

(٣) فإنه لم يجز.

(٤) أى العوضين.[أى الفلس والفلسين].

(٥) بدون الكيل والوزن.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "باقية من وجه" لأن الطحن لم يؤثر إلا فى تفريق الأجزاء، والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئًا آخر، وزائلة من وجه، لأن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعانى كما بين الحنطة والشعير، وقد زال الاسم وهو ظاهر، وتبدلت الصورة، واختلفت المعانى والمنافع، وكانت الحرمة للفضل ثابتة قبل الطحن، وقد بقيت المجانسة من وجه، فلا يزول تلك الحرمة بالشك، فاشترط التساوى فى بيع الحنطة بالدقيق، ولم يوجد لأن الكيل لا يسوى بينهما، فلذلك لم يجز البيع أصلا، أى لا متساويا ولا متفاضلا بالكيل، ولا بغيره لشبهة الفضل. (مل)

(٨) قوله: "لكن الكيل إلخ" فإن قيل: الحرمة فى الربا حرمة موقتة إلى غاية وجود المساواة، فلو يثبت الحرمة بينهما على هذا الطريق لكانت الحرمة مطلقة لا تنتهى أبدا، فحينئذٍ كان على خلاف ما اقتضاه النص فى الأصل، وهو قوله عليه السلام: «لا تبيعوا بالبر إلا متساويا»، وهذا فرع ذلك، فيجب أن يكون على وفاق الأصل.

قلنا: الحرمة المتناهية فى الربا هى حرمة حقيقة الفضل، فإن تلك الحرمة تنتهى بالمساواة، وأما الحرمة الثابتة بشبهة الفضل فغير موقتة، ألا ترى أن حرمة النسَاء حرمة بشبهة الفضل لا تنتهى إلى غاية ولا تنتهى بالمسوى بل تبقى إلى أن يبقى النسَاء فكذلك ههنا يبقى حرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم إمكان المساواة. (ك)

(٩) اكتناز پر شدن هر چه باشد. (من)

(١٠) الكيل فصار كالمجازفة فى احتمال الزيادة.

(١١) جدا شدن أجزاى چيزى از يكديگر. (غث)

(١٢) لعدم التساوى مع جنسية العوضين.

(١٣) الواو متصلة.

الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويًا، لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية[١]، ولا بيع السويق بالحنطة، فكذا بيع أجزاءهما لقيام المجانسة[٢] من وجه، وعندهما يجوز[٣] لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود[٤].

قلنا: معظم المقصود وهو التغذي يشملهما[٥]، ولا يبالى بفوات البعض[٦] كالمقلية مع غير المقلية[٧]، والعلكة[٨] بالمسوسة.

قال: ويجوز بيع اللحم بالحيوان[٩] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إذا باعه بلحم من جنسه[١٠] لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر[١١]، ليكون

(١٤) قوله: "ويجوز إلخ" وعند الشافعي لا يجوز، لأنه لا يعتدل في الدخول تحت الكيل، إذ هو ينكبس، قلنا: المجانسة بينهما قائمة من كل وجه، والاتفاق في القدر ثابت، فبيان المجانسة ظاهر، وأما بيان الاتفاق في القدر أن الدقيق كيلي، فإن الناس اعتادوا بيعه كيلا، ولهذا جاز السلم كيلا، وحكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل: أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساويا كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين، كذا في "الذخيرة". (كفاية)

(١٥) حال.

(١٦) تمييز.

(١٧) هو وجود المسوى. (عناية)

(١) أي بالحنطة المقلية، أي المشوية.

(٢) قوله: "لقيام المجانسة" إذ السويق أجزاء حنطة مقلية، والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية، وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال، فكذا بيع الدقيق بالسويق، ولهذا لا يجوز بيع المقلية بالدقيق، ولا بيع الحنطة بالسويق، فكذا بيع أجزائهما بل هذا أولى لتوفر المجانسة ههنا. (ك)

(٣) كيف ما كان متساويا أو متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد. (ن)

(٤) قوله: "لاختلاف المقصود" لأنه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والأطرية، ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق إنما يلت بالسمن أو العسل فيوكل. (ن)

(٥) الدقيق والسويق.

(٦) أي بعض المنافع.

(٧) قوله: "كالمقلية مع غير المقلية" والعلكة بالمسوسة فلا يصلح للزراعة والهريسة، وذا لا يوجب اختلاف الجنس، فكذا الدقيق مع السويق إلا أن بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الأصح لعدم المسوى بينهما، فإن المقلية لا يعتدل بالدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالغلي إذا قليت رطبة أو ضمور إذا قليت يابسة.

وهذا التفاوت معتبر لأنه بصنع العباد، بخلاف التفاوت بين العلكة والمسوسة، لأنه بآفة سماوية لا يمكن التحرز عنه، وبيع العلكة بالمسوسة يصح لوجود المسوى بينهما حنطة علكة، أي يتلزج كالعلكة من جودتها وصلابتها التلزج التمدد من غير انقطاع المسوسة، بكسر الواو المشددة التي وقع فيها السوسة، وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام. (ك)

(٨) أي الجيدة يقال: طعام علك أي متين المضغة.

(٩) الحي.

(١٠) قوله: "بلحم من جنسه" بأن باع لحم الشاة، ولو كانا مختلفين بأن باع لحم البقر بالشاة، وما أشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما يجيء في اللحمان المختلفة. (نهاية)

(١١) مما في الحيوان.

اللحم[١] بمقابلة ما فيه من اللحم، والباقى بمقابلة السقط[٢]، إذ لو لم يكن كذلك[٣] يتحقق الربا من حيث زيادة السقط[٤]، أو من حيث زيادة اللحم، فصار كالحل[٥] بالسمسم[٦]. ولهما: أنه باع الموزون بما ليس بموزون[٧]، لأن الحيوان لا يوزن عادةً، ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن، لأنه يخفف نفسه[٨] مرة[٩]، ويثقل أخرى[١٠]، بخلاف تلك المسألة[١١]، لأن الوزن فى الحال يعرف قدر الدهن[١٢] إذا ميز بينه وبين الثجير[١٣]، ويوزن الثجير. قال[١٤]: ويجوز بيع الرطب[١٥] بالتمر[١٦] مثلا بمثل[١٧] عند أبى حنيفة، وقالا: لا يجوز؛ لقوله عليه السلام[١٨] حين سئل عنه[١٩]:

---

(١) المفرز.

(٢) قوله: "السقط" [هو غير اللحم كالجلد والأمعاء والكرش والطحال] سقط المتاع زوالة وأراد به ههنا ما لا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة سقط بالتحريك هيچ كاره از هر چيز. (من)

(٣) أى أكثر بل مساويًا أو أقل.

(٤) قوله: "من حيث زيادة السقط" هذا إذا كان اللحم المفرز مثل اللحم الذى فى الحيوان، أو من حيث زيادة اللحم والسقط هذا إذا كان اللحم المفرز أقل من اللحم الذى فى الحيوان، وإنما لم يقل الشارح المحقق فى الشق الثانى: والسقط لاكتفاء زيادة اللحم فى ثبوت الربا. وفى "الكفاية": من حيث زيادة السقط بأن قوبل اللحم باللحم، أو من حيث زيادة اللحم، بأن قوبل اللحم بالسقط، انتهى، وعليك التدرب. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٥) قوله: "فصار كالحل [بالفتح وتشديد اللام روغن كنجد. م] إلخ" أى كبيع دهن السمسم بالسمسم فإنه لا يصح إلا إذا كان الحل أكثر من الحل الذى فى السمسم، والحل دهن السمسم غير مطيب. (مل)

(٦) بكسر هر دوسين كنجد. (م)

(٧) قوله: "باع الموزون بما ليس بموزون" فهما جنسان، قيل إذا اختلف الجنسان ،لم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة، وليس كذلك، وأجيب بأن النسيئة إذا كانت فى الشاة الحية فهو سلم فى الحيوان، وإن كان فى البدل الآخر فهو سلم فى اللحم، وكلاهما لا يجوز. (ع)

(٨) لصلابته. (ك)

(٩) فلا يدرى أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت.

(١٠) قوله: "ويثقل أخرى" لا سترخاء مفاصله والميت لاسترخاء مفاصلة أثقل من الحى والنسَاء لاسترخاءهن أثقل من الرجال لصلابتهم. (ك)

قوله: "ويثقل" إثقال گران كردن بوزن، وگران شدن، وگرانبار شدن، وگرانبار كردن. (م)

(١١) أى بيع الحل بالسمسم. (ك)

(١٢) قوله: "يعرف إلخ" فيكون حينئذٍ بيع الموزون بموزون من جنسه، فلا يجوز إلا مع التساوى، وذلك مجهول، والنهى عن بيع اللحم بالحيوان فيما إذا كان أحدهما نسيئة كما ذكر مقيدا به فى رواية، وبه نقول. (ك)

(١٣) قوله: "وبين الثجير [هو ثقل كل شيء يعصر. نهاية]" ثجير كأمير كنجاره كه ثقل باشد. (من)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) خرماى پخته تر.

(١٦) خرماى پخته خشک.

«أو ينقص[١] إذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا إذًا[٢]»*، وله: أن الرطب تمر لقوله عليه السلام حين أهدي[٣] إليه رطبًا: «أو كل تمر خيبر[٤]»**، هكذا

(١٧) وأما متفاضلا فلا يجوز إجماعًا.

(١٨) رواه مالك فى "الموطأ".

(١٩) أى عن بيع الرطب تمرًا.

(١) الرطب.

(٢) قوله: "لا إذا" أى لا يجوز على ذلك التقدير، أى تقدير النقصان بالجفاف، ثم فى قوله: أو ينقص إذا جف، إشارة إلى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة فى أعدل الأحوال، وهو بعد الجفاف، ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل فى الحال. (نهاية)

قوله: "لا إذا" قلت: رواه مالك فى "الموطأ" عن عبد الله بن يزيد عن زيد بن عياش عن سعد ابن أبى وقاص أنه سئل عن البيضاء بالسلت، فقال: سعد أيهما أفضل قال: البيضاء، فنهاه عن ذلك، وقال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شراء التمر بالرطب، فقال عليه السلام: أينقص الرطب إذا جف؟ قال: نعم، فنهاه عن ذلك.

ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الأربعة، وقال الترمذى: حديث حسن، ورواه أحمد فى "مسنده"، وابن حبان فى "صحيحه"، والحاكم فى "المستدرك"، ولفظهما أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أ ينقص الرطب إذا جف؟ قالوا: نعم، قال: فلا إذن، قال الحاكم هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس، وأنه محكم لكل ما يرويه فى الحديث إذ لم يوجد فى رواياته إلا الصحيح خصوصا فى حديث أهل المدينة، والشيخان لم يخرجاه لما خشيا من جهالة زيد بن عياش. وقد تابع مالكًا فى رواية عن عبد الله بن يزيد إسماعيل بن أمية، ويحيى بن أبى كثير، ثم أخرج حديثهما، وسكت عنهما، قال الخطابى: وقد تكلم بعض الناس فى إسناد هذا الحديث وقال: زيد بن عياش مجهول، ومثل هذا الإسناد على رأى الشافعى لا يحتج به، وليس الأمر كما توهمه، فإن زيدًا هذا من بنى زهرة معروف، وقد ذكره مالك فى "الموطأ"، وهو لا يروى عن مجهول، ولا عن رجل متروك الحديث، وهذا من شان مالك وعادته، انتهى. وقال المنذرى فى "مختصره": قد حكى عن بعضهم أنه قال: زيد بن عياش مجهول، وكيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن يزيد، مولى الأسود بن سفيان، وعمران بن أبى أنيس، وهما مما احتج به مسلم فى "صحيحه"، وقد عرفه أئمة هذا الشان، فالإمام مالك قد أخرج حديثه، وكذلك الحاكم فى المستدرك، وقد ذكره مسلم فى كتاب الكنى، وكذلك ذكره النسائى فى كتاب الكنى، وكذلك ذكره الحافظ ابن أحمد، وذكروا أنه سمع من سعد بن أبى وقاص، وما علمت أحدًا ضعفه. وقال ابن الجوزى فى التحقيق: قال أبو حنيفة: زيد بن عياش مجهول، فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل، ثم ذكر ما قاله المنذرى سواء، واعلم أن شيخنا علاء الدين نسب المصنف إلى الوهم فى قوله: ومداره على زيد بن عياش، قال: إنما هو زيد أبو عياش كما هو فى الحديث، و شيخنا قلد غيره فى ذلك، وليس ذلك بصحيح، قال صاحب "التنقيح": زيد بن عياش أبو عياش المخزومى، ويقال: مولى بنى زهرة المدنى ليس به بأس، وقال ابن حزم: مجهول. (تخريج الزيلعى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٦ص١٥٧. (نعيم)

(٣) أى عامل خيبر.

(٤) قوله: "أو كل تمر خيبر إلخ" قلت أخرج البخارى ومسلم عن أبى هريرة وأبى سعيد الخدرى أن النبى ﷺ بعث أخا بنى عدى الأنصارى، فاستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ: أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا، والله يا رسول الله! إنا لنشترى الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعلوا، ولكن مثلا بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، انتهى، وقد كشفت طرق الحديث وألفاظه: فلم أجد فيه ذكر الرطب. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٧ص١٥٨. (نعيم)

سماه تمرًا(١)، وبيع التمر بمثله جائز؛ لما روينا(٢)، ولأنه لو كان تمرًا(٣) جاز البيع بأول الحديث، وإن كان غير تمر(٤) فبآخره(٥)، وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»*، ومدار ما روياه(٦) على زيد بن عياش، وهو ضعيف(٧) عند النقلة(٨).

قال: وكذلك(٩) العنب(١٠) بالزبيب(١١)، يعني على هذا الخلاف(١٢)، والوجه ما بيناه(١٣)، وقيل: لا يجوز بالاتفاق(١٤) اعتبارًا(١٥) بالحنطة المقلية(١٦) بغير المقلية،

(١) قوله: "سماه [أى النبى ﷺ] تمرًا" فإن قيل: لو كان الرطب تمرًا ينبغى أن يحنث فيما إذا حلف لا يأكل رطبًا، فأكل تمرًا، قلنا: مبنى الأيمان على العرف، وفى العرف الرطب غير التمر. (ك)

(٢) من قوله عليه السلام: «التمر بالتمر مثلا مثلا».

(٣) قوله: "ولأنه لو كان إلخ" ذكر فى "المبسوط": ودخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسألة، وكانوا شديدا عليه لمخالفة الخبر، فقال: الرطب لا يخلو إما أن يكون تمرًا أو لم يكن، فإن كان تمرا جاز العقد عليه لقوله عليه السلام: التمر بالتمر، وإن لم يكن تمرًا جاز العقد أيضًا لقوله عليه السلام: إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم، فأورد عليه حديث سعد فقال: هذا الحديث دائر على زيد بن عياش، وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه، واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك: كيف يقال: أبو حنيفة لا يعرف الحديث، وهو يقول: زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه. (ك)

(٤) قوله: "وإن كان إلخ" فإن قيل: فبالنظر إلى هذا الترديد ينبغى أن يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية، لأن المقلية لاتخلو إما إن كانت حنطة، أو لم تكن، فإن كانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام: الحنطة بالحنطة، وإن لم تكن حنطة يجوز أيضًا، لقوله عليه السلام: إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم.

قلنا: هذا جواب جدلى لأجل دفع الخصم، أما الجواب لأبى حنيفة عن قوله: أو ينقص إذا جف، فإطلاق النبى عليه السلام اسم التمر على الرطب. (ك)

(٥) الحديث.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٣، والدراية ج٢ تحت الحديث ٧٩٧ ص١٥٨. (نعيم)

(٦) الصاحبان.

(٧) قوله: "وهو ضعيف إلخ" وتأويل الحديث إن صح أن السائل كان وصيًا ليتيم فلم ير رسول الله ﷺ فى ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند [illegible]ف، فمنع الوصى منه على طريق الإشفاق لا على وجه بيان فساد العقد، كذا فى "المبسوط"، ولأن الصحيح أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر نَسَاء كذا روى أبو داود فى "سننه"، وبه نقول. (كفاية)

(٨) أى نقلة الحديث وأصحابه.

(٩) قوله: "وكذلك" أى يجوز عند أبى حنيفة إذا تساويا كيلا، ولا يجوزعندهما تساويا أو تفاضلا.

(١٠) انگور تر.

(١١) انگور خشک.

(١٢) قوله: "على هذا الخلاف" ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبى حنيفة. (عناية)

(١٣) قوله: "والوجه ما بيناه" أى الوجه فى بيع العنب بالزبيب ما بيناه فى بيع الرطب بالتمر وهو أن الزبيب مع العنب إن كان جنسًا واحدًا جاز بيع أحدهما بالآخر متماثلا كيلا، وإن كانا جنسين جاز أيضًا. (عينى)

(١٤) قوله: "بالاتفاق" والفرق لأبى حنيفة بين بيع التمر بالرطب وبيع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو أن النص ورد بإطلاق لفظ التمر على الرطب فى قوله عليه السلام: أو كل تمر خيبر هكذا، ولم يرد بإطلاق اسم الزبيب على

والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا[١] عندنا[٢]؛ لأنه بيع التمر بالتمر، وكذا[٣] بيع[٤] الحنطة الرطبة[٥]، أو المبلولة[٦] بمثلها أو باليابسة. أو التمر أوالزبيب المنقع[٧] بالمنقع منهما متماثلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد[٨]: لا يجوز جميع ذلك[٩]، لأنه يعتبر[١٠] المساواة فى أعدل الأحوال وهو المآل[١١]، وأبو حنيفة يعتبر[١٢] فى الحال، وكذا أبو يوسف عملا بإطلاق الحديث[١٣]، إلا أنه ترك هذا الأصل[١٤] فى بيع الرطب بالتمر لما رويناه[١٥] لهما[١٦].

ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول[١٧] وبين الرطب بالرطب[١٨]: أن التفاوت

العنب. (ك)

(١٥) قياسًا.

(١٦) مشوية.

(١) أى من حيث الكيل. (ع)

(٢) قوله: "عندنا" خلافا للشافعى لأنه ربا يتفاوت فى أعدل الأحوال أعنى عند الجفوف، فلا يجوز كالحنطة مع الدقيق. (عناية)

(٣) أى يجوز.

(٤) قوله: "بيع الحنطة الرطبة إلخ" أى بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة، أو المبلولة بالمبلولة، والحنطة الرطبة بالمبلولة أو باليابسة.

(٥) پخته تر.

(٦) بالماء.

(٧) قوله: "المنقع" -بالفتح مخففًا- لا غير من أنقع الزبيب فى الخابية، ونقعه ألقاه فيها ليبتل، ويخرج منه الحلاوة، والمنقع من التنقيع لم يورد فى الكتب المتداولة فى اللغة. (نهاية)

(٨) قوله: "وقال محمد إلخ" قال شمس الأئمة الحلوانى: إن الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لايجوز إذا ابتلت الحنطة وانتفخت، أما إذا لم تنتفخ بعد لكن بلت من ساعته يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلا، كذا فى "المحيط" و "الذخيرة". (ك)

(٩) إشارة إلى قوله: وكذا بيع إلخ.

(١٠) قوله: "لأنه يعتبر المساواة إلخ" ولم يوجد المساواة فى المآل إذ بالجفاف ينتقص الرطبة. (مل)

(١١) وهو حال الجفاف.

(١٢) المساواة.

(١٣) المشهورة فى باب المساواة.

(١٤) أى المساواة فى الحال.

(١٥) وهو قوله عليه السلام: لا إذا. (ن)

(١٦) صاحبين.

(١٧) قوله: "هذه" أى بيع الحنطة الرطبة أوالمبلولة إلخ. (ك)

(١٨) حيث يجوز عنده.

فيها[1] يظهر[2] مع بقاء البدلين[3] على الاسم[4] الذى عقد عليه العقد، وفى الرطب بالتمر[5] مع بقاء أحدهما على ذلك، فيكون تفاوتًا فى عين المعقود عليه، وفى الرطب بالرطب التفاوت[6] بعد زوال ذلك الاسم، فلم يكن تفاوتًا فى المعقود عليه، فلا يعتبر[7]. ولو باع البسر[8] بالتمر متفاضلا[9] لا يجوز، لأن البسر تمر[10]، بخلاف[11] الكفرى[12] حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد، لأنه ليس بتمر[13] فإن هذا الاسم[14] له[15] من أول ما تنعقد صورته لا قبله[16]، والكفرى عددى[17] متفاوت[18] حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة[19].

---

(١) قوله: "أن التفاوت إلخ" حاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البدلين، أو أحدهما على الاسم الذى عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه فى المعقود عليه، وإذا ظهر بعد زوال الاسم الذى عقد عليه العقد من البدلين، فليس بمفسد إذ لم يكن تفاوتًا فى المعقود عليه، فلا يكون معتبرا. ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم إذاكان العقد واردا على البدلين بالتسمية، وأما إذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا، لأن المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهى لا تتبدل. (ع)

(٢) فى المال بعد الجفاف.

(٣) فوجد التغير فى المعقود عليه، فلا يجوز.

(٤) أى اسم الحنطة والزبيب والتمر.

(٥) قوله: "وفى الرطب بالتمر إلخ" يعنى فى الرطب بالتمر يظهر التفاوت فى المآل بعد الجفاف مع بقاء أحد البدلين أعنى التمر على ذلك أى على الاسم الذى وقع عليه العقد، فصار كأنه تفاوت فى عين المعقود عليه، وهو مفسد للعقد. (مل)

(٦) قوله: "التفاوت" أى يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد. (ك)

(٧) فيصح العقد.

(٨) قوله: "البسر" بسر بالضم غوره خرما، ويضم السين، وآنچه از شكوفه خرما أول ظاهر شود آن را طلع خوانند، وچوں بسته گردد سياب گويند، وهر گاه سبز وگرد گردد جدال، وچوں اند كے كلان گردد آنرا بغو خوانند، چون ازان كلان شود بسر ست بعد ازان مخظم، بعد ازان موكت بعد ازان تذنوب بعد ازان خمسبه بعد ازان خالع وچون پختگى آن بانتهاء سد رطب نامند، وبعد ازان تمر. (من)

(٩) ومتساويًا كيلا يدًا بيد يجوز إجماعًا. (عناية)

(١٠) قوله: "لأن البسر تمر" لأن التمر اسم الثمرة النخل من أول ما ينعقد صورتها. (مل)

(١١) قوله: "بخلاف الكفرى" هوكم النخل واشتقاقه من الكفر، وهو الستر سمى به لأنه يستر ما فى جوفه من التمر. (ب)

(١٢) قوله: "الكفرى [غنچه خرما وهو أول ما يشق عنه النخل]" كفرى -بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً-. (ف)

(١٣) لأنه لم ينعقد بعد فى صورة التمر. (ف)

(١٤) أى اسم التمر. (ك)

(١٥) أى للبسر. (ن)

(١٦) فإن قبل انعقاد صورته اسمه الكفرى. (ك) أى قبل الانعقاد.

(١٧) قوله: "الكفرى عددى إلخ" هذا جواب عما يقال: الكفرى لما لم يكن من جنس التمر وجب أن يجوز

قال[١]: ولا يجوز بيع الزيتون[٢] بالزيت، والسمسم بالشيرج[٣] حتى يكون الزيت والشيرج أكثر[٤] مما في الزيتون والسمسم، فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير؛ لأن عند ذلك[٥] يعرى[٦] عن الربا إذ ما فيه[٧] من الدهن[٨] موزون[٩]، وهذا[١٠] لأن ما فيه لو كان أكثر[١١]، أو مساويًا له فالثجير[١٢] وبعض الدهن أو الثجير وحده[١٣] فضل[١٤]، ولو لم يعلم[١٥] مقدار ما فيه لا يجوز[١٦] لاحتمال الربا، والشبهة فيه[١٧] كالحقيقة[١٨]، والجوز[١٩] بدهنه، واللبن بسمنه، والعنب بعصيره،

الإسلام في الكفرى إذا جعل التمر رأس المال، فأجاب بأن الكفرى عددى متفاوت، فلم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة. (ك)

(١٨) صغرًا وكبرًا.

(١٩) لأن عددى متفاوت.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "الزيتون [أى ثمرة الزيتون. نهاية]" وفى "المغرب": الزيتون من العصارة، ويقال لثمرة الزيتون أيضًا، ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الأبيض، ويقال للعصير أو النبيذ قبل أن يتغير شيرج أيضًا، وهو تعريب شيرة. (ك)

(٣) المراد به ههنا ما يتخذ من السمسم.

(٤) أى من الدهن الذى فى إلخ.

(٥) أى مقابلة الدهن بالدهن، ومقابلة الزائد بالثجير.

(٦) عقد.

(٧) أى فى الزيتون أو السمسم.

(٨) بيان ما.

(٩) قوله: "موزون" فإن قيل: ينبغى أن يجوز بيع الدهن بالسمسم بأى وجه كان، لأن الدهن وزنى، والسمسم كيلى، قلنا: المقصود من السمسم ما فيه، وهو الدهن، فكان حينئذٍ بيع الجنس بالجنس.

فإن قيل: لما كان فى السمسم الثجير أيضًا مقصودًا حتى جعل بمقابلته شىء من الدهن ينبغى أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفًا لكل واحد إلى خلاف الجنس كما فى كر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير، قلنا: ذلك الصرف إنما يصح فى المنفصل خلقة. (نهاية)

(١٠) أى شرط الزيادة.

(١١) من الدهن الخارجى.

(١٢) ينصرف إلى لو كان أكثر. (ن)

(١٣) ينصرف إلى متساويًا. (ن)

(١٤) وهو ربا.

(١٥) أى لا يدرى أن وزن الدهن الخالص مثله أو أقل أو أكثر.

(١٦) قوله: "لا يجوز" فإن قلت: إن الأصل فى البيع الجواز، فلا يترك الأصل بالشك، قلنا: الفساد بالوجهين، وهو ما إذا كان الدهن الخالص مثلا أو أقل، والحكم للغالب. (مل)

(١٧) الربا.

(١٨) قوله: "كالحقيقة" ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما، لأن اللحم فى شراء الحيوان غير مقصود، وإنما

والتمر بدبسه[١] على هذا الاعتبار[٢]، واختلفوا في القطن[٣] بغزله[٤]، والكرباس[٥] بالقطن يجوز[٦] كيف ما كان[٧] بالإجماع.

قال[٨]: ويجوز[٩] بيع اللحمان المختلفة[١٠] بعضها ببعض متفاضلا، ومراده لحم الإبل والبقر، والغنم، فأما البقر والجواميس جنس واحد[١١]، وكذا[١٢] المعز[١٣] مع الضأن[١٤]، وكذا[١٥] العراب[١٦] مع البخاتي[١٧].

المقصود الدر والنسل، والإسامة، وإنما يعتبر المجانسة بما في الضمن إذا كان مقصوداً كما في الزيت بالزيتون، والسمسم بالشيرج، ألا ترى أن اللحم في الحيوان وإن كان موجوداً حقيقة فهو كالمعدوم حكماً، حتى لو أخذ بضعة من لحم الحيوان لا يحل تناولها، وعرفنا أن مقصود اللحم حصل بالذبح حكماً، فلا يعتبر قبله. (ك)

(١٩) اخروث.

(١) قوله: "بدبسه [دبس بكسر وبكسرتين دو شاب خرما. من]" دبس بمعنى دوشاب يعنى شيره أنگور. (غب)

(٢) قوله: "على هذا الاعتبار" بيانه أنه إذا كان الدهن الخالص أكثر من الدهن الذى في الجوز، والسمن الخالص أكثر مما في اللبن والعصير الخالص أكثر مما في العنب، والدبس الخالص أكثر مما في التمر جاز وإلا فلا. (عيني)

(٣) قوله: "في القطن [پنبه] إلخ" أى في بيع القطن بغزل القطن متساوياً وزناً، قال بعضهم: يجوز لأن أصلهما واحد، وكلاهما موزون، وقال بعضهم لا يجوز، وإليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى لأن القطن ينقص إذا غزل فصار كالحنطة مع الدقيق. (عيني)

(٤) بالفتح رشتة.

(٥) كقرطاس جامه پنه سفيد. (من)

(٦) قوله: "يجوز إلخ" لاختلافهما من كل وجه، لأن الكرباس بالصنعة صار شيئاً آخر، وهذا يخالف ما روى عن محمد: أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا، وعنه أنه لا يجوز مطلقاً، كذا في "العناية". (مل)

(٧) أى سواء كان القطن أكثر مما في الكرباس من القطن، أو أقل، أو متساوياً. (ك)

(٨) أى القدورى. (عيني)

(٩) قوله: "ويجوز إلخ" وقال الشافعي: لا يجوز لأن المقصود من اللحم التغذى والتقوى، واختلاف المقاصد بعد ذلك يرجع إلى الوصف، ونحن نقول: اللحم فرع أصول مختلفة، واختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة، والاتحاد في التغذى اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص. (نهاية)

(١٠) قوله: "المختلفة" كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر، والجواميس، والبخاتي، والعراب، والمعز، والضأن، وكل ما لا يكمل به نصاباً لآخر، فهو يوصف بالاختلاف كالبقر، والغنم، والإبل. (عناية)

(١١) فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا. (نهاية)

(١٢) أى جنس واحد.

(١٣) بز.

(١٤) ميش.

(١٥) أى جنس واحد.

(١٦) شتران عربى گرامى نژاد.

(١٧) قوله: "مع البخاتي [منسوب إلى بخت نصر، فإنه أول من جمع بين العربي والعجمي]" بختى شتر قوى

قال[١]: وكذلك[٢] ألبان البقر والغنم، وعن الشافعي لا يجوز لأنها[٣] جنس واحد لاتحاد[٤] المقصود[٥]. ولنا: أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل[٦] نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة، فكذا أجزاءها[٧] إذا لم تتبدل بالصنعة[٨].

قال[٩]: وكذا[١٠] خل[١١] الدقل[١٢] بخل العنب[١٣]؛ للاختلاف بين أصليهما[١٤]، فكذا بين ماءهما، ولهذا[١٥] كان[١٦] عصيراهما جنسين، وشعر المعز وصوف الغنم[١٧] جنسان[١٨] لاختلاف المقاصد[١٩].

دراز گردن متولد از عربی وعجمی منسوب ست بسوی بخت نصر، بختية مؤنث آن، بخت -بالضم- وبخاتي -بالتشديد- جمع. (من)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي يصح متفاضلا.

(٣) الألبان.

(٤) قوله: "لاتحاد" قلت: لم يتحد المقصود أيضًا فإن السمن يحصل بلبن البقر دون الإبل. (نهاية)

(٥) التغذي والتقوي.

(٦) فإن نصاب البقرة لا يكمل بالإبل والغنم.

(٧) قوله: "فكذا أجزاءها" حتى لايجوز في الألبان التي اتحد أصلها كألبان الشاة بعضها ببعض، ولكن مع اختلاف الجنس الألبان واللحوم كلها موزونة، فلذلك لا يجوز نسيئة، وأما بيع لحم الطيور بعضها ببعض فيجوز متفاضلا مع اتحاد الجنس، فإنه ليس بوزني عادةً ولا كيلي، فلم يتناوله القدر الشرعي، وفي مثله يجوز البيع متفاضلا. (مل)

(٨) قوله: "إذا لم يتبدل بالصنعة" قيل: معناه أن اختلاف جنس الأصول دليل اختلاف جنس الفروع إذا لم تتبدل بالصنعة، فإن الأجزاء المختلفة إذا أبدع فيها صنعة تصير كجزء واحد، بأن اتخذ منها الجبن لا يجوز بيعه متفاضلا، وفي مسألتنا لم تتبدل بالصنعة، فيكون الأجزاء مختلفة كأصولها. (ك)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) أي يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا.

(١١) قوله: "خل الدقل إلخ" الدقل اردأ التمر، ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا أخرج الكلام على مخرج العادة. (عناية)

(١٢) قوله: "الدقل" دقل محركة خرمائی كه اورا اسمی بخصوص، واز أنواع مشهورة نباشد. (من)

(١٣) انگور تر.

(١٤) دقل وعنب.

(١٥) أي للاختلاف بين مائيهما.

(١٦) بالإجماع.

(١٧) ميش.

(١٨) وإن لم يتبدل الأصل والصنعة. (ك)

(١٩) قوله: "لاختلاف إلخ" فإن قيل: يجب أن يكون جنسًا واحدًا لأن المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما في حق الألبان، وفي حق تكميل النصاب.

قال: وكذا[١] شحم البطن بالألية[٢] أو باللحم، لأنها أجناس مختلفة، لاختلاف الصور[٣]، والمعاني، والمنافع اختلافًا فاحشًا.

قال[٤]: ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا[٥]؛ لأن الخبز صار عدديًا[٦]، أو موزونًا[٧]، فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه، والحنطة مكيلة[٨]. وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه[٩]، والفتوى على الأول، وهذا[١٠] إذا كانا نقدين، فإن كانت الحنطة[١١] نسيئة جاز أيضًا[١٢]، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف[١٣]، وعليه[١٤] الفتوى. وكذا السلم في الخبز جائز[١٥] في الصحيح[١٦]، ولا خير في استقراضه[١٧] عددًا أو وزنًا عند أبي حنيفة؛ لأنه يتفاوت بالخبز[١٨] والخباز

قلنا: نعم، كذلك إلا أن المقاصد فيهما قد اختلفت، فإن الحبال الصلبة والمسوح إنما تتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن، واللبود واللفافة إنما تتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز، فصار السبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين. (ك)

(١) أي جاز البيع متفاضلا.

(٢) پيه وگوشت سرين. (من)

(٣) قوله: "لاختلاف الصور إلخ" أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره، ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء، وأما اختلاف المعاني، فلأنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ، وهما مختلفان لا محالة، وأما اختلاف المنافع فكًا، فله الطب. (ع)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) يدًا بيد، وعليه الفتوى. (ع)

(٦) كما عند محمد. (نهاية)

(٧) كما عند أبي يوسف. (نهاية)

(٨) بالنص، وكذا الدقيق فإنه جزءها.

(٩) قوله: "لا خير فيه [أي في بيع الخبز بالحنطة والدقيق]" أي لا يجوز على وجه المبالغة لأنه نكرة في موضع النفي، فتعم جميع جهات الخيرية. (ك)

(١٠) أي جواز بيع الخبز بالحنطة أو الدقيق.

(١١) أو الدقيق.

(١٢) قوله: "جاز أيضًا" لأنه أسلم موزونًا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره. (ع)

(١٣) لأنه أسلم في موزون. (عناية)

(١٤) أي على قوله أبي يوسف.

(١٥) قوله: "جائز [وزنًا]" لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض. (عناية)

(١٦) قوله: "في الصحيح" احترز به عما روى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز، لأنه لا يوقف على حده معناه أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز، ويكون منه الثقيل والخفيف، وأبو يوسف يقول: الخبز موزون عادة، والسلم في الموزونات وزنًا يجوز إذا أتى بشرائط السلم. (مل)

(١٧) الخبز.

والتنور[١]، والتقدم والتأخر[٢]، وعند محمد يجوز[٣] بهما[٤] للتعامل، وعند أبي يوسف يجوز[٥] وزنًا[٦]، ولا يجوز عددًا المتفاوت في آحاده.

قال[٧]: ولا ربا بين المولى وعبده؛ لأن العبد وما في يده ملك لمولاه، فلا يتحقق الربا، وهذا[٨] إذا كان مأذونًا[٩] له[١٠]، ولم يكن عليه دين[١١]، وإن كان عليه دين لا يجوز[١٢] بالاتفاق، لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة، وعندهما تعلق به حق الغرماء، فصار كالأجنبي[١٣]، فيتحقق الربا كما يتحقق[١٤] بينه وبين مكاتبه[١٥]. قال[١٦]: ولا بين المسلم[١٧] والحربي في دار الحرب، خلافًا لأبي يوسف والشافعي، لهما: الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا[١٨]، ولنا: قوله

---

(١٨) قوله: "لأنه يتفاوت بالخبز" بالفتح من حيث الطول والعرض، والغلظ والرقة، والخباز لأن الخباز إذا كان حاذقًا في هذا الباب يجيء خبزه أحسن كون، وإلا فلا، والتنور، لأنه إذا كان جديدا يجيء خبزه جيدا، بخلاف ما إذا كان عتيقًا، وبحسب قوة نار التنور وضعفها، فإن نار التنور إذا كانت قوية يحترق وجه الخبز، ولا ينضج لبابه، وإذا كانت ضعيفة لا ينجبر جيدًا، بل ينبغي أن يكون النار معتدلة، والتقدم والتأخر، أي بحسب تقدم الخبز في أول التنور وتأخره في آخر التنور، فإن في آخر التنور النار قوية يحترق الخبز بذلك، وفي أوله لا ينضج كما ينبغي. (مل)

(١) بتشديد نون تنور نان پختن. (ك)

(٢) يعني قول أبي يوسف.

(٣) الاستقراض.

(٤) أي بالعدد والوزن.

(٥) الاستقراض.

(٦) وبه يفتى. (غرر)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "وهذا إذا كان [أي عدم كون الربا] إلخ" لأنه حينئذ لا يتحقق البيع، فلا يتصور الربا. (ك)

(٩) في التجارة.

(١٠) مولى.

(١١) يحيط برقبته. (ع)

(١٢) أي البيع بالتفاضل.

(١٣) من المولى.

(١٤) الربا.

(١٥) لأن المكاتب كالحر الأجنبي.

(١٦) أي القدوري.

(١٧) الذي دخل دار الحرب بأمان.

(١٨) قوله: "لهما الاعتبار [القياس] بالمستأمن إلخ" أي يتحقق الربا بين المسلم والحربي الذي دخل دارنا بأمان في دارنا، فكذلك في دارهم، والجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بالعقد. (نهاية)

عليه السلام*: «لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب[١]»، ولأن مالهم[٢] مباح[٣] فى دارهم، فبأى طريق[٤] أخذه المسلم أخذ مالا مباحًا إذا لم يكن فيه غدر[٥]، بخلاف المستأمن[٦] منهم، لأن ماله صار محظورًا[٧] بعقد الأمان.

باب الحقوق[٨]

ومن اشترى منزلا[٩] فوقه منزل فليس له[١٠] الأعلى إلا أن يشتريه[١١] بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيه، أو منه، ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق[١٢] هو له لم يكن له الأعلى[١٣]، ومن اشترى دارًا بحدودها[١٤] فله العلو[١٥] والكنيف[١٦] جمع[١٧] بين المنزل والبيت والدار، فاسم الدار ينتظم[١٨] العلو، لأنه اسم

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٨ ص١٥٨. (نعيم)

(١) قوله: "لا ربا إلخ" قلت: غريب، وأسند البيهقى فى "المعرفة" فى كتاب السير عن الشافعى قال: قال أبو يوسف: إنما قال أبو حنيفة: هذا؛ لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب»، وأظنه قال: وأهل الإسلام، قال الشافعى: وهذا ليس بثابت، ولا حجة فيه، انتهى كلامه. (ت)

(٢) أهل الحرب.

(٣) غير معصوم بالإباحة الأصلية.

(٤) من البيع والقمار.

(٥) لأن الغدر حرام.

(٦) جواب عن قياس أبى يوسف والشافعى.

(٧) أى ممنوعًا أخذه.

(٨) الحقوق توابع، فيلحق ذكرها بعد ذكر مسائل البيو ع. (عناية)

(٩) قوله: "منزلا" المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف، ومطبخ يسكنه الرجل بعياله، والبيت اسم لمسقف واحد، له دهليز، والدار اسم لما يشتمل على بيوت، ومنازل، وصحن غير مسقف، فكانت الدار أعم من أختيها، لاشتمالها عليهما، فاستتبعت العلو ذكر الحقوق أولا. (ك)

(١٠) أى لا يدخل فى البيع المنزل الأعلى.

(١١) قوله: "إلا أن يشتريه" أى إلا أن يقول وقت الشراء: اشتريته بكل حق هو له، أى للمنزل، كالمسيل، والطريق الذى فيه حق الخروج والدخول، أو بمرافقه أى منافعه جمع مرفق، ومرافق الدار المتوضأ والمطبخ ونحوهما، أو بكل قليل وكثير هو فيه، أى فى المنزل مما ينتفع به كالميزاب، أو منه كالكنيف ونحوه، أى يدخل الأعلى بواحد من هذه الألفاظ الثلاثة. (مل)

(١٢) أو بعبارة أخرى من الثلث.

(١٣) البيت الأعلى.

(١٤) ولم يذكر شيئًا. (م)

(١٥) بلندى.

لما أدير عليه الحدود، والعلو من توابع الأصل وأجزاءه، فيدخل فيه[١].
والبيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله، والشيء لا يكون تبعًا[٢] لمثله[٣]، فلا يدخل[٤] فيه إلا بالتنصيص[٥] عليه. والمنزل[٦] بين الدار والبيت[٧]، لأنه يتأتى فيه مرافق[٨] السكنى مع ضرب قصور، إذ لا يكون فيه منزل الدواب، فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعًا عند ذكر التوابع[٩]، ولشبهه بالبيت لا يدخل[١٠] فيه بدونه[١١]، وقيل[١٢]: في عرفنا[١٣] يدخل العلو في جميع ذلك، لأن كل مسكن[١٤] يسمى

(١٦) المستراح كنيف –بالفتح– جاى خلا وطهارت. (ن)
(١٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)
(١٨) أى يشمله من غير نص باسمه الخاص ومن غياذكر الحقوق.
(١) العلو.
(٢) قوله: "لا يكون تبعًا إلخ" فإن قيل: يشكل على هذا المستعير، فإن له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، والمكاتب، فإن له أن يكاتب.
قلنا: المراد من عدم التبعة ههنا في اللفظ الواحد، بأن يكون اللفظ موضوعًا لشيء، فعند ذكر الشيء يدخل هو ومثله فإنه لا يصح بل ما كان تبعًا لذلك الشيء يدخل تبعًا للمذكور الذى وضع له اللفظ مقصودًا.
وأما فى الإعارة والمكاتب لم يتبع للفظه ماهو مثله أيضًا، ولكن لما أعار لرجل فقد ملكه المنافع، وولاية الإعارة للمستعير إنما نشأت من تملكه المنافع كالمالك، إلا أنه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل بخلاف المالك؛ لأن المستعار أمانة فى يده، وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغير فيه بسبب استعمال المستعير الثانى، فمنع عنه حذرًا عن وقوع التغير به. وكذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو أحق بتصرف يوصله إلى مقصوده، وفى كتابة عبده تسبب إلى ما يوصله إلى مقصوده عسى. (ك)
(٣) لأن تبع الشيء يكون أدنى منه لا مثله.
(٤) العلو.
(٥) أى بذكره صريحًا.
(٦) ليس له صحن غير مسقف، ولا اصطبل الدواب. (رد المحتار)
(٧) أى فوق البيت وتحت الدار.
(٨) المنافع.
(٩) وهو قوله: بكل حق وأمثاله. (نهاية)
(١٠) العلو.
(١١) أى بدون ذكر التوابع.
(١٢) قوله: "وقيل في عرفنا إلخ" أى قالوا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة، وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل، أى سواء باع باسم البيت أو المنزل، أو الدار، لأن كل مسكن يسمى خانة سواء كان صغيرًا أو كبيرًا إلا دار السلطان، فإنه يسمى سرائے. (ك)
(١٣) أى عرف بخارا.
(١٤) وفى نسخة: بيت.

بالفارسية خانه، ولا يخلو[١] عن علو، وكما يدخل العلو فى اسم الدار يدخل الكنيف، لأنه من توابعه[٢]. ولا يدخل[٣] الظلة[٤] إلا بذكر ما ذكرنا[٥] عند أبى حنيفة رحمه الله، لأنه[٦] مبنى على هواء الطريق[٧]، فأخذ حكمه.

وعندهما إن كان مفتحه[٨] فى الدار يدخل من غير ذكر شيء[٩] مما ذكرنا[١٠]، لأنه من توابعه[١١]، فشابه الكنيف[١٢]. قال[١٣]: ومن اشترى بيتًا في دار، أو منزلا، أو مسكنًا لم يكن[١٤] له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير، وكذا[١٥] الشرب[١٦] والمسيل[١٧]؛ لأنه[١٨] خارج الحدود[١٩]، إلا أنه من

(١) قوله: "ولا يخلو عن علو" وفيه نظر لأن الخلو وعدمه لم يكن له مدخل فى الدليل، ويقال: معناه إن البيت فى عرفنا لا يخلو عن علو، وأنه يدخل فى عرفنا، فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكًا بالمعروف. (ع)

(٢) الدار.

(٣) قوله: "ولا يدخل الظلة إلخ" الظلة هى الساباط الذى يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة، والطرف الآخر على دار أخرى، أو على الأسطوانات فى السكة، ومفتحه فى الدار، وذكر فى "المغرب": وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة [ايوان بالاى در] التى فوق الباب. (ك)

(٤) قوله: "الظلة [سائبان]" أى ولو خارجًا مبنيًا على الظلة لأنه يعد من الدار. (بحر)، وهو المستراح، وبعضهم يعبر عنه ببيت الماء النهر. (رد المحتار)

(٥) وهو قوله: بكل حق هو له إلخ. (ك)

(٦) الظلة.

(٧) والطريق لا يدخل إلا بذكر التوابع، فكذا الظلة.

(٨) راه ظلة.

(٩) أى بكل حق إلخ.

(١٠) يعنى من العبارات المذكورة. (ع)

(١١) الدار.

(١٢) حيث يدخل من غير ذكر الحقوق والمرافق.

(١٣) أى محمد. (عينى)

(١٤) قوله: "لم يكن له الطريق" يعنى الطريق الخاص فى ملك إنسان، فأما طريقها إلى سكة غير نافذة، وإلى طريق عام يدخل، وكذا ما كان لها من حق مسيل الماء، أو حق إلقاء الثلج فى ملك إنسان، فلا يدخل، كذا فى "شرح الطحاوى رحمه الله".
وفى "الذخيرة": بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذى يكون وقت البيع لا الطريق الذى كان قبله، حتى إن من سد طريق منزله، وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثانى لا الأول. (ك)

(١٥) أى لا يدخل في بيع الأرض.

(١٦) بالكسر حصه آب. (م)

(١٧) مسيل جاى روان شدن آب. (م)

التوابع(١)، فيدخل بذكر التوابع(٢)، بخلاف الإجارة(٣)، لأنها(٤) تعقد للانتفاع، ولا يتحقق(٥) إلا به، إذ المستأجر لا يشترى الطريق عادة(٦)، ولا يستأجره، فيدخل تحصيلا(٧) للفائدة المطلوبه منه(٨)، أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه، لأن المشترى عادة يشتريه(٩)، وقد يتجر فيه(١٠)، فيبيعه من غيره، فحصلت الفائدة.

باب الاستحقاق(١١)

ومن اشترى جارية، فولدت(١٢) عنده فاستحقها رجل ببينة، فإنه يأخذها، وولدها، وإن أقر بها لرجل لم يتبعها(١٣) ولدها، ووجه الفرق(١٤) أن البينة حجة(١٥) مطلقة، فإنها(١٦) كاسمها مبينة(١٧)، فيظهر بها ملكه(١٨) من الأصل والولد كان متصلا

---

(١٨) أى لأن كل واحد من الطريق والشرب والمسيل.

(١٩) أى حدود المبيع.

(١) لأنها إنما يقصد بها الانتفاع بالمبيع.

(٢) وهو قوله: بكل حق إلخ (ع)

(٣) قوله: "بخلاف الإجارة" فإن الطريق يدخل فى استئجار الدور، والمسيل، والشرب فى استئجار الأراضى وإن لم يذكر الحقوق والمرافق، لأن الإجارة تعقد لتمليك المنافع والانتفاع بالدار بدون الطريق، وبالأرض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق إذ المستأجر إلخ. (ع)

(٤) قوله: "لأنها تعقد للانتفاع إلخ" ولذا لا يصح الإجارة فيما لا ينتفع به فى الحال كالأرض السبخة والبيع تمليك العين لا المنفعة، ولذا يجوز بيع الأرض السبخة ونحوها. (ن)

(٥) الانتفاع.

(٦) وكذا الشرب والمسيل.

(٧) ضرورة تصحيح العقد. (ك)

(٨) أى من الإجارة.

(٩) الدار

(١٠) أى فى شراءه.

(١١) قوله: "باب الاستحقاق [طلب الحق]" مناسبة البابين ظاهرة من حيث اللفظ والمعنى. (نهاية)

(١٢) لا باستيلاده.

(١٣) قوله: "لم يتبعها ولدها" أى لا يأخذ المقر له الولد بل الأمة، وهذا إذا لم يذكر المقر له الولد، أما إذا ادعى الولد كان له، لأن الظاهر له، وإن لم يدعه لم يحكم له. (ن)

(١٤) بين البينة والإقرار.

(١٥) قوله: "حجة مطلقة" حتى تظهر فى حق كافة الناس، لأن البينة تصير حجة بالقضاء، وللقاضى ولاية عامة، فيتعدى إلى الكل، وأما الإقرار فحجة قاصرة، لأنه لا يتوقف على القضاء، وله ولاية على نفسه دون غيره، فيقصر عليه، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض لو استحق بالبينة ولا يرجع فى الإقرار. (ك)

(١٦) البينة.

بها، فيكون[١] له[٢]، أما الإقرار حجة قاصرة[٣] يثبت[٤] الملك[٥] فى المخبر به[٦] ضرورة صحة الإخبار، وقد اندفعت[٧] بإثباته[٨] بعد الانفصال[٩]، فلا يكون الولد له[١٠]. ثم قيل: يدخل الولد[١١] فى القضاء بالأم تبعًا[١٢]، وقيل: يشترط القضاء[١٣] بالولد[١٤]، وإليه تشير المسائل[١٥]، فإن القاضى إذا لم يعلم بالزوائد[١٦]، قال محمد رحمه الله: لا تدخل الزوائد فى الحكم، وكذا الولد إذا كان في يد غيره[١٧] لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعًا. قال[١٨]: ومن اشترى عبداً[١٩] فإذا هو[٢٠] حر، وقد قال[٢١]

---

(١٧) المظهر.

(١٨) قوله: "فيظهر بها [أى بالبينة] ملكه [الرجل] إلخ" فإن الملك لا بد له من زمان، وليس زمان بأولى بالتعين فيظهر الملك من الأصل أى من وقت الشراء لا فى الحال، لأن الشهود لا يتمكنون من إثبات ما لم يكن ثابتًا، والولد كان يوم الشراء متصلا بالأم فيأخذها. (مل)

(١) الولد.

(٢) الرجل.

(٣) لانعدام الولاية على الغير.

(٤) فى الحال.

(٥) للرجل.

(٦) أى الجارية.

(٧) الضرورة.

(٨) الملك.

(٩) قوله: "بعد الانفصال" أى فى الحال المنفصل فيه الولد عنها. (نهاية)

(١٠) الرجل.

(١١) فى الاستحقاق بالبينة.

(١٢) للأم.

(١٣) قوله: "يشترط القضاء" لأن الولد يوم القضاء أصل بنفسه، فلا بد له من الحكم مقصودًا. (ك)

(١٤) وهو الأصح. (ع)

(١٥) أى مسائل "المبسوط".

(١٦) وحكم بالأصل.

(١٧) أى غير المستحق له وهو غائب، فقضى بالأم.

(١٨) أى محمد. (عينى)

(١٩) أى شخصًا على ظن أنه عبد. (ك)

(٢٠) ببينة أقامها.

(٢١) حين البيع.

العبد للمشتري : اشترني (١) فإني عبد له ، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء (٢) ، وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد (٣) ، ورجع هو على البائع (٤) ، وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية فوجده (٥) حراً لم يرجع (٦) عليه (٧) على كل حال . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يرجع (٨) فيهما (٩) ، لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة (١٠) ، والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً (١١) ، فصار كما إذا قال (١٢) الأجنبي : ذلك ، أو قال العبد : ارتهني فإني عبد (١٣) ، وهي المسألة الثانية . ولهما (١٤) : أن المشتري شرع في الشراء (١٥) معتمداً على أمره (١٦) ،

(١) قوله: "اشترني فإني عبد" إنما قيد بهذين القيدين لأنه لو قال وقت البيع: إني عبد ولم يأمره بالشراء، أو قال: اشترني ولم يقل: إني عبد لا يرجع في قولهم جميعاً. (نهاية)

(٢) لأن البائع أخذ المال، فمنه الرجوع.

(٣) لأن العبد أمره بالشراء وأتلف ماله.

(٤) قوله: "ورجع هو [العبد] على البائع" وإنما يرجع العبد على البائع إذا قدر عليه، وإن لم يأمره البائع بهذا الضمان، لأنه أدى دينه، وهو مضطر في ذلك، فصار كمعير الرهن. (نهاية)

(٥) المرتهن.

(٦) قوله: "لم يرجع إلخ" أي لم يرجع المرتهن على هذا العبد المقر في حال من الأحوال سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً أية غيبته كانت. (ن)

(٧) العبد.

(٨) أي المشتري والمرتهن على العبد.

(٩) أي في البيع والرهن. (ن)

(١٠) قوله: "لأن الرجوع [على العبد] إلخ" أي الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة، أو بالكفالة لما أن أنواع الرجوع على الغير بالضمان كثيرة، وذكر شمس الأئمة رحمه الله في "الجامع الصغير" قول محمد رحمه الله مع قول أبي يوسف رحمه الله. (ك)

(١١) دون المعاوضة والكفالة.

(١٢) قوله: "إذا قال الأجنبي" أي قال الأجنبي: اشتره فإنه عبدفاشتراه، فظهر حراً ليس على الأجنبي شيء.(مل)

(١٣) فظهر حراً.

(١٤) وهو ظاهر الرواية. (ن)

(١٥) قوله: "شرع في الشراء إلخ" وحين أقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك، واعتمد في الشراء على إقراره، فصارمغرورا من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض جعل سبب الضمان دفعا للغرور بقدر الإمكان، كما في المولى إذا قال لأهل السوق: هذا عبدي، وقد أذنت له في التجارة، فبايعوه ولحقته ديون، ثم ظهر أنه حر، فإنهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور، وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته أهل للضمان، فيجعل العبد إلخ. (عناية)

(١٦) بقوله: اشترني. (ع)

وإقراره[١]: إني عبد، إذ القول له في الحرية[٢]، فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنًا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعًا للغرور والضرر[٣]، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه[٤]، والبيع عقد معاوضة[٥]، فأمكن أن يجعل الآمر به[٦] ضامنًا للسلامة[٧]، كما هو موجبه[٨]، بخلاف الرهن، لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة[٩] لاستيفاء عين حقه[١٠] حتى يجوز الرهن[١١] ببدل الصرف[١٢]، والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال، فلا يجعل الأمر به ضمانًا للسلامة[١٣].

وبخلاف الأجنبي[١٤] لأنه لا يعبأ بقوله[١٥]، فلا يتحقق الغرور، ونظير مسألتنا[١٦] قول المولى[١٧]: بايعوا عبدي هذا فإني قد أذنت[١٨] له، ثم ظهر[١٩]

---

(١) بقوله: فإني عبد. (عناية)

(٢) فإن الأصل هو الحرية في بني آدم.

(٣) عن المشتري.

(٤) البائع.

(٥) قوله: "والبيع إلخ" إنما خص رحمه الله به مع كونه معلومًا من قوله إن المشتري شرع في الشراء تمهيدًا للجواب عن الرهن، اهتمامًا ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات. (ع)

(٦) العبد.

(٧) أي سلامة المبيع.

(٨) قوله: "كما هو [أي السلامة] موجبه" فيجعل العبد بالأمر ضامنا سلامة بدله عند عدم سلامة نفسه، وتعذر رجوعه على البائع نفيًا للغرور والضرر. (ك)

(٩) قوله: "بل هو وثيقة إلخ" فإن الرهن عبارة عن جعل الشيء محبوسًا بحق يمكن استيفاءه، وأخذه من مالية المرهون لا من عينه. (مل)

(١٠) المرتهن.

(١١) قوله: "حتى يجوز إلخ" هذا استدلال بجواز الرهن على أن الرهن ليس بمعاوضة، إذ لو كان معاوضة لكان استبدالا ببدل الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بهلاك الرهن في يد المرتهن، وأنه حرام. (ك)

(١٢) قوله: "ببدل الصرف" بأن باع زيد عشرة دراهم من عمرو بعشرة دراهم، ثم ارتهن زيد من عمرو شيئًا عوض عشرة دراهم التي هي بدل الصرف، ثم هلك المرهون في يد زيد المرتهن، فصار المرتهن مستوفيا حقه إن كان قيمة الرهن يساوي بدل الصرف، وإن كان في قيمته فضل فهو أمانة، وإن كان بدل الصرف أكثر رجع زيد على عمرو بالباقي. والمسلم فيه بأن أسلم زيد عشرة دراهم في مائة قفيز من برعند عمرو، ثم رهن عمرو شيئًا عوض المسلم فيه عند زيد، فهلك المرهون في يد زيد المرتهن، فالحال على ما عرفت آنفا. (مل)

(١٣) قوله: "فلا يجعل إلخ" أي لم يكن الأمر بالارتهان غرورا في عقد معاوضة، فلا ينتهض سببًا للضمان، ولهذا إذا سأل رجل غيره عن أمن الطريق، فقال له: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلكه فسلب اللصوص أمواله لا يضمن المخبر بشيء لأنه غرورفيما ليس بمعاوضة. (ك)

(١٤) جواب عن قياس أبي يوسف.

(١٥) إذ لا علم له بحال العبد ظاهراً، ولا ولاية له.

الاستحقاق يرجعون[١] عليه[٢] بقيمته[٣]، ثم في وضع المسألة[٤] ضرب[٥] إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن الدعوى شرط في حرية العبد[٦] عنده، والتناقض يفسد الدعوى[٧].

وقيل[٨]: إن كان الوضع[٩] في حرية الأصل، فالدعوى فيها ليس بشرط[١٠] عنده[١١] لتضمنه تحريم فرج الأم[١٢]، وقيل: هو[١٣] شرط[١٤] لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق[١٥]، وإن كان الوضع[١٦] في الإعتاق[١٧] فالتناقض لا يمنع[١٨]

---

(١٦) وهو قوله: ومن اشترى.

(١٧) من أهل السوق.

(١٨) أي في التجارة وقد لحقه ديون، ثم إلخ.

(١٩) أي ظهر أنه حر مستحق نفسه.

(١) أي أهل السوق.

(٢) المولى.

(٣) العبد.

(٤) بقوله: فإذا هو حر.

(٥) النوع.

(٦) لإقامة البينة.

(٧) قوله: "والتناقض إلخ" فالعبد بعد ما قال: اشترني فإني عبد، فأما أن يدعى الحرية أولا فالأول تناقض، فكيف يثبت به الحرية، والثاني ينتفي شرط الحرية. (عناية)

(٨) أي قيل في الجواب أن قول الإمام محمد فإذا العبد حر يحتمل حرية الأصل وحرية العتاقة، فإذا كان إلخ. (ع)

(٩) أي وضع المسألة.

(١٠) على ما قال عامة المشايخ.

(١١) الإمام.

(١٢) قوله: "لتضمنه إلخ" توضيحه: أن الشخص إذا كان حر الأصل يكون فرج أمه حرامًا على من يدعى أنها ملكه، وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى، وفي حقوق الله تعالى لا يشترط الدعوى، فتقبل الشهود بغير بينة، وهذا كما أن رجلين شهدا أن هذه الأمة أعتقها مولاها وهي ساكتة ثبت حرمتها بدون دعواها لأن حرمة الفرج حق الله تعالى. (مل)

(١٣) الدعوى.

(١٤) أي في حرية الأصل أيضًا.

(١٥) قوله: "لخفاء العلوق إلخ" فإنه قد يجلب من دار الحرب صغيرًا، ولا يعلم حرية أبيه أو أمه، فيقر بالرق، ثم يعلم بحرية أمه أو أبيه، فيدعى الحرية، والتناقض فيما يجرى فيه الخفاء لا يمنع صحة الدعوى. (ك)

(١٦) أي وضع المسألة.

(١٧) أي الحرية بالإعتاق.

لاستبداد[١] المولى به، فصار كالمختلعة تقيم[٢] البينة على الطلقات الثلاث[٣] قبل الخلع، والمكاتب يقيمها[٤] على الإعتاق قبل الكتابة.

قال[٥]: ومن ادعى حقا في دار[٦] معناه حقا مجهولا، فصالحه الذى فى يده على مائة درهم، فاستحقت الدار[٧] إلا ذراعا منها لم يرجع[٨] بشىء؛ لأن للمدعى أن يقول: دعواى فى هذا الباقى.

وإن ادعاها كلها فصالحه[٩] على مائة درهم فاستحق منها[١٠] شىء رجع[١١] بحسابه؛ لأن التوفيق غير ممكن[١٢]، فوجب الرجوع[١٣] ببدله[١٤] عند فوات سلامة المبدل ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول[١٥] على معلوم جائز؛ لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضى إلى المنازعة.

---

(١٨) صحة الدعوى.

(١) أى الاستقلال، فربما لا يعلم العبد إعتاقه، ثم يعلم بعد ذلك. (ع)

(٢) قوله: "تقيم البينة" فإنها تقبل منها لأن الزوج يتفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع، ثم علمت. (ع)

(٣) قوله: "على الطلقات الثلاث" إنما قيد بالثلاث لأن فيما دون الثلاث يمكن للزوج إقامة البينة أنه تزوجها بعد الطلاق الذى أثبتها المرأة بيومين أو يوم، فالمرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامتهما البينة على ما ادعيا. (ن)

(٤) فإنها تقبل منه لاستبداد سيده بالتحرير.

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) بيد رجل، وأنكر المدعى عليه. (ع)

(٧) لرجل.

(٨) أى المدعى عليه على المدعى.

(٩) أى الذى فى يده الدار.

(١٠) أى من الدار.

(١١) المدعى عليه.

(١٢) قوله: "لأن التوفيق غير ممكن" لأن المائة كانت واقعة بدلا عن كل الدار، والبدل ينقسم على أجزاء المبدل، فلما استحق بعض المبدل تعين الرجوع. (عينى)

(١٣) لأنه أخذ ذلك من البدل بغير حق. (عينى)

(١٤) أى بحصته.

(١٥) قوله: "على أن إلخ" وعلى أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح، لأن الدعوى المجهولة فى الدار ليست بصحيحة، حتى لو أقام البينة لا تقبل إلا إذا ادعى إقرار المدعى عليه بالحق، فحينئذ يصح الدعوى، وتقبل البينة. (نهاية)

فصل في بيع الفضولي[(١)]

قال[(٢)]: ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ. وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد[(٣)]، لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية، لأنها[(٤)] بالملك، أوبإذن المالك، وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية[(٥)].

ولنا: أنه تصرف تمليك[(٦)]، وقد صدر[(٧)] من أهله[(٨)] في محله[(٩)]، فوجب[(١٠)] القول بانعقاده، إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره[(١١)]، بل فيه نفعه[(١٢)] حيث يكفي[(١٣)] مؤنة[(١٤)] طلب المشترى، وقرار الثمن، وغيره[(١٥)]، وفيه نفع العاقد[(١٦)] لصون

---

(١) قوله: "فصل في بيع الفضولي إلخ" مناسبة هذا بباب الاستحقاق ظاهر، لأن بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق، لأن المستحق إنما يقول عند الدعوى هذا ملكي، ومن باعك إنما باعك بغير إذني، فهو عين بيع الفضولي، والفضولي بضم الفاء لا غير.

وفي "المغرب": الفضل الزيادة، وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل: فضول بلا فضل، ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه: فضولي، لأنه صار بالغلبة لهذا المعنى كالعلم، ولم يصر إلى الواحد في النسبة كما في أعرابي وأنصاري، وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بأصيل، ولا وكيل، وفتح الفاء خطأ. (نهاية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) البيع.

(٤) أي الولاية الشرعية. (ن)

(٥) وهي بالملك، أو بإذن المالك.

(٦) قوله: "تصرف تمليك [من إضافة العام إلى الخاص. نهاية]" ولم يقل: تمليك، لأن التمليك من غير المالك ليس بمتصور، وقيد التصرف بالتمليك احترازا عن تصرف هو إسقاط كالطلاق والعتاق. (عيني)

(٧) قوله: "وقد صدر من أهله" لأن التصرف كلام، والأهلية للكلام حقيقة بالتمييز، واعتباره شرعًا بالخطاب. (نهاية)

(٨) أي العاقل البالغ.

(٩) قوله: "في محله" فإن محل البيع المال المتقوم، وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم المالية والتقوم، ألا ترى أنه لو باع بإذن المالك يجوز، وما ليس بمحل لا يصير محلا بالإذن، ولو باعه المالك بنفسه جاز، والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكًا أو غير مالك. (نهاية)

(١٠) قوله: "فوجب القول إلخ" لأن الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع إلا لمانع، والمانع منتف، لأن المانع هو الضرر، ولا ضرر فيه للمالك إلخ. فإن قيل: سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصرفي الضرر بل عدم الملك مانع شرعًا لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»، وكذلك العجز عن التسليم، ألا ترى أن بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما.

فالجواب: أن قوله: لا تبع نهي عن البيع المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل هو البيع البات، فلا اتصال له بموضع النزاع، والقدرة على التسليم بعد الإجازة ثابت. (ع)

(١١) أي كونه مخيراً بين الإجازة والفسخ.

(١٢) المالك.

كلامه عن الإلغاء، وفيه نفع المشترى[١]، فثبت القدرة الشرعية[٢] تحصيلا لهذه الوجوه كيف[٣]؟ وإن[٤] الإذن ثابت[٥] دلالة، لأن العاقل يأذن فى التصرف النافع.

قال[٦]: وله[٧] الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيًا، والمتعاقدان[٨] بحالهما[٩]؛ لأن الإجازة تصرف[١٠] فى العقد، فلا بد من قيامه، وذلك[١١] بقيام العاقدين والمعقود عليه. وإذا أجاز[١٢] المالك كان الثمن مملوكًا له[١٣] أمانة فى يده[١٤] بمنزلة الوكيل[١٥]، لأن الإجازة[١٦] اللاحقة[١٧] بمنزلة[١٨] الوكالة[١٩] السابقة[٢٠]، وللفضولى[٢١] أن

---

(١٣) كفاه مؤنة كفاية كار گزارى كرد او را. (من)

(١٤) المشقة.

(١٥) وهو حقوق العقد، فإنها لا ترجع إلى المالك لمؤنة طلب الوكيل عند العجز. (ك)

(١٦) الفضولى.

(١) لأنه أقدم عليه طائعًا، ولو لم يكن فيه نفع، لما أقدم عليه. (ك)

(٢) قوله: "فثبت إلخ" جواب عن قول الشافعى رحمه الله: ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية، أى ثبت القدرة الشرعية، وهو التصرف الذى ينعقد به العقد تحصيلا لهذه الوجوه، أى لأجل تحصيل هذه الوجوه، وهى كفاية مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن ونفع العاقدين لصون كلامهما عن الإلغاء. (عينى)

(٣) أى كيف لا يكون العقد منعقداً، جواب عن قول الشافعى رحمه الله: إن الولاية بالإذن، أو بالملك ولم يوجدا.

(٤) الواو حالية.

(٥) فى حق الانعقاد.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) أى للمالك.

(٨) الفضولى والمشترى.

(٩) أى مع أهليتهما.

(١٠) من التوقف إلى النفاذ البات.

(١١) أى قيام العقد.

(١٢) البيع.

(١٣) المالك.

(١٤) الفضولى.

(١٥) فإن الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن فهو أمانة فى يده.

(١٦) أى فى بيع الفضولى.

(١٧) أى بعد البيع.

(١٨) قوله: "بمنزلة إلخ" من حيث إن كل واحدة منهما تثبت الحكم، أو من حيث إن كل واحدة منهما رافعة للمانع. (ك)

يفسخ[١] قبل الإجازة[٢] دفعًا للحقوق[٣] عن نفسه، بخلاف الفضولي في النكاح[٤]، لأنه معبر محض[٥]. هذا[٦] إذا كان الثمن دينًا[٧]، فإن كان[٨] عرضًا معينًا إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقيًا أيضًا، ثم الإجازة إجازة نقد[٩]، لا إجازة عقد، حتى يكون العرض الثمن مملوكًا للفضولي، وعليه مثل المبيع إن كان مثليًا، أو قيمته إن لم يكن مثليًا[١٠]، لأنه شراء من وجه[١١]، والشراء لا يتوقف على الإجازة[١٢]. ولو هلك[١٣] المالك لا ينفذ[١٤] بإجازة الوارث[١٥] في الفصلين[١٦]،

---

(١٩) أي في البيع بالوكالة.

(٢٠) أي على البيع.

(٢١) في البيع.

(١) البيع.

(٢) أي إجازة المالك.

(٣) والضرر.

(٤) قوله: "بخلاف الفضولي في النكاح" حيث لا يجوز له أن يفسخه قبل إجازة الموقوف له، أو فسخه، لأن الحقوق لا ترجع إليه، لأنه معبر محض وسفير، فإذا عبر انتهى أمره، فصار بمنزلة الأجنبي، بخلاف الفضولي في البيع لأنه لا ينتهي أمره بالبيع؛ لما ذكرنا أن الحقوق ترجع إليه. (عيني)

(٥) قوله: "لأنه معبر محض" فليس له الفسخ بالقول، وله أن يفسخ بالفعل بأن زوج رجلا امرأة برضاها، فقبل إجازة الزوج زوجه أختها كان نقضًا للنكاح الأول. (ك)

(٦) أي اشتراط بقاء المعقود عليه والمتعاقدين.

(٧) قوله: "دينًا" كالدراهم والدنانير، والفلوس، والكيلي، والوزني الموصوف بغير عينه. (نهاية)

(٨) الثمن.

(٩) قوله: "ثم الإجازة إلخ" أي الإجازة فيما إذا كان الثمن عرضًا معينًا من المالك إجازة أن ينقد الفضولي الثمن من مال المالك لا إجازة عقد موقوف، فإن العقد في هذه الصورة وقع لازمًا على الفضولي، ونافذًا من غير إجازة المالك. (نهاية)

(١٠) البيع بالعرض.

(١١) قوله: "لأنه شراء إلخ" أي الثمن إذا كان عرضًا كان الفضولي مشتريًا بالعرض من وجه، والشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذًا على العاقد، وههنا وجد نفاذًا على العاقد، لأن العاقد من أهله غير أنه صار نافذًا مال غيره بغير إذنه في عقده لنفسه، فإذا أجازه صاحبه كان مخيرًا للنقد. (ن)

(١٢) قوله: "والشراء إلخ" أي شراء الفضولي لا يتوقف على إجازة من اشترى له أي إذا وجد نفاذًا على العاقد، وأما لو لم يجد نفاذًا على العاقد فإنه يتوقف على إجازة من اشترى له كالصبي المحجور، والعبد المحجور إذا اشتريا لغيرهما وأضافا العقد إلى أنفسهما فإنه يتوقف على الإجازة. (ك)

(١٣) أي مات قبل الإجازة.

(١٤) البيع.

(١٥) بل ينفسخ.

لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه[(١)]، فلا يجوز بإجازة غيره[(٢)]، ولو أجاز[(٣)] المالك فى حياته[(٤)]، ولا يعلم حال المبيع[(٥)] جاز البيع فى قول أبى يوسف رحمه الله أولا، وهو قول محمد رحمه الله، لأن الأصل بقاءه[(٦)]، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه[(٧)] عند الإجازة، لأن الشك[(٨)] وقع فى شرط الإجازة[(٩)]، فلا يثبت[(١٠)] مع الشك.

قال[(١١)]: ومن غصب عبداً[(١٢)]، فباعه[(١٣)]، وأعتقه المشترى، ثم أجاز المولى البيع[(١٤)] فالعتق جائز استحساناً، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: لا يجوز[(١٥)]، لأنه لا عتق بدون الملك، قال عليه

---

(١٦) أى فيما إذا كان الثمن ديناً أو عرضاً. (ك)

(١) قوله: "لأنه توقف [بيع الفضولى] إلخ" فإن قيل: يشكل بالأمة إذا تزوجت بغير إذن مولاها، ثم مات المولى فإنه ينفذ بإجازة الوارث إذ لم يحل له وطءها. قلنا: الأمة تصرفت بأهليتها لأنها باقية على أصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية، والنكاح من خواصها، وإنما يتوقف على إجازة المالك كيلا يتضرر المالك، والوارث مالك كالمورث، ولم يثبت له ملك بات ليبطل الملك الموقوف. (ك)

(٢) قوله: "فلا يجوز إلخ" لأن الإجازة عبارة عن اختيار العقد الذى باشره الفضولى والاختيار لا يحتمل النقل لأنه لا يتصور فى الأعراض. (عينى)

(٣) البيع.

(٤) ثم مات.

(٥) أباقٍ أم لا؟

(٦) المبيع.

(٧) المبيع.

(٨) قوله: "لأن الشك إلخ: فإن قيل: الشك هو ما استوى طرفاه، وههنا طرف البقاء راجح إذ الأصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل، وههنا لم يتيقن. أجيب: بأن الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة، ونحن ههنا نحتاج إلى ثبوت الملك فى المعقود عليه لمن وقع له الشراء، فلا يصلح فيه حجة. (ع)

(٩) وهو بقاء المبيع.

(١٠) الإجازة.

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٢) قوله: "ومن غصب إلخ" قيل: جرت المحاورة فى هذه المسألة بين أبى يوسف ومحمد رحمه الله حين عرض عليه الكتاب، قال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبى حنيفة أن العتق جائز، وإنما رويت أن العتق باطل، قال محمد رحمه الله: بل رويت أن العتق جائز. (ع)

(١٣) من رجل.

(١٤) السابق الموقوف.

(١٥) العتق قياساً.

السلام[١]: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»*، والموقوف[٢] لا يفيد الملك[٣]، ولو ثبت في الآخرة[٤] يثبت مستنداً[٥]، وهو[٦] ثابت من وجه دون وجه، والمصحح للإعتاق الملك الكامل[٧] لما روينا[٨]، ولهذا[٩] لا يصح أن يعتق الغاصب[١٠]، ثم يؤدي الضمان، ولا[١١] أن يعتق المشتري[١٢] والخيار[١٣] للبائع، ثم يخير البائع ذلك[١٤]، وكذا لا يصح بيع المشتري[١٥] من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه[١٦] أسرع[١٧] نفاذًا، حتى نفذ[١٨] من الغاصب إذا أدى[١٩] الضمان، وكذا لا يصح[٢٠] إعتاق

---

(١) قوله: "قال عليه السلام إلخ" أخرجه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٤، والدراية ج٢ تحت الحديث ٧٩٨ في بدء باب الاستحقاق وباب السلم ص١٥٨. (نعيم)

(٢) أي البيع الموقوف نفاذه على إجازة المالك.

(٣) في الحال.

(٤) بفتحتين مرادف آخر أي حين إجازة المالك. (م)

(٥) إلى السبب السابق وهو بيع الغاصب.

(٦) أي الملك الثابت بطريق الاستناد.

(٧) قوله: "الملك الكامل" ولا يشكل بالمكاتب فإن إعتاقه جائز، وليس المك فيه كاملا، لأن محل العتق هو الرقبة والملك فيهما كامل فيه. (ع)

(٨) قوله: "لما روينا [من الحديث]" من النص المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل. (مل)

(٩) أي الضرورة الملك الكامل للعتق.

(١٠) قوله: "لايصح أن يعتق [عبداً] إلخ" يعني أن الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري ههنا حتى ينفذ بيعه، ولا ينفذ بيع المشتري منه، ثم لم ينفذ عتقه عند أداء الضمان، فأولى أن لا ينفذ عتق من تلقى الملك من جانبه. (ك)

(١١) لا يصح.

(١٢) قوله: "ولا أن يعتق إلخ" بل هذا أولى، فإن البيع بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف. (مل)

(١٣) الواو حالية.

(١٤) البيع.

(١٥) قوله: "وكذا لا يصح إلخ" أي المشتري من الغاصب إذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني، فكذلك إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذًا من العتق، ألا ترى أن الغاصب إذا باع، ثم أدى الضمان نفذ بيعه، ولو أعتق، ثم ضمن لم ينفذ عتقه، فإذا لم يصح ما هو أسرع نفاذًا، فلأن لا ينفذ غيره أولى. (ع)

(١٦) البيع.

(١٧) من العتق.

المشترى من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان.

ولهما: أن الملك[١] ثبت موقوفًا[٢] بتصرف مطلق[٣] موضوع لإفادة الملك[٤]، ولا ضرر فيه على ما مر[٥]، فيتوقف الإعتاق مرتبًا عليه، وينفذ[٦] بنفاذه[٧]، وصار[٨] كإعتاق المشترى من الراهن[٩]، وكإعتاق الوارث عبدًا من التركة، و[١٠]هى[١١] مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى[١٢] الديون بعد ذلك[١٣] بخلاف[١٤] إعتاق الغاصب بنفسه[١٥]، لأن الغصب[١٦] غير موضوع لإفادة الملك، وبخلاف ما إذا كان فى البيع[١٧] خيار للبائع، لأنه[١٨] ليس بمطلق، وقران الشرط[١٩]

---

(١٨) البيع.

(١٩) الغاصب.

(٢٠) فينبغى أن لا يصح إعتاق المشترى من الغاصب فى فصل الإجازة أيضًا.

(١) أى ملك المشترى من الغاصب.

(٢) أى على إجازة المالك.

(٣) احتراز عن البيع بشرط الخيار. (ك)

(٤) قوله: "موضوع إلخ" احتراز عن الغصب لأن الغصب ليس بموضوع لإفادة الملك. (ك)

(٥) إشارة إلى قوله: ولنا أنه تصرف تمليك إلخ.

(٦) الإعتاق.

(٧) بإجازة المالك.

(٨) أى إعتاق المشترى من الغاصب.

(٩) قوله: "كإعتاق إلخ" أى اشتراه من الراهن بلا إجازة المرتهن، فأعتقه، ثم أجازه المرتهن ينفذ العتق. كذا ههنا، والجامع إعتاق فى بيع موقوف. (مل)

(١٠) الواو حالية.

(١١) أى التركة.

(١٢) الوارث.

(١٣) الإعتاق.

(١٤) شروع فى الجواب عن المسائل المذكورة لمحمد رحمه الله.

(١٥) قوله: "إعتاق إلخ" يعنى أن الغاصب أعتق، ثم ضمن القيمة لا ينفذ عتقه، لأن الغصب إلخ. (مل)

(١٦) قوله: "لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك" لكونه عدوانًا محضًا، وإنما يثبت الملك به ضرورة عند أداء الضمان كيلا يجتمع فى ملك واحد بدلان، فلم يكن الغصب فى الحال سبب الملك ليتوقف الملك، ويتوقف العتق حكمًا له بل هو بمعرض أن يصير سببا عند أداء الضمان، والعتق وجد قبله. (ك)

(١٧) قوله: "وبخلاف إلخ" جواب عن المسألة الثانية، فإن البيع بالخيار ليس بمطلق، فالسبب فيه غير تام، فإن قوله: على أنى بالخيار مقرون بالعقد، فصار قران الشرط بالعقد يمنع كونه سببًا قبل وجود الشرط، فينعقد به أصل العقد، ولكن يكون فى حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله. (ع)

به[١] يمنع انعقاده[٢] في حق الحكم[٣] أصلا، وبخلاف المشترى[٤] من الغاصب إذا باع، لأن بالإجازة[٥] يثبت للبائع ملك بات[٦]، فإذا طرأ على ملك موقوف[٧] لغيره أبطله[٨]، وأما[٩] إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشترى منه[١٠]، كذا ذكره هلال رحمه الله[١١]، وهو الأصح[١٢].

قال[١٣]: فإن قطعت[١٤] يد العبد، فأخذ[١٥] أرشها[١٦]، ثم أجاز[١٧] البيع

---

(١٨) أى لأن هذا البيع.

(١٩) أى شرط الخيار.

(١) أى بهذا البيع.

(٢) قوله: "يمنع انعقاده إلخ" فكان الملك معدومًا لوجود الخيار المانع منه، فلم يصادف الإعتاق محلا مملوكًا للمشترى، فيلغو، وههنا البيع مطلق، والأصل فى الأسباب المطلقة أن تعمل فى حق الحكم بلا تراخ، والتراخى إنما ثبت ههنا لضرورة دفع الضرر، ولا ضرر فى توقف الملك والإعتاق، فوجب القول بإظهار السبب فى حقه، ونعنى بتوقف الملك أنه موجود فى حق الأحكام التى لا يتضرر المالك بها، وغير موجود فى حق الأحكام التى يتضرر المالك بها. (ك)

(٣) أى الملك.

(٤) جواب عن المسألة الثالثة. (عناية)

(٥) قوله: "لأن بالإجازة" أى وإجازة البيع الأول يثبت للبائع، وهو المشترى من الغاصب ملك بات، أى من كل وجه، فإذا طرأ، أى الملك البات على ملك موقوف لغيره، أى لغير المشترى من الغاصب، وهو المشترى من المشترى من الغاصب أبطله، أى أبطل الملك الموقوف لغيره، لأنه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف فى محل واحد، والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الإجازة. (عينى)

(٦) مستقل قطعى، بات: منقطع، ومنه طلاق بات، وبيع بات. (من)

(٧) قوله: "فإذا طرأ [أى الملك البات] إلخ" فإن قيل يشكل على هذا الأصل ما إذا باع الغاصب، ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزًا، وإن طرأ الملك البات الذى يثبت الغاصب بأداء الضمان على الملك المشترى الذى اشترى منه، وهو موقوف. قلنا: إن ثبوت الملك للغاصب ضرورى، لأن الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه، فلم يظهر فى حق إبطال ملك المشترى. (ك)

(٨) أى أبطل الملك البات الملك الموقوف.

(٩) جواب عن المسألة الرابعة.

(١٠) الغاصب.

(١١) قوله: "كذا ذكره هلال رحمه الله" أى فى كتاب الوقف، فقال: ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان، فالعتق أولى، وبعد التسليم هناك يملك المشترى من جهة الغاصب، والمستند للغاصب حكم الملك لا حقيقته، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة، وحكم الملك يكفى لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب فى كسبه، ولهذا لم ينفذ إعتاق الغاصب، فكذا إعتاق من تلقى الملك من جهته، وههنا إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المجيز، والمجيز كان مالكًا له حقيقة، فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشترى من وقت العقد، فلهذا نفذ عتقه. (ك)

(١٢) قوله: "وهو الأصح" لأن ملك المشترى يثبت بسبب مطلق وهو الشراء، فاحتمل العتق عند الإجازة بخلاف الغاصب، لأنه ملك بالغصب، وهو سبب ضرورى لا مطلق، فكان الملك ناقصًا كملك المكاتب. (مل)

فالأرش للمشترى؛ لأن الملك[1] تم[2] له[3] من وقت الشراء، فتبين[4] أن القطع[5] حصل على ملكه، وهذه[6] حجة على محمد رحمه الله، والعذر له[7] أن الملك من وجه يكفى لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده، وأخذ[8] الأرش، ثم رد[9] فى الرق يكون الأرش للمولى، وكذا إذا قطعت يد المشترى فى يد المشترى والخيار للبائع، ثم أجيز البيع فالأرش للمشترى[10]، بخلاف الإعتاق[11] على ما مر[12]، ويتصدق[13] بما زاد[14] على نصف الثمن، لأنه[15] لم يدخل فى ضمانه[16] أو فيه شبهة

(١٣) أى محمد. (عينى)

(١٤) أى فى يد المشترى من الغاصب.

(١٥) أى المشترى من الغاصب.

(١٦) يد، أرش –بالفتح– ديت جراحت. (م)

(١٧) المولى.

(١) للمشترى.

(٢) بالإجازة.

(٣) قوله: "تم له [أى للمشترى] إلخ" فإن سبب الملك وهو البيع كان تامًا فى نفسه، ولكن امتنع ثبوت الملك لمانع، وهو حق المغصوب منه، فإذا ارتفع يثبت من وقت السبب، لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء. (نهاية)

(٤) بالاستناد. (ن)

(٥) أى قطع اليد.

(٦) قوله: "وهذه" أى المسألة، أى كون الأرش على المشترى حجة على محمد رحمه الله فى عدم تجويز الإعتاق فى الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشترى شيء من الملك لما كان له الأرش عند الإجازة كما فى الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان. (ع)

(٧) أى الجواب لمحمد رحمه الله عن هذه الحجة أن إلخ.

(٨) المولى.

(٩) بالعجز عن المال.

(١٠) لثبوت الملك من وجه. (ع)

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" متعلق بقوله: أن الملك من وجه يكفى لاستحقاق الإرث، يعنى أن إعتاق المشترى من الغاصب بعد الإجازة لا يصح. (ع)

(١٢) من أن المصحح للإعتاق هو الملك الكامل. (ع)

(١٣) المشترى من الغاصب.

(١٤) من الأرش. (ك)

(١٥) العبد.

(١٦) قوله: "لأنه لم يدخل فى ضمانه [مشترى]" أى إن كان القطع قبل القبض، لأن المبيع إذا لم يكن مقبوض المشترى لا يكون فى ضمانه، فيكون ربح ما لم يضمن. (ك)

عدم الملك[١].

قال[٢]: فإن باعه المشترى[٣] من آخر، ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثانى لما ذكرنا[٤]، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة فى البيع الأول[٥]، والبيع يفسد به[٦]، بخلاف الإعتاق[٧] عندهما[٨]، لأنه لا يؤثر فيه الغرر[٩]. قال[١٠]: فإن لم يبعه المشترى[١١]، فمات فى يده أو قتل، ثم أجاز[١٢] البيع[١٣] لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه، وقد فات[١٤] بالموت، وكذا بالقتل إذ لا يمكن[١٥] إيجاب البدل[١٦] للمشترى بالقتل حتى يعد باقيًا

(١) قوله: "أو فيه شبهة عدم الملك" أى إذا كان القطع بعد القبض، لأن الملك غير موجود حقيقة وقت القطع، وإنما يثبت بطريق الاستناد، وكان ثابتًا من وجه دون وجه، فلا يطيب له الربح الحاصل به. (كفاية)

(٢) أى محمد. (عينى)

(٣) من الغاصب.

(٤) قوله: "لما ذكرنا" من أن الملك البات، إذا طرأ على ملك موقوف أبطله كما لو اشتراه الغاصب أو اتّهبه يبطل بيعه، بخلاف ما لو أدى الضمان بعد البيع حيث نفذ بيعه، لأن بأداء الضمان يثبت الملك من وقت الغصب فلا يكون طارئًا. (ك)

(٥) قوله: "ولأن فيه [أى فى البيع الثانى] غرر الانفساخ" إذ نفاذ هذا البيع يتعلق بنفاذ الأول، ونفاذ الأول معلق بإجازة المالك، وهو ربما يجيز العقد الأول، وربما لا يجيز، فإن أجاز نفذ العقد الثانى، وإلا لا ينفذ، فيتعلق نفاذه بما فيه خطر، فيمتنع الجواز.

(٦) قوله: "والبيع يفسد به إلخ" فإن قيل: فى البيع الأول أيضًا غرر الانفساخ، ومع هذا ينعقد جائزًا، قلت: فيه غرر الفسخ دون الإنفساخ، والمفسد غرر الانفساخ دون الفسخ، فإن البيع بشرط الخيار جائز مع غرر الفسخ. (مل)

(٧) حيث ينفذ إعتاق المشترى من الغاصب بعد الإجازة.

(٨) الشيخين.

(٩) قوله: "لا يؤثر فيه [أى فى الإعتاق] الغرر" ولهذا يجوز إعتاق المبيع قبل القبض، وبيعه لا يجوز، لأن فيه غرر الانفساخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض. (ك)

(١٠) قوله: "قال" أى المصنف، فإن محمدا لم يذكر هذه المسألة فى "الجامع الصغير"، وإنما ذكرها شراحه، فأورده المصنف تبعًا لهم على سبيل التفريع. (عينى)

(١١) من الغاصب. (عناية)

(١٢) المالك.

(١٣) أى بيع الغاصب. (عناية)

(١٤) المعقود عليه.

(١٥) أى يمتنع.

(١٦) القيمة.

ببقاء البدل، لأنه لا ملك للمشترى[١] عند القتل ملكًا يقابل بالبدل، فيتحقق الفوات، بخلاف البيع الصحيح[٢]، لأن ملك المشترى ثابت، فأمكن إيجاب البدل[٣] له[٤]، فيكون المبيع[٥] قائمًا بقيام خلفه[٦].

قال[٧]: ومن باع عبد غيره بغير أمره[٨]، وأقام المشترى البينة على إقرار البائع، أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع، وأراد[٩] ردّ البيع لم تقبل بينته للتناقض فى الدعوى، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه[١٠] بصحته[١١]، والبينة مبنية على صحة الدعوى. وإن أقر البائع بذلك[١٢] عند القاضى[١٣] بطل البيع إن طلب المشترى ذلك[١٤]، لأن التناقض[١٥] لا يمنع صحة الإقرار[١٦]، فللمشترى أن يساعده[١٧] على ذلك[١٨]، فيتحقق الإنفاق بينهما[١٩]، فلهذا شرط طلب[٢٠] المشترى[٢١].

---

(١) لأن ملكه ملك موقوف. (ع)

(٢) ففى البيع الصحيح إذا قتل العبد قبل القبض يمكن إيجاب البدل للمشترى.

(٣) القيمة.

(٤) أى للمشترى.

(٥) قوله: "فيكون المبيع إلخ" يعنى إذا قتل المبيع فى يد البائع كان البيع باقيًا على بدله، وهو قيمته، ويخير المشترى، فيكون البدل للمشترى على تقدير الإجازة. (ن)

(٦) هو القيمة. (ع)

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) أى قال المشترى: أرد البيع لأنك بعتنى بغير أمر صاحبه، فأقام إلخ.

(٩) المشترى.

(١٠) أى من المشترى.

(١١) قوله: "بصحته [بأن البائع مأذون]" ثم دعواه بعد ذلك أنه باع بغير أمره دليل على عدم صحة الشراء. (عناية)

قوله: "بصحته" أى بأن الشراء صحيح، وأن المبيع ملك البائع.

(١٢) أى بعدم أمر رب العبد. (ن)

(١٣) قوله: "عند القاضى" إنما قيد بقوله: عند القاضى، لأن إقراره إنما يثبت عند القاضى إذا أقر عنده، لأنه لا يسمع البينة عليه للتناقض فى الدعوى. (ك)

(١٤) أى بطلان البيع.

(١٥) فى الدعوى.

(١٦) من المدعى عليه؛ لأن الإقرار حجة قاصرة لا تتعدى إلى الغير.

(١٧) البائع.

(١٨) الإقرار.

قال[١]: وذكر في "الزيادات"[٢]: أن المشترى إذا صدق مدعيه[٣]، ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه[٤] للمستحق تقبل[٥]، وفرقوا[٦] أن العبد في هذه المسألة[٧] في يد المشترى[٨]، وفي تلك المسألة[٩] في يد غيره[١٠]، وهو المستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالمًا للمشترى.

قال[١١]: ومن[١٢] باع دار الرجل[١٣]، وأدخلها[١٤] المشترى في بناءه لم يضمن[١٥] البائع[١٦] عند أبي حنيفة رحمه الله، وهوقول أبي يوسف رحمه الله

---

(١٩) بين البائع والمشترى.

(٢٠) أي للرد.

(٢١) حتى يكون نقضًا باتفاقهما.

(١) أي المصنف.

(٢) في الباب الثالث من الكتاب على ترتيب محمد رحمه الله. (مل)

(٣) قوله: "إذا صدق إلخ" أي ادعى رجل على المشترى بأن ذلك العبد له، وصدقه المشترى في ذلك، ثم أقام على البائع البينة أنه أقر أن المبيع للمستحق تقبل وإن كان متناقضًا في دعواه. (نهاية)

(٤) المبيع.

(٥) البينة.

(٦) قوله: "وفرقوا [أي المشايخ بين روايتى الكتاب و "الزيادات"] إلخ" قيل: في هذا الفرق نظر لأن وضع المسألة في الزيادات أيضًا في أن العبد في يد المشترى، ولئن سلمنا أنه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى. ويجاب عنه بأن المشترى غير متناقض من كل وجه، لأنه لا ينكر العقد أصلا، ولا ملك الثمن للبائع، فإن بيع مال الغير منعقد، وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد، وهو الصحة، واللزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر، فكان متناقضا من وجه دون وجه، فجعلناه متناقضا في الفصل الأول، لأنه لا يفيد فائدة الرجوع دون الفصل الثاني، لأنه يفيد فائدة الرجوع بالثمن بعدم سلامته، لكونه في يد غيره، فكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الإمكان، فصرنا إليه. (عناية)

(٧) أي مسألة "الجامع الصغير" وهي مسألة الكتاب.

(٨) قوله: "في يد المشترى" فيكون العبد سالمًا له، فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له إذ شرط الرجوع بالثمن عدمها. (نهاية)

(٩) أي مسألة "الزيادات".

(١٠) قوله: "في يد غيره" فلا يكون المبيع سالمًا للمشترى، فيثبت له حق الرجوع، لأنه وجد شرطه. (ن)

(١١) أي محمد. (عيني)

(١٢) قوله: "ومن باع إلخ" معنى المسألة: إذا باعها، ثم اعترف بالغصب، وكذبه المشترى إذ لو صدقه يؤمر بقطع البناء. (مل)

(١٣) بغير أمره. (ع)

(١٤) قوله: "وأدخلها إلخ" قيل: يعني قبضها، وإنما قيد بالإدخال في البناء اتفاقًا. (ع)

(١٥) أي قيمة الدار.

آخرًا، وكان يقول[1] أولا: يضمن البائع، وهو قول محمد رحمه الله، وهى مسألة غصب العقار، وسنبينه فى الغصب إن شاء الله تعالى، والله أعلم بالصواب.

باب السلم[2]

السلم عقد مشروع بالكتاب، وهو آية المداينة[3]، فقد قال ابن عباس[4]: أشهد أن الله تعالى أحل السلف[5] المضمون[6]، وأنزل[7] فيها[8] أطول آية فى كتابه*، وتلا قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم[9] بدين إلى أجل مسمّى[10] فاكتبوه﴾ الآية. وبالسنة، وهو ما روى**: «أنه عليه السلام نهى عن بيع[11] ما ليس عند الإنسان[12]»، ورخص[13] فى السلم، والقياس وإن[14] كان

---

(١٦) للمالك.

(١) أبو يوسف رحمه الله.

(٢) قوله: "باب السلم" لما فرغ من أنواع البيع التى لا يشترط فيها قبض العوضين، أو أحدهما شرع فى بيان ما يشترط فيه ذلك، وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين، فهو بمنزلة المفرد من المركب، وهو فى اللغة عبارة عن نوع بيع يتعجل فيه الثمن، وفى اصطلاح الفقهاء قيل: هو أخذ عاجل بآجل، ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى، وليس بسلم، ولو قيل: بيع آجل بعاجل لاندفع الرد.
وركنه: الإيجاب والقبول، بأن يقول رب السلم لآخر: أسلمت إليك عشرة دراهم فى كر حنطة، فقال الآخر: قبلت، ويصح بلفظ البيع بأن يقول: اشتريت منك كر بر صفته كذا بكذا إلى كذا على أن توفيه فى مكان كذا، ويسمى المشترى رب السلم، والآخر المسلم إليه، والحنطة المسلم فيه والثمن رأس المال، ولو صدر الإيجاب من المسلم إليه، والقبول من رب السلم صح. (مل)

(٣) يقال: داينت الرجل إذا عاملته بدين معطيًا أو آخذًا.

(٤) قوله: "فقد قال ابن عباس: أشهد إلخ" رواه الحاكم في "المستدرك" فى تفسير سورة البقرة عن ابن عباس قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحل الله له فى الكتاب، وأذن فيه، قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين﴾، الآية، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، انتهى. (ت)

(٥) قيل: السلم والسلف بمعنى. (ك)

(٦) قوله: "السلف المضمون" أى السلم الموجب فى الذمة، وقوله: المضمون صفة مقررة لما أن المسلم فيه يجب فى ذمة المسلم إليه لا محالة. (نهاية)

(٧) الله.

(٨) أى فى السلف على تأويل المداينة. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٤، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٩ ص١٥٨. (نعيم)

(٩) أى إذا تعاطيتم. (ع)

(١٠) معلوم.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٤٥، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٠ ص١٥٩. (نعيم)

(١١) قوله: "نهى عن بيع إلخ" قلت غريب بهذا اللفظ، وقوله: رخص السلم هو من تمام الحديث لا من

يأباه[١]، ولكنا تركناه[٢] بما رويناه[٣]، ووجه القياس أنه بيع المعدوم[٤]، إذ المبيع هو المسلم فيه. قال[٥]: وهو جائز فى المكيلات والموزونات؛ لقوله عليه السلام: «من أسلم[٦] منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»*، والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير[٧]، لأنهما أثمان، والمسلم فيه لا بد[٨] أن يكون مثمنًا[٩]، فلا يصح السلم فيهما[١٠]، ثم قيل[١١]: يكون باطلا، وقيل: ينعقد بيعًا بثمن مؤجل[١٢]، تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان[١٣]، والعبرة فى العقود

كلام المصنف، والذى يظهر أن هذا حديث مركب فحديث النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك»، انتهى، قال الترمذى: حديث حسن صحيح. وأما الرخصة فى السلم فأخرج البخارى عن عبد الله بن أبى أوفى قال: إنا كنا لنسلف على عهد رسول الله ﷺ، وأبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب. (ت)

(١٢) أى ليس فى ملكه.

(١٣) النبى ﷺ.

(١٤) الواو وصلية.

(١) الجواز.

(٢) القياس.

(٣) من الحديث.

(٤) قوله: "أنه بيع المعدوم إلخ" أى المسلم فيه مبيع، وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك، أو مملوك غير مقدور التسليم لا يصح، فبيع المعدوم أحق. (ك)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "من أسلم" قلت: أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن أبى المنهال قال: سمعت ابن عباس يقول: قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين، والثلاث، فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من أسلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٦، والدراية ج٢، الحديث ٨٠١ ص١٥٩. (نعيم)

(٧) كالحديد.

(٨) لأنه مبيع.

(٩) مبيعًا يتعين بالتعيين.

(١٠) صورته أن يسلم عشرة أذرع من الكرباس وغيره فى عشرة دراهم أو دنانير.

(١١) قال عيسى بن أبان. (نهاية)

(١٢) قوله: "وقيل [قال أبو بكر الأعمش. نهاية]: ينعقد إلخ" هذا الاختلاف فيما إذا أسلم حنطة أو غيرها من العروض فى الدراهم والدنانير ليمكن أن يجعل بيع الحنطة بدراهم مؤجلة بناءً على أنهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم، وأما إذا كان كلاهما من الأثمان، فإنه لا يجوز بالإجماع لأنها لا تكون مثمنًا. (ع)

(١٣) وهو واجب بقدر الإمكان. (نهاية)

للمعانى[١]، والأول أصح، لأن التصحيح[٢] إنما يجب فى محل[٣] أوجبا[٤] العقد فيه، ولا يمكن ذلك[٥]. قال[٦]: وكذا فى المذروعات[٧]، لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع[٨]، والصفة[٩] والصنعة[١٠] ولا بد منها[١١] لترتفع[١٢] الجهالة، فيتحقق شرط صحة السلم، وكذا[١٣] فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض[١٤]، لأن العددى المتقارب[١٥] معلوم[١٦] مضبوط الوصف مقدور التسليم، فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير سواء[١٧] باصطلاح الناس[١٨] على إهدار التفاوت، بخلاف البطيخ والرمان، لأنه يتفاوت آحاده تفاوتًا فاحشًا[١٩]، وبتفاوت الآحاد[٢٠] فى المالية يعرف

(١) لا للألفاظ.

(٢) أى تصحيح العقد.

(٣) أى الدراهم والدنانير.

(٤) أى المتعاقدان.

(٥) قوله: "ولا يمكن ذلك" لأن الدراهم والدنانير قط لا تكونان بيعًا، لأنهما خلقتا ثمنًا، والمسلم فيه مبيع.(ب)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "وكذا [يجوز السلم] فى المذروعات [وهى الثياب والحصر والبوارى. ن] إلخ" فإن قيل: ينبغى أن لا يجوز السلم فى المذروعات، لأن السلم يثبت بخلاف القياس، لأنه بيع المعدوم والنص ورد فى الكيلى والوزنى، وهو قوله عليه السلام: «من أسلم منكم» الحديث.
قلنا: يلحق المذروعات بهما بدلالة النص لما أن قوله عليه السلام: «فليسلم فى كيل معلوم وزون معلوم». إنما اقتضى الجواز فى المكيل والموزون باعتبار إمكان التسوية فى التسليم على ما وصف فى المسلم فيه والتسوية كما يتحقق بالكيل، كذلك يتحقق بالذرع، فيجوز السلم فى المذروعات بطريق الدلالة. (ك)

(٨) طولا وعرضًا.

(٩) جيد أو ردىء.

(١٠) من الغلظة والرقة.

(١١) أى من هذه المذكورات وهى ذكر الأذرع والصفة والصنعة. (ن)

(١٢) والتفاوت اليسير بعده غير معتبر لأنها لا تفضى إلى المنازعة.

(١٣) يجوز السلم.

(١٤) بالفتح: تخمهاى مرغ جمع بيضة.

(١٥) هو ما لا يتفاوت آحاده بالقيمة ويضمن بالمثل.

(١٦) أى قدرًا.

(١٧) أى بعد أن كانا من جنس واحد.

(١٨) فإنك لا ترى جوزة بفلسين وجوزة بفلس.

(١٩) فإنك ترى بطيخًا بدرهم وبطّيخًا بدرهمين.

(٢٠) للعددى.

العددى المتفاوت[١]، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز[٢] فى بيض النعامة[٣]، لأنه يتفاوت آحاده فى المالية. ثم كما يجوز السلم فيها عدداً[٤] يجوز كيلا، وقال زفر رحمه الله: لا يجوز كيلا، لأنه عددى، وليس بمكيل، وعنه أنه لا يجوز عدداً أيضًا للتفاوت[٥]. ولنا: أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل، وإنما صار معدوداً بالاصطلاح، فيصير مكيلا باصطلاحهما[٦]، وكذا[٧] فى الفلوس عدداً، وقيل: هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله[٨]، وعند محمد رحمه الله لا يجوز، لأنها أثمان[٩]. ولهما: أن الثمنية فى حقهما[١٠] باصطلاحهما[١١]، فيبطل[١٢] باصطلاحهما، ولا تعود وزنيا[١٣]، وقد ذكرناه من قبل[١٤].

---

(١) كالبطيخ والرمان.

(٢) السلم.

(٣) شتر مرغ.

(٤) أى فى المعدودات المتقاربة.

(٥) فى الآحاد. (ع)

(٦) العاقدين.

(٧) يصح السلم.

(٨) قوله: "وقيل: هذا [الجواز] إلخ" هذا الخلاف مبنى على الخلاف فى بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما، ومن المشايخ من قال: جواز السلم فى الفلوس قول الكل، وهذا القائل يفرق لمحمد رحمه الله بين السلم والبيع، والفرق أن من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مبيعاً، وإقدامهما على السلم تضمن إبطال الاصطلاح فى حقهما فعاد ثمناً، أما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمناً، فإن بيع الأثمان كبيع الدراهم بالدراهم، وبيع الدينار بالدنانير جائز، فلا يتضمن إقدامهما على البيع إبطالا لذلك الاصطلاح فى حقهما، فبقى ثمناً كما كان، فلا يجوز بيع الواحد بالاثنين. (ك).

قوله: "وقيل: هذا" أى ذكر هذه المسألة فى "الجامع الصغير" مطلقًا من غير ذكر خلاف لأحد، وقيل: هذا إلخ. (عناية)

(٩) قوله: "لأنها [أى الفلوس] أثمان" ولا يجوز السلم فى الأثمان بالإجماع كما لو أسلم فى الدنانير والدراهم. (ن)

(١٠) العاقدين.

(١١) إذ لا ولاية للغير عليهما.

(١٢) فإذا بطلت الثمنية صارت مثمنًا يتعين بالتعيين، فجاز السلم. (عناية)

(١٣) قوله: "ولا تعود [أى فلوس أى بعد بطلان الثمنية] وزنيًا إلخ" جواب إشكال، وهوأن يقال: إذا خرج فى حقهما عن أن يكون ثمنًا كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين من صفر، وذا لا يجوز، فلم يكن فى إبطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد. قلنا: هما أعرضا عن اعتبار الثمنية فيها لا عن اعتبار صفة العد، وليس من ضرورة خروجها عن أن تكون ثمنًا فى حقهما خروجها عن أن تكون عددية، فهو عددى، وليس بثمن ولا بوزنى. (مل)

ولا يجوز السلم في الحيوان، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز، لأنه[١] يصير معلومًا ببيان الجنس[٢] والسن[٣]، والنوع[٤]، والصفة[٥]، والتفاوت بعد ذلك[٦] يسير، فأشبه الثياب[٧]. ولنا: أن بعد ذكر ما ذكر[٨] يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة[٩]، فيفضي إلى المنازعة[١٠]، بخلاف الثياب[١١]، لأنه[١٢] مصنوع للعباد، فقلما يتفاوت الثوبان[١٣] إذا نسجا[١٤] على منوال[١٥] واحد، وقد صح[١٦] أن النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان[١٧]*، ويدخل فيه جميع

(١٤) في باب الربا.

(١) الحيوان.

(٢) نحو الإبل. (نهاية)

(٣) نحو الجذع والثني. (ن)

(٤) كالبختي والعربي. (ن)

(٥) كالسمين والهزال. (ن)

(٦) البيان.

(٧) قوله: "فأشبه الثياب" فإن فيها بعد ذكر الذرع والصفة والنوع لا يبقى إلا تفاوت يسير، فيجوز السلم فيها، كذا ههنا. (مل)

(٨) من بيان الجنس والسن والنوع والصفة.

(٩) قوله: "باعتبار المعنى الباطنة" كالصباحة، والملاحة والفصاحة، والخلق، والحسن، والذهن، والكياسة، فإنك ترى عبدين متفقين في الأوصاف المذكورة من الجنس والسن والصفة، ومع ذلك يساوي أحدهما ألفًا، والآخر ألفين، وقد يكون فرسان متساويين في الأوصاف المذكورة، ومع ذلك يزيد ثمن أحدهما زيادة فاحشة. (مل)

(١٠) المنافية لوضع الأسباب. (ع)

(١١) جواب عن قياس الشافعي.

(١٢) الثوب.

(١٣) قوله: "فقلما يتفاوت إلخ" فإذا اتحد الصانع والآلة اتحدا، لأن العبد إنما يصنع بالآلة ولا يتفاوت في المالية إلا قليلا، ولا يعتبر بذلك القدر، والحيوان صنع الله تعالى، وذلك يكون على ما يريده تعالى، فقد كان على وجه لا يوجد له نظير، وفي مثله لا يجوز السلم بالاتفاق. (عيني)

(١٤) بافتة شوند.

(١٥) قوله: "على منوال [هو في الأصل الخشب الذي يلف عليه الحائك الثوب. مل]" منوال – بالكسر– چوبيكه پارچه را وقت بافتن بران پيچند. (م)

(١٦) قوله: "وقد صح إلخ" قلت: أخرجه الحاكم في "المستدرك"، والدارقطني في "سننه" عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن السلف في الحيوان، انتهى، قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، انتهى. (ت)

أجناسه[١] حتى العصافير[٢]. قال[٣]: ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع[٤]، للتفاوت فيها[٥]، إذ هو[٦] عددي متفاوت[٧] لا مقدر لها.

قال[٨]: ولا في الجلود[٩] عدداً[١٠]، ولا في الحطب[١١] حزماً[١٢]، ولا في الرطبة[١٣] جرزاً[١٤] للتفاوت، إلا إذا عرف ذلك بأن يبين له[١٥] طول ما يشد به الحزمة أنه شبر، أو ذراع، فحينئذٍ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت[١٦].

(١٧) معلوماً أو كان غير معلوم.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٦، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٢ ص١٥٩. (نعيم)

(١) قوله: "ويدخل فيه [أي في قوله: في الحيوان] إلخ" جواب سؤال، بأن يقال: السلم في الحيوان إنما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس فيه، والتفاوت في العصافير غير معتبر بينهم، فينبغي أن يصح السلم فيها، فأجاب بأن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى، والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان. (ك)

(٢) قوله: "حتى العصافير" لا يقال: في كلام المصنف تسامح، لأن الدليل المذكور بقوله: ولنا منقوض بالعصافير، لأن ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم، وأما الدليل على ذلك فهو السنة. (عناية)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: والأكارع" في "المغرب": الكراع ما دون الركبة من الدواب جمعه الأكارع. (ن)

(٥) قوله: "للتفاوت فيها" فالتفاوت بين رأس ورأس، وكراع وكراع معتبر فيما بين الناس يماكسون فيه، أو أسلم فيه وزناً اختلفوا فيه. (ك)

(٦) أي كل واحد من الرأس والكراع.

(٧) في الصغر والكبر والسمن والهزال.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ولا في الجلود" أي جلود الإبل والبقر، والغنم، وقال مالك رحمه الله: يجوز، لأنه مقدور التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة، ولكنا نقول: الجلود لا توزن عادة، فلم يجز وزناً بالطريق الأولى، ولكنها تباع عددا، وهي عددية متفاوتة فيها الصغر والكبر، فلا يجوز السلم فيها لأنه مفض إلى المنازعة. (نهاية)

(١٠) وفي "الذخيرة" إن بين الجلود ضرباً معلوماً يجوز لانتفاء المنازعة. (عيني)

(١١) قوله: "ولا في الحطب [أي هيزم] حزماً" لأن هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه، وغلظه، فإن عرف يجوز، كذا في "المبسوط". (نهاية)

(١٢) بضم أول وفتح ثاني: هيزم وعلف جز آن. (م)

(١٣) سپست تركه علق اسپ باشد.

(١٤) قوله: "جرزاً [جرزه بند اسپست ومانند آن ويكمشت ازان. من]" جمع الجرزة –بتقديم الراء المهملة على الزاء المعجمة– هي القبض من القت ونحوه، والحرمة لأنها قطعة من الجرز وهو القطع، ومنها قوله: باع القت جرزاً، وما سواه تصحيف، كذا في "المغرب".

(١٥) أي للمسلم إليه.

(١٦) قوله: "لا يتفاوت [بأن يبين صفته أن الحطب مبلول أو مجفوف]" أي بالشد نحو العصا، أما إذا كان

قال[(١)] : ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل[(٢)] ، حتي لو كان منقطعًا[(٣)] عند العقد موجوداً عند المحل، أو على العكس[(٤)] ، أو منقطعاً[(٥)] فيما بين ذلك لا يجوز . وقال الشافعي رحمه الله : يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم[(٦)] حال وجوبه[(٧)] . ولنا قوله عليه السلام[(٨)] : «لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها[(٩)]»[(١٠)]* ، ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل، فلا بد[(١١)] من استمرار الوجود[(١٢)] في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل . ولو انقطع[(١٣)] بعد المحل، فرب السلم بالخيار[(١٤)] إن شاء فسخ السلم[(١٥)] وإن شاء انتظر وجوده[(١٦)] ، لأن السلم قد صح، والعجز[(١٧)] الطارئ على

يتفاوت كالشوك والسوس فلا يجوز، لأنه لإفضاءه إلى المنازعة. (ن)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) محل الدين مهلت دادم، مصدر ميمي بمعنى الحلول أي حلول الأجل هكذا قيل. (من)

(٣) قوله: "منقطعًا" أي عن أيدي الناس، وحد الانقطاع هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت، كذا في "الذخيرة". (ك)

(٤) أي موجوداً عند العقد منقطعاً عند المحل.

(٥) وموجوداً عند العقد، وعند المحل.

(٦) أي تسليم المسلم فيه.

(٧) وهو زمان حلول الأجل والعجز قبل ذلك لا يعتبر.

(٨) قوله: "قوله عليه السلام إلخ" الحديث دل على أن القدرة عند المحل غير كافية لجواز العقد، إذ لو كان لم يكن لتقييد النبي عليه السلام بقوله: «حتى يبدو صلاحها».
فائدة: ودلّ على أن الوجود معتبر من حين العقد إلى حين المحل. (ك)

(٩) أي يظهر انتفاعها.

(١٠) قلت: أخرجه أبو داود وابن ماجة واللفظ له. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٣ ص١٥٩. (نعيم)

(١١) قوله: "فلا بد إلخ" يعني أن المسلم فيه وإن وجد عند المحل لكن من الجائز أن لا يقدر المسلم إليه على اكتسابه حينئذٍ، فيشترط الوجود في جملة المدة، حتى لو لم يقدر في بعض الأزمان لقدر في البعض. (مل)

(١٢) أي وجود المسلم فيه.

(١٣) أراد أن المسلَم فيه كان موجوداً من وقت العقد إلى المحل، ثم انقطع.

(١٤) قوله: "فرب السلم بالخيار" وقال زفر رحمه الله: يبطل العقد ويسترد رأس المال للعجز عن تسليمه، فصار كما لو هلك المبيع في بيع العين. (ك)

(١٥) بأخذ رأس المال.

(١٦) إلى موسم آخر.

(١٧) إشارة إلى جواب زفر.

شرف الزوال[١]، فصار[٢] كإباق المبيع[٣] قبل القبض[٤].

قال[٥]: ويجوز السلم في السمك[٦] المالح[٧] وزنًا معلومًا، وضربًا[٨] معلومًا، لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم، إذ هو غير منقطع[٩]، ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت.

قال[١٠]: ولا[١١] خير[١٢] في السلم في السمك الطرى[١٣] إلا في حينه[١٤] وزنًا معلومًا، وضربًا معلومًا؛ لأنه ينقطع في زمان الشتاء[١٥]، حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز[١٦] مطلقًا[١٧]، وإنما يجوز[١٨] وزنًا لا عددًا لما ذكرنا[١٩]، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في لحم الكبار منها[٢٠]، وهي التي تقطع[٢١] اعتبارًا

---

(١) قوله: "على شرف الزوال" بأن يصير إلى أن يوجد، وبه فارق الهلاك، فالمعقود عليه في البيع عين، ثم فات أصلا، وفي السلم المعقود عليه دين في الذمة، وهو باقٍ لبقاء الذمة. (ك)

(٢) في بقاء العقد لكن المشترى بالخيار.

(٣) العبد.

(٤) أي قبض المشترى.

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) قوله: "في السمك" قيل: يقال: سمك ملح، ومملوح لا مالح إلا في لغة رديئة، وهو المقدار الذي فيه ملح. (ع)

(٧) نمک آلوده.

(٨) نوعًا.

(٩) من الوجود.

(١٠) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(١١) أي لا يجوز.

(١٢) نفي الجواز على سبيل المبالغة.

(١٣) تازه.

(١٤) أي موسمه.

(١٥) لانجماد الماء.

(١٦) السلم.

(١٧) في كل حين.

(١٨) السلم.

(١٩) أي للتفاوت.

(٢٠) السمك.

(٢١) تقطع: پاره پاره كردن.

بالسلم[١] في اللحم عنده. قال[٢]: ولا[٣] خير[٤] في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: إذا وصف من اللحم موضعًا معلومًا[٥] بصفة معلومة جاز، لأنه موزون مضبوط الوصف[٦]، ولهذا[٧] يضمن بالمثل[٨]، ويجوز استقراضه وزنًا[٩]، ويجرى[١٠] فيه ربا الفضل، بخلاف لحم الطيور[١١]، لأنه لا يمكن وصف موضع منه[١٢]. وله[١٣]: أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته، أو في سمنه[١٤]، وهزاله[١٥] على اختلاف فصول السنة[١٦]، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة[١٧]، وفي مخلوع[١٨] العظم لا يجوز[١٩] على الوجه الثاني[٢٠]، وهو

(١) قوله: "اعتباراً [قياسًا] بالسلم" في الاختلاف بالسمن والهزال، ووجه الرواية الأخرى أن السمن والهزال ليس بظاهر فيه، فصار كالصغار. (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "ولا خير إلخ" خير نكرة وقعت في سياق النفي، فيفيد نفي أنواع الخير بعمومه، ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة. (ع)

(٤) أي لا يجوز وإن بين. (ن)

(٥) قوله: إذا وصف [رب السلم] إلخ" يعني إذا بينِ جنسه، ونوعه، وسنه، ووصفه، وموضعه، وقدره، كشاة خصي ثني سمين من الجنب أو الظهر مائة. (عيني)

(٦) بالبيان.

(٧) قوله: "ولهذا [أي لكونه موزونًا] يضمن إلخ" إيضاح لقوله: موزون مضبوط الوصف، وكذا قوله: ويصح استقراضه وزنًا، لأن الاستقراض لا يصح إلا في المثليات، ويجرى فيه ربا الفضل لعلة الوزن، والوزن وضع لتقدير المثليات، فكان مضبوطًا، فيصح السلم فيه كما في الألية والشحم. (كفاية)

(٨) إذا أتلفه الغاصب.

(٩) بعلة الوزن. (ن)

(١٠) ويجرى المماكسة بين البائع والمشترى في ذلك. (عناية)

(١١) قوله: "بخلاف لحم الطيور [فلا يجوز السلم فيه]" بأن يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله، وسنه ومقداره، ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتني ولا تحبس للتوالد، فيكون البطلان بسبب أنه أسلم في المنقطع، والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وإن ذكر الوزن، فأما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل، لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور لا يعتبره الناس. (عناية)

(١٢) قوله: "لا يمكن وصف موضع منه" أي من الطير، لأن عضو جنس الطير قليل، ولا يشترى لحم العضو عادة. (نهاية)

(١٣) أي له طريقان: أحدهما أنه إلخ، وثانيهما أنه يتفاوت سمنه إلخ. (ن)

(١٤) فربهي.

(١٥) لاغرى.

(١٦) ففي الصيف هزال وفي الشتاء سمن.

(١٧) قوله: "مفضية إلى المنازعة" لأن السلم لا يكون إلا مؤجلا، ولا يدرى عند حلول الأجل على أي

الأصح[١]، والتضمين[٢] بالمثل ممنوع[٣]، وكذا الاستقراض[٤]، وبعد التسليم[٥] فالمثل أعدل من القيمة، ولأن القبض[٦] يعاين[٧]، فيعرف مثل[٨] المقبوض به فى وقته، أما الوصف فلا يكتفى[٩] به[١٠].

قال[١١]: ولا يجوز السلم إلا مؤجلا، وقال الشافعى رحمه الله: يجوز حالا[١٢] لإطلاق الحديث[١٣]، ورخص فى السلم[١٤]. ولنا: قوله عليه السلام[١٥]: «إلى أجل

صفة، فكان بمنزلة السلم فى الحيوان. (نهاية)

(١٨) خلع بالفتح بيرون كردن.

(١٩) السلم وهو رواية ابن شجاع عن أبى حنيفة، والجوز هو رواية الحسن عنه.

(٢٠) وهو التعليل بالهزال والسمن. (نهاية)

(١) قوله: "وهو الأصح" لجواز أن يكون معلولا بعلتين، فعدم أحدهما لا يدل على عدم الجواز. (ك)

(٢) جواب عن قولهما. (ن)

(٣) فإنه مضمون بالقيمة.

(٤) وزنًا ممنو ع أيضًا.

(٥) قوله: "وبعد التسليم" أى سلمنا أن اللحم يضمن بالمثل إذا أتلفه الغاصب، فليس وجهه كون اللحم وزنيا كما فهمتم، بل وجهه أن الأصل فى ضمان العدوان المماثلة، والمماثلة فى مثل الشيء صورة ومعنى، فيكون أعدل من القيمة، لأنها مثل معنى لا صورة. (مل)

(٦) قوله: "ولأن القبض إلخ" هذه النكتة لأجل التفرقة بين الاستقراض والسلم، ففى الاستقراض يقبض حالا، فيرتفع الجهالة بالقبض، ولا يفضى إلى المنازعة، وأما السلم فإن المسلم فيه إنما يعرف بالوصف، وبالوصف لا يرتفع الجهالة، فيفضى إلى المنازعة، ولما لم يعرف الوصف تمام التعريف لم يكتفِ بالوصف فى حق اللحم فى السلم. (نهاية)

(٧) فى الاستقراض.

(٨) فيرتفع الجهالة المفضية إلى النزا ع.

(٩) فى السلم.

(١٠) أى الوصف.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "يجوز [السلم] حالا [أى بغير أجل]" السلم الحال هو السلم بغير أجل، بأن يقول: أسلمت عشرة فى كر حنطة ولم يذكر الأجل. (مل)

(١٣) وقد مر الحديث كملا.

(١٤) قوله: "ورخص [أى النبى ﷺ] فى السلم" فقد أثبت فى السلم رخصة مطلقة، فاشتراط التأجيل فيه زيادة على النص، ويمكن أن يقال: إن الأصل عدم جواز السلم لكونه بيع ما ليس عند الإنسان، وما ورد النص بجوازه إلا مؤجلا، وما روى حكاية حال لا عموم له وقد أراد به السلم المؤجل إجماعا، فلم يرد غيره لئلا يعم. (مل)

(١٥) قوله: "قوله عليه السلام" وسوق الكلام لبيان شرط السلم، لا لبيان الأجل. (ع)

معلوم»، فيما روينا[١]، ولأنه[٢] شرع رخصة[٣] دفعًا لحاجة المفاليس[٤]، فلا بد من الأجل، ليقدر[٥] على التحصيل[٦] فيه[٧]، فيسلم، ولو كان[٨] قادرًا[٩] على التسليم لم يوجد المرخص، فبقي[١٠] على النافي[١١].

قال[١٢]: ولا يجوز[١٣] إلا بأجل معلوم، لما روينا*، ولأن الجهالة فيه[١٤] مفضية[١٥] إلى المنازعة كما في البيع، والأجل أدناه شهر، وقيل[١٦]: ثلاثة أيام[١٧]، وقيل[١٨]: أكثر من نصف اليوم[١٩]، والأول أصح[٢٠].

---

(١) فى أوائل الباب.

(٢) السلم.

(٣) إذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان. (ع)

(٤) قوله: "دفعًا لحاجة المفاليس" فإن قيل: لو كانت شرعيته دفعًا لحاجة المفاليس لاختص بحالة الإفلاس، قلنا: الإفلاس أمر باطن لا يمكن الوقوف على حقيقته، والشرع بنى هذه الرخصة على الحاجة، فبقى على السبب الظاهر الدال على الحاجة، ليمكننا تعليق الحكم به، والبيع بالخسران دليل الحاجة. (ك)

(٥) المسلم إليه.

(٦) أى تحصيل المسلم فيه.

(٧) أى فى الأجل.

(٨) المسلم إليه.

(٩) فى الحال.

(١٠) السلم فلا يجوز.

(١١) وهو قوله عليه السلام: «لا تبع ما ليس عندك». (ك)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) السلم فلا يجوز.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٠٢ ص١٦٠. (نعيم)

(١٤) أى فى الأجل.

(١٥) فهذا يطالبه بمدة قريبة، وذاك يؤديه فى بعيدها. (ع)

(١٦) قوله: "وقيل إلخ" وهو ما ذكره أحمد بن أبى عمران البغدادى أستاذ الطحاوى عن أصحابنا، اعتبارًا بخيار الشرط، وليس بصحيح، لأن الثلاث ثمة بيان أقصى المدة، فأما أدناه فغير مقدر. (ع)

(١٧) والصحيح ما رواه الكرخى أنه مقدر بما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه.

(١٨) قوله: "وقيل: أكثر إلخ" لأن المعجل ما كان مقبوضا فى المجلس، والمؤجل ما تأخر قبضه عن المجلس، ولا يبقى المجلس بينهما فى العادة أكثر من نصف اليوم. (نهاية)

(١٩) قال به أبو بكر الرازى.

(٢٠) قوله: "والأول أصح" استدلالا بمسألة كتاب الأيمان، إذا حلف المديون ليقضين حقه عاجلا، وقضاه قبل تمام الشهر بر فى يمينه فما فوقه فى حكم الأجل. (نهاية)

ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه، ولا بذراع رجل بعينه، معناه لا يعرف مقداره[١]، لأنه يتأخر فيه التسليم، فربما يضيع[٢]، فيؤدى إلى المنازعة[٣]، وقد مر من قبل[٤]، ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض[٥]، ولا ينبسط كالقصاع[٦] مثلا، فإن كان مما ينكبس[٧] بالكبس كالزنبيل[٨] والجراب[٩] لا يجوز للمنازعة إلا فى قرب[١٠] الماء للتعامل فيه، كذا روى عن أبى يوسف رحمه الله.

قال: ولا[١١] فى طعام قرية بعينها، أو ثمرة نخلة بعينها، لأنه قد يعتر[١٢] به آفة[١٣]، فلا يقدر على التسليم[١٤]، وإليه أشار عليه السلام حيث قال: «أ رأيت[١٥] لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه[١٦]»*، ولو كانت النسبة إلى

---

(١) أى مقدار كل واحد من المكيال أو الذراع.

(٢) أى المكيال أو الذراع.

(٣) قوله: "فيؤدى إلخ" حتى لو اشترى ذلك الإناء يداً بيد فلا بأس به، لأن فى العين يجوز البيع مجازفة، فمكيال غيره أولى، وهذا لأن التسليم عقيب العقد، والقدرة على التسليم فى الحال ثابتة لقيام المكيال الذى عينه. (نهاية)

(٤) فى أول كتاب البيوع. (ك)

(٥) كما إذا كان من حديد أو خشب أو نحوهما. (ع)

(٦) قصعة -بالفتح- كاسة قصاع كجبال جمع. (من)

(٧) أى يمتلئ جدا إذا بولغ فى ملاءه. (ك)

(٨) قوله: "كالزنبيل [بكسر الزاء. ع]" ظرفى باشد كه آن را از بوريا بافند، ودو دسته بران نصب كنند، وگوشت وغير در آن گذارند، از جاى بجاى برند. (برهان)

(٩) انبان وتوشه دان. (م)

(١٠) قوله: "قِرَب [جمع قربة بالكسر مشک. م]" بأن يشترى من سقاء كذا وكذا قربة من الماء بهذه القربة. (ع)

(١١) لا يصح السلم.

(١٢) يصيبه.

(١٣) فينقطع عن أيدى الناس.

(١٤) أى تسليم المسلم فيه.

(١٥) قوله: "حيث قال [حين سئل عن سلم تمر حائط بعينه. ك]: أ رأيت [أخبرنى. نهاية] إلخ" قال الزيلعى: قلت: غريب فى هذا المعنى ولا أعرف ورود هذا فى السلم إنما ورد هذا اللفظ فى البيع، كما أخرجه البخارى ومسلم عن حميد عن أنس: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو»، فقلت لأنس: وما زهوها؟ قال: تحمر أو تصفر، أرأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك، انتهى، اللهم إلا أن يؤخذ بإطلاق اللفظ، فيدخل فيه السلم أيضاً. (مل)

(١٦) أى رأس المال. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٠، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٤ ص١٦٠. (نعيم)

قرية لبيان الصفة[١] لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني[٢] ببخارا والبساخي[٣] بفرغانة. قال[٤]: ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط، جنس معلوم، كقولنا: حنطة أو شعير، ونوع معلوم، كقولنا: سقية[٥] أو بخسية، وصفة معلومة كقولنا: جيد أو رديء، ومقدار معلوم، كقولنا: كذا كيلا[٦] بمكيال معروف[٧]، أو كذا وزنًا[٨]، وأجل معلوم، والأصل[٩] فيه ما روينا[١٠]، والفقه[١١] فيه ما بينا[١٢]. ومعرفة مقدار[١٣] رأس المال إذا كان يتعلق العقد[١٤] على مقداره كالمكيل والموزون، والمعدود، وتسمية المكان الذي يوفيه[١٥] فيه[١٦] إذا كان له حمل[١٧] ومؤنة[١٨].

---

(١) قوله: "لبيان الصفة" أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة لا لتعيين المكان. (عينى)

(٢) أي الحنطة المنسوبة إلى الخشمران وهي قرية من قرى بخارا.

(٣) أي الحنطة المنسوبة إلى البساخ وهي قرية من قرى فرغانة.

(٤) أي القدوري. (عينى)

(٥) قوله: "سقية [أي مسقية]" السقي ما يسقى سيحًا [أي بالماء الجاري. رد المحتار] فعيل بمعنى مفعول والبخسي بخلافه منسوب إلى البخس، وهي الأرض التي يسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء. (ك)

(٦) أي عشرين كرًا.

(٧) أي معروف القدر. (ن)

(٨) أي عشرين منًا.

(٩) الدليل.

(١٠) أي قوله عليه السلام: من أسلم منكم إلخ. (ك)

(١١) الحكمة والسر.

(١٢) وهو قوله: ولأن الجهالة فيه مفضية إلخ. (ك)

(١٣) وإن كان يشار إليه.

(١٤) قوله: "إذا كان إلخ" احترز به عما إذا كان رأس المال ثوبًا، لأن الذرع وصف لا يتعلق العقد على مقداره، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط، ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع، فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان، ولا يشترط إعلامه، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، فجهالة قدر الذرعان لا يؤدي إلى جهالة المسلم فيه، وههنا المسلم فيه بمقابلة المقدارات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه، فيفسد العقد. (ك)

(١٥) المسلم إليه.

(١٦) المسلم فيه.

(١٧) قوله: "إذا كان له [أي للمسلم فيه] حمل [باري كه بر گردن بردارند. م]" -بفتح الحاء- مصدر حمل الشيء ومعناها ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر دابة و أجرة حمال. (مل)

وقالا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينًا[١]، ولا إلى مكان[٢] التسليم[٣]، ويسلّمه[٤] في موضع العقد، فهاتان مسألتان[٥].

ولهما في الأولى[٦]: أن المقصود[٧] يحصل بالإشارة، فأشبه[٨] الثمن[٩] والأجرة[١٠]، وصار كالثوب[١١]، وله: أنه ربما يوجد[١٢] بعضها[١٣] زيوفًا، ولا يستبدل[١٤] في المجلس، فلو لم يعلم قدره لا يدرى في كم بقي[١٥]، أو ربما لا يقدر[١٦] على تحصيل المسلم فيه، فيحتاج[١٧] إلى رد رأس المال[١٨]، والموهوم[١٩] في هذا[٢٠]

---

(١٨) مؤنة -بالفتح- بار گرانى وهى فعولة. (من)

(١) بالإشارة.

(٢) بيان.

(٣) أى تسليم المسلم فيه.

(٤) أى المسلمُ إليه المسلمَ فيه.

(٥) قوله: "فهاتان مسألتان" أى الاختلاف بينه وصاحبيه فى هاتين المسألتين، وإنما قال هذا ليتبين أن كل واحدة تحتاج إلى إقامة الدليل من الطرفين بالاستبداد. (نهاية)

(٦) أى المسألة الأولى.

(٧) أى تسليم رأس المال.

(٨) قوله: "فأشبه الثمن إلخ" يعنى إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع، أو الأجرة فى الاستئجار، فأشار إليهما، ولا يعرف مقدارهما يجوز. (نهاية)

(٩) بأن يقول: اشتريت بهذه الدراهم ولم يبين مقدرها. (ك)

(١٠) بأن يقول: استأجرت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها. (ك)

(١١) قوله: "وصار كالثوب [بأن يقول: أسلمت هذا الثوب ولم يبين قدر الذرعان. ك]" إذا جعل رأس المال يجوز وإن لم يبين ذرعانه. (نهاية)

(١٢) قوله: "أنه ربما يوجد إلخ: تحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه، لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئًا فشيئًا، وربما يجد بعض ذلك زيوفا، ولا يستبدل فى المجلس، فيرد، فيبطل العقد برد ه بقدر ما رده، فإذا لم يكن مقدار قدر رأس المال معلومًا لا يعلم فى كم انتقص السلم، وفى كم بقى، وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق، فكذا ما يستلزمها. (عينى)

(١٣) دراهم.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) المسلم.

(١٦) المسلم إليه.

(١٧) المسلم إليه.

(١٨) وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك.

(١٩) دفع لما يقال من أن ما قال أبو حنيفة رحمه الله أمر موهوم لا يعتبر به.

العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافى[١].

بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبًا[٢]، لأن الذرع وصف فيه[٣] لا يتعلق العقد[٤] على مقداره[٥]، ومن فروعه[٦] إذا أسلم[٧] فى جنسين، ولم يبين رأس مال كل واحد منهما، أو أسلم جنسين[٨]، ولم يبين مقدار أحدهما.

ولهما فى الثانية[٩]: أن مكان العقد يتعين[١٠] لوجود العقد الموجب[١١] للتسليم

---

(٢٠) أى السلم.

(١) قوله: "لشرعه مع المنافى [أى بيع المعدوم]" إذ القياس يخالفه، ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال، وعوده إلى الجهالة. (ع)

(٢) جواب عما قاساه عليه من الثوب.

(٣) قوله: "وصف فيه [ثوب]" ولهذا لو وجده زائدًا على المسمى سلم له الزيادة، ولو وجده ناقصًا لم يحط شيئًا من الثمن، وقد تقدم. (عناية)

(٤) قوله: "لا يتعلق العقد إلخ" وليس كلامنا فى ذلك، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره، فكان قياسًا مع الفارق. (عناية)

(٥) ثوب.

(٦) الاختلاف فى معرفة مقدار رأس المال. (ك)

(٧) قوله: "إذا أسلم إلخ" بأن أسلم مائة فى كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فإنه لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله، لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة، وطريق معرفته الخرز، فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلومًا، وعندهما يجوز، لأن الإشارة إلى العين تكفى لجواز العقد، وقد وجدت. (ع)

(٨) قوله: "أو أسلم جنسين" كما إذا أسلم دراهم ودنانير فى كر حنطة وقد علم وزن أحدهما لا الآخر لا خير فيه عنده، وهو جائز عندهما، لأن إعلام القدر فيما يتعلق العقد به شرط عنده، فإذا لم يعلم وزن أحدهما بطل فى حصته لانعدام شرط الجواز، فيبطل فى حصة الآخر أيضًا لاتحاد الصفقة، أو لجهالة حصة الآخر، والسلم فى المجهول لا يصح ابتداء، وعندهما الإشارة إلى العين تكفى، فيجوز. (نهاية)

(٩) قوله: "فى الثانية" أى فى المسألة الثانية، وهو بيان مكان الإيفاء لا يحتاج إليه عندهما. فإن قيل: لو تعين مكان العقد لفسد ببيان مكان آخر، كما فى بيع العين، فإنه لو اشترى كرحنطة، وشرط على البائع الحمل إلى منزله فإن البيع يفسد. قلنا: لما عين مكانًا آخر بالنص صار أولى من مكان العقد الذى نعينه بدلالة السبب الموجب التسليم من غير نص، غير أن هذا الشرط يفسد بيع العين، لأن المشترى يملك العين بالشراء، فإذا شرط عليه حملا زائدًا فقد اشترط عليه عملا فى ملكه مع ما اشترى العين منه، ثم سمى الثمن بإزاء ذلك كله، فصار ما يقابل الحمل إجارة، فيصير صفقة فى صفقة، فيفسد بالشرط الفاسد، ورب السلم لا يملكه عينًا قبل القبض، فيكون النقل إلى مكان آخر عملا من البائع فى مال نفسه، فلا يصير مؤاجرًا لغيره، فلا يصير هذا الشرط صفقة فى صفقة فلا يصير فاسدًا. (ك)

(١٠) للإيفاء.

(١١) قوله: "لوجود إلخ" كما فى بيع العين، فإن من باع حنطة بعينها بسواد وجب تسليمها فى موضع الحنطة، لأنه ملكها فى ذلك الموضع. (ن)

فيه، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه[١]، فيصير نظير[٢] أول أوقات[٣] الإمكان[٤] فى الأوامر، وصار كالقرض والغصب[٥]. ولأبى حنيفة رحمه الله: أن التسليم[٦] غير واجب فى الحال[٧]، فلا يتعين بخلاف القرض[٨] والغصب[٩]، وإذا لم يتعين[١٠] فالجهالة فيه تفضى[١١] إلى المنازعة، لأن قيم الأشياء تختلف[١٢] باختلاف المكان، فلا بد من البيان، وصار كجهالة الصفة[١٣]. وعن هذا[١٤] قال من قال من المشايخ: إن الاختلاف[١٥] فيه[١٦] عنده[١٧] يوجب التحالف كما فى الصفة[١٨]، وقيل

---

(١) أى فى التسليم.

(٢) قوله: "فيصير نظير إلخ" يعنى مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير أول وقت الصلاة لنفس الوجوب من حيث إنه كما لم يزاحم لهذا المكان مكان آخر لم يزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية ما مضى للوجوب وعدم ما سيأتى من الزمان. (ك)

(٣) فالجزء الأول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه، وهذا على قول الكرخى. (عينى)

(٤) أى إمكان المأمور به.

(٥) قوله: "وصار كالقرض والغصب" فإن التسليم فيهما يجب فى مكان تحقق القرض والغصب. (ك)

(٦) أى تسليم المسلم فيه.

(٧) لاشتراط الأجل.

(٨) قوله: "فلا يتعين [أى مكان العقد، للتسليم] إلخ" وذلك لأن موضع الالتزام إنما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والاستهلاك والغصب، والسلم لا يجوز إلا مؤجلا، وإنما استحقاق التسليم عند حلول الأجل، وعند ذلك لا يدرى فى أى مكان يكون. (نهاية)

(٩) فإن التسليم فيهما واجب فى الحال.

(١٠) مكان العقد للإيفاء.

(١١) قوله: "تفضى إلى المنازعة" لأن رب السلم يطالبه فى موضع يكثر فيه الثمن، والمسلم إليه يسلم فى موضع يقل فيه الثمن. (مل)

(١٢) قوله: "تختلف" فإن الحنطة والحطب موجود فى المصر والسواد، ثم يشترى فى المصر بأكثر مما يشترى به فى السواد، وما ذلك إلا لاختلاف المكان. (نهاية)

(١٣) قوله: "وصار كجهالة الصفة" يعنى أن باختلاف الصفة فى المسلم فيه يختلف القيمة فكذلك باختلاف المكان تختلف أيضًا، ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم فكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا المعنى، فلا بد من البيان. (عينى)

(١٤) أى عن أن اختلاف القيم باختلاف المكان. (نهاية)

(١٥) أى اختلاف المتبايعين.

(١٦) أى مكان الإيفاء.

(١٧) لا عندهما.

(١٨) قوله: "كما فى الصفة" أى كما لو اختلفا فى صفة الثمن، أو المثمن فإن اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما إذا اختلفا فى جودته ورداءته. (ف)

على عكسه[١]، لأن تعين المكان[٢] قضية العقد[٣] عندهما.

وعلى هذا الخلاف الثمن[٤] والأجرة والقسمة، وصورتها إذا اقتسما دارًا، وجعلا مع نصيب أحدهما شيئًا له[٥] حمل ومؤنة، وقيل: لا يشترط[٦] ذلك[٧] في الثمن، والصحيح أنه يشترط[٨] إذا كان[٩] مؤجلا، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وعندهما يتعين[١٠] مكان الدار، ومكان تسليم الدابة[١١] للإيفاء[١٢]. قال[١٣]: وما لم يكن له حمل[١٤] ومؤنة[١٥] لا يحتاج فيه إلى بيان[١٦] مكان الإيفاء بالإجماع، لأنه لا يختلف قيمته[١٧]، ويوفيه[١٨] في المكان الذي أسلم

---

(١) قوله: "وقيل على عكسه" أي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم إليه، وعندهما يوجبه. (ع)

(٢) قوله: "لأن تعين المكان إلخ" أي لأن تعين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد، والاختلاف فيها يوجب التحالف بالإجماع، فيجب أن يكون ههنا كذلك، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعين المكان لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الأجل، والاختلاف فيه لا يوجب التحالف، فكذا ههنا. (ك)

(٣) أي مقتضاه قضية كعنية فرمان اسم است. (من)

(٤) قوله: "وعلى هذا الخلاف الثمن" المؤجل، بأن باع عبداً ببرّ موصوف في الذمة إلى أجل يشترط بيان مكان الإيفاء للبر عنده في الصحيح، وعندهما يتعين مكان العقد، والأجرة بأن يستأجر دابة، أو دارًا بماله حمل، ومؤنة دينا في الذمة عنده يشترط بيان مكان الإيفاء، وعندهما يتعين موضع الدار للإيفاء، وموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة، فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء لصحة القسمة في الصحيح، وعندهما يتعين مكان القسمة للإيفاء. (ك)

(٥) لزيادة عرض، أو بناء في نصيب أحدهما. (ك)

(٦) عند الكل.

(٧) أي بيان مكان الإيفاء.

(٨) عنده، لا عندهما.

(٩) الثمن.

(١٠) في إجارة الدار.

(١١) في إجارة الدابة.

(١٢) أي إيفاء الأجرة.

(١٣) أي محمد. (عيني)

(١٤) قوله: "وما لم يكن له حمل إلخ" قيل: ماله حمل ومؤنة هو ما يكون بحال لو أمر إنسانًا يحمله إلى مجلس القضاء لا يحمله مجانًا، وقيل: هو ما لا يمكن رفعه بيد واحدة، وقيل: ما يحتاج في نقله إلى المؤنة كالحنطة والشعير، وما لا يحتاج فيه إليها فهو مما لا مؤنة له كالمسك والكافور. (ك)

(١٥) كالمسك والكافور والزعفران، وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه. (ف)

(١٦) لصحة السلم. (ع)

(١٧) باختلاف الأماكن.

فيه[1]. قال رضى الله عنه[2]: وهذه[3] رواية "الجامع الصغير" والبيوع، وذكر[4] فى الإجارات[5]: أنه يوفيه فى أى مكان شاء، وهو الأصح، لأن الأماكن كلها سواء[6]، ولا وجوب فى الحال[7]، ولو عينا[8] مكانًا قيل: لا يتعين، لأنه لا يفيد[9]، وقيل[10]: يتعين، لأنه يفيد سقوط خطر الطريق[11]، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به[12]، لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما[13] ذكرنا[14].

قال[15]: ولا يصح[16] السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه[17]، أما إذا كان من النقود[18] فلأنه افتراق[19] عن دين بدين[20]، وقد نهى[21] النبى عليه

---

(١٨) المسلم إليه.

(١) لأنه موضع الالتزام فيترجح على غيره. (ع)

(٢) أى المصنف.

(٣) أى قوله: ويوفيه إلخ.

(٤) من أصل المبسوط. (ف)

(٥) من أصل المبسوط. (ف)

(٦) إذ المالية لا تختلف باختلاف الأمكنة فيه. (ع)

(٧) حتى يتعين مكان العقد.

(٨) فيما لا حمل له.

(٩) قوله: "لأنه [التعيين] لا يفيد" لأنه لا يلزمه بنقله مؤنة، ولا يختلف ماليته باختلاف الأمكنة. (ن)

(١٠) وهو الأصح. (عناية)

(١١) لرب السلم.

(١٢) قوله: "يكتفى به" هذا إذا لم يكن المصر عظيمًا، فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز إلا أن يبين، لأنه مفض إلى المنازعة، ذكره فى "المحيط". (ف)

(١٣) قوله: "فيما ذكرنا" من أنه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة، وقيل: فيما ذكرنا من المسائل وهى السلم والثمن، والأجرة، والقسمة. (عناية)

(١٤) أى فى القيمة.

(١٥) أى القدورى. (عيني)

(١٦) أى لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة. (ن)

(١٧) قوله: "قبل أن يفارقه فيه [أى فى المجلس]" أى قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنًا لا مكانًا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا من غير قبض، فإن افترقا كذلك فسد. (عناية)

(١٨) كالدراهم والدنانير.

(١٩) قوله: "فلأنه افتراق إلخ" لأنها لا تتعين فلا يقع العقد إلا على دين فى الذمة يقع بدفع العين المقاصة عنه. (ف)

(٢٠) وهو لا يجوز.

السلام عن الكالئ بالكالئ(١)*، وإن كان عينًا(٢) فلأن المسلم أخذ عاجلا بآجل، إذ الإسلام والإسلاف(٣) ينبئان عن التعجيل، فلا بد(٤) من قبض أحد العوضين(٥) ليتحقق معنى الاسم(٦).

ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب(٧) المسلم إليه فيه(٨)، فيقدر(٩) على التسليم(١٠)، ولهذا قلنا(١١): لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما(١٢) أو لأحدهما، لأنه(١٣) يمنع(١٤) تمام القبض لكونه(١٥) مانعًا(١٦) من الانعقاد فى حق الحكم(١٧)، وكذا لا يثبت(١٨) فيه(١٩) خيار الرؤية، لأنه(٢٠) غير مفيد(٢١) بخلاف

---

(٢١) قد تقدم. (ت)

(١) أى النسيئة بالنسيئة. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥١، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٠٤ ص١٦٠. (نعيم)

(٢) كالثوب والحيوان. (ك)

(٣) فى شيء.

(٤) قوله: "فلا بد إلخ" أى فيشترط كون أحد البدلين فيه معجلا كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلا ليكون حكمه ثابتًا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة، والكفالة، فإن هذه العقود يثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة، فكان ينبغى أن يشترط اقتران القبض بالعقد، فإنه أتم ما يكون من التعجيل، ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيرًا كما فى عقد الصرف.وقال مالك رحمه الله: يجوز عقد السلم وإن لم يقبض رأس المال يومًا أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلا، لأنه يعد عاجلا عرفًا. (ك)

(٥) أى رأس المال فإن المسلم فيه آجل.

(٦) أى اسم السلم.

(٧) يتصرف.

(٨) فإن حاجة المسلم إليه إلى هذا العقد لإفلاسه. (ف)

(٩) المسلم إليه.

(١٠) أى تسليم المسلم فيه.

(١١) قوله: "ولهذا إلخ" إيضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله: ولأنه لابد من تسليم رأس المال. (ن)

(١٢) أى للعاقدين.

(١٣) أى لأن خيار الشرط.

(١٤) قوله: "لأنه يمنع إلخ" أى لأن الخيار يمنع تمام القبض، لأنه إنما يتم إذا كان بناء على الملك، وخيار الشرط يمنع الملك لأنه يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم، فيمتنع تمام العقد والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد. (ك)

(١٥) خيار الشرط.

(١٦) قوله: "لكونه مانعًا إلخ" هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله ظاهر، فإنه وإن خرج البدل من ملك من له الخيار لم يكن فى ملك الآخر، وعلى قولهما هو ملك متزلزل، فإنه بعرضة أن يفسخ من له الخيار، فلا يتم القبض، لأن تمامه مبنى على تمام الملك فى المقبوض. (فتح القدير)

خيار[١] العيب[٢]، لأنه لا يمنع تمام القبض[٣]. ولو أسقط[٤] خيار الشرط قبل الافتراق[٥] ورأس المال[٦] قائم[٧] جاز خلافًا لزفر رحمه الله[٨]، وقد مر نظيره[٩].

وجملة الشروط[١٠] جمعوها في قوله: إعلام رأس المال[١١] وتعجيله[١٢]، وإعلام المسلم فيه[١٣] وتأجيله، وبيان مكان الإيفاء[١٤] والقدرة على تحصيله[١٥]، فإن

---

(١٧) وهو ثبوت الملك.

(١٨) قوله: "وكذا لا يثبت فيه" أى فى المسلم فيه دون رأس المال، فإن خيار الرؤية أو خيار العيب فيه لا يفسد، لأنه لا يمنع ثبوت الملك. (نهاية)

(١٩) وفى الاستصناع المعقود عليه عين فيثبت فيه.

(٢٠) خيار الرؤية.

(٢١) قوله: "لأنه غير مفيد" إذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع، والمسلم فيه دين فى الذمة، فإذا رد المقبوض عاد دينًا كما كان، لأنه لم يرد عين ما تناوله العقد، لأن العقد لم يتناول هذا المقبوض، وإنما تناول مثله دينا فى الذمة، فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه فى مثله، فإذا لم يفد فائدته لا يثبت بخلاف بيع العين فإنه لو رد العين بخيار الرؤية ينفسخ العقد، لأنه رد عين ما تناوله العقد، فينفسخ العقد برده، كذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده. (عينى)

(١) فى رأس المال.

(٢) فى المسلم فيه. (ف)

(٣) قوله: "لأنه لا يمنع إلخ" لأن تمام القبض بتمام الصفقة، وتمامها بتمام الرضاء وهو موجود وقت العقد. (ع)

(٤) رب السلم. (ع)

(٥) عن المجلس.

(٦) قوله: "ورأس المال [الواو حالية] قائم" إنما قيد بقيام رأس المال، لأنهما لو أسقطاه بعد انفاقه، واستهلاكه لا يعود صحيحًا اتفاقًا، لأنه بالاستهلاك صار دينًا فى ذمة المسلم إليه، فلو صح كان رأس مال هو دين، وذلك لا يجوز فى ابتداء العقد، ولأنه الآن فى معنى الابتداء، إذ قبل الإسقاط لم يكن للعقد وجود شرعًا. (ف)

(٧) فى يد المسلم إليه.

(٨) والشافعى رحمه الله. (ف)

(٩) قوله: "وقد مر نظيره" أى فى باب البيع الفاسد وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول، ثم أسقطا الأجل قبل حلوله ينقلب جائزًا عندنا خلافًا لزفر رحمه الله. (ف)

(١٠) قال المصنف: وجملة الشروط إلخ. (ف)

(١١) قوله: "إعلام رأس المال" يشمل على بيان جنسه، وصفته، ونوعه، وقدره. (ف)

(١٢) أى التسليم قبل الافتراق.

(١٣) قوله: "وإعلام المسلم فيه" أى قدره، وجنسه، ووصفه، ونوعه.

(١٤) أى إيفاء المسلم فيه.

(١٥) قوله: "والقدرة على تحصيله" بأن كان المسلم فيه موجودًا من حين العقد إلى حين المحل، ولا يكون

جـ5 16 B

أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه[١]، ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل[٢] لفوات القبض، ويجوز[٣] في حصة النقد؛ لاستجماع شرائطه[٤]، ولا يشيع[٥] الفساد لأن الفساد طار[٦] إذ السلم وقع صحيحاً[٧]، ولهذا[٨] لو نقد رأس المال[٩] قبل الافتراق صح[١٠]، إلا أنه يبطل[١١] بالافتراق[١٢] لما بينا[١٣]، وهذا[١٤] لأن الدين لا يتعين في البيع، ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين[١٥]،

منقطعاً، ثم اعلم أنه يشترط في السلم أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين، فلا يجوز في النقود، وأن لا يكون فيه خيار الشرط وأن لا يكون البدلان شاملين لإحدى علتي الربا. فقوله: وجملة الشروط لا يستقيم، كذا في "فتح القدير". (مولان عبد الحليم نور الله مرقده)

(١) قوله: "على المسلم إليه" إنما قيد بقوله: على المسلم إليه؛ لأنه لو قال: أسلمت إليك هذه المائة، والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وإن نقد مائة، لأن اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد، وهذا فساد مقارن للعقد، فأوجب فساد الكل. (ك)

(٢) سواء أطلق المائتين ابتداء، أو أضاف العقد في أحدهما إلى الدين. (ع)

(٣) السلم.

(٤) السلم.

(٥) قوله: "ولا يشيع الفساد إلخ" جواب عن قول زفر، فإنه يقول: يشيع الفساد، ويبطل العقد في حصة النقد أيضاً، لأن هذا فساد قوي تمكن في صلب العقد يفسد به الكل. (عيني)

(٦) قوله: "لأن الفساد طار" لأن قبض رأس المال في المجلس شرط لبقاء العقد على الصحة، أما العقد في ذاته فقد وقع صحيحاً. (ك)

(٧) قوله: "إذ السلم وقع صحيحاً" أما إن أضاف العقد إلى مائتين مطلقة بأن قال: أسلمت لك مائتين في كذا، ثم جعل أحدهما الدين فظاهر، وأما إن أضاف العقد إلى الدين والعين جميعاً بأن قال: أسلمت مائة الدين، وهذه المائة في كذا فكذلك، لأن العقد لا يتقيد بالدين، ولو قيد به بدليل أن من اشترى عبداً بدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد إلا إذا كانا يعلمان عدم الدين، فيفسد لأمر آخر، وهو أنهما حينئذٍ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعاً بلا ثمن. (ف)

(٨) أي لأن الفساد الطاري لا يفسد السلم.

(٩) الذي هو دين على المسلم إليه.

(١٠) إذ السلم وقع صحيحاً.

(١١) السلم.

(١٢) من غير قبض.

(١٣) من أنه افتراق عن دين بدين.

(١٤) قوله: "وهذا" إشارة إلى قوله: إذ السلم وقع صحيحاً لأن الدين لا يتعين في البيع بإضافة العقد إليه بل العقد يتعلق بجنس المضاف إليه، لأن النقود لا تتعين في العقود إذا كانت عيناً فكذا إذا كانت ديناً، فصار الإطلاق والتقييد سواء فيه. (مل)

(١٥) على البائع.

ثم تصادقا أن لا دين[١] لا يبطل البيع، فينعقد[٢] صحيحًا.

قال[٣]: ولا يجوز التصرف[٤] فى رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض. أما الأول[٥] فلما فيه من تفويت القبض[٦] المستحق بالعقد[٧]، وأما الثانى[٨] فلأن المسلم فيه مبيع، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز.

ولا يجوز الشركة[٩] والتولية في المسلم فيه، لأنه تصرف فيه[١٠]، فإن تقايلا السلم لم يكن له[١١] أن يشترى من المسلم إليه برأس المال شيئًا حتى يقبضه كله؛ لقوله عليه السلام[١٢]: «لا تأخذ إلا سلمك[١٣] أو رأس مالك»* أى[١٤] عند الفسخ، ولأنه[١٥] أخذ شبها بالمبيع، فلا يحل التصرف فيه[١٦] قبل قبضه، وهذا[١٧] لأن

---

(١) عليه.

(٢) البيع.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) بالبيع، أو الهبة، أو الوصية.

(٥) أى رأس المال. (ف)

(٦) قبل الافتراق. (ف)

(٧) وهو حق للشرع.

(٨) أى المسلم فيه. (ف)

(٩) قوله: "ولا يجوز الشركة إلخ" صورة الشركة أن يقول رب السلم لآخر: أعطنى نصف رأس المال حتى تكون شريكا فى المسلم فيه، وصورة التولية أن يقول رب السلم لآخر: أعطنى مثل ما أعطيت للمسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك، وأنه بيع بعض المبيع قبل القبض، أو بيع كله. (ك)

(١٠) قوله: "لأنه تصرف فيه" فإن قيل: ما وجه تخصيص الشركة والتولية بعد ذكر الأعم منهما وهو قوله: ولا يجوز التصرف إلخ، قلنا: إن أحدًا لا يشترى المسلم فيه مرابحة لكونه دينًا ولا وضيعة لكونها ضررًا ظاهرا، ولو اشترى إنما يشتريه بمثل ما اشتراه رب السلم رغبة فى كله وهو التولية، أو بعضه وهو الشركة، فخصهما ليتصور التصرف فيهما من هذا الوجه. (ن)

(١١) أى لرب السلم. (ف)

(١٢) قوله: "لقوله عليه السلام" رواه الدارقطنى فى "سننه" عن إبراهيم بن سعيد الجوهرى بلفظ: «من أسلم فى شيء فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله»، كذا قال الزيلعى.

(١٣) أى المسلم فيه، وهذا عند بقاء العقد.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥١، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٥ ص١٦٠. (نعيم)

(١٤) هذا تفسير من المصنف. (عينى)

(١٥) رأس المال.

(١٦) رأس المال.

(١٧) أى كون رأس المال شبيهًا بالمبيع.

الإقالة بيع جديد في حق ثالث[١]، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعًا لسقوطه[٢]، فجعل رأس المال مبيعًا[٣]، لأنه دين مثله[٤]، إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس[٥]، لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه، وفيه[٦] خلاف زفر رحمه الله[٧]، والحجة عليه[٨] ما ذكرناه[٩]. قال[١٠]: ومن أسلم في كر حنطة[١١] فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرًا، وأمر رب السلم بقبضه[١٢] قضاء[١٣] لم يكن قضاء[١٤]، وإن أمره[١٥] أن يقبضه له، ثم يقبضه لنفسه، فاكتاله له، ثم اكتاله لنفسه جاز، لأنه

---

(١) قوله: "لأن الإقالة إلخ" يعني الإقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين، وهو الشرع، والبيع يقتضي وجود المعقود عليه، والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالإقالة، فلا بد من جعل رأس المال مبيعًا ليرد عليه العقد، وإلا لكان ما فرضناه بيعًا لم يكن بيعًا هف باطل، وهو صالح لذلك لأنه دين مثل المسلم فيه، وجعل الدين مبيعًا ليس بمحال، وإذا كان شبيهًا بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض، فكذا ما أشبهه. (ع)

(٢) مسلم فيه.

(٣) استحسانًا.

(٤) مسلم فيه.

(٥) قوله: "إلا أنه إلخ" هذا الاستثناء لدفع السؤال، وهو أن الإقالة لما كانت بيعًا جديدًا في حق ثالث، فصار إقالة السلم كبيع السلم اعتبارًا لحكم الانتهاء بالابتداء، فينبغي أن يجب قبض رأس المال بعد الإقالة في مجلس الإقالة كما كان قبض رأس المال في المجلس شرطًا في ابتداء السلم.فقال: إلا أنه لا يجب قبضه في مجلس الإقالة، لأنه، أي لأن عقد الإقالة في كونه بيعًا ليس في حكم ابتداء عقد السلم، لأنه بيع من كل وجه في حق الكل، والإقالة بيع في حق ثالث، وفسخ في حق العاقدين، وليس من ضرورة اشتراط القبض في البيع من كل وجه الاشتراط فيه من وجه دون وجه، كذا في "النهاية" وغيرها. وتعقب عليه في العناية بأن التأمل يغني عن هذا السؤال، فلا حاجة إلى الجواب، لأن رأس المال لما صار معقودًا عليه أسقط اشتراط قبضه، فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد، لكن المصنف دفع وهم من عسى أن يتوهم نظرا إلى كونه رأس المال وجوب قبضه، ولا ينظر إلى ما في الدليل السابق من انقلابه معقودًا عليه. تأمل. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(٦) قوله: "وفيه" ي في جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعًا خلاف زفر، هو يقول: رأس المال بعد الإقالة صار دينًا في ذمة المسلم إليه، فلما جاز الاستبدال لسائر الديون جاز بهذا الدين. (ع)

(٧) وما قال زفر هو القياس.

(٨) زفر.

(٩) من الحديث والمعقول، وهو قوله: وهذا لأن الإقالة بيع جديد إلخ.

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١١) هو ستون قفيزًا.

(١٢) أي بقبض الكر.

(١٣) قوله: "قضاء" أي أداء لحقه، ولفظ ش رحمه الله "الجامع الصغير" أمر أن يعتقه اقتضاء لحقه، فاقتضاه لا يكون قبضًا حتى يكيله مرتين. (ن)

(١٤) قوله: "لم يكن قضاء" حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه، ويطالب رب السلم بحقه. (ف)

(١٥) أي رب السلم.

اجتمعت الصفقتان[١] بشرط الكيل، فلا بد من الكيل مرتين[٢]، لنهى النبى عليه السلام عن بيع الطعام* حتى يجرى فيه صاعان[٣]، وهذا هو محمل الحديث على ما مر[٤]، والسلم[٥] وإن[٦] كان سابقًا لكن قبض المسلم فيه لاحق، وأنه بمنزلة ابتداء البيع[٧]، لأن العين[٨] غير الدين حقيقة وإن جعل عينه فى حق حكم خاص[٩]، وهو حرمة الاستبدال[١٠]، فيتحقق[١١] البيع بعد الشرى، وإن لم يكن[١٢] سلمًا وكان قرضًا[١٣] فأمره بقبض الكر[١٤] جاز، لأن القرض إعارة، ولهذا[١٥] ينعقد بلفظ الإعارة، فكان المردود عين المأخوذ[١٦] مطلقًا[١٧] حكمًا[١٨]، فلا يجتمع

---

(١) قوله: "الصفقتان" أحدهما صفقة عقد السلم، والثانية التى جرت بين المسلم إليه وبائعه. (ف)

(٢) قوله: "فلا بد إلخ" والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمى به وهو الكر، وهو إنما يتحقق بالكيل، فكان الكيل معينًا للمستحق بالعقد، وهذان عقدان ومشتريان، فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥١، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٠٥ ص١٦١. (نعيم)

(٣) صاع البائع وصاع المشترى. (ف)

(٤) قوله: "على ما مر" وهو ما ذكر فى الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية بقوله: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين. (ن)

(٥) قوله: "والسلم إلخ" جواب سؤال مقدر بأن بيع المسلم إليه من رب السلم كان سابقًا على شرى المسلم إليه من بائعه، فلا يكون المسلم إليه بائعًا عند الشرى، فلم يجتمع الصفقتان، فلا يدخل تحت النهى. (ن)

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "وأنه بمنزلة ابتداء البيع" أى كأنهما جددا العقد على ذلك المقبوض، وإنما قال: أن القبض بمنزلة ابتداء البيع لأن المسلم فيه دين فى ذمته، والمقبوض عين، وهو غير الدين. (مل)

(٨) المقبوض.

(٩) قوله: "وإن [الواو وصلية] جعل عينه [أى عين الدين] إلخ" أى وإن جعل المقبوض عين ما تناوله العقد فى حكم خاص للعقد، وهو حرمة الاستبدال، إذ لو جعل غيره لكان استبدالا بالمسلم فيه، وهو حرام، وأما فيما وراءه فهو غيره حقيقة، فصار بائعًا ما اشترى مكايلة قبل الكيل، فيبطل. (ك)

(١٠) قبل القبض.

(١١) قوله: "فيتحقق إلخ" أى فيتحقق بيع المسلم إليه من رب السلم بعد شراء المسلم إليه من بائعه، فقد اجتمعت الصفقتان. (مل)

(١٢) الكر.

(١٣) قوله: "وكان قرضًا إلخ" يعنى إذا استقرض كرًا، ثم اشترى المستقرض كرًا من الغير، ثم أمر المستقرض المقرض بقبض ذلك الكر جاز، ويكتفى بكيل واحد لأن القرض إلخ. (ن)

(١٤) ولم يقل: اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك. (ف)

(١٥) أى لكونه إعارة.

(١٦) المقبوض سابقًا.

الصفقتان. قال[١] : ومن أسلم في كر، فأمر رب السلم أن يكيله[٢] المسلم إليه في غرائر[٣] رب السلم، ففعل[٤] وهو[٥] غائب[٦] لم يكن قضاء[٧]؛ لأن الأمر بالكيل لم يصح، لأنه لم يصادف[٨] ملك الآمر[٩]، لأن حقه في الدين دون العين[١٠]، فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه، وقد جعل[١١] ملك نفسه فيها[١٢]، فصار كما لو كان عليه دراهم دين، فدفع[١٣] إليه[١٤] كيساً ليزنها[١٥] المديون فيه[١٦] لم يصر[١٧] قابضاً. ولو كانت الحنطة مشتراة[١٨]، والمسألة بحالها[١٩] صار[٢٠] قابضاً، لأن الأمر

---

(١٧) سواء كان في حق الاستبدال أو غيره.

(١٨) قوله: "حكماً إلخ" أي حكماً للشرع وإلا يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربا، فلا يجتمع الصفقتان بشرط الكيل، فيجب كيل واحد للمشتري بحق الوكالة. (مل)

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) أي ذلك الكر.

(٣) غرارة بالتاء لا بالفتح جوال غرائر جمع. (من)

(٤) أي كان المسلم إليه الكر في غرائر رب السلم. (ن)

(٥) الواو حالية.

(٦) قوله: "وهو غائب" والتقييد بغيبته لأنه لو كان فيها رب السلم حاضراً يصير قابضاً بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع. (ف)

(٧) قوله: "لم يكن قضاء [حتى لو هلك هلك من مال المسلم إليه. ن]" هذا إذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد، فإن كان قبل لا يصير قابضاً لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير، قال في "المبسوط": والأصح عندي أنه يصير قابضاً، لأن أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر، فيصير قابضاً. (ف)

(٨) نيافت.

(٩) أي رب السلم.

(١٠) قوله: "لأن حقه إلخ" الحاصل أن حق رب السلم في الدين لا في العين والدين وصف ثابت في الذمة، وجعله في غرائر رب السلم محال، فالأمر بالكيل لم يصادف ملك الآمر إنما صادف عيناً مملوكاً للبائع. (مل)

(١١) المسلم إليه.

(١٢) فلم يصر رب السلم قابضاً.

(١٣) الدائن.

(١٤) أي إلى المديون.

(١٥) الدراهم.

(١٦) أي في الكيس.

(١٧) الدائن.

(١٨) أي غير مسلم فيها. (ف)

قد صح حيث صادف[١] ملكه[٢]، لأنه ملك العين بالبيع، ألا ترى[٣] أنه لو أمره[٤] بالطحن[٥] كان الطحين[٦] فى السلم للمسلم إليه[٧]، وفى الشرى للمشترى لصحة الأمر[٨]، وكذا إذا أمره[٩] أن يصبه[١٠] فى البحر فى السلم يهلك من مال المسلم إليه[١١]، وفى الشرى من مال المشترى، ويتقرر الثمن عليه[١٢] لما قلنا[١٣]، ولهذا[١٤] يكتفى بذلك الكيل فى الشرى فى الصحيح[١٥]، لأنه[١٦] نائب عنه فى الكيل، والقبض بالوقوع فى غرائر المشترى.

ولو أمره[١٧] فى الشرى أن يكيله فى غرائر البائع، ففعل[١٨] لم يصر[١٩] قابضًا،

---

(١٩) قوله: "والمسألة بحالها" وهى أنه دفع غرائره إلى البائع وقال: اجعلها فيها، ففعل والمشترى حاضر أو غائب، صار قابضًا لأنه حينئذٍ يصير البائع وكيلا عنه فى إمساك الغرائر، فبقيت الغرائر فى يد المشترى حكمًا، فصار الواقع فيها واقعًا فى يد المشترى حكمًا، لأن فعل نائبه كفعله حتى لو كانت الغرائر للبائع لم يصر قابضًا. (عينى)

(٢٠) لا لمشترى.

(١) الأمر.

(٢) أى المشترى.

(٣) توضيح لتملكه بالبيع.

(٤) البائع.

(٥) آرد كردن غلة وغيره. (غث)

(٦) آرد تيار كردن أى الدقيق. (ن)

(٧) لأن الأمر بالطحن فى السلم لا يصح لأنه لاقى ملك المسلم إليه، ولا يكون لرب السلم أن يأخذه، لأنه حينئذٍ يعتبر مستبدلا. (ك)

(٨) لأنه لاقى ملك المشترى.

(٩) البائع.

(١٠) المبيع.

(١١) لأن أمره لا يصح.

(١٢) أى على المشترى.

(١٣) من صحة الأمر.

(١٤) أى لكون الأمر قد صح.

(١٥) قوله: "فى الصحيح" احتراز عما قيل: لا يكتفى بكيل واحد تمسكًا بظاهر ما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان، صاع البائع وصاع المشترى. (ن)

(١٦) قوله: "لأنه" أى لأن البائع نائب عن المشترى فى الكيل، والقبض يتحقق ويثبت بالوقوع فى غرائر المشترى كأن هذا جواب إشكال بأن يقال: البائع مسلم ويكون متسلمًا قابضًا. (نهاية)

(١٧) أى المشترى البائع.

لأنه[١] استعار غرائره، ولم يقبضها[٢]، فلا تصير الغرائر في يده،[٣] فكذا ما يقع فيها[٤]، وصار كما لو أمره[٥] أن يكيله[٦]، ويعزله[٧] في ناحية من بيت البائع، لأن البيت بنواحيه في يده[٨]، فلم يصر المشترى قابضاً[٩].

ولو اجتمع الدين والعين[١٠]، والغرائر[١١] للمشتري إن بدأ[١٢] بالعين صار[١٣] قابضاً[١٤]، أما العين فلصحة الأمر[١٥] فيه[١٦]، وأما الدين فلاتصاله[١٧] بملكه[١٨]، وبمثله[١٩] يصير[٢٠] قابضاً، كمن استقرض حنطة وأمره[٢١] أن يزرعها في أرضه،

---

(١٨) بغيبته. (ف)

(١٩) المشترى.

(١) المشترى.

(٢) قوله: "ولم يقبضها" والعارية تبرع، فلا تتم بدون القبض، فلم يصر المشترى قابضا، لأنه مستعير لم يقبض، فلا تصير إلخ. (ن)

(٣) مشترى.

(٤) غرائر.

(٥) أى المشترى البائع.

(٦) الكر ففعل بغيبته. (ف)

(٧) جدا نمايد كردن.

(٨) البائع.

(٩) لأنه مستعير لم يقبض. (ع)

(١٠) أى اشترى كرًا معينًا، وله على البائع كر آخر دين، وهو المسلم فيه. (عينى)

(١١) قوله: "والغرائر" أى والحال أن الغرائر للمشترى، وأمره أن يجعل الدين والعين فيها. (عينى)

(١٢) بائع.

(١٣) المشترى.

(١٤) للعين والدين كليهما.

(١٥) قوله: "فلصحة الأمر [ففعل المأمور كفعل الآمر]" ورد بأنه لا يصلح نائبًا عن المشترى فى القبض كما لو وكله بذلك نصًا، وأجيب بأنه يثبت ضمنا، وإن لم يثبت قصدًا. (عناية)

(١٦) لمصادفة الملك. (ع)

(١٧) دين بالرضاء. (ع)

(١٨) مشترى.

(١٩) أى بمثل اتصال الدين بملك المشترى رضاء.

(٢٠) قوله: "وبمثله يصير إلخ" لأن القبض تارةً بيده، أو بتخلية منه، ومرة باتصاله بملكه، فإن قيل: أليس أن الصباغ إذا صبغ الثوب لا يصير المستأجر وهو رب الثوب قابضًا باعتبار هذا الاتصال، فلم يصر قابضًا ههنا باعتباره. قلنا: المعقود عليه ثمة الفعل وهو الصبغ لا العين، وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل، لأنه عرض لا

وكمن دفع إلى صائغ خاتمًا، وأمره[١] أن يزيده من عنده نصف دينار[٢]، وإن بدأ بالدين[٣] لم يصر[٤] قابضًا[٥]، أما الدين فلعدم صحة الأمر[٦]، وأما العين فلأنه[٧] خلطه[٨] بملكه[٩] قبل التسليم، فصار[١٠] مستهلكًا[١١] عند أبي حنيفة رحمه الله، فينتقض البيع[١٢]، وهذا الخلط[١٣] غير مرضى به من جهته[١٤] لجواز أن يكون مراده البداية بالعين[١٥]، وعندهما هو[١٦] بالخيار إن شاء نقض البيع، وإن شاء شاركه[١٧] فى المخلوط، لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما.

قال[١٨]: ومن أسلم جارية فى كر حنطة[١٩]، وقبضها[٢٠] المسلم إليه، ثم

يقبل الانتقال عن محله، فلم يتصل المعقود عليه بالثوب، فلم يصر به قابضًا. (كفاية)

(٢١) قوله: "وأمره إلخ" أى أمر المستقرض المقرض أن يزرع الحنطة فى أرض المستقرض، فزرع صار المستقرض قابضًا بحكم اتصاله بملكه. (ملخصات)

(١) الصائغ.

(٢) فيصير قابضًا للنصف بحكم اتصاله بملكه. (ن)

(٣) المسلم فيه.

(٤) المشترى.

(٥) الدين والعين كليهما.

(٦) لعدم مصادفة الملك لأن حقه فى الدين لا فى العين، وهذا عين. (ع)

(٧) البائع.

(٨) بحيث لا يمتاز.

(٩) بالعود.

(١٠) البائع.

(١١) للمبيع.

(١٢) لهلاك المبيع قبل القبض. (ف)

(١٣) قوله: "وهذا الخلط إلخ" جواب سؤال ذكر فى "الفوائد الظهيرية"، فإن قيل: الخلط حصل بإذن المشترى، فينبغى أن لا ينتقض البيع. قلنا: إن الخلط على هذا الوجه لم قلت بأنه حصل بإذن المشترى بل الخلط على وجه يصير الآمر قابضًا حصل بإذنه، وهو إذا بدأ بالعين. (ك)

(١٤) المشترى.

(١٥) قوله: "لجواز إلخ" كلامه فى قوة المنع كأنه قال: لا نسلم أن هذا الخلط غير مرضى به، وقوله: لجواز إلخ سند المنع، فاستقام الكلام. (ع)

(١٦) المشترى.

(١٧) البائع.

(١٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٩) قوله: "ومن أسلم إلخ" الأصل فى جنس هذه المسائل أن فى بيع المقايضة، وهو بيع ما يتعين بما يتعين

تقايلا[١]، فماتت في يد المشترى[٢] فعليه قيمتها[٣] يوم قبضها، ولو تقايلا[٤] بعد هلاك الجارية جاز[٥]؛ لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد[٦]، وذلك بقيام المعقود عليه، وفى السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه[٧]، فصحت الإقالة حال بقاءه، وإذا جاز[٨] ابتداء أولى أن يبقى انتهاء، لأن البقاء أسهل[٩]، وإذا انفسخ العقد[١٠] فى المسلم فيه انفسخ[١١] فى الجارية تبعًا، فيجب عليه ردها، وقد عجز[١٢]، فيجب عليه رد قيمتها[١٣]. ولو اشترى[١٤] جارية بألف درهم، ثم تقايلا، فماتت[١٥] فى يد المشترى

هلاك أحدهما لا يمنع ابتداء الإقالة، ولا بقاءها، وهلاكهما يمنع الإقالة ابتداء وبقاء، لأن فى المقايضة العقد قائم بقيام أحد العوضين، لأن قيام العقد عند قيامهما، لأن أحدهما لا يتعين لإضافة القيام إليه، وإذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك أحدهما لما عرف أن الثابت بالشيئين لا يزول بزوال أحدهما، فيكون قائمًا بقيام أحدهما، فيصح الإقالة. وفى بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين، لأن ما يتعين له ضرب مزية على مالا يتعين، لأن ما يتعين مال حقيقة وحكمًا، وما لا يتعين مال حكمًا لا حقيقة، لأنه دين. وفى بيع ما لا يتعين بما لا يتعين، وهو الصرف يصح الإقالة، وإن هلكا، أو هلك أحدهما لأن انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداء، فكذا فى الانفساخ بقاء، لأن قيام العقد بما يجب فى الذمة لا بما فى اليد. (ك)

(٢٠) الجارية.

(١) السلم.

(٢) قوله: "فى يد المشترى" أى المسلم إليه، وإنما سماه مشتريًا نظرًا إلى اشتراءه الجارية بالحنطة التى هى دين. (ن)

• (٣) ولم يبطل الإقالة بهلاكها. (ع)

(٤) السلم.

(٥) والقول فى القيمة قول المطلوب، والبينة بينة الطالب. (ن)

(٦) لأنها فسخ العقد، وفسخ العقد بدون العقد لا يكون. (ك)

(٧) لأنه مبيع. (ن)

(٨) قوله: "وإذا جاز إلخ" أى إذا جازت الإقالة بعد هلاك الجارية فى المسألة الثانية فلأن يبقى الإقالة بعد هلاك الجارية فى الأولى بالطريق الأولى. (ن)

(٩) من الابتداء.

(١٠) قوله: "وإذا انفسخ [بالإقالة] إلخ" هذا جواب من يقول: إن الانفساخ فى حق الجارية الميتة كيف يتحقق، وأنه ليس بمحل لذلك، فقال: الانفساخ بطريق التبعية، وكم من شىء يثبت تبعًا، ولا يثبت قصدًا. (عينى)

(١١) العقد.

(١٢) أى المسلم إليه عن رد الجارية بسبب موتها.

(١٣) قوله: "رد قيمتها" وقامت قيمة الجارية مقام الجارية، فكان أحد العوضين قائمًا، فلا يرد ما قيل: الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالإقالة، فصار كهلاك العوضين فى المقايضة، وهو يمنع الإقالة. (عناية)

(١٤) من غير مسلم.

(١٥) الجارية.

بطلت الإقالة، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة[١]؛ لأن المعقود عليه فى البيع إنما هو الجارية، فلا يبقى العقد بعد هلاكها، فلا يصح الإقالة ابتدا، فلا تبقى[٢] انتهاء لانعدام محله، وهذا[٣] بخلاف بيع المقايضة حيث يصح الإقالة[٤]، وتبقى[٥] بعد هلاك أحد العوضين، لأن كل واحد منهما[٦] مبيع فيه.

قال[٧]: ومن أسلم[٨] إلى رجل دراهم في كر حنطة، فقال المسلم إليه: شرطت رديا، وقال رب السلم: لم تشترط شيئًا، فالقول قول المسلم إليه[٩]؛ لأن رب السلم متعنت[١٠] فى إنكاره[١١] الصحة[١٢]، لأن المسلم فيه يربو[١٣] على رأس المال فى العادة، وفى عكسه[١٤] قالوا[١٥]: يجب[١٦] أن يكون القول لرب السلم عند

---

(١) أيضًا.

(٢) الإقالة.

(٣) أى الذى ذكرناه.

(٤) ابتداء.

(٥) الإقالة.

(٦) العوضين.

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٨) قوله: "ومن أسلم إلخ" الأصل فى جنس هذه المسائل إنهما إذا اختلفا فى الصحة، فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت، وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقًا، والقول قول من يدعى الصحة، وإن خرج مخرج الخصومة، وهو أن ينكر ما يضره، فقال أبو حنيفة رحمه الله: القول قول من يدعى الصحة إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه المنكر، وقالا: القول قول المنكر وإن أنكر الصحة. (ف)

(٩) قوله: "قول المسلم إليه" لأنهما اتفقا على عقد واحد، واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه، وهو بيان الوصف، فمن يدعيه يدعى صحة العقد، فكان الظاهر شاهداً له، لأن الظاهر من حالهما مباشرة العقد على وجه الصحة دون الفساد، والقول قول من شهد له الظاهر، لأنه أقرب إلى الصدق. (ن)

(١٠) قوله: "متعنت" المتعنت لغة من يطلب العنت، وهو وقوع الإنسان فيما لا يستطيع الخروج عنه، والمراد بالمتعنت شرعًا من ينكر ما ينفعه، والمخاصم من ينكر ما يضره. كذا فى الفوائد الظهيرية. (ن)

(١١) إذ لا بد فى صحة السلم من بيان الصفة.

(١٢) أى صحة السلم.

(١٣) قوله: "يربو [أى يزيد]" فإن قيل: لا نسلم بل رأس المال خير وإن قل من المسلم فيه وإن جل، لأن ذلك نقد، وهذا نسيئة. قلنا: نعم كذلك إلا أن ذلك متروك ههنا بالعرف والعادة، فإن الناس مع وفور عقولهم يقدمون على عقد السلم، وما ذلك إلا لفائدة زائدة زادها فيه، فكان إلغاء مزية النقد بمقابلة فائدة زائدة زادها فى المسلم فيه مع كونه نسيئة. (ن)

(١٤) قوله: "وفى عكسه" يعنى المسلم إليه ينكر بيان الوصف، ورب السلم يدعى. (ن)

(١٥) قوله: "قالوا" أى لم يذكره محمد فى "الجامع الصغير"، والمتأخرون من المشايخ قالوا إلخ. (ع)

أبي حنيفة رحمه الله، لأنه يدعي الصحة وإن[١] كان صاحبه منكرًا، وعندهما القول للمسلم إليه، لأنه منكر وإن[٢] أنكر الصحة، وسنقرره من بعد[٣]، إن شاء الله تعالى. ولو قال المسلم إليه: لم يكن له أجل، وقال رب السلم: بل كان له أجل فالقول قول رب السلم[٤]، لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقًا له وهو الأجل، والفساد لعدم الأجل[٥] غير متيقن لمكان الاجتهاد[٦]، فلا يعتبر النفع في رد رأس المال. بخلاف عدم الوصف[٧]، وفي عكسه[٨] القول لرب السلم عندهما، لأنه ينكر حقًا[٩] عليه، فيكون القول قوله وإن[١٠] أنكر الصحة، كرب المال إذا قال للمضارب: شرطت لك نصف الربح[١١] إلا عشرة[١٢]، وقال المضارب: لا بل

(١٦) قوله: "يجب إلخ" لأن الظاهر شاهد له لأنه العقد الفاسد معصية، والظاهر من حال المسلم التحرز عن المعصية. (عيني)

(١) الواو وصلية.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "وسنقرره من بعد [فيه تسامح، فإن السين لا تستعمل للبعيد، والمطابق ونقرره. عناية]" وهو قوله: بعد خطوط القول لرب السلم عندهما، لأنه ينكر حقًا عليه إلخ. (ن)

(٤) بالاتفاق. (ف)

(٥) قوله: "والفساد إلخ" جواب عن سؤال مقدر، وهو أن يقال: ينبغي أن لا يكون المسلم إليه متعنتا في إنكاره الأجل، لأنه يرد رأس المال لفساد العقد لعدم الأجل، وبرد رأس المال يبقى له المسلم فيه، والمسلم فيه خير من رأس المال، وأنفع منه. (عيني)

(٦) قوله: "الاجتهاد" يعني أن فساد السلم بسبب ترك ذكر الأجل مجتهد فيه، فإن السلم الحال جائز عند الشافعي، فلما لم يكن فساده قطعا عند ترك الأجل لم يلزم من إنكار الأجل رد رأس المال، فلا يكون النفع حاصلا للمسلم إليه بهذا الإنكار من كل وجه، فلم يعتبر نفع رد رأس المال، فكان متعنتا لإنكاره النفع الظاهر، وهو الأجل، كذا في "النهاية". وتعقب عليه بأن بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها كالشافعي رحمه الله غير صحيح، والصحيح أن يقال: لأن الاختلاف كان ثابتًا بين الصحابة، لكن هذا مبني على ثبوته بين الصحابة. وقال ابن الهمام: هربًا عن القدح لأن السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين. (مولانا عبد الحليم)

(٧) قوله: "بخلاف عدم الوصف [كالرداءة ونحوها. ف]" أي لو قال المسلم إليه: شرطت لك رديئًا، وقال رب السلم: لم تشترط شيئًا، وهي المسألة الأولى كان القول قول المسلم إليه، لأن فساد السلم بترك الوصف متيقن به غير مجتهد فيه، فكان رب السلم متعنتا. (ن)

(٨) أي ادعى المسلم إليه الأجل وأنكره رب السلم.

(٩) وهو زيادة الربح. (ف)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "نصف الربح إلخ" ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة، وهي غلط لأنه على هذا التقدير القول للمضارب، لأن إنكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا. (ف)

(١٢) بالاستثناء.

شرطت لي نصف الربح، فالقول لرب المال، لأنه ينكر استحقاق الربح وإن[١] أنكر الصحة[٢]، وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه، لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا[٣] على عقد واحد[٤]، فكانا متفقين على الصحة ظاهراً[٥]. بخلاف[٦] مسألة المضاربة[٧]، ولأنه ليس بلازم[٨]، فلا يعتبر الاختلاف فيه[٩]، فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح، أما السلم فلازم، فصار الأصل[١٠] أن من خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه[١١] بالاتفاق[١٢]، وإن خرج[١٣] خصومة[١٤]، ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده، وعندهما للمنكر وإن[١٥] أنكر الصحة.

قال[١٦]: ويجوز السلم في الثياب إذا بين[١٧] طولا وعرضًا، ورقعة[١٨]؛ لأنه

(١) الواو وصلية.

(٢) أي صحة العقد.

(٣) المتعاقدان، واختلفا في جوازه وفساده. (ع)

(٤) لأن السلم عقد واحد، إذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر. (ع)

(٥) إذ الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة. (ع)

(٦) قوله: "بخلاف [جواب عن قياسهما المسألة المذكورة على مسألة المضاربة] إلخ" يعني أن عقد المضاربة إذا صح كان شركة، وإذا فسد صار إجارة، فلم يتفقا على عقد واحد، فإن مدعي الفساد يدعي إجارة، ومدعي الصحة يدعي الشركة، فكان اختلافهما في نوع العقد، بخلاف السلم في الحال، وهو ما يدعي منكر الأجل، فإنه سلم فاسد لا عقد آخر، ولهذا يحنث به في يمينه: لا يسلم في شيء، فقد اتفقا على عقد واحد، واختلفا في صحته وفساده، فالقول لمدعي الصحة. (ف)

(٧) أي لم يتفقا فيها على عقد واحد لأن الفاسد منها يكون إجارة. (ك)

(٨) قوله: "ولأنه إلخ" فرق آخر بين عقد السلم وعقد المضاربة باللزوم وعدمه، والأول فرق آخر باتحاد العقد وتعدده دل عليه قوله: وقد اتفقا على عقد واحد إلخ. (ك)

(٩) قوله: "فلا يعتبر إلخ" أي عقد المضاربة ليس بعقد لازم، لأن كل واحد من رب المال والمضارب يتمكن من فسخه بعد عقد المضاربة، وإذا كان غير لازم يرتفع العقد باختلاف العاقدين، وإذا ارتفع بقي دعوى المضارب في مال رب المال، فالقول للمنكر، وهو رب المال، أما السلم فعقد لازم، فبالاختلاف لا يرتفع، وإنما يرتفع عند رفعهما معاً، فكان مدعي الفساد متعنتاً، لأنه لا فائدة في إنكاره، فكان القول قول من يدعي الصحة. (ن)

(١٠) أي القاعدة الكلية.

(١١) وهي مدعي الصحة.

(١٢) لأن كلام المتعنت مردود.

(١٣) كلامه.

(١٤) أي من حيث الخصومة بأن ينكر ما يضره.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أي القدوري. (عيني)

أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا[١]، وإن كان ثوب حرير[٢] لا بد من بيان وزنه أيضًا، لأنه مقصود فيه[٣].

ولا يجوز السلم في الجواهر[٤]، ولا في الخرز[٥]؛ لأن آحادها تتفاوت[٦] تفاوتًا فاحشًا، وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنًا[٧] يجوز السلم، لأنه مما يعلم بالوزن[٨]. ولا بأس بالسلم في اللبن[٩] والآجر[١٠] إذا سمى ملبنًا[١١] معلومًا؛ لأنه عددي[١٢] متقارب، لا سيما إذا سمي الملبن.

قال[١٣]: وكل ما أمكن ضبط صفته[١٤]، ومعرفة مقداره[١٥] جاز السلم[١٦] فيه؛ لأنه لا يفضي إلى المنازعة، وما لا يضبط صفته، ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم

---

(١٧) بعد ذكر الجنس والنوع والصفة.

(١٨) قوله: "ورقعة [أي غلظة وثخانة]" يقال: رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وثخانته. (ك)

(١) عند قوله في أول الباب: وكذا في المذروعات.

(٢) هو المتخذ من الإبريسم. (ع)

(٣) قوله: "لأنه [مع الطول والعرض] مقصود فيه [أي في الحرير]" لأن الحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته، وكذا الديباج فإنه كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته. (مل)

(٤) قوله: "ولا يجوز إلخ" العددي الذي يتفاوت آحاده في المالية كالجواهر واللآلئ، والرمان والبطيخ، لا يجوز فيه السلم لإفضاءه إلى النزاع، والذي لا يتفات آحاده كالجوز والبيض جاز إذا كان من جنس واحد. (ع)

(٥) قوله: "الخرز [هو الذي ينظم وخرزات الملك جواهر تاجه]" خرزه بفتحتين مهره، وخرز، بفتحتين مهرها، وخرزات الملك جواهر تاج، ورسم چنان بود كه هر سال بادشاهان جوهرى باقيمت بر تاج مى نشانيدند تا عدد سالهاى پادشاهى ازان معلوم شود. (منتخب)

(٦) قوله: "تتفاوت" أي في المالية فإن الجوهرتين قد تتحدان وزنًا، ويختلف قيمتهما باعتبار حسن الهيئة. (ف)

(٧) للكحل والتداوي وتدق وتجعل في الدواء. (ف)

(٨) فلا يتفاوت في المالية. (ع)

(٩) لبنة واحد خشت خام.

(١٠) خشت پخته.

(١١) قوله: "ملبنا [آلة]" ملبن كمنبر قالب الطين قاموس، فهو بفتح الباء. (رد المحتار)

(١٢) قوله: "لأنه عددي إلخ" يعني إذا سمى الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرًا، فيكون ساقط الاعتبار، فيلحق بعددي متقارب. (ع)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "وكل ما أمكن إلخ" هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز، وما لا يجوز، والمقصود في الفقه معرفة المسائل الجزئية، فقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل، كذا في "العناية". (مل)

(١٥) كالقطن، والكتان، والإبريشم، والنحاس، والحديد، والرصاص، والصفر. (ف)

(١٦) قوله: "جاز السلم" كالأصناف الأربعة من المكيلات، والموزونات، والمذروعات، والعدديات المتقاربة.

فيه؛ لأنه دين وبدون الوصف يبقي مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة.

ولا بأس بالسلم في طست[١]، أو قمقمة، أو خفين، أو نحو ذلك[٢] إذا كان يعرف، لاجتماع شرائط السلم، وإن كان لا يعرف، فلا خير[٣] فيه، لأنه دين مجهول.

قال[٤]: وإن استصنع شيئًا[٥] من ذلك[٦] بغير أجل[٧] جاز استحسانًا[٨] للإجماع الثابت بالتعامل[٩]، وفي القياس لا يجوز، لأنه بيع المعدوم[١٠].

والصحيح أنه يجوز بيعًا لا عدة[١١]، والمعدوم قد يعتبر موجودًا حكمًا[١٢]، والمعقود عليه[١٣] العين[١٤] دون العمل، حتى لو جاء به مفروغًا عنه لا من صنعته، أو

(١) طشت.

(٢) كالكوز والقلنسوة وغيرهما.

(٣) أي لا يجوز. (ع)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) قوله: "وإن استصنع [الاستصناع طلب الصنعة. ف] إلخ" صورة الاستصناع أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول: اصنع لي شيئًا صورته كذا، وقدره كذا بكذا درهما، وسلم إليه جميع الدراهم، أو بعضها، أولا يسلم. (ع)

(٦) طشت، وقمقمة، وخف وغيره.

(٧) ولما لم يضرب له أجل فليس بسلم.

(٨) قوله: "استحسانًا" وجه الاستحسان أن النبي عليه السلام استصنع خاتمًا ومنبرًا، ولأن المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، فنزل منزلة الإجماع. (ك)

(٩) على الاتفاق. (ك)

(١٠) وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع المعدوم. (ك)

(١١) قوله: "لا عدة" وكان الحاكم الشهيد يقول: الاستصناع مواعدة، وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغًا عنه، ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما، والصحيح عند الجمهور أنه بيع لأن محمد رحمه الله سماه شراء، فقال: كان المستصنع إذا رآه بالخيار، لأنه اشترى مالم يره، وذكر فيه القياس والاستحسان، وفصل بين ما فيه تعامل، وبين مالا تعامل فيه، والمواعيد تجوز قياسًا واستحسانًا في الكل. (ك)

(١٢) قوله: "والمعدوم إلخ" هذا جواب عما يقال: كيف يجوز أن يكون بيعًا، والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعًا. وتقرير الجواب: أن المعدوم قد يعتبر موجودًا حكمًا، أي من حيث الحكم كالناسي للتسمية عند الذبح، فإن التسمية جعلت موجودة بعذر النسيان، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودًا حكمًا لتعامل الناس. (عيني)

(١٣) قوله: "والمعقود عليه إلخ" جواب عما يقال: إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو المستصنع، والمعقود عليه هو الصنع، بأن المعقود عليه هو العين، لأن المقصود هو المستصنع دون العمل، وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي، فإنه يقول: المعقود عليه العمل، لأن الاستصناع استفعال من الصنع، وهو العمل، فتسمية العقد به يدل على أنه معقود عليه، والأديم آلة العمل، وإنما ينعقد بيعًا عند التسليم، والصحيح أن المعقود عليه هو العين، حتى لو جاء به، أي لو جاء الصانع الذي يعمل بالمستصنع حال كونه مفروغًا عنه إلخ. (مل)

من صنعته قبل العقد، فأخذه[١] جاز، ولا يتعين[٢] إلا بالاختيار[٣] حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز[٤]، وهذا كله هو الصحيح[٥].

قال: وهو[٦] بالخيار[٧] إن شاء أخذه، وإن شاء تركه؛ لأنه اشترى شيئًا لم يره، ولا خيار للصانع، كذا ذكره في "المبسوط"، وهو الأصح[٨]؛ لأنه باع ما لم يره[٩]. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له[١٠] الخيار أيضًا[١١]، لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر[١٢]، وهو قطع الصرم[١٣]، وغيره[١٤]. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار لهما[١٥]، أما الصانع فلما ذكرنا[١٦]، وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع، لأنه لا يشتريه غيره بمثله[١٧]، ولا يجوز[١٨] فيما لا تعامل

(١٤) المستصنع فيه.

(١) المستصنع.

(٢) المستصنع.

(٣) من المستصنع.

(٤) ولو تعين لما جاز بيعه قبل رؤيته.

(٥) قوله: "وهذا كله هو الصحيح" راجع إلى قوله: أنه يجوز بيعًا لا عدة، والمعقود عليه العين دون العمل، وقوله: لا يتعين إلا بالاختيار لما أن في كل واحد منها قولا آخر.

فإن قيل: لو كان بيعًا لما بطل بموت الصانع أو المستصنع، قلنا: للاستصناع شبه بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع، وهو العمل، وشبه بالبيع من حيث إن المعقود عليه عين المستصنع، فلشبهه بالإجارة قلنا: يبطل بموت أحدهما، ولشبهه بالبيع، وهو المقصود أجرينا القياس والاستحسان، وأثبتنا فيه خيار الرؤية، ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في بيع العين. (ك)

(٦) أي المستصنع. (ع)

(٧) إذا رآه.

(٨) بناء على جعله بيعًا لا عدة. (ع)

(٩) وليس خيار الرؤية للبائع.

(١٠) أي للصانع.

(١١) إن شاء فعل وإن شاء ترك. (ع)

(١٢) أي بإتلاف شيء عين. (ن)

(١٣) قوله: "وهو قطع الصرم [معرب چرم] إلخ" فإن قيل: قطع الصرم لا يعتبر ضررًا في حقه لأنه رضي به، قلنا: جاز أن يكون رضاه بسبب ظن أن المستصنع مجبور على القبول، وأنه مجتهد فيه. (ك)

(١٤) كإتلاف الخيط في خرزة.

(١٥) أي الصانع والمستصنع.

(١٦) إشارة إلى قوله: ولا خيار للصانع إلخ. (ك)

(١٧) قوله: "لا يشتريه [أي المصنوع ع] غيره بمثله" وقد لا يشتريه أصلا، كما لو استصنع منبرًا من يعظ

فيه للناس، كالثياب، لعدم المجوز[١]، وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم[٢].

وإنما قال[٣]: بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل[٤] فيما فيه تعامل يصير سلمًا[٥] عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلمًا بالاتفاق.

لهما[٦]: أن اللفظ[٧] حقيقة للاستصناع، فيحافظ على قضيته[٨]، ويحمل الأجل على التعجيل[٩]، بخلاف ما لا تعامل فيه، لأن ذلك استصناع فاسد، فيحمل[١٠] على السلم الصحيح، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه[١١] دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع[١٢] لا شبهة فيه[١٣]، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة[١٤]، فكان الحمل على السلم أولى، والله أعلم.

الناس عليه فالقاضي لا يشتريه إصلا. (ن)

(١٨) الاستصناع.

(١) تعامل.

(٢) أي تسليم المستصنع.

(٣) في أول مسألة الاستصناع. (ن)

(٤) قوله: "لو ضرب الأجل إلخ" المراد بضرب الأجل ما ذكر على سبيل الاستمهال، أما المذكور على سبيل الاستعجال مثل أن قال: على أن تفرغ غدا أو بعد غد لا يصير سلما، لأن ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم، ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال، ولا يصير به سلما، وإن كان من الصانع فهو سلم، لأنه يذكره على سبيل الاستمهال. (ع)

(٥) فلا يجوز إلا بشرائط السلم.

(٦) في الخلافية.

(٧) أي لفظ الاستصناع.

(٨) قوله: "فيحافظ إلخ" يعني أن العمل بحقيقة اللفظ واجب إلا إذا صرفه عن الحقيقة صارف، وذكر الأجل لا يصرفه عنها لأن ذكره قد يكون للاستعجال كما لو قال لخياط: خط هذا الثوب غداً، فيحمل على حقيقة الاستصناع. (ك)

(٩) لأن ذكر الأجل يحتمل أن يكون للتعجيل، وأن يكون للاستمهال.

(١٠) بدلالة الأجل تصحيحاً لتصرف العاقل ما أمكن.

(١١) المصنوع.

(١٢) أي بإجماع الصحابة.

(١٣) لأنه ثابت بآية المداينة والسنة.

(١٤) لأن الشافعي رحمه الله ينكره.

مسائل منثورة[١]

قال[٢]: ويجوز بيع الكلب، والفهد[٣]، والسباع[٤]، المعلم وغير المعلم فى ذلك سواء، وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيع الكلب[٥] العقور[٦]؛ لأنه غير منتفع به. وقال الشافعى رحمه الله: لايجوز بيع الكلب[٧]؛ لقوله عليه السلام: «إن من السحت[٨] مهر البغى[٩] وثمن الكلب»*، ولأنه نجس العين، والنجاسة تشعر بهوان[١٠] المحل، وجواز البيع يشعر بإعزازه، فكان[١١] منتفيًا.

ولنا: «أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب[١٢] إلا كلب صيد[١٣] أوماشية»**

---

(١) قوله: مسائل منثورة [نثر الشيء نثرًا رماه متفرقة. ق] " المسائل التى تشذ عن الأبواب المتقدمة، ولم تذكر فيها إذا استدركت سميت مسائل منثورة، أى عن أبوابها. (ف)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) بالفتح يوز. (م)

(٤) أى ذى ناب وذى مخلب.

(٥) الذى لا يقبل التعليم. (ك)

(٦) أى الجارح. (ع)

(٧) مطلقًا. (ف)

(٨) قوله: "إن من السحت [حرام] إلخ" روى ابن حبان فى "صحيحه" عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «إن مهر البغى وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت». (ف)

(٩) أى أجرة الزانية. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٢، والدراية ج، الحديث ٨٠٦ ص١٦١. (نعيم)

(١٠) ذلة -بالضم- خوارى. (م).

(١١) جواز البيع.

(١٢) قوله: "نهى عن بيع إلخ" هو غريب بهذا اللفظ نعم أخرج الترمذى عن أبى هريرة قال: نهى النبى ﷺ عن ثمن الكلب إلا كلب صيد، وضعفه الترمذى، وقال: وقد روى أيضًا عن جابر مرفوعًا، ولا يصح إسناده، والأحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء. لكن روى أبو حنيفة فى "مسنده" عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس قال: رخص رسول الله ﷺ فى ثمن كلب الصيد، وهذا سند جيد، فإن الهيثم ذكره ابن حبان فى الثقات من أثبات التابعين، فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصًا، والمخصص بيان للمراد العام، فيجوز وإن كان دونه فى القوة عندهم، حتى أجاز، والتخصيص العام والقاطع بخبر الواحد ابتداء، فبطل مدعاهم من عموم منع البيع. ثم دليل التخصيص مما يعلل تعليل إخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعًا به، وخصوص الاصطياد ملغى، فصار الكلب المنتفع به خارجًا سواء انتفع به فى صيد أو حراسة ماشية. (ف)

(١٣) قوله: "إلا كلب إلخ" ههنا بحث، وهو أن الدليل أخص من الدعوى، فإن المدعى جواز بيع الكلب مطلقًا، والحديث يفيد جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير.

وأجيب عنه بوجوه: الأول: ما اختاره فى "النهاية" من أن إيراد هذا الحديث لإبطال مذهب الخصم، إذ هو يدعى شمول عدم الجواز، وأما إثبات المدعى، فبحديث ذكره فى "الأسرار" برواية عبد الله بن عمرو ابن العاص

ولأنه منتفع به حراسة[١] واصطياداًفكان[٢] مالا[٣]، فيجوز بيعه، بخلاف الهوام[٤] المؤذية؛ لأنه لا ينتفع بها[٥]، والحديث[٦] محمول[٧] على الابتداء[٨]، قلعا لهم عن الاقتناء[٩]، ولا نسلم[١٠] نجاسة العين، ولو سلم فيحرم التناول[١١] دون البيع[١٢]. قال[١٣]: ولا يجوز[١٤] بيع الخمر والخنزير؛ لقوله عليه السلام فيه[١٥]: « إن

أنه قضى عليه السلام في كلب بأربعين درهماً، ذكره مطلقًا من غير تخصيص في أنواع الكلاب في التضمين، وتضمين المتلف دليل على تقومه، وفيه إما أولا فبأن الطحاوى حدث فى "شرح الآثار" عن عبد الله ابن عمرو أنه عليه السلام قضي فى كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً، فهذا مخصوص بنوع.

وأما ثانيًا: فبأنه حكاية حال، فلا توجب العموم فى أنواع الكلاب.

والثاني: ما اختاره فى "الكفاية" وغيرها: وهو أن الحديث يدل على جواز بيع جميع الكلاب، لأن كل كلب يصلح لحراسة الماشية، إذ من عادة الكلاب نباحها عند حس الذئب أو السارق.

والثالث: أن ما وراء كلب الصيد والماشية ملحق به دلالة، فتدبر. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

** راجع نصب الراية ج. ٥٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٧ ص١٦١. (نعيم)

(١) قوله: "حراسة" فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه، يمنع الأجانب عن الدخول فيه، ويخبر عن الجاني بنباحه عليه، فساوى المعلم فى الانتفاع. (عيني)

(٢) قوله: "فكان مالا" يعنى ماله مملوكًا متقومًا، أما كونه مالا فلأن المال اسم لغير الآدمى خلق لمنفعته المطلقة شرعًا، وهذا كذلك، فكان مالا، وأما أنه مملوك متقوم فلأنه محرز مأذون شرعًا فى الانتفاع، والملك يثبت بالإحراز بدار الإسلام والتقوم بالتمول وكلاهما مأذون فيه شرعًا، إذ قد أذن الشرع فى اقتناء كلب الماشية والصيد، وإذا كان كذلك جاز بيعه. (فتح القدير)

(٣) منتفعًا به حقيقة وشرعًا. (ع)

(٤) قوله: "بخلاف الهوام [جمع هامة وهى ما تقتل من ذوات السموم. عينى]" أى هوام الأرض كالخنافيس والعقارب والفأرة، والوزغ، والقنافذ، والضب، وهوام البحر كالضفدع والسرطان، وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها، وإن لم ينتفع فلا يجوز. (ف)

(٥) بل هى مضرة.

(٦) المذكور فى استدلال الشافعى، جواب عن استدلال الشافعى بالحديث. (ع)

(٧) قوله: "محمول إلخ" لأنه روى عن إبراهيم أنه قال: روى عنه عليه السلام أنه رخص فى ثمن كلب الصيد، فبذكر الرخصة تبين انفساخ ما روى من النهى، وهذا لأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب، وكانت الكلب فيهم تؤذى الصبيان والغرباء، فنهوا عن اقتناءها، فشق ذلك عليهم، فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المالوفة، ثم رخص لهم بعد ذلك ثمن ما يكون منتفعًا به وهو كلب الصيد والحرث والماشية. (ن)

(٨) أى ابتداء الإسلام.

(٩) نگاه داشتن براى خوردن وتجارت. (م)

(١٠) جواب عن استدلال بالمعقول بالمنع. (ع)

(١١) أى الأكل.

(١٢) قوله: "دون البيع" كما فى السرقين، فإنه عندنا يجوز بيع البعر والسرقين، وقال الشافعى: لا يجوز لأنه نجس العين بمنزلة القذرة، ولنا: أنه مال منتفع به عند الناس من غير نكير، وأما القذرة فلا ينتفع بها إلا إذا

الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها[١]»* ، ولأنه ليس بمال[٢] فى حقنا[٣]، وقد ذكرناه[٤]. قال[٥] : وأهل الذمة فى البياعات كالمسلمين ؛ لقوله عليه السلام فى ذلك الحديث[٦] : «فأعلمهم[٧] أن لهم ما للمسلمين[٨] وعليهم ما على المسلمين[٩]»** ، ولأنهم مكلفون[١٠] محتاجون كالمسلمين[١١].

قال : إلا فى الخمر والخنزير خاصة ، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة ، لأنها أموال[١٢] فى

اختلط بالتراب، وحينئذٍ جاز بيعها تبعًا، كذا ذكره الإمام قاضى خان فى "الجامع الصغير". (ن)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) يعنى أنه باطل. (ع)

(١٥) أى فى الخمر.

(١) قوله: "إن الذى حرم إلخ" قال محمد فى "كتاب الآثار": إن رجلا يكنى أبا عامر، كان يهدى لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كل عام راوية من خمر، فأهدى إليه فى العام الذى حرمت راوية كما كان يهدى، فقال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «يا أبا عامر إن الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا فى خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستغن بثمنها على حاجتك فقال له النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم يا أبا عامر أن الذى حرم شربها حرم بيعها، وأكل ثمنها». (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٤، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٨ ص١٦١. (نعيم)

(٢) أى متقوم. (ك)

(٣) أى المسلمين.

(٤) فى باب البيع الفاسد. (ف)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) هذا الحديث لم يعرف. (ف)

(٧) قوله: "فأعلمهم إلخ" قلت: لم أعرف الحديث الذى أشار إليه المصنف، ولم يتقدم فى هذا المعنى إلا حديث معاذ، وهو فى كتاب الزكاة، وحديث بريدة وهو فى كتاب السير وليس فيهما ذلك. (ت)

(٨) أى يحل لهم ما يحل إلخ.

(٩) أى يحرم عليهم ما يحرم إلخ.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٥٥، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٠٨ص١٦٢. (نعيم)

(١٠) قوله: "ولأنهم مكلفون [وقد التزموا أحكامنا بالإقامة فى دارنا، وإعطاء الجزية. ف]" يعنى بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما يبقى به نفوسهم كالمسلمين، ولا يبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب، والكسوة، والسكنى، ولا يحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة، ومنها البيع، فيكون مشروعًا فى حقهم، كما فى حق المسلمين. (ع)

(١١) قوله: "كالمسلمين" حتى أن الذمى إذا باع مكيلا أو موزونًا بمكيل، أو موزون من جنسه متساويًا جاز، ولا يجوز متفاضلا. (ك)

اعتقادهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم، وما[١] يعتقدون دل عليه[٢] قول عمر رضى الله عنه[٣]: "ولوّهم بيعهما[٤]، وخذو العشر من أثمانهما[٥]"*.

قال[٦]: ومن قال لغيره: بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن[٧] لك خمسمائة من الثمن سوى الألف، ففعل[٨] فهو جائز، ويأخذ الألف من المشتري، والخمسمائة[٩] من الضامن[١٠]، وإن كان لم يقل[١١] من الثمن جاز البيع بألف درهم، ولا شيء على الضمين، وأصله[١٢] أن الزيادة على الثمن والمثمن جائزة عندنا، وتلتحق[١٣] بأصل العقد، خلافًا لزفر رحمه الله والشافعي رحمه الله، لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع، وهو كونه عدلا[١٤]، أو

---

(١٢) متقومة. (ع)

(١) إى مع.

(٢) أى على ما ذكرنا من أنا أمرنا إلخ.

(٣) أخرجه أبو يوسف فى كتاب الخراج. (ف)

(٤) قوله: "ولو هم إلخ" الخطاب إلى العمال، وكانوا يأخذون فى الجزية الميتة، والخنزير والخمر، والمعنى اجعلوهم ولاة بيعها، والتولية أن يجعل واليا، كذا فى "النهاية". (مل)

(٥) رواه عبد الرزاق فى "مصنفه". (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٥، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٠٨ ص١٦٢. (نعيم)

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) قوله: "على أنى ضامن إلخ" صورة المسألة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبد بألف درهم، وهو لا يبيع إلا به وبخمس مائة، والمشترى لا يرغب إلا بالألف، فيجيء آخر، ويقول بع عبدك من هذا الرجل بألف على إنى ضامن لك خمس مائة من الثمن سوى الألف، فيقول صاحب العبد: بعت، ويكون قوله: بعت جوابًا للكل، ولو لم يوجد إباء، ولا مساومة، ولكن إيجاب العقد بألف حصل عقيب زمان الرجل ذلك كان كذلك استحسانًا، أما زمانه بعد الإباء والمساومة يصح قياسًا واستحسانًا. (ن)

(٨) البائع.

(٩) قوله: "والخمسمائة" بالألف واللام فى المضاف دون المضاف إليه، فقيل لا خلاف فى امتناعه، وقال ابن عصفور: بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدًا، وقيل: إذا أورد مثل هذا ينبغى أن لا يعتقد إضافة الخمسة بل الجر فى المضاف إليه على حذف المضاف، أى الخمس خمس مائة. (ع)

(١٠) قوله: "من الضامن" ثم إن كان الضمان بأمر المشترى كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمس مائة من الضامن، لأن البيع على المشترى صار بألف وخمس مائة، وللمشترى أن يرابح على ألف وخمس مائة، ولو كان بغير أمره، لم يثبت الزيادة فى حق المشترى، فليس للبائع حبس المبيع على الخمس مائة، ويرابح على ألف. (ف)

(١١) الضامن.

(١٢) أى الأمر الكلى.

(١٣) كما مر.

خاسرًا[١]، أو رابحًا[٢]. ثم قد لا يستفيد المشترى بها شيئًا[٣] بأن زاد في الثمن و[٤]هو[٥] يساوى المبيع بدونها، فيصح اشتراطها على الأجنبى كبدل الخلع[٦]، لكن من شرطها المقابلة[٧] تسمية[٨] وصورة، فإذا قال من الثمن وجد شرطها[٩] فيصح[١٠]، وإذا لم يقل لم يوجد، فلم يصح.

قال: ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها[١١]، فوطئها الزوج فالنكاح جائز[١٢] لوجود سبب الولاية[١٣] وهو الملك فى الرقبة على الكمال[١٤]، وعليه[١٥] المهر وهذا[١٦] قبض، لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته، فصار فعله كفعله، وإن

(١٤) بأن يكون الثمن مساويًا بقيمة المبيع.

(١) بأن يكون الثمن أقل من قيمة المبيع.

(٢) بأن يكون الثمن زائدًا على قيمة المبيع.

(٣) قوله: "ثم قد لا يستفيد إلخ" جواب سؤال هو أن يقال: ينبغى أن لا يصح الضمان على الأجنبى من البائع بخمس مائة، لأنه لا يستفيد بها شيئًا، فأجاب بأن المشترى قد يزيد فى الثمن بعد البيع مع أنه لا يستفيد بتلك الزيادة شيئًا لأن المبيع حصل له بدونها، فكذا فى الأجنبى. (مل)

(٤) الواو حالية.

(٥) الثمن.

(٦) قوله: "كبدل الخلع [فإنه قد صح شرطه على غير العاقد أعنى غير المرأة. ك]" أى فصار الفضل فى ذلك كبدل الخلع فى كونه لا يدخل فى ملك المرأة فى مقابلة شىء، فجاز اشتراطه على الأجنبى كهو. (عناية)

(٧) بأن يتكلم بلفظ من الثمن.

(٨) قوله: "تسمية" بأن يتكلم بلفظ من الثمن، وصورة بأن يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة، وإن لم يقابله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصله بالمزيد عليه، بخلاف ماإذا لم يقل من الثمن حيث لا يصح لأنها ليست زيادة فى الثمن بل هو التزام مال مبتدأ، فيكون بطريق الرشوة وهو حرام. (ك)

(٩) وهو المقابلة.

(١٠) قوله: "فيصح" فيه أنه لو كان خمس مائة ثمنًا لتوجهت المطالبة بها على المشترى، إلا أن يقال: إن الزيادة ثابتة على المشترى بلا بدل، فيطلب ممن التزمه لا غير، كبدل الخلع. (مل)

(١١) برجل. (ع)

(١٢) قوله: "فالنكاح جائز" وإنما جاز نكاحها قبل القبض، ولم يجز بيعها قبله، لأن البيع يفسد قبل الغرر دون النكاح، وفى البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض، ولأن القدرة على التسليم شرط فى البيع، وذلك إنما يكون بعد القبض، وليس بشرط لصحة الإنكاح، ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح، وتزويج الآبقة يجوز. (ف)

(١٣) أى ولاية التزويج.

(١٤) قيده بالكمال، لأنه لو ملك نصفها لا يملك التزويج.

(١٥) الزوج.

لم يطأها فليس بقبض[(١)]، والقياس أن يصير قابضًا[(٢)]، لأنه تعييب حكمى[(٣)]، فيعتبر[(٤)] بالتعييب الحقيقى، وجه الاستحسان: أن فى الحقيقى[(٥)] استيلاء[(٦)] على المحل وبه يصير قابضًا، ولا كذلك الحكمى[(٧)]، فافترقا[(٨)].

قال: ومن اشترى عبدًا فغاب[(٩)]، والعبد في يد البائع، وأقام البائع[(١٠)] البينة أنه باعه[(١١)] إياه، فإن كانت غيبته معروفة[(١٢)] لم يبع[(١٣)] فى دين البائع؛ لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع، وفيه[(١٤)] إبطال حق المشترى[(١٥)]، وإن لم يدر أين هو بيع العبد، وأوفى الثمن[(١٦)] لأن ملك المشترى[(١٧)] ظهر بإقراره[(١٨)]، فيظهر[(١٩)] على الوجه

---

(١٦) أى هذا التزويج الذى مع الوطئ.

(١) أى مجرد التزويج. (ع)، حتى إذا هلك فهو من مال البائع. (ك)

(٢) قوله: "والقياس أن يصير قابضًا [أى بمجرد النكاح]" وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله حتى إن هلكت بعد ذلك تهلك من مال المشترى. (عناية)

(٣) قوله: "لأنه [تزويج] تعييب حكمى" حتى لو وجدها المشترى ذات زوج كان له أن يردها، فيصير كالتعييب الحقيقى كقطع اليد، وفقئ العين. (مل)

(٤) أى فيقاس.

(٥) قوله: "فى الحقيقى" بأن اشترى جارية، وفقأ عينها، أو قطع يدها. (نهاية)

(٦) باتصال فعل من المشترى به.

(٧) قوله: "ولا كذلك الحكمى" فإنه عيب حكمى من طريق الحكم على معنى أنه يقل رغبات الناس فيهما، وينتقص لأجله الثمن، وهو معنى نقصان السعر. (ن)

(٨) أى الحقيقى والحكمى.

(٩) أى قبل نقد الثمن. (ك)

(١٠) عند القاضى.

(١١) العبد.

(١٢) أى يعلم أين هو. (ف)

(١٣) العبد.

(١٤) البيع.

(١٥) فى المبيع.

(١٦) مفعول ثان للإيفاء، أى أوفى البائع الثمن. (ن)

(١٧) قوله: "لأن ملك المشترى إلخ" فيه إشارة إلى أنه لا يشترط إقامة البينة للبيع إذا كان لا يدرى أين هو، لأن موضوع المسألة أن العبد فى يد البائع، وقول الإنسان فيما فى يده مقبول، لكن مع هذا يشترط إقامة البينة ليكون البيع بحجة بالغة، وهذه البينة لكشف الحال، وفى مثلها لا يشترط حضور الخصم، وإنما وضع المسألة فى المنقول، لأن القاضى لا يبيع العقار على الغائب. (ك)

(١٨) البائع.

الذى أقر[١] به[٢] مشغولا بحقه[٣]. وإذا تعذر استيفاءه[٤] من المشترى يبيعه القاضى[٥] فيه[٦] كالراهن[٧] إذا مات، والمشترى[٨] إذا مات مفلسًا[٩]، والمبيع لم يقبض، بخلاف[١٠] ما بعد القبض[١١]، لأن حقه[١٢] لم يبقَ متعلقًا به، ثم إن فضلَ[١٣] شىء[١٤] يمسك للمشترى، لأنه بدل حقه[١٥]، وإن نقص[١٦] يتبع هو[١٧] أيضًا.

فإن كان المشترى اثنين، فغاب أحدهما[١٨]، فللحاضر أن يدفع[١٩] الثمن كله،

---

(١٩) الملك.

(١) البائع.

(٢) أى بذلك الوجه.

(٣) البائع.

(٤) أى استيفاء حق البائع.

(٥) قوله: "يبيعه القاضى إلخ" ثم قيل ينصب القاضى من يقبض العبد للمشترى، ثم يبيع لأن بيع القاضى كبيع المشترى وبيع المشترى قبل القبض لا يجوز، فكذا بيع القاضى، وفيه نظر لأن المشترى ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن، فكذا من يجعل وكيلا عنه. وقيل: لا ينصب، لأن البيع ههنا ليس بمقصود، وإنما المقصود النظر للبائع إحياء لحقه، والبيع يحصل فى ضمن النظر، ويجوز أن يثبت الشىء حتماً، ولا يثبت قصداً. (ك)

(٦) أى فى هذا الاستيفاء.

(٧) قوله: "كالراهن إلخ" فإن المرتهن أحق بالمرهون يباع فى دينه إذا تعذر الاستيفاء. (ع)

(٨) فإن المبيع يباع بثمنه. (ع)

(٩) قبل قبض المبيع. (ع)

(١٠) فإن بينة البائع لا تقبل.

(١١) أى قبض المشترى المبيع، ثم غائب.

(١٢) قوله: "لأن حقه" أى حق البائع لم يبق متعلقا بمالية العبد بل صار دينًا فى الذمة على المشترى، والبينة لإثبات الدين على الغائب غير مقبولة عندنا. (ن)

(١٣) من ثمن العبد.

(١٤) بعد البيع.

(١٥) المشترى.

(١٦) قوله: "وإن نقص" أى إن نقص ثمن العبد من حق البائع يتبع البائع المشترى يعنى يرجع البائع بالنقصان إذا ظفر به. (مل)

(١٧) المشترى.

(١٨) قبل نقد الثمن.

(١٩) قوله: "فللحاضر أن يدفع إلخ" الحاضر لا يملك قبل نصيبه إلا بنقد جميع الثمن بالاتفاق، فلو نقده اختلفوا فى موضع، الأول: هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبى يوسف لا وعند أبى حنيفة ومحمد يجبر. والثانى: أنه إن قبل هل يجبر على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبى يوسف لا وعندهما يجبر.

ويقبضه[(١)]، وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن، وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه[(٢)]، وكان متطوعًا بما أدى عن صاحبه، لأنه قضى دين غيره، بغير أمره، فلا يرجع عليه[(٣)]، وهو أجنبى عن نصيب صاحبه[(٤)]، فلا يقبضه[(٥)].

ولهما: أنه مضطر فيه[(٦)]، لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن، لأن البيع صفقة واحدة، وله[(٧)] حق الحبس[(٨)] ما بقى شىء منه، والمضطر يرجع كمعير الرهن[(٩)]، وإذا كان له أن يرجع عليه[(١٠)] كان له الحبس[(١١)] عنه[(١٢)] إلى أن يستوفي حقه كالوكيل[(١٣)] بالشراء[(١٤)] إذا قضى الثمن من مال نفسه[(١٥)].

قال: ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة[(١٦)] فهما نصفان؛ لأنه أضاف

والثالث: لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند أبى يوسف لا وعندهما يرجع. (ف)

(١) العبد.

(٢) أى يقبض نصيبه بطريق المهايأة. (ن)

(٣) الغير.

(٤) أى الغائب.

(٥) أى نصيب صاحبه.

(٦) قوله: "مضطر فيه [أى في دفع كل الثمن]" فإن قيل: لو كان التعليل بالاضطرار صحيحًا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته، فإنه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه إلا بعد نقد صاحبه، فالجواب أن الاضطرار في حال حضوره مفقود لإمكان أن يخاصم إلى الحاكم لنقد نصيبه من الثمن، فيتمكن هو من قبض نصيبه بخلاف حال غيبته. (ع)

(٧) أى للبائع.

(٨) أى حبس المبيع.

(٩) قوله: "كمعير الرهن" بأن أعار شيئًا ليرهنه فرهنه، ثم أفلس الراهن وهو المستعير، أو غاب فأفتكه المعير يرجع بما أدى من الدين على الراهن، وإن كان قضى دين الراهن بغير أمره لأنه مضطر فى القضاء، لأنه لا يتمكن من الانتفاع بماله إلا بقضاء الدين، فكذالك ههنا. (ك)

(١٠) وفى نسخة إليه أى الغائب.

(١١) ولو بقى درهم.

(١٢) الغائب.

(١٣) له أن يحتبس المبيع عن الموكل إلى أن يعطى جميع الثمن. (ف)

(١٤) فإنه يرجع على الموكل بما أدى من الثمن.

(١٥) دون مال الموكل.

(١٦) قوله: "بألف مثقال إلخ" قيل: فكان الواجب أن يقيد المصنف بالجودة أو الرداءة، أو الوسط، لأن الناس لا يتبايعون بالتبر، فلا بد من بيان الصفة قطعًا للمنازعة، ولهذا قيده محمد رحمه الله بها فى "الجامع

المثقال إليهما على السواء[١]، فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية، وبمثله[٢] لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل[٣]، ومن الفضة دراهم[٤] وزن سبعة، لأنه أضاف الألف إليهما، فينصرف إلى الوزن[٥] المعهود[٦] في كل واحد منهما.

قال: ومن له على آخر عشرة دراهم جياد، فقضاه زيوفًا[٧] وهو لا يعلم فأنفقها[٨]، أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله[٩].

وقال أبو يوسف رحمه الله: يرد مثل زيوفه، ويرجع بدراهمه[١٠]، لأن حقه[١١] في الوصف مرعى كهو[١٢] في الأصل، ولا يمكن رعايته[١٣] بإيجاب[١٤] ضمان الوصف[١٥]، لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه، فوجب المصير إلى ما قلنا[١٦].

الصغير"، وبيوع "الأصل"، ويجوز أن يقال: تركه لكونه معلومًا من أول كتاب البيوع أن ذلك لا بد منه. (عناية)

(١) قوله: "على السواء" فإن قيل: ينبغي أن يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل، و يترجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات. قلنا: لما تعارض هذان الوجهان وجب المصير إلى قضية الإضافة، ومطلق إضافة المثاقيل إليهما يوجب الشركة على السواء. (ك)

(٢) قوله: "وبمثله" هذا اللفظ في استعمال الفقهاء فيما إذا كانت المسألتان متشابهتين صورة، ومختلفتين حكمًا، وههنا كذلك. (نهاية)

(٣) خمس مائة مثقال. (ع)

(٤) أي خمس مائة دراهم كل عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل.

(٥) قوله: "إلى الوزن المعهود إلخ" ولقائل أن يقول: النظر إلى المتعارف يقتضي أن ينصرف إلى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد. (عناية)

(٦) وهو وزن السبعة المثقال.

(٧) درهم زيف أي رديء وهو من الوصف بالمصدر.

(٨) زيوف.

(٩) أي يكون مؤديا ما عليه من تلك الدراهم ولا يبقى عليه شيء.

(١٠) الجياد.

(١١) قوله: "لأن حقه إلخ" أي لأن حق رب الدين في وصف الدين من حيث الجودة واجب الرعاية كحق ذلك في الأصل من حيث القدر، فلو كان المقبوض دون حقه قدرا لم يسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان، فكذلك إذا كان دون حقه وصفًا إلا أنه يتعذر ذلك، لأنه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها فيرد عين المقبوض إذا كان قائمًا، ومثله إن كان مستهلكا، لأن مثل الشيء يحكى عنه. (ن)

(١٢) الحق.

(١٣) أي رعاية حق [illegible]صف.

(١٤) أي على المديون.

(١٥) الذي هو الجودة.

ولهما: أنه(١) من جنس حقه، حتى لو تجوز(٢) به(٣) فيما لا يجوز(٤) الاستبدال(٥) جاز(٦)، فيقع به(٧) الاستيفاء، ولا يبقى حقه إلا في الجودة، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا(٨)، وكذا بإيجاب ضمان الأصل، لأنه إيجاب(٩) له عليه(١٠)، ولا نظير له(١١).

قال: وإذا أفرخ(١٢) طير في أرض رجل فهو(١٣) لمن أخذه، وكذا(١٤) إذا باض(١٥) فيها، وكذا إذا تكنس(١٦) فيها ظبي، لأنه(١٧) مباح سبقت يده إليه، ولأنه(١٨) صيد

---

(١٦) من أنه يرد مثل إلخ.

(١) الزيف.

(٢) قوله: "تجوز [أي أخذ مساهلا لنقصان حقه. ن]" تجوز في هذا آسان فرا گرفت آن را وچشم پوشي كرد تجوز الدراهم قبول كردد رمها را با آنكه مغشوش بودند. (من)

(٣) أي بالزيف.

(٤) قوله: "فيما لا يجوز إلخ" وإنما عين ذلك لأن غير ذلك لا يكون دليلا حتى إنه لو كان عليه دين في غير موضع الصرف والسلم جاز أن يستبدله بالثياب وغيرها، ومعلوم أن الثياب ليس من جنس حقه، وفي الصرف والسلم لا يجوز الاستبدال، فلو لم يكن الزيوف من جنس حقه لكان استبدالا في الصرف والسلم. (ن)

(٥) كالصرف والسلم. (ن)

(٦) وما جاز إلا لأنه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق. (ف)

(٧) زيف.

(٨) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها. (ن)

(٩) قوله: "لأنه إيجاب إلخ" أي لأن المضمون حينئذ هو الأصل، والفرض أنه من حيث الأصل مستوف، فإيجاب الضمان باعتباره إيجاب له عليه. (ع)

(١٠) قوله: "عليه" وبهذا فارق ضمان كسب العبد المأذون على المولى، وإن كان ملكًا له لأن ذلك ضمان ملكه عليه لا له بل للغريم، وهذا ضمان ملكه عليه له. فإن قيل: إيجاب الضمان له عليه إنما يكون ممتنعًا لعدم الفائدة، وههنا اشتمل على فائدة وصوله إلى حقه وهو الجودة، ألا ترى أن من اشترى مال نفسه لا يصح لعدم الفائدة، ويجوز لرب المال أن يشترى مال المضاربة من المضارب لما فيه من الفائدة. قلنا: لا يصح وإن كان فيه فائدة، لأن الجودة تبع للدراهم لأنها وصف لها، فنقض أصل الدراهم لاسترداد الجودة جعل ما هو الأصل تبعًا لتبعه، وهذا نقض الموضوع، وقلب المعقول، بخلاف المستشهد به، لأنه ليس فيه ذلك. (ك)

(١١) في الشرع.

(١٢) إفراخ: چوزة بيرون آوردن مرغ وبيضة. (من)

(١٣) أي الفرخ.

(١٤) أي لمن أخذه.

(١٥) قوله: "باض" باضت الدجاجة خايه نهاد ما كيان. (من) والتكنس بكناس پنهان شدن آهو، وكناس ككتاب خواب جاے آهو در درخت لأنه يكنس الرمل حتى يصل. (من)

(١٦) قوله: "إذا تكنس [أي دخل في الكناس وهو موضعه. ك]" وفي بعض النسخ تكسر أي وقع فيها، تكسر [تكسر أي انكسر رجله بنفسه. در مختار] ويحترز عما لو كسره رجل فيها، فإنه لذلك الرجل

وإن[1] كان[2] يؤخذ بغير حيلة، والصيد لمن أخذه[3]، وكذا البيض، لأنه أصل الصيد[4]، ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه[5]، وصاحب الأرض[6] لم يعد[7] أرضه لذلك، فصار كنصب شبكة[8] للجفاف، وكما إذا دخل الصيد داره[9]، أو وقع ما نثر من السكر، أو الدراهم فى ثيابه لم يكن له[10] ما[11] لم يكفله، أو كان مستعدًا له[12] بخلاف ما إذا عسل النحل فى أرضه[13]، لأنه[14] عد من أنزاله[15]، فيملكه[16] تبعًا لأرضه كالشجر النابت[17] فيه[18]، والتراب[19] المجتمع فى

لا للآخذ، ولا يختص بصاحب الأرض. (ف)

(١٧) أى لأن كل واحد منها.

(١٨) هر واحد.

(١) الواو وصلية.

(٢) قوله: "وإن كان يؤخذ إلخ" كونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله فى أرض إنسان، فإنه للآخذ دون صاحب الأرض. (ع)

(٣) بالحديث. (ع)

(٤) فحكمه حكم الصيد.

(٥) شوى اللحم شيًا: بريان كرد گوشت را. (من)

(٦) قوله: "وصاحب الأرض إلخ" جملة حالية هى قيد لقوله: فهو لمن أخذه أى إنما يكون للآخذ إذا لم يكن صاحب الأرض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئرًا ليسقط فيها، أو أعد مكانًا للفراخ ليأخذها، فإن أعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل رب الأرض يصير بذلك قابضاً حكماً كمن نصب شبكة لتجففها، فتعلق بها صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة، لأنه لم يعدها الآن للآخذ. (ف)

(٧) من الإعداد.

(٨) بفتحتين دام صياد. (م)

(٩) قوله: "وكما إذا دخل الصيد داره" فلم يعلمه، فأغلق بابه، فهو لمن أخذه، فإن علم به وأغلق الباب عليه، أو سدا لكوة كان لصاحب الدار. (ف)

(١٠) قوله: "لم يكن له" أى لم يكن لصاحب الثياب ما لم يكفه، أى ما لم يضم صاحب الثياب ثيابه فهو لمن أخذه، وإذا كان كفه فهو له دون غيره. (مل)

(١١) ما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان. (ف)

(١٢) قوله: "أو كان مستعداً [بأن تهيأ له وبسط ثوبه لذلك] له [أى للنثار]" إما معطوف على قوله: لم يكفه بتقدير حرف النفى، أى ما كان مستعداً له، وإما معطوف على محذوف بعد قوله: ما لم يكفه، أى إذا كان كفه، أو كان مستعداً له كان له، أى للكاف، أو للمستعد، كذا فى "النهاية". (مولانا محمد عبد الحليم)

(١٣) فهو لصاحب الأرض. (ف)

(١٤) العسل.

(١٥) قوله: "من أنزاله [أى من زيادات الأرض أى ما يثبت فيها. ف]" الأنزال جمع نزل، وهو الزيادة، وذكر الضمير، وهو عائد إلى الأرض وهى مؤنثة على تأويل المكان. (ف)

أرضه بجريان الماء[١].

كتاب الصرف[٢]

قال: الصرف هو البيع[٣] إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان[٤]، سمى[٥] به[٦] للحاجة إلى النقل فى بدليه من يد إلى يد، والصرف هو النقل والرد لغةً[٧]، أو لأنه لا يطلب منه[٨] إلا الزيادة، إذ لا ينتفع بعينه، والصرف هو الزيادة لغةً، كذا قاله الخليل، ومنه[٩] سميت[١٠] العبادة النافلة صرفًا[١١].

---

(١٦) قوله: "فيملكه [عسل] إلخ" لأن الأصل لا يحصل فى مطلق المواضع، بمطلق الأغذية بل لغذاء خاص، ومكان خاص، فإذا عسل فى أرضه علم أنه من نبات ذلك الأرض كالشجر. (ن)

(١٧) فهو لصاحب الأرض.

(١٨) أى فى أرضه.

(١٩) فهو لصاحب الأرض.

(١) على الأرض.

(٢) أخر من أنواع كتاب البيوع، لأن الصرف بيع الأثمان، والثمن فى البياعات يجرى مجرى الوصف، لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل، فقدم ما هو أكثر وجوداً. (ف)

(٣) قوله: "الصرف هو البيع إلخ" هذا قول القدورى، وإنما قال من جنس الأثمان، ولم يقتصر على قوله: بيع ثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد، فإن المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمناً صريحاً، ولهذا يتعين فى العقد، ومع هذا بيع صرف. (ف)

(٤) قوله: "من جنس الأثمان [الثمن عند العرب ما كان ديناً فى الذمة كذا قاله الفراء. ك]" الأموال أنواع، نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء أو لا قوبلت بجنسها أو بغيره، ونوع مبيع بكل حال، وهو ما ليس من ذوات الأمثال كالثياب والدواب والمماليك، ونوع ثمن بوجه مبيع بوجه كالمكيل والموزون، فإنه إذا كان معينا فى العقد كان مبيعا، وإن لم يكن معينا، وصحبه الباء، وقابله مبيع فهو ثمن، ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة فى الأصل فإن كان رائجاً كان ثمناً، وإن كان كاسداً كان سلعة. وأقسام بيع الصرف ثلاثة: بيع الذهب بالذهب، وبيع الفضة بالفضة، وبيع أحدهما بالآخر، وشروطه على الإجمال التقابض قبل الافتراق بدنا، وأن لا يكون فيه خيار ولا أجل. (مل)

(٥) هذا العقد.

(٦) أى بالصرف.

(٧) قال الله تعالى: ﴿ثم انصرفوا﴾ أى صرف الله قلوبهم. (ك)

(٨) قوله: "لا يطلب إلخ" أى لا يطلب بهذا العقد إلا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة، إذ النقود لا تنتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب، فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة فى يده ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعاً، وقد دل على مشروعيته قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾، وإذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة ناسب أن يسمى صرفاً. (ع)

(٩) أى من كون الصرف هو الزيادة لغة. (ع)

(١٠) قوله: "سميت" فى قوله ﷺ: «من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلا»، أى لا نفلا ولا فرضاً. (ف)

(١١) فإنها زائدة على الفرض.

قال: فإن باع فضةً بفضة، أو ذهبًا بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل[١] وإن[٢] اختلفت في الجودة[٣] والصياغة[٤]؛ لقوله عليه السلام[٥]: «الذهب[٦] بالذهب مثلا بمثل[٧] وزنًا بوزن يدًا بيد والفضل ربا»، الحديث[٨]*، وقال عليه السلام[٩]: «جيدها ورديئها[١٠] سواء[١١]»،** وقد ذكرناه في البيوع[١٢].

قال: ولا بد من قبض العوضين[١٣] قبل الافتراق[١٤]، لما روينا[١٥]، ولقول عمر رضي الله عنه[١٦]: "وإن استنظرك[١٧] أن يدخل بيته فلا تنظره"[١٨]** ولأنه لابد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ[١٩].

---

(١) قوله: "إلا مثلا بمثل" أي في العلم لا بحسب نفس الأمر فقط، فلو باعهما مجازفة، ولم يعلما كميتهما، وكانا في نفس الأمر متساويين لم يجز، ولو وزنا في مجلس، فظهرا متساويين يجوز. (ف)

(٢) الواو وصلية.

(٣) أي أحدهما أجود من الآخر.

(٤) أي أحدهما أحسن صياغة من الآخر.

(٥) الحديث تقدم في الربا. (ف)

(٦) قوله: "الذهب" انتصابه بالعامل المقدر، أي بيعوا، والأولى حيث كان الذهب مرفوعًا بالحديث بأن يجعل عامله متعلق المجرور، أي الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل. (ف)

(٧) أي في القدر لا في الوصف. (ع)

(٨) أي اقرأ الحديث.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٦، والدراية ج٢، تحت حديث كتاب الصرف ص١٦٣. (نعيم)

(٩) تقدم في الربا أيضًا. (ت)

(١٠) الأموال الربوية.

(١١) في حرمة الزيادة.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٥٦، والدراية ج٢ تحت حديث كتاب الصرف ص١٦٣. (نعيم)

(١٢) أي في كتاب البيوع في باب الربا. (ع)

(١٣) يعني لبقاء العقد على ما سيجيء.

(١٤) بالأبدان. (ع)

(١٥) وهو ما روى قبله: يدًا بيد. (ك)

(١٦) قوله: "لقول عمر رضي الله عنه" روى مالك في "الموطأ" عنه قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل، ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره إلا يدًا بيد، هات وهات، إني أخشى عليكم الربا. (ف)

(١٧) قوله: "وإن استنظرك [استنظار مهلت خواستن من] إلخ" يخاطب به أحد عاقدي الصرف يعني إن سألك صاحبك أن يدخل بيته لإخراج بدل الصرف فلا تمهله. (عيني)

(١٨) أنظر: مهلت دادن.

ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة[(١)]، فلا يتحقق الربا[(٢)]، ولأن أحدهما ليس بأولى[(٣)] من الآخر، فوجب قبضهما[(٤)] سواء كانا يتعينان كالمصوغ، أو لا يتعينان كالمضروب[(٥)]، أو يتعين أحدهما، ولا يتعين الآخر، لإطلاق ما روينا[(٦)]. ولأنه إن كان يتعين[(٧)]، ففيه شبهة عدم التعيين[(٨)] لكونه ثمنًا خلقة، فيشترط قبضه اعتياراً للشبهة في الربا، والمراد منه[(٩)] الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا[(١٠)] عن المجلس يمشيان معًا في جهة واحدة[(١١)]، أو ناما في المجلس[(١٢)]، أو أغمى عليهما لا يبطل الصرف، لقول ابن عمر رضى الله عنهما[(١٣)]: "وإن وثب[(١٤)] من سطح فثب معه[(١٥)]"*، وكذا[(١٦)] المعتبر ما ذكرناه[(١٧)] في قبض رأس مال السلم[(١٨)]

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٥٦، والدراية ج٢، تحت حديث كتاب الصرف ص١٦٣. (نعيم)

(١٩) أى النسيئة بالنسيئة وهو ممنوع.

(١) قوله: "تحقيقا للمساواة" فإن قيل: يشكل على هذا التعليل ما إذا باع المضروب بالمصوغ، فإن المصوغ مما يتعين بالتعيين، ومع ذلك يشترط قبضهما أيضاً، وعلى هذا التعليل ينبغى أن لا يشترط قبض المصوغ إذا وجد قبض المضروب لتحقق المساواة بينهما في العينية في المضروب بالقبض، وفي المصوغ بالصياغة وبحصول العينية فيهما يخرجان عن بيع الكالئ بالكالئ إذ النسيئة إنما تكون باعتبار عدم التعيين، قلت: عدم جوازه يوجه يجىء بعد هذا، وهو قوله: ولأنه إن كان إلخ. (ن)

(٢) قوله: "فلا يتحقق الربا [قيل: هو منصوب بجواب النفى وهو قوله: ثم لا بد. (ع) مرتبط بقوله: لا بد]" أى للتقدم مزية على النسيئة، فيتحقق الفضل في أحد العوضين، وهو الربا. (ف)

(٣) بالقبض.

(٤) وإلا يلزم الترجيح بلا مرجح.

(٥) الدراهم والدنانير.

(٦) الذهب بالذهب، وبعده الفضة بالفضة. (ن)

(٧) قوله: "ولأنه إن كان إلخ" جواب عما يقال: بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح، لأنه كالئ بكالئ، وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين. (ع)

(٨) والشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة. (ك)

(٩) أى من الافتراق.

(١٠) المتعاقدان.

(١١) ولو مشيا في جهتين مختلفتين يبطل لوجود الافتراق بالأبدان. (ن)

(١٢) أو طال قعودهما. (ف)

(١٣) قوله: "لقول ابن عمر إلخ" هذا الحديث غريب جداً من كتب الحديث، وذكره في "المبسوط" عن أبى جبلة قال: سألت عبد الله بن عمر فقلت: إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة، وعندهم الورق الخفاف الكاسدة، فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف، فقال: لا تفعل، لكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب، ولا تفارقه حتى تستوفى وإن وثب على سطح فثب معه. (ف)

(١٤) وثوب -بالضم- برجستن. (م)

بخلاف خيار المخيرة[١]، لأنه يبطل بالإعراض[٢].

وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة، ووجب التقابض؛ لقوله عليه السلام[٣]: «الذهب بالورق[٤] ربا[٥] إلا هاء وهاء»*.

فإن[٦] افترقا[٧] في الصرف قبل قبض العوضين، أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط[٨] وهو القبض، ولهذا[٩] لا يصح[١٠] شرط الخيار فيه[١١]، ولا الأجل، لأن بأحدهما[١٢] لا يبقى القبض مستحقًا[١٣]، وبالثاني[١٤] يفوت[١٥] القبض المستحق[١٦]،

---

(١٥) قوله: "فثب معه" ليس المراد منه الإطلاق في الوثبة المهلكة بل هو مبالغة في ترك الافتراق بالأبدان قبل القبض. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٦، والدراية ج٢، تحت حديث كتاب الصرف ص١٦٣. (نعيم)

(١٦) أي المعتبر تفرق الأبدان لا القيام عن مجلس العقد. (ك)

(١٧) أي تفرق الأبدان.

(١٨) فيقبضه قبل الافتراق بالأبدان.

(١) قوله: "بخلاف خيار إلخ" يرتبط بقوله: لا يبطل الصرف، يعني أنها لو قامت عن المجلس قبل الاختيار، أو مشت مع زوجها في جهة واحدة بطل خيارها، فإنه يبطل بالإعراض إذالتخيير تمليك، فيبطل بما يدل على الرد، والقيام دليله. وعن محمد في رواية أخرى أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال: يبطل بدليل الإعراض كالقيام عن المجلس، كذا في "الذخيرة"، كذا قيل. (مولانا محمد عبد الحليم. نور الله مرقده)

(٢) وفي نسخة: بالإعراض فيه.

(٣) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن عمر بن الخطاب. (ت)

(٤) فضة.

(٥) قوله: "ربا" أي حرام بطريق إطلاق اسم الملزوم على اللازم، وقوله: هاء بوزن باع أي خذ ومنه هاءم اقرأوا كتابية، أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه: هاء، فيتقابضان. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٦، الدراية ج٢ ص١٦٣ وقد ذكر تحت كتاب الصرف. (نعيم)

(٦) يتعلق بقوله: ولا بد من قبض العوضين. (ع)

(٧) المتعاقدان.

(٨) أي شرط البقاء. (ع)

(٩) أي لأن الافتراق بلا قبض مبطل. (ع)

(١٠) قوله: "لا يصح شرط الخيار إلخ" بأن قال: اشتريت هذه الدنانير بهذه الدراهم على أني بالخيار ثلاثة أيام، وكذلك الأجل. (ن)

(١١) قوله: "شرط الخيار فيه" قيد بشرط الخيار لأن خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين لا الدين، لأنه لا فائدة في رده بالخيار، إذالعقد لا ينفسخ برده، وإنما يرجع بمثله. (ع)

(١٢) أي شرط الخيار. (ك)

(١٣) لأن الخيار يمنع الملك.

(١٤) أي الأجل. (ك)

إلا إذا أسقط[١] الخيار في المجلس[٢]، فيعود[٣] إلى الجواز لارتفاعه[٤] قبل تقرره[٥]، وفيه[٦] خلاف زفر رحمه الله[٧].

قال: ولا يجوز التصرف[٨] في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم، ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبًا فالبيع في الثوب فاسد؛ لأن القبض[٩] مستحق[١٠] بالعقد حقًا لله تعالى[١١]، وفي تجوزه فواته[١٢]، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب، كما نقل عن زفر رحمه الله[١٣]، لأن الدراهم لا تتعين، فينصرف العقد[١٤] إلى مطلقها[١٥]، ولكنا نقول: الثمن في باب الصرف مبيع، لأن البيع لا بد له منه[١٦]، ولا شيء سوى الثمنين[١٧]، فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم

---

(١٥) قوله: "يفوت إلخ" والفرق بين العبارتين أن في الخيار يتأخر القبض إلى زمان سقوطه، فلم يكن في الحال مستحقًا، وفي الأجل ذكر في العقد ما ينافي القبض، وذكر منافي الشيء مفوت له كذا قيل، وكأنه راجع إلى أن في الأول استحقاق القبض فائت، وفي الثاني القبض المستحق شرعًا فائت. (ع)

(١٦) بالعقد.

(١) قوله: "إلا إذا أسقط إلخ" استثناء من لازم قوله: لا يصح شرط الخيار، وهو وجوب شرط التقابض المستلزم لبطلان ما فيه شرط الخيار، ولم يذكر إسقاط الأجل، لأنه لو سلم في المجلس بإسقاط الأجل يجوز، وإن لم يوجد الإسقاط ذكراً، كذا في "النهاية". (مل)

(٢) يعني منهما إن كان الخيار لهما، أو ممن له ذلك. (ع)

(٣) استحسانًا.

(٤) الفساد.

(٥) الفساد وهو يكون بتبدل المجلس.

(٦) وقوله هو القياس.

(٧) فإنه قال: لا يعود جائزًا.

(٨) بهبة أو صدقة أو بيع.

(٩) في العشرة.

(١٠) واجب.

(١١) لأن الربا حرام حقًاله تعالى. (ن)

(١٢) أي فوات حق الله تعالى.

(١٣) إنما ذكر بعن لأن ظاهر مذهبه كمذهب الثلاثة.

(١٤) أي بيع الثوب.

(١٥) قوله: "إلى مطلقها [الدراهم]" أي مطلق الدراهم، وإن اشترى الثوب ولم يضف إلى بدل الصرف يجوز، فكذلك إذا أضاف لأنها لا تتعين، وإن كانت مشاراً إليها فكانت الإضافة والإطلاق سواء. (ن)

(١٦) أي من المبيع.

(١٧) قوله: "ولا شيء إلخ" يعني أن عقد الصرف عقد بيع لأنه مبادلة مال بمال، ولذا لو حلف لا يبيع، فيصارف يحنث، والبيع ما يشتمل على مبيع وثمن، وليس كل من بدليه أولى، بأن يجعل مبيعًا فجعل كل مبيعًا من وجه، وثمنًا من

الأولوية[١]، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز، وليس[٢] من ضرورة كونه مبيعًا أن يكون متعينًا كما في المسلم فيه.

ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة[٣]، لأن المساواة غير مشروطة[٤] فيه[٥]، ولكن يشترط القبض فى المجلس[٦] لما ذكرنا[٧]، بخلاف بيعه[٨] بجنسه مجازفة؛ لما فيه من احتمال الربا[٩]. قال: ومن باع جارية[١٠] قيمتها ألف مثقال فضة، وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال[١١] بألفى مثقال فضة، ونقد من الثمن ألف مثقال[١٢]، ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة؛ لأن قبض حصة الطوق واجب[١٣] فى المجلس[١٤] لكونه بدل الصرف، والظاهر منه[١٥] الاتيان بالواجب.

وكذا لو اشتراهما[١٦] بألفى مثقال ألف نسيئة، وألف نقد فالنقد ثمن الطوق؛

وجه ضرورة انعقاد البيع، وإن كان كل ثمنًا حقيقةً كبيع العرض بالعرض اعتبر كل ثمنًا من وجه، وإن كان مبيعًا حقيقة، فلو جاز الاستبدال به من حيث إنه ثمن فلا يجوز من حيث إنه مثمن، فلا يجوز بالشك. (ن)

(١) قوله: "لعدم الأولوية" قيل: لا نسلم عدم الأولوية فإن ما أدخله الباء أولى بالثمنية، وأجيب بأن ذلك فى الأثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التى هى غير الدراهم والدنانير إذا كانت دينًا فى ذمة لا فى الأثمان الخلقية. (ع)

(٢) قوله: "وليس من ضرورة إلخ" جواب أن يقال: لو كان بدل الصرف مبيعًا لكان متعينًا، لأن المبيع متعين، قلنا: المسلم فيه مبيع، وذلك غير متعين بل هو واجب فى الذمة غير عين، إلا أن شبهة كونه متعينًا قد ظهرت فى الثوب حتى حصل به تقدير الثمن، وإن لم يكن متعينًا فى نفسه. (نهاية)

(٣) وكذا سائر الأموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة والشعير. (ف)

(٤) لاختلاف الجنس.

(٥) قوله: "فيه" أى فى بيع الذهب بالفضة، وكل جنسين مختلفين. (ف)

(٦) المراد بالمجلس ما قبل الافتراق، فعبر بالمجلس عنه. (ف)

(٧) أى من الحديث والمعقول. (ك)

(٨) فإنه لا يجوز.

(٩) قوله: "لما فيه من احتمال الربا" وإن كانا متساوين فى الوزن فى الواقع لا يجوز أيضًا، لأن العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحة العقد، لأن الفضل الموهوم فى هذا الباب كالمتحقق. (ع)

(١٠) قوله: "ومن باع إلخ" فيه إيماء إلى أن الجمع بين النقود وغيرها فى البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفًا بما يقابلها من الثمن. (ع)

(١١) الفضة.

(١٢) الفضة.

(١٣) حقًا للشرع وقبض ثمن الجارية ليس بواجب. (ع)

(١٤) أى قبل الافتراق.

(١٥) لأن من حال البائع المسلم أن يؤدى الواجب.

(١٦) قوله: "وكذا لو اشتراهما [أى الجارية والطوق] إلخ" ولو اشتراهما بألفى مثقال فضة نسيئة فسد فى الكل عند أبى حنيفة، أما الطوق فلفوات التقابض، وأما فى الأمة فلأن المفسد مقارن العقد، وقد تقرر فى الكل معنى من حيث

لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية، والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما[١]، وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم، وحليته[٢] خمسون[٣]، ودفع[٤] من الثمن خمسين جاز البيع[٥]، فكان المقبض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا[٦]. وكذلك إن قال[٧]: خذ هذه الخمسين من ثمنهما؛ لأن الاثنين قد يراد* بذكرهما الواحد[٨]، قال الله تعالى: ﴿يخرج منهما[٩] اللؤلؤ والمرجان﴾، والمراد أحدهما[١٠]، فيحمل[١١] عليه بظاهر حاله.

فإن لم يتقابضا[١٢] حتى افترقا بطل العقد في الحلية؛ لأنه صرف فيها، وكذا[١٣] في السيف إن كان لا يتخلص[١٤] إلا بضرر، لأنه لا يمكن تسليمه[١٥] بدون الضرر،

إن قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي، وعندهما لا يفسد في الأمة، لأن الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما، أما لو اشتراهما بألفي مثقال، ولم ينقد من الثمن شيئًا حتى افترقا بطل في الطوق دون الجارية بالإجماع، لأن الفساد في الطوق طارئ فلا يتعدى إلى الأمة. (ك)

(١) العاقدين.

(٢) أي الخمسون ثمن الحلية.

(٣) درهمًا.

(٤) ساكتًا عنهما.

(٥) لحمل أمور المسلمين على الصلاح.

(٦) إشارة إلى قوله: لأن قبض حصة الطوق إلخ.

(٧) قوله: "وكذلك إلخ" بخلاف ما لو صرح فقال: خذ هذه الألف من ثمن الجارية، فإن الظاهر حينئذٍ عارضه التصريح بخلافه، فإذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما إذا لم يقبضه. (ف)

* كما في قوله عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عمر: «إذا سافرتما فأذنا وأقيما» راجع نصب الراية ج ٤ ص٥٧، والدراية ج٢ تحت حديث كتاب الصرف ص١٦٣. (نعيم)

(٨) مجازًا عند قيام الدليل.

(٩) قوله: "يخرج منهما" أي من البحرين العذب والملح، والمراد أحدهما إذ اللؤلؤ والمرجان يخرجان من الملح دون العذب لما أن الملح والعذب يلتقيان، فيكون العذب كاللقاح للملح. (عين)

(١٠) أي الملح.

(١١) قوله: "فيحمل" أي فيحمل قوله: خذ هذه الخمسين إلخ على ثمن الطوق بظاهر حاله فإن حال المسلم أن لا يباشر إلا على وجه الجواز.

(١٢) قوله: "فإن لم يتقابضا" أي في الصورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية، لأنه صرف فيها، ويصح في الجارية، وأما السيف فإن كان لا يتخلص إلخ، ولقد وقع الإفراط في تصوير المسألة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أرطال بالمصري، ووقوع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب، وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الأصل أنه إذا بيع نقد من غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه. (ف)

(١٣) بطل.

ولهذا[١] لا يجوز إفراده[٢] بالبيع كالجدع فى السقف[٣]، وإن كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع فى السيف، وبطل فى الحلية، لأنه أمكن إفراده[٤] بالبيع، فصار كالطوق والجارية[٥]. وهذا[٦] إذا كانت[٧] الفضة[٨] المفردة[٩] أزيد مما[١٠] فيه[١١]، فإن كانت مثله[١٢]، أو أقل منه، أولا يدرى[١٣] لا يجوز البيع للربا، أو لاحتماله[١٤]، وجهة الصحة من وجه[١٥]، وجهة الفساد من وجهين، فترجحت[١٦].

قال: ومن باع إناء فضة[١٧] ثم افترقا[١٨]، وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض[١٩]، وصح فيما قبض، وكان الإناء[٢٠] مشتركًا بينهما[٢١]؛ لأنه[٢٢] صرف

---

(١٤) السيف خلص فلانًا نجاه مخلص. (ق)

(١٥) السيف.

(١) أى لأجل عدم تسليم السيف إلا بضرر.

(٢) السيف.

(٣) فبيع الجدع فى السقف لا يجوز لعدم إمكان تسليمه إلا بضرر.

(٤) السيف.

(٥) أى كالجارية التى فى عنقها طوق.

(٦) أى الجواب فى المسألتين إذا إلخ.

(٧) قوله: "وهذا إذا كانت إلخ" تعميم الكلام لأن فرض المسألة أن الحلية خمسون، والثمن مائة، فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الأقسام الآخر. (ع)

(٨) أى الثمن. (ف)

(٩) فالفضة بالفضة والباقى بالباقى.

(١٠) أى من الفضة التى فى المبيع.

(١١) المبيع.

(١٢) هو غير جائز لأنه ربا لأن الفضل ربا. (ع)

(١٣) أى مقدارها.

(١٤) أى فيما لا يدرى، أى فيما إذا كان مثله، أو أقل منه. (ك)

(١٥) قوله: "وجهة الصحة إلخ" جواب عن قول زفر فى ما لا يدرى بأن الأصل هو الجواز، والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض، فما لم يعلم به حكم بجوازه، وحاصل الجواب أن ما لا يدرى يجوز فى الواقع أن يكون مثلا، وأن يكون أقل، وأن يكون زائدا، فإن كان زائداً جاز وإلا فسد، فتعدد جهة الفساد، فترجحت. (ع)

(١٦) قوله: "فترجحت" فإن قيل: الترجيح إنما يكون بشىء لا يكون علة لإثبات الحكم ابتداء، وههنا كل واحد من الجهتين، أعنى المساواة والنقصان من المفرز علة عدم الجواز ابتداء، فلا يصلح للترجيح.

قلنا: مراده أنه إذا كان أحدهما يكفى للحكم، فما ظنك عند اجتماعهما لا الترجيح الحقيقى. (ك)

(١٧) بفضة أو بذهب. (ع)

(١٨) العاقدان.

(١٩) ثمنه. (ع)

كله[١]، فصح[٢] فيما وجد شرطه[٣]، وبطل فيما لم يوجد، والفساد طار[٤]، لأنه يصح، ثم يبطل بالافتراق[٥]، فلا يشيع.

ولو استحق[٦] بعض الإناء فالمشترى بالخيار[٧] إن شاء أخذ الباقي بحصته، وإن شاء رده؛ لأن الشركة عيب في الإناء[٨]، ومن باع قطعة نقرة[٩]، ثم استحق بعضها[١٠] أخذ ما بقي بحصته، ولا خيار له؛ لأنه لا يضره التبعيض[١١].

قال: ومن باع درهمين، وديناراً بدرهم، ودينارين جاز البيع[١٢]، وجعل كل جنس منهما[١٣] بخلافه[١٤]. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز، وعلى هذا[١٥] الخلاف[١٦] إذا باع كر شعير، وكر حنطة بكرى حنطة وكرى شعير.

---

(٢٠) قوله: "وكان الإناء مشتركًا إلخ" لا يقال: إن فيه تفريق الصفقة على المشترى، فينبغي أن يتخير، لأن التفرق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العاقد، فصار كهلاك أحد العوضين، ولأن الشركة وقعت بصنعه، وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن. (ك)

(٢١) البائع والمشترى.

(٢٢) هذا العقد.

(١) قوله: "لأنه صرف كله" بهذا يحترز عن جارية فى عنقها طوق، وسيف محلى بمائة درهم، فإنه بيع وصرف، ففيهما الحكم من حيث الدليل. (ن)

(٢) أى بقى صحيحًا. (عناية)

(٣) التقابض.

(٤) قوله: "والفساد طار" فصار كما إذا باع عبدين، ومات أحدهما قبل القبض، فإن البيع يبقى فى الباقى، ويبطل فى الهالك. (مل)

(٥) قوله: "لأنه [أى العقد] يصح، ثم يبطل إلخ" بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحيح. (ف)

(٦) فى هذه المسألة. (م)

(٧) بخلاف ما مر، لأن الشركة فيه وقعت بصنعته.

(٨) فإن الإناء ينتقص بالتبعيض.

(٩) قوله: "نقرة [سيم گداخته. ص]" المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة. (م)

(١٠) القطعة.

(١١) فالشركة فيها ليست بعيب بخلاف الإناء.

(١٢) تصحيحًا للعقد. (م)

(١٣) أى من الدرهم والدينار.

(١٤) فيعتبر الدرهمان بالدينارين، والدرهم بالدينار. (ف)

(١٥) أى يصح عندنا خلافًا لهما.

(١٦) قوله: "وعلى هذا الخلاف إلخ" الأصل أن الأموال الربوية المختلفة الجنس إذا اشتمل عليها الصفقة، وكان فى صرف الجنس إلى الجنس فساد يصرف كل جنس منهما إلى خلافه عند العلماء الثلاثة خلافًا لهما. (م)

لهما: أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه، لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضيته الانقسام على الشيوع[1] لا على التعيين والتغيير[2] لا يجوز[3] وإن[4] كان فيه تصحيح التصرف كما إذا اشترى قلبًا[5] بعشرة، وثوبًا بعشرة، ثم باعهما[6] مرابحة[7] لا يجوز وإن[8] أمكن[9] صرف الربح إلى الثوب.

وكذا إذا اشترى عبدًا بألف درهم، ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف[10] وإن[11] أمكن تصحيحه[12] بصرف الألف[13] إليه[14]. وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره، وقال: بعتك أحدهما لا يجوز وإن[15] أمكن تصحيحه[16] بصرفه إلى عبده. وكذا إذا باع درهمًا وثوبًا بدرهم وثوب، وافترقا[17] من غير قبض فسد العقد في الدرهمين، ولا يصرف الدرهم إلى

---

(١) قوله: "ومن قضيته [أي المقابلة على تأويل التقابل. ن] الانقسام على الشيوع" بأن ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب، وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب، ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة، إذ الحنطة والشعير والدراهم والدينار من أحد الجانبين أكثر، فيتحقق الربا، وفي صرف الجنس إلى خلافه تغيير تصرفه، وإثبات مقابلة لا دليل عليها في لفظه، نعم فيه تصحيح تصرفه، ولكن تغيير التصرف لا يصح لتصحيح التصرف. (ك)

(٢) أي تغيير تصرفهما. (ف)

(٣) قوله: "لا يجوز" لأنه تصير المقابلة غير الأولى، ويكون التصرف تصرفًا آخر، والواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذي باشره، وقصده لا على خلاف ذلك، والعاقدان قصدًا المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس إلى خلاف الجنس، وهي إنشاء تصرف آخر، فسخ التصرف الأول. (عيني)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أي سوارًا وزنه عشرة دراهم. (عيني)

(٦) صفقة واحدة. (ف)

(٧) على عشرين.

(٨) الواو وصلية.

(٩) تصحيحًا لتصرفه.

(١٠) لأنه شراء ما باع بأقل مما باع.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) العقد.

(١٣) لأنه لو صرف الألف إلى المشتري لا يكون شراء ما باع بأقل مما باع. (ن)

(١٤) أي إلى المشتري وخمس مائة إلى الآخر.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) العقد.

(١٧) العاقدان.

الثوب[١] لما ذكرنا[٢]. ولنا: أن المقابلة[٣] المطلقة تحتمل[٤] مقابلة الفرد بالفرد[٥] كما في مقابلة الجنس بالجنس، وإنه[٦] طريق متعين[٧] لتصحيحه[٨]، فتحمل عليه تصحيحًا لتصرفه، وفيه[٩] تغيير وصفه[١٠] لا أصله[١١]، لأنه يبقى موجبه[١٢] الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف[١٣] إلى نصيبه[١٤] تصحيحًا لتصرفه، بخلاف[١٥] ما عد من المسائل. أما مسألة المرابحة لأنه يصير[١٦] تولية في القلب[١٧] بصرف الربح كله إلى الثوب، والطريق[١٨] في المسألة الثانية غير متعين[١٩]، لأنه يمكن[٢٠] صرف الزيادة[٢١]

---

(١) وإن أمكن تصحيح التصرف بصرف الجنس إلى خلاف الجنس. (عيني)

(٢) قوله: "لما [أي ليس ذلك كله إلا لما ذكرنا. ع] ذكرنا" وهو قوله: من قضيته الانقسام على الشيوع لا التعيين والتغيير لا يجوز. (ن)

(٣) قوله: "أن المقابلة المطلقة إلخ" يعني أن العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع، ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه، أو من خلاف جنسه لأنها مقابلة مقيدة، واللفظ المطلق غير متعرض لواحد منها، ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد، وسائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الإطلاق، وذلك لأن الذات لا تخلو عن وصف من الأوصاف كما عرف في الرقبة، ألا ترى أنه لو أتى بهذه المقابلة ثم قال: على أن يكون الجنس بخلاف الجنس يصح، ويصير الفرد مقابلا للفرد، ولو لا الاحتمال لما صح التفسير به، ولما كانت هذه المقابلة يحتمل مقابلة الفرد بالفرد إلخ. (ك)

(٤) قوله: "تحتمل إلخ" يعني يحتمل أن يقابل أحد الجنسين بالجنس الآخر بأن يقابل الدرهمان بالدينارين، والدينار بالدرهم كما في الجنس بالجنس، بأن باع دينارين بدينارين يكون الفرد بمقابلة الفرد بالاتفاق. (عيني)

(٥) بأن يكون الواحد بالواحد، والاثنان بالاثنين. (ن)

(٦) أي أن مقابلة الفرد بالفرد. (ن)

(٧) قوله: "طريق متعين" منع ذلك بإمكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم، والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين، والدينار بمقابلة الدينار الآخر. قلنا: هذا غلط، لأنا ما أردنا من الطريق إلا الصرف إلى خلاف الجنس على أي وجه كان علا أن فيما ذكرتم تغيرات كثيرة، وما هو أقل تغيراً متعين. (ع)

(٨) العقد.

(٩) قوله: "وفيه [أي في هذا الحمل] إلخ" أي ليس فيه تغيير كلامه بل هو تعيين أحد المحتملين ولئن كان فيه تغيير ففيه تغيير وصفه. (ك)

(١٠) شيوع العقد.

(١١) العقد كما فهم زفر.

(١٢) العقد.

(١٣) بيعه وإن كان في ذلك تغيير وصف من الشيوع إلى التعيين. (ع).

(١٤) البائع لا إلى النصف الشائع.

(١٥) شروع في الجواب عن مسائل الإمام زفر.

(١٦) أي يتغير أصل العقد. (ك)

(١٧) قوله: "يصير تولية إلخ" والتولية ضد المرابحة، والشيء لا يتناول ضده، وقد صرح بقوله: بعتهما مرابحة. (ن)

على الألف إلى المشترى، وفى الثالثة أضيف البيع إلى المنكر، وهو ليس بمحل للبيع[١]، والمعين ضده، وفى الأخيرة انعقد العقد[٢] صحيحًا، والفساد[٣] في حالة البقاء، وكلامنا في الابتداء[٤]. قال: ومن باع[٥] أحد عشر[٦] درهمًا بعشرة دراهم ودينار جاز البيع، ويكون العشرة بمثلها، والدينار بدرهم، لأن شرط البيع فى الدراهم التماثل على ما روينا[٧]، فالظاهر أنه أراد[٨] به ذلك[٩]، فبقى الدرهم بالدينار، وهما جنسان، ولا يعتبر التساوى فيهما[١٠]. ولو تبايعا فضة بفضة، أوذهبًا بذهب، وأحدهما أقل[١١]، ومع أقلهما شيء آخر[١٢] يبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية، وإن لم تبلغ[١٣] فمع الكراهة[١٤]، وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا

(١٨) أى طريق الجواز. (ن)

(١٩) لأنه متعدد، فيبقى الثمن مجهولا، فيفسد العقد.

(٢٠) قوله: "لأنه يمكن إلخ" أى كما يجوز أن يصرف الألف إلى المشترى فكذلك يجوز أن يصرف إليه ألف، وواحد، أو اثنان، أو ثلاثة، وإلى الآخر أربع مائة وتسعة وتسعين، أو شيء، والوجوه كلها سواء، وليس بعضها أولى من البعض، فيفسد العقد لجهالة طريق الجواز. (ك)

(٢١) مع الألف.

(١) لجهالته.

(٢) قوله: "انعقد العقد إلخ" أى العقد صحيح من غير الصرف إلى خلاف الجنس، فإن القبض فى المجلس شرط بقاء العقد، ونحن إنما صححنا بهذا ليصح لا ليبقى صحيحًا، فلا يلزم. (ن)

(٣) بالافتراق بلا قبض. (ع)

(٤) قوله: "وكلامنا فى الابتداء" والحاجة إلى التصحيح فوق الحاجة إلى الإبقاء على الصحة، لأنه لو لا الصحة يكون هو مرتكبا للمحرم فى مباشرة الصرف، ولا كذلك البقاء على الصحة، ولأن الفساد ثمة موهوم لجواز أن يتقابضا فى المجلس، وههنا متحقق. (ك)

قوله: "وكلامنا فى الابتداء" يعنى الذى نحن فيه لايصح العقد فيه ابتداء بدون صرف الجنس إلى خلاف الجنس.(ب)

(٥) قوله: "ومن باع إلخ" المسألة المتقدمة كان البدلان فيهما جنسين من الأموال الربوية، وفى هذه أحدهما، وهى صحيحة كالأولى. (ف)

(٦) قوله: "أحد عشر" فى هذه المسألة أحد الطرفين جنس واحد، والآخر مشتمل على جنسين. (ك)

(٧) وهو قوله عليه السلام: «الفضة بالفضة مثل بمثل». (نهاية)

(٨) حملا على الصلاح. (ع)

(٩) أى التماثل.

(١٠) أى فى الجنسين.

(١١) وزنًا.

(١٢) بأن باع عشرة دراهم، وثوبًا بخمسة عشر درهمًا. (ك)

(١٣) أى قيمة باقى الفضة كالجوزة وكف من زبيب. (ن)

(١٤) قوله: "فمع الكراهة" قيل لمحمد: كيف تجده فى قلبك؟ قال: مثل الجبل، ولم ترو الكراهة عن أبى حنيفة بل

يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض، فيكون ربا.

ومن كان له على آخر عشرة دراهم، فباعه الذى عليه العشرة دينارًا بعشرة دراهم، ودفع الدينار وتقاصا[1] العشرة[2] بالعشرة فهو جائز[3]، ومعنى المسألة إذا باع بعشرة مطلقة[4]، ووجهه[5] أنه يجب بهذا العقد[6] ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا[7]، والدين[8] ليس بهذه الصفة، فلا يقع المقاصة بنفس البيع[9] لعدم المجانسة[10]، فإذا تقاصا[11] يتضمن ذلك فسخ الأول[12]، والإضافة إلى الدين[13]، إذ لو لا[14] ذلك[15] يكون استبدالا[16] ببدل الصرف، وفى الإضافة إلى

صرح فى الإيضاح أنه لا بأس به عند أبى حنيفة، قال: وإنما كره محمد ذلك لأنه إذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل، واستعملوه فيما لا يجوز، وهكذا ذكر فى "المحيط" أيضًا. وقيل: إنما كره لأنهما باشرا الحيلة لسقوط الربا كبيع العينة فإنه مكروه بهذا، وأورد: لو كان مكروهًا كان البيع فى مسألة الدرهمين والدينار بدرهم، وديناريں، وهى المسألة الخلافية مكروها، ولم يذكره. قلت: الذى يقتضيه النظر أن يكون مكروها إذ لا فرق بينه وبين المسألة المذكورة فى جهة الكراهة، غاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة، ثم ذكر أصلا كليًا يفيده، وينبغى أن يكون قول أبى حنيفة أيضًا على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق المصنف من غير ذكر خلاف. (ف)

(١) قوله: "وتقاصا العشرة إلخ" بخلاف ما لو جعل رأس المال قصاصًا لأن المسلم فيه دين، وبالمقاصة يصير افتراقًا عن دين بدين. (ن)

(٢) بالتراضى.

(٣) استحسانًا.

(٤) قوله: "بعشرة مطلقة" أى من غير أن تقيد بالعشرة التى عليه أما إذا قيد بذلك فقال: بالعشرة التى عليه يجوز البيع بلا خلاف بخلاف المطلقة، فإنه جائز عندنا خلافًا لزفر. (ن)

(٥) الجواز.

(٦) أى العقد المطلق.

(٧) قوله: "لما ذكرنا" وهو قوله: لا بد من قبض العوضين قبل الافتراق إلخ. (ن)

(٨) أى الدين السابق لا يجب تعيينه بالقبض. (ك)

(٩) وفى نسخة: العقد.

(١٠) قوله: "لعدم المجانسة" أى بين العين والدين فإن بدل الصرف يجب أن يكون متعينًا بالقبض، وهذا دين سبق وجوبه، فينبغى أن لا يجوز، وإن تقاصا كما فى السلم إلا أنه يجوز لأنهما لما أقدما على المقاصة، ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف لما قاله زفر: يتضمن ذلك إلخ. (ن)

(١١) بالتراضى. (عينى)

(١٢) قوله: "فسخ الأول" أى الصرف الأول وهو الصرف المطلق، وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة. (عينى)

(١٣) قوله: "والإضافة [فانفسخ الأول اقتضاء] إلخ" أى يتضمن ذلك إضافة العقد إلى الدين، وهو بيع الدينار بالعشرة التى هى دين فصار كأنه قال: بعت هذا الدينار منك بالعشترة التى لك على. (عينى)

(١٤) قوله: "إذ لو لا ذلك" أى لو لا تحويل العقد إلى صرف آخر وهو بيع الدينار بالعشرة التى هى دين. (عينى)

(١٥) الانفساخ.

الدين[١] يقع المقاصة[٢] بنفس العقد على ما نبينه[٣]، والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف، ثم بألف وخمسمائة[٤].

وزفر رحمه الله يخالفنا فيه[٥]، لأنه[٦] لا يقول: بالاقتضاء[٧]، وهذا[٨] إذا كان الدين سابقًا[٩]، فإن كان لاحقًا[١٠] فكذلك[١١] في أصح الروايتين[١٢] لتضمنه[١٣] انفساخ الأول[١٤]، والإضافة[١٥] إلى دين قائم وقت تحويل العقد[١٦]، فكفى[١٧] ذلك للجواز[١٨]. قال: ويجوز بيع درهم صحيح، ودرهمين غلتين[١٩] بدرهمين

---

(١٦) قبل القبض [وهو لا يجوز].

(١) السابق.

(٢) قوله: "يقع المقاصة إلخ" لأنهما لما أضافا العقد إلى الدين وجب ثمن لا يجب تعيينه، لأنه يسقط، وتعيين الساقط محال، فلهذا وقعت المقاصة ههنا بنفس العقد لتجانسهما، وعقد الصرف على هذا الوجه جائز، لأن قبض البدلين إنما يكون شرطا احترازًا عن الربا، فإنه إذا كان أحدهما مقبوضا، والآخر غير مقبوض، وافترقا يكون بيع عين بدين، والعين خير من الدين، لأن الدين مما يقع فيه الخطر في عاقبة، ولا خطر في دين يسقط، فلا ربا بينه وبين المقبوض في المجلس. (ك)

(٣) إشارة إلى قوله: فكفى ذلك للجواز.

(٤) فإن العقد الأول ينفسخ.

(٥) ويقول: لا يجوز، وهو القياس.

(٦) زفر.

(٧) فبقى العقد الأول، وليس المقاصة فيه.

(٨) أى المقاصة، وفسخ الأول.

(٩) على العقد على بيع الدينار. (ف)

(١٠) قوله: "فإن كان [الدين] لاحقًا" بأن اشترى دينارًا بعشرة دراهم، وقبض الدينار، ثم إن مشترى الدينار باع ثوبًا من بائع الدينار بعشرة دراهم، ثم أراد أن يتقاصا. (عينى)

(١١) أى يقع المقاصة.

(١٢) قوله: "فى أصح الروايتين" هى رواية أبى سليمان، واختارها فخر الإسلام، وفى رواية أبى حفص، واختارها شمس الأئمة، وقاضى خان لا يقع المقاصة، لأن الدين لاحق. (عناية)

(١٣) المقاصة.

(١٤) أى الصرف الأول.

(١٥) أى إضافة عقد الصرف.

(١٦) فيكون الدين ثابتًا سابقًا على المقاصة.

(١٧) هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الأول. (ع)

(١٨) أى هذه الإضافة.

(١٩) قوله: "غلتين" غلة -بالفتح- در آمد هر چيزى از حبوب ونقود وجز آن وآمد كرايه مكان ومزد غلام وما حصل زمين. (من). الغلة ما يرده بيت المال لا للزيافة بل لأنها دراهم منقطعة متكسرة يكون فى القطعة ربع، وثمن، وأقل، وبيت المال لا يأخذ إلا العالى. (ف)

صحيحين، ودرهم غلة، والغلة ما يرده بيت المال[١]، ويأخذه التجار، ووجهه[٢] تحقق المساواة في الوزن[٣]، وما عرف من سقوط اعتبار الجودة[٤].

قال: وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة، وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهى ذهب، ويعتبر فيهما[٥] من تحريم التفاضل ما يعتبر فى الجياد، حتى لا يجوز بيع الخالصة[٦] بها، ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا فى الوزن، وكذا لا يجوز الاستقراض بها[٧] إلا وزنًا[٨]، لأن النقود لا تخلو عن قليل غش[٩] عادةً، لأنها لا تنطبع إلا مع الغش[١٠]، وقد يكون الغش خلقيًا كما فى الردىء[١١] منه[١٢]، فيلحق القليل[١٣] بالرداءة[١٤]، والجيد والردىء سواء.

وإن كان الغالب عليهما[١٥] الغش، فليسا فى حكم الدراهم والدنانير[١٦]، اعتبارًا للغالب[١٧]، فإن اشترى بها[١٨] فضة خالصة، فهو على الوجوه التى ذكرناها فى حلية السيف[١٩].

---

(١) أى لا لزيافتها بل لكونها قطعًا. (رد المحتار)

(٢) الجواز.

(٣) مع صدور العقد عن أهله فى محله.

(٤) عند المقابلة بالجنس. (ع)

(٥) أى فى هذه الدراهم والدنانير الغير الخالصة.

(٦) أى الدراهم والدنانير الخالصة.

(٧) كاستقراض الذهب والفضة الخالصين. (ف)

(٨) أى لا عددًا.

(٩) العيب المغشوش الغير الخالص. (ق وكنز اللغات)

(١٠) فإنها بدون بعض الغش لا يجتمع بعضها مع بعض.

(١١) الذى يقال له: ناقص العيار فى عرفنا. (ف)

(١٢) أى من الذهب والفضة.

(١٣) من الغش.

(١٤) الفطرية.

(١٥) دراهم ودنانير.

(١٦) قوله: "فليسا إلخ" هذا إذا كانت الفضة لا تتخلص عن الغش لأنها صارت مستهلكة، ولا اعتبار لها، وأما إذا كانت تتخلص من الغش فليست مستهلكة، كذا فى "شرح الأقطع". (ن)

(١٧) لأن المغلوب فى مقابلة الغالب كالمستهلك. (ع)

(١٨) دراهم مغشوشة.

(١٩) قوله: "فهو على الوجوه إلخ" وهى أنه إن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التى فى الدراهم، أو أقل، أو لا

فإن بيعت[١] بجنسها متفاضلا جاز صرفًا[٢] للجنس إلى خلاف الجنس[٣]، فهي[٤] في حكم شيئين فضة وصفر[٥]، ولكنه صرف[٦] حتى يشترط القبض في المجلس[٧] لوجود الفضة من الجانبين، فإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر، لأنه لا يتميز عنه[٨] إلا بضرر.

قال رضي الله عنه[٩]: ومشايخنا رحمه الله[١٠] لم يفتوا بجواز ذلك[١١] في العدالي[١٢] والغطارفة[١٣] لأنها أعز الأموال في ديارنا[١٤]، فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا. ثم إن كانت[١٥] تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما[١٦] بالوزن، وإن

يدري لا يصح العقد في الفضة، ولا في النحاس إذا كان لا يتخلص الفضة إلا بضرر، وإن كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة، والزائد من الخالصة بمقابلة الغش. (ف)

(١) الدراهم التي غشها غالب. (ن)

(٢) قوله: "صرفًا للجنس إلخ" أي يصرف كل من الدراهم إلى غش دراهم أخرى، لأنها في حكم شيئين إلخ. (ف)

(٣) ضرورة صحة العقد. (ع)

(٤) أي الدراهم المغشوشة.

(٥) قوله: "وصفر [بالضم الذي يعمل منه الأواني. صحاح]" الصفر مثل قفل، وكسر الصاد لغة النحاس، وقيل: أجوده (مصباح)، وفي "شرح الشرعة": هو شيء مركب من المعدنيات كالنحاس والأسرب وغير ذلك. (رد المحتار) قوله: "صفر" بهندي كانسي.

(٦) قوله: "ولكنه [أي العقد] صرف إلخ" جواب أن يقال: ينبغي أن لا يشترط القبض في المجلس في هذه الصورة، لأنه لما صرف الجنس إلى خلاف الجنس، أي الفضة إلى الصفر وبالعكس لم يبقَ صرفًا، ولما لم يبقَ صرفًا لا يشترط التقابض في المجلس.*قلنا: إنما صرفنا الجنس إلى خلافه لحاجتنا إلى جواز العقد، فإذا جاز بذلك الطريق لا حاجة لنا إلى البقاء، فلم يكن كل واحد منهما مصروفًا إلى خلاف الجنس في حق القبض بل صرف إلى جنسه، فيشترط التقابض في المجلس لعدم الحاجة إلى بقاء العقد على الصحة، لأن الحاجة إنما تمس في نفي المفسد الطارئ. (ن)

(٧) أي قبل الافتراق. (ف)

(٨) الفضة.

(٩) أي المصنف. (ع)

(١٠) يريد به علماء ماوراء النهر. (ع)

(١١) قوله: "بجواز ذلك [التفاضل] إلخ" أي بجواز التفاضل في هذه الأموال لم يفتوا لأنه لو جاز حل الربا في أعز الأموال لقاسوا عليه جواز الربا في الذهب والفضة بالتدريج. (ن)

(١٢) هذان نوعان من الدراهم المغشوشة. (ميرجان)

(١٣) قوله: "والغطارفة" الدراهم الغطريفية منسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، كذا في "المغرب"، وقيل: هو خال هارون رشيد. (ن)

(١٤) أي بخارا وسمرقند.

(١٥) أي الدراهم والدنانير التي غلب الغش فيها.

(١٦) الدراهم والدنانير.

كانت تروج بالعد فبالعد، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما، لأن المعتبر هو المعتاد فيهما[١] إذا لم يكن فيهما نص، ثم هي[٢] ما دامت تروج تكون أثمانًا[٣] لا تتعين بالتعيين، وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين[٤]، وإذا كانت يتقلبها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها[٥] زيوفًا[٦] إن كان البائع يعلم بحالها[٧] لتحقق الرضا[٨] منه[٩]، وبجنسها من الجياد إن كان[١٠] لا يعلم لعدم الرضا منه[١١]. وإذا اشترى بها[١٢] سلعة فكسدت[١٣]، وترك الناس[١٤] المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله[١٥]: عليه[١٦] قيمتها[١٧] يوم البيع[١٨]، وقال محمد رحمه الله: قيمتها آخر[١٩] ما تعامل

(١) أي في الدراهم والدنانير المغشوشة.

(٢) أي الدراهم والدنانير المغشوشة.

(٣) فإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد ويجب عليه المثل. (ع)

(٤) كالرصاص ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم. (ع)

(٥) أي بجنس الدراهم المغشوشة. (ك)

(٦) كما في الرائجة. (ف)

(٧) قوله: "بحالها" أي بحال الدراهم والدنانير المغشوشة بأنها زيفة، ويقبلها البعض دون البعض. (مير جان)

(٨) وهو إدراج نفسه في البعض الذي يقبلونها. (ف)

(٩) بجنس الزيوف. (ع)

(١٠) البائع.

(١١) بالزيوف. (ع)

(١٢) أي بالدراهم المغشوشة. (ن)

(١٣) قوله: "فكسدت" الكساد أن لا تروج في جميع البلدان، هذا على قول محمد، وأما عندهما الكساد في بلد يكفي لفساد البيع في تلك البلدة. (عيني)

(١٤) قوله: "وترك الناس إلخ" المصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها، ولم يذكر أنه في كل البلاد أو في البلد الذي وقع عليه العقد، ونقل عن "عيون المسائل": أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا تروج في جميع البلدان، لأنه حينئذ يصير هالكًا، ويبقى البيع بلا ثمن. وأما إذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع، لأنه لم يهلك لكنه تعيب، فكان للبائع الخيار إن شاء قال: أعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع، وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير، قالوا: وما ذكر في "العيون": يستقيم على قول محمد، وأما على قولهما فلا يستقيم. (ع)

(١٥) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" قال الشارحون: هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف لما في "المبسوط"، و"الأسرار"، و"شرح الطحاوي" حيث ذكر البطلان عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة. (ع)

(١٦) أي على المشتري.

(١٧) أي قيمة هذه الدراهم المغشوشة.

(١٨) قال في "الذخيرة": وعليه الفتوى. (ف)

الناس بها[١]. لهما: أن العقد قد صح[٢] إلا أنه تعذر التسليم[٣] بالكساد، وأنه[٤] لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع[٥]، وإذا بقى العقد وجبت القيمة[٦] لكن عند أبى يوسف رحمه الله وقت البيع، لأنه مضمون به[٧]، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع، لأنه أوان الانتقال[٨] إلى القيمة. ولأبى حنيفة رحمه الله: أن الثمن يهلك بالكساد، لأن الثمنية[٩] بالاصطلاح[١٠] وما بقى[١١]، فيبقى[١٢] بيعًا بلا ثمن، فيبطل، وإذا بطل البيع[١٣] يجب[١٤] رد المبيع إن كان قائمًا، وقيمته إن كان هالكًا كما فى البيع الفاسد. قال: ويجوز البيع بالفلوس، لأنه[١٥] مال معلوم، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تعين[١٦] لأنها أثمان[١٧] بالاصطلاح، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها، لأنها سلع، فلا بد من تعيينها.

---

(١٩) وهو يوم الانقطاع فى السوق.

(١) وفى "المحيط": به يفتى. (ف)

(٢) لوجود مبادلة المال بالمال.

(٣) أى تسليم الثمن. (ف)

(٤) أى تعذر التسليم.

(٥) قوله: "فانقطع" انقطاعه أن لا يوجد فى الأسواق، فلا يبطل البيع حينئذٍ بالاتفاق، ويجب القيمة، ولا ينتظر إلى زمان الرطب فى السنة الثانية، فكذا هذا. (عينى)

(٦) على المشترى.

(٧) قوله: "لأنه مضمون به" أى لأن الثمن مضمون بالبيع، فكان كالمغصوب يعتبر قيمة يوم الغصب، لأنه مضمون فيه. (عينى)

(٨) من نفس الدراهم.

(٩) قوله: "لأن الثمنية إلخ" أى الدراهم التى غشها غالب إنما جعلت ثمنًا بالاصطلاح، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح. (عينى)

(١٠) بخلاف النقدين فإن ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح. (ف)

(١١) نافية.

(١٢) العقد.

(١٣) قوله: "وإذا بطل البيع إلخ" ثم إذا فسد البيع بالكساد، أو بالانقطاع، فإن لم يكن المبيع مقبوضًا فلا حكم لهذا البيع أصلا، وإن كان مقبوضًا، فإن كان قائمًا رده على البائع، وإن كان مستهلكًا، أو هالكًا رجع البائع عليه بقيمة المبيع إن لم يكن مثليًا، وبمثله إن كان مثليًا. (ك)

(١٤) على المشترى.

(١٥) أى لأن الفلس.

(١٦) كالدراهم والدنانير.

(١٧) حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد. (ف)

وإذا باع بالفلوس النافقة، ثم كسدت[١] بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما، وهو نظير الاختلاف الذي بيناه[٢].

ولو استقرض فلوسًا نافقةً، فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه[٣] مثلها[٤]، لأنه[٥] إعارة، وموجبه رد العين[٦] معنى[٧]، والثمنية[٨] فضل[٩] فيه[١٠] إذ القرض لا يختص به[١١]، وعندهما[١٢] يجب قيمتها، لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض، فيجب رد قيمتها[١٣] كما إذا استقرض مثليًا[١٤] فانقطع[١٥] لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض، وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل[١٦]، وأصل الاختلاف[١٧] فيمن غصب مثليًا[١٨] فانقطع، وقول محمد رحمه

(١) قبل القبض.

(٢) قوله: "وهو نظير الاختلاف الذى بيناه" أى فى الدراهم الغالب الغش، فإنه يبطل البيع، فيجب على المشترى رد المبيع على البائع إن كان قائمًا، ورد مثله، أو قيمته إن كان هالكًا، وعندهما يجب قيمتها لكن عند أبي يوسف قيمة يوم البيع، وعند محمد قيمة يوم الانقطاع. (مل)

(٣) أى على المستقرض.

(٤) من الفلوس، أى عددًا. (ف)

(٥) الاستقراض.

(٦) قوله: "وموجبه [الاستقراض] رد العين" وبالنظر إلى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة، ولما كان قرضًا والانتفاع به إنما يكون بإتلاف عينه فات رد عينه حقيقة، فيجب رد عينه معنى، وهو المثل، ويجعل بمعنى العين حقيقة، لأنه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة، وهو لا يجوز. (ع)

(٧) أى من حيث المعنى لا من حيث الحقيقة.

(٨) قوله: "والثمنية إلخ" جواب عما يقال: كيف يكون المثل معنى، وقد فات وصف الثمنية، وإنما كان بمعنى العين أن يورد مثله حال كونه نافقًا، وتوضيح الجواب: أن القرض لا يختص بالثمنية يعنى صحة استقراض الفلس لم يكن باعتبار الثمنية بل لأنه مثلى، وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثليًا، ولهذا يصح استقراضه بعد الكساد. (عينى)

(٩) قوله: "فضل" بخلاف البيع فإن دخول الفلوس فى العقد فيه بصفة الثمنية، وقد فات ذلك بالكساد. (ع)

(١٠) أى فى القرض. (ف)

(١١) أى بالثمن. (ن)

(١٢) وتأخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر فى اختياره قولهما. (ف)

(١٣) قوله: "فيجب رد قيمتها [لأنه ليس المثل المجرد فى معناها. ع]" وهذا لأن القرض وإن لم يختص وصف الثمنية لا يقتضى سقوط اعتبارها إذا كان القرض قرضًا موصوفًا بها، لأن الأوصاف معتبرة فى الديون، لأنها تعرف بخلاف الأعيان المشار إليها، فإن وصفها لغو لأنها تعرف بذواتها. (ف)

(١٤) كالرطب.

(١٥) فيجب رد القيمة.

(١٦) قوله: "من قبل" وكثير من المشايخ كانوا يفتون بقول محمد، وبه كان يفتى الصدر الشهيد حسام الدين، والصدر الكبير برهان الأئمة، وبعض مشايخ زماننا أفتوا بقول أبي يوسف رحمه الله. (ك)

الله أنظر[١] للجانبين، وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر[٢].

قال: ومن اشترى شيئًا بنصف درهم[٣] فلوس[٤] جاز، وعليه ما يباع[٥] بنصف درهم من الفلوس[٦]، وكذا إذا قال بدانق[٧] فلوس، أو بقيراط فلوس جاز. وقال زفر رحمه الله: لا يجوز في جميع ذلك، لأنه اشترى بالفلوس، وأنها تقدر بالعدد لا بالدانق، ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها[٨].

ونحن نقول: ما يباع بالدانق[٩] ونصف الدرهم من[١٠] الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه[١١]، فأغنى عن بيان العدد، ولو قال: بدرهم فلوس[١٢]، أو

---

(١٧) قوله: "وأصل الأختلاف إلخ" أي الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد في اعتبار القيمة يوم القبض أو الكساد فرع الاختلاف فيمن غصب مثليًا، فانقطع، فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع. (عيني)

(١٨) كالرطب.

(١) قوله: أنظر" أي للمقرض والمستقرض، أما للمقرض فبالنسبة إلى قول أبي حنيفة، لأنه على قوله يلزم على المقرض مثل تلك الفلوس الكاسدة، وليس فيه نظر للمقرض، وأما للمستقرض فبالنسبة إلى قول أبي يوسف، فإن الواجب عليه قيمتها يوم القبض عنده، فكان ترك النظر للمستقرض، فقلنا: بقيمة يوم الكساد ونظراً للجانبين. (ن)

(٢) قوله: "أيسر" لأن ثمن الفلوس كانت معلومة يوم القبض للمقرض والمستقرض كما هي معلومة للمتعاقدين يوم البيع، والناس أجمع، فكان العمل بها أيسر، وأقل اختلافًا بين الناس، وأما قيمة يوم الانقطاع فغير معلومة للناس بل يختلفون اختلافًا كثيراً، فلا يكون أيسر في معرفة حكم الشرع. (ن)

(٣) أي بفلوس قيمتهما نصف درهم فضة. (ك)

(٤) يعني إن ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة. (ع)

(٥) قوله: "وعليه إلخ" أي يجب على المشتري إذا اشترى شيئًا بهذا اللفظ قدر ما يباع من عدد الفلوس بمقابلة نصف درهم فضة إذا بيعت الفلوس بمقابلة نصف درهم في سوق الصيارفة. (نهاية)

(٦) بيان ما يباع.

(٧) قوله: "بدانق إلخ" في "المغرب": الدانق -بالفتح والكسر- قيراطان والجمع دوانق، ودانيق، وفي الصحاح: الدانق سدس الدرهم والقيراط نصف دانق، وأصله قيراط -بالتشديد- بدليل جمعه على قراريط، فأبدل من إحدى حرفي تضعيفه ياء. (نهاية)

(٨) قوله: "فلا بد من بيان عددها [وإلا يبقى مجهولا فلا يجوز]" ولا يحصل ذلك بتسمية الدراهم لأن الناس قد يستقصون في بيع الفلوس، وقد يتسامحون. (نهاية)

(٩) قوله: "ما يباع إلخ" يعني أن ما يباع بالدانق، وما ذكر من الفلوس معلوم، وهو المراد بقوله: بنصف درهم فلوس لأنه لما ذكر نصف الدرهم، ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس، فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه، وإذا صار كناية عما يباع بنصف درهم وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن. (ف)

(١٠) بيان ما.

(١١) قوله: "والكلام فيه" يعني فرض المسألة فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلومًا حين العقد، فكان مغنيًا عن ذكر العدد. (عيني)

(١٢) أي بفلوس قيمتها درهم فضة.

بدرهمين فلوس، فكذلك[١] عند أبي يوسف رحمه الله، لأن ما يباع بالدرهم من[٢] الفلوس معلوم وهو المراد، لا وزن الدرهم من الفلوس، وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز بالدرهم، ويجوز فيما دون الدرهم، لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلومًا بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم، قالوا: وقول أبي يوسف رحمه الله أصح[٣] لا سيما في ديارنا[٤].

قال: ومن أعطي صيرفيًا[٥] درهمًا، وقال: أعطني بنصفه فلوسًا، وبنصفه[٦] نصفًا إلا حبة جاز البيع في الفلوس، وبطل فيما بقي عندهما، لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز، وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا، فلا يجوز.

وعلى قياس[٧] قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل، لأن الصفقة متحدة، والفساد قوي[٨] فيشيع، وقد مر[٩] نظيره[١٠]، ولو كرر لفظ الإعطاء[١١] كان جوابه كجوابهما[١٢] هو الصحيح[١٣]، لأنهما بيعان[١٤]، ولو قال[١٥]: أعطني نصف درهم

---

(١) أي يجوز.

(٢) بيان ما.

(٣) قوله: "أصح" وجه الأصح أن ما يباع بالدرهم إلى آخر ما مر أي بذكر الدرهم والدانق يصير عدد الفلوس معلومًا لأن قدر ما يوجد بالدرهم أو الدرهمين من الفلوس معلوم في السوق، فكان تسمية الدرهم كتسمية ما يقابله من عدد الفلوس في الأعلام على وجه لا يتمكن المنازعة بينهما. (نهاية)

(٤) أي المدن التي وراء النهر، فإنهم يشترون الفلوس بالدراهم. (ف)

(٥) قوله: "صيرفيًا" أي صرافًا، وهو من قولهم: الدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة، أي فضل، وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة: صراف وصيرفي، كذا في "المغرب". (كفاية)

(٦) أي أعطني بنصف الدرهم درهمًا صغيرًا يساوي نصف الدرهم إلا حبة. (ن)

(٧) عبارة الكتاب تدل على أنه لا نص عن أبي حنيفة. (ع)

(٨) مقارن للعقد؛ لأن هذا الفساد مجمع عليه. (ف ونهاية)

(٩) قوله: "وقد مر نظيره" وهو ما إذا جمع بين حر وعبد، وباعهما صفقة واحدة، فلو لم يبين ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد في الكل بالإجماع، وإن بين يشيع على قول أبي حنيفة. (ن)

(١٠) في البيع الفاسد. (ف)

(١١) قوله: "ولو كرر لفظ الإعطاء" بأن قال: أعطني بنصفه كذا فلسًا، وأعطني بنصفه الباقي نصفًا إلا حبة فالحكم أن العقد في حصة الفلوس جائز بالإجماع. (ك)

(١٢) في أن الفساد يخص النصف الآخر. (ف)

(١٣) قوله: "هو الصحيح" حكى عن الفقيه عمر بن جعفر الهندواني، والفقيه مظفر بن اليمان، والشيخ الإمام شيخ الإسلام ههنا أيضًا لا يصح وإن كرر لفظ الإعطاء، لأن الصفقة متحدة، لأنها لو تفرقت إنما تفرقت بتكرر قوله: أعطني، ولا وجه إليه، لأن قوله: أعطني مساومة، وبتكرر المساومة لا يتكرر البيع، ألا ترى أن بذكر المساومة لا ينعقد البيع، حتى إن من قال لآخر: بعني، فقال: بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر: اشتريت، وإذا كان لا ينعقد البيع بذكر

فلوسًا، ونصفًا[١] إلا حبة جاز، لأنه قابل الدرهم بما يباع من[٢] الفلوس بنصف درهم، وبنصف درهم إلا حبة، فيكون نصف درهم[٣] إلا حبة بمثله، وما وراءه بإزاء الفلوس، قال رضى الله عنه[٤]: وفى أكثر نسخ "المختصر"[٥] ذكر المسألة الثانية[٦].

كتاب الكفالة[٧]

قال: الكفالة هى الضم لغةً، قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا[٨]﴾، ثم قيل: هى[٩] ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة[١٠]، وقيل: فى الدين، والأول[١١] أصح[١٢].

المساومة، فبتكراره كيف يتكرر العقد، وكانت الصفقة واحدة، والصحيح أنهما بيعان، فلا يشيع الفساد. (ك)

(١٤) فلا يشيع الفساد، وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر. (ك)

(١٥) حين دفع إليه الدرهم الكبير. (ف)

(١) النصب على البدلية من نصف. (ن)

(٢) بيان ما.

(٣) قوله: "فيكون نصف إلخ" بخلاف المسألة الأولى لأنه صرح بالفساد حيث جعل بإزاء الدرهم الصغير نصف درهم من الدرهم الكبير إلا حبة، وهو ربا، والعاقدان متى صرحا بفساد العقد لا يحمل على وجه الصحة، وأما فى هذه المسألة لم يصرح، فإنه لم يبين للدرهم الصغير حصة من الدرهم الكبير. (ن)

(٤) أى المصنف. (ع)

(٥) أى مختصر القدورى. (ك)

(٦) قوله: "ذكر المسألة الثانية" أى قوله: أعطنى نصف درهم فلوسا ونصفًا إلا حبة جاز، ولم يذكر فى أكثر نسخ المختصر المسألة الأولى، وهو قوله: من أعطى صيرفيًا درهمًا، وقال: أعطنى بنصفه فلوسًا إلخ.
وفى بعض نسخة: ولو قال: أعطنى بنصف درهم درهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا حبة و بالباقى فلوسًا جاز البيع، انتهى، وهذا غلط من الكتاب كذا فى المضمرات شرح القدورى، والحكم فيه أن البيع فاسد عند الإمام، وقالا: جاز فى حصة الفلوس خاصة، فتأمل. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٧) قوله: "كتاب الكفالة" ركنها الإيجاب والقبول عند أبى حنيفة ومحمد، خلافًا لأبى يوسف فى قوله الآخر، حتى عندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال، أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له، أو قبول أجنبى عنه فى مجلس العقد، وقال أبويوسف آخر: الكفالة تتم بالكفيل وجد القبول أو الخطاب من غيره، أو لم يوجد. وأما شرطها: كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا يصح الكفالة بالحدود والقصاص، وأن يكون دينًا صحيحًا، ولهذا لم يصح الكفالة ببدل الكتابة، وأما أهلها فأهل التبرع بأن كان حرًا مكلفًا، فلا يصح من العبد والصبى، وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل. (ك)
قوله: "الكفالة" عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون فى البياعات غالبًا، ولأنها إذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء، فناسب ذكرها عقيب البيوع التى هى معاوضة. (ع)

(٨) قوله: "وكفلها [أى مريم، أى ضمها إلى نفسه. ك] زكريا" أى ضمها إلى نفسه، وقرأ بتشديد الفاء، ونصب زكريا، أى جعله كافلا لها، وضامنًا لمصالحها. (ع)

(٩) أى فى الشريعة. (ك)

(١٠) دون الدين. (ك)

قال[١] : الكفالة ضربان : كفالة بالنفس، وكفالة بالمال، فالكفالة بالنفس جائزة، والمضمون بها إحضار المكفول به.

وقال الشافعي رحمه الله : لا تجوز[٢]، لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه، إذ لا قدرة[٣] له[٤] على نفس المكفول به، بخلاف الكفالة بالمال، لأن له[٥] ولاية على مال نفسه. ولنا : قوله عليه السلام[٦] : «الزعيم[٧] غارم[٨]»*، وهذا يفيد[٩] مشروعية الكفالة بنوعيها[١٠]، ولأنه[١١] يقدر على تسليمه[١٢] بطريقه[١٣] بأن يعلم[١٤] الطالب مكانه[١٥]، فيخلي بينه وبينه[١٦]، أو يستعين[١٧] بأعوان القاضي في ذلك،

(١١) قوله: "والأول" أي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة أصح، لأنه لو وجب الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل يصير الدين الواحد دينين. (نهاية)

(١٢) لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة. (ع)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) هذا هو منقول عن الشافعي، والقول الأظهر عند الشافعية إنها جائزة، كذا في "فتح القدير".

(٣) قوله: "إذ لا قدرة إلخ" أما إذا كانت الكفالة بغير أمره فظاهر وإن كان بأمره، فلان أمره بالكفالة لا يثبت له ولاية في نفسه ليسلم. (ع)

(٤) أي للكفيل.

(٥) أي للكفيل.

(٦) رواه أبو داود والترمذي. (ف)

(٧) أي الكفيل. (ع)

(٨) الضامن. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٧، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٩ ص١٦٣. (نعيم)

(٩) لأنه مطلق.

(١٠) قوله: "بنوعيها" الكفالة بالنفس والمال، فإن قيل: قوله عليه السلام: «الزعيم غارم» يدل على وجوب الغرم على الكفيل، والكفيل بالنفس لا يغرم شيئًا، فكيف يستدل به على مشروعيته؟ قلنا: الغرم ينبئ عن لزوم شيء يضره، وعلى الكفيل بالنفس يلزم الإحضار، والحاجة ماسة إلى هذا النوع، وهي ضرورة إحياء حقوق العباد، لأنه ربما يغيب نفسه، فيتوى حق صاحب الحق، وعن الصحابة أنهم جوزوا الكفالة بالنفس. (ك)

(١١) أي لأن الكفيل، جواب عن قول الشافعي.

(١٢) أي المكفول به.

(١٣) فإن قدرة كل شيء بحسبه. (ع)

(١٤) الكفيل.

(١٥) المكفول به.

(١٦) المكفول به.

(١٧) الكفيل.

والحاجة ماسة إليه[١]، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه[٢] وهو الضم في المطالبة.

قال[٣]: وتنعقد[٤] إذا قال: تكفلت بنفس فلان[٥]، أو برقبته، أو بروحه، أو بجسده، أو برأسه، وكذا ببدنه، وبوجهه؛ لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن، إما حقيقةً[٦] أو عرفًا[٧] على ما مر في الطلاق، وكذا إذا قال[٨]: بنصفه، أو بثلثه، أو بجزء منه، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ، فكان ذكر بعضها شائعًا[٩] كذكر كلها، بخلاف ما إذا قال: تكفلت بيد فلان[١٠]، أو برجله، لأنه لا يعبر بهما[١١] عن البدن حتى لا يصح إضافة الطلاق إليهما[١٢]، وفيما تقدم[١٣] يصح[١٤]. وكذا إذا قال[١٥]: ضمنته، لأنه تصريح بموجبه[١٦]، أو قال: هو علي، لأنه[١٧] صيغة الالتزام[١٨]، أو قال: إليّ؛ لأنه في معنى علي في هذا المقام، قال عليه السلام: «ومن ترك[١٩] مالا فلورثته ومن ترك كلا[٢٠] أو عيالا[٢١] فإليّ»*.

---

(١) أي إلى عقد الكفالة بالنفس.

(٢) أي في عقد الكفالة بالنفس.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "وتنعقد [الكفالة بالنفس] إلخ" لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الألفاظ المستعملة فيها. (ع)

(٥) قوله: "بنفس فلان" لم يذكر محمد ما إذا تكفل بعينه، قال البلخي: لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن، والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل، يقال: عين القوم، وهو عين في الناس. (ف)

(٦) كجسده أو بدنه. (ن)

(٧) قوله: "أو عرفًا" كوجهه ورأسه، ورقبته، فإن كلا منها مخصوص بعضو خاص، فلا يشمل الكل حقيقة، لكنه يشمله بطريق العرف. (عناية)

(٨) تنعقد الكفالة بالنفس.

(٩) أي غير معين.

(١٠) حيث لا يصح الكفالة بالنفس.

(١١) أي باليد والرِّجل.

(١٢) اليد والرجل.

(١٣) أي الجزء الشائع كالنصف.

(١٤) أي إضافة الطلاق.

(١٥) أي تنعقد الكفالة بالنفس.

(١٦) قوله: "لأنه تصريح بموجبه [لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور. ف]" أي بموجب عقد الكفالة، لأنه يصير به ضامنا للتسليم، والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك. (ك)

(١٧) أي عليّ.

(١٨) فأفاد الضمان، فصحت الكفالة.

(١٩) قوله: "من ترك إلخ" أخرجه أبو داود والنسائي، وابن ماجة عن المقدام بن معديكرب، قال: قال رسول

وكذا[١] إذا قال: أنا زعيم[٢] به، أو قبيل؛ لأن الزعامة هي الكفالة، وقد روينا[٣] فيه[٤]، والقبيل[٥] هو الكفيل، ولهذا سمي الصك[٦] قبالة[٧]، بخلاف ما إذا قال[٨]: أنا ضامن لمعرفته[٩]، لأنه التزم المعرفة[١٠] دون المطالبة.

قال: فإن شرط[١١] في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه[١٢] إحضاره إذا طالبه[١٣] في ذلك الوقت، وفاء بما التزمه. فإن أحضره[١٤] وإلا حبسه الحاكم، لامتناعه[١٥] عن إيفاء حق مستحق عليه[١٦]، ولكن لا يحبسه[١٧] أول

الله ﷺ: «من ترك كلا فإليّ، ومن ترك مالا فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وارثه»، ورواه ابن حبان في "صحيحه"، وفي لفظ لأبي داود: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينًا أو ضيعة فإليّ». (ف)

(٢٠) اليتيم.

(٢١) قوله: "أو عيالا [هو من يعوله، أي يقوته. ك]" عيال -بالكسر-: أولاد وزن، وآنكه تكفل وتعهد حال ايشان ومؤنث ايشان بايد نمود، ونفقه بايد داد. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٨، والدراية ج٢، الحديث ٨١٠ ص١٦٤. (نعيم)

(١) تنعقد الكفالة.

(٢) كأمير ضامن. (من)

(٣) وهو قوله عليه السلام: «الزعيم غارم». (ك)

(٤) أي في أن الزعامة الكفالة.

(٥) قبالة بالفتح ضامن شدن. (م)

(٦) قوله: "الصك" صك بالفتح وتشديد كاف نامه، وقباله معرب چک. (م)

(٧) لأنه قابل بما فيه.

(٨) قوله: "بخلاف ما إذا قال إلخ" وعن نصير قال: سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر: أنا ضامن لمعرفة فلان، قال أبو سليمان: أما في قول أبي حنيفة وأبيك لا يلزم شيء. وأما أبو يوسف قال: هذا على معاملة الناس وعرفهم، قال الفقيه أبو الليث [illegible] أبي يوسف غير مشهور، والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد في "خزانة الواقعات"، وبه يفتى، أي بظاه[illegible] "المنتقى" أن في قول أبي يوسف فيمن قال: أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه، وعلى هذا معاملة الناس. (ف)

(٩) أي لا يصير كفيلا. (ن)

(١٠) قوله: "لأنه التزم المعرفة إلخ" يعني أن موجب الكفالة التزام التسليم، وهوضمن المعرفة لا التسليم، وفي الفارسية بأن قال: من ضامنم دانستن، ويرا عامة المشايخ قالوا: يكون كفيلا، فكأنهم فرقوا بين الفارسية والعربية، كذا في فتاوى قاضي خان. (ك)

(١١) هذه مسألة القدوري.

(١٢) الكفيل.

(١٣) أي المكفول له.

(١٤) في ذلك الوقت فيها.

(١٥) الكفيل.

مرة[١]، فلعله[٢] ما درى لماذا يدعى، ولو غاب[٣] المكفول[٤] بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه[٥]، فإن مضت[٦] ولم يحضره يحبسه[٧] لتحقق امتناعه[٨] عن إيفاء الحق. قال: وكذا إذا ارتد[٩] -والعياذ بالله- ولحق بدار الحرب[١٠]، وهذا[١١] لأنه[١٢] عاجز في المدة، فينظر[١٣] كالذى أعسر[١٤]، ولو سلمه قبل ذلك[١٥] برئ[١٦] لأن الأجل حقه، فيملك إسقاطه كما فى الدين المؤجل[١٧].

---

(١٦) فصار ظالما، والحبس جزاء الظلم.

(١٧) الحاكم الكفيل.

(١) لأن الحبس جزاء الظلم، ولا يظهر فى أول الوهلة.

(٢) أى لعل الكفيل.

(٣) مسافة بعيدة أو قريبة.

(٤) المدعى عليه.

(٥) قوله: "أمهله الحاكم [أى الكفيل] إلخ" ويستوثق منه بكفيل، هذا إذا عرف مكانه، وإن لم يعرف مكانه، واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال إلى أن يعرف مكانه، لأنهما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال. وإن وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل: لا أعرف مكانه، وقال الطالب: تعرف مكانه، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إلى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت، فالقول قول الطالب، ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع، لأن الظاهر شاهد للمدعى، وإن لم يكن ذلك معروفا منه، فالقول قول الكفيل، لأنه متمسك بالأصل، وهو الجهل، ومنكر لزوم المطالبة إياه والطالب يدعيه. (ك)

(٦) المدة.

(٧) أى يحبس الحاكم الكفيل.

(٨) مع إمكانه.

(٩) قوله: "وكذا [أى يمهل مدة الذهاب والمجيء] إذا ارتد إلخ" وفى "الذخيرة": إذا لحق المكفول بنفسه بدار الحرب إن كان الكفيل قادراً على رده، بأن كان بيننا وبين أهل الحرب موادعة، أن من لحق بهم مرتداً يردونهم علينا إذا طلبنا، يمهل قدر الذهاب والمجيء، وإن لم يكن قادراً على رده بأن لم يتقدم موادعة على الوجه الذى قلنا: فالكفيل لا يؤاخذ به. (ك)

(١٠) قوله: "ولحق إلخ" واللحاق وإن كان موتًا فهو حكمى فى ماله ليعطى الأقرب إليه، أما حقوق العباد فثابتة على حالها. (ف)

(١١) أى الإمهال.

(١٢) أى الكفيل.

(١٣) الإنظار مهلت دادن. (م)

(١٤) وعليه دين فإنه يمهل [إعسار بالكسر درويش شدن]. (م)

(١٥) الوقت المعين.

(١٦) أى الكفيل.

(١٧) إذا أدى قبل الأجل برئ.

قال[١]: وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه[٢] مثل أن يكون في مصر[٣] برئ الكفيل من الكفالة[٤]؛ لأنه أتى بما التزمه[٥]، وحصل المقصود[٦] به، وهذا[٧] لأنه ما التزم التسليم إلا مرة.

وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود[٨]، وقيل[٩]: في زماننا لا يبرأ[١٠]، لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار[١١]، فكان التقييد[١٢] مفيداً.

وإن سلمه في برية[١٣] لم يبرأ، لأنه[١٤] لا يقدر على المخاصمة فيها[١٥]، فلم يحصل المقصود، وكذا[١٦] إذا سلمه في سواد[١٧] لعدم قاض يفصل الحكم فيه.

ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة[١٨] على المخاصمة فيه، وعندهما لا يبرأ[١٩]، لأنه[٢٠] قد يكون شهوده

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي في ذلك المكان.

(٣) قوله: "مثل أن يكون في مصر" أي من الأمصار، ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو الذي كفل فيه، وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط، وهي المسألة الأخيرة من مسائل التسليم.

(٤) سواء قبله الطالب أو لا. (ف)

(٥) بالكفالة. (ف)

(٦) أي مقصود المكفول له.

(٧) أي إتيانه بما التزمه.

(٨) قوله: "لحصول المقصود [هو القدرة على المحاكمة. ع]" إذ المقصود من التسليم في مجلس الحاكم إمكان الخصومة، واستخراج الحق بإثبات حقه عليه، وهذا الإمكان حاصل متى سلمه في مكان آخر من هذا المصر. (ك)

(٩) القائل شمس الأئمة السرخسي.

(١٠) قيل: ويجب أن يفتى بهذا، إذا شرط التسليم في مجلس القضاء بالتسليم في غير ذلك المجلس. (عنايه)

(١١) قوله: "لا على الإحضار" يعني أن الظاهر أنه لا يعاونه أحد من أهل الطريق والسوق على إحضار المكفول به في مجلس القاضي بل يعاونونه على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد. (مل)

(١٢) بمجلس القاضي.

(١٣) صحرا وزمين بى كشت برارى جمع. (من)

(١٤) المكفول له.

(١٥) البرية.

(١٦) أي لا يبرأ.

(١٧) هي القرى التي ليس فيها قضاة [سراد بالفتح ديهاى شهر. (م)

(١٨) لأن المحاكمة تتحقق عند كل قاض: فصار التسليم في البلدين سواء.

(١٩) قوله: "وعندهما [وقولهما أوجه. (ف)] إلخ" قيل: هذا اختلاف عصر وزمان، فإن أبا حنيفة كان في القرن

فيما عينه[١]، ولو سلمه[٢] في السجن، وقد حبسه[٣] غير الطالب لا يبرأ[٤]، لأنه لا يقدر[٥] على المخاصمة فيه[٦].

قال[٧]: وإذا مات المكفول به[٨] برئ الكفيل بالنفس من الكفالة؛ لأنه عجز عن إحضاره، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل[٩]، فيسقط الإحضار عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيل[١٠]، لأنه لم يبقَ قادراً على تسليم المكفول بنفسه[١١]، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب[١٢]، بخلاف الكفيل بالمال[١٣]، ولو مات المكفول به، فللوصي أن يطالب الكفيل، وإن لم يكن[١٤] فلوارثه[١٥] لقيامه[١٦] مقام الميت.

قال[١٧]: من كفل[١٨] بنفس آخر[١٩] ولم يقل: إذا دفعت إليك فأنا بريء، فدفعه

الثاني، وقد شهد رسول الله ﷺ لأهله بالصدق، فكانت الغلبة لأهل الصلاح، والقضاة لا يرغبون إلى الرشوة، وعامل كل مصر منقاد لأمر الخليفة، فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه في ذلك المصر أو في مصر آخر، ثم تغير الحال بعد ذلك في زمان أبي يوسف ومحمد، فظهر الفساد، والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة، فيتقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعاً للضرر عن الطالب. (ع)

(٢٠) قوله: "لأنه قد يكون إلخ" وذلك القاضي يعرف حادثته، فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالماً عن المعارض، فيبرأ، وهذا إذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه، وإن شرط فلا يبرأ فيه عندهما، وعلى قوله اختلف المشايخ فيه. (ك)

(١) فيتعسر عليه إقامة البينة في بلد آخر.

(٢) كائناً.

(٣) أي القاضي قد حبسه لأجل غير الطالب.

(٤) وإن كان الحابس هو الطالب برئ. (ع)

(٥) قوله: "لأنه لا يقدر إلخ" لأن الغرض من التسليم تمكنه من إحضاره بمجلس الحكم ليثبت عليه حقه، وذا لا يتأتى إذا كان محبوساً. (ك)

(٦) أي في الحبس.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) المدعى عليه.

(٩) المكفول به.

(١٠) أي يسقط الكفالة.

(١١) فإن قيل: فليؤد الدين من ماله أجاب بأن ماله إلخ. (ع)

(١٢) أي الإحضار، وتسليم المكفول به.

(١٣) قوله: "بخلاف الكفيل بالمال" حيث لا يبطل الكفالة بالمال بموت الكفيل لنيابة ماله منابه، إذ المقصود هناك إيفاء حق المكفول له بالمال، ومال الكفيل صالح لذلك، فيؤخذ ماله من تركته، ثم يرجع ورثته على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في الحياة. (ن)

(١٤) الوصي.

(١٥) المكفول له.

(١٦) أي لقيام كل واحد من الوصي والوارث.

إليه فهو برىء؛ لأنه[١] موجب[٢] التصرف[٣]، فيثبت[٤] بدون التنصيص[٥] عليه، ولا يشترط[٦] قبول الطالب التسليم[٧] كما فى قضاء الدين. ولو[٨] سلم[٩] المكفول به نفسه[١٠] من كفالته صح[١١]، لأنه مطالب بالخصومة، فكان له[١٢] ولاية الدفع[١٣]، وكذا[١٤] إذا سلمه إليه[١٥] وكيل الكفيل، أو رسوله لقيامهما[١٦] مقامه.

قال[١٧]: فإن تكفل بنفسه[١٨] على أنه إن لم يواف[١٩] به[٢٠] إلى وقت كذا فهو

(١٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٨) قوله: "ومن كفل بنفس آخر إلخ" قال الفقيه أبو الليث: إنما ذكر هذا لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة إلى أن يستوفى حقه، لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه، فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة، ولا يفيد التكرار. (ف)

(١٩) بالإضافة. (م)

(١) أى لأن البراءة.

(٢) قوله: "لأنه موجب إلخ" معناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد، والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط، وقال فى "النهاية": لأنه موجب التصرف، أى لأن دفع المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس، والموجبات تثبت فى التصرف، أى بدون ذكرها صريحًا، وليس بشىء لأن الكلام فى أن البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به إلى المكفول له. (م)

(٣) أى الكفالة بالنفس.

(٤) البراءة.

(٥) التصريح.

(٦) قوله: "ولا يشترط إلخ" فى "المبسوط": لأن الكفيل يبرئ نفسه بإيفاء عين ما التزمه، فلا يتوقف على قبول صاحب الحق كالمديون إذا جاء بالدين، ووضعه بين يدى الطالب، وهذا لأنه لو توقف على قبوله تضرر به من عليه. (ن)

(٧) أى تسليم الكفيل المكفول به.

(٨) هذه من مسائل "المبسوط". (عين)

(٩) إلى الطالب.

(١٠) وقال: وقعت نفسى إليك من كفالة فلان. (م)

(١١) وبرئ الكفيل.

(١٢) قوله: "فكان له إلخ" فتسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه، ومن جهة الكفيل، فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل، فلا يبرأ. (م)

(١٣) أى دفع الخصومة. (ك)

(١٤) أى يبرأ.

(١٥) أى إلى الطالب.

(١٦) الوكيل والرسول.

(١٧) هذه مسألة القدورى. (عينى)

(١٨) الرجل.

ضامن[1] لما عليه وهو ألف، فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال؛ لأن الكفالة بالمال معلقة[2] بشرط عدم الموافاة، وهذا التعليق صحيح[3]، فإذا وجد الشرط لزمه[4] المال. ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأن وجوب المال عليه[5] بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما[6] للتوثق[7].

وقال الشافعي رحمه الله: لا تصح هذه الكفالة[8]؛ لأنه تعليق سبب[9] وجوب المال بالخطر[10]، فأشبه البيع[11].

ولنا: أنه يشبه البيع[12]، ويشبه النذر[13] من حيث إنه التزام[14]، فقلنا: لا يصح تعليقه بمطلق الشرط[15]، كهبوب الريح ونحوه[16]، ويصح[17] بشرط متعارف[18]

---

(١٩) أي لم يأت.

(٢٠) وافاه إياه مفاعلة من الوفاء. (ن)

(١) قوله: "فهو ضامن لما عليه وهو ألف" التقييد بقوله: لما عليه مفيد لأنه إن لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد، خلافًا لهما. وبقوله: وهو ألف غير مفيد لأنه إذا قال: فعلى مالك عليه، ولم يسمّ الكمية جاز، لأن جهالة المكفول به لا يمنع صحة الكفالة لابتناءها على التوسع. (ع)

(٢) في هذه الصورة. (ع)

(٣) قوله: "هذاالتعليق صحيح" لأنه تعليق بشرط متعارف لتعامل الناس إياه، وإن كان القياس يأباه، وبالتعامل يترك القياس في البيع كما لو اشترى نعلا على أن يحذوه البائع مع أن بابه أضيق من الكفالة، فلأن يترك ههنا وبابها أوسع أولى. (ك)

(٤) الكفيل.

(٥) أي على الكفيل.

(٦) قوله: "لا ينافي إلخ" تقريره أن الكفالة بالنفس لما تحققت حقًا للمكفول له لا يبطل إلا بما ينافيها من تسليم أو إبراء، أو موت، وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما، ولأن كل واحد منهما للتوثق، فلا تبطلها، وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى، وإبطالها يفضي إلى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع، وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس، ووجوب البدل ينافي المبدل عنه كما في خصال الكفارة، وأجيب بأن بدليتها ممنوعة، فإن كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر. (عناية)

(٧) الكفالتين.

(٨) الاعتماد.

(٩) أي بالمال.

(١٠) أي الكفالة بالمال.أي بأمر متردد، قد يكون وقد لا يكون، وهو عدم الموافاة إلى وقت كذا.

(١١) قوله: "فأشبه البيع" أي في لزوم المال بالعوض برجوع الكفيل على الأصيل بالمال إذا كان بأمره، وتعليق سبب و جوب المال في البيع لا يجوز، فكذا ههنا، والجواب أنا لا نسلم أن فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لأن الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه، ولكنه يشبه إلخ. (ع)

(١٢) قوله: "يشبه البيع" انتهاء، لأن الكفيل يرجع على الأصيل بما أدى عنه إذا كان بأمره، فكان مبادلة المال بالمال. (ك)

(١٣) أي ابتداء. (ك)

(١٤) لشيء غير لازم.

عملا بالشبهين، والتعليق بعدم الموافاة متعارف.

ومن[1] كفل بنفس رجل، وقال: إن لم يواف به غداً[2] فعليه المال، فإن مات[3] المكفول عنه ضمن المال[4] لتحقق الشرط، وهو عدم الموافاة.

قال: ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها[5] أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه المائة، فلم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى[6] بعد ذلك[7] لم يلتفت إلى دعواه[8]؛ لأنه علق[9] مالا مطلقاً[10] بخطر[11]، ألا يرى[12] أنه[13] لم

---

(١٥) عملا بشبه البيع.

(١٦) كإمطار السماء.

(١٧) عملا بشبه النذر، فإن النذر يصح تعليقه مطلقًا.

(١٨) قوله: "بشرط متعارف" والتعليق بعدم الموافاة متعارف، فإن الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال لعدم الموافاة بالنفس، ورغبتهم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس. (عناية)

(١) هذه مسألة "الجامع الصغير".

(٢) قوله: "غداً" لم يذكر في أكثر نسخ "الجامع الصغير" لفظ "الغد" ولهذا لم يذكره فخر الإسلام، والصدر الشهيد، وقاضي خان، فيثبت الفرق بين مسألة الجامع والقدوري، بأن هذه مطلقة، وتلك مقيدة بالوقت، فلذا ذكرها المصنف. والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة إذا كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير عن الكفيل بخلاف موت المكفول عنه فإنه أمر سماوي. (ف)

(٣) بعد الغد. (ف)

(٤) قوله: "ضمن المال [للمكفول له. ف]" فيه شبهة قوية، وهو أن الكفالة بالنفس إذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها، وليست بمقصودة، ولهذا لو ابرأ الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدة بطلت الكفالة بالمال، فكذا ههنا انفسخت الكفالة بالنفس بموت المكفول به، فتبطل الكفالة بالمال أيضًا. والجواب أن الإبراء وضع لفسخ الكفالة، والموت لم يوضع له فالإبراء ينفسخ الكفالة من كل وجه، وبالموت ينفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بالنفس، ولا ضرورة إلى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لأن عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق، والشرط عدم الموافاة مطلقًا. (مل)

(٥) أي بين صفتها بأنها جيدة أو رديئة. (ك)

(٦) قوله: "ثم ادعى [بأنه موصوف بصفة كذا] إلخ" أي ثم ادعى مدعى المائة التي كان لم يبين صفتهما تلك المائة على الكفيل مع بيان الصفة لا يسمع دعواه، أي لا يؤخذ الكفيل بكفالته حتى لا يقدر المدعى على مطالبة الكفيل بالكفالة، وإن بين ما ادعاه بعد ما ادعى على المدعى عليه شيئًا مجهولا. (نهاية)

(٧) الكفالة.

(٨) الكفيل.

(٩) قوله: "لأنه علق إلخ" فيحتمل أنه التزم [لترك الدعوى في الحال] مالا ابتداء، فيكون رشوة، ويحتمل أنه أراد ما على الأصيل، فلا يكون رشوة، والمال لم يكن لازمًا، فلا يلزم بالشك. (ك)

(١٠) قوله: "مالا مطلقًا [أي عن النسبة. ع]" المراد من الإطلاق عدم نسبة كفالته إلى المال المدعى به حيث لم يقل الكفيل على المائة الذي على المدعى عليه. (مل)

ينسبه إلى ما عليه[١]، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه[٢] وإن بينها[٣]، ولأنه[٤] لم يصح الدعوى من غير بيان[٥]، فلا يجب[٦] إحضار النفس، وإذا لم يجب[٧] لا تصح الكفالة بالنفس، فلا تصح[٨] بالمال، لأنه[٩] بناء عليه[١٠]، بخلاف ما إذا بين[١١]. ولهما أن المال ذكر معرفًا[١٢]، فينصرف إلى ما عليه، والعادة[١٣] جرت بإجمال في الدعاوى[١٤]، فتصح الدعاوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى، فتبين صحة الكفالة[١٥] الأولى، فيترتب عليها الثانية[١٦].

---

(١١) أي أمر متردد. (ع)

(١٢) توضيح.

(١٣) أي أن الكفيل.

(١) أي على المكفول عنه.

(٢) قوله: "ولا تصح إلخ" يعني أن هذا الوجه كما ترى يقتضي أن لا تصح هذه الكفالة بالمال أصلا وإن بينها الطالب أو لا، وبه صرح الشارح، وهذا الوجه منسوب إلى الشيخ أبي منصور الماتريدي. (مل)

(٣) أولا.

(٤) هذا الوجه منسوب إلى الشيخ أبي الحسن الكرخي.

(٥) قوله: "ولأنه لم يصح إلخ" يعني إذا لم يدع مالا مقدرا لم يستوجب إحضاره إلى مجلس القاضي لفساد الدعوى، فلم يصح الكفالة بالنفس، فلم يصح الكفالة بالمال، لأنه بناء عليه، فعلى هذا الوجه إذا كان المدعى به معلومًا وقت الدعوى يصح الكفالة وينصرف الكفالة إلى المال المدعى به. (ك)

(٦) على المدعى عليه.

(٧) إحضار النفس.

(٨) الكفالة.

(٩) الكفالة بالمال.

(١٠) أي على الكفالة بالنفس.

(١١) حيث تصح الكفالة بالنفس وبالمال.

(١٢) قوله: "أن المال ذكر إلخ" هذه النكتة في مقابلة النكتة الأولى لمحمد، وحاصلها أن المال في قول الكفيل ذكر معرفًا، لأنه قال: فعليه المائة، فينصرف المائة إلى ما على المكفول عنه بجعل اللام للعهد، فكانت النسبة موجودة، فيخرج المال عن كونه رشوة، فيلزم، ويصح الكفالة، كذا في "العناية" وغيرها. ولا يذهب عليك أن في عبارة "الجامع الصغير" ذكر المال منكرًا حيث قال فيه: فإن لم أوافك به غدًا فعلى مائة دينار، وهكذا ذكر غير واحد، وكذا في "المبسوط"، فلا يستقيم هذه النكتة، كذا في "فتح القدير". (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

(١٣) هذه النكتة في مقابلة النكتة الثانية لمحمد.

(١٤) قوله: "والعادة جرت إلخ" تقريره أن المال إذا لم يكن معلومًا لا بأس به، لأن العادة جرت بإجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعًا لحيل الخصوم، والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء، فيصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى، فكأنه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها، ويبينها في الآخرة، وعلى هذا صحة الكفالة بالمال، والنفس جميعًا، ويكون القول قوله في هذا البيان، لأنه يدعى صحة الكفالة. (ع)

(١٥) أي بالنفس.

قال[١]: ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله، معناه[٢] لا يجبر عليها عنده[٣]. وقالا: يجبر في حد القذف[٤]، لأن فيه[٥] حق العبد، وفي القصاص[٦] لأنه خالص حق العبد[٧]، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى[٨]. ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام*: «لا كفالة في حد[٩] من غير فصل[١٠]»، ولأن مبنى الكل[١١] على الدرء[١٢]، فلا يجب

---

(١٦) أي بالمال.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "معناه إلخ" وعلى هذا يكون معنى قوله: ولا يجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف، وإسناد الجواز إلى الكفالة مجازاً. (عناية)

(٣) قوله: "لا يجبر عليها [الكفالة] إلخ" يعني من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طلب المدعي منه كفيلا بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لإثبات ما يدعيه على المدعى عليه، فامتنع عن إعطاءه لا يجبر عليه. (عيني)

(٤) قوله: "وقالا: يجبر [أي المدعى عليه على الكفالة] إلخ" وفي "الفوائد الظهيرية": وليس تفسير الجبر ههنا الحبس لكن يأمره بالملازمة، وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب، لأنه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب، فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب، وإذا انتهى إلى باب داره، وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول، فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن، وإن لم يأذن له في الدخول يجلسه في باب داره، ويمنعه من الدخول، وسيجيء تفسير الملازمة في كتاب الحجر، إن شاء الله تعالى. (ك)

(٥) قوله: "لأن فيه حق العبد" ولذا شرط فيه الدعوى، والمدعي يحتاج إلى أن يجمع بين الشهود والمطلوب، وهو ربما يخفى لفسه، فيحتاج إلى أن يأخذ منه كفيلا. وألحق الإمام المحبوبي حد السرقة بحد القذف في الجبر بالكفالة على قولهما، وفي الجواز من غير جبر على قول أبي حنيفة رحمه الله، لأنه من الحقوق التي يتعلق بها حق العباد. (ن)

(٦) أي المغلب فيه حق العبد. (ن)

(٧) قوله: "لأنه خالص حق العبد" ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك، وفيه حق الله لإخلاء الأرض عن الفساد. (ف)

(٨) قوله: "بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى" كحد الزنا، والشرب لا يجوز الكفالة بها وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها، لأن قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى، لأنه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب، فلم تقع الكفالة بالنفس بحق واجب على الأصيل، وبعد إقامة البينة قبل التعديل يحبس، وبه يحصل الاشتياق، فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد، فإن حضوره في مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور، ويحول بينه وبين أشغاله، فتصح الكفالة بإحضاره. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٨١١ص١٦٤. (نعيم)

(٩) قوله: "لا كفالة في حد" قال في "العناية": قيل: هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح، وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي: روى هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، انتهى، وقال الزيلعي: إن هذا الحديث أخرجه البيهقي في "سننه" مرفوعاً لكن في رواية عمر بن أبي عمرو الكلاعي، وهو مجهول، ورواياته منكرة، ورواه ابن عدي في "الكامل" عنه وقال: إنه مجهول لا أعلم، وأحاديثه غير محفوظة، وهكذا قال الإمام ابن الهمام في "فتح القدير". (مولانا محمد عبد الحليم)

(١٠) قوله: "فصل" أي بين ما هو حق العبد وبين ما هو خالص حق الله تعالى. (ع)

(١١) أي كل الحد.

فيها الاستيثاق[١]، بخلاف[٢] سائر الحقوق، لأنها لا تندرئ بالشبهات، فيليق بها الاستيثاق، كما في التعزير[٣].

ولو سمحت[٤] نفسه[٥] به[٦] يصح[٧] بالإجماع؛ لأنه أمكن ترتيب موجبه[٨] عليه، لأن تسليم النفس فيها[٩] واجب، فيطالب به الكفيل، فيتحقق الضم[١٠].

قال[١١]: ولا يحبس فيها[١٢] حتى يشهد شاهدان مستوران[١٣]، أو شاهد عدل[١٤] يعرفه القاضى[١٥]، لأن الحبس للتهمة[١٦] ههنا[١٧]، والتهمة تثبت[١٨] بأحد

---

(١٢) أى الدفع.

(١) قوله: "فلا يجب فيها [الحدود] الاستيثاق" أى بالكفيل، فإذا لم يكفل عنده ما ذا يصنع به، قال يلازمه إلى وقت قيام القاضى، فإن أحضر البينة فبها، وإلا خلى سبيله، هذا إذا لم يقم البينة، وأما إذا أقام شاهدين مستورين، أو شاهد عدل لا يكفل عنده أيضاً، ولكن يحبسه للتهمة، والحبس بها مشروع لما روى أن النبى عليه السلام حبس رجلا للتهمة. (ن)

(٢) حيث يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل.

(٣) قوله: "كما فى التعزير" أى يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فى الشىء الذى يجب فيه التعزير، فإن التعزير محض حق العبد، ويسقط بإسقاطه، ويثبت بالشهادة على الشهادة، ويحلف فيه، فيجبر على إعطاء الكفيل فيه كالأموال. (ك)

(٤) سماحة –بالفتح– جوانمردى. (م)

(٥) المدعى عليه.

(٦) أى بإعطاء الكفيل. (نهاية)

(٧) قوله: "يصح" أى فى الحدود والقصاص التى وقع الاختلاف فى الجبر عليه. (ن)

(٨) أى موجب عقد الكفالة وهو الزام المطالبة.

(٩) الحدود.

(١٠) وهو معنى الكفالة.

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير"، وليس فى أكثر النسخ قال. (عينى)

(١٢) قوله: "ولا يحبس فيها" أى فى الحدود والقصاص، وفى بعض النسخ فيهما، أى فى حد القذف والقصاص.(ن)

(١٣) أى لا يعرف فسقهما ولا عدالتهما.

(١٤) قوله: "أو شاهد عدل" فإن قيل: قد قلتم بحبسه بإقامة شاهد عدل، ومعنى الاحتياط فى الحبس أكثر من أخذ الكفيل، قلنا: الحبس ليس للاحتياط، ولكن لتهمة الدعارة والفساد، وفيحبس تعزيراً. (ك)

(١٥) قوله: "يعرفه القاضى" أى يعرف كونه عدلا، فإن كان مجهولا لا يحبسه، لأنه انعدم العدد والعدالة. (نهاية)

(١٦) قوله: "للتهمة [أى تهمة الفساد]" فى "الصحاح" و "المغرب": التهمة بالتحريك وأصل التاء فيه واو من وهمت الشىء أهمه، وهما من باب ضرب أى وقع فى خلدى والوهم ما يقع فى القلب من الخاطر، واتهمت فلانًا بكذا، والاسم التهمة بالتحريك أصله اوتهمت، كما فى اتكلت أصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها، ثم أبدلت منها، وأدغمت فى تاء الافتعال. (ف)

(١٧) أى فى الحدود والقصاص.

(١٨) قوله: "والتهمة تثبت بأحد إلخ" لأن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد، وهو من الديانات والديانات تثبت بأحد شطريها. ولقائل أن يقول: الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافى الدرء بالشبهات، والدرء ثابت لقوله ﷺ

شطرى الشهادة، إما العدد، أو العدالة، بخلاف الحبس[١] فى باب الأموال[٢]؛ لأنه أقصى عقوبة فيه، فلا يثبت إلا بحجة كاملة[٣]، وذكر[٤] فى أدب القاضى أن على قولهما لا يحبس فى الحدود[٥]. والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة[٦]. قال[٧]: والرهن والكفالة جائزان فى الخراج[٨]؛ لأنه دين[٩] مطالب به[١٠] ممكن الاستيفاء[١١]، فيمكن ترتيب موجب العقد[١٢] عليه فيهما[١٣].

«ادرء الحدود بالشبهات». ويمكن أن يجاب بأن يحمل قولهم للتهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالتهاون فيه، وبيانه أن الدرء مأمور به والتهاون حرام لإفضاءه إلى فساد العالم الذى شرع الحدود لدفعه، فإن وجد أحد شطرى الشهادة، ولم يحبسه الحاكم اتهم بأنه متهاون فى ذلك وهو قادح فى عدالته والاتقاء من أمثاله مأمور به، فيحبس بأحد شطرى الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعاً للتهمة عن الحاكم، والحبس من النبى ﷺ فى ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن صلى الله عليه وعلى آله وسلم ممن يتهم بذلك، ثم إذا سمع الحجة الكاملة يحيل للدرء، والله أعلم. (ع)

(١) قوله: "بخلاف الحبس" فإنه لو ثبت المال بالبينة العادلة، وامتنع من الإيفاء يحبس، فكان الحبس أقصى عقوبة فيه. (ف)

(٢) حيث لا يحبس فيه بشهادة مستورين، أو شاهد عدل.

(٣) قوله: "إلا بحجة كاملة" فلا يجوز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوته، أما فى الحدود والقصاص أقصى عقوبة القتل أو الضرب، والحبس نوع عقوبة، فجاز أن يعاقب به قبل ثبوت الحد والقصاص. (عينى)

(٤) أى فى "المبسوط" فى باب أدب القاضى.

(٥) أى التى فيها حق العبد كحد القذف.

(٦) قوله: "لحصول إلخ" أى لأن أخذ الكفيل لما جاز عنهما جاز أن يستوثق به، فيستغنى عن الحبس بها. (ع)

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) قوله: "فى الخراج" وإنما أورد الخراج لأنه فى حكم الصلاة دون الديون المطلقة، ووجوبه بحق الشرع كالزكاة، فكان ينبغى أن لا يصح الكفالة والرهن به. (نهاية)

(٩) قوله: "لأنه دين" ألا ترى أنه يحبس به، ويمنع لأجله من وجوب الزكاة، فيجوزان كسائر الديون، كذا فى "الفوائد الظهيرية". فإن قيل: دين الزكاة له مطالب من جهة العباد، أما فى الأموال الظاهرة فالإمام، وأما فى الأموال الباطنة فملاكها، فإنهم نواب عن الإمام، ومع ذلك لا يجوز الكفالة بدين الزكاة.

قلت: قال الإمام التمرتاشى: الزكاة ليست بدين بل هى عبارة عن تمليك المال مبتدأ، ولذا لا يؤخذ من تركته بعد موته، فعلى هذا كان قوله فى الكتاب: لأنه يطالب به، أى يطالب به فى الحياة والممات، احتراز عن دين الزكاة، وقوله: ممكن الاستيفاء احتراز عن الحدود والقصاص. (نهاية)

(١٠) قوله: "مطالب به إلخ" ثم قوله: دين مطالب به راجع إلى الكفالة، وقوله: ممكن الاستيفاء راجع إلى الرهن، أى يطالب به، فيصح الكفالة لأن الكفالة تقتضى ديناً يطالب به، ويمكن الاستيفاء، فيصح الرهن، لأن الرهن توثيق لجانب الاستيفاء. (ك)

(١١) فى هذا الكلام لف ونشر مشوش.

(١٢) قوله: "موجب العقد إلخ" موجب الكفالة كونها مشروعةً لتحمل المطالبة، وموجب الرهن كونه مشروعا بمضمون يمكن استيفاءه من الرهن. (عينى)

(١٣) أى كل من عقدى الرهن والكفالة.

قال[١] : ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب[٢] فأخذ منه كفيلا فهما[٣] كفيلان ؛ لأن موجبه[٤] التزام المطالبة[٥] ، وهى[٦] متعددة[٧] ، والمقصود[٨] التوثق ، وبالثانية يزداد التوثق ، فلا يتنافيان .

وأما الكفالة بالمال[٩] فجائزة معلومًا[١٠] كان المكفول به[١١] ، أو مجهولا ، إذا كان[١٢] دينًا صحيحًا مثل أن يقول تكفلت عنه بألف ، أو بمالك[١٣] عليه ، أو بما[١٤] يدركك[١٥] فى هذا البيع ؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع[١٦] ، فيتحمل فيه[١٧] الجهالة[١٨] ، وعلى[١٩] الكفالة بالدرك[٢٠] إجماع ، وكفى به حجة ، وصار[٢١] كما إذا

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) رب الدين. (نهاية)

(٣) قوله: "فهما" ثم لو سلم أحد الكفيلين بنفس الأصيل برئ هو دون الآخر. (ك)

(٤) أى موجب عقد الكفالة. (نهاية)

(٥) قوله: "التزام المطالبة [ولهذا قلنا: إن إبراء الكفيل لا يرتد بالرد. ك]" أى أن يلتزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصيل فى المطالبة، بأن يكون مطلوبًا بإحضار المكفول عنه كما أنه مطلوب بالحضور بنفسه. (عناية)

(٦) المطالبة.

(٧) أى تحتمل التعدد.

(٨) من عقد الكفالة.

(٩) قوله: "وأما الكفالة بالمال [هذا لفظ القدورى. عينى] إلخ" هو عديل قوله أول الباب: الكفالة ضربان،: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال من حيث المعنى، فإن المعادلة الصريحة أن يقول: أما الكفالة بالنفس، وهو إنما قال: فالكفالة بالنفس إلخ. (فتح القدير)

(١٠) أى فى المقدار.

(١١) أى المال.

(١٢) قوله: "إذا كان دينًا صحيحًا" أى الدين الذى لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، بخلاف دين الكتابة فإنه دين ضعيف، لأنه يثبت مع المنافى وهو الرق، ولهذا يستبد المكاتب بإسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه. (ك)

(١٣) دليل على جوازها بالمجهول.

(١٤) من العوارض.

(١٥) قوله: "يدركك [من الضمان. ن]" أى يلحقك، كذا فى "مجمع الأنهر"، وفى "المنتخب": درك آنچه دربى چيز پديد آيد از عوارض.

(١٦) فإنها تبرع ابتداء. (م)

(١٧) أى فى الكفالة.

(١٨) اليسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة، أى جهالة المكفول به. (ن)

(١٩) قوله: "وعلى الكفالة إلخ" ضمان الدرك أن يقول للمشترى: أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد، والدرك التبعة، وفيه فتح الراء وسكونها. (ف)

(٢٠) وأصل الدرك فى اللحوق، وقدر ما يلحقه من الدرك مجهول. (ك)

كفل[1] بشجة[2] صحت الكفالة وإن[3] احتملت[4] السراية والاقتصار، وشرط[5] أن يكون دينًا[6] صحيحًا[7]، ومراده أن لا يكون[8] بدل الكتابة[9]، سيأتيك[10] في موضعه إن شاء الله.

قال[11]: والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذى عليه الأصل[12]، وإن شاء طالب كفيله؛ لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة، وذلك[13] يقتضى قيام الأول[14] لا البراءة عنه، إلا إذا شرط فيه البراءة[15]، فحينئذٍ تنعقد[16] حوالة[17] اعتباراً للمعانى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة.

(٢١) قوله: "وصار كما إذا كفل إلخ" بأن قال: كفلت بما أصابك فى هذه الشجة التى شجك فلان، وهى خطأ يصح بلغت النفس أو لم تبلغ، ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول، لأنه لا يدرى قدر ما يبقى من أثر الشجة، وهل يسرى إلى النفس، أو لا يسرى. (ك)

(١) أى الكفالة بمال مجهول.

(٢) قوله: "بشجة [أية شجة كانت]" أى خطأ فإن العمد على تقدير السراية يوجب القصاص إذا كانت بآلة جارحة، ولا كفالة بالقصاص، وإذا كانت خطأ نفى الكفالة بها جهالة المكفول به، فإنها إن سرت إلى النفس وجبت دية النفس، وإلا فأرش الشجة، ومع ذلك صح. (ف)

قوله: "شجة" جراخت وشكستگى. (م)

(٣) الواو وصلية.

(٤) الشجة.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) المكفول به.

(٧) قوله: "دينًا صحيحًا" الدين الصحيح هو الذى له مطالب من جهة العباد حقًا لنفسه، والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء، وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب على أن يسقط البدل بتعجيز نفسه، وقيل: لأن المولى لا يجب له على عبده شىء، فيطالبه به، فوجوبه بخلاف القياس. (ع)

(٨) قوله: "أن لا يكون إلخ" ويحتمل أن يحترز به عن دين الزكاة، فإنه دين أيضًا، حتى ظهر أثره فى منع وجوب الزكاة، وفى حق مطالبة الإمام فى الأموال الظاهرة، ولكن ليس بصحيح من كل وجه حتى لاتؤخذ من تركته بعد موته. (ن)

(٩) فإنه ليس بدين صحيح.

(١٠) فى كتاب المكاتب.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "عليه الأصل [أى أصل الدين]" إنما سمى الدين أصلا لأن المطالبة مبنية عليه، فإن مطالبة الدين بغير دين غير متصور، فكانت المطالبة فرعًا. (عناية)

(١٣) الضم.

(١٤) الأصيل.

(١٥) أى براءة الأصيل.

(١٦) الكفالة.

(١٧) يعنى أنها حوالة عقدت بلفظ الكفالة، فيجرى أحكام الحوالة. (ف)

جـ5
20
B

ولو طالب[١] أحدهما له أن يطالب الآخر، وله أن يطالبهما[٢]؛ لأن مقتضاه[٣] الضم، بخلاف المالك[٤] إذا اختار[٥] تضمين أحد الغاصبين[٦]، لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه[٧]، فلا يمكنه التمليك من الثانى[٨]، أما المطالبة بالكفالة لا يتضمن[٩] التمليك، فوضح الفرق.

قال[١٠]: ويجوز تعليق الكفالة بالشروط، مثل أن يقول: ما بايعت فلانًا[١١] فعلى[١٢]، وما ذاب[١٣] لك عليه[١٤] فعلىّ، أو ما غصبك[١٥] فعلىّ، والأصل[١٦] فيه[١٧] قوله تعالى[١٨]: ﴿ولمن جاء به[١٩] حمل[٢٠] بعير وأنا به زعيم﴾، والإجماع

(١) المكفول له.
(٢) معًا.
(٣) الكفالة.
(٤) قوله: "بخلاف المالك [للمال المغصوب]" إذا اختار تضمين أحد الغاصبين، أى بالقضاء أو الرضا، لأنه إذا ضمن أحدهما بالرضا أو بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه، وتمليكه من الآخر، والمطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء، حتى إذا استوفاه من أحدهما صار المضمون وهو الدين ملكًا له، فلا يكون له مطالبة الآخر، وفى الغصب إذا اختار تضمين أحدهما بلا رضا وقضاء له تضمين الآخر أيضًا. (كفاية)
(٥) فليس له أن يضمن الآخر.
(٦) الغاصب وغاصب الغاصب.
(٧) أى من ذلك الأحد.
(٨) لأنه من المحال أن يملك العين الواحدة جميعًا من اثنين فى زمان واحد.
(٩) فلا يمنع مطالبة أحدهما مطالبة الآخر.
(١٠) أى القدورى. (عينى)
(١١) قوله: "بايعت فلانًا إلخ" قيد بقوله: فلانًا ليصير المكفول عنه معلومًا فإن جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول له فى الإضافة، فلو قال: ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش جهالة المكفول عنه وبه، بخلاف انفراد جهالة المكفول به، فإنها حينئذٍ قليلة تتحمل. والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقًا، وجهالة المكفول به لا تمنع مطلقًا، وجهالة المكفول عنه فى التعليق، والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفى التنجيز لا تمنع. (ف)
(١٢) المعنى إن بايعت فلانًا فعلى درك هذا البيع.
(١٣) قوله: "وما ذاب [المعنى إن ذاب إلخ]" فى "المغرب": ذاب عليه حق أى وجب مستعار من ذوب الشحم.(ن)
(١٤) فلانًا.
(١٥) أى ما غصب منك.
(١٦) الدليل.
(١٧) يدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة.
(١٨) قوله: "قوله تعالى إلخ" قصته: أنه لما أعطى الله يوسف ملك مصر، وقحط الناس، وعم القحط البلاد، أتاه إخوانهم طلبًا للرزق، فعرفهم، وهم لم يعرفوه، فسألهم: كم أنتم؟ قالوا: كنا اثنى عشر إخوة، فذهب أخ معنا إلى البرية – يريدون به يوسف– فهلك فيها، وكان أحبنا إلى أبينا يعقوب، قال: فكم أنتم ههنا؟ قالوا: عشرة، قال: فأين الحادى عشر؟

منعقد على صحة ضمان الدرك.

ثم الأصل[١] أنه يصح تعليقها[٢] بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطًا لوجوب الحق[٣]، كقوله[٤]: إذا استحق المبيع[٥]، أو لإمكان الاستيفاء[٦] مثل قوله: إذا قدم زيد[٧] وهو[٨] مكفول عنه[٩]، أو لتعذر الاستيفاء[١٠] مثل قوله: إذا غاب[١١] عن

قالوا: عند أبينا، لأنه أخ الذى هلك من أمه، فأبونا يتسلى به، فقال: فمن يعلم أن الذى تقولون به حق أو باطل، فأتونى بأخ لكم إن كنتم صادقين، وإنى أوف لكم الكيل وأنا خير المنزلين، فقالوا: إن أبانا لا يتحمل فراقه، لكنا سنراود عنه أباه.

فترخصوا من يوسف، ووصلوا أوطانهم، وقصوا على يعقوب القصة، فقال: لن أرسله معكم حتى تؤتونى ميثاقًا وعهدًا على أنكم توصلونه إلى فإنى لا اعتمد عليكم لأنكم قد فعلتم ما فعلتم بأخيه يوسف، فأعطوه عهدًا موثقًا، وسافروا مع أخى يوسف إلى أن وصلوا إلى ملكه، وقالوا: هذا أخونا الذى أمرتنا أن نأتيك به، فقال: أحسنتم، ثم أنزلهم وأكرمهم، ثم أضافهم، وأجلس كل اثنين منهم على مائدة، فبقى الحادى عشر وهو بنيامين وحيدًا، فبكى، وقال: لو كان أخى يوسف حيًا لأجلسنى معه، فقال يوسف له: لقد بقى أخوكم هذا وحيدًا، فأجلسه معه على مائدته، وجعل يؤاكله.

فلما كان الليل أمر بمثل ذلك، وقال له: إنى أخوك فلا تحزن بما كانوا يعملون، فإن الله تعالى قد أحسن إلينا، ولا تخبرهم شيئًا مما أعلمتك، فقال له بنيامين: أنا لا أفارقك، فقال له يوسف: قد علمت اغتمام والدى بى، فإن حبستك ازداد غمه، ولا يمكننى هذا إلا بعد أن اشهرك بأمر قبيح، قال: لا أبالى، افعل ما بدا لك، قال: فإنى أضع صاعى فى رحلك، ثم أنادى عليك بالسرقة ليتيسر لى ردك عندى. فلما جهزهم بجهازهم جعل السقاية وهى المشربة التى كان يوسف يشربه منها فى رحل أخيه بنيامين، ثم أمر مناديا: أيتها القافلة التى فيها الأحمال أنكم لسارقون، قفوا، فعطفوا على المنادى، وقالوا له: ما ذا تفقدون؟ قالوا: سقاية الملك، ولمن جاء بصواع الملك حمل بعير من الطعام يعطيه الملك، وأنا بإعطاءه زعيم، أى كفيل، فقالوا: والله ما جئنا سارقين، وإنما جئنا جائين مسترزقين. فقال المنادى وأصحابه: ما جزاء السارق منكم إن وجد فيكم؟ قالوا: جزاءه أن يسلم السارق إلى المسروق منه، فيسترقه سنة، وكان ذلك سنة آل يعقوب فى السارق، فبدأ بأوعيتهم قبل وعاء أخيه نفيًا للتهمة، ثم استخرجها من وعاء أخيه، فأخذه من عندهم، وودع باقى إخوانهم، فبقى بنيامين عند أخيه يوسف مستبشرًا، وترخص الإخوة إلى أبيهم. (مولانا محمد عبد الحليم رحمه الله)

قوله: "قوله تعالى: ولمن جاء إلخ" فالآية تدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة، إذ حمل البعير مجهول، وعلى أن تعليق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة بشرط المجيء بالصواع، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا قص الله ورسوله بلا إنكار. (ك)

(١٩) قوله: "ولمن جاء به [الصاع] إلخ" الزعيم حقيقة الكفيل، والمؤذن إنما نادى العيرعن غيره وهو الملك، فإن المعنى الملك يقول لكم: لمن جاء به حمل بعير، يعنى إنما نادى بأمره، ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه، إلا أن فيه جهالة المكفول له، فقد اشتملت على أمرين، جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافة إلى سبب وجوب المال، وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له، وهو لا يستلزم نسخ الآخر. (ف)

(٢٠) بار.

(١) الأمر الكلى.

(٢) الكفالة.

(٣) أى حق المدعى المكفول له على المدعى عليه المكفول عنه.

(٤) قوله: "كقوله: إذا استحق إلخ" فإن استحقاق المبيع سبب لوجوب الثمن على البائع للمشترى، ومن هذا القبيل ما فى الآية، فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بالصواع، فإنه سبب وجوب الجعل. (ف)

(٥) فأنا ضامن.

(٦) أى استيفاء الحق.

البلدة[١]، وما ذكر[٢] من الشروط فى معنى ما ذكرناه[٣]، فإما لا يصح التعليق[٤] بمجرد الشرط[٥] كقوله: إن هبت الريح[٦]، أو جاء المطر، وكذا[٧] إذا جعل[٨] واحدا منهما[٩] أجلا إلا أنه يصح[١٠] الكفالة[١١]، ويجب المال حالا، لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط[١٢] لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق[١٣].

---

(٧) فأنا زعيم.

(٨) قوله: "وهو [الواو حالية] إلخ" إنما قيد بقوله: وهو مكفول عنه، لأنه إذا علق الكفالة بقدوم أجنبى ليس بمكفول عنه لا يصح، لأن قدوم الأجنبى ليس بميسر تسليم ما التزمه، فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض، وذلك باطل، كما لو علقه بدخول الدار، ومعنى قوله: باطل، أن الشرط باطل، فأما الكفالة فصحيحة إذ الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح وغيره. (ك)

(٩) فقدومه سبب موصل للاستيفاء منه. (ف)

(١٠) أى استيفاء الحق.

(١١) أى المكفول عنه.

(١) أو هرب، أو مات ولم يدع شيئًا. (ف)

(٢) قوله: "وما ذكر" أى ما بايعت، وما ذاب، وما غصبك.

(٣) من التعليقات بالشرط الملائم.

(٤) قوله: "فإما لا يصح إلخ" فيه أن قوله: لا يصح التعليق يقتضى نفى جواز التعليق لا نفى جواز الكفالة مع أن المقصود أن الكفالة المعلقة لا يجوز، والجواب أن حاصل كلامه نفى جواز الكفالة المعلقة بهما، والمجموع ينتفى بانتفاء جزءه. لا يقال: نفى الكفالة المؤجلة كنفى المعلقة، ولا ينتفى الكفالة بانتفاء الأجل، لأن الإيجاب المعلق نوع إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف فى موضعه، والأجل عارض بعد العقد، فلا يلزم من انتفاء العارض انتفاء معروضة. (ع)

(٥) أى بشرط مجرد عن الملائمة. (ع)

(٦) فأنا ضامن.

(٧) أى كذا لا يصح الأجل إذا جعل إلخ. (ع)

(٨) قوله: "إذا جعل إلخ" بأن قال: تكفلت إلى أن يمطر السماء، أو تهب الريح. (كفاية)

(٩) هبوب ريح ومجيء مطر.

(١٠) قوله: "إلا أنه يصح إلخ" أى الكفالة تثبت حالة، ويبطل الأجل بخلاف ما لو علقها بهما، نحو إذا هبت الريح فقد كفلت بمالك عليه، فإن الكفالة باطلة أصلا. فالحاصل أن الشرط الغير الملايم لا تصح معه الكفالة أصلا، ومع الأجل الغير الملايم تصح حالة، ويبطل الأجل لكن تعليل المصنف هذا بقوله: لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق، يقتضى أن فى التعليق بغير الملايم يصح الكفالة حالة. وإنما يبطل بالشروط، والمصرح به فى "المبسوط"، وفى فتاوى قاضى خان: أن الكفالة باطلة، فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن فى كل منها عدم ثبوت الحكم فى الحال. وقلد المصنف فى هذا الاستعمال لفظ "المبسوط"، فإنه ذكر التعليق، وأراد التأجيل هذا، وظاهر شرح الإتقان المشى على ظاهر اللفظ فإنه قال فيه: الشرط إذا كان ملايما جاز تعليق الكفالة، ومثل بقوله: إذا استحق المبيع فأنا ضامن إلى أن قال: وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الريح، ومجيء المطر لا يصح التعليق، ويبطل الشرط لكن تنعقد الكفالة، ويجب المال، لأن كل ما جاء تعليقه بالشرط لايفسد بالشروط، أصله الطلاق والعتاق. (ف)

(١١) ويبطل الأجل.

(١٢) قوله: "لما صح تعليقها إلخ" المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازاً بقرينة قوله: ويجب المال حالا، وتقريره أن

فإن قال: تكفلت بمالك عليه، فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت[١] معاينة، فيتحقق ما عليه، فيصح الضمان به، وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به؛ لأنه منكر للزيادة[٢].

فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك[٣] لم يصدق على كفيله؛ لأنه إقرار على الغير، ولا ولاية له عليه[٤]، ويصدق في حق نفسه؛ لولايته عليها[٥].

قال[٦]: ويجوز بأمر المكفول عنه وبغير أمره[٧]؛ لإطلاق ما روينا[٨]، ولأنه[٩] التزام المطالبة، وهو تصرف[١٠] في حق نفسه، وفيه نفع الطالب، ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع[١١]، إذ هو عند أمره[١٢]، وقد رضي به[١٣]. فإن[١٤] كفل بأمره رجع بما أدى عليه؛ لأنه[١٥] قضى دينه بأمره[١٦]، وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه؛ لأنه[١٧] متبرع بأدائه[١٨].

الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق. (ع)

(١٣) قوله: "كالطلاق والعتاق [أي كما أن الشرط المجهول في الطلاق والعتاق]" يبطل ويصح الطلاق والعتاق، بأن قال: أعتقت عبدي، أو قال: طلقت امرأتي إلى قدوم الحاج أو الحصاد. (عيني)

(١) قوله: "كالثابت" ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه، فكذا إذا ثبت بالبينة. (عناية)

(٢) والقول قول المنكر مع اليمين.

(٣) أي مما يعترف به الكفيل.

(٤) أي على الكفيل.

(٥) أي على نفسه.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) بأن يقول: اضمن عني، أو تكفل عني. (ع)

(٨) أي قوله عليه السلام: «الزعيم غارم».

(٩) أي لأن عقد الكفالة.

(١٠) أي هذا الالتزام. (ف)

(١١) أي رجوع الكفيل على المكفول عنه بما أدى.

(١٢) المكفول عنه.

(١٣) أي حال الأمر.

(١٤) هذا قول القدوري. (عيني)

(١٥)

(١٦) قوله: "لأنه قضى [ومن قضى دين غيره بأمره رجع عليه. ع] دينه بأمره" هذا مقيد بأمرين، أحدهما: أن يكون المطلوب ممن يصح منه الإقرار، فلو كان محجوراً صبياً، وأمر من الكفيل، فلا رجوع له عليه، ولو كان عبداً محجوراً فإنما يرجع عليه بعد عتقه، فلو كان الصبي مأذوناً صح أمره، ويرجع الكفيل عليه لصحة أمره بسبب الإذن. وثانيهما: أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول: اكفل عني، اضمن عني لفلان. (ف)

وقوله: رجع بما أدى، معناه إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه[١] رجع بما ضمن[٢]، لأنه[٣] ملك الدين بالأداء، فنزل منزلة الطالب[٤]، كما إذا ملكه[٥] بالهبة[٦] أو بالإرث[٧]، وكما إذا ملكه المحتال عليه[٨] بما ذكرنا في الحوالة[٩]، بخلاف المأمور[١٠] بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى[١١]، لأنه لم يجب عليه شيء[١٢] حتى يملك الدين بالأداء[١٣]، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل[١٤] الطالب عن الألف على خمسمائة[١٥]، لأنه[١٦] إسقاط[١٧]، فصار كما إذا ابرأ الكفيل[١٨].

---

(١٧) الكفيل.

(١٨) والمتبرع لا يرجع. (ع)

(١) قوله: "أما إذا أدى خلافه" كما إذا أدى زيوفًا بدل ما ضمن من الجياد، ويجوز له ذلك، أو بالعكس. (ع)

(٢) لا بما أدى.

(٣) أي لأن الكفيل.

(٤) والطالب لم يكن له أن يطالبه، إلا بما في ذمته، فكذا من نزل منزلته. (ع)

(٥) قوله: "كما إذا ملكه [أي الكفيل] بالهبة" بأن يهب من الكفيل المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه، فإن الكفيل يملكه، ويرجع على الأصيل بماضمن. (ع)

(٦) قوله: "بالهبة" فإن قيل: ينبغي أن لا يصح هبة الدين من الكفيل، لأن هبة الدين إنما تصح ممن عليه الدين، وليس الدين على الكفيل على المختار.
أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا يجوز إذا لم يأذن للغير في قبضه، فأما إذا وهب الدين من آخر، وأذن له في قبضه جاز استحسانًا، وههنا لما وهب الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب. (ف)

(٧) بأن مات المكفول له ويرثه الكفيل.

(٨) قوله: "وكما إذا ملكه إلخ" أي ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الأسباب، وذلك بأن أحال المطلوب على إنسان، ولم يكن على المحتال عليه دين، فأدى المحتال عليه دنانير، وعروضًا عن الدراهم الدين، أو وهب له المحتال له الدين، أو تصدق عليه، أو ورث منه، فإنه يرجع في ذلك كله على المحيل بالدين، لأنه ملك ما في ذمته بهذه الأسباب، فيرجع على المحيل بما قبله منه. (ك)

(٩) أي حوالة "كفاية المنتهى". (ف)

(١٠) قوله: "بخلاف المأمور إلخ" جواب دخل مقدر، تقريره: أن الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه، وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين، والمأمور يرجع بما أدى، فكذلك الكفيل. (ع)

(١١) قوله: "حيث يرجع بما أدى" فلو أدى الزيوف عن الجياد، ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد، لأن أداء المأمور به لم يوجد، وإن عكس فكذلك، لأن الأمر لم يوجد في حق الزيادة، فكان تبرعًا بها، فعلى هذا، فقوله: رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح. (ع)

(١٢) حيث لم يلتزم المال بالكفالة.

(١٣) فينزل منزلة الطالب، فيرجع بما ضمن. (ع)

(١٤) حيث يرجع بما أدى وهو خمس مائة، لا بما ضمن وهو الألف.

(١٥) قوله: "على خمس مائة" إنما قيد بقوله: على خمس مائة احتراز عما لو صالح عن جنس آخر من الدنانير أو العروض في ذلك يرجع على المكفول عنه بجميع الألف التي كفل. (ك)

قال[1] : وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدى[2] عنه[3] ؛ لأنه لا يملكه[4] قبل الأداء[5] ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع[6] قبل الأداء[7] ، لأنه انعقد[8] بينهما[9] مبادلة حكمية[10] .

قال[11] : فإن لوزم[12] بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه[13] حتى يخلصه[14] ، وكذا إذا حبس[15] كان له أن يحبسه[16] ؛ لأنه لحقه[17] ما لحقه من جهته ، فيعامله بمثله . وإذا ابرأ الطالب المكفول عنه ، أو استوفى[18] منه برئ الكفيل ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل[19] . لأن الدين عليه[20] فى الصحيح[21] .

---

(١٦) قوله: "لأنه إسقاط" أى لأن الصلح على أقل من جنس حقه إبراءً للكفيل فيما وراء بدل الصلح، والإبراء إسقاط، فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة. (ك)

(١٧) عن بعض الدين، وليس بمبادلة وإلا لكان ربا.

(١٨) قوله: "كما إذا أبرأ الكفيل" يعنى عن خمس مائة، وأخذ منه خمس مائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بخمس مائة، فكذلك إذا صالح على خمس مائة عن الألف لا يرجع. (ف)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الكفيل.

(٣) المكفول عنه.

(٤) أى الكفيل المال.

(٥) والملك هو الموجب للرجوع، ولم يوجد.

(٦) على الموكل بالثمن.

(٧) إلى البائع.

(٨) قوله: "انعقد بينهما مبادلة حكمية" فإن الموكل لا يستفيد الملك إلا من قبل الوكيل، فكان الوكيل كالبائع، ولذا كان له حبس المشترى قبل قبض الثمن، وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع، فكذا الوكيل. (ف)

(٩) أى بين الوكيل والموكل.

(١٠) ولهذا وجب التحالف إذا اختلفا فى مقدار الثمن. (ع)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى الكفيل.

(١٣) إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين فى ذمة الكفيل. (عناية)

(١٤) قوله: "حتى يخلصه" أى حتى يخلص المكفول عنه الكفيل، لأن الأصيل هو الذى أوقعه فى هذه الورطة، فعليه خلاصه عنها. (عينى)

(١٥) الكفيل.

(١٦) إذا كان الكفالة بأمره.

(١٧) الكفيل.

(١٨) دينه.

(١٩) قوله: "توجب إلخ" منقوض بما إذا شرط براءة الأصيل فى ابتداء الكفالة. فإن براءة الأصيل فيه موجودة، ولم

وإن ابرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه ؛ لأنه[1] تبع[2] ، ولأن عليه[3] المطالبة[4] ، وبقاء الدين على الأصيل بدونه[5] جائز[6] .

وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذى عليه الأصل ، لأن التأخير ابراء موقت[7] ، فيعتبر بالإبراء المؤبد[8] ، بخلاف[9] ما إذا كفل بالمال الحال[10] مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل[11] عن الأصل ، لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة ، فصار الأجل داخلا فيه[12] ، أما ههنا[13] فبخلافه[14] . فإن صالح[15] الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة ، فقد

توجد براءة الكفيل. قلنا: لا نقض فى ذلك فإنا قلنا: إن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، ولم يبقَ ذلك كفيلا بل هذا العقد عقد الحوالة. (عناية)

(٢٠) أى على الأصيل. (ف)

(٢١) قوله: "فى الصحيح" احتراز عما قال بعضهم بوجوب أصل الدين فى ذمة الكفيل. (ك)

(١) أى لأن الكفيل.

(٢) والأصيل لا يتبع تبعه.

(٣) أى على الكفيل. (ف)

(٤) دون الدين. (ف)

(٥) الطلب أو بدون الكفل. (م)

(٦) قوله: "جائز" ألا ترى أنه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الأصيل. (عناية)

(٧) لإسقاط المطالبة إلى غاية. (م)

(٨) قوله: "فيعتبر [أى يقاس] بالإبراء المؤبد" أى فيما بين الأصيل والكفيل، فأما الإبراء الموقت والمؤبد يفترقان فى حق الكفيل، فإن الإبراء المؤبد للكفيل لا يرتد برده، وأما الإبراء الموقت يرتد برده، ويكون الدين عليه حالا، لأن الإبراء المؤبد إسقاط فى حقه، والإسقاط لا يرتد بالرد، وأما الإبراء الموقت فهو تأخير المطالبة، وليس بإسقاط، ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل الإبطال، بخلاف الإسقاط المحض. (ك)

(٩) قوله: "بخلاف إلخ" يجوز أن يكون جواب دخل تقريره: لا نسلم أن التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيراً عن الأصيل، فإن الكفيل إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يكون تأخيراً عن الأصيل. (عناية)

(١٠) على الأصيل.

(١١) الدين.

(١٢) الدين.

(١٣) قوله: "أما ههنا" وهو ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل، فبخلافه، لأنه تقرر حكمها قبل التأجيل أنه جواز المطالبة، ثم طرأ التأجيل عن الكفيل، فينصرف إلى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة. (ف)

(١٤) قوله: "فبخلافه" لأن تأخير الكفيل بعد ما كفل حالا تأخير المطالبة عن الكفيل، إذ الملتزم بالكفالة المطالبة، فكان تأخيراً للملتزم، فلا يثبت التأخير فى حق الدين، لأن الدين لم يذكر فى معرض التأجيل، وأما فى هذه المسألة ذكر الدين فى معرض التأجيل، أوجب المطالبة عليه ابتداء مؤجلة، ولن يكون عليه مؤجلا ابتداء إلا بعد ثبوت التأجيل فى حق الأصيل، لأن حالة وجود الكفالة لا حق يقبل الأجل إلا الدين، فيأجل فى حقها. (ك)

بريء الكفيل، والذي عليه الأصيل؛ لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين، وهي[1] على الأصيل، فبريء[2] عن خمسمائة؛ لأنه[3] إسقاطه، وبراءته[4] توجب براءة الكفيل، ثم برئا جميعًا[5] عن خمسمائة بأداء الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة[6] إن كانت الكفالة بأمره[7]، بخلاف ما إذا صالح[8] على جنس آخر، لأنه[9] مبادلة حكمية، فملكه[10]، فيرجع بجميع الألف، ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة[11] لا يبرأ الأصيل، لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة.

قال[12]: ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه، معناه[13] بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداءها من المطلوب وانتهاءها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء، فيكون[14] هذا[15] إقرارًا بالأداء[16]، فيرجع. وإن قال[17]: أبرأتك لم يرجع الكفيل[18] على المكفول عنه؛ لأنه[19] براءة لا

---

(١٥) قوله: "فإن صالح الكفيل إلخ" المسألة على أربعة أو جه، إن شرطا براءتهما في الصلح برئا جميعًا عن خمس مائة، وإن شرطا براءة المطلوب فكذلك يبرئان جميعًا، وإن شرطا براءة الكفيل لا غير بريء الكفيل عن خمس مائة لا غير، وإن لم يشترطا في الصلح براءة واحد منهما بأن قال الكفيل للطالب: صالحتك عن الألف على خمس مائة، ولم يزد على هذه، وهي مسألة الكتاب برئا جميعًا، لأنه أضاف إلخ. (ك)

(١) ألف دين.

(٢) الأصيل.

(٣) أي هذا الصلح.

(٤) الأصيل.

(٥) أي الأصيل والكفيل.

(٦) لأنه أوفى هذ القدر. (ك)

(٧) وإن كانت بغير أمره لا يرجع.

(٨) عن الألف.

(٩) أي لأن هذا الصلح بجنس آخر. (ف)

(١٠) الألف.

(١١) قوله: "ولو كان صالحه [رب الدين] عما استوجب بالكفالة" أي ما وجب بالكفالة وهي المطالبة، صورته ما ذكر في "المبسوط" أنه لو صالح على مائة درهم على أن يبرأ الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الأصيل بمائة، ورجع الطالب على الأصيل بتسع مائة، لأن إبراء الكفيل يكون فسخًا للكفالة، ولا يكون إسقاطا لأصل الدين. (ك)

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٣) أي معنى قوله: رجع إلخ، رجع بما ضمن الكفيل للمكفول له بأمر المكفول عنه.

(١٤) قوله: "فيكون إلخ" وكان بمنزلة أن يقول: دفعت إلى من المال، وقبضته منك وهو إقرار بالقبض، فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل، ولا من الأصيل، ويرجع الكفيل على الأصيل. (ك)

(١٥) أي قوله: برئت إلي.

(١٦) أي الإيفاء.

(١٧) الطالب.

تنتهي إلى غيره، وذلك[١] بالإسقاط، فلم يكن إقراراً بالإيفاء، ولو قال: برئت[٢]، قال محمد رحمه الله: هو مثل الثاني[٣]؛ لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه[٤] والإبراء[٥]، فيثبت الأدنى[٦]، إذ لا يرجع الكفيل بالشك[٧].

وقال أبو يوسف رحمه الله[٨]: هو مثل الأول[٩]، لأنه[١٠] أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب[١١]، وإليه الإيفاء[١٢] دون الإبراء[١٣]. وقيل: في جميع ما ذكرنا[١٤] إذا كان الطالب حاضراً[١٥] يرجع في البيان[١٦] إليه[١٧] لأنه هو المجمل[١٨].

قال[١٩]: ولا يجوز[٢٠] تعليق البراءة من الكفالة بالشرط[٢١]؛ لما فيه من معنى

---

(١٨) لكن لرب الدين أن يطلب ماله من الأصيل. (عناية)

(١٩) أي لأن ما دل عليه اللفظ براءة إلخ. (ع)

(١) أي هذه البراءة الغير المنتهية إلى غير الطالب.

(٢) ولم يقل: إليّ.

(٣) أي قوله: أبرأتك.

(٤) طالب.

(٥) الإسقاط.

(٦) أي البراءة بالإبراء.

(٧) قوله: "إذ لا يرجع إلخ" يعني إنا تيقنا بحصول البراءة بأي الأمرين كان، وشككنا في الرجوع، لأن البراءة إن كانت بالأداء رجع، وإن كانت بالإبراء لم يرجع، فلا يرجع بالشك. (عناية)

(٨) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" وقيل: أبو حنيفة مع أبي يوسف في هذه المسألة، وكان المصنف اختاره، فأخره، وهو أقرب الاحتمالين، فالمصير إليه أولى. (عناية)

(٩) أي قوله: برئت إلي.

(١٠) أي لأن الطالب.

(١١) قوله: "ابتداءها من المطلوب" فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء، وذلك إنما يكون بفعل مضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل: قمت، وقعدت. (عناية)

(١٢) قوله: "وإليه الإيفاء" لأنه يضع المال بين يدي الطالب، ويخلي بينه وبين المال، فيقع البراءة، وإن لم يوجد من الطالب صنع. (ع)

(١٣) فإن الإبراء لا يوجد بفعل الكفيل.

(١٤) من الوجوه الثلاث.

(١٥) وأما إذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة. (ع)

(١٦) أنه قبض أو لم يقبض. (ف)

(١٧) أي إلى الطالب.

(١٨) قوله: "هو المجمل" والمراد بالمجمل ما يحتاج إلى تأويل، ويحتمل المجاز، وإن كان بعيداً كما يحتمل قوله: برئت إلي معنى لأني أبرأتك، لا حقيقة المجمل، يعني يرجع إليه إذا كان حاضراً، لإزالة الاحتمالات خصوصاً إذا كان العرف من ذلك اللفظ مشتركاً منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض، ومنهم من يقصد الإبراء. (ف)

التمليك[١]، وكما في سائر البراءات، ويروى[٢] أنه[٣] يصح، لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح، فكان[٤] إسقاطًا محضًا[٥] كالطلاق[٦]، ولهذا[٧] لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد، بخلاف إبراء الأصيل[٨].

وكل حق لا يمكن[٩] استيفاؤه من الكفيل لا يصح[١٠] الكفالة به كالحدود والقصاص[١١]، معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد[١٢]، لأنه يتعذر إيجابه عليه، وهذا[١٣] لأن العقوبة[١٤] لا يجرى فيها النيابة[١٥]. وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز[١٦]؛ لأنه[١٧] دين[١٨] كسائر الديون[١٩]، وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح؛

---

(١٩) أي القدوري. (عيني)

(٢٠) قوله: "ولا يجوز إلخ" يشكل بما إذا قال الكفيل بالمال لرب المال: على أني إن وافيت به غداً فأنا برئ من المال، فوافاه به يبرأ من المال. وجوابه: أن هذا شرط ملائم، وكلام الكتاب في الشرط الغير الملايم، وأن الغرض أن فيه روايتين، وهذا الفرع شاهد لأحدهما، فلا إشكال، كذا في "فتح القدير". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٢١) مثل أن يقول: إذا جاء غداً فأنت برئ من الكفالة. (عناية)

(١) قوله: "لما فيه من معنى التمليك [وليست بإسقاط محض. ع]" وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر، وكذا على قول غيره، لأن فيها تمليك المطالبة، وهي كالدين، لأنها وسيلة إليه، والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط. (ك)

(٢) وهو أوجه. (ف)

(٣) أي أن هذا التعليق.

(٤) الإبراء.

(٥) والإسقاط المحض يصح تعليقه. (ع)

(٦) فإنه إسقاط محض يصح تعليقه بالشرط.

(٧) أي لكونه إسقاطًا محضًا.

(٨) فإنه يرتد بالرد.

(٩) قوله: "لا يمكن إلخ" أي لا يصح شرعًا عبر عنه بعدم الإمكان مبالغة في نفي الصحة. (ع)

(١٠) حيث لا يصح الاستيفاء منه. (ع)

(١١) أي كنفس الحدود ونفس القصاص. (ف)

(١٢) فإن الكفالة بنفس من عليه مر.

(١٣) أي التعذر.

(١٤) قوله: "لأن العقوبة لا يجرى إلخ" وفيه تشكيك، وهو أن الزجر إما أن يكون للجاني بأن لا يعود إلى مثل ما فعل، أو لغيره، فإن كان الأول فقد لا يحصل المقصود به كما ترى بعض المنهمكين يعودون إلى الجناية، وإن كان الثاني فقد يحصل المقصود بالإقامة على النائب هذا في الحدود، وأما في القصاص فالأول منتف قطعًا لعدم تصوره بعد الموت أصلا لامحالة، والثاني كما في الحد، ولعل الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى، فإنه لم يرد من أحد من أهله خلاف في عدم جريانها في العقوبات، فيكون التشكيك حينئذ تشكيكًا في المسلمات، وهو غير مسموع. (عناية)

(١٥) لأنه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر. (ك)

لأنه عين مضمون بغيره[1] وهو الثمن[2]، والكفالة بالأعيان المضمونة وإن[3] كانت تصح عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله[4] لكن بالأعيان[5] المضمونة بنفسها[6] كالمبيع

(١٦) الكفالة.

(١٧) الثمن.

(١٨) صحيح.

(١٩) قوله: "كسائر الديون" وعلى هذا يكون ذكره تمهيدًا لذكرالكفالة بالمبيع والأعيان المذكورة بعده. (عناية)

(١) قوله: "لأنه عين مضمون إلخ" أما الأعيان المضمونة على نوعين، الأول ما كان مضمونًا بنفسه على معنى أنه يجب رد عينها إن كانت قائمة، ورد قيمتها، أو مثلها إن هلكت، فتصح الكفالة بها. والثاني ما كان غير مضمون بنفسه، بل هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع والمرهون في يد المرتهن، لأن المبيع مضمون بالثمن إذ المبيع لو هلك يهلك على حكم ملك المالك، ينفسخ البيع، والرهن مضمون بالدين بقدره، فلا تصح الكفالة بها. (عيني)

(٢) قوله: "وهو الثمن [ولا يمكن أداءه من الكفيل إذا هلك فإنه إذا هلك العين يسقط الثمن] إلخ" وهذا لأنه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع شيء، وإنما يسقط حقه في الثمن، وإذا كان المبيع مضمونًا على البائع بسقوط حقه في الثمن لا بنفسه لا يمكن تحقق معنى الكفالة، إذ هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، ولا يتحقق الضم بين المختلفين، فإن ما ثبت على الأصيل، وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن إثباته في حق الكفيل، وما أمكن إثباته على الكفيل من كونه مضمونًا عليه بالقيمة لا يمكن إثباته على الأصيل. بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح لتحقق معنى الضم فيها، ونظير الكفالة بالمبيع الكفالة ببدل الكتابة حيث لا يمكن الإيجاب على الكفيل بمثل ما وجب على الأصيل. (ك)

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "خلافًا للشافعي إلخ" إذ الشافعية منعت الكفالة بالأعيان مطلقًا بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة، فكان محلها الدين دون العين، وإن شرط صحتها قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده، وذلك يتصور في الديون دون الأعيان. وقلنا بناءً على أصلنا: إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونًا على الأصيل لا محالة. (عناية)

(٥) قوله: "لكن بالأعيان المضمونة بنفسها إلخ" ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائمًا، وتسليم قيمته أو ثمنه عند الهلاك، لأنها أعيان مضمونة بعينها، ومعنى ذلك أنه يجب قيمتها عند الهلاك، وما لم يجب قيمته، أو ثمنه عند الهلاك فهو مضمون بغيره. (عناية)

قوله: "لكن بالأعيان المضمونة إلخ" يعني أن الكفالة بالأعيان المضمونة عندنا صحيحة لكن لا مطلقًا بل إذا كانت الأعيان مضمونة بقيمتها، بأن تكون بحيث لو فقدت وجب قيمتها كالمبيع بيعًا فاسدًا، فإنه مضمون بالقيمة، حتى لو هلك يجب القيمة لا الثمن، فتصح الكفالة به، وكالمقبوض على سوم الشراء، فإنه مضمون بقيمته، حتى لو هلك في يد من أخذه على سوم الشراء يجب القيمة عليه لا ثمنه، لأنه لم يتم البيع، فالكفالة تصح به بأن يكفل أحد لصاحب المال عمن يأخذه على سوم الشراء. وكالمغصوب فإنه مضمون بالقيمة إذ هلك عند الغاصب، فتصح الكفالة به، وقس عليه نحو هذه الصور، فإن كانت الأعيان مضمونة بغير القيمة كالمبيع فإنه مضمون بالثمن لا بالقيمة، حتى لو هلك في يد البائع لا يجب إلا رد الثمن لا أداء قيمته، وكالمرهون فإنه مضمون بالدين، حتى لو هلك يحكم بالتقاضي بينه وبين الدين على ما يأتي تفصيله في كتاب الرهن، فحينئذ لا تصح الكفالة، فلو كفل أحد بالمبيع، أو بالمرهون لم تصح، لأن ثمرة الكفالة وجوب بدل المكفول به عند فقدانه، وههنا ذلك غير مضمون بقيمته، بل بشيء آخر وهو لا يجب على الكفيل. واحترز بقيد المضمونة عن الأعيان التي هي أمانة، كالوديعة عند رجل، فإنه لو هلك في يد المودع لم يجب شيء، وكالمستعار، فإنه لو هلك في يد المستعير لا شيء عليه، وكالمستأجر، فإنه لو هلك في يد المستأجر من غير تعد منه لم يجب شيء على ما يأتي في كتاب الإجارة، وكمال المضاربة ومال الشركة فإنه أمانة في يد من هو في يده.

بيعًا فاسدًا، أو المقبوض على سوم الشراء والمغصوب، لا[١] بما كان مضمونًا بغيره كالمبيع والمرهون، ولا[٢] بما كان[٣] أمانة كالوديعة والمستعار، والمستأجر، ومال المضاربة، والشركة، ولو كفل بتسليم المبيع[٤] قبل القبض[٥]، أو بتسليم[٦] الرهن[٧] بعد القبض إلى الراهن، أو بتسليم المستأجر[٨] إلى المستأجر جاز؛ لأنه التزم فعلا واجبًا[٩].

ومن استأجر دابة للحمل عليها، فإن كانت[١٠] بعينها لا يصح الكفالة بالحمل؛ لأنه[١١] عاجز عنه[١٢]، وإن كانت[١٣] بغير عينها جازت الكفالة؛ لأنه يمكنه[١٤] الحمل

فهذه الأشياء وأمثالها لا تصح الكفالة لفقدان ثمرة الكفالة، لأن الغرض منها أداء عين، وعند عدمه أداء بدله، وههنا لا يجب شيء بهلاك هذه الأشياء، فلا يتصور معنى الكفالة ههنا، أي ضم الذمة بالذمة.

فإن قلت: ثمرة الكفالة تظهر عند وجود هذه الأشياء وهو أنه كما أن رد هذه الأشياء على من هي في يده واجب كذلك يجب على الكفيل، قلت: هذا جزء الثمرة، والثمرة هو أداء عينه، أو بدله، وأداء البدل ههنا مفقود، فلو صحت الكفالة لزم عدم مساواة الكفيل والمكفول عنه، لوأوجبنا البدل على الكفيل، لأنه غير واجب على الأصيل، والكفالة إنما يكون بإيجاب ما على الأصيل على الكفيل، وإذ ليس فليس، فافهم. (مولانا محمد عبد الحي نور الله مرقده)

(٦) أي بقيمتها. (ك)

(١) أي لا يصح الكفالة بما إلخ.

(٢) أي لا يصح الكفالة بما إلخ.

(٣) أي غير مضمونة.

(٤) قوله: "بتسليم [أي بتسليم الأعيان المضمونة بغيرها] المبيع [إلى المشترى] إلخ" فإن هلك المبيع فلا شيء على الكفيل، لأن العقد قد انفسخ، ووجب على البائع رد الثمن، والكفيل لم يضمن الثمن، وإن هلك الرهن عند المرتهن فكذلك، لأن حين الرهن إن كان بمقدار الدين، أو زائدا عليه، والزيادة عليه من ماليته كان أمانة في يد المرتهن، ولا ضمان فيها. (ع)

(٥) أي قبل قبض المشترى، وبعد نقد الثمن.

(٦) قوله: "أو بتسليم الرهن إلخ" أي كفل بتسليم الرهن عن المرتهن إلى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين. (ك)

(٧) أي المرهون.

(٨) قوله: "أو بتسليم المستأجر إلخ" ما كان أمانة، فإن كان غير واجب التسليم كالوديعة، ومال المضاربة والشركة، فإن الواجب عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وإن كان واجب التسليم كالمستأجر إذا ضمن رجل بتسليمه إلى المستأجر كمن استأجر دابة، وعجل الآخر، ولم يقبضها، وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة، وعلى الكفيل تسليمها ما دامت حية، فإن هلكت فليس على الكفيل شيء، لأن الإجارة انفسخت، وخرج الأصل عن كونه مطالبًا بتسليمها، وإنما عليه رد الأجر، والكفيل ما كفل به. (ع)

(٩) قوله: "لأنه التزم فعلا [على الأصيل، وهو تسليم المبيع، أو المرهون، أو المستأجر] واجبًا" إشارة إلى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم، وما لا يكون كما فصلنا. (ع)

(١٠) الدابة.

(١١) قوله: "لأنه" أي الكفيل عاجز عنه، أي عن الحمل على الدابة المعينة، لأن الدابة المعينة ليست في ملكه، والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة. (ع)

(١٢) لأنه لا ولاية له على الحمل على دابة غيره. (ك)

على دابة نفسه، والحمل هو المستحق، وكذا من استأجر عبداً[١] للخدمة، فكفل له رجل بخدمته فهو باطل؛ لما بينا[٢].

قال: ولا تصح[٣] الكفالة[٤] إلا بقبول المكفول له في المجلس[٥]، وهذا عند أبي حنيفة[٦] ومحمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله[٧]: يجوز إذا بلغه[٨] فأجاز، لم يشترط[٩] في بعض النسخ[١٠] الإجازة[١١]، والخلاف[١٢] في الكفالة بالنفس والمال جميعًا. له: أنه[١٣] تصرف التزام[١٤]، فيستبد[١٥] به الملتزم، وهذا وجه هذه الرواية عنه[١٦]، ووجه[١٧] التوقف[١٨] ما ذكرناه[١٩] في الفضولي في النكاح،

(١٣) الدابة.

(١٤) الكفيل.

(١) بعينه. (ع)

(٢) من أنه عاجز عما كفل به. (ع)

(٣) هذه مسألة القدوري.

(٤) بالمال أو النفس.

(٥) أي مجلس عقد الكفالة.

(٦) ويوافقه أبو يوسف في القول الأول.

(٧) آخراً.

(٨) الخبر.

(٩) على قول أبي يوسف، كذا في الباب الأول من كفالة "المبسوط".

(١٠) قوله: "في بعض النسخ" أي نسخ كفالة "المبسوط"، وفيه: أن نسخ كفالة "المبسوط" لم تتعدد، وإنما هي نسخة واحدة، فالوجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في بعض، أو زيادة في آخر.

وذكر في "الإيضاح": وقال أبو يوسف: يجوز، ثم قال: وذكر قوله في الأصل في موضعين، فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر، وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ "المبسوط". (عناية)

(١١) فرضاً الطالب ليس بشرط عنده.

(١٢) بين الطرفين وأبي يوسف.

(١٣) الكفالة.

(١٤) كالنذر.

(١٥) يستقل.

(١٦) التي لم تشترط الإجازة فيها. (ع)

(١٧) أبي يوسف.

(١٨) على الإجازة. (عناية)

(١٩) قوله: "ما ذكرناه" هو أن شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عند أبي يوسف، وعندهما لا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس، فإذا تزوج الفضولي امرأة يتوقف عند أبي يوسف على إجازتها فيما وراء المجلس، لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد. (عيني)

ولهما: أن فيه[١] معنى التمليك، وهو تمليك المطالبة منه[٢]، فيقوم[٣] بهما جميعًا، والموجود شطره[٤]، فلا يتوقف على ما وراء المجلس[٥].

قال[٦]: إلا في مسألة واحدة[٧]، وهي أن يقول المريض[٨] لوارثه: تكفل عني بما علي من الدين، فكفل[٩] به مع غيبة الغرماء جاز؛ لأن ذلك[١٠] وصية[١١] في الحقيقة، ولهذا[١٢] تصح[١٣] وإن[١٤] لم يسمِّ المكفول لهم[١٥]، ولهذا[١٦] قالوا[١٧]: إنما تصح[١٨] إذا كان له مال[١٩]. أو يقال[٢٠]: إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه[٢١] تفريغًا

---

(١) أى فى عقد الكفالة. (ع)

(٢) الطالب أى من الكفيل.

(٣) قوله: "فيقوم" أى التمليك بهما، أى بالكفيل والطالب، ولا يتم بعد الإيجاب إلا بالقبول. (مل)

(٤) لا كله عقد، فإن كلام الواحد شطر العقد، والتمليك بالشطرين.

(٥) قوله: "فلا يتوقف [الشطر] إلخ" هذا يقتضى أنه لو تم عقد بقبول فضولى آخر توقف، وقد صرح بذلك عنهما، قالوا: إذا قبل عنه قابل توقف بالإجماع، وحينئذ فقوله: فى وضع المسألة لا تصح إلا بقبول المكفول له فى المجلس غير صحيح بل الشرط أن يقبل فى المجلس إن كان حاضرًا، فينفذ، ويقبل عنه فضولى إذا كان غائبًا، فيتوقف على إجازته أو رده. (ف)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "إلا فى مسألة إلخ" استثناء من قوله: إلا بقبول المكفول له فى مجلس العقد، أى تصح الكفالة بدون قبول المكفول له ههنا عندهما لكن هو جواب الاستحسان، وأما فى جواب القياس فلا يجوز على قولهما فى هذه المسألة أيضًا، لأن الطالب غير حاضر، فلا يتم الضمان إلا بقبوله، ولأن الصحيح لو قال هذا لورثته، أو لغيرهم لم يصح، فكذلك ههنا. (ك)

(٨) المديون.

(٩) الوارث.

(١٠) قوله: "لأن ذلك إلخ" كأنه أوصى إليه بقضاء ديونهم، فيشترط قبول من أوصى، إليه ليصير وصيًا لا قبول غيره. (عينى)

(١١) قوله: "وصية فى الحقيقة" أى فيه معنى الوصية، إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة، والمرض فى ذلك، وقد ذكر فى "المبسوط" أن ذلك لا يصح منه فى حال الصحة. (ف)

(١٢) أى لأجل أنه وصية.

(١٣) هذه الكفالة.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة. (ع)

(١٦) أى لأجل أنه وصية.

(١٧) قوله: "قالوا" أى المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه، ولو كان حقيقة الكفالة لأخذوا بها حيث تكفلوا. (ف)

(١٨) أى هذه الكفالة.

(١٩) عند الموت.

(٢٠) أى فى صحة قول المريض لوارثه: تكفل عنى إلخ.

لذمته[١]، وفيه[٢] نفع الطالب[٣]، كما إذا حضر بنفسه[٤]، وإنما يصح بهذا اللفظ[٥]، ولا يشترط القبول[٦]، لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة، فصار كالأمر بالنكاح، ولو قال المريض[٧] ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه[٨]. قال[٩]: وإذا مات الرجل[١٠] وعليه ديون، ولم يترك شيئًا[١١]، فتكفل عنه رجل[١٢] للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: تصح ؛ لأنه كفل بدين ثابت[١٣] لأنه وجب[١٤] لحق الطالب، ولم يوجد

---

(٢١) أي إلى القيام مقامه.

(١) أي عن الدين.

(٢) كفالة.

(٣) وهو وصول حقه إليه. (ك)

(٤) قوله: "كما إذا حضر [أي الطالب] إلخ" أي فصار كما إذا حضر الطالب، وقال للوارث: تكفل عن أبيك لي. (ك)

(٥) قوله: "وإنما يصح إلخ" دفع دخل، تقريره: أن المريض لما قام مقام الطالب ينبغي أن يشترط قبوله كما يشترط قبول الطالب لعدم صحة الكفالة بدون قبول المكفول له، وهل هذا القول إلا كقول المشتري لرجل، بعني فلما قال: بعت لا ينعقد البيع إلا إذا قال المشتري: قبلت، فكذا هذا. وتوضيح الدفع أنه يصح الكفالة بهذا اللفظ، أي قول المريض، لأنه يريد المريض لوارثه تكفل عني إلخ، ولا يشترط قبول المريض، لأنه يريد المريض بهذا القول تحقيق الكفالة تخليص نفسه من الديون دون المساومة، فإن ظاهر الحالة التي هو عليها وهي حالة الموت تدل ظاهرا على قصده إلى التحقيق دون المساومة، فقوله: تكفل، بمنزلة قوله: قبلت الكفالة، فصار الأمر ههنا كالأمر بالنكاح فيما لو قال رجل لامرأة: زوجني نفسك، فقالت: زوجت. فهذا بمنزلة قولهما: تزوجت، وقبلت، فإن النكاح لا يجري فيه المساومة، وهذا بخلاف البيع، فإنه يجري فيه المساومة. ثم اعلم أنه تعقبه في العناية بأن ظاهر قوله: ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة، وهو مناسب للاستثناء، وتمثيله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما، ويجوز أن يكونا مسلكين في هذه المسألة. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٦) أي قبول المريض. (ك)

(٧) قوله: "ولو قال إلخ" أي إذا قال المريض لأجنبي: تكفل عني بما علي من الدين، ففعل الأجنبي ذلك اختلف المشايخ، فمنهم من لم يصحح ذلك، لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه، لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام، فكان المريض والصحيح في حقه سواء، ولو قال الصحيح ذلك لأجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له، فكذا المريض. ومنهم من صححه، لأن المريض قصد به النظر لنفسه، والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته، فيصح هذا من المريض على أن يجعله قائماً مقام الطالب، لتضيق الحال عليه بمرض الموت، كما تقدم، ومثل هذا لا يوجد من الصحيح، فتركناه على القياس، أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان، ولهذا جاز مع جهالة المكفول له، وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح. (عناية)

(٨) والأوجه هو الصحة، كذا في "فتح القدير".

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) مفلسًا.

(١١) ولم يكن عنه كفيل. (ع)

(١٢) وارثًا كان أو أجنبيًا. (ع)

المسقط[١]، ولهذا[٢] يبقى في حق أحكام الآخرة[٣]، ولو تبرع به[٤] إنسان يصح[٥]، وكذا يبقى[٦] إذا كان به[٧] كفيل، أو مال[٨].

وله: أنه كفل بدين ساقط[٩]، لأن الدين هو الفعل حقيقة[١٠]، ولهذا يوصف بالوجوب[١١]، لكنه في الحكم مال[١٢]، لأنه يؤول إليه في المآل، وقد عجز بنفسه وبخلفه[١٣]، ففات عاقبة الاستيفاء، فيسقط ضرورةً[١٤]، والتبرع لا يعتمد قيام الدين[١٥]، وإذا كان به كفيل[١٦]، أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باقٍ.

(١٣) صحيح، لأنه المفروض. (ع)

(١٤) في حياته. (ف)

(١) قوله: "ولم يوجد المسقط [للدين]" إذ المفروض عدم ابراء من له الحق، وأداء من عليه، فسخ سبب الوجوب. (ع)

(٢) أي لأجل عدم المسقط.

(٣) أي في حق الإثم. (ك)

(٤) أي بأداء هذا الدين.

(٥) قوله: "يصح" ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع. (عناية)

(٦) قوله: "وكذا يبقى إلخ" أي لو كان بالدين كفيل بقي على كفالته، ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل، لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل. (ك)

(٧) أي بهذا الدين.

(٨) ويبقى الكفيل على كفالته.

(٩) لأن محل الدين قد فات، وقيام الدين من غير المحل محال.

(١٠) قوله: "هو الفعل حقيقة" يعني أن المقصود والفائدة الحاصلة من الدين هو الفعل، أي فعل الأداء، يعني تمليك المال وتسليمه. (مل)

(١١) قوله: "ولهذا [أي لكون الدين هو الفعل] يوصف بالوجوب" يقال: دين واجب، والوجوب صفة الأفعال دون الأعيان، إذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذي يقتضي استحقاق الذم والإثم على الإخلال به، وهذا إنما يتصور في الأفعال دون الأعيان، لأن الأعيان لا تدخل تحت قدرة العباد، فلا يتصور الإخلال بتحصيلها منهم، ولا فعل ههنا يوصف بالوجوب سوى إيفاء المال وتمليكه. (ك)

(١٢) قوله: "لكنه في الحكم إلخ" دفع دخل مقدر، تقريره: أن المال أيضاً يوصف بالوجوب، يقال: على فلان ألف درهم ثمن بيع، أو ضمان استهلاك، وحاصل الدفع أن الدين في الحكم مال لأن تحقق ذلك الفعل، أي الأداء في الخارج ليس إلا بتمليك طائفة من المال، فاتصاف المال بالوجوب لأن الدين يؤول إلى المال في المآل، فكان وصفاً مجازياً. (مل)

(١٣) أي الكفيل.

(١٤) قوله: "فيسقط [في الدنيا] ضرورة" لأن كل فعل يقتضي القدرة، والقدرة إنما يكون بنفسه وبخلفه، وهما معدومان. (عناية)

(١٥) قوله: "والتبرع [أي في حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل. ك] لا يعتمد قيام الدين" فإن من قال لفلان على فلان ألف درهم، وأنا كفيل به صحت الكفالة، وعليه أداءه، وإن لم يوجد الدين أصلا، وأن بطلان الدين إنما هو في حق الميت لا المستحق، لأن الموت يخرج من قام به عن المحلية، وإذا كان باقياً في حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير. (ع)

جـ5
21
B

قال[١] : ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره، فقضاه الألف[٢] قبل أن يعطيه[٣] صاحب المال، فليس له أن يرجع فيها[٤]؛ لأنه تعلق به[٥] حق القابض[٦] على احتمال قضاءه الدين، فلا يجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال[٧] كمن عجل[٨] زكاته[٩]، ودفعها[١٠] إلى الساعى[١١]، ولأنه ملكه[١٢] بالقبض على ما نذكر[١٣]، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة[١٤]، لأنه تمحض أمانة فى يده.

وإن ربح الكفيل فيه[١٥] فهو له لا يتصدق به؛ لأنه ملكه[١٦] حين قبضه[١٧]، أما

---

(١٦) قوله: "وإذا كان إلخ" جواب عن قولهما: وكذا يبقى إلخ. بيانه أن القدرة شرط الفعل، إما بنفس القادر أو بخلفه، وإذا كان به كفيل، أو له مال، وإن انتفى القادر فخلفه، وهو الكفيل، أو المال فى حق بقاء الدين باقٍ.
وقوله: أو الإفضاء إلى الأداء ننزل، أى الكفيل والمال إن لم يكونا خلفين، فالإفضاء إلى الأداء لوجودهما باقٍ، بخلاف ما إذا عدما، ويجوز أن يكون فى الكلام لف ونشر، وتقديره: فخلفه وهو الكفيل، أو الإفضاء، أى ما يفضى إلى الأداء وهو المال باق، وعلى هذا يشترط فى القدرة إما نفس القادر أو خلفه، أو ما يفضى إلى الأداء. (ع)

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) قوله: "فقضاه إلخ" أى دفع المال المطلوب إلى الكفيل على وجه القضاء بأن قال له: إنى لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه. (ك)

(٣) الألف.

(٤) أى فى الألف المدفوع.

(٥) الألف.

(٦) الكفيل.

(٧) قوله: "ما بقى هذا الاحتمال" أى ما لم يبطل هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده، لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيًا، لئلا يكون سعيًا فى نقض ما أوجبه. (ع)

(٨) قوله: "كمن عجل زكاته إلخ" تعلق بالمقبوض حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل، فلم يجز استرداده شرعًا ما بقى هذا الاحتمال. (ف)

(٩) فليس له أن يسترده.

(١٠) قبل الحول.

(١١) هو الذى يتولى أخذ الزكاة.

(١٢) الألف.

(١٣) قوله: "على ما نذكر" يريد ما ذكره بعد سطر فى تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله: لأنه ملكه حين قبضه إلخ. (ف)

(١٤) قوله: "بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة" بأن قال المطلوب للكفيل: خذ هذا المال، وادفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكًا للكفيل بل هو أمانة فى يده، فله الاسترداد، كذا قال أبو الليث. (ك)

(١٥) الألف.

(١٦) الألف والربح الحاصل من ملكه طيب. (ع)

(١٧) الألف.

إذا قبض الدين فظاهر[(١)]، وكذا[(٢)] إذا قضى المطلوب[(٣)] بنفسه، وثبت له حق الاسترداد[(٤)]، لأنه[(٥)] وجب له[(٦)] على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه، إلا[(٧)] أنه أخرت المطالبة[(٨)] إلى وقت الأداء[(٩)]، فنزل منزلة الدين المؤجل، ولهذا[(١٠)] لو أبرأ الكفيل المطلوب[(١١)] قبل أداءه[(١٢)] يصح[(١٣)]، فكذا إذا قبضه[(١٤)] يملكه[(١٥)]، إلا أن فيه نوع خبث نبينه[(١٦)]، فلا يعمل[(١٧)] مع الملك فيما لا يتعين[(١٨)]، وقد قررناه في

---

(١) أنه يملك الألف.

(٢) أى يملكه الكفيل.

(٣) أى الأصيل أدى الدين بنفسه.

(٤) من الكفيل.

(٥) قوله: "لأنه وجب إلخ" توجيهه أنه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل، وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة، لأن بالنسبة إلى الطالب ليس على الكفيل، إلا المطالبة، وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب، فلا ينافى ذلك، فيكون الواجب عند الكفالة، دينين وثلث مطالبات دين، ومطالبة حالين للطالب على الأصيل ومطالبة فقط على الكفيل.
بناء على أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة ودين ومطالب للكفيل على الأصيل إلا أن المطالبة متأخرة إلى وقت الأداء، فيكون دين الكفيل مؤجلا، ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الأداء، فإن قيل: فما معنى قوله: فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل. قلنا: معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة، وفى ذلك إذا قبضه معجلا ملكه، فكذا ههنا. (ع)

(٦) بمجرد الكفالة. (ف)

(٧) استثناء من قوله: لأنه وجب له على إلخ.

(٨) أى مطالبة الكفيل الأصيل.

(٩) أى أداء الكفيل.

(١٠) أى لأجل تنزيله منزلة الدين.

(١١) أى عن الدين.

(١٢) أى أداء الكفيل للطالب.

(١٣) فلا يرجع على الأصيل وإن أدى.

(١٤) الألف.

(١٥) الألف.

(١٦) قوله: "إلا [استثناء منقطع. ف] أن إلخ" لما كان يرد أن فى هذا الربح الحاصل للكفيل بتصرف فى المقبوض، وقد أدى الأصيل الدين نوع خبث، فينبغى أن يتصدق به، لأن حق المال الخبيث التصدق به، فقال: إلا أن فيه نوع خبث، أى على قول أبى حنيفة نبينه، أى فى مسألة الكفالة بالكر، وهو قوله: فى تعليل قول أبى حنيفة، وله أن تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد إلخ. وأما إذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلا فى قولهم جميعًا، وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له فى قول أبى حنيفة، ومحمد، لأنه من أصل خبيث فى قول أبى يوسف يطيب، لأن الخراج بالضمان، وأصله المودع إذا تصرف فى الوديعة ربح فيه فإنه على الاختلاف. (مل)

(١٧) الخبث.

البيوع[1]. ولو كانت الكفالة بكر حنطة، فقبضها[2] الكفيل، فباعها، وربح فيها فالربح له في الحكم[3]؛ لما بينا أنه ملكه[4]، قال[5]: وأحب إلى أن يرده[6] على الذى قضاه الكر[7]، ولا يجب[8] عليه فى الحكم، وهذا[9] عند أبى حنيفة رحمه الله فى رواية الجامع الصغير، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو[10] له، ولا يرده[11] على الذى قضاه[12]، وهو[13] رواية عنه، وعنه[14] أنه يتصدق[15] به[16].

لهما: أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه[17]، فيسلم[18] له.

وله: أنه تمكن الخبث مع الملك، إما لأنه[19] بسبيل من الاسترداد[20] بأن يقضيه[21] بنفسه، أو لأنه[22] رضى به[23] على اعتبار قضاء[24] الكفيل، فإذا قضاه[25]

---

(١٨) وهو الألف التى قضاه إياها لأن الدراهم لا تتعين. (ف)

(١) فى آخر فصل أحكام البيع الفاسد. (ع)

(٢) أى من الأصيل قبل أن يؤدى إلى الطالب. (عناية)

(٣) أى القضاء. (ع)

(٤) أى ملك الكر. (ف)

(٥) أى أبو حنيفة. (عينى)

(٦) الربح.

(٧) أى الأصيل.

(٨) الرد.

(٩) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة" ولا شك أن ضمير قال لأبى حنيفة، فقوله: وهذا عند أبى حنيفة فى رواية "الجامع الصغير" إنما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال. (ف)

(١٠) الربح.

(١١) ولا يتصدق به. (ع)

(١٢) أى الأصيل.

(١٣) أى قولهما رواية عن الإمام فى كتاب البيوع من الأصل.

(١٤) الإمام.

(١٥) وهذه رواية كتاب الكفالة من الأصل.

(١٦) الربح.

(١٧) إشارة إلى قوله: لأنه وجب له على المكفول عنه إلخ.

(١٨) الربح.

(١٩) أى الأصيل.

(٢٠) قوله: "بسبيل من الاسترداد" وإذا كان كذلك كان الربح حاصلا فى ملك متردد بين أن يقر، وأن لا يقر، ومثل ذلك قاصر، فإذا كان قاصراً تمكن فيه شبهة الخبث. (ع)

(٢١) الكر.

بنفسه لم يكن راضيا به، وهذا الخبث[١] يعمل فيما يتعين[٢]، فيكون سبيله[٣] التصدق فى رواية، ويرده عليه[٤] فى رواية، لأن الخبث لحقه[٥]، وهذا[٦] أصح[٧] لكنه استحباب[٨] لا جبر[٩]، لأن الحق له[١٠].

قال[١١]: ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً[١٢]، ففعل فالشراء للكفيل، والربح الذى ربحه البائع فهو عليه[١٣]، ومعناه[١٤]

---

(٢٢) قوله: "أو لأنه [أى الأصيل] رضى إلخ" الوجه أن يعطف بالواو، فإنهما وجهان، لا أن الوجه أحدهما. (ف)

(٢٣) أى يكون المدفوع ملكًا للكفيل. (ع)

(٢٤) الدين.

(٢٥) الأصيل.

(١) الذى مع الملك.

(٢) كغير النقود.

(٣) الربح.

(٤) أى على الأصيل.

(٥) أى لحق الأصيل لا لحق الشرع. (ف)

(٦) الرد.

(٧) من التصدق.

(٨) قوله: "لكنه استحباب" لأنه لو كان الملك صحيحًا من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا إيجابًا ولا استحبابًا ولو انعدم الملك أصلا كان الربح خبيثا، فإن كان صحيحًا من وجه، فاسدًا من وجه أمرناه بالتصدق أو بالرد على المالك استحبابًا لا إيجابًا توفيراً على الشبهين حظهما، فإذا رده إلى المالك إن كان فقيراً طاب له، وإن كان غنيًا ففيه روايتان، والأشبه أنه يطيب له، لأنه إنما رد عليه باعتبار أنه حقه، وأما إذا أعطاه على وجه الرسالة، فتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب له الربح عند أبى حنيفة ومحمد، وطاب عند أبى يوسف لما عرف. (ك)

(٩) قوله: "لا جبر" واعلم أنه تقرر فى هذه المسألة مقابلة الاستحباب بالحكم، فقال أولا: أحب أن يرده إلى، ولا يجب فى الحكم، أى فى القضاء، وثانيا أنه استحباب لا جبر، يعنى لا يجبره الحاكم على ذلك، فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبر القاضى، ولكن يفعله هو، ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى، وهو مستحب فى القضاء، غير مجبور عليه. (ف)

(١٠) لأن الملك للكفيل. (ف)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) قوله: "فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً" أى يشترى له حريراً بطريق العينة، وهو أن يشترى له حريراً بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن بغير البائع، فيشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذى اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه، فيدفعه بائعه إلى المشترى المديون، فيسلم الثوب للبائع كما كان، ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل.
وإنما وسط الثانى تحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وأما تفسيره بأن يستقرض من تاجر إلخ، فلا يصح ههنا، إذ ليس المراد من قوله: تعين لى حريراً، اذهب فاستقرض، فإن لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه. (ف)

(١٣) كفيل لا على الأصيل. (ع)

الأمر ببيع العينة[١] مثل أن يستقرض من تاجر عشرة[٢]، فيتأبى[٣] عليه، ويبيع منه ثوبًا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة فى نيل الزيادة[٤] ليبيعه[٥] المستقرض بعشرة، ويتحمل[٦] عليه خمسة سمى به[٧] لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه[٨] لما فيه[٩] من الإعراض عن مبرة[١٠] الإقراض مطاوعة[١١] لمذموم البخل[١٢]. ثم قيل: هذا ضمان[١٣] لما يخسر المشترى[١٤] نظرًا إلى قوله: على[١٥]، وهو فاسد[١٦]، وليس بتوكيل[١٧]، وقيل: هو توكيل[١٨] فاسد[١٩]، لأن

---

(١٤) أى معنى قوله: فأمره الأصيل أن يتعين إلخ.

(١) قوله: "الأمر [أى أمره بأن يشترى عليه حريرًا ببيع العينة] ببيع العينة [أى يعامل إنسانًا بطريق العينة. ع]" أى النسيئة والعينة السلف، ويقال: باعه بعينة، أى نسيئة كذا فى "المغرب"، أى معنى قوله يتعين عليه حريرًا اشتر لى حريرًا بعينة، ثم بعه بالنقد بأقل منه، واقض دينى. (ك)

(٢) قوله: "مثل أن يستقرض إلخ" هذه صورة بيع العينة، فيقول له: أبيعك هذا الثوب، وقيمته عشرة باثنى عشر، لتبيعه فى السوق بعشرة، فيحصل لى ربح درهمين. (ك)

(٣) أى يمتنع التاجر من أن يقرضه.

(٤) أى طمعًا فى الفضل الذى لا يناله المقرض بالقرض.

(٥) الثوب.

(٦) مستقرض.

(٧) هذا البيع أى ببيع العينة.

(٨) قوله: "وهو [بيع العينة] مكروه [اخترعه آكلة الربا. ك] إلخ" وكان الكره حصل من المجموع فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح فى التجارات كذلك، وإلا لكانت المرابحة مكروهة. (ع)

(٩) قوله: "لما فيه إلخ" وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع، لأنه فعله كثير من الصحابة، وحمدوا ذلك، ولم يعدوه من الربا. وقال محمد: هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم، وقد ذمهم رسول الله ﷺ، فقال: إذا تبايعتم بالعين، واتبعتم أذناب البقرة ذللتم، وظهر عليكم عدوكم. (ف)

(١٠) نيكى.

(١١) فرمان بردارى كردن. (م)

(١٢) أى للبخل المذموم.

(١٣) قوله: "هذا [أى قوله: أن يتعين عليه إلخ] ضمان إلخ" ومعنى الضمان ههنا أن يقول المديون للضامن: اشتر لى ثوبًا لتبيعه فى السوق، فتقضى بثمنه الدين، فإن أمكنك أن تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فبها ونعمت، وإن لم يكن لك إلا بالخسران فذلك على. (ك)

(١٤) الكفيل.

(١٥) فإنه كلمة ضمان. (ع)

(١٦) قوله: "وهو فاسد" لأن الضمان والكفالة إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل، والخسران ليس بمضمون على أحد، فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر: بع متاعك فى هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن بذلك. (ع)

(١٧) لأنه لم يقل: تعين لى بل قال يتعين على وهى ليست بكلمة الوكالة.

الحرير غير متعين[١]، وكذا الثمن غير معلوم[٢] لجهالة ما زاد على الدين، وكيف ما كان[٣] فالشراء للمشترى[٤]، وهو الكفيل، والربح أى الزيادة عليه، لأنه العاقد.

قال[٥]: ومن كفل عن رجل بما ذاب[٦] له عليه، أو بما قضى له[٧] عليه، فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل، بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم يقبل بينته؛ لأن المكفول به مال مقضى به[٨]، وهذا فى لفظة القضاء[٩] ظاهر، وكذا فى الأخرى[١٠]، لأن معنى ذاب تقرر، وهو[١١] بالقضاء، أو مال يقضى به[١٢]، وهذا[١٣] ماض أريد به[١٤] المستأنف[١٥]، كقوله: أطال الله بقاءك، والدعوى[١٦] مطلقة[١٧] عن ذلك، فلا تصح.

ومن أقام البينة أن له على فلان كذا، وأن هذا كفيل عنه بأمره، فإنه يقضى به[١٨]

---

(١٨) لأنه أخرج الكلام مخرج الوكالة. (ك)

(١٩) قوله: "هو توكيل" نظراً إلى قوله: تعين يعنى اشتره بعينة ثم بعه بالنقد بأقل منه، واقض دينى. (ع)

(١) فإنه أجناس مختلفة، ولم يعلم مقداره.

(٢) قوله: "وكذا الثمن غير معلوم" فإن قيل: الدين معلوم، والمأمور به هو مقداره، فكيف يكون الثمن مجهولا، أجاب بقوله: لجهالة ما زاد إلخ، فإنه داخل فى الثمن. (ع)

(٣) أى سواء كان توكيلا، أو ضمانًا.

(٤) لفساد الكفالة والوكالة. (ع)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) أى وجب.

(٧) من الحق.

(٨) أى وقع القضاء به قبل الكفالة.

(٩) أى فى قوله: بما قضى له إلخ.

(١٠) أى قوله: ما ذاب له.

(١١) أى التقرر.

(١٢) بعد الكفالة.

(١٣) أى قوله: ذاب أو قضى.

(١٤) قوله: "أريد به إلخ" وهذا لأنه جعل الذوب شرطا، والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود، فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا. (ف)

(١٥) استئناف: از سر گرفتن چيزى را. (م)

(١٦) أى دعوى المدعى على الكفيل غير متعرض، بأن وجوب المال له على المكفول عنه بعد الكفالة أو قبلها.

(١٧) قوله: "مطلقة عن ذلك" فلا مطابقة بينهما لإطلاق الدعوى، وتقييد المكفول به حتى قيل: إن من ادعى على الكفيل أن قاضى بلدة كذا قضى على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم، وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة. (ع)

(١٨) أى بهذا المال.

على الكفيل، وعلى المكفول عنه[١]، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة، وإنما تقبل[٢] لأن المكفول به[٣] مال مطلق[٤]، بخلاف[٥] ما تقدم[٦]، وإنما يختلف[٧] بالأمر وعدمه[٨]، لأنهما[٩] يتغايران، لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء[١٠]، فبدعواه أحدهما[١١] لا يقضى له بالآخر[١٢]، وإذا قضى بها بالأمر ثبت[١٣] أمره، وهو يتضمن الإقرار بالمال، فيصير[١٤] مقضيًا عليه. والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه[١٥]، لأنه تعتمد صحتها[١٦] قيام الدين فى زعم[١٧] الكفيل[١٨]، فلا يتعدى[١٩] إليه[٢٠]، وفى الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما

(١) الغائب.

(٢) أى البينة من المدعى حتى يقضى بالمال على الكفيل.

(٣) فى هذه المسألة.

(٤) قوله: "مال مطلق" أى عن التوصيف بكونه مقضيًا به، أو يقضى به، فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به، فصحت وقبلت البينة لإقامتها على دعوى صحيحة. (ع)

(٥) فإن الدعوى هناك مطلقة، والمكفول به مقيد، فلا تصح.

(٦) قوله: "ما تقدم" وهو ما إذا كفل عن رجل بما ذاب له، أو بما قضى له. (ك)

(٧) قوله: "وإنما يختلف" أى القضاء بالأمر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما فى الأمر، فيرجع الكفيل، ولو حضر الغائب لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه بالمال، لأنه قد قضى عليه به، وعلى الكفيل وحده إذا لم يكن أمر، فلا يرجع لأنهما إلخ. (ف)

(٨) قوله: "بالأمر وعدمه" أى إنما يختلف حكم القاضي بالأمر وعدمه مع أن القضاء على الغائب لا يجوز، فكان الواجب عدم التفرقة فى أن لا يكون الكفيل خصمًا عن الأصيل بين أن يكون بأمر وبغيره. (ع)

(٩) أى الكفالة بأمر، والكفالة بغير الأمر.

(١٠) إذ لا رجوع فيه. (ك)

(١١) الكفالتين.

(١٢) قوله: "لا يقضى له بالآخر" لأن الحاكم إنما يقضي بالسبب الذى يدعيه المدعى، ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وإن كان حكمهما واحدًا، وهو الملك. (ع)

(١٣) قوله: "ثبت أمره" أى أمر الأصيل، وهو الأمر بالكفالة بحجة كاملة، والأمر بالكفالة يتضمن الإقرار بالمال، لأنه لا يأمر الكفيل بأن يؤدى عنه إلا إذا كان مقرًا بالمال. (عينى)

(١٤) الأصيل الغائب.

(١٥) الغائب.

(١٦) قوله: "لأنه تعتمد صحتها إلخ" حتى لو قال: لفلان على فلان ألف درهم، وأنا به كفيل وجب المال عليه وإن لم يجب على الأصيل شيء. (ع)

(١٧) لأن المرء يؤخذ بزعمه.

(١٨) لأنها لم تكن بأمره.

(١٩) الدين.

(٢٠) أى إلى الأصيل.

أدى على الآمر[١]. وقال زفر رحمه الله: لا يرجع[٢]، لأنه لما أنكر فقد ظلم[٣] في زعمه، فلا يظلم غيره[٤]، ونحن نقول: صار مكذبًا[٥] شرعًا[٦]، فبطل ما في زعمه. قال[٧]: ومن باع دارًا، وكفل رجل عنه[٨] بالدرك[٩] فهو تسليم[١٠]، لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع[١١] فتمامه بقبوله[١٢]، ثم بالدعوى يسعى[١٣] في نقض ما تم من جهته[١٤]، وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها[١٥] إحكام البيع، وترغيب المشتري فيه، إذ لا يرغب فيه دون الكفالة[١٦]، فنزل[١٧] منزلة الإقرار[١٨] بملك البائع[١٩].

---

(١) قوله: "يرجع إلخ" فلو كان الكفالة بالأمر عيانًا رجع الكفيل بما أدى على الأصيل، فكذا إذا ثبت بالبينة. (ع)

(٢) الكفيل على الأصيل.

(٣) من الطالب.

(٤) الآمر.

(٥) قوله: "صار [لقيام البينة] مكذبًا إلخ" هذا كمن اشترى شيئًا وأقر أن البائع باع ملك نفسه، ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن، لأنه صار مكذبا شرعًا، والفرق لمحمد بين هذا وبين ما إذا اشترى عبدًا، ثم باعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما أنكر العيب، وأراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك مع أن القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب فقد كذبه في زعمه هو أن قوله: لا عيب فيه نفي العيب في الحال والماضي، والقاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول، لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس بشرط للرد على الثاني. (ك)

(٦) لأن القاضي لما قضى عليه فقد أكذبه.

(٧) أي محمد. (عيني)

(٨) البائع.

(٩) قوله: "بالدرك" قد بينا أن ضمان الدرك هو قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع. (ف)

(١٠) قوله: "فهو تسليم" أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع، فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا يسمع دعواه. (عناية)

(١١) بأن باع بشرط أن يتكفل له. (ف)

(١٢) قوله: "فتمامه بقبوله [في المجلس. ك]" وهو شرط ملايم للعقد، إذ الدرك يثبت بلا شرط الكفالة فالشرط يزيده. (ع)

(١٣) قوله: "يسعى إلخ" وهو باطل، ولهذا لو كان الكفيل شفيعًا بطلت شفعته، والمراد بالنقض ما يكون بغير رضاء الخصم، والإقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض. (ع)

(١٤) فلا يجوز.

(١٥) الكفالة.

(١٦) قوله: "إذ لا يرغب [أي يحتمل أن لا يرغب] إلخ" مخافة الاستحقاق، فتكفل تسكينًا لقلبه وصار كأنه قال: اشتر ولا تبال، فإنها ملك البائع، فإن أدركك درك فأنا ضامن. (ع)

(١٧) عقد الكفالة. (ف)

(١٨) لأنه يؤول إليه معنى.

(١٩) وبعد الإقرار لا يسمع الدعوى.

قال[١]: ولو شهد[٢] وختم، ولم يكفل لم يكن تسليماً[٣]، وهو على دعواه، لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع[٤]، ولا هي[٥] إقراراً بالملك، لأن البيع مرة يوجد من المالك، وتارةً من غيره[٦]، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة، بخلاف ما تقدم[٧]، قالوا[٨]: إذا كتب في الصك[٩] باع وهو[١٠] يملكه، أو بيعاً باتاً[١١] نافذاً، وهو[١٢] كتب شهد بذلك، فهو تسليم[١٣]، إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين[١٤].

فصل في الضمان[١٥]

قال[١٦]: ومن باع لرجل[١٧] ثوباً، وضمن له[١٨] الثمن، أو مضارب ضمن[١٩]

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) قوله: "ولو شهد [شاهد على بيع الدار]" أي كتب شهادته في صك الشرى، وختم على ذلك الصك، ثم ادعى الشاهد بعد ذلك أن الدار له يسمع دعواه، ولا يكون كتابة الشاهد على الصك وختمه تسليماً وإقراراً بأن المبيع ملك البائع.

وقوله: ختم، إشارة إلى عرف زمانهم فإن الرجل إذا كتب شهادته في صك الشراء يختم في آخره، حتى يكون ذلك علامة الكتابة، وصيانة عن التغيير والتبديل، ولم يبقَ ذلك العرف في زماننا، والحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا. (ك)

(٣) ويقبل شهادته لغيره أيضاً. (ع)

(٤) لعدم الملايمة. (ع)

(٥) الشهادة.

(٦) المالك.

(٧) من ضمان الدرك لأنه إقرار بملك البائع.

(٨) قوله: "قالوا إلخ" أي قال مشايخنا رحمهم الله الجواب المذكور في كتابة الشهادة محمول على ما إذا كتب شهد فلان البيع، والشراء، وكتب جرى البيع بمشهدي، أو كتب أقرا بالبيع والشراء عندي، أما إذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه، بأن كان في صك البيع، انتهى. (ك)

(٩) نامه، وقباله معرب چك.

(١٠) الواو حالية.

(١١) بات منقطع ومنه بيع بات. (من)

(١٢) الشاهد.

(١٣) فلا يصح دعواه بعد ذلك. (ك)

(١٤) فإنه ليس بتسليم.

(١٥) الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل "الجامع الصغير" وذكرت فيها بلفظ الضمان، أوردها مترجمة بذلك. (ف)

(١٦) أي محمد. (عيني)

(١٧) قوله: "لرجل [أي لأجل رجل]" اللام في لرجل لام الملك، أي باع ثوباً هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه، فضمن الوكيل له، أي للرجل المالك الثمن، أو المضارب إلخ. (ف)

(١٨) أي لذلك الرجل.

ثمن متاع رب المال، فالضمان باطل؛ لأن الكفالة التزام المطالبة[1]، وهي[2] إليهما[3]، فيصير كل واحد منهما ضامنًا لنفسه[4]، ولأن المال أمانة[5] في أيديهما[6]، والضمان تغيير لحكم الشرع[7]، فيرد عليه[8] كاشتراطه[9] على المودع والمستعير. وكذا[10] رجلان باعا عبدًا صفقة واحدة، وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن، لأنه لو صح الضمان[11] مع الشركة[12] يصير ضامنًا لنفسه[13]، ولو صح في نصيب صاحبه خاصة[14] يؤدي[15] إلى قسمة الدين[16] قبل قبضه، ولا يجوز[17] ذلك، بخلاف[18] ما إذا باعا[19] بصفقتين، لأنه لا شركة، ألا ترى أن للمشتري أن

---

(١٩) لرب المال بعد بيع شيء من المتاع.

(١) وهو الضمان.

(٢) قوله: وهي إليهما" أي الوكيل والمضارب، لأن حق القبض للوكيل بجهة الأصالة في البيع على ما هو الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل حتى لو حلف المشتري ماللموكل عليه شيء كان بارًا في يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حانثًا، وكذا المضارب. (عناية)

(٣) أي البائع والمضارب.

(٤) قوله: "ضامنًا لنفسه [وهو لا يجوز]" ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة، فإنه أمر اعتباري لا يظهر عند الخصومة. (عناية)

(٥) والأمين لا يكون ضامنًا.

(٦) أي البائع والوكيل والمضارب.

(٧) وليس للعبد ذلك.

(٨) أي على كل واحد منهما.

(٩) الضمان، فإنه لا ضمان عليهما شرعًا، فاشتراطه يكون تغييرًا للمشروع، فلا يجوز.

(١٠) أي لا يصح الضمان.

(١١) لحصته من الثمن شائعًا. (ع)

(١٢) إذ ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما.

(١٣) وقد تقدم فساده. (عناية)

(١٤) أي مفرزًا. (ع)

(١٥) قوله: "يؤدي إلخ" في "الفوائد الظهيرية": لا معنى للقول بأن فيه قسمة الدين قبل القبض لانعقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه يجوز، وليس فيه معنى قسمة الدين، فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب شريكه. ويجاب عنه بأنه إنما لم يلزم القسمة فيه، لأن ما اشترى نصيبه وقع على الشركة، ولهذا كان للآخر أن يشاركه. (مل)

(١٦) حيث امتاز نصيب أحدهما.

(١٧) قوله: "ولا يجوز ذلك" لأن القسمة إفراز، وذلك إما أن يكون حسًا، أو بوصف مميز، وكلاهما في ما في ذمة من الدين غير متصور. (ع)

(١٨) قوله: "بخلاف ما إذا باعا بصفقتين" بأن باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة، ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان، لأن الصفقة إذا تعددت فما وجب لكل واحد منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة. (ك)

يقبل نصيب أحدهما[١]، ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل.

قال[٢]: ومن ضمن عن آخر خراجه، ونوائبه[٣]، وقسمته[٤] فهو جائز، أما الخراج فقد ذكرناه[٥]، وهو يخالف الزكاة، لأنها مجرد فعل[٦]، ولهذا[٧] لا تؤدى بعد موته[٨] من تركته إلا بوصية، وأما النوائب، فإن أريد بها ما يكون بحق، ككرى النهر المشترك[٩]، وأجر الحارس[١٠]، والموظف[١١] لتجهيز الجيش، وفداء الأسارى[١٢] وغيرها، جازت[١٣] الكفالة بها على الاتفاق، وإن أريد بها ما ليس

---

(١٩) عبداً.

(١) ويرد الآخر.

(٢) أي محمد. (عيني)

(٣) نائبه مصيبت وكار دشوار نوائب جمع. (من)

(٤) قوله: "وقسمته" قد ذكر عند أبي بكر بن سعيد أنه قال: وقع هذا الحرف غلطا، لأن القسمة مصدر، والمصدر فعل، وهذا الفعل غير مضمون. وأجيب بأن القسمة قد تجيء بمعنى النصيب، قال الله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾، والمراد النصيب. وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول: معناها أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه، وامتنع الآخر عن ذلك فضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لأن القسمة واجبة عليه. (ع)

(٥) قوله: "فقد ذكرناه [قبل هذا الفصل. ف]" وهو قوله: والرهن والكفالة جائزان في الخراج، لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء. ثم قيل: المراد من الخراج الذي تصح الكفالة عنه الخراج الموظف، وهو الذي يجب في الذمة بأن يوظف الإمام كل سنة على مال على ما يراه الإمام لا المقاسمة، وهي التي يقسم الإمام ما يخرج من الأرض، فإنها غير واجبة في الذمة، فلم يكن في معنى الدين. (ك)

(٦) قوله: "لأنها [أي الزكاة] مجرد فعل" فإن الواجب في الزكاة فعل، وهو عبادة، أي تمليك المال من غير أن يكون بدلا عن شيء، والمال محل لإقامة هذا الواجب، والمال غير مضمون على من عليه الزكاة، فإنه لو هلك لا يضمن شيئاً، والكفالة لا تصح بالعبادة، ولا بالأعيان الغير المضمونة، وليست الزكاة ديناً، لأن الدين الثابت في الذمة اسم لمال وجب في الذمة بكونه بدلا عن مال أتلفه، أو قرض اقترضه، أو بيع عقد بيعه، أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة، وهو المهر، أو استئجار عين، والزكاة ليست كذلك. بخلاف الخراج لأنه يجب حقاً للمقاتلة بدلا عن الذات عن حريم الدين، والمحاماة عن بيضة الإسلام، فكان بمنزلة الأجرة، والكفالة بالأجرة صحيحة، فكذلك بالخراج. (مل)

(٧) أي لأجل كون الزكاة مجرد فعل.

(٨) أي موت من عليه الزكاة.

(٩) قوله: "ككرى النهر المشترك [الكرى الحفر. غاية البيان]" نحو أن يقضي القاضي بكرى نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة، فأبى واحد منهم من الكرى، وأنفق شريكه بأمر القاضي يصير حصة الآبي ديناً في ذمته، فتصح الكفالة بها لأنه كفل بما هو مضمون على الأصيل. وكذا أجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان بها، وكذا ما وظف الإمام على الناس عند الحاجة إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين، وقد خلا بيت المال عن المال، أو يحتاج إلى فداء أسارى المسلمين، فوظف على الناس مالا لأجل ذلك، فهو واجب مضمون تصح الكفالة به. (ع)

(١٠) للمحلة. (ع)

(١١) أي المقرر من جهة الإمام عند خلو بيت المال، توظيف روز مره كردن بركسى. (من)

(١٢) أي تخليصهم من الأسر جمع أسير مقيد ومحبوس من أيدي الكفار.

بحق[1] كالجبايات[2] فى زماننا[3]، ففيه[4] اختلاف المشايخ رحمهم الله، وممن يميل[5] إلى الصحة[6] الإمام على البزدوى[7]، وأما القسمة فقد قيل: هى النوائب بعينها[8]، أو حصة منها[9]، والرواية باد[10]، وقيل[11]: هى النائبة الموظفة[12] الراتبة[13]، والمراد بالنوائب ما ينوبه[14] غير راتب[15]، والحكم ما بيناه[16].

ومن قال لآخر: لك علي مائة إلي شهر، وقال المقر له: هي حالة، فالقول قول المدعي[17]، ومن قال: ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر، وقال المقر له: هى حالة، فالقول قول الضامن[18].

---

(١٣) قوله: "ازت الكفالة" لأنها واجبة على كل مسلم موسر بإيجاب طاعة أولى الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين. (ف)

(١) بل هو ظلم.

(٢) قوله: "كالجبايات" الموظفة على الناس فى زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ، وغيرهم للسلطان فى كل يوم، أو شهر، أو ثلاثة أشهر، فإنها ظلم. (ف)

(٣) وهى التى تأخذها الظلمة فى زماننا ظلمًا. (ع)

(٤) قوله: "ففيه اختلاف المشايخ" قال بعضهم: لا يصح الضمان بها، لأن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعًا، ولا شيء عليه شرعًا ههنا. (ع)

(٥) قوله: "وممن يميل إلى الصحة إلخ" لأنها ديون فى حكم توجه المطالبة بها، والعبرة فى الكفالة للمطالبة بحق، أو بباطل، لأنها شرعت لالتزامها، ولهذا قلنا: إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط كان مأجورًا، وإن كان أصله من جهة الذى يأخذ باطلا. (ع)

(٦) أى صحة الكفالة بها.

(٧) هو فخر الإسلام.

(٨) فحينئذ يكون الرواية بالواو. (ك)

(٩) قوله: "أو حصة منها" يعنى إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى الأنهار المشتركة، فأصاب واحدًا شيء من ذلك، فيجب أداؤه، فكفل به رجل صحت الكفالة به بالإجماع. (ع)

(١٠) قوله: "والرواية باد" إشارة إلى أن الرواية باد على تقدير أن يكون القسمة حصة من النوائب، وأما إذا كانت هى النائبة بعينها فهو محل الواو للبيان من باب العطف للتفسير. (ع)

(١١) قوله: "وقيل هى النائبة إلخ" وقيل: أراد بالقسمة أجرة الكيال الذى يقسم الغلة إذا كان الخراج مقاسمة. (ك)

(١٢) هى المقاطعات الديوانية فى كل شهر، أو ثلاثة أشهر. (ك)

(١٣) ثابتة دائمة وقرار گرفته. (م)

(١٤) نوب آمدن كارى. (من)

(١٥) بل يلحقه أحيانًا. (ك)

(١٦) قوله: "والحكم ما بيناه" وهو جواز الكفالة فيما إذا كانت بحق بالاتفاق، ولو كانت بغير حق ففى صحة الكفالة بها اختلاف المشايخ. (ك)

(١٧) أى المقر مع اليمين.

(١٨) مع اليمين.

ووجه الفرق[١] أن المقر أقر بالدين، ثم ادعى حقًا[٢] لنفسه[٣]، وهو تأخير المطالبة إلى أجل، وفى الكفالة ما أقر[٤] بالدين، لأنه لا دين عليه[٥] فى الصحيح[٦]، إنما أقر[٧] بمجرد المطالبة بعد الشهر.

ولأن[٨] الأجل فى الديون عارض، حتى لا يثبت إلا بشرط[٩]، فكان القول قول من أنكر الشرط[١٠]، كما فى الخيار[١١]، أما الأجل فى الكفالة فنوع[١٢] منها[١٣]، حتى يثبت من غير شرط، بأن كان[١٤] مؤجلا على الأصيل.

والشافعى رحمه الله ألحق الثانى بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه ألحق الأول بالثانى[١٥]، والفرق أوضحناه[١٦].

---

(١) بين المسألتين. (ف)

(٢) قوله: "ثم ادعى حقًا إلخ" فكان ثمة إقرار على نفسه، ودعوى على غيره، فالأول مقبول، والثانى يحتاج إلى برهان، فإذا عجز عنه كان القول للمنكر. ولقائل أن يقول: أقر فى الكفالة بالمطالبة مدعيا حقًا لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل، فكان ثمة إقرار، ودعوى إلى آخر ما ذكرتم، فلا يتم الفرق. والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول اقناعيا جدليا لدفع الخصم فى المجلس، وذكر الثانى لمن له زيادة استبصار، وهو قوله: ولأن الأجل إلخ. (ع)

(٣) والآخر ينكره.

(٤) الكفيل.

(٥) أى على الكفيل.

(٦) قوله: "فى الصحيح" احتراز عن القول الآخر بأنه يجب للطالب على الكفيل دين أيضًا. (ك)

(٧) قوله: "إنما أقر إلخ" والمكفول له يدعى حق المطالبة لنفسه فى الحال، والضامن ينكر ذلك القول، فالقول للمنكر. (عينى)

(٨) بيان فرق آخر.

(٩) قوله: "إلا بشرط" فإن ثمن البياعات والمهور، وقيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط. (ع)

(١٠) مع اليمين. (ك)

(١١) قوله: "كما فى الخيار" إذا ادعى أحد المتعاقدين خيار الشرط، وينكره الآخر فالقول لمنكر الشرط مع اليمين. (عينى)

(١٢) قوله: "فنوع منها" أى منوع كالناطق المنوع لبعض الحيوان، فكان إقراره بنوع من الكفالة، فلا يحكم بغيره، فكان القول قوله. (عناية)

(١٣) من الكفالة.

(١٤) الدين.

(١٥) قوله: "والشافعى رحمه الله ألحق الثانى بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه [وهو رواية ابن رستم عنه. ف] ألحق الأول بالثانى" هكذا وقع فى عامة النسخ، وهذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه، وهو أن يقال: والشافعى ألحق الأول بالثانى، وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الثانى بالأول، وذلك لأن عند الشافعى رحمه الله القول قول المقر فى الفصلين جميعًا، فكان الإقرار بالدين، وهو المذكور أولا فى الرواية ملحقًا بالثانى، وهو الإقرار بالكفالة، وذلك إنما يستفاد فيما قلنا. ومذهب أبى يوسف فيما يروى عنه على عكسه، وحجة الشافعى رحمه الله أن الدين نوعان حال ومؤجل، فإذا أقر بالمؤجل، فقد أقر بأحد نوعى الدين فالقول قوله، وحجة أبى يوسف أنهما تصادقا على وجوب

قال[١]: ومن اشترى جارية، فكفل له رجل بالدرك[٢]، فاستحقت لم يأخذ[٣] الكفيل[٤]، حتى يقضى له بالثمن على البائع؛ لأن بمجرد الاستحقاق[٥] لا ينتقض[٦] البيع[٧] على ظاهر الرواية[٨] ما لم يقض له بالثمن على البائع، فلم يجب له على الأصيل[٩] رد الثمن، فلا يجب[١٠] على الكفيل، بخلاف القضاء[١١] بالحرية[١٢]، لأن البيع يبطل بها[١٣] لعدم المحلية[١٤]، فيرجع[١٥] على البائع والكفيل[١٦]. وعن أبي يوسف رحمه الله[١٧] أنه يبطل[١٨] البيع بالاستحقاق[١٩]، فعلى قياس قوله: يرجع[٢٠] بمجرد الاستحقاق، وموضعه[٢١] أوائل الزيادات فى ترتيب

المال، ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه، فلا يصدق فيه إلا بحجة، ألا ترى أنه لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار جاز إقراره بالكفالة، ودعواه الخيار لما قلنا، فكذا دعوى الأجل. (ك)

(١٦) بقوله: وجه الفرق إلخ.

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) هو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق. (ع)

(٣) قوله: "لم يأخذ الكفيل إلخ" لأن احتمال إجازة المستحق للبيع القائم ثابت، فما بقى هذا الاحتمال يبقى الملك، بخلاف ما إذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ. (ف)

(٤) وهو الصحيح. (ك)

(٥) أى القضاء بالاستحقاق.

(٦) لأن احتمال إجازة المستحق البيع ثابت.

(٧) قوله: "لا ينتقض إلخ" فلو كان الثمن عبداً، فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضى للمستحق نفذ إعتاقه. (ع)

(٨) لأن الاستحقاق لا ينفى ابتداء البيع، فأولى أن لا ينفى البقاء. (ك)

(٩) البائع.

(١٠) الرد.

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" يعنى فإن قيل إذا قضى القاضى بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشترى حق الرجوع، فما الفرق بينها وبين الاستحقاق، فأجاب عنه المصنف بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

(١٢) حيث ينتقض البيع بمجرد القضاء بها.

(١٣) بالحرية.

(١٤) للبيع.

(١٥) المشترى.

(١٦) إن شاء.

(١٧) فى رواية الأمالى.

(١٨) قوله: "يبطل البيع إلخ" فيأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن، لأن الضمان توجه على البائع، ووجب للمشترى مطالبته، فكذلك على الكفيل. (ف)

(١٩) قبل أن يقضى على البائع بالثمن.

(٢٠) على الكفيل.

الأصل[١]. ومن اشترى عبداً، فضمن له رجل بالعهدة، فالضمان باطل[٢]؛ لأن هذه اللفظة[٣] مشتبهة[٤] قد تقع[٥] على الصك القديم، وهو ملك البائع، فلا يصح[٦] ضمانه، وقد تقع على العقد، وعلى حقوقه، وعلى الدرك، وعلى الخيار، ولكل ذلك وجه[٧]، فتعذر العمل بها[٨]، بخلاف الدرك[٩]، لأنه استعمل فى ضمان الاستحقاق عرفًا.

ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله، لأنه[١٠] عبارة عن تخليص المبيع[١١]، وتسليمه[١٢] لا محالة[١٣]، وهو[١٤] غير قادر عليه، وعندهما هو[١٥] بمنزلة الدرك، وهو تسليم[١٦] المبيع، أو قيمته[١٧]، فيصح[١٨].

---

(٢١) أى الاستحقاق. (ف)

(١) قوله: "فى ترتيب الأصل" أى فى ترتيب محمد رحمه الله، فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفًا لترتيب سائر الكتب تبركًا بما أملى به أبو يوسف، فإن محمداً أخذ ما أملى به أبو يوسف بابا، وجعله أصلا، وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الأبواب، وكان أصل الكتاب من تصنيف أبى يوسف، وزيادته من تصنيف محمد رحمه الله ولذلك سماه كتاب الزيادات، وكان ابتداء إملاء أبى يوسف رحمه الله فى هذا الكتاب من باب المأذون، ولم يغيره محمد تبركًا، ثم رتبه أبو عبد الله الزعفرانى تلميذ محمد بن الحسن على هذا الترتيب الذى هو عليه اليوم. (عناية)

(٢) بالاتفاق. (ك)

(٣) أى لفظة العهدة.

(٤) أى فى المراد لاشتراكها، فلا يجب العمل به قبل البيان.

(٥) قوله: "قد تقع على الصك القديم" لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهد، وقد تقع على العقد، لأن العهدة من العهد كالعقدة من العقد، والعقد والعهد واحد، وعلى حقوقه لأنها من ثمرات العقد، وقد تطلق على خيار الشرط كما جاء فى الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام، أى خيار الشرط. (كفاية)

(٦) لأنه غير مضمون عليه، أى البائع، وما ليس بمضمون على الأصيل لا يصح الكفالة. (ع)

(٧) يجوز الحمل به عليه.

(٨) فيبطل الضمان للجهالة قبل البيان.

(٩) فإن ضمانه يصح.

(١٠) أى زمان الخلاص.

(١١) عن الاستحقاق.

(١٢) إلى المشترى.

(١٣) أى على كل حال، وبأى طريق كان.

(١٤) قوله: "وهو غير قادر عليه" لأنه إن ظهر مستحقًا فربما لا يساعده المستحق، أو حرًا، فلا يقدر مطلقًا، والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل. (ع)

(١٥) أى ضمان الخلاص.

(١٦) إن قدر عليه.

(١٧) إن عجز عن تسليم المبيع.

باب كفالة الرجلين[١]

وإذا[٢] كان الدين على اثنين، وكل واحد منهما كفيل[٣] عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم، وكفل[٤] كل واحد منهما، عن صاحبه، فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف، فيرجع بالزيادة؛ لأن كل واحد منهما في النصف أصيل، وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة، وبحق الكفالة، لأن الأول[٥] دين، والثاني[٦] مطالبة، ثم[٧] هو[٨] تابع للأول[٩]، فيقع[١٠] عن الأول[١١]، وفي الزيادة[١٢] لا معارضة[١٣]، فيقع عن الكفالة[١٤]، ولأنه[١٥] لو وقع في النصف عن صاحبه، فيرجع عليه[١٦]، فلصاحبه[١٧]

---

(١٨) قوله: "أي قيمته" في كلام المصنف نظر، لأن الواجب عند العجز عن تسليم المبيع إنما هو الثمن لا القيمة، وهو مدفوع بأن المراد بالقيمة الثمن مجازاً، وبلاغة التركيب باستعمال المجاز مما لا يلتبس فضله. (ع)

(١) قوله: "كفالة الرجلين" لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين، لما أن الاثنين بعد الواحد طبعًا، فأخر وضعًا ليناسب الوضع الطبع. (ع)

(٢) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(٣) لرب الدين.

(٤) للبائع.

(٥) أي ما بحق الأصالة.

(٦) أي ما بحق الكفالة.

(٧) قوله: "ثم هو" أي الثاني، وهو المطالبة تابع للدين، لأن المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين، لأن المطالبة بالدين، ولا دين محال. (ك)

(٨) الثاني.

(٩) قوله: "تابع للأول" لا يقال: هذا يقتضي على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة لكون المؤدى منهما كما هو قول طائفة من مشايخنا، لأنا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا، فإن الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الأصالة. (ف)

(١٠) قوله: "فيقع [أي النصف] عن الأول" صرفًا إلى أقوى ما عليه، كما لو اشترى ثوبًا وعشرة دراهم بعشرين درهما، فنقد في المجلس عشرة جعل النقود ثمن الصرف، لأن الواجب أقوى لحاجته إلى القبض في المجلس. (ع)

(١١) الدين.

(١٢) قوله: "وفي الزيادة [على النصف] لا معارضة" أي من كل وجه، وفي النصف أيضًا لم يكن معارضة حقيقة، ولكنه كانت معارضة صورة، ولا دور أيضًا، لأن المؤدى لما نوى عما كان عليه بطريق الأصالة برئ صاحبه عن الكفالة، فإذا جعل المؤدى الزيادة عن صاحبه لا يكون لصاحبه أن يجعل الزيادة عن المؤدى. (ك)

(١٣) إذ لم يكن عليه في الزيادة بحق الأصالة شيء.

(١٤) فيرجع بالزائد.

(١٥) قوله: "ولأنه إلخ" دليل آخر على ذلك، أورده بقياس الخلف، فإنه جعل نقيض المدعى، وهو الرجوع على صاحبه مستلزما لمحال، وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم المدور. (ع)

أن يرجع، لأن[١] أداء نائبه كأداءه، فيؤدى إلى الدور[٢].

وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان[٣] أو كثيراً.

ومعنى المسألة في الصحيح[٤] أن يكون الكفالة بالكل عن الأصيل، وبالكل عن الشريك، والمطالبة[٥] متعددة[٦]، فيجتمع[٧] الكفالتان[٨] على ما مر[٩]، وموجبها[١٠] التزام المطالبة[١١]، فتصح الكفالة عن الكفيل، كما تصح الكفالة عن

---

(١٦) أى على صاحبه.

(١٧) قوله: فلصاحبه إلخ" لأنه لو جعل شيء من المؤدى من صاحبه، فلصاحبه أن يقول أداؤك كأدائى، فإن جعلت شيئًا من المؤدى عنى، ورجعت على بذلك، فلى أن أجعل المؤدى عنك كما لو أديت بنفسى، فيفضى إلى الدور. (ك)

(١) قوله: "لأن أداء إلخ" تقريره أن صاحب المؤدى يقول له: أنت أديت عنى بأمرى، فيكون ذلك كأدائى، ولو أديت بنفسى حقيقة رجعت عليك، فكذا ههنا، بخلاف الزيادة على النصف، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه، إذ ليس على شريكه بحكم الأصالة إلا النصف، فيفيد الرجوع. (عينى)

(٢) قوله: "فيؤدى إلى الدور [فلم يكن في الرجوع فائدة]" واعلم أنه ليس المراد حقيقة الدور، فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه، ورجوع المؤدى ليس متوقفًا على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع، فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما، فيمتنع الرجوع.

والحق أن هذا الوجه باطل، فإن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعًا، لأنه يؤدى إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى بمثل ما أدى على الطالب، وهو نقيض ما يقطع به من الشرع من أن المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى، وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سببًا لأن يرجع عليه ذلك الغير، وهذا مجازفة عظيمة. (ف)

(٣) المؤدى. (ع)

(٤) قوله: "ومعنى المسألة إلخ" يريد أن معنى ما قال فى الكتاب: وإذا كفل رجلان عن رجل بمال كفل كل واحد منهما عن الأصيل بالكل، وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بالكل أيضًا، وإنما قال: فى الصحيح لأنهما لو كفلا بألف كان الألف منقسما عليهما نصفين. ثم إذا كفل أحدهما عن صاحبه فأدى أحدهما نصف المال فإنه لا يرجع على الآخر حتى يزيد المؤدى على النصف، لأن جهة الضمان قد اختلفت، لأن نصف المال كان واجبًا عليه بحكم ضمانه بغير واسطة، والنصف الآخر كان واجبًا عليه بحكم الكفالة الثانية، فنزل هذا منزلة المسألة الأولى. (ك)

(٥) قوله: "والمطالبة متعددة" يعنى إنما يكون كل واحد منهما كفيلا عن الأصيل، وكفيل عن صاحبه لأن موجب الكفالة التزام المطالبة، وهى متعددة، مطالبة على الأصيل ومطالبة على الكفيل، وقد التزمها كل واحد منهما، فيجتمع الكفالتان على كل واحد منهما. (ك)

(٦) قوله: "متعددة" لأن كل واحد من الكفيلين مطالب بالكل من جهة الأصيل، ومطالب بالكل أيضًا من جهة الكفيل. (عينى)

(٧) أى على كل واحد من الكفيلين.

(٨) كفالة عن الأصيل، وكفالة عن الكفيل. (ع)

(٩) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما مر من قوله: لأن موجبه التزام المطالبة وهى متعددة فى تعليل قوله: من أخذ من رجل كفيلا بنفسه، ثم ذهب، فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان. (ك)

(١٠) الكفالة.

(١١) على الكفيل.

الأصيل، وكما تصح[١] الحوالة من المحتال عليه.

وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعًا عنهما، إذ الكل كفالة، فلا ترجيح للبعض على البعض، بخلاف[٢] ما تقدم[٣]، فيرجع على شريكه بنصيفه[٤]، ولا يؤدى إلى الدور[٥]، لأن قضيته[٦] الاستواء، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى، فلا ينقض برجوع الآخر عليه[٧]، بخلاف[٨] ما تقدم، ثم يرجعان[٩] على الأصيل، لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه، والآخر بنائبه، وإن شاء[١٠] رجع بالجميع[١١] على المفكول عنه؛ لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره.

قال[١٢]: وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع[١٣]، لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقى المال كله على الأصيل، والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه[١٤]، ولهذا يأخذه[١٥] به[١٦].

قال[١٧]: وإذا افترق[١٨] المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا

---

(١) قوله: "وكما تصح إلخ" أى حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر يصح، فكذا فى الكفالة. (ك)

(٢) قوله: "بخلاف ما تقدم" أى فى المسألة الأولى حيث لا يرجع على صاحبه ما لم يزد على النصف، لأن أداء النصف كان بحق الأصالة والنصف الآخر بحق الكفالة. (عينى)

(٣) فإن الأصالة بالنصف راجحة. (ع)

(٤) أى إذا وقع شائعًا فيرجع إلخ.

(٥) لأنه إذا رجع أحدهما على صاحبه بنصف ما أدى ليس للآخر أن يرجع عليه، لأن إلخ. (ك)

(٦) قوله: "لأن قضيته" أى قضية عقد الكفالة الاستواء لاستواءهما فى العلة، وهى ضمان الكفالة، فلما كان كذلك كان لمن أدى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى لأنه مستو لصاحبه فى الالتزام بجهة واحدة، فوجب أن يستويا فى الغرم لسببه. (عينى)

(٧) أى لو رجع الشريك عليه لا يبقى المساواة.

(٨) قوله: "بخلاف ما تقدم" فإن هناك كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراء نفسه، ونصف المال بكفالته عن شريكه، وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدى إلى الدور. (ن)

(٩) ولو لم يكن كل واحد منهما كفيلا عن الأصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما. (ع)

(١٠) أى من أدى منهما. (ع)

(١١) قوله: "بالجميع" ولو كان أحدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الأصيل. (ع)

(١٢) قوله: "قال" قيل: الظاهر أن قائله محمد، قلت: الظاهر أن قائله المصنف، لأن المسألة لم يذكرها إلا شراح "الجامع الصغير". (عينى)

(١٣) أى بجميع الدين.

(١٤) إشارة إلى قوله: ومعنى المسألة فى الصحيح إلخ. (ك)

(١٥) الكفيل.

(١٦) أى بكل المال.

بجميع الدين، لأن كل واحد منهما كفيل[١] عن صاحبه على ما عرف في الشركة.

ولا يرجع[٢] أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر[٣] من الوجهين في كفالة الرجلين. قال[٤]: وإذا كوتب العبدان كتابة[٥] واحدة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه، ووجهه أن هذا العقد[٦] جائز[٧] استحسانًا[٨]، وطريقه[٩] أن يجعل[١٠] كل واحد منهما[١١] أصيلا في حق وجوب الألف عليه، فيكون عتقهما معلقًا بأداءه[١٢]، ويجعل[١٣] كفيلا بالألف في حق صاحبه[١٤]، وسنذكره في المكاتب[١٥] إن شاء الله

---

(١٧) أي محمد. (عيني)

(١٨) قوله: "وإذا افترق المتفاوضان إلخ" المفاوضة شركة متساويين مالا، وحرية، وعقلا، ودينًا، وتتضمن الوكالة والكفالة، فكل كفيل الآخر ووكيله، ولما كان كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه على الإطلاق سميت مفاوضة مشتقة من التفويض، كذا قال العلي القاري في "شرح النقاية". (مل)

(١) فإن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق، فلا تبطل بالافتراق. (ع)

(٢) قوله: "ولا يرجع" أي إذا طلبوا أحدهما، وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه إلخ. (ع)

(٣) قوله: "لما مر من الوجهين" في كفالة الرجلين، وهي مسألة أول الباب، حيث قال: ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وما عليه بحق الكفالة، وما ذكره من لزوم الدور. (ك)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) قوله: "كتابة واحدة" بأن قال: كاتبتكما على ألف إلى سنة، ثم إنما قيد في المسألة بالكتابة الواحدة، لأن كل واحد منهما لو كان مكاتبًا على حدة، فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسًا واستحسانًا. (ك)

(٦) أي عقد الكفالة.

(٧) خلافًا للأئمة الثلاثة. (ف)

(٨) قوله: "استحسانًا" والقياس بخلافه، لأنه شرط فيه كفالة المكاتب، والكفالة ببدل الكتابة، وكل واحد منهما بانفراده باطل، فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا، أما بطلان كفالة المكاتب فلأن الكفالة تبرع، والمكاتب لا يملكه، وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضي دينًا صحيحًا، وبدل الكتابة ليس كذلك. (ع)

(٩) الاستحسان.

(١٠) قوله: "أن يجعل إلخ" أي يجعل المال على أحدهما، وعتق الآخر معلقًا بأداءه كما في الولد المولود من المكاتبة في الكتابة، ويجعل كل واحد في حق المولى كان المال كله عليه، وعتق الآخر معلق بأداءه، فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة، وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون موزعًا منقسمًا عليهما، ولكنا قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحًا للكتابة ففيما وراء ذلك العبرة للحقيقة. (ن)

قوله: "أن يجعل" فإن تصرف الإنسان واجب التصحيح بقدر الإمكان، وقد أمكن تصحيح هذه الكتابة بأن يجعل إلخ. (كافي)

(١١) احتيالا لتصحيح الضمان، فكان ضروريًا لا يتعدى عن موضعه. (چلپي)

(١٢) الألف فكأنه قال لكل منهما: إن أديت الألف فأنت حر. (مجمع الأنهر)

(١٣) أي كل واحد.

(١٤) قوله: "كفيلا إلخ" فصارت كفالته بما عليه أصله، وكفالة المكاتب بما عليه أصله جائزة. (چلپي)

تعالى، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه[١] لاستوائهما[٢]، ولو رجع بالكل[٣] لا تتحقق المساواة.

قال: ولو لم يؤديا شيئًا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته[٤] ملكه[٥]، وبرئ[٦] عن النصف[٧]، لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق، وما[٨] بقي وسيلة[٩] فيسقط[١٠]، ويبقى النصف على الآخر، لأن المال في الحقيقة مقابل[١١] برقبتهما. وإنما جعل[١٢] على كل واحد منهما احتيالا[١٣] لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عنه[١٤]، فاعتبر[١٥] مقابلا برقبتهما، فلهذا يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء[١٦] المعتق بالكفالة[١٧]،

(١٥) أي في كتاب المكاتب.

(١) قوله: "رجع بنصفه إلخ" فإن قيل: كيف يرجع على صاحبه بنصف ما أدى والمال في الحقيقة مقابل بهما، فيكون على كل واحد منهما نصفه، فيجب أن لا يكون له حق الرجوع ما لم يزد المؤدى على ما يخصه كما في مسألة الدور. قلنا: إنما يرجع على صاحبه بنصف ما أدى تحرزا عن تفريق الصفقة على المولى، لأن المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص يبرأ بأداءه عن نصيبه، فيعتق، لأن المكاتب إذا برئ عما عليه من البدل يعتق، والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعًا، ويعتقا جميعًا. (ك)

(٢) قوله: "لاستواءهما" أي في الوجوب عليهما لاستواءهما في العلة أعني الكتابة، فكان كل البدل مضمونًا على كل واحد منهما، ولهذا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل. (م)

(٣) أو لم يرجع بشيء. (م)

(٤) العتق.

(٥) المولى.

(٦) أي المعتق.

(٧) أي نصف البدل.

(٨) نافية.

(٩) لحصول عتقه بطريق آخر. (ف)

(١٠) النصف.

(١١) حتى يكون موزعًا منقسمًا. (م)

(١٢) المال.

(١٣) فكان ضروريًا لا يتعدى عن موضعها. (م)

(١٤) الجعل.

(١٥) المال.

(١٦) قوله: "أيهما شاء" لأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الألف، والباقي بعد ذلك الألف، فبقي على تلك الصفة، لأن البقاء يكون على وفق الثبوت. (ك)

(١٧) قوله: "المعتق بالكفالة" فإن قيل: كيف يكون المعتق ههنا كفيلا ببدل الكتابة، والكفالة ببدل الكتابة لا تصح، قلنا: هذا في حالة البقاء، لأنه لم يكن هذا كفالة في ابتداءه ببدل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجبًا على كل واحد

وصاحبه بالأصالة، فإن أخذ الذى أعتق رجع على صاحبه بما يؤدى، لأنه مؤد عنه[١] بأمره، وإن أخذ الآخر لم يرجع[٢] على المعتق بشىء، لأنه[٣] أدى عن نفسه، والله أعلم.

باب كفالة[٤] العبد وعنه

ومن[٥] ضمن عن عبد مالا لا يجب[٦] عليه[٧]، حتى يعتق، ولم يسم[٨] حالا، ولا غيره[٩]، فهو حال[١٠]؛ لأن المال حال عليه لوجود السبب، وقبول الذمة[١١] إلا أنه لا يطالب به لعسرته، إذ جميع ما فى يده ملك المولى، ولم يرض[١٢] بتعلقه[١٣] به فى الحال، والكفيل غير معسر[١٤]، فصار كما إذا كفل عن غائب[١٥] أو مفلّس[١٦]، بخلاف الدين المؤجل[١٧]، لأنه متأخر بمؤخر، ثم إذا أدى[١٨] رجع على

منهما تصحيحًا للكتابة، وبعد إعتاق أحدهما صار المعتق كفيلا عن غير المعتق ببدل الكتابة، فيجوز ذلك بقاء، وإن لم يجز ابتداء. (ك)

(١) أى عن صاحبه.

(٢) الآخر.

(٣) الآخر.

(٤) قوله: "كفالة" أى كفالة العبد عن الآخر، وكفالة الآخر عن العبد، وأخر ما يتعلق به لتأخره بالرق. (مل)

(٥) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) قوله: "مالا لا يجب إلخ" كأن أقر باستهلاك مال، وكذبه المولى، أو أقرضه إنسان، أو باعه وهو محجور فإنه لا يجب عليه إلا بعد عتقه، وكذا إذا أودع شيئًا فاستهلكه، أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى، بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معاينًا معلومًا فإنه يؤخذ به فى الحال. (ف)

(٧) صفة مالا.

(٨) أى الكفيل.

(٩) أى الضمان.

(١٠) جواب المسألة. (ع)

(١١) قوله: "لوجود السبب وقبول الذمة" وعدم الأجل، وكيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه، وقد لا يقع أصلا. (ف)

(١٢) أى المولى.

(١٣) الدين.

(١٤) إعسار: درويش شدن، فالمانع غير متحقق فى حق الكفيل. (ع و م)

(١٥) قوله: "كما إذا كفل عن غائب" يصح، ويؤخذ به الكفيل حالا، وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل، أو مفلس يصح، ويؤخذ به فى الحال، وإن كان فى حق الأصيل متأخرًا إلى الميسرة.

فإن قيل: إذا لم يؤخذ العبد إلا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضًا إلا بعد الأجل، أجاب بقوله: بخلاف الدين المؤجل، لأنه متأخر إلخ، يعنى أن الدين ثمة تأخر عن الأصيل بمؤخر يعنى بأمر يوجب التأخير، وهو التأجيل، لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا، وقد التزم الكفيل ذلك، فلزمه مؤجلا. (ع)

العبد بعد العتق، لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه[١] مقامه[٢]. ومن[٣] ادعى على عبد مالا، وكفل له رجل بنفسه، فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل كما[٤] إذا كان المكفول بنفسه حرًا[٥].

قال[٦]: فإن ادعى رقبة العبد[٧]، وكفل به[٨] رجل فمات العبد، فأقام المدعي[٩] البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته؛ لأن على المولى[١٠] ردها على وجه تخلفها[١١] قيمتها، وقد التزم الكفيل ذلك[١٢]، وبعد الموت يبقى القيمة واجبة على الأصيل، فكذا على الكفيل[١٣] بخلاف الأول[١٤].

قال[١٥]: وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره، فعتق[١٦]، فأداه[١٧]، أو كان المولى كفل عنه[١٨]، فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما[١٩] على صاحبه.

---

(١٦) بتشديد اللام. (ع) تفليس حكم كردن قاضي بإفلاس كسى. (م)

(١٧) يؤخذ الكفيل به بعد الأجل.

(١٨) أي الكفيل عن العبد.

(١) في المطالبة.

(٢) الطالب.

(٣) هذه مسألة "الجامع". (عيني)

(٤) قوله: "كما إذا كان إلخ" الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حرًا، أو عبدًا، فإن بموته يبرأ الكفيل كما لو كان حرًا، وذكر هذا تمهيدًا للتي بعدها، ولبيان الفرق بينهما. (عناية)

(٥) حيث يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل ههنا أيضًا.

(٦) أي محمد. (عيني)

(٧) على ذي اليد.

(٨) العبد.

(٩) قوله: "فأقام المدعي إلخ" إنما قيد بإقامة البينة احترازًا عما إذا ثبت الملك له بإقرار ذي اليد، أو نكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه، ولا يلزم الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل. (ع)

(١٠) أي ذي اليد.

(١١) عند العجز عن ردها.

(١٢) الرد.

(١٣) لأن الكفيل التزم المطالبة بما على الأصيل.

(١٤) قوله: "بخلاف الأول [أي المسألة الأولى]" لأن محل ما التزمه وهو العبد قد فات، وسقط عن العبد تسليم نفسه، فكذا عن كفيله. (عناية)

(١٥) أي محمد. (عيني)

(١٦) العبد.

(١٧) المال.

وقال زفر رحمه الله: يرجع[١]، ومعنى الوجه الأول[٢] أن لا يكون على العبد دين[٣] حتى تصح[٤] كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره، أما كفالته[٥] عن العبد، فتصح على كل حال[٦]. له أنه تحقق الموجب للرجوع، وهو الكفالة بأمره[٧]، والمانع[٨] وهو الرق قد زال[٩]. ولنا أنها[١٠] وقعت غير موجبة للرجوع، لأن المولى لا يستوجب[١١] على عبده دينًا، وكذا العبد على مولاه[١٢]، فلا تنقلب[١٣] موجبة[١٤] أبدًا، كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه[١٥]. ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة[١٦] حر

---

(١٨) العبد.

(١٩) المولى والعبد.

(١) كل على صاحبه.

(٢) أي كفالة العبد عن مولاه بأمره.

(٣) مستغرق.

(٤) قوله: "حتى تصح إلخ" لأنه إذا لم يكن عليه دين يصح أمر المولى إياه بالكفالة، ويصح تصرف المولى فيه لفراغ ذمته عن تعلق حق الغير، ألا ترى أنه يملك أن يجعله مشغولا بالدين بأن يقر عليه بالدين، فكذا له أن يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما إذا كان مديونًا، لأن مولاه صار أجنبيًا عنه لتعلق حق الغرماء حتى لا يملك شغله بالدين بالإقرار عليه، فكذا لا يملك أمره بالكفالة. (ك)

(٥) قوله: "أما كفالته عن إلخ" فإن قيل: دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضي من ماليته، وهي ملك المولى، فأية فائدة في هذه الكفالة، أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أولا معه ليقضى من جميع أمواله بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه عينًا، إلا أن يسلمه ليباع، وقد لا يفي ثمنه بالدين، فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين، وبالكفالة يصلون. (ف)

(٦) أي بالمال كانت أو بالنفس، وعلى العبد دين كان أم لا.

(٧) المرجوع.

(٨) قوله: "والمانع إلخ" أي المانع وهو كونه عبده، ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينًا على الآخر قد زال بالعتق، فإن الأداء منهما بعده، فيجب الرجوع. (ف)

(٩) بالعتق.

(١٠) الكفالة.

(١١) أي لا يستحق.

(١٢) أي لا يستوجب دينًا إذا لم يكن عليه دين مستغرق.

(١٣) قوله: "فلا تنقلب [الكفالة] إلخ" والراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر، وسعى العبد في الدين رجع به على المولى، لأن استيجاب الدين على المولى إنما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به، قبل العتق، فلا يكون مما نحن فيه. (ع)

(١٤) للرجوع.

(١٥) قوله: "فأجازه [فلا يرجع]" فأدى الكفيل لا يرجع، لأن معنى الأمر، وإن تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع. (ف)

(١٦) قوله: "بمال الكتابة" إنما قال: بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل، وكل دين يكون للمولى عليه أيضًا غير بدل الكتابة، أما في بدل الكتابة فلأنه ثبت إلخ، وأما في غير بدل الكتابة، فلأنه إذا عجز نفسه سقط بفسخ الكتابة لابتناءه عليها، إذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئًا. (ع)

تكفل به أو عبد؛ لأنه دين ثبت[١] مع المنافى، فلا يظهر[٢] فى حق صحة الكفالة، ولأنه لو عجز نفسه سقط[٣]، ولا[٤] يمكن إثباته[٥] على هذا الوجه[٦] فى ذمة الكفيل، وإثباته مطلقًا ينافى معنى الضم، لأن[٧] من شرطه[٨] الاتحاد، وبدل السعاية[٩] كمال الكتابة[١٠] فى قول أبى حنيفة رحمه الله عليه، لأنه كالمكاتب[١١] عنده.

كتاب الحوالة[١٢]

قال: وهى[١٣] جائزة بالديون، قال عليه السلام*: «من أحيل[١٤] على

---

(١) قوله: "ثبت مع المنافى" وهو الرق، فإن المكاتب عبد ما بقى درهم، فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئًا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى: فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً، وكل ما ثبت مع المنافى كان غير مستقر أى ثابتًا من وجه دون وجه، فلا يظهر فى حق صحة الكفالة لاقتضاءها دينًا مستقراً لأنها، لتوثيق المطالبة. وإذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب، فلم يبق للكفالة فائدة، بل قد يكون هزواً ولعباً، وقوله: ولأنه إلخ دليل آخر على عدم استقراره، فإن المستقر من الدين ما لا يسقط إلا بالأداء والإبراء. (ع)

(٢) الدين.

(٣) الدين.

(٤) دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة. (ع)

(٥) قوله: "ولا يمكن إلخ" لأن الأصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقًا لمولاه كما كان، والكفيل ليس كذلك. (ع)

(٦) وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الأصيل نفسه. (ع)

(٧) قوله: "لأن من شرطه الاتحاد" أى من حيث الأوصاف حتى يثبت فيها معنى الضم مطلقًا، ألا ترى أن الدين لو كان مؤجلا على الأصيل يثبت كذلك على الكفيل إذا كفل مطلقًا، وكذلك لو كان الدين زيفًا أو جيداً على الأصيل فيجب على الكفيل بتلك الصفة تحقيقًا لمعنى الضم مطلقًا. (ن)

(٨) الضم.

(٩) إذا أعتق المولى بعض عبده، أو أمته عتق ذلك القدر ويسعى العبد فى بقية قيمته لمولاه عنده.

(١٠) قوله: "كمال الكتابة" أى فى عدم جواز الكفالة به للمولى على قول أبى حنيفة رحمه الله، لكونه دينًا غير مستقر لثبوته مع المنافى لما أن أحكام المستسعى عنده أحكام العبد من عدم قبول الشهادة، وتزوج المرأتين، وتنصيف الحدود وغيرها، وعلى قولهما يصح، لأن بدل الكتابة لم يكن مستقراً لسقوطه بالتعجيز، وهو فى السعاية لا يتحقق، لأن المستسعى لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس، فكان كالحر المديون. (عناية)

(١١) للعلة الأولى دون الثانية. (ف)

(١٢) قوله: "كتاب الحوالة" الحوالة تناسب الكفالة، لأن كلا منهما عقد التزام ما على الأصيل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة على ما ستعلم، بخلاف الكفالة فإنها لا تتضمنه، فكانت كالمركب مع المفرد، والمفرد مقدم، فأخر الحوالة عنها. (ف)

قوله: "الحوالة" هى اسم بمعنى الإحالة، يقال: أحلت زيدا بماله على على رجل، فاحتال زيد به على الرجل، فأنا محيل، وزيد محال ومحتال، والمال محال به، والرجل محال عليه، ومحتال عليه، وقولهم للمحتال المحتال له لغو لا حاجة إلى هذه الصلة، ويقال للمحتال: حويل، كذا فى "المغرب"، وهى فى الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه. (ك)

ملىء[١] فليتبع[٢]»، ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه، فتصح كالكفالة، وإنما اختصت بالديون، لأنها تنبئ عن النقل والتحويل[٣]، والتحويل فى الدين[٤]، لا فى العين.

قال[٥]: وتصح الحوالة برضا المحيل[٦] والمحتال[٧]، والمحتال عليه، أما المحتال فلأن الدين حقه، وهو الذى ينتقل بها، والذمم متفاوتة[٨]، فلا بد من رضاه[٩]، وأما المحتال عليه، فلأنه[١٠] يلزمه الدين، ولا لزوم بدون التزامه[١١].

وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه[١٢] ذكره[١٣] فى "الزيادات"، لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه، وهو لا يتضرر به[١٤] بل فيه[١٥] نفعه، لأنه[١٦] لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره.

---

(١٣) هذه من مسائل القدورى. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٨١٢ ص١٦٤. (نعيم)

(١٤) قوله: "من أحيل" روى هذا اللفظ الطبرانى فى "معجمه الوسط" عن الأعرج عن أبى هريرة، كذا قال الزيلعى.

(١) ملىء كأمير توانگر ومالدار، يا مالدار نيكو معاملة. (من)

(٢) فالأمر بالاتباع دليل الجواز. (ك)

(٣) فى "المغرب": تركيب الحوالة يدل على الزوال، ومنه التحويل، وهو نقل الشىء من محل إلى محل. (ف)

(٤) قوله: "فى الدين لا فى العين" لأن هذا نقل شرعى، والدين وصف شرعى، فيظهر أثره فى المطالبة، فجاز أن يؤثر النقل الشرعى فى الثابت شرعًا، أما العين فحسى، فلا ينتقل بالنقل الشرعى، بل يحتاج إلى النقل الحسى. (ك)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) المديون.

(٧) الدائن.

(٨) فى المطالبة والأداء.

(٩) محتال، وقال الشافعى رحمه الله: إن كان للمحيل دين عليه، فلا يشترط رضاه. (ع)

(١٠) المحتال عليه.

(١١) قوله: "ولا لزوم بدون التزامه" ولو كان مديونًا للمحيل لأن الناس يتفاوتون فى القضاء بين مسهل ميسر، ومضيق معسر. (ف)

(١٢) قوله: "بدون رضاه" وشرطه القدورى وعيسى معللا، بأن ذوى المروات قلما يرضون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم. (ع)

(١٣) محمد.

(١٤) أى بتصرف المحتال عليه فى حق نفسه.

(١٥) قوله: "فيه [أى فى هذا التصرف] نفعه" أى عاجلا باندفاع المطالبة عنه فى الحال، وآجلا بعدم الرجوع عليه، لأنه لا يرجع عليه إلا بأمره. (ف)

(١٦) أى المحتال عليه.

قال[١]: وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من[٢] الدين[٣] بالقبول[٤]، وقال زفر رحمة الله عليه: لا يبرأ اعتبارًا بالكفالة[٥]، إذ كل واحد منهما[٦] عقد توثق[٧].

ولنا أن الحوالة النقل لغةً[٨]، ومنه حوالة الغِراس[٩]، والدين متى انتقل عن الذمة[١٠] لا يبقى فيها، أما الكفالة فللضم[١١] والأحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغوية، والتوثق[١٢] باختيار الأملاء[١٣]، والأحسن[١٤] فى القضاء، وإنما[١٥] يجبر[١٦] على القبول إذا نقد المحيل، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى، فلم يكن[١٧]

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "من الدين" وللمتأخرين اختلاف فى أن الحوالة توجب براءة المحيل عن المطالبة والدين، أم عن المطالبة دون الدين، وإنما اختلفوا لذكر محمد رحمه الله مسائل تدل على القولين: من أن المحتال إذا وهب الدين من المحيل، أو ابرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته وإبراءه ولو بقى الدين فى ذمته وجب أن يصح. ولو أبرأ المحتال عليه، أو وهب الدين منه صح، وهذا يقتضى تحول الدين إلى ذمة المحتال عليه، وبراءة المحيل عنه، ومن أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه صح، ولا يرتد بالرد، ولو انتقل الدين إلى المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة، فصار الحاصل أن الحوالة نقل صورة حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل أن يتوى المال على المحتال عليه، وتأجيل معنى حتى لو توى يرجع المحتال على المحيل، فكأن محمداً رحمه الله اعتبر النقل فى بعض الأحكام، واعتبر التأجيل فى البعض ليكون عملا بهما. (مل)

(٣) هذا هو الأصح.

(٤) أى بقبول المحيل والمحتال، والمحتال عليه.

(٥) فإنه لا يبرأ الكفول عنه بالكفالة.

(٦) الكفالة والحوالة.

(٧) والتوثق أن يطالب كلا منهما. (ف)

(٨) قوله: "النقل لغةً" اعترض عليه بالحوالة بغير أمر المحيل، فإنها حوالة صحيحة كما مر، ولا نقل فيها، ولا تحويل، وهو نقض إجمالى، والجواب: إنا لا نسلم أن لا نقل فيها فإنه بعد أداء الدين ظاهر التحقق، ولهذا لا يبقى على المحيل شيء. (ع)

(٩) بالكسر نهال نشانده شده. (م)

(١٠) أى ذمة المحيل.

(١١) وهو يقتضى بقاء ما يضم إليه لأنها من الكفل وهو الضم. (ع)

(١٢) أى التوثق يحصل مع البراءة باختيار إلخ، جواب عن قول زفر.

(١٣) الأقدر على الإيفاء. (ع)

(١٤) بأداء الأجود بلا مماطلة. (ع)

(١٥) قوله: "وإنما يجبر إلخ" جواب سؤال مقدر، هو أن يقال: لما انتقل الدين بالحوالة من ذمة المحيل كما قلتم، يجب أن يكون المحيل فى أداءه متبرعًا، والمتبرع لو أدى دين مديون لا يجبر رب الدين على القبول، وهنا يجبر، فعلم أنه لم يكن متبرعًا، فلما لم يكن متبرعًا علم أن الدين فى ذمته باق كما كان، فحينئذ لم يوجد معنى الحوالة، وهو النقل. (ن)

(١٦) المحتال، جواب نقض من قبل زفر. (ف)

(١٧) قوله: "فلم يكن متبرعًا" فإن قيل: هو متبرع حال أداء الدين، إذ لا دين عليه فى الحال قطعا، وما ذكرت موهوم، قلنا: المتبرع من يقصد الإحسان إلى الغير من غير أن يقصد دفع الضرر عن نفسه أصلا، وهو بهذا الأداء قصد

متبرعًا[١]. قال[٢]: ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى[٣] حقه، وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع وإن توى[٤]، لأن البراءة[٥] قد حصلت مطلقة[٦]، فلا يعود[٧] إلا بسبب جديد[٨]. ولنا أنها[٩] مقيدة[١٠] بسلامة[١١] حقه له، إذ هو المقصود[١٢]، أو تفسخ الحوالة لفواته[١٣]، لأنه قابل للفسخ، فصار[١٤] كوصف السلامة في المبيع. قال[١٥]: والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين، وهو إما أن يجحد[١٦] الحوالة ويحلف، ولا بينة له[١٧] عليه، أو يموت مفلسًا[١٨]؛ لأن العجز

دفع الضرر عن نفسه حيث أسقط عن نفسه المطالبة، والحبس حال إعساره، فلا يكون متبرعًا. (ك)

(١) في النقد. (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) التوى التلف يقال: توى بوزن علم يتوى. (ف)

(٤) حقه بموت، أو إفلاس، أو غيرهما. (ف)

(٥) للمحيل.

(٦) عن قيد الرجوع عند التوى.

(٧) حقه، كما في الإبراء. (ع)

(٨) كان يحيل المحتال عليه المحتال على المحيل.

(٩) البراءة.

(١٠) بدلالة الحال وإن كانت مطلقة لفظًا. (ع)

(١١) قوله: "بسلامة إلخ" فإذا فات الشرط، أي سلامة حق المحتال له تنفسخ الحوالة، وعاد حقه على المحيل، فيرجع به عليه، فصار كوصف السلامة في المبيع، بأنه اشترى شيئًا فهلك قبل القبض فإنه ينفسخ العقد، ويعود حقه في الثمن، وإن لم يشترط ذلك لفظًا، وهذا الوجه يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين بدون الفسخ، وهو عبارة بعض المشايخ. (مل)

(١٢) قوله: "إذ هو المقصود [أي وصول حق المحتال عليه. ك]" يعني أن المقصود من الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني، لأن الذمم باعتبار هذا القدر متساوية، وإنما تتفاوت في إحسان القضاء وعدمه، فالمقصود التوصل إلى الاستيفاء من المحل الثاني على الوجه الأحسن، وإلا لم ينتقل عن الأول. (ف)

(١٣) قوله: "أو تفسخ إلخ" أي تفسخ الحوالة بفوات المقصود، وهو السلامة، لأنه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة تفسخ ويعود الدين، فصار كوصف السلامة في المبيع، يعني أن المشترى إذا وجد في المبيع عيبا، واختار رده فإنه يفسخ البيع، ويعاد الثمن، وهذا الوجه يشير إلى أن الحوالة لا تنفسخ بل تفسخ، ويعاد الدين على المحيل، وهو عبارة بعض المشايخ. (مل)

(١٤) قوله: "فصار [أي وصف السلامة في حق المحيل] إلخ" ولله در الشارح رحمه الله حيث جمع بين طريقتي المشايخ، وأورد النظر بقوله: فصار كوصف إلخ، وهو ينطبق عليهما بمعنيين مختلفين. (مل)

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) المحتال عليه.

(١٧) أي للمحيل ولا للمحتال.

(١٨) قوله: "أو يموت [المحتال عليه] مفلسًا [أي لم يترك مالا، ولا دينًا، ولا كفيلا. ك]" ولو مات المحتال عليه فقال المحتال: مات مفلسًا، وقال: المحيل بخلافه، ففي الشافي القول للمحتال مع اليمين على العلم، لتمسكه بالأصل، وهو

عن الوصول[١] يتحقق[٢] بكل واحد منهما[٣]، وهو التوى في الحقيقة[٤].

وقالا: هذان الوجهان، ووجه ثالث، وهو أن يحكم الحاكم[٥] بإفلاسه[٦] حال حياته، وهذا[٧] بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده، خلافًا لهما[٨]، لأن المال غاد[٩] ورائح[١٠]. قال[١١]: وإذا طالب المحتال عليه[١٢] المحيل بمثل مال الحوالة، فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة[١٣]، وكان عليه مثل الدين؛ لأن سبب الرجوع[١٤] قد تحقق[١٥] وهو[١٦] قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعي عليه دينًا، وهو منكر، والقول للمنكر، ولا يكون[١٧] الحوالة إقرارًا منه بالدين عليه، لأنها[١٨] قد تكون بدونه[١٩]. قال[٢٠]: وإذا طالب المحيل المحتال بما أحال

العسرة، وفي شرح الناصحي: القول للمحيل مع اليمين على العلم لإنكاره عود الدين. (ك)

(١) إلى الحق.

(٢) قوله: "يتحقق بكل واحد منهما" أما في الأول فلأنه حينئذٍ لا يقدر على مطالبته، وأما الثاني فلأنه لم يبقَ ذمة يتعلق بها الحق. (ع)

(٣) أي الجحود والموت مفلسًا.

(٤) وحينئذ يثبت للمحتال الرجوع على المحيل. (ع)

(٥) بالشهود. (ع)

(٦) قوله: "بإفلاسه [أي المحتال عليه]" يقال: أفلس، أي صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار، فاستعمل مكان افتقر، وفلّسه القاضي، أي قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله. (ك)

(٧) الخلاف بين الإمام وصاحبيه.

(٨) قوله: "خلافًا لهما" قالا: التوى هو العجز عن الوصول إلى الحق، وقد حصل ههنا لأنه عجز عن استيفاء حقه، فصار كموت المحتال عليه، وقال: عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث المال، لأن مال الله تعالى غاد ورائح. (ع)

(٩) قوله: "غاد" وغدا عليه غدوا آمد، أو رابا مداد. (من)

(١٠) قوله: "رائح" راح روحا شبانگاه شد بحاى. (من)

(١١) أي القدوري.

(١٢) مدعيًا قضاء دين المحيل من ماله.

(١٣) فإن أقام البينة بطل حق المحتال عليه في الرجوع.

(١٤) أي رجوع المحتال عليه على المحيل.

(١٥) بإقراره. (ع)

(١٦) أي سبب الرجوع.

(١٧) قوله: "ولا يكون الحوالة إلخ" يعني فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون الحوالة إقرارًا من المحتال عليه بالدين عليه؟ أجاب بقوله: ولا تكون إلخ. (ع)

(١٨) الحوالة.

(١٩) الدين.

(٢٠) أي القدوري. (عيني)

به، فقال: إنما أحلتك لتقبضه لى، وقال المحتال: لا بل أحلتنى بدين كان لى عليك فالقول قول المحيل؛ لأن المحتال يدعى عليه الدين، وهو ينكر، ولفظة[١] الحوالة مستعملة فى الوكالة، فيكون القول قوله مع يمينه[٢].

قال: ومن[٣] أودع رجلا ألف درهم، وأحال بها عليه[٤] آخر فهو جائز، لأنه[٥] أقدر[٦] على القضاء[٧]، فإن هلكت[٨] برئ[٩]؛ لتقيدها[١٠] بها[١١]، فإنه[١٢] ما التزم الأداء إلا[١٣] منها[١٤]، بخلاف[١٥] ما إذا كانت[١٦] مقيدة بالمغصوب[١٧]، لأن الفوات إلى خلف كلا فوات، وقد تكون[١٨] الحوالة مقيدة بالدين[١٩] أيضًا.

---

(١) قوله: "ولفظة الحوالة إلخ" دفع دخل مقدر تقريره: أن الحوالة حقيقة فى نقل الدين، ودعوى المحيل أنه أحاله لتقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل، وحاصل الدفع أن لفظ الحوالة يستعمل فى الوكالة مجازاً، والعلاقة هو النقل، فإن فى الوكالة نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل، فيجوز أن يكون مراده من لفظ الحوالة ذلك، فيصدق. (مل)

(٢) لأن فى ذلك نوع مخالفة للظاهر. (ع)

(٣) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عينى)

(٤) أى على المودع.

(٥) أى لأن المودع.

(٦) قوله: "لأنه أقدر إلخ" بوجهين: أحدهما: أن الأداء منها يتحقق بعين حق المحيل، وحينئذ لا يصعب عليه الأداء، فكان أقدر، والثانى: أن الوديعة حاصلة بنفسه غير محتاج إلى كسب، والدين قد يحتاج إليه. (ع)

(٧) أى قضاء مال الحوالة.

(٨) الوديعة.

(٩) المودع، وهو المحتال عليه. (ع)

(١٠) الحوالة.

(١١) أى بالوديعة.

(١٢) أى فإن المودع.

(١٣) قوله: "إلا منها" فيتعلق بها، ويبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين. (عناية)

(١٤) الوديعة.

(١٥) قوله: "بخلاف ما إذا كانت إلخ" حيث لا يبطل الحوالة بهلاك المغصوب، ولا يبرأ الغاصب بل يبقى الحوالة بمثل المغصوب إن كان مثليًا، أو بقيمته إذا كان غير مثلى، إذ هلاك المغصوب فى يد الغاصب يوجب المثل أو القيمة، فصار كلا فوات. (عينى)

(١٦) الحوالة.

(١٧) عرضًا كان أو غيره.

(١٨) قوله: "وقد تكون إلخ" يعنى أن الحوالة المقيدة كما تكون مقيدة بالعين كالوديعة والغصب تكون مقيدة بالدين أيضًا مثل ثمن المبيع. (عينى)

(١٩) قوله: "مقيدة بالدين" كما إذا كان لرجل على آخر ألف درهم، وللمديون على آخر كذلك، وأحال المديون الطالب على مديونه بألف على أن يؤديه من الألف التى للمطلوب عليه. (ع)

وحكم المقيدة[١] فى هذه الجملة[٢] أن لا يملك المحيل[٣] مطالبة المحتال عليه، لأنه تعلق به حق[٤] المحتال على مثال الرهن[٥] وإن كان[٦] أسوة[٧] للغرماء[٨] بعد موت المحيل، وهذا[٩] لأنه لو بقيت له مطالبة به[١٠]، فيأخذه منه[١١] لبطلت الحوالة، وهى حق المحتال[١٢]، بخلاف[١٣] المطلقة[١٤]، لأنه لا تعلق لحقه به[١٥] بل بذمته[١٦]، فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه، أو ما عنده[١٧].

---

(١) أى الحوالة المقيدة.

(٢) أى الوديعة، والغصب، والدين.

(٣) بذلك الدين والعين الذى قيدت الحوالة به. (م)

(٤) قوله: "حق المحتال" وإنما رضى بنقل حقه إلى المحتال عليه بشرط أن يكافئ حقه مما للمحيل عليه، أو بيده، فيتعلق به حقه استيفاء، فلا يمكن المحيل من أخذها، ولو دفعها المودع وغيره إلى المحيل ضمن، لأنه استهلك محلا مشغولا بحق الغير. (عناية)

(٥) قوله: "على مثال الرهن" فإنه لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة الرهن قبل أداء الدين.

(٦) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان إلخ" هذا إشارة إلى حكم آخر، به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا فى عدم بقاء حق الأخذ للمحيل، والراهن، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو الدين، وعلى المحيل ديون كثيرة ومات، ولم يترك شيئًا سوى العين الذى له بيد المحتال عليه، أو الدين الذى عليه، فالمحتال أسوة للغرماء بعد موته، وأما المرتهن فإنه أحق من الغرماء الآخرين بعد موت الراهن بالرهن. (عينى)

(٧) برابر. (ترجمة)

(٨) قوله: "للغرماء" خلافًا لزفر رحمه الله، وهو القياس، لأن دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل، وهو صار أجنبيًا من هذا المال، ولهذا لا يكون له أخذه فى حياته، وكذا بعد وفاته، لأن المحتال كان أسبق تعلقًا بهذا المال لتعلق حقه به فى صحته، وحق الغرماء لم يتعلق فى صحته، فيقدم المحتال على غيره كالمرتهن.

قلنا: العين الذى بيد المحتال عليه للمحيل، والدين الذى له عليه لم يصر مملوكًا للمحتال بعقد الحوالة لا يدًا، وهو ظاهر، ولا رقبة، لأن الحوالة ما وضعت للتمليك، وإنما وضعت للنقل، وأما المرتهن فإنه ملك المرهون يدًا وحسًا، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعًا، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه. (م)

(٩) إشارة إلى قوله: أن لا يملك إلخ. (م)

(١٠) أى بذلك العين أو الدين.

(١١) أى من المحتال عليه.

(١٢) الطالب.

(١٣) قوله: "بخلاف [يتصل بقوله: لا يملك المحيل إلخ. ف] المطلقة" وهى أن يقول المديون لرب الدين: أحلتك بالألف التى لك علىّ على هذا الرجل، ولم يقل: ليؤديها من المال الذى لى عليه، أو العين الذى عنده من غصب أو وديعة، لأنه لا تعلق لحقه، أى لحق المحتال به، أى بذلك الدين الذى للمحيل على المحتال عليه، أو بذلك العين الذى عنده، بل بذمته، أى بذمة المحتال عليه، وفى الذمة سعة، فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه، أى من الدين، أو ما عنده من الغصب والوديعة. (ك)

(١٤) أى الحوالة المطلقة الغير المقيدة بالدين، أو العين.

(١٥) أى بالعين أو الدين.

(١٦) أى المحتال عليه.

قال[١]: ويكره السفاتج[٢]، وهى قرض[٣] استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق، وهذا نوع نفع استفيد به، وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعًا[٤]*.

---

(١٧) فيؤدئ المحتال عليه دين المحيل من مال نفسه.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "ويكره السفاتج" السفتجة تعريب سفته، وسفته شيء محكم، وسمى هذا القرض به لإحكام أمره، وفى "المغرب": السفتجة بضم السين، وفتح التاء، واحدة السفاتج، وصورتها: أن يدفع إلى تاجر مالا قرضا ليدفعه إلى صديقه، وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق.

وقيل: هى أن يقرض إنسانًا ليقضيه المستقرض فى بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق، فإن لم تكن المنفعة مشروطة، ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس به، وهو فى معنى الحوالة، لأنه إحال خطر المتوقع على المستقرض، ولذلك أورده فى آخر باب الحوالة. (ك)

قوله: "ويكره السفاتج إلخ" قال فى "النهر": إطلاق المصنف يفيد إناطة الكراهة بجر النفع، سواء كان ذلك مشروطًا أو لا، قال الزيلعى: وقيل: إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به، وجزم بهذا القيل فى الصغرى، والواقعات الحسامية، والكفاية للبيهقى، وعلى ذلك جرى فى صرف "البزازية"، وظاهر الفتح اعتماده أيضًا حيث قال: وفى الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطًا فى القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد وإلا جاز.

وصورة الشرط كما فى الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بلا شرط وكتب جاز، وكذا لو قال: اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك ههنا، فلا خير فيه، وروى عن ابن عباس ذلك، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطًا. (رد المحتار على الدر المختار)

قوله: "ويكره السفاتج" ثم قيل: إنما أورد هذه المسألة فى هذا الموضع، لأنها معاملة فى الدين كالكفالة والحوالة، فإنها أيضًا معاملة فى الديون. (م)

(٣) قوله: "وهى قرض إلخ" فى الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطًا فى القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد، وإن لم يكن مشروطًا جاز، وصورة الشرط ما فى الواقعات: رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا، فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بغير شرط، وكتب جاز، وكذا لو قال: اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك ههنا لا خير فيه، وروى عن ابن عباس ذلك، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطًا، قالوا: إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل كذلك فلا. (ف)

(٤) قوله: "وقد نهى الرسول إلخ" قلت: روى الحارث فى "مسنده" عن على رضى الله عنه يقول: قال رسول الله ﷺ: «كل قرض جر منفعة فهو ربا» انتهى، وفى روايته سوار بن مصعب، وهو متروك الحديث، قاله عبد الحق، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن عطاء قال: كانوا [أى الصحابة] يكرهون كل قرض جر منفعة -انتهى- كذا قال الزيلعى فى تخريجه، وابن همام فى فتح القدير. (مل)

قوله: "وقد نهى الرسول إلخ" قلت: روى الحارث فى "مسنده" حدثنا حفص بن حمزة، حدثنا سوار ابن مصعب عن عمارة الهمدانى، قال: سمعت عليًا يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «كل قرض جر منفعة فهو ربا»، ومن جهة الحارث بن أبى أسامة ذكره عبد الحق فى "أحكامه" فى البيوع، وأعله بسوار بن مصعب، وقال: أنه متروك. ورواه ابن الجهم فى جزءه المعروف حدثنا سواد بن مصعب به، ولم يعزه صاحب "التنقيح" إلا لجزء أبى جهم، وقال:إسناده ساقط، وسوار متروك الحديث. وأخرج ابن عدى فى الكامل عن إبراهيم بن نافع، حدثنا عمر بن موسى ابن وجيه عن سماك بن حرب عن جابر بن سمرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «السفتجات حرام»، وأعله بعمر بن موسى ابن وجيه، وضعفه عن البخارى والنسائى وابن معين، وقال: إنه فى عداد من يضع الحديث، ومن طريق ابن عدى رواه ابن الجوزى فى "الموضوعات"، ونقل كلامه، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" حدثنا أبو خالد

كتاب أدب القاضي[١]

قال[٢]: ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى[٣] شرائط: الشهادة[٤]، ويكون من أهل الاجتهاد*، أما الأول[٥] فلأن حكم القضاء يستقى[٦] من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما[٧] من باب الولاية[٨]، فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء. والفاسق أهل للقضاء[٩]، حتى لو قلّد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلّد كما في حكم الشهادة، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته، ولو قبل جاز عندنا، ولو كان القاضي عدلا، ففسق بأخذ الرشوة[١٠] أو غيره[١١] لا ينعزل[١٢]، ويستحق[١٣] العزل[١٤]، وهذا[١٥] هوظاهر المذهب، وعليه مشايخنا رحمهم الله[١٦].

الأحمر عن حجاج عن عطاء قال: كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٨١٣ ص١٦٤. (نعيم)

(١) قوله: "كتاب أدب القاضي" لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات، والمنازعات يحتاج إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها، وهو القضاء، والأدب الخصال الحميدة، والقاضي يحتاج إليها، فأفادها، وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي ويكون عليه، وسميت الخصال الحميدة أدبا لأنها تدعوا إلى الخير، والأدب في الأصل من الأدب بسكون الدال هو الجمع والدعاء. وأما القضاء فقال ابن قتيبة: تستعمل لمعان كلها ترجع إلى الختم والفراغ من الأمر، يعني بإكماله، وفي الشرع يراد به الإلزام، يقال للحكم، وهو منع الظالم من الظلم، وأما وصف القضاء ففرض كفاية، فلو امتنع الكل أثموا، وقد أمره الله تعالى بنبيه صلى الله عليه وعلى آله وسلم بقوله: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله إليك﴾، وبعث ﷺ عليّاً قاضياً إلى اليمن، ومعاذا، وعليه إجماع المسلمين. (ف)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "في المولى" بلفظ اسم المفعول، واختياره على المتولي بلفظ اسم الفاعل إشارة إلى أنه ينبغي أن يكون القاضي قاضياً بتوليته غيره لا بطلبه. (م)

(٤) من العقل، والبلوغ، والإسلام، والعدالة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٠، والدراية ج٢، الحديث ٨١٤ ص١٦٥. (نعيم)

(٥) أي اشتراط شرائط الشهادة.

(٦) قوله: "يستقى [أي يستفاد. ع] إلخ" وإنما قلنا: إن حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة إذ الشهادة بمنزلة الأصيل، والقضاء كالتبع لها، ألا ترى أنه بنى عليها. (ك)

قوله: "يستقى" والاستقاء في أصل اللغة آب خواستن، وبركشيدن آب از چاه. (من)

(٧) أي من الشهادة والقضاء.

(٨) قوله: "الولاية" إذ كل واحد تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى. (م)

(٩) لأهليته للشهادة. (م)

(١٠) بضم الراء وكسرها. (م)

(١١) كالزنا، وشرب الخمر. (م)

(١٢) إذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم. (م)

(١٣) قوله: "ويستحق إلخ" فهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه، وفي غيره ما لم يعزل، وإليه أشار الإمام

جـ5
23
B

وقال الشافعي رحمه الله[١] : الفاسق لا يجوز قضاءه كما لا يقبل شهادته عنده[٢]، وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى[٣] فى "النوادر" : أنه لا يجوز قضاءه، وقال بعض المشايخ رحمهم الله : إذا قلّد الفاسق ابتداء يصح، ولو قلّد وهو عدل ينعزل بالفسق، لأن المقلد اعتمد عدالته[٤]، فلم يكن[٥] راضيًا بتقليده دونها[٦]، وهل يصلح الفاسق مفتيًا قيل : لا، لأنه[٧] من أمور الدين، وخبره غير مقبول[٨] فى الديانات[٩]، وقيل : يصلح، لأنه يجتهد الفاسق[١٠] حذرًا عن النسبة[١١] إلى الخطأ. وأما الثانى[١٢] فالصحيح[١٣] أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية، فأما تقليد[١٤] الجاهل فصحيح[١٥] عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله، وهو[١٦] يقول : إن

البزدوى. (٤)

(١٤) فيعزله من له الأمر. (٤)

(١٥) قوله: "وهذا" إشارة إلى أن استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب، وروى عن الكرخى أنه ينعزل بالفسق، وهو اختيار الطحاوى، وعلى أن الرازى صاحب أبى يوسف رحمه الله. (٤)

(١٦) البخاريون والسمر قنديون. (ف)

(١) قوله: "وقال الشافعى رحمه الله إلخ" قيل: هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص، فإن الأعمال عنده من الإيمان، فإذا فسق فقد انتقص إيمانه. (٤)

(٢) الشافعى.

(٣) الإمام وصاحباه.

(٤) قوله: "اعتمد عدالته [أى فى تقليده. ع]" فيتقيد التقليد بحال عدالته، فصار كأنه علق بقاء قضاء القاضى بحال عدالته، فلما فسق لم يبق التقليد لارتفاع العدالة، وكما يصح تعليق القضاء والإمارة بالشرط بأن يقول السلطان لرجل: إذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها، أو يقول لرجل: إذا أتيت مكة فأنت أمير الموسم، فكذلك يصح أيضًا تعليق عزل القاضى بالشرط. (ن)

(٥) المقلد.

(٦) العدالة.

(٧) أى الفتياء.

(٨) إذ الفاسق لا يؤتمن عليها. (٤)

(٩) فإن مبنى القبول على الأمانة والاحتراز عن الجناية.

(١٠) المفتى.

(١١) من فقهاء العصر. (ف)

(١٢) يعنى اشتراط الاجتهاد. (٤)

(١٣) قوله: "فالصحيح إلخ" ولفظ القدورى يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه فى سياق لا يصح، وقد ذكر محمد فى "الأصل" أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيًا لكن الصحيح أن إلخ. (عناية)

(١٤) قوله: "فأما تقليد الجاهل إلخ" يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد، لأنه ذكره فى مقابلة المجتهد، وسماه جاهلا بالنسبة إلى المجتهد، وهو المناسب لسباق الكلام، ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئًا من أقوال الفقهاء،

الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه، ولا قدرة دون العلم[١]، ولنا: أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره، ومقصود القضاء يحصل به[٢]، وهو إيصال الحق إلى مستحقه، وينبغي للمقلد[٣] أن يختار[٤] من هو الأقدر[٥] والأولى[٦] لقوله عليه السلام: «من قلّد إنسانًا عملا[٧] وفي رعيّته من هو أولى منه فقد خان اللهَ ورسولَه وجماعةَ المسلمين»*.

وفي حدّ الاجتهاد[٨] كلام عرف في أصول الفقه، حاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني[٩] الآثار[١٠]، أو صاحب فقه له معرفة بالحديث[١١]، لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه، وقيل: أن يكون[١٢] صاحب

وهو المناسب لسياق الكلام، وهو قوله: خلافًا للشافعي إلخ، وقد علل له بقوله: إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه، ولا قدرة دون العلم، ولم يقل دون الاجتهاد. (ع)

(١٥) ويحكم بفتوى غيره. (ف)

(١٦) الشافعي.

(١) لأن الجاهل لا يميز بين الحق والباطل.

(٢) إذا قضى بفتوى غيره. (ع)

(٣) قوله: "للمقلد" هو من له ولاية التقليد، وهو الخليفة والسلطان الذى نصبه الخليفة، وأطلق التصرف له، وكذا الذى ولاه السلطان ناحية، وأطلق له التصرف. (ف)

(٤) فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل. (ع)

(٥) على القضاء.

(٦) بعلمه، ودينه، وأمانته.

(٧) قوله: "من قلد إلخ" أخرجه الطبراني عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «من تولى من أمر المسلمين شيئًا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك، وأعلم منه بكتاب الله وبسنة رسوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين». (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٢، والدراية ج٢، الحديث ١٥، ص١٦٥. (نعيم)

(٨) قوله: "وفي حد الاجتهاد إلخ" المجتهد من يعلم الكتاب والسنة مقدار ما يتعلق به الأحكام دون المواعظ، وقيل: إذا كان صوابه أكثر من خطئه حل له الاجتهاد، والأول أصح. (فصول عمادى)

(٩) أي المعاني التي هي مناطات الأحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث. (ف)

(١٠) هي ما روى عن الأصحاب. (درر)

(١١) قوله: "أو صاحب فقه إلخ" والفرق بين القولين أن على الأول نسبة إلى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه، وفي الثاني عكسه، وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج إلى الأمرين جميعًا، وهما تحرزه عن القياس في معارضة النص، ومعرفة معاني الآثار، ليتمكن من القياس، فالوجه أن يقال: صاحب حديث وفقه، ليعرف معاني الآثار، ويمتنع عن القياس، بخلاف النص. والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما، وإشارتهما، ودلالتهما، واقتضاءهما وباقي الأقسام ناسخها، ومنسوخها، ومناطات أحكامها، وشروط القياس، والمسائل المجمع عليها، لئلا يقع في القياس في مقابلة الإجماع، وأقوال الصحابة. (ف)

قريحة[١] مع ذلك[٢] يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى[٣] عليها[٤].

قال[٥]: ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه[٦]؛ لأن الصحابة تقلدوه[٧]، وكفي بهم[٨] قدوة[٩]، ولأنه فرض كفاية[١٠] لكونه أمرًا بالمعروف. قال[١١]: ويكره[١٢] الدخول فيه[١٣] لمن يخاف العجز عنه[١٤]، ولا يأمن على نفسه الحيف[١٥] فيه، كيلا يصير شرطًا[١٦] لمباشرته القبيح[١٧]، وكره[١٨]

---

(١٢) قوله: "أن يكون صاحب إلخ" فهذا القيد لا بد منه في المجتهد، فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد، فيجب عليه أن يعمل باجتهاده، وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الأدلة، ولا يقلد أحدًا. (ف)

(١) قوله: "قريحة" أي طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب إلى المبادي، ومنها إلى المطالب بسرعة، ويرتب على ما يصلح أن يكون سببًا للمطلوب عرفًا وعادةً. (ع)

(٢) أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين.

(٣) أي مخالفًا للقياس كدخول الحرام. (ع)

(٤) كالاستصناع. (ك)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "أنه يؤدي فرضه" وهو الحق، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء صلوات الله عليهم، قال الله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾، وقال لنبينا صلى الله عليه وعلى آله وسلم: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بالحق﴾. (عناية)

(٧) قوله: "تقلدوه إلخ" فحديث معاذ معروف، وروى أبو داود أن عليا جعله النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قاضيًا، وبعثه إلى اليمن، وقال الترمذي: إنه حديث حسن، وأخرج البيهقي أن أبا بكر ولي عمر ابن الخطاب القضاء، وأبا عبيدة المال، وأخرج أيضًا أن عمر استعمل عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال، وأخرج ابن سعد في الطبقات أن عمر بن الخطاب استعمل زيد بن ثابت على القضاء، وفرض له ورقا، وقلد علي رضي الله عنه شريحا. كذا قال الزيلعي وابن الهمام. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(٨) الصحابة.

(٩) قدوة مثلثة: پيشوا. (من)

(١٠) قوله: فرض كفاية" فإن قيل: لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبًا لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلاة الجنازة ونحوها.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن فيه خطرًا عظيمًا، وأمرًا مخوفًا، لا يسلم في بحره كل سابح إلا من عصمه الله تعالى. (ك)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) أي كراهة التحريم.

(١٣) أي في القضاء.

(١٤) أي عن أداء فرضه.

(١٥) الجور.

(١٦) قوله: "كيلا يصير [الدخول] شرطًا [أي وسيلة إلى مباشرته إلخ] إلخ" لأنه قبل القضاء لا يتمكن من إجراء الظلم على غيره، أو ارتكاب قبيح آخر لعجزه، وخوفه، فلما ولي القضاء فقد تمكن من ذلك لقدرته، وولايته، فيصير الدخول في القضاء شرطًا لارتكابه. (ك)

بعضهم[1] الدخول فيه مختاراً لقوله عليه السلام[2]: «من جعل على القضاء[3] فكأنما[4] ذبح بغير سكين[5]»*، والصحيح أن الدخول فيه رخصة[6] طمعاً في

---

(١٧) وهو الحيف في القضاء. (ع)

(١٨) قوله: "وكره بعضهم إلخ" سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها، وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز، قال الصدر الشهيد في أدب القاضي: ومنهم من قال: لا يجوز الدخول في القضاء إلا مكرهاً. (ع)

(١) من السلف. (ع)

(٢) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" وقيل: قد ازدراه بعض القضاة، وقال: كيف يكون هكذا، ثم دعى في مجلسه من يسوى شعره، فجعل الحلاق يحلق بعض أشعار ذقنه فعطس، فأصاب الموسى حلقه وألقى رأسه بين يديه. (درر)

(٣) قوله: "من جعل إلخ" أخرج أصحاب السنن الأربعة من حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين»، حسنه الترمذي. (ف)

قوله: "من جعل إلخ" روى من حديث أبي هريرة وابن عباس، فحديث أبي هريرة أخرجه أصحاب السنن الأربعة، ورواه الحاكم في "المستدرك" في كتاب الأحكام، وقال صحيح الأسناد، ولم يخرجاه، وبسند الترمذي رواه أحمد والبزار، والدارقطني. وأما حديث ابن عباس فأخرجه ابن عدى في "الكامل" عن داود ابن الزبرقان عن عطاء بن السائب عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من استقضى فقد ذبح بغير سكين»، قال ابن عدى: لا أعرف هذا الحديث عن عطاء إلا من حديث داود، وأسند تضعيفه عن النسائي، وابن معين.

وفي بعض نسخ الهداية: وقد جاء في التحذير من القضاء آثار، وقد اجتنبه أبو حنيفة، وصبر على الضرب، واجتنبه كثير من السلف، وقيد محمد نيفاً، وثلاثين يوماً حتى تقلده.

قلت: فيه حديث أبي ذر أن النبي عليه السلام قال له: «يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم»، أخرجه مسلم، ووهم الحاكم، فرواه في "المستدرك" وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

وفيه حديث: «من ولى القضاء فقد ذبح بغير سكين»، وقد تقدم، وفيه حديث بريدة أخرجه أبو داود عن ابن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم "«القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق ولم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار»، ورواه الحاكم في "المستدرك"، وزاد فيه: «قالوا يارسول الله فما ذنب هذا الذى يجهل قال ذنبه أن لا يكون قاضياً حتى يعلم»، وقال فيه: حديث صحيح على شرط مسلم.

حديث آخر أخرجه ابن حبان في "صحيحه" عن عمران بن حطان عن عائشة قال: سمعت رسول الله عليه السلام يقول: يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة، فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره.

حديث آخر أخرجه الحاكم في "المستدرك" عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «ليوشك الرجل أنه يتمنى أنه خر من الثريا ولم يل من أمر الناس شيئاً»، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

حديث آخر أخرجه الحاكم عن سعدان بن الوليد عن عطاء عن ابن عباس أن رسول الله قال: «من ولى عشرة فحكم بينهم بما أحبوا وكرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يده على عنقه فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يجف فك الله عنه وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وجار فيه شدت يساره إلى يمينه ورمى به في جهنم»، وسكت عنه، ثم قال: وسعدان بن الوليد البجلي كوفي قليل الحديث، ولم يخرجا عنه.

حديث آخر رواه أبو يعلى الموصلي في "مسنده" عن معتمر بن سليمان عن عبد الملك عن عبد الله ابن وهب عن ابن عمر أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال: «من كان قاضياً فقضى بالجور كان من أهل النار ومن كان قاضياً فقضى بجهل كان من أهل النار، ومن كان قاضياً عالماً فقضى بعدل فبالحرى أن ينقلب كفافاً»، قال أبو حاتم في "علله": عبد الملك هذا مجهول. (تخريج الزيلعي رحمه الله تعالى)

(٤) قوله: "فكأنما ذبح إلخ" ذكر الصدر الشهيد: وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال: لأن السكين يؤثر

إقامة العدل*، والترك[٢] عزيمة، فلعله[٣] يخطئ[٤] ظنه[٥]، ولا يوفق له[٦]، أو لا يعينه[٧] عليه[٨] غيره، ولا بد[٩] من الإعانة إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره، فيحنئذٍ يفترض عليه التقلد[١٠] صيانةً لحقوق العباد، وإخلاءً للعالم عن الفساد[١١]. قال[١٢]: وينبغي أن لا يطلب[١٣] الولاية، ولا يسألها؛ لقوله عليه السلام**: «من طلب القضاء[١٤] وكّل[١٥] إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك

في الظاهر والباطن جميعاً، والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك، فإنه يؤثر في الباطن دون الظاهر، فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر، فإنه في الظاهره جاه، وفي باطنه هلاك. (ك)

(٥) كارد.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٤، والدراية ج٢، الحديث ٨١٦ص١٦٦. (نعيم)

(٦) فإن عدل يوم أفضل من عبادة ستين سنة، كذا روى إسحاق في "مسنده".

* راجع نصب الراية ج٤ ص٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٨١٧ص١٦٧. (نعيم)

(٢) قوله: "والترك [أي ترك القضاء] عزيمة" ألا ترى أنه اجتنبه أبو حنيفة رحمه الله، فإنه دعي إلى القضاء ثلاث مرات، فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً، وحبس في السجن حتى مات، وقال في المرة الثالثة: حتى استشير أصحابي، فاستشار أبا يوسف رحمه الله، فقال أبو يوسف رحمه الله: لو تقلدت لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة رحمه الله نظر المغضب، وقال: أرأيت أن أمرت أن أعبر البحر العميق سباحة أكنت أقدر عليه؟ فقال أبو يوسف رحمه الله: البحر عميق والسفينة وثيق، والملاح عالم، فقال أبو حنيفة رحمه الله: كأني بك قاضياً. وكذا دعي محمد رحمه الله إلى القضاء، فأبى حتى قيده، وحبس نيفاً وثلاثين، أو نيفاً وأربعين يوماً، فاضطر، وتقلد، وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي، وأبو قلابة دعي للقضاء، فهرب حتى أتى الشام، فوافق موت قاضيها، فهرب حتى أتى اليمامة، وكذا اجتنبه كثير من السلف. (مل)

(٣) الفاء للتعليل.

(٤) الإخطاء: خطا كردن، كذا في "منتهى الأرب".

(٥) إذا كان مجتهداً. (ع)

(٦) بالصواب.

(٧) إن كان غير مجتهد. (ع)

(٨) أي على انفاذ القضاء بالحق.

(٩) والواو للحال.

(١٠) قوله: "يفترض إلخ" إذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء، فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أثموا إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم، وإلا فلا، وإن امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الإثم لأداءه إلى تضييع أحكام الله تعالى. (ع)

(١١) في الحدود والقصاص. (عيني)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) بقلبه. (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٦٨، والدراية ج٢، الحديث ٨١٨ص١٦٨. (نعيم)

(١٤) قوله: "من طلب إلخ" أخرج الترمذي عن أنس مرفوعاً من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه،

يسدده[(١)]»، ولأن من طلبه يعتمد على نفسه[(٢)] فيحرم[(٣)]، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم[(٤)]. ثم يجوز[(٥)] التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل؛ لأن الصحابة[(٦)] تقلدوا من معاوية[(٧)]، والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته[(٨)]، والتابعين تقلدوا[(٩)] من الحجاج[(١٠)]، وهو[(١١)] كان جائرًا إلا[(١٢)] إذا كان[(١٣)] لا يمكنه[(١٤)] من القضاء بحق، لأن المقصود لا يحصل بالتقلد[(١٥)]، بخلاف ما إذا كان

ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكًا يسدده، وقال: حسن غريب. (ف)

(١٥) قوله: "وكل إلى نفسه" بالتخفيف، أي فرض أمره إليها، ومن فوض أمره إلى نفسه لم يهتد إلى الصواب، لأن النفس أمارة بالسوء. (عناية)

(١) لأنه قد اعتصم بحبل الله تعالى. (ك)

(٢) من الورع والعلم، والفطنة، فيصير معجبًا، فلا يلهم الرشد.

(٣) قوله: "فيحرم" أي من التوفيق، وينبغي أن لا يشتغل المرء بما لو ناله يحرم. (ع)

(٤) الرشد والتوفيق. (ع)

(٥) تفريع على مسألة القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "لأن الصحابة رضي الله عنهم إلخ" هذا تصريح بجور معاوية، والمراد في خروجه لا في أقضيته، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولى القضاة قبل تسليم الحسن له، وأما بعد تسليمه فلا، ويسمى ذلك العام عام المحاجة، واستقضى معاوية أبا الدرداء بالشام، وبها مات، وكان معاوية استشاره فيمن يولى بعده، فأشار عليه بفضالة بن عبيد الأنصاري، فولاه بالشام بعده. (ف)

(٧) لما انفرد بالأمر، وخالف عليًا.

(٨) قوله: "في نوبته" هي كونه رابعا بعد عثمان رضي الله عنه، وقيد بنوبته احترازًا عن قول الروافض أنه كان أحق بها في سائر النوب، حتى من أبي بكر رضي الله عنه، وإنما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته، وانعقادها، فكان على الحق في قتال أهل الجمل، وقتال معاوية، بصفين، وقوله عليه السلام لعمار: «ستقتلك الفئة الباغية»، وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغاة. ولقد أظهرت عائشة الندم كما أخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال: قالت عائشة رض لابن عمر رض يا أبا عبد الرحمن من ما منعك أن تنهاني عن مسيري؟ قال: رأيت رجلا غلب عليك يعني ابن الزبير، فقالت له: أما والله لو نهيتني ما خرجت. (ف)

(٩) قوله: "تقلدوا إلخ" في تاريخ البخارا مسندا عن ضمرة قال: استقضى الحجاج أبا بردة بن موسى، وأجلس معه سعيد بن جبير، ثم قتل سعيد بن جبير، ومات الحجاج بعده بستة أشهر. في تاريخ أصبهان للحافظ أبي نعيم عبد الله ابن أبي مريم الأموي: ولي القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج، وأقام محبوسًا بواسط، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان وتوفي بها. قال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء: طلحة بن عبد الله بن عوف بن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بالمدينة، وهو تابعي يروي، عن ابن عباس، وأبي هريرة وأبي بكر رضي الله عنهم. (ف)

(١٠) قوله: "من الحجاج بن يوسف الثقفي" عامل عبد الملك بن مروان على العراق وخراسان مات رمضان أو شوال سنة خمس وتسعين، وعمره ثلاث أو أربع وخمسون سنة. (عيني)

(١١) الحجاج.

(١٢) استثناء من قوله: ثم يجوز إلخ.

(١٣) السلطان.

(١٤) أي القاضي.

يمكنه. قال[١]: ومن قلد القضاء[٢] يسأل عن ديون القاضي الذي كان قبله[٣]، وهو[٤] الخرائط[٥] التي فيها السجلات[٦] وغيرها، لأنها[٧] وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة[٨]، فتجعل في يد من له ولاية القضاء[٩]، ثم إن كان البياض من بيت المال[١٠] فظاهر[١١].

وكذا[١٢] إذا كان من مال الخصوم في الصحيح[١٣] لأنهم[١٤] وضعوها في يده[١٥] لعمله، وقد انتقل[١٦] إلى المولّى، وكذا[١٧] إذا كان[١٨] من مال القاضي[١٩] هو الصحيح؛ لأنه[٢٠] اتخذه تدينا لا تمولا، ويبعث[٢١] أمينين[٢٢] ليقبضاها بحضرة

---

(١٥) من السلطان الجائر الكذائي.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) بعد عزل آخر. (ع)

(٣) أي أول ما يبدأ به من الأعمال هذا. (ف)

(٤) قوله: "وهو [أي الديوان. ع] الخرائط التي فيها السجلات" والصكوك، ونصب الأوصياء، والقيم في أموال الوقف، وتقدير النفقات، وهذا لأن القاضي يكتب نسختين: إحداهما تكون بيد الخصم، والأخرى تكون في ديوان القاضي، لأنه ربما يحتاج إليه لمعنى من المعاني، وما بيد الخصم لا يؤمن عليه الزيادة والنقصان. (ك)

(٥) قوله: "الخرائط" خريطة كسفينة كيسة از پوست، ومانند آن كه در ان چيزے كرده دهن آن بند كنند. (من)

(٦) قوله: "السجلات [السجل كتاب الحكم]" سجل -بكسرتين وتشديد لام- چک يا مهر، سجلات جمع. (من)

(٧) أي السجلات وغيرها. (ع)

(٨) محفوظة عند القاضي. (ف)

(٩) هو القاضي المولى.

(١٠) أي الذي كتب فيه الحادثة، وقد كان أوراقًا. (ع)

(١١) قوله: "فظاهر" أي يجبر المعزول على دفعه، لأن ذلك إنما كان في يده لعلمه، وقد صار العمل بغيره، فلا تبرك في يده. (عيني)

(١٢) أي يجعل في يد من له ولاية القضاء.

(١٣) قوله: "في الصحيح" في الصورتين، احتراز عما قاله بعض المشايخ أن البياض إذا كان من مال الخصوم، أو مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه، لأنه ملكه أو وهب له. (ع)

(١٤) أي الخصوم.

(١٥) المعزول.

(١٦) العمل.

(١٧) أي يجبر على الدفع.

(١٨) البياض.

(١٩) المعزول.

(٢٠) قوله: "لأنه" أي القاضي المعزول وضع عنده بطريق الديانة والأمانة، وما وضع عنده من حيث إنه يتمول به. (عيني)

(٢١) قوله: "يبعث" أي المولى، وهذا بيان لكيفية التسليم. (ع)

المعزول أو أمينه، ويسألانه[١] شيئًا فشيئًا[٢]، ويجعلان[٣] كل نوع منها[٤] في خريطة[٥] كيلا يشتبه على المولي، وهذا السؤال[٦] لكشف الحال لا للإلزام[٧].

قال[٨]: وينظر[٩] في حال المحبوسين[١٠]، لأنه نصب ناظرًا، فمن اعترف بحق ألزمه[١١] إياه، لأن الإقرار ملزم. ومن أنكر[١٢] لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة[١٣]، لأنه بالعزل التحق بالرعايا[١٤]، وشهادة الفرد[١٥] ليست بحجة لا سيما إذا كانت[١٦] على فعل نفسه. فإن لم تقم[١٧] لم يعجل[١٨] بتخليته حتى ينادى[١٩] عليه، وينظر في

---

(٢٢) أي الرجلين موثقًا بهما وهو أحوط والواحد يكفي.

(١) معزول عن أحوال السجلات وغيرها. (ع)

(٢) حال بمعنى مفصلا. (عناية)

(٣) قوله: "ويجعلان كل نوع إلخ" فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة، وما كان من نصب الأوصياء في أموال اليتامى يجعلونه في خريطة، لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول، فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج إلى نسخة منها، فأما القاضي المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع في خريطة، ولو احتاج إلى نوع منها يحتاج إلى تفتيش جميعها، وإنما يسألان القاضي المعزول وإن لم يكن قوله حجة لالتحاقه بواحد من الرعايا لينكشف لهما ما أشكل عليهما. (ك)

(٤) أي من السجلات والصكوك وغيرها.

(٥) على حدة.

(٦) من المعزول.

(٧) أي لإلزام العمل بمقتضى الجواب.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) القاضي الجديد.

(١٠) قوله: "وينظر في حال المحبوسين" بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم ويأتيه بأساميهم، ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم، لأنه نصب ناظرًا لأمور المسلمين، وقول المعزول ليس بحجة، فلا بد من التفحص عن حالهم، فيجمع بينهم وبين خصومهم، فمن إلخ. (ع)

(١١) وحبسه إذا طلب الخصم ذلك. (ع)

(١٢) ما يوجب الحبس. (عناية)

(١٣) قوله: "إلا ببينة" فإن قامت البينة بالحق، والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس لقيام الحجة، وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود، فإن عدلوا فكذلك، فإن لم تقم إلخ. (ع)

(١٤) أي بواحد من الرعايا.

(١٥) المعزول.

(١٦) الشهادة.

(١٧) قوله: "فإن لم تقم" أي البينة، أو لم يحضر خصم، وادعى المحبوس أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل إلخ. (ع)

(١٨) القاضي.

(١٩) قوله: "حتى ينادى عليه" أي يأمر مناديا ينادى عليه كل يوم إذا جلس من كان يطلب فلان ابن فلان المحبوس

أمره[١]؛ لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهراً فلا يعجل[٢] كيلا يؤدى[٣] إلى إبطال حق الغير. وينظر[٤] في الودائع[٥] وارتفاع الوقوف[٦]، فيعمل فيه[٧] على ما تقوم به البينة، أو يعترف به من هو[٨] فى يده؛ لأنه كل ذلك[٩] حجة، ولا يقبل[١٠] قول المعزول لما بيناه[١١] إلا أن يعترف الذى هى[١٢] فى يده[١٣] أن المعزول سلمها[١٤] إليه، فيقبل قوله فيها[١٥]؛ لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضى[١٦]، فيصح إقرار القاضى كأنه فى يده فى الحال[١٧] إلا[١٨] إذا بدأ[١٩] بالإقرار لغيره، ثم أقر[٢٠] بتسليم القاضى

الفلانى بحق فليحضر، حتى يجمع بينه وبينه، فإن حضر وإلا فمن رأى القاضى أن يطلقه ينادى عليه كذلك أياما، فإن حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه، وإن لم يحضرتأنى عليه أياما على حسب ما يرى القاضى، فإن لم يحضر خصم أخذ منهم كفيلا بأنفسهم، وأطلقهم، ولو قال: لا كفيل لى، أو لا أعطى كفيلا فاحتاط بوجه آخر، بأن ينادى عليه شهراً آخر، ثم خلاه. والفرق لأبى حنيفة رحمه الله فى أخذ الكفيل ههنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا على ما سيجىء: أن فى مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين، وفى ثبوته لغيره شك، فلا يجوز تأخير المستحق لأمر موهوم، وأما ههنا فالحق للغائب ثابت بيقين نظراً إلى ظاهر حال المعزول، لكنه مجهول، فلا يكون الكفالة لأمر موهوم. (مل)

(١) الحاصل.

(٢) بإطلاق المحبوس.

(٣) قوله: "كيلا يؤدى إلخ" لجواز أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر. (ع)

(٤) قوله: وينظر فى الودائع وارتفاع" الأوقاف الكائنة تحت أيدى أمناء القاضى، والذى فى ديارنا من هذا أموال الأوقاف تحت أيدى جماعة يوليهم القاضى النظر والمباشرة فيها، وودائع اليتامى تحت يد الذى يسمى أمين الحكم، فيعمل فيها على حسب ما تقوم به البينة أنه لفلان، أو غير ذلك، أو يعترف إلخ. (ف)

(٥) التى وضعها المعزول فى أيدى الأمناء.

(٦) لأنه نصب ناظراً. (ع)

(٧) أى فى المذكور.

(٨) قوله: "من هو" أى من يده مال إذا أقر بذلك المال لإنسان يقبل إقراره. (ك)

(٩) أى قيام البينة والاعتراف.

(١٠) قوله: "ولا يقبل قول المعزول" أى على من هو فى يده إذا أنكر، وقال: هى لى بأن المال الذى فى يد زيد يكون لعمرو إلا ببينة لما بينا إلخ. (مل)

(١١) من أنه بالعزل التحق إلخ.

(١٢) الودائع.

(١٣) وفى نسخة: يديه.

(١٤) الودائع.

(١٥) الودائع.

(١٦) المعزول.

(١٧) لأن يد المودع كيد المودع. (ع)

(١٨) استثناء من قوله: فيقبل.

فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول[١] لسبق حقه، ويضمن قيمته[٢] للقاضي[٣] بإقراره الثاني[٤]، ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي[٥].

قال[٦]: ويجلس[٧] للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد[٨] كيلا يشتبه مكانه على الغرباء[٩]، وبعض المقيمين[١٠]، والمسجد الجامع أولى[١١]، لأنه أشهر. وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس في المسجد للقضاء، لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص[١٢]، والحائض وهي ممنوعة عن دخوله[١٣]. ولنا: قوله عليه السلام[١٤]: «إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم[١٥]»*، وكان[١٦] رسول الله صلى الله

---

(١٩) قوله: "إلا إذا بدأ بالإقرار إلخ" بأن قال: هذا المال لفلان ابن فلان غير الذي أقر له القاضي المعزول، ثم أقر بتسليم القاضي، وقال: دفعه إلى المعزول. (مل)

(٢٠) قوله: "ثم أقر إلخ" ولو بدأ بالدفع فقال: دفعه إلى القاضي المعزول وهو لفلان، وقال المعزول: بل لفلان آخر فالقول قول المعزول، ويؤمر بالدفع إلى من أقر له القاضي المعزول، ولو قال صاحب اليد: دفعه إلى القاضي المعزول، وقال: هو لفلان من فلان، أو قال: دفعه إلي، ولا أدري لمن هو فالمولى يقبل قول المعزول. (ك)

(١) أي الذي أقر به ذو اليد.

(٢) أو مثله. (ك)

(٣) المعزول.

(٤) أي بإقراره أن اليد كانت للقاضي.

(٥) المعزول.

(٦) القدوري. (عيني)

(٧) القاضي.

(٨) ولا يتعب نفسه في طول الجلوس، ولكن يجلس طرف النهار، وكذا المفتي والفقيه. (ف)

(٩) المسافرين.

(١٠) الذين ليس لهم اختلاط بالقضاة.

(١١) قوله: "أولى" ثم الذي يقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة، قال فخر الإسلام: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة، أما إذا كان في طرف منها فلا، لزيادة المشقة على أهل الشقة القابلة له، فالأولى أن يختار مسجداً في وسط البلدة، وفي السوق. (ف)

(١٢) قال الله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس﴾. (ف)

(١٣) المسجد.

(١٤) قوله: "قوله عليه السلام: أما الحديث الذي ذكره المصنف: «إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم»، فلم يعرف، وإنما أخرج مسلم حديث الأعرابي الذي قام يبول في المسجد، فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا تذرموه دعوه، -فتركوه حتى بال- ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وإنما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن»، قال: وأمر رجلا من القوم، فدعا بدلو من ماء فشنه عليه. (ف)

(١٥) قلت: غريب بهذا اللفظ. (ت)

عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه*، وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون(٢) في المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء عبادة، فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة. ونجاسة المشرك(٣) في اعتقاده لا في ظاهره، فلا يمنع من دخوله(٤)، والحائض تخبر بحالها، فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد، أو يبعث(٥) من يفصل بينها وبين خصمها، كما إذا كانت الخصومة في الدابة(٦)، ولو جلس(٧) في داره لا بأس به، ويأذن للناس بالدخول فيها(٨)، ويجلس معه من كان يجلس(٩) قبل ذلك(١٠)، لأن في جلوسه وحده تهمة(١١).

قال(١٢): ولا يقبل(١٣) هدية(١٤) إلا من ذي رحم محرم(١٥)، أو ممن جرت عادته

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٧٠، والدراية ج٢، الحديث ٨١٩ص١٦٨. (نعيم)

(١٦) قوله: "وكان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلخ" في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد، وفيه: فتلاعنا في المسجد، ولا بد من كون أحدهما كاذبا حانثًا في يمين غموس. وفي "الصحيحين" عن كعب بن مالك رضي الله عنه أنه تقاضى ابن أبي حدرد دينًا كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وهو في بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته، فنادى يا كعب؟ فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: فعلت يا رسول الله، قال: قم فاقضه. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٧١، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٠ص١٦٨. (نعيم)

(٢) قوله: "كانوا يجلسون إلخ" قال الزيلعي: هذا غريب، أقول: هذا مبني على أن مراد صاحب "الهداية" رواية هذا اللفظ، وليس كذلك بل هذا نقل بالمعنى، يعني أنه وقع من الصحابة الجلوس في المساجد لفصل الخصومات، ففي البخاري لاعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وأسند الإمام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد، وذكر القصة، كذا في "فتح القدير".

(٣) جواب عن دليل الشافعي. (ع)

(٤) فإن النبي ﷺ كان ينزل الوفود في المسجد. (ع)

(٥) القاضي (ع) فإنه يخرج القاضي لسماع الدعوى وشهادة الشهود، والإشارة إليها. (ك)

(٦) فيوقف الدابة خارج المسجد.

(٧) القاضي.

(٨) أي في داره.

(٩) معه.

(١٠) القضاء.

(١١) وهي تهمة الظلم والرشوة. (ك)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "ولا يقبل [أي القاضي] هدية إلخ" والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال: استعمل النبي ﷺ رجلا من الأزد يقال له: ابن اللتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم، وهذا لي، قال عليه السلام: «هلا جلس في بيت أبيه، أوبيت أمه، فينظر أيهدى له أم لا». وفي شرح الأقطع": الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه، والهدية لا شرط معها، انتهى. (ف)

قبل القضاء بمهاداته[١]، لأن الأول صلة[٢] الرحم[٣]. والثانى ليس للقضاء بل جرى على العادة، وفيما وراء ذلك[٤] يصير[٥] آكلا بقضاءه حتى لو كانت لنقريب خصومة، لا يقبل هديته، وكذا[٦] إذا زاد المهدى على المعتاد، أو كانت له خصومة؛ لأنه لأجل القضاء، فيتحاماه[٧]، ولا يحضر[٨] دعوة إلا أن تكون عامة، لأن الخاصة لأجل القضاء، فيتهم بالإجابة، بخلاف العامة، ويدخل فى هذا الجواب[٩] قريبه[١٠] وهو قولهما. وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه[١١] وإن[١٢] كانت خاصة كالهدية[١٣] والخاصة[١٤] ما لو علم المضيف[١٥] أن القاضى لا يحضرها[١٦]

---

(١٤) تحفه وارمغان. (من)

(١٥) ليس له خصومة على أحد، وعادته المهاواة قبل القضاء.

(١) هديه دادن يكديگر. (س)

(٢) عطاء دادن. (من)

(٣) وهو مندوب. (م)

(٤) قوله: "وفيما وراء ذلك إلخ" ثم إن أخذ القاضى ما ليس له أخذه ما ذا يصنع به، اختلفوا فيه، بعضهم قالوا: يضع فى بيت المال، وعامتهم قالوا: يردها على أربابها إن عرفهم وإليه أشار فى "السير الكبير".
فإن لم يعرفهم، أو يعرفهم إلا أن الرد يتعذر لبعدهم يضعها فى بيت المال، وحكمها حكم اللقطة، وإنما يضعها فى بيت المال لأنه إنما أهدى إليه لعمله وهو فى هذا العمل نائب عن المسلمين، فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم. (عناية)

(٥) القاضى.

(٦) أى لا يقبل.

(٧) تحاماه الناس خويشتن را از وى نگاه داشتند مردم، وپرهيز نمو دند ازو. (من)

(٨) القاضى.

(٩) قوله: "ويدخل فى هذا الجواب [أى لا يحضر دعوة] إلخ" لم يفصل فى الدعوة الخاصة بين أن يكون الداعى أجنبيًا أو ذا رحم محرم منه، وقال فى فصل الهدية: لا يقبل إلا من ذى رحم محرم منه، فلا بد من التأويل بين المسألتين، قالوا: ما ذكر فى الضيافة محمول على ما إذا كان ذا رحم محرم لم يجر بينهما الدعوة، والمهاداة صلة للقرابة، وإنما أحدث بعد القضاء، فإذا كانت الحالة هذه فهو والأجنبى سواء فى هذا، وما ذكر فى الهدية أنه يقبل من ذى رحم محرم فهو محمول على أنه كان جرى المهاداة قبل القضاء صلة للقرابة، فإذا أهدى إليه هدية بعد القضاء فلا بأس بالقبول، هكذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله"، وفى "مبسوط شيخ الإسلام" إلا أن يكون المضيف خصمًا، فينبغى أن لا يجيب دعوته، وإن كانت عامة. (ك)

(١٠) القاضى.

(١١) أى يجيب دعوة القريب.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) حيث يجوز أخذها من قريب.

(١٤) قوله: "والخاصة ما لو علم إلخ" قيل: العامة ما يكون فوق العشرة، وما دونه خاصة، وقيل: دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة. (م)

لا يتخذها[1]. قال[2]: ويشهد الجنازة، ويعود[3] المريض؛ لأن ذلك من حقوق المسلمين، قال عليه السلام: «للمسلم[4] على المسلم ستة حقوق»*، وعدّ منها هذين[5]، ولا يضيف[6] أحد الخصمين دون[7] خصمه؛ لأن النبي عليه السلام نهى[8] عن ذلك**، ولأن فيه تهمة[9].

قال[10]: وإذا حضرا[11] سوّى[12] بينهما[13] في الجلوس والإقبال[14]؛ لقوله عليه السلام[15]: «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوِّ بينهم في المجلس والإشارة

---

(١٥) والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي أو لا. (ف)

(١٦) الدعوة.

(١) الدعوة.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "ويعود" إذا لم يكن المريض من المتخاصمين، أما إذا كان منهم فلا ينبغي أن يعود، لأن ذلك يؤدي إلى إيذاء الخصم الآخر، وإلى التهمة. (ك)

(٤) قوله: "للمسلم على إلخ" روى مسلم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس وإجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنازة»، وإذا استنصحك فانصح له، فهذه هي السادسة. (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٧٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٢١ص١٦٨. (نعيم)

(٥) أي شهود الجنازة وعود المريض. (ت)

(٦) القاضي.

(٧) فيه إيماء إلى أنه لو أضاف الخصمين جميعاً لا بأس به، كذا في "الكفاية".

(٨) قوله: "نهى عن ذلك" لما روى إسحاق بن راهويه عن الحسن في "مسنده" قال: جاء رجل، فنزل على علي، فأضافه، فلما قال: إني أريد أن أخاصمه، قال علي: تحول، فإن النبي صلى الله عليه، وعلى آله وسلم نهانا أن يضيف الخصم إلا ومعه خصمه. (ف)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٧٣، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٢ص١٦٩. (نعيم)

(٩) أي تهمة الميل.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) المتخاصمان.

(١٢) القاضي.

(١٣) قوله: "سوى بينهما إلخ" المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه، ولا يجلس واحداً عن يمينه والآخر عن شماله، لأن لليمين فضلا. وفي "النوازل" و "الفتاوى الكبرى": خاصم السلطان مع رجل، فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه، ويجلس خصم السلطان فيه، ويقعد هو على الأرض، ثم يقضي بينهما. (ف)

(١٤) التوجه والنظر.

(١٥) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" روى إسحاق بن راهويه في "مسنده" عن أم سلمة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسوِّ بينهم في الجلوس والإشارة والنظر». (ف)

والنظر»*. ولا يسار[٢] أحدهما ولا يشير[٣] إليه، ولا يلقنه حجة للتهمة[٤]، ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه، ولا يضحك[٥] في وجه أحدهما؛ لأنه يجترئ[٦] على خصمه، ولا يمازحهم[٧]، ولا واحداً منهم؛ لأنه[٨] يذهب بمهابة[٩] القضاء. قال[١٠]: ويكره تلقين الشاهد[١١]، ومعناه أن يقول[١٢] له: أتشهد بكذا وكذا، وهذا[١٣] لأنه إعانة لأحد الخصمين، فيكره كتلقين الخصم[١٤]، واستحسنه[١٥] أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة[١٦]؛ لأن الشاهد قد يحصر[١٧] لمهابة المجلس، فكان تلقينه إحياءً للحق بمنزلة الإشخاص[١٨] والتكفيل[١٩].

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص٧٣، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٣ص١٦٩. (نعيم)

(٢) قوله: "ولا يسار [أي القاضي] إلخ" وينبغي أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقعة، ويمنعهم عن إشارة الأدب، يقال له: صاحب المجلس، ويمنع من رفع الصوت في المجلس، ويجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي. (عناية) مسارة: با كسى راز گفتن. (من).

قوله: "ولا يسار" أي لا يتكلم مع أحدهما سراً.

(٣) بالرأس أو العين، أو الحاجب.

(٤) أي تهمة الميل.

(٥) القاضي.

(٦) بسبب ضحك القاضي.

(٧) الخصوم.

(٨) المزاح.

(٩) بالفتح: ترس وبزرگى. (من)

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) قوله: "تلقين الشاهد" هو أن يقول القاضي: ما يستفيد به الشاهد علمًا بما تعلق بالشهادة مثل أن إلخ. (عناية)

(١٢) القاضي.

(١٣) أي الكراهة.

(١٤) حيث يكره.

(١٥) قوله: "واستحسنه إلخ" تأخير دليل أبي يوسف رحمه الله، وتسميته بالاستحسان كل ذلك دليل على أن المختار عند المصنف رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله. (نهاية)

(١٦) قوله: "في غير موضع التهمة" ولا في موضع التهمة أما في موضع التهمة مثل أن يدعي ألفًا وخمس مائة، والمدعى عليه ينكر خمس مائة، وشهد الشاهد بالألف فالقاضي إن قال يحتمل أنه أبرأ خمس مائة واستفاد الشاهد علمًا بذلك ووقف القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق. (عناية)

(١٧) أي يحتبس لسانه عن البيان، حصر بفتحتين بست شدن در سخن گفتن وخواندن وعاجز شدن. (م)

(١٨) إرسال الرجل لإحضار الخصم. (م)

(١٩) أي أخذ الكفيل من أحد الخصمين.

فصل في الحبس[١]

قال[٢]: وإذا ثبت الحق عند القاضي، وطلب صاحب الحق حبس غريمه[٣] لم يعجل بحبسه، وأمره بدفع ما عليه؛ لأن الحبس جزاء المماطلة[٤]، فلا بد من ظهورها، وهذا[٥] إذا ثبت الحق بإقراره، لأنه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة، فلعله طمع[٦] في الإمهال[٧]، فلم يستصحب[٨] المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله[٩]، أما إذا ثبت[١٠] بالبينة حبسه كما ثبت[١١] لظهور المطل بإنكاره. قال[١٢]: فإن امتنع[١٣] حبسه[١٤] في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة؛ لأنه إذا حصل المال في يده[١٥] ثبت غناءه به[١٦]، وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره، إذ هو لا يلتزم[١٧] إلا ما يقدر على أداءه، والمراد بالمهر معجله[١٨] دون مؤجله.

---

(١) قوله: "فصل في الحبس" لما كان الحبس من أحكام القضاء، وتعلق به أحكام أفرده في فصل على حدة، وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿أو ينفوا من الأرض﴾، فإن المراد به الحبس، ولم يكن في زمان النبي ﷺ، وأبي بكر وعمر، وعثمان رضي الله عنهم سجن، وكان يحبسه في المسجد والدهليز حيث أمكن، ولما كان زمن علي رضي الله عنه أحدث السجن بناه من قصب فنقبه اللصوص، فبنى سجنا من مدر. (ع)

(٢) هذا قول القدوري.

(٣) سواء كان الحق درهمًا، أو أقل منه، أو أكثر منه.

(٤) قوله: "المماطلة" مماطلة دفع الوقت كردن، وفرصت نمودن، ودورو دراز كشيدن كاري. (م)

(٥) أي ترك القاضي العجلة بالحبس.

(٦) أي يقول: إني ظننت أنك تمهلني فلم استصحب المال.

(٧) فرصت ومهلت دادن. (م)

(٨) أي لم ينقد.

(٩) مطل -بفتحتين- درنگ كردن دردادن دام. (م)

(١٠) الحق.

(١١) الحق.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) الغريم بعد أمر القاضي بالدفع.

(١٤) إذا طلب المدعي.

(١٥) الغريم.

(١٦) قوله: "ثبت غناءه به" وزواله عن الملك محتمل، والثابت لا يترك بالمحتمل، فلا يسمع قوله: إني فقير فيحبس. (مل)

(١٧) قوله: "إذ هو لا يلتزم إلخ" فبعد ذلك لا يسمع دعواه بأنه لا يقدر على تسليمه. (ن)

(١٨) قوله: "والمراد بالمهر معجله" لأن العادة جرت على تسليم المعجل، فكان إقدامه على النكاح دليلا على قدرته على تسليم المعجل. (ن)

قال[١] : ولا يحبسه فيما سوى ذلك[٢] إذا قال: إنى فقير، إلا أن يثبت غريمه[٣] أن له مالا، فيحبسه؛ لأنه لم يوجد دلالة اليسار، فيكون القول قول من عليه الدين، وعلى المدعى إثبات غناءه، ويروى[٤] أن القول لمن عليه الدين فى جميع ذلك[٥]، لأن الأصل هو العسرة[٦].

ويروى[٧] أن القول له[٨] إلا فيما بد له مال[٩]، وفى[١٠] النفقة[١١] القول قول الزوج أنه معسر، وفى إعتاق العبد المشترك[١٢] القول للمعتق، والمسألتان تؤيدان[١٣] القولين الآخرين[١٤]، والتخريج[١٥] على ما قال[١٦] فى الكتاب: إنه ليس[١٧] بدين مطلق، بل هو صلة حتى تسقط النفقة[١٨] بالموت[١٩] على الاتفاق، وكذا عند أبى

(١) هذا قول القدورى.

(٢) كضمان الغصب وأرش الجناية. (عناية)

(٣) المدعى.

(٤) وهو اختيار الخصاف. (ك)

(٥) أى فيما كان بدلا عن مال وما لم يكن. (ع)

(٦) قوله: "لأن الأصل هو العسرة" إذ الآدمى يولد ولا مال له، والمدعى يدعى عارضًا، والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه، فكان القول قول المديون مع يمينه. (عناية)

(٧) عن الشيخين.

(٨) وهو اختيار أبى عبد الله البلخى. (ك)

(٩) قوله: "إلا فيما بدله مال [كثمن متاع]" لأنه عرف دخول شيء فى ملكه وزواله محتمل، فكان القول للمدعى، وما لم يكن بدله مالا كالمهر، وبدل الخلع، وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه، لأنه لم يدخل فى ملكه شيء، ولم يعرف قدرته على القضاء، فبقى متمسكًا بالأصل، وهو العسرة. (ع)

(١٠) بيان لما هو المحفوظ من الرواية. (عناية)

(١١) قوله: "وفى النفقة إلخ" المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر، وادعت نفقة الموسرين، وادعى الزوج أنه معسر، وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج أنه معسر لتمسكه بالأصل. (ك)

(١٢) قوله: "وفى إعتاق إلخ" أى أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد، وزعم أنه معسر كان القول له. (ع)

(١٣) قوله: "تؤيدان إلخ" وتخالفان القول الأول، لأن فيهما التزامًا إذ إقدامه علي النكاح، والإعتاق أمارة قدرته على النفقة والضمان، كما فى المهر والكفالة. (ك)

(١٤) فإن فيهما القول قول من عليه وليس بدل النفقة، وبدل ضمان الإعتاق مالا.

(١٥) قوله: "والتخريج إلخ" يعنى تخريج هاتين المسألتين على وجه لا تردان نقضًا على ما قال فى الكتاب فى ظاهر الرواية حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال، أو التزمه بعقد أن الحبس فيما يكون دينًا على المدعى عليه مطلقًا، وفى هاتين المسألتين النفقة ليست بدين مطلقًا، حتى يسقط بالموت، وكذا ضمان الإعتاق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى. (ك)

(١٦) يعنى القدورى.

(١٧) قوله: "أنه ليس بدين مطلق" فإنه قد تقدم أن الدين الصحيح هومالايسقط إلابإبراء من له، أوبإيفاء من عليه. (ع)

(١٨) أى نفقة الأيام الماضية.

حنيفة رحمه الله ضمان الإعتاق.

ثم فيما كان القول قول المدعى أن له[١] مالا، أو ثبت ذلك[٢] بالبينة فيما كان القول قول من عليه[٣] يحبسه شهرين، أو ثلاثة[٤]، ثم يسأل عنه[٥] فالحبس لظهور ظلمه[٦] فى الحال، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه، فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة[٧]، فقدر[٨] بما ذكره[٩]، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر[١٠]، أو أربعة إلى ستة أشهر[١١]، والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأى القاضى[١٢] لاختلاف أحوال الأشخاص فيه[١٣].

فإن لم[١٤] يظهر له مال خلى[١٥] سبيله، يعنى بعد[١٦] مضى المدة، لأنه استحق النظرة[١٧] إلى الميسرة، فيكون حبسه بعد ذلك ظلمًا، ولو قامت البينة[١٨] على إفلاسه

---

(١٩) أى بموت الزوج.

(١) المدعى عليه.

(٢) أى كون المدعى عليه ذا مال.

(٣) الحاكم.

(٤) هو رواية محمد عن أبى حنيفة فى كتاب الحوالة. (ك)

(٥) جيرانه عن يساره وعساره.

(٦) وفى نسخة: مظلمه.

(٧) أى ظهور ماله لو كان.

(٨) محمد.

(٩) أى شهرين أو ثلاثة.

(١٠) قوله: "بشهر [ذكره الطحاوى]" لأن ما دونه عاجل، والشهر آجل، قال شمس الأئمة الحلوانى: وهو أرفق الأقاويل فى هذا الباب. (ف)

(١١) هو رواية الحسن عن أبى حنيفة.

(١٢) قوله: مفوض إلخ" فإن مضى أربعة أشهر، ووقع للقاضى أنه متعنت يستديم حبسه، وإن كان دون ذلك بأن كان شهرين أو دونه، ووقع أنه عاجز لا مال له أطلقه من السجن. (عينى)

(١٣) أى فى احتمال الحبس.

(١٤) قوله: "فإن لم يظهر إلخ" أى إن لم يظهر للمحبوس مال بعد مضى المدة التى رآها القاضى برأيه، وبعد مضى المدة التى اختارها بعض المشايخ كشهر، أو شهرين، أو أربعة على ما تقدم على سبيله. (عناية)

(١٥) الحاكم.

(١٦) متعلق بقوله: لم يظهر.

(١٧) تأخير كردن ومهلت دادن. (م)

(١٨) قوله: "ولو قامت [بأن أخبر واحد ثقة، أو اثنان] البينة إلخ" كيفية الشهادة على الإفلاس، حكى عن أبى القاسم أنه قال: ينبغى أن يقول: أشهد أنه مفلس معدم، لا نعلم له مالا سوى كسوته التى عليه، وثياب ليلته، وقد اختبرنا

قبل المدة تقبل في رواية، وفي رواية لا تقبل[١]، وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله. قال[٢] في الكتاب: خلى سبيله، ولا يحول[٣] بينه وبين غرماءه[٤]، وهذا كلام[٥] في الملازمة، وسنذكره في كتاب الحجر[٦] إن شاء الله تعالى.

وفي "الجامع الصغير"[٧]: رجل أقر عند القاضي بدين، فإنه يحبسه، ثم يسأل[٨] عنه، فإن كان موسراً أبد حبسه، وإن كان معسراً خلى سبيله، ومراده إذا أقر عند غير القاضي[٩]، أو عنده مرة، فظهرت مماطلته، والحبس أولا[١٠]، ومدته قد بيناه[١١]، فلا نعيده[١٢].

قال[١٣]: ويحبس الرجل في نفقة زوجته[١٤]؛ لأنه ظالم بالامتناع، ولا يحبس

أمره في السر والعلانية. (ك)

(١) قوله: "وفي رواية لا تقبل" وفي "الذخيرة": فإن أخبر عن إعساره قبل الحبس واحد عدل، أو اثنان، أو شهد بذلك شاهدان، فعن محمد رحمه الله فيه روايتان، في رواية قال: لا يحبسه، وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل. وقال أبو بكر الإسكاف: وعامة مشايخ ماوراء النهر: أن القاضي يحبسه، ولا يلتفت إلى هذه البينة، وهذا لأن البينة على الإعسار بينة على النفي، فلا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد، وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد، وبعد ما حبس، ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد، لأن الظاهر أنه لو كان قادراً على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس. (ك)

(٢) أي القدوري. (ع)

(٣) بعد خروجه عن الحبس.

(٤) بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف.

(٥) قوله: "وهذا كلام" يعني المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجه عن الحبس. (عناية)

(٦) في باب الحجر بسبب الدين. (ع)

(٧) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" إنما ذكر لفظ "الجامع الصغير" ههنا، لأن رواية "الجامع الصغير" من حيث الظاهر تخالف ما ذكر في أول هذا الفصل أنه إذا ثبت الدين على المديون بالإقرار لا يحبسه في أول الوهلة، بخلاف ما إذا ثبت الدين بالبينة. وما ذكر في "الجامع الصغير" يقتضي بجواز الحبس متصلا بإقراره حيث قال: يحبسه، ثم يسأل عنه، فثبت التناقض بين الروايتين، فذكر لفظ "الجامع الصغير" كما هو، ثم ذكر تأويله بقوله: ومراده إذا أقر إلخ، إزالة للتناقض الثابت من حيث الظاهر. (ك)

(٨) أي جيرانه عن يساره وعساره.

(٩) قوله: "ومراده [أي محمد] إذا إلخ" يعني مراد محمد فيما إذا ثبت الحق بالإقرار، ثم يثبت المماطلة فترافعا إلى القاضي، فحينئذ يحبسه لا بمجرد الإقرار. (عيني)

(١٠) قوله: "والحبس أولا [أي قبل السؤال عن الجيران] إلخ" يعني أن المذكور في "الجامع الصغير" من الحبس أولا، ومدته بيناه، وليس فيه مخالفة لما بيناه، فنحتاج إلى ذكره ثانياً. (عناية)

(١١) من أنه شهر أو غيره.

(١٢) أي بينا الحبس أولا، ومدته فلا نعيده. (ك)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "في نفقة إلخ" إذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته، أو اصطلحا على مقدار، فلم ينفق عليها،

الوالد[١] في دين ولده ؛ لأنه[٢] نوع عقوبة، فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص[٣]، إلا إذا امتنع[٤] عن الإنفاق عليه[٥]، لأن فيه إحياء لولده[٦]، ولأنه لا يتدارك لسقوطها[٧] بمضى الزمان، والله أعلم.

باب كتاب القاضي إلى القاضي[٨]

قال[٩]: ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق[١٠] إذا شهد به[١١] عنده[١٢] للحاجة على ما نبين[١٣]، فإن شهدوا[١٤] على خصم[١٥] حاضر حكم

ورفعت إلى الحاكم حبسه. (م)

(١) وكذا الأم، والجد، والجدة. (ك)

(٢) الحبس.

(٣) قوله: "كالحدود والقصاص" فإن الوالد لا يؤاخذ بها لأجل ولده. (عينى)

(٤) الوالد.

(٥) الولد.

(٦) وفى تركه سعى لهلاكه. (م)

(٧) قوله: "لسقوطها" أى لسقوط نفقة الولد بمضى الزمان، أما الدين لا يسقط بمضى الزمان، فافترقا فى حق هذا الحكم، فيفترقان فى حق الحبس أيضاً. (ك)

(٨) قوله: "باب كتاب إلخ" أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لأن هذا من عمل القضاء أيضاً، إلا أن السجن يتم بقاض واحد، وهذا باثنين، والواحد قبل الاثنين. (ع)

قوله: باب كتاب إلخ" هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق فى الوجود إلا بقاضيين، فهو كالمركب بالنسبة إلى ما قبله، كذا فى "الفتح"، وهذا أولى من قول الزيلعي أنه ليس من كتاب القضاء، لأنه إما نقل شهادة، أو نقل حكم نعم هو من عمل القضاة، فكان ذكره فيه أنسب، انتهى، وحيث كان من عملهم، فكيف ينفيه بحر، وأجاب فى النهر: بأن المنفى كونه قضاء، والمثبت كونه من أحكامه. (رد المحتار)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) قوله: "فى الحقوق" أى فى الحقوق التى تثبت مع الشبهة، وقيد بالحقوق لما فى الأعيان المنقولة خلاف. (ك)

(١١) المكتوب إليه أى بالكتاب. (ن)

(١٢) أى عند القاضى.

(١٣) وهو ما ذكره بعده، وجوازه لمساس الحاجة إلخ. (ك)

(١٤) قوله: "فإن شهدوا إلخ" هذا بيان أن كتاب القاضى إلى القاضى نوعان: المسمى سجلا، والمسمى بالكتاب الحكمى، والفرق بينهما: أن الأول إذا وصل إلى المكتوب إليه ليس له إلا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به، والثانى إن وافقه أنفذه وإلا فلا لعدم اتصال الحكم به. (م)

(١٥) قوله: "على خصم" قيل: المراد بالخصم ههنا الوكيل عن الغائب، أو المسخر الذى جعل وكيلا لإثبات الحق عليه، وإن لم يكن وكيلا عنه فى الحقيقة إذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه نفسه لما احتيج إلى كتاب القاضى إلى قاض آخر، لأن حكم القاضى قد تم، ويحتمل أن يكون الخصم هو المدعى عليه، وأن يكون مراده بيان أن هذا الكتاب هو المدعو سجلا لا أنه يكتب إلى قاض آخر، أو كان المدعى به مبيعاً، فأراد المدعى عليه الرجوع على بائعه، وهو فى بلدة أخرى، فطلب من القاضى أن يكتب بحكمه إلى قاضى تلك البلدة. (ك)

بالشهادة؛ لوجود الحجة، وكتب بحكمه وهو[١] المدعو[٢] سجلا، وإن شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز.

وكتب[٣] بالشهادة[٤] ليحكم المكتوب إليه بها، وهذا هو الكتاب الحكمي[٥]، وهو نقل الشهادة في الحقيقة، ويختص بشرائط[٦] نذكرها[٧] إن شاء الله، وجوازه[٨] لمساس الحاجة[٩] لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه، فأشبه[١٠] الشهادة على الشهادة. وقوله[١١]: في الحقوق يندرج تحته الدين،

قوله: "على خصم حاضر" قال في "النهاية": المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب، أو المسخر الذى جعله القاضى وكيلا لإثبات الحق، ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج إلى قاضٍ آخر.

أقول: لا يخفى ما فيه من التكلف، والأحسن أن يقال: إن قوله: فإن شهدوا على خصم حاضر ليس بمقصود بالذات فى هذا الباب بل توطئة لقوله: وإن شهدوا بغير خصم لم يحكم فيه، ونظائره كثيرة، كذا فى "الدرر". قلت: وحاصله أنه ليس المراد فى هذه المسألة من كتاب القاضى حكمه إلى قاضٍ آخر، حتى يراد بالخصم فيها الوكيل أو المسخر، بل المراد أن الشهادة عند القاضى تارة تكون على خصم حاضر، فيحكم بها عليه، ويكتب بحكمه كتاباً ليحفظ الواقعة لا لبعثه إلى قاضٍ آخر، لأن الحكم قد تم، وتارة تكون على خصم غائب، وهى الآتية، فهذه ذكرت توطئة لتلك.

وذكر فى "النهر" عن الزيلعى: أنه إذا قدر أن الخصم غاب بعد الحكم عليه، وجحد الحكم فحينئذٍ يكتب له ليسلم إليه حقه، أو لينفذ حكمه، انتهى. وحاصله: أنه قد يحتاج فى المسألة الأولى إلى أن يبعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر إلى قاضٍ آخر، فيكون ذكرها مقصوداً فى الباب. وأفاد القهستانى أن الكتاب يكون إلى القاضى، ولو كان الخصم حاضراً، وذلك لإمضاء قاضٍ آخر كما إذا ادعى على آخر ألفًا، وبرهن، وحكم به، ثم اصطلحا أن يأخذه منه فى بلد آخر، وخاف أن ينكر فكتب به لإمضاء قاضى البلد. (رد المحتار)

(١) أى المكتوب فيه الحكم.

(٢) قوله: "هو المدعو سجلا [على البناء للمفعول. ك]" هو -بكسر السين والجيم وتشديد اللام- والضمتان مع التشديد، والفتح مع سكون الجيم، والكسر لغات قهستانى عن الكشاف. (رد المحتار)

(٣) القاضى إلى المكتوب إليه.

(٤) أى بما سمعه من الشهادة.

(٥) لأنه يكتب ليحكم به القاضى المكتوب إليه.

(٦) قوله: "بشرائط" منها العلوم الخمسة، وهى أن يكون من معلوم إلى معلوم فى معلوم بمعلوم على معلوم. (ع)

(٧) هو الموعود وبقوله: على ما نبين. (ع)

(٨) قوله: "وجوازه [أى جواز كتاب القاضى إلى القاضى] إلى آخره" والقياس يأبى جوازه، إذ فيه شبهة التزوير إذ الخط يشبه الخط والخاتم بالخاتم، إلا أنه جوز لحاجة الناس، ولما روى أن علياً رضى الله عنه جوزه لذلك. (عناية)

(٩) قوله: "لمساس الحاجة" ولا يندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لما أن أكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها، ثم يحتاج بعد ذلك إلى معرفة عدالة الأصول، ويتعذر معرفة ذلك فى تلك البلدة، فتقع الحاجة إلى نقل شهادتهم بالكتاب. (ك)

(١٠) قوله: "فأشبه الشهادة إلخ" فكما جوز الشهادة على الشهادة لإحياء حقوق العباد، فكذا جوز الكتاب لذلك، ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس، فيراد به الاتحاد فى مناط الاستحسان. (عناية)

(١١) أى قول القدورى. (عناية)

والنكاح[١]، والنسب، والمغصوب، والأمانة المجحودة، والمضاربة المجحودة؛ لأن كل ذلك بمنزلة الدين[٢]، وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة، ويقبل[٣] في العقار[٤] أيضًا، لأن التعريف فيه بالتحديد[٥]، ولا يقبل في الأعيان[٦] المنقولة للحاجة إلى الإشارة[٧]. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقبل في العبد دون الأمة، لغلبة الإباق فيه[٨] دونها، وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط[٩] تعرف في

---

(١) قوله: "يندرج تحته الدين، والنكاح" بأن ادعى رجل نكاحا على امرأة، أو بالعكس، وكذلك الطلاق إذا ادعت امرأة على زوجها، فإن قيل: الإشارة في باب النكاح شرط، وكتاب القاضي إلى القاضي فيما يحتاج إلى الإشارة لا يجوز، قيل: الإشارة إلى الخصم شرط، وهو الرجل أو المرأة، وهو ليس بمدعى به إنما المدعى به شيء آخر، وهو نفس النكاح لا نفس المرأة، ولا نفس الرجل، فصار النكاح نظير الدين في الذمة، والإشارة إلى الغريم شرط، ومع هذا جاز كتاب القاضي فيه، كذا ههنا والنسب بأن ادعى نسبا مثلا من الميت، والغصب، بأن ادعى غصبا على رجل، والأمانة المجحودة من المودع، والمضاربة المجحودة من المضارب، وإنما قيد الأمانة والمضاربة بالمجحودة ليكونا بمنزلة الدين، إذ لو لم تكن مجحودة لكان من جملة الأعيان المنقولة، ولا يقبل كتاب القاضي فيها. (ملخص الحواشي)

قوله: "يندرج تحته إلخ" هو المروي عن محمد، وبه يفتى للضرورة، وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة إلى الإشارة إليه عند الدعوى، وعن الثاني تجويزه في العبد دون الأمة، وعنه تجويزه في الكل.

قال الإسبيجابي: وعليه الفتوى، والقياس أن لا يجوز، لأن كتابته لا تكون أقوى من عبارته، ولو أخبر القاضي في محله لم يعمل بإخباره، فكتابته أولى، وإنما جوزناه لأثر علي رضي الله عنه، وللحاجة بحر. (رد المحتار)

(٢) والدين يجوز فيه الكتاب، فكذا فيما كان بمنزلته. (ع)

(٣) أي كتاب القاضي إلى القاضي.

(٤) أي في دعوى العقار.

(٥) أي بيان الحدود الأربعة ولا يحتاج إلى الإشارة. (ع)

(٦) كالدابة والثوب والعبد.

(٧) إلى المدعى به.

(٨) قوله: "لغلبة الإباق [العبد] إلخ" فإن العبد يخدم خارج البيت غالبًا، فيقدر على الإباق، فيمس الحاجة إلى الكتاب، بخلاف الأمة، فإنها داخل البيت غالبًا. (عناية)

(٩) قوله: "بشرائط" وصفة ذلك بخاري أبق عبد له إلى سمرقند مثلا، فأخذه سمرقندي، وشهود المولى ببخارا، فطلب من قاضي بخارا أن يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب إلى ذلك، ويكتب شهد عندي فلان وفلان، بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت لملك فلان المدعي . . اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ليرسلها، ويجعل على كتابه شاهدين، ويعلمهما ما فيه، ويرسله إلى سمرقند فإذا انتهى إلى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيديه، ليشهدا عنده عليه بالكتاب، وبما فيه، فيقبل شهادتهما، ويفتح الكتاب، ويدفع العبد إلى المدعي، ولا يقضي له به لأن شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد، ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد، ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص كي لا يتهم المدعي بالسرقة. ويكتب كتابًا إلى قاضي بخارا، ويشهد شاهدين على كتابه، وختمه، وعلى ما في الكتاب، فإذا وصل إلى قاضي بخارا، وشهد بالكتاب، وختمه أمر المدعي بإعادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه حقه وملكه، فإذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد، وكتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرأ كفيله. وفي رواية عن أبي يوسف رحمه الله أن قاضي بخارا لا يقضي للمدعي بالعبد، لأن الخصم غائب، ولكن يكتب كتابًا آخر إلى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده، ويشهد شاهدين على كتابه، وختمه وما فيه، ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه، فإذا وصل الكتاب

موضعه[١]. وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول، وعليه المتأخرون رحمهم الله. قال[٢]: ولا يقبل الكتاب[٣] إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين؛ لأن الكتاب يشبه الكتاب، فلا يثبت إلا بحجة[٤] تامة، وهذا[٥] لأنه ملزم، فلا بد من الحجة، بخلاف[٦] كتاب الاستئمان من أهل الحرب، لأنه[٧] ليس بملزم[٨]، وبخلاف رسول القاضي[٩] إلى المزكي[١٠] ورسوله إلى القاضي، لأن الإلزام[١١] بالشهادة لا بالتزكية[١٢]. قال[١٣]: ويجب[١٤] أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه، أو يعلمهم[١٥] به[١٦]؛ لأن لا شهادة بدون العلم، ثم يختمه بحضرتهم[١٧]،

إليه يفعل ذلك، ويبرأ الكفيل، وصفة الكتاب فى الجوارى صفته في العبد غير أن القاضى لا يدفع الجارية إلى المدعى، ولكنه يبعث بها معه على يد أمين كيلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعماً أنها ملكه. (عناية)

(١) قوله: "تعرف فى موضعه" وموضعه كتاب الإباق من "المبسوط"، وباب كتاب القاضى إلى القاضى من شرح أدب القاضى للصدر الشهيد، وهو الباب التاسع والخمسون منه، وكتاب أدب القاضى من "الذخيرة". (نهاية)

(٢) أى القدورى فى نسخة العينى: وقال: بالواو. (عينى)

(٣) أى كتاب القاضى إلى القاضى. (ع)

(٤) وهى البينة. (نهاية)

(٥) قوله: "هذا" أى اشتراط الحجة التامة في كتاب القاضى بأن هذا الكتاب كتاب فلان القاضى، لأنه، أى لأن كتاب القاضى ملزم، فلا بد للملزم من الحجة حتى يثبت بها كونه ملزماً، والحجة هى البينة. (نهاية)

(٦) قوله: "بخلاف كتاب الاستيمان إلخ" يعنى إذا جاء من ملك أهل الحرب فى طلب الأمان فإنه مقبول بغير بينة حتى لو أمنه الإمام صح. (نهاية)

(٧) قوله: "لأنه ليس بملزم" لأن كتاب ملك أهل الحرب ليس بملزم، لأن الإمام بالخيار إن شاء أعطاه الأمان، وإن شاء لم يعطه، فلا يشترط البينة. (ك)

(٨) على الإمام.

(٩) حيث يقبل بغير بينة.

(١٠) قوله: "إلى المزكى" إنما قيد بقوله: إلى المزكى، لأن رسول القاضى إلى القاضى غير معتبر أصلا فى حق لزوم القضاء عليه بالبينة، ولا بغير البينة، وفى جواز كتاب القاضى إلى القاضى وردا لأثر وإجماع التابعين عليه، ولم يرد مثل ذلك فى الرسول فعمل فيه بالقياس. (نهاية)

(١١) على المدعى عليه.

(١٢) قوله: "لا بالتزكية" حتى لو قضى القاضى بالشهادة بدون التزكية صح قضاءه، وإنما التزكية لنوع رجحان الصدق. (نهاية)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "ويجب" أى يجب على القاضى الكاتب أن يقرأ كتابه الذى كتب إلى قاض آخر على الشهود الذين يشهدهم كتابه الكتاب. (نهاية)

(١٥) الشهود.

(١٦) أى بما فيه.

(١٧) الشهود.

ويسلمه إليهم[١]، كي لا يتوهم التغيير، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأن علم ما في الكتاب، والختم بحضرتهم شرط، وكذا[٢] حفظ[٣] ما في الكتاب عندهما، ولهذا يدفع[٤] إليهم كتابًا آخر غير مختوم ليكون معهم[٥] معاونة على حفظهم. وقال أبو يوسف رحمه الله آخرًا[٦]: شيء من ذلك[٧] ليس بشرط، والشرط أن يشهدهم[٨] أن هذا كتابه وخاتمه. وعن أبي يوسف رحمه الله أن الختم ليس بشرط أيضًا، فسهل[٩] في ذلك لما ابتلى بالقضاء، وليس الخبر كالمعاينة[١٠]، واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله[١١].

قال[١٢]: فإذا وصل إلى القاضي[١٣] لم يقبله إلا بحضرة الخصم؛ لأنه بمنزلة أداء الشهادة[١٤]، فلا بد من حضوره، بخلاف سماع القاضي الكاتب[١٥]، لأنه للنقل لا للحكم. قال[١٦]: فإذا سلمه الشهود إليه[١٧] نظر إلى ختمه، فإذا شهدوا[١٨] أنه كتاب

(١) قوله: "ويسلمه إليهم" أي إلى الشهود، وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعي، وهو قول أبي يوسف رحمهم الله تعالى، وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يسلم المكتوب إلى الشهود، كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله. (ن)

(٢) أي يشترط.

(٣) قوله: "حفظ" أي من وقت التحمل إلى وقت الأداء، كما في جميع الشهادات.

(٤) القاضي الكاتب.

(٥) الشهود.

(٦) وأولا ما قال الإمام.

(٧) أي علم ما في الكتاب والختم والحفظ.

(٨) قوله: "والشرط أن يشهدهم إلخ" وأجمعوا في الصك على أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب. (ن)

(٩) أبو يوسف.

(١٠) يعني أن أبا يوسف عاين ذلك فهو أعرف منا.

(١١) تيسرًا على الناس. (م)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "فإذا وصل [أي كتاب القاضي] إلخ" لما فرغ عن بيان الأحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الأحكام المتعلقة بجانب المكتوب إليه. (م)

(١٤) قوله: "لأنه [أي الكتاب] إلخ" أو لأن ذلك في معنى الشهادة على الشهادة، فإن القاضي الكاتب ينقل ألفاظ الشهود بكتابه إلى القاضي المكتوب إليه، كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة الأصل بعبارته، ولا يسمع الشهادة على الشهادة إلا بمحضر من الخصم، فكذا ههنا. (ك)

(١٥) قوله: "بخلاف سماع القاضي الكاتب" أي فإنه يسمع شهادة شهود المدعي مع أن الخصم وهو المدعى عليه ليس بحاضر. (نهاية)

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) أي إلى القاضي المكتوب إليه.

فلأن القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضاءه، وقرأه علينا، وختمه، فتحه القاضي[١] وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه[٢]، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا شهدوا أنه كتابه، وخاتمه قبله على ما مر[٣]، ولم يشترط في الكتاب[٤] ظهور العدالة للفتح، والصحيح أنه يفض[٥] الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله، لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود[٦].

وإنما يمكنهم أداء الشهادة[٧] بعد قيام الختم، وإنما يقبله[٨] المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء، حتى لو مات أو عزل، أو لم يبقَ أهلا للقضاء[٩] قبل وصول الكتاب[١٠] لا يقبله، لأنه التحق بواحد[١١] من الرعايا[١٢]، ولهذا[١٣] لا يقبل إخباره قاضيًا آخر في غير عمله[١٤]، أو في غير عملهما. وكذلك لو مات المكتوب إليه[١٥] إلا إذا كتب إلى فلان ابن فلان قاضي بلد كذا، وإلى كل من يصل إليه[١٦] من قضاة

---

(١٨) الشهود.

(١) المكتوب إليه.

(٢) الكتاب.

(٣) من قوله: وقال أبو يوسف رحمه الله: آخرًا إلخ.

(٤) قوله: "ولم يشترط في الكتاب [أي في القدوري. ع]" حيث لم يقل: فإذا شهدوا وعدلوا، فعلم بهذا أنه لم يشترط العدالة للفتح. (ن)

(٥) أي يفتح. (٥) فض: شكستن مهر نامه. (من)

(٦) قوله: "لأنه ربما إلخ" أي لأن العدالة متى لم تظهر يحتاج إلى أن يزيد في شهوده لعدم ظهور عدالة هؤلاء. (مل)

(٧) يشهدون أن هذا كتاب، فلان القاضي، وختمه، وأما إذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك.

(٨) الكتاب.

(٩) قوله: "أو لم يبق أهلا للقضاء" لجنون أو إغماء، أو فسق إذا تولى وهو عدل، ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ. (٥)

(١٠) أو بعد الوصول قبل القراءة.

(١١) قوله: "لأنه التحق إلخ" هذا ظاهر فيما إذا عزل، أما في الموت، أو في الخروج عن الأهلية فليس بظاهر، لأن الميت أو المجنون لا يلحق بواحد من الرعايا، ويمكن أن يقال: يعلم ذلك بالأولى، وذلك لأنه إذا كان حيًا، وعلى أهلية القضاء لم يبقَ كلامه حجة، فلأن لا يبقى الموت أو الخروج عن الأهلية أولى. (عناية)

(١٢) فلا ينفذ الحكم بكتابه.

(١٣) أي لكونه ملتحقًا بواحد من الرعايا.

(١٤) قوله: "لا يقبل إخباره إلخ" أي إذا أخبر القاضي قاضيًا آخر في غير عمل المخبر لا يقبل، وقاضيان لو التقيا في مصر ليس من عملهما، فقال أحدهما للآخر: ثبت عندي لفلان كذا، فأعمل بما يحق لك لم يقبل منه، ولم ينفذ، لأن السماع وجد من غير القاضي حيث لم يكن في مكان ولايته. (عيني)

(١٥) قوله: "وكذلك لو مات إلخ" أي لا يفيد كتاب القاضي فيه أيضًا بل يبطل حكمه. (نهاية)

المسلمين، لأن غيره صار تبعًا له[١] وهو معرف، بخلاف ما إذا كتب[٢] ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا رحمه الله، لأنه غير معرف[٣]، ولو كان مات[٤] الخصم[٥] ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه[٦].

ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص؛ لأن فيه شبهة البدلية[٧] فصار كالشهادة على الشهادة[٨]، ولأن مبناهما على الإسقاط، وفي قبوله سعي في إثباتهما[٩].

فصل آخر[١٠]

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتبارًا بشهادتها[١١] فيهما، وقد مر الوجه[١٢]، وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء[١٣] إلا أن يفوض

---

(١٦) الكتاب.

(١) وكم من شيء يجوز تبعًا، وإن كان لا يجوز قصدًا.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا كتب إلخ" أي كتب من فلان ابن فلان قاضي بلد كذا إلى من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلى بالقضاء. (ك)

(٣) قوله: "لأنه غير معرف" حاصل الكلام أنه في الصورة الأولى صرح الكاتب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم، فأتى بما هو شرط، هو أن يكون من معلوم إلى معلوم، ثم يصير غيره تبعًا له، وفي الصورة الثانية من معلوم إلى مجهول، والعلم فيه شرط. (عيني)

(٤) أي قبل وصول كتاب القاضي إلى القاضي.

(٥) أي المدعى عليه.

(٦) قوله: "ينفذ إلخ" سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده. (عناية)

(٧) قوله: "البدلية" فإن الشهود الأصول شهدوا عند الكاتب، وكتب شهادتهم، ونقلت في الكتاب.

(٨) وهي غير مقبولة فيهما.

(٩) فلا يقبل.

(١٠) قوله: "فصل آخر" قال في "النهاية": قد ذكرنا أن كتاب القاضي إذا كان سجلا اتصل به قضاءه يجب على القاضي المكتوب أمضاه إذا كان في محل مجتهد فيه، بخلاف الكتاب الحكمي، فإن الرأى له في التنفيذ والرد، فلذلك احتاج إلى بيان تعدد محال الاجتهاد بذكر أصل يجمعها. وهذا الفصل لبيان ذلك، وما يلحقه، وهذا يدل على أن الفصل من تتمة كتاب أدب القاضي إلى القاضي لكن قوله: آخر ينافي ذلك، لأنه ليس في ذلك الكتاب فصل قبل هذا، حتى يقول: فصل آخر، والأولى أن يجعل هذا فصلا آخر في أدب القاضي فإنه تقدم فصل الحبس، وهذا فصل آخر. (ع)

(١١) المرأة.

(١٢) قوله: "وقد مر الوجه" أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان أهلا للقضاء فهو أهل للشهادة، وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص، فهي أهل للقضاء في غيرهما. وقيل: أراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله: لأن فيه شبهة البدلية، فلا يعتبر فيهما شهادتها لذلك، كما سيجيء، وقضاءها مستفاد من شهادتها. (ع)

(١٣) بعذر أو غيره. (ع)

إليه ذلك[١]؛ لأنه قلد القضاء دون التقليد به[٢]، فصار كتوكيل الوكيل[٣]، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف[٤]، لأنه على شرف[٥] الفوات لتوقته[٦]، فكان الأمر به إذنا في الاستخلاف دلالة[٧]، ولا كذلك القضاء[٨].

ولو قضى الثاني[٩] بمحضر من الأول، أو قضى الثاني[١٠] فأجاز الأول جاز، كما في الوكالة[١١]، وهذا[١٢] لأنه حضره رأي الأول[١٣]، وهو الشرط، وإذا فوض إليه[١٤] يملكه، فيصير الثاني نائبًا عن الأصيل[١٥]، حتى لا يملك الأول عزله[١٦]، إلا

---

(١) الاستخلاف.

(٢) أي بالقضاء. (ع)

(٣) لا يجوز له التوكيل إلا إذا فوض إليه ذلك. (عناية)

(٤) قوله: "حيث يستخلف [وإن لم يأذن له ذلك] إلخ" لكن استخلاف الإمام غيره في الجمعة إنما يجوز أن لو كان ذلك الغير سمع الخطبة، وأما إذا لم يكن ذلك الغير شهد الخطبة لم يجز له أن يصلي بهم الجمعة، لأن الخطبة من شرائط افتتاح الجمعة، فإذا لم يستجمع شرائطها لم يجز له افتتاحها كالأول. فإن قيل: يشكل هذا بما لو افتتح الأول الصلاة، ثم سبقه الحدث، فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز، قلنا: لأن هناك الثاني بان، وليس بمفتتح، والخطبة من شرائط الافتتاح، وقد وجد ذلك في حق الأصل، فيغني عن اعتباره في حق التبع. (ن)

(٥) شرف محركة برامر بزرگ رسيدن از خير يا از شر.

(٦) أي لتوقت أداء الجمعة بوقت يفوت بانقضاءه.

(٧) وإن لم يكن صريحًا.

(٨) قوله: "ولا [أي ليس القضاء كالجمعة. ع] كذلك القضاء" لأن القضاء غير موقت، ولا يفوت بتأخيره عند العذر، والجمعة موقتة تفوت بتأخيرها عند العذر إذا لم يستخلف، ومن ولاه لما أمره بذلك مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أداءها في الوقت، فقد صار راضيًا باستخلافه. (ك)

(٩) أي لو فرضنا أنه استخلف وقضى إلخ. (ع)

(١٠) عند غيبة الأول. (ن)

(١١) قوله: "كما في الوكالة" فإن الوكيل إذا وكل غيره، ولم يأذن له الموكل ذلك فعقد وكيله بحضرته، أو بغير حضرته، وأجاز الوكيل الأول جاز. (ك)

(١٢) أي الجواز للمسألتين يصلح دليلا، أي مسألة القضاء ومسألة الوكالة.

(١٣) وكان رأيه معتمداً عليه للخليفة.

(١٤) قوله: "وإذا فوض إليه" أي إذا فوض القضاء إلى القاضي يملك القاضي الاستخلاف حينئذ، وهو أن يقول الخليفة للقاضي: ولّ من شئت كان له أن يولي غيره، قيل: ماالفرق بين الوصي والقاضي، فإن كلا منهما مفوض إليه من جهة الغير، والوصي يملك التفويض إلى غيره توكيلا وإيصاء.

وأجيب بأن أوان وجوب الوصايا ما بعد الموت، وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية، ولا يمكنه الرجوع إلى الموصي، فيكون الموصي راضيًا بالاستعانة من غيره، ولا كذلك القضاء. (مل)

(١٥) أي الخليفة. (ك)

(١٦) الثاني.

إذا فوض إليه[١] العزل، هو الصحيح.

قال: وإذا[٢] رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه[٣]، إلا أن يخالف الكتاب[٤]، أو السنة[٥]، أو الإجماع[٦]، بأن يكون[٧] قولا لا دليل عليه.

وفي "الجامع الصغير"[٨]: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي، ثم جاء

---

(١) أي إلى الأول.

(٢) هذه مسألة القدوري.

(٣) أي نفذه.

(٤) قوله: "إلا أن يخالف الكتاب" كالحكم بحل متروك التسمية عامداً، فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾. (ع)

قوله: "إلا أن يخالف إلخ" إذا رفع إليه حكم قاض خرج المحكم، ودخل الميت والمعزول، والمخالف لرأيه، لأنه نكرة في سياق الشرط، فتعم آخر قيد اتفاقي إذ حكم نفسه قبل ذلك كذلك ابن كمال نفذه، أي ألزم الحكم والعمل بمقتضاه لو مجتهداً فيه عالماً باختلاف الفقهاء فيه، فلو لم يعلم لم يجز قضاءه، ولا يمضيه الثاني في ظاهر المذهب. (زيلعي وعيني، وابن كمال) لكن في "الخلاصة": ويفتى بخلافه، وكأنه تيسيرا، فليحفظ بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر، وإلا كان افتاء، فيحكم بمذهبه لا غير. (بحر) وسيجيء آخر الكتاب: وأنه إذا ارتاب في حكم الأول له طلب شهود الأصل، قال: وبه عرف أن تنافيذ زماننا لا تعتبر لترك ما ذكر، وقد تعارفوا في زماننا القضاء بالموجب، وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه في ظن القاضي شرعاً من حيث إنه يقضى به، فإذا حكم حنفي بموجب بيع المدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع. ولو قال الموثق: وحكم بمقتضاه لا يصح، لأن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه، وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم إلا ما عرى عن دليل، أو خالف كتاباً لم يختلف في تأويله السلف كمتروك التسمية، أو سنة مشهورة كتحليل بلا وطئ لمخالفته حديث العسيلة المشهورة، أو إجماعاً كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده، وكبيع أم ولد على الأظهر، وقيل: ينفذ على الأصح، ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين المدعى لمخالفته للحديث المشهور: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر». أو بقصاص بتعيين الولي واحداً من أهل المحلة، أو بصحة نكاح المتعة، أو الموقت، أو بصحة بيع معتق البعض، أو بسقوط الدين بمضي سنين، أو بصحة طلاق الدور، وبقاء النكاح وقضاء عبد وصبي وكافر أبداً ونحو ذلك كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة لا ينفذ في الكل، وعد منها في الأشباه نيفاً وأربعين، وذكر في الدرر لما ينفذ سبع صور، والأصل أن القضاء يصح في موضع الاختلاف لا الخلاف. (در مختار)

(٥) قوله: "أو السنة" أي المشهورة منها كالحكم في المطلقة ثلاثاً بثبوت الحل بنفس العقد بدون الوطئ فإنه يخالف الحديث المشهور، وهو حديث رفاعة: لا، حتى تذوقي من عسيلته، ويذوق هو من عسيلتك. (ك)

(٦) قوله: "أو الإجماع" كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عمداً، فإنه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الأول، فكان قضاءه بخلاف الإجماع. (ك)

(٧) قوله: "بأن يكون إلخ" وفي بعض النسخ: أو يكون قولا لا دليل عليه، كما إذا مضى على الدين سنون، فحكم بسقوط الدين عمن عليه، لتأخير المطالبة، فإنه لا دليل شرعي يدل على ذلك، كذا في "العناية". (مل)

(٨) قوله: "وفي الجامع إلخ" إنما ذكر رواية "الجامع الصغير" بهذا اللفظ المذكور، لأن فيه فائدتين أحدهما: أنه قيد فيه بالفقهاء، لأن القاضي إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاءه بموضع الاجتهاد، فعلى قول العامة لا يجب على الثاني تنفيذ حكمه. والثانية: أنه قيد بقوله: يرى غير ذلك، ففي رواية القدوري لم يتعرض ذلك، وكان يحتمل أن يحمل قوله: أمضاه فيما إذا كان رأي القاضي الثاني موافقا لحكم الأول، وأما إذا كان مخالفاً فلا يمضيه، وأما رواية "الجامع الصغير" فتحكم، بأن ذلك الإمضاء عام سوى المستثنيات من مخالفة الكتاب أو السنة أو الإجماع فإنه لما كان يمضي حكم القاضي الأول فيما يخالف رأيه ينفذ فيما كان يوافقه أولى. (نهاية)

قاضٍ آخر يرى غير ذلك أمضاه[١]، والأصل[٢] أن القضاء متى لاقى فصلا مجتهدًا فيه ينفذ، ولا يرده غيره، لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول[٣]، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، فلا ينقض[٤] بما هو دونه[٥].

ولو قضى[٦] في المجتهد فيه مخالفًا لرأيه ناسيًا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان[٧] عامدًا ففيه روايتان، ووجه النفاذ[٨] أنه ليس بخطأ بيقين[٩]، وعندهما لا ينفذ في الوجهين[١٠]، لأنه قضى بما هو خطأ عنده[١١]، وعليه الفتوى، ثم المجتهد فيه[١٢] أن لا يكون مخالفًا؛ لما ذكرنا، والمراد بالسنة المشهورة منها، وفيما اجتمع عليه الجمهور[١٣] لا يعتبر مخالفة البعض[١٤] وذلك خلاف، وليس

---

(١) القضاء الأول.

(٢) قوله: "والأصل" أي في تنفيذ القاضي ما رفع إليه إذا لم يكن مخالفًا للأدلة المذكورة أن إلخ. (ع)

(٣) في احتمال الخطأ.

(٤) الأول، وإلا فينقض الثاني بالثالث وهكذا.

(٥) أي أدنى درجة منه، وهو ما لم يتصل القضاء به. (ن)

(٦) القاضي.

(٧) أي يتعمد مخالفة مذهبه.

(٨) قوله: "ووجه النفاذ [وهو دليل النسيان أيضًا. ع] إلخ" ووجه عدم النفاذ أنه زعم فساد قضاءه وهو مؤاخذ بقضاءه بزعمه. (ع)

(٩) لكونه مجتهدًا فيه. (عناية)

(١٠) النسيان والعمد.

(١١) فهو زاعم بفساد قضاءه.

(١٢) قوله: "ثم المجتهد فيه إلخ" لما ذكر أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه، فقال: ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفًا لما ذكرناه من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع، فإذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه، ولو نفذ ثم رفع إلى قاض ثالث نقض، لأنه باطل بخلاف المجتهد فيه، فإذا رفع إلى الثاني نفذه كما مر، فإن نقضه فرفع إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الأول، ويبطل الثاني، لأن الأول كان في محل الاجتهاد، وهو نافذ بالإجماع. والثاني مخالف للإجماع فلا ينفذ، والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾، فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزويج امرأة الأب وجاريته، ووطئها إن وطئها الأب، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع إليه. (ع)

(١٣) أي أجل الناس، وأكثرهم. (ع)

(١٤) قوله: "لا يعتبر إلخ" فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه، وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف مما لم يسوغ اجتهاده ذلك، وأنكر الجميع قوله كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل، فإنه لم يسوغ له ذلك حتى روى أنه رجع إلى قولهم، ولم يتبعه أحد، وأنكروا عليه. فإذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه، لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه، فأما إذا سوغ له ذلك لم ينعقد الإجماع بدونه، كقول ابن عباس في اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من

باختلاف، والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول[١].

قال[٢]: وكل شيء قضى به القاضى فى الظاهر بتحريمه[٣]، فهو فى الباطن كذلك[٤] عند أبى حنيفة رحمه الله، وكذا إذا قضى بإحلال[٥]، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين[٦]، وهى مسألة قضاء القاضى فى العقود[٧]، والفسوخ بشهادة الزور، وقد مرت فى النكاح.

قال: ولا يقضى[٨] القاضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه[٩]، وقال الشافعى رحمه الله: يجوز[١٠] لوجود الحجة، وهى البينة، فظهر الحق، ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة[١١]، ولا منازعة بدون الإنكار[١٢]، ولم يوجد[١٣]، ولأنه[١٤]

الأخوة، فإن حكم به حاكم لم يكن مخالفًا للإجماع. (عناية)

(١) قوله: "والمعتبر الاختلاف إلخ" معناه أن الاختلاف الذى يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذى كان بين الصحابة والتابعين، لا الذى يقع بعدهم وعلى هذا إذا حكم الشافعى أو المالكى برأيه بما يخالف رأى من تقدم عليه من الصدر الأول، ورفع ذلك إلى حاكم لم ير بذلك كان له أن ينقضه. (ع)

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٣) أى فيما بيننا. (ع)

(٤) قوله: "فهو فى الباطن [أى عند الله. ع] كذلك [أى حرام]" ومن صوره: امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثًا، وأقامت بينة كاذبة، وقضى القاضى بالفرقة، وتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف رحمهما الله أولا: لا يحل للزوج الأول وطئها ظاهراً وباطنًا، ويحل للثانى ظاهراً وباطنًا علم بحقيقة الحال أو لا، وعلى قول محمد رح لا يحل للثانى وطئها إذا كان عالمًا بحقيقة الحال. (عينى)

(٥) قوله: "وكذا إذا قضى إلخ" يعنى إذا قضى القاضى بإحلال شيء فى الظاهر فهو فى الباطن كذلك، ومن صوره رجل ادعى على امرأة نكاحا، وهى تجحد، فأقام عليها شاهدى زور، وقضى القاضى بالنكاح بينهما حل للزوج وطئها، وحل للمرأة التمكين عند أبى حنيفة، وعند محمد رحمه الله لا يحل لهما ذلك. (عينى)

(٦) قوله: "بسبب معين [كنكاح، أو بيع، أو طلاق، أو عتاق لا فى الأملاك المرسلة. عناية]" وأما لو ادعى ملكا مطلقًا بلا بيان السبب فالقضاء فيها بشهادة الزور لا ينفذ باطنا بالإجماع، لأن هناك لا يمكن تصحيح القضاء باطنا، لأنه لا يمكن إنشاء الملك سابقًا، لأن إنشاء الملك مطلقًا بلا سبب ليس فى وسع العباد، وتعذر إنشاء السبب، لأن فى أسباب الملك كثرة، وليس البعض بأولى من البعض. (نهاية)

(٧) قوله: "فى العقود" منها ما إذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشترى مثل ما إذا قال: بعتنى هذه الجارية، أو من جهة البائع، مثل ما إذا قال: اشتريت منى هذه الجارية، فإنه يحل للمشترى وطئها فى الوجهين جميعًا. ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد فى الجارية، وأقام شاهدى زور، وقضى القاضى بالفرقة(ع)

(٨) هذا قول القدورى.

(٩) كالوكيل.

(١٠) قوله: "يجوز" أى إذا غاب عن البلد، أو عن مجلس الحكم، واستتر فى البلد، وإلا لا، لأن فى الاستتار تضييع الحقوق دون غيره. (ع)

(١١) قوله: "لقطع المنازعة" لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقر بالحق لا حاجة إليها. (عينى)

يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم، فيشتبه وجه القضاء، لأن أحكامهما[١] مختلفة. ولو أنكر[٢] ثم غاب، فكذلك الجواب[٣]، لأن الشرط[٤] قيام الإنكار وقت القضاء، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله[٥]، ومن يقوم مقامه[٦] قد يكون نائبًا بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي[٧]، وقد يكون حكمًا[٨] بأن كان ما يدعى على الغائب سببًا لما يدعيه[٩] على الحاضر[١٠]، وهذا[١١]

---

(١٢) قوله: "ولا منازعة بدون الإنكار" فإن قيل: قد عملتم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت، أجيب بأن الشرع أنزله منكرًا حملا لأمره على الصلاح، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت لو كان عليه دين.
وإن قال: سلمنا أن لا منازعة إلا بانكار لكنه موجود ظاهراً فيما نحن فيه، فإن الأصل عدم الإقرار، إذ الأصل في اليد الملك، قلنا: ممنوع، فإن الظاهر من حالة الإقرار لأن المدعى صادق ظاهراً لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل فهو لا يترك الإقرار بعقله ودينه أيضًا. (ع)

(١٣) قوله: "ولم يوجد [أي الإنكار]" والبينة بدون حضوره ليس بحجة لاحتمال أن يطعن في الشهود، أو يسلم الدعوى ويدعى الأداء.

(١٤) دليل آخر على المطلوب، والضمير للشان. (ع)

(١) قوله: "لأن أحكامهما" أي أحكام القضاء مع البينة عند الإنكار، وأحكام القضاء مع الإقرار مختلفة، فإن حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة، وعلى الأصل لا على الاقتصار في الحال، وحكم القضاء بالإقرار بخلافه.
بيانه: رجل اشترى جارية، فولدت عنده، فاستحقها رجل بالبينة، فإنه يأخذها وولدها، وإن أقر بها لم يأخذ ولدها، لأن البينة حجة مطلقة، لأنها كاسمها مبينة مظهرة ملك الجارية من الأصل، فيكون الولد متفرعًا من جارية مملوكة للمستحق، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على البعض، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير، ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض. (كفاية)

(٢) المدعى عليه.

(٣) قوله: "فكذلك الجواب [لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء. عناية]" يعني لا يقضي القاضي في غيبته وإن وجد منه الإنكار، وكذا إذا أنكر، وسمع البينة ثم غاب قبل القضاء. (ع)

(٤) أي شرط صحة البينة. (ن)

(٥) قوله: "وفيه خلاف أبي يوسف" فإنه يقول: الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء، وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب، وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات. (ع)

(٦) قوله: "ومن يقوم إلخ" لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك. (ع)

(٧) قوله: "كالوصي إلخ" احتراز عن المسخر من جهة القاضي، فإن فيه اختلاف الروايتين، فإنه ذكر في "الذخيرة": إذا نصب القاضي مسخراً عن الغائب لا يجوز، ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه، وتفسير المسخر: أن ينصب القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه. (نهاية)

(٨) أي من حيث الحكم. (ك)

(٩) قوله: "سببًا [أي سببًا لازمًا. ع] لما يدعيه إلخ" أي سببًا لا محالة، أما إذا لم يكن سببًا لا محالة لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب كما إذا قال لامرأة رجل غائب: إن زوجك وكلني أن أحملك إليه، فقالت المرأة: إنه كان طلقني ثلاثًا، وأقامت على ذلك بينة، قبلت بينتها في قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق فالمرأة تحتاج إلى إعادة البينة، لأن المدعى به على الغائب وهو الطلاق ليس سببًا لثبوت ما يدعى على الحاضر، وهو قصر يد الوكيل، فإن الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل، بأن لم يكن وكيلا

في غير صورة في الكتب، أما إذا كان[١] شرطًا لحقه[٢]، فلا يعتبر به[٣] في جعله[٤] خصمًا عن الغائب، وقد عرف تمامه في "الجامع[٥]".

قال[٦]: ويقرض القاضي أموال اليتامى[٧]، ويكتب[٨] ذكر الحق؛ لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال[٩] محفوظة[١٠] مضمونة، والقاضي يقدر على الاستخراج، والكتابة لتحفظه. وإن أقرض الوصي ضمن[١١]؛ لأنه[١٢] لا يقدر على

بالحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان كيلا بالحمل قبل الطلاق، فكان المدعى على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه، فقلنا: إنه يقضى بقصر يد الوكيل، ولا يقضى بالطلاق والعتاق عملا بهما. (ك)

(١٠) قوله: "على الحاضر" كما إذا ادعى دارًا في يد رجل أنها داره اشتراها من فلان الغائب، وهو يملكها، وأنكر ذو اليد، وقال: الدار داري، وأقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، لأن ما يدعى على الغائب وهو الشرى منه سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر، لأن الشرى من المالك سبب له لا محالة. (ك)

(١١) قوله: "وهذا [أي له نظائر في الكتب] في غير صورة إلخ" منها إذا ادعى الشفعة في دار إنسان، وقال ذو اليد: الدار داري ما اشتريتها من أحد، فأقام المدعي البينة أن ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم، وهو يملكها، وأنه شفيعها يقضى بالشرى في حق ذي اليد والغائب جميعًا. (ن)

(١) أي ما يدعى على الغائب.

(٢) أي لحق المدعى على الحاضر.

(٣) قوله: "فلا يعتبر به" هذا قول عامة المشايخ، وأما على قول بعض المتأخرين منهم فخر الإسلام علي البزدوي، وشمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله: فللشرط اعتبار أيضًا كما للسبب، لأن دعوى المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط أيضًا. وصورته رجل قال لامرأته: إن طلق فلان امرأته فأنت طالق، ثم إن امرأة الحالف ادعت عليه أن فلانًا طلق امرأته، وفلان غائب، وأقامت البينة لا يقبل منها هذه البينة، ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها، وقد أفتى بعض المتأخرين بقبول هذه البينة هذا إذا كان شرطًا يتضرر به الغائب، أما إذا كان شرطًا لا يتضمن ضررًا كما لو قال لامرأته: إن دخل فلان الدار فأنت طالق، ثم إن المرأة أقامت البينة أن فلانا دخل الدار، وفلان غائب يقبل هذه البينة، ويحكم بوقوع الطلاق عليها. (كفاية)

(٤) الحاضر.

(٥) الصغير.

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٧) للتفاوت.

(٨) قوله: "ويكتب" اى يكتب كتابًا، وهو الصك لأجل ذكر الحق وهو الأقراض.

(٩) قوله: "لبقاء الأموال محفوظة" فإن القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة، وإن حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك، فلم تكن مضمونة بالقرض تصير محفوظة مضمونة.

فإن قيل: نعم، هو كذلك لكن لم يومن من التوى لجحود المستقرض، أجاب بقوله: والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلومًا له، وبالكتابة يحصل الحفظ، وينتفي النسيان. (ع)

(١٠) قوله: "محفوظة" ولو كان المستقرض معسرًا في الابتداء لا يجوز له أن يقرضه مال اليتيم. (كفاية)

(١١) قوله: "وإن أقرض الوصي [مال اليتامى] إلخ" أي ليس للوصي أن يقرض، فإن فعل ضمن، لأن الحفظ والضمان وإن كانا موجودين بالإقراض لكن مخافة التوى مانعة لعدم قدرته على الاستخراج، لأنه ليس كل قاضي يعدل،

الاستخراج، والأب بمنزلة الوصي[١] في أصح الروايتين[٢] لعجزه[٣] عن الإستخراج.

باب التحكيم[٤]

وإذا حكّم[٥] رجلان رجلا، فحكم بينهما، ورضيا بحكمه جاز؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، فصح تحكيمهما، وينفذ حكمه عليهما[٦]، وهذا إذا كان المحكّم بصفة الحاكم، لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما، فيشترط أهلية القضاء[٧]، ولا يجوز[٨] تحكيم الكافر، والعبد، والذمي[٩]، والمحدود في القذف[١٠]، والفاسق، والصبي[١١]؛ لانعدام أهلية القضاء، اعتباراً[١٢] بأهلية الشهادة، والفاسق إذا حكّم يجب أن يجوز عندنا كما مر[١٣] في المولّى.

ولكل واحد من المحكّمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما؛ لأنه مقلد من

ولا كل بينة تعدل. (ع)

(١٢) الوصي.

(١) في إقراض مال الصغير.

(٢) قوله: "في أصح الروايتين" وبمنزلة القاضي في رواية، لأن ولاية الأب تعم المال والنفس، كولاية القاضي، وشفقته تمنعه من ترك النظر له، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده، وإن أخذ الأب قرضاً لنفسه قالوا: يجوز، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال: ليس للأب أن يستقرض مال الصغير لنفسه. (كفاية)

(٣) أب.

(٤) قوله: "باب التحكيم" هذا باب من فروع القضاء، وتأخيره من حيث إن الحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه، وعموم ولاية القاضي، وهو مشروع بالكتاب، والإجماع.
أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم. (عناية)

(٥) أي فوضا الحكم إليه. (نهاية)

(٦) قوله: "وينفذ حكمه عليهما" لا على غيرهما حتى لو ظفر المشتري بعيب، فحكم هو والبائع رجلا، فرده على البائع بحكمه لم يكن للبائع أن يرده على بائعه. (عيني)

(٧) قوله: "فيشترط أهلية القضاء [من الإسلام والبلوغ، والعقل، والحرية]" فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز، لأنها من أهل الشهادة فيها. (ع)

(٨) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (عيني)

(٩) قوله: "والذمي" هذا إن حكم المسلمون، وإن حكم أهل الذمة جاز، لأنه من أهل الشهادة بينهم، وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه، وتقليد الذمي ليحكم أهل الذمة صحيح، دون أهل الإسلام. (ع)

(١٠) وإن تاب، لأنه ليس من أهل الشهادة عندنا.

(١١) هذا كله من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول. (ن)

(١٢) مرتبط بالانعدام.

(١٣) قوله: "كما مر" في أول أدب القاضي من أن الفاسق لا ينبغي أن يقلد القضاء، ولو قلد جاز. (ع)

جهتهما، فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً[١]، وإذا حكم لزمهما[٢]؛ لصدور حكمه عن ولاية عليهما، وإذا رفع حكمه إلى القاضى فوافق[٣] مذهبه أمضاه[٤]؛ لأنه لا فائدة فى نقضه، ثم فى إبرامه[٥] على ذلك الوجه[٦]، وإن خالفه[٧] أبطله؛ لأن حكمه لا يلزمه[٨] لعدم التحكيم منه.

ولا يجوز التحكيم فى الحدود والقصاص[٩]؛ لأنه لا ولاية[١٠] لهما[١١] على دمهما، ولهذا لا يملكان الإباحة[١٢]، فلا يستباح[١٣] برضاهما. قالوا[١٤]: وتخصيص[١٥] الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم فى سائر المجتهدات[١٦]

---

(١) قوله: "فلا يحكم إلخ" لأن ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما، وأما عدمه فلا يحتاج إلى عدمهما بل بعدم أحدهما، وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغى أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضاً.

فإن قيل: إخراج أحدهما سعى فى نقض ما تم من جهته، قلنا: ما تم الأمر، وإنما التمام بعد الحكم، ولا نقض حينئذ فإنه لا رجوع لواحد منهما حينئذ. (عناية)

(٢) الحكم، كالقاضى إذا قضى ثم عزل فإنه لازم. (ع)

(٣) ذلك الحكم.

(٤) قوله: "أمضاه" وفائدة إمضاءه أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه، ولو لم يمض لتمكن، لأن إمضاء الأول بمنزلة حكم نفسه. (عناية)

(٥) إبرام استوار كردن. (م)

(٦) أى على الوجه الذى حكم المحكم.

(٧) الحكم أى مذهب القاضى.

(٨) قوله: "لأن حكمه لا يلزمه" بخلاف حكم الحاكم كما تقدم، فإنه لا يبطله الثانى، وإن خالف مذهبه لعموم ولايته، فكان قضاءه حجة فى حق الكل، فلا يجوز لقاض آخر أن يرده. (عناية)

(٩) قوله: "ولا يجوز التحكيم إلخ" لا يجوز التحكيم فى الحدود الواجبة حقاً لله تعالى باتفاق الروايات، لأن الإمام هو المتعين لاستيفاءها، وأما فى حد القذف والقصاص فقد اختلف فيه، قال شمس الأئمة من أصحابنا: من قال: التحكيم فى حد القذف والقصاص جائز، وذكر فى "الذخيره" عن صلح "الأصل": أن التحكيم فى القصاص جائز، لأن الاستيفاء إليهما، وهما من حقوق العباد، فيجوز التحكيم كما فى الأموال، وذكر الخصاف أن التحكيم لا يجوز فى الحدود والقصاص، واختاره المصنف رحمهم الله تعالى. (عناية)

(١٠) قوله: "لأنه لا ولاية إلخ" هو دليل القصاص، ولم يذكر دليل الحدود، قالوا فى ذلك: لأن حكم المحكم ليس بحجة فى حق غير المحكمين، فكانت فيه شبهة، والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات، وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف رحمه الله. (ع)

(١١) المحكمين.

(١٢) أى إباحة الدم.

(١٣) الدم.

(١٤) أى المتأخرون من مشايخنا. (عناية)

(١٥) أى تخصيص القدورى.

(١٦) كالكنايات فى جعلها رجعية.

كالطلاق[١] والنكاح[٢] وغيرهما، وهو صحيح، إلا أنه لا يفتى به، ويقال: يحتاج إلى حكم المولى[٣] دفعًا لتجاسر العوام فيه[٤].

وإن حكماه في دم خطأ[٥]، فقضى[٦] بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه؛ لأنه لا ولاية له عليهم، إذ لا تحكيم من جهتهم[٧]، ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي، ويقضي[٨] بالدية على العاقلة[٩]، لأنه[١٠] مخالف لرأيه، ومخالف للنص[١١] أيضًا[١٢]، إلا[١٣] إذا ثبت القتل بإقراره[١٤]؛ لأن العاقلة لا تعقله[١٥].

ويجوز أن يسمع[١٦] البينة، ويقضي بالنكول، وكذا بالإقرار؛ لأنه[١٧] حكم موافق للشرع، ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين[١٨]، أو بعدالة الشهود، وهما[١٩] على

---

(١) قوله: "كالطلاق إلخ" ذكر في "الذخيرة": إذا رفع اليمين بالطلاق المضاف إلى الملك إلى حاكم أصحاب الشافعي ليبطل اليمين، ويجوز النكاح، فالأحسن له أن يقول: أبطلت هذه اليمين، ونقضت هذا الطلاق عملا بقول عليه السلام: «لا طلاق قبل النكاح». (نهاية)

(٢) بغير إذن المولى.

(٣) كما في الحدود والقصاص.

(٤) أي كيلا يتطرق الجهالة إلى ذلك هوى إلى هدم مذهبنا. (ع)

(٥) كما إذا رأى صيداً، فإذا أصاب آدميا.

(٦) الحكم.

(٧) وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين.

(٨) القاضي.

(٩) قوله: "على العاقلة" أي أهل النصرة من أهل الديون، أو القبيلة، أو أهل الحرف، أو غيرهم.

(١٠) أي لأن حكم المحكم على القاتل بالدية.

(١١) قوله: "ومخالف للنص أيضاً" وهو حديث حمل بن مالك أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال للأولياء: قوموا فدوه. (ك)

(١٢) على ما يأتي في كتاب المعاقل. (ن)

(١٣) استثناء من قوله: رده القاضي. (ع)

(١٤) حينئذ يجوز الحكم بالدية في مال القاتل.

(١٥) قوله: "لأن العاقلة لا تعقله [ما عقل القتيل ديت داد كشته را. من]" وأما أروش الجروحات إن كانت بحيث لا يتحملها العاقلة، وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة، وهو خمس مائة درهم، ويثبت ذلك بالإقرار، أو النكول أو كانت عمداً، أو قضى على الجاني جاز، لأنه لا يخالف حكم الشرع، وقد رضي الجاني بحكمه عليه، فيجوز. وإن كانت بحيث يتحملها العاقلة بأن كانت خمس مائة فصاعداً، وقد يثبت الجناية بالبينة، وكان خطأً لا يجوز قضاءه بها أصلا، لأنه إن قضى بها على الجاني فقد قضى بخلاف حكم الشرع، وإن قضى بها على العاقلة فالعاقلة ما رضوا بحكمه. (ن)

(١٦) أي المحكم.

(١٧) أي لأن سماع البينة والقضاء بالنكول، وبالإقرار.

(١٨) قوله: "ولو أخبر إلخ" أي لو قال المحكم بينهما لأحدهما: قد أقررت عندي لهذا بكذا، أو كذا، أو قامت

تحكيمهما يقبل قوله[١]؛ لأن الولاية قائمة، ولو أخبر بالحكم[٢] لا يقبل قوله لانقضاء الولاية، كقول المولى بعد العزل.

وحكم الحاكم لأبويه، وزوجته، وولده باطل، والمولى والمحكم فيه[٣] سواء، وهذا[٤] لأنه لا تقبل شهادته[٥] لهؤلاء[٦] لمكان التهمة، فكذالك لا يصح القضاء لهم، بخلاف ما إذا حكم عليهم، لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة، فكذا القضاء، ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما[٧]، لأنه[٨] أمر يحتاج فيه إلى الرأى، والله أعلم بالصواب.

مسائل شتى من كتاب القضاء[٩]

قال[١٠]: وإذا كان علو لرجل، وسفل لآخر، فليس لصاحب السفل أن يَتِد[١١] فيه وتدا[١٢]، ولا ينقب[١٣] فيه كوة[١٤] عند أبى حنيفة رحمه الله، معناه بغير رضا

عندى عليك بينة لهذا بكذا وبكذا، فعدلوا عندى، وقد ألزمتك ذلك، وحكمت به لهذا عليك، وأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشيء، أو قامت البينة عليه بشيء لم يلتفت إلى قوله، وأمضى القضاء عليه ونفذ، لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك، فيملك الإقرار كالقاضى المولى إذا قال فى حال قضاءه لإنسان: قضيت عليك لهذا بإقرارك، أو بينة قامت عندى على ذلك، فإنه يصدق فى ذلك، ولا يلتفت إلى إنكار المقضى عليه، فكذا ههنا، إلا أن يخرجه من الحكم، ويعزله عنه قبل أن يقول: قد حكمت عليك، ثم قال المحكم بعد ذلك لم يصدق. (ك)

(١٩) أى الخصمان.

(١) المحكم.

(٢) قوله: "ولو أخبر بالحكم" مثل أن يقول المحكم: كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق، لأنه إذا حكم صار معزولا فلا يقبل قوله: إنى حكمت بكذا كالقاضى المولى إذا قال بعد عزله حكمت بكذا. (ع)

(٣) أى فى بطلان الحكم.

(٤) أى بطلان الحكم.

(٥) رجل.

(٦) أى الأبوين والزوجة والولد.

(٧) قوله: "لا بد من اجتماعهما" حتى لو حكم أحدهما دون الآخر لا يجوز، لأنهما رضيا برأيهما، ورأى الواحد لا يكون كرأى الاثنين. (ن)

(٨) أى لأن الحكم.

(٩) قوله: "مسائل شتى [أى متفرقة جمع شتيت]" ذكر فى آخر كتاب أدب القاضى مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب، ويترجمونه بمسائل شتى، أو منثورة، أو متفرقة، وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها إلى آخر كتاب القضاء، ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرجم، وأنه لجدير بالتأخير لا محالة. (ع)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) ميخ زند.

(١٢) ميخ.

صاحب العلو. وقالا: يصنع ما لا يضر بالعلو[١]، وعلى هذا الخلاف[٢] إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه[٣]. قيل: ماحكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله[٤]، فلا خلاف، وقيل[٥]: الأصل عندهما الإباحة؛ لأنه تصرف فى ملكه، والملك يقتضى الإطلاق[٦]، والحرمة بعارض الضرر، فإذا أشكل[٧] لم يجز المنع، والأصل عنده الحظر[٨]؛ لأنه تصرف[٩] فى محل تعلق به حق محترم للغير[١٠] كحق المرتهن والمستأجر[١١]، والإطلاق[١٢] بعارض[١٣]، فإذا أشكل[١٤] لا يزول المنع، على أنه لا يعرى[١٥] عن نوع ضرر بالعلو من توهين[١٦] بناء أو نقضه، فيمنع عنه.

قال[١٧]: وإذا كانت زائغة[١٨] مستطيلة تنشعب[١٩] منها زائغة مستطيلة، وهى[٢٠]

---

(١٣) نقب سوراخ كردن ديوار وجزآن. (م)

(١٤) كوه -بالفتح وبضم- روزن خانه. (من)

(١) لأن التصرف حصل فى ملكه. (ع)

(٢) بين الإمام وصاحبيه.

(٣) يعنى زيادة على ما كان. (ك)

(٤) قوله: "تفسير إلخ" يعنى أن أبا حنيفة رحمه الله إنما منع صاحب السفل عن أن يتد فيه وتدا، أو أن ينقب فيه كوة لأن صاحب العلو يتضرر به، ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو قولهما، فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر فيه الآخر فصلا مجمعاً عليه." (ك)

(٥) أى ليس هذا تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله بل بينهما خلاف لأن الأصل إلخ.

(٦) الإباحة.

(٧) قوله: "فإذا أشكل" يعنى إذا لم يعلم أنه يضره أم لا لا يجوز المنع، لأن الأصل الإطلاق فى تصرف ملكه.(ب)

(٨) منع.

(٩) وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه.

(١٠) وهو صاحب العلو.

(١١) قوله: "كحق المرتهن والمستأجر" فإنهما يمنعان المالك عن التصرف فى المرهون والمستأجر. (مل)

(١٢) للتصرف.

(١٣) وهو الرضاء دون عدم الضرر. (ع)

(١٤) بأن لم يعلم أن فيه ضرراً أم لا؟

(١٥) قوله: "على أنه لا يعرى إلخ" إشارة إلى أن القياس قول أبى حنيفة رحمه الله، فوجب منعه. (ك)
قوله: "لا يعرى" فلا يملك صاحب السفل أن يهدم كل الجدار أو السقف، فكذا بعضه.

(١٦) سست كردن. (م)

(١٧) أى محمد. (عينى)

(١٨) السكة. (ع)

(١٩) عن يمينها ويسارها. (ع)

(٢٠) قوله: "وهى" أى الزائغة الثانية المنشعبة غير نافذة، ولا فرق فى الأولى بين أن تكون نافذة أو غير نافذة فى أن

غير نافذة، فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابًا فى الزائغة القصوى ؛ لأن فتحه[١] للمرور، ولا حق لهم فى المرور، إذ هو[٢] لأهلها[٣] خصوصًا[٤]، حتى لا يكون لأهل الأولى[٥] فيما بيع فيها[٦] حق الشفعة، بخلاف النافذة[٧]، لأن المرور فيها حق العامة[٨]، قيل: المنع من المرور لا من فتح الباب، لأنه رفع جداره[٩]، والأصح أن المنع من الفتح، لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور فى كل ساعة، ولأنه عساه[١٠] يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب[١١].

وإن كانت[١٢] مستديرة قد لزق طرفاها فلهم[١٣] أن يفتحوا بابًا ؛ لأن لكل واحد منهم حق المرور فى كلها، إذ هي ساحة مشتركة، ولهذا يشتركون[١٤] في الشفعة إذا بيعت دار منها. قال[١٥]: ومن ادعى فى دار دعوى[١٦]، وأنكرها الذى هى[١٧] فى يده، ثم صالحه[١٨] منها فهو جائز[١٩]، وهى مسألة الصلح على الإنكار، وسنذكرها

لا حق لأهلها فى المنشعبة بخلاف ما إذا كانت المنشعبة بنافذة، لأن المرور فيها حق العامة، فلأهل الأولى فتح الباب فيها. (ك)

(١) الباب.

(٢) المرور.

(٣) أى لأهل المنشعبة.

(٤) لكونها غير نافذة. (ع)

(٥) أى السكة الأولى؛ لأن تلك السكة لهم خاصة لكونها غير نافذة. (ع)

(٦) أى فى السكة المنشعبة.

(٧) المنشعبة.

(٨) لا للسكان خاصة.

(٩) وله أن يرجع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى. (ع)

(١٠) لعله.

(١١) قوله: "يدعى الحق [بعد فتح الباب] إلخ" لأنه إذا فعل ذلك، وتقادم العهد ربما يدعى شركة فى الطريق فى تلك الزائغة يستدل على ذلك بالباب والميزاب، ويكون القول قوله من هذا الوجه، فيمنع منه. (ك)

(١٢) قوله: "وإن كانت" أى الزائغة الثانية مستديرة، أى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة، فلكل واحد منهم أن يفتح بابه فى أى موضع شاء، لأنها سكة واحدة من أولها إلى آخرها، وهى بينهم على الشركة. (ن)

(١٣) أى لأهل الزائغة الأولى.

(١٤) أهل الزائغة الأولى.

(١٥) أى محمد. (عينى)

(١٦) ولم يبين المدعى ثلث أو ربع، أو نحوها. (ك)

(١٧) الدار.

(١٨) المدعى.

(١٩) قوله: "فهو جائز" ولقائل أن يقول: جهالة المدعى إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أولا، فإن كان الثانى

فى الصلح إن شاء الله تعالى. والمدعى[١] وإن[٢] كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا؛ لأنه جهالة فى الساقط، فلا تفضى[٣] إلى المنازعة[٤] على ما عرف[٥].

قال[٦]: ومن ادعى داراً في يد رجل[٧] أنه وهبها له[٨] في وقت، فسئل البينة،[٩] فقال[١٠]: جحدني الهبة[١١]، فاشتريتها، وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا تقبل بينته؛ لظهور التناقض، إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة[١٢]، وهم يشهدون[١٣] به[١٤] قبلها[١٥]، ولو شهدوا به[١٦] بعدها[١٧] تقبل لوضوح التوفيق[١٨].

صح دعوى من ادعى على إنسان شيئًا، لكنها لم تصح، ذكره فى "النهاية" ناقلا عن الفوائد الظهيرية، وإن كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح. والجواب باختيار الشق الأول، ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه، لأن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح، لأنه يقطع الشغب والخصام، وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق. (ع)

(١) قوله: "والمدعى إلخ" جواب عما يقال: كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى، ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى. (مل)

(٢) الواو وصلية.

(٣) هذه الجهالة.

(٤) والمانع ما أفضى إلى المنازعة.

(٥) فى كتاب الصلح.

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) قوله: "ومن ادعى إلخ" أى ادعى داراً فى يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلا، وسلمها، وأنها ملكه بطريق الهبة والتسليم، وجحد دعواه ذو اليد، فسئل البينة فقال: لى بينة تشهد على الشراء لأنى طلبت منه، فجحد فى الهبة فاضطررت إلى شراءها منه، وأشهدت عليه، وأقام المدعى البينة إلخ. (ع)

(٨) المدعى.

(٩) على دعواه.

(١٠) المدعى.

(١١) وما كانت لى بينة فى حق الهبة.

(١٢) قوله: "إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة" لأنه قال: جحدنى الهبة فاشتريتها، والفاء للتعقيب. (ك)

(١٣) فكانت الشهادة مخالفة للدعوى. (ع)

(١٤) أى بالشراء.

(١٥) الهبة.

(١٦) قوله: "ولو شهدوا إلخ" يريد به لو ادعى الشراء بعد الهبة، وشهدوا بالشراء بعد الهبة. (ك)

(١٧) الهبة.

(١٨) قوله: "لوضوح التوفيق" لأنه يمكنه أن يقول: وهب منذ شهر، ثم جحدنى الهبة، فاشتريتها هذا للأسبوع،

ولو كان ادعى الهبة، ثم أقام البينة على الشراء قبلها[١]، ولم يقل جحدنى الهبة، فاشتريتها لم تقبل[٢] أيضًا، ذكره فى بعض النسخ[٣]، لأن دعوى الهبة[٤] إقرار منه بالملك[٥] للواهب، ودعوى الشراء[٦] رجوع منه[٧]، فعد مناقضًا[٨]، بخلاف ما إذا ادعى الشراء[٩] بعد الهبة[١٠]، لأنه تقرير ملكه عندها[١١].

ومن قال لآخر: اشتريت منى هذه الجارية، فأنكر الآخر إن أجمع[١٢] البائع على ترك الخصومة[١٣] وسعه[١٤] أن يطأها[١٥]؛ لأن المشترى لما جحد[١٦] كان فسخًا من جهته، إذ الفسخ يثبت به[١٧]، كما إذا تجاحدا[١٨]، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ[١٩]، وبمجرد العزم[٢٠] وإن[٢١] كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل[٢٢]،

وهذه المسألة تدل على أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يكن للتوفيق، أما إذا أمكن فلا. (ك)

(١) الهبة.

(٢) البيعة.

(٣) للجامع الصغير.

(٤) فى وقت. (ك)

(٥) فى ذلك الوقت. (ك)

(٦) قبل ذلك الوقت. (ك)

(٧) أى من ذلك الإقرار.

(٨) قوله: "فعد مناقضًا" لأنه وإن كانت الشهادة موافقة للدعوى إلا أنه مناقض فى الدعوى. (ك)

(٩) قوله: "بخلاف ما إلخ" فإن قيل: ينبغى أن لا تقبل بينته فى هذا الوجه أيضًا، لأنه ادعى شراء باطلا، لأنه ادعى شراء ما ملكه بالهبة. قلنا: إذا جحد الهبة فقد فسخها، إذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ له بخلاف النكاح، لأنه لا يحتمل الفسخ، فانفسخت الهبة فى حق المدعى عليه، وتوقف فى حق الآخر على رضاه، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فقد تم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما، فإذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه، فصح. (ك)

(١٠) حيث تقبل بينته.

(١١) الهبة.

(١٢) قوله: "إن أجمع البائع" أى عزم بقلبه، وقيل: إن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه. (ع)

(١٣) أى عزم وقصد ترك الخصومة. (ن)

(١٤) أى حل له، أى البائع.

(١٥) جارية.

(١٦) العقد. (عناية)

(١٧) قوله: "إذ الفسخ يثبت به" أى بالجحود، لأن الجحود كناية عن الفسخ، لأن الفسخ رفع العقد من الأصل، والجحود إنكار العقد من الأصل، فكان بينهما مناسبة، فيجعل أحدهما مجازًا عن الآخر. (ن)

(١٨) فإنه يجعل فسخًا لا محالة. (ع)

(١٩) من الجانبين. (ع)

وهو إمساك الجارية ونقلها[١] وما يضاهيه[٢]، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى[٣] فات رضا البائع، فيستبد[٤] بفسخه.

قال: ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم[٥]، ثم ادعى أنها زيوف صدق[٦]، وفى بعض النسخ[٧] اقتضى، وهو[٨] عبارة عن القبض أيضًا، ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة، ولهذا[٩] لو تجوز بها[١٠] فى الصرف والسلم جاز، والقبض لا يختص بالجياد[١١]، فيصدق[١٢]، لأنه أنكر قبض حقه[١٣]، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد، أو حقه، أو الثمن، أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحًا، أو دلالة فلا يصدق[١٤].

---

(٢٠) قوله: "وبمجرد العزم إلخ" جواب شبهة، وهو أن يقال: كيف يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ، وفسخ العقود لا يثبت بمجرد العزم، ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ بمجرد عزمه. (ك)

(٢١) الواو وصلية.

(٢٢) وذلك الفعل لا يحل بدون الفسخ، فيوجد الفسخ دلالة. (ع)

(١) من موضع الخصومة إلى بيته. (ع)

(٢) كالاستخدام. (ع)

(٣) قوله: "ولأنه لما تعذر [بالجحود] إلخ" دليل آخر، والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان فى الأول مترتبًا على الفسخ من الجانبين، وجعل جحوده فسخًا من جانبه، والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع، وفى الثانى يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده. (ع)

(٤) أى يستقل البائع.

(٥) قرضًا، أو ثمن سلعة عنده أو غير ذلك. (ع)

(٦) قوله: "صدق [أى القول قوله مع اليمين]" سواء كان مفصولا أو موصولا، دل على ذلك دلالة ثم فى الكتاب، والتصريح به فى غيره. (ع)

(٧) أى فى بعض نسخ "الجامع الصغير" وقع موضع قبض اقتضى. (ع)

(٨) اقتضاء.

(٩) أى لكون الزيوف من جنس الدراهم.

(١٠) قوله: "لو تجوز بها إلخ" أى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال به كالصرف والسلم جاز، ولو لم يكن من جنسها كان التجويز استبدالا، وهو فيهما لا يجوز كما تقدم. (ع)

قوله: "لو تجوز بها إلخ" تجوز فى هذا آسان فرا گرفت آنرا، وچشم پوشى كرد، وتجوز الدراهم قبول كدر در مهارا با آنكه مغشوش بودند. (من)

(١١) قوله: "والقبض إلخ" جواب عما يقال: الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق، وهو الجياد، ولو أقر بقبض حقه، ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع عنه، فكذا هذا. (عينى)

(١٢) فى دعواه أنها زيوف.

(١٣) أى الجياد.

(١٤) قوله: "فلا يصدق" أى لا يصدق فيما إذا ادعى الزيافة بعد ذلك، لأنه تناقض، أما الأول فظاهر، وكذا فى

والنبهرجة[١] كالزيوف[٢]، وفي الستوقة[٣] لا يصدق[٤]، لأنه ليس من جنس الدراهم[٥] حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا[٦] لا يجوز، والزيف ما زيفه بيت المال[٧]، والنبهرجة ما يرده التجار[٨]، والستوقة ما يغلب عليها الغش[٩].

قال[١٠]: ومن قال لآخر: لك علي ألف درهم، فقال: ليس لي عليك شيء، ثم قال في مكانه: بل لي عليك ألف درهم، فليس عليه شيء[١١]؛ لأن إقراره هو الأول، وقد ارتد برد المقر له[١٢]، والثاني[١٣] دعوى، فلا بد من الحجة[١٤]، أو تصديق[١٥] خصمه[١٦]. بخلاف ما إذا قال لغيره: اشتريت[١٧]، وأنكر الآخر له أن يصدقه[١٨]، لأن[١٩] أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ[٢٠]، كما لا يتفرد بالعقد،

غيره، لأن حقه في الجياد، فكان الإقرار بقبض حقه مطلقًا إقرار منه بقبض الجياد، وكذا الإقرار بقبض الثمن والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام، فكان عبارة عن قبض حقه أيضًا. (ك)

(١) معرب نبهره، هو الدراهم الذي فضته رديئة،، وقيل: الذى الغلبة فيه للفضة. (نهاية)

(٢) قوله: "كالزيوف" أى فى حكم التصديق إذا قال قبض من فلان كذا درهمًا، ثم ادعى أنها نبهرجة يصدق، كما إذا قال: إنها زيوف. (عينى)

(٣) قوله: "وفى الستوقة" –بالفتح– أرداء من النبهرج، وعن الكرخى الستوقة عندهم ما كان الصفراء والنحاس هو الغالب، وفى "المبسوط": الستوقة كالفلوس فإنه صفر مموه من الجانبين، وهو معرب سه طاقة، أى الطاق الأعلى والأصفل فضة، والأوسط صفر. (ك)

(٤) لو ادعاها بعد الإقرار بقبض العشرة. (ع)

(٥) فصار مناقضاً.

(٦) أى الصرف والسلم.

(٧) قوله: "ما زيفه [تزييف زبون وناسره كردن درم. م] بيت المال" أى رده، وفى المغرب زافت عليه دراهمه أى صارت مردودة عليه بغش فيها، وقد زيفت، أى ردت. (ن)

(٨) ولعله أردأ من الزيوف. (ع)

(٩) لبن مغشوش مخلوط بالماء. (مغرب)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) أى على المقر.

(١٢) قوله: "وقد ارتد برد المقر له" فإن الإقرار بالدين يرتد برد المقر له، وكذا الإقرار بالعين، ولو صدق ثم رد لا يرتد. (ك)

(١٣) وهو قوله: بل لى عليك ألف درهم.

(١٤) أى البينة. (ع)

(١٥) ثانيًا.

(١٦) المقر.

(١٧) منى هذه الجارية.

(١٨) أى للآخر المقر له أى بعد الرد لأن الإقرار بالبيع لا يرتد برد المقر له. (ك)

(١٩) قوله: "لأن أحد" فبرده لا ينفسخ البيع، فلو صدق بعد ذلك والعقد قائم عمل تصديقه. (ك)

والمعنى[١] فيه أنه[٢] حقهما، فبقي العقد، فيعمل التصديق، أما المقر له يتفرد[٣] برد الإقرار، فافترقا. قال[٤]: ومن ادعى على آخر مالا فقال: ما كان[٥] لك علي شيء قط، فأقام المدعى البينة على ألف، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته[٦]، وكذلك[٧] على الإبراء. وقال زفر رحمه الله: لا تقبل، لأن القضاء يتلو الوجوب[٨]، وقد أنكره[٩]، فيكون مناقضاً[١٠]. ولنا: أن التوفيق ممكن، لأن غير الحق قد يقضى، ويبرأ منه دفعًا للخصومة، ألا ترى أنه يقال: قضى بباطل[١١]، وقد يصالح[١٢] على شيء، فيثبت[١٣]، ثم يقضي[١٤]، وكذا إذا قال: ليس لك علي شيء قط، لأن التوفيق أظهر[١٥]. ولو قال: ما كان لك على شيء قط، ولا أعرفك[١٦] لم يقبل بينته على القضاء، وكذا[١٧] على الإبراء لتعذر التوفيق، لأنه لا يكون بين اثنين

---

(٢٠) قوله: "لا يتفرد إلخ" قال فى الكافي: ذكر في الهداية: أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ، وذكر قبله لأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضاء البائع، فيستبد بفسخه، والتوفيق بين كلاميه صعب، أقول لما تعذر استيفاء الثمن يستبد، وههنا لما أقر المشترى فى مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء، فلا يستبد بالفسخ. (ع)

(١) الوجه.

(٢) الفسخ.

(٣) قوله: "يتفرد" بخلاف ما لو أقر بنسب عبده من إنسان، فكذبه المقر له، ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبى حنيفة رحمه الله النسب من المقر، لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال، فلا يرتد بالرد. (ك)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) معناه نفى الوجوب عليه فى الماضى على سبيل الاستغراق. (ع)

(٦) قوله: "قبلت بينته" ودلت المسألة على أن التوفيق إذا كان ممكنا بين الكلامين يجب قبول البينة من غير دعوى التوفيق. (ن)

(٧) أى كما تقبل البينة على دعوى القضاء تقبل لو ادعى الآخر الإبراء.

(٨) لأنه تسليم مثل الواجب.

(٩) الوجوب.

(١٠) قوله: "فيكون مناقضاً" أى فى دعواه، وقبول البينة يقتضى دعوى صحيحة. (ع)

(١١) كما يقال قضى بحق.

(١٢) بالإنكار.

(١٣) ذلك الشيء.

(١٤) أى يؤدى.

(١٥) قوله: "أظهر" لأن ليس لنفى الحال فصار كأنه قال: ليس لك على شيء فى الحال، لأنى قضيت حقك، ألا ترى أنه لو صرح به يصح. (ك)

(١٦) قوله: ولا أعرفك" أو ما رأيتك أو ما جرى بينى وبينك مخالطة، ولا أخذ ولا إعطاء، ولا اجتمعت أنا وأنت فى موضع، وما أشبه ذلك. (نهاية)

(١٧) أى لا تقبل بينة على الإبراء.

أخذ وإعطاء، وقضاء واقتضاء، ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة.

وذكر القدورى أنه[١] تقبل أيضًا، لأن المحتجب[٢] أو المخدرة[٣] قد يؤذى بالشغب[٤] على بابه فيأمر بعض وكلاءه بإرضاءه، ولا يعرفه، ثم يعرفه بعد ذلك، فأمكن التوفيق[٥].

قال[٦]: ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته، فقال: لم أبعها[٧] منك قط، فأقام البينة على الشراء، فوجد بها[٨] إصبعًا[٩] زائدة[١٠]، فأقام البائع البينة أنه برىء إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع. وعن أبى يوسف رحمه الله أنه تقبل[١١] اعتبارًا بما ذكرنا[١٢]، وجه الظاهر أن شرط البراءة[١٣] تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره، فيستدعى وجود البيع[١٤]، وقد أنكره[١٥]، فكان مناقضًا، بخلاف الدين لأنه قد يقضى[١٦] وإن[١٧] كان باطلا على ما مر[١٨].

---

(١) البينة.

(٢) قوله: "لأن المحتجب" أى الرجل المحتجب وهو الذى لا يراه كل أحد لعظمته، وقال تاج الشريعة: المحتجب الذى لا يتولى الأمور بنفسه. (عينى) احتجب در پرده شد. (من)

(٣) قوله: "أو المخدرة" أى المرأة التى لم تجر عادتها بالبروز فى مجلس الحكم. (عينى)
قوله: "مخدرة" مخدرة كمعظّمة زن پرده نشين. (من)

(٤) بالفتح ويحرك، وقيل: الإبراء انگيختن فتنه، وخصومت ونزاع. (من)

(٥) قوله: "فأمكن التوفيق" فعلى هذا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته، وقيل: يقبل البينة على الإبراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات، لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة. (ك)

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) الجارية.

(٨) الجارية.

(٩)

(١٠) قوله: "إصبعًا زائدة [وأراد الزد]" خص هذه العيب بالذكر ليثبت أنه عيب قديم كان فى يد البائع، لأنه لا يحدث مثله فى تلك المدة. (ن)

(١١) البينة.

(١٢) قوله: "اعتبارًا بما ذكرنا" وهو التوفيق فى الدين، فإنه لو أنكر الدين أصلا، ثم ادعى قضاءه فإنه يسمع، ولا يكون مناقضًا لاحتماله التوفيق على ما ذكرنا، فكذا ههنا. ثم وجه التوفيق ههنا هو أن يكون البائع وكيلا من المالك فى البيع، وكان المالك فى قوله: ما بعتها صادقًا، ثم المالك فى دعواه براءته من كل عيب لا يكون مناقضًا. (نهاية)

(١٣) من كل عيب.

(١٤) لأن وجود الصفة بدون وجود الموصوف لا يتصور.

(١٥) البيع.

(١٦) يؤدى.

قال(١): ذكر حق(٢) كتب في أسفله، ومن قام(٣) بهذا(٤) الذكر فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى. أو كتب في شراء(٥)، فعلي فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله(٦)، وهذا(٧) عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن شاء الله تعالى هو على الخلاص(٨)، وعلى من قام بذكر الحق. وقولهما استحسان ذكره(٩) فى الإقرار(١٠)، لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه، لأن الذكر للاستيثاق(١١)، وكذا الأصل فى الكلام(١٢) الاستبداد(١٣). وله أن الكل(١٤) كشيء واحد بحكم العطف، فيصرف إلى الكل كما فى الكلمات المعطوفة مثل قوله: عبده حر، وامرأته طالق، وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله(١٥)، ولو ترك

---

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) من قوله: لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه.

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) أى كتاب إقرار بدين. (ك)

(٣) قوله: "ومن قام إلخ" أى من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك، فإن قيل: لماذا يكتب هذا، ولا يصح التوكيل على هذا الوجه، لأنه توكيل المجهول، والمجهول لا يصلح وكيلا.

قلنا: الغرض من كتابة هذا استماع خصومة الوكيل، فإن التوكيل بغير رضا الخصم لا يلزم عند أبى حنيفة رحمه الله، وعلى تقدير الرضا ههنا يلزم التوكيل بلا رضاه. (كفاية)

(٤) الصك.

(٥) قوله: "أو كتب فى شراء" أى لو كتب صك الشراء، وكتب فى آخره فما أدرك فلانا فيه من درك فعلى فلان خلاص ذلك إلخ. فإن قيل: هذا الكلام لغو، لأن الخلاص على فلان ضمان الثمن، وهو عليه شرط أو لم يشترط.

قلنا: يكون اشتراطه توكيدا، وفيه تحرز عن قول ابن أبى ليلى، لأن عنده لا رجوع بدون الشرط. (ك)

(٦) قوله: "بطل الذكر كله" أى يبطل الصك حتى يبطل الدين الذى فيه، ويفسد الشراء. (مل)

(٧) أى بطلان الصك.

(٨) قوله: "هو على الخلاص" يعنى قوله: إن شاء الله تعالى ينصرف إلى قوله: على فلان خلاصه، وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح، والمال المقر به لازم. (عينى)

(٩) محمد.

(١٠) من "المبسوط".

(١١) قوله: "لأن الذكر إلخ" أى لأن الصك يكتب للاستيثاق والتأكيد، لا للإبطال، فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذى يليه. (عينى)

(١٢) قوله: "وكذا الأصل إلخ" فلا يكون ما فى الصك مرتبطا بعضه ببعض، فيصرف الاستثناء إلى ما يليه. (ع)

(١٣) الاستقلال.

(١٤) قوله: "وله أن الكل إلخ" والجواب عما قالا: أن الذكر للاستيثاق مطلقًا، أو إذا لم يكتب فى آخره إن شاء الله تعالى، والثانى مسلم، ولا كلام فيه، والأول عين النزاع، والأصل فى الكلام الاستبداد إذا لم يوجد ما يدل على خلافه، وقد وجد ذلك، وهو العطف. (ع)

فرجة[١]، قالوا: لا يلتحق[٢] به، ويصير كفاصل السكوت[٣].

فصل في القضاء بالمواريث[٤]

قال: وإذا[٥] مات نصراني[٦]، فجاءت امرأته مسلمة، وقالت: أسلمت بعد موته، وقالت الورثة: أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة، وقال زفر رحمه الله: القول قولهما؛ لأن الإسلام حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات[٧].

ولنا أن سبب[٨] الحرمان[٩] ثابت في الحال، فيثبت فيما مضى تحكيمًا للحال[١٠]، كما في جريان ماء الطاحونة[١١]، وهذا ظاهر نعتبره للدفع[١٢]، وهو يعتبره[١٣] للاستحقاق[١٤].

---

(١٥) فإنه ينصرف إلى الجميع، ولا يلزمه شيء.

(١) قوله: "ولو ترك فرجة" هو أن يترك شيء من البياض قبيل قوله: ومن قام بهذا الذكر ليكون البياض فصلا بين صك الشراء وصك الإقرار، وبين قوله: ومن قام بهذا الذكر ليصرف الاستثناء إلى قوله: ومن قام بهذا الذكر لا إلى صك الشراء أو الإقرار. (نهاية)

(٢) الاستثناء.

(٣) إذ الفرجة في الصك كالسكوت في المنطق. (ك)

(٤) قوله: "فصل" لما كان الموت آخر أحوال المرء في الدنيا ذكر الأحكام المتعلقة به آخر ما ذكر من أحكام القضاء. (نهاية)

(٥) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

(٦) قوله: "وإذا مات إلخ" ذكر مسألتين مما يتعلق إثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر، وهو على نوعين: أحدهما: أن يقال: كان ثابتًا في الماضي، فيكون ثابتًا في الحال، كحياة المفقود. والثاني: أن يقال: هو ثابت في الحال، فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة، وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا، كما عرف في أصول الفقه. (ع)

(٧) فيجعل موجودًا بعد موته لا قبله.

(٨) الإسلام.

(٩) عن ميراث الزوج النصراني.

(١٠) أي باستصحاب الحال. (ع)

(١١) قوله: "كما في جريان ماء الطاحونة" فإن أبيها مع المستأجر إذا اختلفا بعد مضي المدة في جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال، فإن كان جاريًا في الحال كان القول قول رب الطاحونة، وإن لم يكن جاريًا كان القول قول المستأجر. (عيني)

قوله: "الطاحونة" والطحانة الرحى التي يديرها الماء عن الليث، وفي جامع الغوري اختلاف، وفي كتب الشروط: الطحانة ما يديره الدابة، والطاحونة ما يديرها الماء. (مغرب)

(١٢) أي لدفع دعوى المرأة للميراث.

(١٣) قوله: "وهو يعتبره إلخ" فيه نظر لأن زفر رحمه الله لم يجعل استحقاقها للميراث في الحال، بل بأن الأصل في الحادث الإضافة إلى أقرب الأوقات، ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضًا ظاهر، والظاهر استصحابًا كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق. (ع)

ولو مات المسلم، وله امرأة نصرانية، فجاءت مسلمة بعد موته، وقالت: أسلمت قبل موته، وقالت الورثة: أسلمت بعد موته، فالقول قولهم[١] أيضًا، ولا يحكم[٢] الحال، لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، وهى[٣] محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون[٤]، ويشهد[٥] لهم ظاهر الحدوث أيضًا.

قال[٦]: ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة، فقال المستودع: هذا ابن الميت لا وارث له غيره، فإنه يدفع المال إليه، لأنه أقر أن ما فى يده حق الوارث خلافة[٧]، فصار كما إذا أقر أن حق المورث، وهو[٨] حى أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض، أو أنه اشتراه[٩] منه[١٠] حيث لا يؤمر بالدفع[١١] إليه[١٢]، لأنه أقر بقيام حق المودع، إذ هو[١٣] حى، فيكون[١٤] إقرارا على

(١٤) أى لاستحقاق المرأة الميراث والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق. (ك)

(١) أى الورثة.

(٢) أى لا يقال: إنها مسلمة فى الحال، فتكون مسلمة قبل موته.

(٣) المرأة.

(٤) قوله: "أما [إشارة إلى معنى آخر. ع] الورثة إلخ" الحاصل أن المرأة تتمسك فى هذه المسألة بما يتمسك به الورثة فى المسألة الأولى، والورثة فى هذه المسألة يتمسكون بما تمسكت به المرأة فى المسألة الأولى غير أنها فى المسألتين تتمسك بالظاهر لإثبات الاستحقاق، والظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق، والورثة هم الدافعون جميعًا فى المسألتين. (كفاية)

(٥) قوله: "ويشهد لهم إلخ" دليل آخر هو أن الإسلام حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات. فإن قيل: إن كان ظاهر الحدوث معتبراً فى الدلالة كان ظاهر زفر رحمه الله فى المسألة الأولى معارضًا للاستصحاب، ويحتاج إلى مرجح، والأصل عدمه. فالجواب أنه معتبر فى الدفع لا فى الإثبات، وزفر رحمه الله يعتبره للإثبات. (عينى)

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) عن الميت.

(٨) المورث.

(٩) أى عين الوديعة.

(١٠) أى من المودع.

(١١) قوله: "لا يؤمر إلخ" فإذا امتنع فى الوديعة حتى هلك هل يضمن أو لا؟ قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن، وكان ينبغى أن يضمن، لأن المنع من وكيل المودع فى زعمه كالمنع من المودع، وفى المنع عنه يضمن، فكذا من وكيله، وإن سلمها هل له أن يستردها؟ قيل: لا يملك ذلك، لأنه يصير ساعيًا فى نقض ما تم من جهته.
ولقائل أن يقول: كان الواجب فى المسألة الأولى لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت فى المال باعتبار ما يوجب قيامه لحاجته إليه كالدين وغيره، فإن خلافة الوارث متأخرة عن ذلك، والجواب أن استحقاق الوارث يثبت بإقراره بيقين، وما يوجب قيام حق الميت فى المال متوهم، فلا يؤخر اليقين به. (ع)

(١٢) أى إلى ذلك الرجل.

(١٣) المودع.

مال الغير[1]، ولا كذلك بعد موته[2]، بخلاف المديون[3] إذا أقر بتوكيل[4] غيره بالقبض، لأن الديون تقضى بأمثالها[5]، فيكون[6] إقرارا على نفسه[7]، فيؤمر بالدفع إليه.

ولو قال المودع لآخر[8]: هذا ابنه[9] أيضًا، وقال: الأول[10] ليس له ابن غيرى، قضى بالمال للأول[11]؛ لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال، فيكون هذا[12] إقرارا على الأول، فلا يصح إقراره للثانى كما[13] لو كان الأول ابنًا معروفًا، ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له، فصح، وحيث أقر للثانى له مكذب[14]، فلم يصح. قال[15]: وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة[16]، فإنه لا يؤخذ منهم كفيل،

---

(١٤) هذا الإقرار.

(١) فلا يصح.

(٢) قوله: "ولا كذلك بعد موته [المودع]" لأنه زعم أن الميت لم يبق مالكًا، وأن المالك هو الوارث، فلم يكن فى تصحيح إقراره تنفيذ إقراره فى ملك الغير. (ك)

(٣) حيث يؤمر بالدفع إليه.

(٤) من الدائن.

(٥) لا بأعيانها.

(٦) أى إقرار المديون بأنه وكيل بالمطالبة والقبض. (ن)

(٧) لوجوب القضاء عليه.

(٨) بعد أن قال لرجل: أنه ابنه.

(٩) الميت.

(١٠) الابن الأول.

(١١) قوله: "قضى بالمال للأول" وهل يضمن للثانى إذا دفع إلى الأول بغير قضاء يضمن نصفه للثانى، كذا فى "النهاية". (ك)

(١٢) الإقرار الثانى.

(١٣) أى كما لا يصح الإقرار للثانى.

(١٤) هو الأول.

(١٥) أى محمد. (عينى)

(١٦) قوله: "إذا قسم إلخ" إذا حضر رجل، وادعى دارًا فى يد آخر أنها لأبيه مات، وتركها ميراثًا له، وأنكر ذو اليد، وأقام بينته، وهم شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار، ولم يقولوا فى شهادتهم لا نعرف له وارثًا غيره، فإن القاضى يتأخر زمانا على قدر ما يرى، وقدر الطحاوى بالحول.

فإن حضر وارث غيره قسمت بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان الحاضر لا يحجب حرمانًا كالأب والابن، فإن كان ممن يحجب بغيره كالجد والأخ، فإنه لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب نقصانًا كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله، وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبى يوسف رحمه الله، وقول أبى حنيفة رحمه الله مضطرب، فإذا كان ممن لا يحجب، ودفعت الدار إليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع إليه؟ قال أبو

ولا من وارث، وهذا[١] شيء احتاط به بعض القضاة[٢] وهو ظلم، وهذا[٣] عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: يأخذ[٤] الكفيل، والمسألة فيما إذا ثبت الدين، والإرث بالشهادة، ولم يقل الشهود[٥]: لا نعلم له وارثًا غيره.

لهما: أن القاضي ناظر للغُيّب[٦]، والظاهر أن في التركة وارثًا غائبًا، أو غريمًا غائبًا، لأن الموت قد يقع بغتة، فيحتاط بالكفالة كما إذا دفع[٧] الآبق[٨] واللقطة إلى[٩] صاحبه[١٠]، أو أعطى امرأة الغائب النفقة[١١] من ماله[١٢].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن حق الحاضر ثابت قطعًا[١٣] أو ظاهرًا، فلا يؤخر[١٤] لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت[١٥] الشراء[١٦] ممن في يده، أو أثبت الدين على العبد حتى بيع[١٧] في دينه لا يكفل[١٨]، ولأن[١٩] المكفول له مجهول[٢٠]،

حنيفة رحمه الله: لا يؤخذ ونسب القائل به إلى الظلم، قيل: أراد به ابن أبي ليلى، وقالا: له ذلك. (مل)

(١) أي أخذ الكفيل.

(٢) ابن أبي ليلى.

(٣) أي عدم أخذ الكفيل.

(٤) القاضي.

(٥) قوله: "ولم يقل إلخ" أما إذا قالوا: لا نعلم وارثًا غيره دفع إليه من غير كفيل، ولا تأنّ عندهم. (ك)

(٦) كركع جمع غائب.

(٧) القاضي.

(٨) العبد الآبق.

(٩) أي إلى رجل ثبت عنده أنه صاحبه. (ع)

(١٠) فإنه يأخذ كفيلا. (ع)

(١١) قوله: "وأعطى [أي القاضي] امرأة الغائب إلخ" هي امرأة تستنفق، وزوجها غائب، وله عند رجل وديعة، والمودع مقر بالوديعة والزوجية فالقاضي يفرض لها النفقة، ويأخذ منها كفيلا. (ك)

(١٢) الغائب.

(١٣) قوله: "ثابت قطعًا" إن لم يكن له وارث آخر بيقين، أو ظاهرًا إن كان له وارث آخر في الواقع، ولم يظهر عند الحاكم، فإنه ليس بمكلف بإظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة، فكان العمل بالظاهر واجبًا عليه، والثابت قطعًا أو ظاهرًا لا يؤخر إلخ. (ع)

(١٤) حقه. (ك)

(١٥) بالبينة.

(١٦) فإنه يدفع المبيع إلى المشتري والدين إلى المدعي. (ع)

(١٧) العبد.

(١٨) قوله: "لا يكفل" أي لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذي أثبت شراءه بالحجة، ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي أثبت دينه على العبد حتى بيع العبد لأجل دينه، وإن كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله، وغريم آخر في حق

جـ5 26 B

فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء، بخلاف النفقة[١]، لأن حق الزوج ثابت[٢]، وهو[٣] معلوم، وأما الآبق واللقطة[٤] ففيه روايتان، والأصح أنه على الخلاف[٥].

وقيل: إن دفع[٦] بعلامة اللقطة[٧] أو إقرار العبد[٨] يكفل بالإجماع، لأن الحق غير ثابت[٩]، ولهذا كان له[١٠] أن يمنع[١١]، وقوله[١٢]: وهو ظلم أى ميل عن سواء السبيل، وهذا[١٣] يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب[١٤]، لا كما ظنه البعض[١٥].

قال[١٦]: وإذا كانت الدار فى يد رجل، وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها

العبد، فعلم أن المتيقن المعلوم لا يؤخر إلى زمان التكفيل لأمر موهوم. (ك)
قوله: "يكفل" إكفال پذيرفتار گردانيدن كسى را. (من)

(١٩) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل. (ع)

(٢٠) فلا يصح.

(١) جواب عما استشهد به. (ع)

(٢) فى الوديعة.

(٣) أى الزوج معلوم، فلا يلزم جهالة المكفول له.

(٤) قوله: "وأما الآبق إلخ" يعنى أن الآبق واللقطة فى كل واحد منهما روايتان، قال فى رواية: لا أحب أن يأخذ منه كفيلا، وقال فى رواية: أحب إلى أن يأخذ منه كفيلا، قالوا فى "شرح الجامع الصغير": والصحيح أن الرواية الأولى قول أبى حنيفة رحمه الله، فلا يصح القياس حينئذ. (عناية)

(٥) أى بين الإمام وصاحبيه.

(٦) القاضى.

(٧) أى بإخبار المدعى عن علامة فى اللقطة.

(٨) قوله: "إقرار العبد" أى إقرار العبد الآبق أنه لفلان. (ك)

(٩) إذ العلامة أو قول العبد لا يوجب الاستحقاق. (ق)

(١٠) أى القاضى.

(١١) من الدفع.

(١٢) أى قول أبى حنيفة. (ع)

(١٣) أى إطلاق الظلم على المجتهد فيه. (ع)

(١٤) قوله: "أن المجتهد إلخ" وقول من قال: كل مجتهد مصيب ينزع إلى مذهب الاعتزال لما أن عندهم الأصلح واجب على الله تعالى، فكان صيانة الله المجتهدين، وتقريرهم على الصواب واجبا عليه، ويلزم من هذا ضرورة أن يقال: كل مجتهد مصيب. (ك)

(١٥) قوله: "لا كما ظنه البعض" ونسبوا القول بأن كل مجتهد مصيب إلى أبى حنيفة رحمه الله، وإنما وقعوا فى هذا الظن بسبب ما نقل عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال: أبو يوسف بن خالد الشمنى، فكل مجتهد مصيب، والحق عند الله واحد، قلنا: معنى هذا الكلام أنه مصيب فى حق عمله حتى أن عمله به يقع صحيحاً شرعيًا، وإن كان مخطأ للحق عند الله تعالى. (ك)

ميراثًا بينه وبين أخيه، فلان الغائب قضي له بالنصف[١]، وترك النصف لآخر في د الذى هي في يديه، ولا يستوثق منه[٢] بكفيل، وهذا[٣] عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: إن كان[٤] الذى فى يديه جاحدًا أخذ[٥] منه، وجعل فى يد أمين[٦]، وإن لم يجحد ترك فى يده[٧]. لهما: أن الجاحد خائن، فلا يترك المال فى يده، بخلاف المقر، لأنه أمين، وله: أن القضاء وقع للميت[٨] مقصودًا، واحتمال كونه[٩] مختارًا للميت ثابت، فلا ينقض يده كما إذا كان مقرًا[١٠]، وجحوده[١١] قد ارتفع بقضاء القاضى، والظاهر عدم الجحود[١٢] فى المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضى[١٣]. ولو كانت الدعوى[١٤] فى منقول فقد قيل: يؤخذ[١٥] منه[١٦] بالاتفاق، لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ[١٧]، والنزع أبلغ فيه[١٨]، بخلاف العقار لأنها محصنة[١٩]

---

(١٦) أى محمد. (عينى)

(١) أى بنصف الدرار.

(٢) أى من ذى اليد.

(٣) أى ترك النصف الآخر فى يد من فى يده. (ع)

(٤) وقت دعوى الابن.

(٥) النصف.

(٦) حتى يقدم الغائب.

(٧) لأنه أمين.

(٨) قوله: "وقع للميت" لأن الوارث قال: هذا ميراث، ولا إرث إلا بثبوت الملك للورثة، ولذا يقدم ديونه على الميراث، وينفذ وصاياه منه. (ك)

(٩) ذى اليد.

(١٠) من فى يده.

(١١) جواب عن قولهما: إن الجاحد خائن. (ك)

(١٢) قوله: "والظاهر عدم الجحود" جواب عما قيل: لما جحد مرة فالظاهر أنه يدوم على جحوده، فقال: والظاهر عدم الجحود فى المستقبل، لأن من الجائز أن جحوده لاشتباه الأمر عليه، وقد صارت الحادثة معلومة له بشهادة الشهود، وللقاضى أيضًا، وبعد ما صار مسجلا مبينًا فى خريطة القاضى يؤمن جحود ذى اليد لعلمه أنه لا يلتفت إلى ذلك، ويؤمن تصرفه فيه لعلمه أن ذلك القاضى لا يمكنه منه. (ك)

(١٣) قوله: "لصيرورة الحادثة إلخ" لا يقال: موت القاضى والشهود ونسيانهما للحادثة، واحتراق الخريطة أمور محتملة، فكان الجحود محتملا، لأن ذلك نادر، والنادر لا حكم له. (ع)

(١٤) والمسألة بحالها.

(١٥) النصف الآخر.

(١٦) أى من ذى اليد.

(١٧) قوله: "لأنه يحتاج إلخ" أما إنه يحتاج فيه إلى الحفظ فلأنه ليس بمحصن بنفسه للانتقال من محل، وأما إن

بنفسها، ولهذا[١] يملك الوصى[٢] بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا حكم[٣] وصى الأم[٤] والأخ والعم على الصغير. وقيل: المنقول على الخلاف أيضًا[٥]، وقول أبى حنيفة رحمه الله فيه[٦] أظهر[٧] لحاجته إلى الحفظ[٨]، وإنما[٩] لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء الخصومة[١٠]، والقاضى إنما نصب لقطعها لا لإنشاءها.

وإذا حضر الغائب[١١] لا يحتاج إلى إعادة البينة[١٢]، ويسلم إليه النصف بذلك القضاء[١٣]، لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين فيما يستحق له[١٤]، وعليه[١٥] دينًا كان أو عينًا، لأن المقضى له، وعليه إنما هو الميت فى الحقيقة، وواحد من الورثة

النزع أبلغ فيه، فلأنه لما جحد من بيده يتصرف فيه لخيانته أو لزعمه أنه ملكه، وإذا نزعه الحاكم ووضعه على يد أمين كان هو عدلا ظاهرًا، فكان المال به محفوظًا. (ع)

(١٨) أى فى الحفظ.

(١٩) محفوظة.

(١) أى لكون المنقول محتاجًا إلى الحفظ. (ك)

(٢) ولو لا أنه محتاج إلى الحفظ لما ملك الوصى ذلك. (ك)

(٣) قوله: "وكذا حكم وصى إلخ" أى فى بيع المنقول من تركة الموصى، ولا يكون له بيع منقول ملك الصغير لا من جهة الموصى، وهذا لأن التركة قبل القسمة ملك الميت من وجه، وملك الورثة من وجه، فأثبتنا للوصى الحفظ باعتبار ما بقى للميت من الملك فى تركته دون مال آخر. وفى "الذخيرة": أما وصى الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغار عن الأب العقار، والمنقول فى ذلك سواء، لأن وصى الأم قائم مقام الأم، والأم حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير العقار، والمنقول المشغول بالدين والحال فى ذلك سواء. (ك)

(٤) قوله: "وصى الأم والأخ، والعم" وإنما خصهم لأنه ليس لهم ولاية التصرف، ولهم ولاية الحفظ، وهذا من باب الحفظ. (ن)

(٥) يعنى لا يؤخذ نصيب الغائب من المدعى عليه على قوله: خلافًا لهما.

(٦) أى فى المنقول.

(٧) أى من قوله فى العقار.

(٨) قوله: "لحاجته إلى الحفظ" والحفظ بالترك فى يده أتم، لأنه يصير محفوظًا صورة، ومعنى لأنه لو هلك فى يده يجب عليه الضمان، لأنه بالإنكار صار ضامنًا، ولو أخذ من يده ووضع فى يد أمين لا يصير محفوظًا معنى، لأنه غير مضمون عليه. (ك)

(٩) راجع إلى قوله: ولا يستوثق منه بكفيل.

(١٠) قوله: "لأنه إنشاء الخصومة" لأن ذااليد ربما لا يسامح نفسه فى دفع الكفيل، والآخر الحاضر يطالبه بالكفيل، فينشأ الخصومة. (ن)

(١١) وأراد أخذ نصيبه.

(١٢) لأن بينة الحاضر كانت له ولأخيه.

(١٣) السابق.

(١٤) أى للميت.

(١٥) أى على الميت.

يصلح خليفة عنه[١] فى ذلك، بخلاف الاستيفاء لنفسه[٢]، لأنه[٣] عامل فيه لنفسه، فلا يصلح نائبًا عن غيره، ولهذا لا يستوفى[٤] إلا نصيبه، وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت[٥] إلا أنه[٦] إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل فى يده[٧] ذكره[٨] فى "الجامع"[٩]، لأنه لا يكون خصمًا بدون اليد[١٠]، فيقتصر القضاء على ما فى يده.

ومن قال[١١]: مالي فى المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة[١٢]، وإن أوصى بثلث ماله فهو على ثلث[١٣] كل شيء، والقياس[١٤] أن يلزمه التصدق بالكل، وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال[١٥] كما فى الوصية.

وجه الاستحسان أن إيجاب العبد[١٦] يعتبر[١٧] بإيجاب الله تعالى، فينصرف

---

(١) أى عن الميت.

(٢) قوله: "بخلاف إلخ" جواب عما يقال: لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع. (عينى)

(٣) المستوفى.

(٤) الحاضر.

(٥) على رجل فإنه يقضى بالكل، ولا يأخذ إلا نصيب نفسه.

(٦) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء عن قوله: لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين، معناه أن استحقاق الكل على أحد الورثة إنما يكون استحقاقًا على الباقين إذا كان الكل فى يده. (ك)

(٧) قوله: "إذا كان الكل إلخ" يعني لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا على الميت يكون هو خصمًا فى جميع الدين، ولا يكون قضاء على جميع الورثة إن كانت الـ كة جميعًا فى يده. (عينى)

(٨) قوله: "ذكره [أى محمد] فى الجامع" ذكر فيه أنه إنما يكون قضاء على جميع الورثة إذا كان المدعى فى يد الوارث الحاضر، ولو كان البعض فى يده ينفذ بقدره. (ك)

(٩) الكبير. (عينى)

(١٠) قوله: "لا يكون خصمًا إلخ" لأن دعوى العين لا يتوجه إلا على ذى اليد، فإنما ينتصب خصمًا عن الكل إذا كان المدعى فى يده، وهذا بخلاف دعوى الدين، فإن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت، وعن باقى الورثة فى دعوى الدين على الميت، وإن لم يكن فى يده شيء من التركة. (ك)

(١١) نذرًا.

(١٢) قوله: "فهو على ما فيه الزكاة" أى يجب عليه صدقة جميع ما يملك من أجناس الأموال التى يجب فيها الزكاة كالنقدين، ومال السوائم، وأموال التجارة بقليلها وكثيرها، ولا يفرق بين قدر النصاب وما دونه، لأن ذلك يتعلق به الزكاة إذا انضم إليه غيره، فكأنهم اعتبروا الجنس دون القدر، ولايجب عليه التصدق بما لا يكون من جنس ما يجب فيه الزكاة كالعقار والرقيق، وأثاث المنازل، وثياب البذلة وغير ذلك. (ك)

(١٣) ولا يختص بما فيه الزكاة.

(١٤) فى الأول. (ع)

(١٥) عما لا يجب فيه الزكاة وما يجب فيه الزكاة.

إيجابه[١] إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال، أما الوصية فأخت الميراث، لأنها خلافة كهي[٢]، فلا يختص[٣] بمال دون مال.

ولأن[٤] الظاهر التزام الصدقة[٥] من فاضل ماله[٦]، وهو مال الزكاة، أما الوصية فتقع في حال الاستغناء[٧]، فينصرف إلى الكل[٨]، وتدخل فيه[٩] الأرض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله، لأنها سبب الصدقة[١٠]، إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة[١١] عنده[١٢]. وعند محمد رحمه الله[١٣] لا تدخل، لأنه[١٤] سبب المؤنة[١٥]، إذ جهة المؤنة[١٦] راجحة عنده[١٧]، ولا يدخل[١٨] أرض الخراج بالإجماع

---

(١٦) في النذر.

(١٧) يقاس؛ إذ ليس للعبد الإيجاب مبتدأ لئلا ينزع إلى الشركة. (ع)

(١) العبد.

(٢) قوله: "لأنها [الوصية] خلافة كهي" كالوراثة من حيث إنهما يثبتان الملك بعد الموت، والله تعالى أوجب المواريث في كل عين ودين. (ك)

(٣) الوصية.

(٤) دليل آخر من حال الناذر.

(٥) لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما يقوم به حوائجه الأصلية. (ع)

(٦) حال الحياة.

(٧) عن الأموال.

(٨) فإن بعد موته يكون جنس ماله فاضلا.

(٩) أي في هذا النذر.

(١٠) قوله: "لأنها سبب الصدقة" وهي العشر، فصارت الأرض العشرية بمنزلة أموال التجارة من حيث كل واحد منهما من جنس أموال يجب فيها الصدقة. (ن)

(١١) ولهذا لا يجب العشر ابتداء على الكافر، ومصرفه مصرف الزكاة.

(١٢) أي عند أبي يوسف.

(١٣) وأبي حنيفة.

(١٤) قوله: "لأنه" أي لأن الأرض العشرية والتذكير لتذكير الخبر. (ع)

(١٥) فأشبه الخراج فصار مثل عبيد الخدمة. (ع و ك)

(١٦) قوله: "جهة المؤنة" مؤنت عبارت است از چيزے كه واجب شود آن چيز بر إنسان بسبب غير، چنانچه نفقه براے حيوان كذا في تبيين الأصول والمؤنة عبارة عما هو سبب بقاء الشيء الذي كان وجوبه على الإنسان بسبب الغير كالنفقة. ثم العشر والخراج سببان لبقاء الأرض في أيدي الملاك لما أن مصرف العشر الفقراء، ومصرف الخراج المقاتلة فالمقاتلة يدفعون قاصدي أهل الإسلام، والفقراء يدعون بنصرة أهل الإسلام على الكفار، كذا في "النهاية"، والخوارزمي. (اصطلاحات از خواجه برهان الدين بن خواجه سيف الدين أورنگ آبادى)

(١٧) لأن سببه الأرض النامية كما في الخراج. (كافي)

(١٨) في هذا النذر.

لأنه يتمحض مؤنة[١]. ولو قال: ما أملكه صدقة فى المساكين، فقد قيل: يتناول كل مال، لأنه[٢] أعم من لفظ المال[٣]، والمقيد[٤] إيجاب الشرع[٥]، وهو مختص بلفظ المال، ولا مخصص فى لفظ الملك[٦]، فبقى[٧] على العموم، والصحيح أنهما[٨] سواء[٩]، لأن الملتزم باللفظين[١٠] الفاضل عن الحاجة على ما مر[١١]، ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته[١٢]، ثم إذا أصاب شيئًا[١٣] تصدق بما أمسك، لأن حاجته هذه مقدمة[١٤]، ولم يقدر[١٥] بشىء[١٦] لاختلاف أحوال الناس فيه[١٧].

وقيل: المحترف يمسك قوته ليوم، وصاحب[١٨] الغلة[١٩] لشهر[٢٠]، وصاحب

---

(١) قوله: "لأنه [الخراج] يتمحض مؤنة [وفيها معنى العقوبة، وليست بعبادة من وجه. كافى]" لأن مصرف الخراج المقاتلة، وفيه الأغنياء. (عينى)

(٢) أى لأن لفظ الملك.

(٣) قوله: "أعم من لفظ المال" لأن لفظ الملك يطلق على المال وغيره، فإنه يقال: ملك النكاح، وملك القصاص، وملك المنفعة، واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال، فإذا كان لفظ الملك أعم يظهر لعمومه زيادة مزية على المال، وذلك فى أن ينصرف إلى كل مال، فصار كأنه قال: كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة. فحينئذٍ ينصرف إلى مال الزكاة وغيره، كذا هذا. (ك)

(٤) قوله: "والمقيد [بمال الزكاة] إلخ" جواب عما يقال: الصدقة فى الأموال مقيدة فى الشرع بأموال الزكاة، فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية. (مل)

(٥) قوله: "إيجاب الشرع" وهو قوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾، وقوله عليه السلام: «هاتوا ربع عشر أموالكم». (ك)

(٦) قوله: "ولا مخصص إلخ" إذ لم يوجد من الله تعالى إيجاب الصدقة مضافا إلى الملك مخصّصًا بأموال الزكاة. (عينى)

(٧) فيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع. (ع)

(٨) قوله: "والصحيح أنهما" أى أن لفظ الملك ولفظ المال سواء يعنى يختصان بالأموال الزكاتية. (مل)

(٩) قوله: "سواء" أى حكم الملك كحكم المال، حتى لا يعمان جميع الأموال من العقار والرقيق، وثياب البذلة، بل يخصان بالأموال التى فيها الزكاة. (ن)

(١٠) أى لفظ المال، ولفظ الملك.

(١١) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله. (عينى)

(١٢) قوله: "قوته" قوت -بالضم- خورش باندازه قوام بدن إنسان. (من)

(١٣) من الدنيا.

(١٤) قوله: "لأن حاجته هذه مقدمة [على الصدقة]" إذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيح أن يتصدق بماله، ويسأل الناس من يومه. (ع)

(١٥) قوله: "ولم يقدر" على صيغة المجهول، أى لم يبين فى "المبسوط" مقدار ما يمسك. (عينى)

(١٦) أى مقدار ما يمسك. (ن)

(١٧) لقلة عياله وكثرة عياله. (ن)

الضياع لسنة[١] على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال[٢]، وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله.

قال[٣]: ومن أوصي إليه[٤]، ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئًا[٥] من التركة فهو وصي، والبيع جائز، ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم[٦].

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل[٧] الأول أيضًا، لأن الوصاية إنابة بعد الموت، فتعتبر[٨] بالإنابة قبله[٩]، وهي الوكالة.

وجه الفرق[١٠] على الظاهر[١١] أن الوصاية خلافة[١٢] لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة[١٣]، فلا يتوقف[١٤] على العلم كما في تصرف الوارث[١٥]، أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه[١٦]، فيتوقف على العلم[١٧]، وهذا[١٨] لأنه لو توقف[١٩] على

---

(١٨) أي صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يوجرها الإنسان. (ك)

(١٩) قوله: "الغلة" غلة -بالفتح- در آمد هر چيزى از حبوب، ونقود، وجزآن، وآمد كراية مكان ومزد غلام وما حصل زمين. (من)

(٢٠) أي يمسك قوته لشهر.

(١) أي يمسك قوته لسنة.

(٢) قوله: "علي حسب التفاوت إلخ" لأن يد الدهقان إنما يصل إلى ما ينفق سنة فسنته ويد صاحب الغلة شهراً، فشهراً ويد العامل يوماً فيومًا، فلما وصل ماله إليه يتصدق المقدار الذى أمسك. (ن)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) أي جعل وصيًا.

(٥) بعد موت الموصى.

(٦) أنه وكيل لتوقف التوكل على العلم.

(٧) قوله: "في الفصل" أي لا يجوز بيع الوصي قبل العلم بالوصاية أيضًا اعتباراً بالوكالة.

(٨) تقاس.

(٩) الموت.

(١٠) بينهما.

(١١) أي ظاهر الرواية.

(١٢) لا إنابة.

(١٣) وهو زمان ما بعد الموت.

(١٤) الوصاية.

(١٥) قوله: "كما في تصرف الوارث" لو باع الوارث تركة المورث بعد موته وهولايعلم بموته جاز بيعه، فكذا الوصي. (ك)

(١٦) فإنه حي.

(١٧) قوله: "فيتوقف [الإنابة] على العلم" فإن قيل: إذا قال لرجل: اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان، وباع عبده صح من غير توقف على علمه.

العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل، وفي الأول[١] يفوت لعجز الموصى.

ومن أعلمه[٢] من الناس بالوكالة يجوز تصرفه، لأنه إثبات حق[٣] لا إلزام أمر. قال: ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده[٤] شاهدان[٥]، أو رجل[٦] عدل، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: هو والأول[٧] سواء[٨]، لأنه من المعاملات، ويخبر الواحد فيها[٩] كفاية. وله: أنه خبر ملزم[١٠]، فيكون شهادة من وجه، فيشترط أحد شطريها[١١] وهو العدد[١٢] أو العدالة بخلاف الأول[١٣]، وبخلاف[١٤] رسول الموكل[١٥]، لأن عبارته كعبارة المرسل[١٦] للحاجة إلى

أجيب بأنه على الروايتين، ووجه الفرق على رواية الجواز أنه يثبت ضمناً، والكلام في الوكالة التي تثبت قصداً. (ع)

(١٨) أي توقف الوكالة على العلم دون الوصاية.

(١٩) الوكالة.

(١) أي أن الوصاية لو توقف على العلم يفوت النظر.

(٢) قوله: "ومن أعلمه [الوكيل] إلخ" أي إذا ثبت أن علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من إعلام، فمن أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغاً مسلماً عدلاً، أو على أضداد ذلك بعد ما كان مميزاً جاز تصرفه. (ع)

(٣) قوله: "لأنه إثبات حق" أي إطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام، وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف. (عيني)

(٤) قوله: "حتى يشهد إلخ" أي يخبر مخبران، والمراد بالشهادة الإخبار، لأن لفظ الشهادة ههنا ليس بشرط. (ك)

(٥) قوله: "شاهدان إلخ" العدالة شرط في المخبرين هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، لأنه لو صح هذا الخبر من الفاسقين لكان إلزاماً بقول الفاسق، وذلك لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني، وزعم أنه هو المذهب عند أبي حنيفة، ومعنى ما أطلق في الكتاب محمول على ما إذا كان لا يعلم حالهما بالفسق والعدالة، كذا في "النهاية". (ك)

(٦) واحد. (ك)

(٧) أي الإعلام بالوكالة.

(٨) أي في الاكتفاء بخبر الواحد.

(٩) أي في المعاملات بدون الإلزام.

(١٠) قوله: "أنه خبر ملزم" لما فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف، فيكون شهادة من وجه، ويشبه التوكيل من حيث إن المتصرف يتصرف في ملكه، فوجب أن يشترط أحد شطري الشهادة، وهو العدد أو العدالة توفيراً على الشبهين حظهما والإلزام من كل وجه ما كان إلزاماً على خصم منكر مشروطاً بلفظ الشهادة. (ك)

(١١) الشهادة.

(١٢) بأن يكون اثنين.

(١٣) قوله: "بخلاف الأول" أي الإعلام بالوكالة، فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلا لم يكن في معناه أصلا، فلم يشترط فيه شيء من ذلك. (ع)

(١٤) فإنها لا يشترط فيه العدد أو العدالة.

(١٥) إلى الوكيل.

(١٦) فصار كأنه حضره. (ك)

الإرسال[١]، وعلى هذا الخلاف[٢] إذا أخبر المولى بجناية عبده[٣]، والشفيع[٤]، والبكر[٥]، والمسلم الذى لم يهاجر إلينا[٦].

قال[٧]: وإذا باع القاضي[٨] أو أمينه عبداً للغرماء[٩]، وأخذ[١٠] المال[١١] فضاع[١٢]، واستحق العبد[١٣] لم يضمن[١٤]؛ لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى، والقاضى قائم مقام الإمام، وكل واحد منهم[١٥] لا يلحقه ضمان[١٦]؛ كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة، فتضيع الحقوق، ويرجع المشترى على الغرماء، لأن البيع واقع لهم، فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد[١٧]، كما إذا كان العاقد محجوراً عليه[١٨]، ولهذا[١٩] يباع[٢٠] بطلبهم.

---

(١) قوله: "للحاجة إلى الإرسال" فإنه ربما لا يتفق لكل أحد فى كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله. (عينى)

(٢) أى بين الإمام وصاحبيه فى اشتراط أحد شطرى الشهادة.

(٣) قوله: "إذا أخبر المولى إلخ" فإن أخبره اثنان أو واحد عدل، فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع كان اختياراً منه للفداء، وإن أخبره فاسق فصدقه فكذلك وإلا فعلى الاختلاف، فعنده لا يكون اختياراً خلافاً لهما. (عينى)

(٤) قوله: "والشفيع" أى إذا أخبره اثنان، أو واحد عدل بالبيع فسكت سقطت شفعته، وإن أخبره فاسق فعلى الاختلاف. (عينى)

(٥) قوله: "والبكر" أى إذا أخبرها اثنان، أو واحد عدل بإنكاح الولى، فسكتت كان رضا بلا خلاف، وإن كان واحداً غير عدل لا يكون سكوتها رضا عنده خلافاً لهما. (مل)

(٦) قوله: "والمسلم الذى لم يهاجر إلخ" أى حربى أسلم فى دار الحرب، ولم يهاجر فأخبر بما عليه من الفرائض إن كان المخبر عدلا، أو اثنين لزمته الفرائض حتى لو ترك يلزمه قضاءها، وإن كان المخبر فاسقاً إن صدقه فكذلك، وإن كذبه فعلى الاختلاف الذى قلنا، فعنده لا يلزمه خلافاً لهما. وقال شمس الأئمة السرخسى: والأصح عندى أنه يلزمه القضاء ههنا، لأن من يخبره فهو رسول رسول الله ﷺ. (ك)

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) قوله: "وإذا باع القاضى إلخ" صورته رجل يموت وعليه دين مائة درهم لرجل، وله عبد يساوى مائة درهم، فيرفع الغريم الوصى إلى القاضى، فباع القاضى إلخ. (عينى)

(٩) أى لأجل الغرماء وهو أرباب الديون. (ك)

(١٠) البائع.

(١١) الثمن.

(١٢) المال.

(١٣) من يد المشترى.

(١٤) القاضى ولا أمينه.

(١٥) أى من الإمام، والقاضى وأمينه.

(١٦) خوفاً من الضمان.

(١٧) أى القاضى أو أمينه.

(١٨) قوله: "كما إذا كان العاقد محجوراً [غير مأذون] عليه" أطلق لفظ المحجور ليتناول الصبى المحجور، والعبد

وإن أمر القاضي الوصي ببيعه[١] للغرماء، ثم استحق[٢]، أو مات[٣] قبل القبض، وضاع المال[٤] رجع المشترى على الوصى؛ لأنه عاقد نيابةً عن الميت[٥]، وإن[٦] كان[٧] بإقامة القاضي عنه، فصار كما إذا باعه بنفسه[٨].

قال[٩]: ويرجع الوصى على الغرماء، لأنه[١٠] عامل لهم[١١]، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم[١٢] فيه بدينه، قالوا: ويجوز أن يقال: يرجع بالمائة[١٣] التى غرمها[١٤] أيضًا[١٥]، لأنه لحقه[١٦] فى أمر الميت، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم[١٧]؛ لأنه إذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له.

المحجور، فإن من وكل صبيًا محجوراً يعقل البيع والشراء، أو عبداً محجوراً جاز العقد بمباشرتهما، ولا يتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما، لأن التزام العهدة لا يصح منهما، ففى الصبى لقصور أهليته، وفى العبد لحق سيده. (ك)

(١٩) أى لأجل وقوع البيع لأجل الغرماء.

(٢٠) العبد.

(١) العبد.

(٢) العبد.

(٣) العبد.

(٤) الثمن.

(٥) قوله: "لأنه [الوصى] عاقد نيابة إلخ" أما إذا كان الميت أوصى إليه فظاهر، وأما إذا نصب القاضى فكذلك، لأن القاضى إنما نصبه ليكون قائمًا مقام الميت لا ليكون قائمًا مقام القاضى. (ك)

(٦) الواو وصلية.

(٧) الوصى.

(٨) قوله: "كما إذا باعه بنفسه" أى المديون إذا باشر العقد بنفسه حال حياته كانت الحقوق راجعة إليه، فكذا ترجع إلى من قام مقامه بعد مماته، فيرجع المشترى على الوصى. (ك)

(٩) قوله: "قال" يجوز أن يكون فاعله محمد، لأنه حكى عن أبى حنيفة، ويجوز أن يكون فاعله المصنف. (عينى)

(١٠) الوصى.

(١١) قوله: "عامل لهم" ومن عمل عملا لغيره، ولحقه ضمان يرجع على من وقع له العمل.

(١٢) أى يأخذ دينه من ذلك. (ع)

(١٣) قوله: "يرجع [الغريم] بالمائة إلخ" وقيل: ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له، فلم يكن له أن يرجع على غيره. (ع)

(١٤) للوصى أو للمشترى. (ك)

(١٥) أى كما يرجع بدينه.

(١٦) أى الغرامة.

(١٧) قوله: "والوارث إلخ" الوارث إذا احتاج إلى بيع شيء من التركة وهو صغير فباعه الوصى، ثم استحق رجع المشترى بالثمن على الوصى، والوصى على الوارث، ولو باعه أمين القاضى رجع المشترى على الوارث إذا كان أهلا، وإن لم يكن أهلا ينصب القاضى عنه وصيا، فيرجع ويؤدى من مال الصغير. (ك)

فصل آخر[١]

وإذا قال القاضي: قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه، أو بالقطع فاقطعه، أو بالضرب فاضربه، وسعك أن تفعل، وعن محمد رحمه الله[٢]: أنه رجع عن هذا[٣]، وقال: لا تأخذ بقوله حتى[٤] تعاين الحجة؛ لأن قوله[٥]: يحتمل الغلط والخطأ، والتدارك غير ممكن، وعلى هذه[٦] الرواية لا يقبل كتابه.

واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة فى زماننا إلا فى كتاب القاضى[٧] للحاجة إليه، وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه[٨]، فيقبل لخلوه عن التهمة.

ولأن طاعة أولى الأمر واجبة، وفى تصديقه طاعة، وقال الإمام أبو منصور رحمه الله[٩]: إن كان[١٠] عدلا عالمًا يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة[١١]، وإن كان[١٢] عدلا جاهلا يستفسر[١٣]، فإن أحسن التفسير[١٤] وجب تصديقه، وإلا فلا[١٥]، وإن كان[١٦] جاهلا فاسقًا، أو عالماً فاسقًا لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم

---

(١) قوله: "فصل آخر" جمع فى هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء، وهو أن قول القاضى بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أولا. (ع)

(٢) فى رواية ابن سماعة عنه.

(٣) قوله: "أنه رجع إلخ" لأنه كان حكى هذا عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله فى "الجامع الصغير"، ثم رجع عنه. (عينى)

(٤) أى حتى لم يكن الشهادة بحضرتك.

(٥) القاضى.

(٦) قوله: "وعلى هذه" أى هذه الرواية عن محمد تقتضى أن لا يقبل كتاب القاضى.

(٧) قوله: "إلا فى كتاب القاضى" أى إلى القاضى فأنهم لم يأخذوا فيه بهذه الرواية، وأخذوا بظاهر الرواية. (عينى)

(٨) قوله: "أنه أخبر إلخ" ومن تمكن من الإنشاء عما أخبر به لم يتهم فى خبره، وفيه بحث، وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها، والثانى ممنوع، والأول يجبر إلى غير ظاهر الرواية عن معاينة الحجة. (ع)

(٩) قوله: "وقال الإمام إلخ" أى ظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار، وقال الإمام أبو منصور إلخ. (ع)

(١٠) القاضى.

(١١) لعلمه وعدالته.

(١٢) القاضى.

(١٣) عن قضاءه.

(١٤) قوله: "فإن أحسن التفسير" بأن يقول فى حد الزنا: إنى استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه، وحكمت عليه بالرجم، ويقول فى حد السرقة: إنه ثبت عندى بالحجة أنه أخذ منه نصابًا من حرز لا شبهة فيه، وفى القصاص أنه قتل عمداً بلا شبهة، وإنما يحتاج إلى استفسار الجاهل لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا. (ك)

لتهمة الخطأ(١) والخيانة(٢).

قال(٣): وإذا عزل القاضي(٤) فقال لرجل: أخذت منك ألفًا، ودفعتها إلي فلان، قد قضيت بها له عليك، فقال الرجل: أخذتها ظلمًا فالقول قول القاضي، وكذلك(٥) لو قال: قضيت بقطع يدك في حق هذا(٦) إذا كان الذى قطعت يده، والذى أخذ منه المال مقرين أنه(٧) فعل ذلك(٨) وهو(٩) قاض.

ووجهه(١٠) أنهما(١١) لما توافقا أنه(١٢) فعل ذلك(١٣) في قضاءه كان الظاهر شاهدا(١٤) له(١٥)، إذ القاضي لا يقضى بالجور ظاهرًا، ولا يمين عليه(١٦)؛ لأنه ثبت فعله في قضاءه بالتصادق(١٧)، ولا يمين على القاضي(١٨).

ولو أقر القاطع(١٩)، أو الآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضًا؛ لأنه فعله فى

---

(١٥) قوله: "وإلا فلا" أى وإن لم يحسن نفسيره فلا يجب تصديقه ولا يقبل قوله. (عينى)

(١٦) القاضى.

(١) فى الجهل.

(٢) فى الفسق.

(٣) أى محمد. (عينى)

(٤) قوله: "وإذا عزل إلخ" لما فرغ عن بيان ما يخبر به القاضى من قضاءه فى زمن ولايته شرع فى بيان ذلك بعد عزله. (ع)

(٥) أى القول قول القاضى.

(٦) أى كون القول قول القاضى فى هاتين الصورتين.

(٧) القاضى.

(٨) أى أخذ المال والقطع.

(٩) الواو حالية.

(١٠) قوله: "ووجهه" أى وجه كون القول قول القاضى فى هاتين الصورتين.

(١١) قوله: "أنهما" أى أن القاضى والمأخوذ منه المال والمقطوع يده. (عينى)

(١٢) القاضى.

(١٣) أى أخذ المال والقطع.

(١٤) والقول لمن يشهد له الظاهر.

(١٥) القاضى.

(١٦) القاضى.

(١٧) قوله: "لأنه إلخ" ولأنا لو أوجبنا اليمين على القاضى فى مواضع اليمين لا متنع الناس عن الدخول فى القضاء، فيتعطل أمور الناس. (ن)

(١٨) قوله: "ولا يمين على القاضى" لأنه لو لزمه اليمين لصار خصمًا، وقضاء الخصم لا ينفذ، والقاضى أمين لا خصيم. (ك)

(١٩) قوله: "ولو أقر إلخ" أى لو أقر القاطع بأمر القاضى، أو آخذ المال بأمر القاضى بالقطع، والأخذ بقضاء القاضى

حال القضاء، ودفع القاضي [١] صحيح كما إذا كان معاينًا.

ولو زعم [٢] المقطوع يده، أو المأخوذ ماله أنه [٣] فعل ذلك [٤] قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضًا، وهو الصحيح [٥]، لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان [٦]، فصار [٧] كما إذا قال [٨]: طلقت، أو أعتقت وأنا [٩] مجنون، والجنون [١٠] منه كان معهودًا [١١].

ولو أقر القاطع أو الآخذ فى هذا الفصل [١٢] بما أقر به القاضى [١٣] يضمنان [١٤]؛ لأنهما أقرا بسبب الضمان [١٥]، وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى

لا يضمن أيضًا كالقاضى، لأنه أى لأن القاطع أو الآخذ فعله فى حاله القضاء، فلا يضمن. (ن)

(١) قوله: "ودفع القاضى" أى دفع القاضى المال إلى رب الدين أو المستحق الذى هو الآخذ صحيح، لأنه دفعه فى حالة القضاء فالظاهر أنه دفعه بحق، فكان دفعه صحيحًا كما إذا كان معاينًا، أى كما إذا كان دفع القاضى المال إلى الآخذ بحكم القضاء فى معاينة المأخوذ منه المال حكمه أنه لا يضمن الآخذ، فكذا إذا أقر بما أقر به القاضى. (ن)

(٢) أى قال.

(٣) القاضى.

(٤) والقاضى يقول: إنه فعل ذلك حال قضاءه.

(٥) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عما قال شمس الأئمة السرخسى: إن القول قول المدعى فى هذه الصورة بناء على أن المنازعة إذا وقعت فى الماضى يحكم الحال، وفى هذه الحالة فعله موجب للضمان، وهو بهذا الإسناد يدعى ما يسقط الضمان عنه، وأما فى الأول فقد تصادقا أنه فعله وهو قاض، وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرًا، لأنه الأصل أن يكون قضاءه حقًا. (ع)

(٦) قوله: "لأنه [القاضى] أسند إلخ" لما مر أن حالة القضاء تنافى الضمان، فالقاضى بذلك الأسناد منكر، والقول للمنكر. (ع)

(٧) إسناد القضاء ههنا. (ع)

(٨) قوله: "كما إذا قال إلخ" فالقول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لإضافته إلى حالة منافية للإيقاع. (ع)

(٩) الواو حالية.

(١٠) الواو حالية.

(١١) معلومًا بين الناس. (ع)

(١٢) قوله: "فى هذا الفصل" أى فى هذه الصورة وهى صورة زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله أن القاضى قطع وأخذ ماله قبل التقليد أو بعد العزل. (ن)

(١٣) أى الفعل فى حال القضاء.

(١٤) قوله: "يضمنان" فإن قيل: قد وجد منه الإسناد أيضًا إلى حالة معهودة منافية للضمان، فيجب أن لا يضمنا كالقاضى. قلنا: إن هذه جهة يعارضها ما هو أقوى منها يقتضى وجوب الضمان وهو الإقرار بسبب الضمان، لأن هذه جهة قطعية لكون إقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه، وما ذكرنا من قضاء القاضى فى حقهما حجة ظاهرة لا قطعية، والظاهر أنه لا يعارض القطعى. (ن)

(١٥) أى أخذ المال وقطع اليد.

إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول[١]، لأنه ثبت فعله[٢] في قضاءه بالتصادق[٣].

ولو كان المال في يد الآخذ قائمًا، وقد أقر بما أقر به القاضي، والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضاءه، أو ادعى أنه فعله في غير قضاءه يؤخذ[٤] منه؛ لأنه أقر أن اليد كانت له[٥]، فلا يصدق[٦] في دعوى تملكه إلا بحجة، وقول المعزول فيه ليس بحجة[٧].

كتاب الشهادة[٨]

قال[٩]: الشهادة فرض تلزم الشهود، ولا يسعهم[١٠] كتمانها إذا طالبهم المدعي؛ لقوله تعالى[١١]: ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا[١٢]﴾، وقوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة[١٣] ومن يكتمها فإنه آثم قلبه[١٤]﴾، وإنما يشترط[١٥] طلب المدعي لأنها

(١) أي الفصل الأول.

(٢) القاضي.

(٣) قوله: "بالتصادق" أي بتصادق القاضي والمقطوع يده والمأخوذ ماله.

(٤) يؤخذ أي المال جزاء لقوله: ولو كان.

(٥) أي للمأخوذ منه.

(٦) لأنه لم يكن له ولاية الأخذ إلا بحجة ظاهرة.

(٧) قوله: "ليس بحجة" لكونه شهادة فرد بخلاف ما لو كان المال هالكًا، لأن القاضي ينكر وجوب الضمان، والقول قول المنكر. (عيني)

(٨) قوله: "كتاب الشهادة" هي في اللغة عبارة عن الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان، ولهذا قالوا: ههنا مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة. وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن الإخبار الصادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة، فالإخبار كالجنس يشتملها والأخبار الكاذبة.
وقوله: صادق يخرج الكاذبة، وقوله: في مجلس الحكم وبلفظ الشهادة يخرج الأخبار الصادقة غير الشهادات، وسببها معاينة ما يتحملها، ومشهدته بما يختص بمشاهدة من السماع في المسموعات والإبصار في المبصرات ونحو ذلك، وسبب أداءها، إما طلب المدعي منه الشهادة، أو خوف فوت المدعي إذا لم يعلم عليه. والإسلام إن كان المدعى عليه مسلمًا، وحكمها وجوب الحكم على الحاضر بمقتضاها، والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة. (عناية)
قوله: "الشهادة" إيراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضي ظاهر المناسبة إذ القاضي في قضاءه يحتاج إلى شهادة الشهود عند إنكار الخصم. (ع)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) تأكيد لقوله: تلزم إلخ.

(١١) دليل على أن الطلب من المدعي شرط الفرضية.

(١٢) قوله: "ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا" والنهي عن الإباء عند الدعاء أمر بالحضور عند الدعاء. (ك)

حقه[١]، فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق[٢].

والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار؛ لأنه[٣] بين حسبتين[٤]: إقامة الحد، والتوقى[٥] عن الهتك[٦]. والستر أفضل؛ لقوله عليه السلام[٧]: «للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيراً لك[٨]»*، وقال عليه السلام[٩]: «من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة»**، وفيما نقل من تلقين الدرء[١٠] عن النبى عليه السلام[١١] وأصحابه رضى الله عنهم[١٢] دلالة ظاهرة

---

(١٣) قوله: "ولا تكتموا الشهادة إلخ" هو بظاهره يدل على النهى عن كتمانها على وجه المبالغة، والنهى عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان، فإذا كان الكتمان منهيًا فيكون الإظهار ثابتًا، وثبوته بالأداء، وما لم يجب لا يثبت، فكان إظهار الأداء واجبًا. (ع)

(١٤) قوله: "فإنه آثم قلبه" وعيد، واستحقاق الوعيد بترك الواجب، ثم لم يقتصر على قوله: فإنه آثم لزيادة التأكيد لما أن إسناد الفعل إلى الجارحة التى يعمل بها الإثم من الإسناد إلى الجملة، ولأن القلب رئيس الأعضاء، والمضغة التى إن صلحت صلح البدن كله، وإن فسدت فسد البدن كله. (ك)

(١٥) أى إنما يشترط وجود سبب الأداء وهو طلب المدعى، فالطلب سبب الأداء ووجوده شرط. (ع)

(١) مدعى.

(٢) قوله: "فيتوقف إلخ" ونوقض بما إذا علم الشهادة الشاهد، ولم يعلم بها المدعى، ويعلم الشاهد أنه لو لم يشهد يضيع حقه، فإنه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمه. والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة، فإن موجب الأداء عند الطلب إحياء الحق، وهو فيما ذكرتم موجودة فألحق به. (ع)

(٣) الشاهد.

(٤) الحسبة -بالكسر- ثواب. (م)

(٥) پرهيز كردن. (من)

(٦) أى هتك عرض أخيه المسلم. (ك)

(٧) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قيل: هذه الأخبار معارضة لإطلاق الكتاب، أى لا تكتموا الشهادة الآية، وإعمالها نسخ لإطلاقه، وهو لا يجوز بخبر الواحد، والحق أن يقال: القدر المشترك فيما نقل عن النبى ﷺ وأصحابه رضى الله عنهم فى الدرء متواتر فى المعنى، فجاز الزيادة به. (ع)

(٨) قوله: "للذى شهد [بالزنا] عنده لو سترته إلخ" قلت: الذى قال له النبى ﷺ هذا القول لم يشهد عنده بشىء، ولكنه رجل حمل ماعزاً على أن اعترف بالزنا عند النبى ﷺ، وذلك الرجل اسمه هزال، كذا فى "تخريج الزيلعى". (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٧٤، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٤ص١٧٠. (نعيم)

(٩) قلت: أخرجه البخارى ومسلم عن أبى هريرة مرفوعًا قال: ومن ستر مسلمًا ستره الله فى الدنيا والآخرة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٦ص١٧١. (نعيم)

(١٠) أى دفع الحد.

(١١) قوله: "عن النبى عليه السلام" للبخارى عن ابن عباس فى حديث ماعز قال له عليه السلام: لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت، قال: لا، قال: أفنكتها، قال: نعم، فعند ذلك أمر برجمه، انتهى.

وأخرج أبو داود: "أن النبى ﷺ أتى بلص قد اعترف اعترافًا، ولم يوجد معه متاع، فقال له رسول الله ﷺ:

عن أفضلية الستر*.

إلا[٢] أنه يجب له أن يشهد بالمال في السرقة، فيقول: أخذ؛ إحياء لحق المسروق منه[٣]، ولا يقول: سرق محافظة على الستر، ولأنه لو ظهرت السرقة[٤] لوجب القطع[٥]، والضمان لا يجامع القطع، فلا يحصل إحياء حقه.

قال[٦]: والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال[٧]؛ لقوله تعالى[٨]: ﴿وَاللاتي يأتين الفَاحِشَة مِن نسائكم فاستَشهِدُوا عليهن أربعةً منكُم﴾، ولقوله تعالى[٩]: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة[١٠] شهداء[١١]﴾.

ولا يقبل فيها شهادة النساء؛ لحديث[١٢] الزهري[١٣] مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والخليفتين[١٤] من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص**، ولأن فيها شبهة البدلية[١٥] لقيامها مقام شهادة الرجال[١٦]، فلا تقبل

«ما إخالُكَ سرقتَ» قال: بلى، فأعاد عليه مرتين و ثلاثًا فأمر به فقطع"، انتهى. (ت)

(١٢) أبي بكر وعمر وعلي وابنه الحسن، وأبي هريرة، وعمرو بن العاص، وأبي مسعود، وأبي واقد الليثي رضي الله عنهم. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٧٦، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٥ ص١٧٠. (نعيم)

(٢) استثناء منقطع من قوله: يخبر فيها الشاهد.

(٣) ورعاية حق الله وهو الحد ليس بأهم من رعاية حق العبد.

(٤) بقوله: سرق.

(٥) ويسقط الضمان.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "يعتبر فيها أربعة من الرجال" أما اشتراط الأربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يجب الستر على عباده، ولا يرضى بإشاعة الفاحشة. (ع)

(٨) قوله: "لقوله تعالى إلخ" فإن قيل: في هذه النصوص بيان جواز العمل بهذا العدد، وليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد، قلنا: المقادير في الشرع لمنع الزيادة أو النقصان، أو لمنعهما، وهذا التقدير لا يمنع الزيادة، فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة، فكان هذا قضية متلقاة من جهة الشرع، فينتهي إلى ما أنهانا الشرع إليه. (ك)

(٩) والذين يرمون المحصنات.

(١٠) ولفظ الأربعة نص في العدد والذكورة. (ع)

(١١) فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا.

(١٢) رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" لكن فيه ليس لفظ: والقصاص، كذا في "تخريج الزيلعي".

(١٣) تابعي توفي في رمضان سنة ١٢٤ هـ.

(١٤) قوله: "والخليفتين [أي أبي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما]" وتخصيصهما بالذكر ما ورد في حقهما من قوله ﷺ: «اقتدوا بالذين من بعده أبي بكر وعمر». (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٨ ص١٧١. (نعيم)

فيما يندرئ بالشبهات.

ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص[١] تقبل فيها شهادة رجلين؛ لقوله تعالى[٢]: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾، ولا يقبل فيها شهادة النساء[٣] لما ذكرنا[٤]. قال[٥]: وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال، مثل النكاح، والطلاق، والوكالة، والوصية[٦] ونحو ذلك[٧].

وقال الشافعي رحمه الله: لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا فى الأموال وتوابعها[٨]؛ لأن الأصل فيها[٩] عدم القبول لنقصان العقل، واختلال الضبط[١٠]، وقصور الولاية، فإنها لا تصلح للإمارة[١١]، ولهذا[١٢] لا تقبل[١٣] فى الحدود.

ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا[١٤] أنها قبلت فى الأموال ضرورة[١٥]، والنكاح[١٦] أعظم خطرًا وأقل وقوعًا، فلا يلتحق بما هو أدنى خطرًا وأكثر وجودًا[١٧].

---

(١٥) قوله: "ولأن فيها شبهة إلخ" إنما قال: شبهة البدلية لأن حقيقتها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل، وليس شهادتهن كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين. (ع)

(١٦) لقوله تعالى: فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان.

(١) أى سوى حد الزناء كحد القذف وحد الشرب.

(٢) قوله: "لقوله تعالى إلخ" فإن قيل: هذا النص ورد فى المداينات لما مر، فكيف يكون حجة فى الحدود والقصاص؟ قلنا: العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتى إن هذه الآية جعلت حجة فى غير المداينات من الحقوق التى تثبت مرة بالإقرار، ومرة بالشهود، ولا حق يثبت شرعًا بالشهود التى فوق الاثنين سوى حد الزنا، فتعين ثبوت سائر الحقوق بالاثنين من الشهود ومن سائر الحقوق بقية الحدود، فيثبت بشهادة رجلين. (ك)

(٣) أى فى بقية الحدود والقصاص.

(٤) من حديث الزهرى وشبهة البدلية.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى الإيصاء لأنه فى تعداد غير المال. (ك)

(٧) كالعتاق والنسب. (ك)

(٨) قوله: "وتوابعها" كالإعارة والإجارة، والكفالة، والأجل، وشرط الخيار. (ك)

(٩) أى فى شهادة النساء.

(١٠) لغلبة النسيان.

(١١) الخلافة.

(١٢) أى لأجل أن الأصل عدم القبول.

(١٣) أى شهادة النساء.

(١٤) استثناء من قوله: لأن الأصل إلخ.

(١٥) أى ضرورة إحياء حقوق العباد لكثيرة وقوعها. (ع)

ولنا: أن الأصل فيها[١] القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة، وهو المشاهدة والضبط والأداء[٢]، إذ بالأول يحصل العلم للشاهد، وبالثاني يبقى[٣]، وبالثالث يحصل العلم للقاضي، ولهذا[٤] يقبل إخبارها في الأخبار[٥]، ونقصان الضبط[٦] بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها[٧]، فلم يبقَ بعد ذلك إلا الشبهة[٨]، فلهذا[٩] لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات، وهذه الحقوق[١٠] تثبت مع الشبهات، وعدم قبول الأربع[١١] على خلاف القياس[١٢] كيلا يكثر خروجهن[١٣].

قال: ويقبل في الولادة، والبكارة، والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة[١٤]؛ لقوله عليه السلام: «شهادة النساء جائزة فيما لا

---

(١٦) قوله: "والنكاح" وكذا الطلاق والرجعة والإسلام، والردة والبلوغ، والولاء، والعدة، والجرح، والتعديل، العفو عن القصاص. (ع)

(١٧) أي المال.

(١) أي في شهادة النساء.

(٢) قوله: "وهو المشاهدة إلخ" أي أهلية قبول الشهادة بالولاية والمشاهدة والضبط، وهو حسن السماع والفهم، والحفظ إلى وقت الأداء إذ في لفظ الكتاب نوع خلل لأنها لا يثبت بها أهلية الشهادة، لأن هذه الأشياء ثابتة للعبد، والصبي العاقل، والكافر، ولا شهادة لهم. (ك)

(٣) العلم.

(٤) أي لكون القبول أصلا.

(٥) الأحاديث.

(٦) قوله: "ونقصان الضبط" جواب عن قول الشافعي الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط. (ك)

(٧) المرأة.

(٨) أي شبهة البدلية.

(٩) أي فلأجل شبهة البدلية.

(١٠) قوله: "وهذه الحقوق" إشارة إلى مثل النكاح والطلاق، والوكالة، والوصية، أما النكاح والطلاق فيثبتان مع الهزل والإكراه بخلاف الأموال وتوابعها حيث لا يثبت البيع والإجارة والمضاربة وغيرها مع الهزل، فلما ثبتت هذه الأشياء أعني البيع وأمثاله بشهادة النساء مع الرجال مع أنها لا تثبت بالهزل، فلأن يثبت بشهادتهن النكاح والطلاق، وهما يثبتان بالهزل أولي. وأما الوكالة والوصية والأموال فإنه يجرى فيها كتاب القاضي والشهادة على الشهادة، فيثبت ذلك بشهادة النساء أيضا، وإن كان فيها شبهة البدلية. (ك)

(١١) قوله: "وعدم [جواب عن قول الشافعي: ولا يقبل شهادة الأربع إلخ] قبول إلخ" ولم يذكر الجواب عن قوله: لنقصان العقل، ولا عن قوله: لقصور الولاية، والجواب عن الأول أنه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف، وما روى عنه ﷺ أنهن ناقصات عقل، فالمراد منه العقل بالفعل، وهو أن يحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب، ولذلك لا يصلحن الولاية والخلافة والإمارة، وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضا، كذا قيل. (مل)

(١٢) والقياس يقتضي ذلك.

(١٣) فإن في كثرة خروجهن اقتضاء حالهن.

يستطيع الرجال النظر إليه[1]»*. والجمع المحلى بالألف واللام[2] يراد به الجنس[3]، فيتناول الأقل، وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الأربع[4]. ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر[5]، لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف[6]، فكذا يسقط[7] اعتبار[8] العدد، إلا أن المثنى والثلاث أحوط؛ لما فيه من معنى الإلزام[9]. ثم حكمها[10] في الولادة شرحناه في الطلاق[11]، فأما حكم البكارة[12] فإن شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة، ويفرق بعده[13]، لأنها[14] تأيدت بمؤيد[15]، إذ البكارة أصل، وكذا في رد المبيعة[16] إذا اشتراها بشرط البكارة، فإن قلن[17]: إنها ثيب يحلف البائع لينضم[18] نكوله[19] إلى قولهن، والعيب[20]

---

(١٤) قوله: "شهادة امرأة واحدة" ويقبل شهادة رجل على الولادة، لأنه إذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة، فقبول شهادة واحد أولى. (ك)

(١) قوله: "شهادة النساء إلخ" قلت غريب، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن ابن شهاب الزهري قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٨٠، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٧ ص١٧١. (نعيم)

(٢) هذا بيان وجه الاستدلال بهذا الحديث.

(٣) قوله: "يراد به الجنس" أي إذا لم يكن ثمه معهود، والكل ليس بمراد مطلقًا فيراد به الأقل ضرورةً. (ك)

(٤) بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادة. (ع)

(٥) قوله: "ليخف النظر" أي النظر إلى العورة حرام إلا أنا اعتبرنا نظر جنسها، لأن نظر الجنس أخف لأن نظر المرأة إلى عورة المرأة أخف من نظر الرجل إلى عورة المرأة. (عيني)

(٦) قوله: "أخف" لعدم الشهوة، ولهذا بعد الموت يغسل المرأة المرأة، والرجل الرجل. (ك)

(٧) لأن نظر الواحدة أخف من نظر الجماعة.

(٨) أي شرطًا.

(٩) قوله: "لما فيه من معنى الإلزام" ولهذا يشترط الحرية والإسلام، ولفظ الشهادة، واختص بمجلس القاضي. (ك)

(١٠) أي حكم شهادة المرأة الواحدة. (ع)

(١١) قوله: "في الطلاق" أي باب ثبوت النسب، وهو قوله: وإذا تزوج الرجل امرأة، فجاءت بولد بستة أشهر، فصاعداً فجحد الزوج الولادة يثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة. (ك)

(١٢) قوله: "فأما حكم البكارة إلخ" بيانه أن امرأة العنين مع زوجها إذا اختلفا فقال: هو وصلت إليها، وقالت هي: لم يصل إلي فإنها تراها النساء فإن شهدن إلخ. (عيني)

(١٣) أي بعد مرور السنة.

(١٤) الشهادة.

(١٥) هو الأصل.

(١٦) قوله: "وكذا في رد إلخ" بيانه أنه إذا اشترى رجل جارية على أنها بكر، ثم اختلفا قبل القبض، أو بعده، فقال البائع: هي بكر في الحال فإن القاضي يريها النساء، فإن قلن إلخ. (مل)

(١٧) قوله: "فإن قلن إنها إلخ" فإن المشتري إذا ادعى عيبا في المبيع لا بد له من إثبات قيامه به في الحال ليثبت له

يثبت[١] بقولهن، فيحلف البائع[٢].

وأما شهادتهن على استهلال[٣] الصبى لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله فى حق الإرث، لأنه مما يطلع عليه الرجال[٤] إلا فى حق الصلاة[٥]؛ لأنها من أمور الدين[٦]، وعندهما تقبل فى حق الإرث أيضًا؛ لأنه صوت عند الولادة، ولا يحضرها الرجال عادة، فصار كشهادتهن على نفس الولادة[٧].

قال[٨]: ولا بد في ذلك كله[٩] من العدالة[١٠] ولفظة الشهادة، فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال: أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته[١١].

أما العدالة فلقوله تعالى: ﴿ممن تَرضَون مِن الشهَداء﴾، والمرضى من الشاهد هو العدل، ولقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾، ولأن العدالة هى المعينة للصدق[١٢]، لأن من يتعاطى[١٣] غير الكذب[١٤] قد يتعاطاه[١٥].

ولاية التحليف وإلا كان القول للبائع لتمسكه بالأصل، فإذا قلن: إنها ثيب يثبت العيب فى الحال، وعمل بالحديث ثم يحلف البائع فإنه لم يثبت حق الفسخ بمجرد شهادتهن. وقولهن: إنها ثيب لأن الفسخ حق قوى، وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع، فيحلف البائع بأنه لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر، وإن لم يقبضها فبأنه بالله لقد بعتها وهى بكر فإن نكل يرد عليه، وإن حلف لزم المشترى. (عينى)

(١٨) فيرد.

(١٩) البائع.

(٢٠) قوله: "والعيب إلخ" جواب عما يقال: إن شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال، فيجب الرد بقولهن، والتحليف ترك العمل بالحديث. (مل)

(١) قوله: يثبت بقولهن" أى فى الحال وقيام العيب فى الحال شرط لصحة الخصومة. (ك)

(٢) بأنه لم يكن عنده هذا العيب. (ك)

(٣) هو صوت الصبى عند الولادة. (ع)

(٤) فلا يكون شهادتهن حجة. (ع)

(٥) أى تقبل شهادة المرأة الحرة على استهلال الصبى فى حق الصلاة.

(٦) فشهادة الواحدة فيه حجة.

(٧) قوله: "فصار إلخ" والجواب أن المعتبر فى ذلك إمكان الإطلاع، ولا شك فى ذلك، فلا معتبر بشهادتهن، ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الأم، وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء. (ع)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى فى جميع ما تقدم. (ك)

(١٠) قوله: "من العدالة" وأحسن ما قيل فى تفسير العدالة ما نقل عن المصنف: من أن العدل فى الشهادة أن يكون مجتنبًا عن الكبائر، ولا يكون مصرًا على الصغائر، ويكون صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أكثر من خطأه. (ن)

(١١) فى تلك الحادثة فى ذلك الوقت. (ع)

(١٢) يعنى أن الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة إلخ. (ع)

وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق إذا كان وجيهًا[١] في الناس ذا مروّة[٢] تقبل شهادته، لأنه لا يستأجر لوجاهته، ويمتنع عن الكذب لمروّته، والأول أصح[٣] إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا[٤]، والمسألة معروفة[٥]. وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها[٦] إذ الأمر فيها بهذه اللفظة، ولأن فيها[٧] زيادة توكيد، فإن قوله: أشهد من ألفاظ اليمين، فكان الامتناع عن الكذب[٨] بهذه اللفظة أشد.

وقوله: في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم[٩] حتى يشترط العدالة، ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح[١٠]، لأنه شهادة[١١] لمافيه من معني الإلزام[١٢] حتي اختص بمجلس القضاء، ويشترط فيه الحرية والإسلام[١٣].

قال أبو حنيفة رحمه الله: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم؛ لقوله عليه السلام[١٤]: «المسلمون عدول

---

(١٣) تعاطي: مرتكب كارى شدن. (من)

(١٤) من محظورات الدين.

(١٥) فيقدم على شهادة الزور أيضًا، فترد شهادته للتهمة. (عيني)

(١) أي ذا وجاهة، وقد ر و شرف.

(٢) أي إنسانية. (ع)

(٣) قوله: "والأول أصح" أي عدم قبول شهادة الفاسق مطلقًا سواء كان ذا وجاهة أو لم يكن أصح، لأن قبول الشهادة إكرام للشاهد بحيث يحيى به الحقوق، ونحن أمرنا بإهانة الفاسق. (مل)

(٤) لا عند الشافعي.

(٥) وفي أدب القاضي مذكورة.

(٦) قوله: "نطقت باشتراطها" أي ورد نظم النصوص بلفظ الشهادة، والإشهاد، والاستشهاد، نحو قوله تعالى: وأقيموا الشهادة لله، وأشهدوا إذا تبايعتم، واستشهدوا شهيدين، وقوله عليه السلام: إذا علمت مثل الشمس فاشهد، لا أن يكون اشتراطها بتلك اللفظة صريحًا، وإلى هذا إشارة بقوله: إذ الأمر فيها بهذه اللفظة، فإذا جاء الأمر بهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر. وأما تبديل لفظ الله أكبر، بالله الأجل، أو الله أعظم، وإن ورد صريح النص به في قوله تعالى: ﴿وربك فكبر﴾، فبحصول المقصود، وهو التعظيم والتبجيل، فتأمل. (مل)

(٧) أي في لفظ الشهادة.

(٨) وهو المقصود. (ع)

(٩) من أنواع الشهادة.

(١٠) احتراز عن قول العراقيين إنه لا يشترط لفظة الشهادة. (ك)

(١١) ليست مجرد إخبار.

(١٢) أي إلزام النسب وغيره.

(١٣) والعقل والبلوغ.

بعضهم على بعض إلا محدودًا في قذف»*، ومثل ذلك مروى[٢] عن عمر رضى الله عنه، ولأن الظاهر[٣] هو الانزجار[٤] عما هو محرم دينه، وبالظاهر كفاية[٥] إذ لا وصول إلى القطع. إلا[٦] في الحدود والقصاص فإنه يسأل[٧] عن الشهود؛ لأنه يحتال[٨] لإسقاطها[٩]، فيشترط الاستقصاء فيها[١٠]، ولأن الشبهة فيها دارئة[١١]، وإن طعن الخصم فيهم[١٢] يسأل عنهم في السر والعلانية، لأنه تقابل[١٣] الظاهران، فيسأل طلبًا للترجيح[١٤]. وقال أبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله: لا بد أن يسأل[١٥] عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق، لأن القضاء مبناه على الحجة،

---

(١٤) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" في البيوع عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في فرية». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٨١، والدراية ج٢، الحديث ٨٢٩ص١٧١. (نعيم)

(٢) قوله: "مروى عن عمر" كتب عمر رضى الله عنه كتاباً إلى أبي موسى، رواه الدارقطني، وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في حد. (مل)

(٣) في المسلم.

(٤) انزجر: باز ايستاد. (من)

(٥) قوله: "وبالظاهر كفاية" فإن قيل: الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، وههنا يثبت المدعى استحقاق المدعى به بإقامة البينة، والجواب ما أشار إليه بقوله: إذ لا وصول إلى القطع، وبيانه أنه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج إلى التزكية. وقبول قول المزكي في التعديل أيضاً عمل بالظاهر لما أن الظاهر أن قول المزكي صدق، فالكلام فيه كالأول، وهلم جرا، فيدور أو يتسلسل، علا أن الظاهر قد يكفي للاستحقاق إذا لم ينازعه آخر، ألا ترى أن الشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره إذا لم ينازعه المشترى في ذلك، وههنا كذلك، لأن كلامنا فيما إذا لم يطعن المدعى عليه في الشهود، ولو طعن فحينئذ يسأل عنهم كما لو نازع المشترى الشفيع في ما في يد الشفيع بأنه لا ملك له فيه. (مل)

(٦) استثناء من قوله: ولا يسأل.

(٧) قبل طعن الخصم.

(٨) احتيال حيله ساختن. (م)

(٩) الحدود والقصاص.

(١٠) قوله: "فيشترط الاستقصاء [استقصاء: تمام در گرفتن وبنهايت چيزى رسيدن. م] فيها" إذ السؤال عن العدالة مما يفضى إلى الدرء والدفع، فيجب السؤال احتيالا له. (مل)

(١١) قوله: "ولأن الشبة إلخ" أى العدالة وإن كانت ظاهرة، فكذا احتمال كونه غير عدل ثابت، فتعمل هذه الشبهة بالدرء. (مل)

(١٢) شهود.

(١٣) قوله: "لأنه تقابل إلخ" أى كما أن الظاهر أن الشهود لا يكذبون كذلك الظاهر أن الخصم لا يكذب في طعنه. (عيني)

(١٤) بين المتعارضين.

(١٥) طعن الخصم أولا.

وهى شهادة العدول، فيتعرف[١] عن العدالة، وفيه[٢] صون قضاءه عن البطلان[٣]، وقيل: هذا[٤] اختلاف عصر[٥] وزمان[٦]، والفتوى على قولهما فى هذا الزمان.

ثم التزكية فى السر أن يبعث المستورة[٧] إلى المعدل[٨] فيها النسب[٩] والحلى[١٠] والمصلى[١١] ويردها المعدل[١٢]، وكل ذلك[١٣] فى السر كيلا يظهر[١٤]، فيخدع[١٥] أو يقصد[١٦]. وفى العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد[١٧] لينتفى شبهة تعديل غيره[١٨]، وقد كانت العلانية وحدها[١٩] فى الصدر الأول[٢٠]، ووقع

---

(١) تعرف: معرفت جستن. (من)

(٢) أى فى السؤال.

(٣) أى على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفارًا. (ك)

(٤) الخلاف.

(٥) قوله: "اختلاف عصر" لأن أبا حنيفة أجاب فى زمانه، وكان الغالب منهم عدولا، وهما أجاباه في زمانهما، وقد تغير الناس وكثر الفساد، ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما. (ع)

(٦) أى لا اختلاف برهان.

(٧) قوله: "المستورة" هو اسم الرقعة التى يكتبها القاضى ويبعثها سرًا بيد أمينه إلى المزكى سميت بذلك، لأنها تستر عن نظر العوام. (ك)

(٨) قوله: "إلى المعدل" وينبغى أن يكون عدلا يمكن الاعتماد على قوله: وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم، ولا يكون طماعًا ولا فقيراً يتوهم خداعه بالمال. (ع)

(٩) أى نسب الشهود.

(١٠) قوله: "والحلى" بكسر الحاء وضمها جمع حلية الإنسان صفته، وما يرى منه من لون أو غيره. (ع)

(١١) قيل: المراد به المحلة، وقيل: المراد به مسجد المحلة. (ك)

(١٢) قوله: "ويردها المعدل [إلى الحاكم] إلخ" بأنه إذا وصل الرقعة إلى المزكى فالمزكى يسأل عنهم من أهل حرفتهم ومن جيرانهم وأهل محلتهم، فإن لم يجدوا فمن أهل سوقهم، فإذا قال المسؤول عنه: هو عدل يكتب المزكي فى آخر الرقعة أنه عدل مرضى عندى جائز الشهادة، ومن عرف فسقه يصرح به، ومن لم يعرفه لا بالعدل ولا بالفسق يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى مستور. (عينى)

(١٣) أى البعث إلى المعدل ورده.

(١٤) أى ما فيها.

(١٥) قوله: فيخدع [أى بالمال]" خدعه خدعًا فريفت أو را. (من)

(١٦) بالإضرار.

(١٧) قوله: "لا بد أن يجمع [فى مجلس القضاء] إلخ" ويقول للمعدل: أهذا الذى عدلته، أو يقول للمزكي بحضرة الشهود: أهؤلاء عدول مقبول الشهادة. (ك)

(١٨) قوله: "لينتفى شبهة إلخ" لأن الشخصين قد يتفقان فى الاسم والنسب، فيقول المعدل: هذا الذى عدلته، يشير إلى الشاهد. (عينى)

(١٩) بدون تزكية السر.

(٢٠) قوله: "فى الصدر الأول" أى فى عهد رسول الله ﷺ وأصحابه، لأن المعدل كان لا يتوقى عن الجرح،

الاكتفاء في السر[١] في زماننا تحرزًا عن الفتنة[٢].

ويروي عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة[٣]، ثم قيل: لا بد أن يقول المعدل: هو[٤] حر عدل جائز الشهادة، لأن العبد قد يعدل، وقيل: يكتفى بقوله: هو عدل[٥]، لأن الحرية ثابتة بالدار[٦]، وهذا أصح[٧].

قال: وفي قول[٨] من رأى أن يسأل عن الشهود: لم يقبل قول الخصم: إنه عدل، معناه قول المدعى عليه. وعن أبي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر إلى تزكيته؛ لأن العدد عنده[٩] شرط[١٠].

ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره، مبطل[١١] في إصراره[١٢]، فلا يصلح معدلا[١٣]، وموضوع المسألة[١٤] إذا قال: هم عدول[١٥] إلا أنهم أخطأوا[١٦] أو نسوا، أما إذا قال: صدقوا، أو هم عدول صدقةٌ، فقد اعترف بالحق[١٧].

ولا يخاف من المدعى، ولا من الشهود، لأنهم كانوا منقادين للحق، ولا يقاتلونه بالأذى لو جرحهم. (ك)

(١) وتركت تزكية العلانية.

(٢) قوله: "تحرزًا عن الفتنة" لأن الشهود يقاتلون المزكى ويقع بينه وبين الشهود عداوة. (عينى)

(٣) قوله: "بلاء وفتنة" إذ الشهود والمدعى يقاتلون الجارح بالأذى. (ك)

(٤) شاهد.

(٥) ولا يشترط أن يقول: هو حر عدل جائز الشهادة.

(٦) أي دار الإسلام، وفي نسخة: بأصل الدار.

(٧) قوله: "وهذا أصح" لأن في زماننا كل من نشأ في دار الإسلام كان الظاهر من حاله الحرية، ولهذا لا يسأل القاضى عن إسلامه وحريته، وإنما يسأل عن عدالته. (ع)

(٨) هذا تفريع من أبي حنيفة على قول من يرى المسألة عن الشهود.

(٩) محمد.

(١٠) في المزكى.

(١١) أبطل: باطل آورد، دروغ گفت. (من)

(١٢) أي ثباته على الإنكار.

(١٣) لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق. (ع)

(١٤) قوله: "وموضوع إلخ" جواب عما يقال: تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه، فكان مقبولا لأن العدالة ليست بشرط فيه بالاتفاق. (عينى)

(١٥) ومثل هذا القول ليس بإقرار للحق.

(١٦) أي في هذه الشهادة.

(١٧) قوله: "فقد اعترف بالحق" فيقتضى القاضى باعترافه لا بالشهود. (مل)

قال(١): وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود(٢) واحداً جاز(٣)، والاثنان أفضل(٤)، وهذا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: لا يجوز إلا اثنان، والمراد منه المزكي، وعلى هذا الخلاف(٥) رسول القاضي إلى المزكي(٦)، والمترجم عن الشاهد.

له(٧) أن التزكية في معنى الشهادة، لأن ولاية القضاء(٨) تبتني على ظهور العدالة، وهو بالتزكية، فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة(٩) فيه، وتشترط الذكورة(١٠) في المزكي في الحدود والقصاص.

ولهما أنه ليس في معنى الشهادة، ولهذا(١١) لا يشترط فيه لفظة الشهادة، ومجلس القضاء، واشتراط العدد أمر حكمي(١٢) في الشهادة، فلا يتعداها(١٣).

ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيًّا(١٤)، فأما في تزكية العلانية فهو(١٥) شرط، وكذا العدد بالإجماع(١٦) على ما قاله الخصاف

---

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) أي عن حال الشهود.

(٣) لأنه ليس بشهادة.

(٤) لكونه أحوط.

(٥) قوله: "وعلى هذا الخلاف" يعني يكفي الواحد للرسالة والترجمة عند الشيخين، وعند محمد لا بد من اثنين.

(٦) قوله: "رسول القاضي إلخ" معناه من ينقل قول المزكي إلى القاضي بعد ما بلغ قول القاضي إلى المزكي. (ك)

(٧) محمد.

(٨) للقاضي.

(٩) أي عدالة المزكي.

(١٠) كما هو في الشهود.

(١١) أي لعدم كونه في معنى الشهادة.

(١٢) قوله: "أمر حكمي" أي أمر ثبت بالنص، بخلاف القياس لأن رجحان الصدق في العمل بالعدالة لا بالعدد كما في رواية حديث النبي ﷺ في حق العلم بالتواتر، وإذا كان كذلك لا معنى لاشتراط العدد في الشهادة لكنا تركنا ذلك القياس بالنصوص التي فيها بيان العدد. (ك)

(١٣) قوله: "فلا يتعداها" أي فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة إلى التزكية، فإن قيل: فيلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها، فالجواب إنما ألحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الإلحاق. (ملخصات)

(١٤) والوالد لولده وغيره.

(١٥) لمولاه وغيره. (ع)

(١٦) قوله: "وكذا [أهلية الشهادة، أي يشترط في العلانية] العدد إلخ" فيه بحث لأن اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر، لأن المزكي في السر هو المزكي في العلانية، والجواب أن الخصاف شرط

رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء، قالوا: يشترط الأربعة[١] في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله.

فصل[٢]

وما يتحمله الشاهد على ضربين: أحدهما: ما يثبت حكمه بنفسه[٣] مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم، فإذا سمع ذلك[٤] الشاهد، أو رآه[٥] وسعه أن يشهد وإن لم يشهد عليه؛ لأنه علم ما هو الموجب بنفسه، وهو الركن[٦] في إطلاق[٧] الأداء[٨]، قال الله تعالى[٩]: ﴿إلا مَن شَهِدَ[١٠] بِالحَقّ وَهُم يَعلَمُونَ[١١]﴾، وقال النبي ﷺ[١٢]: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع»*. قال: ويقول[١٣]: أشهد أنه باع، ولا يقول: أشهدني، لأنه كذب، ولو سمع من وراء

أن يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية، فيجوز أن يكون العدد شرطًا في أحدهما دون الآخر وإليه أشار بقوله: على ما قال الخصاف. (ع)

(١) أي لا بد أن يكون المزكون أربعة.

(٢) قوله: "فصل" لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد. (ع) مسائل هذا الفصل كلها من القدوري.

(٣) قوله: "ما يثبت حكمه بنفسه" أي من غير احتياج إلى الإشهاد، ألا ترى أن حكم البيع، وهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري، وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد، وكذا في نظائره. (مل)

(٤) فيما يعرف بالسماع مثل البيع والإقرار وحكم الحاكم.

(٥) كالغصب والقتل.

(٦) أي العلم بالموجب بنفسه.

(٧) أي تجويز الأداء. (ك)

(٨) أي أداء الشهادة.

(٩) قوله: "قال الله تعالى إلخ" التمسك بالآية على قوله: وسعه أن يشهد به لأنه أطلق أداء الشهادة بمجرد العلم، وقد حصل ذلك بالرؤية في المرئيات وبالسماع في المسموعات، والعلم شرط جواز الأداء حيث جعله حالا في قوله تعالى: وهم يعلمون، والأحوال شروط وشرطًا في قوله عليه السلام: إذا علمت إلخ. (ك)

(١٠) قوله: "إلا من شهد" ولا يملك الذين يدعون يعبدون أي الكفار من دونه، أي الله الشفاعة لأحد إلا من شهد بالحق، أي قال: لا إله إلا الله، وهم يعلمون بقلوبهم ما شهدوا به بألسنتهم، وهم عيسى وعزير، والملائكة، فإنهم يشفعون للمؤمنين. (جلالين)

(١١) قوله: "وهم يعلمون" قيل: جعل العلم بالموجب ركنا في الأداء مخالف للنصين جميعًا فإنهما يدلان على شرطيته، إذ الأحوال شروط، وإذا موضوعة للشرط، وأجيب بأنه مجاز عن الشرط، وإنما عبر عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الأداء إليه. (ع)

(١٢) قوله: "وقال النبي إلخ" قلت: أخرج البيهقي في سننه، والحاكم في المستدرك في كتاب الأحكام عن ابن عباس أن رجلا سأل النبي ﷺ عن الشهادة، فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فاشهد، أو دع، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٠ص١٧٢. (نعيم)

الحجاب[١] لا يجوز له أن يشهد، ولو فسر للقاضى[٢] لا يقبله، لأن النغمة[٣] تشبه النغمة، فلم يصلح العلم.

إلا[٤] إذا كان دخل[٥] البيت، وعلم أنه ليس فيه[٦] أحد سواه[٧]، ثم جلس[٨] على الباب، وليس فى البيت مسلك غيره، فسمع[٩] إقرار الداخل[١٠]، ولا يراه، له أن يشهد؛ لأنه حصل العلم في هذه الصورة.

ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه[١١] مثل الشهادة على الشهادة[١٢]، فإذا سمع شاهداً يشهد بشىء[١٣] لم يجز له[١٤] أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده[١٥] عليها[١٦]؛ لأن الشهادة[١٧] غير موجبة بنفسها، وإنما تصير[١٨] موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء، فلا بد من الإنابة والتحميل[١٩]، ولم يوجد[٢٠].

---

(١٣) فى البيع.

(١) أى قول واحد: بعت وقول آخر: اشتريت.

(٢) بأن يقول: أشهد بالسماع من وراء الحجاب. (ع)

(٣) هو الكلام الخفى. (ع)

(٤) استثناء من قوله: لا يجوز له أن يشهد. (ع)

(٥) الرجل.

(٦) البيت.

(٧) الداخل.

(٨) الشاهد.

(٩) الشاهد.

(١٠) بالبيع مثلا.

(١١) قوله: "ومنه ما لا يثبت إلخ" هذا بيان للضرب الثانى من الضربين الذين ذكرهما بقوله: وما يتحمله الشاهد إلخ. (عينى)

(١٢) فإنها لا يثبت به الحكم ما لم يشهد. (ع)

(١٣) أى فى غير مجلس القضاء. (ن)

(١٤) السامع.

(١٥) السامع.

(١٦) الشهادة.

(١٧) أى شهادة الأصول. (ع)

(١٨) الشهادة.

(١٩) قوله: "فلا بد من الإنابة إلخ" أى لا بد من الإنابة بتحميل الشهادة على الفرع حتى ينقلها الفرع إلى مجلس القاضى فإنه تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه، وإزالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه، فلا بد من الإنابة والتحميل. وقيل: إن الأول إشارة إلى مذهب محمد فإنه يقول بطريق التوكيل، ولا توكيل إلا بأمر

وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد؛ لأنه ما حمله[١]، وإنما حمل غيره[٢].

قال[٣]: ولا يحل للشاهد إذا رأى[٤] خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة[٥]؛ لأن الخط يشبه الخط، فلم يحصل العلم، قيل: هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله[٦] وعندهما يحل له أن يشهد[٧]. وقيل: هذا[٨] بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته[٩] في ديونه[١٠] أو قضيته[١١]، لأن ما يكون[١٢] في قمطره[١٣] فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان، فحصل له العلم بذلك، ولا كذلك[١٤] الشهادة[١٥] في الصك[١٦] لأنه[١٧] في يد غيره، وعلى هذا[١٨] إذا تذكر

الموكل، والثاني إشارة إلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، فإنهما لم يقولا بطريق التوكيل بل بطريق التحميل. (مل)

(٢٠) كل واحد من الإنابة والتحميل.

(١) السامع.

(٢) السامع.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) في صك. (ف)

(٥) والحادثة.

(٦) فإنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ. (ف)

(٧) رخصة. (ف)

(٨) إشارة إلى أول المسألة وهو قوله: ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد. (ك)

(٩) قوله: "شهادته [أي شاهد] إلخ" أي شهد الشهود عند القاضي فأثبتت في قمطره، أي خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم، ولم يحفظ القاضي. (مل)

(١٠) دفتر.

(١١) قوله: "أو قضيته [أي فرمان وحكم] أي وجد حكمه مكتوبًا في خريطته. (ن)

(١٢) قوله: "لأن ما يكون إلخ" يعني أن القاضي إذا وجد في ديوانه صحيفة شهادته، ولم يتذكر أنهم شهدوا بذلك ولا حكمه فعلى قول أبي حنيفة لا يحكم القاضي بدون الذكر، وعندهما يحكم، كذا قال العيني. أما دليل الإمام أبي حنيفة فقد مر آنفا من أن الخط يشبه الخط، وأما دليلهما فهو أن القاضي لكثرة أشغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة، ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه، وما يكون في قمطره إلخ، كذا في "العناية"، وإنما خص دليلهما بالذكر لأنه ذكر أولا دليل الإمام أبي حنيفة. (مل)

(١٣) قمطر كتاب دان. (من) بستة.

(١٤) قوله: "ولا كذلك إلخ" أي إذا وجد الشاهد شهادته في الصك وعلم أنه خطه لا يحل له أن يشهد بمجرد هذا لأن الصك في يد غير القاضي فلا يكون تحت ختم يؤمن عليه من الزيادة والنقصان، فلا يحصل العلم بذلك. (مل)

(١٥) أي لا يؤمن من الزيادة.

(١٦) معرب چک. (من)

(١٧) أي لأن الصك.

المجلس[١] الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق[٢] به إنا شهدنا نحن وأنت.

قال[٣]: ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب[٤] والموت[٥] والنكاح[٦]، والدخول[٧]، وولاية القاضي[٨]، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به. وهذا استحسان، والقياس أن لا تجوز[٩]؛ لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك[١٠] بالعلم، ولم يحصل فصار كالبيع[١١]. وجه الاستحسان: أن هذه الأمور[١٢] تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس، ويتعلق بها أحكام[١٣] تبقى على انقضاء القرون، فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج[١٤]، وتعطيل الأحكام بخلاف البيع؛ لأنه يسمعه كل واحد[١٥]. وإنما يجوز للشاهد[١٦] أن يشهد بالاشتهار، وذلك[١٧] بالتواتر[١٨]، وبإخبار[١٩] من يثق به كما قال في الكتاب،

---

(١٨) أي الاختلاف.

(١) قوله: "إذا تذكر المجلس [أي الشاهد] إلخ" أي لا يحل للشاهد أن يشهد إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة، ولم يتذكر الحادثة، فكان تذكر المكان بمنزلة معرفة خطه في الشهادة. (ك)

(٢) الشاهد.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) بأن سمع أنه من فلان.

(٥) بأن سمع من الناس أن فلانًا مات.

(٦) قوله: "والنكاح" بأن سمع ناسًا يقولون: إن فلانًا تزوج بفلانة.

(٧) لأنه أمر يشتهر ويتعلق به الأحكام المشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الإحصان. (ك)

(٨) بأن سمع أن فلانًا تقلد قضاء هذه البلدة.

(٩) الشهادة بالتسامع.

(١٠) أي المشاهدة بالعلم، فكأنه من باب القلب لأن العلم يكون بالمشاهدة. (عناية)

(١١) حيث لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع.

(١٢) الخمسة.

(١٣) قوله: "ويتعلق بها أحكام" كالإرث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي، وكمال المهر والعدة، والنسب في الدخول. (ع)

(١٤) قوله: "أدى إلى الحرج إلخ" لأن العادة لم تجر بحضور الناس الولادة، وإنما يرون الصبي مع أمه وينسبونه إلى الأب، ويقولون: هو ابن فلان، وكذلك عند الموت لا يحضره إلا الأقارب، فإذا رأوا الجنازة حكموا بأن فلانًا مات، وكذلك النكاح لا يحضره كل أحد، فإذا أخبر بعضهم بعضًا أن فلانًا نكح فلانة يقتصرون على ذلك في التحقق، وكذلك ولاية القاضي لا يحضرها كل أحد، فإذا قرأ الحكم وجلس القاضي مجلس الحاكم ونظر بين الخصوم تحققوا أنه قاض. (ب)

(١٥) وسبب الملك وهو اليد مما يعاينه كل أحد.

(١٦) قوله: "وإنما يجوز إلخ" جواب عما يقال: هذا الاستحسان مخالف للكتاب إذ العلم مشروط في الكتاب، ولا علم فيما نحن فيه، وتقرير الجواب إنا لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه؛ لأنه إنما يجوز إلخ. (عيني)

(١٧) الاشتهار.

ويشترط أن يخبره رجلان عدلان[١]، أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم، وقيل: في الموت يكتفى بإخبار واحد، أو واحدة لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد[٢]، إذ الإنسان يهابه[٣] ويكرهه، فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج، ولا كذلك النسب والنكاح[٤]، وينبغي أن يطلق أداء الشهادة[٥] ولا يفسر.

أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الأملاك مطلق[٦] للشهادة، ثم إذا فسر[٧] لا تقبل كذا هذا، وكذا لو رأى إنسانًا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصومة حل له أن يشهد على كونه قاضيًا[٨]، وكذا إذا رأى رجلا وامرأةً يسكنان بيتًا[٩]، وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج، كما إذا رأى عينًا في يد غيره[١٠]، ومن شهد أنه شهد[١١] دفن فلان، أو صلى على جنازته، فهو معاينة[١٢] حتى لو فسر للقاضي قبله.

---

(١٨) الاشتهار الحقيقي.

(١٩) الاشتهار الحكمي.

(١) قوله: "ويشترط أن يخبره إلخ" هذا على قول أبي يوسف ومحمد، وأما على قول أبي حنيفة فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر، وإذا ثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا، لأنها توجب زيادة علم شرعًا لا يوجبها لفظ الخبر. (ع)

(٢) قوله: "لأنه قلما إلخ" فرقوا بين الموت والأشياء الثلاثة، أي النكاح والولادة وتقليد الإمام القضاء، لأن الغالب فيها أن يكون بين الجماعة، أما النكاح فإنه لا ينعقد إلا بشهادة اثنين، وأما الولادة فإنها تكون بين الجماعة في الغالب، وكذلك تقليد الإمام القضاء، وأما الموت فلأنه قلما يشاهد إلخ. (عناية)

(٣) هابه هيبًا: ترسيد او را. (من)

(٤) فإن فيهما لا بد من عدلين.

(٥) قوله: "وينبغي [بيان لكيفية الأداء. ع] أن يطلق [بأن يقول: أشهد أنه ابنه، أو أشهد أنها امرأته. ك] إلخ" والفرق بين الإطلاق والتفسير أنه إذا أطلق يعلم أنه وقع في قلبه صدقه، فيكون شهادته عن علم ولا كذلك إذ فسر ويقول: سمعت كذا، وعن هذا كان المراسيل من الإخبار أقوى من المسانيد. (ك)

(٦) مجوز.

(٧) بأنه إنما يشهد لأنه رآه في يده. (ع)

(٨) وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه. (ع)

(٩) قوله: "وكذا إذا رأى إلخ" أي جاز له أن يشهد بأنها امرأته، فإن سأله القاضي هل كنت حاضرًا؟ قال: لا تقبل شهادته، لأنه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بأمهات المؤمنين أزواج النبي ﷺ، وقيل: لا تقبل، لأنه لما قال: لم يعاين العقد تبين القاضي أنه يشهد بالتسامع، ولو قال: أشهد لأني سمعت لا تقبل، فكذا هذا. (عناية)

(١٠) فجاز له أن يشهد له به.

(١١) حضر.

(١٢) لأنه لا يدفن إلا الميت، ولا يصلى إلا عليه..

ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف[١]. وعن أبي يوسف رحمه الله آخراً[٢]: أنه يجوز في الولاء[٣]؛ لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام[٤]: «الولاء لحمة كلحمة النسب[٥]»*.

وعن محمد رحمه الله أنه يجوز[٦] في الوقف؛ لأنه يبقى على مر الأعصار إلا أنا نقول[٧]: الولاء يبتني على زوال الملك[٨]، ولا بد فيه من المعاينة، فكذا فيما يبتني[٩] عليه، وأما الوقف فالصحيح أنه يقبل الشهادة بالتسامع في أصله[١٠] دون شرائطه؛ لأن أصله[١١] هو الذي يشتهر.

قال[١٢]: ومن كان في يده شيء[١٣] سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له؛ لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك، إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها[١٤]،

---

(١) فلا يجوز الشهادة بالتسامع في الولاء والوقف.

(٢) أي قولا آخراً.

(٣) قوله: "أنه يجوز في الولاء" ألا يرى أنا نشهد أن قنبراً مولى علي رضي الله عنه، وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنه، وإن لم ندرك ذلك. (ك)

(٤) قوله: "لقوله عليه السلام: «الولاء لحمة» إلخ" رواه الشافعي في "مسنده" عن محمد بن الحسن مرفوعاً، كذا في "شرح النقاية" لعلي القاري، واللحمة -بالضم- خويشي. (ملخصات الحواشي)

(٥) والشهادة في النسب بالتسامع تجوز، فكذا في الولاء.

* هذا الحديث لم يخرجه الزيلعي وابن حجر العسقلاني في "نصب الراية" و "الدراية". (نعيم)

(٦) الشهادة بالتسامع.

(٧) جواب عن قول أبي يوسف.

(٨) أي ملك المولى للعبد، لأنه يحصل بكلام يسمعه الناس. (ع)

(٩) أي الولاء.

(١٠) قوله: "في أصله [أي الوقف]" قال الإمام ظهير الدين المرغيناني: لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أن هذا وقف على المسجد، أوعلى المقبرة، أو نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم.
وتأويل قولهم: لا تقبل الشهادة في شرائط الوقف أنهم بعد ما شهدوا أن هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم أن يشهدوا يبدأ من غلته، فيصرف إلى كذا، ولو قالوا تلك في شهادتهم: لا تقبل شهادتهم. (ك)

(١١) دون شرائطه.

(١٢) أي محمد. (عيني)

(١٣) قوله: "ومن كان إلخ" صورته رجل رأى عيناً في يد إنسان ثم رآها في يد آخر، والأول يدعي الملك وسعه أن يشهد أنه للمدعي. (مل)

(١٤) قوله: "إذ هي مرجع الدلالة إلخ" إذ لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع، لأن أكثر ما في الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء والهبة وما أشبه ذلك، إلا أن الشراء إنما يفيد الملك إذا كان المبيع ملكاً للبائع، وإنما يعرف كون المبيع ملكاً له بيده بلا منازع، فيثبت أن لا دليل على الملك سوى اليد، فكان للشاهد أن يعتمد على مثل هذا الدليل اعتباراً للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة. (ك)

فيكتفى بها. وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك[١] أن يقع فى قلبه[٢] أنه له[٣]، قالوا: ويحتمل أن يكون هذا[٤] تفسيراً لإطلاق محمد رحمه الله فى الرواية[٥]، فيكون[٦] شرطًا على الاتفاق[٧]. وقال الشافعى رحمه الله: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله[٨] لأن اليد متنوعة[٩] إلى أمانة وملك، قلنا: والتصرف يتنوع أيضًا[١٠] إلى نيابة[١١] وأصالة.

ثم المسألة على وجوه[١٢]: إن عاين المالك[١٣] والملك حل له أن يشهد[١٤]، وكذا إذا عاين الملك بحدوده[١٥] دون المالك استحسانًا[١٦]، لأن النسب[١٧] يثبت بالتسامع، فيحصل معرفته[١٨]، وإن لم يعاينهما[١٩]، أو عاين المالك[٢٠] دون الملك لا يحل

(١) أى مع رؤية اليد والتصرف.

(٢) قوله: "أن يقع فى قلبه [الشاهد] إلخ" قيل: لو كان ذلك كافيًا فى الشهادة لقبلها القاضى إذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد، وليس كذلك.

أجيب بأنا جعلنا العيان مجوزاً للشاهد بأن يقدم على الشهادة، وذلك ثابت لما قلنا، وأما أن يلزم القاضى العمل به فلم يلتزمه، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا كانت فى يده دار يتصرف فيها تصرف المالك، وبيعت دار بجنبها، فلذى اليد أن يأخذها بالشفعة، والقاضى لا يقضى له عند إنكار المشترى أن تكون الدار ملك الشفيع لأن العيان ليس سببًا للوجوب. (ع)

(٣) قوله: "أنه له" فإن وقع فى قلبه أنه ملك غيره لا يحل له أن يشهد بالملك لذى اليد، لأن الأصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة. (ك)

(٤) أى ما ذكر من شهادة القلب.

(٥) قوله: "تفسيراً لإطلاق محمد فى الرواية" وهو قوله: وسعك أن تشهد أنه له، يعنى إذا وقع ذلك فى القلب. (ع)

(٦) أى شهادة القلب.

(٧) وبه نأخذ. (ن)

(٨) وهو الخصاف. (ع)

(٩) فيشترط انضمام التصرف للشهادة على الملك. (ك)

(١٠) فيضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال، فاعتبرنا أصل اليد.

(١١) كالوكيل والمضارب. (ك)

(١٢) أربعة.

(١٣) قوله: "إن عاين المالك" بأن عرف البائع باسمه ونسبه ووجهه، وعرف الملك بحدوده ورآه فى يده بلا منازعة، ووقع فى قلبه أنه له حل إلخ. (ك)

(١٤) لأنه شهادة عن علم وبصيرة.

(١٥) قوله: "وكذا إذا عاين الملك بحدوده" ينسب إلى فلان ابن فلان الفلانى، وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه، ثم جاء الذى نسب إليه الملك، وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له أن يشهد. (ك)

(١٦) والقياس أن لا يحل لأنه شهادة بالملك مع جهالة المشهود له.

(١٧) أى نسب المالك.

(١٨) أى معرفة المالك فصارت الشهادة للمعلوم.

له[١] . وأما العبد والأمة[٢] فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك[٣] ؛ لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه[٤] ، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن نفسهما فكذلك[٥] ، لأنه لا يد لهما[٦] ، وإن كانا كبيرين[٧] فذلك مصرف الاستثناء[٨] ، لأن لهما يدًا على أنفسهما[٩] ، فيدفع[١٠] يد الغير عنهما ، فانعدم دليل الملك . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له[١١] أن يشهد فيهما[١٢] أيضًا اعتبارًا بالثياب[١٣] ، والفرق ما بيناه[١٤] ، والله أعلم .

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل[١٥]

قال[١٦] : ولا تقبل[١٧] شهادة الأعمى ، وقال زفر رحمه الله : وهو رواية عن أبي

---

(١٩) قوله: "وإن لم يعاينهما" أى المالك والملك، ولكن سمع من الناس قالوا: إن لفلان بن فلان فى قرية كذا ضيعة حدودها كذا، وهو لم يعرف الضيعة، ولم يعاين يده عليها. (ك)

(٢٠) قوله: "أو عاين المالك" بأن عرف الرجل معرفة تامة، وسمع أن له فى قرية كذا ضيعة، وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها. (ك)

(١) لأنه لم يحصل له العلم بالمحدود، وهو شرط للشهادة. (ك)

(٢) قوله: "وأما العبد إلخ" مردود إلى قوله: سوى العبد والأمة، وتقريره أن الرجل إذا رأى عبدًا أو أمة فى يد شخص فإن كان إلخ. (ع)

(٣) أى يحل للرائى أن يشهد لذى اليد بالملك.

(٤) بل فى يد المستولى عليه.

(٥) أى يحل للرأى أن يشهد.

(٦) الصغيرين.

(٧) أراد بالكبيرين أن يكونا يعبران عن أنفسهما سواء كانا صبيين أو بالغين. (نهاية)

(٨) أى بقوله: سوى العبد والأمة.

(٩) قوله: "لأن لهما [الكبيرين] يدًا إلخ" حتى إذا ادعى أنه حر الأصل كان القول له، فلا يثبت لغيره يد على الحقيقة، حتى تعتبر لإطلاق الشهادة بالملك، ولا يمكن أن يعتبر التصرف وهو الاستخدام مطلقًا للشهادة، لأنه لا يصلح دليلا على الملك، فالحر يستخدم الحر، ويخدمه طوعًا كما يخدم العبد سيده. (ك)

(١٠) أى ثبوت يدهما على أنفسهما.

(١١) قوله: "أنه يحل له" وكذا روى عن أبى يوسف ومحمد، فجعلوا اليد دليلا على الملك فى الكل. (ع)

(١٢) الكبيرين.

(١٣) والدواب. (ع)

(١٤) قوله: "والفرق ما بيناه" هو قوله: لأن لهما يدًا على نفسهما فيدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب. (ع)

(١٥) قوله: "باب من يقبل شهادته إلخ" لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع فى بيان من يسمع منه الشهادة ومن لا يسمع، وقدم ذلك على هذا لأنهم محال الشهادة والمحال شروط، والشروط مقدمة على المشروط. (ن)

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) قوله: "ولا تقبل" وقال مالك: تقبل، لأن العمى لا يقدح فى الولاية والعدالة، باعتبارهما يجوز الشهادة،

حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجرى فيه التسامع[١]؛ لأن الحاجة فيه إلى السماع، ولا خلل فيه[٢]، وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله: يجوز[٣] إذا كان بصيراً[٤] وقت التحمل[٥] لحصول العلم بالمعاينة والأداء يختص بالقول، ولسانه غير مؤف[٦]، والتعريف[٧] يحصل بالنسبة[٨]، كما فى الشهادة على الميت[٩].

ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له، والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة، وفيه[١٠] شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود[١١]، والنسبة[١٢] لتعريف الغائب دون الحاضر، فصار كالحدود والقصاص[١٣].

ولو عمى[١٤] بعد الأداء[١٥] يمتنع القضاء[١٦] عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، فإن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها[١٧] حجة عنده، وقد بطلت، وصار كما إذا خرس[١٨]، أوجن، أو فسق، بخلاف ما إذا ماتوا أو

ولهذا قبلت روايته. (ك)

(١) كالنسب والموت.

(٢) لأنه فى السماع كالبصير. (ك)

(٣) أى فيما لا يحتاج إلى الإشارة كالديون والعقار. (ك)

(٤) وأداها وهو أعمى. (ك)

(٥) أى تحمل الشهادة.

(٦) أى لم تصبه آفة.

(٧) أى تعريف المشهود عليه.

(٨) بأن يقول: أشهد على فلان هو ابن فلان.

(٩) قوله: "كما فى الشهادة على الميت" إذا شهد على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين، فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكر النسبة. (ع)

(١٠) أى فى التمييز بالنغمة.

(١١) قوله: "يمكن التحرز عنها إلخ" فإن بالشهود البصراء كثرة، وفيه غنية عن شهادة الأعمى، وفى هذا القول إشارة إلى الجواب عن الميت فإن الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لأن المدعى وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه. (ع)

(١٢) جواب عن قوله: والتعريف يحصل بالنسبة.

(١٣) فإن شهادة الأعمى فى الحدود والقصاص لا تقبل إجماعًا للشبهة فكذا فى غيرها.

(١٤) الشاهد.

(١٥) أى بعد أداء الشهادة وقبل القضاء.

(١٦) أى لم يجز الحكم بها.

(١٧) الشاهد.

(١٨) قوله: "كما إذا أخرس [گنگ گرديد. من]" فإنه إذا حل هذه العوارض بعد الأداء قبل القضاء لا يقضى

غابوا[١]؛ لأن الأهلية بالموت قد انتهت[٢]، وبالغيبة ما بطلت.

قال[٣]: ولا المملوك؛ لأن الشهادة من باب الولاية[٤]، وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا يثبت له الولاية على غيره، ولا المحدود في القذف وإن تاب؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادةً أبدًا﴾، ولأنه[٥] من تمام الحد لكونه مانعًا[٦]، فيبقى[٧] بعد التوبة كأصله، بخلاف المحدود في غير القذف[٨]، لأن الرد للفسق[٩]، وقد ارتفع[١٠] بالتوبة[١١].

وقال الشافعي رحمه الله: تقبل[١٢] إذا تاب؛ لقوله تعالى: ﴿إلا الذين[١٣] تابوا﴾، استثنى التائب. قلنا: الاستثناء[١٤] ينصرف[١٥] إلى ما يليه، وهو قوله تعالى: ﴿فأولئك هم الفاسقون﴾، أو هو استثناء منقطع بمعنى[١٦] لكن، ولو حد[١٧] الكافر

القاضي بهذه الشهادة لبطلان الأهلية كذا هذا.

(١) قوله: "بخلاف ما إذا ماتوا إلخ" جواب عما يقال: لا نسلم أن قيام الأهلية وقت القضاء شرط فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمتنع القضاء ولا أهلية عنده. (ع)

(٢) وتقررت فإن الشيء يتقرر بانتهاءه.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) لأنها تنفيذ القول على الغير.

(٥) رد الشهادة.

(٦) قوله: "لكونه [رد الشهادة] مانعًا" عن القذف لأن فيه معنى الزجر لأنه يؤلم قلبه كما أن الجلد يؤلم بدنه، وقد آذاه بلسانه، فعوقب بإهدار منفعة لسانه جزاء وفاقًا، فيبقى بعد التوبة كأصله، وهو الجلد، لأن رد شهادته من تمام الحد، وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا المتمم له. (ك)

(٧) الرد.

(٨) حيث يقبل شهادته بعد التوبة كالزنا والسرقة وشرب الخمر.

(٩) لا لتمام الحد كما في المحدود في القذف.

(١٠) الفسق.

(١١) إذ التائب من الذنب كمن لا ذنب له. (ك)

(١٢) أي شهادة المحدود في القذف.

(١٣) قوله: "إلا الذين" تمام الآية: والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا. الآية.

(١٤) قوله: "الاستثناء ينصرف إلخ" لأن الاستثناء ليس يرجع إلى جميع ما تقدم إذ من جملته قوله تعالى: فاجلدوهم، ولا يرتفع الجلد بالتوبة. (عيني)

(١٥) قوله: "ينصرف إلى ما يليه" وهو قوله تعالى: فأولئك هم الفاسقون، لأنه للاستئناف، لأن ما قبله أمر ونهي، وهذه جملة اسمية إخبار عن حال قائمة فيهم، فلم يحسن العطف، فكانت مستأنفة، فانصرف الاستثناء إلى هذه الجملة فحسب. (ك)

(١٦) قوله: "بمعنى لكن" لأن التائبين ليسوا من جنس الفاسقين، فكان معناه لكن الذين تابوا فإن الله يغفر ذنوبهم،

فى قذف، ثم أسلم يقبل شهادته، لأن للكافر شهادة[١]، فكان ردها من تمام الحد[٢]، وبالإسلام حدثت له شهادة[٣] أخرى[٤]، بخلاف العبد إذا حد[٥]، ثم أعتق لأنه لا شهادة[٦] للعبد[٧] أصلا، فتمام حده برد شهادته بعد العتق[٨].

قال[٩]: ولا شهادة الوالد لولده، وولد ولده، ولا شهادة الولد لأبويه ولأجداده، والأصل[١٠] فيه[١١] قوله عليه السلام[١٢]: «لا يقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد[١٣] لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره»*.

ولأن المنافع[١٤] بين الأولاد والآباء متصلة، ولهذا[١٥] لا يجوز أداء الزكاة إليهم، فتكون[١٦] شهادة لنفسه من وجه، أوتتمكن فيه التهمة.

قال[١٧]: والمراد بالأجير على ما قالوا[١٨]: التلميذ الخاص[١٩] الذى يعد ضرر

ويرحمهم، فكان كلامًا مبتدأ غير متعلق بما قبله. (ك)

(١٧) قوله: "ولو حد الكافر إلخ" صورته ذمى إذا حد فى قذف لم يجز شهادته بعد ذلك على أهل ذمته، ثم إذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة وعلى أهل الإسلام جميعًا. (ن)

(١) وهو شهادته على مثله.

(٢) أى حد القذف.

(٣) وهو الشهادة المطلقة.

(٤) غير الأولى المردودة.

(٥) حيث لا يقبل شهادته.

(٦) فى حال رقه.

(٧) لا على المسلم ولا على الكافر.

(٨) قوله: "برد شهادته إلخ" لأنه لا بد فى حد القذف من رد الشهادة، وإنما حصلت له الشهادة بعد العتق، فترد شهادته الآن تتميما للحد. (عينى)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) الدليل.

(١١) أى فى شهادة هؤلاء بعضهم لبعض.

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام: «لا يقبل» إلخ" قلت غريب، وهو فى مصنف ابن أبى شيبة، وعبد الرزاق من قول شريح، وقال فى "الخلاصة": رواه الخصاف بإسناده عن النبى ﷺ. (ت)

(١٣) ذكره على سبيل الاستطراد. [أى فلو كان للعبد شهادة لما قبلت شهادته لسيده للتهمة. (ك)]

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٣١ ص٢٠٢ (م)

(١٤) أى منافع الأملاك.

(١٥) أى لأجل اتصال المنافع.

(١٦) هذه الشهادة.

أستاذه ضرر نفسه، ونفعه نفع نفسه، وهو معنى قوله عليه السلام[١]: «لا شهادة للقانع[٢] بأهل البيت لهم»* . وقيل: المراد به الأجير مسانهة[٣] أو مشاهرة، أو مياومة، فيستوجب[٤] الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة، فيصير[٥] كالمستأجر عليها[٦]. ولا يقبل شهادة أحد الزوجين للآخر، وقال الشافعي رحمه الله: تقبل، لأن الأملاك بينهما متميزة، والأيدي متحيزة[٧]، ولهذا[٨] يجري القصاص والحبس بالدين بينهما، ولا معتبر[٩] بما فيه[١٠] من النفع[١١] لثبوته ضمنًا[١٢]، كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلس[١٣]. ولنا ما رويناه[١٤]، ولأن الانتفاع متصل عادة[١٥] وهو

---

(١٧) أي المصنف.

(١٨) المشايخ.

(١٩) هو الذي يأكل معه وفي عياله. (ع)

(١) أخرجه الترمذي عن عائشة رضي الله عنها. (ت)

(٢) قوله: "لا شهادة للقانع [القانع: السائل من القنوع؛ لأنه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم. ع]" القانع التابع لأهل البيت كالخادم لهم، وفي "المغرب": المتعلم الذي يأكل في بيت أستاذه يكون في معنى القانع المذكور في الحديث. (ب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٣، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٢ص١٧٢. (نعيم)

(٣) قوله: "الأجير مسانهة إلخ" وهو الأجير الواحد، وأما شهادة الأجير المشترك فمقبولة، لأن منافعه غير مملوكة للمستأجر ولهذا له أن يؤجر نفسه من غيره في مدة الإجارة. (ع)

قوله: "مسانهة" سنة محركة: سال، أصله سنهته أو سنوه سانهه مسانهة سالا سال داد او را چيزى، وسالانه كرد او را بركارى. (من)

(٤) قوله: "فيستوجب [الأجير]" أي فيستوجب الأجير الأجر بمنافع نفسه، لأن عمل الأجير كله في مدة الإجارة للمستأجر فصار الأجير حينئذٍ بالشهادة للمستأجر مستوجبًا للأجر عليه، فصار الأجير بمنزلة المستأجر على الشهادة، لأن شهادته عمل من أعماله، فجميع أعماله مستحقه للمستأجر في المدة. (ن)

(٥) الأجير.

(٦) الشهادة.

(٧) أي مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الآخر.

(٨) قوله: "ولهذا" أي لأجل تميز الأملاك وتخير الأيدي يجري القصاص بينهما بأن يقتص من أحدهما الآخر، ويحبس أحدهما بدين الآخر، وكل من كان كذلك يقبل شهادته في حق صاحبه كالأخوين والأعمام. (عيني رحمه الله)

(٩) دفع دخل.

(١٠) أي في قبول شهادة أحدهما للآخر.

(١١) قوله: "من النفع" أي النفع الحاصل منه للشاهد فإن كل واحد منهما بعد نفع صاحبه نفع نفسه. (مل)

(١٢) أي في ضمن الشهادة لا قصدًا.

(١٣) قوله: "كما في الغريم [أي رب الدين] إذا شهد إلخ" حيث يقبل شهادته وإن كان له فيه نفع، لأن النفع حصل ههنا. (مل)

(١٤) من الحديث.

المقصود[١]، فيصير شاهدًا لنفسه من وجه، أو يصير متّهمًا[٢]، بخلاف شهادة الغريم[٣]؛ لأنه لا ولاية له على المشهود به[٤].

ولا شهادة المولى لعبده؛ لأنه شهادة لنفسه من كل وجه[٥] إذا لم يكن على العبد دين، أو من وجه إن كان عليه دين لأن الحال موقوف[٦] مراعى، ولا لمكاتبه؛ لما قلنا[٧]. ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما؛ لأنه شهادة لنفسه[٨] من وجه لاشتراكهما[٩]، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة.

وتقبل شهادة الرجل لأخيه وعمه؛ لانعدام التهمة، لأن الأملاك ومنافعها متباينة[١٠]، ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض. قال[١١]: ولا تقبل شهادة مخنث[١٢]، ومراده المخنث في الرديء[١٣] من الأفعال[١٤]؛ لأنه فاسق، فأما الذي في

---

(١٥) قوله: "متصل [بينهما] عادةً [حتى يعد الزوج غنيًا بمالها]" ولهذا لو وطئ جارية امرأته، وقال: ظننت أنها تحل لي لا يحد. (عناية)

(١) من الأموال.

(٢) في شهادته، وشهادة المتهم مردودة.

(٣) قوله: "بخلاف شهادة إلخ" جواب عما ذكره الشافعي، ووجهه أن الغريم لا ولاية له على المشهود به، إذ هو مال المديون، ولا تصرف له عليه، بخلاف الرجل فإنه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة، لا يقال: الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذه لأن الظفر أمر موهوم، وحق الأخذ بناء عليه، ولا كذلك الزوجان. (عناية)

(٤) إذ هو مال المديون، فلم يكن الغريم متهمًا، فجاز شهادته.

(٥) لأن العبد وما يملكه لمولاه. (ع)

(٦) قوله: "لأن الحال [أي حال العبد] موقوف" أي بين أن يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم، فيصير أجنبيًا، فتقبل شهادة المولى له، أو يبقى للمولى كما كان بسبب قضاءه دينه. (ك)

(٧) قوله: "لما [من أنه شهادة لنفسه من وجه. ك] قلنا" أي من كون الحال موقوفًا مراعى لأنه إن أدى بدل الكتابة صار أجنبيًا وإن لم يؤد عاد رقيقًا، فكانت شهادة لنفسه. (عناية)

(٨) قوله: "لأنه شهادة لنفسه [لأن كل ما يحصل للمشهود له للشاهد فيه نصيب]" أي في البعض، وذلك باطل، وإذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة، إذ هي شهادة واحدة. (ع)

(٩) في الذي يحصل بسبب الشهادة.

(١٠) أي الرجل وأخيه، والرجل وعمه.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "مخنث" المراد من المخنث هو الذي يتشبه النساء باختياره في الأقوال والأفعال، وفي "البحر": المخنث بكسر النون وفتحها، فإن كان الأول فهو بمعنى المنكسر في أعضاءه المتلين في كلامه تشبيهًا بالنساء، وإن كان الثاني فهو الذي يعمل به اللواطة. (مجمع الأنهر)

(١٣) أي التمكين من اللواطة.

(١٤) قوله: "من الأفعال" أفعال النساء من التزين بزينتهن، والتشبيه بهن في الفعل والقول، فالفعل مثل كونه محلا للواطة، والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبيها بالنساء. (عينى)

كلامه لين(١)، وفى أعضاءه(٢) تكسر فهو مقبول الشهادة، ولا نائحة(٣) ولا مغنية(٤)؛ لأنهما ترتكبان محرمًا، فإنه عليه السلام نهى(٥) عن الصوتين الأحمقين(٦) النائحة والمغنية*.

قال: ولا مدمن الشرب على اللهو(٧)؛ لأنه ارتكب محرم دينه، ولا من يلعب بالطيور(٨)؛ لأنه يورث غفلة(٩)، ولأنه قد يقف على عورات النساء(١٠) بصعود سطحه ليطير طيره، وفى بعض النسخ: ولا من يلعب بالطيور(١١) وهو المغنى. قال: ولا من يغنى للناس(١٢)؛ لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة، قال:

(١) كما فى كلام النساء، ولم يشتهر بشى من الأفعال الرديئة. (كافى)

(٢) خلقة.

(٣) قوله: "ولا نائحة" المراد بالنائحة التى تنوح فى مصيبة غيرها، واتخذت ذلك حرفة، ولم يرد بها التى تنوح على مصيبتها. (مل)

(٤) قوله: "ولا مغنية" التغنى باللهو معصية فى جميع الأديان خصوصًا إن كان الغناء من المرأة، فإن نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء إليه، ولهذا لم يقيد ههنا بقوله: للناس، وقيد به فيما ذكر بعد هذا فى غناء الرجل. (ع)

(٥) أخرجه الترمذى فى الجنائز. (ت)

(٦) وصف الصوت بصفة صاحبه. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٤، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٣ ص١٨٢. (نعيم)

(٧) قوله: "ولا مدمن [أدمن الخمر پيوست خوردى را. من] الشرب [المراد به من شرب، ولم يتب، ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجده، كذا فى "الذخيرة". مل] على اللهو [لا للدواء]" أطلق الشرب على اللهو فى حق المشروب ليتناول جميع الأشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما، فإن الإدمان شرط فى الخمر أيضًا، وفى فتاوى قاضى خان ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر، ثم قال: وإنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس، فإن من اتهم بشرب الخمر فى بيته لا يبطل عدالته وإن كانت كبيرة، وإنما يبطل إذا ظهر ذلك، أو يخرج سكران، فيسخر منه الصبيان لأن مثله لا يحترز عن الكذب. (ك)

(٨) قوله: "ولا من يلعب بالطيور" وأما إذا كان يستأنس بالحمام فى بيته فهو عدل مقبول الشهادة إلا إذا خرجت من البيت فإنها تأتى بجماعات غيره، فتفرخ فى بيته، وهو يبيعه، ولا يفرقه من حمام نفسه، فيكون آكلا للحرام. (عناية)

(٩) فلا يؤمن من الزيادة والنقصان، فلا يقبل شهادته.

(١٠) والنظر إلى عورات الأجانب حرام، فلا يجوز شهادة مرتكب الحرام.

(١١) قوله: "ولا من يلعب بالطيور" خصه بالذكر لكونه أعظم من آلات اللهو عند العجم من الترك وغيره. (مل) قوله: "بالطيور" والمراد بالطيور كل لهو يكون شنيعًا بين الناس احتراز عما لم يكن شنيعًا كضرب القضيب لأنها لا يمنع قبولها إلا أن يتفاحش بأن يرقصوا به فيدخل فى حد الكبائر. (مجمع الأنهر)

(١٢) قوله: "ولا من يغنى للناس" فإنه أعم من أن يكون مع آلة اللهو أو لا، وإنما لم يكتفِ عن ذكره بما ذكر من المغنية لأنها كانت على الإطلاق، وهذا مقيد بكونه للناس، حتى لو كان غناءه فى نفسه لإزالة الوحشة لا بأس به عند عامة المشايخ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى، واختاره المصنف، وعلل بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة، وأصل ذلك ما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أنه دخل على أخيه، وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة.
ومن المشايخ من كره جميع ذلك، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زادة، وحمل حديث البراء على أنه كان ينشد

ولا من يأتي بابًا من الكبائر[١] التي يتعلق بها الحد[٢] للفسق.

قال: ولا من[٣] يدخل الحمام من غير إزار؛ لأن كشف العورة حرام، أو يأكل الربا، أو يقامر بالنرد[٤] والشطرنج؛ لأن كل ذلك من الكبائر، وكذلك[٥] من تفوته الصلاة للاشتغال بهما، فأما مجرد اللعب بالشطرنج[٦] فليس بفسق مانع من الشهادة، لأن للاجتهاد فيه مساغًا[٧]، وشرط في الأصل[٨] أن يكون آكل الربا مشهورًا به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة[٩]، وكل ذلك ربا[١٠].

قال[١١]: ولا من يفعل الأفعال المستحقرة كالبول على الطريق[١٢] والأكل على الطريق[١٣]، لأنه تارك للمروّة[١٤]، وإذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتّهم، ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف[١٥]؛ لظهور فسقه بخلاف من

الأشعار المباحة التي فيها الوعظ، والحكم واسم الغناء يطلق على ذلك كله. (ع)

(١) قوله: "بابًا من الكبائر إلخ" اختلفوا في تفسير الكبيرة، قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول الله عليه السلام في الحديث المعروف، وهو الإشراك بالله والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حق ونهب المؤمن والزنا، وشرب الخمر وهو قول أهل الحجاز، وأهل الحديث، وزاد بعضهم على هذا السبع أكل الربا، وأكل مال اليتيم بغير حق، وقال بعضهم: ما كان حرامًا لعينه فهو كبيرة، وأصح ما قيل فيه، هو ما نقل عن شمس الأئمة الحلواني أنه قال: ما كانت شنيعًا بين المسلمين، وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر، وكذلك الإعانة على المعاصي والفجور، والحث عليها من جملة الكبائر، فوجب سقوط العدالة، كذا في "الذخيرة". (ك)

(٢) وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد أو قتل. (ع)

(٣) هذا وما قبله كله من القدوري.

(٤) قوله: "بالنرد" ونرد –بالفتح– بازيست معروف معرب ست ارد شيرين با يک آن را وضع كرد. (من)

(٥) وكذلك من يكثر الأيمان الكاذبة بالاشتغال بهما، كذا في "الذخيرة".

(٦) قوله: "فأما مجرد إلخ" وأما من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على حال قال عليه السلام: «ملعون من يلعب بالنرد»، ومن كان ملعونًا كيف يكون عدلا، كذا في "الكفاية" ناقلا من "الذخيرة". (مل)

(٧) قال مالك والشافعي يحل اللعب بالشطرنج.

(٨) أي المبسوط.

(٩) قوله: "قلما ينجو إلخ" فلو ردت شهادته إذا ابتلي به لم يبق أحد مقبول الشهادة غالبا، وهذا بخلاف أكل مال اليتيم، فإنه يسقط العدالة، وإن لم يشتهر به لعدم عموم البلوى. (عناية)

(١٠) أي في معنى الربا.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "كالبول على الطريق [يعني به بمر أي الناس. ك]" وذكر الكرخي لا تقبل شهادة من مشى في الطريق بسراويل ليس عليه غيره. (ن)

(١٣) وفي السوق بين يدي الناس، كذا قال قاضي خان.

(١٤) إنسانية.

(١٥) قوله: "سب السلف [وهم الصحابة والتابعون منهم أبو حنيفة. ع]" في المستصفى السلف جمع سالف وهو الماضي، وفي الشرع اسم لكل من يقلد مذهبه، ويقتفي أثره كأبي حنيفة وأصحابه فإنهم سلفنا، والصحابة والتابعون

يكتمه[١]، وتقبل[٢] شهادة أهل الأهواء[٣] إلا الخطابية[٤]، وقال الشافعى رحمه الله: لا تقبل لأنه أغلظ وجوه الفسق[٥].

ولنا أنه[٦] فسق من حيث الاعتقاد[٧]، وما أوقعه فيه[٨] إلا تدينه[٩]، فيمتنع عن الكذب، وصار كمن يشرب المثلث[١٠]، أو يأكل[١١] متروك التسمية عامدًا مستبيحًا[١٢] لذلك[١٣]، بخلاف الفسق[١٤] من حيث التعاطى[١٥].

أما الخطابية فهم قوم من غلاة[١٦] الروافض، يعتقدون الشهادة لكل من حلف

سلف لأبى حنيفة وأصحابه، كذا ذكره بدر الدين. (ك)

قوله: "سلف" السلف وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم، ولو قال: أو يظهر سب مسلم، لكان أولى؛ لأن العدالة تسقط بسب مسلم وإن لم يكن من السلف، كما فى "النهاية"، وغيرها قيد بالإظهار؛ لأنه لو كتمه تقبل. (مجمع الأنهر)

(١) وإن كان يعتقده.

(٢) قوله: "تقبل" إذا كان هوى لا يكفر به صاحبه، ولا يكون ماجنًا، ويكون عدلا فى تعاطيه وهو الصحيح، كذا فى "الكفاية".

(٣) قوله: "أهل الأهواء [أى هل البدع]" الهوى ميلان النفس إلى ما يستلذ به من الشهوات، وإنما سموا به لمتابعتهم النفس، ومخالفتهم السنة، وأصول أهل الأهواء أى أهل البدع ستة الجبر والقدر والرفض والخروج، والتشبه والتعطيل وكل واحد يصير اثنى عشر فرقة، فتبلغ إلى اثنين وسبعين فرقة. (مل)

(٤) قوله: "إلا الخطابية" فى "شرح الأقطع": هم قوم ينسبون إلى ابن الخطاب رجل كان بالكوفة يزعم أن عليًا الإله الأكبر، وجعفر الصادق الإله الأصغر، ويعتقدون أن من ادعى منهم شيئًا على غيره يجب أن يشهد له تقية، وقيل: يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم أنه محق، ويقولون: المسلم لا يحلف كاذبًا، فيتمكن شبهة الكذب فى شهادتهم. (مل)

(٥) إذا الفسق اعتقادًا أغلظ منه تعاطيًا، ولا شهادة للفاسق. (ك)

(٦) أى أن ما ذهبوا إليه.

(٧) قوله: "من حيث الاعتقاد" والفاسق إنما لا يقبل شهادته لتهمة الكذب، والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك، لأنه ما أوقعه فيه إلخ. (ك)

(٨) أى فى الهوى.

(٩) قوله: "إلا تدينه" أى تعمقه فى الدين، ألا ترى أن منهم من يعظم الذنب، حتى يجعله كفرا، فيكون ممتنعًا عن الكذب. (ك)

(١٠) قوله: "كمن [وكان حنفيًا] يشرب المثلث [فإنه لا يصير مردود الشهادة. ك]" يحل المثلث، وهو عصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه، وبقى الثلث، وإن اشتد وقذف ما لم يسكر بلا نية لهو وطرب عند الشيخين. (مجمع الأنهر)

(١١) وكان شافعيًا.

(١٢) يتعلق بكليهما.

(١٣) معتقدًا إباحته. (ك)

(١٤) فترد شهادته.

(١٥) أى العمل والمباشرة.

(١٦) جمع غالى، غلا فى الأمر غلوًا: در گذشت از حد آن. (من)

عندهم، وقيل: يرون الشهادة لشيعتهم واجبة، فتمكنت التهمة[١] في شهادتهم لظهور فسقهم. قال[٢]: وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم[٣]، وقال مالك والشافعي رح: لا تقبل، لأنه فاسق، قال الله تعالى: ﴿والكافرون هم الفاسقون﴾، فيجب التوقف في خبره[٤]، ولهذا[٥] لا تقبل شهادته[٦] على المسلم، فصار كالمرتد[٧].

ولنا أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض[٨]*، ولأنه[٩] من أهل الولاية على نفسه، وعلى أولاده الصغار، فيكون من أهل الشهادة[١٠] على جنسه[١١]، والفسق[١٢] من حيث الاعتقاد غير مانع؛ لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه[١٣]، والكذب محظوراً لأديان كلها، بخلاف المرتد[١٤] لأنه لا ولاية[١٥] له، وبخلاف شهادة الذمي على المسلم[١٦]، لأنه لا ولاية له بالإضافة

(١) أي تهمة الكذب.

(٢) هذه من القدوري.

(٣) أي أديانهم كاليهود والنصارى.

(٤) بقوله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾.

(٥) أي لكونه فاسقًا.

(٦) الكافر.

(٧) قوله: "فصار كالمرتد" أي لا تقبل شهادة المرتد بجنسه، وخلاف جنسه، وعليهما فكذا الكافر. (ك)

(٨) قوله: "أجاز شهادة إلخ" قلت غريب بهذا اللفظ، وهو غير مطابق للحكمين فإن المصنف قال: وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض، وإن اختلفت مللهم، ثم استدل بالحديث، ولو قال أهل الذمة عوض النصارى لكان أولى، وموافقًا للحكمين أعنى اتحاد الملة، واختلافها هكذا أخرجه ابن ماجة في "سننه" عن جابر ابن عبد الله أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعضهم، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٥، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٤ص١٧٢. (نعيم)

(٩) الذمي.

(١٠) كالمسلم.

(١١) قوله: "على جنسه" وترك خلاف الجنس لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾. (ع)

(١٢) جواب عن قول الشافعي لأنه فاسق.

(١٣) قوله: "يجتنب إلخ" فإن قلت: لا نسلم أنهم يجتنبون الكذب بل يباشرونه، فإن الله تعالى أخبر أنهم ينكرون الآيات عناداً مع علمهم بأنها حق، وكان ذلك كذبا منهم. قال الله تعالى: ﴿وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلواً﴾. قلت: كان ذلك في الأحبار الذين كانوا على عهد رسول الله ﷺ حتى تواطأوا على كتمان نعت رسول الله ﷺ، فلا شهادة لأولئك عندنا، فأما من سواهم فيعتقدون الكفر لأن عندهم أن الحق ما هم عليه، قال الله تعالى: ﴿ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أماني﴾. (ن)

(١٤) جواب عن قوله: فصار كالمرتد.

(١٥) وهو ركن الدليل.

(١٦) جواب عن قوله: ولهذا لا يقبل شهادته على المسلم.

إليه، ولأنه يتقول[١] عليه، لأنه[٢] يغيظه[٣] قهره إياه، وملل الكفر[٤] وإن[٥] اختلفت فلا قهر[٦]، فلا يحملهم الغيظ على التقول[٧].

قال: ولا تقبل شهادة الحربى على الذمى، أراد به والله أعلم المستأمن[٨] لأنه لا ولاية له عليه، لأن الذمي من أهل دارنا[٩]، وهو أعلى حالا منه[١٠].

ويقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي، وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة، وإن كانوا من دارين[١١] كالروم والترك لا تقبل[١٢]؛ لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية، ولهذا[١٣] يمنع التوارث بخلاف الذمي[١٤] لأنه من أهل دارنا، ولا كذلك المستأمن.

وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات[١٥]، والرجل يجتنب الكبائر قبلت

(١) يفترى.

(٢) تقريره إنا سلمنا أن الولاية متحققة لكن المانع وهو التقول موجود.

(٣) غاظه غيظًا: بخشم آورد آن را. (من)

(٤) قوله: "وملل إلخ" جواب لما يقال: كما أن بين المسلم والذمى معاداة فكذلك بين اليهود والنصارى، وكذا بينهم وبين المجوس، فكان ينبغى أن يكون اختلاف الملل مانعًا. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) لبعضهم على بعض فى دار الإسلام. (ع)

(٧) الافتراء.

(٨) قوله: "أراد به والله أعلم المستأمن إلخ" لعدم تصور شهادة الكافر الحربى على الذمى لما أن الشهادة إنما تكون فى مجلس القاضى، ومن شرط القضاء المصر فى دار الإسلام ولو دخل حربى دار الإسلام بغير استئذان يؤخذ قهرًا فيسترق، فيكون شهادته فى حكم شهادة عبد على أحد. (ك)

(٩) قوله: "من أهل دارنا [حتى لا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب]" المستأمن من أهل دار الحرب، واختلاف الدارين حكمًا يقطع الولاية. (عينى)

(١٠) قوله: "وهو أعلى [جزء لعلة انقطاع الولاية. ع] حالا منه" أى أقرب إلى أهل الإسلام لأنه قبل ما هو خلف الإسلام، وهو الجزية، ولأنه صار محقون الدم على التابيد، ولهذا يقتل مسلم بالذمى قصاصًا، ولا يقتل المسلم بالمستأمن. (ك)

(١١) مختلفين بالمنعة.

(١٢) أى شهادة بعضهم لبعض.

(١٣) أى لانقطاع الولاية.

(١٤) قوله: "بخلاف الذمى" جواب عما يقال: اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمى على المستأمن لوجوده لكنها قبلت، ووجهه أن يقال: الذمى من أهل دارنا، ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها، فكان الواجب شهادة الذمي على المسلم كعكسه، لكن تركناه بالنص، كما مر، ولا نص فى المستأمن فيقبل شهادة الذمى عليه، ولا كذلك المستأمن لأنه ليس من أهل دارنا، وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض، لأنهم من دارنا فهى تجمعهم بخلاف المستأمنين. (عناية)

شهادته وإن ألم[١] بمعصية، هذا[٢] هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة[٣]، إذ لا بد له من توقي[٤] الكبائر كلها، وبعد ذلك[٥] يعتبر[٦] الغالب كما ذكرنا[٧]، فأما الإلمام بمعصية[٨] لا ينقدح به العدالة المشروطة[٩]، فلا يرد به الشهادة المشروعة، لأن في اعتبار اجتنابه الكل[١٠] سد بابه[١١]، وهو مفتوح إحياء للحقوق[١٢].

قال[١٣]: وتقبل شهادة الأقلف[١٤]؛ لأنه[١٥] لا يخل[١٦] بالعدالة إلا إذا تركه استخفافًا[١٧] بالدين لأنه لم يبقَ بهذا الصنيع عدلا[١٨].

قال[١٩]: والخصي[٢٠]، فإن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي[٢١]،

---

(١٥) الصغائر.

(١) إلمام مباشر، ومرتكب صغائر شدن. (من)

(٢) أي كون الحسنات أكثر من السيئات واجتناب الكبائر.

(٣) في الشرع.

(٤) پرهيز كردن. (من)

(٥) التوقي.

(٦) في حق الصغائر.

(٧) من قوله: وإن كانت إلخ.

(٨) من الصغائر.

(٩) في الشهادة.

(١٠) أي كل الذنوب.

(١١) الشهادة.

(١٢) أي حقوق الناس.

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "الأقلف" هو من لم يختن، وأبو حنيفة لم يقدر له وقتا معينًا إذا المقادير تعرف بالشرع، ولم يرد في ذلك نص، ولا إجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشرين، وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده، لما روى الحسن والحسين رضي الله تعالى عنهما، ختنا اليوم السابع أو بعده، لكنه شاذ. (ع)

(١٥) قوله: "لأنه" أي لأن ترك الختان لا يخل بالعدالة لأن الختان سنة، وترك السنة لايخل بالعدالة، وعن ابن عباس رضي الله عنهما لا تقبل شهادته. (مل)

(١٦) إذا تركه بعذر الكبر أو خوف الهلاك. (ك)

(١٧) وعلى وجه الإعراض عن السنة. (ك)

(١٨) قوله: "عدلا" قال الزيلعي في "تخريجه": إنه يوجد في بعض نسخ "الهداية"، وعن ابن عباس لا تقبل شهادة الأقلف، ولا تقبل صلاته، ولا تؤكل ذبيحته، انتهى، وقد أخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه". (مل)

(١٩) أي القدوري. (عيني)

(٢٠) هو منزوع الخصيتين. (ع)

(٢١) على بن مظعون، كذا رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه".

ولأنه قطع عضو منه[١] ظلماً[٢]، فصار كما إذا قطعت يده.

قال[٣]: وولد الزنا؛ لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما[٤] وهو[٥] مسلم[٦]، وقال مالك: لا تقبل[٧] في الزنا[٨]؛ لأنه يحب أن يكون غيره كمثله[٩]، فيتهم[١٠]. قلنا: العدل لا يختار ذلك[١١]، ولا يستحبه، والكلام[١٢] في العدل، قال[١٣]: وشهادة الخنثى جائز؛ لأنه رجل أو امرأة، وشهادة الجنسين مقبولة[١٤] بالنص[١٥]. قال[١٦]: وشهادة العمال جائزة، والمراد عمال السلطان[١٧] عند عامة المشايخ لأن نفس العمل[١٨] ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم[١٩]، وقيل: العامل إذا كان وجيهاً[٢٠] في الناس ذا مُرُوّة[٢١] لا يجازف[٢٢] في كلامه تقبل

---

(١) الخصي.

(٢) أي من دون وجه شرعي.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) الأبوين.

(٥) الواو حالية.

(٦) فلا يؤاخذ بكفر الأبوين.

(٧) أي شهادة ولد الزنا.

(٨) أي في الشهادة على الزنا.

(٩) الكاف زائدة. (ع)

(١٠) فترد.

(١١) أي أن يكون غيره مثله.

(١٢) أي الكلام في قبول شهادة ولد الزنا إذا كان عدلا.

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "مقبولة" قال: في الخزانة: والخنثى المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة، ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل، وفي "العناية": وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال أن يكون امرأة. (عناية)

(١٥) قوله: "بالنص" قال الله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾. (عناية)

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) قوله: "عمال السلطان" وهم الذين يعينون السلطان في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم ونحوهما، وقيل: الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم لأن من الناس من قال: لا تقبل شهادة هؤلاء، وإنما أورد هذه المسألة رد القول هذا القائل لأن كسبهم أطيب الكسب على ما جاء في الحديث: «أفضل الناس عند الله تعالى من يأكل من كسب يده»، فلا يوجب ذلك جرحاً. (ك)

(١٨) فإن أجلاء الصحابة كانوا عمالا. (ع)

(١٩) كما في زماننا فلا تقبل شهادتهم.

(٢٠) قوله: "إذا كان وجيهاً [ذا وجاهة وشرف] إلخ" لعله يريد به إذا كان عوناً على الظلم، فإنه إذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك، ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن أبي يوسف في الفاسق. (ع)

(٢١) إنسانية.

شهادته كما مر عن أبي يوسف في الفاسق؛ لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظًا للمُرُوَّة، ولمهابته[١] لا يستأجر[٢] على الشهادة الكاذبة.

قال[٣]: وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصي إلى فلان[٤]، والوصي يدعي ذلك[٥]، فهو جائز استحسانًا، وإن أنكر الوصي[٦] لم يجز، وفي القياس لا يجوز وإن ادعى[٧]، وعلى هذا[٨] إذا شهد الموصى لهما بذلك[٩]، أوغريمان لهما على الميت دين، أو للميت عليهما دين، أو شهد الوصيان أنه[١٠] أوصى إلى هذا الرجل معهما. وجه القياس: أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه[١١]، وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان[١٢] طالبًا[١٣]، والموت معروفًا[١٤]، فيكفي القاضي بهذه الشهادة[١٥] مؤنة[١٦] التعيين، لا أن يثبت بها[١٧] شيء[١٨]، فصار

---

(٢٢) جزف -بالفتح-: آسان گرفتن كار را. (م)

(١) مهابة -بالفتح-: بزرگى. (من)

(٢) حفظًا على حرمته استأجرته بمزد خواستم او را. (من)

(٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٤) أي جعل فلانًا وصيًا.

(٥) الوصاية.

(٦) الوصاية.

(٧) الوصاية.

(٨) قوله: " وعلى هذا" أي على ما ذكر من الجواز عند دعوى الوصي بذلك وعدمه عند عدم دعواه بذلك.

(٩) قوله: "وعلى هذا إذا شهد إلخ" ههنا خمس مسائل: الغريمان لهما على الميت دين، والغريمان عليهما للميت دين، والموصى لهما، والموصى إليهما والوارثان، وشهد كل فريق أن الميت أوصى إلى هذا، وهو يطلب ذلك جازت الشهادة استحسانًا، وفي القياس لا يجوز وإن أنكر الوصي ذلك لم يجز قياسًا واستحسانًا. (ن)

(١٠) الميت.

(١١) قوله: "لعود المنفعة إليه [الشاهد]" وهذا لأن الوارثين قصدا بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامهما في إحياء حقوقهما، والغريمان قصدا نصب من يستوفيان منه حقهما، أو يبرأن بالدفع إليه، والوصيان قصدا من يغنيهما عن التصرف في مال الميت والموصى لهما قصدا من يدفع إليه حقوقهما. (ك)

(١٢) الوصي.

(١٣) أي طالبًا للنصب وراضيًا به.

(١٤) ظاهرًا.

(١٥) قوله: "فيكفي [كفاه مؤنة كفاية كار گزارى كرد او را. من] القاضي إلخ" لأن القاضي يلزمه أن يتأمل في هذا الوصي أنه هل يصلح الوصية لأمانته وديانته، وهدايته أم لا يصلح، وهما بهذه الشهادة زكياه، وأخبرا القاضي بأنه أهل لذلك، فكفى مؤنة التعيين فصار كالقرعة فإنها ليست بحجة، ويجوز استعمالها في تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القاضي. (كفاية)

(١٦) المشقة.

كالقرعة[١]، والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثًا[٢]، يملك القاضى نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما[٣]. بخلاف[٤] ما إذا أنكر[٥] أو لم يعرف الموت؛ لأنه ليس له[٦] ولاية نصب الوصى، فتكون الشهادة هى الموجبة[٧]، وفى الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة[٨] وإن[٩] لم يكن الموت معروفًا لأنهما يقران على أنفسهما[١٠]، فيثبت الموت[١١] باعترافهما فى حقهما.

وإن شهدا أن أباهما الغائب، وكله[١٢] بقبض ديونه بالكوفة، فادعى الوكيل[١٣]، أو أنكر لم تقبل شهادتهما؛ لأن القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب، فلو ثبت[١٤] إنما يثبت بشهادتهما، وهى غير موجبة لمكان التهمة[١٥].

قال: ولا يسمع القاضى[١٦] الشهادة[١٧] على جرح مجرد[١٨]، ولا

---

(١٧) الشهادة.

(١٨) فليست هذه شهادة حقيقة.

(١) قوله: "كالقرعة" كما يكون القرعة فى القسمة لتطييب القلوب، وصورتها أن يكتب أسامى الشركاء، ويجعلها بطاقات، ويطوى كل بطاقة، ويجعلها شبه البندقة، ويدخلها فى طين، ثم يخرجها، ثم يدلكها، ثم يجعلها فى وعاء أو فى كمه، ثم يخرج واحدا بعد واحد. (مجمع الأنهر)

(٢) قوله: "والوصيان إلخ" جواب لما يقال: إذا كان للميت وصيان فالقاضى لا يحتاج إلى نصب وصى آخر على الميت، فلا يكون له ذلك من غير شهادة، فتمكن التهمة فى الشهادة. (ك)

(٣) وشهادتهما ههنا بثالث اعتراف بعجزهما. (ع)

(٤) قوله: "بخلاف ما إذا أنكر إلخ" أى بخلاف ما إذا كان الوصى جاحدا، لأن القاضى ليس له إجبار أحد على قبول الوصية، بخلاف ما إذا لم يكن الموت ظاهراً، لأنه حينئذٍ لم يكن له ولاية نصب الوصى إلا بهذه البينة، فيصير الشهادة موجبة، فبطل بمعنى التهمة. (ك)

(٥) أى لا تقبل الشهادة.

(٦) القاضى.

(٧) لثبوت الوصاية.

(٨) قوله: "تقبل الشهادة" قيل: معنى القبول أمر القاضى إياهما بأداء ما عليهما إليه لا براءتهما عن الدين بهذا الأداء، لأن استيفاء الدين منهما حق عليهما والبراءة حق لهما، فلا تقبل فيها. (ك)

(٩) الواو وصلية.

(١٠) بحق قبض الدين فانتفت التهمة.

(١١) أى موت رب الدين.

(١٢) رجلا.

(١٣) الوكالة.

(١٤) التوكيل.

(١٥) لأنهما يشهدان لأبيهما.

(١٦) قوله: "ولا يسمع القاضى" لو شهدوا بأن شهود المدعى فسقة، أو زناة، أو أكلة الربا، أو شربة الخمر، أى

يحكم[١] بذلك[٢]؛ لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم[٣]، لأن له[٤] الرفع بالتوبة، فلا يتحقق الإلزام، ولأن فيه[٥] هتك[٦] الستر، والستر واجب والإشاعة[٧] حرام[٨]، وإنما يرخص[٩] ضرورة إحياء الحقوق، وذلك فيما يدخل تحت الحكم، إلا إذا شهدوا[١٠] على إقرار المدعي بذلك[١١]، لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم[١٢].

قال[١٣]: ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل؛ لأنه شهادة على جرح مجرد، والاستئجار[١٤] وإن[١٥] كان أمرًا زائدًا عليه[١٦]، فلا

عادتهم الزنا، أو أكل الربا، أو الشرب، فهذا شهادة على جرح مجرد، فإنه لا يثبت به الحد، ولو شهدوا أنهم زنوا، أو سرقوا، أو شربوا الخمر تقبل فإنه شهادة على جرح غير مجرد، إذ يثبت به الحد، كذا في "الدر المختار على رد المحتار".

(١٧) من شهود المدعى عليه.

(١٨) قوله: "على جرح مجرد" والجرح المجرد هو أن يطعن المدعى عليه الشهود بطعن لا يدخل تحت حكم القاضي كقوله: إنهم فسقة، وأما الجرح الذي هو غير مجرد فهو أن يكون مقرونا بحق من حقوق الله تعالى، بأن أقام المدعى عليه البينة أن الشهود أكلوا الربا، أو شربوا الخمر كان المقصود إقامة الحد، وهو مما يدخل تحت الحكم.

أو أن يكون مقرونًا بحق من حقوق العباد، نحو إن قال: صالحت هؤلاء الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا على هذه الشهادة، ودفعت المال إليهم، ولم يوفوا ما شرطوا فإني أطالبهم بما دفعت إليهم قبل هذا الجرح، لأن فيه إيجاب رد المال، وهو مما يدخل تحت الحكم، حتى لو قال: صالحتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا على هذه الشهادة، ولكن لم أدفع المال إليهم لا تقبل. (ن)

(١) أي لا يحكم القاضي بعلمه أيضًا. (ع)

(٢) أي بالجرح المجرد.

(٣) قوله: "لا يدخل تحت الحكم" وليس في وسع القاضي إلزامه، والبينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم، وفي وسع القاضي إلزامه. (ك)

(٤) أي للمقضي عليه.

(٥) قوله: "ولأن فيه [أي في الجرح المجرد] إلخ" يعني أن الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقًا، لأن فيها إشاعة الفاحشة وهي حرام بالنص، والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق.

ولا يقال: إن فيه ضرورة وهي كف الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة، وقد قال عليه السلام: «انصر أخاك ظالما أو مظلوما»، لأنه لا ضرورة إلى أداء هذه الشهادة على ملأ من الناس، ويمكنه كفه عن الظلم بإخبار القاضي بذلك سرًا. (ك)

(٦) وهو إظهار الفاحشة.

(٧) أي إشاعة الفاحشة.

(٨) بلا ضرورة.

(٩) الإشاعة.

(١٠) قوله: "إلا إذا شهدوا [أي شهود المدعى عليه] إلخ" استثناء من قوله: لأن الفسق، وهو منقطع بمعنى لكن. (عيني)

(١١) أي بالجرح المجرد بأنهم فسقة، أو شهدوا بزور أو نحوه.

(١٢) قوله: "لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم" ويقدر القاضي على الإلزام، لأنه لا يرتفع بالتوبة، ولأنهم ما شهدوا بإظهار الفاحشة، وإنما حكوا إظهار الفاحشة عن غيرهم، فلا يصيرون فاسقين، فيثبت المشهود به. (ك)

(١٣) أي محمد. (عيني)

ج5
29
B

خصم فى إثباته(١)، لأن المدعى عليه فى ذلك أجنبى عنه(٢) حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة، وأعطاهم العشرة من مال الذى كان فى يده تقبل(٣)، لأنه(٤) خصم فى ذلك، ثم يثبت الجرح بناء عليه.

وكذا(٥) إذا أقامها(٦) على أنى صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال، ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل، وقد شهدوا، وطالبهم(٧) برد ذلك المال، ولهذا قلنا(٨): إنه لو أقام(٩) البينة أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف، أو شارب خمر، أو قاذف، أو شريك المدعى تقبل(١٠).

قال(١١): ومن شهد ولم يبرح(١٢)، حتى قال: أوهمت بعض شهادتى، فإن كان عدلا جازت شهادته(١٣)، ومعنى قوله: أوهمت(١٤) أى أخطأت بنسيان ما كان بحق

(١٤) قوله: "والاستئجار إلخ" جواب سؤال مقدر بأن يقال: بأن هذا ليس بجرح مجرد بل هو إثبات أمر زائد، وهو استئجار المدعى، وهو إثبات لحق المدعى، فيثبت فى ضمنه الجرح. وحاصل الجواب أنه نعم كذلك إلا أن المدعى عليه ليس بنائب عن المدعى فى إثبات الحق له بل هو أجنبى عنه، فبقى جرحًا مجردًا. (مل)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أى على الجرح المجرد.

(١) الاستئجار.

(٢) المدعى.

(٣) هذه الشهادة.

(٤) أى لأن المدعى خصم للمدعى عليه فيما يدعيه.

(٥) أى تقبل.

(٦) المدعى عليه البينة.

(٧) المدعى عليه.

(٨) قوله: "ولهذا قلنا" أى لما قلنا من أن الشهادة على الجرح المجرد لا يقبل، وهو ما ليس فيه حق الله، أو حق العبد قلنا: إنه إلخ، وهذا عجيب فإنه ليس له ذكر فى "الهداية"، فكان المناسب أن يقول: ولهذا لو أقام البينة إلخ. (مل)

(٩) المدعى عليه.

(١٠) قوله: "تقبل [أى البينة]" لأن الحق حق الله تعالى، وأما المحدود فى القذف ففيه إحياء حق الله تعالى، وهو رد الشهادة، وأنه من تمام الحد. وأما شارب الخمر ولم يتقادم العهد فلأن فيه إحياء حق الله تعالى، وهو الحد، وأما القاذف فالمقذوف يدعى، لأن فيه إثبات الحد، وفيه حقان، والمغلب حق الله تعالى. وأما شريك المدعى إذا كان يشهد بمال مشترك فيثبت التهمة، والشهادة ترد بالتهمة، فإن قيل: فى هذه الشهادة إظهار الفاحشة كما فى ما تقدم فكيف سمعت، فالجواب أن إظهارها إذا دعت إليه ضرورة جاز، وقد تحققت لإقامة الحد. (مل)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) أى لم يزل من مكانه.

(١٣) قوله: "فإن كان عدلا إلخ" وإن كان غير عدل يرد شهادته مطلقًا، أى سواء قال فى المجلس أو بعده فى موضع التهمة، أو غيره. (ع)

على ذكره[١]، أو بزيادة كانت باطلة. ووجهه[٢] أن الشاهد قد يبتلى بمثله[٣] لمهابة مجلس القضاء[٤]، فكان العذر واضحًا، فتقبل[٥] إذا تداركه فى أوانه[٦]، وهو[٧] عدل، بخلاف ما إذا قام[٨] عن المجلس[٩]، ثم عاد[١٠]، وقال: أوهمت، لأنه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس[١١] وخيانة، فوجب الاحتياط. ولأن المجلس[١٢] إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة، فصار[١٣] ككلام واحد، ولا كذلك[١٤] إذا اختلف[١٥]، وعلى هذا[١٦] إذا وقع الغلط فى بعض الحدود[١٧]، أو فى بعض النسب، وهذا[١٨] إذا

---

(١٤) قوله: "ومعنى قوله: أوهمت إلخ" قيل: معنى قوله: أوهمت فى بعض شهادتى أن يكون غلطا فى المقدار، أوفى الجنس أوفى السبب، ثم قيل: يقضى بجميع ما شهد لأن ما شهد صار حقًا للمدعى على المدعى عليه، ولا يبطل بقوله: أوهمت. وقيل: يقضى بما بقى حتى لو شهد بألف، وقال غلطت بخمس مائة بل هو خمس مائة يقضى عليه بخمس مائة لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة، ولو شهد بخمس مائة لا يقضى بألف، كذا هذا، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى. (كفاية)

(١) كذا قال فخر الإسلام.

(٢) جواز الشهادة.

(٣) أى بمثل قوله: أوهمت.

(٤) فإن مهابة مجلس القضاء يوقع عليه الزيادة أو النقصان.

(٥) شهادته.

(٦) هو قبل البراح عن مكانه.

(٧) الواو حالية.

(٨) الشاهد.

(٩) أى مجلس القضاء.

(١٠) فإنه لا يقبل.

(١١) قوله: "بتلبيس" تلبيس در آميختن وپنهان داشتن مكر وعيب از كسى. (من)
قوله: "تلبيس" أى على الشهود، وبإطماع المدعى الشهود بحطام الدنيا، وأيضًا يوهم النقصان من المدعى عليه بمثل ذلك. (ع)

(١٢) قوله: "ولأن المجلس إلخ" دليل آخر على ذلك، وفيه إشارة إلى ما قال شمس الأئمة السرخسى فإن هذا الدليل يوجب العمل بالشهادة الثانية فى الزيادة والنقصان. (مل)

(١٣) الملحق والملحق به.

(١٤) أى لا يلحق الملحق بأصل الشهادة.

(١٥) المجلس.

(١٦) قوله: "وعلى هذا" أى على اعتبار اتحاد المجلس فى عدم التلبيس، واعتبار اختلافه فى وجود التلبيس. (مل)

(١٧) قوله: "إذا وقع الغلط فى بعض الحدود" بأن يذكر الجانب الشرقى مكان الجانب الغربى، أو على العكس، أوفى بعض النسب، بأن يذكر محمد بن أحمد بن عمر مكان محمد بن على بن عمر مثلا، فتقبل إذا تدارك فى مجلسه، ولا تقبل بعده. (ك)

(١٨) أى اعتبار اتحاد المجلس فى عدم التلبيس واعتبار اختلافه فى وجود التلبيس.

كان موضع شبهة(١)، فأما إذا لم يكن(٢) فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع لفظة الشهادة، وما يجرى مجرى ذلك(٣)، وإن(٤) قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا.

وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يقبل(٥) قوله(٦) فى غير المجلس(٧) إذا كان عدلا، والظاهر(٨) ما ذكرناه.

باب الاختلاف فى الشهادة(٩)

قال(١٠): الشهادة إذا وافقت الدعوى(١١) قبلت، وإن خالفتها لم تقبل؛ لأن تقدم الدعوى(١٢) فى حقوق العباد(١٣) شرط قبول الشهادة، وقد وجدت فيما

---

(١) أى موضع شبهة التلبيس من المدعى أو المدعى عليه. (ك)

(٢) أى موضع شبهته. (ك)

(٣) قوله: "وما يجرى مجرى ذلك" بأن ترك ذكر اسم المدعى، أو المدعى عليه، أو ترك الإشارة إلى المدعى أو المدعى عليه. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) قوله: "أنه يقبل إلخ" أى يقبل فى غير المجلس أيضًا فى جميع ذلك، لأن فرض عدالته ينفى توهم التلبيس والتغيير، والظاهر ما ذكره أولا من تقييد ما فيه شبهة التغيير بالمجلس. (ع)

(٦) الشاهد.

(٧) أى فى جميع المجالس الشاهد.

(٨) قوله: "والظاهر" أى ظاهر الرواية ما ذكرناه، وهو أن شهادته تجوز إذا قال: أوهمت إذا لم يبرح عن مكانه بعد أن كان عدلا، فإن برح فلا. (عينى)

(٩) قوله: "باب الاختلاف فى الشهادة" تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلا، والاختلاف إنما هو بعارض الجهل، والكذب، فأخره وضعًا للتناسب. (عناية)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "إذا وافقت الدعوى [هو مطالبته حق فى مجلس من له الخلاص بعد ثبوته. ع]" بأن تتحد أنواعًا، وكما وكيفًا، وزمانًا، وفعلا، وانفعالا، ووضعًا، وملكًا، ونسبة، فإنه إذا ادعى على آخر عشر دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم، أو ادعى عشرة دراهم يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة، أو ادعى شق زق، وإتلاف ما فيه، وشهد بانشقاقه عنده، أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقى من ملك فلان، وشهد بالغربى منه، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده، أو ادعى أنه عبد ولدته الجارية الفلانية، وشهد بولادة غيرها لم يكن تلك الشهادة موافقة للدعوى، وأما الموافقة بين لفظهما فليست بشرط. (ع)

(١٢) قوله: "لأن تقدم إلخ" أما إن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط لقبولها فلان القاضى نصب لفصل الخصومات فلا بد منها، ولا نعنى بالخصومة إلا الدعوى. وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب، وأما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك، لأن الشهادة لتصديق الدعوى، فإذا خالفتها فقد كذبتها، فصار وجودها وعدمها سواء، والأصل فى الشهود العدالة ولا يشترط عدالة المدعى لصحة الدعوى، فرجحنا جانب الشهود عملا بالأصل. (ع)

(١٣) قوله: "فى حقوق العباد" قيد به لأنه لا يشترط فى حقوق الله تعالى تقدم الدعوى لقبول الشهادة، لأن كل واحد خصم فى إثبات حق الله تعالى، لأنه واجب الرعاية على كل أحد، فصار كأن الدعوى موجودة، وحق الإنسان يتوقف على مطالبته، أو مطالبة من يقوم مقامه. (ك)

يوافقها، وانعدمت فيما يخالفها.

قال[١]: ويعتبر[٢] اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده[٣]، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعي الألفين، وعلى هذا[٤] المائة والمائتان[٥]، والطلقة والطلقتان[٦]، والطلقة والثلاث. لهما: أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة، وتفرد أحدهما بالزيادة، فيثبت ما اجتمعا[٧] عليه دون ما تفرد به أحدهما[٨]، فصار كالألف[٩] والألف والخمسمائة. ولأبي حنيفة أنهما[١٠] اختلفا لفظًا[١١]، وذلك[١٢] يدل على اختلاف المعنى، لأنه[١٣] يستفاد باللفظ، وهذا[١٤] لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان[١٥] متباينتان، فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد[١٦]،

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "ويعتبر اتفاق الشاهدين" لأن القضاء إنما يجوز بحجة وهي شهادة المثنى، فما لم يتفقا فيما شهدا به لا يثبت الحجة، أما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف، وأما الاختلاف في اللفظ من حيث الترادف، فلا يمنع بلا خلاف، ولهذا لو شهدا بالهبة والآخر بالعطية فهو مقبولة.

وأما الاختلاف في اللفظ بحيث يدل لفظ شاهد واحد على مدلول لفظ الشاهد الآخر بالتضمن، فقد نفا أبو حنيفة جوازه، فعنده لا بد من أن يطابق لفظهما على إفادة المعنى المراد بطريق الوضع لا بطريق التضمين خلافًا لهما. (مل)

(٣) كما لو شهد أحدهما بدراهم والآخر بدنانير. (ك)

(٤) الخلاف.

(٥) أي شهد أحدهما بالمائة والآخر بالمائتين.

(٦) قوله: "والطلقة إلخ" أي شهد أحدهما بأنه طلق امرأته واحدة، والآخر شهد بأنه طلقها ثنتين، أو ثلاث تطليقات. (مل)

(٧) أي الألف أو الطلقة.

(٨) أي الزيادة.

(٩) قوله: "فصار كالألف إلخ" أي ادعى ألفا وخمس مائة، وشهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمس مائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين على الألف لفظا ومعنى. (عيني)

(١٠) شاهدين.

(١١) فإن أحد اللفظين فرد والآخر مثنى.

(١٢) أي الاختلاف لفظا.

(١٣) المعنى.

(١٤) أي دلالة اختلاف اللفظ على اختلاف المعنى.

(١٥) قوله: "بل هما جملتان" أي كلمتان وتسمية جملة لأن مدلول كا منهما مغاير لجملة مدلول الآخر، فإن قيل: الألف موجود في الألفين، قلنا: نعم، إذا ثبت الألفان ثبت الألف في ضمنه، فإذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه. (ك)

(١٦) فلا يقبل.

فصار[١] كما إذا اختلف جنس المال. قال[٢]: وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفًا وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظًا ومعنًى، لأن الألف والخمسمائة جملتان عطف إحداهما على الأخرى والعطف يقرر الأول[٣]، ونظيره[٤] الطلقة[٥] والطلقة والنصف، والمائة[٦] والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر[٧]، لأنه ليس بينهما حرف العطف[٨]، فهو نظير الألف والألفين.

وإن قال[٩] المدعى لم يكن لى عليه إلا الألف فشهادة الذى شهد بالألف[١٠] والخمسمائة باطلة؛ لأنه[١١] كذبه المدعى فى المشهود به، وكذا إذا سكت[١٢] إلا عن دعوى الألف، لأن التكذيب[١٣] ظاهر، فلا بد من التوفيق[١٤]، ولو قال: كان أصل حقى ألفًا وخمسمائة[١٥]، ولكنى استوفيت خمسمائة، أو ابرأته عنها قبلت[١٦]

(١) قوله: "فصار كما إذا اختلف إلخ" بأن شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة. (عناية)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) أى المعطوف عليه.

(٤) قوله: "ونظيره" فقبل الشهادة على الطلقة، وكذا على المائة.

(٥) بأن شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف.

(٦) قوله: "والمائة" بأن شهد أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين.

(٧) قوله: "بخلاف العشرة إلخ" يعنى أن المدعى يدعى خمسة عشر، وشهد أحدهما بعشرة، والآخر بخمسة عشر، فلا يثبت العشر عند أبى حنيفة لأن الموافقة بين اللفظين شرط، ولم توجد. (عينى)

(٨) قوله: "لأنه ليس بينهما إلخ" لأن خمسة عشر تذكر بغير حرف العطف، فكانت كلمة واحدة غير العشرة فلم يوجد الموافقة. (مل)

(٩) قوله: "وإن قال" أى ما مر كان إذا كان المدعى يدعى الأكثر، وأما إذا ادعى الأقل، وقال إلخ. (ع)

(١٠) أى بالأكثر.

(١١) قوله: "لأنه كذبه إلخ" فلم يبق له إلا شاهد واحد، فلا يثبت به شىء، فإن قيل: لم يكذبه إلا فى البعض فما بال القاضى لا يقضى به على الباقى كما يقضى بالباقى في الإقرار إذا كذب المقر له فى بعض ما أقر به. أجيب بأن تكذيب الشاهد تفسيق له، ولا شهادة للفاسق بخلاف الإقرار، لأن عدالة المقر ليست بشرط، فتفسيقه لا يبطل الإقرار. (ع)

(١٢) قوله: "وكذا إذا سكت" أى ادعى الأقل، ولم يتعرض للخمس مائة لانفيا، ولا إثباتا، وسكت عن قوله: لم يكن لى إلا الألف، وباقى المسألة بحالها، فلا يقضى له بشىء. (مل)

(١٣) أى تكذيب المدعى الشاهد.

(١٤) ولو وفق قبلت، وأشار إلى التوفيق بقوله: ولو قال إلخ.

(١٥) كما شهد.

(١٦) قوله: "قبلت" وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعى أقل المالين إذا اختلفت الشهادة، لا تخلوا عن ثلاث أحوال، إما أن يكذب الشاهد بالزيادة، أو يسكت عن التصديق والتوفيق، أو يوفق، وجواب الأولين بطلان الشهادة والقضاء دون

لتوفيقه. قال[١]: وإذا شهدا بألف[٢]، وقال أحدهما: قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه، ولم يسمع قوله: إنه قضاه خمسمائة، لأنه شهادة فرد، إلا أن يشهد معه آخر. وعن أبي يوسف أنه يقضى بخمسمائة، لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة، وجوابه ما قلنا[٣].

قال[٤]: وينبغي للشاهد[٥] إذا علم بذلك[٦] أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة، كيلا يصير[٧] معينًا على الظلم[٨].

وقال[٩] فى "الجامع الصغير"[١٠]: رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم، فشهد أحدهما أنه قد قضاها، فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه[١١]، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا[١٢]. وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لا تقبل[١٣]، وهو قول زفر، لأن المدعى أكذب شاهد القضاء[١٤]، قلنا: هذا أكذب فى غير المشهود به الأول[١٥]، وهو[١٦] القرض، ومثله لا يمنع القبول[١٧].

الآخر. (ع)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) والدعوى ألف.

(٣) وهو قوله: لاتفاقهما عليه. (ك)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) بقضاء خمس مائة.

(٦) أى بقضاء خمس مائة.

(٧) الشاهد.

(٨) لعلمه بأن دعواه بغير حق.

(٩) محمد.

(١٠) قوله: "فى "الجامع الصغير" إلخ" الفرق بين مسألة الجامع، ومسألة المتن أن فى مسألة الجامع شهد أحدهما بقضاء كل الدين، وفى مسألة المتن شهد بقضاء بعض الدين. (عينى)

(١١) القرض.

(١٢) من أن القضاء لا يثبت بتفرد أحد الشاهدين.

(١٣) فى القرض أيضاً.

(١٤) وهو تفسيق له فبقى واحد.

(١٥) فالمشهود به للمدعى والقضاء لم يثبت.

(١٦) أى المشهود به الأول.

(١٧) قوله: "ومثله لا يمنع القبول" بيانه أن الشاهدين إذا شهدا لإنسان بمال، ثم شهدا عليه بمال لإنسان آخر فكذبهما المشهود عليه الذى هو مشهود له أولا يقضى بما شهدا له، وإن كان هو يفسقهما فيما شهدا عليه، لأن هذا تفسيق عن اضطرار، والموجب للرد هو التفسيق عن اختيار، وكذلك لو شهد الشاهدان لرجل على رجل بألف درهم

قال[١] : وإذا شهد[٢] شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة، وشهد آخران[٣] أنه قتله يوم النحر بالكوفة، واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين؛ لأن أحدهما كاذبة بيقين[٤]، وليست إحداهما بأولى من الأخرى[٥].

فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الآخرى لم تقبل[٦]؛ لأن الأولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض[٧] بالثانية.

قال[٨] : وإذا شهدا[٩] على رجل أنه سرق بقرة، واختلفا في لونها[١٠] قطع، وإن قال أحدهما : بقرةً، والآخر : ثوراً لم يقطع . وهذا عند أبي حنيفة، وقالا : لا يقطع في الوجهين جميعًا[١١]، وقيل : الاختلاف[١٢] في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة[١٣] لا في السواد والبياض، وقيل[١٤] : هو في جميع الألوان . لهما : أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء[١٥]، فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة، وصار كالغصب[١٦] بل أولى، لأن أمر الحد أهم[١٧]، وصار كالذكورة والأنوثة[١٨].

ومائة دينار، فكذبهما المشهود له في المائة الدينار تقبل شهادتهما، ثم ههنا كذبه فيما شهدا عليه، وهو القضاء، فلا يقدح في شهادته له. (كفاية)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) هذا نظير اختلاف الشاهدين في المكان.

(٣) قبل القضاء.

(٤) إذ الفعل الواحد أعنى القتل لا يمكن أن يكون فى مكانين.

(٥) لعدم المرجح.

(٦) الأخرى.

(٧) الأولى.

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) هذا نظير اختلاف الشاهدين كيفًا.

(١٠) بأن قال أحدهما: إنها سوداء والآخر: إنها صفراء.

(١١) قوله: "وقالا: لا يقطع فى الوجهين إلخ" هذا الخلاف فيما إذا كان المدعى يدعى سرقة بقرة فقط، أما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا يقبل شهادتها بالإجماع لأنه كذب أحد الشاهدين. (كفاية)

(١٢) بين الإمام وصاحبيه.

(١٣) فإن الحمرة الشديدة تضرب إلى السوداء.

(١٤) وهو الأصح. (عناية)

(١٥) فلا تقبل.

(١٦) يعنى شهد الغصب بقرة واختلفا فى لونها فلم تقبل.

(١٧) قوله: "لأن أمر الحد أهم" أى الحد أعسر إثباتًا من الغصب، لأن الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجال، وبالشهادة على الشهادة، ولا كذلك الحد، فلما لم يثبت الغصب بهذه الشهادة فأولى أن لا يثبت الحد. (ك)

وله: أن التوفيق ممكن[١] لأن التحمل فى الليالى من بعيد[٢]، واللونان يتشابهان[٣] أو يجتمعان فى واحد[٤]، فيكون السواد من جانب، وهذا يبصره، والبياض من جانب آخر، وهذا يشاهده[٥]، بخلاف[٦] الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه، والذكورة والأنوثة لا يجتمعان فى واحدة، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه، فلا يشتبه[٧].

قال[٨]: ومن شهد لرجل أنه اشترى عبداً[٩] من فلان بألف، وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمس مائة، فالشهادة باطلة؛ لأن المقصود إثبات السبب[١٠] وهو العقد[١١]، ويختلف باختلاف الثمن[١٢]، فاختلف المشهود به، ولم يتم العدد على

---

(١٨) كما إذا شهد أحدهما بأنه بقرة والآخر قال: إنه ثور فلم تقبل.

(١) قوله: "أن التوفيق إلخ" فإن قيل: هذا احتيال وطلب توفيق لإثبات الحد، وهو القطع والحد يحتال لدرءه لا لإثباته، قلنا: إن القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف لأنهما لم يكلفا نقله، فصار كما إذا اختلفا فى ثياب السارق، وهذا لأنها يكلفان بيان القيمة ليعلم أنه هل كان نصابا، فأما اللون فلا.

وإذا لم يكن القطع مضافًا إلى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التى تثبت مع الشبهات، فيصح الإخبار به للإثبات إحياء للحقوق بقدر الإمكان والتوفيق ممكن، وبهذا تبين أن الاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة إذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة فإن قيل: لو كانت البقرة على هذين اللونين يسمي بلقاء لا سوداء، ولا بيضاء، قلنا: نعم، ولكن فى حق من يعرف اللونين، أما فى حق من لا يعرف إلا أحدهما فهو عنده على ذلك اللون. (ك)

(٢) إذ أكثر السرقات يكون فى الليالى، وتحمل الشهادة يكون من بعيد.

(٣) كالحمرة والسواد.

(٤) وإن لم يتشابها.

(٥) وكل واحد يشهد بما رآه.

(٦) جواب عن مسألة الغصب.

(٧) قوله: "فلا يشتبه" أى الوقوف على صفة الذكورة والأنوثة لا يكون إلا بعد القرب منها، وعند ذلك لا يشتبه، فلا حاجة إلى التوفيق. (ك)

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) قوله: "اشترى عبداً" والمدعى يدعى أنه اشترى هذا العبد بألف وخمس مائة من فلان، وأنكر البائع ذلك.

(١٠) قوله: "لأن المقصود [من دعوى البيع قبل التسليم. عناية] إلخ" فإن قيل: لا نسلم أن المقصود إثبات العقد بل المقصود هو الحكم، وهو الملك والسبب وسيلة، أجيب بأن دعوى السبب المعين دليل على أن ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم، إذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لا دعاه، وهو لا يحتاج إلى سبب معين، فإن الشهادة على الملك المطلق صحيحة، فكأن مقصوده السبب. فإن قيل: التوفيق ممكن لجواز أن يكون الثمن أولا ألفا فزاد فى الثمن، وعرف به أحدهما دون الآخر، أجيب بأن السيد أبا القاسم ذهب إلى ذلك، ووجه ما فى الكتاب أن الشراء بألف وخمس مائة إنما يكون إذا كان الألف وخمس مائة ملتصقين بالشراء، وأما إذا اشترى بألف ثم زاد خمس مائة فلا يقال: اشترى بألف وخمس مائة، ولهذا يأخذ الشفيع بأول الثمن. (ع)

(١١) الشراء.

(١٢) إذ الشراء بألف غيره بألف وخمس مائة. (ع)

كل واحد، ولأن المدعى يكذب أحد شاهديه، وكذلك[١] إذا كان المدعى هو البائع، ولا فرق بين أن يدعي المدعى أقل المالين أوْ أكثرهما لما بينا[٢].

وكذلك[٣] الكتابة؛ لأن المقصود هو العقد[٤] إن كان المدعى[٥] هو العبد فظاهر[٦]، وكذا[٧] إذا كان هو المولى، لأن العتق لا يثبت[٨] قبل الأداء[٩]، فكان المقصود[١٠] إثبات السبب[١١]، وكذا الخلع والإعتاق على مال، والصلح عن دم العمد إذا كان المدعى هو المرأة والعبد والقاتل، لأن المقصود[١٢] إثبات العقد، والحاجة ماسة إليه[١٣]، وإن كانت الدعوى من جانب آخر[١٤] فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه[١٥]، لأنه يثبت العفو، والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق[١٦]، فبقى الدعوى فى الدين[١٧].

---

(١) أى الشهادة باطلة.

(٢) من أن المقصود إثبات السبب. (ك)

(٣) أى كالبيع لأن عقد الكتابة يختلف باختلاف البدل كالبيع.

(٤) لا المال.

(٥) أى عقد الكتابة.

(٦) قوله: "فظاهر" أى فظاهر أن العقد مقصوده، فلا تقبل الشهادة إذا اختلف الشاهدان فى بدل الكتابة. (مل)

(٧) أى لا تقبل الشهادة.

(٨) قوله: "لأن العتق إلخ" معناه أن مقصود المولى العتق، والعتق لا يثبت قبل الأداء، والأداء لا يتحقق بدون الكتابة، فكانت هى المقصودة. (ع)

(٩) أى أداء بدل الكتابة.

(١٠) قوله: "فكان المقصود إلخ" وفيه بحث، لأن المولى إذا ادعى الكتابة، والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ، أجيب بأن قوله: فالشهادة لا تقبل لتمكه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ، ويخاصم لأدنى البدلين. (ع)

(١١) العقد.

(١٢) أى مقصود المرأة والعبد والقاتل.

(١٣) وثبوت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه.

(١٤) قوله: "من جانب آخر" هو المولى والزوج وولى القصاص، بأن قال المولى: أعتقتك على ألف وخمس مائة، والعبد يدعى الألف، وقال الزوج: خالعتك على ألف وخمس مائة، والمرأة تدعى الألف، وقال ولى القصاص: صالحتك على ألف وخمس مائة، والقاتل يدعى الألف. (عينى)

(١٥) قوله: "فيما ذكرنا من الوجوه [خلافًا ووفاقًا. ك]" من أنه تقبل على الألف إذا ادعى ألفًا وخمس مائة بالاتفاق، وإذا ادعى ألفين لا تقبل عند الإمام الأعظم خلافًا لهما، وإن ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت. (عينى)

(١٦) هو المولى والزوج وولى القصاص.

(١٧) هو البدل.

وفي الرهن إن كان المدعى هو الراهن[١] لا يقبل[٢]، لأنه[٣] لا حظ له[٤] فى الرهن، فعريت الشهادة عن الدعوى، وإن كان[٥] هو المرتهن فهو[٦] بمنزلة دعوى الدين[٧]، وفى الإجارة[٨] إن كان ذلك[٩] فى أول المدة[١٠] فهو نظير البيع[١١]، وإن كان بعد مضى المدة[١٢]، والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين[١٣].

قال[١٤]: فأما النكاح[١٥] فإنه يجوز بألف استحسانًا، وقالا: هذا باطل فى النكاح أيضًا[١٦]، وذكر فى الأمالى[١٧] قول أبى يوسف مع قول أبى حنيفة، ولهما أن

(١) قوله: "إن كان المدعى هو الراهن" وشهد أحد الشاهدين بالألف، والآخر بألف وخمس مائة. (مل)

(٢) لعدم الدعوى.

(٣) قوله: "لأنه لا حظ له" فإن الحق فى الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل أن للمرتهن أن يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء، ولا معتبر لمنفعة سقوط الدين عن الراهن، لأنه موهوم عسى لا يثبت، ومنفعة الحبس للمرتهن قائم متحقق، فلا يفيد بينة الراهن على إثبات حق الغير. (ك)

(٤) أى قبل قضاء الدين.

(٥) المدعى.

(٦) قوله: "فهو بمنزلة إلخ" لأن الرهن لا يكون إلا بعد تقدم الدين، فتقبل البينة فى حق ثبوت الدين كما فى سائر الديون، ويثبت الرهن بالألف ضمنًا وتبعًا للدين. (ك)

(٧) يقضى بأقل المالين إجماعًا. (ع)

(٨) إذا اختلف الشاهدان.

(٩) الدعوى.

(١٠) قبل استيفاء المنفعة.

(١١) قوله: "فهو نظير البيع" يعنى لا تقبل الشهادة كما فى البيع، لأن المقصود إثبات العقد، وقد اختلف باختلاف البدل. (عينى)

(١٢) أى بعد استيفاء المنفعة.

(١٣) قوله: "فهو دعوى الدين" يقضى بأقل المالين إذا ادعى الأكثر، لأن المدة إذا انقضت كانت المنازعة فى الأجر، فصار كمن ادعى على آخر ألفًا وخمس مائة، وشهد أحدهما بألف، والآخر بألف وخمس مائة جازت على الألف، وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عند أبى حنيفة كما تقدم خلافًا لهما، وإن ادعى المستأجر.

قال فى "النهاية": كان ذلك اعترافًا منه بمال الإجارة، فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة إلى اتفاق الشاهدين واختلافهما، وهذا لأنه إن أقر بالأكثر لم يبق نزاع، وإن أقر بالأقل، فالآخر لا يأخذ منه سوى ذلك. (ع)

(١٤) أى أبو حنيفة. (عينى)

(١٥) قوله: "فأما النكاح إلخ" يعنى إذا اختلف الشهود فى النكاح فقال أحدهما: بألف والآخر بألف وخمس مائة. (عينى)

(١٦) أى كما هو باطل فى البيع فلا تقبل الشهادة، ولا يقضى بالنكاح.

(١٧) قوله: "الأمالى" هو جمع الإملاء، وهو أن يقعد عالم، وحوله تلامذته بالمحابر والقراطيس، فيتكلم العالم بما فتح الله سبحانه عليه من العلم، ويكتبه التلامذة، فتصير كتابا، ويسمونه الإملاء والأمالى، وكذلك كان السلف من الفقهاء والمحدثين وأهل العربية وغيرها فى علومهم، فاندرست لذهاب العلم والعلماء، وأمالى الإمام أبى يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصارى الحنفى المتوفى سنة ثلاث ثمانين ومائة، وهى فى الفقه، يقال: أكثر من ثلاث مائة مجلد. (كشف الظنون)

هذا اختلاف فى العقد[١]، لأن المقصود من الجانبين السبب، فأشبه البيع[٢].

ولأبى حنيفة أن المال فى النكاح تابع[٣]، والأصل فيه الحل[٤]، والازدواج، والملك[٥]، ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت[٦]، ثم إذا وقع الاختلاف فى التبع[٧] يقضى بالأقل لاتفاقهما[٨] عليه، ويستوى دعوى أقل المالين أو[٩] أكثرهما فى الصحيح[١٠]، ثم قيل: الاختلاف[١١] فيما إذا كانت المرأة هى المدعية، وفيما إذا كان المدعى هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل[١٢]، لأن مقصودها قد يكون المال، ومقصوده ليس إلا العقد[١٣]، وقيل: الخلاف فى الفصلين[١٤]، وهذا أصح[١٥]، والوجه ما ذكرناه[١٦].

---

(١) والاختلاف فى العقد يمنع قبول الشهادة، لأن النكاح بألف غير النكاح بألف وخمس مائة.

(٢) العقد.

(٣) قوله: "أن المال فى النكاح تابع" ولهذا يصح النكاح بلا تسمية المهر، والاختلاف فى التابع لا يوجب الاختلاف فى الأصل، فكان ثابتا. (ع)

(٤) قوله: "والأصل فيه إلخ" هذا دليل آخر، وتقريره أن الأصل في النكاح الحل، والازدواج، والملك، لأن شرعيته لذلك، ولزوم المهر لصون المحل الخطر عن الابتذال بالتسليط عليه مجانًا، كما عرف فى موضعه، ولا اختلاف للشاهدين فيها، فيثبت الأصل. واعترض عليه بأن فيه تكذيب أحد الشاهدين، والجواب أن المال إذا لم يكن مقصودًا كالدين فالاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق، والتشكيك فيه مسمو ع. (ع)

(٥) أى ملك البضعة.

(٦) الأصل.

(٧) وهو المال. (ع)

(٨) الشاهدين.

(٩) الصواب كلمة الواو بدلالة يستوى. (ع)

(١٠) قوله: "فى الصحيح" احتراز عما قال بعضهم: إنه لما كان كالدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما فى الدين، وإليه ذهب شمس الأئمة، ووجه ما فى الكتاب أن المنظور إليه العقد، وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت فى ضمن العقد، فلا يراعى فيه ما هو شرط فى المقصود، أعنى الدين. (ع)

(١١) بين الإمام وصاحبيه.

(١٢) الشهادة.

(١٣) والاختلاف فى العقد يمنع القبول.

(١٤) قوله: "فى الفصلين" يعنى ما إذا كانت المرأة تدعى، وما إذا كان الزوج يدعى. (ع)

(١٥) قوله: "وهذا أصح" لأن الكلام ليس فى أن الزوج يدعى العقد أو المال، أو المرأة تدعى ذلك، وإنما الكلام فى أن الاختلاف فى الشهادة على مقدار المهر، هل يوجب الاختلاف فى نفس العقد أم لا؟ قال أبو حنيفة: لا يوجب ذلك، وقالا: يوجبه، وقد ذكر المصنف دليلها، وإليه أشار بقوله: والوجه ما ذكرنا. (ع)

(١٦) قوله: "والوجه ما ذكرناه" وهو ما ذكر من الدليل فى الطرفين من قوله: لهما أن هذا اختلاف فى العقد إلى أن قال: ولأبى حنيفة أن المال فى النكاح تابع، والأصل فيه الحل، فهذا الدليل لا يفرق بين أن يكون المدعى الزوج أو المرأة. (ك)

فصل فى الشهادة على الإرث[١]

قال[٢]: ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها، أو أودعها الذى هى[٣] فى يده فإنه[٤] يأخذها[٥]، ولا يكلف البينة[٦] أنه مات، وتركها ميراثًا له، وأصله[٧] أنه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به[٨] للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات[٩] وتركها ميراثًا له[١٠] عند أبى حنيفة ومحمد خلافًا لأبى يوسف، هو يقول: إن ملك الوارث ملك المورث[١١]، فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث[١٢]. وهما يقولان: إن ملك الوارث متجدد فى حق العين[١٣] حتى يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة، ويحل للوارث[١٤] الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير، فلا بد[١٥] من النقل[١٦]. إلا أنه يكتفى بالشهادة[١٧] على قيام ملك المورث

(١) قوله: "فصل" لما فرغ عن بيان أحكام شهادة تتعلق بالأحياء شرع فى هذا الفصل فى بيان أحكام شهادة تتعلق بالأموات، إذ الموت بعد الحياة وجودا، فكذا حكمه. (ن)

(٢) أى محمد. (عينى)

(٣) الدار.

(٤) المدعى.

(٥) الدار.

(٦) قوله: "ولا يكلف إلخ" هذا بالإجماع، أما عند أبى يوسف فظاهر، لأنه لا يشترط الجر والانتقال لقبول البينة، لأنه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورة لأنه يخلفه فى أملاكه، فصار الشهادة بأنها كانت ملكا للمورث بمنزلة الشهادة للحى بأنها كانت له، وبمنزلة الشهادة للمشترى أنها ما كانت لبائعه.
وكذا على قولهما، لأنهما وإن كانا يشترطان الجر والانتقال إلى الوارث فى الشهادة لم يشترطا ذلك ههنا، لأن المدعى أثبت لمورثه يدا فى المدعى عليه عند الموت بما أقام من البينة، لأن يد المستعير والمودع يد المعير والمودع، فصار كأنه أقام البينة أن أباه مات، والدار فى يديه، ولو كان كذلك كانت البينة مقبولةً، فكذا ههنا. (ك)

(٧) أى أصل حكم الشهادة على الإرث.

(٨) أى بذلك الملك.

(٩) المورث.

(١٠) الوارث.

(١١) لأن الوراثة خلافة، ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب. (ع)

(١٢) أى بالملك.

(١٣) أى فى حق أحكام ترجع إلى العين. (ك)

(١٤) أى لو لا تجدد الملك لما حل له ذلك. (ك)

(١٥) قوله: "فلا بد" لأن المتجدد محتاج إلى النقل لئلا يكون استصحاب المال مثبتًا. (عناية)

(١٦) بأن يشهدوا أنه مات وتركها ميراثًا له، أو أنه مات وهو ملكه. (ك)

(١٧) استثناء من قوله: لا بد من النقل.

وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة، وكذا على قيام يده[١] على ما نذكره[٢] إن شاء الله تعالى، وقد وجدت الشهادة على اليد[٣] فى مسألة الكتاب[٤]، لأن يد المستعير والمودع، والمستأجر قائمة مقام يده[٥]، فأغنى ذلك عن[٦] الجر والنقل.

وإن شهدوا أنها[٧] كانت فى يد فلان مات، وهى فى يديه جازت الشهادة، لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان، والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل[٨]، فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت.

وإن[٩] قالوا[١٠] لرجل حى[١١]: نشهد أنها[١٢] كانت فى يد المدعى[١٣] منذ أشهر لم تقبل[١٤]. وعن أبى يوسف أنها تقبل، لأن اليد مقصودة كالملك[١٥]، ولو شهدوا أنها[١٦] كانت ملكه تقبل، فكذا هذا، وصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعى[١٧].

(١) قوله: "وكذا على قيام يده" أى يكتفى بالشهادة على قيام يد المورث عند الموت على المملوك لأن الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوى أسبابه ويعطى ما كان عنده من الودائع، والغصوب، فإذا لم يبين فالظاهر أن ما فى يده ملكه.(ب)

(٢) قوله: "على ما نذكره" إشارة إلى ما ذكره بقوله: لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان وذلك لأن اليد عند الموت لا تخلو من أن تكون يد ملك، أو يد غصب، أو أمانة، فإن كانت يد ملك فظاهر، وكذا إن كانت يد غصب، لأنها تصير يد ملك لأن بالموت يتقرر عليه الضمان، ويصير المضمون ملكًا له، وإن كانت يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل، فصارت يد ملك أيضًا، فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت، وشهادة بالملك عند الموت، والملك الثابت عند الموت ينتقل إلى الوارث ضرورة. (ك)

(٣) أى يد المورث.

(٤) المذكورة.

(٥) أى يد أب المدعى.

(٦) أى عن الشهادة بالجر والنقل.

(٧) الدار.

(٨) بأن يموت ولم يبين أنها وديعة فلان. (ع)

(٩) ذكر هذه المسألة استطرادا، وهى ليست من باب الميراث.

(١٠) قوله: "وإن قالوا إلخ" يعنى إذا كانت الدار فى يد رجل فادعاها رجل آخر، وليست الدار فى يده أنها له، وشهد الشهود على هذا الطريق. (ك)

(١١) قوله: "حى" قيد به لأنهم لو شهدوا للميت بأنها كانت فى يده وقت الموت تقبل الشهادة بالإجماع، ويكون الدار لوارثه، وقد ذكرناه. (ك)

(١٢) الدار.

(١٣) قوله: "أنها كانت فى يد المدعى" قيد به لأنهم لو شهدوا أنها كانت له لم تقبل بالاتفاق، وأما قوله: منذ أشهر ليس بقيد، فإنه ذكر الإمام التمر تاشى شهدوا لحى أن العين كان فى يده لم تقبل. (كفاية)

(١٤) هذه الشهادة.

(١٥) إذا ثبت الملك يبقى إلى أن يوجد المزيل، فكذا فى اليد.

(١٦) الدار.

وجه الظاهر وهو قولهما: أن الشهادة قامت بمجهول[١]، لأن اليد منقضية[٢]، وهى متنوعة[٣] إلى ملك وأمانة وضمان[٤]، فتعذر القضاء بإعادة المجهول، بخلاف الملك[٥] لأنه معلوم غير مختلف[٦]، وبخلاف الأخذ لأنه معلوم[٧]، وحكمه[٨] معلوم وهو وجوب الرد، ولأن يد ذى اليد معاين، ويد المدعى مشهود به، وليس الخبر كالمعاينة. وإن أقر بذلك[٩] المدعي عليه دفعت إلى المدعي؛ لأن الجهالة فى المقر به لا تمنع صحة الإقرار، وإن شهد شاهدان أنه أقر أنها[١٠] كانت فى يد المدعى دفعت إليه[١١]؛ لأن المشهود به ههنا الإقرار وهو معلوم[١٢].

باب الشهادة على الشهادة[١٣]

قال[١٤]: الشهادة على الشهادة جائزة فى كل حق[١٥] لا يسقط بالشبهة، وهذا استحسان[١٦] لشدة الحاجة إليها إذا شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض

---

(١٧) قوله: "كما إذا شهدوا بالأخذ إلخ" يعنى لو شهدوا أنها كانت فى يد المدعى، وأخذها المدعى عليه الذى هو صاحب اليد تقبل الشهادة، وترد الدار إلى المدعى. (عينى)

(١) والقضاء بالمجهول متعذر. (ع)

(٢) قوله: "لأن اليد [أى يد المدعى] منقضية [أى زائلة فى الحال، وليست بقائمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر]" تزول بأسباب الزوال، فربما زالت بعد ما كانت وكل ما كان كذلك، فهو مجهول، والقضاء بالمجهول متعذر. (ع)

(٣) قوله: "وهى [أى اليد] متنوعة إلخ" دليل آخر، أى اليد يد ملك وأمانة وضمان، وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضا بإعادة المجهول معتذر. (ع)

(٤) بالغصب.

(٥) جواب عن قياس أبى يوسف.

(٦) وإن كان أسباب حدوثه شتى.

(٧) .بالشهادة.

(٨) الأخذ.

(٩) يعنى قال المدعى عليه: إن هذه الدار كانت فى يد المدعى. (ع)

(١٠) الدار.

(١١) المدعى.

(١٢) قوله: "وهو معلوم" وإنما الجهالة فى المقر به، وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئًا جازت الشهادة، ويؤمر بالبيان، كذا فى "الجامع الصغير" لقاضى خان. (ك)

(١٣) قوله: "باب الشهادة إلخ" لما فرغ عن بيان أحكام الأصول شرع فى بيان أحكام شهادة الفروع، وذكر على هذا الترتيب لأن الفرع مستدع تقديم الأصل. (ن)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) أراد به غير الحدود والقصاص.

(١٦) قوله: "وهذا [أى جواز الشهادة على الشهادة] استحسان" والقياس أن لا تجوز، لأن الشهادة عبادة بدنية

العوارض[١]، فلو لم يجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء[٢] الحقوق، ولهذا[٣] جوزنا الشهادة على الشهادة[٤] وإن[٥] كثرت[٦]، إلا[٧] أن فيها شبهة من حيث البدلية[٨]، أو من حيث إن فيها زيادة احتمال[٩]، وقد أمكن الاحتراز عنه[١٠] بجنس الشهود، فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص[١١].

ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين[١٢]، وقال الشافعي: لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان، لأن كل شاهدين[١٣] قائمان مقام شاهد[١٤] واحد[١٥]،

لزمت شاهد الأصل، وليست بحق المشهود له بدليل أنه لا يجوز الخصومة فيها والإجبار عليها، والنيابة لا تجرى فى العبادة البدنية، أو لأنه يتمكن زيادة الشبهة فيها إذ الأخبار إذا تناسخها الألسن يتمكن فيها زيادة ونقصان إلا أنهم تركوا القياس إحياء للحقوق. (ك)

(١) كالسفر والغيبة والموت.

(٢) إهلاك.

(٣) أى لشدة الحاجة إليها. (ك)

(٤) أى جوزنا الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) أى بعدت.

(٧) لكن.

(٨) قوله: "من حيث البدلية" لأن البدل ما لا يصار إليه إلا عند العجز، وهذه الشهادة كذلك، فإنه لا يصار إليها إلا عند العجز عن شهادة سائر الأصول، وإن لم يشترط العجز عن شهادة سائر الأصول.

واعترض عليه بأن لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينها لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل، وآخران على الشهادة بشهادة شاهد آخر جاز.

وأجيب بأن بدليته إنما هى فى المشهود به، بشهادة الفروع وهو شهادة الأصول، والمشهود به بشهادة الأصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعى، وإذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الأصول، فلا يمنع إتمام الأصول بالفروع، وإذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال. (مل)

(٩) قوله: "زيادة احتمال" لأن الشبهة فى عامة الشهادات تثبت فى المشهود به أحق هو أم لا؟ وههنا ثبتت شبهة زائدة فى نفس الشهادة بل أنها وجدت من الأصول أم لا؟ (ك)

(١٠) بأن يكثر الأصول، فإذا ظهر لبعضهم عذر يبقى بعضهم. (ك)

(١١) قوله: "فلا تقبل إلخ" فإن قيل: ذكر فى "المبسوط" أن الشاهدين إذا شهدا على شهادة شاهدين أن قاضى بلدة كذا ضرب فلانًا حدًا فى قذف فهو جائز.

قلنا: لأن المشهود به فعل القاضى لا نفس الحد، وفعل القاضى مما يثبت بالشبهات، وأما الذى لا يثبت بالشبهات الأسباب الموجبة للعقوبة، وإقامة القاضى حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة. (ك)

(١٢) قوله: "ويجوز إلخ" أى يجوز أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين، وقال الشافعى: لا تجوز إلا أن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير الذى شهدا على شهادة الآخر، فلذلك يصيرون أربعًا. (ع)

(١٣) أى فرعين.

(١٤) أى أصل.

فصار كالمرأتين[١]. ولنا قول على رضى الله عنه[٢]: "لا يجوز على شهادة رجل[٣] إلا شهادة رجلين[٤]"*، ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق[٥]، فهما[٦] شهدا بحق، ثم شهدا بحق آخر[٧]، فتقبل[٨]، ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا[٩]، وهو حجة[١٠] على مالك، ولأنه[١١] حق من الحقوق[١٢]، فلا بد من نصاب الشهادة. وصفة[١٣] الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلان ابن فلان أقر عندى بكذا، أو أشهدنى على نفسه؛ لأن الفرع كالنائب عنه[١٤]، فلا بد[١٥] من التحميل[١٦] والتوكيل على ما مر[١٧]، ولا بد أن

---

(١٥) فلا يتم حجة القضاء بهما.

(١) قوله: "فصار كالمرأتين" فإنهما لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهما. (عينى)

(٢) قوله: "ولنا قول على رضى الله عنه إلخ" قلت: غريب، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن على قال: لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان. (ت)

(٣) قوله: "لا يجوز إلخ" وجه الاستدلال بذلك أن عليًا رضى الله عنه جوز شهادة رجلين على شهادة رجل، ولم يشترط أن يكون بإزاء كل أصل فرعان على حدة، فدل إطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعًا على شهادة الأصلين، ولم يرد عن غيره خلافه. (عينى)

(٤) فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين غير مقيد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٧، وانظر الدراية ج٢ تحت الحديث ٨٣٥ ص١٧٣. (نعيم)

(٥) قوله: "من الحقوق" أى من حقوق الناس، لأنه يجب على كل واحد من الأصلين أن يؤدى ما عليه إذا طالبه المدعى. (ك)

(٦) الفرعان.

(٧) غير الأول.

(٨) قوله: "فتقبل [لكمال نصاب الشهادة]" بخلاف شهادة المرأتين، فإن النصاب لم يوجد لأنهما بمنزلة رجل واحد. (ع)

(٩) من قول على رضى الله عنه.

(١٠) قوله: "وهو حجة على مالك" قال: الفرع قائم مقام الأصل يعبر عنه بمنزلة رسوله فى إيصال شهادته إلى مجلس القاضى، فكأنه حضر وشهد بنفسه، واعتبر هذا برواية الأخبار، فإن رواية الواحد من الواحد مقبولة. (ع)

(١١) نقل الشهادة.

(١٢) بخلاف رواية الأخبار. (ع)

(١٣) قوله: "وصفة" لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود الفروع شرع فى بيان كيفية الإشهاد، وأداء الفروع. (عناية)

(١٤) قوله: "كالنائب عنه [أصل]" إنما قال: كالنائب عنه لأن الفرع ليس بنائب عن الأصل فى شهادته بل فى المشهود به. (عناية)

(١٥) قوله: "فلا بد إلخ" لأن الشهادة على الشهادة إنما تصير حجة بنقل شهادة الأصل إلى مجلس القضاء، فلا بد من التحميل، والفرع وكيل عن الأصل فلا بد من التوكيل. (عينى)

(١٦) قوله: "من التحميل" وهو أن يقول: اشهد على شهادتى، ولا يقول: اشهد على بذلك؛ لأنه يحتمل أن يكون

جـ5 30 B

يشهد[١] كما يشهد[٢] عند القاضي لينقله[٣] إلى مجلس القضاء[٤]، وإن لم يقل[٥]: أشهدني على نفسه جاز، لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة، وإن لم يقل[٦] له: اشهد.

ويقول شاهد الفرع عند الأداء[٧]: أشهد أن فلانًا أشهدني على شهادته أن فلانًا أقر عنده بكذا، وقال لي: اشهد على شهادتي بذلك؛ لأنه لا بد من شهادته[٨]، وذكره شهادة الأصل، وذكره التحميل[٩]، ولها[١٠] لفظ أطول[١١] من هذا، وأقصر[١٢] منه، وخير الأمور أوسطها[١٣].

ومن قال: أشهدني[١٤] فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته[١٥] حتى يقول: اشهد على شهادتي؛ لأنه لا بد من التحميل، وهذا ظاهر عند محمد[١٦]، لأن

على أصل الحق المشهود به، وهو أمر بالكذب، وكذا لا يقول: فاشهد بشهادتي لأنه يحتمل أن يكون مراده: فاشهد بمثل شهادتي، فيكون أمرًا بالشهادة على أصل الحق. (ك)

(١٧) في فصل ما يتحمله الشاهد.

(١) عند الفرع. (ع)

(٢) أي الأصل.

(٣) أي شاهد الفرع.

(٤) أي ما أشهده الأصل.

(٥) أي الأصل عند التحميل. (ع)

(٦) المقر.

(٧) هذا بيان كيفية أداء الفرع.

(٨) والعبارة المذكورة نفي بذلك كله؛ لأنه يشهد على شهادة الأصل. (ع وك)

(٩) لم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل. (ك)

(١٠) أي لشهادة الفرع. (ع)

(١١) قوله: "أطول من هذا" وهو أن يقول الفرع بين يدي القاضي: أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال، وأشهدني على شهادته، وأمرني أن أشهد على شهادته، وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن. (ك)

(١٢) قوله: "وأقصر" وهو أن يقول الفرع عند القاضي: أشهد على شهادة فلان بكذا. (ك)

(١٣) وهو أسهل وأيسر. (ك)

(١٤) أي المقر على إقراره.

(١٥) أي لا يحل للسامع أن يشهد على شهادته. (ك)

(١٦) قوله: "وهذا ظاهر عند محمد" وذلك لأن الشاهد الفرعي لا علم له بالحق لكنه ينقل شهادة غيره عند محمد بطريق التوكيل حتى لو رجع الأصول دون الفروع وجب الضمان على الأصول في قول محمد، ولو رجع الأصول والفروع جميعًا يخير المشهود عليه إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع، فلا يصير الوكيل وكيلا عن الموكل إلا بأمره. وفي "الفوائد الظهيرية": ومعنى قوله: حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع أن المشهود عليه بالخيار، إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع، وليس معناه أنه يقضي بالنصف على الأصول، وبالنصف على الفروع، بل هذا

القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعًا، حتى اشتركوا فى الضمان عند الرجوع، وكذا عندهما[١]، لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول[٢] لتصير[٣] حجة، فيظهر تحميل ما هو حجة. قال[٤]: ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل، أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا، أو يمرضوا مرضًا لا يستطيعون معه[٥] حضور مجلس الحاكم؛ لأن جوازها[٦] للحاجة، وإنما تمس[٧] عند عجز الأصل، وبهذه الأشياء[٨] يتحقق العجز، وإنما اعتبرنا السفر[٩] لأن المعجز بعد المسافة، ومدة السفر بعيدة حكمًا[١٠] حتى أدير عليها عدة من الأحكام[١١]، فكذا سبيل هذا الحكم.

وعن أبى يوسف أنه كان فى مكان لو غدا[١٢] لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت فى أهله[١٣] صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس، قالوا: الأول[١٤] أحسن، والثانى[١٥] أوفق، وبه أخذ الفقيه أبو الليث[١٦].

كالغاصب مع غاصب الغاصب، فللمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء. (ك)

(١) قوله: "وكذا عندهما" أى أما عندهما فلأن الحكم وإن كان يضاف إلى الفروع حتى يجب الضمان عليهم دون الأصول عند الرجوع، ولكن تحملهم إنما يصح إذا عاينوا ما هو حجة، والشهادة فى غير مجلس القضاء ليست بحجة، فيجب النقل إلى مجلس القاضى ليصير حجة، ويظهر أن التحمل حصل بما هو حجة، فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحمل. (ك)

(٢) قوله: "لأنه لا بد إلخ" لقائل أن يقول: كلام المصنف مضطرب، لأنه جعل المطلوب فى كلامه التحميل، واستدل عليه بقوله: لأنه لا بد من النقل لتصير حجة، وعطف عليه، فيظهر بالنصب، وذلك يقتضى أن يكون التحميل إنما يحصل بعد النقل، والنقل لا يكون إلا بالتحميل. (ع)

(٣) أى شهادة الأصول.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) أى مع ذلك المرض.

(٦) أى الشهادة على الشهادة.

(٧) الحاجة.

(٨) أى الموت والسفر والمرض.

(٩) أى إنما اعتبرنا مدة السفر فى الغيبة.

(١٠) من الشارع.

(١١) قوله: "عدة من الأحكام" كقصر الصلاة، والفطر، وامتداد المسح إلى ثلاثة أيام، وعدم وجوب التشريق على قول أبى حنيفة، وعدم وجوب الأضحية والجمعة، وحرمة خروج امرأة بلا محرم أو زوج. (ع)

(١٢) أى ذهب بكرة النهار.

(١٣) بعد الرجوع من مجلس القاضى.

(١٤) قوله: "الأول" أى التقدير بثلاثة أيام أحسن لأن العجز شرعًا يتحقق به كما فى سائر الأحكام التى عددناها، فكان موافقا لحكم الشرع، فكان أحسن. (ع)

قال[١]: فإن عدل[٢] شهود الأصل شهود الفرع جاز؛ لأنهم من أهل التزكية[٣]، وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح؛ لما قلنا[٤]. غاية الأمر[٥] أن فيه[٦] منفعة له من حيث القضاء بشهادته[٧]، لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه[٨] كيف[٩]، وأن قوله مقبول في حق نفسه، وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة[١٠].

قال[١١]: وإن سكتوا[١٢] عن تعديلهم[١٣] جاز[١٤]، وينظر القاضي في حالهم[١٥]، وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: لا تقبل، لأنه لا شهادة إلا بالعدالة، فإن لم يعرفوها[١٦] لم ينقلوا الشهادة، فلا تقبل. ولأبي يوسف أن المأخوذ عليهم[١٧] النقل دون التعديل؛ لأنه[١٨] قد يخفى عليهم، وإذا انقلوا[١٩]

---

(١٥) هو ما قال أبو يوسف رحمه الله.

(١٦) قوله: "وبه أخذ الفقيه أبو الليث" وكثير من المشايخ، كذا في الذخيرة، وروى عن محمد أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد، فشهد الفرع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادته. (ك)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) بأن كان يعرف القاضي الفروع دون الأصول.

(٣) قوله: "لأنهم [لكونهم على صفة الشهادة] من أهل التزكية" فيسأل القاضي الفروع عن الأصول، ولا يقضي قبل السؤال، وشاهد الفرع إذا صلح مزكيًا فلا فرق بين تزكيته وتزكية غيره. (ك)

(٤) أنه من أهل التزكية. (ك)

(٥) قوله: "غاية الأمر إلخ" يقول من قال من المشايخ: لا يصح تعديله لأنه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل، فكان متهما، فأشار إلى رده بقوله: غاية الأمر. (ع)

(٦) أي في تعديله.

(٧) أي من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد به.

(٨) قوله: "كما لا يتهم في شهادة نفسه" فإنه يتحمل أن يقال: إنما يشهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد وإن لم يكن له شهادة فيه في الواقع. (ع)

(٩) أي كيف يتهم والحال أن إلخ.

(١٠) قوله: "وإن ردت إلخ" حتى إذا انضم إليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما، فلا تهمة. (ع)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) الفروع.

(١٣) الأصول.

(١٤) شهادة الفروع.

(١٥) الأصول.

(١٦) أي عدالة الأصول.

(١٧) الواجب.

يتعرف[١] القاضي العدالة[٢] كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا.

قال[٣]: وإن أنكر شهود الأصل الشهادة[٤] لم تقبل شهادة شهود الفرع؛ لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين[٥]، وهو شرط[٦].

وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم، وقالا[٧]: أخبرانا أنهما[٨] يعرفانها، فجاء[٩] بامرأة وقالا[١٠]: لا ندرى أهى هذه أم لا؟ فإنه يقال للمدعى: هاتِ شاهدين، يشهدان أنها[١١] فلانة؛ لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت، والمدعى يدعى الحق على الحاضرة، ولعلها[١٢] غيرها، فلا بد من تعريفها[١٣] بتلك النسبة. ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة يذكر حدودها، وشهدوا[١٤] على المشترى لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها[١٥] فى يد المدعى عليه، وكذا إذا أنكر المدعى عليه[١٦] أن الحدود المذكورة فى الشهادة

---

(١٨) تعديل.

(١٩) شهادة الأصول.

(١) أى يطلب المعرفة أى يسأل المزكين غير الفروع عن أحوالهم.

(٢) فإن القاضي يتعرف حالهم. (عينى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "وإن أنكر إلخ" معنى المسألة أنهم قالوا: ما لنا شهادة على هذه الحادثة، وماتوا، أو غابوا، ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضرتهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وإن لم ينكروا. (ك)

(٥) خبر الأصول وخبر الفروع.

(٦) لصحة شهادة الفروع.

(٧) الفرعان.

(٨) الأصلان.

(٩) المدعى.

(١٠) الفرعان.

(١١) أى المرأة الحاضرة.

(١٢) الحاضرة.

(١٣) الحاضرة.

(١٤) بعد ما أنكر المشترى أن يكون المحدود بها فى يده. (ع)

(١٥) قوله: "يشهدان على أن إلخ" فائدة كون المحدود بها فى يد المشترى حالة الدعوى تظهر إذا ادعى الشفيع أن فلانًا باع، والمحدود فى يد المشترى ولى استحقاق الشفعة، أما إذا كان المدعى هو البائع يطالب المشترى بالثمن، فلا حاجة إلى كون المحدود فى يد المشترى. (ك)

(١٦) قوله: "وكذا إذا أنكر إلخ" توضيحه ما قال العتابى: إنه إذا ادعى رجل على رجل محدودًا فى يديه، وشهد الشهود أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملك هذا المدعى فى يد المدعى عليه بغير حق، فقال المدعى عليه: الذى فى

حدود ما في يديه. قال: وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي[١]؛ لأنه في معنى الشهادة على الشهادة، إلا أن القاضيلكمال ديانته ووفور ولايته يتفرد بالنقل[٢].

ولو قالوا في هذين البابين[٣]: التميمية[٤]، لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها[٥]، وهي القبيلة الخاصة، وهذا[٦] لأن التعريف لا بد منه في هذا، ولا يتحصل بالنسبة العامة[٧]، وهي عامة بالنسبة إلى بني تميم[٨]، لأنهم قوم لا يحصون، ويحصل بالنسبة إلى الفخذ، لأنها خاصة. وقيل: الفرغانية[٩] نسبة عامة، والأوزجندية خاصة، وقيل: السمرقندية والبخارية عامة، وقيل[١٠]: إلى السكة الصغيرة خاصة، وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة. ثم التعريف وإن[١١] كان يتم بذكر

يدي غير محدود، وبهذه الحدود التي ذكرها الشهود، فيقال للمدعي: هات شاهدين على أن الذي في يديه محدود بهذه الحدود ليصح القضاء.

(١) قوله: "وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي إلخ" يعني كتب في كتابه شهد عدلان عندي أن لفلان بن الفلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية كذا، فاقض عليها أنت بذلك، فأحضر المدعي امرأة في مجلس المكتوب إليه، ودفع الكتاب إليه، وأنكرت أنها فلانة، يقول القاضي: هات شاهدين يشهدان أن هذه التي أحضرتها هي الفلانية المذكورة في هذا الكتاب ليمكن الإشارة إليها في القضاء. (عيني)

(٢) قوله: "إلا أن القاضي إلخ" جواب إشكال مقدر، هو أن يقال: إن القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي، لأنه سمع الشهادة من الشاهدين، ونقل شهادتهما بالكتاب، فصار كأنه حضر مجلس المكتوب إليه، وشهد، وهناك يشترط اثنان فلذلك ينبغي أن يشترط في القاضي الكاتب أن يكون اثنين، فأجاب بقوله: إلا أن إلخ. (عيني)

(٣) أي في الشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي. (ك)

(٤) أي فلانة بنت فلان التميمة. (ك)

(٥) قوله: "إلى فخذها" الفخذ آخر القبائل الست، كذا في "الصحاح"، وفي "الكشاف" قوله تعالى: ﴿وجعلناكم شعوبًا وقبائل لتعارفوا﴾، الشعب الطبقة الأولي من الطبقات الست التي عليها العرب وهي: الشعب والقبيلة والعمارة والبطن، والفخذ والفصيلة، فالشعب يجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمائر، والعمارة تجمع البطون، والبطون تجمع الأفخاذ، والفخذ تجمع الفصائل، خزيمة شعب، وكنانة قبيلة، قريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم فخذ والعباس فصيلة، وسميت الشعب، لأن القبائل منشعب منها، فعلى هذا لا يكون الفخذ هي القبيلة الخاصة، والمراد بالفخذ في الكتاب القبيلة الخاصة، ففي الديوان الشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين. (ك)

(٦) أي عدم الجواز.

(٧) كالتميمية.

(٨) فكم يكون بينهم نساء اتحدت أساميهن وأسامي آباءهن.

(٩) قوله: "وقيل: الفرغانية" فرغانة نسبة إلى فرغانة، وهي اسم لإقليم ما وراء النهر، وفيها مدن كثيرة، وفيها سكك منها أوزجند. (عيني)

(١٠) قوله: "وقيل إلى إلخ" وحاصل الكلام أن النسبة إلى ما هي خاصة فيها يحصل التعريف بخلاف النسبة إلى ما هي عامة منها حيث لا يحصل التعريف فيها، لأن المحلة الكبيرة والمصر يشمل كل منهما على ناس كثيرين تتخذ أساميهم، وأسامي آباءهم فلا يحصل التعريف بذلك. (عيني)

(١١) الواو وصلية.

الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف على ظاهر الروايات[١]، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد، لأنه[٢] اسم الجد الأعلى[٣]، فنزل منزلة الجد الأدنى[٤].

فصل[٥]

قال أبو حنيفة: شاهد الزور[٦] أشهره[٧] في السوق، ولا أعزره[٨]، وقالا: نوجعه[٩] ضربًا ونحبسه، وهو قول الشافعي.

لهما ما روى عن عمر رضى الله عنه[١٠]: "أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطًا[١١]، وسخم وجهه[١٢]"*، ولأن هذه[١٣] كبيرة[١٤] يتعدى[١٥] ضررها إلى

---

(١) فإنه عنده يتم بذكر الأب، ولا يحتاج إلى ذكر الجد في التعريف. (ك)

(٢) فخذ.

(٣) أى في القبيلة الخاصة. (ك)

(٤) هو أب الأب. (ع)

(٥) قوله: "فصل" ذكر شهادة شاهد الزور في فصل على حدة، لأن لها أحكاما مخصوصة وأخرها، لأن الأصل هو الصدق. (ن)

(٦) قوله: "شاهد الزور أشهره" أن يقر على نفسه بالكذب متعمدًا، فيقول: كذبت فيما شهدت متعمدًا، أو يشهد بقتل رجل، ثم يجيء المشهود بقتله حيًا حتى ثبت كذبه بيقين، ولا طريق لإثبات ذلك بالبينة لأنه نفى لشهادته، والبينة حجة الإثبات دون النفى، فأما إذا قال: غلطت أو أخطأت، أو ردت شهادته لتهمة، أو لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر. (ك)

(٧) قوله: "أشهره [وتشهيره تعزيره. ع]" أقول: هذا صريح في أن التشهير أيضًا نوع من التعزير اتفاقًا غير أن الإمام اكتفى على التشهير في شاهد الزور، وهما ضما معه الوجع والضرب أيضًا، وبه يظهر جواب ما سئلت عنه من أنه هل يجوز للسلطان أن يشهر القاضي المرتشي، وقد سبقنا بتجويزه، ابن نجيم المصرى صاحب البحر الرائق في بعض رسائله، وقال فيه: فإن قلت: هل له تسويد الوجه، وحلق جانب من اللحية مع كونه منهيا عنه.

قلت: له ذلك كما روى ابن أبي شيبة بسنده أن عمر رضى الله عنه كتب إلى عماله بالشام في شاهد الزور أن يضرب أربعين سوطًا، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه، ويطال حبسه، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" أن عمر رض أمر بشاهد الزور أن يلقى عمامته في عنقه، ويطاف به في القبائل.

وقال في "فتح القدير": مجيبًا عن كونه مثلة أن المثلة ليست إلا في الأعضاء ونحوه، ومن المشايخ من أجاب عن فعل عمر بأنه كان سياسة، فإذا رآه الحاكم ذلك كان له أن يفعله، وقد استفيد منه أن السياسة ما يفعله الحاكم لمصلحة العامة من غير ورود الشرع، فإذا رأى القاضي تشهير الراشي على هذا الوجه مع كثرتها في هذا الزمان فإنه يثاب على ذلك، ولو لم يرد فكيف، وله أصل في شاهد الزور، انتهى كلامه. (مولوى عبد الحى دام فيضه)

(٨) يعنى لا أضربه. (ع)

(٩) إيجاع: درد ناک ساختن. (من)

(١٠) قوله: "ما روى عن عمر إلخ" قلت رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" في الحدود عن الوليد ابن أبي ملك أن عمر كتب إلى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب أربعين سوطًا، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه ويطال حبسه، انتهى. (ت)

(١١) قوله: "أنه إلخ" هذا الحديث يدل على أن أصل الضرب مشروع في تعزيره، وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة، فيثبت ما نفاه أبو حنيفة. (عناية)

العباد، وليس فيها حد مقرر[١]، فيعزروله: أن شريحًا[٢] كان يشهره[٣] ولا يضرب، ولأن الانزجار[٤] يحصل بالتشهير، فيكتفى به، والضرب وإن[٥] كان مبالغة فى الزجر ولكنه يقع مانعًا عن الرجوع[٦]، فوجب التخفيف نظرًا إلى هذا الوجه، وحديث عمر رضى الله عنه[٧] محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين[٨] والتسخيم. ثم تفسير التشهير منقول[٩] عن شريح[١٠] فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيًا، وإلى قومه إن كان غير سوقى بعد العصر، أجمع ما كانوا[١١]، ويقولون: إن شريحًا يقرأ عليكم السلام[١٢]، ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه، وحذروا الناس منه[١٣]. وذكر شمس الأئمة السرخسى أنه يشهر عندهما أيضًا، والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضى عندهما، وكيفية التعزير ما

---

(١٢) قوله: "سخم وجهه إلخ" أى سوده من السخام وهو سواد القدر، وأما بالحاء المهملة من الاسحم الأسود، فقد جاء، كذا فى "المغرب"، وفى "المغنى": ولا يسخم وجهه يروى هذا اللفظ بالحاء والخاء جميعًا. (ن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٨، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٣٥ ص١٧٣. (نعيم)

(١٣) شهادة الزور.

(١٤) قال الله تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾.

(١٥) بإتلاف أموالهم.

(١) من الشارح.

(٢) قوله: "أن شريحًا إلخ" وذكر العلامة النسفى فى "الكافى": وشريح كان قاضيًا فى زمن الصحابة، ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم، فحل محل الإجماع، فكان هذا من أبى حنيفة احتجاجًا بإجماع الصحابة لا تقليد الشريح لأنه لا يرى تقليد التابعى. (ك)

(٣) أى شاهد الزور.

(٤) باز ايستاد.

(٥) الواو وصلية.

(٦) فإنه إذا تصور الضرب يخاف، فلا يرجع، وفيه تضييع الحقوق. (ع)

(٧) جواب عن سند الصاحبين.

(٨) قوله: "بدلالة التبليغ إلى الأربعين إلخ" لأنه لو كان بسبيل التعزير لم يبلغ الأربعين لبلوغه حدًا فى غير حد. (عينى)

(٩) قوله: "منقول إلخ" ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تائبًا أو مصرًا، أو مجهول الحال، وقد قيل: إن رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف، وإن رجع على سبيل الإغراء يعزر بالضرب من غير خلاف، وإن لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذى قلنا. (ع)

(١٠) كذا رواه محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار"، كذا قال الزيلعى.

(١١) أى مجتمعين أو إلى موضع يكون أكثر جمعًا للقوم. (عناية)

(١٢) قرأ عليه السلام رسانيد بر وى سلام را. (من)

(١٣) حتى لا يستشهده.

ذكرناه[١] في الحدود.

وفى "الجامع الصغير": شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا[٢]، وقالا: يعزران، وفائدته[٣] أن شاهد الزور فى حق ما ذكرنا من الحكم[٤] هو المقر على نفسه بذلك[٥]، فأما لا طريق إلى إثبات ذلك[٦] بالبينة[٧]، لأنه نفى الشهادة والبينات للإثبات[٨]، والله أعلم.

كتاب الرجوع عن الشهادات[٩]

قال[١٠]: وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت؛ لأن الحق إنما يثبت بالقضاء، والقاضى لا يقضى بكلام متناقض[١١]، ولا ضمان عليهما، لأنهما ما أتلفا شيئًا[١٢] لا على المدعي، ولا على المدعي عليه[١٣].

فإن حكم[١٤] بشهادتهم، ثم رجعوا لم يفسخ الحكم؛ لأن آخر كلامهم يناقض أوله، فلا ينقض[١٥] الحكم بالتناقض، ولأنه فى الدلالة على الصدق مثل الأول[١٦]،

---

(١) قوله: "ما ذكرناه" قال فى فصل التعزير: أكثره تسعة وثلاثون، وأقله ثلاث جلدات، وقال أبو يوسف: يبلغ التعزير خمسًا وسبعين سوطًا، وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب فى التعزير الحبس فعل.

(٢) عند أبى حنيفة: يضربان.

(٣) قوله: "وفائدته" أى فائدة وضع "الجامع الصغير" أن شاهد الزور إنما يعرف أن شهادته كانت زورًا وكذبًا بإقراره لا غير، ولا يعرف ذلك بالبينة، ولم يذكر الذى شهد بقتل شخص، وظهر حيًا أو بموته وكان حيًا إما لندرته، وإما لأنه لا محيص له أن يقول: كذبت، أو ظننت ذلك، أو سمعت ذلك فشهدت، وهما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم، فجعل كأنه قال ذلك. (مل)

(٤) من التشهير والحبس.

(٥) الزور.

(٦) الزور.

(٧) فلا يسمع.

(٨) أى إثبات الأحكام.

(٩) قوله: "كتاب الرجوع عن الشهادات" تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتأخره عن فصل شهادة الزور ظاهر إذ الرجوع عنها يقتضى سبق وجودها، وهو مما يعلم به كونها زورًا، وهو أمر مرغوب فيه ديانة، لأن فيه خلاصًا عن عقاب الكبيرة. (عناية)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) من الشاهد.

(١٢) قوله: "لأنهما [الشاهدين] ما أتلفا شيئًا" أما على المدعى عليه فظاهر، وأما على المدعى فلأن الشهادة إن كانت حقًا فى الواقع، ورجعا عنها صاروا كاتمين للشهادة، ولا ضمان على من يكتمها. (ع)

(١٣) وفى نسخة: المشهود عليه.

(١٤) القاضى.

وقد ترجح الأول باتصال القضاء به[١]، وعليهم ضمان[٢] ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب[٣] الضمان، والتناقض[٤] لا يمنع صحة الإقرار، وسنقرره من بعد.

ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم[٥]؛ لأنه فسخ للشهادة[٦]، فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس، وهو مجلس القاضي أيّ قاضي كان، ولأن الرجوع[٧] توبة[٨]، والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر، والإعلان بالإعلان[٩]. وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما، وأراد[١٠] يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بينته عليهما، لأنه ادعى[١١] رجوعًا باطلا[١٢]، حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا، وضمّنه[١٣] المال تقبل[١٤] لأن السبب صحيح[١٥].

---

(١٥) قوله: "فلا ينقض الحكم بالتناقض" لئلا يؤدي إلى التسلسل، وذلك لأنه لو كان معتبراً لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى، وليس لبعض على غيره ترجيح، فيتسلسل الحكم، ونسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع. (ع)

(١٦) فتساويا وقد إلخ.

(١) فلا ينقض.

(٢) قوله: "وعليهم [الشهود] ضمان إلخ" فقضاء القاضي وإن كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جانبهم وكان السبب منهم تعدياً، فيضاف الحكم إليهم كما في حفر البئر في قارعة الطريق. (ع)

(٣) الرجوع.

(٤) جواب عما يقال كلامهم يتناقض وذلك ساقط العبرة فليس عليهم الضمان. (ع)

(٥) سواء كان هو الحاكم الأول أو لا.

(٦) قوله: "لأنه فسخ للشهادة" هذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما يختص به الشهادة، وهو ممنوع، فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة، والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية، فلا بد من رفعها، والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع الحجة، لأن الشهادة في غير مجلسه ليس بحجة، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها إذا ثبت في ضمنه، فكان من توابعه. (عناية)

(٧) عن الشهادة.

(٨) عن جناية الكذب.

(٩) وشهادة الزور جناية في مجلس الحاكم، فالتوبة تتقيد به. (عناية)

(١٠) على تقدير عجز المدعي عن البينة.

(١١) قوله: "ادعى" فدعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة، والبينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة. (ع)

(١٢) أي في غير مجلس القاضي.

(١٣) قوله: "وضمنه" الضمير المستكن يرجع إلى القاضي، ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئًا إلى الآن. (ع)

(١٤) البينة.

قال[1]: وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به، ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه[2]، لأن التسبيب على وجه التعدى سبب الضمان كحافر البئر[3]، وقد سببا للإتلاف[4] تعدّيًا. وقال الشافعي: لا يضمنان؛ لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة. قلنا: تعذر إيجاب الضمان على المباشر، وهو القاضي؛ لأنه كالملجأ[5] إلى القضاء[6]، وفى[7] إيجابه[8] صرف الناس[9] عن تقلده[10]، وتعذر استيفاءه من المدعى؛ لأن الحكم ماض، فاعتبر التسبيب، وإنما يضمنان إذا قبض المدعى المال دينًا كان أو عينًا[11]؛ لأن الإتلاف به[12] يتحقق، ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين. قال[13]: فإن رجع أحدهما ضمن النصف[14] والأصل[15] أن

---

(١٥) أى سبب قبول البينة، وهو دعوى الرجوع فى مجلس الحاكم.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) العلة هى المؤثرة فى الحكم، والسبب هو المفضى إلى الحكم بلا تأثير.

(٣) قوله: "كحافر البئر" أى فى قارعة الطريق، فإن ثقل الساقط فيها علة التلف والمشى سبب، والحفر شرط، لأنه أزال المانع من السقوط، فالثقل أمر طبيعي لا يصلح لإضافة التلف إليه، والمشى مباح لا تعدى فيه، فأضيف الحكم إلى الحفر، لأن الحافر متعد فيه، وههنا لا يمكن إيجاب الضمان على القاضى، وإن حصل الإتلاف بقضاءه لأنه بمنزلة الملجأ من جهة الشاهدين إلى القضاء، فإن بعد ظهور عدالتهما وجب عليه القضاء شرعًا، حتى لو امتنع منه يأثم ويعزل، ويعزر ولا يمكن استيفاءه من المدعى، لأن الحكم ماض، فأوجبنا الضمان على الشاهدين، لأنهما سببان وقد أقرا على أنفسهما بالتعدى. (ك)

(٤) أى إتلاف المال.

(٥) قوله: "لأنه كالملجأ إلخ" لم يقل: ملجأ، لأن الملجأ حقيقة هو من يخاف العقوبة الدنياوية، والقاضى ههنا إنما يخاف العقوبة فى الآخرة، ولا يصير به ملجأ حقيقة، لأن كل أحد يقيم الطاعة خوفًا من العقوبة على تركها فى الآخرة، ولا يصير به مكرهًا.

قوله: "لأنه كالملجأ" لأن القضاء فرض عليه بما ثبت عنده ظاهرًا حتى لو لم ير وجوب القضاء عليه يكفر. (عينى)

(٦) من جهة الشاهدين. (ك)

(٧) أى فى إيجاب الضمان على القاضى.

(٨) هذا دليل آخر.

(٩) وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لأجله. (ع)

(١٠) القضاء.

(١١) قوله: "وإنما يضمنان إذا قبض المدعى المال دينًا كان أو عينًا" لأنه تحقق الخسران عند تسليم المال إلى المقضى له، فأما ما بقيت يده على المال فلا يتحقق الخسران فى حقه، ولأن الضمان مقدر بالمثل، وهما أتلفا عليه دينًا حين ألزماه بشهادتهما كذلك، فإذا ضمنهما قبل ذلك فقد استوفى منهما عينًا فى مقابلة دين، ولا مماثلة بين أخذ العين، وإلزام الدين، وفى الأعيان أن يثبت الملك للمقضى له بالقضاء، ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل، وأن المال الذى فى يده ملكه، فلم يكن له أن يضمن الشاهدين شيئًا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضى، كذا فى ال"المبسوط". (ك)

(١٢) أى بالقبض.

المعتبر فى هذا[١] بقاء من بقى[٢]، لا رجوع من رجع[٣]، وقد بقى من يبقى بشهادة نصف الحق[٤]، وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه، لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق، وهذا[٥] لأن الاستحقاق[٦] باق بالحجة، والمتلف متى استحق[٧] سقط الضمان[٨]، فأولى أن يمتنع[٩]، فإن رجع آخر[١٠] ضمن الراجعان[١١] نصف الحق[١٢]، لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق[١٣].

وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقى، وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق، لأن بشهادة الرجل بقى نصف الحق، وإن شهد رجل وعشر نسوة، ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن، لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى[١٤] كان عليهن ربع الحق[١٥]، لأنه بقى النصف

---

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) أى نصف المشهود به.

(١٥) الأمر الكلى.

(١) أى فى باب الرجوع. (ع)

(٢) قوله: "بقاء من بقى" لأن وجوب الحق فى الحقيقة بشهادة الشاهدين، وما زاد فهو فضل فى حق القضاء، إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من اثنين يضاف القضاء، ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حالهم، وإذا رجع واحد زال الاستواء، وظهر إضافة القضاء إلى المثنى. (ع)

(٣) قوله: "لا رجوع من رجع" لأنه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجبًا على الراجع مع بقاء الحكم عند وجود مبقيه وهو الشاهدان، بأن شهد ثلاثة ورجع واحد. (ك)

(٤) قوله: "من يبقى إلخ" قيل: لا نسلم ذلك فإن الباقى فرد لا يصلح لإثبات شىء ابتداء، فكذا بقاء، وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء، فيجوز أن يصلح فى البقاء للاثبات ما لا يصلح فى الابتداء كذلك كما فى النصاب، فإن بعضه لا يصلح فى الابتداء لإثبات الوجوب ويصلح فى البقاء بقدره. (ع)

(٥) أى عدم الضمان على الثالث الراجع.

(٦) أى استحقاق الشهودبه للمدعى. (ن)

(٧) قوله: "والمتلف متى استحق إلخ" كمن غصب مال إنسان وأتلفه، ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه على المتلف إذا لم يضمن المستحق شيئًا. (ك)

(٨) عن المتلف.

(٩) لأن المنع أسهل من الدفع، الضمان عن الراجع. (ع)

(١٠) من الثلث.

(١١) قوله: "ضمن الراجعان إلخ" فإن قيل: ينبغى أن يضمن الراجع الثانى فقط، لأن التلف أضيف إليه، قلنا: التلف يضاف إلى المجموع إلا أن رجوع الأول لم يظهر أثره بمانع وهو بقاء من بقى، فإذا رجع الثانى ظهر أن التلف بهما. (ك)

(١٢) لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر.

(١٣) وفى نسخة: المال.

(١٤) سوى الثمان.

بشهادة الرجل، والربع بشهادة الباقية، فبقى ثلاثة الأرباع.

وإن رجع الرجل والنساء[١] فعلى الرجل سدس الحق على النسوة خمسة أسدسه عند أبى حنيفة. وقالا: على الرجل النصف، وعلى النسوة النصف، لأنهن وإن[٢] كثرن يقمن مقام رجل واحد[٣]، ولهذا لا يقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل.

ولأبى حنيفة أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد، قال عليه السلام فى نقصان عقلهن[٤]: «عدلت شهادة اثنين منهن بشهادة رجل واحد»[٥]*، فصار[٦] كما إذا شهد ذلك ستة رجال[٧] ثم رجعوا.

فإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين[٨]؛ لما قلنا[٩]، ولو شهد رجلان وامرأة بمال، ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة، لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد، فلا يضاف إليه الحكم[١٠]. قال[١١]: وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما، وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن[١٢] منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف، لأن التضمين يستدعى المماثلة[١٣] على ما عرف[١٤]، وإنما

---

(١٥) أى على الراجعات التسع.

(١) العشرة.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "يقمن مقام إلخ" فصار شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين، فصار الضمان على الرجل والنسوة إنصافًا. (عينى)

(٤) قوله: "قال عليه السلام إلخ" وفى وجه دلالة الحديث على ذلك نظر، وإنما تم أن لو قال: عدلت شهادة كل اثنين منها بشهادة رجل، والجواب أنه أطلق ولم يقيد بأن ذلك فى الابتداء أو مكرراً. (ع)

(٥) أخرجه البخارى فى الوضوء والعيدين، وفى الزكاة والصوم من حديث الخدرى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٨٩، والدراية ج٢، الحديث٨٣٦ ص١٧٣. (نعيم)

(٦) شهادة رجل وعشر نسوة.

(٧) فإن الضمان عليهم أسداسًا.

(٨) أى قول الإمام وصاحبيه.

(٩) قوله: "لما قلنا" من أن المعتبر هو بقاء من بقى، فالرجل يبقى ببقاءه نصف الحق. (ع)

(١٠) قوله: "فلا يضاف إليه الحكم" لأن المرأة الواحدة شطر العلة، فلا يثبت به شيء من الحكم، فكان القضاء مضافًا إلى شهادة رجلين دونها، فلا تضمن عند الرجوع شيئًا. (ع)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى لأن الشاهدين أتلفوا بالشهادة بالنكاح منافع البضع ومنافع البضع إلخ.

(١٣) قوله: "لأن التضمين يستدعى المماثلة [ولا مماثلة بين العين والمنفعة]" ولا مماثلة بين البضع والمال، فأما عند

تضمن وتتقوم بالتملك[١]، لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل.

وكذلك[٢] إذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها[٣]؛ لأنه إتلاف بعوض[٤] لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك، والإتلاف بعوض كلا إتلاف، وهذا لأن مبني الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض[٥] وبينه بغير عوض[٦]، وإن شهدا بأكثر من مهر المثل[٧]، ثم رجعا ضمنا الزيادة؛ لأنهما أتلفاها[٨] من غير عوض. قال[٩]: وإن شهدا[١٠] ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر، ثم رجعا لم يضمنا[١١]؛ لأنه[١٢] ليس بإتلاف معنى نظرًا إلى العوض، وإن كان بأقل من القيمة ضمنا[١٣] النقصان؛ لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض، ولا فرق بين أن يكون البيع باتًا[١٤]، أو فيه خيار البائع[١٥]، لأن السبب[١٦] هو البيع

دخوله في ملك الزوج فقد صار متقومًا إظهارًا لخطره حتى يكون مصونًا عن الابتذال، ولا يملك مجانًا فإن ما يملكه المرء مجانًا لايعظم خطره، وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا المعنى لايوجد في طرف الإزالة. (ك)

(١٤) في أصول الفقه.

(١) قوله: "وإنما تضمن إلخ" دفع دخل هو أنه لو لم يكن المنافع للبضع متقومة لكانت غير متقومة إذا كان الزوج مالكًا للبضع مع اأنه ليس كذلك. (مل)

(٢) أي لا ضمان.

(٣) ورجعا.

(٤) قوله: "لأنه [مال الزوج] إتلاف بعوض [وهو منافع البضع]" فإن قيل: منافع البضع كيف تصلح عوضًا عن المهر، وأن المرأة ليست بمال، ومنافع البضع أيضًا ليست بعين مال. قلنا: منافع البضع حالة الدخول في الملك أعطى لها حكم المال شرعًا بدليل أن الشرع جوز للأب أن يزوج ابنه الصغير امرأة بمهر مثلها من مال الصغير، والوالد لا يملك إزالة ملك الصغير إلا بعوض يعدله، ألا ترى أنه لو خالع ابنته الصغيرة بمالها لم يجز. (ك)

(٥) أي إتلاف مال الزوج صار بعوض، ولو كان الضمان لزم إتلاف مال الشاهد بغير عوض.

(٦) والمشتري يدعي.

(٧) على الزوج.

(٨) وهو يوجب الضمان.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) على البائع.

(١١) للبائع.

(١٢) لأنهما لما أخرجا المبيع عن ملكه فقد أدخله في ملكه ما بإزاءه.

(١٣) للبائع.

(١٤) قوله: "ولا فرق إلخ" جواب سؤال بأن يقال: ينبغي أن لا يجب الضمان على الشاهدين إذا شهدوا، بالبيع بشرط الخيار لأنهما لم يتلفا شيئًا على البائع لأنهما اثبتا البيع بشرط الخيار، والبائع لم يزل ملكه عن المبيع بعد، وإنما يزول إذا مضت المدة وهو ساكت، فإن سكت عن الرد كان راضيا بزوال ملكه، فكيف يجب الضمان على الشهود. (عيني)

(١٥) قوله: "أو فيه خيار البائع" بأن شهدا بأقل من القيمة، وبأن البائع بالخيار ثلاثة أيام، فقضى القاضي بذلك

السابق[١]، فيضاف الحكم[٢] عند سقوط الخيار إليه، فيضاف التلف إليهم[٣].

وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها، ثم رجعا ضمنا نصف المهر؛ لأنهما أكدا ضمانًا على شرف[٤] السقوط، ألا ترى أنها[٥] لو طاوعت ابن الزوج[٦]، أو ارتدت سقط المهر أصلا؛ ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ[٧]، فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح[٨]، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة[٩]، فكان واجبًا بشهادتهما. قال[١٠]: وإن شهدا على أنه أعتق عبده[١١]، ثم رجعا ضمنا قيمته[١٢]؛ لأنهما أتلفا مالية العبد عليه[١٣] من غير عوض، والولاء للمعتق، لأن العتق لا يتحول إليهما[١٤] بهذا الضمان، فلا يتحول الولاء

ومضت المدة، وتقرر البيع، ثم رجعا فإنهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لإتلافهما الزائد بغير عوض، ولو أوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئًا، لأنه أزال ملكه باختياره، فلم يتحقق الإتلاف. (عناية)

(١٦) أي السبب المزيل للملك، ولهذا يستحق المشترى بزوائده. (ع)

(١) المشهود به. (ع)

(٢) وهو زوال الملك.

(٣) فإنه قد حصل ذلك السبب بشهادتهم، فيجب عليهم الضمان.

(٤) بر امر بزرگ رسيدن از خير يا شر.

(٥) المرأة.

(٦) أو قبلت ابنه بشهوة.

(٧) قوله: "في معنى الفسخ" إنما قال: في معنى الفسخ ولم يقل: هو فسخ لأن النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل وهو البضع إلى المرأة كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض، وفي كل موضع إذا تم الفسخ يجعل كأن العقد لم يجر بين المتعاقدين لعود ما كان لهما إلى ملكهما كملا، فعلى هذا التقدير كان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء لكون العقد بسبب الفسخ كأن لم يكن، وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة الشاهدين، فعند الرجوع يضمنان للزوج ما أتلفا عليه من وجوب، نصف المهر. (ك)

(٨) في باب المهر. (ك)

(٩) قوله: "بطريق المتعة" كما يجب المتعة لمن زوجت بلا مهر، و طلقت قبل الوطئ وهي درع وخمار، وملحفة لا تزيد على نصف مهر المثل لو كان الزوج غنيا، ولا تنقص عن خمسة دراهم لو فقيراً، كذا في "الدر المختار".

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) وقضى به القاضي.

(١٢) قوله: "ضمنا [أي للمولى] قيمته [العبد]" موسرين كان أو معسرين، لأن هذا ضمان إتلاف الملك، وأنه لا يختلف باليسار والإعسار، ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لأن الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب، فلا يكون عوضًا عما أتلفا عليه من ملك المال. فإن قيل: ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لأنه ينكر العتق، قلنا: بقضاء القاضي بالحجة صار مكذبًا شرعًا، لأن القاضي لما قضى بالعتق من المولى تبعه الولاء. (ك)

(١٣) المولى.

(١٤) الشاهدين.

إليهما[١]، وإن شهدوا بقصاص، ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية[٢]، ولا يقتص منهم[٣]. وقال الشافعى: يقتص منهم لوجود القتل منهم[٤] تسبيبًا، فأشبه المكره[٥] بل أولى[٦]، لأن الولى يعان، والمكره يمنع. ولنا: أن القتل[٧] مباشرة لم يوجد[٨]، وكذا[٩] تسبيبًا، لأن السبب ما يفضى إليه غالبًا، وههنا لا يفضى، لأن العفو مندوب[١٠]، وبخلاف المكره، لأنه يؤثر[١١] حياته ظاهرًا[١٢]، ولأن[١٣] الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة[١٤]، ثم لا أقل[١٥] من الشبهة وهى دارئة للقصاص، بخلاف المال[١٦]، لأنه يثبت مع الشبهات، والباقى يعرف فى المختلف[١٧].

---

(١) لأن الولاء لمن أعتق.

(٢) فى مالهما. (ع)

(٣) الشهود.

(٤) من الشهود.

(٥) قوله: "فأشبه [أى الشاهد] المكره [على القتل]" بيان الشبه أن المكره مسبب غير مباشر، و كذلك الشاهد مسبب غير مباشر والمكره يقتل قصاصًا، فكذلك الشهود. (ك)

(٦) قوله: "بل أولى" وبيان الأولوية أن الشهادة فى السببية والإفضاء إلى القتل فوق الإكراه، لأن الولى يعان على استيفاء القصاص، والمكره يمنع عنه شرعًا وعادة، فعسى أن يمتنع المكره من المباشرة، فلا يفضى إلى القتل غالبًا، فإذا قتل المكره وهو المسبب فلأن يقتل الشاهد وهو فى التسبيب فوق المكره أولى. (ك)

(٧) قوله: "أن القتل إلخ" هذا ظاهر ومستغنٍ عنه ههنا، لأنه لم يختلف فيه أحد، وليس له تعلق بما نحن فيه إلا أن يكون إيماء إلى أن المباشر للقتل، وهو الولى لما لم يلزمه القصاص، فكيف يلزم غيره، وهو تكلف بعيد. (ع)

(٨) من الشهود.

(٩) أى لم يوجد.

(١٠) قوله: "لأن العفو مندوب [قال الله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ ك]" يعنى أن المسلم المتدين العفو ظاهر بالنظر إلى حاله، لأنه لا يلحقه بعفوه ضرر بنفسه وماله، ويحصل له الأجر الكثير، فأما المكره يختار حياته بأدنى رخصة فى الشرع، ويرجحها على حياة غيره. (عينى)

(١١) أى يختار.

(١٢) فالإكراه يفضى إلى القتل غالبًا.

(١٣) هذا الدليل بعد تسليم أن الشهود مسبب.

(١٤) قوله: "ولأن الفعل الاختيارى إلخ" أى القتل الصادر من الولى باختياره الصحيح من غير إجبار مما يقطع نسبة القتل إلى الشهود، فكان الفعل مقصورًا على الولى، فلم يكن الشاهد قاتلا، لأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة إلى الأول كمن حل قيد عبد إنسان، فأبق العبد لا ضمان على الحال لما قلنا، بخلاف المكره، فإن له اختيارًا فاسدًا، وللمكره اختيار الصحيح، والفاسد فى مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم، فصار المكره بمنزلة الآلة للمكره، فلذلك انتقل فعل المكره إلى المكره. (ك)

(١٥) أى سلمنا أن لا يقطع نسبة إلى الشهود، ولكن الأقل من شبهة قطع النسبة.

(١٦) أى الدية. (ك)

قال[(١)]: وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا[(٢)]، لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم، فكان التلف مضافًا إليهم[(٣)]، ولو رجع شهود الأصل، وقالوا: لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم؛ لأنهم أنكروا السبب[(٤)]، وهو الإشهاد[(٥)]، ولا يبطل القضاء، لأنه[(٦)] خبر[(٧)] محتمل[(٨)]، فصار كرجوع الشاهد[(٩)] بخلاف ما قبل القضاء[(١٠)].

وإن قالوا[(١١)]: أشهدنا هم[(١٢)] وغلطنا ضمنوا[(١٣)]، وهذا[(١٤)] عند محمد، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا ضمان عليهم[(١٥)]، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع، لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة[(١٦)] وهي شهادتهم[(١٧)].

وله: أن الفروع نقلوا شهادة الأصول[(١٨)]، فصار كأنهم حضروا[(١٩)]، ولو رجع

---

(١٧) أي مختلف الرواية تصنيف الفقيه أبي الليث.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) المشهود به.

(٣) فوجب الضمان عليهم.

(٤) والعلة، وهي شهادة الفروع باقية، أي سبب إتلاف مال المدعى عليه. (ك)

(٥) على شهادتهم. (ك)

(٦) الإنكار.

(٧) فتعارض الخبران.

(٨) للصدق والكذب.

(٩) قوله: "فصار كرجوع الشاهد" أي شاهد الأصل لو شهد بنفسه، وقضى القاضي بشهادته، ثم رجع لا يبطل القضاء بالرجوع، فكذا لا يبطل بإنكار الإشهاد. (عيني)

(١٠) قوله: "بخلاف ما قبل القضاء [لأنهم أنكروا التحميل، ولا بد منه. ك]" يعني إذا أنكر شهود الأصل الإشهاد قبل القضاء بشهادة الفروع لا يقضي القاضي بشهادة الفروع بعد ذلك كما إذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا يحكم القاضي بذلك. (عيني)

(١١) الأصول.

(١٢) الفروع.

(١٣) الأصول.

(١٤) أي وجوب الضمان.

(١٥) الأصول.

(١٦) وشهادة الأصول في غير مجلس القاضي فليست بحجة.

(١٧) الفروع.

(١٨) قوله: "وله أن الفروع إلخ" يعني أن الفرعين قاما مقام الأصلين في نقل شهادتهما إلى مجلس القضاء، والقضاء يحصل بشهادة الأصلين، ولذا يعتبر عدالتهما، فصار كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا، ثم رجعا، وفي ذلك

ج5
31
B

الأصول والفروع جميعًا يجب الضمان عندهما(١) على الفروع لا غير، لأن القضاء وقع بشهادتهم، وعند محمد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرا(٢)، و بشهادة الأصول من الوجه الذى ذكر(٣)، فيتخير(٤) بينهما، والجهتان(٥) متغايرتان(٦)، فلا يجمع بينهم فى التضمين(٧).

وإن قال شهود الفرع(٨): كذب شهود الأصل أو غلطوا فى ذلك(٩) لم يلتفت إلى ذلك(١٠)، لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم، ولا يجب الضمان عليهم(١١)، لأنهم(١٢) ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا(١٣) على غيرهم(١٤) بالرجوع.

قال(١٥): وإن رجع المزكّون عن التزكية ضمنوا وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: لا يضمنون، لأنهم أثنوا(١٦) على الشهود خيراً، فصاروا كشهود الإحصان(١٧)، وله أن

يلزم الضمان، فكذا ههنا. (ع)

(١٩) وشهدوا، ثم حضروا، ورجعوا.

(١) الشيخين.

(٢) قوله: "من الوجه الذى ذكرا" أى أبو حنيفة وأبو يوسف إشارة إلى قولهما: إن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهو شهادة الفروع. (ك)

(٣) أى محمد من قوله: إن الفروع نقلوا شهادة الأصول. (ك)

(٤) المشهود عليه.

(٥) قوله: "والجهتان إلخ" جواب عما يقال: لم لا يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف التلف. (مل)

(٦) قوله: "متغايرتان" لأن شهادة الأصول على أصل الحق، وشهادة الفروع على شهادة الأصول. (ك)

(٧) قوله: "فلا يجمع بينهم [أى بين الأصول والفروع] إلخ" أى لا يقال: إن كل فريق يضمن النصف بل يجعل كل فريق كالمنفرد والمشهود عليه بالخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب، فإن للمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء.(ك)

(٨) أى بعد القضاء.

(٩) أى فى شهادتهم.

(١٠) أى إلى قولهم.

(١١) الفروع.

(١٢) الفروع.

(١٣) الفروع.

(١٤) الأصول.

(١٥) أى القدورى. (عينى)

(١٦) ولم يشهدوا، وما تعرضوا للزيادة. (ن)

(١٧) قوله: "كشهود الاحصان" إى إذا شهدوا بإحصان المشهود عليه فرجم، فإذا رجعوا بعد ذلك لا يضمنون. (عينى)

التزكية إعمال للشهادة[١]، إذ القاضى لا يعمل بها إلا بالتزكية[٢]، فصارت[٣] بمعنى علة العلة، بخلاف شهود الإحصان[٤] لأنه شرط محض[٥].

قال[٦]: وإذا شهد شاهدان باليمين[٧]، وشاهدان بوجود الشرط[٨]، ثم رجعوا فالضمان[٩] على شهود اليمين[١٠] خاصةً[١١]؛ لأنه هو السبب والتلف يضاف إلى مثبتى السبب[١٢] دون الشرط المحض، ألا ترى[١٣] أن القاضى يقضى بشهادة اليمين دون شهود الشرط، ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه[١٤]،

---

(١) أى بها يعمل بالشهادة.

(٢) قوله: "لا يعمل بها إلخ" لأن الشهادة إنما تصير حجة بالعدالة، والعدالة إنما تثبت بالتزكية، فصارت بمعنى علة العلة كالرمى فإنه سبب لمضى السهم فى الهواء، وذا سبب الوصول إلى المرمى، وذا سبب الجرح، وذا سبب ترادف الإيلاء، وذا سبب الموت، ثم الموت أضيف إلى الرمى الذى هو العلة الأولى، حتى يجب عليه أحكام القتل من القصاص والدية. (ك)

(٣) التزكية.

(٤) قوله: "بخلاف شهود الإحصان" لأنه شرط محض، والشهادة على الزنا بدون الإحصان، موجبة للعقوبة، وشهود الإحصان ما جعلوا ما ليس بموجب موجبا، وأما الشهادة فلا توجب شيئًا بدون التزكية، فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما، ولهذا يشترط الذكورة فى المزكين كشهود الزنا، ويثبت الإحصان بشهادة النساء مع الرجال، ثم الإحصان فى معنى العلامة لأن حكم الشرط أن يمنع انعقاد العلة إلى أن يوجد الشرط والزنا، إذا وجد لم يتوقف عمله على إحصان يحدث بعده فإنه إذا زنى ثم أحصن لا يرجم، ولكن الإحصان إذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا، فثبت أنه علامة لا شرط، فلم يتعلق به الوجود والوجوب إذ الحكم لا يضاف إلى المظهر، فلهذا لم يضمنوا بحال. (ك)

(٥) قوله: "لأنه شرط محض" الحاصل أن الإحصان ليس فيه معنى العلة، لأن الإحصان علامة معرفة لحكم الزنا الصادر، فلا يتوقف ثبوت الزنا على ثبوت الإحصان، ويتوقف الحكم بشهود الزنا على التزكية، فظهر الفرق. (عينى)

قوله: "لأنه شرط" اعلم أن الشرط عند الأصوليين ما يتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر فى الحكم، ولا مفضٍ إليه والعلة هى المؤثرة فى الحكم، والسبب هو المفضى إلى الحكم بلا تأثير، والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفًا عليه، وبهذا ظهر أن الإحصان شرط كما ذكر الأكثر لتوقف وجوب الحد عليه. (منح) كذا فى الهامش. (رد المحتار)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) نحو إن دخلت الدار فعبدى حر.

(٨) فقضى القاضى بترتب الجزاء.

(٩) أى ضمان قيمة العبد مثلا.

(١٠) قوله: "شهود إلخ" وقال فى البحر لأنهم شهود العلة، إذ التلف يحصل بسببهم، وهو الإعتاق والتطليق، وهم أثبتوه أطلقه، فيشمل تعليق العتق والطلاق، فيضمن فى الأول والقيمة، وفى الثانى نصف المهر إن كان قبل الدخول، كذا فى الهامش. (رد المحتار)

(١١) رد لقول زفر، فإنه يقول: الضمان عليهم.

(١٢) كحافر البئر مع الملقى فإن الضمان عليه دون الحافر. (ع)

(١٣) قوله: "ألا ترى إلخ" توضيح للإضافة إلى السبب دون الشرط، فإن القاضى يسمع شهادة اليمين، ويحكم بها وإن لم يشهد بالدخول. (ع)

(١٤) قوله: "اختلف المشايخ فيه" قال بعضهم: يضمنون، لأن الشرط إذا سلم عن معارضة العلة صلح علة، لأن

ومعنى المسألة[١] يمين العتاق[٢] والطلاق قبل الدخول[٣].

كتاب الوكالة[٤]

قال[٥]: كل عقد[٦] جاز أن يعقده[٧] الإنسان بنفسه جاز[٨] أن يوكل به غيره؛ لأن الإنسان قد يعجز[٩] عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال[١٠]، فيحتاج إلى أن يوكل به غيره، فيكون بسبيل منه[١١] دفعًا للحاجة، وقد صح[١٢] أن النبى

العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام أن يخلفها الشروط، والصحيح أن شهود الشرط لا يضمنون بحال: نص عليه فى الزيادات. (ك)

(١) يريد به صورة المسألة. (ع)

(٢) قوله: "يمين العتاق" أى شهدا أنه قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، أو قال لامرأته وهى غير مدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق. (ك)

(٣) إنما قيد بقوله: قبل الدخول لأن رجوع الشهود بالطلاق عن الشهادة إذا كان بعد دخول الزوج لا يضمنون شيئًا. (عينى)

(٤) قوله: "كتاب الوكالة" لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع فى بيان أحكام الوكالة، إما لمناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى، ثم الله شهيد على ما يفعلون، وقوله: ﴿حسبنا الله ونعم الوكيل﴾، وإما لأن كلا منهما إيصال النفع إلى الغير بالإعانة فى حقه، وإما لأن كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب، كذا فى "النهاية". (نت)

قوله: "الوكالة" -بفتح الواو وكسرها- اسم للتوكيل من وكله بكذا، أى فوض إليه ذلك، والوكيل هو القائم بما فوض إليه كأنه فعيل بمعنى مفعول، لأنه موكول إليه الأمر، أى مفوض إليه، وفى اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم، وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها، وركنها لفظ وكلت وأشباهه، وشرطها أن يملك الموكل التصرف، ويلزمه الأحكام، وصفتها أنه عقد جائز يملك كل من الموكل، والوكيل العزل بدون رضى صاحبه، وحكمها مباشرة الوكيل ما فوض إليه. (ع)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "كل عقد [هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به. نتائج] إلخ" فإن قيل: يشكل على هذا الاستقراض فإنه لو استقرض بنفسه يجوز، ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز، قلنا: التوكيل تفويض التصرف، وإنما يصح ذلك فيما ينفذ فيه تصرفه، ويصح أمره، وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه، فإن الدراهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض، والأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل. (ك)

(٧) قوله: "أن يعقده" أى يكون مستبدًا بذلك العقد، فلا يردان الوكيل جاز له أن يعقد بنفسه، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له فى ذلك لا يجوز، لأن الوكيل ليس بمستبد فى العقد.

(٨) قوله: "جاز أن يوكل إلخ" وليس العكس مقصودًا، أى ليس أن كل عقد لا يعقده الإنسان بنفسه لا يجوز التوكيل به، ألا ترى أن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراءه بنفسه، ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبى حنيفة. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(٩) قوله: "لأن الإنسان إلخ" اعترض عليه بأنه دليل أخص من المدلول، وهو جواز الوكالة، فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلا، وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهى تراعى فى الجنس دون الأفراد، كالمشقة فى السفر. (نت)

(١٠) قوله: "على اعتبار بعض الأحوال [لقلة هدايته ولكثرة أشغاله. ك]" بأن كان مريضًا، أو شيخًا فانيًا أو ذا وجاهة لا يتولى الأمور بنفسه. (عينى)

عليه السلام[1] وكل بالشراء[2] حكيم ابن حزام*، وبالتزويج[3] عمر بن أم سلمة[4]**. قال[5]: ويجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق[6]، لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات، وقد صح أن عليًا رضى الله عنه وكّل[7] فيها[8] عقيلا[9]، وبعد ما أسنّ[10] وكّل عبد الله[11] بن جعفر[12]***. وكذا[13] بإيفاءها[14]، واستيفاءها[15] إلا فى الحدود[16] والقصاص، فإن الوكالة لا تصح باستيفاءهما مع غيبة الموكل عن المجلس؛ لأنهما تندرئ بالشبهات[17]، وشبهة العفو[18] ثابتة حال غيبة الموكل[19] بل هو الظاهر للندب

---

(١١) التوكيل.

(١٢) قوله: "وقد صح إلخ" يتجه على ذلك أن توكيل النبى ﷺ فى المادتين المخصوصتين لا يدل على ما فى الدعوى المذكورة من الكلية، فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلى الذى مبناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبى ﷺ لا إقامة دليل مستقل على الدعوى الكلية السابقة. (نت)

(١) رواه أبو داود فى البيوع. (ت)

(٢) أى شراء الأضحية. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٩٠، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٧ص١٧٤. (نعيم)

(٣) أى تزويج أمه أم سلمة من النبى ﷺ. (ك)

(٤) أخرجه النسائى فى "سننه" فى النكاح. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٩٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٣٨ص١٧٤. (نعيم)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى فى جميعها. (ك)

(٧) أخرجه البيهقى. (ت)

(٨) أى فى الخصومات. (نتائج)

(٩) هو ابن أبى طالب كان ذكيًا حاضر الجواب.

(١٠) عقيل.

(١١) قوله: "وكل إلخ" إما لأنه وقر عقيلا لكبر سنه، أو لأنه انتقص ذهنه، وكان عبد الله بن جعفر شابًا ذكيًا. (ك)

(١٢) الطيار. (ك)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٩٤ تحت الحديث الثانى فى كتاب الوكالة، وراجع الدراية ج٢ تحت الحديث ٨٣٨ص١٧٤. (نعيم)

(١٣) يجوز الوكالة.

(١٤) أى أداء الحقوق.

(١٥) أى قبض الحقوق.

(١٦) كحد القذف والسرقة. (ك)

(١٧) قوله: "لأنهما تندرئ بالشبهات" فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير، لأن فيه نوع شبهة، ولهذا لا يستوفى

الشرعي[١] بخلاف غيبة الشاهد[٢]، لأن الظاهر[٣] عدم الرجوع[٤]، وبخلاف حالة الحضرة[٥] لانتفاء هذه الشبهة، وليس كل أحد[٦] يحسن الاستيفاء[٧]، فلو منع عنه[٨] ينسد[٩] باب الاستيفاء أصلا.

وهذا[١٠] الذي ذكرناه قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا يجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضًا، وقول محمد مع أبي حنيفة[١١]، وقيل: مع أبي يوسف، وقيل: هذا الاختلاف في غيبته[١٢] دون حضرته[١٣]، لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره، فصار كأنه متكلم بنفسه.

له[١٤]: أن التوكيل إنابة، وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب[١٥] كما في الشهادة على الشهادة[١٦]، وكما في الاستيفاء[١٧].

بكتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال. (كفاية)

(١٨) قوله: "وشبهة العفو إلخ" وهذا الوجه مخصوص بالقصاص إذ الحدود لا يعفى عنها فالمراد أن في القصاص ثبوت شبهة أخرى حال غيبة الموكل، وهي شبهة العفو. (نتائج الأفكار)

(١٩) لجواز أن يكون الموكل قد عفا بنفسه، والوكيل لا يشعر به. (ك)

(١) لقوله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾. (نتائج)

(٢) قوله: "بخلاف غيبة الشاهد" حيث يستوفى الحدود والقصاص مع غيبة الشهود وإن كان رجوعهم محتملا. (عيني)

(٣) في حق الشاهد.

(٤) إذ الصدق هو الأصل خصوصا في حق العدول. (ك)

(٥) قوله: "وبخلاف حالة الحضرة" أي حضرة الموكل أي يجوز للوكيل أن يستوفي القصاص، قال: حضرة الموكل لانتفاء هذه الشبهة وهي شبهة العفو. (ك)

(٦) قوله: "وليس كل أحد إلخ" هذا جواب لأن يقال: لما حضر الموكل لم يحتج إلى التوكيل فيستوفيه بنفسه، لما أن في التوكيل شبهة البدلية، واستيفاء القصاص مما لا يجرى فيه الأبدال. (ك)

(٧) لقلة هدايته، أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك. (ع)

(٨) أي عن التوكيل بالاستيفاء. (نتائج)

(٩) قوله: "ينسد" أي ينسد باب الاستيفاء بالنسبة إليه بالكلية، فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانًا لئلا ينسد بابه. (نتائج)

(١٠) قوله: "وهذا" أي هذا الذي ذكرنا صريحا فيما مر آنفًا من قولنا: ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق، أي في جميعها. (نتائج)

(١١) وهو الأظهر. (ك)

(١٢) الموكل.

(١٣) فإن في حضرته يجوز التوكيل بلا خلاف.

(١٤) أي لأبي يوسف.

(١٥) أي باب الحدود والقصاص.

ولأبى حنيفة أن الخصومة شرط[1] محض[2] لأن الوجوب[3] مضاف إلى الجناية والظهور[4] إلى الشهادة، فيجرى فيه التوكيل[5]، كما فى سائر الحقوق، وعلى هذا الخلاف[6] التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص[7].

وكلام أبى حنيفة فيه[8] أظهر؛ لأن الشبهة لا تمنع الدفع[9] غير أن إقرار الوكيل[10] غير مقبول عليه[11]، لما فيه من شبهة عدم الأمر به.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة[12] من غير رضا الخصم[13] إلا أن يكون الموكل مريضاً[14]، أو غائبًا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً.

وقالا: يجوز التوكيل بغير رضا الخصم، وهو قول الشافعى، ولا خلاف فى الجواز[15]، إنما الخلاف فى اللزوم[16].

---

(١٦) يعنى لا تجوز فى الحدود والقصاص.

(١٧) فإن التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص لا يجوز.

(١) أى ليس لها حظ لا فى الوجوب ولا فى الظهور.

(٢) والشرط المحض حق من الحقوق. (ع)

(٣) أى وجوب الحدود والقصاص.

(٤) المضاف.

(٥) قوله: "فيجرى فيه إلخ" لا يقال: المانع موجود، وهو الشبهة كما فى الاستيفاء والشهادة على الشهادة، على ما مر، لأنا نقول: الشبهة فى الشرط لا تصلح للمنع إذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود، ولا الظهور بخلاف الاستيفاء، فإنه يتعلق به الوجود، وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق بها الظهور. (نتائج)

(٦) أى بين الإمام وأبى يوسف.

(٧) فأجازه أبو حنيفة، ومنعه أبو يوسف، وقول محمد مضطرب. (نتائج)

(٨) أى فى التوكيل من جانب من عليه.

(٩) لأن دفع الحدود والقصاص يثبت مع الشبهات. (ك)

(١٠) قوله: "غير أن إلخ" أى لكن هذا الوكيل إذا أقر فى مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح إقراره استحساناً، وفى القياس يصح لأنه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل ألا ترى أن فى سائر الحقوق جعل إقراره كإقرار الموكل، فكذلك فى القصاص. (ك)

(١١) أى على موكله.

(١٢) أى لا يلزم ذكر الجوز، وأراد اللزوم. (نتائج)

(١٣) أى من المدعى والمدعى عليه.

(١٤) قوله: "مريضاً" المراد نفس المرض، وقيل: إن تكلف الحضور بالركوب على دابة أو غيرها يزداد مرضه. (ك)

(١٥) بين الإمام وصاحبيه.

(١٦) قوله: "إنما الخلاف فى اللزوم" هل ترتد الوكالة برد الخصم أم لا؟ عنده ترتد ولا يلزم للخصم الحضور، والجواب بخصومة الوكيل، عندهما لا ترتد برده، ويلزم الحضور، والجواب بخصومته، والمتأخرون اختاروا للفتوى أن

لهما أن التوكيل تصرف فى خالص[1] حقه[2]، فلا يتوقف على رضا غيره، كالتوكيل[3] بتقاضى الديون[4]. وله[5]: أن الجواب مستحق على الخصم، ولهذا يستحضره، والناس متفاوتون[6] فى الخصومة[7]، فلو قلنا بلزومه[8] يتضرر به، فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما[9] يتخير[10] الآخر، بخلاف المريض[11] والمسافر[12]، لأن الجواب غير مستحق[13] عليهما هنالك[14]، ثم كما يلزم التوكيل عنده[15] من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة، ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر[16] عادتها بالبروز، وحضور مجلس الحاكم.

قال الرازى[17]: يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها

القاضى إذا علم من الخصم التعنت فى إباء الوكيل لا يمكنه من صنيع ذلك ويقبل التوكيل من الموكل، وإن علم من الموكل القصد إلى الإضرار بصاحبه فى التوكيل لا يقبل منه إلا برضا صاحبه، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى. (ك)

(١) والتصرف فى خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره.

(٢) الموكل، وهذا لأنه وكله بالجواب أو بالخصومة وكلاهما حق الموكل. (ك)

(٣) لا يتوقف على رضا المديون.

(٤) أى بقبض الديون. (ع)

(٥) قوله: "وله إلخ" قال صاحب العناية: ولأبى حنيفة أنا لا نسلم أنه تصرف فى خالص حقه، فإن الجواب حق للمدعى على الخصم، أى المدعى عليه، ولهذا يستحضره، أى يستحضر المدعى الخصم فى مجلس القاضى، والمستحق للغير لا يكون خالصا له، سلمنا خلوصه لكن تصرف الإنسان فى خالص حقه، إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره، وههنا ليس كذلك، لأن الناس يتفاوتون فى الخصومة، فلو قلنا: إلخ وهذا ينادى على أن عبارة المصنف حملها صاحب "العناية" على الدليلين، وفى الدليل الأول أنه مخصوص بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى. (مل)

(٦) قوله: "متفاوتون" فرب إنسان يصور الباطل بصورة الحق ورب إنسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه، فيحتمل أن يكون الوكيل ممن له حذق فى الخصومات، فيتضرر بذلك. (عينى)

(٧) أى من جهة الدعوى والإثبات، ومن جهة الدفع والجواب. (نتائج)

(٨) التوكيل.

(٩) الشريكين.

(١٠) قوله: "يتخير" فإن الكتابة تتوقف على رضا الآخر، وإن كان تصرفًا فى خالص حقه لمكان ضرر شريكه، فيتخير بين الإمضاء، والفسخ. (عناية)

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" متصل بقوله: إلا أن يكون الموكل مريضًا، أو غائبًا، والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى بالمستثنى منه. (نتائج الأفكار)

(١٢) أما المريض فلعجزه بالمرض، وأما المسافر فلغيبته.

(١٣) واجب.

(١٤) أى فيما إذا كان الموكل مريضًا، أو مسافرًا. (نت)

(١٥) الإمام.

(١٦) صفة كاشفة للمخدرة. (نتائج)

لحياءها، فيلزم توكيلها، قال(١): هذا شيء استحسنه المتأخرون(٢).

قال(٣): ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف(٤)، ويلزمه الأحكام(٥)؛ لأن الوكيل(٦) يملك التصرف من جهة الموكل، فلا بد من أن يكون الموكل مالكًا ليملكه من غيره. ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد(٧)، ويقصده(٨)؛ لأنه(٩) يقوم مقام الموكل في العبارة، فيشترط أن يكون(١٠) من أهل العبارة(١١) حتى لو كان(١٢) صبيًا لا يعقل أو مجنونًا كان التوكيل باطلا(١٣).

وإذا وكل الحر العاقل البالغ، أو المأذون(١٤) مثلهما جاز(١٥)؛ لأن الموكل مالك

---

(١٧) أبو بكر أحمد بن علي الجصاص. (عيني)

(١) قوله: "قال [أي المصنف. ع]" قال الإنزاري أي أبو بكر الرازي، وقال الأكمل أي المصنف: وشيخي العلامة قال: مثل قول الإنزاري، وهو الظاهر. (عيني)

(٢) قوله: "استحسنه المتأخرون [وعليه الفتوى. ك]"، وأما في الأصل فإنه لا فرق عند أبي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة إلا بالعذرين المذكورين، وعندهما كذلك في جوازها، وقال ابن أبي ليلي: تقبل من البكر دون الثيب. (ع)

(٣) أي القدوري. (نتائج)

(٤) قوله: "ممن يملك التصرف" أي جنس التصرف، وهذا احتراز عن الصبي والمجنون. (عيني)

(٥) قوله: "يلزمه الأحكام" يحتمل أحكام ذلك التصرف، وجنس الأحكام، فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه لا يملك ذلك التصرف دون التوكيل به، لأنه لم يلزمه الأحكام حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع، ولا الوكيل بالبيع الثمن، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان. والثاني احتراز عن الصبي والمجنون، فيكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطًا واحدًا، قال صاحب "العناية": وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح، والأحكام لا تلزمه. (مل)

قوله: "ويلزمه" لأن المطلوب من الأسباب أحكامها، فإن كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصح توكيله كالصبي المحجور والعبد المحجور. (ك)

(٦) أي من حيث هو وكيل.

(٧) قوله: "ممن يعقل العقد" بأن يعرف مثلا أن البيع سالب والشراء جالب، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش، كذا ذكر في مأذون "الذخيرة"، وفي أكثر المعتبرات. (نتائج)

(٨) بأن لا يكون هازلا بل يقصد بمباشرة السبب للحكم.

(٩) الوكيل.

(١٠) الوكيل.

(١١) قوله: "من أهل العبارة" وأهلية العبارة تكون بالعقل، لأن المراد بالكلام ما يكون له صورة ومعنى، فكل محدث يكون موجودًا له صورته ومعناه، ومعنى الكلام لا يؤخذ إلا بالعقل والتمييز. (ك)

(١٢) الوكيل.

(١٣) إذ لا يتعلق بقولهما حكم.

(١٤) قوله: "أو المأذون" وإنما أطلق المأذون حتى يشمل العبد والصبي الذي يعقل البيع والشراء إذا كان مأذونا له في التجارة، لأن توكيل الصبي المأذون غيره جاز كسائر تصرفاته، بخلاف ما إذا كان الصبي محجورًا حيث لا يجوز له أن يوكل غيره. (عيني)

للتصرف، والوكيل من أهل العبارة.

وإن وكل[١] صبيًا محجورًا يعقل البيع، والشراء، أو عبدًا محجورًا جاز، ولا يتعلق بهما الحقوق[٢]، وتتعلق[٣] بموكلهما؛ لأن الصبى من أهل العبارة[٤]، ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه، والعبد من أهل التصرف على نفسه[٥] مالك له[٦]، وإنما لا يملكه[٧] فى حق المولى[٨]، والتوكيل ليس تصرفًا فى حقه[٩]، إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة[١٠]، أما الصبى لقصور أهليته[١١]، والعبد لحق سيده[١٢]، فتلزم الموكل[١٣]. وعن أبى يوسف أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبى أو مجنون[١٤]، أو محجور له[١٥] خيار الفسخ، لأنه دخل فى العقد على ظن أن حقوقه[١٦] تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه[١٧] يتخير كما إذا عثر[١٨] على عيب[١٩].

(١٥) ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بالطريق الأولى. (ع)

(١) الحر العاقل البالغ أو المأذون.

(٢) كالقاضى وأمينه. (ك)

(٣) الحقوق.

(٤) قوله: "لأن الصبى إلخ" يعلم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه أيضًا العهدة، لأن المانع من لزومها حق المولى وقد زال، والصبى إذا بلغ لم يلزمه، لأن المانع قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزمًا فى حق نفسه فى ذلك الوقت، فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ. (ع)

(٥) ولهذا لو أقر بالمال لزمه بعد الحرية، وصح إقراره بالحدود والقصاص. (ك)

(٦) التصرف.

(٧) التصرف.

(٨) دفعًا للضرر.

(٩) قوله: "ليس تصرفًا فى حقه" أى فى حق المولى، إذ صحة التوكيل تتعلق بعبارته وأهليته، والعبد يبقى على أصل الحرية فى ذلك، لأن صحة العبارة بكونه آدميًا. (عينى)

(١٠) قوله: "إلا أنه لا يصح منهما إلخ" جواب إشكال هو أنه يقال: إنهما لو كانا من أهل التصرف فينبغى أن يصح منهما التزام العهدة، فأجاب بقوله: إلا أنه إلخ. (عينى)

(١١) لعدم البلوغ.

(١٢) لئلا يلزم الضرر به.

(١٣) قوله: "فتلزم [الحقوق] الموكل" لأنه لما تعذر التزام العهدة بهما تعلق بأقرب الناس إليهما، وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الموكل. (عينى)

(١٤) قوله: "أو مجنون [المراد به من يجن ويفيق. ع]" قيل: المراد بالمجنون الذى يعقل البيع والشراء، حتى يصح الإنابة، ويكون بمنزلة الصبى المحجور، وقيل: على حاشية نسخة المصنف محجور مقام قوله: مجنون، وفى "الكافى" للعلامة النسفى: وعن أبى يوسف أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع، ثم علم أنه صبى محجور، أو عبد محجور جاز له الفسخ، فالظاهر أن قوله: مجنون تصحيف. (ك)

(١٥) المشترى.

قال[1]: والعقد الذي يعقده الوكلاء[2] على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه[3] كالبيع[4] والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل.

وقال الشافعي: تتعلق بالموكل، لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم، وهو الملك يتعلق بالموكل، فكذا توابعه، وصار كالرسول[5] والوكيل[6] في النكاح.

ولنا: أن الوكيل هو العاقد حقيقة[7]، لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة عبارته[8] لكونه آدميًا[9]، وكذا حكمًا[10]، لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو كان سفيرًا عنه[11] لما استغنى عن ذلك[12] كالرسول[13]، وإذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق، فيتعلق حقوق العقد به، ولهذا[14] قال في الكتاب[15]: ويسلم المبيع[16]، ويقبض الثمن، ويطالب بالثمن إذا اشترى، ويقبض المبيع ويخاصم

---

(١٦) العقد.

(١٧) الظن.

(١٨) اطلع المشترى.

(١٩) فله الخيار لعدم الرضا.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) فى العرف.

(٣) أى لا يحتاج فيه إلى الإضافة إلى الموكل. (ك)

(٤) قوله: "كالبيع" فإنه يقول: بعت هذا الشيء منك، ولا يقول: بعت منك من قبل فلان، وكذا غيره. (مجمع الأنهر)

(٥) هو أن يقول الرجل لآخر: كن رسولا عنى فى بيع عبدى. (ك)

(٦) فإن حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل. (عينى)

(٧) أى من حيث الحقيقة.

(٨) قوله: "وصحة إلخ" أى صحة عبارته، لا لكونه وكيلا بل لكونه آدميا عاقلا، فثبت أن مباشرة العقد بالولاية الأصلية الثابتة إلا أنه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية فى محل هو مملوك للغير إلا برضا المالك، والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف فى المحل لا لإثبات الولاية، وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم التصرف، فجعلناه ثابتًا فى حق الحكم، وراعينا الأصل فى حق الحقوق. (ك)

(٩) لأهلية الإيجاب، والاستيجاب. (ع)

(١٠) أى من حيث الحكم.

(١١) أى الموكل.

(١٢) أى إضافة العقد إليه.

(١٣) قوله: "كالرسول" فإنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى المرسل.

(١٤) أى لكونه أصيلا فى الحقوق.

(١٥) أى القدورى فى "المختصر". (ع)

(١٦) إذا كان وكيلا بالبيع.

في العيب[١]، ويخاصم فيه[٢]؛ لأن كل ذلك من الحقوق[٣]، والملك يثبت للموكل[٤] خلافةً عنه[٥]؛ اعتباراً للتوكيل السابق كالعبد يتّهب[٦] ويصطاد[٧]، ويحتطب[٨] هو الصحيح[٩]، قال[١٠]: وفي مسألة العيب تفصيل[١١] نذكره إن شاء الله تعالى. قال[١٢]: وكل عقد[١٣] يضيفه[١٤] إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها؛ لأن الوكيل فيها[١٥] سفير محض[١٦]، ألا ترى أنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو أضافه[١٧] إلى نفسه كان النكاح له، فصار[١٨] كالرسول[١٩]، وهذا[٢٠] لأن الحكم فيها[٢١] لا يقبل الفصل عن السبب[٢٢]،

---

(١) إذا باع.

(٢) إذا اشترى.

(٣) أى حقوق العقد.

(٤) قوله: "والملك إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: كما يثبت الملك للموكل ينبغى أن يثبت الحقوق له كما قاله الشافعي. (عيني)

(٥) قوله: "خلافة عنه [لا أصالةً، كما زعم الشافعي]" أى ابتداء بدلا عنه لا أن يثبت للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل. (ك)

(٦) قوله: "كالعبد يتّهب [هبه قبول مى كند]" أى يقبل الهبة والصدقة، ويصطاد، فإن مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب. (نهاية)

(٧) الصيد.

(٨) احتطاب: هيمه جمع كردن.

(٩) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن طريقة الكرخي وهى أن الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته، ثم ينتقل إلى الموكل، وإنما كان الأول هو الصحيح، لأن المشترى إذا كان منكوحة الوكيل أو قريبه لا يفسد النكاح، ولا يعتق عليه، ولو ملك المشترى لكان ذلك. (ع)

(١٠) أى المصنف.

(١١) قوله: "تفصيل" وهو ما ذكره فى باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله: وإذا اشترى الوكيل، ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع فى يده، فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه. (ك)

(١٢) أى القدورى. (عيني)

(١٣) فى عرف أهل المعاملة. (مجمع الأنهر)

(١٤) أى لا يستغنى فيه عن الإضافة إلى الموكل.

(١٥) أى فى هذه العقود.

(١٦) قوله: "سفير محض" والسفير هو الذى يحكى قول الغير، ومن حكى حكاية الغير لا يلزمه أحكام قول الغير، كما إذا حكى قذف الغير لا يكون قاذفًا. (ك)

(١٧) العقد.

(١٨) الوكيل فى النكاح وأمثاله. (ك)

لأنه إسقاط(١)، فيتلاشى(٢)، فلا يتصور(٣) صدوره(٤) من شخص، وثبوت حكمه لغيره، فكان سفيرًا، والضرب الثاني من أخواته العتق على مال(٥)، والكتابة والصلح عن الإنكار(٦). فأما الصلح(٧) الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول(٨)، والوكيل بالهبة(٩) والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضًا؛ لأن الحكم فيها(١٠) يثبت بالقبض، وأنه يلاقي محلا مملوكًا للغير، فلا يجعل أصيلا، وكذا(١١) إذا كان الوكيل من جانب الملتمس(١٢)، وكذا الشركة(١٣)

---

(١٩) في باب البيع. (ك)

(٢٠) أي كونه كالرسول.

(٢١) أي في هذه العقود وهي النكاح وأمثاله.

(٢٢) قوله: "لا يقبل الفصل عن السبب [وهو العقد]" حتى لم يدخل فيها خيار الشرط، لأن الخيار يدخل على الحكم، فيوجب تراخيه عن السبب، وهذه العقود لا تحتمل تراخي الحكم. (ك)

(١) قوله: "لأنه إسقاط" أما غير النكاح فظاهر، وكذا النكاح، لأنها تسقط مالكيتها بعقد النكاح، ولأن الأصل في الإبضاع الحرمة، فكان النكاح إسقاطا للحرمة نظرا إلى الأصل. (ك)

(٢) أي يسقط.

(٣) قوله: "فلا يتصور إلخ" لأنه لا يجوز أن يسقط في حق الوكيل، ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال، لأن الساقط لا يعود إلا بسبب جديد، ولم يوجد، فجعلناه سفيرًا بخلاف البيع، فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب، كما في البيع بشرط الخيار، فجار أن يصدر السبب من شخص أصالة، ويقع الحكم لغيره. (ك)

(٤) على سبيل الأصالة. (ك)

(٥) صورته أن يوكل أحدًا على أن يعتق عبده على مال. (عيني)

(٦) قوله: "والصلح عن الإنكار" جعل من هذه القبيل، لأن بدل الصلح بمقابلة دفع الخصومة في حق المدعى عليه. (عيني)

(٧) أي الصلح عن الإقرار.

(٨) لأنه مبادلة مال بمال، فكان كالبيع يتعلق حقوقه بالوكيل. (ع)

(٩) قوله: "والوكيل بالهبة" يعني إذا وكل رجلا بأن يهب عبده لفلان، والتصدق، أي وكل بأن يتصدق بماله، والإعارة بأن وكله أن يعير فلانًا، والإيداع بأن وكله أن يودع متاعه، والرهن بأن وكله أن يرهن متاعه، والإقراض، بأن وكله أن يقرض فلانًا. (عيني)

(١٠) قوله: "لأن الحكم فيها" أي في هذه العقود المذكورة، يثبت بالقبض أي بقبض الموهوب له والمتصدق عليه، ونظائرهما، وأنه أي وأن القبض يلاقي محلا مملوكًا للغير، أي لغير الوكيل فالحكم أيضًا يلاقي محلا مملوكًا لغير الوكيل، فلا يجعل، أي الوكيل أصيلا، لكونه أجنبيًا عن ذلك المحل، بخلاف التصرفات التي تقوم بالقول، ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره، فإن الوكيل يجب أن يكون فيها أصيلا، لأنه أصيل في التكلم، وكلامه مملوك له. (نت)

(١١) أي يكون سفيرًا.

(١٢) قوله: "من جانب الملتمس" كما لو وكله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل. (ك)

(١٣) قوله: "وكذا الشركة [أي إذا وكل بعقد الشركة، أو المضاربة كانت الحقوق راجعة إلى الموكل لا إضافة.

والمضاربة إلا[1] أن التوكيل بالاستقراض باطل[2]، حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه[3].

قال[4]: وإذا طالب الموكل المشترى بالثمن[5]، فله أن يمنعه إياه، لأنه[6] أجنبى عن العقد، وحقوقه لما أن الحقوق[7] إلى العاقد.

فإن دفعه[8] إليه[9] جاز[10]، ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيًا؛ لأن نفس الثمن المقبوض حقه[11]، وقد وصل إليه، ولا فائدة فى الأخذ منه[12]، ثم الدفع إليه[13]، ولهذا لو كان للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة، ولو كان له عليهما[14] دين يقع المقاصة[15] بدين الموكل أيضًا، دون دين الوكيل، وبدين الوكيل[16] إذا كان

ع]" أى الوكيل فى الشركة والمضاربة سفير يضيف العقد إلى الموكل لا إلى نفسه. (ك)

(١) استثناء من قوله: كذا إذا كان الوكيل من جانب إلخ.

(٢) قوله: "التوكيل بالاستقراض باطل" لا الرسالة. (درر) والتوكيل بقبض القرض صحيح. (الدر المختار)

قوله: "باطل" لأن المستقرض يلتزم بدل القرض فى ذمته، ولو قال: بع شيئًا من مالك على أن يكون ثمنه لى، لا يصح، فكذا إذا قال: التزم العشرة فى ذمتك على أن عوضه لى، فكان التوكيل بالاستقراض باطلا، وما استقراض الوكيل له أن يمنعه من الآمر، ولو هلك هلك من ماله. (ك)

(٣) فإنه يصح، بأن يقول: أرسلنى فلان إليك يستقرض منك، فيثبت الملك للمستقرض.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) للمستقرض.

(٦) الموكل.

(٧) راجعة.

(٨) الثمن.

(٩) الموكل.

(١٠) قوله: "جاز" واعلم أن هذا فى غير الصرف، وأما فى الصرف فقبض الموكل لا يصح، لأن جواز البيع فى الصرف بالقبض، فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز، فكذا إذا ثبت له حق القبض، وقبض الموكل. (نت)

(١١) الموكل.

(١٢) الموكل.

(١٣) أى إلى الوكيل.

(١٤) أى على الوكيل والموكل.

(١٥) قوله: "يقع المقاصة إلخ" وإنما كان هذا لأن المقاصة إبراء بعوض، فيعتبر بالإبراء بغير عوض، ولو أبرأ المشترى عن الثمن بغير عوض، وخرج الكلامان معًا فالمشترى يبرأ ببراءة الآمر، ولا يبرأ ببراءة المأمور حتى لا يرجع الآمر على المأمور بشىء، فكذلك ههنا. (ك)

(١٦) قوله: "وبدين الوكيل إلخ" ولما استشعر أن يقال: المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقًا للموكل دون الوكيل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان للمشترى دين على الوكيل وحده، أجاب بقوله: وبدين الوكيل إلخ. (نت)

وحده يقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد، لما أنه يملك الإبراء[١] عنه[٢] عندهما، ولكنه[٣] يضمنه[٤] للموكل فى الفصلين[٥].

باب[٦] الوكالة بالبيع والشراء

فصل فى الشراء[٧]

قال[٨]: ومن وكل رجلا بشراء شيء[٩]، فلا بد من تسمية جنسه[١٠]، وصفته[١١] أو جنسه ومبلغ ثمنه[١٢]؛ ليصير الفعل الموكل به معلومًا[١٣]، فيمكنه الائتمار[١٤]، إلا[١٥] أن يوكله وكالة عامة[١٦]، فيقول: ابتع لى ما رأيت؛ لأنه فوض

---

(١) قوله: "لما أنه [الوكيل] يملك الإبراء" لأن الإبراء إسقاط حق القبض والقبض خالص حق الوكيل، حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك. (ك)

(٢) أى عن الثمن.

(٣) الوكيل.

(٤) الثمن.

(٥) قوله: "فى الفصلين" أى فصلى المقاصة والإبراء، ولا يجوز للوكيل الإبراء عن الثمن فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لأنه تصرف فى ملك الغير إذ الثمن ملك الموكل. (كفاية)

(٦) قوله: "باب" قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعًا، وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء. (ع)

(٧) قوله: "فصل فى الشراء" قدم فصل الشراء على فصل البيع؛ لكونه أكثر وقوعًا وأمس حاجة، فإن أكثر الناس يوكل الآخر بالشراء فى مآكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الأمور المهمة التى قلما يخلو الإنسان فى أوقاته عن الاحتياج إليها، ولا يقدر على أن يتولى شراءها بخلاف التوكيل فى باب البيع، كما لا يخفى. (نت)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى غير معين لأن فى المعين لا يحتاج إلى تسميته.

(١٠) قوله: "فلا بد من تسمية جنسه [كالجارية والعبد] إلخ" المراد بالجنس ههنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة فى جواب ما هو كالحيوان والنوع، هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة فى جواب ما هو كالإنسان مثلا، والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضى كالهندى والتركى، والمراد ههنا بالجنس ما يشمل أصنافًا وهو النوع على اصطلاح أولئك، وبالنوع الصنف. (ع)

قوله: "تسمية" الأصل أن الوكالة إن جهلت جهالة يسيرة وهى جهالة النوع المحض كفرس صحت، وإن كانت فاحشة، وهى جهالة الجنس كدابة بطلت، وإن كانت متوسطة كعبد، فإن بين الثمن والصفة كتركى صحت، وإلا لا. (در مختار)

(١١) أى نوعه كالتركى والحبشى. (ك)

(١٢) مثل أن يقول: عبدا بخمس مائة درهم. (ع)

(١٣) قوله: "ليصير الفعل إلخ" فإن ذكر الجنس مجردًا عن الوصف أو الثمن غير مفيد للمعرفة، فلا يتمكن الوكيل عن الايتمار بما أمر به، واعترض على قوله: ليصير الفعل الموكل به معلومًا، بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء. والجواب أن الفعل للموكل به فى هذا القسم ليس هو الشراء، بل هو نوع من جنسه إذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه بخلاف القسم الآخر وهو الوكيل العام. (ع)

(١٤) الامتثال لأمر الموكل.

الأمر إلى رأيه[١]، فأى شىء يشتريه يكون ممتثلا[٢].

والأصل فيه[٣] أن الجهالة اليسيرة[٤] تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانًا[٥]، لأن مبنى التوكيل على التوسعة؛ لأنه[٦] استعانة، وفى اعتبار هذا الشرط[٧] بعض الحرج، وهو مدفوع[٨]، ثم إن كان اللفظ يجمع أجناسًا[٩]، أو ما هو[١٠] فى معنى الأجناس[١١] لا يصح التوكيل وإن[١٢] بين الثمن، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس، فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة[١٣].

وإن كان جنسًا يجمع أنواعًا[١٤] لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع، لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلومًا[١٥]، وبذكر النوع تقل الجهالة، فلا يمنع[١٦] الامتثال، مثاله: إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح؛ لأنه يشمل أنواعًا، فإن بين النوع كالتركى، أو الحبشى، أو الهندى، أو السندى، أو المولد[١٧] جاز[١٨]، وكذا[١٩] إذا بين الثمن لما

---

(١٥) استثناء من قوله: فلا بد إلخ.

(١٦) فلا يحتاج إلى ذكر الجنس.

(١) الوكيل.

(٢) لأمر الموكل ويقع عن الموكل.

(٣) أى فى باب الوكالة.

(٤) والجهالة الفاحشة هى جهالة الجنس بأن ذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة.

(٥) قوله: "استحسانًا" والقياس يأباه لأن الوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأن يجعل الوكيل كالمشترى لنفسه، ثم كالبائع من الموكل، وفى ذلك الجهالة تمنع الصحة، فكذا فيما اعتبر به. (ع)

(٦) الوكالة.

(٧) أى عدم الجهالة اليسيرة.

(٨) شرعًا.

(٩) كالدابة أو الثوب. (ك)

(١٠) فى الاختلاف الفاحش.

(١١) كالدار والرقيق. (ك)

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) فلا يقدر الوكيل على الامتثال.

(١٤) كالعبد والأمة.

(١٥) قوله: "يصير النوع معلومًا" قال بعض المشايخ: إن كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبين النوع، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(١٦) الجهالة.

(١٧) قوله: "أو المولد" مولد شخصى عجمى كه در عرب پرورش يافته باشد، وشخصى دو تخمه چناچه پدرش از هند، ومادرش از حبش باشد. (غياث) فى "المغرب": المولدة التى ولدت فى بلاد الإسلام. (ك)

ذكرناه[١]، ولو بين النوع أو الثمن، ولم يبين صفة الجودة والرداءة والسطة[٢] جاز، لأنه جهالة مستدركة[٣]، ومراده من الصفة المذكورة[٤] في الكتاب[٥] النوع.

وفي "الجامع الصغير"[٦]: ومن قال لآخر: اشتر لي ثوبًا، أو دابةً، أو دارًا، فالوكالة باطلة[٧] للجهالة الفاحشة، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض. وفي العرف يطلق على الخيل والحمار، والبغل، فقد جمع أجناسًا، وكذا الثوب؛ لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء[٨]، ولهذا[٩] لا يصح تسميته مهرًا، وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس[١٠]، لأنها[١١] تختلف اختلافًا فاحشًا[١٢] باختلاف الأغراض والجيران، والمرافق[١٣]، والمحال، والبلدان، فيتعذر الامتثال[١٤]. قال[١٥]: وإن سمى ثمن الدار، ووصف جنس الدار، والثوب[١٦] جاز[١٧]، معناه نوعه[١٨]، وكذا[١٩] إذا سمى نوع الدابة بأن قال: حمارًا[٢٠]

---

(١٨) التوكيل.

(١٩) جاز.

(١) من أن بتقدير الثمن يصير النوع معلومًا. (ك)

(٢) قوله: "والسطة" هو من الوسط كالعدة من الوعد في أن التاء عوض في آخرها من الواو الساقطة من أولها في المصدر، والفعل من حد ضرب. (ن)

(٣) أي يمكن دركها بالنظر إلى حال الموكل. (نهاية)

(٤) قوله: "ومراده [أي القدوري] إلخ" ليوافق كلامه القاعدة الشرعية، وما صرح به في كتب سائر المشايخ. (نت)

(٥) المختصر.

(٦) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" فائدة ذكر وضع "الجامع الصغير" بيان اشتمال لفظه على أجناس مختلفة. (ع)

(٧) قوله: "باطلة" وإن بين الثمن، وقد ذكرناه، ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعًا على الوكيل، وبه صرح في نسخ "الجامع الصغير". (ن)

(٨) قوله: "من الأطلس إلى الكساء" أي من الأرفع من الثياب إلى أدونها. (عيني)

(٩) أي للجهالة الفاحشة وكونه متناولا للملبوس من الاطلس إلى الكساء.

(١٠) قوله: "تشمل ما هو في معنى إلخ" يعني أن الدار وإن لم تجمع أجناسًا مختلفة حقيقة إلا أنها تجمع ما هو في معنى الأجناس. (نت)

(١١) الدار.

(١٢) قوله: "اختلافًا فاحشًا" لاختلافها بالطول والعرض في السكة والبيوت والمرافق، وقرب الماء وبعده، والجيران وغيرها، وكانت الدار لاختلافها فيما ذكر بمنزلة ما يشمل أجناسًا. (مل)

(١٣) المنافع.

(١٤) لأمر الآمر بشراء الدار مطلقًا.

(١٥) محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٦) أي سمى ثمنه ووصف جنسه.

ونحوه[١]. قال[٢]: ومن دفع إلى آخر[٣] دراهم[٤]، وقال: اشتر لي بها طعامًا فهو على الحنطة ودقيقها استحسانًا، والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين[٥] على الأكل، إذ الطعام اسم لما يطعم.

وجه الاستحسان أن العرف أملك[٦]، وهو على ما ذكرناه[٧]، إذا ذكر[٨] مقرونًا بالبيع والشراء، ولا عرف في الأكل[٩]، فبقي على الوضع.

وقيل[١٠]: إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة[١١]، وإن قلت فعلى الخبز، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق.

---

(١٧) لأن التفاحش يرتفع بذكر الوصف والثمن.

(١٨) قوله: "معناه نوعه" تقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية "المبسوط"، فقال: فيه وإن وكله بأن يشتري له دارًا، ولم يسم ثمنًا لم يجز ذلك، ثم قال: وإن سمى الثمن جاز، لأن تسمية الثمن تصير معلومة عادة، وإن بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة، والمتأخرون من مشايخنا يقولون: في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحلة. (ن)

(١٩) قوله: "وكذا" أي يصح التوكيل بشراء الحمار وإن لم يسم الثمن لأن الجنس صار معلومًا بالتسمية، وإنما بقيت الجهالة في الوصف، فيصح الوكالة بدون تسمية الثمن. فإن قيل: لا كذلك، فالحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء، ومنها ما لا يصلح إلا للحمل عليه، قلنا: هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلومًا بمعرفة حال الموكل حيث قالوا: إن القاضي إذا أمر إنسانًا أن يشتري له حمارًا ينصرف إلى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز، وقد صح أن النبي عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة الأضحية. (ك)

(٢٠) قوله: "حمارًا" هذا مخالف لما قال في باب المهر من أن الحمار جنس، كذا في "نتائج الأفكار".

(١) كالبغل.

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٣) قوله: "ومن دفع إلى آخر" قيد بالدفع لأنه إذا لم تدفع الدراهم، وقال: اشتر لي حنطةً أو شعيرًا لم يجز لأنه لم يبين المقدار، وجهالة المقدار في المكيلات كجهالة الجنس. (عيني)

(٤) سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة. (نت)

(٥) إذا حلف لا يأكل طعاما فأكل فاكهة يحنث. (عيني)

(٦) أي أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس. (ع)

(٧) قوله: "وهو على ما ذكرناه" أي على الحنطة ودقيقها، قيل: هذا في عرف أهل الكوفة، فإن سوق الحنطة ودقيقها يسمى سوق الطعام، فأما في عرف غير أهل الكوفة فينصرف إلى شراء كل مطعوم، وبعض مشايخ ماوراء النهر قالوا: إن الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوي، ونحوه، فيصرف إليه التوكيل دون الحنطة والدقيق والخبز، قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى، كذا في "الذخيرة". (ك)

(٨) الطعام.

(٩) أي في اليمين بالأكل.

(١٠) القائل الفقيه أبو جعفر.

(١١) قوله: "فعلى الحنطة" إلا أن يكون ثمه وليمة، فعلى الخبز وإن كثرت، والقلة مثل درهم إلى ثلاثة والوسط مثل أربعة إلى خمسة أو سبعة. (كفاية)

قال[١] : وإذا اشترى الوكيل، وقبض، ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده؛ لأنه[٢] من حقوق العقد، وهي[٣] كلها إليه، فإن سلمه[٤] إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه[٥]؛ لأنه انتهى حكم الوكالة، ولأن فيه[٦] إبطال يده الحقيقية[٧]، فلا يتمكن منه[٨] إلا بإذنه[٩]، ولهذا[١٠] كان خصماً لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلي الموكل لا بعده.

قال[١١] : ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم؛ لأنه عقد يملكه[١٢] بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر[١٣]، ومراده التوكيل بالإسلام[١٤] دون قبول السلم؛ لأن ذلك لا يجوز[١٥]، فإن الوكيل يبيع طعاماً[١٦] في ذمته[١٧] على أن يكون الثمن لغيره، وهذا لا يجوز.

فإن[١٨] فارق الوكيل[١٩] صاحبه[٢٠] قبل القبض[٢١] بطل العقد[٢٢]؛ لوجود

(١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) الرد بالعيب.

(٣) حقوق.

(٤) المبيع.

(٥) الموكل.

(٦) الرد.

(٧) الموكل.

(٨) الإبطال.

(٩) الموكل.

(١٠) قوله: "ولهذا" أي، لما ذكرنا من الأدلة على جواز الرد في صورة وعدم جوازه في أخرى. (نت)

(١١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٢) الموكل.

(١٣) في أول كتاب الوكالة. (نهاية)

(١٤) قوله: "التوكيل بالإسلام" أي يصح التوكيل بالإسلام من رب السلم، ولا يصح من المسلم إليه، فيقول: أسلم في كذا، أي اشتر لي بالسلم، وإنما لم يصح توكيل المسلم إليه لأنه لو صح التوكيل يجب أن يكون بيع الوكيل طعاماً في ذمة نفسه على أن يكون الثمن لموكله، وهو المسلم إليه، وذلك لا يجوز، فإن من باع ملك نفسه من الأعيان على أن الثمن بغيره لا يجوز، وكذلك في الديون. (ك)

(١٥) قوله: "لأن ذلك لا يجوز" أي باطل، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاملا لنفسه، فيجب الطعام في ذمته، ورأس المال مملوك له. (نهاية)

(١٦) قوله: "فإن الوكيل إلخ" على أن القياس أن لا يملك المسلم إليه قبول عقد السلم لأنه بيع المعدوم إلا أنه جوز ذلك من المسلم إليه رخصةً له، ودفعًا لحاجة المفاليس، وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص، فلم يجز توكيله غيره.(ب)

(١٧) فإن حقوق العقد راجعة إليه.

الافتراق من غير قبض[١]، ولا يعتبر مفارقة الموكل[٢]؛ لأنه ليس بعاقد، والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل، فيصح قبضه[٣] وإن[٤] كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه، بخلاف الرسولين[٥]؛ لأن الرسالة في العقد[٦] لا في القبض، وينتقل كلامه[٧] إلى المرسل، فصار قبض الرسول قبض غير العاقد، فلم يصح[٨]. قال[٩]: وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله، وقبض المبيع فله أن يرجع به[١٠] على الموكل[١١]؛ لأنه انعقدت بينهما[١٢] مبادلة حكمية[١٣]، ولهذا[١٤] إذا اختلفا[١٥] في الثمن[١٦] يتحالفان، ويرد الموكل[١٧] بالعيب على الوكيل[١٨]، وقد

---

(١٨) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(١٩) أي في الصرف والسلم. (ك)

(٢٠) الذي عقد معه.

(٢١) أي قبل أن يقبض بدل الصرف، وأن يقبض المسلم إليه رأس المال.

(٢٢) قوله: "بطل العقد" هذا إذا كان الموكل غائبًا عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه، فلا يعتبر مفارقة الوكيل. (نهاية)

(١) والقبض في المجلس شرط [فإن قبض المسلم إليه رأس المال شرط بالنص]. (عيني)

(٢) أي قبل القبض.

(٣) قوله: "فيصح قبضه" أي يصح قبض الوكيل سواء تعلق به الحقوق كالبالغ والعبد المأذون، أو لم يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه، وهذا دفع سؤال، وهو أن الصبي المحجور والعبد المحجور إذا توكلا من آخر يصح، ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم بل يرجع على موكلهما، فكيف يتعلق الحقوق ههنا بالصبي المحجور، والعبد المحجور، حتى بطل الصرف والسلم بمفارقتهما قبل قبض البدل دون مفارقة موكلهما. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) قوله: "بخلاف الرسولين [أي الرسول في باب الصرف والسلم]" مرتبط بقوله: فيصح قبضه، أي يصح قبض الوكيل بخلاف قبض الرسول، فإنه لا يصح. (عيني)

(٦) وقد حصلت.

(٧) الرسول.

(٨) قبض الرسول.

(٩) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٠) الثمن.

(١١) أي ليس هذا تبرعًا.

(١٢) أي بين الوكيل والموكل.

(١٣) أي الوكيل من الموكل كالبائع من المشتري.

(١٤) أي للمبادلة الحكمية.

(١٥) قوله: "إذا اختلفا إلخ" إذا اختلف المتبايعان، فادعى أحدهما ثمنًا وادعى البائع أكثر منه، فإن لم يكن لأحدهما بينة، ولم يرض أحدهما بما يقول به الآخر حلف كل واحد منهما، فإن نكل أحدهما لزمه دعوى الآخر، وإن

سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل، فيرجع عليه[١]، ولأن الحقوق لما كانت إليه[٢]، وقد علمه الموكل، فيكون[٣] راضيًا بدفعه[٤] من ماله.

فإن هلك المبيع فى يده[٥] قبل حبسه[٦] هلك من مال الموكل، ولم يسقط الثمن[٧]؛ لأن يده كيد الموكل فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضًا بيده، وله أن يحبسه[٨] حتى يستوفى الثمن؛ لما بينا، أنه بمنزلة البائع من الموكل[٩].

وقال زفر: ليس له ذلك[١٠] لأن الموكل صار قابضا بيده، فكأنه سلمه[١١] إليه، فيسقط حق الحبس. قلنا[١٢]: هذا مما لا يمكن التحرز عنه، فلا يكون[١٣] راضيًا بسقوط حقه فى الحبس على أن[١٤] قبضه[١٥] موقوف، فيقع[١٦] للموكل إن لم يحبسه، ولنفسه

حلفا فسخ القاضى البيع بينهما. (مل)

(١٦) المقدار.

(١٧) المبيع.

(١٨) بالشراء.

(١) أى على الموكل.

(٢) قوله: "ولأن الحقوق إلخ" تحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير إذن الموكل، والإذن ثابت ههنا دلالة، لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل، ومن جملتها الدفع علم أنه مطالب بالدفع بقبض المبيع، فكان راضيا بذلك آمراً به دلالة. (ع)

(٣) الموكل.

(٤) الثمن.

(٥) الوكيل.

(٦) للثمن.

(٧) فلا يبطل الرجوع. (ع)

(٨) قوله: "يحبسه" أى سواء كان الوكيل دفع الثمن إلى البائع، أو لم يدفع، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٩) وللبائع حق الحبس. (ع)

(١٠) حق الحبس.

(١١) قوله: "سلمه" أى سلم الوكيل المشترى إلى الموكل، فسقط حق الحبس أيضًا، إذ لو وقع فى يد الموكل حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس، فكذا إذا وقع فى يده حكما. (مل)

(١٢) قوله: "قلنا: هذا" يعنى قبض الوكيل على وجه يصير الموكل به قابضًا مما لا يمكن التحرز عنه للوكيل، وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا، فكان فى حكم العدم، فلم يكن دليل سقوط حقه فى الحبس، لأن سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه، ولا يتحقق عنه الرضا فى ما لا طريق له إلى التحرز عنه، وإنما جعل يد الوكيل يد الموكل حكمًا فى حكم هلاك المبيع، حتى هلك من مال الموكل، ولم يسقط الثمن عنه لا فى حق عدم ولاية الحبس له بالثمن. (ك)

(١٣) الوكيل.

(١٤) أى لا نسلم أن الموكل صار قابضًا بل قبضه إلخ.

(١٥) الوكيل.

عند حبسه. فإن حبسه[١] فهلك[٢] كان مضمونًا[٣] ضمان الرهن[٤] عند أبي يوسف رح[٥]، وضمان البيع[٦] عند محمد رح[٧]، وهو قول أبي حنيفة، وضمان الغصب[٨] عند زفر[٩]، لأنه[١٠] منع بغير حق[١١]. لهما أنه[١٢] بمنزلة البائع[١٣] منه[١٤]، فكان حبسه لاستيفاء الثمن، فيسقط[١٥] بهلاكه[١٦].

ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء[١٧] بعد[١٨] أن لم يكن[١٩]،

(١٦) القبض.

(١) أي الوكيل المبيع.

(٢) عند الوكيل.

(٣) قوله: "كان مضمونًا إلخ" حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط، وإلا رجع بالفضل على الموكل. (عيني)

(٤) قوله: "ضمان الرهن" فيعتبر الأقل من قيمته ومن الدين، وهو الثمن، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة. (م)

(٥) فلا يرجع أحدهما على الآخر. (ك)

(٦) أي يسقط الثمن قليلا كان أو كثيرًا. (م)

(٧) لم يذكر قول أبي حنيفة في القدوري.

(٨) قوله: "وضمان الغصب" يعني يجب مثله، أو قيمته بالغة ما بلغت، قال في "العناية": فلا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر، انتهى.

وقال الشارح تاج الشريعة: فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر، انتهى، وهو المفهوم مما ذكر صدر الشريعة في شرح الوقاية، وهو الظاهر عندي على قول زفر. (نتائج)

(٩) قوله: "عند زفر" فإن كان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف، وإن كان الثمن عشرة، والقيمة خمسة عشر، فعند زفر يضمن خمسة عشر، لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة، وعند الباقين يضمن عشرة، وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة، ويطلب الخمسة من الموكل، وكذا عند أبي يوسف، لأن الرهن يضمن بالأقل من قيمته والدين، وعند محمد يكون مضمونًا بالثمن، وهو خمسة عشر ابن كمال. (رد المحتار)

(١٠) الحبس.

(١١) إذ ليس له حق الحبس.

(١٢) الوكيل.

(١٣) قوله: "بمنزلة البائع إلخ" واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبسه، وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملا لنفسه، فيقوى جهة كونه بائعًا، فلزم الضمان، أما إذا لم يحبس نقيضه لموكله، فأشبه الرسول، فهلك عنده أمانة. (م)

(١٤) الموكل.

(١٥) الثمن.

(١٦) المبيع.

(١٧) أي أنه يحبسه ليستوفي ما أدى عنه من الثمن. (ك)

(١٨) قوله: "بعد أن لم يكن" لأنه لم يكن مضمونًا قبل الحبس وصار مضمونًا بعد الحبس. (عيني)

(١٩) مضمونًا. (ك)

وهو[1] الرهن بعينه، بخلاف المبيع[2]، لأن البيع ينفسخ بهلاكه[3]، وههنا لا ينفسخ أصل العقد[4]، قلنا: ينفسخ[5] فى حق الموكل والوكيل، كما إذا ردّه الموكل بعيب[6]، ورضي الوكيل به.

قال[7]: وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم، فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه[8] عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه[9] عشرة بنصف درهم عند أبى حنيفة رح، وقالا: يلزمه العشرون بدرهم، وذكر فى بعض النسخ[10] قول محمد مع قول أبى حنيفة ومحمد، لم يذكر الخلاف فى الأصل[11]. لأبى يوسف أنه أمره[12] بصرف الدرهم فى اللحم، وظن أن سعره[13] عشرة أرطال، فإذا اشترى[14] به[15] عشرين فقد زاده خيراً، وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف، فباعه بألفين.

---

(١) أى الحبس للاستيفاء حكم الرهن.

(٢) قوله: "بخلاف المبيع" هذا النفى قولهما، يعنى إن المشترى المحبوس ههنا ليس كالمبيع، لأن البيع إلخ. (نتائج)

(٣) عند البائع.

(٤) أى الذى بين البائع والوكيل.

(٥) بيع.

(٦) قوله: "كما إذا رده إلخ" إذا وجد الوكل عيباً بالمشترى، فرده إلى الوكيل، ورضى الوكيل به، فإنه يلزم الوكيل، وينفسخ العقد بينه وبين الموكل، وإن لم ينفسخ بينه وبين بائعه. (نتائج)

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٨) قوله: "من لحم يباع إلخ" أى كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم لتساوى قيمته درهماً قيد به لأنه إذا كان عشرون رطلا من لحم تساوى درهماً نفذ الكل على الوكيل بالإجماع للمخالفة. (عينى)

(٩) قوله: "لزم الموكل إلخ" فإن قيل: ينبغى أن لا يلزم الآمر عشرة بنصف درهم عنده، لأن هذه العشرة تثبت ضمناً للعشرين لا قصداً، وهو قد وكله بشراء عشرة قصداً، ومثل هذا لا يجوز على قوله: كما إذا قال لرجل طلق امرأتى واحدة، فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها فى ضمن الثلث، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلايثبت ما فى ضمنه أيضاً تبعاً له. قلنا: ذلك مسلم فى الطلاق لأن المتضمن لم يثبت أصلا لا من الموكل لعدم التوكيل به، ولا من الوكيل لعدم شرطه، لأن المرأة امرأة للموكل لا امرأة الوكيل، وأما ههنا إذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل، لأن الشراء إذا وجد نفاذاً لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما فى سائر الصور التى خالف الوكيل بالشراء، فلما ثبت التضمن وهو العشرون ثبت ما فى ضمنه، وهو العشرة إلا أن الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم، وهو مخالف إلى خير، فلا تكون مخالفة، فينفذ على الموكل. (ك)

(١٠) أى نسخ مختصر القدورى. (نت)

(١١) قوله: "فى الأصل" أى فى "المبسوط" فى آخر باب الوكالة بالبيع والشراء فقال فيه: لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقى للمأمور. (ع)

(١٢) الوكيل.

(١٣) سعر -بالكسر-: نرخ. (من)

(١٤) الوكيل.

ولأبى حنيفة أنه أمره[١] بشراء عشرة[٢]، ولم يأمره بشراء الزيادة، فنفذ شراءها عليه[٣]، وشراء العشرة على الموكل[٤]، بخلاف ما استشهد به[٥]، لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل[٦]، فتكون[٧] له، بخلاف ما إذا اشترى[٨] ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير[٩] مشتريًا لنفسه بالإجماع، لأن الأمر يتناول السمين[١٠]، وهذا مهزول[١١]، فلم يحصل مقصود الآمر.

قال[١٢]: ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه[١٣]؛ لأنه[١٤] يؤدى إلى تعزير الآمر حيث اعتمد[١٥] عليه، ولأن فيه[١٦] عزل[١٧] نفسه، ولا يملكه

---

(١٥) الدرهم.

(١) الوكيل.

(٢) أى بشراء قدر مسمى. (ك)

(٣) الوكيل للمخالفة.

(٤) قوله: "على الموكل [لأنه أتى بالمأمور به]" هذا بخلاف ما إذا أمره أن يشترى له ثوبًا هرويًا بعشرة، فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوى بعشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على الآمر عند أبى حنيفة، لأن اللحم من ذوات الأمثال فى الصحيح، فلا تفاوت إذا بين عشرة للآمر، وبين عشرة للوكيل. بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم، فلا يثبت المساواة بين الثوبين إلا بالقيمة، والقيمة تختلف باختلاف المقومين، فلا يتعين حق الموكل فى واحد منهما، وإلى هذا إشارة فى التتمة فى التعليل حيث قال: لأنى لا أدرى أيهما أعطيه بحصة من العشرة، لأن القيمة لا تعرف إلا بالحرز والظن. (ك)

(٥) جواب عن تمثيل أبى يوسف. (ع)

(٦) قوله: "بدل ملك إلخ" ورد بأن الدرهم ملك الموكل، فيكون الزيادة ملكه، فلا فرق بينهما حينئذٍ، والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل، فكان الفرق ظاهراً، والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن، وهو فاسد لوجود الفارق، وأصل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث، بخلاف اللحم، ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى بآخرة، وقد يتعذر ذلك فى اللحم فيتلف. (ع)

(٧) الزيادة.

(٨) هذا متعلق بأصل المسألة. (نت)

(٩) الوكيل.

(١٠) أى اللحم السمين.

(١١) لاغر.

(١٢) أى القدورى. (نت)

(١٣) قوله: "فليس له [الوكيل] إلخ" سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه، أو صرح بالشراء لنفسه، بأن قال: اشهدوا أنى قد اشتريت لنفسه، وهذا إذا كان الموكل غائبًا، فإن كان حاضراً، أو صرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريًا لنفسه، كذا فى التتمة. (ك)

(١٤) أى لأن شراءه لنفسه.

(١٥) الآمر.

(١٦) أى فى شرائه لنفسه.

على ما قيل[١] إلا بمحضر من الموكل، فلو كان الثمن مسمى[٢]، فاشترى بخلاف جنسه[٣]، أو لم يكن[٤] مسمى، فاشترى بغير[٥] النقود[٦]، أو وكل[٧] وكيلا بشراءه، فاشترى الثاني[٨] وهو[٩] غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه، لأنه خالف أمر الآمر[١٠]، فنفذ[١١] عليه، ولو اشترى الثاني[١٢] بحضرة الوكيل الأول نفذ[١٣] على الموكل الأول، لأنه حضره رأيه، فلم يكن مخالفًا[١٤].

قال[١٥]: وإن وكله بشراء عبد بغير عينه، فاشترى[١٦] عبدًا، فهو للوكيل، إلا أن يقول: نويت الشراء للموكل، أو يشتريه بمال الموكل.

قال رضي الله عنه[١٧]: هذه المسألة على وجوه: إن أضاف[١٨] العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر، وهو المراد[١٩] عندي بقوله: أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من

(١٧) عن الوكالة.

(١) قوله: "ولا يملكه إلخ" لأنه فسخ عقد، فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود. (ع)

(٢) بأن وكله بالشراء بثمن مسمى.

(٣) أي جنس المسمى بأن سمى دراهم، فاشترى بدنانير.

(٤) الثمن.

(٥) كالمكيل والموزون.

(٦) الدراهم والدنانير.

(٧) الوكيل.

(٨) أي وكيل الوكيل.

(٩) الوكيل الأول.

(١٠) قوله: "خالف أمر الآمر" وهو الموكل، أما إذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر، وأما إذا اشترى بغير النقود فلأن المتعارف نقد البلد والأمر ينصرف إليه، وأما إذا وكل وكيلا بشراءه فلأنه مأمور بأن يحضره رأيه، ولم يتحقق ذلك حال غيبته. (نت)

(١١) الشراء.

(١٢) أي وكيل الوكيل.

(١٣) الشراء.

(١٤) قوله: "فلم يكن مخالفًا" وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق، فإنه لو طلق الثاني بحضرة الأول لا يقع، لأن فعل الأول حصل بمنزلة الشرط لوقوع الطلاق، فلا يقع بدونه، ولا كذلك ههنا، لأنه من قبيل الإثباتات، فلا يكون قابلا للتعليق، والمعنى في المسألة أنه أمكن له عزل نفسه بغيبة الموكل في ضمن المخالفة لا في ضمن الموافقة. (ك)

(١٥) أي القدوري. (نت)

(١٦) الوكيل.

(١٧) أي المصنف.

(١٨) الوكيل.

ماله، لأن فيه تفصيلا[١] وخلافًا[٢]، وهذا بالإجماع[٣]، وهو مطلق، وإن أضافه[٤] إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله[٥] على ما يحل له شرعًا[٦]، أو يفعله عادة، إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر[٧] شرعًا وعرفًا.

وإن أضافه[٨] إلى دراهم مطلقة[٩]، فإن نواها للآمر فهو للآمر، وإن نواها لنفسه فلنفسه، لأن له[١٠] أن يعمل لنفسه[١١]، ويعمل[١٢] للآمر في هذا التوكيل[١٣]، وإن تكاذبا[١٤] في النية[١٥] يحكم النقد بالإجماع، لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا[١٦]،

---

(١٩) قوله: "وهو المراد" أي المراد بقوله: أو يشتريه بمال الموكل أن يضيف العقد إلى دراهم الموكل لا أن ينقد من مال الموكل من غير أن يضيف العقد إليه. (ك)

(١) قوله: "لأن فيه تفصيلا إلخ" أراد بالتفصيل في قوله: لأن فيه تفصيلا صورتي التكاذب والتوافق، وبالخلاف الخلاف الواقع في صورة التوافق فالمعنى أن في النقد من مال الموكل تفصيلا، فإنه إذا نقد من ماله، فإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد هو للعاقد، وعند أبي يوسف يحكم النقد أيضًا.

(٢) قوله: "وخلافًا" فإنه إذا نقد من ماله، وتوافقا على عدم النية لأحدهما، فعند محمد: هو للعاقد، وعند أبي يوسف: يحكم النقد بخلاف الإضافة إلى دراهم الآمر، فإنه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل القدوري عليها أولى. (نت)

(٣) قوله: "وهذا بالإجماع" أي لو أضاف العقد إلى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالإجماع وهو مطلق، أي قوله: أو يشتريه بمال الموكل مطلق، أي مذكور من غير خلاف، فيحمل على الصورة المجمع عليها، وهو أن يضيف العقد إلى مال الموكل. (ك)

(٤) الوكيل العقد.

(٥) قوله: "حملا لحاله [الوكيل] إلخ" هذا تمسك بدلالة الشرع والصرف بعد ذكر المسألتين إضافة العقد إلى دراهم آمره، وإضافة العقد إلى دراهم نفسه، فالتمسك بدلالة العرف والعادة شامل للقسمين إذ العرف مستمر بأن مضيف العقد إلى دراهم نفسه مشترٍ لنفسه، والمضيف إلى دراهم آمره مشترٍ لآمره. فأما التمسك بدلالة الشرع إنما يرجع إلى المسألة الأولى خاصةً، إذا الشراء نفسه بإضافة العقد إلى مال غير حرام، ولكن الشراء لغيره بإضافة العقد إلى مال نفسه ليس بحرام. (ك)

قوله: "حملا لحاله إلخ" يجوز أن يكون التعليلان للمسألة الأولى، والحكم في المسألة الثانية يثبت بطريق الدلالة، لأنه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه، ويضيف العقد إلى دراهم غيره شرعًا، فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره، ويضيفه إلى دراهم نفسه. وأما العادة فجارية على أنه لا يشتري لغيره، ويضيفه إلى دراهم نفسه، وكذا على العكس. (تاج الشريعة)

(٦) قوله: "على ما يحل له إلخ" لأنه لما أضاف العقد إلى دراهم الآمر يقع له لأنه لو لم يقع له كان واقعًا للوكيل، وإذا كان وقع العقد للوكيل كان غاصبًا لدراهم الآمر، وهو لا يحل شرعًا. (عيني)

(٧) قبيح.

(٨) العقد.

(٩) من غير إضافة إلى دراهم أحد.

(١٠) الوكيل.

(١١) أصالة.

(١٢) وكالة.

(١٣) أي التوكيل بشراء عبد بغير عينه. (عيني)

وإن توافقا[١] على أنه لم تحضره النية[٢].

قال محمد: هو للعاقد، لأن الأصل أن كل واحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت[٣] جعله[٤] لغيره، ولم يثبت، وعند أبي يوسف يحكم النقد فيه، لأن ما أوقعه[٥] مطلقًا[٦] يحتمل الوجهين[٧]، فيبقى موقوفًا، فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه[٨]، ولأن مع تصادقهما[٩] يحتمل النية[١٠] للآمر، وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح[١١]، كما في حالة التكاذب، والتوكيل بالإسلام في الطعام[١٢] على هذه الوجوه[١٣].

قال[١٤]: ومن أمر رجلا بشراء عبد[١٥] بألف، فقال[١٦]: قد فعلت، ومات[١٧]

---

(١٤) قوله: "وإن تكاذبا" أي إن اختلفا فقال الوكيل: نويت لنفسي، وقال الموكل: نويت لي، حكم النقد بالإجماع، فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له، لكونه دلالة ظاهرة على ذلك، لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعًا. (ع)

(١٥) بأن قال الموكل: اشتريته لي، وقال الوكيل: اشتريته لنفسي. (عيني)

(١٦) هو قوله: حملا لحاله على ما يحل إلخ.

(١) الوكيل والموكل.

(٢) وقت الشراء.

(٣) بالإضافة إلى مال الغير أو بالنية والفرض عدمه. (ع)

(٤) العمل.

(٥) الوكيل.

(٦) من غير النية.

(٧) وقوع الشراء للموكل ووقوعه للوكيل.

(٨) المال.

(٩) أي على أنه لم يحضره النية.

(١٠) لاحتمال أن يكون نوى الآمر ثم نسيه. (عيني)

(١١) قوله: "وفيما قلناه [من تحكيم النقد] حمل حاله [الوكيل] إلخ" لأنه لو قلنا بأن العقد يقع له وإن نقد من مال الآمر يكون غاصبا، فقلنا: يقع للموكل إذا نقد من ماله حملا لحاله على الصلاح. (كفاية)

(١٢) قوله: "والتوكيل بالإسلام إلخ" إنما خصه بالذكر مع أنه يستفاد حكمه من التوكيل بالشراء نفيًا لقول بعض مشايخنا، فإنهم قالوا في مسألة الشراء: إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعًا، ولا يحكم النقد، وإنما الخلاف بين أبي يوسف ومحمدرح في مسألة التوكيل بالإسلام.

وهذا القائل فرق بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسفرح، فإن للنقد أثرا في تنفيذ السلم، فإن المفارقة بلا نقد تبطل السلم، فإذا جهل من له العقد يستبان بالنقد، وليس الشراء كذلك، وكان العقد للعاقد عملا بقضية الدليل. (ع)

(١٣) قوله: "على هذه الوجوه [المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقًا وخلافًا. نت]" فإن أضاف الوكيل بالسلم العقد إلى دراهم الآمر كان المسلم له، وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان له، وإن عقده مطلقًا من غير إضافة إلى دراهم أحد، فإن نوى السلم للموكل كان له، وإن نوى لنفسه كان له، وإن تكاذبا يحكم النقد، وإن توافقا على أنه لم يحضره النية كان السلم للوكيل عند محمد رحمه الله، وقال أبو يوسفرح: يحكم النقد، فعن دراهم أيهما نقد فالعقد له. (عيني)

عندى، وقال الآمر: اشتريته[١] لنفسك، فالقول قول الآمر فإن كان دفع[٢] إليه[٣] الألف فالقول قول المأمور؛ لأن فى الوجه الأول[٤] أخبر عما لا يملك استئنافه[٥]، وهو الرجوع بالثمن[٦] على الآمر، وهو[٧] ينكر، والقول للمنكر، وفى الوجه الثانى هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، فيقبل قوله.

ولو كان العبد حيًا حين اختلفا[٨] إن كان الثمن منقودًا[٩]، فالقول للمأمور، لأنه أمين[١٠] وإن لم يكن[١١] منقودًا، فكذلك عند أبى يوسف ومحمد[١٢]؛ لأنه يملك استئناف الشراء[١٣]، فلا يتهم فى الأخبار عنه، وعند أبى حنيفة القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة[١٤] خاسرة[١٥] ألزمها الآمر.

---

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) بغير عينه.

(١٦) الوكيل.

(١٧) العبد.

(١) العبد.

(٢) الآمر.

(٣) الوكيل.

(٤) هو الذى لم يدفع الثمن فيه.

(٥) قوله: "أخبر عما لا يملك استئنافه [لأن العبد ميت، والكلام فيه، والعبد الميت ليس بمحل لعقد الشراء. ك]" أى لا يقدر على إنشاءه، أى إنشاء العقد، ومن أخبر عما لا يملك إنشاءه فى الحال لا يكون القول له. (عينى)

(٦) قوله: "وهو [الضمير راجع إلى ما فى قوله: عما لا يملك] الرجوع بالثمن" أى سبب الرجوع بالثمن، وإنما قال: وهو الرجوع بالثمن، ولم يقل: وهو العقد، لأن مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لأجل الآمر، فترك الواسطة، وهى العقد، وصرح بالمقصود، وهو الرجوع، فكان ذكرا للمسبب وإرادة للسبب، وجاز هذا لأن الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لأجل الآمر. (ك)

(٧) الآمر.

(٨) قوله: "حين اختلفا" فقال المأمور: اشتريته لك، وقال الآمر: اشتريته لنفسك. (عينى)

(٩) من الآمر إلى المأمور.

(١٠) يريد الخروج عن عهدة الأمانة.

(١١) الثمن.

(١٢) أى القول للمأمور.

(١٣) قوله: "لأنه يملك إلخ" لأن العبد حى، والحى محل للشراء فيملك أن يشتريه فى الحال لأجل الآمر، فإن قيل: الشرى لا يتوقف بخلاف البيع، ولما وقع شراءه أولا للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل.
قلنا: استئناف الشراء دائر مع التصور، فيتصور أن يتفاسخ الوكيل بيعه مع بائعه، ثم يشتريه لأجل الموكل. (ك)

(١٤) عقد البيع.

(١٥) بأن وجد به عيبًا أو لم يعجبه.

بخلاف ما إذا كان الثمن منقودًا لأنه أمين فيه، فيقبل قوله تبعًا لذلك[١]، ولا ثمن في يده ههنا[٢]، وإن كان أمره بشراء عبد بعينه، ثم اختلفا[٣] والعبد حي[٤]، فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودًا، أو غير منقود، وهذا بالإجماع، لأنه أخبر عما يملك استئنافه[٥]، ولا تهمة فيه، لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته[٦] على ما مر[٧]، بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة[٨].

ومن قال لآخر[٩]: بعني هذا العبد لفلان[١٠]، فباعه، ثم أنكر[١١] أن يكون فلان أمره، ثم جاء فلا، وقال: أنا أمرته بذلك[١٢] فإن فلانًا يأخذه[١٣]؛ لأن قوله السابق[١٤] إقرار منه بالوكالة عنه[١٥]، فلا ينفعه الإنكار اللاحق، فإن قال: فلان لم

---

(١) قوله: "تبعًا لذلك" أي تبعًا لقبول قوله في دعوى الخروج عن عهدة الأمانة، ومن ضرورة ذلك قبول قوله في أن الشراء كان للآمر، وما كان ثبوته بطريق التبعية لا ينظر إلى وصفه، فلا ينظر ههنا إلى كون الوكيل متهمًا أو غير متهم. (ك)

(٢) أي فيما إذا لم يكن الثمن منقودا. (ك)

(٣) قوله: "ثم اختلفا" بأن قال الآمر: اشتريته لنفسك، وقال المأمور: بل اشتريته لك. (عيني)

(٤) قوله: "والعبد حي" وإن كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور، لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، وإن كان غير منقود فالقول للآمر، لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه، ويريد بذلك الرجوع على الآمر، وهو منكر، والقول للمنكر. (ع)

(٥) قوله: "لأنه أخبر عما يملك إلخ" فإن قيل: الولي إذا أقر تزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال.

قلنا: قوله: يملك استئناف وقع على قولهما، وقوله: ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة، فكان في هذه المسألة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج، فلما لم يكن قوله: يملك استئنافه على قول أبي حنيفة لا يرد الإشكال على قوله.

أو نقول: لو كان في تزويج الصغيرة إخباره عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضًا، فكان ذلك عبارة عن إنشاء النكاح ابتداء، فلا يرد الإشكال. (ك)

(٦) الموكل.

(٧) قوله: "على ما مر" من أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه، وهو لا يملكه حال غيبته، بخلاف حضوره، فإنه لو فعل ذلك جاز ووقع المشترى له. (ع)

(٨) إشارة إلى قوله: لأنه موضع تهمة. (ك)

(٩) هذه مسألة "الجامع الصغير". (نت)

(١٠) قوله: "لفلان [يعني لأجله. ع]" معناه أنا وكيل فلان بشراء هذا العبد، فبعه حتى اشتريه لأجله. (ك)

(١١) أي أنكر المقر بعد الشراء.

(١٢) الشراء.

(١٣) أي له ولاية الأخذ. (ك)

(١٤) قوله: "لأن قوله السابق" وهو قوله: بعني هذا العبد لفلان إقرار بالوكالة من فلان، فإن قيل: يحتمل أن معناه لشفاعة فلان كما قال محمد في كتاب الشفعة: ولو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار، فقال الشفيع:

آمره لم يكن ذلك له[١]؛ لأن الإقرار[٢] ارتد برده.

قال[٣]: إلا أن يسلمه المشترى له[٤]، فيكون بيعًا[٥] عنه، وعليه العهدة؛ لأنه صار مشتريًا بالتعاطى كمن اشترى لغيره بغير أمره[٦]، حتى لزمه، ثم سلمه المشترى له، و دلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى[٧] وإن[٨] لم يوجد نقد الثمن، وهو[٩] يتحقق فى النفيس والخسيس لاستتمام التراضى وهو[١٠] المعتبر فى الباب[١١].

قال[١٢]: ومن أمر رجلا بأن يشترى له عبدين بأعيانهما، ولم يسمّ له ثمنًا فاشترى له أحدهما جاز[١٣]؛ لأن التوكيل مطلق[١٤]، فيجرى على إطلاقه، وقد لا

سلمتها لك، أى لأجل شفاعتك بطلت الشفعة استحسانًا. قلنا: اللام للتمليك، وإنما حمل على الإسقاط فى مسألة الشفعة لكونه مسبوقًا بسؤال الإسقاط، ولا كذلك ههنا. (ك)

(١٥) فلان.

(١) أى لم يكن له على العبد سبيل. (نت)

(٢) أى إقرار المقر.

(٣) الظاهر أن قائله محمد، لأن المسألة من "الجامع". (عينى)

(٤) قوله: "إلا أن يسلمه المشترى له" هذا روى بروايتين، بكسر الراء على صيغة اسم الفاعل، وبفتح الراء على صيغة اسم المفعول، فعلى الكسر يكون المشترى فاعلا، وقوله: له أى لأجله، ويكون المفعول الثانى محذوفًا وهو إليه، أى إلا أن يسلم الفضولى العبد الذى اشتراه لأجل فلان إليه. وعلى الفتح يكون المشترى له مفعولا ثانيًا بدون حرف الجر، وهو فلان، والفاعل مضمر، أى إلا أن يسلم الفضولى العبد إلى المشترى له، وهو فلان، وهذا الاستثناء من قوله: لم يكن له أى لم يكن لفلان إلا فى صورة التسليم إليه، وإنما ذكر صورة التسليم إليه، لأن فلانًا لو قال: أجزت بعد قوله: لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشترى، لأن الإجازة تلحق الموقوف دون الجائز، وهذا عقد جائز نافذ على المشترى. (نهاية)

(٥) قوله: "فيكون بيعًا" أى فيكون تسليم العبد إليه بيعًا مبتدأ، وعليه العهدة، أى على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن، كذا فسره فخر الإسلام البزدوى، وفخر الدين قاضى خان، ويدل عليه قوله: لأنه صار مشتريًا بالتعاطى. (نت)

(٦) قوله: "كمن إلخ" أى كالفضولى الذى اشترى لغيره بغير أمر ذلك الغير حتى لزمه، أى لزم العقد للمشترى، ثم سلمه المشترى له حيث كان بيعًا بالتعاطى. (نت)

(٧) قوله: "يكفى إلخ" يعنى أن بيع التعاطى كما يكون بأخذ وإعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك، وإن كان أخذًا بلا إعطاء كعادة الناس. (عينى)

(٨) الواو وصلية.

(٩) بيع التعاطى.

(١٠) التراضى.

(١١) فى باب البيع، قال الله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾. (ك)

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٣) أى جاز شراء أحدهما له.

(١٤) أى عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين. (عناية)

يتفق الجمع بينهما فى البيع إلا[١] فيما لا يتغابن[٢] الناس فيه ؛ لأنه توكيل بالشراء[٣]، وهذا كله بالإجماع[٤].

ولو أمره بأن يشتريهما بالألف، وقيمتهما سواء فعند أبى حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز، فإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما[٥] سواء، فيقسم[٦] بينهما نصفين دلالة[٧]، فكان أمرا بشرى كل واحد منهما بخمس مائة. ثم الشراء بها[٨] موافقة، وبأقل منها[٩] مخالفة إلى خير، وبالزيادة[١٠] إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشترى الباقى ببقية الألف قبل أن يختصما[١١] استحسانًا[١٢]؛ لأن شرى الأول قائم، وقد حصل غرضه المصرح به[١٣]، وهو تحصيل العبدين بالألف، وما ثبت الانقسام[١٤] إلا دلالة، والصريح[١٥] يفوقها[١٦]. وقال أبو يوسف ومحمد: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه[١٧]، وقد بقى من الألف ما يشترى بمثله الباقى[١٨] جاز، لأن التوكيل

(١) استثناء من قوله: جاز. (ع)

(٢) وهو الغبن الفاحش.

(٣) قوله: "لأنه توكيل بالشراء" قيد به احترازاً عن التوكيل بالبيع، فإن ذلك يجوز عند أبى حنيفة بالغبن الفاحش، وأما فى التوكيل بالشراء فلا يتحمل الغبن الفاحش. (ك)

(٤) بين أئمة مذهبنا.

(٥) الواو حالية.

(٦) الألف.

(٧) فيعمل بها عند عدم التصريح.

(٨) أى بخمس مائة.

(٩) خمس مائة.

(١٠) المخالفة.

(١١) أى قبل أن يختصم الآمر والمأمور لثبوت المخالفة.

(١٢) قوله: "استحسانًا" قيد به لأن جواب القياس أن لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة، وبه أخذ مالك والشافعى. (نت)

(١٣) قوله: "وقد حصل غرضه إلخ" فإن قيل: الخلاف قد تحقق، والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل. قلنا: العمل بالصريح أقوى، من العمل بالدلالة، والموكل صرح باكتساب العبدين بألف، وإنما عملنا بالدلالة إذا لم يعارضها صريح، فإذا جاء الصريح بطل العمل بها، والشراء قد يتوقف إذا لم يجد نفاذا على المشترى كالوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه. (ك)

(١٤) بالسوية.

(١٥) إذا أمكن العمل به.

(١٦) دلالة.

(١٧) وهو الغبن اليسير.

مطلق[١] لكنه يتقيد بالمتعارف، وهو فيما[٢] قلنا[٣]، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشترى بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر.

قال[٤]: ومن له على آخر ألف درهم، فأمره بأن يشترى بها هذا العبد[٥] فاشتراه جاز[٦]؛ لأن في تعيين المبيع تعيين البائع، ولو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى[٧]. وإن أمره أن يشترى بها[٨] عبدا بغير عينه، فاشتراه فمات[٩] في يده قبل أن يقبضه الآمر مات[١٠] من مال المشترى، وإن قبضه الآمر فهو له[١١]، وهذا عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه. وقالا: هو[١٢] لازم للآمر[١٣] إذا قبضه المأمور[١٤]، وعلى هذا[١٥] إذا أمره أن يسلم ما عليه، أو يصرف ما عليه.

لهما: أن الدراهم والدنانير لا تتعينان فى المعاوضات[١٦] دينا[١٧] كانت أو عينًا[١٨]، ألا ترى أنه لو تبايعا عينًا بدين[١٩]، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد[٢٠]،

---

(١٨) من العبدين. (نت)

(١) أى غير مقيد بخمس مائة.

(٢) أى فيما يتغابن الناس به. (نت)

(٣) أى المتعارف. (نت)

(٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٥) أى عبدًا معينًا.

(٦) وصح على الآمر. (ع)

(٧) بقوله: بخلاف ما إذا عين البائع إلى آخره. (نت)

(٨) قوله: "بها" أى بالألف التى عليه. (نتائج الأفكار)

(٩) العبد.

(١٠) العبد.

(١١) أى العبد للآمر، أى وإن مات فى يد الوكيل. (نت)

(١٢) العبد.

(١٣) فى الوجهين.

(١٤) الوكيل.

(١٥) قوله: "وعلى هذا" أى على هذا التفصيل إذا أمره، أى إذا أمر من عليه الدين أن يسلم ما عليه، أى يعقد عقد السلم، أو يصرف ما عليه، أى يعقد عقد الصرف، فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق وإلا فعلى الاختلاف، وبتخصيصهما بالذكر إنما هو لإزالة ما يتردد فى الذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه فى بابى الصرف والسلم أيضًا، أم لا؟ بناء على أن لهما شأنًا مخصوصًا فى بعض الأحكام. (نت)

(١٦) البيوع وغيرها.

(١٧) فى الذمة.

(١٨) يعنى لا تكون فى الذمة.

فصار الإطلاق[١] والتقييد فيه سواء، فيصح التوكيل[٢]، ويلزم[٣] الآمر لأن يد الوكيل كيده[٤]. ولأبى حنيفة رضى الله عنه أنها تتعين فى الوكالات[٥]، ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين[٦] منها، أو بالدين[٧] منها، ثم استهلك[٨] العين[٩]، أو أسقط[١٠] الدين[١١] بطلت الوكالة، فإذا تعينت[١٢] كان هذا[١٣] تمليك[١٤] الدين[١٥] من

---

(١٩) أى بدين على البائع.

(٢٠) ووجب مثل ذلك الدين.

(١) قوله: "فصار الإطلاق" بأن قال: بألف ولم يضفه إلى ما عليه، والتقييد، بأن أضافه إلى ما عليه فيه، أى فى عقد تبايع العين بالدين. (عينى)

(٢) قوله: "فيصح التوكيل" وصار كما لو قال: تصدق بمالى عليك على المساكين فإنه يجـ . (نت)

(٣) العقد. (نت)

(٤) الآمر.

(٥) قوله: "أنها تتعين [الدراهم والدنانير] فى الوكالات" أى بعد التسليم إلى الوكيل، وفى "الذخيرة": قال محمد فى "الزيادات": رجل قال لغيره: اشتر لى بهذه الألف الدراهم جارية، وأراه الدراهم، ولم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل.ثم قال: الأصل أن الدراهم والدنانير لا تتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف، لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء، فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان فيه قبل التسلم، فكذا فيما هو وسيلة إليه، فأما بعد التسليم هل تتعين اختلف المشايخ، فيه فبعضهم قالوا: تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها، لأن يد الوكيل يد أمانة والدراهم والدنانير تتعينان فى الأمانات، وعامتهم على أنها لا تتعين.

وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ اثنتان، إحداهما أنه يتوقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة، فإن العرف الظاهر فى ما بين الناس أن الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد الشراء حال قيام الدراهم فى يد الوكيل.

والثانية: قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل عليه، وهذا لأن شراء الوكيل يوجب دينين، دينا للبائع على الوكيل ودينا للموكيل على الموكل. (ك)

(٦) التى ليست فى الذمة.

(٧) أى التى فى الذمة.

(٨) قوله: "ثم استهلك" الضمير إما عائد إلى الموكل ففائدة قيد الاستهلاك أن الوكالة لا تبطل بالهلاك فى يد الموكل، وإنما تبطل بالهلاك فى يد الوكيل، وإما عائد إلى الوكيل، ففائدة قيد الاستهلاك أن لا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه، لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها، فيصير كأن عينها باقية، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما. (مل)

(٩) أى الآمر أو الوكيل، كذا فى "معراج الدراية". (نت)

(١٠) الموكل.

(١١) بأن أبرأ الموكل الوكيل عن الدين.

(١٢) قوله: "تعينت [أى فى الوكالة]" تتمة الدليل المذكور، ومرتبط بقوله: إنها تتعين إلخ.

(١٣) أى التوكيل المذكور.

(١٤) من جهة رب الدين.

(١٥) الذى على الوكيل.

جـ5
33
B

غير من عليه[١] الدين من غير أن يوكله[٢] بقبضه[٣]، وذلك[٤] لا يجوز، كما إذا اشترى بدين على غير المشترى[٥]، أو يكون[٦] أمرًا بصرف مالا يملكه[٧] إلا بالقبض قبله[٨]، وذلك[٩] باطل، كما إذا قال[١٠]: أعطِ مالى عليك من شئت[١١]. بخلاف[١٢] ما إذا عين[١٣] البائع؛ لأنه يصير وكيلا عنه[١٤] فى القبض، ثم يتملكه[١٥]، وبخلاف[١٦] ما إذا أمره بالتصدق؛ لأنه جعل المال لله تعالى[١٧]، وهو معلوم[١٨]، وإذا لم يصح التوكيل[١٩] نفذ الشراء على المأمور، فيهلك[٢٠] من ماله[٢١]

---

(١) وهو البائع.

(٢) أى رب الدين المملك.

(٣) الدين.

(٤) قوله: "وذلك" أى التمليك المذكور لا يجوز لعدم القدرة على التسليم.

(٥) قوله: "كما إذا اشترى بدين على غير المشترى" أى على غيره وهذا من قبيل وضع الظاهر موضع المضمر بأن كان لزيد على عمرو دين مثلا، فاشترى زيد من آخر شيئًا بذلك الدين الذى له على عمرو لا يجوز. (ك)

(٦) التوكيل المذكور

(٧) قوله: "بصرف [أى دفع] ما لا يملكه [الموكل]" لأن رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض، لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، فكان ما أدى المديون إلى البائع، أو إلى رب الدين ملك المديون، ورب الدين لا يملك ما فى ذمة المديون قبل القبض حقيقة، فكان أمر رب الدين المديون بالدفع إلى البائع أمرًا فيما لا يملكه، فكان باطلا. (ك)

(٨) القبض.

(٩) أى الأمر المذكور.

(١٠) قوله: "كما إذا قال: أعطِ إلخ" فإنه باطل، فإنه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه. (عينى)

(١١) والجامع أن كلا منهما تمليك ما هو غير مملوك. (ك)

(١٢) قوله: "بخلاف إلخ" أى بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع، أو المسلم إليه، فإن التوكيل صحيح لازم للآمر، لأنه يصير البائع أولا وكيلا عنه فى القبض، ثم يتملكه، وذلك ليس بتمليك من غير من عليه، ولا أمرًا بصرف ما لم يقبض. واعترض بأنه لو اشترى شيئًا بدين على آخر ينبغى أن يجوز بجعله وكيلا بالقبض أولا، وأجيب بأن عدم الجواز ههنا لكونه بيعًا بشرط، وهو أداء الثمن على الغير. (عناية)

(١٣) الموكل.

(١٤) أى عن رب الدين الموكل.

(١٥) قوله: "ثم يتملكه [أى الدين]" فيصير البائع قابضا لرب الدين أولا، ثم يصير قابضًا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره، ووكل الموهوب له بقبضه، وكذا إذا عين المبيع، لأن فى تعيين المبيع تعيين البائع كما مر فى صدر الكتاب. (نت)

(١٦) جواب عن قياسهما على الأمر بالتصدق ولم يذكر فى الكتاب.

(١٧) والفقير نائب عنه.

(١٨) فصار كتعيين البائع.

(١٩) قوله: "وإذا لم يصح إلخ" رجوع إلى أول البحث يعنى لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه بدين على الوكيل غير صحيح، وإذا لم يصح إلخ. (مل)

إلا إذا قبضه[١] الآمر منه[٢] لانعقاد البيع[٣] تعاطيا.

قال[٤]: ومن دفع إلى آخر ألفًا، وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها، فقال الآمر: اشتريتها بخمسمائة، وقال المأمور: اشتريتها بألف، فالقول قول المأمور[٥]، ومراده[٦] إذا كانت[٧] تساوي ألفًا، لأنه أمين فيه، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر[٨]، فإن كانت[٩] تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر، لأنه خالف[١٠] حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة، والأمر تناول ما يساوي ألفًا فيضمن.

قال[١١]: وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر، أما إذا كانت قيمتها[١٢] خمسمائة فللمخالفة[١٣]، وإن كانت قيمتها ألفًا فمعناه[١٤] أنهما يتحالفان، لأن الموكل والوكيل في هذا[١٥] ينزلان[١٦] منزلة البائع والمشتري، وقد وقع الاختلاف في الثمن، وموجبه التحالف، ثم يفسخ[١٧] العقد[١٨] الذي جرى بينهما، فيلزم الجارية[١٩]

---

(٢٠) العبد.

(٢١) المأمور.

(١) العبد.

(٢) المأمور.

(٣) بين الآمر والمأمور.

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٥) مع يمينه.

(٦) محمد.

(٧) الجارية.

(٨) والقول للمنكر. (ع)

(٩) الجارية. (ع)

(١٠) قوله: "لأنه خالف إلخ" لأنه إن اشتراها بألف فالوكيل بشراء جارية بغير عينها لا يملك الشراء بغبن فاحش، فالأمر يتناول جارية تشترى بألف، فكان مخالفًا، فيكون مشتريا لنفسه. (ك)

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٢) الجارية.

(١٣) إلى شر. (ع)

(١٤) أي معنى قوله: فالقول قول الآمر. (عناية)

(١٥) الفصل. (ع)

(١٦) للمبادلة الحكمية بينهما. (عناية)

(١٧) بعد التحالف.

(١٨) الحكمي التقديري.

المأمورَ. قال[١]: ولو أمره أن يشتري له هذا العبد، ولم يسم له ثمنًا، فاشتراه، فقال الآمر: اشتريته بخمسمائة، وقال المأمور: بألف، وصدق البائع المأمور، فالقول قول المأمور مع يمينه. قيل: لا تحالف ههنا[٢]؛ لأنه ارتفع الخلاف[٣] بتصديق البائع[٤]، إذ هو حاضر، وفي المسألة الأولى هو غائب، فاعتبر الاختلاف[٥]، وقيل: يتحالفان لما ذكرناه[٦]. وقد ذكر[٧] معظم يمين التحالف[٨]، وهو يمين البائع[٩]، والبائع[١٠] بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما[١١]، وقبله أجنبي عن الموكل، إذ لم يجر بينهما[١٢] بيع، فلا يصدق[١٣] عليه[١٤]، فبقي الخلاف[١٥]، وهذا[١٦] قول الإمام أبي منصور، وهو أظهر، والله أعلم بالصواب.

---

(١٩) قوله: "فيلزم الجارية إلخ" قيل: ههنا مطالبة، وهي أن الوكيل إذا قبض الثمن، فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والأمانة، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة، فما الحاكم في ذلك.

وأجيب بأن في الأول سبقت الأمانة المبادلة، والسبق من أسباب الترجيح، فاعتبرت فيه بخلاف الثاني. (نت)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٢) هو قول الفقيه أبي جعفر. (ك)

(٣) في الثمن.

(٤) قوله: "بتصديق البائع" فيجعل تصادق البائع والوكيل بمنزلة إنشاء العقد، ولو أنشأ العقد يلزم العبد للآمر، كذا هذا.

(٥) بين الآمر والمأمور، ووجب التحالف.

(٦) من أنهما نزلا منزلة البائع والمشتري.

(٧) قوله: "وقد ذكر [أي محمد] معظم إلخ" لفظه لا يدل على ذلك، فإن قوله: إن القول قول المأمور مع يمينه يدل على أن المأمور يصدق فيما قاله، وفي التحالف لا يصدق واحد منهما، فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك. (ت)

(٨) جواب عما يقال: إن المذكور فالقول قول المأمور مع يمينه فالتحالف يخالفه. (عيني)

(٩) قوله: "وهو يمين البائع" أي المأمور، لأنه بائع تقديراً في حق الموكل، وإنما قلنا: إن يمينه معظم يمين التحالف لأن البائع وهو المأمور ههنا مدع، ولا يمين على المدعي إلا في صورة التحالف.

وأما المشتري فمنكر، فعلى المنكر اليمين على كل حال، فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين، ثم لما وجب اليمين على المأمور وهو المدعي، فلأن يجب على المشتري المنكر وهو الآمر أولى، وهو معنى التحالف. (ك)

(١٠) قوله: "والبائع إلخ" هذا جواب عن تعليل القول الأول بقوله: ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذا هو حاضر. (ك)

(١١) أي عن الآمر والمأمور.

(١٢) أي بين الموكل الآمر والبائع الأصل.

(١٣) البائع.

(١٤) أي على الموكل.

(١٥) في الثمن بين الآمر والمأمور الذين بمنزلة البائع والمشتري، فيجري التحالف.

(١٦) أي القول الآخر.

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد[١]

قال[٢]: وإذا قال العبد لرجل: اشتر لي نفسي من مولاي بألف، ودفعها[٣] إليه[٤]، فإن قال الرجل للمولى: اشتريت لنفسه، فباعه[٥] على هذا فهو حر، والولاء للمولى؛ لأن بيع نفس العبد منه إعتاق[٦]، وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل، والمأمور سفير عنه[٧] إذ لا يرجع عليه[٨] الحقوق[٩]، فصار كأنه اشترى بنفسه، وإذا كان[١٠] إعتاقًا أعقب الولاء[١١].

وإن لم يبين[١٢] للمولى[١٣] فهو عبد للمشترى؛ لأن اللفظ[١٤] حقيقة للمعاوضة[١٥]، وأمكن العمل بها إذا لم يبين[١٦]، فيحافظ عليها[١٧]، بخلاف شرى

---

(١) قوله: "فصل في التوكيل إلخ" لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء، لكنه شراء صورة، فناسب أن يذكر في فصل على حدة، والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين، وهو أن يوكل العبد رجلا ليشتريه لنفسه من مولاه، وهو المسألة الأولى، وأن يوكل الرجل عبدا ليشتريه له من مولاه فالعبد في الأول موكل، وفي الثاني وكيل، وكلام المصنف يتناولهما بجعل الألف، واللام بدلا من المضاف إليه، وجعل المصدر مضافا إلى الفاعل أو المفعول، وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد: رجلا، وفي توكيل العبد: رجل. (عناية)

(٢) أي محمدٌ في "الجامع الصغير". (نت)

(٣) أي العبد الألف.

(٤) الرجل.

(٥) المولى.

(٦) قوله: "إعتاق" لأن العبد لا يملك وإن ملك، لأنه ليس بأهل لأن يملك مالا، فصار مجازاً عن الإعتاق، إذ البيع إزالة ملك بعوض إلى آخر، فجاز أن يستعار منه. (ك)

(٧) حيث أضاف العقد إلى موكله. (ع)

(٨) أي المأمور.

(٩) حقوق العبد.

(١٠) هذا الشراء.

(١١) لأن ما يثبت يثبت بضروراته ولوازمه. (ك)

(١٢) أي الرجل.

(١٣) أي لم يقل الوكيل: اشتريت العبد لنفس العبد. (ك)

(١٤) أي قوله: اشتريت عبدك بألف درهم. (ك)

(١٥) لا للإعتاق. (ك)

(١٦) قوله: "وأمكن العمل بها [أي بالحقيقة. ك] إلخ" فإن قيل: لا نسلم أن العمل بالحقيقة يمكن ههنا، لأنه وكيل بشراء شيء بعينه، فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه. قلنا: قد أتى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر غير ما وكل به، فإن ما وكل به كان من جنس الإعتاق على مال، وما أتى به إنما هو من جنس الشراء المحض، فكان مخالفًا للأمر، فيجرى عليه. (نت)

(١٧) أي على المعاوضة. (ك)

العبد نفسه[١]، لأن المجاز فيه متعين، وإذا كان[٢] معاوضة يثبت الملك له[٣].
والألف[٤] للمولى؛ لأنه كسب عبده، وعلى المشترى ألف مثله[٥] ثمنًا للعبد، فإنه[٦] في ذمته[٧] حيث لم يصح الأداء[٨] بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره[٩] حيث لا يشترط بيانه[١٠]؛ لأن العقدين[١١] هنالك على نمط واحد[١٢]، وفى الحالين[١٣] المطالبة يتوجه نحو العاقد[١٤]، أما ههنا[١٥] فأحدهما إعتاق معقب للولاء، ولا مطالبة على الوكيل[١٦] والمولى عساه لا يرضاه[١٧] ويرغب في المعاوضة المحضة[١٨]، فلا بد من البيان. ومن قال لعبد: اشتر لى نفسك من مولاك، فقال[١٩] لمولاه: بعنى نفسى

(١) قوله: "بخلاف شرى العبد نفسه" حيث نجعله للإعتاق، ووجه الورود أنه لما جعل الشراء للمعاوضة حقيقة ينبغى أن يحمل على حقيقته أينما كان، ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة فيما إذا اشترى العبد نفسه من مولاه بالبدل، بل حمل على الإعتاق ببدل، لأن المجاز فيه متعين، لأنه تعذر اعتباره بيعًا حقيقة، لأن البيع يوجب الملك للمشترى، والعبد ليس من أهله. (ك)

(٢) هذا الشراء.

(٣) الرجل.

(٤) التى دفعها العبد إلى وكيله.

(٥) قوله: "وعلى المشترى إلخ" هذا ظاهر فيما إذا أوقع الشراء للمشترى، وأما إذا أوقع الشراء للعبد نفسه حتى أعتق هل يجب على العبد ألف أخرى؟ قال الإمام قاضى خان فى "الجامع الصغير": إنه لم يذكر فى الكتاب، وينبغى أن يجب، لأن الأول مال المولى، فلا يصلح بدلا عن ملكه. (ك)

(٦) الثمن.

(٧) المشترى.

(٨) أى أداء الألف التى أداها الوكيل المشترى إلى المولى.

(٩) قوله: "من غيره" أى من غير العبد بأن وكل أجنبى أجنبيا آخر بشراء العبد من مولاه. (عينى)

(١٠) قوله: "حيث لا يشترط بيانه [بأن يقول عند الشراء: اشتريته لموكلى]" فإنه يصير مشتريًا للآمر، سواء أعلم الوكيل البائع أنه اشتراه لغيره، أو لم يعلمه، وههنا ما لم يعلمه أنه يشترى للعبد لا يصير مشتريًا للعبد لأن إلخ. (ك)

(١١) يعنى الذى يقع له والذى يقع للموكل.

(١٢) أى المبايعة.

(١٣) قوله: "وفى الحالين" أى فى حال الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله. (عينى)

(١٤) الوكيل. (ك)

(١٥) أى فى صورة توكيل العبد بشراء نفسه.

(١٦) لأنه سفير، فلا يرجع الحقوق عليه. (ك)

(١٧) قوله: "والمولى عساه لا يرضاه" أى لا يرضى الإعتاق، لأنه يعقب الولاء، وموجب الجناية عليه حينئذ، وبما يتضرر به، وشبه المصنف عسى بكاد، فاستعمل استعماله. (ع)

(١٨) التى فيها المطالبة على الوكيل.

(١٩) العبد.

لفلان بكذا، ففعل[١] فهو للآمر ؛ لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه، لأنه أجنبي عن ماليته[٢]، والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده[٣]، حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن[٤]، فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا[٥]، فيقع العقد للآمر[٦].

وإن عقد[٧] لنفسه فهو حر ؛ لأنه[٨] إعتاق، وقد رضي به المولى دون المعاوضة، والعبد وإن كان وكيلا بشراء معين[٩]، ولكنه أتى بجنس تصرف[١٠] آخر[١١]، وفي مثله[١٢] ينفذ على الوكيل[١٣].

وكذا لو قال: بعني نفسي[١٤]، ولم يقل: لفلان فهو حر؛ لأن المطلق[١٥] يحتمل الوجهين[١٦]، فلا يقع امتثالا بالشك، فيبقى التصرف[١٧] واقعًا لنفسه[١٨].

---

(١) قوله: "ففعل [أي المولى]" أي قال: بعت فهو للآمر، وإنما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك: قبلت، وأما إذا وقع الشراء للعبد يتم العقد بقول المولى: بعت مسبوقًا بقول العبد: بعني نفسي بكذا، بناء على أن الواحد يتولى طرفي الإعتاق على مال، إذا كان المال مقدرا، ولا يتولى طرفي البيع وإن كان المال مقدرا. (ك)

(٢) لأن ماليته لمولاه.

(٣) لكونه مأذونًا له.

(٤) قوله: "لا يملك البائع [أي المولى] إلخ" كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن. (ك)

(٥) قوله: "فإذا أضافه [أي العقد] إلخ" تقرير الدليل العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه، لأنه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صح فعله امتثالا، فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صح فعله امتثالا. (عيني)

(٦) قوله: "فيقع العقد للآمر" فإن قلت: إذا أضاف إلى الموكل فمن المطالب بالثمن، أجيب بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد، فإن قلت: قد يكون محجورًا عليه، ومثله لا يرجع إليه الحقوق.
أجيب بأن الحجر زال بالعقد الذي باشر مع مولاه، فإن المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو إذن. (ع)

(٧) أي إذا قال: بعني نفسي مني، فقال المولى: بعت.

(٨) لأن العبد لا يملك شيئًا حتى يشتري.

(٩) قوله: "والعبد وإن كان إلخ" جواب إشكال، وهو أن يقال ينبغي أن لا يجوز بيعه لنفسه، لأنه وكيل بشراء شيء معين، وهو لا يتمكن من أن يشتريه لنفسه، فينبغي أن لا يتمكن العبد من ذلك. (عيني)

(١٠) هو الإعتاق على مال.

(١١) أي غير ما وكل به.

(١٢) قوله: "وفي مثله ينفذ على الوكيل" فإن الوكيل إذا خالف نفذ الشراء على الوكيل. (عيني)

(١٣) قوله: "ينفذ على الوكيل" كما إذا صالح الوكيل عن دعواه على ذلك العين، أو خالع امرأته على ذلك، أو اشتراه بأكثر من الثمن الذي عينه، أو بخلاف جنس ذلك الثمن. (ك)

(١٤) أي أطلق.

(١٥) هو قوله: بعني نفسي.

فصل في البيع[١]

قال[٢]: والوكيل بالبيع والشراء[٣]، لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده، ومن لا يقبل شهادته له[٤] عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقالا: يجوز بيعه منهم[٥] بمثل القيمة[٦] إلا من عبده[٧] أو مكاتبه؛ لأن التوكيل مطلق[٨] ولا تهمة[٩]، إذ الأملاك متباينة[١٠]، والمنافع منقطعة، بخلاف العبد، لأنه[١١] بيع من نفسه[١٢]، لأن ما في يد العبد للمولى، وكذا للمولى حق في كسب المكاتب[١٣]، وينقلب حقيقة بالعجز[١٤].

---

(١٦) قوله: "والوجهين" وهما أن يكون مشتريًا بنفسه لنفسه، وأن يكون مشتريًا لغيره. (عيني)

(١٧) قوله: "فيبقى التصرف واقعا لنفسه" لأن الظاهر أن الإنسان يتصرف لأجل نفسه لا سيما تصرفًا يحصل منه الإعتاق. (عيني)

(١٨) قوله: "واقعًا لنفسه" فإن قيل: ينبغي أن يقع الشراء للموكل عند الإطلاق، لأن اللفظ لحقيقته في الأصل، فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الأصل.

قلنا: عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى، وهي أن الأصل في تصرف الإنسان أن يقع لنفسه، ولما وقع التعارض بين الأصلين رجحنا جانب الإعتاق، لأنه تصرف مندوب إليه والمعاوضة مباحة محضة. (ك)

(١) قوله: "فصل في البيع" لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء مع أنواعه وهو الإثبات شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع، وهو الإزالة، فالإزالة بعد الإثبات وجودا، فكذا وضعا. (نهاية)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) قوله: "والوكيل بالبيع إلخ" في "الذخيرة": الوكيل بالبيع إذا باع ممن لا يقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف، وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع، فإن كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز وإن كان بمثل القيمة، فعن أبي حنيفة روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز. (كفاية)

(٤) كابنه وأخيه.

(٥) أي من أبيه وجده، ومن لا يقبل شهادته له.

(٦) قوله: "بمثل القيمة" والغبن اليسير ملحق بمثل القيمة على قولهما كما ذكر في "الذخيرة". (كفاية)

(٧) أي الذي لا دين عليه.

(٨) أي عن التقييد بشخص دون شخص.

(٩) في البيع بمثل القيمة.

(١٠) قوله: "متباينة" دل عليه أنه يحل للابن وطئ جاريته، ولو لم يكن ملكه مباينًا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة، ولما حل وطئها حينئذ. (ك)

(١١) أي لأن البيع من عبده.

(١٢) فصار الواحد متوليًا طرفي العقد، وذا لا يجوز.

(١٣) حتى لا يصح تبرعاته.

(١٤) أي بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة.

وله: أن مواضع التهمة مستثناة[١] عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة[٢]، ولأن المنافع بينهم متصلة[٣]، فصار[٤] بيعاً من نفسه من وجه[٥]، والإجارة[٦] والصرف[٧] على هذا الخلاف.

قال[٨]: والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير، والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يجوز بيعه بنقصان[٩] لا يتغابن الناس فيه[١٠]، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير؛ لأن مطلق الأمر[١١] يتقيد بالمتعارف، لأن التصرفات لدفع الحاجات، فيتقيد بمواقعها، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود، ولهذا[١٢] يتقيد التوكيل[١٣] بشراء الفحم[١٤] والجمد[١٥] والأضحية بزمان الحاجة[١٦]. ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه[١٧]، وهبة من وجه[١٨]، وكذا المقايضة[١٩] بيع من وجه[٢٠]،

---

(١) لأن الوكالة شرعت للأمانة.

(٢) قوله: "بدليل عدم قبول الشهادة" فقدر ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا أن ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في موضع التهمة. (ك)

(٣) عادة.

(٤) أي بيع الوكيل من هؤلاء.

(٥) قوله: "فصار بيعاً إلخ" فإن قيل: ما الفرق لأبي حنيفة في تجويز بيع المضاربة من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أنه له قبل ظهور، حكم الوكيل.
أجيب بأن المضارب أعم تصرفا من الوكيل، فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه، كما إذا صار المال عروضاً، فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظراً إلى جهة استبداده. (ع)

(٦) قوله: "والإجارة إلخ" يعني أن الوكالة بالإجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور، وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس، لأن المعقود عليه -وهو المنافع- معدومة، والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره، فكانا مما يظن عدم جواز، مع هؤلاء بالإجماع، فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما. (نت)

(٧) كذا السلم. (ك)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) أي بالغبن الفاحش.

(١٠) ويجوز بالغبن اليسير.

(١١) بالوكالة.

(١٢) أي لأجل تقييد التصرفات بمواقعها.

(١٣) قوله: "يتقيد التوكيل إلخ" التوكيل بشراء الفحم يتقيد بأيام البرد في تلك السنة، والتوكيل بشراء الجمد بأيام الصيف في تلك السنة، والتوكيل بشراء الأضحية بأيام النحر في تلك السنة أو قبلها. (ك)

(١٤) انكشت.

(١٥) قوله: "والجمد" بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد، وتسميته للاسم بالمصدر. (ع)

(١٦) حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر. (ع)

(١٧) وهو وكيل بالبيع المطلق. (ك)

وشــراء من وجــه، فــلا يتناوله مطلق اسم البــيع، ولهــذا[1] لا يملكه[2] الأب والوصى[3]. وله: أن التوكيل بالبيع مطلق، فيجرى على إطلاقه فى غير موضع التهمة، والبيع[4] بالغبن[5] أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن، والتبرم[6] من العين، والمسائل[7] ممنوعة[8] على قول أبى حنيفة على ما هو المروى عنه، وأنه[9] بيع من كل وجه[10]، حتى إن من حلف لا يبيع يحنث به[11]، غير أن الأب والوصى[12] لا يملكانه[13] مع أنه بيع[14]، لأن ولايتهما نظرية[15]، ولا نظر فيه، والمقايضة[16] شراء من كل وجه[17]، وبيع من كل وجه[18] لوجود حد كل واحد

---

(١٨) حتى لو حصل من المريض يعتبر من الثلث. (ك)

(١٩) أى البيع بالعرض.

(٢٠) قوله: "بيع من وجه إلخ" لأنه من حيث إن فيه إخراج السلعة من الملك بيع، ومن حيث إن فيه تحصيل السلعة فى الملك شراء. (ع)

(١) أى لأن البيع بغبن فاحش إلخ.

(٢) البيع بغبن فاحش.

(٣) فى مال الصغير.

(٤) جواب عن قولهما.

(٥) أى سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع إلخ.

(٦) تبرم به بنسوه آمد وملول گرديد. (من)

(٧) أى شراء الفحم والجمد وغيرهما.

(٨) قوله: "ممنوعة إلخ" المسائل مروية عن أبى يوسف، فأما عند أبى حنيفة يعتبر الإطلاق فى جميع ذلك. (ك)

(٩) أى البيع بغبن فاحش. (نت)

(١٠) قوله: "وأنه بيع إلخ" جواب عن قولهما: ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه، وهبة من وجه، يعنى لا نسلم أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه. (نت)

(١١) أى بالبيع بغبن فاحش. (نت)

(١٢) قوله: "غير أن الأب إلخ" جواب عن سؤال مقدر، تقريره أنه لو كان البيع بغبن فاحش بيعًا من كل وجه يملكه الأب والوصى. (نت)

(١٣) أى البيع بغبن فاحش.

(١٤) من كل وجه.

(١٥) قوله: "لأن ولايتهما إلخ" أى ولاية الأب والوصى على الصغير من حيث النظر فى أمرهما بالشفقة، ولا نظر فى بيع الغبن. (عينى)

(١٦) جواب عن قولهما: وكذا المقايضة إلخ. (نت)

(١٧) بالنسبة إلى عرض صاحبه. (ك)

(١٨) بالنسبة إلى عرض نفسه. (ك)

منهما. قال[١] : والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة[٢]، وزيادة يتغابن الناس في مثلها، ولا يجوز بما لا يتغابن[٣] الناس في مثله؛ لأن التهمة فيه[٤] متحققة، فلعله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافقه[٥] ألحقه بغيره على ما مر[٦]، حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه، قالوا[٧] : ينفذ[٨] على الآمر[٩]، لأنه[١٠] لا يملك شراءه لنفسه، وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه[١١] امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده[١٢]، لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد[١٣]، فلا تتمكن[١٤] هذه التهمة، ولا كذلك الوكيل بالشراء[١٥]، لأنه يطلق العقد[١٦].

قال[١٧] : والذي[١٨] لا يتغابن[١٩] الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقيل[٢٠] : في العروض[٢١] ده نيم[٢٢]، وفي الحيوانات ده يازده، وفي العقار ده

(١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) قوله: "يجوز عقده إلخ" هذا فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد، فأما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم إذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر. (ك)

(٣) هو الغبن الفاحش.

(٤) أي في الشراء بالغبن الفاحش.

(٥) أو قد وجده خاسراً.

(٦) قوله: "على ما مر" أي في المتن بقوله: لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر. (عيني)

(٧) قوله: "قالوا" أراد بقوله: قالوا عامة المشايخ، فإن بعضهم قال: يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش، وقال بعضهم: لا يتحمل فيه اليسير أيضاً. (ع)

(٨) وإن كان شرى بالغبن الفاحش.

(٩) لانتفاء التهمة.

(١٠) أي لأن الوكيل بشراء شيء بعينه.

(١١) الموكل.

(١٢) أي عند أبي حنيفة. (نت)

(١٣) أي عقد النكاح.

(١٤) أشار به إلى قوله: لأن التهمة فيه متحققة.

(١٥) فإنه يتمكن فيه التهمة المذكورة.

(١٦) قوله: "لأنه يطلق العقد" أي لا يضيف العقد إلى الموكل، حيث يقول: اشتريت، ولا يقول: لفلان. (مل)

(١٧) أي القدوري. (عيني)

(١٨) هذا لفظ القدوري.

(١٩) ومقابله ما يتغابن الناس فيه فهو يسير.

(٢٠) قوله: "وقيل إلخ" ظاهر سوق الكلام مشعر بأن مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش، والحق أن قوله:

دوازده؛ لأن التصرف يكثر وجوده فى الأول، ويقل فى الأخير، ويتوسط فى الأوسط، وكثرة الغبن لقلة التصرف[١].

قال[٢]: وإذا وكله ببيع عبد[٣] له، فباع[٤] نصفه جاز عند أبى حنيفةرح؛ لأن اللفظ مطلق[٥] من قيد الافتراق والاجتماع، ألا ترى[٦] أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده[٧]، فإذا باع النصف به[٨] أولى[٩].

وقالا: لا يجوز؛ لأنه[١٠] غير متعارف[١١]، ولما فيه[١٢] من ضرر الشركة، إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما[١٣]؛ لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى

وقيل إلخ معطوف على ما تضمن قوله: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، والتقدير أنه إذا كان الغبن الفاحش لا يدخل تحت تقويمهم كأن ما يدخل تحت تقويمهم غبنًا يسيراً. وقيل: الغبن اليسير فى العروض إلخ، وحينئذٍ يكون هذا تفسير الغبن اليسير وهذا موافق لما ذكره الإمام علاء الدين الإسبيجابى فى "شرح الطحاوى"، وأبو المعين النسفى فى "شرح الجامع الكبير" إلى غير ذلك من جمهور الأئمة الفقهاء، تأمل. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٢١) وفى "النهاية": هذا بيان الغبن اليسير. (ك)

(٢٢) قوله: "ده نيم" ثم إن عشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة، فجعلت أصلا، والدرهم مال يبحث لأجله، فقد لا يتسامح به فى المماكسة، فلم يعتبر، فما كثر وقوعه يسيراً والنصف منه كان يسيراً وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع، فما كان أقل وقوعًا منه اعتبر فيه ضعفه يسيراً، وما كان أقل من الأقل اعتبر فيه ضعف ضعفه يسيراً. (نت)

(١) قوله: "لقلة التصرف" تقريره أن الغبن يزيد بقلة التجربة، وينتقص من كثرتها وقلتها، وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته، وفى القسم الأول كثير، وفى الأخير قليل، وفى الأوسط متوسط، فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان يسيراً، فلزم الآمر، وإن زاد على ذلك لزم الوكيل. (عينى)

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٣) قوله: "ببيع عبد" قيد بالعبد، لأن بيع النصف فيما وكل ببيع ما ليس فى تبعيضه ضرر كالحنطة والشعير جائز بالاتفاق. (ك)

(٤) الوكيل.

(٥) فيجرى على إطلاقه.

(٦) قوله: "ألا ترى أنه إلخ" فإن قيل: إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة، وأما بيع النصف يتضمن عيب الشركة فى العبد، فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شر، فلا ينفذ بيعه على الموكل.
قلنا: ضرر الشركة أهون، وأقل من ضرر بيع الكل بنصف الثمن، فلما جاز ذلك على قوله، لأن يجوز هذا وهو ضرر الشركة أولى. (ك)

(٧) قوله: "يجوز عنده" قيد بقوله: عنده لأنه لا يجوز عندهما لأنه بيع بغبن فاحش. (عينى)

(٨) أى بثمن النصف.

(٩) قوله: "أولى" لأن إمساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن أنفع له من بيع الكل بذلك الثمن. (عينى)

(١٠) بيع النصف.

(١١) والتوكيل بالبيع ينصرف إلى المتعارف.

(١٢) بيع النصف.

(١٣) الوكيل والموكل.

الامتثال[١]، بأن لا يجد[٢] من يشتريه جملة، فيحتاج إلى أن يفرق، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة[٣]، وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة، فلا يجوز، وهذا استحسان[٤] عندهما.

وإن وكله بشراء عبد، فاشترى[٥] نصفه[٦] فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيه[٧] لزم الموكل؛ لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان[٨] موروثًا بين جماعة، فيحتاج إلى شراءه شقصًا شقصًا[٩]، فإذا اشترى[١٠] الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه[١١] وقع وسيلة، فينفذ على الآمر، وهذا بالاتفاق[١٢]، والفرق[١٣] لأبي حنيفة أن في الشرى يتحقق التهمة على ما مر[١٤]، وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه[١٥] فيصح، فيعتبر فيه إطلاقه، والأمر بالشراء صادف ملك الغير، فلم يصح، فلم يعتبر فيه التقييد والإطلاق[١٦].

---

(١) أي امتثال أمر الموكل.

(٢) الوكيل.

(٣) إلى الامتثال.

(٤) قوله: "وهذا استحسان" أي كون البيع موقوفًا إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة استحسان عند أبي يوسف ومحمد لأن القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف. (عيني)

(٥) الوكيل.

(٦) العبد.

(٧) العبد.

(٨) العبد.

(٩) پاره.

(١٠) الوكيل.

(١١) أي أن شراء النصف.

(١٢) بين أئمتنا الثلاثة. (نت)

(١٣) بين البيع والشراء.

(١٤) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: لأن التهمة فيه متحققة، فلعله اشتراه لنفسه. (ك)

(١٥) قوله: "وآخر [أي فرق آخر] أن إلخ" قال في غاية البيان: يعني أن الأمر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمر، فصح أمره لولايته على ملكه، فاعتبر إطلاق الأمر، فجاز بيع النصف، لأن الأمر وقع مطلقًا عن الجمع والتفريق، وأما الأمر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير، وهو مال البائع، فلم يصح الأمر مقصودا، لأنه لا ملك للآمر في مال الغير، وإنما صح ضرورة الحاجة إليه، ولا عموم لما ثبت ضرورة، فلا يعتبر إطلاقه، فلم يجز شراء البعض، لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، وذلك يتأدى بالتعارف وهو شراء الكل لا البعض، لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقي قبل أن يختصما، فيجوز على الآمر، لأنه حصل مقصوده. (نت)

(١٦) بل يعتبر العرف، والعرف فيه أن يشترى جملة. (ع)

قال[١]: ومن أمر رجلا ببيع عبده، فباعه، وقبض الثمن، أو لم يقبض، فرده[٢] المشترى عليه[٣] بعيب[٤] لا يحدث مثله بقضاء القاضى ببينة[٥]، أو بإباء[٦] يمين، أو بإقراره[٧] فإنه يرده[٨] على الآمر[٩]؛ لأن القاضى تيقن[١٠] بحدوث العيب فى يد البائع، فلم يكن قضاءه مستنداً[١١] إلى هذه الحجج[١٢].

وتأويل اشتراطها[١٣] فى الكتاب[١٤] أن القاضى يعلم أنه[١٥] لا يحدث مثله فى مدة شهر مثلا، لكنه اشتبه عليه[١٦] تاريخ البيع، فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ[١٧]، أو كان[١٨] عيبًا[١٩] لا يعرفه إلا النساء[٢٠]، أو الأطباء[٢١]، وقولهن[٢٢]

---

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٢) العبد.

(٣) الوكيل.

(٤) كالإصبع الزائدة.

(٥) قامت على المأمور.

(٦) أى بنكول المأمور عن اليمين عند توجهها إليه.

(٧) أى المأمور بالعيب.

(٨) العبد.

(٩) أى من غير خصومة، إذ الرد على الوكيل وعلى الموكل.

(١٠) إذ الكلام فى عيب لا يحدث مثله. (نت)

(١١) قوله: "فلم يكن إلخ" قال جماعة من الشراح: هذا جواب عن سؤال سائل، وهو أن يقال: لما كان العيب لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضى على وجود هذه الحجج، بل ينبغى أن يقضى القاضى بدونها لعلمه قطعًا بوجود هذا عند البائع، فأجاب بأن قال: لم يكن قضاءه مستندًا إلى هذه الحجج إلخ.

أقول: إن الفاء ههنا غير مناسب، ولو قال المصنف: ولم يكن قضاءه مستندا إلى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه أسلم. (نت)

(١٢) أى البينة والإباء عن اليمين والإقرار.

(١٣) قوله: "وتأويل اشتراطها إلخ" يعنى لما تيقن القاضى بحدوث العيب فى يد البائع، فلم يكن قضاءه مستندا إلى هذه الحجج، فما معنى اشتراطها، فقال: وتأويل إلخ. (ك)

(١٤) الجامع الصغير. (نت)

(١٥) العيب.

(١٦) القاضى.

(١٧) قوله: "لظهور التاريخ" ليعلم أن تاريخ البيع منذ شهر، فيظهر عند القاضى أن هذا العيب كان فى يد البائع، فيرد المبيع عليه. (عناية)

(١٨) أى العيب الذى يريد به المشترى الرد.

(١٩) إشارة إلى تأويل آخر. (نت)

(٢٠) كمرض الفرج.

وقول الطبيب حجة[١] فى توجه الخصومة[٢] لا فى الرد[٣]، فيفتقر إليها فى الرد[٤]، حتى لو كان القاضى عاين البيع والعيب[٥] ظاهر لا يحتاج إلى شىء منها[٦]، وهو[٧] رد على الموكل، فلا يحتاج الوكيل[٨] إلى رد وخصومة[٩].

قال: وكذلك[١٠] إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة، أو بإباء يمين[١١]؛ لأن البينة حجة مطلقة[١٢] والوكيل مضطر فى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع[١٣]، فلزم[١٤] الآمر. قال[١٥]: فإن كان ذلك[١٦] بإقراره لزم المأمور[١٧]؛

---

(٢١) كالسعال القديم.

(٢٢) النساء.

(١) للمشترى.

(٢) مع البائع.

(٣) على البائع.

(٤) قوله: "فيفتقر إليها [الحجج] فى الرد" فإن قيل: إذا أقر الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضى لأنه يقبله لا محالة، فما معنى ذكر قضاء القاضى مع الإقرار، قلنا: يمكن أن يقر الوكيل بالعيب، ويمتنع بعد ذلك عن القبول، فقضاء القاضى كان جبراً عليه على القبول. (ك)

(٥) الواو حالية.

(٦) الحجج.

(٧) أى الرد على الوكيل.

(٨) قوله: "فلا يحتاج إلخ" لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل. (نت)

(٩) مع الموكل.

(١٠) أى كذلك الرد على الوكيل رد على الموكل أن رد المشترى المبيع على البائع.

(١١) قوله: "أو بإباء يمين" أى إن نكل الوكيل يرده على الآمر أيضاً، وفيه خلاف زفر، فإن قيل: إذا كان الرد بالإباء يجب أن لا يلزم الموكل كمن اشترى شيئاً وباعه من غيره، ثم إن المشترى الثانى وجد به عيباً، فرده على المشترى الأول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه، وهذا دليل زفر.

فنقول: الوكيل مضطر فى هذا النكول، لأنه لا يمكنه أن يحلف كاذباً إذا كان عالماً بالعيب، وإنما اضطر إلى ذلك بعمل باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه، بخلاف ما لو أقر فإنه غير مضطر إلى الإقرار، لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين، ويقضى عليه بالنكول، ولكن فى عمل باشره لنفسه لا يرجع بعهدته على غيره. (ك)

(١٢) قوله: "حجة مطلقة [أى كاملة]" أى مثبتة عند الناس كافة، فيثبت بها قيام العيب عند الموكل، فنفذ الرد على الموكل. (عينى)

(١٣) فإنه لم يمارس من أحوال المبيع وهو العبد، فلا يعرف بعيب ملك الغير. (نت)

(١٤) العبد.

(١٥) أى محمد. (عينى)

(١٦) الرد بالعيب.

(١٧) الوكيل.أى ليس هذا الرد ردا على الموكل.

لأن الإقرار حجة قاصرة[١]، وهو غير مضطر إليه[٢] لإمكانه السكوت والنكول[٣]، إلا أن له[٤] أن يخاصم الموكل، فيلزمه ببينة أو بنكوله، بخلاف ما إذا كان الرد[٥] بغير قضاء بإقرار[٦]، والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له[٧] أن يخاصم بائعه[٨]، لأنه[٩] بيع جديد[١٠] في حق ثالث[١١]، والبائع[١٢] ثالثهما، والرد[١٣] بالقضاء فسخ[١٤] لعموم ولاية القاضي[١٥] غير أن الحجة قاصرة، وهي الإقرار، فمن حيث الفسخ كان له[١٦] أن يخاصمه، ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل إلا بحجة[١٧].

ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره[١٨] يلزم الموكل من غير خصومة في رواية[١٩]، لأن الرد متعين[٢٠]، وفي عامة الروايات[٢١] ليس له أن

---

(١) لا يظهر إلا في حق المقر دون غيره.

(٢) الإقرار.

(٣) قوله: "لإمكانه [أي المأمور] إلخ" يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين، ويقضى عليه بالسكوت والنكول. (نتائج)

(٤) الوكيل.

(٥) أي رد المشتري المبيع على الوكيل بإقراره.

(٦) من الوكيل.

(٧) أي الوكيل.

(٨) قوله: "أن يخاصم بائعه" أي موكله سماه بائعًا لكونه بمنزلة البائع في أنه يرد عليه الوكيل تارة، ويخاصمه في الرد في بعض الصور. (ك)

(٩) أي لأن الرد بغير القضاء بالإقرار.

(١٠) قوله: "لأنه بيع جديد إلخ" أي الرد متى كان بالإقرار بغير قضاء كان فسخا بالتراضي، فأمكن اعتباره بيعًا جديداً في حق الثالث، فيبطل حق الخصومة، والرد لما حصل بقضاء تعذر اعتباره بيعًا جديدا لفقد التراضي، فكان فسخًا، إلا أن هذا فسخ بدليل قاصر، فلقصور الحجة لا يكون الرد على الوكيل رداً على الموكل، ومن حيث إنه فسخ كان له أن يخاصم الموكل. (ك)

(١١) سوى المتعاقدين، فإنه فسخ في حقهما.

(١٢) هو الموكل.

(١٣) بالإقرار.

(١٤) لأن القاضي يرده على كره منه.

(١٥) أي على الوكيل والموكل.

(١٦) أي للوكيل.

(١٧) أي البينة أو النكول.

(١٨) الوكيل.

(١٩) أي رواية كتاب البيوع من الأصل. (نت)

(٢٠) قوله: "لأن الرد متعين" وذلك لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع الأمر إليه، فإنهما لو رفعا الأمر إليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل، ولا يكلفه إقامة الحجة على ذلك، وكان ذلك ردا على الموكل، قال في

يخاصمه[١] لما ذكرنا[٢]، والحق[٣] في وصف السلامة[٤]، ثم ينتقل[٥] إلى الرد[٦]، ثم إلى الرجوع[٧] بالنقصان، فلم يتعين الرد، وقد بيناه[٨] في الكفاية[٩] بأطول من هذا. قال[١٠]: ومن قال لآخر: أمرتك ببيع عبدي بنقد، فبعته بنسيئة[١١]، وقال المأمور: أمرتني ببيعه، ولم تقل شيئًا، فالقول قول الآمر؛ لأن الأمر يستفاد من جهته[١٢]، ولا دلالة على الإطلاق[١٣].

قال[١٤]: وإن اختلف[١٥] في ذلك[١٦] المضارب، ورب المال فالقول قول المضارب؛ لأن الأصل[١٧] في المضاربة العموم، ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة

"الكافي"، فإذا تعين الرد صار تسليم الخصم، وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة، وقضاء الدين والرجوع في الهبة. (نت)

(٢١) من "المبسوط".

(١) قوله: "ليس له [أي للوكيل] أن يخاصمه" بل يلزم الوكيل، لأن الرد ثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد، ولا نسلم أنهما فعلا عين ما يفعله القاضي، فكيف يكون ذلك مع التفاوت في الولاية، وفي المسائل الموردة في "الكافي" الحق متعين لا يحتمل النقل إلى غيره، وهذا هو المراد بقوله: وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا. (ك)

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه بيع جديد في حق ثالث. (نت)

(٣) أي حق المشتري.

(٤) جواب من قال: إن الرد متعين.

(٥) الحق.

(٦) لضرورة العجز. (ك)

(٧) قوله: "إلى الرجوع" أي ثم ينتقل الحق بامتناع الرد بحدوث عيب، أو بحدوث زيادة في المبيع إلى الرجوع بالنقصان. (نت)

(٨) حكم المسائل المذكورة.

(٩) أي كفاية المنتهى.

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١١) كسفينة درنگ وتأخير. (من)

(١٢) فهو أعلم بما قاله. (نت)

(١٣) قوله: "ولا دلالة إلخ" إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيدًا، وقد يكون مطلقًا، ولا دليل على أحد الوجهين على أن الأصل في عقد الوكالة التقييد، لأن مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك، فإنه ما لم يقل: وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه، ألا ترى أنه لو قال لغيره: وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك إلا الحفظ، فكان مدعيا لما هو الأصل فيه، فكان القول قوله. (نت)

(١٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) قوله: "وإن اختلف إلخ" بأن قال رب المال: أمرتك بالنقد، وقال المضارب: بل دفعت المال مضاربة، ولم تعين شيئًا. (عيني)

(١٦) أي النقد وعدمه.

(١٧) وإن كان الأمر يستفاد من رب المال.

المضاربة، فقامت دلالة الإطلاق، بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع، والمضارب فى نوع آخر، حيث يكون القول لرب المال؛ لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما[١]، فنزل إلى الوكالة المحضة[٢]، ثم مطلق الأمر بالبيع[٣] ينتظمه[٤] نقدًا ونسيئة إلى أى أجل كان عند أبى حنيفة[٥]، وعندهما يتقيد بأجل متعارف، والوجه[٦] قد تقدم[٧].

قال[٨]: ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه، وأخذ بالثمن رهنًا، فضاع[٩] فى يده، أو أخذ به[١٠] كفيلا فتوى المال عليه[١١] فلا ضمان عليه؛ لأن الوكيل أصيل فى الحقوق، وقبض الثمن منها[١٢]، والكفالة توثق به[١٣]، والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء[١٤]، فيملكهما[١٥] بخلاف الوكيل بقبض الدين[١٦]، لأنه يفعل نيابة[١٧]،

(١) رب المال والمضارب.

(٢) وفيها القول للآمر.

(٣) أى فى صورة الوكالة. (نت)

(٤) البيع.

(٥) قوله: "إلى أى أجل كان إلخ" حتى لو باع لأجل غير متعارف بين التجار بأن باع إلى خمسين سنة جاز عنده عملا بالإطلاق. (كفاية)

(٦) قوله: "والوجه" أى من الجانبين قد تقدم فى التوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض، وعندهما يتقيد بالمتعارف. (ك)

(٧) قوله: "قد تقدم" أى فى مسألة التوكيل بالبيع، فإن أبا حنيفة عمل بالإطلاق وهما بالمتعارف، قال صاحب "العناية": وكان الأنسب أن يذكر مسألة النسيئة فى أوائل الفصل عند قوله: والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار إلى ذلك الموضع بقوله: والوجه قد تقدم. (نت)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٩) الرهن.

(١٠) أى بالثمن.

(١١) قوله: "فتوى المال عليه" بأن مات الكفيل مفلسًا، والمكفول عنه أيضًا مات مفلسًا، أو غاب، ولا يعرف موضعه، أو بأن رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل، بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك، فحكم ببراءة الأصيل فتوى المال على الكفيل. (ك)

(١٢) الحقوق.

(١٣) أى بالثمن.

(١٤) أى استيفاء الثمن.

(١٥) أى الوكيل الكفالة والارتهان.

(١٦) فإنه إذا أخذ رهنا، أو كفيلا لا يجوز.

(١٧) حتى إذا نهاه عن القبض صح نهيه.

وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة، وأخذ الرهن، والوكيل بالبيع يقبض أصالة[١]، ولهذا لا يملك الموكل حجره[٢] عنه[٣].

فصل[٤]

وإذا[٥] وكل وكيلين، فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر[٦]، وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي[٧] كالبيع والخلع وغير ذلك؛ لأن الموكل رضى برأيهما لا برأي أحدهما[٨]، والبدل[٩] وإن[١٠] كان مقدرًا، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة، واختيار المشتري.

قال[١١]: إلا[١٢] أن يوكلهما بالخصومة[١٣]؛ لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء

---

(١) لأنه أصيل في الحقوق.

(٢) أي حجر الوكيل.

(٣) أي عن قبض الثمن. (نت)

(٤) قوله: "فصل" لما ذكر حكم وكالة رجل واحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الرجلين، لما أن الاثنين بعد الواحد، فكذلك حكمهما. (ن)

(٥) هذا لفظ القدوري.

(٦) قوله: "فليس لأحدهما إلخ" هذا إذا وكلهما بكلام واحد، بأن قال وكلتكما ببيع عبدي هذا، أو بخلع امرأتي هذه، أما إذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد في التصرف. (ك)

(٧) قوله: "وهذا في تصرف إلخ" أقول: فيه شيء، وهو أنه لو كان هذا الذي ذكره القدوري في "مختصره" مقيداً بتصرف يحتاج فيه إلى الرأي لما احتاج إلى استثناء أمور أربعة من الأمور الخمسة التي استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور، وهو ما سوى الخصومة، فإنها مما لا يحتاج فيه إلى الرأي كما سيأتي التصريح به من المصنف، ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الأمور الخمسة في الاستثناء بكلمة واحدة، لأن الاستثناء يصير حينئذٍ متصلا بالنظر إلى التوكيل بالخصومة، ومنقطعًا بالنظر إلى التوكيل بما سواها، وقد تقرر في كتب الأصول أن صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل، مجاز في المنقطع، فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز.

فالظاهر أن كلام القدوري ههنا مطلق، وبعد الاستثناء الآتي يخرج منه ما لا يحتاج فيه إلى الرأي، وما يحتاج فيه إلى الرأي، ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة، ويصير الاستثناء متصلا بالنظر إلى الكل، فينتظم المقام. (نت)

(٨) قوله: "أحدهما" فلو باع أحدهما والآخر حاضر لا يجوز إلا أن يجيز الآخر، ولو كان الآخر غائبًا عنه فأجاز لم يجز عند الإمام الأعظم. (عيني)

(٩) قوله: "والبدل إلخ" جواب سؤال، وهو أن البدل إذا كان مقدرا لا يحتاج فيه إلى الرأي، وينبغي أن يستبد كل واحد منهما بالتصرف حينئذٍ، فقال: والبدل وإن كان مقدرا، ولكن تقدير الثمن في البيع يمنع النقصان دون الزيادة، وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما، وهدايته، أو يختار الآخر مشتريًا لا يماطل في أداء الثمن. (ك)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٢) استثناء من قوله: فليس لأحدهما أن ينصرف إلخ.

(١٣) فلا يشترط حضور صاحبه في خصومة. (ك)

إلى الشغب[١] في مجلس القضاء، والرأى يحتاج إليه[٢] سابقًا لتقويم الخصومة[٣].

قال[٤]: أو بطلاق[٥] زوجته بغير عوض[٦]، أو بعتق[٧] عبده بغير عوض، أو برد وديعة عنده[٨]، أو قضاء[٩] دين عليه؛ لأن هذه الأشياء[١٠] لا يحتاج فيها إلى الرأى بل هو[١١] تعبير محض[١٢]، وعبارة المثنى والواحد سواء، وهذا[١٣] بخلاف ما إذا قال لهما[١٤]: طلقاها[١٥] إن شئتما، أو قال: أمرها بأيديكما؛ لأنه تفويض إلى رأيهما[١٦]، ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس[١٧]، ولأنه علق الطلاق[١٨]

---

(١) فتنة وخصومت ونزاع، وأنه مانعة من إظهار الحق. (ك)

(٢) قوله: "والرأى إلخ" إشارة إلى دفع قول من قال ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه لأن الخصومة يحتاج فيه إلى الرأى، والموكل رضى برأيهما. (عينى)

(٣) قوله: "لتقويم الخصومة" يعنى أن الخصومة وإن افتقرت إلى تعاون الرأيين يعتضد كل واحد منهما بالآخر فى استنباط ما هو الأصوب فيها، لكن إنما يفتقر إلى تعاون الرأيين على ذلك قبل مجلس القضاء. (ك)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٥) فلأحدهما أن يطلق.

(٦) المال.

(٧) فلأحدهما أن يعتق.

(٨) قوله: "أو برد [فلأحدهما أن يردها] وديعة إلخ" قيد بردها لأنه إذا وكل رجلين بقبض وديعة له، فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامنًا، لأنه شرط اجتماعهما على القبض، واجتماعهما على القبض ممكن، وللموكل فيه فائدة لأن حفظ اثنين أنفع، فإذا قبض أحدهما صار قابضا بإذن المال، فيصير ضامنًا.

فإن قيل: ينبغى أن يكون ضامنًا للنصف، لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف، قلنا: كل واحد منهما مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه، فأما فى حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه. (ك)

(٩) فلأحدهما أن يقضيه.

(١٠) أى الطلاق بلا عوض والإعتاق بلا عوض وغيرهما.

(١١) التوكيل.

(١٢) عن كلام الموكل.

(١٣) أى جواز انفراد أحدهما.

(١٤) الوكيلين.

(١٥) المرأة.

(١٦) فلا يجوز انفراد أحدهما.

(١٧) قوله: "ألا ترى أنه [أى أن قوله: طلقاها إلخ، أو أمرها إلخ] تمليك إلخ" وإذا كان تمليكًا صار التطليق تمليكًا لهما، فلا يقدر أحدهما على التصرف فى ملك الآخر، قيل: ينبغى أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقة، وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر إذ بإيقاع النصف يقع تطليقة كاملة، فإن قيل: هذا الإبطال ضمنى، فلا يعتبر، أجيب بأنه لا حاجة إليه مع قدرتهما على الاجتماع. (نت)

(١٨) قوله: "ولأنه علق الطلاق إلخ" بناء على أن التعليق كما يوجد فى صورة أن قال لهما: طلقاها إن شئتما يوجد أيضًا فى صورة أن قال لهما: أمرها بأيديكما، إذ قد صرح المصنف فى فصل الأمر باليد من باب تفويض الطلاق، بأن

بفعلهما[١]، فاعتبره[٢] بدخولهما.

قال[٣]: وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به، لأنه[٤] فوض إليه التصرف دون التوكيل به[٥]، وهذا[٦] لأنه[٧] رضي برأيه، والناس متفاوتون في الآراء[٨].

قال[٩]: إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا، أو يقول له: اعمل برأيك، لإطلاق التفويض إلى رأيه، وإذا جاز فى هذا الوجه[١٠] يكون[١١] الثانى وكيلا عن الموكل، حتى لا يملك[١٢] الأول عزله، ولا ينعزل بموته[١٣]، وينعزلان[١٤] بموت الأول[١٥]، وقد مر نظيره[١٦] في أدب القاضي[١٧].

قال[١٨]: فإن وكل بغير إذن موكله، فعقد وكيله بحضرته جاز[١٩]؛ لأن

جعل الأمر باليد فيه معنى التعليق، وقال الشراح في بيانه: وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق. (نت)

(١) قوله: بفعل، أى تطليق، وقوله: هما، أى وكيلين.

(٢) قوله: "فاعتبره [أى التعليق]" أى فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق، كذا هذا، فإن قيل: ففى قوله: طلقاها أيضًا متعلق بفعلهما، ويقع بإيقاع أحدهما، أجيب بالمنع فإنه ليس فيه ما يدل على ذلك، بخلاف ما نحن فيه لوجود حرف الشرط، وهو قوله: إن شئتما. (ع)

(٣) أى القدورى في "مختصره". (نت)

(٤) الموكل.

(٥) أى بالتصرف.

(٦) أى عدم جواز توكيل الوكيل.

(٧) الموكل.

(٨) فلا يكون راضيًا بغيره.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) قوله: "وإذا جاز فى هذا الوجه" أى إذا جاز توكيل الوكيل غيره فى هذا الوجه الذى يجوز التوكيل فيه، وذلك بأن يأذن له الموكل، أو يقول له: اعمل برأيك، فوكل غيره. (نت)

(١١) الوكيل.

(١٢) الوكيل.

(١٣) الأول.

(١٤) الأول والثانى.

(١٥) أى الموكل الأول.

(١٦) قوله: "وقد مر نظيره" حيث قال: وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك إلى آخر ما ذكر. (ع)

(١٧) فى أول فصل قبل باب التحكيم.

(١٨) أى القدورى فى "مختصره". (نتائج الأفكار)

(١٩) قوله: "جاز" لم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول، وهكذا ذكر فى وكالة الأصل فى موضع، وذكر فى موضع آخر من وكالة الأصل إذا باع الوكيل الثانى، والوكيل الأول حاضر، أو غائب، فأجاز الوكيل جاز، و[illegible] عن

المقصود[١] حضور رأى الأول[٢] وقد حضر[٣]، وتكلموا فى حقوقه[٤]، وإن عقد[٥] فى حال غيبته لم يجز؛ لأنه فات رأيه، إلا أن يبلغه[٦]، فيجيزه، وكذا لو باع غير الوكيل[٧]، فبلغه[٨] فأجازه، لأنه حضر رأيه، ولو قدر[٩] الأول الثمن للثانى، فعقد[١٠] بغيبته[١١] يجوز[١٢]؛ لأن الرأى يحتاج إليه فيه[١٣] لتقدير الثمن ظاهرًا، وقد حصل[١٤]. وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين، وقدر الثمن[١٥]، لأنه[١٦] لما فوض إليهما مع تقدير الثمن، ظهر أن غرضه[١٧] اجتماع رأيهما فى الزيادة، واختيار المشترى[١٨]

الكرخى أنه ليس فى المسألة روايتان لكنه ما ذكر مطلقًا فى بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لأنه لم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة، فالوكيل الثانى صار فضوليا، فعقده لا ينفذ إلا إذا أجاز الوكيل الأول،ولا يفيد حضوره، فإن بيع الفضولى لا يثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا، ومنهم من يجعل فى المسألة روايتين، وجه عدم الجواز قد مر، ووجه رواية الجواز أنه حضر هذا العقد رأى الأول. (مل).

(١) أى مقصود الموكل.

(٢) الوكيل.

(٣) رأيه.

(٤) قوله: "وتكلموا إلخ" يعنى إذا باع بحضرة الأول حتى جاز، فالعهدة على من يكون؟ لم يذكره محمد فى "الجامع الصغير"، وتكلم المشايخ فى ذلك، فمنهم من قال على الأول، لأن الموكل إنما رضى بلزوم العهدة على الأول، ومنهم من قال على الثانى إذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الأول. (ع)

(٥) الثانى.

(٦) الخبر.

(٧) أى الأجنبى.

(٨) الوكيل الخبر.

(٩) قوله: "ولو قدر" أى قدر الوكيل الأول الثمن للوكيل الثانى الذى وكله بغير إذن موكله، بأن قال له: بعه بكذا، فباعه الثانى بالثمن الذى قدره الوكيل الأول. (عينى)

(١٠) الثانى.

(١١) الأول.

(١٢) قوله: "يجوز" هذه رواية كتاب الرهن، وقد اختارها، وفى رواية كتاب الوكالة لا يجوز، لأن تقدير الثمن لمنع النقصان لا لمنع الزيادة، وربما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد. (ك)

(١٣) العقد.

(١٤) التقدير.

(١٥) فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار. (ع)

(١٦) الموكل.

(١٧) الموكل.

(١٨) أى الذى لا يماطل فى تسليم الثمن.

على ما بيناه[١]، أما إذا لم يقدر[٢] الثمن، وفوض إلى الأول[٣] كان غرضه[٤] رأيه في معظم الأمر[٥]، وهو التقدير في الثمن.

قال[٦]: وإذا زوج المكاتب، أو العبد، أو الذمى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة[٧]، أو باع، أو اشترى لها لم يجز، معناه التصرف فى مالها[٨]؛ لأن الرق والكفر يقطعان الولاية، ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه، فكيف يملك إنكاح غيره، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم[٩]، حتى لا تقبل شهادته عليه[١٠]، ولأن هذه[١١] ولاية نظرية[١٢]، فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق، ليتحقق معنى النظر، والرق يزيل القدرة[١٣]، والكفر يقطع الشفقة على المسلم، فلا تفوض[١٤] إليهما[١٥].

وقال أبو يوسف ومحمد[١٦]: المرتد إذا قتل على ردته، والحربى كذلك[١٧]؛

---

(١) بقوله: والبدل وإن كان مقدرا إلخ.

(٢) الموكل.

(٣) أى الوكيل الأول.

(٤) الموكل.

(٥) وقد حضر رأيه بتقدير الوكيل الأول ثمن المبيع.

(٦) أى محمد. (عينى)

(٧) قوله: "مسلمة" فإن قلت: كيف يكون المسلمة تحت الذمى، قلت: يجوز أن يطلقها ثم أسلمت، وماتت وبقى البنت. (عينى)

(٨) قوله: "معناه [أى معنى ما قال محمد فى "الجامع الصغير"] التصرف إلخ" يريد به التعميم، أى لا يختص بالبيع والشرى، بل أى تصرف كان لم يجز، أو معنى قوله: معناه التصرف فى مالها أن الشرى ينفذ عليه لا عليها، لأنه تصرف فى مالها، وليس له ولاية على مالها، ومعناه بأن اشترى لها بمالها لا أن يكون المراد أن يشترى لها بمال نفسه. (ك)

(٩) لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾. (ع)

(١٠) المسلم.

(١١) الولاية.

(١٢) أى ولاية ثابتة نظراً للصغار، والصغائر لعجزهم. (نت)

(١٣) قال الله تعالى: ﴿عبداً مملوكاً لا يقدر على شىء﴾ (عينى)

(١٤) هذه الولاية.

(١٥) أى إلى الكافر والرقيق.

(١٦) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" إنما خص قولهما مع أن هذا حكم مجمع عليه، لأن الشبهة إنما ترد على قولهما، لأن تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وإن قتل على ردته عندهما بناء على الملك، ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالإجماع. (ك)

(١٧) أى لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله.(نت)

لأن الحربى[(١)] أبعد من الذمى[(٢)]، فأولى بسلب الولاية، وأما المرتد، فتصرفه فى ماله وإن كان نافذًا[(٣)] عندهما، لكنه[(٤)] موقوف[(٥)] على ولده، ومال ولده بالإجماع، لأنها ولاية نظرية، وذلك[(٦)] باتفاق الملة، وهى مترددة[(٧)]، ثم تستقر جهة الانقطاع[(٨)] إذا قتل[(٩)] على الردة، فيبطل[(١٠)]، وبالإسلام يجعل[(١١)] كأنه لم يزل مسلمًا فيصح[(١٢)].

باب الوكالة بالخصومة والقبض[(١٣)]

قال[(١٤)]: الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض[(١٥)] عندنا خلافًا لزفر[(١٦)]، وهو يقول: إنه[(١٧)] رضى بخصومته والقبض غير الخصومة، ولم يرض[(١٨)] به[(١٩)]، ولنا أن من ملك شيئًا ملك إتمامه، وتمام الخصومة وانتهاءها بالقبض.

والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء، وقد يؤتمن على

(١) أى وإن كان مستأمنًا. (نت)

(٢) قوله: "أبعد من الذمى" ألا ترى أن شهادته على الذمي لا تقبل، والذمى صار منا، وأراد إن لم يكن منا دينًا، وتحقق فى حق الذمى ما هو خلف عن الإسلام، ولم يثبت فى حق الحربى شيء من الأصل والخلف. (ك)

(٣) أى وإن كان نافذًا. (نت)

(٤) أى لكن تصرفه.

(٥) إن أسلم جاز وإلا فلا. (ع)

(٦) أى النظر والشفقة.

(٧) فإنه يحتمل أن يعود المرتد مسلمًا.

(٨) أى انقطاع الولاية.

(٩) المرتد.

(١٠) تصرف المرتد.

(١١) المرتد.

(١٢) تصرفه.

(١٣) قوله: "باب الوكالة إلخ" أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء، لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاءه ممن هو فى ذمته، وذلك فى الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن، أو لأنها مهجورة شرعًا، فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور. (نتائج الإفكار)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٥) سواء كانت الخصومة فى الدين أو فى العين. (ك)

(١٦) فإنه يقول: لا يكون وكيلا بالقبض.

(١٧) الموكل.

(١٨) الموكل.

(١٩) أى بالقبض.

الخصومة من لا يؤتمن على المال، ونظيره الوكيل بالتقاضى[١] يملك القبض على أصل الرواية، لأنه[٢] فى معناه[٣] وضعًا[٤]، إلا أن العرف بخلافه[٥]، وهو قاضٍ على الوضع[٦]، فالفتوى على أن لا يملك[٧].

قال[٨]: فإن كانا[٩] وكيلين بالخصومة لا يقبضان[١٠] إلا معًا؛ لأنه[١١] رضى بأمانتهما لا بأمانة أحدهما، واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة[١٢] على ما مر[١٣].

قال[١٤]: والوكيل بقبض الدين[١٥] يكون وكيلا بالخصومة عند أبى حنيفةرح، حتى لو أقيمت عليه البينة[١٦] على استيفاء الموكل، أو إبراءه تقبل عنده.

وقالا: لا يكون خصمًا[١٧]، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة، لأن القبض غير الخصومة[١٨]، وليس كل[١٩] من يؤتمن على المال يهتدى فى الخصومات، فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها[٢٠].

---

(١) أى طلب الدين من الديون.

(٢) التقاضى.

(٣) القبض.

(٤) فى القاموس تقاضاه الدين قبضه منه. (نت)

(٥) لأنه يراد به المطالبة فى العرف. (ك)

(٦) قوله: "وهو قاض على إلخ" أى العرف قاض وحاكم، وراجح على الوضع، لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس، وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز، فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية. (عينى)

(٧) أى لا يملك الوكيل بتقاضى الدين للقبض لفساد الزمان.

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٩) الرجلان.

(١٠) الدين أو العين.

(١١) الموكل.

(١٢) فإن اجتماعهما عليها غير ممكن.

(١٣) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب فى مجلس القضاء. (نت)

(١٤) أي القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٥) قوله: "والوكيل بقبض الدين إلخ" قيد بالدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالإجماع، والأصل أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة، لأن التوكيل وقع بالقبض لا غير، وإذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة، لأن التملك إنشاء تصرف، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد، فكان خصمًا فيها. (ك)

(١٦) من المديون.

(١٧) فلا تقبل بينة الخصم عليه.

(١٨) فلا يكون الوكيل بالقبض وكيلا بالخصومة.

(١٩) هذا دليل ثان.

ولأبى حنيفة: أنه وكله بالتملك[١]، لأن الديون تقضى بأمثالها[٢] إذ قبض الدين نفسه لا يتصور[٣] إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه[٤]، فأشبه[٥] الوكيل بأخذ الشفعة[٦]، والرجوع فى الهبة[٧]، والوكيل بالشراء[٨] والقسمة[٩]، والرد بالعيب[١٠]، وهذه[١١] أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون[١٢] خصمًا قبل القبض كما يكون[١٣] خصمًا قبل الأخذ هنالك[١٤]، والوكيل بالشراء[١٥] لا يكون خصمًا قبل مباشرة الشراء، وهذا[١٦] لأن المبادلة تقتضى حقوقًا، وهو[١٧] أصيل فيها[١٨]، فيكون

---

(٢٠) أى بالخصومة.

(١) قوله: "أنه وكله إلخ" أى أن الموكل وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما فى ذمة المديون قصاصا لأن الديون إلخ. (نتائج)

(٢) لا بأعيانها، وهذا لأن المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه.(ك)

(٣) لأنه وصف ثابت فى الذمة.

(٤) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: لأن الديون تقضى بأمثالها يعنى أن الديون وإن كانت تقضى بأمثالها لا بأعيانها لما ذكرنا آنفا إلا أن قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه، ولهذا يجبر المديون على الأداء، ولو كان تملكا محضا لما أجبر عليه، وكذا إذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الأخذ. (نت)

(٥) قوله: "فأشبه" أى الوكيل بقبض الدين الوكيل بأخذ الشفعة يعنى أشبه ذلك فى كونه خصمًا، فإنه إذا أقام المشترى البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل. (نت)

(٦) أى بأخذ الدار بالشفعة.

(٧) قوله: "والرجوع فى الهبة" يعنى إذا وكل وكيلا بالرجوع فى الهبة كان خصما حتى إذا أراد الرجوع، فأقام الموهوب له البينة على أن الواهب أخذ العوض تقبل بينته. (عينى)

(٨) قوله: "والوكيل بالشراء" أى فأشبه الوكيل بالشراء فإنه خصم يطالب بحقوق العقد، ولا يرى لفصله عما قبله بإعادة لفظ الوكيل كثير فائدة. (نت)

(٩) قوله: "والقسمة" بأن وكل أحد الشريكين وكيلا بأن يقاسم مع شريكه، فالشريك أقام البينة على الوكيل بأن شريكى الذى هو موكلك أخذ نصيبه تقبل لأنه خصم. (ك)

(١٠) قوله: "والرد بالعيب" بأن وكل المشترى رجلا برد المبيع على البائع فأقام البائع البينة على الوكيل أن المشترى رضى بالعيب تقبل بينته، لأنه خصم. (ك)

(١١) قوله: "وهذه" أى مسألة الكتاب وهى مسألة الوكيل بقبض الدين أشبه بأخذ الشفعة، أى أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، كذا صرحوا به فى شروح "الجامع الصغير". (نت)

(١٢) الوكيل بقبض الدين.

(١٣) الوكيل.

(١٤) أى فى أخذ الشفعة.

(١٥) قوله: "والوكيل بالشراء" تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر يدل على أن المراد بالمفضل عليه فى قوله: فيما مر، وهذه أشبه بأخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء. (نت)

(١٦) قوله: "وهذا" أى كونه خصما لكونه وكيلا بالتملك، لأنه وكيل بتملك مثل الدين الذى على المديون، وذلك مبادلة هو المأمور بالمبادلة يكون أصيلا فى حقوق المبادلة. (ك)

خصمًا فيها[١]. قال[٢]: والوكيل بقبض العين لا يكون، وكيلا بالخصومة، لأنه أمين محض[٣]، والقبض ليس بمبادلة، فأشبه الرسول، حتى إن من وكل وكيلا بقبض عبد له، فأقام الذى هو[٤] فى يده البينة على أن الموكل باعه[٥] إياه[٦] وقف الأمر حتى يحضر الغائب[٧]، وهذا[٨] استحسان. والقياس أن يدفع[٩] إلى الوكيل، لأن البينة قامت لا على خصم[١٠]، فلم تعتبر، وجه الاستحسان: أنه خصم فى قصر يده[١١] لقيامه مقام الموكل فى القبض، فتقتصر يده، وإن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع، فصار كما إذا أقام[١٢] البينة على أن الموكل عزله[١٣] عن ذلك[١٤]، فإنها تقبل فى قصر يده[١٥] كذا هنا. قال[١٦]: وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك[١٧]، معناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق[١٨]، والعبد والأمة على العتاق

---

(١٧) أى المأمور بالمبادلة.

(١٨) أى فى حقوق المبادلة.

(١) أى فى الحقوق.

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٣) قوله: "لأنه أمين [ورسول. ك] محض" لأنه ليس بوكيل بالمبادلة، فلم يتعلق الحقوق بالقابض، فلا ينتصب خصمًا، فلا تقبل البينة عليه أصلا قياسًا. (ك)

(٤) العبد.

(٥) العبد.

(٦) أى ذا اليد.

(٧) أى الموكل.

(٨) أى وقوف الأمر. (نت)

(٩) العبد.

(١٠) لأن الوكيل بقبض الوديعة ليس بخصم.

(١١) قوله: "أنه [أى الوكيل بقبض الوديعة] خصم إلخ" يعنى أن البينة قامت على شيأين البيع وقصر يد الوكيل، ففى حق زوال الملك عن الموكل إن قامت البينة لا على خصم، ففى قصر يد الوكيل قامت على خصم، فيسمع هذه البينة فى قصر يد الوكيل، ولم يسمع فى حق إزالة ملك الموكل. (ك)

(١٢) ذو اليد.

(١٣) الوكيل.

(١٤) أى عن التوكيل بقبض العين.

(١٥) الوكيل.

(١٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٧) قوله: "وغير ذلك" كما إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل، وأقام بينة على ذلك تقصر يد الوكيل عن القبض. (ك)

على الوكيل بنقلهم[١] تقبل في قصر يده[٢] حتى يحضر الغائب[٣] استحسانًا[٤] دون العتق والطلاق[٥]. قال[٦]: وإذا أقر الوكيل[٧] بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد استحسانًا، إلا أنه يخرج من الوكالة[٨]، وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن[٩] أقر في غير مجلس القضاء. وقال زفر والشافعي: لا يجوز[١٠] في الوجهين[١١]، وهو[١٢] قول أبي يوسف أولا، وهو[١٣] القياس؛ لأنه مأمور بالخصومة، وهي منازعة، والإقرار يضاده[١٤]، لأنه[١٥] مسالمة[١٦]، والأمر بالشيء لا يتناول ضده، ولهذا[١٧] لا يملك الصلح والإبراء، ويصح إذ استثنى الإقرار[١٨]، وكذا لو وكله[١٩]

---

(١٨) قوله: "معناه إذا قامت إلخ" أي إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها، والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما، فأقامت المرأة إلخ. (ع)

(١) أي المرأة والعبد والأمة.

(٢) الوكيل.

(٣) قوله: "حتى يحضر الغائب [أي الموكل]" فإذا حضر الغائب تعاد عليه البينة على العتاق والطلاق. (عيني)

(٤) وأما قياسًا فلا تقبل لقيامها لا على خصم. (نت)

(٥) قوله: "دون إلخ" أي لا تقبل البينة في حق العتق والطلاق، لأن الوكيل ليس بخصم فيهما، ولكنه خصم في قصر يده، وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتاق والطلاق على الغائب، فتقبل في القصر دون غيره. (عيني)

(٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٧) قوله: "وإذا أقر الوكيل" سواء كان وكيل المدعي، أو وكيل المدعى عليه، وإقرار وكيل المدعي هو أن يقر أن موكله قبض هذا المال، وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على المدعى عليه. (ك)

(٨) فلا يدفع إليه المال. (ع)

(٩) الواو وصلية.

(١٠) إقراره.

(١١) أي مجلس القاضي وغيره.

(١٢) قول زفر.

(١٣) قول زفر.

(١٤) قوله: "والإقرار يضاده" فإن الخصومة اسم الكلام يجري بين اثنين على سبيل المشاجرة والمنازعة، والإقرار اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقة. (ك)

(١٥) الإقرار.

(١٦) مسالمة: آشتي كردن با كسى. (من)

(١٧) قوله: "ولهذا" أي لأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضده لا يملك، أي الوكيل بالخصومة الصلح لوجود المضادة، لأن الصلح حط البعض والوكيل مأمور باستيفاء الكل، والإبراء لأنه إسقاط، وهو مأمور بالاستيفاء. (عيني)

(١٨) قوله: "ويصح [أي التوكيل بالخصومة] إذا استثنى الإقرار" بأن وكله بالخصومة غير الإقرار، أي لو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الإقرار. (ك)

بالجواب مطلقًا[١] يتقيد[٢] بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك، ولهذا يختار فيه[٣] الأهدى فالأهدى[٤]. وجه الاستحسان أن التوكيل[٥] صحيح قطعا[٦]،

قوله: "إذا استثنى الإقرار" قال تاج الشريعة: معناه أن الإقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه كما لو استثنى الإنكار، وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن، ولا يسلم المبيع، انتهى، واقتفى أثره صاحب "العناية"، ثم قال: وفيه نظر، لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء، انتهى.

أقول: نظره ساقط جداً، لأن عدم التناول إنما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع، نعم، يرد أن من يقول بصحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة، فمن يقول بجواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل يقول بكونه من جزئياته، كما سيظهر من تقرير المصنف، فلا يتم التقريب، لأنه لا يكون قوله: ويصح إذا استثنى الإقرار على المعنى المذكور حجة عليه. (نتائج)

(١٩) قوله: "وكذا لو وكله إلخ" هذه المسألة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد، يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الإقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة، وهو الإنكار بدلالة العرف، فكيف يتناول الإقرار إذا وكله الخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازاً. (نت)

قوله: "وكذا لو وكله بالجواب إلخ" قال صاحب "النهاية": هذه مسألة مبتدأة خلافية، ليس إيرادها على وجه الاستشهاد، يعني لو وكله بالجواب مطلقًا فهو على هذا الخلاف أيضًا، كذا في المختلفات البرهانية. انتهى.

وقد اقتفى أثره أكثر الشراح إلا أن صاحب "العناية" ذكره بطريق النقل عن "النهاية"، وقال صاحب غاية البيان: هذا سهو القلم من صاحب "الهداية"، وظني أنه أراد بذلك في ما لو وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة، يعني لما كان الأمر بالشيء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح، وصح استثناء الموكل الإقرار، انتج أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة، وهو الإنكار لا بجواب هو مسألة، أي الإقرار.

ولأجل أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار في التوكيل بالخصومة الأهدى فالأهدى، ولا يصح كلام صاحب "الهداية" بأجزاءه على ظاهره، لأنه لو وكله بالجواب مطلقًا لا يتقيد بجواب هو خصومة، أي الإنكار، لأن المأمور به هو مطلق الجواب، وهو يشمل الإقرار والإنكار، بخلاف الخصومة، إذ يجوز أن يقول زفر: بين الخصومة والإقرار مضادة. ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق، فأقر يصح فعلم أنه إذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة، وقد تحير بعض الشارحين في هذه المقام، فقال: هذه المسألة مبتدأة لا للاستشهاد، أي ههنا كلامه.

أقول: فيه نظر إما أولا: فلأن كون الكلام المذكور من سهو القلم مما لا ينبغي أن ينسب إلى من له أدنى تمييز فضلا عن أن ينسب إلى صاحب "الهداية" ذلك الإمام الذي لن تسمح بمثله الأدوار ما دار الفلك الدوار، فإن بين الكلام المذكور وبين ما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى، فأني يتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سهواً عن الآخر. وأما ثانيًا: فلأنا لا نسلم عدم تصحيح كلام صاحب "الهداية" بإجراءه على ظاهره، وقوله: لأنه لو وكله بالجواب مطلقًا لا يتقيد على قول أبي حنيفة ومحمد، وقول أبي يوسف آخرًا بجواب هو خصومة، فهذا مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام المصنف بإجراءه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي، وقول أبي يوسف أولا وإن أراد بذلك أنه لو وكله بالجواب مطلقًا لا يتقيد على قول زفر والشافعي، وقول أبي يوسف أولا أيضًا بجواب هو خصومة، فممنوع كيف، وقد صرح في المختلفات البرهانية أن هذه المسألة أيضًا على الخلاف المذكور في التوكيل بالخصومة. (نتائج)

(١) عند زفر والشافعي. (ن)

(٢) قوله: "يتقيد" ولا يتقيد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، كذا يفهم من "نتائج الأفكار".

(٣) قوله: "يختار فيه [أي في التوكيل بالخصومة. عيني]" وفي الإقرار لا يحتاج إلى زيادة "الهداية". (ك)

(٤) أي من كان أكثر هداية في طريق الخصومة. (عيني)

(٥) أي المذكور بالخصومة.

وصحته[١] بتناوله ما يملكه قطعًا، وذلك[٢] مطلق الجواب دون أحدهما عينًا[٣]، وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى، فيصرف إليه[٤] تحريًا للصحة قطعًا، ولو استثنى الإقرار[٥]، فعن أبي يوسف أنه لا يصح[٦]، لأنه[٧] لا يملكه، وعن محمد أنه يصح[٨]، لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه[٩] إياه[١٠]، وعند الإطلاق يحمل على الأولى[١١]. وعنه[١٢] أنه فصل بين الطالب والمطلوب[١٣]، ولم يصححه فى الثانى لكونه مجبورًا عليه، ويخير الطالب فيه[١٤]، فبعد ذلك[١٥]

---

(٦) أى إجماعا من كل وجه.

(١) قوله: "وصحته" أى صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعا، لأن التوكيل بغير المملوك تصرف فى غير ملكه، وهو غير صحيح. (نت)

(٢) أى المملوك قطعًا.

(٣) قوله: "دون أحدهما عينا" أى لا يملك أحدهما، وهو الإقرار أو الإنكار معينًا، لأنه ربما يكون الجواب بأحدهما معينًا حرامًا، لأنه لو كان خصمه محقًا لا يملك الإنكار شرعًا، ولو كان مبطلا يكون حقه فى الإنكار لا غير، فلا يملك المعين منهما قطعًا، فلا يجوز التوكيل به قطعا، فيصح من وجه دون وجه، فحملناه على المجاز، وهو الجواب مطلقًا تحريًا لصحته قطعًا، وطريق المجاز موجود، أى بين الخصومة ومطلق الجواب لأن الخصومة سبب الجواب، وإطلاق السبب، وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز على ما نبينه، إشارة إلى ما ذكره عند قوله: هما يقولان: إن التوكيل يتناول جوابًا يسمى خصومة. (عينى)

(٤) أى إلى مطلق الجواب.

(٥) قوله: "استثنى إلخ" جواب عن تشهد زفر، ووجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول أبى يوسف، لأنه لا يملك الاستثناء لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عينًا، وقد لا يحل. (عناية)

(٦) أى استثناء الإقرار. (ك)

(٧) أى لأن الموكل لا يملك الاستثناء. (نت)

(٨) قوله: "وعن محمد أنه يصح" أى إن استثنى الإقرار يصح لأنه لما نص على الإنكار باستثناء الإقرار، فصار زيادة دلالة على ملكه إياه، وعند الإطلاق، أى عند إطلاق التوكيل بالخصومة فى غير استثناء الإقرار يحمل إلخ. (عينى)

(٩) قوله: "زيادة دلالة إلخ" لجواز أن يكون الخصم محقا، فإذا نص على استثناء الإقرار دل على أنه علم بيقين أن خصمه مبطل حملا لأمر المسلم على الصلاح، فتعين الإنكار. (ع)

(١٠) أى تملكه الإنكار. (نت)

(١١) قوله: "يحمل على الأولى" أى على ما هو الأولى بالمسلم، وهو مطلق الجواب، فإنه حلال فى عموم الأحوال والخصومة منازعة، وهى حرام، والتوكيل بالحرام حرام، فحملناه على المجاز بظاهر حاله. (ك)

(١٢) قوله: "وعنه" أى عن محمد أنه لم يصح استثناء الإقرار من المطلوب لكونه مجبورًا عليه، وإنما يكون مجبورًا لدفع ضرر المدعى، وفى صحة استثناء الإقرار إضرار به، وصح استثناء الإقرار من وكيل الطالب لأنه مخير فى أصل الخصومة، فله ترك أحد وجهيها. (ك)

(١٣) أى بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب. (ع)

(١٤) قوله: "ويخير الطالب فيه" ولم يذكر المصنف الجواب عن صورتى الصلح والإبراء، فنقول: التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا، ومطلق الجواب إما بلا، أو نعم، والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة

يقول أبو يوسف: إن الوكيل قائم مقام الموكل، وإقراره[١] لا يختص بمجلس القضاء، فكذا إقرار نائبه. وهما[٢] يقولان: إن التوكيل[٣] يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة[٤] أو مجازًا[٥]، والإقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازًا، إما لأنه خرج فى مقابلة الخصومة[٦]، أو لأنه[٧] سبب له، لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق، وهو الجواب فى مجلس القضاء، فيختص به[٨] لكن إذا أقيمت البينة[٩] على إقراره[١٠] فى غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة[١١]، حتى لا يؤمر[١٢] بدفع المال إليه[١٣]، لأنه صار مناقضًا، وصار كالأب أو الوصى[١٤] إذا

أخرى خلاف ما وضع للجواب، وكذلك الإبراء، فلا يتناوله اللفظ للموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازًا. (ع)

(١٥) قوله: "فبعد ذلك" شروع فى بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الأئمة، أى بعد ما ثبت أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب. (نت)

(١) الموكل.

(٢) أى الطرفان.

(٣) بالخصومة.

(٤) بأن أنكر. (ك)

(٥) بأن أقر. (ك)

(٦) قوله: "إما لأنه خرج فى مقابلة الخصومة" أى فى جواب الخصومة، وإطلاق اسم أحد المتقابلين على الآخر جائز مجاز، قال الله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾، ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾. (ع)

(٧) قوله: "أو لأنه" أى أو لأن الخصومة فى مجلس القضاء سبب للجواب ظاهرًا، والجواب تارة بلا، وتارة بنعم، والسببية طريق المجاز، ولهذا يختص بمجلس القضاء. (ك)

(٨) قوله: "فيختص به" أى فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء، فالإقرار الذى فى غير مجلس القضاء ليس بخصومة، لا حقيقة، وهو ظاهر، ولا مجازًا، إذ الإقرار خصومة مجازًا من حيث إنه جواب، ولا جواب فى غير مجلس القضاء، فالإقرار ليس خصومة مجازًا فى غيره. (عينى)

(٩) قوله: "لكن إذا أقيمت إلخ" هذا استدراك من قوله: فيختص به، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال: إذا لم يكن الإقرار فى غير مجلس القضاء جوابًا كان الواجب أن لا يعتبر، ولا يخرج عن الوكالة. (نت)

(١٠) الوكيل.

(١١) قوله: "يخرج [الوكيل] من الوكالة" لأنه لا يمكن أن يبقى وكيلا بمطلق الجواب، لأنه لا يملك الإنكار، لأنه يصير مناقضاً فى كلامه، فلو بقى وكيلا لبقى وكيلا بجواب مقيد، وهو الإقرار، وما وكله بجواب مقيد، وإنما وكله بالجواب مطلقًا. (كافى)

(١٢) الخصم.

(١٣) الوكيل.

(١٤) قوله: "وصار إلخ" أى صار كالأب والوصى إذا أقر على اليتيم أنه استوفى حقه فى مجلس القضاء لا يصح إقرارهما عليه، ولكن لا يدفع المال إليهما لزعمهما ببطلان حق الأخذ، وإنما لا يصح إقرارهما، لأن ولايتهما نظرية، ولا نظر فى الإقرار على الصغير، فأما التفويض من الموكل حصل مطلقًا غير مقيد بشرط النظر، فيدخل تحته الإقرار والإنكار جميعًا، غير أن الإقرار صحته يختص بمجلس القضاء على ما ذكرنا. (ك)

أقر فى مجلس القضاء لا يصح[١]، ولا يدفع المال إليه.

قال[٢]: ومن كفل بمال عن رجل، فوكله صاحب المال[٣] بقبضه[٤] عن الغريم[٥] لم يكن وكيلا فى ذلك أبدًا[٦]، لأن الوكيل من يعمل لغيره، ولو صححناها[٧] صار عاملا لنفسه[٨] فى إبراء ذمته، فانعدم الركن[٩]، ولأن قبول قوله[١٠] ملازم للوكالة لكونه أمينًا، ولو صححناها[١١] لا يقبل[١٢] لكونه مبرئًا نفسه، فينعدم[١٣] بانعدام لازمه[١٤]، وهو نظير عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته[١٥] للغرماء[١٦]، ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب[١٧] بقبض المال[١٨] عن العبد كان[١٩] باطلا لما بيناه[٢٠].

(١) قوله: "إذا أقر إلخ" بيانه أن الأب والوصى إذا ادعى شيئًا للصغير فأنكر المدعى عليه، فصدقه الأب أو الوصى، ثم جاء يدعى ذلك المال لا يدفع المال إليهما، لأنهما خرجا عن الولاية والوصاية فى حق هذا المال بإقرارهما على الصبى. (عينى)

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٣) أى رب الدين. (ك)

(٤) المال.

(٥) المديون.

(٦) قوله: "لم يكن وكيلا إلخ" حتى لو هلك المال فى يده لا يهلك على الموكل، وقوله: أبدا، أى قبل براءة الكفيل، وبعدها، أما قبل البراءة فلما ذكر فى الكتاب من انعدام ركن الوكالة، وأما بعد البراءة فإنه لما لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل للمانع لا ينقلب وكالة بعد انعدام المانع كمن كفل لغائب، فلم يصح لعدم قبوله، وهو شرط، ثم إذا بلغه الخبر، فأجاز لا يجوز أيضًا عند أبى حنيفة ومحمد. (ك)

(٧) الوكالة.

(٨) قوله: "صار عاملا لنفسه" لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل، وبقبضه يبرأ ذمة الكفيل، فكذا بقبض الوكيل. (عينى)

(٩) قوله: "فانعدم الركن" أى ركن الوكالة، وهو العمل للغير، فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه، وصار هذا كالمحتال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا. (ك)

(١٠) الوكيل.

(١١) الوكالة.

(١٢) قوله.

(١٣) التوكيل.

(١٤) أى قبول قول الوكيل.

(١٥) العبد.

(١٦) أى لزمه ضمان قيمته للغرماء. (ك)

(١٧) رب الدين.

(١٨) الدين.

(١٩) توكيل.

قال[١] : ومن ادعى أنه وكيل الغائب فى قبض دينه، فصدقه الغريم[٢] أمر[٣] بتسليم الدين إليه؛ لأنه[٤] إقرار[٥] على نفسه[٦]، لأن ما يقضيه[٧] خالص ماله[٨].

فإن حضر الغائب فصدقه[٩]، وإلا دفع إليه[١٠] الغريم الدين ثانيًا، لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر[١١] الوكالة، والقول في ذلك[١٢] قوله[١٣] مع يمينه[١٤]، فيفسد الأداء، ويرجع[١٥] به على الوكيل إن كان[١٦] باقيًا في يده[١٧]، لأن غرضه[١٨] من الدفع براءة ذمته، ولم يحصل، فله[١٩] أن ينقض قبضه[٢٠]، وإن كان ضاع[٢١] فى يده[٢٢] لم يرجع[٢٣] عليه[٢٤]؛ لأنه بتصديقه[٢٥] اعترف إنه[٢٦] محق فى القبض وهو[٢٧]

(٢٠) قوله: "لما بيناه" من أن الوكيل من يعمل لغيره، وههنا لما كان المولى ضامنًا لقيمته كان فى مقدارها عاملا لنفسه لأنه يبرأ به نفسه، فيكون التوكيل باطلا. (ع)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٢) المديون.

(٣) الغريم.

(٤) أى لأن تصديقه.

(٥) بحق.

(٦) ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له.

(٧) وفى نسخة: يقبضه.

(٨) قوله: "خالص ماله [الغريم]" لأن الديون تقضى بأمثالها، فما أداه المديون مثل مال رب المال لا عينه. (عينى)

(٩) فيها.

(١٠) أى إلى الدائن.

(١١) الغائب الدائن.

(١٢) أى فى إنكار الوكالة.

(١٣) أى قول رب الدين.

(١٤) قوله: "مع يمينه" لأن الدين كان ثابتًا، والمديون يدعى أمرًا عارضًا، وهو سقوط الدين بأداءه إلى الوكيل، والموكل ينكر الوكالة، والقول قول المنكر مع يمينه، وإذا لم يثبت الاستيفاء فسد الأداء، وهو واجب على المديون، فيجب الدفع ثانيًا. (ع)

(١٥) المديون.

(١٦) المال.

(١٧) الوكيل.

(١٨) المديون.

(١٩) غريم.

(٢٠) الوكيل.

(٢١) المال.

مظلوم فى هذا الأخذ[١]، والمظلوم لا يظلم غيره[٢].

قال[٣]: إلا أن يكون[٤] ضمنه عند الدفع[٥]؛ لأن المأخوذ ثانيًا مضمون عليه[٦] فى زعمهما[٧]، وهذا كفالة أضيفت إلى حالة القبض[٨]، فتصح[٩] بمنزلة الكفالة[١٠] بما ذاب[١١] له على فلان، ولو كان الغريم لم يصدقه[١٢] على الوكالة، ودفعه[١٣] إليه على ادعاءه[١٤]، فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل، لأنه[١٥] لم يصدقه فى الوكالة، وإنما دفعه[١٦] إليه على رجاء الإجازة[١٧]،

---

(٢٢) الوكيل.

(٢٣) المديون.

(٢٤) الوكيل.

(٢٥) قوله: "لأنه [المديون] بتصديقه إلخ" فإن قيل: هذا الوجه يقتضى أن لا يرجع عليه إذا كانت العين فى يده باقية أيضًا، فالجواب أن العين إذا كانت باقية أمكن نقض قبضه، فيرجع بنقضه، إذ لم يحصل غرضه من التسليم، وأما إذا هلكت فلم يمكن نقضه، فلم يرجع عليه. (م)

(٢٦) الوكيل.

(٢٧) المديون.

(١) أى أخذ رب الدين ثانيًا.

(٢) قوله: "والمظلوم لا يظلم إلخ" فلا يأخذ من الوكيل بعد الهلاك، لأن الوكيل فى زعمه محق فى قبض الدين عنه، وبعد ما هلك المدفوع الأخذ منه ظلم. (عينى)

(٣) قوله: "قال" أى المصنف فى البداية إلا أن يكون ضمنه عند الدفع، أى عند دفع المال إلى الوكيل، وهذا ستثناء من قوله: لم يرجع عليه. (نت)

(٤) المديون.

(٥) قوله: "ضمنه [أى الوكيل] عند الدفع" وصورة التضمين أن يقول الغريم للوكيل: نعم، أنت وكيل، ولكن لا آمن أن يحضر الطالب ويجحد وكالتك، ويأخذ منى ثانيا، ويصير ذلك دينا لى عليه باتفاق بينى وبينك، فهل أنت كفيل عنه بما يأخذ منى؟ فقبل صح وصار كفيلا. (ك)

(٦) رب الدين.

(٧) أى الوكيل والمديون.

(٨) أى قبض رب الدين ثانيًا. (ك)

(٩) الكفالة.

(١٠) قوله: "بمنزلة الكفالة إلخ" وجه المشابهة بين المسألتين كون كل واحدة منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب فى المستقبل على المكفول عنه. (نت)

(١١) أى يذوب، ثبت.

(١٢) يعنى ولم يكذبه أيضًا بل كان ساكتًا لأن فرع التكذيب يجىء. (م)

(١٣) الغريم المال.

(١٤) التوكيل.

فإذا انقطع رجاءه رجع عليه[١]، وكذا[٢] إذا دفعه[٣] إليه على تكذيبه إياه فى الوكالة، وهذا أظهر[٤] لما قلنا[٥]. وفى الوجوه كلها[٦] ليس له[٧] أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب، لأن المؤدى صار حقًا للغائب إما ظاهرًا[٨] أو محتملا[٩]، فصار كما إذا دفعه[١٠] إلى فضولى على رجاء الإجازة[١١] لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة، ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه. ومن[١٢] قال: إنى وكيل بقبض الوديعة، فصدقه المودع[١٣] لم يؤمر[١٤]

---

(١٥) الغريم.

(١٦) أى إجازة رب المال.

(١٧) قوله: "رجع عليه [أى الغريم]" لا يقال: بأن الدفع إذا كان على رجاء الإجازة كان المدفوع إليه فضوليا، فيكون المدفوع أمانة فى يده، فلا يكون ضامنًا لأن المدفوع إليه يقبضه ليكون أمانة عنده من جهة المديون، وإنما يقبضه ليكون أمانة من جهة الطالب، فلا يمكن اعتبار الأمانة من جهة المديون. (ك)

(١) الوكيل.

(٢) أى رجع الغريم على الوكيل.

(٣) أى المال.

(٤) قوله: "وهذا أظهر" أى جواز الرجوع فى صورة التكذيب أظهر منه فى الصورتين الأوليين، وهو التصديق مع التضمين، والسكوت، لأنه إذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب. (عينى)

(٥) إشارة إلى قوله: إنما دفعه إليه على رجاء إلخ [أى دليل الرجوع. نت]. (ع)

(٦) قوله: "وفى الوجوه كلها" وهى الوجوه الأربعة، وهى دفعه مع التصديق من غير تضمين، ودفعه بالتصديق مع التضمين، ودفعه ساكتًا من غير تكذيب ولا تصديق، ودفعه مع التكذيب. (ك)

(٧) أى الغريم.

(٨) أى فى حالة التصادق. (ك)

(٩) أى فى حالة التكاذب. (ك)

(١٠) الدين الذى عليه.

(١١) من رب الدين.

(١٢) هذا لفظ القدورى. (نت)

(١٣) قوله: "فصدقه المودع إلخ" ثم إن الوجوه الأربعة المذكورة فى الوكيل بقبض الدين واردة فى الوكيل بقبض الوديعة أيضًا فإنه قال فى "المبسوط": وإذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة: ما وكلتك وحلف على ذلك، وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض إن كان عنده بعينه، لأنه ملكه بأداء الضمان، وإن قال: هلك منى، أو دفعته إلى الموكل فهو على التفصيل الذى قلنا: إن صدقه المستودع فى الوكالة لم يرجع عليه بشىء، وإن كذبه، أو لم يصدقه ولم يكذبه، أو صدقه، وضمنه كان له أن يضمنه. (نت)

(١٤) قوله: "لم يؤمر إلخ" ولو سلم مع هذا ثم أراد الاسترداد هل له ذلك؟ ذكر شيخ الإسلام علاء الدين فى "شرح الجامع" أنه لا يملك الاسترداد، لأنه ساع فى نقض ما أوجبه، وقال أيضًا: وإذا لم يؤمر المودع بالتسليم، ولم يسلم حتى ضاعت فى يده بل يضمن قيل: لا يضمن، وكان ينبغى أن يضمن، لأن المنع من وكيل المودع فى زعمه بمنزلة المنع من المودع، والمنع من المودع يوجب الضمان، فكذا من وكيله. (ك)

بالتسليم إليه ؛ لأنه(١) إقرار بمال الغير(٢) بخلاف الدين(٣)، ومن ادعى(٤) أنه مات أبوه، وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره، وصدقه المودع أمر بالدفع إليه، لأنه لا يبقى ماله(٥) بعد موته، فقد اتفقا على أنه مال الوارث(٦). ولو ادعى(٧) أنه اشترى الوديعة من صاحبها، فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه(٨)، لأنه(٩) مادام حيًا كان(١٠) إقرارًا بملك الغير، لأنه(١١) من أهله(١٢)، فلا يصدقان(١٣) في دعوى البيع عليه(١٤).

قال(١٥): فإن وكل وكيلا بقبض ماله(١٦)، فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه(١٧) يدفع المال إليه ؛ لأن الوكالة(١٨) قد ثبتت بالتصادق، والاستيفاء لم

---

(١) أى لأن تصديقه.

(٢) لأن الوديعة مال الغير. (ك)

(٣) قوله: "بخلاف الدين [حيث يؤمر هناك بالتسليم إليه]" لأن ما يقضيه المديون خالص ماله، لأن الديون تقضى بأمثالها، فكان ما أداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه، فكان تصديقه إقرارا على نفسه بأداء المال، ومن أقر على نفسه بالمال يجبر على الأداء. (ك)

قوله: "بخلاف الدين" أى بخلاف ما إذا صدق الوكيل بقبض الدين.

(٤) قوله: "ومن ادعى [ذكره المصنف تفريعًا على مسألة القدورى. نت]" هذه المسألة، وكذا التى بعدها ليستا من مسائل باب الوكالة، ولكنه لما ذكر سابقًا مسألة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة أوردهما عقيبها لمناسبة ما، ولا حرج فيه. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٥) قوله: "لأنه لايبقى ماله [أى مال المودع -بالكسر-]" -بالنصب- هكذا معرب بإعراب شيخى، أى لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته، أى منسوبًا إليه ومملوكًا له، وكان انتصابه على تأويل الحال، كما فى كلمته: فاه إلى فى، أى مشافهًا إياه.(ن)

(٦) قوله: "فقد اتفقا [أى المدعى والمودع -بالفتح-] على أنه مال الوارث" فلا بد من الدفع إليه، قال صاحب "التسهيل": أقول: فيه إقرار على الغير بالموت، فينبغى أن لا يؤمر بالدفع، حتى يثبت موته عند القاضى، انتهى. (نت)

(٧) ذكرها المصنف تفريعًا على مسألة القدورى. (نت)

(٨) المدعى.

(٩) أى لأن المودع -بالكسر-.

(١٠) هذا التصاديق.

(١١) أى لأن المودع بالكسر.

(١٢) الملك.

(١٣) أى المودع -بالفتح- والمدعى.

(١٤) أى على المودع -بالكسر-.

(١٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٦) وأقام الوكيل البينة عليه. (جامع صغير)

(١٧) الغريم.

(١٨) قوله: "لأن الوكالة" قد ثبتت يعنى بالبينة، لأن وضع المسألة كذلك. (ع)

يثبت بمجرد دعواه[١]، فلا يؤخر[٢] الحق[٣]، قال[٤]: ويتبع[٥] رب المال فيستحلفه[٦] رعاية لجانبه، ولا يستحلف[٧] الوكيل؛ لأنه نائبه[٨].

قال[٩]: ومن وكله بعيب[١٠] في جارية، فادعى البائع رضا المشترى[١١] لم يرد[١٢] عليه[١٣] حتى يحلف المشترى[١٤] بخلاف مسألة الدين؛ لأن التدارك ممكن هنالك[١٥] باسترداد ما قبضه الوكيل[١٦]، إذا ظهر الخطاء عند نكوله[١٧]، وفى الثانى غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماضٍ على الصحة[١٨] وإن[١٩] ظهر الخطاء عند أبى حنيفة كما هو مذهبه[٢٠]، ولا يستحلف المشترى عنده[٢١] بعد ذلك[٢٢]، لأنه[٢٣] لا

---

(١) الغريم.

(٢) أى تحليف رب الدين. (ع)

(٣) أى حق القبض. (نت)

(٤) أى محمد.

(٥) الغريم.

(٦) رب المال، فإن حلف مضى الأداء، وإن نكل يتبع الغريم القابض، فيسترد ما قبضه. (نت)

(٧) أى الغريم، أى بأنه ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين.

(٨) قوله: "لأنه نائبه" يعنى أن المطلوب يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل، فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق النيابة، والنيابة لا تجرى فى اليمين. (ك)

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) أى برد جارية بسبب عيب. (نت)

(١١) بالعيب.

(١٢) الوكيل.

(١٣) البائع.

(١٤) قوله: "حتى يحلف المشترى" يعنى لا يقضى القاضى بالرد عليه حتى يحضر المشترى، ويحلف على أنه لم يرض بالعيب، بخلاف ما مر من مسألة الدين حيث يؤمر الغريم بدفع الدين إلى الوكيل قبل تحليف رب الدين. (نت)

(١٥) أى فى مسألة الدين. (ك)

(١٦) قوله: "باسترداد إلخ" إذ القضاء لم ينفذ باطنًا لأنه ما قضى إلا بمجرد التسليم، فكان كالقضاء بالأملاك المرسلة. (ك)

(١٧) أى نكول رب الدين عن اليمين على أنه لم يستوف الدين.

(١٨) قوله: "ماضٍ على الصحة" لأن قضاء القاضى فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطنًا عند أبى حنيفة، ومتى نفذ القضاء بالفسخ ظاهراً وباطنًا لا يكون للبائع أن يستحلف المشترى إذا حضر على الرضاء، لأنه لا فائدة إن نكل. (ك)

(١٩) الواو وصلية.

(٢٠) الإمام.

(٢١) الإمام.

(٢٢) أى بعد أن مضى القضاء بالفسخ. (نت)

يفيد. وأما عندهما قالوا: يجب أن يتحد الجواب على هذا[١] في الفصلين، ولا يؤخر[٢]، لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء، وقيل: الأصح عند أبي يوسف رح أن يؤخر[٣] في الفصلين[٤]، لأنه يعتبر النظر[٥]، حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع، فينتظر للنظر.

قال[٦]: ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله، فأنفق عشرة عليهم من عنده فالعشرة بالعشرة[٧]؛ لأن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء، والحكم فيه ما ذكرناه[٨]، وقد قررناه[٩]، فهذا[١٠] كذلك.

وقيل: هذا استحسان، وفي القياس ليس له ذلك[١١]، ويصير متبرعًا[١٢]،

---

(٢٣) قوله: "لأنه" أي لأن الاستحلاف لا يفيد فإنه لما مضى الفسخ، ولا يرد بالنكول لم يبقَ في الاستحلاف فائدة. (نت)

(١) قوله: "يجب أن يتحد الجواب على هذا" أي على هذا الأصل المذكور في الفصلين، فصل الجارية، وفصل الدين، فيدفع الدين كما تقدم، وترد الجارية، ولا يؤخر إلى تحليف المشتري، لأن عدم التأخير إلى تحليف رب الدين إنما يكون لكون التدارك ممكنًا عند ظهور الخطاء، وذلك موجود في صورة الجارية، لأن قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهراً لا باطنًا، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري، فلا يؤخر إلى التحليف. (ع)

(٢) القضاء بالرد.

(٣) الرد.

(٤) أي فصل الرد بالعيب، وفصل الدين.

(٥) قوله: "لأنه يعتبر النظر [أي نظر المديون والبائع] إلخ" يعني أن من مذهبه أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضراً، وأراد الرد ما لم يستحلفه بالله ما رضيت بهذا العيب، وإن لم يدع البائع، فإذا كان المشتري غائبًا لا يرد عليه أيضًا، حتى يستحلف صيانة للقضاء عن البطلان، ونظراً للبائع والمديون، فصار عنه روايتان، رواية مثل قول محمد، وفي رواية يؤخر فيهما. (ك)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٧) قوله: "فالعشرة بالعشرة" أي العشرة التي أنفقها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي أخذها من الموكل، أي لا يكون متبرعًا. (ك)

(٨) من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن. (ع)

(٩) قوله: "وقد قررناه" يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله: وإذا دفع الوكيل إلخ. (ع)

(١٠) قوله: "فهذا" أي ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق، كذلك، لأن الوكيل بشراء ما يحتاج إليه الأهل قد يضطر إلى شراء ما يصلح لنفقتهم، ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة، فيحتاج إلى أن يؤدي ثمنه من مال نفسه، فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال. (ع)

(١١) أي المقاصة.

(١٢) قوله: "ويصير متبرعًا" أي فيما أنفق من ماله، ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه، وإن استهلكها ضمن، لأن الدراهم تتعين في الوكالات، حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت الوكالة، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره، فيكون متبرعًا. (عيني)

وقيل: القياس والاستحسان فى قضاء الدين[١]، لأنه ليس بشراء، وأما الإنفاق[٢] يتضمن الشراء، فلا يدخلانه[٣]، والله أعلم.

باب[٤] عزل الوكيل

قال[٥]: وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة، لأن الوكالة حقه، فله أن يبطله إلا إذا تعلق به[٦] حق الغير، بأن كان[٧] وكيلا[٨] بالخصومة بطلب من جهة الطالب[٩]، لما فيه من إبطال حق الغير[١٠]، وصار كالوكالة[١١] التى تضمنها عقد الرهن[١٢].

---

(١) قوله: "فى قضاء الدين" هو أن يدفع المديون إلى رجل ألفا، ويوكله بقضاء دينه بها فيدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء منه، فإنه فى القياس متبرع، حتى إذا أراد المأمور أن يحبس الألف الذى دفع إليه لا يكون له، وفى الاستحسان له ذلك لأنه ليس بشراء، هو دليل القياس، أى لأنه لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضيًا بثبوت الدين فى ذمته للوكيل، فلو لم تجعله متبرعًا لألزمناه دينًا لم يرض به، فجعلناه متبرعًا قياسًا. (عينى)

(٢) قوله: "وأما الإنفاق إلخ" يعنى أما مسألة الإنفاق فرضى الآمر بثبوت الدين فى ذمته للوكيل، بأنه أمره بالإنفاق، والأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم المدفوعة إليه بل يتعلق بمثلها فى الذمة، ثم يثبت به حق الرجوع على الآمر، فكان راضيًا بثبوت الدين، فلم يجعل متبرعًا قياسًا أيضًا. (عينى)

(٣) أى القياس والاستحسان.

(٤) قوله: "باب" أخر باب العزل إذ العزل يقتضى سبق الثبوت، فناسب ذكره آخرًا. (نت)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى بالوكالة.

(٧) أى الوكيل.

(٨) من المدعى عليه.

(٩) قوله: "بطلب من جهة الطالب" قيد بالطلب، لأنه لو لم يكن بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرًا، أوغائبًا، وبكون الطلب من جهة الطالب، لأنه لو كان من جهة المطلوب أى المدعى عليه ووكل الطالب، فله عزله عند غيبة المطلوب، لأن الطالب بالعزل يبطل حق نفسه، إذ خصومة الوكيل حق الطالب لقيامه مقام الطالب، وخصومة الطالب بنفسه حقه، فكذا خصومة من قام مقامه. (كفاية)

(١٠) قوله: "لما فيه [أى فى العزل] من إبطال حق الغير [الطالب]" وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه، ويثبت حقه عليه، فلو صح عزله عند غيبة الطالب يبطل هذا الحق أصلا، لأنه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل، وربما يغيب المطلوب قبل أن يحضر الطالب، فلا يمكنه الخصومة معه أيضًا، بخلاف ما إذا كان الطالب حاضرًا فإن: حقه لا يبطل أصلا، لأنه إن لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب، ويمكنه أن يطلب منه وكيلا آخر. (ك)

(١١) قوله: "وصار [أى الوكيل الذى كان يطلب من جهة الطالب. نت] كالوكالة إلخ" أى فى تعلق حق الغير بوكالة الوكيل، وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل، إلا أن الموكل فى الرهن لا يملك عزله أصلا، إذا لم يرض المرتهن به، والمطلوب يملك عزله عند حضرة الطالب، وإن لم يرض به الطالب لأنه لا يبطل حقه حينئذ، لأنه يمكنه أن يخاصم المطلوب، وفى الرهن لو صح العزل حال حضرة المرتهن يبطل حقه فى البيع أصلا، لأنه لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع. (ك)

(١٢) قوله: "كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن" بأن وضع الرهن على يدى عدل وشرط فى الرهن أن يكون العدل مسلطًا على البيع، ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع لا يصح، وإن كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به. (عينى)

قال(١) : فإن لم يبلغه(٢) العزل(٣)، فهو على وكالته، وتصرفه جائز حتى يعلم(٤)؛ لأن فى العزل إضرارًا به(٥) من حيث إبطال ولايته(٦)، أو من حيث رجوع الحقوق إليه، فينقد من مال الموكل(٧)، ويسلم المبيع(٨) فيضمنه(٩)، فيتضرر به، ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره(١٠) للوجه الأول(١١)، وقد ذكرنا اشتراط العدد(١٢)، أو العدالة في المخبر(١٣)، فلا نعيده.

قال(١٤) : ويبطل الوكالة بموت الموكل(١٥)، وجنونه جنونًا مطبقًا(١٦)، ولحاقه بدار الحرب مرتدًا؛ لأن التوكيل تصرف غير لازم(١٧)، فيكون لدوامه(١٨) حكم ابتداءه، فلا

---

(١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٢) الوكيل.

(٣) أى عزل الموكل إياه.

(٤) الوكيل عزله.

(٥) أى الوكيل.

(٦) قوله: "من حيث إبطال ولايته [من غير علمه]" وفى إبطال ولايته تكذيبه، لأن الوكيل لما زوج لموكله، أو طلق امرأته، أو باع أو اشترى له على ادعاء أنه وكيله، ثم لو صح عزله من غير علم الوكيل كان تكذيبًا للوكيل فيما ادعى من الوكالة لبطلان ولايته على هذه التصرفات بالعزل، وفى تكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه، وهذا المعنى عام شامل لجميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء. (ك)

(٧) إذا كان وكيلا بالشراء.

(٨) إذا كان وكيلا بالبيع.

(٩) أى ما نقد من الثمن، وما سلم من البيع على تقدير صحة العزل. (ك)

(١٠) كالوكيل بالطلاق والعتاق. (ك)

(١١) قوله: "للوجه الأول" وهو أن فى العزل إضرارًا من حيث إبطال ولايته. (ك)

(١٢) قوله: "وقد ذكرنا اشتراط العدد [أى رجلان أو رجل وامرأتان] إلخ" أى فى فصل القضاء بالمواريث فى كتاب أدب القاضى فى قوله: ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان إلخ. (ع)

(١٣) بالعزل.

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٥) قوله: "ويبطل الوكالة إلخ" قد تقدم أن من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل من غير توقف على رضى أحد، ومنها ما لا يجوز ذلك فيه إلا برضى الطالب، ففى الأول يبطل الوكالة إلخ.

وفى الثانى لا تبطل، لأن التوكيل فى هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به، فلا يكون لدوامه حكم ابتداءه، فلا يلزم بقاء الأمر، وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت، وهو مما لا بد منه. (ع)

(١٦) دائمًا.

(١٧) قوله: "تصرف غير لازم" إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على التراضى من الجانبين، وههنا ليس كذلك، لأن كلا منهما منفرد فى فسخها، فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة، وللموكل أن يمنع الوكيل عنها. (ع)

(١٨) قوله: "فيكون لدوامه" وإنما كان كذلك، لأن التصرف إذا كان غير لازم كان المتصرف فى كل لحظة من

بد من قيام الأمر[١]، وقد بطل[٢] بهذه العوارض[٣]، وشرط أن يكون الجنون مطبقًا، لأن قليله[٤] بمنزلة الإغماء[٥]. وحد المطبق شهر عند أبي يوسف[٦]، اعتبارًا بما يسقط به الصوم[٧]، وعنه[٨] أكثر من يوم وليلة، لأنه يسقط به الصلوات الخمس، فصار كالميت. وقال محمد: حول كامل، لأنه يسقط به جميع العبادات[٩]، فقدر به[١٠] احتياطًا. قالوا[١١]: الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة رح؛ لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده، فكذا وكالته[١٢]، فإن أسلم[١٣] نفذ، وإن قتل، أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندهما تصرفاته[١٤] نافذة، فلا يبطل وكالته، إلا أن يموت أو يقتل على ردته، أو يحكم بلحاقه[١٥]، وقد مر في السير[١٦]، وإن كان الموكل امرأة، فارتدت فالوكيل على وكالته[١٧]، حتى تموت، أو تلحق بدار

لحظات دوام التصرف يستبد من النقض والفسخ،، فلما لم يفسخ بطل امتناعه عن الفسخ عند إمكانه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه، وأما إذا كان التصرف لازما لا يتأتى هذا المعنى، لأن التصرف لا يتمكن في كل لحظة من الفسخ، فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء. (ك)

(١) أي أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة.

(٢) قوله: "وقد بطل إلخ" فإن قيل: البيع بالخيار غير لازم، ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت، بل يتقرر البيع، ويبطل الخيار. قلنا: الأصل في البيع اللزوم، وعدم اللزوم بسبب العارض، وهو الخيار، فإذا مات تقرر الأصل، وبطل العارض. (ك)

(٣) من الموت والجنون والارتداد. (ك)

(٤) أي الجنون، وكثيره كالموت.

(٥) فلا يبطل به الوكالة.

(٦) ولأبي حنيفة في رواية أبي بكر الرازي.

(٧) أي صوم شهر رمضان.

(٨) أي عن أبي يوسف. (نت)

(٩) قوله: "لأنه يسقط به جميع العبادات" كالصوم والصلاة والزكاة، أما ما دون الحول فلا يمنع وجود الزكاة، فلا يكون في معنى الموت. (ك)

(١٠) الحول.

(١١) المشايخ.

(١٢) الموقوفة.

(١٣) المرتد.

(١٤) المرتد.

(١٥) قوله: "أو يحكم بلحاقه [حتى يستقر أمر اللحاق. ع]" أي يحكم الحاكم بلحاقه، لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم، فإذا حكم به بطلت الوكالة. (زيلعي)

(١٦) قوله: "وقد مر في السير" أي مر كون تصرف المرتد موقوفًا عند أبي حنيفة نافذا عندهما مع ما ذكر من دليل الطرفين، مستوفى في باب أحكام المرتدين من كتاب السير. (نت)

(١٧) قوله: "فالوكيل [أي بالإجماع. نت] على وكالته [ما خلا التوكيل بالتزويج، فإن ردتها مخرج الوكيل به

الحرب، لأن ردتها لا تؤثر[١] في عقودها على ما عرف[٢].

قال[٣]: وإذا وكل المكاتب[٤]، ثم عجز، أو المأذون له، ثم حجر عليه، أو الشريكان[٥]، فافترقا، فهذه الوجوه[٦] تبطل الوكالة على الوكيل علم[٧] أو لم يعلم؛ لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر، وقد بطل بالحجر[٨] والعجز[٩] والافتراق[١٠]، ولا فرق بين العلم[١١] وعدمه، لأن هذا عزل حكمى، فلا يتوقف[١٢] على العلم[١٣] كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل[١٤].

قال[١٥]: وإذا مات الوكيل، أو جن جنونًا مطبقًا بطلت الوكالة؛ لأنه لا يصح[١٦] أمره[١٧] بعد جنونه وموته.

وإن لحق[١٨] بدار الحرب مرتدًا لم يجز له التصرف[١٩] إلا أن يعود[٢٠] مسلمًا[٢١]

من الوكالة. عناية]" مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة، أو لحوقها بدار الحرب بالإجماع، بخلاف ما إذا كان الموكل رجلا فارتد، فإن تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند أبى حنيفة بعد ارتداد موكله، بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه، وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق فى الصورتين معًا، قبل الموت واللحوق بدار الحرب. (نتائج)

(١) لأنها لا تقتل. (نت)

(٢) فى السير. (نت)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٤) بالبيع أو الشراء.

(٥) قوله: "أو الشريكان" أى أحد الشريكين فافترقا، يعنى به أنه يبطل الوكالة فى حق الشريك الآخر الذى لم يوجد منه التوكيل صريحًا، وإنما صار وكيلا عنه بالشركة، فلما افترقا لم يبقَ وكيلا عنه، إما يبقى وكيلا فى حق الآخر، وينبغى أن لا يعزل فيما إذا وكل الشريكان صريحًا بافتراقهما. (كفاية)

(٦) أى عجز المكاتب أو الحجر على المأذون له، وافتراق الشريكين.

(٧) الوكيل.

(٨) فى المأذون له.

(٩) فى المكاتب.

(١٠) فى الشريكين.

(١١) أى علم الوكيل.

(١٢) كالموت.

(١٣) إذ العلم شرط للعزل القصدى لا للعزل الحكمى. (نت)

(١٤) قوله: "إذا باعه" أى إذا باع المبيع الموكل حيث يصير الموكل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل. (عينى)

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٦) قوله: "لأنه لا يصح إلخ" فلو جن ساعة، ثم أفاق فهو على وكالته، وجعل هذا كالنوم. (عينى)

(١٧) قوله: "أمره" الأمر مصدر مضاف إلى المفعول، ومعناه الأمر الذى كان مأمورًا به لم يبقَ صحيحًا، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا من أن لدوامه حكم ابتداءه. (ع)

(١٨) أى الوكيل.

(١٩) قوله: "لم يجز التصرف [فيما وكل به. ع] إلخ" هذا إذا حكم القاضى بلحاقه بدار الحرب، وذكر شيخ

قال[١]: وهذا[٢] عند محمد، فأما عند أبى يوسف لا يعود الوكالة[٣]. لمحمد أن الوكالة إطلاق، لأنه رفع المانع[٤]، أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به[٥]، وإنما عجز[٦] بعارض اللحاق لتباين الدارين[٧]، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا.

ولأبى يوسف أنه[٨] إثبات[٩] ولاية التنفيذ، لأن ولاية أصل التصرف بأهليته[١٠]، وولاية التنفيذ بالملك[١١]، وباللحاق[١٢] لحق بالأموات[١٣]، وبطلت الولاية، فلا تعود كملكه فى أم الولد والمدبر[١٤]، ولو عاد الموكل مسلمًا، وقد[١٥] لحق بدار الحرب مرتدًا[١٦]، لا تعود الوكالة فى الظاهر[١٧].

الإسلام فى "المبسوط": وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتدًا، فإنه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعًا ما لم يقض القاضى بلحاقه. (ك)

(٢٠) من دار الحرب إلى دار الإسلام.

(٢١) فيعود وكيلا.

(١) أى المصنف.

(٢) أى جواز تصرف الوكيل عند عوده مسلمًا.

(٣) وإن عاد مسلمًا.

(٤) قوله: "لأنه رفع المانع" ومعناه أن الوكيل كان ممنوعًا أن يتصرف فى شىء لموكله، فإذا وكله رفع المانع. (ع)

(٥) كالحرية والعقل والبلوغ.

(٦) عن التصرف. (ع)

(٧) دار الإسلام ودار الحرب.

(٨) أى التوكيل.

(٩) قوله: "إثبات" أى تمليك ولاية التنفيذ فإن الوكيل إنما يملك تنفيذ تصرفه، وعلى موكله بالوكالة. (عناية)
حاصله أن الوكيل له ولايتان، ولاية أصل التصرف، وولاية التنفيذ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده، والثانية غير ثابتة قبله، وإنما حدثت بعده، ولم يتجدد عليه شىء سوى التوكيل، فكانت ثابتة به.

(١٠) بالعقل والبلوغ والحرية.

(١١) قوله: "وولاية التنفيد بالملك [وكان الوكيل مالكًا للتنفيذ بالوكالة]" أى تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك، لأن التمليك بلا ملك غير متحقق. (عناية)

(١٢) بدار الحرب.

(١٣) والميت ليس بأهل للملك.

(١٤) قوله: "كملكه [المرتد] إلخ" يعنى يعتق أم ولده ومدبره بالقضاء بلحاقه، وبعوده مسلمًا لا يعود ملكه فيهما، ولا يرتفع العتق، فكذا الوكالة التى بطلت لا تعود. (عينى)

(١٥) الواو حالية.

(١٦) وقضى القاضى باللحاق. (ك)

(١٧) أى ظاهر الرواية.

وعن محمد أنها تعود[١]، كما قال[٢] في الوكيل[٣]، والفرق له على الظاهر[٤] أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك، وقد زال، وفي حق الوكيل على معنى قائم به، ولم يزل باللحاق.

قال[٥]: ومن وكل آخر بشيء[٦]، ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة، وهذا اللفظ ينتظم[٧] وجوهًا[٨] مثل أن يوكله بإعتاق عبده، أو بكتابته، فأعتقه، أو كاتبه الموكل بنفسه، أو يوكله[٩] بتزويج امرأة[١٠]، أو بشراء شيء[١١]، ففعله بنفسه[١٢]، أو يوكل بطلاق[١٣]، فطلقها الزوج ثلاثًا، أو واحدةً[١٤]، وانقضت عدتها، أو بالخلع[١٥]، فخالعها[١٦] بنفسه، لأنه[١٧] لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل

---

(١) الوكالة.

(٢) محمد رح.

(٣) بأنه إذا عاد الوكيل مسلمًا تعود وكالته.

(٤) قوله: "والفرق له [أي محمد] إلخ" وأبو يوسف رح سوى بين عود الموكل مسلمًا وبين عود الوكيل مسلمًا بعد قضاء القاضي باللحوق حيث لا يقول بعود الوكالة في الفصلين. ومحمد فرق بينهما في الظاهر، والفرق له: أن الوكالة تعلقت بملك الموكل، وقد زال ملكه بردته ولحاقه، فبطلت الوكالة على البتات، فأما بردة الوكيل لم يزل ملك الموكل، فكان محل تصرف الوكيل باقيًا، لكنه عجز عن التصرف بعارض، فإذا زال العارض صار كان لم يكن.

وعن محمد أنه سوى بينهما، وقال: يعود وكيلا كما كان فيهما، لأن الموكل إذا عاد مسلمًا يعاد عليه ماله على قديم ملكه، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه، فيعود الوكيل على وكالته. (ك)

(٥) أي القدوري في "مختصره".

(٦) من الإثباتات والإسقاطات. (ع)

(٧) يشمل.

(٨) كثيرة من المسائل.

(٩) أي يوكله بأن يزوجه امرأة.

(١٠) معينة.

(١١) معين.

(١٢) قوله: "ففعله بنفسه" أي فعل الموكل بنفسه بأن تزوجها بنفسه أو اشتراه بنفسه كان ذلك عزلا حتى لو أبانها بعد التزوج لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لانقضاء الحاجة، بخلاف ما لو زوجها الوكيل، فأبانها فإن له أن يزوجها لموكله لبقاء الحاجة، وكذا لو اشتراه الموكل بنفسه وباعه، ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز. (ع)

(١٣) لزوجته.

(١٤) قوله: "ثلاثًا، أو واحدةً إلخ" إنما قيد بقوله: ثلاثًا أو واحدة، وانقضت عدتها لأنه إذا وكله بالطلاق، ثم طلقها بنفسه واحدةً، أو ثنتين بائنةً كانت أو رجعيةً، فإن له أن يطلقها ما دامت في العدة، والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك. (ع)

(١٥) أي وكل بأن يخالع امرأته.

(١٦) الزوج.

التصرف، فبطلت الوكالة، حتى لو تزوجها بنفسه[١]، وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه[٢]، لأن الحاجة[٣] قد انقضت.

بخلاف ما إذا تزوجها[٤] الوكيل، وأبانها له[٥] أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة[٦]، وكذا[٧] لو وكله ببيع عبده، فباعه بنفسه، فلو رُدّ عليه[٨] بعيب بقضاء القاضي[٩]. فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه[١٠] مرة أخرى، لأن بيعه بنفسه منع له[١١] من التصرف، فصار كالعزل[١٢].

وقال محمد: له[١٣] أن يبيعه[١٤] مرة أخرى، لأن الوكالة باقية، لأنه إطلاق[١٥]، والعجز قد زال بخلاف ما إذا وكله[١٦] بالهبة[١٧]، فوهب بنفسه[١٨]، ثم رجع[١٩] لم

(١٧) متعلق بجميع ما ذكر. (ع)

(١) قوله: "حتى لو تزوجها بنفسه" أي تزوج المرأة التي وكل الرجل بأن يزوجها إياه. (عيني)

(٢) مرة ثانية.

(٣) في تزوجها.

(٤) أي المرأة التي وكل بتزويجه إياه.

(٥) الوكيل.

(٦) أي حاجة الموكل.

(٧) أي بطلت الوكالة.

(٨) قوله: "فلو رد [أي العبد] عليه إلخ" في الذخيرة: ولو أقاله المشتري فليس للوكيل أن يبيعه إن كانت الإقالة بعد القبض، لأنه بمنزلة الشراء الجديد في حق الثالث، وكذلك إن كانت الإقالة قبل القبض، لأن الأمر قد انتهى نهايته بالبيع، والمقصود من البيع هو الثمن، وإن فات لكن من جهة الموكل، وفوات المقصود من التصرفات من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بالعدم. (ك)

(٩) قوله: "بقضاء القاضي" قيد بقوله: بقضاء القاضي، لأن الموكل إذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء، فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع لأنه كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين، والوكيل غيرهما، فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه. (ع)

(١٠) أي العبد.

(١١) أي الوكيل.

(١٢) صريحًا.

(١٣) أي الوكيل.

(١٤) أي العبد.

(١٥) قوله: "لأنه إطلاق [وهو باقٍ]" أي لأن التوكيل إطلاق للتصرف، ولم يوجد العزل صريحًا، وكان ممنوعًا بعارض يعجزه عن ذلك، والعجز قد زال، فلا يمنع الوكيل عن بيعه مرة أخرى. (عيني)

(١٦) قوله: "بخلاف ما إذا وكله إلخ" يتعلق بقوله: وقال محمدؒ: له أن يبيعه مرة أخرى. (ك)

(١٧) أي بأن يهب عبده من فلان.

(١٨) قوله: "فوهب بنفسه" ليس بقيد لأنه لو وكله بأن يهب عبده، فوهبه الوكيل، ثم رجع الموكل في هبته لم

يكن للوكيل أن يهب ثانيًا، لأنه[١] مختار في الرجوع، فكان[٢] دليل عدم الحاجة[٣]، أما الرد[٤] بقضاء بغير اختياره، فلم يكن[٥] دليل زوال الحاجة[٦]، فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له[٧] أن يبيعه[٨]، والله أعلم.

***

يكن للوكيل أن يهبه مرة أخرى. (كفاية)

(١٩) عن هبته.

(١) الواهب.

(٢) الرجوع.

(٣) أى إلى الهبة، إذ لو كان محتاجًا لما رجع.

(٤) أى رد العبد بالعيب.

(٥) الرد.

(٦) إلى البيع.

(٧) أى الوكيل.

(٨) أى العبد.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الدعوى[١]

قال[٢]: المدعى[٣] من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة، ومعرفة الفرق بينهما[٤] من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى.

وقد اختلف عبارات المشايخ فيه، فمنها ما قال فى الكتاب[٥]، وهو حد عام صحيح[٦]، وقيل: المدعى من لا يستحق إلا بحجة[٧] كالخارج[٨]، والمدعى عليه من يكون مستحقًا[٩] بقوله: من غير حجة كذى اليد[١٠]، وقيل: المدعى من يتمسك[١١] بغير الظاهر[١٢]، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر[١٣].

(١) قوله: "كتاب الدعوى" لما كانت الوكالة بالخصومة التى هى أشهر أنواع الوكالات سببًا داعيًا إلى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة، لأن المسبب يتلو السبب، كذا فى "نتائج الأفكار".
والدعوى اسم للادعاء الذى هو مصدر ادعى زيد على عمر و مالا، فزيد المدعى وعمرو المدعى عليه، والمال المدعى والمدعى به خطأ، وألفها للتأنيث فلا تنون، وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير، كفتوى وفتاوى، وهى فى اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وفى عرف الفقهاء عن مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته.
وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطى المعاملات، وشرط صحتها مجلس القضاء، فالدعوى فى غير مجلس القضاء لا تصح حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابها. وحضور الخصم ومعلومية المدعى، وكونه ملزما على الخصم بالنفى أو الإثبات، حتى لو ادعى أنه وكيل هذا الخصم الحاضر فى أمر من أموره، فإن القاضى لا يسمع دعواه هذه إذا أنكر الآخر، لأنه يمكنه عزله فى الحال، وأما حكمها، فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا، ولهذا وجب على القاضى إحضاره مجلس الحكم، وهى نوعان: صحيحة، وفاسدة. (مل)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٣) قوله: "والمدعى" قيل: إن القاضى يسميه مدعيا قبل إقامة البينة، وأما بعدها يسميه محقًا لا مدعيًا.

(٤) أى بين المدعى والمدعى عليه.

(٥) يعنى القدورى. (ع)

(٦) قوله: "وهو حد عام صحيح" أما عمومه فلأنه يتناول كل واحد من الحدود التى ذكرت فى المدعى والمدعى عليه، وأما صحته فلأنه جامع مانع. (عينى)

(٧) البينة والإقرار. (ع)

(٨) قوله: "كالخارج" أى الذى يدعى عينًا فى يد رجل فإنه لا يستحق إلا بحجة، يعنى البينة أو الإقرار. (عينى)

(٩) قوله: "من يكون إلخ" لعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره. (ع)

(١٠) قوله: "كذى اليد" فإنه إذا قال: هو لى كان له ما لم يثبت الغير استحقاقه. (كفاية)

(١١) قوله: "المدعى من يتمسك إلخ" لعله منقوض بالمودع إذا قال: رددت الوديعة فإنه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر، إذ رد الوديعة ليس بظاهر، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع، ومتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان. (ك)

(١٢) إذ الظاهر أن الإملاك فى يد المالك.

(١٣) إذ الظاهر براءة الذمة.

وقال محمد في "الأصل"[١]: المدعى عليه هو المنكر، وهذا صحيح[٢] لكن الشأن في معرفته، والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا[٣]؛ لأن الاعتبار للمعاني دون الصور[٤]، فإن المودع إذا قال: رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين[٥] وإن[٦] كان مدعيًا للرد صورة، لأنه ينكر الضمان معنًى.

قال[٧]: ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئًا معلومًا[٨] في جنسه[٩] وقدره[١٠]؛ لأن فائدة الدعوى الإلزام[١١] بواسطة إقامة الحجة[١٢]، والإلزام في المجهول لا يتحقق. فإن كان[١٣] عينًا[١٤] في يد المدعى عليه كلف إحضارها[١٥] ليشير[١٦] إليها بالدعوى[١٧]، وكذا في الشهادة[١٨] والاستحلاف، لأن الإعلام بأقصى ما يمكن[١٩]

---

(١) أي المبسوط.

(٢) قوله: "وهذا صحيح" لما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: «اليمين على من أنكر»، وروى اليمين على المدعى عليه. (ع)

(٣) قوله: "والترجيح بالفقه إلخ" يعني إذا تعارضت الجهتان أي جهة الادعاء الصورى، وجهة الإنكار المعنوى، فالترجيح بالفقه، أي بالمعنى عند الحذاق من أصحابنا، فإن الاعتبار للمعاني دون الصور، فالمودع إذا قال: رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على أنه ينكر الضمان معنى، ولا يعتبر كونه مدعيًا للرد صورة. وأما قبول بينته إذا أقامها على الرد فلدفع اليمين على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة في "شرح الوقاية" في مسألة اختلاف الزوجين في المهر قدراً حيث قال: إن المرأة تدعي الزيادة، فإن أقامت بينة قبلت، وإن أقام الزوج تقبل أيضًا، أن البينة تقبل لدفع اليمين كما إذا قام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل، انتهى. (نت)

(٤) قوله: "دون الصور" والمباني فإنه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى، وهو إنكار معنى كالمودع إذا قال إلخ. (كفاية)

(٥) قوله: "فالقول قوله مع اليمين" ويحلفه القاضي بأنه لا يلزمه الرد، ولا ضمان ولا يحلفه على أنه رده لأن اليمين أبدا يكون على النفي. (عيني)

(٦) الواو وصلية.

(٧) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٨) فإن معلومية المدعى شرط لصحة الدعوى.

(٩) كالدراهم والدنانير والحنطة مثلا. (ع)

(١٠) مثل كذا وكذا دراهم ودينارًا، وكذا كرًا.

(١١) على الخصم.

(١٢) البينة أو الإقرار.

(١٣) المدعى.

(١٤) منقولا.

(١٥) في مجلس الحكم.

(١٦) المدعى.

(١٧) فيقول: هذا الذي ادعيه.

شـرط[١]، وذلك[٢] بالإشـارة في المنقـول، لأن النقل ممكن، والإشـارة أبلغ في التعـريف[٣]، ويتعلق بالدعوى[٤] وجوب الحضور[٥]، وعلى هذا القضاة من آخرهم[٦] في كل عصر[٧] ووجوب الجواب[٨] إذا حضر ليفيد حضوره، ولزوم إحضار العين المدعاة[٩]؛ لما قلنا[١٠]، واليمين إذا أنكره[١١]، وسنذكره[١٢] إن شاء الله تعالى.

قال[١٣]: وإن لم تكن[١٤] حاضرة[١٥] ذكر قيمتها[١٦]، ليصير المدعى معلومًا، لأن العين لا تعرف بالوصف[١٧] والقيمة تعرف به، وقد[١٨] تعذر مشاهدة العين[١٩]، وقال

---

(١٨) قوله: "وكذا في الشهادة" أي كلف المدعى عليه بإحضار المدعى ليشير إليه عند أداء الشهادة، وإذا استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف إحضارها. (عيني)

(١٩) في صحة الدعى.

(١) نفيًا للجهالة.

(٢) أي الإعلام.

(٣) قوله: "أبلغ في التعريف" لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الأوصاف، فإن اشتراك شخصين فيها ممكن. (ع)

(٤) الصحيحة.

(٥) على المدعى عليه.

(٦) أي من أولهم إلى آخرهم.

(٧) من زمن المجتهدين وغيرهم.

(٨) بنعم، أو لا.

(٩) بمجلس القاضي إذا كانت منقولة قائمة في يده.

(١٠) من الإشارة إليها. (ع)

(١١) ولم يقدر المدعى على إقامة البينة.

(١٢) اليمين.

(١٣) أي القدوري.

(١٤) العين.

(١٥) قوله: "حاضرة إلخ" أي إن وقع الدعوى في عين غائبة لا يعرف مكانها بأن ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوبًا، أو جارية لا يدرى أنه قائم أو هالك. (ك)

(١٦) قوله: "ذكر قيمتها" وإن لم يبين القيمة، وقال: غصب مني عين كذا، ولا أدرى أنه هالك أو قائم، ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه، لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به. (كافي)

(١٧) قوله: "لأن العين لا تعرف بالوصف" لإمكان مشاركة أعيان كثيرة فيه، وإن بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد والقيمة تعرف به، أي القيمة شيء يعرف العين به، فذكرها يفيد، وقد تعذر مشاهدة العين، جملة حالية من قوله: والقيمة تعرف به، يعني والحال أن المشاهدة متعذرة، فيكون ذكر القيمة إذ ذاك أقصى ما يكون في الأعلام. (نت)

(١٨) الواو حالية.

(١٩) كالصبرة من الطعام.

الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة.

قال[١]: فإن ادعى عقاراً حدده[٢]، وذكر أنه في يد المدعى عليه، وأنه يطالبه؛ لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل[٣]، فيصار إلى التحديد[٤]، فإن العقار يعرف به[٥]، ويذكر الحدود الأربعة، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم[٦]، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به[٧] عند أبي حنيفة على ما عرف، وهو الصحيح[٨]. ولو كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره[٩]، فإن ذكر ثلاثة من الحدود[١٠] يكتفى بها عندنا خلافًا لزفر[١١]، لوجود الأكثر[١٢]، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة؛ لأنه يختلف به[١٣] المدعى، ولا كذلك بتركها[١٤]، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط[١٥] في الشهادة. وقوله في الكتاب[١٦]: وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه[١٧] إنما ينتصب خصماً إذا كان[١٨] في يده، وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى، وتصديق المدعى عليه أنه[١٩] في يده بل لا يثبت اليد فيه[٢٠] إلا بالبينة[٢١]، أو علم

---

(١) القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) أي ذكر حدوده.

(٣) إلى مجلس الحكم.

(٤) بعد ذكر البلد، والموضع الذي هو فيه.

(٥) أي بالتحديد.

(٦) بأن يقال: فلان بن فلان بن فلان.

(٧) أي بذكر الجد.

(٨) احترز به عما روى عنه أن ذكر الأب يكفي.

(٩) بدون نسبه.

(١٠) وسكت عن الرابعة.

(١١) هو يقول: التعريف لم يتم بدون ذكره.

(١٢) ومن ههنا يعلم أن ذكر الاثنين لا يكفي. (ع)

(١٣) أي بالغلط.

(١٤) قوله: "ولا كذلك بتركها" كما لو شهد شاهدان بالبيع، وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز، ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهم لأنه صار عقاراً آخر بالغلط، وبهذا الجواب يبطل قياس زفر المتروك على الغلط. (ع)

(١٥) قوله: "يشترط" حتى لو ذكروا ثلاثة في الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم خلافًا لزفر رحمه الله.

(١٦) مختصر القدوري.

(١٧) المدعى عليه.

(١٨) العقار.

(١٩) العقار.

التدبير[١]. ولنا: أن بينة الخارج أكثر إثباتًا[٢]، أو إظهارًا[٣]، لأن قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد[٤]، إذ اليد دليل مطلق الملك، بخلاف النتاج[٥]، لأن اليد لا تدل عليه[٦]، وكذا على الإعتاق وأختيه[٧] وعلى الولاء الثابت بها[٨].

قال[٩]: وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى[١٠] عليه بالنكول، وألزمه[١١] ما ادعى[١٢] عليه. وقال الشافعي: لا يقضى به[١٣] بل يرد اليمين على المدعى، فإذا حلف

ذلك، ولأحدهما يد فإنه يقضى لصاحب اليد. (ك)

(١٣) قوله: "والنكاح" بأن تنازعا فى نكاح امرأة، وأقاما البينة، وهى فى يد أحدهما فصاحب اليد أولى. (ك)

(١٤) قوله: "ودعوى الملك مع الإعتاق" بأن يكون عبد فى يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه، وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه، وهو يملكه، فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج. (ك)

(١٥) قوله: "أو الاستيلاد" بأن يكون أمة في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذى البينة أنها أمة استولدها فبينة ذى اليد أولى. (نت)

(١) قوله: "أو التدبير" بأن يكون عبد في يد رجل، فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على أنه عبده دبره، فبينة ذى اليد أولى. (نت)

(٢) قوله: "أكثر [أى فى علم القاضى، وما هو أكثر إثباتًا من البينات أولى لتوفر ما شرعت البينات لأجله. ع] إثباتًا" لأن الخارج ببينته يستحق على ذى اليد الملك الثابت له بظاهر يده، وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئًا، لأنه لا ملك للخارج بوجه، فلا يكون بينته مثبتة للملك، إنما هو مؤكد للملك الثابت باليد، والتأكيد إثبات وصف للموجود، لا إثبات أصل الملك، وبينة الخارج تثبت أصل الملك، فصح قولنا: إنها أكثر إثباتًا. (ك)

(٣) أى فى الواقع، فإن بينة الخارج تظهر ما كان ثابتًا فى الواقع. (ك)

(٤) وإلا يلزم تحصيل الحاصل.

(٥) قوله: "بخلاف النتاج" التحقيق على ما فى "المغرب": أن النتاج اسم لجميع وضع الغنم والبهائم كلها عن الليث، ثم سمى به المنتوج، والنتاج للبهائم كالقابلة للنساء، يقال: قد نتج الناقة ينتجها نتجا إذا ولى نتاجها حتى وضعت. والأصل أنه يعدى إلى مفعولين، فإذا بنى للمفعول الأول قيل: نتجت ولدًا، إذا وضعته، ثم إذا بنى للمفعول الثانى قيل: نتج الولد، منه قول الفقهاء: ولو أقام البينة فى دابة أنها نتجت عنده، أى ولدت ووضعت، وقوله الناتج أولى من العارف عنى به من نتجت عنده أو نتجها هو، وبالعارف الخارج الذى يدعى ملكًا مطلقًا دون النتاج، وإنما سمى عارفًا، لأنه قد كان فقد فكما وجده عرفه.

(٦) قوله: "لا تدل عليه" فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة، فكان كل واحد من البينتين للإثبات، فترجح إحداهما باليد. (عينى)

(٧) أى كذا اليد لا تدل على أختى الإعتاق، وهما التدبير والاستيلاد، فتعارضت بينة الخارج وذى اليد، ثم ترجحت بينة ذى اليد باليد. (عينى)

(٨) قوله: "وعلى الولاء الثابت بها" أى بهذه الأشياء الثلاثة، وهى الاستيلاد والإعتاق والتدبير، يعنى أن اليد لا تدل على الولاء الثابت بها أيضًا، فاستوت البينتان فى ذلك أيضًا، فترجحت أحدهما باليد. (نت)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) القاضى.

(١١) القاضى.

(١٢) المدعى.

يقضى به[١]، لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة، والترفع عن الصادقة، واشتباه الحال[٢]، فلا ينتصب[٣] حجة مع الاحتمال، ويمين المدعى دليل الظهور[٤]، فيصار إليه[٥]. ولنا: أن النكول دل على كونه باذلا[٦] أو مقراً[٧]، إذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب[٨]، ودفعاً للضرر عن نفسه[٩]، فيترجح هذا الجانب[١٠]، ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه[١١].

قال[١٢]: وينبغي للقاضي أن يقول له: إني أعرض عليك اليمين ثلاثًا، فإن حلفت[١٣]، وإلا فقضيت عليك بما ادعاه، وهذا الإنذار لأعلامه بالحكم[١٤]، إذ هو[١٥] موضع الخفاء[١٦]. قال[١٧]: فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه

---

(١٣) أى بالنكول.

(١) وإن نكل انقطعت المنازعة. (ع)

(٢) قوله: "اشتباه الحال" أى يحتمل اشتباه الحال عليه بأن لا يدرى أ صادق فى إنكاره، فيحلف، أو كاذب، فيمتنع. (نت)

(٣) النكول.

(٤) قوله: "دليل الظهور" أى ظهور كون المدعى محقا فى دعواه كما كانت يمين المدعى عليه. (ك)

(٥) أى فيرجع إلى يمين المدعى.

(٦) إن كان النكول بذلا كما قال أبو حنيفة رح.

(٧) إن كان النكول إقراراً كما قالا.

(٨) لأنه عليه السلام قال: «واليمين على من أنكر»، وكلمة على للوجوب، وهو اليمين.

(٩) هو بذل المال.

(١٠) قوله: "فيترجح هذا الجانب [على الوجه المحتمل]" أى جانب كون الناكل باذلا أو مقراً على جميع الوجوه المحتملة المذكورة فى دليل الشافعى رح، بناء على مقتضى ما سبق من قوله: إذا لو لا ذلك لا قدم على اليمين إقامة للواجب، ودفعاً للضرر عن نفسه. وبيان ذلك أن العاقل المتدين لا يترك الواجب عليه، ولا يترك دفع الضرر عنه بشيء من تلك الوجوه المحتملة، إما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر، إذ هو ليس بأمر ضرورى أصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس، وإما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلأن المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطى عن خصمه، فيسقط الواجب عن عهدته. فإذا لم يكن الناكل باذلا أو مقراً ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعاً، وإما باشتباه الحال، فلأن من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضاً بل يتحرى، فيقدم على إقامة الواجب، أو يعطى حق خصمه، فيسقط عن عهدته الواجب، فإن لم يكن الناكل باذلا، أو مقراً، ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضاً. (نت)

(١١) قوله: "لما قدمناه" أشار به إلى قوله: ولا يرد اليمين على المدعى؛ لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر». (نت)

(١٢) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٣) فبها.

(١٤) أى الحكم بالنكول. (ك)

(١٥) أى الحكم بالنكول.

بالنكول، وهذا التكرار[١] ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط، والمبالغة في إيلاء[٢] العذر[٣]. فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز[٤]؛ لما قدمناه[٥]، هو الصحيح[٦]، والأول أولى[٧]، ثم النكول قد يكون حقيقيًا، كقوله: لا أحلف، وقد يكون حكميًا، بأن يسكت[٨] وحكمه[٩] حكم الأول إذا علم أنه لا آفة من طرش[١٠] أو خرس[١١]، هو الصحيح[١٢].

قال[١٣]: وإن كانت الدعوى نكاحًا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة، ولا يستحلف[١٤] عنده في النكاح[١٥] والرجعة، والفيء في الإيلاء، والرق،

---

(١٦) قوله: "موضع الخفاء" لأن القضاء بالنكول مجتهد فيه، فإن عند الشافعي رحمه الله لا يحكم بالنكول، بل يرد اليمين على المدعي. (ك)

(١٧) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١) قوله: "وهذا التكرار إلخ" صورة ذلك أن يقول القاضي: احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه، وهو كذا وكذا، أو لا شيء منه، فإن نكل يقوله ذلك ثانيًا، فإن نكل يقول: بقيت الثالثة، ثم أقضي عليك إن لم تحلف، ثم يقول له ثالثًا، فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعي. (ع)

(٢) إظهار.

(٣) فصار كإمهال المرتد ثلاثة أيام، فإن قتل بلا إمهال جاز.

(٤) ونفذ قضاءه. (ك)

(٥) من أن النكول بذل أو إقرار.

(٦) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما قيل: لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لأنها أضعف من البذل والإقرار. (ع)

(٧) أي ما ذكره الخصاف.

(٨) ولم يقل: لا أحلف.

(٩) السكوت.

(١٠) بفتحتين هو الصم. (نت)

(١١) گنگی.

(١٢) قوله: "هو الصحيح" ومنهم من قال: يحبس حتى يجيب. (نتائج الأفكار)

(١٣) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٤) يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر. (نت)

(١٥) قوله: "في النكاح" بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت المرأة ذلك، أو ادعت المرأة النكاح، وأنكر الرجل. "والرجعة" بأن ادعى الرجل بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة، وأنكرت المرأة، أو ادعت المرأة ذلك، وأنكر الزوج. "والفيء في الإيلاء" بأن ادعى الزوج بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء إليها في المدة، وأنكرت المرأة ذلك، أو ادعت المرأة ذلك وأنكر الزوج، والإيلاء هو الحلف على ترك وطئ الزوجة مدته وهي أربعة أشهر للحرة، وشهران للأمة، وحكمه وقوع طلقة بائنة إن برو لزوم الكفارة والجزاء إن حنث. "والرق" بأن ادعى مجهول النسب أنه عبده، أو ادعى ذلك على المجهول. "والنسب" بأن ادعى على مجهول أنه ولده، أو والده، وأنكر المجهول، أو بالعكس. "والولاء" بأن ادعى على مجهول النسب أنه معتقه ومولاه، وأنكر المجهول، أو بالعكس، وكان ذلك في ولاء

والاستيلاد، والنسب، والولاء، والحدود، واللعان، وقال أبو يوسف ومحمد[١]: يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان. وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية[٢]: أنا أم ولد مولاي[٣] هذا ابني منه[٤]، وأنكر المولى، لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره، ولا يلتفت إلى إنكارها. لهما: أن النكول إقرار[٥] لأنه[٦] يدل على كونه كاذبًا في الإنكار[٧] على ما قدمناه[٨]، فكان إقرارًا، أو بدلا

الموالاة، إذ الولاء يشمل ولاء العتاقة، وولاء الموالاة. "والحدود" بأن قال رجل لآخر: لي عليك حد قذف، وهو ينكر. "واللعان" بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفا يوجب اللعان وأنكر الزوج.

ثم اعلم أن من قذف بالزنا زوجته العفيفة لاعن، وصورته: أن يقول هو أولا أربع مرات: أشهد بالله أني صادق فيما رميتها به من الزنا، وفي الخامسة: لعنة الله عليه إن كان كاذبًا فيما رماها من الزنا مشيراً إليها في جميعه، ثم تقول: هي أربع مرات أشهد بالله أنه كاذب فيما رماني به من الزنا، وفي الخامسة: غضب الله عليها إن كان صادقا فيما رماني به من الزنا، وإذا تلاعنا يفرق القاضي بينهما، وهو طلقة بائنة. (مل)

قوله: في "النكاح إلخ" لا تحليف في نكاح أنكره هو، أو هي، ورجعة جحدها هو أو هي بعد عدة قيد للثاني كما في الدار، وفيء وإيلاء أنكره أحدهما بعد المدة واستيلاد تدعيه الأمة، ولا يتأتى عكسه لثبوته بإقراره، ورق ونسب، وفي المنظومة وولاء. قال في الحقائق: لم يقل: ونسب لأنه إنما يستحلف في النسب المجرد، عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل، والأب في حق المرأة ابن كمال، وولاء عتاقة، أو موالاة ادعاه الأعلى، أو الأسفل، وحد ولعان، والفتوى على أنه يحلف المنكر في الأشياء السبعة، أي السبعة الأولى من التسعة.

قال الزيلعي: وهو قولهما، والأول قول الإمام، قال الرملي: ويقضى عليه بالنكول عندهما، ومن عدها ستة الحق هو ميت الولد بالنسب أو الرق، والحاصل أن المفتى به التحليف في الكل إلا في الحدود، ومنها حد قذف ولعان، فلا يمين إجماعًا إلا إذا تضمن حقا، بأن علق عتق عبده بزنا نفسه فللعبد تحليفه، فإن نكل ثبت العتق لا الزنا.

وكذا يستحلف السارق لأجل المال، فإن نكل ضمن، ولم يقطع، وكذا يحلف في النكاح إن ادعت هي المال، أي ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة، فأنكر الزوج يحلف، فإن نكل يلزمه المال، ولا يثبت الحل عنده، لأن المال يثبت بالبذل لا الحل، وفي النسب إذا ادعى حقا مالا كان كالإرث والنفقة، أو غير مال كحق الحضانة في اللقيط، والعتق بسبب الملك، وامتناع الرجوع في الهبة، فإن نكل ثبت الحق، ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالإقرار، وإن كان منه فعلى الخلاف المذكورة، وكذا منكر العقود. (ابن كمال)

وفي صدر الشريعة: فيلغز أيما امرأة تأخذ نفقة غير معتددة ولا حائضة، ولا نفساء، ولا يحل وطئها، وفيه: ويلغز أي شخص أخذ الإرث، ولم يثبت نسبه كما لو ادعى إرثًا بسبب أخوة، فأنكر أخوته. والحاصل: أن هذه الأشياء لا تحليف فيها عند الإمام، لأنه بذل ما لم يدع فيها مالا، فإنه يحلف وفاقًا. (سائحاني من "رد المحتار على الدر المختار")

(١) والفتوى على قولهما، كذا في "الكفاية" نقلا عن قاضي خان.

(٢) قوله: "وصورة الاستيلاد إلخ" إنما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين أخواته تنبيهًا على امتناع الدعوى في هذه الصورة إلا من جانب واحد، بخلاف أخواته الخلافية، فإن للدعوى فيها مساغًا من الجانبين. (نت)

(٣) أو أنها ولدت منه ولداً، وقد مات الولد. (ك)

(٤) المولى.

(٥) يعني أن فائدة الاستحلاف القضاء بالنكول، والنكول إلخ.

(٦) أي النكول.

(٧) السابق.

(٨) قوله: "على ما قدمناه" يعني قوله: إنه لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب، ودفعًا للضرر عن نفسه. (ب)

عنه[١]، والإقرار يجرى فى هذه الأشياء[٢] لكنه إقرار فيه شبهة[٣]، والحدود تندرئ بالشبهات، واللعان فى معنى الحد[٤]. ولأبى حنيفة: أنه بذل[٥] لأن معه[٦] لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود[٧]، وإنزاله باذلا أولى[٨] كيلا يصير كاذبًا فى الإنكار[٩]، والبذل لا يجرى فى هذه الأشياء[١٠].

وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول[١١]، فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة[١٢]، فيملكه المكاتب[١٣]، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة[١٤]، وصحته

(١) قوله: "فكان إقرارًا، أو بدلا [أى خلفًا. ك] عنه [أى عن الإقرار، هذا الترديد من قبيل ما يسمى فى علم النظر تغيير الدعوى]" هذا فى الحقيقة جواب عن شبهة ترد على كون النكول إقرارًا عندهما هى ما إذا كفل بما وجب على فلان، فادعى المكفول له مالا على فلان، فنكل فلان لا يقضى بالمال على الكفيل، ولو كان النكول إقرارًا يقضى به على الكفيل، كما لو أقر وأجيب بأن أبا يوسف ومحمدًا رح يقولان: إن النكول بدل الإقرار فى قطع الخصومة لا أنه يكون إقرارًا حقيقة، ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول بخلاف الإقرار. (عينى)

(٢) المذكورة.

(٣) لأنه فى نفسه سكوت. (نت)

(٤) قوله: "فى معنى الحد" لأنه قائم مقام حد القذف فى حق الزوج، وقائم مقام حد الزنا فى حق المرأة. (عينى)

(٥) قوله: "أنه بذل" وتفسير البذل عنده ترك المنازعة، والإعراض عنها لا الهبة والتمليك، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا ادعى نصف الدار شائعًا، وأنكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول، وهبة نصف الدار شائعًا لا يصح. (نت)

(٦) أى مع البذل.

(٧) أى عن اليمين وهو ترك الخصومة. (نت)

(٨) قوله: "وإنزاله باذلا أولى [أى من إنزاله مقرًا. نت]" جواب لما يقال: إن اليمين كما لا تبقى مع البذل لا تبقى مع الإقرار، فلم جعله أبو حنيفة رح بذلا، ولم يجعله إقرارًا كما جعلاه، فقال: إنزاله باذلا أولى، لأنا لو حملناه على الإقرار لكذبناه فى الإنكار، ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب، فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب. (ك)

(٩) السابق.

(١٠) قوله: "لا يجرى فى هذه الأشياء [فلا يقضى فيها بالنكول]" فإن المرأة لو قالت: لا نكاح بينى وبينك، ولكن بذلت لك نفسى لا يعمل بذلها، وكذا لو قال: لست بابن فلان، ولا مولى له، بل أنا حر الأصل، ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فأبحت له، وكذا لو قال: أنا حر الأصل، ولكن أبذل له نفسى ليسترقنى لا يعمل بذله أصلا، بخلاف المال فإنه لو قال: هذا المال ليس له، ولكنى أبيحه وأبذله له لأتخلص من خصومته صح بذله، فالحاصل أن كل محل يقبل الإباحة بالإذن ابتداء يقضى عليه بنكوله، وما لا فلا. (ك)

(١١) قوله: "وفائدة إلخ" يعنى أن البذل لا يجرى ففات فائدة الاستحلاف فإن فائدة الاستحلاف القضاء بالنكول، والنكول بذل والبذل فيها لا يجرى فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة. (ع)

(١٢) قوله: "إلا أن هذا إلخ" جواب سؤال تقريره لو كان بذلا لا يملكه المكاتب والعبد المأذون، لأن فيه معنى التبرع، وهما لا يملكان التبرع. (ع)

(١٣) قوله: "فيملكه إلخ" يعنى لما كان النكول بذلا عنده كان ينبغى أن لا يعتبر النكول من المكاتب، والمأذون لأنهما لا يملكان البذل، وإنما اعتبر النكول منهما لأنه بذل لقطع الخصومة، فلا يجدان بدًا منه، فيملكانه كالضيافة اليسيرة. (ك)

في الدين [١] بناءً على زعم المدعى، وهو [٢] يقبضه حقا لنفسه، والبذل معناه ههنا [٣] ترك المنع [٤]؛ وأمر المال هين [٥].

قال [٦]: ويستحلف السارق [٧] فإن نكل ضمن ولم يقطع، لأن المنوط [٨] بفعله [٩] شيئان الضمان [١٠]، ويعمل فيه [١١] النكول والقطع، ولا يثبت [١٢] به، فصار كما إذا شهد عليه رجل وامرأتان [١٣].

قال [١٤]: وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول [١٥] استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعًا؛ لأن الاستحلاف يجرى في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال، وكذا [١٦] في النكاح إذا ادعت [١٧] هي [١٨] الصداق،

---

(١٤) فإنها من لوازم التجارة.

(١) قوله: "وصحته إلخ" جواب لأن يقال: لو كان النكول بذلا لما جرى في الدين لأن محله الأعيان لا الديون إذ البذل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف، والدين وصف في الذمة، فأجاب بأن البذل ههنا ترك المنع كأن المدعى يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه، ولا مانع له، وأمر المال هين، بخلاف النكاح ونحوه، فإن قيل: هذا التعليل مخالف للحديث المشهور، وهو قوله عليه السلام: «واليمين على من أنكر»، قلنا: خص منه الحدود واللعان، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس. (كفاية)

(٢) أي المدعى.

(٣) أي في الدين.

(٤) من المدعى عليه.

(٥) قوله: "وأمر المال هين [آسان]" جواب سؤال مقدر هو أنه هلا جعل في الأشياء المذكورة أيضًا تركًا للمنع حتى يجرى فيها. أجاب بأن أمر المال هين، لأن المال خلق في الأصل مباحًا مبذولا لمصالح الناس، فيجرى فيه الإباحة، بخلاف تلك الأشياء، فإن أمرها ليس بهين حيث لا يجرى فيها الإباحة. (مل)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٧) بالله ما له عليك هذا المال. (ع)

(٨) المتعلق.

(٩) وهو السرقة. (نت)

(١٠) أي ضمان المال.

(١١) أي يثبت بالنكول لأنه يجرى فيه البذل.

(١٢) قوله: "ولا يثبت" أي لا يثبت القطع بالنكول لأنه لا يجرى البذل في الحدود.

(١٣) حيث يثبت المال ولا يثبت القطع.

(١٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) أو بعد الدخول، كذا في "نتائج الأفكار".

(١٦) أي يستحلف الزوج.

(١٧) وطلبت المال.

(١٨) أي المرأة.

لأن ذلك دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله[١]، ولا يثبت النكاح[٢]، وكذا[٣] في النسب إذا ادعى حقًا كالإرث[٤] والحجر[٥] في اللقيط والنفقة، وامتناع الرجوع في الهبة، لأن المقصود هذه الحقوق. وإنما يستحلف في النسب المجرد[٦] عندهما[٧] إذا كان يثبت[٨] بإقراره[٩] كالأب والابن[١٠] في حق الرجل[١١]، والأب في حق المرأة[١٢]، لأن في دعواها الابن تحميل النسب[١٣] على الغير[١٤]، والمولى والزوج في

(١) أي الزوج.

(٢) قوله: "ولا يثبت النكاح" فإن قلت: وجب أن يثبت النكاح أيضًا، لأنه يثبت بالشبهات، قلت: البذل لا يجرى فيه كما مر، فإن قيل: يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم أى المهر بدون اللازم أى النكاح.

قلت: إن ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه، وأما ثبوته عند القاضي، فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لجواز أن يقوم الحجة على الأول دون الثاني، فالذى يلزم من المسألة المذكورة ثبوت المهر عند القاضى بدون ثبوت النكاح عنده، ولا محذور فيه لعدم الاستلزام. (مل)

(٣) أى يستحلف.

(٤) قوله: "كالإرث" بأن ادعى رجل على رجل آخر أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما، وترك مالا فى يد المدعى عليه، فإنه يستحلف على النسب إجماعًا، فإن حلف برئ، وإن نكل يقضى بالمال دون النسب، والحجر فى اللقيط بأن كان صبيًا لا يعبر عن نفسه فى يد ملتقط، فادعت أختُه حرة، تريد قصر يد الملتقط بحق حضانتها، وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب. والنفقة، بأن ادعى زمن على موسر أنه أخوه، وأن نفقته عليه، فأنكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع، فإن نكل يقضى بالنفقة دون النسب، وامتناع الرجوع فى الهبة بأن الواهب أراد الرجوع، فقال الموهوب له: أنا أخوك، فلا رجوع لك، فالواهب يستحلف، فإن نكل ثبت الامتناع من الرجوع، ولا يثبت النسب قوله: لأن المقصود هذه الحقوق أى مقصود المدعى فى هذه المسائل هذه الحقوق، وإثبات المال، دون النسب المجرد، فعند النكول يثبت الحق، والمال دون النسب. (مل)

(٥) بغل وكنار. (غياث)

(٦) قيد به احتراز عما هو مقرون بدعوى المال، كما مر آنفًا.

(٧) فإن النكول عندهما إقرار.

(٨) قوله: "إذا كان يثبت إلخ" ادعى رجل أن فلانًا ابنى، أو ادعى أنه أبى فإذا نكل يثبت، وفى حق المرأة ادعت أن فلانًا أبى يثبت النسب بالنكول. (مل)

قوله: "إذا كان" وهذا بناء على أن النكول بدل من الإقرار، فلا يعمل إلا فى موضع يعمل فيه الإقرار. (مير جان)

(٩) أى بإقرار المقر.

(١٠) قوله: "والابن" فلو ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، ولم يدع مالا يستحلف عندهما لأنه لو أقر به يثبت فيستحلف لرجاء النكول الذى هو إقرار، وإن ادعى أنه أخوه أو عمه، أو ما أشبه ذلك لا يستحلف المدعى عليه، لأنه لو أقر به لا يثبت لأن فيه تحميل النسب على الغير. (كافى)

(١١) قوله: "فى حق الرجل [فإن إقراره يصح بالأب والابن]" فإنه إذا أقر بالأب أو الابن يصح إقراره، ويثبت نسب المقر له منه بمجرد إقراره. (نت)

(١٢) قوله: "فى حق المرأة" فإنها إذا أقرت بالأب يصح إقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد إقرارها، أما لو أقرت بالابن فلا يصح إقرارها، ولا يثبت نسبه منها. (نت)

(١٣) فلا يجوز.

حقهما[١]. قال[٢]: ومن ادعى قصاصًا على غيره، فجحده استحلف[٣] بالإجماع[٤]، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص[٥]، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر، وهذا[٦] عند أبي حنيفة.

وقالا: لزمه الأرش[٧] فيهما[٨]، لأن النكول إقرار فيه شبهة[٩] عندهما، فلا يثبت به القصاص، ويجب به المال خصوصًا[١٠] إذا كان[١١] امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه[١٢]، كما إذا أقر بالخطاء والولي يدعي العمد[١٣].

ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال[١٤]، فيجري فيها البذل[١٥]، بخلاف الأنفس[١٦]، فإنه لو قال: اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان[١٧]، وهذا

---

(١٤) أي الزوج.

(١) قوله: "في حقهما" أي في حق الرجل والمرأة، لأن إقرار الرجل والمرأة جميعا بالمولى والزوج يصح. (عيني)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) المدعى عليه.

(٤) سواء كان الدعوى في النفس أو فيما دونها. (ع)

(٥) في العمد.

(٦) أي الذي ذكر من أن النكول فيما دون النفس والنكول في النفس.

(٧) الدية.

(٨) أي في النفس والطرف.

(٩) قوله: "إقرار فيه شبهة" لأنه إن امتنع عن اليمين الصادقة تورعًا لا يكون إقرارًا، بل يكون بذلا. (نت)

(١٠) قوله: "خصوصًا إلخ" الأصل أن امتناع القصاص إذا كان لمعنى من جهة من عليه القصاص يجب المال، وإذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب على المدعى عليه شيء لا القصاص ولا المال، كما إذا أقام مدع القصاص على ما ادعى رجلا وامرأتين، أو الشهادة على الشهادة، وكما إذا ادعى الولي الخطأ والقاتل العمد. (ك)

(١١) وفيما نحن فيه كذلك لأنه لم يصرح بالإقرار، فأشبه الخطأ. (عناية)

(١٢) أي من يجب عليه القصاص.

(١٣) فيجب المال.

(١٤) قوله: "يسلك بها مسلك الأموال" لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال، فإذا كان كذلك فيجري إلخ. (ب)

(١٥) قوله: "فيجري فيها البذل [كما في الأموال]" فإن قيل: لما قطع الطرف وكان عند أبي حنيفة رح أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال كان ينبغي أن يجري الاستحلاف في قطع السرقة أيضًا، ويثبت القطع عند النكول كما في النكول في قصاص الأطراف قلنا: القطع في السرقة خالص حق الله تعالى جزاء، فلا يثبت مع الشبهة، أما القصاص في الطرف فحق العبد الذي يسلك به مسلك الأموال، فقوبل مقابلة الأموال في ثبوته مع الشبهة. (ك)

(١٦) حيث لا يجري فيها البذل. (نت)

(١٧) قوله: "لا يجب الضمان" أي على القاطع، وهذا أي عدم وجوب الضمان إعمال للبذل في الأطراف، وأما لو قال: اقتلني، فقتله فإنه يجب عليه القصاص في رواية، والدية في أخرى، وهذا دليل على عدم جريان البذل في الأنفس، ولما استشعر أن يقال: لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لكان ينبغي أن يباح قطع

إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البذل[١] مفيد[٢] لاندفاع الخصومة به[٣]، فصار كقطع اليد للآكلة[٤]، وقلع السن[٥] للوجع، فإذا امتنع القصاص[٦] في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به[٧]، كما في القسامة[٨].

قال[٩]: وإذا قال المدعي: لي بينة حاضرة[١٠]، قيل لخصمه: أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام، كيلا يغيب نفسه[١١]، فيضيع حقه[١٢]، والكفالة بالنفس جائزة عندنا[١٣]، وقد مر من قبل[١٤]، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان[١٥] عندنا؛ لأن فيه نظرا للمدعي، وليس فيه[١٦] كثير ضرر بالمدعى عليه، وهذا لأن الحضور مستحق عليه[١٧] بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه[١٨]، ويحال[١٩] بينه[٢٠] وبين أشغاله

يده، وإذا قال: اقطع يدي كما يباح أخذ ماله إذا قال: خذ مالي، أجاب عنه بقوله: إلا أنه لا يباح إلخ. (نت)

(١) أي الذي بالنكول. (نت)

(٢) فيكون مباحًا. (ع)

(٣) أي بهذا البذل.

(٤) قوله: "للآكلة" على وزن الفاعلة، وهي قرحة غائرة في البدن كثيرة العفن، وسببه دم فاسد. (عيني)

(٥) از بيخ بركندن.

(٦) أي بالنكول لعدم جريان البذل في النفس. (نت)

(٧) أي بذلك الحق. (نت)

(٨) قوله: "كما في القسامة" أي تقسيم اليمين على أهل المحلة، فإنه إذا وجد القتيل في محلة، ولم يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يختارهم الولي: بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا، فإذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرأوا أو يحلفوا. (عيني)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٠) في المصر.

(١١) المدعى عليه.

(١٢) المدعي.

(١٣) لا عند الشافعي.

(١٤) في أول كتاب الكفالة.

(١٥) قوله: "استحسان [والقياس يأباه قبل إقامة البينة. ع] عندنا" والقياس أن لا يجوز، وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق، كيف وقد عارضه المدعى عليه بالإنكار، فلا يجب عليه إعطاء الكفيل. (نت)

(١٦) قوله: "وليس فيه كثير ضرر إلخ" لأنه إن لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر، وإن كان من قصده الاختفاء كان ظالمًا، فلا ينظر له، فيكفل احتياطًا. (ك)

(١٧) أي على المدعى عليه.

(١٨) قوله: "حتى يعدى عليه" من الإعداء على لفظ المجهول يقال: استعدى فلان الأمير على من ظلمه، أي استعان منه فأعداه الأمير عليه، أي أعانه الأمير عليه ونصره. (نت)

(١٩) من الحيلولة.

فيصح التكفيل بإحضاره، والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبى حنيفة[١] وهو الصحيح، ولا فرق فى الظاهر[٢] بين الخامل[٣] والوجيه[٤]، والحقير من المال والخطير، ثم لا بد من قوله[٥]: لى بينة حاضرة للتكفيل، ومعناه فى المصر، حتى لو قال المدعى: لا بينة لى، أو شهودى غُيَّب[٦] لا يكفل لعدم الفائدة[٧].

قال[٨]: فإن فعل[٩] وإلا أمر بملازمته كيلا يذهب حقه، إلا أن يكون[١٠] غريبًا[١١]، فيلازم مقدار مجلس القاضى[١٢]، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء[١٣] منصرف إليهما[١٤]؛ لأن فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك[١٥] إضرارًا به بمنعه عن السفر[١٦]، ولا ضرر فى هذا المقدار[١٧] ظاهرًا، وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر[١٨] إن شاء الله تعالى.

---

(٢٠) المدعى عليه.

(١) وعن أبى يوسف أنه قدر بمجلس القاضى. (ك)

(٢) قوله: "فى الظاهر [أى ظاهر الرواية] إلخ" وعن محمد أنه إن كان معروفًا، والظاهر أنه لايخفى نفسه بذلك القدرلايجرعلى إعطاء الكفيل، وكذا لوكان المدعى حقيرًالايخفى المرء نفسه بذلك القدر لايجرى على إعطاء الكفيل. (ك)

(٣) گمنام وبى قدر.

(٤) ذى وجاهه.

(٥) المدعى.

(٦) جمع غائب.

(٧) قوله: "لعدم الفائدة" لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود، وذلك فى الهالك محال. (عناية)

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٩) فبها، وأعطى الكفيل.

(١٠) المدعى عليه.

(١١) أى مسافرًا على الطريق.

(١٢) قوله: "فيلازم مقدار إلخ" لأن هذا القدر يحصل به النظر للمدعى، فأما فى إمساكه على باب القاضى يوما أو أكثر ليحضر المدعى بينة ضرر على المطلوب، فإذا جاء أوان قيام القاضى عن المجلس، ولم يحضر المدعى بينة، فإن القاضى يحلفه ويخلى سبيل المطلوب ليذهب حيث شاء. (عينى)

(١٣) المذكور بقوله: إلا أنْ يكون إلخ.

(١٤) أى إلى أخذ الكفيل والملازمة.

(١٥) أى مقدار مجلس القاضى.

(١٦) قوله: "بمنعه عن السفر" فيؤدى إلى إلحاق الضرر به، وإن كان المدعى يتضرر بذلك لأن ضرر المسافر حقيقة، وضرر المدعى موهوم، فربما يكون صادقًا فى الدعوى أو كاذبًا، والموهوم لا يعارض المحقق. (عينى)

(١٧) أى مقدار مجلس القاضى.

(١٨) قوله: "نذكرها إلخ" والذى يذكر المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار، ولا يجلسه فى موضع، لأنه

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف(١)

قال(٢): واليمين بالله دون غيره ؛ لقوله عليه السلام*: «من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر(٣)»، وقال عليه السلام: «من حلف بغير الله فقد أشرك(٤)»، وقد يؤكد(٥) بذكر أوصافه، وهو(٦) التغليظ، وذلك مثل قوله(٧): قل: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك، ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه، وهو كذا وكذا، ولا شيء منه(٨). وله أن يزيد في التغليظ(٩) على هذا(١٠)، وله(١١) أن ينقص منه، إلا أنه يحتاط(١٢) كيلا يتكرر عليه اليمين، لأن المستحق يمين واحدة، والقاضي بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ، فيقول: قل بالله، أو والله، وقيل: لا يغلظ على المعروف بالصلاح، ويغلظ على غيره، وقيل: يغلظ في الخطير من المال(١٣) دون الحقير. قال(١٤): ولا يستحلف بالطلاق، ولا بالعتاق؛ لما روينا(١٥)، وقيل: في زماننا

حبس، ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج، لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة، انتهى. (نت)

(١) قوله: "فصل في كيفية اليمين إلخ" لما ذكر نفس اليمين وأنه في أي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها، لأن كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة واللا مشابهة صفة والصفة تقضي سبق الموصوف. (نتائج)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٢، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٤١ ص١٧٦. (نعيم)

(٣) في الصحيحين من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت». (على قاري)

(٤) رواه أحمد والترمذي والحاكم في "مستدركه". (على قاري)

(٥) اليمين.

(٦) أي ذكر الأوصاف.

(٧) القاضي.

(٨) قوله: "ولا شيء منه" وإنما ذكر ولا شيء منه لجواز أنه قد أدى البعض. (مل)

(٩) قوله: "وله [أي للقاضي] أن يزيد إلخ" وذلك لأن أحوال الناس فيه مختلفة، فمنهم من يمتنع عن التغليظ ومنهم من يتجاسر ولا يبالي. (عيني)

(١٠) المذكور.

(١١) أي للقاضي.

(١٢) قوله: "إلا أنه [القاضي] يحتاط" والاحتياط أن يذكر الأسماء والصفات بغير واو، فلو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات، صارت ثلاثة أيمان، والمستحق يمين واحدة. (ك)

(١٣) قوله: "في الخطير [العظيم] من المال" وفي الإقرار إذا قال: لفلان مال عظيم يلزمه النصاب الشرعي. (عيني)

(١٤) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(١٥) قوله: "لما روينا" وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر». (نت)

إذا ألحّ[١] الخصم ساغ للقاضى[٢] أن يحلّف[٣] بذلك[٤] لقلة المبالاة[٥] باليمين بالله، وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق.

قال[٦]: ويستحلف اليهودي بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم[٧] لابن صوريا[٨] الأعور: «أنشدك[٩] بالله الذى أنزل التوراة على موسى إن حكم الزنا فى كتابكم هذا[١٠]»*، ولأن اليهودى يعتقد نبوة موسى عليه السلام، والنصراني نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ[١١] على كل واحد منهما بذكر المنزّل على نبيه. ويحلف المجوسى بالله الذى خلق النار[١٢]، وهكذا ذكر محمد فى الأصل[١٣]، ويروى عن أبى حنيفة أنه[١٤] لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصاً[١٥].

وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله، وهو اختيار بعض مشايخنا؛ لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها، وما ينبغى أن

---

(١) إلحاح: مبالغه كردن در كارى. (م)

(٢) قوله: "ساغ [جاز] للقاضى" لكنهم قالوا: إن نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعاً، ولو قضى به لم ينفذ قضاءه. (ع)

(٣) قوله: "أن يحلف" القائل بالتحليف بالطلاق والعتاق، يقول: إنه غير مشروع، ولكن يعرض عليه لعله يمتنع فإن من له أدنى ديانة لا يحلف بهما كاذباً، فإنه يؤدى إلى طلاق الزوجة، وعتق الأمة أو إمساكهما بالحرام بخلاف اليمين بالله تعالى فإنه يتساهل به فى زماننا كثيراً. (رد المحتار)

(٤) أى بالطلاق والعتاق.

(٥) باك داشتن.

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٧) قوله: "لقوله" روى أبو داود عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال لليهود: انشدكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى ما تجدون فى التوراة على من زنى. (على قارى)

(٨) بالقصر اسم أعجمى. (ك)

(٩) نشد بالله: سوگند داد بخدا. (من)

(١٠) أى تسخيم الوجه وغيره.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٤٢ ص١٧٦. (نعيم)

(١١) للروع عن اليمين الكاذبة.

(١٢) قوله: "ويحلف المجوسى إلخ" وذلك لأن المجوسى يعتقد الحرمة فى النار، فيمتنع عن اليمين الكاذبة، فيحصل المقصود. (نت)

(١٣) أى المبسوط.

(١٤) القاضى.

(١٥) قوله: "إلا بالله خالصاً" أى لا يذكر غير اسم الله وصفاته لا فى حق المسلم ولا فى حق الكافر. (عينى)

تعظم[١]، بخلاف الكتابين[٢] لأن كتب الله معظمة[٣].

والوثنى لا يحلف إلا بالله ؛ لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى[٤]، قال الله تعالى : ﴿ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله﴾، قال[٥] : ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم ؛ لأن القاضى لا يحضرها بل هو[٦] ممنوع[٧] عن ذلك[٨].

قال[٩] : ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان[١٠] ؛ لأن المقصود[١١] تعظيم المقسم به، وهو حاصل بدون ذلك[١٢]، وفى إيجاب ذلك[١٣] حرج على القاضى حيث يكلف حضورها[١٤] وهو مدفوع[١٥].

قال[١٦] : ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف[١٧]، فجحد استحلف[١٨] بالله ما بينكما بيع قائم فيه[١٩]، ولا يستحلف بالله ما بعت[٢٠]؛ لأنه قد يباع العين، ثم يقال

غيرها من المخلوقات، فكما لا يستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس
وفى "المبسوط": وكأنه وقع عند محمد رح أنهم يعظمون النار تعظيم
اليمين. (نت)

ذكر مع اسم الله تعالى. (نت)

رح: إن كانت اليمين فى قسامة أو لعان، أو فى مال عظيم يبلغ عشرين
ان بمكة، وعند منبر النبى عليه السلام فى المدينة، والمسجد الجامع فى
بعد العصر يوم الجمعة. (ك)

(١٣) أى التغليظ بالزمان والمكان.

(١٤) قوله: "يكلف حضورها" أى حضور بقعة معينة من المكان، وساعة معينة من الزمان. (عينى)

(١٥) شرعًا.

(١٦) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٧) قوله: "ومن ادعى إلخ" هذا بيان نوع آخر من كيفية اليمين، وهو الحلف على الحاصل والسبب. (ع)

(١٨) القاضى.

فيه، ويستحلف في الغصب[١] بالله ما يستحق عليك رده، ولا يحلف بالله ما غصبت؛ لأنه قد يغصب ثم يفسخ[٢] بالهبة والبيع، وفي النكاح[٣] بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال؛ لأنه قد يطرأ عليه الخلع[٤].

وفي دعوى[٥] الطلاق[٦] بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت، ولا يستحلف بالله ما طلقها؛ لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة، فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه[٧]، لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، وهذا[٨] قول أبي حنيفة ومحمد. أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب[٩] إلا إذا عرّض المدعى عليه[١٠] بما ذكرنا[١١]، فحينئذٍ يحلف على الحاصل.

وقيل[١٢]: ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب[١٣] يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل، فالحاصل هو الأصل عندهما[١٤] إذا كان سببًا يرتفع

(١٩) العبد.

(٢٠) قوله: "ولا يستحلف بالله ما بعت" لأنه إذا حلف على البيع يضطر إلى اليمين الكاذبة. (عيني)

(١) أي في دعوى الغصب إذا أنكر.

(٢) الغصب.

(٣) قوله: "وفي النكاح" أي في دعوى النكاح على امرأة أنه تزوجها، فأنكرت هي أو بالعكس.

(٤) بأن خالعها بعد النكاح.

(٥) قوله: "وفي دعوى إلخ" زاد ذكر الدعوى في هذه المسألة التي هي أخرى المسائل المتناهي المذكورة ههنا إيماء إلى أنها معتبرة في المسائل السابقة أيضًا إلا أنها تركت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة المقام. (نت)

(٦) بأن ادعت على رجل أنه طلقها ثلاثًا.

(٧) قوله: "في هذه الوجوه [أي دعوى ابتياع العبد والغصب والنكاح والطلاق]" قال بعض العلماء ههنا كلام، وهو أنه لا يحلف في النكاح عند أبي حنيفةرح، فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده، كما لا يخفى، انتهى. أقول: هذا ظاهر، ولكن الظاهر أيضًا أن يحمل كلام المصنف ههنا على التغليب، أي تغليب سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتماداً على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح مما مر. (نتائج)

(٨) أي الحلف على الحاصل.

(٩) قوله: "على السبب" لأن اليمين يستوفى حق المدعى، فوجب أن يكون مطابقا لدعواه، والمدعى يدعى السبب. (عيني)

(١٠) قوله: "إلا إذا عرض إلخ" والتعريض أن يقول للقاضي إذا أراد أن يستحلف على السبب، وقال له: قل والله ما بعت أيها القاضي البيع قد يقال، وكذا في أخواته بأن يقول: الغصب قد يفسخ بالهبة أو البيع والنكاح قد يطرأ عليه الخلع والنكاح قد يجدد بعد الإبانة. (ك)

(١١) أي برفع السبب.

(١٢) قوله: "وقيل" قائله شمس الأئمة الحلواني قال في "الذخيرة": وهو حسن، وعليه عمل أكثر القضاة. (عيني)

(١٣) بأن قال ما بعت، أو ما غصبت مثلا.

برافع[١]، إلا إذا كان فيه[٢] ترك النظر فى جانب المدعى، فحينئذٍ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك[٣] مثل أن تدعى[٤] مبتوتة[٥] نفقة العدة، والزوج ممن لا يراها[٦]، أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها[٧]، لأنه لو حلف على الحاصل[٨] يصدق فى يمينه فى معتقده، فيفوت النظر فى حق المدعى.

وإن كان[٩] سببًا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه[١٠] بخلاف الأمة[١١] والعبد الكافر[١٢]؛ لأنه يتكرر الرق عليها بالردة[١٣] واللحاق[١٤]، وعليه بنقض العهد[١٥] واللحاق[١٦]، ولا يكرر على العبد المسلم[١٧].

---

(١٤) الطرفين.

(١) قوله: "إذا كان [السبب] سببًا إلخ" كالبيع يقال فيه: والغصب يفسخ بالهبة والنكاح يفسخ بالخلع والطلاق يتجدد فيه بعد الإبانة. (عينى)

(٢) أى فى الحلف على الحاصل.

(٣) ترك النظر.

(٤) على زوجها.

(٥) مبانة ثلاثًا.

(٦) قوله: "ممن لا يراها [نفقة عدة المبانة ثلاثًا]" أى ممن لا يرى نفقة المبانة، بأن كان شافعى المذهب، فإنه لا يحلف على الحاصل لأن الزوج يكون صادقا فى اعتقاده، لأنه لا نفقة لها، فلا يمتنع عن اليمين، ويكون فيه ترك نظرها، بل يحلف على السبب؛ لئلا يكون ترك النظر. (عينى)

(٧) أى شفعة الجواز بأن كان شافعيًا.

(٨) قوله: "لأنه لو حلف إلخ" فإن قيل: فى التحليف على السبب يتضرر المدعى عليه أيضًا لجواز أنه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب، قلنا: القاضى لا يجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما، فكان مراعاة جانب المدعى أولى، لأن السبب الموجب للحق وهو الشراء إذا ثبت ثبت له الحق، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة، فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض. (نت)

(٩) السبب.

(١٠) فإن المولى يحلف بالله ما أعتقت.

(١١) قوله: "بخلاف الأمة" إذا ادعت على مولاها أنه أعتقها فإنه لا يحلف بالله ما أعتقها، ولكن يحلف على الحاصل أى ما هى حرة فى الحال. (مل)

(١٢) قوله: "والعبد الكافر" إذا ادعى على مولاه بالعتق فإنه لا يحلف بالله ما أعتقه لأنه يتكرر العتق عليه بل يحلف على الحاصل، أى ما هو حرفى الحاصل. (مل)

(١٣) بعد العتق.

(١٤) بدار الحرب ثم سبيت.

(١٥) أى عهد الذمة.

(١٦) بدار الحرب.

قال[١] : ومن ورث عبداً[٢] ، وادعاه آخر يستحلف على علمه[٣] ؛ لأنه لا علم له بما صنع المورث[٤] ، فلا يحلف على البتات[٥] .

وإن وهب له[٦] أو اشتراه[٧] يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين إذ الشراء[٨] سبب لثبوت الملك وضعًا وكذا الهبة .

قال[٩] : ومن ادعى على الآخر مالا ، فافتدى يمينه[١٠] ، أو صالحه منها[١١] على عشرة دراهم فهو جائز ، و هو[١٢] مأثور عن عثمان ، وليس له[١٣] أن يستحلفه[١٤] على تلك اليمين أبدًا لأنه أسقط حقه[١٥] .

---

(١٧) قوله: "ولا يكرر [الرق] على العبد المسلم" فإن التكرار إنما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد، وهو بالنسبة إلى المسلم لا يتصور، لأنه يقتل بالارتداد. (عناية)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٢) قوله: "ومن ورث إلخ" هذا نوع آخر من كيفية اليمين على العلم لا على البتات، والضابطة فى ذلك أن الدعوى إن وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم إذا قال المدعى عليه لا علم لى بذلك، وأما إذا كان له علم بذلك يحلف على البتات، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان الحلف على البتات. (ع)

(٣) بأن يحلف بالله ما يعلم أن هذا الشيء الذى فى يدك لهذا المدعى.

(٤) قوله: "لأنه لا علم له إلخ" وذكر فخر الإسلام فى "الجامع الصغير" المشترى والموهوب له مالك بسبب شرعى، وضع له وهذا يفيده علما بأنه ملكه لا ملك غيره، فصح تحليفه بالبتات، فإن أبى فقد امتنع عما هو مطلق له، فصار باذلا، فأما الوارث فلا علم له بما صنع المورث، فطولب بعلم إن كان له، وإذا لم يفعل مع الإمكان صار باذلا. (ك)

(٥) أى القطع على عدم الاستحقاق.

(٦) قوله: "وإن وهب [العبد] له إلخ" يعنى إن وهب له عبدا، واشتراه، وادعاه آخر، ولا بينة له يحلف على البتات لوجود المطلق، أى المجوز لليمين، أى اليمين على البتات. (نتائج الأفكار)

(٧) العبد.

(٨) قوله: "إذ الشراء إلخ" فإن قيل: الإرث كذلك، أجيب بأن معنى قوله: سبب لثبوت الملك سبب اختيارى يباشره، فيعلم ما صنع. (ع)

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٠) قوله: "فافتدى [الآخر] يمينه إلخ" فالافتداء قد يكون بما هو مثل المدعى، وقد يكون بمال هو أقل من المدعى، وأما الصلح من اليمين فإنما يكون على مال أقل من المدعى فى الغالب، لأن الصلح ينبئ عن الحطيطة، وكلاهما مشروع. (نتائج)

(١١) أى من يمينه.

(١٢) أى افتداء اليمين.

(١٣) المدعى.

(١٤) المدعى عليه.

(١٥) قوله: "لأنه [المدعى] أسقط حقه [بالافتداء أو الصلح]" بخلاف ما إذا اشترى يمينه بعشرة دراهم حيث لم يجز، وكان له أن يستحلف لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال، واليمين ليست بمال. (ع)

باب التحالف[١]

قال[٢] : وإذا اختلف المتبايعان في البيع، فادعى[٣] أحدهما[٤] ثمنًا[٥]، وادعى البائع أكثر منه، أو اعترف البائع[٦] بقدر من المبيع، وادعى المشترى أكثر منه[٧]، وأقام أحدهما البينة[٨] قضي له بها[٩]؛ لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى، والبينة أقوى منها[١٠]، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى؛ لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة[١١]. ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعًا[١٢]، فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشترى أولى في المبيع نظرًا إلى زيادة الإثبات، وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى: إما أن ترضي بالثمن الذى ادعاه البائع، وإلا فسخنا البيع. وقيل للبائع: إما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع، وإلا فسخنا البيع؛ لأن المقصود قطع المنازعة، وهذا جهة فيه لأنه ربما يرضيان بالفسخ، فإذا علما به[١٣] يتراضيان. فإن لم يتراضيا[١٤] استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهذا التحالف قبل القبض[١٥] على وفاق

(١) قوله: "باب التحالف" لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين، لأن الاثنين بعد الواحد، فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع. (نت)

(٢) أي القدورى. (عينى)

(٣) بأن قال مثلا: اشتريته بمائة. (نت)

(٤) المشترى.

(٥) بأن قال: بعته بمائة وخمسين. (نت)

(٦) بأن قال مثلا: المبيع كر من الحنطة. (نت)

(٧) بأن قال: هو كران من الحنطة مثلا. (نت)

(٨) وعجز الآخر.

(٩) بينته.

(١٠) قوله: "أقوى منها" لأن البينة توجب الحكم على القاضى، ومجرد الدعوى لا يوجب الحكم عليه. (نت)

(١١) قوله: "ولا تعارض فى الزيادة" لأن البينة المثبتة للأقل لا تتعرض للزيادة، فكانت البينة المثبتة للزيادة ساكتة عن المعارض. (عينى)

(١٢) قوله: "ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا إلخ" فقال البائع: بعتك هذه الجارية بمائة دينار، وقال المشترى: بعتها وهذه الجارية معها بخمسين دينار. (ع)

(١٣) أى بالفسخ.

(١٤) قوله: "فإن لم يتراضيا" أى إن لم يتراض البائع والمشترى على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما فى الصورة الأولى والصورة الثانية، أو مما يدعيه كل واحد منهما، كما فى الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر. (نتائج)

(١٥) أى قبض المشترى المبيع.

القياس، لأن البائع يدعى زيادة الثمن، والمشترى ينكرها، والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد[١]، والبائع ينكره، فكل واحد منهما منكر، فيحلف[٢]، فأما بعد القبض فمخالف للقياس، لأن المشترى لا يدعى شيئًا، لأن المبيع سالم له، فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن، والمشترى ينكرها، فيكتفى بحلفه، لكنا عرفناه[٣] بالنص، وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان[٤] والسلعة[٥] قائمة بعينها تحالفا وترادّا»* . قال[٦]: ويبتدئ[٧] بيمين المشترى، وهذا قول محمد وأبى يوسف آخرًا، ورواية عن أبى حنيفة، وهو الصحيح؛ لأن المشترى أشدهما إنكارًا[٨]، لأنه يطالب أولا بالثمن[٩]، أو لأنه يتعجل[١٠] فائدة النكول[١١]، وهو إلزام الثمن، ولو بدأ[١٢] بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع[١٣] إلى زمان استيفاءه الثمن، وكان أبو يوسف يقول أولا: يبدأ بيمين البائع؛ لقوله عليه السلام[١٤]: «إذا اختلف المتبايعان[١٥] فالقول ما قاله البائع»**، خصّه بالذكر[١٦]، وأقل فائدته[١٧]

---

(١) المشترى.

(٢) لأن اليمين على من أنكر للحديث المشهور. (ع)

(٣) التحالف.

(٤) قوله: "إذا اختلف إلخ" قد تقرر فى كتب الأصول أن عبارة النص تترجح على إشارة النص، فحينئذٍ يكون هذا الحديث راجحًا على الحديث المشهور، لأن هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعى أيضًا فيما نحن فيه، وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعى مطلقًا، بل إنما يدل عليه بإشارته، حيث يفهم من تقسيم الحجتين للخصمين، أو من جعل جنس الأيمان على المنكرين. (نتائج)

(٥) قوله: "والسلعة [-بالكسر- رخت وكالا]" فى رواية ابن ماجة والدارمى: «البيعان إذا اختلفا والمبيع قائم بعينه وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادّان»، كذا فى "المشكاة". (قمر الأقمار)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٥، والدراية ج٢، الحديث٨٤٣ ص١٧٧. (نعيم)

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(٧) القاضى. (نت)

(٨) فيكون بادئًا فى الإنكار.

(٩) قوله: "لأنه يطالب أولا بالثمن" هذا يدل على تقدمه فى الإنكار دون شدته، ولعله أراد بالشدة التقدم وهو أنسب بالمقام، لأنه لما تقدم فى الإنكار تقدم فى الذى يترتب عليه. (ع)

(١٠) فكان تقديم ما يتعجل به فائدته أولى. (ك)

(١١) واليمين شرعت لفائدة النكول.

(١٢) القاضى.

(١٣) قوله: "تتأخر المطالبة [حين نكول البائع] إلخ" لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن، لأنه يقال له: أمسك المبيع إلى أن تستوفى الثمن. (ك)

(١٤) قلت أخرجه أصحاب السنن الأربعة. (ت)

التقديم. وإن كان[١] بيع عين[٢] بعين، أو ثمن بثمن[٣] بدأ القاضي بيمين أيهما شاء؛ لاستواءهما[٤]، وصفة اليمين أن يحلف[٥] البائع بالله ما باعه بألف، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين. قال[٦] في "الزيادات": يحلف بالله ما باعه بألف، ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين، ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً[٧]، والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك[٨]، وضعت دل عليه[٩] حديث القسامة[١٠] بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا*. قال[١١]: فإن حلفا فسخ القاضي[١٢] البيع بينهما، وهذا يدل على أنه[١٣] لا

---

(١٥) قوله: "إذا اختلف المتبايعان إلخ" قال في شرح الأقطع جوابا عن هذا الحديث: إنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه السلام: «واليمين على من أنكر»، وسكت ﷺ عما تقدم بيانه وبين ما يشكل، ولم يتقدم بيانه. (غاية البيان)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٥، وانظر الدراية ج٢ تحت الحديث٨٤٣ ص١٧٧. (نعيم)

(١٦) قوله: "خصه بالذكر إلخ" يعني أنه عليه السلام جعل القول ما قاله البائع، وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه، لكن لا يكتفى بها، فلا أقل من البداية بها. (ع)

(١٧) التخصيص بالذكر.

(١) قوله: "وإن كان [البيع] إلخ" يعني أن هذا الذي ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح، أو بيمين البائع على القول الآخر إذا كان البيع بيع عين بثمن، وإن كان إلخ. (نتائج الأفكار لزين الدين رحمه الله تعالى)

(٢) أي بيع المقاصة.

(٣) أي بيع الصرف.

(٤) أي في فائدة النكول. (نت)

(٥) كذا ذكر في الأصل. (نت)

(٦) محمد.

(٧) قوله: "تأكيداً" بيانه أنه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ربما يحلف ويكون باراً في يمينه، فلعله اشتراه بألف وتسع مائة، فيبطل حق البائع في الزيادة. وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بألف ربما يحلف لجواز أنه باعه بألف ودرهم، ويكون صادقًا في يمينه أنه لم يبع بألف درهم، فيبطل حق المدعي.

والأصح الاقتصار على النفي ولا عبرة بذلك الوهم، لأن البائع لو كان باعه بألف وتسع مائة لا يدعي البيع بألفين، لأنه يعلم أن المشتري متى حلف على دعواه لا يبالي بالحلف، لأنه لا يحنث في يمينه، وكذا المشتري لو كان اشتراه بألف ودرهم لا يدعي الشراء بألف، لأنه يعلم أن البائع لا يبالي بالحلف على ألف لأنه لا يحنث في يمينه. (ك)

(٨) أي النفي. (ك)

(٩) أي على أن الأيمان وضعت للنفي.

(١٠) قوله: "حديث القسامة [وسيجيء حديث القسامه في بابه. عيني]" هي أيمان تقسم على أهل المحلة الذين وجد القتيل فيهم ميتًا، به جرح، أو أثر ضرب، أو خنق، أو خروج دم من أذنه أو عينه، وجد في محلة، أو أكثره أو نصفه مع رأسه لا يعلم قاتله، وادعى وليه القتل على أهلها، أو على بعضهم عمدا أو خطأ حلف له خمسون رجلا منهم، يختارهم الولي قائلا كل منهم: بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا. (الدرر شرح الغرر)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٧، وخرّج ابن حجر حديث القسامة في "الدراية" في باب القسامة، بأنه أشار

ينفسخ[١] بنفس التحالف، لأنه لم يثبت[٢] ما ادعاه كل واحد منهما، فيبقى بيع مجهول[٣]، فيفسخه القاضي قطعًا للمنازعة، أو يقال: إذا لم يثبت[٤] البدل[٥] يبقى بيعًا بلا بدل، وهو فاسد، ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد.

قال[٦]: وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر؛ لأنه[٧] جعل باذلا[٨]، فلم يبق دعواه معارضًا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته[٩].

قال[١٠]: وإن اختلفا في الأجل[١١]، أو في شرط الخيار، أو في استيفاء بعض الثمن، فلا تحالف بينهما[١٢]، لأن هذا اختلاف[١٣] في غير المعقود عليه[١٤] والمعقود به[١٥]، فأشبه الاختلاف في الحط[١٦] والإبراء[١٧]، وهذا[١٨] لأن بانعدامه[١٩] لا يختل

تحت الحديث ٨٤٣ بقوله: حديث القسامة سيأتي إن شاء الله تعالى. (نعيم)

(١١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٢) أي إن طلباه، أو طلب أحدهما. (ك)

(١٣) البيع.

(١) مالم ينفسخ القاضي.

(٢) بالتحالف.

(٣) أي بيع بثمن مجهول. (ك)

(٤) للتعارض.

(٥) ثمن ما يبيع.

(٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٧) الناكل.

(٨) لصحة البذل في الأعراض. (نت)

(٩) أي بثبوت ما ادعاه الآخر. (نت)

(١٠) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١١) أي في أصله أو قدره.

(١٢) قوله: "فلا تحالف بينهما" وقال زفر والشافعي رح: يتحالفان إذا اختلفا في الأجل، لأن هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن، فإن المؤجل أنقص من الحال، فكان ذلك اختلافًا في وصف الثمن، قلنا: الأجل ليس وصف الثمن، فإن الثمن حق البائع، والأجل حق المشتري، ولو كان الأجل وصفًا للثمن لكان تابعًا لأصله في الاستحقاق. (ك)

(١٣) قوله: "لأن هذا [أي الاختلاف في الأجل وغيره مما ذكر] اختلاف إلخ" والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين، وهو اسم مشتق من البيع، فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع، والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل، فكأنه قال: إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن. (ك)

(١٤) المبيع.

(١٥) الثمن.

(١٦) من الثمن.

(١٧) من الثمن، وفيهما لا يجب التحالف، فكذا ههنا.

(١٨) أي كونه اختلافًا في غير المعقود عليه والمعقود به.

ما به قوام العقد، بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن[١] أو جنسه[٢]، حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر[٣] فى جريان التحالف، لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن[٤]، فإن الثمن دين، وهو يعرف بالوصف[٥]، ولا كذلك الأجل[٦] لأنه[٧] ليس بوصف، ألا ترى أن الثمن[٨] موجود بعد مضيه[٩].

قال[١٠]: والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه، لأنهما يثبتان بعارض الشرط[١١]، والقول لمنكر العوارض، قال[١٢]: فإن هلك المبيع[١٣]، ثم اختلفا[١٤] لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، والقول قول المشترى.

وقال محمد: يتحالفان، ويفسخ البيع على قيمة الهالك، وهو قول الشافعى، وعلى هذا[١٥] إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار[١٦] بحال لا يقدر على رده بعيب[١٧].

لهما[١٨]: أن كل واحد منهما[١٩] يدعى غير العقد الذى يدعيه[٢٠] صاحبه والآخر ينكره[٢١]، وأنه يفيد[٢٢] دفع زيادة الثمن[٢٣]، فيتحالفان[٢٤] كما إذا اختلفا فى جنس

---

(١٩) قوله: "بانعدامه" أى بانعدام ما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن. (نتائج الأفكار)
(١) أى الجودة والرداءة.
(٢) أى الدراهم والدنانير.
(٣) أى فى قدر الثمن.
(٤) أى إلى الاختلاف فى نفس الثمن.
(٥) بأنه جيد أو وسط أو ردىء.
(٦) بل هو أصل بنفسه.
(٧) الأجل.
(٨) ولو كان وصفًا لتبعه. (نت)
(٩) الأجل.
(١٠) أى القدورى فى "مختصره". (نت)
(١١) أى بشرط عارض على أصل العقد. (نت)
(١٢) أى القدورى فى "مختصره". (نت)
(١٣) بعد قبض المشترى. (نت)
(١٤) فى مقدار الثمن. (نت)
(١٥) الخلاف.
(١٦) المبيع.
(١٧) قوله: "بعيب" أى بحدوث عيب فى يد، أو بأن زاد زيادة متصلة أو منفصلة. (مل)
(١٨) محمد وشافعى.
(١٩) المتعاقدين.
(٢٠) بالبيع والهبة.
(٢١) قوله: "والآخر ينكره" فيتحالفان كما فى حال قيام السلعة، فإن قيل: هذا القياس قياس فاسد، لأنه حال قيامها يفيد التراد، ولا فائدة له بعد الهلاك، أجاب بقوله: وأنه يعنى التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعنى أن التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول. (ع)

الثمن بعد هلاك السلعة(١). ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشترى ما يدعيه(٢)، وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة(٣)، والتحالف فيه يفضى إلى الفسخ، ولا كذلك بعد هلاكها(٤) لارتفاع العقد(٥)، فلم يكن فى معناه(٦)، ولأنه لا يبالى بالاختلاف(٧) فى السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعى من الفائدة(٨) ما يوجبه العقد(٩).

---

(٢٢) عند نكول البائع. (ك)

(٢٣) أى عن المشترى. (ك)

(٢٤) قوله: "فيتحالفان" فإن المشترى إذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع، والبائع إذا نكل يندفع عن المشترى ما ادعاه البائع. (عينى)

(١) قوله: "كما إذا اختلفا فى جنس إلخ" بأن ادعى أحدهما الدراهم، والآخر الدنانير، فيتحالفان، ويلزم المشترى رد القيمة. (عينى)

(٢) قوله: "لما أنه سلم للمشترى إلخ" ولا يدعى المشترى على البائع شيئًا ينكره، لأن المبيع مملوك له سلم إليه. (عينى)

(٣) قوله: "وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة" وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا»، وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط، ولا يلزم إطلاق قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع ويترادان»، ولأن الأمر بالتراد، دليل قيام السلعة إذ هو تفاعل من الرد، فيستدعى الرد من الجانبين، ولا ذلك إلا بقيام السلعة، وليس المراد به تراد العقد، لأنه لا يتصور ذلك مع أن المطلق والمقيد إذا وردا فى حادثة واحدة فى حكم واحد، فالمطلق محمول على المقيد. (ك)

(٤) السلعة.

(٥) بالهلاك.

(٦) قوله: "فلم يكن [أى وقت هلاك السلعة] فى معناه [أى معنى قيام السلعة]" لأن عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف، فإنه ينفسخ العقد، ويعود كل واحد منهما إلى رأس ماله بعينه، وبعد هلاكها لا يحصل ذلك، فالعقد بعد الهلاك لا يحتمل الفسخ بالإقالة والرد بالعيب، فكذا بالتحالف إذ الفسخ لا يرد إلا على ما ورد عليه العقد. (ك)

(٧) قوله: "ولأنه لا يبالى إلخ" جواب عن قولهما: إن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه، أى لا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود، وهو سلامة المبيع للمشترى حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الأمر على ما زعم هو أو البائع، وصار بمنزلة اختلافهما فى ألف وألفين بلا سبب، فتكون اليمين على منكر الألف الزائد.
وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن، لأن البائع يدعى عليه الدنانير، والمشترى ينكر، والمشترى يدعى الشراء بالدراهم، والبائع ينكر، وإنكاره صحيح، لأنه لا يسلم للمشترى إلا بثمن، ولم يتفقا على ثمن، وههنا اتفقا على الألف، وهو يكفى للصحة. فإن قيل: لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار لاختلاف السبب كان ينبغى أن لا يتحالفا عند قيام السلعة، لأن المقصود -وهو ملك المعقود عليه- حاصل للمشترى، حتى لو كان جارية حل للمشترى وطئها، قلنا: نعم، كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس، فقلنا به. (ك)

(٨) قوله: "وإنما يراعى إلخ" هذا أيضًا جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن، أى فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته بل من موجبات نكول البائع، وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته. (ك)

(٩) قوله: "ما يوجبه العقد إلخ" وفيه نظر فإنا قد اعتبرنا فى حال قيام السلعة التراد فائدة التحالف، وهو ليس من موجبات العقد، والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس. (عناية)

وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته[١]، وهذا[٢] إذا كان الثمن دينًا[٣]، فإن كان عينًا[٤] يتحالفان[٥]، لأن المبيع في أحد الجانبين قائم، فيوفر فائدة الفسخ[٦]، ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل.

قال[٧]: وإن هلك أحد العبدين[٨]، ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة، إلا[٩] أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك. وفي "الجامع الصغير"[١٠]: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي، ولا شيء له من قيمة الهالك. وقال أبو يوسف: يتحالفان[١١] في الحي، ويفسخ العقد في الحي[١٢]، والقول قول المشتري في قيمة الهالك[١٣].

وقال محمد[١٤]: يتحالفان عليهما[١٥] ويرد الحي، وقيمة الهالك؛ لأن هلاك

---

(١) العقد.

(٢) الاختلاف المذكور.

(٣) ثابتًا في الذمة، كالدراهم والدنانير، والمكيلات والموزونات. (ع)

(٤) قوله: "فإن كان عينًا إلخ" أي فإن كان العقد مقايضة، وهلك أحد العوضين. (عيني)

(٥) قوله: "يتحالفان" وإن اختلفا في كون البدل دينًا أو عينًا إن ادعى المشتري أنه كان عينًا يتحالفان عندهما، وإن كان البائع ادعى أنه كان عينًا، وادعى المشتري أنه كان دينًا لا يتحالفان، والقول قول المشتري. (كفاية)

(٦) الرد.

(٧) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٨) قوله: "وإن هلك أحد إلخ" يعني إذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة، قبضهما المشتري فهلك أحدهما، ثم اختلفا في الثمن، فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم، وقال المشتري: اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا. (نتائج)

(٩) سيجيء تحقيق هذا الاستثناء.

(١٠) قوله: "وفي الجامع الصغير" إنما أعاد ذكر لفظ "الجامع الصغير"، لأن لفظه يقتضي أن يكون المستثنى منه يمين المشتري، ولفظ القدوري الذي هو لفظ "المبسوط" يقتضي أن يكون المستثنى منه عدم التحالف، لأن المذكور قبل الاستثناء هناك قوله: لم يتحالفا. (نت)

(١١) قوله: "يتحالفان في الحي" كلمة في بمعنى اللام، أي يتحالفان لأجل الحي، يعني أن التحالف عند أبي يوسف يكون على الحي والميت معًا، كما هو التفسير الصحيح للتحالف على رأيه على ما سيجيء، لكن المقصود من تحالفهما إنما هو فسخ العقد في الحي. (مل)

(١٢) بعد التحالف.

(١٣) قوله: "والقول قول المشتري في قيمة الهالك" أقول: في عبارة الكتاب قصور، فإنه إذا اختلفا في قيمة الهالك فالقول للبائع لا للمشتري على ما سيجيء من المصنف، فما قال ههنا ينافيه، فلا بد من التأويل ههنا، وهو أن المراد أنه بعد التحالف يرد الحي على البائع، ويسقط حصة الحي من الثمن، ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي أقر به المشتري بعد تقسيم ذلك الثمن على قيمة الحي والهالك، فقول المشتري إنما يعتبر في حصة الهالك من الثمن الذي أقر به المشتري إلا في قيمة الهالك، كذا في "نتائج الأفكار". (مل)

(١٤) قوله: "وقال محمد ؒ يتحالفان إلخ" والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالحزر، وذلك

جـ6 3 B

كل السلعة لا يمنع التحالف عنده[١]، فهلاك البعض أولى[٢].
ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك[٣]، فيتقدر بقدره[٤]، ولأبى حنيفة أن التحالف[٥] على خلاف القياس فى حال قيام السلعة، وهى اسم لجميع أجزاءها[٦]، فلا تبقى السلعة بفوات بعضها، ولأنه لا يمكن التحالف فى القائم[٧] إلا على اعتبار حصته من الثمن، فلا بد من القسمة[٨] على القيمة، وهى تعرف بالخرز[٩] والظن، فيؤدى إلى التحالف مع الجهل، وذلك لا يجوز، إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا، لأنه حينئذ[١٠] يكون الثمن كله بمقابلة القائم[١١]، ويخرج الهالك[١٢] عن العقد، فيتحالفان[١٣].
وهذا[١٤] تخريج بعض المشايخ، ويصرف الاستثناء[١٥] عندهم إلى التحالف كما ذكرنا[١٦]، وقالوا: إن المراد من قوله[١٧] فى "الجامع الصغير": يأخذ الحى، ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئًا أصلا.
وقال بعض المشايخ: يأخذ[١٨] من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى، وإنما لا

مجهل فى المقسم عليه، فلا يجوز. (ع)
(١٥) الحى والهالك.
(١) أى محمد.
(٢) بأن لا يمنع.
(٣) أى لأجل الهلاك.
(٤) قوله: "فيتقدر بقدره" أى فيتقدر الامتناع بقدر الهالك، لأن الحكم لا يزيد على العلة. (عينى)
(٥) ثبت بالنص، بعد القبض.
(٦) وما ثبت بخلاف القياس لا يتعدى.
(٧) فيه إشارة إلى جواب قول أبى يوسف ومحمدرح.
(٨) أى قسمة الثمن.
(٩) اندازه كردن.
(١٠) أى حين هذا الرضى.
(١١) وكأن العقد لم يكن إلا على القائم. (ك)
(١٢) كأنه لم يكن.
(١٣) كما هو الحكم فى الاختلاف عند قيام السلعة.
(١٤) قوله: "وهذا" أى توجيه قوله: إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر من قوله: يكون الثمن كله إلخ. (مل)
(١٥) المذكور فى القدورى والمبسوط.
(١٦) المراد به قوله: فيتحالفا[illegible])
(١٧) أى محمد.

يأخذ الزيادة، وعلى قول هؤلاء[١] ينصرف[٢] الاستثناء[٣] إلى يمين المشترى لا إلى التحالف، لأنه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه، فلا يحلف[٤] المشترى.

ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه فى القائم[٥]، وإذا حلفا ولم يتفقا على شىء[٦] فادعى أحدهما الفسخ، أو كلاهما[٧] يفسخ العقد بينهما، ويأمر القاضى المشترى برد الباقى وقيمة الهالك[٨].

واختلفوا فى تفسيره[٩] على قول أبى يوسف، والصحيح أنه يحلف المشترى[١٠] بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع، فإن نكل لزمه دعوى البائع[١١]، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى، فإن نكل[١٢] لزمه[١٣] دعوى المشترى، وإن حلف[١٤] يفسخان البيع فى القائم، ويسقط حصته[١٥] من

(١٨) قوله: "يأخذ [أى البائع]" أى يأخذ البائع فى حصة الهالك من المشترى ما يقر به المشترى ويهلك حصة الهالك على حسب دعواه، فلا شىء له من حصة الهالك إلا ما قال المشترى.

(١) المشايخ.

(٢) قوله: "ينصرف إلخ" فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله والقول قول المشترى مع يمينه إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى، ولا يأخذ من ثمن الهالك زائدا على ما أقر به المشترى، فحينئذ لا يمين على المشترى. (نت)

(٣) المذكور فى القدورى.

(٤) قوله: "فلا يحلف" لأن الاستحلاف إنما شرع فى حق المشترى إذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة، فإذا ترك البائع دعوى الزيادة وأخذ الحى ورضى به المشترى، فلا حاجة إلى استحلاف المشترى. (ك)

(٥) هو قوله: وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف إلخ. (ع)

(٦) من الثمن.

(٧) ادعيا الفسخ.

(٨) قوله: "وقيمة الهالك" والقول فى قيمة الهالك للمشترى، لأن البائع يدعى زيادة قيمته، وهو ينكر، فيكون القول له كما فى قيمة المغصوب والمقبوض بعقد فاسد. (عينى)

(٩) التحالف.

(١٠) قوله: "والصحيح أنه يحلف إلخ" قال بعضهم: يقسم الثمن على قيمة العبدين، فما يخص الحى ألف مثلا على زعم البائع وخمس مائة على زعم المشترى، يحلف المشترى بالله ما اشتريته بألف، ويحلف البائع بالله ما بعته بخمس مائة كما يدعيه المشترى. وإذا حلفا يفسخ العقد فى الحى، ثم يحلف المشترى على حصة الهالك، فإن نكل لزمه ما ادعاه البائع، وإن حلف لزمه ما أقر به دون الزيادة، والصحيح أنهما يتحالفان على جملة الثمن، لأن من اشترى شيئين بألفى درهم يصدق فى يمينه أنه ما اشترى أحدهما بألف، وكذا البائع على هذا، فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين، وهو النكول. (ك)

(١١) أى ما ادعاه البائع.

(١٢) البائع.

(١٣) البائع.

(١٤) البائع.

(١٥) القائم.

الثمن، ويلزم المشتري[١] حصة[٢] الهالك، ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض[٣]. وإن اختلفا[٤] في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع، وأيهما أقام البينة يقبل بينته[٥]، وإن أقاماها فبينة البائع أولى[٦]، وهو[٧] قياس ما ذكر في بيوع الأصل[٨]. اشترى عبدين وقبضهما، ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده[٩] يجب عليه[١٠] ثمن ما هلك عنده، ويسقط عنه ثمن ما رده، وينقسم الثمن على قيمتهما[١١]. فإن[١٢] اختلفا[١٣] في قيمة الهالك فالقول قول البائع، لأن الثمن قد وجب باتفاقهما، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك، والبائع ينكره، والقول للمنكر. وإن أقاما[١٤] البينة فبينة البائع أولى، لأنها أكثر إثباتًا ظاهرًا[١٥] لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك، وهذا[١٦] لفقه، وهو أن في الأيمان يعتبر

---

(١) ولا يلزم قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ. (ع)

(٢) من الثمن الذي أقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك.

(٣) قوله: "ويعتبر قيمتهما [أي الحي والهالك] في الانقسام يوم القبض" يعني يقسم الذي أقر به المشتري في العبد القائم، والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض، فإن اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقر به المشتري، ويسقط عنه نصف الثمن. وإن تصادقا على أن قيمتهما يوم القبض كان على التفاوت، فإن تصادقا على أن قيمة الهالك على الثلث من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما أقر به من الثمن، وإن اختلفا في ذلك، فقال المشتري: كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا، وقيمة الهالك خمس مائة، وقال البائع على العكس فالقول للبائع، لأن الثمن قد وجب باتفاقهما، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك، والبائع ينكره. (ع)

(٤) البائع والمشتري.

(٥) لأنه مثبت دعواه.

(٦) قوله: "أولى" لأنها أكثر إثباتًا ظاهرًا لإثباته الزيادة في قيمة الهالك، فإن قيل: المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم، فوجب أن يقبل بينته لإثبات الزيادة، قلنا: الذي وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك، والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك، وبينة البائع قامت على ما وقع فيه الاختلاف قصدا، فكانت أحق بالاعتبار. (ك)

(٧) أي ما ذكر من قول أبي يوسف وتفريعاته. (نت)

(٨) المبسوط.

(٩) المشتري.

(١٠) المشتري.

(١١) العبدين أي يوم القبض. (نت)

(١٢) أي في مسألة الأصل. (نت)

(١٣) البائع والمشتري.

(١٤) أي في مسألة الأصل. (نت)

(١٥) قوله: "لأنها أكثر إثباتًا إلخ" والبينات شرعت للإثبات، فما كان أكثر إثباتًا كان أولى. (عيني)

(١٦) أي اعتبار بينة البائع ويمينه. (نت)

الحقيقة[١]، لأنها[٢] تتوجه على أحد العاقدين، وهما يعرفان حقيقة الحال، فبنى الأمر عليها[٣]، والبائع منكر حقيقةً[٤]، فلهذا كان القول قوله[٥]، وفى البينات يعتبر الظاهر، لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال، فاعتبر الظاهر فى حقهما[٦]، والبائع مدّعٍ ظاهرًا، فلهذا تقبل بينته[٧] أيضًا، وتترجح[٨] بالزيادة الظاهرة على ما مر[٩]، وهذا يبين لك معنى[١٠] ما ذكرناه من قول أبى يوسف[١١].

قال[١٢]: ومن اشترى[١٣] جاريةً وقبضها، ثم تقايلا، ثم اختلفا[١٤] فى الثمن فإنهما يتحالفان، ويعود البيع الأول[١٥]، ونحن ما أثبتنا التحالف فيه[١٦] بالنص[١٧]، لأنه ورد فى البيع المطلق[١٨]، والإقالة فسخ فى حق المتعاقدين[١٩]، وإنما أثبتناه

---

(١) أى حقيقة الحال.

(٢) الأيمان.

(٣) حقيقة الحال.

(٤) أى لسقوط الزيادة.

(٥) البائع مع يمينه. (ك)

(٦) الشاهدين.

(٧) البائع.

(٨) أى بينة البائع على بينة المشترى.

(٩) هو قوله: لأنها أكثر إثباتًا.

(١٠) قوله: "وهذا [أى ما ذكر فى بيوع الأصل. نت] يبين إلخ" أى هذا هو الفقه فى أن جعل أبو يوسف رح القول قول البائع فى قيمة الهالك، والبينة بينته أيضًا فيما إذا اختلفا فى قيمة الهالك بعد التحالف عنده. (ك)

(١١) فى التحالف وتفريعاته. (ع)

(١٢) أى محمد فى بيوع "الجامع الصغير". (نت)

(١٣) قوله: "ومن اشترى" أى من اشترى جارية، ونقد ثمنها وقبضها، ثم تقايلا، ولم يقبض البائع بعد الإقالة حتى اختلفا فى الثمن إلخ. (ع)

(١٤) قوله: "ثم اختلفا فى الثمن" بأن قال المشترى: كان الثمن ألفا، فعليك أن ترد الألف، وقال البائع: كان خمس مائة، فعلى رد خمس مائة. (عينى)

(١٥) قوله: "ويعود البيع الأول" حتى يكون حق البائع فى الثمن، وحق المشترى فى المبيع. (عينى)

(١٦) الإقالة.

(١٧) وهو قوله عليه السلام: إذا اختلف المتبايعان إلخ.

(١٨) قوله: "لأنه ورد فى البيع المطلق" أى فى البيع من كل وجه والإقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق الثالث، فلا يكون النص الوارد فى البيع المطلق واردا فيه. (ك)

(١٩) قوله: "فسخ فى حق إلخ" هذا إنما يتمشى على قول أبى حنيفة رح ومحمد رح، وأما على قول أبى يوسف رح فالإقالة عنده بيع فى حق المتعاقدين أيضًا، فلا كلام فيه. (نتائج)

بالقياس، لأن المسألة مفروضة قبل القبض[١]، والقياس يوافقه على ما مر[٢]، ولهذا[٣] نقيس الإجارة[٤] على المبيع قبل القبض، والوارث[٥] على العاقد، والقيمة على العين[٦] فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشترى، ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافًا لمحمد، لأنه يرى النص معلولا بعد القبض[٧] أيضًا.

قال[٨]: ومن أسلم عشرة دراهم في كر[٩] حنطة، ثم تقايلا[١٠]، ثم اختلفا في الثمن[١١]، فالقول قول المسلم إليه[١٢]، ولا يعود السلم؛ لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض، لأنه إسقاط[١٣]، فلا يعود السلم، بخلاف الإقالة في البيع[١٤]، ألا يرى أن رأس مال السلم لو كان عرضًا[١٥] فرده[١٦] بالعيب[١٧]،

---

(١) أى قبض البائع المبيع بعد الإقالة. (ك)

(٢) أى فى أول الباب. (نت)

(٣) إيضاح لقوله: وإنما أثبتناه بالقياس. (ك)

(٤) قوله: "نقيس الإجارة" يعنى إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الأجرة. (عينى)

(٥) قوله: "والوارث" أى وارثا البائع والمشترى إذا اختلفا فى الثمن يجرى التحالف بينهما. (عينى)

(٦) قوله: "والقيمة إلخ" يعنى إذا استهلك غير المشترى العين المبيعة في يد البائع، وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة، فإن اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشترى لكون النص إذ ذاك معقول المعنى. (ع)

(٧) قوله: "معلولا بعد القبض" أى بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذه العلة لاتتفاوت بين كون المبيع مقبوضًا أو غير مقبوض، ولما كان النص عنده معلولا تعدى حكمه من البيع إلى الإقالة وإن كان بعد قبض البائع المبيع بعد الإقالة. (مل)

قوله: "معلولا" أى موافقا للقياس، وأما الشيخان فيقولان: إن التحالف بعد القبض على خلاف القياس.

(٨) أى محمد فى بيوع "الجامع الصغير". (نت)

(٩) قوله: "كر" قال الأزهرى: الكر ستون قفيزًا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف، وهو ثلاث كيلجات، قال: وهو من هذا الحساب اثنى عشر وسقًا كل وسق ستون صاعًا. (مغرب)

(١٠) أى السلم.

(١١) رأس المال.

(١٢) قوله: "فالقول قول المسلم إليه" مع يمينه لأن رب السلم يدعى زيادة وهو ينكر ولا يتحالفان. (مل)

(١٣) للمسلم فيه، وهو دين والدين الساقط لا يعود. (ع)

(١٤) قوله: "بخلاف الإقالة فى البيع" فإنها تحتمل الفسخ، فيعود المبيع لكونه عينًا إلى المشترى بعد عوده إلى البائع. (نت)

(١٥) بأن أسلم ثوبًا فى كر حنطة. (ك)

(١٦) أى قضى القاضى بالرد.

(١٧) بعد قبضه. (ك)

وهلك[١] قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود[٢] السلم[٣]، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دلّ[٤] على الفرق بينهما[٥].

قال[٦]: وإذا اختلف الزوجان في المهر، فادعى الزوج أنه تزوجها بألف، وقالت: تزوجتني بألفين، فأيهما أقام البينة تقبل بينته[٧]؛ لأنه نور دعواه بالحجة، فإن[٨] أقاما[٩] البينة فالبينة بينة المرأة؛ لأنها[١٠] تثبت الزيادة، معناه[١١] إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته[١٢]. وإن لم تكن لهما[١٣] بينة تحالفا[١٤] عند أبي حنيفة، ولا يفسخ النكاح؛ لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وأنه[١٥] لا يخل بصحة النكاح، لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع، لأن عدم التسمية يفسده[١٦] على ما مر[١٧]، فيفسخ[١٨].

ولكن يحكم مهر المثل[١٩]، فإن كان مثل ما اعترف به الزوج، أو أقل[٢٠] قضى

---

(١) في يد المسلم إليه.

(٢) لما أن المعقود عليه قد سقط. (ك)

(٣) ولا يرتفع الإقالة. (عناية)

(٤) أي هذا الذي ذكرنا.

(٥) أي بين السلم وبيع العين.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "تقبل بينته" أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة، وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج، لأنه منكر للزيادة، فكان عليه اليمين لا البينة، وإنما قبلت لأنه مدع في الصورة وهي كافية بقبولها لما ذكرنا. (ع)

(٨) هذا من تمام كلام القدوري. (نت)

(٩) الزوجان.

(١٠) بينة المرأة.

(١١) أي معنى قوله: فالبينة بينة المرأة.

(١٢) قوله: "إذا كان مهر مثلها إلخ" أما إذا كان مهر مثلها مثل ما ادعته، أو أكثر مما ادعته، فبينة الزوج أولى، لأن بينة الزوج تثبت الحط، وبينة المرأة لا تثبت شيئًا لأن ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل. (ك)

(١٣) الزوجين.

(١٤) قوله: "تحالفا" قيل: التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه، أجيب بأن موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيًا ومنكرًا مع عدم إمكان الترجيح، وهو ههنا موجود فألحق به. (عنايه)

(١٥) أي التسمية.

(١٦) لأنه ركن بيع.

(١٧) في كتاب البيع. (نت)

(١٨) البيع لبقاء العقد بلا بدل. (ع)

(١٩) قوله: "ولكن يحكم [أي يجعل مهر المثل حكمًا لرفع النزاع] مهر المثل" استدراك عن قوله: ولايفسخ النكاح. (ك)

(٢٠) مما اعترف بالزوج.

بما قال الزوج، لأن الظاهر شاهد له[١]، وإن كان مثل ما ادعته المرأة، أو أكثر[٢] قضي بما ادعته المرأة[٣]، وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج، وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل؛ لأنهما[٤] لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل، ولا الحط عنه[٥]. قال[٦]: ذكر[٧] التحالف أولا، ثم التحكيم[٨]، وهذا[٩] قول الكرخي؛ لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية[١٠]، وسقوط اعتبارها بالتحالف، فلهذا يقدم في الوجوه كلها[١١]، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد، تعجيلا لفائدة النكول[١٢]، كما في المشترى[١٣]، وتخريج الرازى بخلافه[١٤]، وقد استقصيناه[١٥] في النكاح، وذكرنا خلاف أبي يوسف فلا نعيده.

---

(١) أى الزوج لموافقة قوله: مهر المثل ولكون قوله أقرب إلى مهر المثل. (نت)

(٢) مما ادعته المرأة.

(٣) لأن الظاهر شاهد لها.

(٤) زوجان.

(٥) أى عن مهر المثل.

(٦) أى المصنف.

(٧) أى القدورى. (نت)

(٨) أى ثم ذكر التحكيم بمهر المثل بعد التحالف.

(٩) أى تقديم التحالف.

(١٠) أى تسمية المهر.

(١١) قوله: "فلهذا يقدم [التحالف] في الوجوه كلها" أى فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج، أو أقل منه، أو مثل ما ادعته المرأة، أو أكثر منه، أو كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج، وأقل مما ادعته المرأة، ففى هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند أبى الحسن الكرخى رح؛ لأنهما اتفقا على أصل التسمية، فكانت التسمية صحيحة فى أصلها، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلى مهر المثل، وإذا حلف تعذر العمل بالتسمية، فصارت التسمية كأن لم تكن، فيحكم مهر المثل. (ك)

(١٢) قوله: "تعجيلا لفائدة النكول" لأن أول التسليمين عليه، فيكون أول اليمينين عليه، فالزوج بمنزلة المشترى والمهر كالثمن والبضع كالمبيع. (مل)

(١٣) فإنه يبدأ بيمينه أولا.

(١٤) قوله: "وتخريج الرازى [أبو بكر] بخلافه" فإنه لا يقول بالتحالف إلا فى وجه واحد وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهداً لأحدهما، بأن يكون أكثر مما أقر به الزوج، وأقل مما ادعته المرأة، وأما إذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج، أو أقل فالقول قوله مع يمينه، وإن كان مثل ما تقول المرأة أو أكثر: فالقول قولها مع يمينها، وهذا هو الأصح لأن تحكيم مهر المثل ههنا ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل فى الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه. (ك)

(١٥) قوله: "وقد استقصيناه" أى تخريج الرازى فى النكاح، أى فى كتاب النكاح، وذكرنا خلاف أبى يوسف رح وهو أن القول فى جميع ذلك قول الزوج إلا أن يأتى بشيء قليل، ومعناه ما لا يتعارف مهراً لها على ما قال صاحب

ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد، والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة[١] إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها، لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي، ولم يوجد، فوجبت القيمة[٢].

وإن اختلفا[٣] في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادّا، معناه اختلفا في البدل[٤]، أو في المبدل[٥]، لأن التحالف في البيع قبل القبض[٦] على وفاق القياس على ما مر[٧]، والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع[٨]، وكلامنا قبل استيفاء المنفعة.

فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر؛ لأنه منكر لوجوب الأجرة[٩]، وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤاجر[١٠]، فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وأيهما أقام البينة قبلت، ولو أقاماها فبينة المؤاجر أولى[١١] إن كان الاختلاف في الأجرة، وإن كان[١٢] في المنافع فبينة المستأجر أولى، وإن كان[١٣] فيهما[١٤] قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل، نحو أن يدعى هذا[١٥] شهراً بعشرة،

"الهداية" هناك، وفي رواية: إلا أن يأتي بشيء مستنكر، وتكلموا في تفسيره على ما مر، بيانه في كتاب النكاح، فلا نعيده، أي فلا نعيد ذكر خلافه ههنا. (مل)

(١) قوله: "فهو كالمسألة المتقدمة" يعني أنه يحكم مهر المثل أولا، فمن شهد له فالقول له، وإن كان بينهما يتحالفان وإليه مال فخر الإسلام رحمه الله، وهو تخريج الرازي، وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا، كما تقدم. (نت)

(٢) أي قيمة الجارية.

(٣) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٤) أي في الأجرة. (ك)، وأما إذا اختلفا في الأجل، فليس التحالف فيه، بل القول قول من ينكر الزيادة. (نت)

(٥) قوله: "أي في المبدل [الترديد لمنع الخلو. نت]" أي في المعقود عليه وهو المنافع، بأن ادعى المؤجر أنه آجره شهراً، وادعى المستأجر أنه استأجره شهرين. (ك)

(٦) أي قبض المبيع.

(٧) إشارة إلى قوله في أول الباب: لأن البائع يدعي زيادة الثمن إلخ. (عيني)

(٨) قوله: "نظير البيع [في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ. ع] إلخ" فإن قيل: قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة، قلنا: الدار أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها فكأنها قائمة تقديراً. (عيني)

(٩) أي لوجوب زيادة الأجرة على حذف المضاف. (نت)

(١٠) قوله: "المؤاجر" هذا على غير القاعدة، والأصل أن يقال: المؤاجر أو الآجر. (عيني)

(١١) لأنها أكثر إثباتًا. (عيني)

(١٢) الاختلاف.

(١٣) الاختلاف.

(١٤) أي في الأجرة والمنافع.

(١٥) المؤجر.

والمستأجر شهرين بخمسة، يقضي[١] بشهرين بعشرة.

قال[٢]: وإن اختلفا[٣] بعد الاستيفاء[٤] لم يتحالفا، وكان القول قول المستأجر، وهذا[٥] عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف[٦] عندهما، وكذا[٧] على أصل محمد، لأن الهلاك إنما لا يمنع[٨] عنده في المبيع لما أن له قيمة[٩] تقوم مقامه، فيتحالفان عليها[١٠]، ولو جرى التحالف ههنا، وفسخ العقد[١١] فلا قيمة، لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد[١٢]، وتبين أنه لا عقد[١٣]، وإذا امتنع[١٤] فالقول للمستأجر مع يمينه، لأنه هو المستحق عليه[١٥].

وإن[١٦] اختلفا[١٧] بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا، وفسخ العقد فيما بقي، وكان القول في الماضي قول المستأجر[١٨]؛ لأن العقد ينعقد[١٩] ساعة فساعة[٢٠]،

(١) نظراً إلى كثرة الإثبات.

(٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) في الأجرة.

(٤) أي استيفاء المعقود عليه، أي المنافع.

(٥) أي عدم التحالف.

(٦) قوله: "يمنع التحالف" والمعقود عليه ههنا عرض، وهو المنفعة والعرض لا يبقى زمانين. (ع)

(٧) أي ظاهر.

(٨) التحالف.

(٩) قوله: "لما أن له قيمة" لأن القيمة للعين قائمة مقام العين لأن العين تتقوم بنفسها. (مل)

(١٠) قيمة.

(١١) أي عقد الإجارة.

(١٢) تتقوم.

(١٣) قوله: "وتبين [أي بالانفساخ] أنه لا عقد" فحينئذٍ ظهر أنه لا قيمة للمنفعة، وإذا كان كذلك كان المبيع غير قائم، ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف، فالقول للمستأجر مع يمينه، لأنه هو المستحق عليه، وأنه انفع للأجير، ولأنه لو تحالفا ههنا انتفى العقد بالتحالف، فلا يمكن إيجاب شيء للأجير. (ك)

(١٤) التحالف.

(١٥) قوله: "لأنه هو المستحق عليه" أي هو الذي استحق عليه، ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه، كذا في "الكافي". (نت)

(١٦) هذا لفظ القدوري. (نت)

(١٧) أي في الأجرة.

(١٨) لأنه هو المدعى عليه.

(١٩) في الإجارة.

(٢٠) على حسب حدوث المنفعة. (نت)

فيصير[١] في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها، بخلاف البيع، لأن العقد فيه[٢] دفعة واحدة، فإذا تعذر[٣] في البعض تعذر في الكل.

قال[٤]: وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة[٥]، وقالا: يتحالفان، وتفسخ الكتابة، وهو قول الشافعي؛ لأنه[٦] عقد معاوضة يقبل الفسخ[٧]، فأشبه البيع[٨]. والجامع[٩] أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد، والعبد يدعى استحقاق العتق عليه[١٠] عند أداء القدر الذي يدعيه، والمولى ينكره، فيتحالفان كما إذا اختلفا[١١] في الثمن[١٢]. ولأبي حنيفة أن البدل[١٣] مقابل بفك الحجر في حق اليد[١٤]، والتصرف للحال[١٥]، وهو سالم[١٦] للعبد[١٧]، وإنما ينقلب[١٨] مقابلا للعتق عند الأداء[١٩]، فقبله لا مقابلة، فبقي اختلافًا في قدر

---

(١) قوله: "فيصير" أي العقد في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها، أي على كل جزء من المنفعة، فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالعقد، فكان الاختلاف بالنسبة إليه قبل استيفاء المعقود عليه، وفيه التحالف. وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر، لأن المنافع الماضية هالكة، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء، ولا تحالف فيه فالقول قول المستأجر بالاتفاق. (نت)

(٢) ينعقد.

(٣) الفسخ بالهلاك.

(٤) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٥) والقول للعبد مع يمينه.

(٦) الكتابة.

(٧) لقدرة العبد على تعجيز نفسه.

(٨) عند الاختلاف في الثمن.

(٩) بينهما.

(١٠) المولى.

(١١) العاقدان.

(١٢) أي في ثمن المبيع.

(١٣) أي بدل الكتابة.

(١٤) قوله: "مقابل بفك إلخ" وهذا لأن البدل لا بدله من مبدل، وليس في العبد سوى اليد والرقبة، فلو كان البدل مقابلا للرقبة في الحال لا مقابلا لليد تم العتق عند تمام العقد كما في البيع فإن المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه، وليس كذلك، فتعين أن يكون في الحال مقابلا لليد، ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الأداء، فقبله لا مقابلة. (ع)

(١٥) أي في الحال.

(١٦) لاتفاقهما على ثبوت الكتابة.

(١٧) فلا يدعى على المولى شيئًا، فلا يكون المولى منكرًا. (ك)

(١٨) البدل.

(١٩) قوله: "عند الأداء" يعني إذا أدى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلا بفك الحجر إلى كونه مقابلا بالعتق. (ب)

البدل لا غير[١]، فلا يتحالفان[٢].

قال[٣]: وإذا اختلف الزوجان[٤] في متاع البيت، فما يصلح للرجال[٥]، فهو للرجل، كالعمامة لأن الظاهر شاهد له[٦]، وما يصلح للنساء[٧]، فهو للمرأة كالوقاية[٨] لشهادة الظاهر لها[٩]، وما يصلح لهما[١٠] كالآنية فهو للرجل، لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد[١١]، بخلاف ما يختص بها، لأنه يعارضه[١٢] ظاهر أقوى منه[١٣]، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة[١٤].

فإن مات أحدهما[١٥]، واختلفت ورثته مع الآخر[١٦]، فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي[١٧] منهما[١٨]؛ لأن اليد للحي دون الميت[١٩]، وهذا الذي ذكرناه[٢٠]

---

(١) قوله: "فبقي اختلافًا إلخ" فالعبد لايدعي شيئًا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة، والقول قول المنكر. (ب)

(٢) قوله: "فلا يتحالفان [لأنه لا يكون بلا إنكار. ك]" وإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بها، وإن أقاما البينة كانت بينة المولى أولى، لأنها تثبت الزيادة إلا أنه إذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لأنه أثبت الحرية لنفسه. (نت)

(٣) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٤) قوله: "وإذا اختلف الزوجان" أي ادعى كل واحد منهما أن الكل. (عيني)

(٥) قوله: "فما يصلح للرجال" كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان، والسلاح، والمنطقة، والكتب فهو للرجل، أي القول فيها قول الزوج مع اليمين إلا إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال. (ك)

(٦) الرجل.

(٧) قوله: "وما يصلح للنساء" كالخمار والدرع، والملحفة، والحلي فهو للمرأة، أي القول قولها فيها بشهادة الظاهر إلا إذا كان الرجل صانعًا، أو يبيع ثياب النساء. (ك)

(٨) قوله: "كالوقاية [هر چه بدان چيزى را نگاه دارند وپناه دهند. من]" وهي ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بها لأنها تقي الخمار. (ع)

(٩) امرأة.

(١٠) قوله: "وما يصلح لهما [زوجين]" كالفرش والأمتعة، والأواني، والرفيق، والعقار، والمنزل، والمواشي والنقود، فالقول للزوج فيه أيضًا، لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، فكان الأموال كلها في يد الزوج. (ك)

(١١) إذا اختلف اثنان في شيء وهو في يد أحدهما.

(١٢) قوله: "لأنه يعارضه [أي ظاهر الزوج باليد. ع] إلخ" فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب أحدهما لابسه، والآخر متعلق بكمه، فإن اللابس أولى. (ك)

(١٣) قوله: "ظاهر أقوى منه" وهو يد الاختصاص بالاستعمال، فإن ما هو صالح للرجال، فهو مستعمل الرجال، وما هو صالح للنساء، فهو مستعمل النساء. (عناية)

(١٤) بالطلاق وغيره.

(١٥) أي الزوجين.

(١٦) أي الحي.

(١٧) أيهما كان. (ع)

قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يدفع[١] إلى المرأة ما يجهز[٢] به مثلها، والباقي[٣] للزوج مع يمينه، لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز[٤]، وهذا[٥] أقوى[٦]، فيبطل به ظاهر يد الزوج. ثم في الباقي لا معارض لظاهره[٧]، فيعتبر[٨]، والطلاق والموت سواء[٩] لقيام الورثة مقام مورثهم. وقال محمد: ما كان للرجال، فهو للرجل، وما كان للنساء، فهو للمرأة، وما يكون لهما، فهو للرجل[١٠]، أو لورثته[١١]؛ لما قلنا لأبي حنيفة[١٢]، والطلاق والموت سواء[١٣] لقيام الوارث مقام المورث[١٤].

وإن كان أحدهما[١٥] مملوكًا[١٦] فالمتاع للحر في حالة الحياة؛ لأن يد الحر[١٧]

---

(١٨) الزوجين.

(١٩) إذ لا يد له.

(٢٠) قوله: "وهذا [أي المجموع] الذي ذكرناه" يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول أبي حنيفة رح لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة، فإن كون ما يصلح للرجال، فهو للرجل، وما يصلح للنساء، فهو للمرأة بالإجماع، فلا اختصاص له بذلك، وعلى هذا قوله، وقال أبو يوسف رح: يدفع إلى المرأة إلخ، معناه مما يصلح لهما. (ع)

(١) أي من المشكل. (ك)

(٢) تجهيز ساختن جهاز عروس. (من)

(٣) أي من المشكل. (نت)

(٤) بالكسر، رخت عروس. (من)

(٥) أي ظاهر المرأة.

(٦) من ظاهر يد الزوج لجريان العادة بذلك. (ع)

(٧) الزوج.

(٨) لقوة يده عليها لأنه قوام عليها. (ك)

(٩) أي عند أبي يوسف رح. (نت)

(١٠) إن كان حيًا. (ع)

(١١) إن كان ميتًا. (ع)

(١٢) قوله: "لما قلنا لأبي حنيفة رح" أي من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول لصاحب اليد، وهذا بالنسبة إلى الحياة، وأما بالنسبة إلى الممات فقوله والطلاق والموت إلخ. (ع)

(١٣) قوله: "سواء" فالحاصل أنه لا خلاف فيما يصلح للرجال أنه للرجل في الطلاق، ولوارثه بعد موته، وكذا ما يصلح لها، وأما فيما يصلح لهما لا خلاف بين أبي حنيفة ومحمد رح أنه للزوج في الطلاق وبعد موت الزوج عند أبي حنيفة رح للمرأة، وعند محمد رح لوارث الزوج، وعند أبي يوسف رح من المشكل ما يجهز به مثلها للمرأة والباقي للزوج في حياته، وبعد وفاته لوارثه، وكذا بعد وفاتها ما يجهز به مثلها من المشكل لوارثها. (ك)

(١٤) قوله: "لقيام الوارث إلخ" أي ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاءه فيما له فكما إن المشكل له في حياته مع يمينه، فكذا كان القول لورثته. (عيني)

(١٥) الزوجين.

(١٦) أي سواء كان محجورًا أو مأذونًا. (ك)

أقوى[١]، وللحى[٢] بعد الممات، لأنه لا يد للميت، فخلت يد الحى عن المعارض، وهذا[٣] عند أبى حنيفة. وقالا: العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحر[٤]، لأن لهما يداً معتبرة فى الخصومات[٥].

فصل فيمن لا يكون خصماً[٦]

وإذا قال المدعي عليه[٧]: هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب[٨]، أو رهنه عندى، أو غصبته منه، وأقام بينة على ذلك، فلا خصومة بينه وبين المدعى، وكذا[٩] إذا قال[١٠]: آجرنيه[١١]، وأقام البينة، لأنه[١٢] أثبت بالبينة أن يده ليست بيد خصومة.

وقال ابن شبرمة[١٣]: لاتندفع[١٤] الخصومة، لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه[١٥]، ودفع الخصومة بناء عليه.

قلنا: مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب، ولا خصم فيه، فلم

---

(١٧) قوله: "لأن يد الحر أقوى" لأنها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك. (ك)

(١) من يد المملوك.

(٢) سواء كان الحى حرًا أو عبدًا.

(٣) قوله: "وهذا" أى ما ذكر عن جواب المسألة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب. (نت)

(٤) قوله: "بمنزلة الحر" والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر فى السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض. (ع)

(٥) قوله: "فى الخصومات" حتى لو اختصم الحر والمكاتب فى شىء فى أيديهما قضى به بينهما لاستواءهما فى اليد،ولوكان فى يد ثالث، وأقاما البينة استويا فيه فكمالايترجح الحربالحرية فى سائرالخصومات، فكذا فى متاع البيت.(ب)

(٦) قوله: "فصل فيمن لا يكون خصمًا" لما ذكر أحكام من يكون خصمًا شرع فى بيان من لا يكون خصما لمناسبة المضادة بينهما، وقدم الأول لكون ذكره العمدة فى المقام، لأن الكتاب كتاب الدعوى وهى عبارة عن الخصومة، أما ذكر الثانى فليتضح به الأول إذ الأشياء تتبين بأضداها، فإن قيل: الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصمًا أيضًا، قلنا: نعم، لكن لا من حيث القصد الأصلى. (نت)

(٧) هذا لفظ القدورى. (نت)

(٨) قوله: "هذا الشىء أودعنيه إلخ" صورته دار أو ثوب فى يد إنسان ادعى رجل عليه أنها له فقال ذو اليد: هذا الشىء إلخ، فلا خصومة بين ذى اليد الذى هو المدعى عليه وبين المدعى. (عينى)

(٩) أى لا خصومة.

(١٠) ذو اليد.

(١١) وكذا إذا قال: أعارنى، أو وكلنى بحفظها. (ك)

(١٢) تعليل لمجموع المسائل المذكورة. (نت)

(١٣) عبد الله قاضى الكوفة.

(١٤) وإن أقام البينة. (نت)

(١٥) أى عن الغائب لأن الغائب لم يوكله بإثبات الملك له. (نت)

يثبت[١]، ودفع[٢] خصومة المدعى[٣]، وهو خصم فيه فيثبت[٤]، وهو كالوكيل بنقل المرأة[٥] وإقامتها البينة[٦] على الطلاق كما بينا من قبل[٧]، ولا تندفع بدون إقامة البينة، كما قال ابن أبى ليلى[٨]، لأنه صار خصمًا بظاهر يده، فهو بإقراره[٩] يريد أن يحول حقًا مستحقًا على نفسه فلا يصدق إلا بحجة[١٠] كما إذا ادعى[١١] تحويل[١٢] الدين عن ذمته إلى ذمة غيره[١٣]. وقال أبو يوسف آخرًا: إن كان الرجل[١٤] صالحًا فالجواب كما قلنا[١٥]، وإن كان معروفًا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة[١٦]، لأن المحتال من الناس قد يدفع[١٧] ماله[١٨] إلى مسافر يودعه إياه[١٩]، ويشهد عليه الشهود، فيحتال لإبطال حق غيره[٢٠]، فإذا اتهمه القاضى به[٢١] لا يقبله.

---

(١) أى الملك للغائب.

(٢) وبناء هذا على الشيء الأول م.

(٣) أى عن نفسه.

(٤) أى هذا الدفع.

(٥) إلى الزوج.

(٦) قوله: "وإقامتها البينة" فإنها تقبل لقصر يد الوكيل عنها، ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب.(ب)

(٧) أى فى باب الوكالة بالخصومة. (ك)

(٨) قوله: "كما قال ابن أبى ليلى [محمد بن عبد الرحمن ابن أبى ليلى]" فإنه قال: باندفاعها بمجرد إقرار المدعى عليه للغائب بدون إقامة البينة، ووجه قوله: إن ذا اليد أقر بالملك لغيره، والإقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة، فتبين أن يده يد حفظ، فلا حاجة إلى البينة. (نتائج الأفكار)

(٩) فهو متهم فى إقراره.

(١٠) وفى نسخة: إلا بالحجة.

(١١) المدعى عليه.

(١٢) بالحوالة.

(١٣) فإنه لا يصدق إلا بحجة. (عينى)

(١٤) أى ذو اليد.

(١٥) أى تندفع الخصومة حين إقامة البينة.

(١٦) أصلا.

(١٧) سرًا. (ع)

(١٨) أى مال رجل.

(١٩) علانية.

(٢٠) قوله: "فيحتال إلخ" فإنه إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه، فيحتال ذلك المحتال لإبطال حق غيره وهو المالك، بأن يقيم بينة على أن فلانًا أودعه، فيبطل حقه، وتندفع الخصومة عنه. (عينى)

(٢١) أى بالاحتيال.

ولو قال المشهود: أودعه رجل لا نعرفه[١] لا تندفع عنه الخصومة[٢]؛ لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى[٣]، ولأنه ما أحاله إلى معين[٤] ليمكن المدعى من إتباعه[٥]، فلو اندفعت[٦] لتضرر به المدعى، ولو قالوا[٧]: نعرفه بوجهه، ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب[٨] عند محمد للوجه الثانى[٩]، وعند أبى حنيفة تندفع[١٠] لأنه[١١] أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره[١٢] حيث عرفه الشهود بوجهه.

بخلاف الفصل الأول[١٣]، فلم يكن يده[١٤] يد خصومة وهو المقصود، والمدعى هو الذى أضر بنفسه[١٥] حيث نسى خصمه، أو أضره شهوده[١٦] دون المدعى عليه، وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى[١٧]، وذكرنا الأقوال الخمسة[١٨].

---

(١) أى أصلا لا بوجهه ولا باسمه ولا بنسبه. (ك)

(٢) بإجماع أئمتنا الثلاثة.

(٣) حيث لم يعرفوه. (ع)

(٤) قوله: "ولأنه [ذو اليد] ما أحاله [أى المدعى] إلخ" فيه قصور لأنه جعله دليلا مستقلا على المسألة الإجماعية مع أنه منقوض على قول أبى حنيفة رح بالمسألة الآتية، وهى ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه، ولا نعرفه باسمه ونسبه، فإن الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر. ثم إن الظاهر كان أن يقول المصنف: لأنهم ما أحالوه بدل قوله: لأنه ما أحاله لأن المسألة في أن لا يعرفه الشهود لا فى أن لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى، وتوجيهه ما قاله المصنف: إن شهادة الشهود لما كانت لأجل ذى اليد نسب حالهم إليه. (نتائج)

(٥) المعين.

(٦) الخصومة.

(٧) الشهود.

(٨) أى لا تندفع الخصومة.

(٩) هو قوله: لأن ما أحاله إلى معين إلخ. (نت)

(١٠) الخصومة للعلم حينئذ بيقين أن المدعى غير المود ع.

(١١) ذو اليد.

(١٢) المدعى.

(١٣) أى إذا قال الشهود: أودعه رجل لا نعرفه.

(١٤) المدعى عليه.

(١٥) قوله: "والمدعى هو إلخ" جواب عن قول محمد رح لو اندفع الخصومة لتضرر المدعى. (ع)

(١٦) المدعى عليه.

(١٧) قوله: "وهذه المسألة إلخ" يعنى هذه المسألة من مسائل كتاب الدعوى من الأصل يسمى مخمسة؛ لما فيها من خمسة أوجه، لأن ذا اليد قال: هذه وديعة، أو عارية، أو إجارة، أو رهن، أو غصب.، أو يسمى مخمسة؛ لأن فيها خمسة أقاويل. (عينى)

(١٨) قوله: "الأقوال الخمسة" وهو قول ابن شبرمة، وقول ابن أبى ليلى، وقول أبى يوسف، وقول محمد، وقول أبى حنيفة رحمهم الله تعالى. (نتائج)

وإن قال: ابتعته من الغائب فهو خصم[(١)]؛ لأنه[(٢)] لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصمًا، وإن قال المدعي: غصبته مني، أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة؛ لأنه إنما صار خصمًا بدعوى الفعل عليه[(٣)] لا بيده، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه[(٤)] خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه[(٥)] على غير ذي اليد، ويصح دعوى الفعل[(٦)].

وإن قال المدعي: سرق مني، وقال صاحب اليد: أودعنيه فلان، وأقام البينة لم تندفع الخصومة، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وهذا استحسان.

وقال محمد: تندفع[(٧)]، لأنه لم يدع الفعل عليه[(٨)]، فصار كما إذا قال: غصب مني على مالم يسم فاعله[(٩)]. ولهما: أن ذكر الفعل[(١٠)] يستدعي الفاعل لا محالة، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءً للحد[(١١)]، شفقةً عليه[(١٢)]، وإقامة لحسبة[(١٣)] الستر، فصار[(١٤)] كما إذا قال: سرقت، بخلاف الغصب لأنه لا

---

(١) قوله: "وإن قال [هذا لفظ القدوري. نت]: ابتعته إلخ" يعني إذا ادعى على ذي اليد عينًا، فقال ذو اليد: اشتريتها من الغائب لا تندفع الخصومة. (عيني)

(٢) ذو اليد.

(٣) قوله: "لأنه [ذو اليد] إنما صار خصمًا بدعوى الفعل عليه" وهو الغصب لا بيده ألا ترى أن دعوى الغصب كما يصح على ذي اليد يصح على غير ذي اليد، حتى إن من ادعى على آخر أنه غصب عبده، وليس في يده عبد صحت دعوته، ويلزمه القيمة. (ك)

(٤) ذو اليد.

(٥) الملك المطلق.

(٦) أي على غير ذي اليد.

(٧) الخصومة.

(٨) قوله: "لأنه لم يدع إلخ" أي لم يدع المدعي الفعل على ذي اليد بل هذا دعوى الفعل على المجهول، وهي باطلة، فألحقت بالعدم. (عيني)

(٩) ففيه تجهيل الغاصب.

(١٠) السرقة.

(١١) قوله: "إلا أنه لم يعينه [المدعي] درءً [دفعًا] للحد إلخ" لأنا إذا جعلناه سارقًا لا تندفع الخصومة عنده يقضى القاضي بالعين للمدعي، فمتى ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لا يقطع يده، لأنه ظهرت سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم يجعله سارقًا تندفع الخصومة عنه، ولا يقضى بالعين للمدعي، فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين يقطع يده، لأنه ظهرت سرقته قبل أن يصل العين إلى المالك، فكان في جعله سارقًا احتيالا للدرء، ولم يتعلق به عقوبة سوى الضمان. (ك)

(١٢) أي على ذي اليد.

(١٣) الثواب.

(١٤) أي ما إذا قال: سُرِقَ على صيغة المجهول.

حد فيه، فلا يحترز عن كشفه[١].

وإذا قال المدعي: ابتعته من فلان، وقال صاحب اليد: أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة؛ لأنهما[٢] لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره[٣]، فيكون وصولها[٤] إلى ذى اليد من جهته، فلم يكن يده[٥] يد خصومة إلا أن يقيم[٦] البينة أن فلانًا وكله بقبضه، لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها[٧].

باب ما يدعيه الرجلان[٨]

قال[٩]: وإذا ادعى اثنان عينًا[١٠] فى يد آخر[١١]، كل واحد منهما يزعم أنها له[١٢]، وأقاما البينة قضى بها بينهما، وقال الشافعى فى قول: تهاترتا[١٣]، وفى قول: يقرع بينهما[١٤]؛ لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى الكل فى حالة واحدة، وقد تعذر التمييز[١٥] فيتهاتران[١٦]، أو يصار إلى القرع؛ لأن النبى عليه

(١) فلا يكون معذوراً فى التجهيل.

(٢) المدعى والمدعى عليه.

(٣) أى لغير المدعى عليه.

(٤) العين المدعاة.

(٥) أى ذى اليد.

(٦) المدعى.

(٧) العين المدعاة.

(٨) قوله: "باب ما يدعيه الرجلان" لما فرغ عن ذكر حكم المدعى الواحد شرع فى بيان حكم الاثنين، لأن الواحد قبل الاثنين. (ع)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) قوله: "وإذا ادعى اثنان إلخ" إنما وضع المسألة فى دعوى ملك العين لأنهما لو تنازعا فى نكاح امرأة، وأقام كل واحد منهما بينة أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق، وفى دعوى الخارجين لأن الدعوى لو كان بين الخارج وصاحب اليد، وأقام بينة، فبينة الخارج أولى. (ك)

(١١) الثالث.

(١٢) قوله: "أنها له" وضع المسألة فى الملك المطلق لأن فى المقيد بالسبب المعين، أو بالتاريخ تفصيلا وخلافًا، كما سيجىء. (ك)

(١٣) قوله: "تهاترتا" أى البينتان أى تساقطت، وبطلت مأخوذ من الهتر -بكسر الهاء- وهو السقط من الكلام والخطأ فيه، كذا فى "المغرب". (ك)

(١٤) أى بين المدعيين، ويقضى لمن خرجت قرعته. (نت)

(١٥) أى تمييز العادلة من الكاذبة.

(١٦) قوله: "فيتهاتران" كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة، وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة فى ذلك اليوم، وذلك لأن تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة، فالتيقن أولى. (ك)

السلام أقرع فيه[١]، وقال: «اللهم أنت الحكم بينهما[٢]»*.

ولنا حديث تميم بن طرفة[٣]: «أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ناقة[٤] وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين»**، وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام[٥]، ثم نسخ[٦]، ولأن المطلق[٧] للشهادة في كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد[٨] أحدهما[٩] سبب الملك والآخر اليد[١٠]، فصحت الشهادتان[١١]، فجب العمل بهما ما أمكن[١٢]، وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله[١٣]، وإنما ينصف لاستواءهما في سبب الاستحقاق.

قال[١٤]: فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة، وأقام بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما، لأن المحل لا يقبل الاشتراك.

قال[١٥]: ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما؛ لأن النكاح مما يحكم به بتصادق

---

(١) رواه الطبراني في "معجمه الوسط". (ت)

(٢) أي بين المدعيين اللذين ادعيا في أمة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٨، والدراية ج٢، الحديث ٨٤٤ ص١٧٨. (نعيم)

(٣) رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه". (ت)

(٤) وفي بعض الروايات في بعير.

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٠٨، والدراية ج٢، الحديث ٨٤٥ ص١٧٨. (نعيم)

(٥) قوله: "كان ابتداء الإسلام" أي كان استعمال القرعة في وقت كان القمار مباحًا، ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار، لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قماراً، فكذالك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قماراً أيضًا، بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة، وإنما يقرع تطيبيا لقلوبهما، ونفيا، لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار. (ك)

(٦) قلت: بينة الطحاوي. (ت)

(٧) أي المجوز.

(٨) أي رآه يشتري فشهد.

(٩) أي أحد جنسي الشهود.

(١٠) أي رأى الآخر اليد فشهد.

(١١) قوله: "فصحت الشهادتان" فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة، إذ لا علم للعباد بحقائق الأمور، وإنما يعتمد ظاهر الحل، وقوله: إن القاضي تيقن بكذب أحدهما ضعيف، فكل واحد منهما اعتمد شيئًا أطلق له أداء الشهادة، وهو معاينة اليد لمن شهد له. (ك)

(١٢) العمل.

(١٣) التنصيف.

(١٤) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

الزوجين، وهذا[١] إذا لم توقت[٢] البينتان، فأما إذا وقتا[٣]، فصاحب الوقت الأول[٤] أولى[٥]، وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته؛ لتصادقهما[٦]، وإن أقام الآخر البينة قضي بها لأن البينة أقوى من الإقرار[٧].

ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد، فأقام البينة وقضى بها القاضي، ثم ادعى آخر، وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها[٨]؛ لأن القضاء الأول قد صح، فلا ينقض[٩] بما هو مثله[١٠] بل هو دونه[١١]، إلا أن يوقت شهود الثاني سابقًا[١٢]؛ لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين، وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج، ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج[١٣] إلا على وجه السبق[١٤].

قال[١٥]: ولو ادعي اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد[١٦]، وأقاما بينة[١٧]، فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد

---

(١) أي الحكم المذكور.

(٢) أي لم يذكرا تاريخًا.

(٣) أي ذكر كل واحد منهما تاريخًا.

(٤) التاريخ.

(٥) قوله: "أولى [لأنه لا معارض له]" ولقائل أن يقول: قوله: فصاحب الوقت الأول أولى ليس بجلي، لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الأول طلقها، فتزوج بها الثاني، والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول، وليس الكلام في ذلك. (ع)

(٦) على الزوجية.

(٧) قوله: "أقوى من الإقرار" لأن البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة. (عيني)

(٨) أي ببينة هذا الآخر.

(٩) قوله: "فلا ينقض" أي لا ينقض القضاء بالبينة الثابتة التي هي مثل الأول بل دونها، لأن الأولى تأكدت بالقضاء. (نتائج)

(١٠) فإنه لا يرفع المثل بالمثل. (ك)

(١١) لاتصال القضاء بالأول دون الثاني. (ك)

(١٢) على ما وقته شهود الأول.

(١٣) على النكاح بها.

(١٤) قوله: "إلا على وجه السبق" أي إلا على وجه أن بينته شهدوا أن نكاحه قبل نكاح الأول، فحينئذ ينقض نكاح الأول لظهور الخطأ فيه بيقين. (عيني)

(١٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٦) قوله: "معناه [أي معنى قوله منه. نت] من صاحب اليد" وإنما قيد به، لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد، فهو لا يخلو إما أن يدعيا الشراء من واحد أو اثنين، فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب. (ك)

بنصف الثمن[١]، وإن شاء تركه؛ لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستواءهما في السبب[٢]، فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل، وأجاز المالك البيعين[٣] يخير كل واحد منهما[٤]؛ لأنه تغير عليه شرط[٥] عقده، فلعل رغبته في تملك الكل[٦]، فيرده ويأخذ كل الثمن لو أراد.

وإن قضى القاضي به[٧] بينهما فقال أحدهما: لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جملته[٨]؛ لأنه صار مقضيًا عليه في النصف، فانفسخ البيع فيه[٩]، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة، لولا بينة صاحبه[١٠]، بخلاف ما لو قال[١١] ذلك[١٢] قبل تخيير القاضي[١٣] حيث يكون له أن يأخذ الجميع[١٤]؛ لأنه يدعى الكل، ولم يفسخ سببه[١٥]، والعود إلى النصف للمزاحمة ولم يوجد، ونظيره[١٦]

(١٧) من غير توقيت.

(١) ورجع على البائع بنصف ثمنه إن كان قد نقده الذي شهد به بينته. (ع)

(٢) أي الشراء.

(٣) فيقضي القاضي بنهما نصفين.

(٤) أي من الاثنين الذين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى هذا العبد.

(٥) هو الرضا.

(٦) قوله: "فلعل رغبته في تملك الكل" فإنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة عليه. (عيني)

(٧) أي العبد.

(٨) أي العبد، وفي نسخة: جميعه.

(٩) قوله: "فانفسخ البيع فيه [أي في النصف]" أي في هذا النصف، العقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديد ولم يوجد، فإن قيل: هو مدع فكيف يكون مقضيًا عليه، أجاب عنه بقوله: وهذا لأنه خصم فيه، أي في النصف المقضي به لظهور إلخ. (نتائج)

(١٠) قوله: "لو لا بينة صاحبه" يعني لو لا بينة صاحبه لظهر استحقاقه في الكل، وقد انفسخ بقضاء القاضي، فلا يعود إلا بإنشاء جديد. (عيني)

(١١) أحدهما.

(١٢) أي لا أختار النصف.

(١٣) وهو القضاء عليه. (ع)

(١٤) قوله: "حيث يكون له إلخ" يشير إلى أن الخيار باق، وذكر بعض الشارحين نا قلا عن "مبسوط شيخ الإسلام خواهر زادة" لا خيار له، وهو الظاهر. (ع)

(١٥) أي الشراء.

(١٦) قوله: "ونظيره" أي نظير ما إذا قال أحد المدعيين: لا اختار الأخذ قبل تخيير القاضي حيث يكون للآخر أخذًا لجميع تسليم أحد الشفيعين يعني إذا سلم أحدهما قبل القضاء يقضي للآخر بجميع الدار، وإن سلم بعد القضاء لا يكون للآخر إلا نصف الدار وهو معنى قوله: ونظير الأول إلخ. (عيني)

تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء.

ولو ذكر[١] كل واحد منهما[٢] تاريخًا فهو[٣] للأول منهما؛ لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به[٤]، ولو وقتت إحداهما ولم يوقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك[٥] في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله[٦] أو بعده، فلا يقضي له[٧] بالشك.

وإن لم يذكرا[٨] تاريخًا ومع أحدهما قبض فهو أولى، ومعناه[٩] أنه[١٠] في يده[١١]، لأن تمكنه من قبضه[١٢] يدل على سبق شراءه، ولأنهما[١٣] استويا في الإثبات، فلا ينقض اليد الثابتة بالشك، وكذا[١٤] لو ذكر الآخر[١٥] وقتًا لما بينا[١٦]، إلا أن يشهدوا[١٧] أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد[١٨]، لأن الصريح يفوق الدلالة[١٩]. قال[٢٠]: وإن ادعى أحدهما شراءً، والآخر هبةً وقبضًا، معناه من

---

(١) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) قوله: "كل واحد منهما" أي من الاثنين اللذين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد، وأقام كل منهما بينة بالتاريخ. (عيني)

(٣) أي العبد.

(٤) أي بإثبات الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد.

(٥) أي ملك صاحب الوقت.

(٦) أي قبل هذا الوقت.

(٧) أي للآخر.

(٨) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) قوله: "ومعناه [أي معنى قوله: ومع أحدهما قبض]" أنه في يده إنما احتاج إلى التفسير بهذا، لأن قوله: ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان، وهو في الحال في يد البائع. (ب)

(١٠) أي العبد.

(١١) أي العبد في يده معاينة في الحال. (ك)

(١٢) قوله: "لأن تمكنه إلخ" مراده أن تمكن أحدهم من قبض المدعي يدل على كون شراءه أياه سابقًا، إذ لو كان شراء غير القابض إياه سابقًا لما تمكن القابض من قبضه، فإنه يصير حينئذٍ ملكًا لغير القابض، والإنسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير، بل إنما يتمكن من قبض ملك نفسه، فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه على سبق شراءه. (نتائج)

(١٣) المدعيين.

(١٤) أي القابض أولى.

(١٥) الخارج.

(١٦) من أن تمكنه من قبضه إلخ.

(١٧) أي شهود الخارج.

(١٨) فينقض به اليد.

واحد[١] ، وأقاما بينة ولا[٢] تاريخ معهما فالشراء أولى ، لأن الشراء أقوى[٣] لكونه معاوضة[٤] من الجانبين[٥] ، ولأنه[٦] يثبت الملك بنفسه ، والملك فى الهبة يتوقف على القبض ، وكذا الشراء[٧] والصدقة مع القبض لما بينا[٨] .

والهبة[٩] والقبض ، والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما[١٠] لاستواءهما فى وجه التبرع[١١] ، ولا ترجيح باللزوم[١٢] لأنه يرجع إلى المآل والترجيح لمعنى قائم فى الحال ، وهذا[١٣] فيما لا يحتمل القسمة[١٤] صحيح[١٥] ، وكذا فيما يحتملها[١٦] عند البعض ، لأن الشيوع طار[١٧] ، وعند البعض لا يصح لأنه[١٨] تنفيذ

(١٩) قوله: "لأن الصريح إلخ" يعنى أن تقدم عقد الخارج حينئذٍ يثبت بصريح شهوده، وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شراءه كما مر، ولا عبرة للدلالة فى مقابلة الصريح. (نتائج)

(٢٠) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١) قوله: "معناه من واحد" احتراز عما إذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من رجل آخر، فيكون بينهما نصفين، ولا أولوية للشراء على الهبة حينئذٍ على ما سيجىء بعد هذا فى قوله: ولو ادعى أحدهم الشراء من رجل والآخر الهبة، والقبض من غيره إلى أن قال: قضى بينهم أرباعا. والفرق هوأنهما إذا ادعيا الشراء ، والهبة من واحد لايحتاجان إلى إثبات الملك لمن ملكهما، فإنه ثابت بتصادقهما، وإنما الحاجة فى إثبات سبب الملك عليه، وفى إثبات سبب الملك لنفسهما الشراء أقوى من الهبة، أما إذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما محتاجان إلى إثبات الملك لمن ملكهما، وينتصب كل واحد منهما خصماً عمن ملكه فى إثبات الملك له أولا، ثم لنفسه والحجتان فى إثبات الملك لهما سواء، فيقضى به بينهما كذلك. (مل)

(٢) الواو حالية.

(٣) من الهبة.

(٤) بخلاف الهبة فإنها ليست بمعاوضة.

(٥) البائع والمشترى.

(٦) الشراء.

(٧) قوله: "وكذا الشراء" أى ادعى أحدهما الشراء والآخر ادعى الصدقة مع القبض فالشراء أولى. (عينى)

(٨) إشارة إلى ما ذكر من الوجهين فى أن الشراء أقوى. (ع)

(٩) أى ادعى أحدهما هبة وقبضاً، والآخر صدقة وقبضاً، وأقاما بينة.

(١٠) على التناصف.

(١١) والافتقار إلى القبض. (ك)

(١٢) قوله: "ولا ترجيح إلخ" جواب لسؤال مقدر هو أنا لا نسلم التساوى فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة، وحاصل الجواب أن الترجيح باللزوم يرجع إلى المآل، أى يظهر أثره فى ثانى الحال، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل، ولا ترجيح باللزوم بما يرجع إلى المآل، لأن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم فى الحال. (عناية)

(١٣) أى الحكم بالنصف.

(١٤) كالحمام والرحى.

(١٥) المراد باحتمال القسمة أن يبقى قابلا للانتفاع بعد القسمة.

(١٦) أى القسمة كالدار والبستان.

الهبة في الشائع[١]. قال[٢]: وإذا ادعى أحدهما[٣] الشراء[٤]، وادعت امرأة أنه[٥] تزوجها عليه فهما سواء[٦]؛ لاستواءهما في القوة، فإن كل واحد منهما[٧] عقد معاوضة[٨] يثبت الملك بنفسه، وهذا[٩] عند أبي يوسف.

وقال محمد: الشراء أولى، ولها[١٠] على الزوج القيمة[١١]، لأنه أمكن العمل بالبينتين[١٢] بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح، ويجب قيمته عند تعذر تسليمه.

وإن ادعى[١٣] أحدهما رهنا وقبضا، والآخر هبة وقبضا، وأقاما بينة فالرهن أولى، وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك[١٤]، والرهن لا يثبته[١٥]، وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون[١٦]، وبحكم الهبة غير

(١٧) قوله: "طار" فإن كل واحد يثبت استحقاقه في الكل إلا أنه لأجل المزاحمة سلم له البعض فالشيوع طار فلا يبطل الهبة. (عيني)

(١٨) أي لأن هذا الحكم.

(١) قوله: "لأنه تنفيذ إلخ" فصار كما لو أقام الرجلان البينة على الارتهان فلا يصح، لأن ارتهان المشاع لا يجوز كذا هذا. (مل)

(٢) أي القدوري في "مختصره" أي محمد. (عيني)

(٣) الاثنين.

(٤) لعبد من ذي اليد.

(٥) أي ذو اليد.

(٦) قوله: "فهما [أي المدعي والمرأة] سواء [إذا أقاما البينة]" يقضى بالعبد بينهما، وللمرأة على زوجها نصف القيمة، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه. (ع)

(٧) الشراء والتزوج.

(٨) قوله: "معاوضة" فإن قيل: الشراء مبادلة المال بالمال، ويوجب الضمان في العوضين، والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة، فالشراء أقوى. قلنا: النكاح أقوى لأن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا، حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشتري، ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشترى. (ك)

(٩) أي قوله: فهما سواء.

(١٠) المرأة.

(١١) أي قيمة العبد.

(١٢) قوله: "لأنه أمكن العمل إلخ" أي متى قلنا بسبق النكاح بطل البيع فإذا كان كذلك قلنا بسبق الشراء لأنه يفضي إلى تصحيح البينتين جميعا، فكان الشراء أولى، ووجب للمرأة على الزوج قيمة ذلك، لأن من تزوج امرأة على عبد الغير صحيح ووجبت القيمة، فكذلك ههنا. (عيني)

(١٣) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(١٤) قوله: "لأنها تثبت الملك" أي لأن الهبة تثبت ملك العين، والرهن لا يثبته، فكانت البينة المثبتة لملك العين أكثر إثباتا، فكان أولى. (ك)

مضمون، وعقد الضمان أقوى[١]، بخلاف الهبة بشرط العوض[٢]، لأنه[٣] بيع انتهاء، والبيع أولى من الرهن، لأنه[٤] عقد ضمان يثبت الملك صورة[٥] ومعنًى[٦]، والرهن لا يثبته[٧] إلى عند الهلاك معنى[٨] لا صورة[٩]، فكذا الهبة بشرط العوض[١٠].

وإن أقام الخارجان البينة[١١] على الملك والتاريخ[١٢]، فصاحب التاريخ الأقدم أولى؛ لأنه أثبت أنه أول المالكين، فلا يتلقى[١٣] الملك إلى من جهته[١٤]، يتلق الآخر منه[١٥]. قال[١٦]: ولو ادعيا الشرى من واحد، معناه من غير صاحب اليد[١٧]، وأقاما البينة على تاريخين[١٨]، فالأول[١٩] أولى؛ لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له

(١٥) الملك.

(١٦) بأقل من القيمة، ودين المرتهن.

(١) قوله: "وعقد الضمان أقوى [من عقد التبرع، لأنه أكثر إثباتًا]" وهذا لأنه يثبت البدلين المرهون، والدين والهبة لا يثبت إلا بدلا واحدًا، فكانت أكثر إثباتًا، فصار كالشراء مع الهبة. (ك)

(٢) فالهبة بشرط العوض أولى من الرهن.

(٣) أي الهبة بشرط العوض.

(٤) بيع.

(٥) أي من حيث الصورة في الحال.

(٦) أي من حيث المعنى في المآل.

(٧) الملك.

(٨) أي من حيث المعنى في المآل يعني إذا هلك.

(٩) أي من حيث الصورة في الحال.

(١٠) أي أقوى من الرهن.

(١١) قوله: "وإن أقام [هذا لفظ القدوري في "مختصره". نت] إلخ" صورته ادعى اثنان على آخر في عين، وأقام كل منهما بينة على الملك، يعني بأنه ملكه مطلقًا. (عيني)

(١٢) بأن شهد بينة كل منهما بالتاريخ.

(١٣) أي لا يؤخذ.

(١٤) أول.

(١٥) أول.

(١٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٧) قوله: "معناه [أي معنى قوله: من واحد] من غير صاحب اليد" كأنه قيد بقوله: معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار، لأنه قال أولا: ولو ادعى إثنان كل منهما أنه اشترى منه هذ العبد معناه من صاحب اليد، ورتب عليه الأحكام، وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور ههنا، فثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد، أو من غيره في هذا الحكم. (ك)

(١٨) مختلفين.

فيه[١]، وإن أقام كل واحد منهما البينة[٢] على الشراء من آخر، وذكرا تاريخًا[٣]، فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لباءهما، فيصير كأنهما حضرا[٤]، ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل[٥].

ولو وقتت[٦] إحدى البينتين وقتا، ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين؛ لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك[٧] لجواز أن يكون الآخر أقدم، بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما[٨] اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته[٩]، فإذا أثبت[١٠] أحدهما تاريخًا يحكم به، حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره[١١].

ولو ادعى[١٢] أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره، والثالث الميراث من أبيه، والرابع الصدقة، والقبض من آخر قضى بينهم أرباعًا لأنهم يتلقون الملك من باعتهم[١٣]، فيجعل كأنهم[١٤] حضروا، وأقاموا البينة على الملك المطلق[١٥].

قال[١٦]: فإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ، وصاحب اليد بينة على ملك

---

(١٩) أى صاحب التاريخ الأول.

(١) قوله: "لا منازع له فيه [أى فى ذلك الوقت]" فكان استحقاقه ثابتًا من ذلك الوقت، وأن الآخر اشتراه من غير المالك، فكان باطلا. (ع)

(٢) قوله: "وإن أقام كل واحد إلخ" أى أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلا، وآخر على الشراء من عمرو. (ب)

(٣) قوله: "وذكرا تاريخًا [واحدًا]" أى ذكرًا تاريخًا واحدًا، وأما لو ذكرا تاريخين فالسابق أولى لإثبات الملك لبائعه فى وقت لا يناز ع الآخر فيه، ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده. (ن)

(٤) قوله: "كأنهما حضرا [بالعين]" أى كان البائعين حضرا وادعيا، وأرخا تاريخًا واحدًا. (نتائج)

(٥) قوله: "كما ذكرنا من قبل" وهو قوله: وكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك. (كفاية)

(٦) يعنى إذا ادعى الخارجان كل واحد منهما الشراء من رجل آخر.

(٧) أى ملك بائعه.

(٨) المدعين.

(٩) البائع الواحد.

(١٠) بالبينة.

(١١) قوله: "حتى يتبين إلخ" لأن الشراء أمر حادث، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم، فشراء غير الموقت يضاف إلى أقرب الأوقات، وهو الحال، فيتأخر عن شراء الموقت حكمًا. (نتائج)

(١٢) هذه من مسائل "المبسوط" ذكرها المصنف تفريعًا. (نت)

(١٣) قوله: "من باعتهم" وفى بعض النسخ من بائعهم، وكلاهما بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين الأربعة، فكان المراد منه من مملكيهم، وفى بعض النسخ من ملقيهم استدلالا بلفظ يتلقون. (نتائج)

(١٤) الباعة.

(١٥) فإنهم استووا فى دعوى الملك، وقد أثبتوه بالحجة فيوز ع بينهم.

أقدم تاريخا كان أولى، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو رواية عن محمد، وعنه[١]: أنه لا يقبل بينة ذى اليد[٢] رجع[٣] إليه[٤]، لأن البينتين قامتا[٥] على مطلق الملك[٦]، ولم تتعرضا لجهة الملك[٧]، فكان التقدم والتأخر سواء.

ولهما: أن البينة[٨] مع التاريخ متضمنة معنى الدفع[٩]، فإن الملك إذا ثبت لشخص فى وقت، فثبوته لغيره بعده[١٠] لا يكون إلا بالتلقى من جهته، وبينة ذى اليد على الدفع[١١] مقبولة[١٢]، وعلى هذا الاختلاف[١٣] لو كانت الدار فى أيديهما[١٤]، والمعنى ما بينا[١٥]. ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق، ووقت إحداهما[١٦] دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى.

---

(١٦) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١) أى محمد.

(٢) أى صاحب اليد. (نت)

(٣) أى محمد.

(٤) أى إلى هذه الرواية الأخيرة.

(٥) قوله: "لأن البينتين إلخ" بيانه أنه لما لم يتعرض البينتان لجهة الملك جاز أن يكون جهة الملك، أى سببه فى حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم فى نفس الأمر، فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر فى الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر، بخلاف ما إذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء، وإحداهما أسبق من الأخرى حيث كان الأسبق أولى لتعرضه لسبق سبب ملك أحد المشتريين، وهو الشراء، فلم يبقَ احتمال أن يكون الآخر أسبق فى الملك. (نتائج)

(٦) أى من غير ذكر سبب.

(٧) قوله: "ولم تتعرضا إلخ" احترز به عما إذا قامت البينتان على شراء مؤرخ، وأحدهما أسبق تاريخًا من الأخرى، فالأسبق أولى رواية واحدة فيما إذا كان البائع واحدا، وفيما إذا كان البائع اثنين، اختلفت روايات الكتب، فما ذكر فى "الهداية" يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ، وفى "المبسوط" ما يدل على أن سبق التاريخين أولى ذلك. (ك)

(٨) أى بينة ذى اليد.

(٩) قوله: "معنى الدفع" أى دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات تلقى الملك من جهته. (ك)

(١٠) أى بعد ذلك الوقت.

(١١) قوله: "على الدفع [أى دفع الخصومة]" كبينة المرأة والعبد والأمة بالطلاق والعتاق على الوكيل بنقلهم لقصر يد الوكيل عنهم. (ك)

(١٢) قوله: "مقبولة" فإن من ادعى على ذى اليد عينًا، وأنكر ذو اليد ذلك، فأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة. (نتائج)

(١٣) المذكور.

(١٤) قوله: "لو كانت الدار فى أيديهما [فوقتا]" فعندهما الدار لصاحب الوقت الأقدم، وعند محمد رح يبطل التقدم، ويكون الدار بينهما، لأن كل واحد منهما خارج، وذو اليد ففيما فى يده ذواليد، وفيما فى يد صاحبه خارج، فيأخذ كل واحد منهما ما فى يد صاحبه. (ك)

(١٥) وهو ما ذكر من الدليل فى الطرفين. (ك)

وقال أبو يوسف: وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى لأنه أقدم[١]، وصار كما في دعوى الشراء[٢] إذا أرّخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى. لهما: أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع[٣]، ولا دفع ههنا[٤] حيث وقع الشك في التلقي من جهته[٥]، وعلى هذا[٦] إذا كانت الدار في أيديهما[٧]، ولو كانت[٨] في يد ثالث، والمسألة بحالها[٩] فهما[١٠] سواء عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى. وقال محمد: الذي أطلق أولى؛ لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق[١١] الزوائد[١٢]، ورجوع الباعة بعضهم على البعض[١٣]. ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق[١٤] يحتمل غير الأولية، والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء[١٥].

ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه[١٦] احتمال عدم التقدم[١٧]، فسقط اعتباره،

---

(١٦) البينتين.

(١) قوله: "لأنه أقدم" لأنه أثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت تعينًا، ومن لم يوقت يثبت للحال، وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك، فلا يعارضه. (ك)

(٢) قوله: "كما في دعوى الشراء إلخ" يعني إذا ادعيا الشراء من بائع واحد، وأرخ أحدهما دون الآخر، فحينئذ يقضى للمؤرخ، وأما إذا ادعيا الشراء من بائعين فوقت أحدهما دون الأخرى قضى بينهما نصفين. (ك)

(٣) أي دفع بينة الخارج. (ك)

(٤) لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهته، وههنا لم يتعين حيث إلخ.

(٥) قوله: "حيث وقع الشك إلخ" لأن بذكر تأريخ أحدهما لم يحصل اليقين بأن الآخر يتلقاه من جهته لإمكان أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخًا، بخلاف ما إذا أرخا، وكان تاريخ ذي اليد أقدم لما تقدم. (ع)

(٦) الخلاف. (نت)

(٧) قوله: "إذا كانت الدار في أيديهما" وأقاما البينة على الملك المطلق، فوقتت بينة إحداهما دون بينة الأخرى، فلا عبرة بالتاريخ عند أبي حنيفة رح ومحمد رح، خلافًا لأبي يوسف رح، فإنه يقول: الذي وقت أولى. (نت)

(٨) الدار.

(٩) أي وقتت بينة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الأخرى. (ك)

(١٠) أي الخارجان.

(١١) يعني إذا ادعى رجل ملكًا مطلقًا كانت الزوائد كلها له. (عيني)

(١٢) أي الزوائد المتصلة والمنفصلة كالأولاد والأكساب. (ك)

(١٣) قوله: "ورجوع الباعة [عند استحقاق الملك] إلخ" أي بدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض، فإن من أقام بينة على مطلق الملك في جارية مثلا استحقها وزوائدها، ويرجع باعتها بعضهم على بعض، فكان مدعي مطلق الملك مدعيًا للملك من الأصل، وملك الأصل أولى من التاريخ. (نت)

(١٤) من غير التاريخ.

(١٥) وأرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى. (عيني)

فصار كما إذا أقاما البينة على ملك مطلق[١] بخلاف الشراء[٢]، لأنه[٣] أمر حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات، فيترجح جانب صاحب التاريخ.

قال[٤]: وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج[٥]، فصاحب اليد أولى[٦]؛ لأن البينة[٧] قامت على ما لا تدل[٨] عليه اليد[٩] فاستويا[١٠]، وترجحت بينة ذى اليد باليد[١١]، فيقضى له، وهذا هو الصحيح[١٢]، خلافًا لما يقوله عيسى بن أبان: إنه تتهاتر البينتان، ويترك[١٣] فى يده لا على طريق القضاء[١٤]، ولو تلقى كل واحد[١٥] منهما[١٦] الملك من رجل، وأقام البينة على النتاج

---

(١٦) يزاحمه.

(١٧) وهذا لأن الذى لم يورخ كما احتمل أن يكون متأخراً عنه احتمل أن يكون سابقًا على تأريخ صاحبه. (ك)

(١) ولم يؤرخا كان بينهما.

(٢) قوله: "بخلاف الشراء" جواب عن قول أبى يوسف رح كما لو ادعيا الشراء، ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ، فيضاف إلخ. (ع)

(٣) الشراء.

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٥) أى على أن هذه الدابة نتجت وولدت عنده.

(٦) قوله: "أولى" سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بهما للخارج أو بعده، أما قبله فظاهر، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصر مقضيًا عليه، لأن بينته فى نفس الأمر دافعة لبينة الخارج، لأن النتاج لا يتكرر، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستنداً إلى حجة، فلا يكون معتبراً. (نتائج)

(٧) أى بينة ذى اليد.

(٨) أى النتاج.

(٩) وهو أولية الملك بالنتاج.

(١٠) البينتان

(١١) قوله: "وترجحت إلخ" ثم اعلم أن بينة ذى اليد إنما تترجح على بينة الخارج على النتاج إذا ادعى الخارج الملك المطلق، إذا لم يدع الخارج فعلا على ذى اليد نحو الغصب، أو الوديعة، أو الإجارة، أو الرهن، أو ما أشبه ذلك، وأما إذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج أولى. (ك)

(١٢) قوله: "وهذا [أى ما ذكر من القضاء لذى اليد] هو الصحيح" وجه الصحة أن محمداً ذكر فى خارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين، ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك فى يد ذى اليد. (ك)

(١٣) المتنازع فيه.

(١٤) قوله: "لا على طريق القضاء [بل لعدم القضاء بالخارج]" لأن القاضى تيقن بكذب أحد الفريقين لأن نتاج دابة من دابتين غير متصور فصار كأنهما لم يقيما بينة، ولو لم يقيما بينة يقضى لصاحب اليد قضاء ترك.

قلت: لا معنى لذلك لأن الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الأم بل برؤية الفصيل يتبع الناقة، وكل واحد من الفريقين اعتمد سببًا ظاهراً لأداء الشهادة، فيجب العمل بهما، ولا يصار إلى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا يتهاتر البينتان مع أن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكًا لشخصين فى زمان واحد لكل واحد منهما

عنده[١]، فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه.

ولو أقام أحدهما البينة على الملك، والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان[٢]؛ لأن بينته قامت على أولية الملك، فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقى[٣] من جهته، وكذلك إذا كان الدعوى بين خارجين[٤]، فبينة النتاج أولى لما ذكرنا[٥].

ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد، ثم أقام ثالث[٦] البينة على النتاج يقضى له[٧] إلا أن يعيدها[٨] ذواليد؛ لأن الثالث[٩] لم يصر مقضيًا عليه[١٠] بتلك القضية[١١]، وكذا المقضى عليه بالملك المطلق[١٢] إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء[١٣]

بكماله، ولكن لما وجد القاضى بشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين باشر سبب الملك، وعاين الفريق الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا. (مل)

(١٥) قوله: "ولو تلقى كل واحد إلخ" صورة المسألة عبد في يد رجل ادعاه رجل آخر أنه عبده اشتراه من فلان، وأنه ولد فى ملك ذلك الفلان الذى باعه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على أنه عبده، واشتراه من فلان يريد رجلا آخر، وأنه قد ولد فى ملك فلان الذى باعه قضى لذى اليد، لأن كل واحد خصم فى إثبات نتاج بائعه كما هو خصم فى إثبات ملك بائعه، لو حضر البائعان، وأقام البينة على الخارج كان ذو اليد أولى، فهذا مثله. (عينى)

(١٦) أى من الخارج وذى اليد. (ك)

(١) أى عند من يتلقى منه. (ع)

(٢) أى سواء كان صاحب اليد أو الخارج.

(٣) والفرض أن الآخر لم يتلقَّ منه. (نت)

(٤) بأن يدعى أحدهما الملك والآخر النتاج. (نت)

(٥) من أنه يدل على أولية الملك.

(٦) الخارج.

(٧) أى للثالث.

(٨) البينة.

(٩) الخارج.

(١٠) قوله: "لم يصر مقضيًا عليه إلخ" لأن المقضى به الملك، وثبوت الملك بالبينة فى حق شخص لا يقتضى ثبوته فى حق آخر، فإن أعاد ذو اليد البينة قضى له بها تقديمًا لبينة ذى اليد على بينة الخارج فى النتاج، وإن لم يعد قضى بها للثالث. (نتائج)

(١١) السابقة.

(١٢) قوله: "وكذا المقضى عليه [ذى اليد] إلخ" صورته ما إذا أقام الخارج البينة على ذى اليد فى دابة معينة بالملك المطلق، فقضى القاضى بها له، ثم أقام ذواليد البينة على النتاج يقضى بها له، وينقض القضاء الأول، وهذا استحسان، وفى القياس لا تقبل بينته لأنه صار مقضيًا عليه بالملك، فلا تقبل بينته إلا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له.

ووجه الاستحسان أن من يقيم البينة على النتاج يثبت أولية الملك لنفسه، وأن هذه العين حادثة على ملكه، فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره، فلم يصر ذو اليد به مقضيًا عليه، وقد تبين بإقامة البينة أن القاضى أخطأ فى قضاءه، وأن أولية الملك لذى اليد، فلهذا ينقض قضاءه بخلاف الملك المطلق. (ك)

(١٣) الأول.

به، لأنه[١] بمنزلة النص[٢]، والأول بمنزلة الاجتهاد[٣].

قال[٤]: وكذلك النسج[٥] في الثياب التي لا تنسج إلا مرة، كغزل[٦] القطن، وكذلك[٧] كل سبب في الملك لا يتكرر؛ لأنه في معنى النتاج، كحلب اللبن[٨] واتخاذ الجبن واللبد[٩]، والمرعزى[١٠]، وجز الصوف[١١]، وإن كان[١٢] يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق[١٣]، وهو[١٤] مثل[١٥] الخز[١٦] والبناء[١٧] والغرس،

(١) أي لأن إقامة البينة على النتاج بمنزلة نص ظهر بخلاف الاجتهاد. (ك)

(٢) لدلالته على الأولية قطعًا، فكان القضاء واقعًا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص. (عيني)

(٣) والاجتهاد ينقض بالنص.

(٤) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٥) قوله: "وكذلك [معطوف على قوله: وإن أقام الخارج] النسج [بافتن]" أي النسج كالنتاج في أنه لا يتكرر، وكل حكم عرفته في النتاج، فهو في النسج كذلك، وصورة المسألة إذا ادعى رجل ثوبًا في يد رجل أنه ملكه بأن نسجه في ملكه، فأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد. (نت)

(٦) ريسمان.

(٧) أي يقضى به لذي اليد.

(٨) قوله: "كحلب اللبن" أي أقام كل واحد منهما البينة على أن اللبن له وملكه، حلبه من شاته يقضى لذي اليد، واتخاذ الجبن، أي إذا تنازعا في جبن، وأقام الخارج وذو اليد البينة على أن هذا الجبن له صنعه في ملكه فهو لذي اليد لأن الجبن لا يصنع إلا مرة، واللبد بأن ادعى كل واحد، وأقام بينته على أن هذا اللبد له صنعه في ملكه فهو لذي اليد. (مل)

(٩) نمدة. (م)

(١٠) قوله: "والمرعزى" إذا شددت الزاء قصرت وإذا خففت مددت، والميم والعين مكسورتان، وقد يقال: مرغرًا -بفتح الميم- مخففًا وهي كالصوف تحت شعر المغز، كذا في "الكفاية"، وقال في "منتهى الأرب": مرغرى مويهاى ريزه بن پشم گوسپند. (مل)

(١١) قوله: "جز الصوف" أي اختلفا في جز الصوف، فأقام كل واحد منهما البينة على أنه صوفه جزه من غنمه، فإنه يقضى به لذي اليد، لأن الجز لا يكون إلا مرة واحدة، فكان في معنى النتاج.

فإن قيل: كيف يكون الجز في معنى النتاج، وهو ليس بسبب لأولية الملك، فإن الصوف على ظهر الشاة كان مملوكًا له قبل الجز. قلنا: نعم، ولكنه كان كوصف الشاة، ولم يكن مالا مقصودًا إلا بعد الجز، ولهذا لا يجوز بيعه، وما تنازعا فيه مال مقصود. (ك)

(١٢) السبب.

(١٣) قوله: "بمنزلة الملك المطلق" والمعنى فيه أن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج، ثم يغصبه الخارج، وينقضه وينجسه مرة أخرى، فيصير ملكًا له بهذا السبب بعد ما كان ملكًا لذي اليد، فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه، بخلاف الفصل الأول، فإن الثوب الذي لا ينسج إلا مرة إذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور أن يصير الخارج نسجه، فكان في معنى دعوى النتاج. (ك)

(١٤) أي السبب المتكرر. (نت)

(١٥) أي مثل نسج الخز هو اسم دابة، ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزًا، كذا في "المغرب"، قيل: هو نسج، فإذا بلي يعزل مرة أخرى، وينسج. (نتائج)

(١٦) خز -بالفتح- جانورى ست وجامه از پشم آن. (من)

وزراعة الحنطة والحبوب[١]، فإن أشكل[٢] يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج، لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول عنه[٣] بخبر النتاج[٤]، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل[٥].

قال[٦]: وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق[٧]، وصاحب اليد البينة على الشراء منه[٨] كان صاحب اليد أولى؛ لأن الأول[٩] وإن[١٠] كان يثبت أولية الملك فهذا[١١] تلقى منه، وفي هذا لا تنافي[١٢]، فصار كما إذا أقر[١٣] بالملك له[١٤]، ثم ادعى الشراء منه. قال[١٥]: وإن أقام كل واحد منهما[١٦] البينة على الشراء من الآخر، ولا تاريخ معهما تهاترت[١٧] البينتان، ويترك[١٨] الدار في يد ذي اليد.

---

(١٧) قوله: "والبناء إلخ" أما في البناء بأن أقام كل واحد منهما البينة أنها داره بناها بماله يقضى بها للخارج لأن البناء يكون مرة بعد مرة، فلم يكن في معنى النتاج، وفي الغرس يقضى به للخارج لأن الشجر يغرس غير مرة فقد يغرسها إنسان، ثم يقلعها غيره، ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج، وكذلك إذا كانت الدعوى في الحنطة بأن أقام كل واحد منهما البينة أنها حنطة زرعها في أرضه قضى بها للمدعي لأن الزرع قد يكون غير مرة، فإن الحنطة قد تزرع في الأرض، ثم يغربل التراب، فيميز الحنطة منها، ثم يزرع ثانية، فلم يكن هذا في معنى النتاج. (ك)

(١) سوى الحنطة.

(٢) قوله: "فإن أشكل [بأن لم يدر هل يتكرر أم لا] إلخ" أي إذا كان الثوب أو نحوه لا يستبين أنه ينسج مرة، أو مرتين سأل القاضي أهل العلم عن ذلك يريد به العدول منهم ويبني الحكم على قولهم الواحد منهم يكفي والاثنان أحوط، قال الله تعالى: ﴿فاسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾. (ك)

(٣) الأصل.

(٤) قوله: "بخبر النتاج" وهو ما روى أن رجلا ادعى ناقة في يد رجل، وأقام البينة أنها ناقته نتجتها عنده، وأقام الذي في يده البينة أنها ناقته نتجتها عنده فقضى به رسول الله ﷺ للذي هي في يده. (عيني)

(٥) هو القضاء للخارج.

(٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٧) قوله: "وإن أقام الخارج إلخ" أي أقام الخارج البينة على أنه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد، وأقامها ذواليد على أنه اشتراها من الخارج. (نت)

(٨) الخارج.

(٩) الخارج.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) ذواليد.

(١٢) بين الأمرين.

(١٣) ذواليد.

(١٤) الخارج.

(١٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٦) الخارج وذي اليد.

قال[١]: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضي بالبينتين، ويكون[٢] للخارج، لأن العمل بهما ممكن، فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر[٣] وقبض، ثم باع[٤] ولم يسلم[٥] لأن القبض دلالة السبق على ما مر[٦]، ولا يعكس الأمر[٧]، لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن[٨] كان في العقار عنده[٩]. ولهما: أن الإقدام على الشراء إقرار منه[١٠] بالملك للبائع، فصار كأنهما[١١] قامتا على الإقرارين[١٢]، وفيه التهاتر بالإجماع[١٣] كذا ههنا[١٤]. ولأن السبب[١٥] يراد لحكمه[١٦] وهو الملك، وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد[١٧] إلا بملك مستحق[١٨]، فبقى القضاء له[١٩] بمجرد السبب[٢٠]، وأنه[٢١] لا يفيده. ثم لو شهدت البينتان[٢٢] على نقد الثمن[٢٣]

6جـ
5
F

---

(١٧) تساقطت.

(١٨) قضاء ترك لا قضاء استحقاق.

(١) أي المصنف.

(٢) الدار.

(٣) أي الخارج.

(٤) من الخارج.

(٥) فيؤمر بالتسليم إلى الخارج.

(٦) من قوله: لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شراءه. (عيني)

(٧) قوله: "ولا يعكس الأمر" بأن الخارج كأنه اشترى من ذي اليد أولا، ثم باعه من ذي اليد، لأن في ذلك يلزم بيع المبيع قبل القبض والبيع قبل إلخ. (عيني)

(٨) الواو وصلية.

(٩) محمدرح.

(١٠) أي من المشتري.

(١١) الشهادتين.

(١٢) أي بمنزلة ما لو أقام كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه بالملك.

(١٣) قوله: "وفيه التهاتر بالإجماع" لأن الثابت من الإقرارين بالبينة كالثابت من المعاينة، ولو عاينا إقرارهما معًا بطلا فإن مالا يعرف سبق أحدهما جعل كأنهما وقعا معًا، وفيه التهاتر بالإجماع، فكذا ههنا. (ك)

(١٤) أي فيما نحن فيه من تهاتر البينتين.

(١٥) جواب عن قول محمدرح لأن العمل بالبينتين ممكن.

(١٦) قوله: "يراد لحكمه" يعني أن السبب إذا كان مفيداً للحكم يعتبر وإلا فلا، وههنا السبب هو شراء كل منهما من صاحبه لا يفيد الحكم وهو الملك لأنه لا يمكن إلخ. (عيني)

(١٧) قوله: "لا يمكن القضاء إلخ" لأنا إذا قضينا ببينة ذي اليد إنما نقضي ليزول ملكه إلى الخارج، فلم يكن السبب مفيداً للحكم بالبينة له، فبقي القضاء بمجرد السبب، وذلك لا يفيد. (ع)

(١٨) أي استحق الخارج عليه.

(١٩) أي لذي اليد.

فالألف بالألف قصاص عندهما[١] إذا استويا[٢] لوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب[٣] عنده[٤]. ولو شهد الفريقان[٥] بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع[٦]، لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين[٧] بخلاف الأول[٨].

وإن وقتت البينتان في العقار[٩]، ولم يثبتا قبضا، ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما، فيجعل كأن الخارج اشترى أولا[١٠]، ثم باع قبل القبض من صاحب اليد، وهو[١١] جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضى للخارج، لأنه لا يصح بيعه[١٢] قبل القبض، فبقي على ملكه، وإن أثبتا[١٣] قبضا يقضى لصاحب

---

(٢٠) دون الحكم.

(٢١) أي القضاء بمجرد السبب.

(٢٢) المذكورتان.

(٢٣) في شراء كل منهما من الآخر بألف مثلا.

(١) الشيخين.

(٢) أي الثمنان في الجنس والصفة.

(٣) قوله: "للوجوب" أي وجوب الثمن عند محمد رح لأن البينتين لما ثبتتا عنده كان كل واحد منهما موجبًا للثمن فيقاص الوجوب بالوجوب. (عيني)

(٤) محمد رح.

(٥) أي شهود الخارج وذوي اليد.

(٦) قوله: "تهاترتا بالإجماع" لكن على اختلاف التخريج، فعندهما باعتبار أن دعواهما هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه، وفي مثل هذا يتهاتر الشهود، فكذلك ههنا، وأما عند محمد رح فلأن الجمع إلخ. (عيني)

(٧) قوله: "لجواز كل واحد من البيعين" لوجود البيع بعد القبض، وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقًا، والآخر لاحقًا، وإذا جاز البيعان، ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطا، فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت، وهو معنى قوله: لأن الجمع غير ممكن، لأن الجمع عبارة عن إمكان العمل بهما، وههنا لم يمكن. (ع)

(٨) قوله: "بخلاف الأول" وهو ما إذا لم يشهدوا بالقبض حتى يقضى بالبينتين، وتكون للخارج عنده لأن الجمع بين البينتين ممكن، لأنا لو جعلنا بيع الخارج لاحقًا يلزم البيع قبل القبض، وهو لا يجوز، فيجعل بيعه سابقًا. وفي "الكافي": وهذا يخالف ما ذكر في "المبسوط" و"الجامع الكبير" وغيرهما، فإنه ذكر فيهما لو شهدوا بالعقد والقبض يقضى بالبينتين عنده لذي اليد إذ العمل بالبينتين ممكن بأن يجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها، ثم الخارج باعها وسلمها. (عيني)

(٩) قيد بالعقار ليظهر ثمرة الاختلاف كما ذكر. (ك)

(١٠) من ذي اليد.

(١١) أي البيع قبل القبض.

(١٢) أي بيع الخارج العقار.

(١٣) في العقار.

اليد[١]، لأن البيعين[٢] جائزان على القولين[٣]، وإذا كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج فى الوجهين[٤]، فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد، وقبض ثم باع[٥] ولم يسلم[٦] أو سلم، ثم وصل إليه بسبب آخر[٧]. قال[٨]: وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء[٩]؛ لأن شهادة كل شاهدين علة تامة، كما فى حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل[١٠]، بل بقوة فيها[١١] على ما عرف[١٢]. قال[١٣]: وإذا كانت دار فى يد رجل ادعاها اثنان، أحدهما جميعها، والآخر نصفها، وأقاما[١٤] البينة، فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها، ولصاحب النصف ربعها عند أبى حنيفة؛ اعتباراً لطريقة المنازعة، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر[١٥] فى النصف، فسلم له بلا منازع، واستوت[١٦] منازعتهما[١٧] فى النصف الآخر، فينصف[١٨] بينهما[١٩]. وقالا: هى[٢٠] بينهما[٢١] أثلاثاً، فاعتبرا طريق العول[٢٢]

---

(١) أى بالإجماع. (ك)

(٢) أى بيع ذى اليد من الخارج أولا، ثم بيع الخارج من ذى اليد.

(٣) أى قولهما، وقول محمد.

(٤) أى سواء شهد الشهود بالقبض أو لم يشهدوا به. (ك)

(٥) من الخارج.

(٦) إلى الخارج.

(٧) من عارية أو إجارة. (ع)

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٩) أى لا يترجح أحد المدعيين على الآخر بزيادة العدد فى البينة.

(١٠) قوله: "لايقع بكثرة العلل" حتى لا يترجح القياس بقياس آخر، ولا الحديث بحديث آخر، ولا الآية بآية أخرى، لأن كل واحد منهما علة بنفسه، أما إذا كانت إحدى الآيتين تحتمل التأويل، والأخرى لا تحتمل، فكان غير المحتمل أولى، لأنه لما لم تحتمل التأويل، فكان غير المحتمل أولى، لأنه لما لم تحتمل التأويل كان مفسراً، وكونه مفسراً وصف فيه، والمفسر راجح على النص والظاهر. (ك)

(١١) قوله: "بقوة فيها [العلل]" كالعدالة حتى إن أحد المدعيين لو أقام مستورين، والآخر عدلين، فإنه يترجح الذى شهد له العدلان. (عينى)

(١٢) فى أصول الفقه.

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٤) مدعيان.

(١٥) أى صاحب الجميع.

(١٦) وأقاما عليه البينة. (ع)

(١٧) المدعيين.

(١٨) النصف.

(١٩) فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار، ولمدعى النصف الربع. (ع)

والمضاربة[١]، فصاحب الجميع يضرب[٢] بكل حقه سهمين، وصاحب النصف بسهم واحد، فيقسم أثلاثًا، ولهذه المسألة[٣] نظائر وأضداد[٤] لا يحتملها هذا المختصر[٥]، وقد ذكرناها في "الزيادات"[٦]. قال[٧]: ولو كانت[٨] في أيديهما[٩] سلم[١٠] لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء؛ لأنه خارج في النصف[١١]، فيقضى ببينته، والنصف الذى فى يديه صاحبه لا يدعيه، لأن مدعاه النصف، وهو فى يده سالم له[١٢]، ولو لم ينصرف إليه[١٣] دعواه كان ظالمًا[١٤] بإمساكه[١٥]، ولا قضاء بدون الدعوى فيترك فى يده[١٦].

---

(٢٠) الدار.

(٢١) المدعين.

(٢٢) قوله: "فاعتبرا طريق العول" وذلك إذا اجتمع فى مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكفى المجموع، فيحتاج إلى العول، كما فى امرأة ماتت وتركت زوجًا، وأختًا لأب وأم، وأختًا لأب، للزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف، وللأخت لأب السدس تكملة للثلثين، فتعول الفريضة إلى سبعة وكانت فى الأصل من ستة. (عينى)

(١) قوله: "والمضاربة" يعنى أن لكل واحد من المدعين حقًا فى العين على معنى أن حق كل منهما شائعًا فيها فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه، فلهذا كان القسمة فيه بطريق العول، فيضرب كل منهما بجميع دعواه، فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح، وأقله اثنان، فيضرب بذلك صاحب الجميع، ويضرب مدعى النصف بسهم، فيكون بينهما أثلاثًا. (ع)

(٢) أى يأخذ. (نت)، وفى "المغرب" وقال الفقهاء: فلان يضرب فيه بالثلث، أى يأخذ منه شيئًا بحكم ماله من الثلث. (ك)

(٣) قوله: "ولهذه المسألة" أى للمسألة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة رح بالمنازعة، وصاحباه بالعول، كما فى هذه المسألة، وأضداد حكم فيها أبو حنيفة رح بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس هذه المسألة. (نت)

(٤) قوله: "نظائر وأضداد" فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة، والموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين، إذا لم يكن للميت مال سواه، ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك، إذا أدانه أحد المولين مائة درهم، والأجنبى مائتين، ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والأجنبى عند أبى حنيفة رح بطريق العول أثلاثًا، وعندهما بطريق المنازعة أرباعًا. (عناية)

(٥) الهداية.

(٦) لصاحب "الهداية". (كشف الظنون)

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٨) الدار.

(٩) وادعى أحدهما نصفها، والآخر كلها.

(١٠) إذا برهنا.

(١١) الذى بيد صاحبه.

(١٢) قوله: "وهو [النصف] فى يده سالم له" توضيحه أن دعوى مدعى النصف منصرفة إلى ما فى يده ليكون يدًا محقة فى حقه، لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، فمدعى النصف لا يدعى شيئًا مما فى يد صاحب الجميع لأن مدعاه النصف، وهو فى يده فسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة. (نتائج)

(١٣) أى إلى النصف الذى فى يد صاحب النصف.

قال[١] : وإذا تنازعا في دابة[٢] ، وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده ، وذكرا تاريخا ، وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى ؛ لأن الحال تشهد له ، فيترجح . وإن أشكل ذلك[٣] كانت بينهما[٤] ؛ لأنه[٥] سقط التوقيت ، فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا ، وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان[٦] ، كذا ذكره الحاكم الشهيد ؛ لأنه ظهر كذب الفريقين[٧] ، فتترك[٨] في يد من كانت في يده .

قال[٩] : وإذا كان العبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة ، فهو بينهما لاستواءهما[١٠] .

فصل في التنازع بالأيدى[١١]

قال[١٢] : وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها ، فالراكب

(١٤) والأصل أن لا يحمل فعل المسلم على الظلم.

(١٥) النصف.

(١٦) قوله: "فيترك في يده" أى وإذا لم يدع مدعى النصف النصف الذى فى يدى مدعى الجميع، ولا قضاء بدون الدعوى، فيترك ذلك النصف فى يد مدعى الجميع بلا قضاء. (نتائج)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٢) وهى فى يد ثالث.

(٣) أى سن الدابة.

(٤) قوله: "كانت [الدابة] بينهما" أى إذا كانا خارجين، أما إذا كانت الدعوى بين الخارج وذى اليد فى النتاج، وأقاما البينة، ووقتت البينتان فى الدابة وقتين، فإن كانت الدابة على وفق بينة المدعى قضيت بها له، لأن علامة الصدق ظهرت فى شهادة شهوده، وعلامة الكذب ظهرت فى شهادة شهود ذى اليد.

وأما إذا كانت البينة على وفق بينة ذى اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذى اليد، إما لظهور علامة لصدق فى شهوده، أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلة، ولم يذكر فيه ما إذا كانت سن الدابة بين الوقتين اللذين ذكرهما بينتا الخارج، وذى اليد، وذكر فى الذخيرة فى ذلك عامة المشايخ على أنها تهاتر البينتان، ويترك الدابة فى يد صاحب اليد. (ك)

(٥) لأنه لا دلالة فيه، فكأنهما أقاما البينة على النتاج. (عينى)

(٦) أى فى دعوى الخارجين. (ك)

(٧) قوله: "لأنه ظهر كذب إلخ" وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد، فيمنع حالة الاجتماع أيضًا، فيترك الدابة فى يد من هى فى يده قضاء ترك كأنهما لم يقيما البينة. (ع)

(٨) أى الدابة.

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٠) قوله: "لاستواءهما" أى فى الاستحقاق، وذلك لأن المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب، فصار دعوى الوديعة، والغصب سواء، والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق. (عينى)

(١١) قوله: "فصل فى التنازع بالأيدى" لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد، لما أن الأيدى أقوى، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى دعواه. (عناية)

(١٢) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

أولى[١] ؛ لأن تصرفه أظهر فإنه[٢] يختص بالملك[٣] ، وكذا إذا كان أحدهما راكبًا في السرج، والآخر رديفه[٤] ، فالراكب في السرج أولى[٥] ، بخلاف ما إذا كانا راكبين[٦] حيث تكون[٧] بينهما، لاستواءهما في التصرف، وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل[٨] لأحدهما، وللآخر كوز معلق، فصاحب الحمل أولي، لأنه هو المتصرف. وكذا إذا تنازعا في قميص، أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه[٩] ، فاللابس أولي؛ لأنه أظهرهما تصرفا، ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما، معناه[١٠] لا على طريق القضاء[١١] ، لأن العقود[١٢] ليس بيد عليه فاستويا. قال[١٣] : وإذا كان ثوب في يد رجل، وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان، لأن الزيادة من جنس الحجة[١٤] ، فلا يوجب زيادة في الاستحقاق[١٥] .

قال[١٦] : وإذا كان الصبي في يد رجل وهو[١٧] يعبر[١٨] عن نفسه فقال[١٩] : أنا حر، فالقول قوله؛ لأنه في يد نفسه[٢٠] .

---

(١) قوله: "فالراكب أولى" أي في كونه ذا اليد لأن الراكب يصير ذا اليد بهذا التصرف حتى لو أقام الآخر بينة تقبل. (ك)

(٢) الركوب.

(٣) يعني غالبًا. (نت)

(٤) أي خارج السرج.

(٥) لأن تصرفه أظهر.

(٦) أي في السرج. (ك)

(٧) الدابة.

(٨) بار.

(٩) أي أخذ بكمه.

(١٠) أي معنى قوله: فهو بينهما.

(١١) بل يترك في يدهما.

(١٢) قوله: "لأن العقود إلخ" أي لأن اليد على البساط لا يثبت إلا بالنقل والتحويل، أو يكون في يده حكمًا بأن كان في بيته، ولم يوجد شيء من ذلك ولهذا لا يصير غاصبًا بمجرد العقود عليه، بخلاف الركوب على الدابة، فإنه يصير غاصبًا بمجرد الركوب عليه بغير الإذن. (عيني)

(١٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٤) لأن كل واحد يتمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمساكًا.

(١٥) إذ لا ترجيح بكثرة العلل.

(١٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٧) الواو حالية.

(١٨) أي يتكلم ويعقل ما يقول.

(١٩) حين دعوى رجل أنه عبده.

ولو قال[١]: أنا عبد لفلان[٢]، فهو عبد للذي في يده، لأنه أقر بأنه لا يد له[٣] حيث أقر بالرق، وإن كان لا يعبر عن نفسه، فهو عبد للذي هو في يده؛ لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها[٤]، وهو بمنزلة متاع[٥]، بخلاف ما إذا كان يعبر[٦]، فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول[٧] قوله؛ لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره. قال[٨]: وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع، أو متصل ببناءه[٩]، وللآخر عليه هرادى[١٠] فهو لصاحب الجذوع، والاتصال والهرادى ليست بشيء[١١]، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر[١٢] صاحب تعلق، فصار كدابة تنازعا فيها، ولأحدهما عليها حمل[١٣]، وللآخر كوز معلق[١٤]، والمراد بالاتصال[١٥] مداخلة لبن[١٦] جداره[١٧] فيه[١٨]، ولبن هذا في جداره، وقد يسمى اتصال تربيع[١٩]،

---

(٢٠) قوله: "لأنه في يد نفسه" فكان هو صاحب اليد، وكان المدعى خارجًا، والقول قول صاحب اليد، وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد على نفسه إبانة لمعنى الكرامة. (نت)

(١) وقال الذي في يده: إنه عبدي. (نت)

(٢) غير ذي اليد. (عناية)

(٣) قوله: "لأنه أقر بأنه لا يد له إلخ" فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعًا، فكان القول لذي اليد أنه له، ولا يقطع يده إلا بحجة، وشهادة العبد ليست بحجة، كذا في "الكافي". فإن قيل: الإقرار بالرق من المضار، وأقوال الصبي فيها غير موجبة، وإن كان عاقلا كالعتاق والطلاق والهبة، قلنا: الرق ههنا لا يثبت بإقراره، بل بدعوى ذي اليد إلا عند معارضته إياه بدعوى الحرية لايتقرريده عليه عند عدمها يتقرر، كما في الصبي الذي لايعقل، فيكون القول قوله في رقه. (نت)

(٤) أي عن نفسه.

(٥) لا يدل على نفسه.

(٦) عن نفسه، فإنه إذا قال: أنا حر فالقول قوله.

(٧) قوله: "لا يكون القول إلخ" فلا تزول يد من هو في يده إلا بدليل. (عيني)

(٨) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٩) يعني أو الحائط متصل ببناءه.

(١٠) قوله: "هرادى" الهرادي هي خشبات توضع على الجذوع، ويلقى عليها التراب، فإنها غير معتبرة، وكذا البواري لأنه لم يكن استعمالا له وضعًا إذ الحائط لا يبنى لها بل للتسقيف، وهو لا يمكن على الهرادى والبوارى. (مج)

(١١) قوله: "والهرادى ليست بشيء" في "المغرب": الهردية بضم الهاء، وتشديد الياء عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات، من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم، وقال ابن السكيت: هو الحردى، ولا تقل: هردى، وقال شارح الوقاية: الهردى الخشبات التي توضع على الجذوع. (مل)

(١٢) أي صاحب الهرادى.

(١٣) بار.

(١٤) بها حيث يكون الدابة لصاحب الحمل والآخر صاحب تعلق.

(١٥) المذكور في قوله: أو متصل.

(١٦) لبن ككتف خشت خام. (من)

وهذا[1] شاهد ظاهر لصاحبه، لأن بعض بناءه على بعض هذا الحائط، وقوله: الهرادى ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا، وكذا البوارى[2] لأن الحائط[3] لا يبنى لهما[4] أصلا حتى لو تنازعا فى حائط، ولأحدهما عليه هرادى، وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما[5].

ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستواءهما، ولا معتبر بالأكثر منها[6] بعد الثلاثة، وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو[7] لصاحب الثلاثة، وللآخر موضع جذعه[8] فى رواية[9]، وفى رواية[10] لكل واحد[11] منهما ما تحت خشبه[12]. ثم قيل[13]: ما بين الخشب إلى الخشب بينهما[14]، وقيل: على قدر

---

(١٧) الرجل.

(١٨) أى فى المتنازع فيه.

(١٩) قوله: "وقد يسمى اتصال [أى اتصال مداخلة لبن] إلخ" وإنما سمى هذا اتصال التربيع لأنهما إنما ينيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع. (صدر الشريعة)

قوله: "اتصال تربيع" وذكر فى حيطان الذخيرة: وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه، داخلة فى أنصاف لبن الغير التنازع فيه، وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة فى المتنازع فيه، وإن كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساحة أحدهما مركبة فى الأخرى، وأما إذا نقب فأدخل لا يكون تربيع، ويكون اتصال مجاورة ملازقة. (ك)

(١) أى اتصال تربيع.

(٢) بارى وبارية وبارياء وبورياء حصير بافته. (من)

(٣) قوله: "لأن الحائط إلخ" أى لأنه لما لم يكن استعمالا له وضعًا إذ الحائط لا يبنى لهما، وإنما يبنى للتسقيف، والتسقيف لا يمكن على الهرادى والبوارى صار معدومًا حكمًا. (ك)

(٤) أى للهرادى والبوارى.

(٥) قوله: "فهو [أى الحائط] بينهما [ولا يختص به صاحب الهرادى. ك]" لاستواءهما لأن وضع الهرادى والبوارى لا يثبت لصاحبها على الحائط يدا، لأن الحائط للتسقيف، وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادى والبوارى، وإنما توضع الهرادى والبوارى للاستظلال والحائط لا يبنى للاستظلال. (عُينى)

(٦) أى من الجذوع.

(٧) الحائط.

(٨) قوله: "موضع جذعه" وفى الإيضاح يريد به حق الوضع، لأن استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة لاستحقاق يده، أما إذا ثبت ملكه بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع من وضع جذعه على جداره. (ك)

(٩) أى رواية كتاب الإقرار من الأصل. (نت)

(١٠) هى رواية كتاب الدعوى من الأصل.

(١١) قوله: "لكل واحد إلخ" لأن يد كل واحد منهما على موضع خشبه ثابتة، وسبب الاستحقاق أنما هو اليد على ذلك الموضع. (ك)

خشبهما، والقياس[١] أن يكون بينهما نصفين، لأنه لا معتبر بالكثرة فى نفس الحجة، ووجه الثانى[٢] أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته[٣]، وجه الأول[٤] أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى، فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير إلا أنه يبقي له[٥] حق الوضع، لأن الظاهر ليس بحجة[٦] في استحقاق يده.

ولو كان لأحدهما جذوع، وللآخر اتصال[٧]، فالأول[٨] أولى، ويروى أن الثانى[٩] أولى، وجه الأول[١٠] أن لصاحب الجذوع التصرف، ولصاحب الاتصال اليد، والتصرف أقوى[١١]، ووجه الثانى[١٢] أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله[١٣]، ثم يبقى[١٤] للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا[١٥]، وهذه[١٦] رواية الطحاوى، وصححها الجرجانى[١٧].

---

(١٢) إلى أسفل الأرض. (ك)

(١٣) أى على رواية كتاب الدعوى. (نت)

(١٤) قوله: "بينهما" أى بينهما نصفان، لأنه لا يد لأحدهما فيه، فلم يكن أحدهما بالأولى من الآخر كرجلين تنازعا فى دار، وفى يد أحدهما بيت منها، وفى يد الآخر بيتان أن الباقى بينهما نصفان كذلك باقى الخشب. (عينى)

قوله: "بينهما" لأن كل واحد منهما مستعمل للحائط إلا أن أحدهما أكثر استعمالا للحائط، ولا معتبر بالكثرة فى نفس الحجة. (ك)

(١) رجوع إلى قوله: فهو لصاحب الثلاثة.

(٢) وهو أن لكل واحد منهما ما تحت خشبته. (نت)

(٣) لأن ذلك الموضع مشغول بجذعه.

(٤) أى هو لصاحب الثلاثة وللآخر حق الوضع.

(٥) أى لصاحب الجذع الواحد والمثنى. (ك)

(٦) قوله: "ليس بحجة إلخ" فلا يستحق دفع الخشبة الموضوعة إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل، ويثبت للآخر حق الوضع عليه. (عينى)

(٧) قوله: "وللآخر اتصال [أى اتصال تربيع. ك]" المراد بالاتصال الذى وقع فى أحد طرفى الحائط المتنازع فيه، وأما إذا وقع اتصال التربيع فى طرفيه فصاحب الاتصال أولى، وعلى هذا عامة المشايخ. (نتائج الأفكار)

(٨) أى صاحب الجذوع. (ك)

(٩) صاحب الاتصال. (ك)

(١٠) أى أن صاحب الجذوع أولى.

(١١) لأن لتصرف هو المقصود باليد. (كافى)

(١٢) أى أن صاحب الاتصال أولى.

(١٣) لعدم القائل بالاشتراك. (ع)

(١٤) أى على الرواية الثانية.

(١٥) قوله: "لما قلنا" أشار به إلى قوله: لأن الظاهر ليس بحجة فى الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفعها

قال[١] : وإذا كانت دار منها[٢] في يد رجل عشرة أبيات، وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان؛ لاستواءهما[٣] في استعمالها وهو المرور فيها[٤].

قال[٥] : وإذا ادعى الرجلان أرضًا، يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنه في يد واحد منهما حتى يقيما[٦] البينة أنها في أيديهما ؛ لأن اليد فيها[٧] غير مشاهدة لتعذر إحضارها[٨]، وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته.

وإن أقام أحدهما البينة[٩] جعلت في يده لقيام الحجة[١٠] ؛ لأن اليد حق مقصود[١١]، وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا[١٢]، فلا تستحق لأحدهما[١٣]

لكونها حجة مطلقة. (عينى)

(١٦) أى الرواية الثانية.

(١٧) قوله: "وصححها الجرجاني" هو الفقيه أبو عبد الله المرشد، ورجحها بالسبق، لأن التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع، فكان يده ثابتًا قبل وضع الجذوع، فصار نظير سبق التاريخ. (نت)

(١) محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٢) أى من تلك الدار.

(٣) قوله: "لاستواءهما إلخ" ولا معتبر بكون أحدهما خراجًا وولاجًا دون الآخر؛ لأنه ترجيح بما هو من جنس العلة. (ع)

(٤) ووضع الأمتعة وصب ماء الوضوء، وكسر الحطب.

(٥) أى محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٦) قوله: "حتى يقيما إلخ" أقول: في عبارة الكتاب مسامحة، وكان الظاهر أن يقال: حتى يقيم البينة أنها في يده، لأن القضاء بأنها في يد واحد منهما إنما يتوقف على إقامة واحد منهما البينة أنها في يده لا على إقامتهما البينة أنها في أيديهما. (نت)

(٧) الأرض.

(٨) في مجلس القاضي.

(٩) قوله: "وإن أقام إلخ" فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهم ما هي في يد صاحبه على البتات، فإن حلف لم يقض باليد لهما، وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه، وتوقف الدار إلى أن يظهر حقيقة الحال، وإن نكلا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذى في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها كان في يده، ونصفها كان للذى في يد صاحبه بنكوله، وإن كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة في حق الثالث. (ك)

(١٠) قوله: "لقيام الحجة" فإن قيل: البينة حجة على الخصم، وإذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصمًا، فكيف يقضى باليد فيها للذى أقام البينة.

قلنا: هو خصم باعتبار منازعته في اليد، ألا ترى أنه يتمكن من إثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر، ومن كان خصمًا لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعًا كانت بينته مقبولة. (ك)

(١١) فلا يستحق أحدهما بغير حجة.

(١٢) وهو قوله: لقيام الحجة. (ك)

(١٣) قوله: فلا تستحق إلخ" متفرع على مجموع ما ذكر في مسألتنا هذه من قوله: وإذا ادعى الرجلان إلخ، إلى

من غير حجة[١]، وإن كان أحدهما قد لبّن[٢] فى الأرض، أو بنى، أو حفر فهى فى يده لوجود التصرف والاستعمال فيها[٣].

باب دعوى النسب[٤]

قال[٥]: وإذا باع جارية، فجاءت بولد، فادعاه[٦] البائع، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع[٧]، وأمه أم ولد له[٨]، وفى القياس وهو قول زفر والشافعى دعوته[٩] باطلة؛ لأن البيع اعتراف منه[١٠] بأنه عبد، فكان فى دعواه مناقضًا، ولا نسب[١١] بدون الدعوى.

وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه، لأن الظاهر عدم الزناء، ومبنى النسب[١٢] على الخفاء[١٣]، فيعفى فيه التناقض[١٤]، وإذا صحت[١٥] الدعوة[١٦] استندت إلى وقت العلوق، فتبين أنه باع أم ولده، فيفسخ

هنا بأن كان فذلكة الكلام فى هذا المقام. (نت)

(١) حتى لو طلبا القسمة لم يقسم بينهما مالم يقيما البينة على الملك. (ع)

(٢) تلبين: خشت زدن. (من)

(٣) ومن ضرورته إثبات اليد كالركوب فى الدواب واللبس فى الثياب. (ك)

(٤) قوله: "باب دعوى النسب" لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع فى بيان دعوى النسب، وقدم الأول لأنه أكثر وقوعًا، فكان أهم ذكرًا. (نت)

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٦) قوله: "فادعاه" الدعوة نوعان، دعوة استيلاد، وهو أن يكون أصل العلوق فى ملك المدعى، ودعوة تحرير، وهو بخلافه، والأول أقوى لسبقه واستنادها لوقت العلوق، واقتصار دعوة التحرير على الحال. (در مختار)

(٧) ويفسخ البيع ويرد الثمن. (عينى)

(٨) البائع.

(٩) قوله: "دعوته" دعوت بالكسر به پسرے خاندن، ودعوى نسب كردن، هذا كلام أكثر العرب، بعضهم يفتحون الدال فى النسب، ويكسرونها فى الطعام. (من)

(١٠) لأن إقدامه على البيع يدل على ذلك. (عينى)

(١١) أى لا ثبوت للنسب.

(١٢) قوله: "ومبنى النسب إلخ" جواب عن التناقض لأن الإنسان قد لا يعلم أن يكون العلوق منه، ولم يتبين له أنه منه. (عينى)

(١٣) لأن العلوق أمر خفى. (ك)

(١٤) قوله: "فيعفى فيه التناقض [لأجل الخفاء]" أى لا يمنع صحة الدعوى كما أن الزوج إذا كذب نفسه بعد قضاء القاضى ينفى النسب باللعان يثبت منه النسب، ويبطل حكم الحاكم، ولا ينظر إلى التناقض لمكان الخفاء فى أمر العلوق. (نت)

(١٥) لأجل الخفاء.

(١٦) أى دعوة البائع.

البيع، لأن بيع أم الولد لا يجوز، ويرد الثمن[١]، لأنه قبضه بغير حق.

وإن ادعاه المشترى[٢] مع دعوة[٣] البائع[٤]، أو بعده[٥]، فدعوة البائع أولى؛ لأنها أسبق[٦] لاستنادها إلى وقت العلوق، وهذه[٧] دعوة استيلاد، وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع؛ لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنًا، وهو[٨] الشاهد والحجة[٩]، إلا إذا صدقه المشترى، فيثبت النسب[١٠]، ويحمل على الاستيلاد بالنكاح[١١]، ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه، فلا يثبت حقيقة العتق[١٢] ولا حقه[١٣]، وهذه[١٤] دعوة تحرير[١٥]، وغير المالك[١٦] ليس من أهله[١٧]. وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع، ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشترى؛ لأنه احتمل أن لا

(١) إن كان منقودًا. (ع)

(٢) أى وقد ولدته لدون الأقل. (رد المحتار)

(٣) قوله: "مع دعوة إلخ" إنما قيد بقوله: مع دعوة لأنه لو ادعاه المشترى أولا يثبت النسب منه، ولا يثبت نسب البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عن النسب. (عينى)

(٤) يعنى ادعيا معًا. (نت)

(٥) أى بعد دعوة البائع.

(٦) قوله: " لأنها [أى دعوة البائع] أسبق" أما إذا كانت قبل دعوة المشترى فالأمر ظاهر، وأما إذا كانت مع دعوة المشترى فلما أشار إليه بقوله: لاستنادها إلخ، يعنى أن دعوة البائع مستندة إلى وقت العلوق، لأنها دعوة استيلاد، ودعوة المشترى مقتصرة على الحال، لأنها دعوة تحرير، فكانت دعوة البائع سابقة معنى، فكانت أولى.

ثم إنه ضمن قوله: وهذه دعوة استيلاد، الجواب عن دخل مقدر تقريره كيف يصح دعوة البائع وهو غير مالك فى الحال، وجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاد وهو لا يقتصر إلى قيام الملك فى الحال، لأنها تستند إلى زمان الملك، بخلاف دعوة التحرير على ما سيجىء. (نتائج)

(٧) يعنى دعوة البائع. (ك)

(٨) أى اتصال العلوق في الملك.

(٩) فى ثبوت النسب.

(١٠) من البائع.

(١١) حملا لأمره على الصلاح. (نت)

(١٢) فى الولد.

(١٣) قوله: "ولا حقه [أى فى الأم]" أى لا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للأم، فيبقى الولد عبدًا للمشترى، ولا تصير الأم أم ولد للبائع كما إذا ادعاه أجنبى آخر. (نتائج)

(١٤) أى دعوة البائع ههنا.

(١٥) يعنى إذا لم تصر الجارية أم ولد بقى الدعوة فى الولد دعوة تحرير.

(١٦) أعنى البائع.

(١٧) فلا بد من تصديق المشترى.

يكون العلوق في ملكه، فلم توجد الحجة، فلا بد من تصديقه[١]، وإذا صدقه يثبت النسب، ويبطل البيع، والولد حر، والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى[٢] لتصادقهما[٣] واحتمال العلوق في الملك[٤].

قال[٥]: فإن مات الولد، فادعاه البائع وقد[٦] جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم؛ لأنها تابعة للولد[٧]، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته[٨] إلى ذلك[٩]، فلا يتبعه استيلاد الأم[١٠]، وإن ماتت الأم[١١] فادعاه البائع وقد جاءت به[١٢] لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد، وأخذه البائع؛ لأن الولد هو الأصل في النسب[١٣]، فلا يضره فوات التبع[١٤]، وإنما كان الولد أصلا لأنها[١٥] تضاف إليه، يقال: أم الولد، وتستفيد الحرية من جهته؛ لقوله عليه السلام[١٦]: «أعتقها[١٧] ولدها»*، والثابت لها[١٨] حق الحرية، وله حقيقتها[١٩]،

---

(١) المشترى.

(٢) وهي ما إذا جاءت به أقل من ستة أشهر من يوم باع. (نت)

(٣) البائع والمشترى.

(٤) أي في الملك البائع، وفي نسخة: في ملكه.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) الواو حالية.

(٧) في هذا الباب. (نت)

(٨) أي بعد الموت. (نت)

(٩) النسب.

(١٠) لأنه فرع النسب.

(١١) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(١٢) الولد.

(١٣) والاستيلاد فرع النسب.

(١٤) أي الأم.

(١٥) أي الأم.

(١٦) قوله: "لقوله عليه السلام" روى ابن ماجة والحاكم في "مستدركه"، وسكت عنه من حديث عكرمة عن ابن عباس، قال: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ، فقال: «أعتقها ولدها». (علي قاري)

(١٧) أي الأم.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٤٥ ص١٧٩. (نعيم)

(١٨) أي الأم.

(١٩) أي الحرية.

والأدنى يتبع الأعلى.

ويرد[١] الثمن[٢] كله في قول أبي حنيفة[٣]، وقالا: يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم؛ لأنه تبين أنه[٤] باع أم ولده، وما ليتها[٥] غير متقومة عنده[٦] في العقد والغصب[٧]، فلا يضمنها[٨] المشترى، وعندهما متقومة[٩]، فيضمنها[١٠].

قال[١١]: وفي "الجامع الصغير"[١٢]: وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها، فولدت في يد المشترى[١٣]، فادعى البائع الولد وقد[١٤] أعتق المشترى الأم فهو ابنه، ويرد عليه[١٥] بحصته من الثمن[١٦]، ولو كان المشترى أعتق الولد فدعوته[١٧] باطلة[١٨]. وجه الفرق[١٩] أن الأصل في هذا الباب[٢٠] الولد، والأم تابعة له على ما

(١) هذا من تمام لفظ القدورى. (نت)

(٢) إلى المشترى.

(٣) في صورة موت الأم.

(٤) أي البائع.

(٥) أي أم ولد.

(٦) الإمام.

(٧) قوله: "في العقد والغصب" حتى إذا اشترى أم ولد الغير وماتت في يده لا يضمن المشترى قيمتها، وكذا لو غصبها، فماتت عنده. (عيني)

(٨) أم الولد.

(٩) أي مالية أم الولد.

(١٠) أي المشترى في العقد والغصب.

(١١) أي المصنف. (عيني)

(١٢) قوله: "وفي الجامع الصغير" إنما ذكر المصنف رواية "الجامع الصغير" إعلاماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت. (عيني)

(١٣) لأقل من ستة أشهر من يوم باعها.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) قوله: "ويرد عليه إلخ" يعني يقسم الثمن على قيمة الولد، وقيمة أمه، فما أصاب الأم يلزم المشترى، وما أصاب الولد سقط عنه، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع، لأنه يثبت فيها للمشترى مالا يحتمل الإبطال وهو الولاء. (عيني)

(١٦) قوله: "بحصته من الثمن" والفرق بين هذا وبين ما إذا ماتت الأم، فإن ثمة يرد بجميع الثمن عند أبي حنيفة رح وهو أن في الموت لو ثبتت أمومية الولد لا يبطل حكم من الأحكام، ولا كذلك في إعتاقها لأنه يبطل العتق الثابت من الملك، ولأنه لو قلنا ببطلان العتق يلزم إبطال الحقيقة بالعتق. (ك)

(١٧) البائع.

(١٨) أي إذا لم يصدقه المشترى في دعواه. (نت)

(١٩) قوله: "وجه الفرق" أي بين ما إذا أعتق المشترى الأم، ولم يعتق الولد حيث يكون دعوى البائع صحيحة في حق الولد، وبين ما إذا أعتق المشترى الولد دون الأم حيث يبطل دعوى البائع أصلا. (عيني)

مر[1]، وفى الوجه الأول[2] قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو[3] العتق فى التبع، وهو الأم، فلا يمتنع ثبوته[4] فى الأصل وهو الولد، وليس من ضروراته[5]، كما فى ولد المغرور[6]، فإنه[7] حر، وأمه أمة لمولاها، وكما فى المستولدة بالنكاح[8].

وفى الفصل الثانى[9] قام المانع[10] بالأصل وهو الولد، فيمتنع ثبوته[11] فيه وفى التبع[12]، وإنما كان الإعتاق[13] مانعًا؛ لأنه[14] لا يحتمل النقض[15] كحق استحقاق النسب[16]، وحق الاستيلاد[17] فاستويا[18] من هذا الوجه، ثم الثابت[19] من

(٢٠) أى باب الدعوى والاستيلاد. (نت)

(١) فى مسألة الموت آنفًا. (نت)

(٢) أى ما إذا أعتق المشترى الأم. (عناية)

(٣) المانع.

(٤) أى ثبوت الدعوة والاستيلاد. (نت)

(٥) قوله: "وليس من ضروراته إلخ" جواب ما يقال: إنه إذا لم يمتنع الدعوة فى الولد يثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق فى ملكه بيقين لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية فى ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب فى الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع، فكان ينبغى أن يبطل البيع وإعتاق المشترى. (عينى)

قوله: "وليس من ضروراته" أى ليس ثبوت الاستيلاد فى حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه. (ع)

(٦) قوله: "كما فى ولد المغرور" وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل بزعم أنها ملكه فاستولدها؛ فاستحقت، وأنه معتق بالقيمة، وهو ثابت النسب من أبيه، وليست أمه أم ولد لأبيه بل هى أمة لمولاها. (مل)

(٧) ولد.

(٨) قوله: "وكما فى المستولدة إلخ" يعنى إذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد، ولا يثبت أمومية الولد. (نت)

(٩) أى ما إذا أعتق المشترى الولد.

(١٠) العتق.

(١١) دعوة الاستيلاد.

(١٢) الأم.

(١٣) أى إعتاق المشترى الأم أو الولد.

(١٤) الإعتاق.

(١٥) قوله: "لأنه لا يحتمل النقض" وردّ بما إذا باع جارية حبلى، فولدت ولدين فى بطن واحد لأقل من ستة أشهر، فأعتق المشترى أحدهما، ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعًا، حتى يبطل عتق المشترى، وذلك نقض العتق كما ترى، وأجيب بأن التوأمين فى حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما، والحكم بصيرورته حر الأصل ثبوت النسب للآخر. (عناية)

(١٦) أى فى الولد. (ك)

(١٧) أى فى الأم. (ك)

(١٨) أى إعتاق المشترى وحق الاستحقاق والاستيلاد للبائع.

المشترى[١] حقيقة الإعتاق، والثابت[٢] فى الأم حق الحرية، وفى الولد للبائع حق الدعوة، والحق لا يعارض[٣] الحقيقة[٤]، والتدبير بمنزلة الإعتاق[٥]؛ لأنه لا يحتمل النقض، وقد ثبت به بعض آثار الحرية[٦]، وقوله[٧] فى الفصل الأول[٨]: يرد[٩] عليه بحصته من الثمن[١٠] قولهما[١١]، وعنده[١٢] بكل الثمن هو الصحيح[١٣] كما ذكرنا فى فصل الموت.

قال[١٤]: ومن باع عبدًا ولد[١٥] عنده، وباعه المشترى من آخر، ثم ادعاه البائع الأول، فهو ابنه، ويبطل البيع؛ لأن البيع يحتمل النقض، وماله[١٦] من[١٧] حق

---

(١٩) هذا بيان الترجيح.

(١) فى الوجهين.

(٢) للبائع.

(٣) قوله: "والحق لا يعارض إلخ" نوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدد، وكان المالك القديم يأخذه بالقيمة، وإن كان له حق الملك وللمشترى حقيقته، وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما. (ع)

(٤) لأن الحقيقة أقوى من الحق.

(٥) فى الحكم.

(٦) هو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك.

(٧) محمد.

(٨) هو ما إذا أعتق المشترى الأم.

(٩) الولد.

(١٠) قوله: "بحصته من الثمن" فإن قيل: يجب أن لا تكون للولد حصة من الثمن لأنه حادث بعد قبض المشترى، ولا حصة للولد الحادث بعد القبض. قلنا: الولدان حدث صورة بعد القبض، فمن حيث المعنى حادث قبل القبض، فإن البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة، وإن قبضه المشترى كما قبل القبض بسبيل من الفسخ بالاستهلاك، وإذا كان حادثًا قبل القبض معنى فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع، وقد استهلكه بالدعوة ههنا، فتصير له حصة من الثمن كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض. (ك)

(١١) الصاحبين.

(١٢) يرد.

(١٣) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما ذكره شمس الأئمة فى "المبسوط"، وقاضى خان، والمحبوبى أنه يرد بما يخص الولد من الثمن، بخلاف الموت، وفرقوا بينهما بأن فى الإعتاق كذب القاضى البائع فيما زعم أنها ولده حين جعلها معتقة المشترى، أو مدبرته فلم يبق لذعمه عبرة، وأما فى فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع، فبقى زعمه معتبرا فى حقه فيرد بجميع الثمن. (ع)

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) أى كان أصل العلوق فى ملكه. (ك)

(١٦) البائع.

(١٧) بيانية.

الدعوة لا يحتمله[١]، فينتقض البيع لأجله، وكذا[٢] إذا كاتب الولد[٣]، أو رهنه، أو آجره، أو كاتب الأم[٤]، أو رهنها، أو زوجها[٥] ثم كانت الدعوة، لأن هذه العوارض تحتمل النقض، فينقض ذلك كله، وتصح الدعوة[٦] بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر[٧]، وبخلاف ما إذا ادعاه المشترى أولا، ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع، لأن النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض، فصار كإعتاقه[٨]. قال[٩]: ومن ادعى نسب أحد التوأمين[١٠] ثبت نسبهما منه[١١]؛ لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا[١٢] لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور[١٣] علوق الثانى حادثًا[١٤]؛ لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر.

وفى "الجامع الصغير"[١٥]: إذا كان فى يده غلامان توأمان، ولدا عنده[١٦]، فباع أحدهما، وأعتقه المشترى، ثم ادعى البائع الذى فى يده[١٧]، فهما ابناه، وبطل عتق المشترى لأنه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق، والدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة فيه[١٨] ثبت به حرية الأصل[١٩]، فيثبت نسب الآخر، وحرية الأصل فيه[٢٠]

(١) النقض.

(٢) الحكم.

(٣) المشترى.

(٤) المشترى.

(٥) الأم بالغير.

(٦) من البائع.

(٧) أشار به إلى قوله: لأنه لا يحتمل النقض.

(٨) أى كإعتاق الولد حيث يرجح على حق البائع.

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر فى بطن واحد. (نت)

(١١) المدعى.

(١٢) أشار به إلى قوله: فمن ضرورة ثبوت إلخ.

(١٣) قوله: "فلا يتصور إلخ" ولا يتصور علوق الثانى على علوق الأول؛ لأنها إذا حبلت ينسد فم الرحم. (نت)

(١٤) أى بعد ولادة الأول. (نت)

(١٥) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوة النسب فى الآخر بعد إعتاق المشترى. (ع)

(١٦) إشارة إلى أن العلوق فى ملكه.

(١٧) بأنه ابنه.

ضرورة لأنهما توأمان، فتبين أن عتق المشترى وشراءه لا فى حر الأصل فبطل[١].

بخلاف ما إذا كان الولد واحداً[٢]، لأن هناك يبطل[٣] العتق[٤] فيه مقصوداً لحقّ دعوة البائع، وههنا[٥] ثبت[٦] تبعًا لحريته فيه حرية الأصل[٧]، فافترقا[٨]، ولو لم يكن[٩] أصل العلوق فى ملكه[١٠] ثبت نسب الولد الذى عنده[١١]، ولا ينقض البيع فيما باع، لأن هذه دعوة[١٢] تحرير[١٣] لانعدام شاهدا لاتصال[١٤]، فيقتصر[١٥] على محل ولايته[١٦].

---

(١٨) أى فيما إذا كان أصل العلوق فى ملكه.

(١٩) أى فى ذلك الولد.

(٢٠) الآخر.

(١) أى كل واحد من العتق والشراء.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا كان إلخ" أى إذا كان الولد واحداً، فباعه وأعتقه المشترى، ثم ادعى البائع أنه ابنه، فلا يبطل العتق، ولا يثبت النسب. (مل)

(٣) قوله: "يبطل العتق إلخ" يعنى لو بطل عتق المشترى فى تلك الصورة إنما يبطل العتق الثابت مقصوداً بسبب حق دعوة البائع، وأنه لا يجوز، لأن عتق المشترى عتق حقيقى، وحق البائع حق الدعوة، والحق أدنى من الحقيقة، فلا يعارضها، فكيف يرفعها. (ك)

(٤) والعتق لا يحتمل النقض.

(٥) أى فى مسألة التوأمين. (ك)

(٦) أى بطلان عتق المشترى.

(٧) قوله: "تبعًا لحريته فيه حرية الأصل" أى لا حرية التحرير، فالضمير فى حريته راجع إلى المشترى بالفتح، وقوله: فيه متعلق بقوله: يثبت، والضمير راجع إلى المشترى كذلك، وقوله: حرية الأصل بدل من قوله: لحريته، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين ذلك لأن البيع لم يكن صحيحًا، فالإعتاق لم يصادف محله، فكان خليقًا بالرد والإبطال. (نت)

(٨) قوله: "فافترقا" أى فافترق ما نحن فيه من مسألة التوأمين، وما إذا كان الولد واحداً حيث لزم بطلان العتق هناك أصالة وقصداً، وفيما نحن فيه ضمنًا وتبعًا، وكم من شيء يثبت ضمنًا وتبعًا، ولا يثبت أصالة وقصداً. (نتائج)

(٩) والمسألة بحالها. (نت)

(١٠) البائع.

(١١) قوله: "ثبت نسب إلخ" أى يثبت نسب الولدين من البائع أيضًا، لأن التوأمين لا ينفكان نسبًا، وقد ثبت نسب الذى عنده لمصادفة الدعوة ملكه، فيثبت نسب الآخر ضرورة، ويعتق الذى عند البائع على البائع، ولا يبطل عتق المشترى فى الذى عنده، ولا ينتقض بيعه، لأن هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لافتقار دعوة الاستيلاد إلى اتصال العلوق بملك من يدعيه، وإذا كانت دعوة تحرير تقتصر على محل ولايته، وصار كأن البائع أعتقهما، فيعتق من فى ملكه فحسب، وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر، فلهذا لا يعتق الذى عند المشترى عليه. (كفاية)

(١٢) فى المبيع.

(١٣) لا دعوة استيلاد.

(١٤) أى تصال العلوق فى ملكه.

(١٥) هذه الدعوة.

قال[١] : وإذا كان الصبي في يد رجل، فقال: هو ابن عبدي فلان الغائب، ثم قال: هو ابني لم يكن ابنه أبداً[٢] وإن[٣] جحد العبد أن يكون ابنه، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إذا جحد العبد فهو ابن المولى، وعلى هذا الخلاف[٤] إذا قال: هو ابن فلان ولد على فراشه، ثم ادعاه لنفسه[٥]. لهما: أن الإقرار[٦] يرتد برد العبد، فصار كأن لم يكن الإقرار، والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن[٧] كان[٨] لا يحتمل النقض، ألا ترى أنه يعمل فيه[٩] الإكراه[١٠] والهزل[١١]، فصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري، فكذبه البائع، ثم قال[١٢] : أنا أعتقته يتحول الولاء[١٣] إليه[١٤]، بخلاف ما[١٥] إذا صدقه[١٦]، لأنه[١٧] يدعي[١٨] بعد ذلك[١٩] نسباً ثابتاً من الغير[٢٠].

---

(١٦) البائع.

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٢) قوله: "لم يكن ابنه أبداً" أي في وقت من الأوقات لا حالا ولا مستقبلا، أما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير، وأما استقبالا فلأن الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث، إما أن يصدقه، أو يكذبه، أو يسكت عن تصديق تكذيب، ففي الوجه الأول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق، لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقر له، فبقي إقراره، وفي الوجه الثاني لم يصح دعوته عند أبي حنيفة‌رح خلاف لهما. (ع)

(٣) الواو وصلية.

(٤) المذكور.

(٥) حيث لا يكون ابنه عنده أبداً خلافاً لهما فيما إذا جحد.

(٦) أي إقرار النسب إلى العبد.

(٧) الواو وصلية.

(٨) النسب.

(٩) قوله: "ألا ترى أنه إلخ" الإكراه لا يبطل ما لا يحتمل النقض، وكذا الهزل، ويبطلان الإقرار بذلك، فإن من أكره على الطلاق والعتاق ففعل يقع الطلاق والعتاق، ولو أكره على الإقرار بهما فأقر لا يقع، كما لو أكره على البيع وغيره مما يحتمل النقض ففعل فإنه لا يثبت، فإذا ثبت أن الإقرار مما لا يحتمل النقض ملحق بما يحتمل النقض ثبت أنه يرتد بالرد. (ك)

(١٠) قوله: "الإكراه" حتى لو أكره بالإقرار ببنوة عبد فأقر لا يجوز. (عيني)

(١١) بأن أقر بالبنوة هازلا فإنه لا يثبت. (عيني)

(١٢) المشتري.

(١٣) فإن الإقرار ارتد برد المقر لهم أي البائع.

(١٤) أي إلى المشتري.

(١٥) حيث لا يصح فيه دعوى المولى.

(١٦) أي صدق العبد المولى.

(١٧) المقر.

(١٨) وهو لا يسمع.

وبخلاف ما إذا[١] لم يصدقه[٢]، ولم يكذبه[٣] لأنه تعلق به[٤] حق المقر له[٥] على اعتبار تصديقه، فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن، لأن له أن يكذب نفسه[٦]. ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته[٧] والإقرار بمثله[٨] لا يرتد بالرد، فبقي[٩] فيمتنع دعوته[١٠] كمن شهد على رجل بنسب صغير[١١]، فردت شهادته لتهمة[١٢]، ثم ادعاه لنفسه[١٣]، وهذا[١٤] لأنه تعلق به[١٥] حق المقر له على اعتبار تصديقه، حتى لو صدقه[١٦] بعد التكذيب يثبت النسب منه، وكذا تعلق[١٧] به[١٨] حق الولد، فلا يرتد برد المقر له.

ومسألة[١٩] الولاء على هذا الخلاف[٢٠]، ولو سلم[٢١] فالولاء قد يبطل

---

(١٩) أي بعد تصديق المقر له إياه. (نت)

(٢٠) أي العبد.

(١) حيث لا يصح فيه دعوى المولى أيضاً.

(٢) أي المولى العبد.

(٣) أي المولى العبد.

(٤) الصبي.

(٥) العبد.

(٦) فيصح دعوته.

(٧) وهذا بالاتفاق. (ع)

(٨) أي بما لا يحتمل النقض.

(٩) قوله: "فبقي" أي فبقي الإقرار في حق المقر، وإن لم يثبت في حق المقر له، كما إذا أقر بعتق عبد الغير وكذبه المالك، ثم اشتراه يعتق عليه. (عيني)

(١٠) المقر.

(١١) حيث لا يصح دعوته.

(١٢) لفسق أو قرابة.

(١٣) قوله: "ثم ادعاه [الشاهد الصبي] لنفسه" يعني لا يصح دعوة الشاهد لنفسه لما أنه أقر بأنه ثابت النسب من المدعي، والإقرار بالنسب مما لا يحتمل النقض. (ك)

(١٤) أي أن الإقرار بالنسب لا يحتمل الرد.

(١٥) أي بسبب الإقرار.

(١٦) المقر.

(١٧) قوله: "وكذا تعلق إلخ" إنما قاله لأن الإقرار حق المقر له، فينبغي أن يرتد بالرد كما في الإقرار بالدين، فقال: هذا الإقرار ليس بحق المقر له على الخلوص بل تعلق به حق الولد أيضاً. (ك)

(١٨) أي بالإقرار.

(١٩) جواب عن استشهادهما.

باعتراض[١] الأقوى كجر الولاء[٢] من جانب الأم إلى قوم الأب، وقد اعترض على الولاء الموقوف[٣] ما هو أقوى، وهو دعوى المشترى[٤]، فبطل به[٥]، بخلاف النسب[٦] على ما مر[٧]، وهذا[٨] يصلح مخرجاً[٩] على أصله[١٠] فيمن يبيع الولد، ويخاف[١١] عليه الدعوة[١٢] بعد ذلك[١٣]، فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره[١٤].

قال[١٥]: وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني، فقال النصراني: هو ابني، وقال المسلم: هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر؛ لأن الإسلام مرجح[١٦]، فيستدعي تعارضًا، ولا تعارض لأن نظر[١٧] الصبي في هذا[١٨] أوفر، لأنه ينال شرف

---

(٢٠) قوله: "على هذا الخلاف" فلا يقوم حجة، فإنه لو أقر المشترى بإعتاق البائع المشترى، وكذبه البائع، ثم قال المشترى: أنا أعتقته، فلا يتحول الولاء إلى المشترى عند الإمام الأعظم رح. (مل)

(٢١) قوله: "ولو سلم" أى لو سلمنا أن تلك المسألة بالاتفاق، فنقول: بين الولاء والنسب فرق. (عينى)

(١) پيش آمدن.

(٢) قوله: "كجر الولاء إلخ" صورته معتقة تزوجت بعبد، وولدت منه أولادًا، فإذا أعتق العبد جر ولاء الأولاد إلى نفسه. (عينى)

(٣) قوله: "على الولاء الموقوف" وهو الولاء من جانب البائع وسماه موقوفًا، لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب. (عينى)

(٤) قوله: "وهو دعوى المشترى" كونه أقوى لقيام ملكه في الحال. (عينى)

(٥) الموقوف.

(٦) قوله: "بخلاف النسب" فإنه لا يجوز نقض النسب بعد ثبوته، فلم يبطل، ولم يصح دعوة المولى بعد إقراره أنه ابن عبده. (عينى)

(٧) أشار به إلى قوله: إن النسب لا يحتمل النقض.

(٨) أى قوله: هذا ابن عبدى فلان الغائب.

(٩) أى الحيلة.

(١٠) أى على أصل الإمام.

(١١) فينتقض البيع.

(١٢) بأنه ابنه.

(١٣) أى البيع.

(١٤) قوله: "فيقطع دعواه إلخ" فإن ذلك الغير لو صدق أو كذب، أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لم يصح دعوة المقر عند أبى حنيفة رح، والحيلة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن فلان الميت، حتى لا يتأتى منه تكذيب، فيكون مخرجا على قول الكل، ذكره شمس الأئمة السرخسى. (ك)

(١٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٦) قوله: "لأن الإسلام مرجح" يعنى أن الإسلام مرجح أينما كان، والترجيح يستدعى تعارضًا، ولا تعارض ههنا، لأن التعارض إنما يكون عند وجود المساواة، ولا مساواة ههنا، لأن نظر الصبى فى هذا أوفر، يعنى أن النظر للصبى واجب، ونظره فيما ذكرنا أوفر، لأنه ينال إلخ. (نت)

الحرية حالا، وشرف الإسلام مآلا، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة[١]، وفي عكسه[٢] الحكم بالإسلام تبعًا[٣]، وحرمانه عن الحرية، لأنه ليس في وسعه اكتسابها[٤].

ولو كانت دعوتهما[٥] دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحًا للإسلام، وهو[٦] أوفر النظرين[٧]. قال[٨]: وإذا ادعت امرأة صبيًا أنه ابنها لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة، ومعنى المسألة أن تكون المرأة[٩] ذات زوج[١٠] لأنها تدعي تحميل النسب على الغير[١١]، فلا تصدق إلا بحجة[١٢]، بخلاف الرجل[١٣] لأنه يحمل نفسه النسب[١٤]، ثم شهادة القابلة كافية فيها، لأن الحاجة إلى تعيين الولد[١٥]، أما النسب يثبت بالفراش القائم[١٦]، وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة[١٧]*.

---

(١٧) شفقة.

(١٨) أي في كونه ابن النصراني، وكونه حرًا.

(١) فيمكنه اكتساب الإسلام بنفسه.

(٢) قوله: "وفي عكسه إلخ" يعني لو جعلناه عبدًا للمسلم جعلناه مسلمًا تبعًا، وحرمناه عن الحرية، لأن ليس في وسعه اكتساب الحرية. (ك)

(٣) لمولاه.

(٤) الحرية.

(٥) المسلم والنصراني.

(٦) قوله: "وهو أوفر النظرين" لأن القضاء بالنسب من المسلم قضاء بإسلامه. (كفاية)

(٧) نظر الإسلام ونظر البنوة.

(٨) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٩) قوله: "أن تكون المرأة إلخ" إنما قيد بذلك لأن المرأة إذا لم تكن ذات زوج يكون القول قولها من غير بينة كما في الرجل. (ك)

(١٠) وأنكر الزوج. (نت)

(١١) أي الزوج والغير منكر.

(١٢) قوله: "إلا بحجة" وهي شهادة القابلة، لأن الولادة مما لايحضرها الرجال، فإذا شهدت قابلة يثبت النسب.(ب)

(١٣) قوله: "بخلاف الرجل [إذا ادعى أنه ابنه]" أي يصدق الرجل في دعوى الولد بدون شهادة القابلة، لأن دعوى الرجل إقرار على نفسه بوجوب النفقة والحفظ والتربية، أما دعوى المرأة فإقرار على الزوج لا يلزمها شيء من ذلك، والدعوى لا تقبل إلا بحجة. (ك)

(١٤) فلا يحتاج فيه إلى الحجة.

(١٥) بأنه هو الذي ولدته تلك المرأة. (نت)

(١٦) في الحال.

(١٧) وقال حذيفة رضي الله عنه: أجاز رسول الله ﷺ شهادة القابلة على الولادة. (الزيلعي)

ولو كانت[١] معتدة[٢] فلا بد من حجة تامة[٣] عند أبي حنيفة، وقد مر في الطلاق[٤]، وإن لم تكن[٥] منكوحة[٦] ولا معتدة، قالوا: يثبت النسب منها بقولها، لأن فيه إلزامًا على نفسها دون غيرها.

وإن كان لها زوج، وزعمت أنه ابنها منه، وصدقها[٧] الزوج فهو ابنهما وإن[٨] لم تشهد امرأة؛ لأنه التزام نسبه فأغنى ذلك عن الحجة.

وإن كان الصبي[٩] في أيديهما، وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها، وزعمت أنه ابنها من غيره[١٠]، فهو ابنهما؛ لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما، أو لقيام الفراش بينهما، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه، فلا يصدق[١١] عليه[١٢]، وهو نظير ثوب في يد رجلين، يقول كل واحد منهما: هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما، إلا أن هناك[١٣] يدخل المقر له في نصيب المقر، لأن المحل[١٤] يحتمل الشركة، وههنا[١٥] لا يدخل[١٦]، لأن النسب لا يحتملها[١٧].

قال[١٨]: ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده[١٩]، فاستحقها رجل غرم

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٤٥ ص١٧٩. (نعيم)

(١) أي المرأة التي تدعي نسب الابن على زوجها.

(٢) عن طلاق أو وفاة.

(٣) قوله: "فلا بد من حجة تامة" هي شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، إلا أن يكو هناك حبل ظاهر، أو اعترف من قبل الزوج، فيثبت النسب من غير شهادة، وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة. (عيني)

(٤) في باب ثبوت النسب.

(٥) المرأة.

(٦) ذات زوج. (ف)

(٧) في دعواها.

(٨) الواو وصلية

(٩) أراد صبيًا لا يعبر عن نفسه، فأما إذا عبر فالقول له أيهما صدقه يثبت نسبه منه بتصديقه. (عناية)

(١٠) الزوج.

(١١) كل واحد.

(١٢) أي على صاحبه.

(١٣) أي في مسألة الثوب الذي في يد رجلين.

(١٤) الثوب.

(١٥) أي في مسألة دعوى النسب.

(١٦) المقر له في نصيب المقر.

(١٧) الشركة.

١) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

الأب[١] قيمة الولد يوم يخاصم؛ لأنه ولد المغرور[٢]، فإن المغرور[٣] من يطأ امرأة معتمدًا على ملك يمين، أو نكاح، فتلد منه، ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة[٤]، ولأن النظر من الجانبين[٥] واجب[٦]، فيجعل الولد[٧] حر الأصل في حق أبيه رقيقًا في حق مدعيه نظرًا لهما.

ثم[٨] الولد[٩] حاصل في يده من غير صنعه[١٠]، فلا يضمنه إلا بالمنع، كما في ولد المغصوبة[١١]، فلهذا[١٢] تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة؛ لأنه[١٣] يوم المنع، ولو مات الولد[١٤] لا شيء على الأب لانعدام المنع، وكذا لو ترك مالا[١٥] لأن الإرث ليس ببدل عنه[١٦]، والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه[١٧]، فيرثه[١٨]، ولو قتله[١٩] الأب

---

(١٩) أي من ماء المشتري.

(١) للمستحق.

(٢) وولد المغرور معتق بالقيمة.

(٣) قوله: "فإن المغرور إلخ" إنما سمي مغرورًا؛ لأن البائع غره، وباع منه جارية لم تكن ملكًا له. (شرح الوقاية)

(٤) قوله: "بإجماع الصحابة [قلت: غريب. ت]" فإنه لا خلاف بين الصدر الأول، وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حر الأصل، ولا خلاف أيضًا بين السلف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه، فقال عمر ابن الخطاب رضي الله عنه: يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية، يعني إن كان الولد غلامًا، فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية، فعليه جارية مثلها. وقال على بن أبي طالب رضي الله عنه: عليه قيمة الولد، وإليه ذهب أصحابنا رح، لأنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونًا بالمثل، وتأويل حديث عمر رضي الله عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية، فالخلاف ارتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر، وتبين مرامه على وفق ما يقتضيه النص الدال على أن الحيوان لا يكون مضمونًا بالمثل. (نتائج)

(٥) الأب والمدعي.

(٦) دفعًا للضرر عنهما. (ع)

(٧) قوله: "فيجعل الولد إلخ" لأن مقصود الأب من الاستيلاد الغلاق ولده حرًا، إذ لو علم بالغلاقة رقيقًا لا يقدم على الاستيلاد، فيجعل حر الأصل تحقيقًا لمقصوده. (ك)

(٨) بيان لسبب الضمان وهو المنع. (ع)

(٩) مغرورو مستحق.

(١٠) أي تعد منه.

(١١) قوله: "كما في ولد المغصوبة" أي ولد الجارية المغصوبة فإن ولدها أمانة لا تضمن إلا بالمنع. (عيني)

(١٢) أي لأجل كون الضمان بالمنع.

(١٣) يوم الخصومة.

(١٤) قبل الخصومة.

(١٥) قوله: "وكذا لو ترك إلخ" أي لا شيء عليه، أي على الأب لو مات ولد المغرور، وترك مالا ميراثًا لأبيه. (عيني)

(١٦) قوله: "ليس ببدل عنه [أي عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد]" أي عن الولد بخلاف الدية لأنها بدله، فمنعها كمنع الولد، فيأخذ قيمته. (ك)

يغرم قيمته لوجود المنع، وكذا لو قتله[١] غيره[٢]، فأخذ ديته[٣]؛ لأن سلامة بدله كسلامته له[٤]، ومنع بدله كمنعه، فيغرم قيمته، كما إذا كان[٥] حيًا.

ويرجع[٦] بقيمة الولد على بائعه؛ لأنه ضمن له[٧] سلامته[٨]، كما يرجع بثمنه[٩]، بخلاف العقر[١٠] لأنه[١١] لزمه[١٢] لاستيفاء منافعها[١٣]، فلا يرجع[١٤] به[١٥] على البائع، والله أعلم بالصواب.

---

(١٧) الأب.

(١٨) قوله: "فيرثه" فإن قيل: الولد إن كان حرا في حق أبيه فهو رقيق في حق مدعيه، فوجب أن يكون المال بينهما، قلنا: الولد حر الأصل في حق المدعى أيضًا، حتى لا يكون ولاءه له، وإنما جعل رقيقا ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها. (ك)

(١٩) ولد المغرور.

(١) ولد المغرور.

(٢) الأب.

(٣) قوله: "فأخذ [أي الأب] ديته" قيد بالأخذ ذكر في "المبسوط"، فإن قضى له بالدية، فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة، لأن المنع لا يتحقق فيما لم يصل إلى يده من البدل، فإن قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق، لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل، فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد. (كفاية)

(٤) أي الأب.

(٥) الولد.

(٦) المشترى المغرور.

(٧) قوله: "لأنه [البائع] ضمن له [المشترى] إلخ" يعنى أن الولد جزء للأم، والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميعه، ولم يسلم. (ك)

(٨) أي سلامة المبيع عن العيب، ولا عيب فوق الاستحقاق. (نت)

(٩) أي بثمن المبيع، وهو الأم، وفي نسخة: بثمنها.

(١٠) قوله: "بخلاف العقر" أي الذي أخذه المستحق من المشترى، فالمغرور لايرجع على البائع بعقر وجب عليه. (مل)

قوله: "العقر [في "المغرب": العقر صداق المرأة إذا وطئت بشبهة]" اعلم أنه قال في "الدر المختار": إن من أسماء المهر العقر، وفي استيلاد الجوهرة: العقر في الحرائر مهر المثل، وفي الإماء عشر قيمة الأمة إن كان بكرًا، أو نصف عشر قيمتها إن كانت ثيباً، والظاهر أنه يشترط عدم نقصان العشر، أو نصفه عن عشرة دراهم، فإن نقص وجب تكميله إلى العشرة، لأن المهر لا ينقص عن عشر، سواء كان مهر المثل أو مسمى، كذا في "رد المحتار".

وقال في الفيض: وقيل في الجواري: ينظر إلى مثل تلك الجارية جمالا، ومولى بكم تتزوج، فيعتبر بذلك وهو المختار، وقال في الفتح: العقر هو مهر مثلها في الجمال، أي ما يرغب فيه في مثلها جمالا فقط، وأما ما قيل: ما يستأجر به مثلها للزنا، لو جاز فليس معناه، بل العادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهرًا. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(١١) العقر.

(١٢) المشترى.

(١٣) الجارية.

(١٤) المشترى.

(١٥) العقر.

كتاب الإقرار[١]

قال[٢]: وإذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه إقراره مجهولا[٣] كان ما أقر به أو معلومًا، اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق[٤]، وأنه ملزم[٥] لوقوعه دلالة، ألا ترى[٦] كيف ألزم[٧] رسول الله ﷺ ماعزاً الرجم* بإقراره[٨]، وتلك المرأة[٩] باعترافها، وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره[١٠]، فيقتصر[١١] عليه[١٢].

وشرط الحرية ليصح إقراره[١٣] مطلقًا[١٤]، فإن العبد المأذون له وإن[١٥] كان

---

(١) قوله: "كتاب الإقرار" ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب، وذلك لأن دعوى المدعى إذا توجهت إلى المدعى عليه، فأمره لا يخلو إما أن يقر أو ينكر، وإنكاره سبب للخصومة، والخصومة مستدعية للصلح، قال الله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾. وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار أو بالصلح، فأمر صاحب المال بماله، لا يخلو إما أن يسترىح منه أو لا، فإن استربح منه فلا يخلو إما أن يسترىح منه بنفسه أو بغيره، وقد ذكر استرباحه بنفسه فى كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرنا هناك بما قبله، وذكر ههنا استرباحه لغيره، وهو المضاربة، فإن لم يسترىح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه، أو بغيره، ولم يذكر حفظه لنفسه، لأنه لم يتعلق به حكم فى المعاملات، فبقى حفظه لغيره، وهو الوديعة.

والإقرار فى اللغة: إفعال من قر الشيء، أى ثبت، وفى الشرع: عبارة عن إخبار بماله ظاهراً لغيره، وأما سببه فإرادة إسقاط الواجب عن ذمته بإخباره وإعلامه، وأما شرطه: فالعقل والبلوغ بلا خلاف، وأما الحرية فهى شرط فى بعض الأشياء دون البعض، وكذا الرضا والطوع شرطه حتى لا يصح إقرار المكره، وأما ركنه فالألفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الإقرار على المقر، وأما حكمه فلزوم ما أقر به على المقر. (ن)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٣) بأن قال: لفلان علي شيء. (نت)

(٤) لغيره على نفسه.

(٥) قوله: "وأنه ملزم" هذا حكم الإقرار، أى أن الإقرار ملزم على المقر لما أقر به لوقوعه دلالة، أى لوقوع الإقرار دلالة على وجود المخبر به، لأن الإقرار دائر بين الصدق والكذب، ويترجح جانب الصدق، إذ المرء لا يكذب، على أن المال محبوب بالطبع، فلا يقر لغيره كاذباً مع كمال عقله وديانته. (عينى)

(٦) إيضاح لقوله: وأنه ملزم إلخ.

(٧) روى هذا مسلم.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١١، والدراية ج٢ تحت الحديث فى كتاب الإقرار إلخ ص١٨٠. (نعيم)

(٨) بالزنا. (نت)

(٩) قوله: "وتلك المرأة" وهى الغامدية، وهى التى زنى بها ولد الأعرابى، فجلد ذلك الولد، وقال رسول الله صلى عليه وعلى آله وسلم لأنيس: «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»، فاعترفت فرجمت كذا روى الشيخان فلما جعل الإقرار حجة فى الحدود التى تندرأ بالشبهات، فلأن يكون حجة فى غيرها أولى. (مل)

(١٠) قوله: "وهو حجة قاصرة إلخ" حتى لو أقر مجهول الأصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله، ولم يصدق على أولاده، أمهاتهم، ومدبريه، ومكاتبيه، لأنه قد ثبت حق الحرية له، واستحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم. (ك)

(١١) بخلاف البينة فإنه حجة متعدية.

(١٢) المقر.

ملحقًا بالحر في حق الإقرار لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال، ويصح[١] بالحدود والقصاص؛ لأن[٢] إقراره عهد موجبًا لتعلق الدين برقبته، وهي[٣] مال المولى، فلا يصدق[٤] عليه[٥]، بخلاف المأذون له[٦]، لأنه مسلط عليه[٧] من جهته[٨]، وبخلاف الحد والدم[٩]، لأنه يبقى على أصل الحرية في ذلك[١٠] حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه[١١]، ولا بد من البلوغ والعقل؛ لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبي[١٢] مأذونًا له[١٣]، لأنه[١٤] ملحق بالبالغ بحكم الإذن.

وجهالة المقر به لا يمنع صحة الإقرار، لأن الحق قد يلزمه مجهولا، بأن أتلف ما لا لا يدري قيمته، أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها، أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق، فيصح به[١٥]، بخلاف الجهالة[١٦] في

---

(١٣) المقر.

(١٤) أي في المال وغيره. (ك)

(١٥) الواو وصلية.

(١) أي إقرار المحجور عليه.

(٢) دليل للمجموع. (ع)

(٣) الرقبة.

(٤) لقصور الحجة. (نت)

(٥) أي على المولى. (نت)

(٦) قوله: "بخلاف المأذون له" فإنه أقر بدين رجل أو وديعة أو غصب أو عارية، فإنه يصح لأنه ملحق بالأحرار في حق الإقرار. (ك)

(٧) قوله: "لأنه مسلط عليه" لأن الإذن بالتجارة إذن بما يلائمها، وهو دين التجارة، لأن الناس لا يبايعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح. (عيني)

(٨) المولى.

(٩) القصاص.

(١٠) أي في الحد والدم.

(١١) أي فيما ذكر من الحد والدم.

(١٢) قوله: "إلا إذا كان الصبي إلخ" كان إقراره جائزا بدين لرجل أو غصب، أو وديعة، أو عارية ومضاربة لأنه التحق بالإذن بالبالغ لدلالة الإذن على عقله، ولا يصح إقراره بالمهر والجناية والكفالة، لأنها غير داخلة تحت الإذن، إذ التجارة مبادلة المال بالمال، والنكاح مبادلة المال بما ليس بمال، والكفالة تبرع من وجه، فلم تكن تجارة مطلقة. (كفاية)

(١٣) في التجارة فيصح إقراره.

(١٤) لأن الصبي المأذون.

(١٥) أي بالمجهول.

المقر له[1] لأن المجهول لا يصلح مستحقًا.

ويقال[2] له[3]: بين المجهول؛ لأن التجهيل من جهته[4]، فصار كما إذا أعتق أحد عبديه[5]. فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان؛ لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره، وذلك بالبيان.

قال: فإن قال[6]: لفلان علي شيء لزمه أن يبين ماله[7] قيمة[8]؛ لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته، وما لا قيمة له لا يجب فيها[9]، فإذا بين غير ذلك[10] يكون رجوعًا[11]. قال[12]: والقول قوله[13] مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك[14]؛ لأنه[15] هو المنكر فيه، وكذا[16] إذا قال: لفلان علي حق لما بينا[17]، وكذا[18] لو

---

(١٦) قوله: "بخلاف الجهالة [فإنه لا يصح] إلخ" في الذخيرة جهالة المقر له إنما تمنع صحة الإقرار إذا كانت متفاحشة بأن قال: هذا الواحد من الناس، أما إذا لم تكن فاحشة لا تمنع بأن قال: هذا العبد لأحد من هذين الرجلين. (عيني)

(١) قوله: "في المقر له" كما إذا قال لرجل: علي ألف درهم، أو يقول: لزيد علي ألف درهم لم يصح الإقرار لأن زيدًا في الدنيا كثير إلا أن يبين. (ك)

(٢) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) أي المقر إذا أقر بمجهول.

(٤) المقر.

(٥) فإنه يبين أي العبدين أراد.

(٦) هذا أيضًا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٧) مكيلا، أو موزونًا، أو عدديًا. (ع)

(٨) قل أو كثر نحو حبة، أو فلس، أو نحوهما.

(٩) الذمة.

(١٠) قوله: "غير ذلك" أي غير ماله قيمة نحو أن يقول: عنيت بشيء أو حق حق الإسلام، أو كفًا من التراب. (ملخصات الحواشي)

(١١) عن إقراره، فلا يسمع.

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٣) قوله: "القول قوله [أي المقر] إلخ" أي إن ساعده المقر له على ما بينه أخذه، وإن ادعى غيره، فالقول قول المقر مع يمينه، لأن خرج عن موجب إقراره بما بين، فإذا كذبه المقر له فيه صار رادا لإقراره، فيبقى دعواه شيئًا آخر عليه وهو لذلك منكر، فالقول قوله مع يمينه. (ك)

(١٤) أي مما بينه.

(١٥) أي المقر.

(١٦) أي يلزمه أن يبين بماله قيمة.

(١٧) قوله: "لما بينا" من أنه أخبر عن الوجوب في ذمته، وما لا قيمة له لا يجب فيها. (نت)

(١٨) أي يجب البيان.

قال[١] : غصبت منه شيئًا، ويجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع[٢] تعويلا على العادة[٣]. ولو قال[٤] : لفلان علي مال، فالمرجع إليه في بيانه؛ لأنه هو المجمل، ويقبل[٥] قوله في القليل والكثير؛ لأن كل ذلك[٦] مال، فإنه[٧] اسم لما يتمول[٨] به إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالا عرفًا.

ولو قال: مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم؛ لأنه أقر بمال موصوف[٩]، فلا يجوز إلغاء الوصف، والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيًا به، والغنى عظيم عند الناس[١٠]. وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم، وهي نصاب السرقة، لأنه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة، وعنه[١١] مثل جواب[١٢] الكتاب[١٣]، وهذا[١٤] إذا قال: من الدراهم، أما إذا قال من الدنانير[١٥] فالتقدير فيها بالعشرين[١٦]، وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه

---

(١) هذه من مسائل "المبسوط". (نت)

(٢) قوله: "ويجب أن يبين إلخ" أي لا بد من أن يبين شيئًا هو مال، لأن الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غير مال إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه، فالغصب لا يرد إلا على ما هو مال، وما يثبت بدلالة اللفظ، فهو كالملفوظ كقوله: اشتريت من فلان شيئًا يكون إقراراً بشراء ما هو مال، لأن الشراء لا يتحقق إلا فيه.

ولا بد من أن يبين ما لا يجرى فيه التمانع بين الناس حتى إن فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه، لأن الإقرار بالغصب دليل على أنه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه، وهذا مما يجرى فيه التمانع، فإذا بين شيئًا بهذه الصفة قبل بيانه، لأن هذا بيان مقرر لأصل كلامه، وبيان التقرير صحيح موصولا كان أو مفصولا. (ك)

(٣) قوله: "تعويلا على العادة" أي لأن مطلق اسم الغصب يطلق على أخذ مال متقوم في العرف. (ك)

(٤) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٥) من تتمة كلام القدوري. (نت)

(٦) أي القليل والكثير.

(٧) المال.

(٨) تمول: مالدار شدن، ودولت مندى. (غياث)

(٩) بالعظيم.

(١٠) قوله: "والغنى عظيم عند الناس" فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، ولم يذكر محمد في الأصل قول أبي حنيفة في هذا الفصل، فاختلفت رواية المشايخ عنه، فأراد المصنف بيان ذلك فقال: وعن أبي حنيفة. (نت)

(١١) قوله: "وعنه [أي عن أبي حنيفة] مثل إلخ" قال شمس الأئمة السرخسي: والأصح على قول أبي حنيفة أنه يبنى على حال المقر في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغني حقير. (نتائج)

(١٢) أي لا يصدق في أقل من مائتي درهم.

(١٣) القدوري.

(١٤) أي ما ذكرنا أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم.

(١٥) مال عظيم.

(١٦) لأنه النصاب من الدنانير.

من جنسه[1]، وفي غير مال الزكاة[2] بقيمة النصاب، ولو قال: أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سمّاه[3] اعتباراً لأدنى الجمع[4].

ولو قال: دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين، لأن صاحب النصاب مكثر[5]، حتى وجب عليه مؤاساة[6] غيره[7]، بخلاف ما دونه[8].

وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع[9] يقال: عشرة دراهم، ثم يقال أحد عشر درهماً، فيكون هو[10] الأكثر من حيث اللفظ[11]، فينصرف[12] إليه[13].

ولو قال: دراهم فهي ثلاثة؛ لأنها أقل الجمع الصحيح، إلا أن يبين أكثر منها[14]؛ لأن اللفظ يحتمله، وينصرف[15] إلى الوزن المعتاد[16].

ولو قال: كذا كذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد عشر درهماً؛ لأنه ذكر

(١) قوله: "لأنه أدنى نصاب يجب [الزكاة] فيه من جنسه" كالعشرين من الدنانير، والمائتين من الدراهم، فإن قلت: ينبغي أن يقدر في الإبل بخمسة، لأن صاحبها غني بها، ووجبت عليه شاة، والغنى عظيم عند الناس، قلت: الخمسة من الإبل عظيم لوجوب الشاة، حقير لعدم الوجوب من جنسه، فيشترط خمسة وعشرون ليكون عظيماً مطلقاً لإطلاقه، فانصرف المطلق إلى الكامل. (عيني)

(٢) قوله: "وفي غير مال الزكاة" أي فيما إذا بين بغير مال الزكاة يقدر بقيمة النصاب، أي بقدر النصاب قيمة. (نت)

(٣) قوله: "من جنس ما سمّاه" أي من نوع ما سمّاه حتى لو قال: من الدراهم كان التقدير بست مائة درهم، ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالا، ولو قال: من الإبل كان بخمس وسبعين إلى غير ذلك من الأموال، وإنما كان كذلك اعتباراً لأدنى الجمع، فإن أدنى الجمع ثلاثة، فيحمل على ثلاثة أموال عظام، وهي ثلاثة نصب من جنس ما سماه. (نت)

(٤) هو ثلاثة.

(٥) رجل مكثر كمحسن مرد مالدار. (من)

(٦) مدد كردن.

(٧) من ذوي الأرحام.

(٨) قوله: "بخلاف ما دونه [لأن من ملك ما دون النصاب لا يسمى مكثراً]" أي بخلاف ما دون النصاب فإن صاحبه مقل، ولذا لم يلزمه مؤاساة غيره. (نت)

(٩) يعني من حيث التمييز لأن ما بعد العشرة التمييز بالمفرد.

(١٠) أي العشرة.

(١١) أي من حيث دلالة اللفظ عليه.

(١٢) لأن العمل بما دل عليه اللفظ، وأما مانع من الصرف إليه.

(١٣) أي العشرة.

(١٤) الثلاثة.

(١٥) الدرهم.

(١٦) قوله: "إلى الوزن المعتاد" أي بين الناس، لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى ما هو غالب نقد البلد. (عيني)

عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد عشر[(١)].

ولو قال: كذا وكذا لم يصدق في أقل من أحد وعشرين؛ لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون، فيحمل كل وجه على نظيره[(٢)]، ولو قال: كذا درهماً[(٣)]، فهو درهم لأنه[(٤)] تفسير للمبهم[(٥)]، ولو ثلث كذا بغير واو[(٦)] فأحد عشر، لأنه لا نظير له سواه[(٧)]، وإن ثلث بالواو[(٨)] فمائة وواحد وعشرون، وإن ربع[(٩)] يزاد[(١٠)] عليها ألف لأن[(١١)] ذلك[(١٢)] نظيره[(١٣)].

قال[(١٤)]: وإن قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين؛ لأن علي صيغة إيجاب، وقبلي ينبئ عن الضمان[(١٥)] على ما مر في الكفالة[(١٦)]، ولو قال المقر[(١٧)] هو وديعة، ووصل[(١٨)] صدق لأن اللفظ يحتمله مجازاً حيث يكون المضمون حفظه[(١٩)]، والمال

---

(١) قوله: "وأقل ذلك إلخ" والأكثر تسعة عشر، إلا أن الأقل يلزمه من غير بيان، والزيادة تتوقف على البيان. (مل)

(٢) من المفسر.

(٣) قوله: "ولو قال: كذا درهماً إلخ" هذه المسألة ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة القدوري، ولم يذكرها محمد في "الأصل". (نتائج)

(٤) أي قوله درهماً.

(٥) قوله: "تفسير للمبهم" أي تمييز للشيء المبهم، وهو كذا لأنه كناية عن العدد المبهم، وأقله المتيقّن واحد، فيحمل عليه. (نت)

(٦) بأن قال: كذا كذا كذا درهماً.

(٧) قوله: "لأنه نظير له سواه" أي لا نظير للثلاثة بلا واو، وتقريره أن يحمل الواحد منها على التكرار ضرورة عدم ثلاثة أعداد يجمع بينها ذكراً بلا ذكر عاطف. (ع)

(٨) بأن قال: كذا وكذا وكذا درهماً.

(٩) بأن قال: كذا وكذا وكذا وكذا درهماً.

(١٠) فيكون ألف ومائة وأحد وعشرون.

(١١) تعليل لمجموع الصورتين.

(١٢) أي أقل ما هو نظير له.

(١٣) المبهم.

(١٤) أي محمد في "الأصل"، ولم يذكر محمد هذه المسألة في "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) قوله: "ينبئ عن الضمان" يقال: قبل فلان عن فلان، أي ضمن، وسمى الكفيل قبيلاً، لأنه ضامن للمال، وسمى الصك الذي هو حجة الدين قبالة. (ك)

(١٦) قوله: "على ما مر في الكفالة" أي في أوائل كتاب الكفالة، وهو قوله: وكذا إذا قال: أنا به زعيم وقبيل، لأن الزعم هي الكفالة، والقبيل هو الكفيل. (عيني)

(١٧) أي في قوله: علي أو قبلي. (نت)

(١٨) أي وصل قوله: علي أو قبلي بقوله: هو وديعة.

محله، فيصدق موصولا لا مفصولا.

قال[1]: وفي بعض نسخ "المختصر"[2] في قوله: قبلى إنه إقرار بالأمانة، لأن اللفظ ينتظمهما[3] حتى صار قوله: لا حق لى قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعًا، والأمانة أقلهما[4]، والأول[5] أصح[6].

ولو قال[7]: عندى، أو معى، أو فى بيتى، أو فى كيسى، أو فى صندوقى، فهو إقرار بأمانة فى يده، لأن كل ذلك[8] إقرار بكون الشيء فى يده، وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة، فيثبت أقلهما[9].

ولو قال[10] له رجل: لى عليك ألف، فقال: اتزنها، أو انتقدها، أو أجلنى بها، أو قد قضيتكها فهو إقرار؛ لأن الهاء فى الأول والثانى كناية عن المذكور فى الدعوى، فكأنه قال: اتزن الألف التى لك على، حتى لو لم يذكر حرف الكناية[11] لا يكون إقرارًا لعدم انصرافه إلى المذكور[12]، والتأجيل إنما يكون فى حق واجب، والقضاء[13] يتلو الوجوب[14]، ودعوى الإبراء[15] كالقضاء لما بينا، وكذا

---

(١٩) قوله: "حيث يكون المضمون حفظه" أى حفظ المودع، فإن المودع ملتزم حفظ الوديعة والمال محله، أى محل الحفظ، فقد ذكر محل الحفظ وهو مال الوديعة، وأراد الحال، وهو حفظه، فجاز مجازاً، كما فى قولهم: نهر جار، ولكنه تغير عن وضعه، فيصدق موصولا لا مفصولا، لأنه صار بيان تغيير، وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا، كما فى الاستثناء. (نتائج)

(١) قوله: "قال رضى الله عنه [أى المصنف] إلخ" كان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر أولا ما ذكره القدورى، ثم يذكر ما ذكر فى "الأصل"، لأن الهداية شرح مسائل "الجامع الصغير" والقدورى، إلا أن المذكور فى الأصل هو الأصح، لذا قدمه فى الذكر. (عناية)

(٢) أى مختصر القدورى. (نت)

(٣) الأمانة والدين.

(٤) أى الأمانة والدين لعدم الضمان فيه.

(٥) قوله: "والأول" أى ما ذكر فى "الأصل" هو الأصح لأن استعماله فى الديون أغلب وأكثر، فكان الحمل عليه أجدر. (ك)

(٦) فيحمل قول المقر عليها لكون الأدنى هو المتيقن.

(٧) هذه كلها من مسائل "الأصل". (نت)

(٨) أى ما كان فى يده. (نت)

(٩) أى الأمانة.

(١٠) هذا لفظ القدورى فى "مختصره".

(١١) أى الهاء.

(١٢) فى الدعوى.

(١٣) فى قوله: قضيتكها.

دعوى الصدقة والهبة[١]، لأن التمليك يقتضى سابقة الوجوب، وكذا لو قال[٢]: أحلتك بها على فلان لأنه[٣] تحويل الدين[٤].

قال[٥]: ومن أقر بدين مؤجل، فصدقه المقر له فى الدين، وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا؛ لأنه أقر على نفسه بمال، وادعى حقًا[٦] لنفسه[٧] فيه[٨]، فصار كما إذا أقر[٩] بعبد فى يده[١٠]، وادعى الإجارة بخلاف[١١] الإقرار بالدراهم السود[١٢]، لأنه صفة[١٣] فيه، وقد مرت المسألة فى الكفالة[١٤].

قال[١٥]: ويستحلف المقر له على الأجل[١٦]؛ لأنه منكر حقًا عليه، واليمين على المنكر. وإن قال: له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم، ولو قال: مائة وثوب لزمه ثوب واحد، والمرجع فى تفسير المائة إليه[١٧]، وهو القياس[١٨] فى الأول[١٩]، وبه قال

---

(١٤) فيلزمه.

(١٥) قوله: "ودعوى الإبراء" أى قال: ابرأتنى منها كالقضاء، أى كدعوى القضاء لما بينا، إشارة إلى قوله: والقضاء يتلو الوجوب، يعنى أن الإبراء أيضًا يتلو الوجوب، لأن الإبراء إسقاط، وهذا إنما يكون فى مال واجب عليه. (نتائج)

(١) قوله: "وكذا دعوى إلخ" يعنى لو قال: تصدقت بها على، أو وهبتها لى كان ذلك إقرارًا، لأن الصدقة والهبة من قبيل التمليك، فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه، وذا لا يكون إلا بعد وجوب المال فى ذمته. (نتائج)

(٢) قوله: "وكذا لو قال" أى كان هذا القول منه إقرارًا. (نت)

(٣) حوالة.

(٤) من ذمة إلى ذمة.

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٦) أى التأجيل.

(٧) فلا يصدق.

(٨) أى المال.

(٩) بأنه ملك فلان.

(١٠) فلا يصدق فى دعوى الإجارة.

(١١) أى إذا أقر أن لفلان على دراهم لكنها سود يصدق.

(١٢) فيلزمه ما أقر به.

(١٣) قوله: "لأنه صفة" أى لأن السواد صفة أصلية فى الدراهم، لأن الدراهم لا تنطبع إلا بغش، والأجل فى الدين عارض لا يثبت بلا شرط، والقول لمنكر العارض. (عينى)

(١٤) أى فى باب الضمان منه ببيان الفرق. (ك)

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٦) أى على إنكار الأجل. (ع)

(١٧) أى المقر.

(١٨) فيلزمه درهم والمرجع فى تفسير المائة إلى المقر.

الشافعي؛ لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة، لا تفسير لها[١]، فبقيت المائة على إبهامها، كما في الفصل الثاني[٢].

وجه الاستحسان: وهو الفرق[٣] أنهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد، واكتفوا بذكره[٤] عقيب العددين[٥]، وهذا[٦] فيما يكثر استعماله، وذلك[٧] عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه[٨]، وذلك في الدراهم[٩] والدنانير والمكيل والموزون، وأما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها، فبقي على الحقيقة[١٠]، وكذا[١١] إذا قال: مائة وثوبان، لما بينا[١٢]. بخلاف ما إذا قال: مائة وثلاثة أثواب، لأنه ذكر عددين مبهمين، وأعقبهما تفسيراً، إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف[١٣]، فانصرف إليهما[١٤] لاستواءهما في الحاجة إلى تفسير[١٥]، فكان كلها ثيابًا.

قال[١٦]: ومن أقر بتمر في قوصرة[١٧] لزمه التمر والقوصرة، وفسره[١٨] في

---

(١٩) أي في قوله: له على مائة ودرهم.

(١) للتغاير.

(٢) أي قوله: له على مائة ثوب.

(٣) بين الفصلين.

(٤) الدرهم.

(٥) قوله: "عقيب العددين" ألا ترى أنهم يقولون: أحد وعشرون درهمًا، يكتفون بذكر الدرهم مرةً، ويجعلون ذلك تفسيراً للكل. (عيني)

(٦) الاستثقال.

(٧) كثرة استعمال.

(٨) الوجوب.

(٩) قوله: "وذلك في الدراهم" أي ذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير، والمكيل والموزون، لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة، فيجوز الاستقراض بها، بخلاف غيرها، فإن الثوب لا يثبت في الذمة دينًا إلا سلمًا، والشاة لا تثبت دينًا في الذمة أصلا، فلم يكثر كثرتها. (ع)

(١٠) قوله: "فبقي على الحقيقة" أي على الأصل، وهو أن يكون بيان المجمل موقوفًا على المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة، وقد انعدمت. (عيني)

(١١) أي يرجع إلى المجمل في البيان للمائة.

(١٢) قوله: "لما بينا" من أن الثياب، وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها. (عيني)

(١٣) حتى تدل على المغايرة.

(١٤) عددين.

(١٥) قوله: "لاستواءهما في الحاجة إلخ" لا يقال: الأثواب جمع لا يصلح تمييزاً للمائة، لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحداً. (عيني)

(١٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

"الأصل"[١] بقوله: غصبت تمرًا في قوصرة، ووجهه[٢] أن القوصرة وعاء وظرف له[٣]، وغصب الشيء وهو[٤] مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه[٥]، وكذا الطعام في السفينة[٦] والحنطة[٧] في الجوالق[٨]، بخلاف ما إذا قال: غصبت من قوصرة[٩]، لأن كلمة "من" للانتزاع[١٠]، فيكون إقرارًا بغصب المنزوع.

قال[١١]: ومن أقر بدابة[١٢] في إصطبل[١٣] لزمه الدابة خاصةً[١٤]؛ لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب[١٥] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قياس قول محمد يضمنهما[١٦]، ومثله[١٧] الطعام في البيت.

---

(١٧) قوله: "قوصرة" القوصرة -بالتخفيف والتشديد- وعاء التمر يتخذ من قصب، وقولهم: إنما يسمى بذلك ما دام فيها التمر، وإلا يسمى زنبيل مبني على عرفهم، كذا في "المغرب". (ك)

قوصرة -بتشديد الراء وتخفيفها- زنبيل خرما. (صراح)

(١٨) محمد.

(١) أي المبسوط.

(٢) أي وجه لزوم التمر والقوصرة جميعًا.

(٣) أي التمر.

(٤) الواو حالية.

(٥) أي التمر والقوصرة.

(٦) قوله: "وكذا الطعام في السفينة" أي كذلك الحكم فيما إذا قال: غصبت الطعام في السفينة لأن السفينة ظرف له. (عيني)

(٧) أي قال: غصبت الحنطة في الجوالق.

(٨) قوله: "الجوالق" جوالق جوال [بضم أول: چيزى ها دران پر كرده خر ويا بونهند. غياث]، كذا في "الصراح"، وجوال ظرفي باشد از پشم بافتة كه چيز ها دران كنند ويك لنگ بار را نيز گويند، كذا في "البرهان".

(٩) فلا يلزم القوصرة.

(١٠) قوله: "لأن كلمة "من" إلخ" يعني أن كلمة من لابتداء الغاية، فيكون إقرارًا بأن مبدأ الغصب من القوصرة، وإنما يفهم منه الانتزاع. (نتائج)

(١١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٢) أي بغصب دابة.

(١٣) إصطبل: جاى باش ستور لغت شامى ست. (من)

(١٤) قوله: "لزمه الدابة إلخ" إنما قال: لزمه الدابة خاصة، ولم يقل: كان إقرارًا بالدابة خاصة، لما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعًا، إلا أن اللزوم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في الدابة خاصة. (نتائج)

(١٥) قوله: "غير مضمون إلخ" لأن الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل عندهما، والإصطبل مما لا ينقل ولا يحول، فلا يكون مضمونًا بالغصب عندهما. (نت)

(١٦) أي الدابة والإصطبل، لأن محمدا يرى غصب العقار. (نت)

(١٧) قوله: "ومثله" أي مثل إقرار الدابة في الإصطبل قوله: غصبت الطعام في البيت، فلا يلزمه إلا الطعام عندهما،

قال[١]: ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص؛ لأن اسم الخاتم يشمل الكل[٢]، ومن أقر له بسيف فله النصل[٣] والجفن[٤] والحمائل[٥]؛ لأن الاسم ينطوى على الكل، ومن أقر بحجلة[٦] فله العيدان[٧] والكسوة، لإطلاق الاسم على الكل عرفًا، وإن قال: غصبت ثوبًا فى منديل[٨] لزماه جميعًا؛ لأنه[٩] ظرف، لأن الثوب يلف فيه، وكذا[١٠] لو قال: على ثوب فى ثوب لأنه ظرف، بخلاف قوله: درهم في درهم حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لا ظرف.

وإن قال: ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد[١١] عند أبى يوسف، وقال محمد: لزمه أحد عشر ثوبًا؛ لأن النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب[١٢]، فأمكن حمله على الظرف. ولأبى يوسف أن حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضًا، قال الله تعالى: ﴿فادخلى فى عبادى﴾، أى بين عبادى فوقع الشك[١٣]، والأصل براءة الذمم[١٤] علا أن كل ثوب موعى[١٥]، وليس بوعاء[١٦]،

وعند محمد يلزمانه. (عينى)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٢) قوله: "يشمل الكل" ولذا يدخل الفص فى بيع الخاتم من غير تسميته. (عينى)

(٣) قوله: "النصل إلخ" النصل حديدة السيف، والجفن الغمد، والحمائل جمع الحمالة -بكسر الحاء- هى علاقة السيف. (ك)

(٤) بالفتح: نيام شمشير. (من)

(٥) حمالة -بالكسر- دوال شمشير. (من)

(٦) قوله: "بحجلة" الحجلة -بفتحتين- واحد حجل العروس وهى بيت يزين بالثياب والأسرة والستور، كذا فى "الصحاح". (نتائج) حجلة: موضعى كه پردها آراسته كنند براى عروس بهندى جوپر كهٹ گويند. (غياث)

(٧) جمع عود وهو الخشب.

(٨) قوله: "فى منديل" بكسر ميم ودال مهمله وستار دوستارچه كه برميان بندند از كشف، ومؤيد ومنتخب، وبمعى رومال، وپارچه نادوخته نيز نوشته اند. (غياث)

(٩) منديل.

(١٠) أى يلزمه الثوبان.

(١١) وفى "الكافى" هو قول أبى حنيفة. (نت)

(١٢) قوله: "قد يلف إلخ" هو منقوض على أصله، فإنه لو قال: غصبت كرباسا فى عشرة أثواب حرير عند محمد يلزمه الكل فى هذه الصورة مع أن عشر حرير لا يجعل وعاء الكرباس عادة. (ك)

(١٣) قوله: "فوقع الشك إلخ" لأن كلمة فى لما استعملت فى معنى بين كما استعملت للظرف لم يلزمه الأثواب واحد لوقوع الشك فيما زاد عليه، فلا يجوز. (عينى)

(١٤) قوله: "فلا يجوز شغلها إلا بحجة.

(١٥) إيعاء: در وعاء نهادن چيزى را. (من)

فتعذر حمله على الظرف، فتعين الأول محملا[١].

ولو قال[٢]: لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة، لأن الضرب[٣] لا يكثر المال[٤]، وقال الحسن[٥]: يلزمه خمسة وعشرون، وقد ذكرناه في الطلاق[٦]. ولو قال: أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة، لأن اللفظ يحتمله، ولو قال: له على من درهم إلى عشرة، أو قال: ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة، فيلزمه الابتداء، وما بعده، وتسقط الغاية[٧].

وقالا: يلزمه العشرة كلها، فيدخل الغايتان[٨]، وقال زفر: يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان[٩]، ولو قال: له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما، وليس له[١٠] من الحائطين شيء، وقد مرت الدلائل في الطلاق[١١].

فصل[١٢]

قال[١٣]: ومن قال: لحمل فلانة على ألف درهم، فإن قال: أوصى له فلان، أو مات أبوه، فورثه فالإقرار صحيح؛ لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له.

---

(١٦) قوله: "وليس بوعاء" معناه أن الجميع ليس بوعاء الواحد بل كان كل واحد منها موعى بما حواه، والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان ظاهراً، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغواً. (عناية)

(١) أي كونه بمعنى البين.

(٢) هذا لفظ القدوري في "مختصره".

(٣) قوله: "لأن الضرب" أي لأن المقر به خمسة مضروبة والخمسة إذا ضربت بخمسة تكثر أجزاءها، لا أن عينها يكثر ويبلغ خمسة وعشرين. (مجمع الأنهر)

(٤) قوله: "لا يكثر المال" يعني أن الضرب في تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا في تكثير المال، وخمسة دراهم وزنا وإن جعل ألف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط. (نت)

(٥) أي ابن زياد.

(٦) قوله: "وقد ذكرناه في الطلاق" أي باب إيقاع الطلاق، ولم يذكر المصنف هذه المسألة صريحًا بل فهم ذلك عن الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال: أنت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب، فعندنا يقع ثنتان، وعنده يقع ثلاث. (نتائج)

(٧) هي العاشرة من العشرة.

(٨) أي الابتداء والانتهاء.

(٩) أي الابتداء والانتهاء.

(١٠) أي للمقر له.

(١١) أي في باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق. (نت)

(١٢) قوله: "فصل" لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة، وألحق بها مسألة الخيار اتباعًا للمبسوط. (ع)

(١٣) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

ثم إذا جاءت(١) به(٢) حيًا في مدة يعلم أنه كان قائمًا وقت الإقرار(٣) لزمه(٤)، وإن جاءت(٥) به(٦) ميتًا، فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته(٧)؛ لأنه إقرار في الحقيقة لهما(٨)، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل. ولو جاءت(٩) بولدين حيين فالمال بينهما(١٠)، ولو قال المقر: باعني(١١)، أو أقرضني لم يلزمه شيء(١٢)؛ لأنه بين سببًا مستحيلا(١٣).

قال: فإن أبهم الإقرار(١٤) لم يصح عند أبي يوسف، وقال محمد: يصح؛ لأن الإقرار من الحجج، فيجب إعماله(١٥)، وقد أمكن(١٦) بالحمل على سبب الصالح(١٧). ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، ولهذا

(١) الفلانة.

(٢) أي بالولد.

(٣) قوله: "يعلم أنه كان قائمًا إلخ" بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، وإن جاءت به لأكثر من سنتين وهي معتدة فكذلك، وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة لم يلزمه. (عيني)

(٤) أي لزم المقر ما أقر به.

(٥) الفلانة.

(٦) أي بالولد.

(٧) أي ورثة الموصى أو المورث.

(٨) قوله: "لأنه إقرار في الحقيقة لهما [أي للموصى والمورث]" إذ التركة مبقاة على ملك الميت ما لم يصرف إلى وارثه، أو إلى من أوصى له به. (ك)

(٩) الفلانة.

(١٠) قوله: "فالمال بينهما" أي بأن كانا ذكرين أو انثيين، وإن كان أحدهما ذكرا، والآخر أنثى ففي الوصية بينهما نصفان، وفي الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين. (عيني)

(١١) قوله: "باعني" يعني لو قال: لحمل فلانة على ألف من ثمن شيء باعني، أو أقرضني، أي لو قال: حمل فلانة أقرضني ألف درهم. (عيني)

(١٢) قوله: "لم يلزمه شيء" فإن قيل: هذا يكون رجوعًا، وأنه لا يصح وإن كان موصولا، قلنا: لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل، فقد يشتبه على الجاهل، فيظن أن الجنين ثبت عليه الولاية كالمنفصل في عامله، ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه، ويبين سببه، ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا، وكان كلامه هذا بيانًا لا رجوعًا، فلهذا كان مقبولا منه. (ك)

(١٣) فصار كلامه لغوًا.

(١٤) أي لم يبين سببه.

(١٥) قوله: "فيجب إعماله" إذ صدر من أهله مضافا إلى محله، ولا نزاع في صدوره من أهله لأنه هو المفروض، وأمكن إضافته إلى محل لحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة. (ع)

(١٦) الإعمال.

(١٧) بأن قال: أوصى له فلان، أو مات أبوه فورثه.

حمل إقرار العبد المأذون، وأحد المتفاوضين[١] عليه[٢]، فيصير[٣] كما إذا صرح به[٤]. قال[٥]: ومن أقر بحمل جارية، أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه؛ لأن له وجهًا صحيحًا[٦]، وهو الوصية به[٧] من جهة غيره[٨]، فحمل عليه.

قال[٩]: ومن أقر بشرط الخيار[١٠] بطل الشرط؛ لأن الخيار للفسخ، والإخبار لا يحتمله[١١] ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة[١٢]، ولم ينعدم[١٣] بهذا الشرط الباطل.

باب الاستثناء[١٤] وما في معناه[١٥]

قال[١٦]: ومن استثنى متصلا بإقراره[١٧] صح الاستثناء، ولزمه الباقي؛ لأن

---

(١) قوله: "ولهذا حمل إقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين" على الإقرار بسبب التجارة، ولم يحمل على الإقرار بغير التجارة كدين المهر وأرش الجناية حتى يؤاخذ العبد به في حال رقه، ويؤاخذ الشريك الآخر، وفي الإقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون في حال رقه، والشريك الآخر أبدًا. (ك)
قوله: "المتفاوضين" المفاوضة أن يشترك متساويان تصرفًا ودينًا، ومالا وربحًا. (ملتقى الأبحر)

(٢) أي على الإقرار بسبب التجارة.

(٣) أي الإقرار المبهم.

(٤) أي بسبب التجارة.

(٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٦) قوله: "لأن له وجهًا صحيحًا" بأن كانت الجارية لواحد أوصى بحملها لرجل ومات، والمقر وارثه، ورث الجارية عالما بوصية مورثه. (عناية)

(٧) قوله: "وهو الوصية به [الحمل] إلخ" بأن أوصى بالحمل مالك الجارية، ومالك الشاة لرجل ومات، فأقر وارثه، وهو عالم بوصية مورثه بأن هذا الحمل لفلان، وإذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه. (نتائج)

(٨) المقر.

(٩) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٠) قوله: "ومن أقر إلخ" صورته أنه أقر لرجل بدين من قرض أو غصب، أو وديعة مستهلكة، أو قائمة على أنه بالخيار في إبقاء الإقرار ثلاثة أيام، فالإقرار جائز، ويبطل الشرط. (عيني)

(١١) قوله: "لا يحتمله" لأن الخبر إن كان صادقا فهو واجب العمل اختاره أو لم يختره، وإن كان كاذبا فهو واجب الرد، ولا يتغير باختياره، وعدم اختياره، وإنما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد، ويتخير به من له الخيار بين فسخه وإمضاءه. (نتائج)

(١٢) أي قوله: على ونحوه.

(١٣) اللزوم.

(١٤) قوله: "باب الاستثناء" لما ذكر موجب الإقرار بلامغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء، وما في معناه.(ع)
قوله: "الاستثناء" استفعال من الثني، وهو الصرف، وهو متصل، وهو الإخراج والتكلم بالباقي، ومنفصل وهو مالا يصح إخراجه. (عيني)

(١٥) أي في كونه مغيرًا وهو الشرط. (ع)

(١٦) أي القدوري في "مختصره". (نت)

الاستثناء مع الجملة[١] عبارة عن الباقى[٢]، ولكن لا بد[٣] من الاتصال[٤]، وسواء استثنى[٥] الأقل[٦] أو الأكثر، فإن استثنى الجميع لزمه[٧] الإقرار وبطل الاستثناء[٨]؛ لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا، ولا حاصل بعده[٩]، فيكون[١٠] رجوعًا[١١]، وقد مر الوجه فى الطلاق[١٢].

ولو قال[١٣]: له على مائة درهم إلا ديناراً، أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، ولو قال: له على مائة درهم إلا ثوبًا لم يصح الإستثناء. وقال محمد: لا يصح فيهما، وقال الشافعى: يصح فيهما، لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل[١٤] تحت اللفظ[١٥]، وهذا لا يتحقق فى خلاف الجنس، وللشافعى أنهما[١٦] اتحدا جنسًا من حيث المالية.

---

(١٧) قوله: "متصلا بإقراره" أما اشتراط الاتصال فإنه قول عامة العلماء، ونقل عن ابن عباس رضى الله عنه جواز التأخير، وقد عرف ذلك فى الأصول. (ع)

(١) أى الصدر. (ع)

(٢) قوله: "عبارة إلخ" لأن معنى قوله: له على عشرة إلا درهمًا معنى قوله: له على تسعة. (ع)

(٣) لأنه بيان مغير، فيصح موصولا لا مفصولا. (ك)

(٤) أى اتصال الاستثناء بقوله: وإلا لا يصح.

(٥) قوله: "وسواء استثنى إلخ" وقال الفراء استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لا يتكلم بذلك، والدليل على جوازه قوله تعالى: ﴿قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه﴾. (ع)

(٦) قوله: "الأقل أو الأكثر" أى الأقل من الباقى، أو أكثر منه كما فى قوله: لفلان على ألف درهم إلا أربع مائة، ولفلان على ألف إلا ستمائة. (مل)

(٧) المقر.

(٨) قوله: "وبطل الاستثناء" هذا إذا استثنى بعين اللفظ الذى تكلم به فى صدر الكلام بأن قال: نسائى طوالق إلا نسائى، فإنه لا يصح الاستثناء، أما إذا قال: نسائى طوالق إلا هؤلاء، أو قال: إلا فلانة وفلانة وفلانة، فاستثنى الكل بأساميهن يصح الاستثناء، ولا يقع الطلاق عليهن، وهذا الفقه، وهو أن الاستثناء تصرف لفظى فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم. (ك)

(٩) أى بعد استثناء الكل عنه.

(١٠) أى استثناء الكل عن الكل.

(١١) عن إقراره، فلا يسمع.

(١٢) قوله: "فى الطلاق" أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق. (نتائج)

(١٣) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٤) المستثنى.

(١٥) أى الصدر.

(١٦) أى المستثنى والمستثنى منه.

ولهما أن المجانسة[١] في الأول[٢] ثابتة من حيث الثمنية[٣]، وهذا في الدينار ظاهر، والمكيل والموزون أوصافهما أثمان[٤]، أما الثوب فليس بثمن أصلا[٥]، ولهذا لا يجب[٦] بمطلق عقد المعاوضة[٧]، وما يكون ثمنًا صلح مقدرًا للدراهم، فصار[٨] بقدره مستثنى من الدراهم[٩]، وما لا يكون ثمنًا[١٠] لا يصلح مقدرًا، فبقي المستثني من الدراهم مجهولا فلا يصح[١١]. قال[١٢]: ومن أقر بحق[١٣] وقال: إن شاء الله متصلا بإقراره لا يلزمه الإقرار؛ لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق[١٤]،

---

(١) قوله: "المجانسة" يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف استحسنا وقالا: المقدرات جس واحد وإن كانت أجناسا صورة، لأنها تثبت في الذمة ثمنًا، أما الدينار فظاهر، وكذا غيره، لأن الكيلي والوزني مبيع بأعيانهما، ثمن بأوصافهما، حتى لو عينا تعلق العقد بأعيانهما، ولو وصفا ولم يعينا صار حكمها كحكم الدنانير، ولهذا يستوي الجيد والرديء فيهما، فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد. ومعنى الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة، أما الثوب فليس من جنس المقدرات معنى، لأنه لا يصلح ثمنًا، فلم يكن استثناءه استخراجًا لا صورة ولا معنى، فكان باطلا معنى، ولأن الثوب لا يجانس الدراهم لا صورةً ولا وجوبً في الذمة، فإن الثوب لا يجب في الذمة إلا في السلم، أو ما هو في معنى السلم، كالبيع بثياب موصوفة، والدراهم تجب مطلقًا، وهذا معنى قوله: لا يجب: طلق عقد المعاوضة، فلم يجز أن ينضم إلى إقراره ما لم يتضمنه إقراره، كذا في "الكافي" وغيره. (مولانا عبد الحليم)

(٢) قوله: " في الأول" أي في الوجه الأول، وهو قوله: له على مائة درهم إلا دينارًا، أو إلا قفيز حنطة. (نتائج)

(٣) لأنها تثبت في الذمة ثمنًا.

(٤) قوله: "أوصافهما أثمان" أي أنهما أثمان بأوصافهما، حتى لو عينا تعلق العقد بعينهما، ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدينار، ولهذا يستوي الجيد والرديء فيهما، فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة، لأنه تكلم بالألف صورة.

والعدديات التي لا تتفاوت كالمقدرات في ذلك أما الثوب والشاة فليس من جنس المقدرات معنى، لأنه لا يصلح ثمنًا، فلم يكن استثناءه استخراجًا صورةً ولا معنى، فكان باطلا، فإن قلت: إن فاتت المماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية، فلم لا يصح الاستخراج باعتبارها.

قلت: الأثمان مقدرة لمالية الأشياء لأنها مقدرة، فيصلح أن تكون مقدرة للدراهم المستثناة، فكأنه ذكر المقدر، وترك المقدر لدلالة المقدر على المقدر، فكان استثناء الدراهم من الدراهم معنى، وما لا يصلح ثمنًا لا يكون من المقدرات، فلا يصلح مقدرا للدراهم المستثناة لافتقار المقدر إلى أن يكون مقدرًا، فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا، فلا يصح الاستثناء، لأنه استخراج معنى، ولم يصح الاستخراج معنى، فيبطل. (ك)

(٥) أي لا صورةً ولا معنًى أي وجوبًا.

(٦) يعني لا يجب بكل عقد بل يجب بعقد مخصوص، وهو السلم. (مير جان)

(٧) احتراز عن السلم. (ك)

(٨) فصار كأنه ذكر المستثنى والمستثنى منه بلفظ الدراهم. (كفاية)

(٩) فيكون تقديره: له على ألف إلا قدر قيمة المستثنى.

(١٠) لعدم المجانسة.

(١١) الاستثناء.

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٣) بأن قال: لفلان على مائة درهم إن شاء الله تعالى. (ع)

(١٤) قوله: "إما إبطال [أي للحكم قبل انعقاده. مير جان] أو تعليق"، وفي الجامع لقاضي خان، قال أبو يوسف:

فإن كان الأول[١] فقد أبطل، وإن كان الثانى[٢] فكذلك[٣]، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط[٤]، أو لأنه[٥] شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا فى الطلاق[٦]، بخلاف ما إذا قال: لفلان على مائة درهم إذا مت، أو إذا جاء رأس الشهر، أو إذا أفطر الناس؛ لأنه فى معنى بيان المدة[٧]، فيكون[٨] تأجيلا لا تعليقًا[٩]، حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالا.

قال[١٠]: ومن أقر بدار[١١]، واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء؛ لأن البناء داخل فى هذا الإقرار[١٢] معنًى[١٣] لا لفظًا، والاستثناء تصرف[١٤] فى الملفوظ، والفص فى الخاتم، والنخلة فى البستان نظير[١٥] البناء فى الدار؛ لأنه يدخل فيه[١٦]

التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال، وقال محمد: تعليق بشرط لا يوقف عليه، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال: إن شاء الله أنت طالق عند أبي يوسف لا يقع؛ لأنه إبطال، قال محمد: يقع؛ لأنه تعليق، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق، وبقى الطلاق من غير شرط. (ك)

(١) الإبطال.

(٢) أى التعليق.

(٣) أى أبطل.

(٤) قوله: "لا يحتمل إلخ" لأن الإقرار إخبار، والإخبار لا يحتمل التعليق بالشرط، لأنه إن كان صدقًا لا يصير كذبًا لفوات الشرط، وإن كان كذبًا لا يصير صدقا لوجود الشرط، وإنما يليق بالإيجاب لأنه يتبين به أنه ليس بإيقاع ما لم يوجد الشرط. (ك)

(٥) مشيئة الله.

(٦) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق. (نت)

(٧) قوله: "لأنه فى معنى بيان المدة" أى من حيث العرف، لأن هذه الأشياء تذكر فى العادة بيان محل الأجل، فاعتبر إقراراً بدين مؤجل. (ك)

(٨) قوله: "فيكون" أى ذكر هذه الأشياء منه تأجيلا، أى دعوى الأجل إلى الأوقات المذكورة. (نت)

(٩) بالشرط.

(١٠) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١١) بأن قال: هذه الدار لفلان إلا بناءها. (ع)

(١٢) قوله: "لأن البناء إلخ" أى البناء داخل فى لفظ الإقرار بالدار تبعًا لا مقصوداً باللفظ، والدليل على هذا فصل البيع فإن البناء فى بيع الدار يدخل تحت البيع تبعًا، حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى. (كفاية)

(١٣) قوله: "معنى" لأن اسم الدار لا يتناول البناء مقصوداً، لأن الدار اسم للعرصة، والبناء وصف فيه، والوصف يدخل تبعًا لا قصداً. (عينى)

(١٤) قوله: "تصرف" أى يجعل الاستثناء الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى، فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء. (عينى)

(١٥) يعنى كما لا يصح استثناء البناء لا يصح استثناء الفص والنخلة.

تبعًا لا لفظًا، بخلاف ما إذا قال: إلا ثلثها[١]، أو إلا بيتًا منها، لأنه[٢] داخل فيه لفظًا. ولو قال[٣]: بناء هذه الدار لى والعرصة[٤] لفلان، فهو[٥] كما قال؛ لأن العرصة عبارة عن البقعة[٦] دون البناء، فكأنه قال[٧]: بياض هذه الأرض لفلان دون البناء، بخلاف[٨] ما إذا قال: مكان العرصة أرضًا، حيث يكون البناء للمقر له، لإن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار.

ولو قال[٩]: له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه، ولم أقبضه، فإن ذكر عبدًا بعينه قيل للمقر له: إن شئت فسلم العبد[١٠]، وخذ الألف، وإلا فلا شيء لك. قال[١١]: هذا[١٢] على وجوه: أحدها: هذا، وهو أن يصدقه[١٣] ويسلم العبد[١٤]، وجوابه ما ذكرنا[١٥]، لأن الثابت بتصادقهما[١٦] كالثابت معاينة.

---

(١٦) أى فى الصدر.

(١) قوله: "بخلاف ما إذا قال: إلا ثلثها [فيصح] إلخ" حيث يصح الاستثناء، ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار، وما عدا البيت لأن البيت فى لفظ الدار دخل مقصوداً، حتى لو استحق البيت فى بيع الدار يسقط حصة من الثمن. (ك)

(٢) أى كل واحد من الثلث والبيت.

(٣) هذا لفظ القدورى فى "مختصر". (نت)

(٤) قوله: "والعرصة" عرصة: كشادگى ميان سراى دران بنا نباشد. (من)

(٥) يعنى يكون البناء للمقر والعرصة لفلان.

(٦) قوله: "عن البقعة دون البناء" أى العرصة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء، فلما اعتبر فى معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء فى الحكم. (نتائج)

(٧) قوله: "فكأنه قال إلخ" لأن ما تضمنه اللفظان أى العرصة والبياض من قصر الحكم السابق على مجرد الساحة منع دخول الوصف فى ذلك الحكم بطريق التبيعة، فلا يكون هو مقراً بالوصف، فلا يكون فى قوله: وبناءها لى راجعًا عما أقر به، بخلاف ما إذا ذكر مكان العرصة أرضًا حيث يكون البناء للمقر له. (ك)

(٨) بأن قال: بناء هذه الدار لى والأرض لفلان.

(٩) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) قوله: "إن شئت فسلم إلخ" ليس المراد من إن شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليمه إذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع إلى المشترى، بعد أن صح البيع وتم، بل المراد منه إن لزوم الألف على المقر مشروط بتسليمك العبد إليه، إن أردت الوصول إلى حقك فسلم العبد، ولا تضيعه. (نت)

(١١) أى المصنف.

(١٢) أى ما ذكر من المسألة. (نت)

(١٣) مقر.

(١٤) قوله: "ويسلم العبد" أقول: لفظ يسلم من سلمه له، أى جعله سالمًا له، والمعنى ويجعل المقر له العبد سالمًا له باعترافه بأنه عبدك لا عبدى، كذا فى "نتائج الأفكار".

(١٥) هو أنه قيل للمقر له إلخ. (نت)

(١٦) المقر والمقر له.

والثاني: أن يقول المقر له: العبد[١] عبدك ما بعتكه، وإنما بعتك[٢] عبداً غير هذا، وفيه المال لازم على المقر[٣] لإقراره به[٤] عند سلامة العبد[٥] له، وقد سلم[٦]، فلا يبالي باختلاف السبب[٧] بعد حصول المقصود[٨].

والثالث: أن يقول[٩]: العبد عبدى ما بعتك، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء[١٠]، لأنه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن العبد، فلا يلزمه[١١] دونه[١٢]. ولو قال[١٣] مع ذلك[١٤]: إنما بعتك غيره يتحالفان، لأن المقر يدعى[١٥] تسليم من عينه، والآخر ينكر، والمقر له يدعى عليه[١٦] الألف ببيع غيره[١٧]، والآخر ينكر، فإذا تحالفا بطل المال[١٨]، وهذا[١٩] إذا ذكر عبداً بعينه.

وإن قال: من ثمن عبد، ولم يعينه لزمه الألف، ولا يصدق فى قوله ما قبضت عند أبى حنيفة وصل أم فصل؛ لأنه رجوع[٢٠]، فإنه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى

---

(١) أى هذا العبد.

(٢) وسلمته إليك. (ع)

(٣) ولا تفاوت فى هذا بين أن يكون العبد فى يد المقر، أو المقر له. (ع)

(٤) المال.

(٥) أى هذا العبد.

(٦) العبد له.

(٧) قوله: "فلا يبالى إلخ" بيانه أن المقر له ادعى وجوب الألف بسبب بيع الآخر، والمقر أقر بسبب شراء هذا العبد، فلا يبالى بالاختلاف بعد اتفاقهما على وجوب الثمن كما إذا أقر بألف من ثمن متاع، والمقر له يقول: إنه غصب أو قرض لا يبالى باختلاف السبب، كذا ههنا. (ك)

(٨) وهو سلامة العبد.

(٩) المقر له.

(١٠) قوله: "وحكمه أن لا يلزم إلخ" وفى هذا لا تفاوت بين كون العبد فى يد المقر، أو يد المقر له، فإنه إذا كان فى يد المقر يأخذ العبد. (عناية)

(١١) أى المقر.

(١٢) عبد.

(١٣) المقر له.

(١٤) أى مع قوله: العبد عبدى ما بعتك.

(١٥) على المقر له.

(١٦) مقر.

(١٧) عبد معين.

(١٨) والعبد سالم لمن فى يده. (ك)

(١٩) أى المذكور.

كلمة على، وإنكاره القبض فى غير المعين ينافى الوجوب[١] أصلا؛ لأن الجهالة[٢] مقارنة[٣] كانت أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع[٤]، فيمتنع وجوب نقد الثمن، وإذا كان كذلك[٥] كان رجوعًا، فلا يصح وإن[٦] كان موصولا.

وقال أبو يوسف ومحمد[٧]: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء[٨]، وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له[٩] أن يكون ذلك[١٠] من ثمن عبد.

وإن أقر أنه باعه[١١] متاعًا[١٢]، فالقول قول المقر، ووجه ذلك[١٣] أنه أقر بوجوب المال عليه[١٤]، وبين سببًا وهو البيع، فإن[١٥] وافقه الطالب[١٦] فى السبب وبه لا يتأكد

---

(٢٠) عن الإقرار.

(١) قوله: "ينافى الوجوب" لأن ثمن عبد غير معين لا يكون واجبًا على المشترى إلا بعد القبض، لأن ما لا يكون بعينه فهو فى حكم المستهلك لأنه لا طريق للوصول إليه، فإنه ما من عبد يحضره إلا وللمشترى أن يقول: المبيع غير هذا، وتسليم الثمن لا يجب إلا بإحضار المبيع، فعلم أنه فى حكم المستهلك، فكأنه أقر بالقبض، ثم يرجع. (ك)

(٢) أى جهالة المبيع.

(٣) كالجهالة حالة العقد. (ع)

(٤) لعدم القدورة على تسليم المجهول. (ع)

(٥) أى ينافى الوجوب.

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "وقال أبويوسف إلخ" حاصل مذهبهما أنه إن صدقه المقر له فى أن ذلك من ثمن عبد يصدق وصل أو فصل، وإن كذبه فى ذلك لم يصدق إلا إذا كان موصو لا، ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال، وبين له سببا، فإذا صدقه المقر له فى ذلك السبب يثبت السبب بتصادقهما، ثم المال بهذا السبب يكون واجبًا قبل القبض، ولكن إنما يتأكد بالقبض، والمقر ينكر، فجعلنا القول قوله فى إنكاره القبض. وإن كذب فى السبب كان هذا من المقر بيانًا مغيراً لمقتضى أول الكلام لأن مقتضى أول كلامه أن يكون مطالبًا بالمال للحال، ولكن احتمل أن لا يكون مطالبًا به حتى يحضر العبد، وبيان التغيير يصح موصولا، ولا يصح مفصولا. (ك)

(٨) المقر.

(٩) أى صدقه فى الأصل، وكذبه فى الجهة. (ك)

(١٠) الألف.

(١١) قوله: "وإن أقر [أى المقر له، أى صدقه فى الأصل والجهة. ك] أنه باعه [المقر] إلخ" يعنى إن صدق المقر له المقر في الجهة بأن قال: إنه باعه متاعًا وهو العبد كما أقر له المقر، ولكن كذبه فى إنكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل أم فصل، وإنما عبر المصنف ههنا عن البيع بالمتاع حيث قال: وإن أقر أنه باعه متاعًا، وقد كان وضع المسألة فى العبد ليعلم أن الحكم فى المتاع مطلقًا هو الحكم فى العبد. (نت)

(١٢) أو عبداً.

(١٣) أى وجه ما قاله: الإمامان. (نت)

(١٤) قوله: "أقر بوجوب إلخ" يعنى أن قوله: لفلان على ألف درهم إقرار بوجوب المال عليه، وقوله: من ثمن

الوجوب[١] إلا بالقبض، والمقر ينكره، فيكون القول قوله، وإن كذبه[٢] فى السبب كان هذا[٣] من المقر بيانًا مغيرًا، لأن صدر كلامه للوجوب[٤] مطلقًا، وآخره[٥] يحتمل انتفاءه[٦] على اعتبار عدم القبض، والمغير يصح موصولا، لا مفصولا.

ولو[٧] قال[٨]: ابتعت منه عينًا إلا أنى لم أقبضه فالقول قوله[٩] بالإجماع؛ لأنه ليس من ضرورة البيع القبض[١٠]، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن[١١].

قال[١٢]: وكذا لو قال: من ثمن خمر أو خنزير، ومعنى المسألة[١٣] إذا قال: لفلان على ألف درهم من ثمن الخمر أو الخنزير لزمه الألف، ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة وصل أم فصل؛ لأنه رجوع[١٤] لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبًا، وأول كلامه للوجوب[١٥]، وقالا: إذا وصل لا يلزمه شىء، لأنه[١٦] بين بآخر كلامه

متاع اشتريته بيان لسبب الوجوب. (عينى)

(١٥) جزاءه محذوف، أى ثبت السبب.

(١٦) أى المقر له. (عينى)

(١) قوله: "وبه [أى بالبيع] لا يتأكد إلخ" أى بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشترى، لأن الوجوب عليه قبل قبض المبيع فى حيز التردد، ولأنه ربما يهلك المبيع فى يد البائع، فيسقط الثمن عن المشترى، لكنه يتأكد بالقبض، والمدعى الذى هو المقر له يدعى قبض المبيع، والمقر ينكره، فيكون القول قوله. (ع)

(٢) أى المقر له.

(٣) أى قوله من ثمن متاع اشتريته.

(٤) نظرًا إلى كلمة على.

(٥) أى آخر كلامه.

(٦) الوجوب.

(٧) ذكره المصنف تفريعًا على مسألة القدورى. (نتائج)

(٨) المقر.

(٩) أى المقر لأن آخر كلامه ليس مغيرًا لأول كلامه، لأنه إلخ.

(١٠) قوله: "لأنه ليس من ضرورة البيع القبض [فإن الشراء بشرط الخيار لا يوجب الثمن عليه فى الحال]" ولم يقر بوجوب الثمن لجواز أن يوجد البيع، ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن فإن من ضرورته القبض. (عناية)

(١١) فإن من ضرورته القبض.

(١٢) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٣) إنما قال هذا بيانًا لاسم الإشارة فى قوله: وكذا. (نت)

(١٤) عن الإقرار.

(١٥) نظرًا إلى كلمة على.

(١٦) المقر.

أنه ما أراد به الإيجاب، وصار[١] كما إذا قال في آخره إن شاء الله، قلنا[٢]: ذلك[٣] تعليق[٤] وهذا[٥] إبطال[٦].

ولو قال[٧]: له علي ألف درهم من ثمن متاع، أو قال: أقرضني ألف درهم، ثم قال: هي زيوف[٨] أو نبهرجة[٩]، وقال المقر له: جياد لزمه الجياد[١٠] في قول أبي حنيفة. وقالا: إن قال[١١] موصولا يصدق، وإن قال: مفصولا لا يصدق، وعلى هذا الخلاف إذا قال: هي ستوقة[١٢]، أو رصاص، وعلى هذا[١٣] إذا قال: إلا أنها زيوف[١٤]، وعلى هذا[١٥] إذا قال: لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع. لهما: أنه بيان مغير، فيصح بشرط الوصل كالشرط[١٦] والاستثناء، وهذا[١٧]

---

(١) يعني إن وصل يصدق، وإن فصل لا يصدق.

(٢) قوله: "قلنا إلخ" جواب عن قياسهما على مسألة الاستثناء بالمشية، وفيه أن المصنف قال في المسألة الاستثنائية: بمشيئة الله أن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال، أو تعليق، وقد بينا هناك أن المذكور في بعض الكتب المعتبرة أن الأول مذهب أبي يوسف، والثاني مذهب محمد، وفي بعضها أن الأمر بالعكس، فأيًا ما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذلك إبطالا. ويمكن أن يجاب بأن الجواب المذكور ههنا من قبل أبي حنيفة رحمه الله يصير إلزاميًا بالنسبة إلى من قال من صاحبيه بكون الاستثناء بمشيئة الله تعالى تعليقًا وتحقيقًا بالنسبة إلى من قال منهما يكون ذلك إبطالا، ولا يجب أن يكون الجواب إلزاميًا بالنسبة إلى كل واحد منهما. (نت)

(٣) أي قول إن شاء الله.

(٤) قوله: "ذلك تعليق" أي قوله: إن شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه، والتعليق بالشرط من باب التغيير، فيصح موصولا لأن الإرسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين أهل اللسان، فكان ذلك من باب البيان، لا من باب الرجوع، ووجوب المال عليه من حكم إرسال الكلام، فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الإرسال، وهذا إبطال، والإبطال رجوع، والرجوع بعد الإقرار بوجوب المال لا يصح وصل أم فصل. (ك)

(٥) الذي نحن فيه.

(٦) والإبطال رجوع فلا يصح.

(٧) هذه المسألة من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(٨) قوله: "هي زيوف" [زيف درم خاسره. من] جمع زيف وهو الذي يقبله التجار ويرده بيت المال. (عيني)

(٩) هي دون الزيوف لأن التجار ترده.

(١٠) وصل أم فصل.

(١١) المقر.

(١٢) قوله: "إذا قال: هي ستوقة إلخ" فلا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل، وعندهما يصدق إن وصل. (عيني)
قوله: "ستوقة [هي أردأ من النبهرجه]" الستوق -بالفتح- أردأ من النبهرج، وعن الكرخي الستوق عندهم ما كان الصفر، أو النحاس هو الغالب الأكثر. (مغرب)

(١٣) الخلاف.

(١٤) أي بكملة الاستثناء. (ع)

(١٥) الخلاف.

لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته[١]، والستوقة بمجازه[٢] إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد[٣]، فكان بيانًا مغيرًا من هذا الوجه[٤]، وصار كما إذا قال: إلا أنها[٥] وزن خمسة. ولأبى حنيفة أن هذا رجوع، لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب، والزيافة عيب، ودعوى العيب رجوع[٦] عن بعض[٧] موجبه[٨]، وصار كما إذا قال: بعتكه معيبًا، وقال المشترى: بعتنيه سليمًا، فالقول للمشترى لما بينا[٩]، والستوقة ليست من الأثمان[١٠]، والبيع يرد على الثمن، فكان[١١] رجوعًا[١٢]. وقوله[١٣]: إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء، لأنه مقدار[١٤]، بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز[١٥] كاستثناء البناء فى الدار، بخلاف ما إذا قال:[١٦] على كر[١٧] حنطة من ثمن عبد[١٨]، إلا أنها رديئة، لأن الرداءة نوع لا

---

(١٦) وهو التعليق.

(١٧) أى كونه مغيرًا.

(١) قوله: "يحتمل الزيوف بحقيقته" لأنها من جنس الدراهم، حتى يحصل بها الاستيفاء فى الصرف والسلم ولا يصير استبدالا. (عينى)

(٢) لأن الستوقة تسمى دراهم مجازًا.

(٣) لأن بياعات الناس تكون بالجياد عادة.

(٤) فلذك شرط الوصل.

(٥) قوله: "إلا أنها" أى كل عشرة منها وزن خمسة مثاقيل، أو ستة، ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولا، ولم يصدق إن كان مفصولا. (عينى)

(٦) فلا يصدق وإن وصل.

(٧) أى السلامة.

(٨) العقد.

(٩) قوله: "لما بينا" أشار به إلى قوله: مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب. (عينى)

(١٠) أى من جنس الأثمان. (ع)

(١١) أى دعواه للستوقة.

(١٢) أى عن الإقرار فلا يصح.

(١٣) جواب عما استشهدا به.

(١٤) قوله: "لأنه مقدار" يعنى أن ذلك ليس مما نحن فيه، لأنه يصح أن يكون استثناء لأنه مقدار واستثناء بعض المقدار صحيح، لأن أول الكلام يتناول المقدار، فكان استثناء الملفوظ، وهو صحيح بلا ريب. (نتائج)

(١٥) قوله: "لأن استثناء الوصف إلخ" توضيحه أن الجودة صفة فلا يصح استثناء الوصف، لأن الصفة مما لا يتناوله اسم الدراهم حتى يستثنى، وإنما يثبت صفة الجودة فى مطلق العقد بالعرف والعادة. (عينى)

(١٦) قوله: "بخلاف ما إذا قال إلخ" أى فإن قيل: قد يستثنى الوصف كما إذا قال: له على كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردية لأن الرداءة ضد الجودة فهما صفتان تتعاقبان على موضوع واحد أجاب عنه بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

عيب[١]، فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها[٢]، وعن أبى حنيفة فى غير رواية الأصول[٣] أنه يصدق فى الزيوف إذا وصل[٤]، لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض، وقد يكون زيفًا[٥] كما فى الغصب[٦].

ووجه الظاهر[٧] أن التعامل بالجياد، فانصرف مطلقه[٨] إليها[٩]، ولو قال: لفلان على ألف درهم زيوف، ولم يذكر البيع والقرض، قيل: يصدق[١٠] بالإجماع، لأن اسم الدراهم[١١] يتناولها[١٢]، وقيل: لا يصدق[١٣] لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود[١٤] لتعينها مشروعة[١٥] لا إلى الاستهلاك المحرم[١٦].

---

(١٧) فإنه يصدق.

(١٨) قوله: "كر" الكر ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. (مغرب)

(١) قوله: "لأن الرداءة نوع لا عيب" فإن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة، والحنطة قد تكون ردية فى أصل الخلقة فهو فى معنى بيان النوع، وليس لمطلق العقد مقتضى فى نوع دون نوع، ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو ردية. ألا ترى أنه لو قال: بعتك هذه الحنطة، وأشار إليها، والمشترى كان رآها فوجدها ردية، ولم يكن علمها لم يكن له خيار الرد بالعيب، ولو قال: بعتك بهذه الدراهم، وأشار إليها وهى زيوف ولم يعلم بها البائع استحق مثلها جيادا لا زيافة فيها، فعلم أن الزيافة عيب. (ك)

(٢) أى عن الرداءة.

(٣) أى ظاهر الرواية.

(٤) قوله: "أنه يصدق إلخ" يعنى فى القرض، كذا وقع فى "النهاية"، وقد وقع التصريح بهذا القيد فى بعض النسخ بأن قال: وعن أبى حنيفة فى غير رواية الأصول فى القرض أنه يصدق فى الزيوف إذا وصل يعنى إذا قال: لفلان على ألف درهم قرض زيوف يصدق عنده، فى غير رواية الأصول إذا وصل قوله: هى زيوف بقوله: ألف درهم قرض، أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان: هى زيوف لا يصدق باتفاق الروايات. (نتائج)

(٥) والقرض يقضى بالمثل.

(٦) فإنه قد يكون المغصوب زيفًا، فيقضى بالمثل.

(٧) أى ظاهر الرواية.

(٨) قوله: "فانصرف مطلقة [القرض]" فيجب الجياد عليه، ثم دعوى الزيافة لا تقبل لأنه رجوع عما أقر به. (عينى)

(٩) الجياد.

(١٠) يعنى إذا وصل. (نت)

(١١) ولم يذكر ما يصرفها إلى الجياد. (ع)

(١٢) الزيوف.

(١٣) قوله: "وقيل لا يصدق [أى عند أبى حنيفة. ك]" قائل هذا القول هو الكرخى كما صرح به الإمام قاضى خان فى "شرح الجامع الصغير"، أى لا يصدق عند أبى حنيفة، وصل أم فصل، وأما عندهما فيصدق إذا وصل، ولا يصدق إذا فصل. (نتائج)

(١٤) قوله: "إلى العقود" أى إلى الالتزام بطريق التجارة لكونها مشروعة. (مل)

(١٥) فصار كما لو بين سبب التجارة. (ع)

ولو قال[1]: اغتصبت منه ألفًا، أو قال: أودعنى، ثم قال: هى زيوف، أو نبهرجة صدق وصل أم فصل؛ لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك، فلا مقتضى له[2] فى الجياد ولا تعامل[3]، فيكون[4] بيان النوع، فيصح وإن فصل، ولهذا[5] لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله[6].

وعن أبى يوسف أنه لا يصدق[7] فيه[8] مفصولا اعتبارًا بالقرض إذ القبض فيهما[9] هو الموجب للضمان، ولو قال[10]: هى ستوقة، أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة، ووصل صدق، وإن فصل لم يصدق، لأن السوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازًا[11]، فكان بيانًا مغيرًا، فلا بد من الوصل.

وإن قال[12] في هذا كله[13] ألفًا، ثم قال[14]: إلا أنه ينقص كذا لم يصدق، وإن وصل صدق؛ لأن هذا استثناء المقدار، والاستثناء يصح موصولا، بخلاف الزيافة، لأنها وصف، واستثناء الأوصاف لا يصح، واللفظ يتناول[15]

(١٦) هو الغصب المحرم.

(١) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(٢) قوله: "فلا مقتضى له [لأن المقتضى هو عقد المعاوضة، ولم يوجد. ك]" أى لواحد من الغصب والإيداع فى الجياد، بخلاف البيع، فإن عقد المعاوضة يقتضيها، ولا تعامل أى لا تعامل فى غصب الجياد، ولا فى إيداعها، بخلاف القرض، فإن التعامل فيه بالجياد، فلا يكون قوله: هى زيوف بعد الإقرار بغصب الألف، أو إيداعها تغييرًا لأول كلامه. (نتائج)

(٣) قوله: "ولا تعامل" إشارة إلى الجواب عن فصل القرض، فإن فى القرض إن لم يوجد المقتضى فقد وجد التعامل، والناس إنما يتعاملون بالجياد، فينصرف إلى الجياد، ولم يوجد التعامل ههنا، فلا ينصرف إلى الجياد. (ك)

(٤) أى قوله الآخر.

(٥) أى لأجل أن لا مقتضى له فى الجياد.

(٦) فإن القول للقابض إذا وقع الاختلاف فى وصف المقبوض.

(٧) قوله: "أنه لا يصدق إلخ" أى إذا قال: غصبت ألفًا، ثم قال: هى زيوف لم يصدق إذا فصل كما فى القرض. (ك)

(٨) أى فى الغصب إذا ادعى الزيافة.

(٩) قوله: "إذ القبض [وهو موجود فى الغصب] فيهما [أى فى الغصب والقرض. (نت)]" أى فى الغصب والقرض لأن القرض على رواية الأصل مثل البيع وفى البيع لا يفصل، فكذا فى القرض والغصب مثل القرض لأنه إنما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه أيضًا. (ك)

(١٠) هذه المسألة مما ذكره شراح "الجامع الصغير" تفريعًا على المسألة المارة. (نت)

(١١) قوله: "مجازًا" المشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة. (ك)

(١٢) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(١٣) قوله: "فى هذا كله" أى فى المذكور من البيع والقرض والغصب والإيداع. (نتائج)

(١٤) أى فصلا.

(١٥) قوله: "واللفظ يتناول" أى لفظ المستثنى منه يتناول المقدار، أى جزءه دون الوصف والاستثناء تصرف فى

المقدار دون الوصف، وهو تصرف لفظي كما بينا[١]، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع[٢] نفسه[٣] فهو واصل[٤] لعدم إمكان الاحتراز عنه[٥].

ومن أقر[٦] بغصب ثوب، ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله؛ لأن الغصب لا يختص بالسليم، ومن قال لآخر[٧]: أخذت منك ألف درهم وديعة، فهلكت، فقال: لا، بل أخذتها غصبًا، فهو ضامن[٨]، وإن قال: أعطيتها وديعة، فقال: لا بل غصبتها لم يضمن[٩]. والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان[١٠]، وهو الأخذ، ثم ادعى[١١] ما يبرئه[١٢]، وهو الإذن والآخر[١٣] ينكره، فيكون القول له مع اليمين. وفي الثاني أضاف[١٤] الفعل إلى غيره، وذلك[١٥] يدعي عليه[١٦] سبب الضمان وهو الغصب، فكان القول لمنكره[١٧] مع اليمين، والقبض[١٨] في هذا[١٩]

اللفظ. (أعظمى)

(١) بقوله: والاستثناء تصرف بالملفوظ.

(٢) أو بسبب أخذا السعال. (ك)

(٣) نفس محركة دم. (من)

(٤) قوله: "فهو واصل" لأن الإنسان قد يحتاج إلى التكلم بكلام كثير، وقد يذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكن أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد، فكان عفواً. (عناية)

(٥) أي عن هذا الانقطاع.

(٦) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٧) من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(٨) قوله: "فهو [أي المقر] ضامن" يعني كان القول في هذه المسألة قول المقر له مع يمينه، والمقر ضامن إلا أن ينكل المقر له عن اليمين. (نتائج الأفكار)

(٩) أي المقر بل كان القول قوله مع يمينه. (نت)

(١٠) قوله: "أقر [أي المقر] بسبب الضمان" وهو الأخذ ودلالة كون الأخذ سببا للضمان، قوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى يرد، وهذا يتناول رد العين حال بقاءها، ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائمًا مقام الأصل، وقوله: وديعة رجوع عما أقربه، لأنه دعوى الإبراء، فلا يصدق بدون البينة كدعوى المشترى بأجل الثمن بعد ما أقر به، والبائع يدعي معجلا. فإن قيل: ينبغي أن يصدق ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال: لفلان علي ألف وديعة، قلنا: صدر الكلام هنا موجبه الغصب على ما ذكرنا فلا يحتمل الوديعة، وبقوله: وديعة يكون دعوى مبتدأ لا بيان ما احتمله صدر الكلام، وأما قوله: لفلان علي ألف يحتمل الوديعة، يعني على حفظه، فيكون قوله: وديعة بيان تغيير، فيصدق موصولا. (ك)

(١١) المقر.

(١٢) لأنه لا بد للوديعة من الإذن.

(١٣) أي المقر له.

(١٤) المقر.

(١٥) الغير.

(١٦) المقر.

كالأخذ، والدفع[١] كالإعطاء.

فإن قال قائل: الإعطاء والدفع إليه[٢] لا يكون[٣] إلا بقبضه[٤]، فنقول: قد يكون[٥] بالتخلية[٦] والوضع بين يديه، ولو اقتضى[٧] ذلك[٨] فالمقتضى ثابت ضرورة، فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان[٩]، وهذا بخلاف ما إذا قال: أخذتها منك وديعةً، وقال الآخر: بل قرضًا، حيث يكون القول للمقر[١٠] وإن[١١] أقر بالأخذ، لأنهما[١٢] توفقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن[١٣] إلا أن المقر له يدعى سبب الضمان، وهو القرض، والآخر[١٤] ينكره فافترقا[١٥].

فإن قال[١٦]: هذه الألف كانت وديعة لى عند فلان فأخذتها منه، فقال فلان: هى لى فإنه[١٧] يأخذها؛ لأنه[١٨] أقر باليد له[١٩]، وادعى[٢٠] استحقاقها عليه[٢١]

(١٧) أى المقر.
(١٨) أى قبضت مكان أخذت.
(١٩) أى فى حق هذا الحكم.
(١) أى دفعت مكان أعطيت.
(٢) أى المقر.
(٣) فكان مقرًا بقبضه.
(٤) أى المقر.
(٥) الإعطاء أو الدفع. (ك)
(٦) بدون قبضه. (نت)
(٧) أى الإعطاء أو الدفع.
(٨) أى القبض.
(٩) قوله: "فلا يظهر [المقتضى] إلخ" لأن الثابت ضرورة عدم فى غير موضوعها. (كفاية)
(١٠) لا للمقر له.
(١١) الواو وصلية.
(١٢) أى المقر والمقر له.
(١٣) لأن الوديعة وكذا القرض لا يكون بدون الإذن.
(١٤) المقر.
(١٥) أى هذا وما سبق من أنه قال المقر له: لا، بل غصبتها.
(١٦) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (نت)
(١٧) الفلان.
(١٨) أى المقر.
(١٩) أى الفلان.
(٢٠) أى المقر.

وهو[١] ينكر فالقول للمنكر[٢]. ولو قال[٣]: آجرت دابتى هذه فلانًا فركبها وردها، أو قال: آجرت ثوبى هذا فلانًا فلبسه ورده، وقال فلان: كذبت وهما[٤] لى فالقول قوله[٥]، وهذا عند أبى حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذى أخذ منه الدابة[٦]، أو الثوب، وهو القياس، وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان[٧].

ولو قال: خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته، وقال فلان: الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح[٨]، وجه القياس ما بيناه فى الوديعة[٩].

وجه الاستحسان: هو الفرق[١٠] أن اليد فى الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه، وهو المنافع، فيكون[١١] عدمًا فيما وراء الضرورة، فلا يكون إقرارًا[١٢] له[١٣] باليد مطلقًا[١٤]، بخلاف الوديعة؛ لأن اليد فيها مقصودة، والإيداع إثبات اليد قصدًا، فيكون الإقرار به[١٥] اعتراف باليد للمودع.

ووجه آخر[١٦]: أن فى الإجارة والإعارة والإسكان أقر[١٧] بيد ثابتة من جهته[١٨]، فيكون القول قوله[١٩] فى كيفيته[٢٠]، ولا كذلك فى مسألة الوديعة، لأنه[٢١]

---

(٢١) الفلان.

(١) الفلان.

(٢) أى بالإجماع. (ك)

(٣) هذا من شروح "الجامع الصغير".

(٤) الدابة والثوب.

(٥) أى المقر.

(٦) قوله: "القول قول الذى أخذ إلخ" هذا كله إذا لم يكن الدابة والثوب معروفًا أنه للمقر، أما لو كان الثوب معروفًا أنه للمقر، أو الدابة، أو الدار، فقال: قبضته فيه، فكان القول قول المقر فى قولهم، لأن الملك فيه معروف للمقر. (ك)

(٧) قوله: "الإعارة والإسكان" بأن قال: أعرتك دارى هذه ثم رددت على، أو أسكنتك دارى هذه، ثم رددت على، وقال الآخر: الدار دارى. (ك)

(٨) قوله: "فى الصحيح" احتراز عن قول بعضهم إن القول ههنا قول المقر بالإجماع. (عناية)

(٩) قوله: "ما بيناه فى الوديعة" أراد به قوله: لأنه أقر باليد له، وادعى استحقاقها عليه، وهو ينكره والقول للمنكر. (ع)

(١٠) بين الوديعة وبين هذه الصور.

(١١) اليد.

(١٢) إقرار بالإجارة، أو الإعارة.

(١٣) فلان.

(١٤) أى من كل وجه.

(١٥) الوديعة.

(١٦) للفرق بين الوديعة وهذه الصور.

(١٧) المقر.

(١٨) المقر.

قال فيها: كانت وديعة[(١)]، وقد تكون[(٢)] من غير صنعه[(٣)] حتى لو قال: أودعتها كان على هذا الخلاف[(٤)]، وليس مدار الفرق[(٥)] على ذكر الأخذ فى طرف الوديعة وعدمه فى الطرف الآخر، وهو الإجارة، واختارها[(٦)]؛ لأنه ذكر الأخذ[(٧)] فى وضع الطرف الآخر، وهو الإجارة فى كتاب الإقرار أيضًا.

وهذا[(٨)] بخلاف ما إذا قال: اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه، أو أقرضته ألفًا، ثم أخذتها منه، وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله؛ لأن الديون[(٩)] تقضى بأمثالها[(١٠)]، وذلك[(١١)] إنما يكون بقبض مضمون، فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان، ثم ادعى[(١٢)] تملكه[(١٣)] عليه بما يدعيه[(١٤)] عليه من الدين مقاصة، والآخر[(١٥)] ينكره، أما ههنا[(١٦)] المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة، وما أشبهها[(١٧)]،

---

(١٩) المقر.

(٢٠) قوله: "فى كيفيته" أى فى كيفية ثبوت اليد أنه بأى طريق كان. (عناية)

(٢١) المقر.

(١) فثبت أن الإقرار بالوديعة لا يدل على إثبات اليد له من قبله. (ك)

(٢) الوديعة.

(٣) قوله: "من غير صنعه" كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها، وكذا إذا هبت ريح وألقت ثوبًا فى دار إنسان. (عناية)

(٤) المذكور فى مسائل الإجارة والإعارة والإسكان. (نت)

(٥) قوله: "وليس مدار الفرق إلخ" إشارة إلى الرد على الإمام القمى فى ما ذكره أن الرد إنما وجب فى مسألة الوديعة لأنه قال فيها: أخذتها منه فيجب جزاءه، وجزاء الأخذ الرد، وقال فى الإجارة وأختيها أى العارية والإسكان: فردها على، فكان الافتراق فى الحكم للافتراق فى الوضع. (م)

(٦) أى الإسكان والإعارة.

(٧) قوله: "لأنه ذكر إلخ" أى الإمام محمد ذكر فى كتاب الإقرار لفظ الأخذ فى الإجارة وأختيها أيضًا، وإنما الفرق الصحيح ما ذكر فى الكتاب. (عناية)

(٨) أى هذا الذى ذكر فى الإجارة وأختيها. (نت

(٩) قوله: "لأن الديون إلخ" فإذا أقر المقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين، وقبض مثل الدين إنما يكون بقبض مال مضمون، والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان. (م)

(١٠) يعنى إذا قبض من المديون ألفًا يصير ضامنًا لأنه لم يأخذ حقه بل مثله فيضمن.

(١١) أى قضاء الديون بأمثالها.

(١٢) المقر.

(١٣) أى ما أقر بقبضه.

(١٤) المقر.

(١٥) المقر له.

فافترقا. ولو أقر[١] أن فلانًا زرع هذه الأرض، أو بنى هذه الدار، أو غرس هذا الكرم[٢]، وذلك كله في يد المقر، فادعاها فلان، وقال المقر: لا، بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت، أو فعلته بأجر، فالقول للمقر؛ لأنه ما أقر له باليد، وإنما أقر بمجرد فعل منه[٣]، وقد يكون ذلك[٤] في ملك في يد المقر، وصار كما إذا قال: خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم، ولم يقل[٥] قبضته منه لم يكن إقرارًا باليد، ويكون القول للمقر لأنه[٦] أقر بفعل منه[٧]، وقد يخيط ثوبًا في يد المقر[٨] كذا هذا.

باب إقرار المريض[٩]

وإذا أقر[١٠] الرجل في مرض موته بديون[١١]، وعليه ديون في صحته، وديون لزمته في مرضه[١٢] بأسباب معلومة[١٣]، فدين الصحة والدين المعروفة الأسباب مقدم[١٤]. وقال الشافعي: دين المرض[١٥] ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما[١٦]،

(١٦) أي في صورة الإجارة وأختيها. (نت)

(١٧) من الإعارة وغيرها.

(١) هذه من مسائل "المبسوط" ذكرها المصنف تفريعًا. (نت)

(٢) كرم -بفتح أول وسكون ثاني- درخت أنگور. (غياث)

(٣) قوله: "لأنه ما أقر له [الفلان] باليد، وإنما أقر بمجرد فعل منه" هذا احتراز عما إذا أقر الرجل أن فلانًا ساكن في هذا البيت، وادعى فلان البيت، فإنه يقضى به للساكن على المقر، لأن السكنى يثبت اليد للساكن على المسكن، وإقراره باليد للغير حجة عليه، وما ثبت بإقراره كالمعاين في حقه، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(٤) الفعل.

(٥) قيد حتى لو قال: ثم قبضته منه كان على الخلاف. (ك)

(٦) مقر.

(٧) خياط.

(٨) بأن خاط في بيت المقر. (ك)

(٩) قوله: "باب إقرار المريض" لما فرغ من بيان أحكام إقرار الصحيح وهو الأصل شرع في بيان أحكام إقرار المريض وهو العارض والفرع، لأن المرض بعد الصحة، وأفرده بباب على حدة للاختصاص بأحكام ليست هي للصحيح. (ن)

(١٠) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(١١) غير معلومة الأسباب.

(١٢) أي مرض موته. (نت)

(١٣) قوله: "بأسباب معلومة" كما إذا استقرض مالا في مرضه وعاين الشهود ودفع المقرض المال إليه أو اشترى شيئًا، وعاين الشهود قبض المبيع، أو استأجر شيئًا بمعاينة الشهود، أو تزوج امرأة بمهر مثلها، وعاين الشهود النكاح. (ك)

(١٤) على الديون المقر بها في المرض.

(١٥) سواء كان بسبب معلوم أو لا.

وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين[(١)]، ومحل الوجوب الذمة[(٢)] القابلة للحقوق[(٣)]، فصار كإنشاء التصرف[(٤)] مبايعة ومناكحة.

ولنا: أن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير، وفى إقرار المريض ذلك، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء، ولهذا[(٥)] منع من التبرع[(٦)] والمحاباة[(٧)] إلا بقدر الثلث. بخلاف النكاح[(٨)] لأنه من الحوائج الأصلية[(٩)] وهو بمهر المثل[(١٠)]، وبخلاف المبايعة بمثل القيمة، لأن حق الغرماء تعلق بالمالية[(١١)] لا بالصورة[(١٢)]، وفى حال الصحة[(١٣)] لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على

---

(١٦) قوله: "لاستواء سببهما إلخ" أفاد هذا الدليل مساواة دين المرض بالإقرار للدين الثابت بالإقرار فى الصحة، فيلزمه منه مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضاً بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين، وبين هذا الدين كذا فى "نتائج الأفكار". (مل)

(١) قوله: "عن عقل ودين" وإنما تعرض لهذين الوصفين لأن العقل والدين يمنعان المرء عن الكذب فى أخباره والإقرار إخبار عن الواجب فى ذمته، فلا يكذب فى إقراره لوجود هذين الوصفين فى المقر، وفى هذا لا تفاوت بين أن يكون المقر صحيحاً، أو مريضاً بل المرض يزداد رجحان جانب الصدق لما أن المرض حالة التوبة والإنابة. (كفاية)

(٢) وهى فى الحالتين سواء.

(٣) وهى ذمة الحر العاقل البالغ. (ك)

(٤) أى فى المرض، فهو مساو لتصرفه فى الصحة.

(٥) قوله: "ولهذا إلخ" هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالأولوية وهو أن المريض لما تعلق بماله حق الوارث، ولا يعتبر تبرعه إلا من الثلث، فإذا منع من التبرع فيما إذا تعلق به حق الوارث: وهو أضعف الحقين، فلأن يمنع فيما إذا تعلق به حق الغريم، وهو أقوى أولى. (ك)

(٦) قوله: "منع [المريض] من التبرع" أى منع من التبرع والمحاباة أصلا إذا أحاطت الديون بماله، وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين وفى هذا جواب عما إذا ادعى الشافعى من الاستواء بين حالة الصحة والمرض، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة فى حال المرض، كما فى حال الصحة. فإن قيل: الإقرار بالوارث فى المرض صحيح، وقد تضمن إبطال حق بقية الورثة، أجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً، فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً وهو الموت بخلاف الدين فإنه يجب بالإقرار لا بالموت. (ع)

(٧) أى البيع بنقصان القيمة.

(٨) قوله: "بخلاف النكاح إلخ" جواب عما استشهد به الشافعى من إنشاء النكاح والمبايعة. (ع)

(٩) قوله: "لأنه من الحوائج الأصلية" فإن قيل لو تزوج وهو لا يحتاج إليه بسبب أن له نساء أو جوارى، أو هو شيخ كبير لا يولد له عادة تزوج آيسة، قلنا: النكاح فى أصل الوضع من مصالح المعيشة، والعبرة لأصل الوضع لا للحال، فإن الحال مما لا يوقف عليه ليبنى الأمر عليها. (ك)

(١٠) قوله: "وهو مهر المثل" يجوز أن يكون حالا يعنى أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل، وأما الزيادة على ذلك فباطلة، والنكاح جائز، والمرء غير ممنوع من الحوائج الأصلية، وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية. (ع)

(١١) والمالية باقية.

(١٢) أى لا بمال معين مشخص.

الاكتساب(١)، فيتحقق التثمير، وهذه حالة العجز(٢)، وحالتا المرض(٣) حالة واحدة؛ لأنه(٤) حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض، لأن الأولى حالة إطلاق(٥)، وهذه حالة عجز(٦) فافترقا. وإنما تقدم المعروفة(٧) الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له(٨)، وذلك مثل بدل مال ملكه(٩) أو استهلكه، وعلم وجوبه بغير(١٠) إقراره(١١)، أو تزوج امرأة بمهر مثلها، وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا(١٢). ولو أقر(١٣) بعين في يده لآخر(١٤) لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به، ولا يجوز(١٥) للمريض أن يقضي دين بعض

(١٣) قوله: "وفي حال الصحة إلخ" لما استشعر أن يقال: لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حال الصحة، لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالإجماع، أجاب عنه بقوله: وفي حال إلخ. (نت)

(١) فلم يحتج إلى تعليق حق الغرماء بماله.

(٢) قوله: "وهذه حالة [أي حالة المرض] العجز [فلا يتحقق التثمير، فيتعلق بالمال لا بالصورة]" يعني أن الإنسان لما مرض مرض الموت، وعجز عن الاكتساب فلو لم يتعلق حق الغريم بالمال، ولم ينتقل من الذمة إليه يتوى دينه، لأن المريض يتلف المال سريعًا، فيؤدي إلى إبطال حقه فيهم. (ك)

(٣) قوله: "وحالتا [أي أوله وآخره] المرض إلخ" أي وحالة أول المرض، وحالة آخر المرض وبعد أن يتصلها الموت حالة واحدة، وهذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال بأن يقال: لو كان تعلق الدين المقدم مانعًا عن الإقرار بدين آخر، ينبغي أن لا يصح إقرار المريض بالدين ثانيًا بعد ما أقر أولا في حال مرضه لتعلق حق المقر له الأول بماله، كما لا يصح إقراره في حال المرض إذا كان له غرماء الصحة لتعلق حق غرماء الصحة بماله، فأجاب عنه، وقال: ليس كذلك، لأن الإقرارين في حالة المرض بمنزلة إقرار واحد، لكون أحوال المرض بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر كما أن أحوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الإطلاق. (ك)

(٤) المرض.

(٥) أي حالة الإذن يعني في هذه الحالة إذن الشارع بالتصرف.

(٦) قوله: "وهذه حالة عجز" فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض، ولا يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره. (ع)

(٧) قوله: "وإنما تقدم إلخ" ثم لأن الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض، وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب عليه، فقال: وإنما تقدم إلخ. (نت)

(٨) فيقدم على المقر به.

(٩) بالبيع والقرض.

(١٠) أي بمعاينة القاضي أو البينة.

(١١) معطوف على قوله: بدل إلخ من حيث المعنى.

(١٢) إشارة إلى قوله: لأنه لا تهمة في ثبوتها. (نت)

(١٣) ذكر المصنف هذه المسألة تفريعًا على مسألة القدوري.

(١٤) فالإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه. (نت)

(١٥) ذكر المصنف هذه المسألة تفريعًا على مسألة القدوري.

الغرماء(١) دون البعض، لأن في إيثار(٢) البعض إبطال حق الباقين(٣)، وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء(٤)، إلا(٥) إذا قضى ما استقرض في مرضه(٦)، أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه، وقد علم بالبينة(٧).

قال(٨): وإذا قضيت يعنى الديون(٩) المتقدمة، وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض؛ لأن الإقرار في ذاته صحيح(١٠)، وإنما رد في حق غرماء الصحة، فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته.

قال(١١): فإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره(١٢)؛ لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير، وكان المقر له أولى(١٣) من الورثة، لقول عمر رضى الله عنه(١٤): "إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته"*، ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية(١٥)، وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ(١٦)، ولهذا يقدم

---

(١) غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين.

(٢) اختيار.

(٣) قوله: "إبطال حق الباقين إلخ" فلا يصح فإن فعل ذلك لا يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا. (عناية)

(٤) قوله: "غرماء الصحة والمرض في ذلك سواء" أراد من غرماء المرض ما يكون لهم الأسباب المعروفة لأن حق الكل في التعلق بماله على اعتبار الموت على السواء. (كفاية)

(٥) استثناء من قوله: ولا يجوز للمريض إلخ. (نت)

(٦) قوله: "إلا إذا قضى [في مرضه] ما استقرض إلخ" لأنه ليس فيه إبطال حق الغرماء لأنه حصل في يده مثل ما نقد، وحق الغرماء يتعلق بمعنى التركة لا بالصورة، فإذا حصل له مثله لا يعد تفويتًا، بخلاف ما لو قضى مهر امرأة تزوجها في المرض، أو أجرة دار استأجرها لم يسلم لهما ويشاركهما غرماء الصحة، لأن ما حصل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم، فكان تخصيصهما إبطالا لحق الغرماء، كذا في "المبسوط". (ك)

(٧) أو بمعاينة القاضي.

(٨) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) بنوعيها. (ع)

(١٠) أي محمول على الصدق في حقه حجة عليه. (ع)

(١١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٢) وإن كان بكل ماله. (نت)

(١٣) قوله: "وكان المقر له أولى" فإن قيل: الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه السلام: «والثلث كثير»، وذلك أقوى من قول عمر، أجيب بأن ذلك في الوصية وما في معناها، والإقرار للأجنبي ليس من ذلك. (ع)

(١٤) قلت: غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١١، وانظر الدراية ج٢ تحت الحديث في كتاب الإقرار إلخ ص١٨٠. (نعيم)

(١٥) لأن به رفع الحائل بينه وبين الجنة. (ع)

حاجته[١] في التكفين. قال[٢]: ولو أقر المريض[٣] لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه[٤] فيه بقية ورثته، وقال الشافعي في أحد قوليه: يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق[٥] فيه، وصار كالإقرار[٦] لأجنبي[٧]، وبوارث آخر[٨]، وبوديعة مستهلكة للوارث[٩]. ولنا قوله عليه السلام*: «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين[١٠]»، ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه[١١]، ولهذا يمنع من التبرع[١٢] على الوارث أصلا، ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين، ولأن حالة المرض[١٣] حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق[١٤] إلا أن هذا التعلق لم يظهر في

---

(١٦) عن الحاجة الأصلية.

(١) على حق الورثة.

(٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) بعين، أو دين.

(٤) فإن لهم أن يتركوا حقهم.

(٥) قوله: "لترجح جانب الصدق" إذ العقل يمنعه عن الإقدام على الكذب، وبالمرض يزداد الامتناع لكونه حالة الندم والإنابة. (ك)

(٦) بدين.

(٧) قد ذكرنا جوابه. (ع)

(٨) قوله: "وبوارث آخر [أي أقر أن فلانًا وارثه]" والجامع هو أن حق الباقين كما يبطل بتخصيص البعض بالإقرار بالدين، فكذلك يبطل حقهم بالإقرار بوارث آخر، وهو صحيح بالاتفاق، فينبغي أن يصح هذا الإقرار أيضًا، إذ كل واحد من الإقرارين إضرار بالوارث المعروف. (ك)

(٩) قوله: "وبوديعة مستهلكة [أي أقر باستهلاك وديعة كان ثبوتها معاينة. ك] إلخ" وجوابنا عن ذلك أنا لو لم نعتبر إقراره يصير مجهولا ويجب الضمان، فلايفيد رد الإقرار، ولأن تصرف المريض إنما رد للتهمة، ولا تهمة في المعاينة. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١١، والدراية ج٢، الحديث٨٤٦ ص١٨٠. (نعيم)

(١٠) قلت: أخرجه الدار قطني في "سننه" في كتاب الوصايا. (ت)

(١١) قوله: "ولأنه تعلق إلخ" فإن قيل: حق الورثة إنما يظهر بعد الفراغ عن حاجة، فإذا أقر بالدين لبعض الورثة ظهر حاجته، لأن العاقل لا يكذب على نفسه جزافا، وبالمرض يزداد جهة الصدق، لأن الباعث الشرعي ينضم إلى العقل، فيبعثه على الصدق. قلنا: الإقرار إيصال نفع إلى الوارث من حيث الظاهر، وفيه إبطال حق الباقين، ووجوب الدين لم يعرف إلا بقوله، وهو متهم فيه لجواز أنه أراد به الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية، فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة، بخلاف الأجنبي لأنه غير متهم فيه، لأنه يملك إيصال النفع بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء في تحصيل المقصود به بإنشاء لا تتمكن التهمة في إقراره، ألا ترى أن الوكيل يصح إقراره بالبيع قبل العزل لا بعده. (كفاية)

(١٢) بالوصية والهبة

(١٣) قوله: "ولأن حالة المرض إلخ" يعني أن حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال، وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيها يورث شبهة تهمة تخصيصه، والقرابة تمنع عن ذلك لأنها سبب تعلق حق الأقرباء بالمال، وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص. (ع)

حق الأجنبي [١] لحاجته إلى المعاملة في الصحة، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه، وقلما يقع المعاملة مع الوارث [٢]، ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضًا [٣].

ثم هذا التعلق [٤] حق بقية الورثة، فإذا صدقوه فقد أبطلوه [٥] فيصح إقراره، وإن أقر لأجنبي [٦] جاز، وإن أحاط بماله لما بينا [٧]، والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث، لأن الشرع قصر تصرفه [٨] عليه، إلا أنا نقول [٩]: لما صح إقراره في الثلث [١٠] كان له التصرف في ثلث الباقي [١١]، لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل [١٢]. قال [١٣]: ومن أقر [١٤] لأجنبي، ثم قال: هو ابني ثبت نسبه منه، وبطل

---

(١٤) أي تعلق حق الأقرباء بماله.

(١) أي في حق الإقرار بالأجنبي فإنه يصح.

(٢) قوله: "وقلما يقع إلخ" دفع دخل هو أن الحاجة موجودة في حق الوارث أيضًا، لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث، فأجاب بقوله: وقلما يقع إلخ، فإن البيع للاسترباح، ولا استرباح مع الوارث، لأنه يستحيي من المماكسة معه، فلا يحصل الربح. (ع)

(٣) قوله: "لحاجته أيضًا" فإنه محتاج إلى إبقاء نسله، فلا ينحجر بحق الورثة كما لا ينحجر عن الانفاق لبقاء نفسه. (ك)

(٤) أي تعلق حق الورثة بماله.

(٥) الحق.

(٦) قوله: "وإن أقر لأجنبي إلخ" كانت المسألة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيدًا لذكر القياس والاستحسان. (نت)

(٧) من أن قضا الدين من الحوائج الأصلية.

(٨) المريض.

(٩) استحسانًا.

(١٠) لانتفاء التهمة عن إقراره في ذلك القدر لعدم تعلق حق الورثة به. (نت)

(١١) قوله: "كان له التصرف إلخ" فإن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض، فكل ما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده. (ع)

قوله: "كان له التصرف [أي بالإقرار]" نقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين، فإنها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المذكور فيها، لأن المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة، فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء، فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضًا ثم وثم إلى أن يأتي على الكل.

وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف لدين المريض، فلما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده، وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية، وإنما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا. (نتائج الأفكار)

(١٢) قوله: "حتى يأتي على الكل" وفيه أنه لا يأتي على الكل عندنا لأنا نقول بالجزء الذي لا يتجزأ، فينتهي القسمة إلى جزأين، إذ ليس لهما ثلث، وأما عند الفلاسفة فلا ينتهي القسمة إلى حد، لأن كل مقدار عندهم يقبل الانقسام لا إلى نهاية، قلت: هذه دقة فلسفية لا يقبلها العقول الصحيحة لظهور المراد، وهو أنه يأتي كل ما يعتد به، والجزءان اللذان لا يتجزيان بل كل مالا يقدر قسمته فعلا، فهو غير معتد به. (أعظمي)

(١٣) أي القدوري في "مختصره". (نت)

إقراره له، فإن أقر لأجنبية، ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها[١]، وجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق، فتبين أنه أقر لابنه، فلا يصح[٢]، ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان التزوج، فبقي إقراره لأجنبية.

قال[٣]: ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثًا، ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه؛ لأنهما[٤] متهمان فيه لقيام العدة[٥]، وباب الإقرار مسدود للورثة، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها، ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت[٦].

فصل[٧]

ومن[٨] أقر بغلام يولد مثله لمثله، وليس له نسب معروف أنه ابنه، وصدقه الغلام[٩] ثبت نسبه منه وإن[١٠] كان مريضًا؛ لأن النسب مما يلزمه خاصة[١١]، فيصح إقراره به، وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبًا في الظاهر، وشرط أن لا يكون له نسب معروف، لأنه[١٢] يمنع ثبوته[١٣] من غيره، وإنما شرط تصديقه لأنه في يد

(١٤) بعين أو بدين.

(١) قوله: "لم يبطل إقراره لها" قيد بالإقرار لأنه لو وهب لها هبة أو وأوصى لها بوصية، ثم تزوجها يبطل لأن ذا تمليك بعد الموت، وهي وارثة حينئذ. (ك)

(٢) هذا الإقرار.

(٣) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٤) الزوجين.

(٥) قوله: "لقيام العدة" أشار بهذا إلى أن وضع المسألة فيما إذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة، وأما إذا كان موته بعد انقضاءها فإقراره لها جائز. (نت)

(٦) الأقل.

(٧) قوله: "فصل" أي في الإقرار بالنسب قدم الإقرار بالمال على الإقرار بالنسب لكثرة وقوع الأول، وقلة وقوع الثاني، ولا ريب في أن ما كثر الدوران أهم بالبيان، وإنما أفرد الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والأحكام كما ستظهر. (نت)

(٨) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) قوله: "وصدقه الغلام" أي فيما إذا كان يعبر عن نفسه، وأما إذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا قاطبة. (نت)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "مما يلزمه خاصة [ليس فيه تحميله على الغير]" قال الله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ ﴿وعلى المولود له رزقهن﴾، ولأن مؤنة الولد على الأب خاصة، فيكون إقراره به على نفسه، فيقبل من غير تصديق الأم. (ك)

(١٢) أي النسب المعروف.

(١٣) نسب.

نفسه، إذ المسألة وضعها فى غلام يعبر عن نفسه، بخلاف الصغير[١] على ما مر من قبل[٢]. ولا يمتنع[٣] بالمرض، لأن النسب من الحوائج الأصلية، ويشارك[٤] الورثة فى الميراث، لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف، فيشارك ورثته.

قال[٥]: ويجوز[٦] إقرار الرجل بالوالدين والولد[٧] والزوجة[٨] والمولى[٩]؛ لأنه أقر بما يلزمه، وليس فيه تحميل النسب على الغير، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى[١٠]؛ لما بينا[١١]. ولا يقبل[١٢] بالولد، لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج؛ لأن النسب منه[١٣] إلا أن يصدقها الزوج، لأن الحق له، أو تشهد بولادته قابلة[١٤]، لأن قول القابلة فى هذا مقبول، وقد مر فى الطلاق[١٥]، وقد ذكرنا[١٦] فى إقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى. ولا بد من تصديق هؤلاء[١٧]، ويصح التصديق فى النسب بعد موت المقر، لأن النسب يبقى بعد الموت،

---

(١) الذى لا يعبر عن نفسه.

(٢) أى فى باب دعوى النسب من كتاب الدعوى. (نت)

(٣) ثبوت النسب.

(٤) هذا من تتمة كلام القدورى.

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٦) فى الصحة أو فى المرض.

(٧) قوله: "بالوالدين والولد إلخ" أى إذا صدقوه لا الولد إذا كان صغيراً فى يده. (ك)

(٨) بشر خلوها عن زوج آخر وعدته.

(٩) يعنى مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل. (ع)

(١٠) قوله: "إقرار المرأة بالوالدين إلخ" لا مانع من صحة إقرارها بالوالدة إذ ليس فيها إلزام النسب على الغير، فيصح لكن الكلام فى تصديقها، فإنه يصح فى حال هو ما إذا لم تكن ذات زوج، ولا يصح فى حال، وهو ما إذا كان لها زوج، فثبت أن إقرار المرأة بالوالدين يصح مطلقاً، وتصديقها لابنته يصح فى حال دون حال، ومثل هذا لا يعد تناقضاً. (ك)

(١١) من أنه أقر بما يلزمه.

(١٢) إقرار المرأة.

(١٣) قال الله تعالى: ﴿ادعوهم لآباءهم﴾. (ع)

(١٤) قوله: "أو تشهد بولادته قابلة" إذ الفرض أن الفراش قائم، فيحتاج إلى تعيين الولد، وشهادتها فى ذلك مقبولة. (ع)

(١٥) قوله: "وقد مر فى الطلاق" لأن سبب ثبوت النسب من الرجل خفى وهو الوطئ، ولا يقف عليه غيره، فيقبل منه مجرد قوله، وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة، ويمكن أن يقف عليها غيرها وهى القابلة، فلم يكن مجرد قولها فيه حجة. (ك)

(١٦) قوله: "وقد ذكرنا [أى فى باب دعوى النسب]" وهو أنها إذا كانت ذات زوج لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة، ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبى حنيفة، وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة، قالوا: يثبت النسب منها بقولها. (ك)

(١٧) قوله: "ولا بد من تصديق هؤلاء [المقر لهم المذكورين. نت]" لأنهم فى أيدى أنفسهم، فيتوقف نفاذ التصرف وهو الإقرار على تصديقهم. (كافى)

وكذا يصح تصديق الزوجة[(١)]؛ لأن حكم النكاح باقٍ[(٢)]، وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها[(٣)]، لأن الإرث[(٤)] من أحكامه، وعند أبى حنيفة لا يصح[(٥)]، لأن النكاح انقطع بالموت، ولهذا لا يحل له غسلها[(٦)] عندنا، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار[(٧)]، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار[(٨)]. قال[(٩)]: ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد، نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره فى النسب؛ لأن فيه حمل النسب على الغير، فإن كان له[(١٠)] وارث معروف قريب[(١١)]، أو بعيد[(١٢)]، فهو أولى بالميراث من المقر له، لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف، وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه، لأن له ولاية التصرف[(١٣)] فى مال نفسه عند عدم الوارث[(١٤)]. ألا ترى أن له[(١٥)] أن يوصى بجميعه[(١٦)] عند عدم الوارث، فيستحق جميع المال، وإن لم يثبت نسبه منه[(١٧)]، لما فيه

(١) أى بالزوجية بعد موت الزوج المقر. (ع)

(٢) قوله: "لأن حكم النكاح باق" وهو العدة فإنها واجبة الثبوت بعد الموت، وهى من آثار النكاح، ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح. (ع)

(٣) الزوجة أى عند أبى يوسف ومحمد. (نت)

(٤) وهو مما يبقى بعد الموت. (نت)

(٥) أى تصديق الزوج بعد موتها.

(٦) بعد موتها. (نت)

(٧) قوله: "لأنه معدوم إلخ" لقائل أن يعارض فيقول: لا يصح التصديق على اعتبار العدة، لأنها معدومة حالة الإقرار، وإنما تثبت بعد الموت، والتصديق يستند إلى أول الإقرار.
ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع، فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائمًا باعتبارها، فكذا المقر به، وأما الإرث فليس بلازم له لجواز أن يكون المرأة كتابية، فلم يعتبر قائمًا باعتباره. (ع)

(٨) قوله: "يستند إلى أول الإقرار" والإرث معدوم فى تلك الحالة، فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الإرث المعدوم. (نت)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) المقر.

(١١) كذوى الفروض والعصبات مطلقًا. (ع)

(١٢) قوله: "بعيد [كذوى الأرحام]" نحو أن يقر بأخ ولد عمة أو خالة، فالإرث لهما دونه، لأنه لا يملك إبطال حقهما فى الإرث بصرفه إلى الغير. (كفاية)

(١٣) قوله: "لأن له [أى المقر] ولاية التصرف" يعنى أن المقر أقر بشيأين بالنسب، وباستحقاق ماله بعده، والأول إقراره على غيره، وهو غير مسموع، والثانى على نفسه وهو مسموع. (ع)

(١٤) والغريم. (ع)

(١٥) أى المقر.

(١٦) أى المال.

(١٧) أى المقر.

من حمل النسب على الغير ، وليست هذه[(١)] وصية حقيقة حتى إن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ، ولو كان الأول وصية لاشتركا[(٢)] نصفين لكنه[(٣)] بمنزلته[(٤)] حتى لو أقر في مرضه بأخ ، وصدقه المقر له ، ثم أنكر المقر قرابته ، ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له ، ولو لم يوص لأحد[(٥)] كان[(٦)] لبيت المال ، لأن رجوعه صحيح[(٧)] ، لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار . قال[(٨)] : ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه ؛ لما بينا[(٩)] ، ويشاركه في الميراث ؛ لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ، ولا ولاية له عليه ، والاشتراك في المال ، وله فيه ولاية ، فيثبت[(١٠)] كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق[(١١)] لم يقبل إقراره[(١٢)] عليه[(١٣)] ، حتى لا يرجع[(١٤)] عليه[(١٥)] بالثمن ، ولكنه[(١٦)] يقبل في حق العتق . قال[(١٧)] : ومن مات وترك ابنين ، وله على آخر مائة درهم ، فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر ، وللآخر خمسون[(١٨)] ؛ لأن هذا إقرار بالدين على الميت[(١٩)] ، لأن الاستيفاء[(٢٠)] إنما يكون بقبض مضمون[(٢١)] ، فإذا كذبه أخوه

---

(١) أي هذه الصورة يعني الإقرار المذكور. (نت)

(٢) أي الأخ والموصى له.

(٣) الإقرار المذكور.

(٤) الوصية.

(٥) بعد الإنكار.

(٦) المال.

(٧) بمنزلة الرجوع عن الوصية. (كافي)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) من أن فيه حمل النسب على الغير.

(١٠) الاشتراك في المال.

(١١) أي بعتق ما اشتراه من ذلك البائع. (نت)

(١٢) قوله: "لم يقبل إقراره" في حق الرجوع بالثمن على البائع، حتى لا يرجع عليه بالثمن، لكونه إقراراً على الغير في حق الرجوع بالثمن، ولكن يقبل إقراره في حق العتق حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه إقرارًا على نفسه في حق ذلك. (نت)

(١٣) المشتري.

(١٤) المشتري.

(١٥) البائع.

(١٦) أي إقرار المشتري.

(١٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٨) قوله: "وللآخر خمسون" بناء على ما ذكرناه من الإقرار على نفسه وعلى غيره، وهو الأخ والميت، فيصح على نفسه، ولا يصح عليهما، ويحلف الأخ بالله ما نعلم أن أباه قبض منه الخمسين، ويقبض الخمسين من الغريم. (ع)

استغرق الدين نصيبه[١]، كما هو المذهب عندنا[٢]، غاية الأمر[٣] أنهما[٤] تصادقا على كون[٥] المقبوض مشتركًا بينهما، لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم، ورجع الغريم على المقر، فيؤدى إلى الدور.

كتاب الصلح[٦]

قال[٧]: الصلح على ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار، وصلح مع سكوت، وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر[٨]، وصلح مع إنكار، وكل ذلك جائز لإطلاق

---

(١٩) أي الأب.

(٢٠) قوله: "لأن الاستيفاء" أي استيفاء الدين بقبض مضمون لما مر أن الديون تقضى بأمثالها، فيجب للمديون على صاحب الدين مثل مالصاحب الدين عليه، فيلتقيان قصاصًا. (نت)

(٢١) أي بقبض عين مضمون حتى يصير دينًا فيقاصان؛ لأن الديون تقضى بأمثالها. (ك)

(١) فإن إقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة. (نت)

(٢) قوله: "كما هو [من أنه إذا أقر بالدين على مورثه يقع على نصيبه فقط] المذهب عندنا" خلافًا للشافعي، فعنده يشيم في النصفين. (ك)

(٣) قوله: "غاية الأمر إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: أن جميع الدين كان مشتركًا بينهما، فكذلك كل جزء من أجزاءه يكون مشتركًا بينهما، فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شيء من أجزاءه، والابن المقر وإن زعم أن بعض أجزاءه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك، فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض، فينبغي أن يكون ذلك بينهما نصفين، ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه.

فأجاب بأنهما وإن تصادقا على كون المقبوض مشتركًا بينهما لكن المقر لا يرجع على القابض بشيء، إذ لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم بقدر ذلك على زعمه أن أباه لم يقبض شيئًا من الغريم، وله تمام الخمسين بسبب سابق ويرجع الغريم أيضًا على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر، وبقاءه دينًا على الميت بموجب إقراره، والدين مقدم على الإرث، فيؤدى إلى الدور. (نت)

(٤) أي المقر والمنكر.

(٥) على كون" أي على كون الخمسين التي يقبضها غير المقر مشتركًا بينهما، أما غير المقر فإنه يقول: الكل مشترك فيكون مقرًا بكون ما قبضه مشتركًا، وأما المقر فإنه يزعم أن الدين بهذا المقدار وهو مشترك. (ك)

(٦) قوله: "كتاب الصلح" وجه المناسبة في إيراده بعد الإقرار أن إنكار المقر سبب للخصومة، وهي تستدعي الصلح، وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه، وشرطه العقل لا البلوغ والحرية، وكون المصالح عنه حقًا يجوز الاعتياض عنه، ولو كان غير مال كالقصاص. (مج)

قوله: "الصلح" ركنه: الإيجاب والقبول، وشرطه: أن يكون البدل، أي المصالح عليه مالا معلومًا إن احتيج إلى قبضه، وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي. (ك)

قوله: "الصلح" هو اسم بمعنى المصالحة، وهو خلاف المخاصمة، وأصله من الصلاح، وهو استقامة الحال، وفي الشريعة: عبارة عن عقد يرفع النزاع. (ك)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "وهو أن لا يقر إلخ" إيماء إلى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت، لأن معنى مطلق السكوت هو أن لا يتكلم أصلا. (نت)

قوله تعالى[١]: ﴿والصلح خير[٢]﴾، ولقوله عليه السلام[٣]: «كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالا»*.

وقال الشافعي: لا يجوز[٤] مع إنكار وسكوت لما روينا[٥]، وهذا[٦] بهذه الصفة لأن البدل[٧] كان حلالا على الدافع حرامًا على الآخذ[٨]، فينقلب الأمر[٩]، ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه، وهذه رشوة[١٠].

ولنا: ما تلونا[١١]، وأول ما روينا[١٢]، وتأويل آخره[١٣]: أحل حرامًا لعينه كالخمر[١٤]، أو حرم حلالا لعينه كالصلح[١٥] على أن لا يطأ الضرة[١٦]، ولأن هذا[١٧]

---

(١) وهذا وإن نزل في صلح الزوجين لكن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب.

(٢) قوله: "والصلح خير" عرفه بالألف واللام، فيقتضي أن يكون كل صلح خيراً، وكل خير مشروع. (ك)

(٣) قوله: "ولقوله عليه السلام إلخ" وقلت: روى من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه أبو داود في القضاء. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٢، والدراية ج٢، الحديث٨٤٧ ص١٨٠. (نعيم)

(٤) أي الصلح.

(٥) قوله: "لما روينا" قلت: كان الأظهر أن يقول: لآخر ما روينا؛ لأن أوله حجة عليه. (نت)

(٦) أي الصلح مع إنكار أو سكوت.

(٧) أي بدل الصلح.

(٨) قوله: "حرامًا على الآخذ" لأن المدعى عليه منكر ولم يثبت حق المدعي بالبينة، فيكون عليه حرامًا. (مل)

(٩) قوله: "فينقلب الأمر" فيكون حرامًا على الدافع، وحلالا على الآخذ، أو نقول: إن المدعي إن كان محقًا كان أخذ المدعى حلالا قبل الصلح، وحرم عليه بالصلح، وإن كان مبطلا كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حرامًا عليه قبل الصلح، وحل له بالصلح، فصار صلحًا أحل حرامًا، وحرم حلالا. (تبيين)

(١٠) أي كأنه رشوة، وهي حرام.

(١١) من الآية.

(١٢) قوله: "وأول ما روينا [من الحديث]" أقول: هذا ليس بصحيح لأن آخر الحديث مستثنى من أوله، وقد تقرر في علم أصول الفقه أن ليس لأول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره، بل لا يتم المعنى إلا بمجموع المستثنى والمستثنى منه، ويمكن أن يوجه بأن قوله: وتأويل آخره أحل حرامًا إلخ متصل من حيث المعنى بقوله: وأول ما روينا، فحاصل الكلام أن لنا أول ما رويناه مع تأويل آخر فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل. (نت)

(١٣) قوله: "وتأويل آخره [أي آخر الحديث وهو قوله: إلا صلحًا أحل إلخ] أحل حرامًا لعينه إلخ" حمله على هذا أحق، لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه، وما ذكره الشافعي غير متحمل، إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك، فإن الصلح يقع على بعض الحق عادة، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعي أخذه قبل الصلح، وحرم بالصلح، وكان حرامًا على المدعى عليه منعه قبل الصلح، وقد حل بالصلح. (نت)

(١٤) والخنزير.

(١٥) بامرأته.

(١٦) دو زن يک مرد هر يکی ازان ضره است مرد ديگری را. (من)

صلح بعد دعوى صحيحة[١]، فيقضى بجوازه، لأن المدعى يأخذه عوضًا عن حقه في زعمه، وهذا مشروع، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهذا مشروع أيضًا إذ المال وقاية الأنفس[٢]، ودفع الرشوة لدفع الظلم[٣] أمر جائز[٤].

قال[٥]: وإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات[٦] إن وقع عن مال[٧] بمال؛ لوجود معنى البيع، وهو مبادلة المال بالمال فى حق المتعاقدين بتراضيهما، فيجرى فيه الشفعة إذا كان عقارًا[٨]، ويرد بالعيب، ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية، ويفسده جهالة البدل[٩]، لأنها هى المفضية إلى المنازعة[١٠] دون جهالة المصالح عنه[١١]، لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل[١٢].

وإن وقع عن مال بمنافع[١٣] يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة، وهو تمليك المنافع بمال، والاعتبار فى العقود لمعانيها[١٤]، فيشترط التوقيت[١٥] فيها، ويبطل

---

(١٧) أى الصلح عن إنكار أو سكوت.

(١) ولهذا يستحلف المدعى عليه.

(٢) وقاية هرچه بدان چيزى را نگاه دارند، وپناه دهند. (من)

(٣) وإنما حرم الرشوة لو دفع ليظلم غيره. (ك)

(٤) لأن المال خلق لصيانة الأنفس. (عينى)

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٦) قوله: "فى البياعات" الكلام على حذف المضاف، أى فى بيع البياعات، والبياعة -بالكسر- متاع وكالاى فروختنى، كذا فى "منتهى الأرب".

(٧) أى عن دعوى مال.

(٨) أى ما أعطاه المدعى عليه.

(٩) أى المصالح عليه الذى يعطيه المدعى عليه.

(١٠) قوله: "لأنها [أى الجهالة] هى المفضية إلخ" لأنه يحتاج إلى قبضه، فلا بد من إعلامه على وجه لا يبقى فيه منازعة بينهما، فلهذا لا يثبت الحيوان فيه دينًا فى الذمة، ولا يثبت الثياب فيه دينًا فى الذمة إلا موصوفًا مؤجلا كما فى السلم. (ك)

(١١) قوله: "دون الجهالة المصالح عنه" كما يقول السفير بين المتخاصمين: كل دعوى لك على فلان صالحته على هذا المقدار. (عينى)

(١٢) قوله: "ويشترط القدرة إلخ" حتى لو صالح على عبد آبق لا يصح، كذا فى "النهاية". (ك)

(١٣) قوله: "بمنافع" أى إذا كان البدل المنافع بأن كان على رجل عشرة دراهم، فصالح من ذلك على منفعة الدار سنة، أو ركوب الدابة سنة ونحو ذلك (مل)

(١٤) قوله: "والاعتبار فى العقود لمعانيها" ولهذا كان البيع بالتعاطى صحيحًا، وكان الهبة بشرط العوض بيعًا، وكانت الحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة. (عينى)

(١٥) قوله: "فيشترط التوقيت [أى بيان المدة]" حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت إلى مدة معلومة جاز، وإذا لم تكن المدة معلومة فلا يجوز. (عينى)

الصلح[١] بموت أحدهما[٢] في المدة لأنه[٣] إجارة.
قال[٤]: والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين، وقطع الخصومة، وفي حق المدعي المعنى المعاوضة؛ لما بينا[٥]، ويجوز[٦] أن يختلف حكم العقد[٧] في حقهما[٨]، كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين[٩]، وغيرهما[١٠]، وهذا في الإنكار ظاهر، وكذا في السكوت، لأنه يحتمل الإقرار، والجحود، فلا يثبت[١١] كونه عوضًا في حقه[١٢] بالشك.
قال[١٣]: وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة، قال[١٤]: معناه[١٥] إذا كان عن إنكار أو سكوت، لأنه[١٦] يأخذها[١٧] على أصل حقه[١٨]، ويدفع المال دفعًا لخصومة المدعي[١٩]، وزعم المدعي لا يلزمه[٢٠]، بخلاف ما إذا صالح[٢١] على دار

---

(١) قوله: "ويبطل الصلح إلخ" فيرجع المدعي في دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة. (مل)
(٢) متعاقدين.
(٣) أي لأن الصلح عن مال بمنافع.
(٤) أي القدوري. (عيني)
(٥) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن المدعي يأخذه عوضًا عن حقه في زعمه.
(٦) قوله: "ويجوز أن يختلف حكم إلخ" فإن المدعي يزعم أنه محق في دعواه، والذي أخذه عوض حقه، والمدعى عليه يزعم أن المدعي مبطل في دعواه، والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب عن نفسه، وليس بممتنع اختلاف الحكم في حق المتعاقدين. (عيني)
(٧) أي عقد الصلح.
(٨) أي المدعي والمدعى عليه.
(٩) قوله: "كما يختلف حكم الإقالة إلخ" فإنها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث. (عيني)
(١٠) أي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة. (ع)
(١١) قوله: "فلا يثبت إلخ" لأنه على تقدير الإقرار يكون عوضًا مع أن حمل السكوت على الإنكار أولى، لأن فيه تفريغ الذمة وهو الأصل. (عيني)
(١٢) المدعى عليه.
(١٣) أي القدوري. (عيني)
(١٤) أي المصنف. (عيني)
(١٥) أي معنى كلام القدوري. (عيني)
(١٦) المدعى عليه.
(١٧) لا أنه يشتريها.
(١٨) قوله: "لأنه يأخذها على أصل حقه" أي يبقيها في يده وملكه كما كانت. (ك)
(١٩) وهو المبادلة.
(٢٠) المدعى عليه.

حيث يجب فيها الشفعة، لأن المدعي يأخذها عوضًا عن المال، فكان معاوضة في حقه، فيلزمه الشفعة[١] بإقراره وإن[٢] كان المدعي عليه يكذبه.

قال[٣]: وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق[٤] بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه[٥] بحصة ذلك[٦] من العوض[٧]، لأنه[٨] معاوضة مطلقة[٩] كالبيع، وحكم الاستحقاق في البيع هذا[١٠]، وإن وقع الصلح عن سكوت، أو إنكار، فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي[١١] بالخصومة[١٢]، ورد العوض[١٣]، لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له[١٤]، فيبقى العوض[١٥] في يده غير مشتمل على غرضه[١٦]، فيسترده[١٧].

وإن استحق[١٨] بعض ذلك[١٩] رد حصته[٢٠]، ورجع بالخصومة فيه، لأنه خلا

---

(٢١) مع الإنكار.

(١) قوله: "فيلزمه الشفعة إلخ" فصار كأنه قال: اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر، فيجب فيها الشفعة. (مل)

(٢) الواو وصلية.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) من يد المدعى عليه.

(٥) على المدعي.

(٦) المستحق.

(٧) أي بدل الصلح.

(٨) أي لأن الصلح عن إقرار.

(٩) أي في حقهما.

(١٠) أي بالرجوع بالحصة من العوض.

(١١) أي على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه. (ع)

(١٢) مع المستحق.

(١٣) أي بدل الصلح.

(١٤) مع المدعى عليه.

(١٥) أي بدل الصلح. (ك)

(١٦) قوله: "غير مشتمل على غرضه [مدعى عليه]" لأن غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها. (ك)

(١٧) قوله: "فيسترده" كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل لغرض دفعه إلى رب الدين، ثم ادعى بنفسه قبل أداء الكفيل، فإنه يسترده لعدم اشتماله على غرضه. (عيني)

(١٨) في الصلح عن إنكار وسكوت.

(١٩) أي المصالح عنه.

(٢٠) قوله: "رد حصته [من بدل الصلح]" أي رد المدعي حصة المستحق، ورجع بالخصومة على المستحق فيه، أي

العوض في هذا القدر عن الغرض[١]، ولو استحق المصالح عليه عن إقرار رجع بكل المصالح عنه[٢]، لأنه مبادلة[٣]، وإن استحق بعضه رجع[٤] بحصته[٥]، وإن كان الصلح[٦] عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله، أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه[٧]، لأن المبدل فيه هو الدعوى[٨]، وهذا[٩] بخلاف ما إذا باع منه[١٠] على الإنكار شيئًا حيث يرجع بالمدعى[١١]، لأن الإقدام على البيع إقرار منه[١٢] بالحق له، ولا كذلك الصلح لأنه[١٣] قد يقع لدفع الخصومة، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم[١٤]، فالجواب فيه[١٥] كالجواب في الاستحقاق في الفصلين[١٦].

قال[١٧]: وإن ادعى حقًا في دار ولم يبينه[١٨]، فصولح من ذلك، ثم استحق

في أصل الدعوى، أما رجوعه فلأنه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده، وأما رد الحصة فلخلو إلخ. (ع)

(١) أي غرض المدعى عليه.

(٢) قوله: "رجع بكل المصالح عنه" هذا إذا كان بدل الصلح عينًا، وإن كان بدل الصلح دينًا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون بغير أعيانهما، أو ثياب موصوفة مؤجلة لا يبطل الصلح بالاستحقاق، ولكنه يرجع بمثله، لأنه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء، فصار كأنه لم يستوف بعد، كذا في شرح الطحاوي.(ك)

(٣) قوله: "لأنه [أي لأن الصلح عن الإقرار] مبادلة" لأن المدعي إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح، ولم يسلم، فيرجع بمبدله كما في البيع. (عيني)

(٤) من المدعى عليه.

(٥) أي بحصته البعض المستحق.

(٦) واستحق كل المصالح عليه أو بعضه.

(٧) أي بعض المصالح عليه.

(٨) قوله: "هو الدعوى" لأن المدعي ما ترك الدعوى إلا ليسلم له البدل، فإذا لم يسلم له رجع بالبدل، وهو الدعوي. (زيلعي)

(٩) أي الرجوع بالدعوى.

(١٠) قوله: "ما إذا باع [المدعى عليه بعوض المدعى] منه إلخ" صورته ادعى على آخر دارًا مثلا، وأنكر المدعى عليه ثم صالح من هذه الدعوى على عبد بلفظ البيع، بأن قال المدعى عليه للمدعي: بعت منك هذا العبد بهذه الدار صح الصلح، وهذا إقرار منه بالدار، ثم لو استحق العبد يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى. (ك)

(١١) لا بالدعوى.

(١٢) المدعى عليه.

(١٣) الصلح.

(١٤) إلى المدعي.

(١٥) الهلاك.

(١٦) قوله: "في الفصلين" أي فصل الإقرار والإنكار، فإن كان عن إقرار رجع بعد الهلاك بالمدعى، وإن كان عن إنكار رجع بالدعوى. (عيني)

(١٧) أي القدوري.(عيني)

بعض الدار لم يرد شيئًا من العوض؛ لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقى[١]، بخلاف ما إذا استحق[٢] كله[٣]، لأنه يعرى العوض[٤] عند ذلك عن شيء يقابله، فرجع[٥] بكله[٦] على ما قدمنا فى البيوع[٧].

ولو ادعى دارًا، فصالح على قطعة[٨] منها[٩] لم يصح الصلح، لأن ما قبضه من عين حقه، وهو على دعواه فى الباقى[١٠]، والوجه[١١] فيه[١٢] أحد الأمرين، إما أن يزيد درهمًا فى بدل الصلح، فيصير ذلك[١٣] عوضًا عن حقه فيما بقى، أو يلحق به[١٤] ذكر البراءة عن دعوى الباقى.

فصل[١٥]

والصلح جائز[١٦] عن دعوى الأموال؛ لأنه[١٧] فى معنى البيع[١٨] على ما مر[١٩]

---

(١٨) أى الحق.

(١) بعد الاستحقاق.

(٢) فيرد المدعى بدل الصلح.

(٣) أى جميع الدار.

(٤) أى بدل الصلح.

(٥) وفى نسخة: فيرجع أى المدعى عليه.

(٦) العوض.

(٧) أى فى آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع. (ك)

(٨) كبيت من بيوتها. (ع)

(٩) أى من الدار التى وقع فيها الدعوى. (ك)

(١٠) قوله: "وهو على دعواه فى الباقى [من الدار]" ويقبل بينته لأنه استوفى بعض حقه، وأبرأ عن الباقى، والإبراء عن العين باطل، وكان وجوده وعدمه سواء، وذكر شيخ الإسلام أنه لا يسمع دعواه، وذكر صاحب "النهاية" أنه ظاهر الرواية. ووجهه أن الإبراء لاقى عينًا ودعوي، والإبراء عن الدعوى صحيح، فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذا العين صح، ولو ادعى بعد ذلك لم يسمع، وقيد بقوله: على قطعة منها، لأن الصلح إذا وقع على بيت معلوم من دار أخرى صح لكونه حينئذٍ بيعًا، وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه إجارة حتى يشترط كون المدة معلومة، ولو أراد المدعى أن يدعى البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه إليه باعتبار بدله عينًا أو منفعة. (ع)

(١١) أى الحيلة. (ع)

(١٢) أى فى جواز هذا الصلح.

(١٣) الدرهم.

(١٤) قوله: "أو يلحق به [أى بهذا الصلح.] إلخ" فإن الإبراء عن الدعوى صحيح، وإن كان الإبراء عن العين لا يصح، فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذه العين يصح الإبراء، حتى لو ادعى بعد ذلك لا يسمع. (ك)

(١٥) قوله: "فصل" لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه، وأنواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز. (نت)

(١٦) بمال. (ع)

والمنافع[1]، لأنها تملك بعقد الإجارة، فكذا بالصلح، والأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه[2]، وأشبهها[3] به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد[4] ما أمكن. قال[5]: ويصح عن جناية العمد والخطأ[6]، أما الأول[7] فلقوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع﴾ الآية، قال ابن عباس رضي الله عنه[8]: إنها نزلت في الصلح[9]*، وهو[10] بمنزلة النكاح[11]، حتى إن ما صلح مسمى[12] فيه صلح بدلا ههنا[13]، إذ كل واحد منهما[14] مبادلة المال بغير المال إلا[15] أن عند فساد التسمية ههنا[16] يصار إلى الدية[17]، لأنها[18] موجب الدم.

---

(١٧) أى لأن الصلح عن المال.

(١٨) فما جاز بيعه جاز الصلح عنه.

(١٩) فى أول كتاب الصلح.

(١) قوله: والمنافع" أى والصلح أيضاً يجوز عن دعوى المنافع بأن ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار، فجحده الوارث أو أقر به، وصالحه على شىء جاز، لأن أخذ العوض عن المنافع جائز بالإجارة، فكذا بالصلح. (عينى)

(٢) قوله: "يجب حمله إلخ" أقول: لقائل أن يقول: قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين، ويجوز كما صرحوا به، فإمكان حمل مثله على شىء من العقود غير ظاهر. (نت)

(٣) أى العقود.

(٤) وفى نسخة: العاقل.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) على النفس وما دونها. (تبيين)

(٧) أى الصلح عن جناية العمد.

(٨) قوله: "قال ابن عباس رضى الله عنه" وروى عن جماعة منهم عمر رضى الله عنه أن الآية فى عفو بعض الأولياء، وتقديره فمن عفى له، وهو القاتل، من أخيه، فى الدين وهو المقتول شىء من القصاص، بأن كان للقتيل أولياء، فعفا بعضهم، فقد صار نصيب الباقين ما لا هو الدية على حصصهم من الميراث، فاتباع بالمعروف، أى بقدر حقوقهم من غير زيادة، أو أداء إليه بإحسان، أى وليؤد القاتل إلى غير العافى حقه وافيا غير ناقص، كذا فى التفسير. (ك)

(٩) قوله: "فى الصلح" أى عن دم العمد، ومعنى الآية: فمن عفى له، أى أعطى له من أولياء المقتول، من دم، أخيه المقتول بسهولة بطريق الصلح، شىء، فاتباع، أى فلولى القتيل اتباع المصالح بعد الصلح بالمعروف، أى بحسن معاملة، وأداء إليه، أى على المصالح أداء ذلك إلى ولى القتيل بإحسان فى الأداء. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٢، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٤٧ ص١٨٠. (نعيم)

(١٠) أى الصلح عن جناية العمد.

(١١) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن جناية العمد.

(١٢) مهراً.

(١٣) أى فى الصلح عن جناية العمد.

(١٤) أى من النكاح والصلح جناية العمد.

(١٥) لكن.

ولو صالح[١] على خمر[٢] لا يجب شيء، لأنه[٣] لا يجب بمطلق العفو[٤]، وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين، لأنه الموجب الأصلي[٥]، ويجب[٦] مع السكوت عنه[٧] حكماً[٨]، ويدخل في إطلاق جواب الكتاب[٩] الجناية في النفس وما دونها، وهذا[١٠] بخلاف الصلح عن حق الشفعة[١١] على مال[١٢] حيث لا يصح[١٣] لأنه حق الملك[١٤]، ولا حق في المحل قبل التملك[١٥].

أما القصاص فملك المحل[١٦] في حق[١٧] الفعل[١٨]، فيصح الاعتياض عنه[١٩]،

---

(١٦) بجهالة فاحشة كما إذا صالح على ثوب أو دابة.

(١٧) قوله: "يصار إلى الدية" أي في مال القاتل، لأن بدل الصلح لا يتحمله العاقلة لوجوبه بعقده. (ع)

(١٨) أي الدية.

(١) عن جناية العمد.

(٢) وكل مال ليس بمال متقوم.

(٣) أي المال.

(٤) قوله: "لأنه لا يجب إلخ" يعني لما لم يسم مالا متقوماً في الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت عنه سواء، فبقي مطلق العفو عن القصاص، وفي ذلك لا يجب شيء، فكذا في ذكر الخمر في الصلح. (ك)

(٥) قوله: "لأنه [مهر المثل] الموجب الأصلي إلخ" وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح، فإنه ما شرع إلا بالمال، فإذا لم يكن المسمى صالحا صار كما لو لم يسم مهراً، فوجب مهر المثل، وأما الصلح فليس من ضرورات وجوب المال، فإنه لو عفي بلا تسمية شيء لم يجب شيء، وفيه نظر لأن العفو لا يسمى صلحاً، والجواب أن الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق، فصح أن وجوبه ليس من ضروراته. (ع)

(٦) مهر المثل.

(٧) أي عن ذكر المهر.

(٨) من الشارع.

(٩) قوله: "في إطلاق جواب الكتاب [قال القدوري: والصلح جائز عن دعوى الأموال والمنافع وجناية العمد والخطأ]" هو قوله: ويصح عن جناية العمد والخطأ. (عيني)

(١٠) أي الصلح عن جناية العمد. (ع)

(١١) قوله: "بخلاف الصلح عن حق إلخ" هو أن يصالح الشفيع على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري. (عيني)

(١٢) قوله: "على مال" احتراز عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معلوم، فإن الصلح من الشفيع فيه جائز، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن، فإنه لا يصح، فإن حصته مجهولة لكن لا يبطل شفعته، لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة. (عيني)

(١٣) هذا الصلح، فيبطل الشفعة ولا يجب المال.

(١٤) في المبيع.

(١٥) قوله: "ولا حق إلخ" أي لا حق للشفيع في الدار المشتراة قبل أن يأخذه بالشفعة أصلا، وأخذ البدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل، وذلك رشوة حرام. (عيني)

(١٦) النفس.

وإذا لم يصح الصلح[١] تبطل الشفعة لأنه تبطل بالإعراض والسكوت.

والكفالة بالنفس[٢] بمنزلة حق الشفعة[٣] حتى لا يجب المال بالصلح عنه[٤] غير أن في بطلان الكفالة روايتين[٥] على ما عرف[٦] في موضعه.

وأما الثاني وهو جناية الخطأ، فلأن موجبها[٧] المال، فيصير[٨] بمنزلة البيع، إلا أنه لا يصح الزيادة على قدر الدية، لأنه مقدر شرعًا، فلا يجوز إبطاله، فيرد الزيادة[٩]، بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية لأن القصاص ليس بمال، وإنما يتقوم[١٠] بالعقد، وهذا[١١] إذا صالح على أحد مقادير الدية[١٢]، أما إذا صالح على غير ذلك[١٣] جاز، لأنه[١٤] مبادلة بها[١٥]، إلا أنه يشترط القبض[١٦] في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين[١٧] بدين[١٨].

---

(١٧) قوله: "في حق الفعل" أي ليس هو مملوكا من كل وجه بل في حق الاستيفاء فقط، فلهذا لو قتل أحد القاتل ليس للولي أن يطالبه بشيء. (مل)

(١٨) أي في حق إقامة فعل القصاص.

(١٩) قوله: "فيصح الاعتياض عنه" لأنه اعتياض عما هو ثابت له في المحل، فكان صحيحًا. (عيني)

(١) عن حق الشفعة.

(٢) قوله: "والكفالة بالنفس إلخ" يعني إذا كفل عن نفس رجل، فجاء المكفول له، وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له، ويخرج الكفيل من الكفالة لا يصح الصلح. (ع)

(٣) أي في عدم جواز الصلح.

(٤) أي عن الكفالة بالنفس.

(٥) قوله: "روايتين" في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل، وبه يفتي وهو رواية أبي حفص، وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل، فوجه البطلان هوأن السقوط لا يتوقف على العوض؛ فإذا أسقطه لا يعود.

وفي رواية الكفالة بخلافها، فوجهه أن الكفالة بالنفس سبب من الوصول إلى المال، فأخذ حكمه من هذا الوجه، فإذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانًا، كذا في "الإيضاح" و "الذخيرة". (نهاية)

(٦) أي في "المبسوط". (ميرجان)

(٧) جناية الخطأ.

(٨) هذا الصلح.

(٩) على قدر الدية.

(١٠) القصاص.

(١١) أي عدم جواز الصلح على الزائد عن قدر الدية.

(١٢) قوله: "مقادير الدية [الدية ألف دينار من الذهب وعشرة آلاف درهم من الفضة، ومائة من الإبل فقط. غرر]" أي انواع الدية كالإبل والذهب والفضة. (عيني)

(١٣) كالمكيل والموزون.

(١٤) أي الصلح.

(١٥) أي الدية.

(١٦) أي قبض بدل الصلح.

ولو قضى القاضي[١] بأحد مقاديرها[٢]، فصالح على جنس آخر منه بالزيادة جاز[٣]، لأنه تعين الحق بالقضاء، فكان مبادلة، بخلاف الصلح ابتداء، لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء[٤] في حق التعيين، فلا يجوز الزيادة على ما تعين[٥]. قال[٦]: ولا يجوز الصلح من دعوى حد[٧]، لأنه حق الله تعالى، لا حقه، ولا يجوز[٨] الاعتياض من حق غيره، ولهذا[٩] لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها[١٠]، لأنه حق الولد لا حقها.

وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه[١١] إلى طريق العامة[١٢]؛ لأنه حق العامة، فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه[١٣]، ويدخل في إطلاق الجواب[١٤] حد

---

(١٧) أي دين الدية.

(١٨) بدل الصلح.

(١) قوله: "ولو قضى القاضي إلخ" صورته أن يقضي القاضي بألف دينار، وصالح على خمسة عشر ألف درهم جاز، لأنه مبادلة خمسة عشر ألف درهماً بألف دينار. (مل)

(٢) أي الدية.

(٣) أي الصلح.

(٤) قوله: "بمنزلة القضاء" ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز، فكذا هذا. (ع)

(٥) بالشرع.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "من دعوى حد" صورته رجل أخذ زانياً أو سارقاً، أو شارب خمر، وأراد أن يرافعه إلى الحاكم، فصالح المأخوذ على مال على أن لا يرافعه إلى السلطان فالصلح باطل، ويرجع عليه بما دفع من المال، وكذلك لو ادعى رجل على رجل قذفا، فصالح المدعى عليه بدراهم على أن يعفو عنه، فالصلح باطل. (كفاية)

(٨) فيرد ما أخذه.

(٩) أي لعدم جواز الاعتياض عن حق الغير. (عيني)

(١٠) قوله: "إذا ادعت المرأة إلخ" أي إذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها بأن قالت: إنه ابنه، وجحد الرجل، فصالح من النسب على شيء فالصلح باطل، لأن النسب ثبت حقاً للولد لاحتياجه إليه لا حقاً لها، فلا تملك الاعتياض لإسقاطه. (ك)

(١١) قوله: "عما أشرعه [أي أخرجه، وأحدثه، وأظهره] إلخ" أي لو كان لرجل ظلة، أو كنيف على طريق العامة، فخاصمه رجل، وأراد طرحه، فصالحه على مال لا يجوز، لأن الحق في الشارع لجماعة المسلمين، فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد، وإنما يكون لكل واحد حق الخصومة في الدفع والمنع حسبة. (ك)

(١٢) قوله: "إلى طريق العامة" قيد به لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذ، فصالح رجل من أهل الطريق جاز الصلح، لأن الطريق مملوكة لأهلها، فيظهر في حق الأفراد والصلح معه مفيد، لأنه يسقط حقه، ويتوصل إلى تحصيل رضا الباقين، فجاز كما في "الإيضاح". (ك)

(١٣) قوله: "واحد إلخ" قيد بقوله: واحد على الانفراد، لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليترك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين، ويضعها في بيت المال، لأن اعتياض الإمام عن الشركة العامة جائز. (عيني)

القذف[١]، لأن المغلب فيه حق الشرع[٢].

قال[٣]: وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا، وهي[٤] تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز[٥] وكان في معنى الخلع[٦]؛ لأنه أمكن تصحيحه خلعًا في جانبه بناء على زعمه، وفي جانبها[٧] بذلا للمال لدفع الخصومة، قالوا: لا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى[٨] إذا كان مبطلا في دعواه.

قال[٩]: وإن ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز[١٠]، قال[١١]: هذا ذكره في بعض نسخ المختصر[١٢]، وفي بعضها قال: لم يجز[١٣]، وجه الأول[١٤] أن يجعل[١٥] زيادة في مهرها[١٦]، وجه الثاني أنه بذل لها المال لتترك الدعوى، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة، فالزوج[١٧] لا يعطي العوض في الفرقة[١٨]، وإن لم يجعل[١٩] فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى، فلا شيء يقابله

---

(١٤) هو قوله: ولا يجوز من دعوى حد.

(١) قوله: "حد القذف" لو صالح القاذف مع المقذوف بشيء على أن يعفو عنه، ولا يخاصمه فهو باطل. (تبيين)

(٢) ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص. (ع)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أي المرأة.

(٥) الصلح.

(٦) قوله: "وكان في معنى الخلع" لأن أخذ المال عن ترك البضع خلع. (تبيين)

(٧) أي المرأة.

(٨) هذا عام في جميع أنواع الصلح. (ك)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) الصلح.

(١١) أي المصنف.

(١٢) أي مختصر القدوري.

(١٣) هذا الصلح.

(١٤) أي جواز الصلح.

(١٥) قوله: "أن يجعل زيادة إلخ" كأنه زاد في مهرها، ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة. (كافي)

(١٦) لأنه لا وجه لأخذها إلا بهذا الوجه.

(١٧) قوله: "فالزوج" فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة إذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء. (تاج الشريعة)

(١٨) قوله: "لا يعطي إلخ" إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة، وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج. (ك)

العوض فلم يصح[١].

قال[٢]: وإن ادعى على رجل[٣] أنه عبده فصالحه[٤] على مال أعطاه جاز، وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال؛ لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه[٥] في حقه لزعمه، ولهذا[٦] يصح على حيوان[٧] في الذمة إلى أجل[٨]، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه[٩] يزعم أنه حر الأصل فجاز، إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم[١٠] البينة[١١]، فتقبل ويثبت الولاء[١٢].

قال[١٣]: وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمداً لم يجز له أن يصالح[١٤] عن نفسه، وإن قتل عبد له رجلا عمدا، فصالح[١٥] عنه[١٦] جاز، ووجه الفرق[١٧] أن

(١٩) قوله: "وإن لم يجعل [أي الفرقة] إلخ" أي إن لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى، وتكون هي على دعواها، فلا يكون ما أخذته عوضاً عن شيء، فلا يجوز، لأنه رشوة محضة من غير دفع خصومة، ويلزمها رده. (ك)

(١) قوله: "فلم يصح [أي الصلح فيلزمها رده]" لأن النكاح ما ثبت ضمناً وهي لم تترك الدعوى، لأن الفرقة لم توجد، فكان دعواها في زعمها على حالها لبقاء النكاح، فلم يفد دفع المال فائدة، فلا يجوز. (عيني)

(٢) القدوري. (عيني)

(٣) مجهول الحال.

(٤) بعد الإنكار.

(٥) قوله: "على هذا الوجه" لأنه أقرب العقود إليه شبها بالعتق على مال، فيجعل في معناه. (عيني)

(٦) قوله: "وهذا" إيضاح لقوله: وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال. (مل)

(٧) قوله: "يصح [أي الصلح] على إلخ" ولو كان مبادلة لما صح ألا ترى أنه لا يصح السلم في الحيوان، أما الإعتاق على حيوان، فصحيح، فعلم أنه بطريق الإعتاق على مال. (عيني)

(٨) قوله: "إلى أجل" للتأكيد فإن ما لا يثبت ديناً في الذمة لا يثبت بذكر الأجل المعلوم كما في السلم والسلم لا يجوز في الحيوان، فيكون ذكر الأجل مؤكداً لنفي وجوب الحيوان ديناً في الذمة. (ك)

(٩) المدعى عليه.

(١٠) بعد الصلح.

(١١) على أنه عبد.

(١٢) قوله: "ويثبت الولاء" لأنه صالحه على مال بعد كونه عبداً له، فيكون صلحه بمنزلة الإعتاق على مال، فيثبت الولاء. (عيني)

(١٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٤) قوله: "لم يجز له أن يصالح [على مال، سواء كان عليه دين أو لا. ع]" وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب، فإنه لو قتل عمداً رجلا، وصالح من نفسه جاز، وأجيب بأن المكاتب حر يداً، وأكسابه له، بخلاف المأذون له، فإنه عبد من كل وجه، وكسبه لمولاه. (ع)

(١٥) على مال.

(١٦) أي عن العبد القاتل.

(١٧) بين المسألتين.

رقبته ليست من تجارته، ولهذا لا يملك التصرف فيها[١] بيعًا[٢]، فكذا[٣] استخلاصًا[٤] بمال المولى، وصار كالأجنبى[٥]، أما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه[٦] بيعًا، فكذا استخلاصًا، وهذا[٧] لأن المستحق كالزائل عن ملكه، وهذا[٨] شراءه فيملكه[٩].

قال[١٠]: ومن غصب[١١] ثوبًا يهوديًا[١٢] قيمته دون المائة فاستهلكه، فصالحه منها[١٣] على مائة درهم جاز عند أبى حنيفة. وقالا: يبطل المفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس[١٤] فيه لأن الواجب هى القيمة وهى مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا. بخلاف ما إذا صالح على عرض[١٥]، لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس[١٦]، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه[١٧]، لأنه يدخل تحت تقويم المقومين، فلا يظهر الزيادة. ولأبى حنيفة: أن حقه[١٨] فى الهالك باق حتى لو كان[١٩] عبدًا، وترك المولى

---

(١) أى فى رقبته.

(٢) قوله: "بيعًا" أى من حيث البيع قيد به لأنه يملك التصرف فيه بإجارة. (مل)

(٣) لا يملك.

(٤) أى استخلاص رقبته.

(٥) قوله: "وصار كالأجنبى [أى صار العبد المأذون له كالأجنبى]" فى حق نفسه، لأن نفسه مال المولى والأجنبى إذا صالح عن مال مولاه بغير إذنه لا يجوز، فكذا هذا. (عينى)

(٦) أى فى عبده.

(٧) أى جواز تصرفه فى عبده استخلاصًا.

(٨) أى استخلاصه بالصلح.

(٩) قوله: "فيملكه" بخلاف نفسه، فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه، فكذا لا يملك الصلح. (عينى)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) قوله: "ومن غصب إلخ" قيد بالغصب لأنه المحتاج إلى الصلح غالبا، وقيد بالقيمى، أى الثوب، احترازًا عن المثلى، فإن الصلح عن كر حنطة عل دراهم، أو دنانير جائز بالإجماع، سواء كانتا أكثر من قيمته أم لا، لكن القبض شرط وإن كانتا بأعيانهما لئلا يلزم الكالئ بالكالئ. وقيد بكونه معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما، وقيد بالاستهلاك لأن المغصوب إذا كان قائمًا جاز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع. (ع)

(١٢) قوله: "ثوبًا يهوديًا" هذا وضع المسألة فى الجامع، وأما وضع المسألة فى الأصل ففى العبد، ويهود قوم ينسب إليهم الثياب، كذا فى النهاية، ونقل العينى عن الكاكى أن لفظ يهود اسم موضع ينسب إليه الثوب المعلوم القيمة. (مل)

(١٣) أى من قيمته.

(١٤) أى الغبن الفاحش.

(١٥) قوله: "على عرض قيمته" زائدة على قيمة المغصوب المستهلك.

(١٦) فلا يكون ربا.

(١٧) أى الغبن اليسير.

أخذ القيمة يكون الكفن عليه(١)، أو حقه(٢) فى مثله صورةً ومعنًى(٣)، لأن ضمان العدوان بالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء، فقبله إذا تراضيا على الأكثر(٤) كان اعتياضاً(٥)، فلا يكون ربا، بخلاف الصلح(٦) بعد القضاء(٧)، لأن الحق قد انتقل إلى القيمة(٨).

قال(٩): وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما، وهو(١٠) موسر، فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته(١١)، فالفضل باطل، وهذا بالاتفاق(١٢) أما عندهما فلما بينا(١٣). والفرق(١٤) لأبى حنيفة أن القيمة فى العتق منصوص عليها(١٥)، وتقدير

---

(١٨) أى المالك.

(١٩) المغصوب الهالك.

(١) قوله: "يكون الكفن عليه" تبين بهذا أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه، فكان الصلح واقعًا عن ملكه فى الثوب المستهلك، ولا ربا بين الثوب والدراهم. (ك)

(٢) قوله: "أو حقه [أى المالك] إلخ" هذا هو الوجه الثانى لأبى حنيفة، وهو أن حق المالك فى مثل المغصوب صورة ومعنى، وإيجاب الثوب والحيوان ممكن فى الذمة كما فى النكاح والدية، وإنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة ضرورة تعذر استيفاء المثل لعجز من له، ومن عليه عن رعاية المماثلة، فأما لا ضرورة فى إيجاب المثل، لأن الله تعالى عالم بذلك، فما لم يقض القاضى بالقيمة بقى المثل واجبًا فى الذمة، فقبل قضاء القاضى بالقيمة إذا تراضيا على الأكثر كان بدل الصلح عوضًا عن ملكه، أو عن المثل صورة، ومعنى لا عن القيمة، فلا يتحقق الربا كما إذا كان العبد أو الثوب قائمًا. (ك)

(٣) قوله: "فى مثله [أى الهالك] إلخ" يعنى أن الواجب فى ذمة الغاصب حقًا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى، وهذا الحق يتصور فى القيميات، فالوجه لأبى حنيفة أن هذا اعتاض عن الثوب والحيوان حكمًا، فيجوز بالغًا ما بلغ، كالاعتياض عن الثوب القائم، والحيوان القائم حقيقة. وإنما قلنا: إن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكمًا، لأن الواجب فى رقبة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه، لأنه ضمان عدوان، فيكون مفيدًا بالمثل، والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى، ولهذا كان الواجب من جنسه فى غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات.
وإيجاب الحيوان والثوب فى الذمة ممكن كما فى النكاح والدية إلا عند الأخذ بالقيمة ضرورة أن أخذ المثل صورةً ومعنًى غير ممكن إلا بسابقة التقويم، والآخذ والدافع لا يعرفان حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش، ولا ضرورة فى الوجوب، لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى، والله تعالى أعلم بذلك، فصح ما ادعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان، فيجوز كيف ما كان. (نت)

(٤) من القيمة.

(٥) عن حقه.

(٦) على الأكثر من القيمة.

(٧) بالقيمة.

(٨) فيكون الزيادة ربا.

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) أى المعتق.

(١١) أى العبد.

(١٢) بين أصحابنا الثلاثة.

الشرع لا يكون دون تقدير القاضي، فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم[١] لأنها[٢] غير منصوص عليها[٣]، وإن صالحه[٤] على عروض جاز لما بينا أنه لا يظهر الفضل[٥].

باب التبرع[٦] بالصلح والتوكيل[٧] به[٨]

قال[٩]: ومن وكل رجلا بالصلح عنه، فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه[١٠] إلا أن يضمنه[١١]، والمال لازم للموكل[١٢]، وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد[١٣]، أو كان الصلح على بعض ما يدعيه[١٤] من الدين، لأنه[١٥] إسقاط محض، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً، فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح[١٦]. إلا أن يضمنه

---

(١٣) في المسألة المتقدمة من أنه يبطل الفضل بالغبن الفاحش لكونه ربا.

(١٤) بين المسألتين.

(١٥) قوله: "منصوص عليها" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصاً من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه». (عيني)

(١) أي الثوب المستهلك.

(٢) القيمة.

(٣) فلم يقم فيه دلالة التقدير.

(٤) المعتق.

(٥) عن اختلاف الجنس فلا يتحقق الربا.

(٦) قوله: "باب التبرع [على المدعى عليه] إلخ" التبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به، هو الصلح عنه بأمره، والتوكيل المذكور في العنوان مصدر مبني للمفعول، فيرجع إلى معنى التوكل، وهو تصرف للغير، وفائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الإيماء إلى أن المراد التوكل الحاصل بالتوكيل، وهو التوكل بأمر الغير الذي هو الموكل، لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير، وهو التبرع بالصلح، فيندفع به توهم الاستدراك. (نت)

(٧) لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره. (نهاية)

(٨) أي الصلح.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) قوله: "ما صالح عنه" أي عمن وكل، وهذا في رواية المصنف، وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه. (ع)

(١١) للذي صالحه. (ك)

(١٢) قوله: "لازم للموكل" أي على الموكل كما في قوله: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ أي عليها. (ع)

(١٣) قوله: "إذا كان الصلح إلخ" هذا إنما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسألة بذلك، فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعاً في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس، والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيراً محضاً كالنكاح والخلع وغيرهما. (نتائج)

(١٤) المدعي.

(١٥) أي هذ الصلح.

(١٦) فإنه سفير ومعبر، فلا يلزمه شيء. (عيني)

لأنه حينئذٍ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع[١]، فيرجع الحقوق إلى الوكيل، فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل.

قال[٢]: وإن صالح عنه رجل بغير أمره، فهو على أربعة أوجه: إن صالح بمال وضمنه تم الصلح؛ لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة، وفى حقها[٣] الأجنبى والمدعى عليه سواء، فصلح أصيلا[٤] فيه إذا ضمنه كالفضولى بالخلع[٥] إذا ضمن البدل[٦]، ويكون[٧] متبرعًا على المدعى عليه[٨]، كما لو تبرع بقضاء الدين.

بخلاف ما إذا كان[٩] بأمره[١٠]، ولا يكون لهذا المصالح[١١] شيء من المدعى، وإنما ذلك للذى فى يده، لأن تصحيحه[١٢] بطريق الإسقاط[١٣]، ولا فرق[١٤] فى هذا[١٥] بين ما إذا كان مقرًا أو منكرًا[١٦].

(١) قوله: "فهو بمنزلة البيع" هذا إذا كان الصلح عن إقرار، وأما إذا كان الصلح عن إنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل فى شيء. (ك)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) براءة.

(٤) أى صلح الأجنبى أن يكون أصيلا فى هذا الصلح.

(٥) من جانب المرأة. (ع)

(٦) أى بدل الخلع.

(٧) المصالح الأجنبى.

(٨) لا يرجع عليه بشيء.

(٩) الصلح.

(١٠) أى المدعى عليه فإنه لا يصير متبرعًا بل يرجع.

(١١) الأجنبى.

(١٢) أى الصلح.

(١٣) قوله: "بطريق الإسقاط [لا بطريق المبادلة. ع]" أى إسقاط المدعى عن المدعى عليه، والمسقط يكون متلاشيًا فلا يثبت له شيء. (ك)

(١٤) لأنه يصير متبرعًا عليه بهذا العقد. (ك)

(١٥) أى أن المصالح لا يملك المدعى.

(١٦) قوله: "بين ما إذا كان [أى المدعى عليه] إلخ" أما إذا كان منكرا فظاهر، لأن فى زعمه أن لا شيء عليه، وزعم المدعى لا يتعدى إليه، وأما إذا كان مقرًا فلأن المصالح كان ينبغى أن يصير مشتريًا ما فى ذمته بما أدى، إلا أن شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه الدينُ وهو لا يجوز، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعى به عينًا، والمدعى عليه مقرًا، فإن المصالح يصير مشتريًا لنفسه إذا كان بغير أمره، لأن العين يصح شراءه من المالك وإن كان فى يد غيره، وأما شراء الدين من صاحبه لا يجوز، لأنه يصير تمليك الدين من غير من عليه الدين. (مل)

6ـج
10
B

وكذلك[١] إذا قال[٢]: صالحتك على ألفى هذه، أو على عبدى هذا صح الصلح، ولزمه تسليمه[٣]؛ لأنه لما أضافه[٤] إلي مال نفسه فقد التزم تسليمه[٥]، فصح الصلح. وكذلك[٦] لو قال[٧]: على ألف وسلمها؛ لأن التسليم إليه[٨] يوجب سلامة العوض له[٩]، فيتم العقد[١٠] لحصول مقصوده[١١].

ولو قال[١٢]: صالحتك على ألف، فالعقد موقوف[١٣]، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف، وإن لم يجزه بطل؛ لأن الأصل فى العقد إنما هو المدعى عليه، لأن دفع الخصومة حاصل له إلا أن الفضولى يصير أصيلا[١٤] بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه، فإذا لم يضف بقى عاقداً من جهة المطلوب، فيتوقف على إجازته[١٥].

قال[١٦]: ووجه آخر[١٧] أن يقول: صالحتك على هذه الألف، أو على هذا العبد[١٨]، ولم ينسبه إلى نفسه، لأنه لما عينه للتسليم صار شارطًا سلامته[١٩] له[٢٠]، فيتم بقوله[٢١]: ولو استحق العبد[٢٢] أو وجد[٢٣] به عيبًا فرده، فلا سبيل له[٢٤] على

(١) أى يصح الصلح هذا هو الوجه الثانى من الوجوه الأربعة.
(٢) الفضولى.
(٣) أى الألف أو العبد.
(٤) أى الصلح.
(٥) أى المال المعقود عليه.
(٦) أى يصح الصلح، وهذا هو الوجه الثالث.
(٧) الفضولى.
(٨) المدعى.
(٩) المدعى.
(١٠) أى عقد الصلح.
(١١) وهو سلامة العوض للمدعى.
(١٢) قوله: "ولو قال: صالحتك إلخ" هذا هو الوجه الرابع من الوجوه الأربعة. (عينى)
(١٣) قوله: "فالعقد موقوف" هذا اختيار بعض المشايخ، وقال بعضهم بل ينفذ فيها على المصالح، وإنما يتوقف فى قوله: صالح فلانًا على ألف درهم من دعوتك على فلان. (ك)
(١٤) بدليل أنه يجبر على الأداء كما يجبر على الأصيل.
(١٥) المطلوب.
(١٦) أى المصنف.
(١٧) أى غير الوجوه التى ذكرها.
(١٨) يصح الصلح.
(١٩) المصالح عليه.
(٢٠) المدعى.
(٢١) المصالح.
(٢٢) قوله: "ولو استحق العبد" أى الذى صالحه عليه فى هذه الصورة.

المصالح، لأنه[١] التزم الإيفاء من محل بعينه، ولم يلتزم شيئًا سواه[٢]، فإن سلم المحل له[٣] تم الصلح وإن لم يسلم لم يرجع[٤] عليه[٥] بشيء، بخلاف ما إذا صالح[٦] على دراهم مسماة[٧] وضمنها ودفعها، ثم استحقت أو وجدها[٨] زيوفًا حيث يرجع[٩] عليه[١٠]، لأنه[١١] جعل نفسه أصيلا في حق الضمان[١٢]، ولهذا يجبر على التسليم[١٣]، فإذا لم يسلم له[١٤] ما سلمه[١٥] يرجع[١٦] عليه[١٧] ببدله

باب الصلح في الدين[١٨]

قال: وكل شيء وقع عليه[١٩] الصلح[٢٠]، وهو مستحق[٢١] بعقد المداينة[٢٢] لم

(٢٣) المدعى.

(٢٤) المدعى.

(١) مصالح.

(٢) أى سوى ما عين.

(٣) المدعى.

(٤) لكن يرجع بدعواه. (كافى)

(٥) المصالح.

(٦) الفضولى.

(٧) معينة.

(٨) المدعى.

(٩) المدعى.

(١٠) المصالح.

(١١) أى لأن المصالح.

(١٢) فصار دينًا فى ذمته حيث ضمنه.

(١٣) قوله: "يجبر على التسليم" أى يجبر المصالح على تسليم الدراهم إذا ضمنها بخلاف ما إذا لم يضمن حيث لا يجبر. (عينى)

(١٤) المدعى.

(١٥) المصالح.

(١٦) المدعى.

(١٧) المصالح.

(١٨) قوله: "باب الصلح فى الدين" لما ذكر الصلح من عموم الدعاوى ذكر فى هذا الباب حكم صلح خاص من الدعوى، وهو دعوى الدين، لأن الخصوص أبدًا يكون بعد العموم. (نهاية)

(١٩) قوله: "وكل شيء وقع عليه [هذه مسألة مختصر القدورى] إلخ" صورته باع ثوبًا معينًا مثلا بعشرة دراهم، وافترقا من غير قبض الدراهم من غير ذكر الأجل، ثم تصالحا على خمسة دراهم فإنه يجوز، وإن افترقا من غير قبض بدل الصلح الذى هو خمسة دراهم، لأن هذا الصلح محمول على أنه استوفى بعض حقه، وأسقط باقيه.

وإنما قيدنا بقولنا: من غير ذكر الأجل فإنه لو كانت له ألف مؤجل، فصالحه على خمس مائة حالة لم يجز على ما

يحمل على المعاوضة[١]، وإنما يحمل[٢] على أنه استوفى بعض حقه، وأسقط باقيه، كمن له على آخر ألف درهم، فصالحه على خمسمائة.

وكمن له على آخر ألف جياد[٣]، فصالحه على خمسمائة زيوف[٤] جاز[٥]، فكأنه ابرأه عن بعض حقه، وهذا[٦] لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضاءه إلى الربا، فجعل إسقاطًا للبعض[٧] في المسألة الأولى[٨]، وللبعض والصفة في الثانية[٩]. ولو صالح[١٠] على ألف مؤجلة جاز، وكأنه[١١] أجل نفس الحق؛ لأنه لا يمكن جعله معاوضة، لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز، فحملناه على التأخير[١٢]، ولو صالحه على دنانير إلى شهر[١٣] لم يجز، لأن الدنانير غير مستحقه[١٤] بعقد المداينة، فلا يمكن حمله على التأخير[١٥]، ولا وجه له

يجيء في الكتاب، وإنما حمل هذا على الإسقاط دون المبادلة لأن مبادلة العشرة بالخمسة لا يجوز، فيكون مسقطًا بعض الحق بغير عوض، وذلك صحيح مع ترك القبض فيما بقي. (مل)

(٢٠) أي هو بدل الصلح.

(٢١) قوله: "وهو مستحق إلخ" يعني ما وقع عليه الصلح وهو بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بالعقد الذي جرى بينهما بطريق المداينة، وإنما قال: وهو مستحق بعقد المداينة والحكم في الغصب والإتلاف كذلك، لأن الأصل هو الواجب بالسبب المشروع، فلذلك وضع المسألة فيه. (مل)

(٢٢) قوله: "المداينة" مداينة باكسى قرض دادن وچيزى بوام بكسى فروختن. (م)

(١) لما فيه من الربا.

(٢) أي الصلح.

(٣) حالة من ثمن متاع باعه.

(٤) قوله: "على خمس مائة زيوف" حالة أو مؤجلة جاز، فيجعل مسقطًا للقدر والصفة، ومستوفيًا لبعض حقه أو مؤخرًا لأن من استحق الجياد يستحق الزيوف. (تبيين)

(٥) الصلح.

(٦) أي عدم الحمل على المعاوضة

(٧) أي بعض الدين.

(٨) أي مسألة مصالحة الألف بخمس مائة.

(٩) أي مصالحة الألف الجياد بخمس مائة زيوف.

(١٠) أي من له على آخر ألف درهم.

(١١) أي الصلح.

(١٢) للدين.

(١٣) أي مؤجلا إلى شهر.

(١٤) قوله: "غير مستحقة" لأن من له الدراهم لا يستحق الدنانير، فكان معوضة وهو صرف، فلا يجوز تأجيله. (تبيين)

(١٥) قوله: "فلا يمكن حمله [الأجل] على التأخير [أي تأخير الحق]" لأن حق الطالب كان في الدراهم لا في الدنانير. (عيني)

سوى المعاوضة، وبيع الدراهم بالدنانير نسأ[١] لا يجوز[٢]، فلم يصح الصلح.

قال[٣]: ولو كانت له ألف مؤجلة، فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز؛ لأن المعجل خير من المؤجل، وهو غير[٤] مستحق بالعقد، فيكون[٥] بأزاء ما حطه عنه، وذلك[٦] اعتياض عن الأجل وهو حرام.

وإن كان له ألف سود[٧]، فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز؛ لأن البيض غير مستحقة[٨] بعقد المداينة وهي زيادة وصف، فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف، و هو ربا، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود[٩]، لأنه إسقاط بعض حقه قدراً ووصفاً.

وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين[١٠] وهو[١١] أجود، لأنه معاوضة المثل بالمثل، ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض فى المجلس[١٢]، ولو كان عليه ألف

---

(١) أى بالأجل والتأخير.

(٢) لأنه يؤدى إلى الربا.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "وهو غير إلخ" يعنى أن المعجل لم يكن مستحقًا بالعقد حتى يكون استيفاء لبعض حقه، وهو خير من النسيئة لا محالة، فيكون خمس مائة فى مقابلة خمس مائة مثله فى الدين، وصفة التعجيل فى مقابلة خمس مائة الباقى، وذلك اعتياض عن أجل، وهو حرام. (ع)

(٥) الأجل.

(٦) قوله: "وذلك اعتياض إلخ" وهذا لأن الأجل صفة كالجودة، والاعتياض عن الجودة لا يجوز، فكذا عن الأجل، ألا ترى أن الشرع حرم ربا النسيئة، وليس فيه إلا مقابلة المال بالأجل شبهة، فلأن يكون مقابلة المال بالأجل حقيقة حرامًا أولى. والأصل فيه أن الإحسان متى وجد من الطرفين يكون محمولا على المعاوضة كهذه المسألة، فإن الدائن أسقط من حقه خمس مائة والمديون أسقط حقه فى الأجل فى الخمس مائة الباقية، فيكون معاوضة، بخلاف ما إذا صالح من ألف على خمس مائة، فإنه يكون محمولا على إسقاط بعض الحق دون المعاوضة، لأن الإحسان لم يوجد إلا من طرف رب الدين. (ك)

(٧) قوله: "ألف سود [أى الدراهم المضروبة إلى السواد]" يريد بالسود ما كانت الفضة فيه أكثر من الغش. (مضمرات)

(٨) فلا يكون أخذ بعض الحق وترك الباقى.

(٩) حيث يجوز.

(١٠) قوله: "ما إذا [حيث يجوز] إلخ" معناه على ما قال فى "الكافى": ولو كان له عليه ألف درهم غلة، فصالحه منها على ألف درهم جياد حالة، فإن قبض قبل أن يفترقا جاز، وإن تفرقا قبل القبض بطل، وهذا جواب سؤال مقدر، وهو أنه إذا كان حقه ألف درهم نبهرجة فصالحه على ألف درهم نخبة وهو أجود من النبهرجة جاز الصلح والزيادة موجودة له. (ميرجان)

(١١) أى بدل الصلح لا الدين.

(١٢) لأنه بمنزلة بيع الصرف.

درهم ومائة دينار، فصالح على مائة درهم حالة، أو إلى شهر صح الصلح، لأنه أمكن أن يجعل إسقاطًا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة، وتأجيلا للباقي[١]، فلا يجعل معاوضة تصحيحًا للعقد[٢]، ولأن معنى الإسقاط فيه[٣] ألزم[٤].

قال[٥]: ومن له على آخر ألف درهم، فقال: أدِّ إلي غدًا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل[٦]، فهو بريء[٧]. فإن لم يدفع[٨] إليه الخمسمائة غدًا عاد عليه الألف، وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يعود عليه[٩]؛ لأنه إبراء مطلق[١٠]، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضًا[١١] حيث ذكره بكلمة على[١٢]، وهي للمعاوضة[١٣]، والأداء[١٤] لا يصلح عوضًا[١٥] لكونه مستحقًا عليه[١٦]، فجرى وجوده[١٧] مجرى عدمه، فبقي الإبراء مطلقًا فلا يعود[١٨]، كما إذا بدأ بالإبراء[١٩].

---

(١) أي المائة.

(٢) وتحرزا عن الربا.

(٣) أي في هذا الصلح.

(٤) قوله: "ألزم" لأن الصلح عبارة عن الحطيطة والحط في هذا أكثر، فيكون معنى الإسقاط فيه ألزم.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) المديون.

(٧) قوله: "فهو بريء [من الفضل]" قيل معناه فهو بريء في الحال، ويجوز أن يكون معناه، فأدى إليه ذلك غدًا فهو بريء من الباقي. (عناية)

(٨) المديون.

(٩) الألف.

(١٠) فثبت البراءة مطلقًا أعطى أو لم يعط.

(١١) عن الإبراء.

(١٢) قوله: "بكلمة على" قلت: الباء في بكلمة على في قوله: حيث ذكره بكلمة على للمقابلة، كما في قولك: بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر أداء الخمس مائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة. (نت)

(١٣) أي أداء الخمس مائة.

(١٤) قوله: "والأداء لا يصلح إلخ" لأنه واجب عليه قبل الصلح، وهو لم يذكر للإبراء عوضًا سواه، والعوض هو المستفاد بالعقد، ولم يستفد شيئًا، فصار وجوده كعدمه، فحصل الإبراء مطلقًا. (تبيين)

(١٥) فإن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها.

(١٦) قوله: "لكونه مستحقًا عليه [المديون]" أي قبل الصلح بحكم المداينة، والعوض ما يجب بالشرط وأداء الخمس مائة غدًا كان واجبًا قبل الشرط، فلم يصح الشرط لعدم الفائدة، فبقي الإبراء مطلقًا. (ك)

(١٧) أي وجود جعل الأداء عوضًا. (ع)

(١٨) الألف.

ولهما: أن هذا إبراء مقيد[1] بالشرط، فيفوت[2] بفواته[3] لأنه بدأ بأداء الخمسمائة[4] في الغد[5]، وأنه يصلح غرضًا حذار[6] إفلاسه[7]، أو توسلا إلى تجارة أربح منه، وكلمة على إن كانت للمعاوضة[8]، فهي محتملة للشرط[9] لوجود معنى المقابلة[10] فيه[11]، فيحمل عليه[12] عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحًا لتصرفه، أو لأنه متعارف[13]، والإبراء[14] مما يتقيد بالشرط[15]، وإن[16] كان لا يتعلق به[17] كالحوالة[18]، وسنخرج البداية بالإبراء[19] إن شاء الله تعالى.

---

(١٩) قوله: "كما إذا بدأ بالإبراء" بأن قال: أبرأتك عن خمس مائة من ألف على أن تؤدى إلى غدًا خمس مائة (عينى)

(١) لا مطلق. (ك)

(٢) الإبراء.

(٣) الشرط.

(٤) قوله: "لأنه بدأ إلخ" فكأنه قال: إن أديت إلى نصفها غدًا فأنت برىء. (أعظمى)

(٥) فصلح أن يكون شرط من حيث المعنى.

(٦) أى حذرًا عن فوت الكل عند إفلاسه. (ك)، حذار بكسر أول: ترسيدن وخوف. (غياث)

(٧) المدعى عليه.

(٨) وضعًا.

(٩) قوله: "فهي محتملة [مجازًا] للشرط" لوجود معنى المقابلة فيه بيان مجوز الاستعارة وهو أن في المعاوضة مقابلة العوض بالمعوض، وفي الشرط مقابلة الشرط بالمشروط، فجاز أن تستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه، فيحمل الكلام على القلب تصحيحًا للشرط عند تعذر الحمل على الظاهر، وبدلالة حال المتكلم إذ مقصوده الحمل على الأداء. (مل)

(١٠) فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين.

(١١) الشرط.

(١٢) الشرط.

(١٣) قوله: "أو لأنه [الشرط] متعارف [في على]" الأقرب أن يكون قوله: لأنه متعارف معطوفًا على الأقرب وهو قوله: تصحيحًا لتصرفه وإن كان الظاهر من كلام أكثر الشراح أن يكون معطوفًا على قوله: لوجود إلخ، فمعنى كلام المصنف: فيحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة، لتصحيح تصرف العاقل، أو لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف، فيكون قوله: لوجود معنى المقابلة بيانًا للعلاقة المصححة للتجوز، ويكون قوله: تصحيحًا لتصرفه، وقوله: أو لأنه متعارف بيانًا للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين. (نت)

(١٤) قوله: "والإبراء إلخ" هذا جواب عما يقال: أن تعليق الإبراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل: إذا أديت، أو متى أديت إلى خمس مائة فأنت برىء من الباقي باطل بالاتفاق، والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف يكون جائزًا. (عينى)

(١٥) قوله: "مما يتقيد إلخ" التفاوت بين المقيد بالشرط والمعلق به، أن البراءة في صورة التقيد موجودة، ولا كذلك في التعليق، لأن المعلق بالشرط لا وجود له قبل وجود الشرط، أما المقيد فهو موجود إلا أنه إذا لم يوجد الشرط ينعدم، والبراءة ههنا موجودة، ولهذا لا يتمكن من مطالبة الألف في اليوم والغد، إلا أنه إذا انعدم الشرط ينعدم. (كافى)

(١٦) الواو وصلية.

(١٧) قوله: "وإن كان لا يتعلق به" الفرق بين التقييد بالشرط والتعليق به ثابت لفظًا ومعنى، أما لفظًا فهو أن التقييد

قال[1]: وهذه المسألة[2] على وجوه[3]: أحدها: ما ذكرناه، والثاني: إذا قال: صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلى غداً وأنت برىء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلى غداً فالألف عليك على حاله، وجوابه أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد، فيعمل به.

والثالث[4]: إذا قال: أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطينى الخمسمائة غداً فالإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعطِ، لأنه أطلق الإبراء أولا[5]، وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضًا مطلقًا[6]، ولكنه يصلح شرطًا[7]، فوقع الشك فى تقييده[8] بالشرط، فلا يتقيد به[9]، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة[10] لأن الإبراء[11] حصل مقرونًا به[12]، فمن حيث إنه لا يصلح عوضًا يقع مطلقًا، ومن حيث إنه يصلح شرطًا لا يقع مطلقًا، فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا[13].

بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحًا والتعليق به يستعمل فيه ذلك، وأما معنى فلأن فى التقييد به الحكم ثابت فى الحال على عرضة أن يزول إن لم يوجد الشرط وفى التعليق الحكم غير ثابت فى الحال، وهو بعرضة أن يثبت عند وجود الشرط. (عناية)

(١٨) قوله: "كالحوالة" فإنها براءة ثابتة فى الحال مقيدة بشرط أداء المحتال عليه، وليست بمعلقة عليه حتى ما بقى حق المطالبة ما دام المحتال عليه حيا من المحيل، ولو لم يوجد الشرط ومات المحتال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل. (مل)

(١٩) قوله: "وسنخرج البداية إلخ" هذا عذر من تأخير جواب ما قاس عليه أبو يوسف بقوله: كما إذا بدأ بالإبراء يعنى نذكر الفرق بين المقيس والمقيس عليه عند قوله: والثالث إذا قال: أبرأتك إلخ. (عينى)

(١) أى المصنف.

(٢) إشارة إلى قوله: ومن له على آخر إلخ.

(٣) الخمسة.

(٤) قوله: "والثالث إلخ" هذا هو الموعود باستخراج الجواب، وهذا مبنى على أن الثابت أولا لا يزول بالشك. (ع)

(٥) حيث قدمه.

(٦) قوله: "لا يصلح عوضًا مطلقًا [كما مر فى بيان الوجه الأول المذكور فى الكتاب]" لأن العوض ما لا يكون حاصلا له، وههنا أداء الخمسمائة حاصل له لأنه واجب عليه بدون إبراء بعضه. (ن)

(٧) مفيداً لزوال الإطلاق.

(٨) قوله: "فوقع الشك فى تقييده" أى فى تقييد الإبراء بالشرط بعد ما أطلق الإبراء لأن أداء الخمس مائة إن صلح مقيداً من حيث إنه يصلح شرطًا لا يصلح مقيداً من حيث إنه يصلح عوضاً، فوقع الشك فى التقييد، فلا يثبت بالشك. (ك)

(٩) ولا يبطل من وقوع الشك لأنه الثابت أولا والثابت أولا لا يزول به.

(١٠) كما هو الوجه الأول.

(١١) قوله: "لأن الإبراء إلخ" أى لأن الإبراء حصل مقيداً بأداء خمس مائة وباعتبار صلاحيته شرطًا لا عوضًا وقع الشك فى إطلاق الإبراء، فلا يثبت الإطلاق بالشك. (ك)

(١٢) أى بأداء خمس مائة.

والرابع: إذا قال: أدّ إلى خمسمائة على أنك برىء من الفضل، ولم يوقت للأداء وقتًا، وجوابه أن يصح الإبراء ولا يعود الدين، لأن هذا إبراء مطلق، لأنه لما لم يوقت للأداء وقتًا لا يكون[١] للأداء غرضًا صحيحًا، لأنه واجب عليه فى مطلق الأزمان، فلم يتقيد[٢] بل يحمل على المعاوضة، ولا يصلح[٣] عوضًا، بخلاف ما تقدم[٤] لأن الأداء فى الغد غرض صحيح.

والخامس: إذا قال[٥]: إن أديت إلى خمسمائة[٦]، أو قال: إذا أديت، أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء، لأنه علقه[٧] بالشرط صريحًا، وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى المليك[٨]، حتى ترتد[٩] بالرد، بخلاف ما تقدم[١٠] لأنه ما أتى بصريح الشرط، فحمل على التقييد به[١١].

قال[١٢]: ومن قال لآخر: لا أقر لك بمالك حتى تؤخره[١٣] عنى، أو تحط عنى، ففعل جاز عليه[١٤]؛ لأنه[١٥] ليس بمكره[١٦]، ومعنى المسألة إذا قال[١٧] ذلك سرًا، أما

---

(١٣) أى الوجهان وهو ما إذا بدأ بالإبراء، وما إذا بدأ بأداء الخمس مائة.

(١) قوله: "لأنه لما لم يوقت إلخ" يعنى أن أداء الخمس مائة لا يصلح عوضًا، وكذا لا يصلح غرضًا صحيحًا لما لم يقيده بزمان معين فيلغو ذكره. (ك)

(٢) الإبراء.

(٣) الأداء.

(٤) قوله: "بخلاف ما تقدم" وهو ما إذا وقت الأداء وقتا كما فى قوله: أد إلى غدًا منها خمس مائة على أنك برىء من الفضل. (عينى)

(٥) بأن علق صريحًا.

(٦) فإنت برىء من الفضل.

(٧) الإبراء.

(٨) قوله: "لما فيها [أى البراءة] إلخ" يعني أن الإبراء إسقاط حتى لا يتوقف على القبول، وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد، وتعليق التمليك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز وتعليق الإسقاط بالشرط كالعتاق والطلاق جائز، ففى الإبراء المشتمل المعنيين، قلنا: يصح إذا لم يصرح باشرط ولا يصح إذا صرح بالشرط عملا بالشبهين. (ك)

(٩) البراءة.

(١٠) من الوجه الأول.

(١١) الشرط.

(١٢) أى محمد. (عينى)

(١٣) أى المال.

(١٤) قوله: "جاز عليه" أى جاز هذا التصرف وهو التأخير أو الحط عليه، أى نافذ ولازم عليه، حتى إن بعد التأخير لا يتمكن من المطالبة فى الحال، وفى الحط لا يتمكن من مطالبته لما حط به. (ن)

(١٥) رب الدين.

إذا قال علانية يؤخذ[١] به[٢].

فصل في الدين المشترك[٣]

وإذا كان[٤] الدين بين شريكين[٥]، فصالح أحدهما من نصيبه[٦] على ثوب[٧]، فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه[٨]، وإن شاء أخذ نصف الثوب، إلا أن يضمن له[٩] شريكه[١٠] ربع الدين.

وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما[١١] شيئًا منه فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض، لأنه[١٢] ازداد بالقبض[١٣]، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق، فيصير كزيادة الولد[١٤] والثمرة[١٥] فله حق المشاركة، ولكنه[١٦] قبل المشاركة[١٧] باقٍ على ملك القابض، لأن العين غير

---

(١٦) لأنه يمكنه دفع هذا بإقامة البينة أو بالتحليف. (ك)

(١٧) المديون.

(١) أى يؤخذ المقر بالمال فى الحال لأنه إقرار منه بالحق.

(٢) أى بجميع المال. (ف)

(٣) قوله: "فصل فى الدين المشترك" أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد. (عينى)

(٤) هذا من مسائل القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "وإذا كان الدين إلخ" وضع المسألة فى الدين لأن فى العين بين الشريكين كالدار إذا صالح أحدهما من نصيبه على شيء لم يشرك الآخر فيه. (ك)

(٦) قوله: "فصالح إلخ" قيد بالصلح من نصيب أحدهما لأنه إذا اشترى أحدهما بنصيبه سلعة لم يشرك الآخر فيها على ما يجيء. (ن)

(٧) قوله: "على ثوب" قيد بالمصالحة على ثوب ليستقيم ما ذكره من حكم الخيار للقابض، وهو قوله: إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين. (ك)

(٨) دين.

(٩) قوله: "إلا أن يضمن له [غير المصالح] إلخ" استثناء من قوله: فشريكه بالخيار، يعنى إذا ضمن الشريك المصالح ربع الدين ليس للشريك الغير المصالح الخيار، لأن حقه فى الدين، ولا يكون له سبيل فى الثوب. (عينى)

(١٠) المصالح.

(١١) أى بطريق الاستيفاء. (ك)

(١٢) قوله: "لأنه [أى الدين] ازداد" أى لأن الدين قبل القبض وصف شرعى وبعد القبض صار عينًا منتفعًا قابلا للتصرف، فالدين ازداد خيرا بسبب كونه مقبوضًا أو منقودًا. (عينى)

(١٣) لأن للنقد مزية على النسيئة. (ك)

(١٤) فى الجارية المشتركة.

(١٥) أى فى الشجر المشترك، وهى مشتركة بين الشريكين.

(١٦) قوله: "ولكنه [أى المقبوض] قبل إلخ" هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال: لو كانت زيادة الدين

الدين حقيقة، وقد قبضه بدلا عن حقه، فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه[١]، ويضمن لشريكه حصته. والدين المشترك أن يكون واجبًا بسبب متحد، كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة[٢]، وثمن المال المشترك[٣] والمورث بينهما[٤]، وقيمة المستهلك المشترك.

فإذا عرفت هذا نقول: فى مسألة الكتاب[٥] له[٦] أن يتبع الذى عليه الأصل[٧]، لأن نصيبه[٨] باقٍ فى ذمته[٩]، لأن القابض[١٠] قبض نصيبه لكن له[١١] حق المشاركة، وإن شاء أخذ نصف الثوب[١٢]، لأن له[١٣] حق المشاركة إلا أن يضمن

بالقبض كالثمر والولد ينبغى أن لا يجوز تصرف القابض قبل أن يختار الشريك مشاركته، كما فى الثمر والولد لا يجوز التصرف بغير إذن الآخر. (عينى)

(١٧) أى قبل أن يختار الشريك مشاركته.

(١) أى فى المقبوض كالهبة وقضاء دين غريمه.

(٢) قوله: "كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة" بأن جمع اثنان عبدين لكل واحد منهما عبد، وباعا صفقة واحدة، فيكون ثمنهما على الاشتراك، وإن اختص كل واحد من العبدين بأحدهما. (ك)

قوله: "إذا كان صفقة واحدة" قيد الصفقة بالواحدة احترازا عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمس مائة، وباع الآخر نصيبه منه بخمس مائة، وكتبا عليه صكًا واحدًا بألف درهم، ثم قبض أحدهما منه شيئًا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر، فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك. قال صاحب "النهاية": ثم ينبغى أن لا يكتفى بقوله: إذا كان صفقة واحدة، بل ينبغى أن يزاد على هذا، ويقال: إذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا فى قدر الثمن وصفقته، لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة، ونصيب فلان خمس مائة، ثم قبض أحدهما منه شيئًا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن تفرق التسمية فى حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن للمشترى أن يقبل البيع فى نصيب أحدهما، ولعل المصنف إنما ترك ذكره لأن شرط الاشتراك، وهو فى بيان حقيقته. (ع)

(٣) أى بين الاثنين، بأن باعا عبدًا مشتركًا وبينهما صفقة واحدة. (ك)

(٤) بأن مات مورثهما وله دين على رجل فورثاه. (ك)

(٥) أى مختصر القدورى.

(٦) أى للشريك الغير المصالح.

(٧) أى المديون.

(٨) أى الغير المصالح.

(٩) أى المديون.

(١٠) أى المصالح.

(١١) أى الغير المصالح.

(١٢) قوله: "وإن شاء [أى الغير المصالح] أخذ إلخ" فإن قيل: ينبغى أن لا يكون له حق المشاركة فى الثوب؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق يكون معاوضة، وفى المعاوضة المحضة لا سبيل للشريك على الثوب، كذا ههنا.

قلنا: قد ذكر فى "مبسوط خواهر زادة" أن الصلح على خلاف جنس الحق شراء فى عامة الأحكام استيفاء لعين الحق فى بعض الأحكام، وأما المعاوضة المحضة فليست باستيفاء لبعض الحق بوجه ما. (ك)

له[١] شريكه ربع الدين، لأن حقه[٢] في ذلك[٣].

قال[٤]: ولو استوفي أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض؛ لما قلنا[٥]، ثم يرجعان على الغريم بالباقي، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة.

قال[٦]: ولو اشترى أحدهما[٧] بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه[٨] أن يضمنه ربع الدين، لأنه صار قابضًا حقه بالمقاصة كملا[٩]، لأن مبنى البيع على المماكسة[١٠]، بخلاف الصلح[١١] لأن مبناه[١٢] على الأغماض والحطيطة[١٣]، فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به[١٤]، فيتخير القابض[١٥]، كما ذكرناه[١٦].

قوله: "أخذ نصف الثوب" ثم يرجعان بالباقي على الغريم، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة. (ع)

قوله: "نصف الثوب" ونصف الثوب قدر ربع الدين، لأن الثوب صولح عليه بنصف الدين، فيكون الثوب قدر نصف الدين، ونصف النصف ربع لا محالة. (عيني)

(١٣) أي لغير المصالح.

(١) أي لغير المصالح.

(٢) أي لغير المصالح.

(٣) أي الدين.

(٤) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٥) قوله: "لما قلنا [إشارة إلى قوله: لأنه ازداد بالقبض. ك]" من إن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئًا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض. (عيني)

(٦) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٧) أي الشريكين من الغريم.

(٨) قوله: "كان لشريكه إلخ" بيان هذا أن أحد ربي الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على من اشترى سلعة مثل ما وجب له في ذمة المديون، فالتقيا قصاصًا، فصار كأنه قبض نصف الدين، فلو استوفى نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك، فكذا هذا. (عيني)

(٩) أي من غير حطيطة.

(١٠) مماكسة: تشويش كردن در بيع وكم كردن در ثمن. (من)

(١١) قوله: بخلاف الصلح" يعني إذا صالح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار إن شاء دفع إليه نصف الثوب، وإن شاء دفع إليه ربع الدين. (عيني)

(١٢) الصلح.

(١٣) فكان المصالح بالصلح أبرأه عن بعض نصيبه، وقبض البعض.

(١٤) أي المصالح، لأنه لم يستوف نصف الدين كملا.

(١٥) قوله: "فيتخير القابض" أي بين أن يدفع نصف المصالح عليه، أو ربع الدين. (كفاية)

(١٦) أشار به إلى قوله: إلا أن يضمن له شريكه.

ولا سبيل(١) للشريك(٢) على الثوب في البيع(٣)، لأنه ملكه بعقده(٤)، والاستيفاء(٥) بالمقاصة(٦) بين ثمنه وبين الدين، وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا(٧)، لأن حقه في ذمته(٨) باقٍ، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة، فله أن لا يشاركه(٩)، فلو سلم له(١٠) ما قبض(١١)، ثم نوى ما على الغريم(١٢) له(١٣) أن يشارك القابض، لأنه(١٤) إنما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم.

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه(١٥) من قبل(١٦) لم يرجع عليه(١٧) الشريك، لأنه قاضٍ بنصيبه لا مقتضٍ(١٨)، ولو أبرأه عن نصيبه(١٩) فكذلك(٢٠)، لأنه(٢١) إتلاف،

---

(١) قوله: "ولا سبيل إلخ" حاصله أن القابض لا يجبر على شركة الثوب الحاصل من بيع المديون منه. (مل)

(٢) أي الغير القابض.

(٣) أي في صورة البيع.

(٤) قوله: "لأنه [أي لأن الذي اشترى بنصيبه من الدين] ملكه بعقده" أي بعقد البيع لا بسبب الدين، لأن عقد الشراء ثبت للملك بنفسه، فيستغني عن قيام الدين السابق، ولا كذلك عقد الصلح. (ك)

(٥) قوله: "والاستيفاء [أي الدين إنما صار مستوفى مقبوضاً من حيث المقاصة دون القبض الصريح] إلخ" هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: هب أنه ملكه بعقده، ولكن إنما كان ببعض دين مشترك، وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض، فكيف تقولون: لا سبيل للشريك على الثوب في البيع. فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة، إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري، والإضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافي ذلك لأن النقود عيناً كانت أو ديناً لا تتعين في العقود. (نتائج)

(٦) قوله: "بالمقاصة إلخ" فإن قيل: إن قسمة الدين قبل القبض لا يصح، وفي المقاصة بدينه الخاص يلزمه قسمة الدين قبل القبض. قلنا: قسمة الدين قبل القبض إنما لا يجوز قصدا، أما ضمناً فجائز، وههنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسألة الأولى في ضمن صحة المصالحة. (ن)

(٧) قوله: "في جميع ما ذكرنا" أي صورة الصلح على الثوب، وصورة أخذ الدين من الدراهم أو الدنانير، وصورة شراء السلعة. (عيني)

(٨) غريم.

(٩) أي الشريك الغير القابض.

(١٠) أي للقابض.

(١١) قوله: "ما قبض" وهو الثوب الذي هو بدل الصلح أو الثوب المشتري، أو الدراهم والدنانير المأخوذة. (مل)

(١٢) أي هلك، بأن مات مفلساً.

(١٣) أي للشريك الغير القابض.

(١٤) أي لأن الشريك الغير القابض.

(١٥) أي على أحد الشريكين.

(١٦) قوله: "من قبل" أي من قبل الدين المشترك، بأن أقر أحد الشريكين أن للمديون عليه حقا. (عيني)

(١٧) أي على ذلك الشريك.

وليس بقبض، ولو أبرأه[١] عن البعض كانت قسمة الباقى[٢] على ما بقى من السهام، ولو أخر أحدهما[٣] عن نصيبه صح عند أبى يوسف اعتبارًا بالإبراء المطلق[٤]، ولا يصح عندهما[٥]، لأنه[٦] يؤدى إلى قسمة الدين قبل القبض[٧].

ولو غصب أحدهما[٨] عينًا منه[٩]، أو اشتراه شراء فاسدًا، وهلك[١٠] فى يده فهو قبض[١١]، والاستئجار بنصيبه قبض[١٢]، وكذا الإحراق[١٣] عند محمد، خلافًا

---

(١٨) قوله: "لأنه قاض [أى مؤد دين الغريم] بنصيبه لا مقتض [أى مستوف]" لأن آخر الدينين يصير قضاء عن أولهما، لأن القضاء لا يسبق الوجوب. (ك)

(١٩) أى لو أبرأ أحد الشريكين المديون.

(٢٠) أى لا يرجع عليه بشىء.

(٢١) أى لأن الإبراء.

(١) أى لو أبرأ أحد الشريكين المديون بعض نصيبه. (عينى)

(٢) قوله: "كانت قسمة الباقى [أى باقى الدين] على ما بقى إلخ" أى إذا كان الدين بين الشريكين نصفين، فأبراه أحدهما عن نصف نصيبه وهو الربع قسم الباقى أثلاثًا، لأنه بقى ربع، وللآخر نصف. (شرح الوقاية)

(٣) أى لو أخر أحد الشريكين المطالبة عن المديون عن نصيبه.

(٤) يعنى أن التأخير إبراء مقيد، فيصح كالإبراء المطلق.

(٥) قوله: "ولا يصح عندهما" هذا الاختلاف فى إنشاء التأخير، وأما إذا أقر أحد الشريكين أن الدين مؤجل إلى سنة، وأنكر الآخر صح إقرار المقر فى نصيبه بالإجماع. (ن)

(٦) أى لأن تأخير أحد الشريكين عن نصيبه.

(٧) قوله: "يؤدى إلى قسمة الدين إلخ" إنما قلنا: إن هذا قسمة لأن نصيب أحدهما يصير مخالفًا لنصيب الآخر فى الوصف والحكم، أما فى الوصف فلأنه يقال لأحد النصيبين: حال، وللآخر مؤجل، وأما فى الحكم فلأن للساكت أن يطالب المديون بنصيبه فى الحال، وللمؤخر لا، والقسمة ليست إلا أن يصير أحد النصيبين مخالفًا للآخر، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز، لأن القسمة تمييز، وما فى الذمة لا يتصور فيه التمييز. ولأن فى القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضًا عما يتملكه عليه، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، لأن فى ذلك نقلا للوصف من محل إلى محل آخر قصدًا، والانتقال على الأوصاف محال، والدين وصف شرعى فى الذمة يظهر أثره عند المطالبة.
والفرق لأبى حنيفة ومحمد بين الإبراء الموقت والمؤبد حيث قالوا بصحة الإبراء هو أنه لا يبقى نصيبه بعد الإبراء أصلا، والقسمة إنما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما، وفى التأخير بقى نصيب كل واحد منهما فى أصل الدين على حاله حتى إن الآخر إذا قبض نصيبه، ثم حل الأجل كان للمؤخر أن يشاركه فى المقبوض، ويكون ما بقى مشتركًا بينهما.(ك)

(٨) الشريكين.

(٩) أى المديون.

(١٠) المغصوب أو المشترى.

(١١) قوله: "فهو قبض" لأن ضمان الهلاك قصاص بقدره من الدين، وهو آخر الدينين، فيعتبر قضاء الأول، فكأنه قبض نصيبه من الدين المشترك، فللآخر أن يرجع عليه بربع الدين. (مل)

(١٢) قوله: "والاستئجار إلخ" أى إن استأجر أحدهما من المديون دارًا بنصيبه من الدين وقبض، كان للساكت أن يأخذ منه ربع الدين. (عينى)

لأبى يوسف[١]، والتزوج به[٢] إتلاف[٣] فى ظاهر الرواية، وكذا الصلح عليه[٤] عن جناية العمد[٥].

قال[٦]: وإذا كان السلم[٧] بين شريكين، فصالح أحدهما عن نصيبه[٨] على رأس المال[٩] لم يجز[١٠] عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبويوسف: يجوز الصلح[١١]، اعتباراً بسائر الديون، وبما إذا اشتريا عبدًا، فأقال أحدهما فى نصيبه[١٢]، ولهما أنه لو جاز[١٣] فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة[١٤]، ولو جاز[١٥]

---

(١٣) قوله: "وكذا الإحراق" أى لو أحرق أحدهما ثوب المديون وهو يساوى نصيب المحرق وهو نصف الدين، فعند محمد هذا قبض حتى يثبت للساكت أن يطالب بربع الدين، لأن الإحراق إتلاف مال مضمون، فيكون كالغصب، فيجعل المحرق مقتضيا، وقال أبو يوسف: لا يرجع عليه بشىء، لأنه متلف نصيبه بما صنع. (عينى)

(١) قوله: "خلافًا لأبى يوسف" قيل: صورة المسألة المختلف فيها ما إذا رمى بالنار على ثوب المديون، فأحرقه، وأما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه، فإن للشريك أن يتبع المحرق بالإجماع، لأنه حينئذ يكون الاستهلاك بعد الغصب. (ك)

(٢) قوله: "والتزوج به إلخ" يعنى إذا تزوج أحد ربى الدين امرأة بنصيبه من دين لهما عليها لا يكون ذلك قبضا للدين بل هو إتلاف فى ظاهر الرواية، واحترز به عن رواية بشر عن أبى يوسف أنه يرجع بنصف حقه لوقوع القبض بطريق المقاصة. وجه الظاهر أنه لم يسلم له شىء يمكن المشاركة فيه إذ البضع لا يحتمل الشركة، فلم يظهر معنى الزيادة، فصار كما لو أبرأ. (عينى)

(٣) قوله: "إتلاف" أى التزوج بنصيبه من الدين إتلاف حتى لا يرجع الآخر على المتزوج، وإنما قيد بنصيبه لأنه لو تزوج أحد الشريكين المديونة على خمس مائة، ونصيبه خمس مائة، ولكن لم تضف إلى الدين، فإنه ثمة يتبع الساكت الزوج، لأن الزوج صار مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة، فيرجع الساكت عليه، ولا كذلك إذا أضاف العقد إلى الدين، لأن النكاح تعلق به، فيسقط بنفس القبول، فصار بمنزلة الإبراء، وهناك لا يتبع، فكذا ههنا. (ك)

(٤) قوله: "وكذا [أى هو إتلاف لا قبض] الصلح عليه إلخ" لأنه لم يقبض شيئًا قابلا للشركة بل أتلف نصيبه، وقيد بقوله: عمدا، لأنه فى الخطأ يرجع عليه. (ع)

(٥) قوله: "عن جناية العمد" بأن جنى أحد الشريكين على المديون عمدًا، فصالحه عنها على نصيبه. (كفاية)

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(٧) أى المسلم فيه. (ك)

(٨) أى فى المسلم فيه.

(٩) أى على أن يأخذ نصيبه من رأس المال، ويفسخ عقد السلم فى نصيبه. (ع)

(١٠) قوله: "لم يجز" أى يتوقف الصلح عندهما على إجازة صاحبه، فإن أجاز نفذ عليهما، كأنهما صالحاه، وكان ما قبض بينهما، وما بقى من السلم بينهما، وإن رده بطل أصلا، وبقى الطعام كله بينهما. (ك)

(١١) قوله: "يجوز الصلح [لأنه تصرف فى خالص حقه فيملكه. تبيين]" أى بين المصالح والمسلم إليه، لما أن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على أى بدل كان عنده، ثم أحد ربى الدين إذا صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح، ويخير الآخر بين أن يشاركه فى المقبوض، وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من ذلك الدين كذلك ههنا. (ك)

(١٢) فإنه يجوز فى نصيبه بدون رضا الآخر. (كافى)

(١٣) هذا الصلح.

فى نصيبهما لا بد من إجازة الآخر[١]. بخلاف شرى العين[٢]، وهذا[٣] لأن المسلم فيه صار واجبًا بالعقد[٤]، والعقد قام بهما[٥]، فلا يتفرد أحدهما برفعه[٦]، ولأنه لو جاز[٧] لشاركه[٨] فى المقبوض[٩]، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك[١٠]، فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه[١١]، قالوا[١٢]: هذا إذا خلطا[١٣] رأس المال[١٤]، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف[١٥]، وعلى

---

(١٤) قوله: "يكون قسمة الدين [أى قبل القبض] إلخ" لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلى بالتمييز، ولا تمييز إلا بالقسمة. (عينى)

(١٥) هذا الصلح.

(١) ولم توجد.

(٢) قوله: "بخلاف شرى العين" جواب لقول أبى يوسف، وبما إذا اشتريا عبدًا، فأقال أحدهما، أى الإقالة فى العين تصرف فى الحكم فى حالة البقاء، وذلك يستغنى عن العقد، وههنا التصرف فى إبطاله واقع فى العقد، وهو ينعقد بهما، فلا يجوز أن يتفرد أحدهما بالإبطال باعتبار تصرفه فى حكمه فى حال ثبوته، إذ حالة الدين كحالة الوجود إلى أن يقبض، والحكم يفتقر إلى العلة ثبوتًا وزوالا. (ك)

(٣) وجه الفرق بين السلم وشراء العين.

(٤) قوله: "واجبًا بالعقد" لأنه لم يكن موجودا قبل العقد، وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد، والعقد قام بهما إلخ. (تبيين)

(٥) أى الشريكين.

(٦) العقد.

(٧) قوله: "ولأنه لو جاز [أى هذا الصلح أى لو جاز الصلح]" من أحدهما يؤدى إلى أن يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه، ويتقرر فى رأس المال، ثم يعود فى المسلم فيه، وذا لا يجوز، وهذا لأن الآخر إذا اختار المشاركة فى المقبوض مع المصالح كان ما بقى من طعام السلم مشتركا بينهما، وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه، وتقرر فى رأس المال، فلا يجوز أن يعود حقه بعد ذلك فى المسلم فيه، لأنه لو عاد لعاد بعد بطلان الإقالة، والإقالة فى باب السلم لا تحتمل الإبطال. (كفاية)

(٨) الشريك الآخر، لأن الصفقة واحدة، وهى مشتركة بينهما. (عناية)

(٩) من رأس المال.

(١٠) أى بذلك القدر من المسلم فيه.

(١١) وهو لا يعود بعد سقوطه.

(١٢) أى المتأخرون من المشايخ.

(١٣) قوله: "هذا إذا إلخ" هذا الخلاف فيما إذا خلطا رأس المال وعقدا عقد السلم، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول، وهو ما ذكر أنه لو جاز فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة، هو على الخلاف، لأن دلالة الوجه الأول لا تتفاوت بين الاختلاط وعدمه، وعلى الوجه الثانى وهو ما ذكر أنه لو جاز لشاركه فى المقبوض، وهو على الاتفاق. أى جوابهما ههنا كجواب أبى يوسف، لأن ذلك إنما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح فى المقبوض، وليس له حق المشاركة ههنا إذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من رأس المال، والصحيح أن الخلاف فى الفصلين ثابت، إلا أن عدم جواز الصلح فيما إذا خلطا بعلتين، وفيما إذا لم يخلطا بعلة واحدة. (ك)

(١٤) ونقد كل واحد منهما على حدة.

الوجه الثانى هو على الاتفاق[١].

فصل فى التخارج[٢]

قال[٣]: وإذا كانت التركة بين ورثة، فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه، والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرًا؛ لأنه أمكن[٤] تصحيحه بيعًا[٥]، وفيه[٦] أثر عثمان، فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف[٧] عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار*.

قال[٨]: وإن كانت التركة فضةً، فأعطوه ذهبًا، أو كان ذهبًا فأعطوه فضةً فكذلك[٩]؛ لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس، فلا يعتبر التساوى، ويعتبر التقابض فى المجلس، لأنه صرف غير أن الذى[١٠] فى يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفى بذلك القبض[١١]، لأنه[١٢] قبض ضمان، فينوب[١٣] عن قبض الصلح[١٤]، وإن كان مقرًا لا

---

(١٥) المذكور.

(١) قوله: "هو على الاتفاق" أى صح صلح أحدهما على الاتفاق على رأس ماله لأن رأس المال إذا لم يكن مخلوطًا، وقبضه صاحبه لم يكن لشريكه أن يشاركه فيه، لأنه لا حق له فيه، لأنه مال الغير. (عينى)

(٢) قوله: "فصل فى التخارج" التخارج من الخروج، وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم، ووجه تأخيره قلة وقوعه، فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من البين بغير استيفاء حقه، وسببه طلب الخارج من الورثة، وذلك عند رضا غيره، وله شروط تذكر فى أثناء المسألة. (ع)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "لأنه أمكن إلخ" إنما تعين البيع فيه للجواز دون الإبراء عما زاد من نصيبه لأنا لو قلنا بالإبراء يلزم الإبراء عن الأعيان الغير المضمونة، وهو لا يصح، فتعين البيع. (كفاية)

(٥) قوله: "بيعًا" فإن قلت: لو كان بيعًا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة، لأن جهالته تفسد البيع، أجيب بأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تفسد البيع دون غيرها. (ع)

(٦) أى فى جواز التخارج.

(٧) قوله: "فإنه صالح تماضر إلخ" هذا يؤمى إلى أن عبد الرحمن بن عوف لما مات كان له أربع نسوة، وإحدى نساءها صالحت عن حصتها، أى ربع ثمنها لوجود الأولاد على ثمانين ألف دينار، وهذا غريب.

وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن عمرو بن دينار أن إحدى نساءه الثلاث صالحت عن ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم، وروى الواقدى أنه كانت له أربع تسوة، وإحدى نساءه صالحت عن ربع الثمن بمائة ألف.

وروى الإمام محمد فى "الأصل": أن إحدى نساءه صالحت على ثلاثة وثمانين ألفًا على أن أخرجوها من الميراث، ولم يبين أنها دراهم أو دنانير. وقال شمس الأئمة السرخسى: إنه كان له أربع نسوة، وإحدى نساءه صالحت عن ربع الثمن على الشطر من حصتها، وهو كان ثلاثة وثمانين ألفًا، هذا. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٢، والدراية ج٢ تحت الحديث٨٤٧ ص١٨٠. (نعيم)

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(٩) أى جاز قليلا كان أو كثيرًا.

(١٠) أى الوارث الذى.

بد من تجديد القبض[١]، لأنه قبض أمانة، فلا ينوب عن قبض الصلح.

وإن كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك، فصالحوه على فضة، أو ذهب، فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه[٢] من ذلك الجنس[٣]، حتى يكون نصيبه بمثله، والزيادة لحقه من بقية التركة؛ احترازًا عن الربا[٤]، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة، لأنه صرف فى هذا القدر، ولو كان بدل الصلح عرضًا جاز مطلقًا[٥] لعدم الربا[٦].

ولو كان فى التركة الدراهم والدنانير، وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضًا جاز الصلح كيف ما كان[٧]، صرفًا للجنس إلى خلاف الجنس[٨]، كما فى البيع[٩]، لكن يشترط التقابض[١٠] للصرف.

قال[١١]: وإن كان فى التركة دين على الناس فأدخلوه[١٢] فى الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه، ويكون الدين لهم فالصلح باطل[١٣]، لأن فيه[١٤] تمليك الدين

---

(١١) أى القبض السابق يعنى لا يحتاج إلى تجديد القبض؛ لكون التركة فى يده. (عينى)

(١٢) لأن الأمانة بالجحود مضمونة.

(١٣) قوله: "فينوب إلخ" الأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإن اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون. (كفاية)

(١٤) لأنه قبض ضمان.

(١) قوله: "لا بد من تجديد القبض" وهو أن يرجع إلى موضع فيه العين، ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضه. (ك)

(٢) قوله: "فلا بد أن يكون إلخ" قال الحاكم أبو الفضل: إنما يبطل الصلح على مثل نصيبه، أو أقل من مال الربا فى حال التصادق، وأما فى حال المناكرة فالصلح جائز، لأنه يعطى المال لدفع الخصومة، فلا يتمكن فيه الربا، وقيل: إنه باطل فى الوجهين، لأنه معاوضة فى حق المدعى، فيتمكن فيه الربا. (ك)

(٣) فإذا كان مساويًا لنصيبه، أو أقل، أو لم يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح. (ع)

(٤) قوله: "احترازًا عن الربا" لأنه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الإبراء، لأن الإبراء عن الأعيان باطل، لأن الإسقاط إنما يستعمل فى الديون لا فى الأعيان، وهنا عين، فتعين تجويزه بطريق المعاوضة، ولا يمكن ههنا، لأنه يبقى شيء من التركة بلا ثمن فى ضمن المعاوضة، فيكون ربا، فلا بد من أن يزيد على نصيبه، حتى ينتفى الربا. (كفاية)

(٥) قوله: "جاز مطلقًا" أى قل بدل الصلح أو كثر، وجد التقابض فى المجلس أو لم يوجد. (ن)

(٦) وليس هو بصرف.

(٧) قوله: "كيف ما كان" يعنى بلا اشتراط التساوى فى الجنس، والزيادة على ذلك قل بدل الصلح أو كثر. (مل)

(٨) تصحيحًا للعقد.

(٩) قوله: "كما فى البيع" حيث يصرف الجنس إلى خلاف الجنس تحرزًا عن الربا. (مل)

(١٠) فى المجلس.

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(١٢) أى الدين.

من غير من عليه[١]، وهو حصة المصالح.

وإن شرطوا[٢] أن يبرئ[٣] الغرماء منه، ولا يرجع[٤] عليهم[٥] بنصيب المصالح فالصلح جائز؛ لأنه إسقاط[٦] أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين[٧]، وهو جائز، وهذه حيلة الجواز. وأخرى[٨] أن يعجلوا[٩] قضاء نصيبه[١٠] متبرعين، وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة[١١]، والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه[١٢]، ويصالحوا عما وراء الدين، ويحيلهم على استيفاء نصيبه[١٣] من الغرماء[١٤]، ولو لم يكن في التركة دين، وأعيانها[١٥] غير معلومة، والصلح على المكيل والموزون[١٦]، قيل[١٧]: لا يجوز لاحتمال الربا[١٨]، وقيل: يجوز[١٩]؛ لأنه شبهة الشبهة[٢٠].

---

(١٣) قوله: "فالصلح باطل" أي في الكل في الدين والعين جميعًا، أما في حصة الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين، وأما في حصة العين فلأن الصلح لما فسد في حصة الدين يفسد في حصة العين أيضًا لاتحاد الصفقة. (ك)

(١٤) قوله: "لأن فيه" أي لأن المصالح يصير مملكًا نصيبه من الدين من سائر الورثة بما يأخذ منهم من العين. (كافي)

(١) وهو باطل.

(٢) ورثة.

(٣) المصالح.

(٤) أي أحد من الورثة.

(٥) أي على الغرماء.

(٦) من ذمة المديون.

(٧) وهم الغرماء.

(٨) أي حيلة أخرى.

(٩) الورثة.

(١٠) أي المصالح من الدين.

(١١) قوله: "ضرر لبقية إلخ" أما في الوجه الأول فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء، وفي الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين، وهو نسيئة، والنقد خير من الدين. (كافي)

(١٢) أي المصالح من الدين.

(١٣) قوله: "ويحيلهم [أي المصالح الورثة] إلخ" فيدفع عنهم ضرر إقراضه، وينتفعون بمصالحته عما وراء الدين. (مل)

(١٤) أي نصيب المصالح من الديون. (ك)

(١٥) أي التركة.

(١٦) قوله: "والصلح على المكيل إلخ" أي صالح بعض الورثة من نصيبه على كيلي كالحنطة والشعير، ووزني كالحديد والصفر. (عيني)

(١٧) هو قول الإمام ظهير الدين المرغيناني. (ك)

(١٨) قوله: "لاحتمال الربا" لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني، وبدل الصح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل، لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح بكون ربا. (غن)

ولو كانت التركة غير المكيل والموزون، لكنها أعيان غير معلومة[(١)] قيل: لا يجوز لكونه بيعًا[(٢)]، إذ المصالح عنه عين، والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضى إلى المنازعة[(٣)] لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة[(٤)].

وإن كان على الميت دين مستغرق[(٥)] لا يجوز الصلح ولا القسمة، لأن التركة لم يتملكها الوارث[(٦)].

وإن لم يكن[(٧)] مستغرقًا لا ينبغى أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم جهة[(٨)] الميت، ولو فعلوا[(٩)] قالوا: يجوز[(١٠)]، وذكر الكرخى فى القسمة[(١١)] أنها لا تجوز[(١٢)] استحسانًا، وتجوز قياسًا[(١٣)].

---

(١٩) قوله: "وقيل: يجوز إلخ" وهو قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى، فقال: يجوز هذا الصلح لأنه يحتمل أن لا يكون فى التركة من جنس بدل الصلح، وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه أقل من بدل الصلح، فكان القول بعدم الجواز مؤديا إلى اعتبار شبهة الشبهة، وهى ساقطة الاعتبار.

وفى "فتاوى قاضى خان": والصحيح ما قاله الفقيه أبو جعفر، لأن الثابت ههنا شبهة الشبهة، وذلك لا يعتبر. (ك)

(٢٠) قوله: "لأنه شبهة الشبهة [وإنما المعتبر الشبهة]" وذلك لأنه لو علم عيان التركة ولكن جهل قدر بدل الصلح من نصيب المصالح يكون شبهة، فإذا لم يعلم أعيان التركة يكون شبهة الشبهة، لأنه يحتمل أن يكون فى التركة كيلى ووزنى، ويحتمل أن لا يكون. (عينى)

(١) فصالحوا على مكيل أو موزون، أو غير ذلك. (ع)

(٢) قوله: "لكونه [أى الصلح] بيعًا [وبيع المجهول لا يصح]" إذ لا يصح أن يكون إبراء، لأن المصالح عنه عين، والإبراء عن العين لا يجوز. (عناية)

(٣) قوله: "لأنها [أى الجهالة] لا تفضى إلخ" ونفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع بل الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة، ألا ترى أنه لو باع قفيزاً من صبرة يجوز البيع مع الجهالة، ولو كان بعض التركة فى يد المصالح، ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز، لأنه يحتاج إلى التسليم، فيفضى إلى المنازعة. (ك)

(٤) ولا يطلبون شيئًا آخر من المصالح بمقابلة بدل الصلح.

(٥) للتركة، استغراق همه را فرا گرفتن. (م)

(٦) قوله: "لم يتملكها إلخ" لأن الدين المستغرق يمنع وقوع الملك فى التركة عندنا. (ك)

(٧) الدين.

(٨) وفى نسخة: فيتقدم حاجة.

(٩) فيما إذا لم يكن التركة مستغرقة للدين.

(١٠) لأن القليل لا يمنع الإرث.

(١١) أى قسمة التركة.

(١٢) قوله: "لا تجوز إلخ" وجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين، فلا يجوز القسمة قبل قضاءه، ووجه القياس أن التركة لا تخلو عن قليل الدين، فتقسم نفيا للضرر عن الورثة. (ع)

(١٣) ويحبس قدر الدين للغرماء. (ك)

كتاب المضاربة[١]

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض[٢] سمى[٣] به لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله[٤]، وهي مشروعة للحاجة إليها[٥]، فإن الناس بين غنى بالمال غبي عن التصرف فيه، وبين مهتدٍ في التصرف صفر اليد عنه[٦]، فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف، لينتظم مصلحة الغبي والذكي، والفقير والغني، وبُعث النبي ﷺ والناس[٧] يباشرونه، فقررهم عليه، وتعاملت[٨] به[٩] الصحابة[١٠]*.

ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده، لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل[١١] والوثيقة[١٢]، وهو وكيل فيه[١٣]، لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه، وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءً من المال بعمله[١٤]، فإذا فسدت[١٥] ظهرت الإجارة[١٦] حتى استوجب العامل أجر مثله، وإذا خالف[١٧] كان غاصبًا لوجود التعدي منه على مال

---

(١) قوله: "كتاب المضاربة [قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا يحتاج إلى الإعادة. عناية]" في الشرع عبارة عن عقد الشركة بمال من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر.
وركنها الإيجاب والقبول، كما إذا قال رب المال: دفعت هذا المال إليك مضاربة أو معاملة بالنصف، ويقول المضارب: قبلت، أو ما يؤدي هذا المعنى، وشرطها أن يكون رأس المال من الأثمان، فلا يصح إلا بالمال الذي يصح به الشركة، وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيها، وحكمه الوكالة عند الدفع، والشركة بعد الربح. (ع)

(٢) أي السفر في الأرض للتجارة.

(٣) هذا العقد.

(٤) قوله: "بسعيه وعمله" فيه مناقشة لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئًا، والكلام الموجه أن يقال: إن المضارب يسير في الأرض طلبًا للربح. (عيني)

(٥) من الجانبين.

(٦) أي خالي عن المال.

(٧) الواو حالية.

(٨) من غير نكير، فكان إجماعًا. (عناية)

(٩) أي بعقد المضاربة.

(١٠) كعمر وعثمان وأبي موسى الأشعري وغيرهم رضي الله عنهم، كذا قال الزيلعي.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٣، وانظر الدراية ج٢ تحت في كتاب المضاربة والوديعة والعارية ص١٨١. (نعيم)

(١١) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء. (ك)

(١٢) احتراز عن الرهن. (ك)

(١٣) أي المال.

(١٤) وهو الربح.

(١٥) المضاربة.

(١٦) لأنه يعمل لرب المال في ماله.

غيره[١]*. قال[٢]: المضاربة[٣] عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين، ومراده الشركة فى الربح[٤]، وهو يستحق[٥] بالمال من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر[٦]، ولا مضاربة بدونها، ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضًا.

قال[٧]: ولا تصح إلا بالمال الذى تصح به الشركة[٨]، وقد تقدم بيانه من قبل[٩]، ولو دفع إليه عرضًا، وقال: بعه، واعمل مضاربة فى ثمنه جاز[١٠]، لأنه[١١] يقبل الإضافة[١٢] من حيث إنه توكيل[١٣] وإجارة[١٤]، فلا مانع من الصحة، وكذا إذا قال له[١٥]: اقبض مالى على فلان، واعمل به مضاربة جاز[١٦] لما قلنا[١٧].

(١٧) المضارب.

(١) فيصير المال مضمونًا عليه.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٣، والدراية ج٢، الحديث٨٤٨ ص١٨١. (نعيم)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) هذا تعريف اصطلاحى.

(٤) أى لا فى رأس المال والربح، فإن رأس المال كله لرب المال. (ع)

(٥) الربح.

(٦) المضارب.

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(٨) قوله: "إلا بالمال الذى إلخ" وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبى حنيفة وأبى يوسف، أو فلوسًا رابحةً عند محمد، حتى إن المضاربة بما سوى هذه الأشياء لا تجوز إجماعًا. (ك)

(٩) أى فى باب الشركة.

(١٠) قوله: "جاز" وقال الشافعى: لا يجوز، لأن فيه إضافة عقد المضاربة إلى ما بعد البيع، وقبض الثمن، ولنا أنه وكله ببيع العروض أولا، وهو كبيعه من نفسه، ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض فى يده، فوجب القول بجوازه. (تبيين)

(١١) عقد المضاربة.

(١٢) إلى الزمان المستقبل، فيكون المضاربة مضافة إلى ثمن العروض، والثمن يصح به المضاربة. (ك)

(١٣) قوله: "من حيث إنه توكيل [حال صحته. نت] إلخ" صورة إضافة التوكيل إلى المستقبل أن يقول: وكلتك بأن تبيع عبدى هذا غدًا، فإنه يصير وكيلا غدًا وبعده، ولا يصير وكيلا قبل الغد، وصورة إضافة الإجارة أن يقول: آجرتك دارى غدًا، فإن الإجارة تنعقد عند مجىء الغد لا قبله. (عينى)

(١٤) حال فساده. (نت)

(١٥) أى للمضارب. (ع)

(١٦) قوله: "جاز" لأنه أضاف المضاربة إلى حالة القبض، وفى تلك الحالة يصير الدين عينًا، وإنما شرط كون رأس المال عينًا لأن المضاربة لاستعمال المال، وإنما يتصور ذلك فى العين. (ك)

بخلاف ما إذا قال: اعمل بالدين الذى فى ذمتك[١] حيث لا يصح المضاربة[٢]، لأن عند أبى حنيفة لا يصح هذا التوكيل[٣] على ما مر فى البيوع[٤]، وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر، فتصير مضاربة بالعرض[٥].

قال[٦]: ومن شرطها أن يكون الربح بينهما[٧] مشاعًا لا يستحق أحدهما دراهم مسمّاة من الربح، لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما، ولا بد[٨] منها[٩] كما فى عقد الشركة[١٠]. قال[١١]: فإن شرط[١٢] زيادة عشرة[١٣] فله[١٤] أجر مثله لفساده[١٥]،

---

(١٧) إشارة إلى قوله: لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل. (ن)

(١) قوله: "اعمل إلخ" أى اشتر بالدين الذى عليك ما بدا لك من المتاع، ثم بعه بالنصف، فهذا فاسد، لأن صحة المضاربة أن يكون رأس المال عينًا، ولم يوجد ذلك عند العقد ولا بعده، وإذا لم تصح المضاربة فما اشتراه المديون فهو له، ولا شيء لرب المال منه عند أبى حنيفة، فدينه عليه بحاله، وفى قولهما ما اشترى فهو لرب المال، والمضارب برىء من دينه، وله على رب المال أجر مثله فيما عمل، وهو بناء على مسألة كتاب البيوع. (ك)

(٢) بالاتفاق. (ع)

(٣) قوله: "لأن عند إلخ" أى لأن المضاربة توكيل بالشراء، والتوكيل بالشراء بدين فى ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع والمبيع. (تبيين)

(٤) قوله: "فى البيوع [وفى نسخة: فى الوكالة]" أى فى باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة، لا من كتاب البيوع، وهو قوله: قال: من له على آخر ألف، فأمره أن يشترى بها هذا العبد إلى آخره. (ن)

(٥) فتصير فاسدة.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) رب المال والمضارب.

(٨) الواو حالية.

(٩) شركة.

(١٠) قوله: "كما فى عقد الشركة" حيث لا يكون عقد من عقود الشركة إلا بالاشتراك. (عينى)

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٢) قوله: "فإن شرط [أى فى العقد] إلخ" الفاء فى قوله: فإن شرط زيادة عشرة للتفريع، والمقصود بالمسألة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لأحد المتعاقدين، وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل، فكأنه قال: إذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسمّاة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل إلا أنه ذكر فى التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هى المذكورة فى مسألة "الجامع الصغير" على سبيل التمثيل، لا على سبيل الحصر فيها. ومن عادة المصنف أن لا يغير المسألة التى أخذها من "الجامع الصغير"، أو من "مختصر القدورى"، ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة، بأن قال فى تعليل المسألة: وهذا هو الحكم فى كل موضع لم يصح المضاربة. (نتائج الأفكار)

(١٣) قوله: "زيادة عشرة" يعنى إذا قال: على أن ما رزق الله فى ذلك من شيء فللمضارب منه عشرة، والباقى من الربح بيننا نصفان، فهذه مضاربة فاسدة، لأن هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما فى الربح مع حصوله، وربما لا يربح إلا مقدار العشرة. (ك)

(١٤) أى العامل.

فلعله[١] لا يربح إلا هذا القدر، فيقطع الشركة في الربح، وهذا[٢] لأنه[٣] ابتغى عن منافعه عوضًا، ولم ينل لفساده[٤]، والربح لرب المال؛ لأنه نماء ملكه، وهذا[٥] هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة، ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط[٦] عند أبي يوسف خلافًا لمحمد[٧]، كما بينا في الشركة[٨]. ويجب الأجر[٩] وإن لم يربح[١٠] في رواية الأصل[١١]، لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع[١٢] أو العمل[١٣]، وقد وجد[١٤]. وعن أبي يوسف أنه لا يجب[١٥] اعتبارًا[١٦] بالمضاربة الصحيحة[١٧] مع أنها[١٨] فوقها[١٩]، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارًا بالصحيحة، ولأنه عين[٢٠] مستأجرة[٢١] في يده[٢٢]، وكل شرط[٢٣] يوجب جهالة[٢٤]

---

(١٥) أي فساد عقد المضاربة.

(١) المضارب.

(٢) أي وجوب أجر المثل. (ع)

(٣) المضارب.

(٤) أي العقد.

(٥) أي وجوب أجر المثل.

(٦) قوله: "القدر المشروط" يعني بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة، لأن ذلك يغير المشروع، فجرى وجوده مجرى عدمه. (ك)

(٧) فإن عنده يجب بالغًا ما بلغ. (ع)

(٨) أي في شركة الاحتطاب والاحتشاش. (ك)

(٩) في المضاربة الفاسدة.

(١٠) المضارب.

(١١) أي المبسوط.

(١٢) كما في الأجير الخاص، فإن تسليم نفسه تسليم منافعه.

(١٣) كما في الأجير المشترك.

(١٤) العمل.

(١٥) الأجر.

(١٦) قوله: "اعتبارًا إلخ" فإذا لم يجب شيء في الصحيحة إذا لم يربح ففي الفاسدة أولى أن لا يجب.(ب)

(١٧) قوله: "بالمضاربة الصحيحة" لأن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبدًا من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد، وجه ظاهر الرواية: أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع، وهذه المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة، والفاسدة تنعقد إجارة لا شركة، وإنما اعتبر الفاسد بالصحيح في حكم عدم الضمان، لأن الإجارة توافق الشركة في حكم عدم الضمان. (ك)

(١٨) أي الصحيحة.

(١٩) أي الفاسدة في إمضاء حكمها. (ك)

في الربح يفسده[١] لاختلال مقصوده[٢]، وغير ذلك[٣] من الشروط الفاسدة لا يفسدها[٤]، ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة[٥] على المضارب.

قال[٦]: ولا بد أن يكون المال مسلمًا إلى المضارب، ولا يد[٧] لرب المال فيه؛ لأن المال أمانة في يده، فلا بد من التسليم إليه، وهذا بخلاف الشركة، لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر، فلا بد من أن يخلص المال للعامل[٨]، ليتمكن من التصرف فيه. أما العمل في الشركة من الجانبين، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم ينعقد الشركة[٩]، وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد[١٠]، لأنه يمنع خلوص يد المضارب، فلا يتمكن[١١] من التصرف، فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك[١٢] عاقدًا أو غير عاقد كالصغير[١٣]، لأن يد المال ثابت

(٢٠) قوله: "لأنه [أي المال] عين إلخ" أي لأنه عين استؤجر المضارب ليعمل به، فلا يكون مضمونًا عليه كأجير الواحد. (كافي)

(٢١) قوله: "مستأجرة إلخ" المستأجر في الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمى العين مستأجرًا لعمل المضارب فيه. (تاج الشريعة)

(٢٢) أي المضارب

(٢٣) قوله: "وكل شرط إلخ" لما كان من الشروط ما يفسد العقد، ومنها ما يبطل في نفسه، وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلي فقال: وكل إلخ. (ع)

(٢٤) قوله: "يوجب جهالة إلخ" نحو أن يعقد عقد المضاربة بشرط أن يدفع المضارب أرضه سنة إلى رب المال ليزرعها رب المال أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة، فسد المضاربة لأنه جعل نصف الربح عوضًا عن عمله وأجرة الدار، فصار حصة العمل مجهولة فلم يصح. (ك)

(١) قوله: "يفسده" أي يفسد عقد المضاربة، لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد.(ن)

(٢) أي الربح.

(٣) قوله: "وغير ذلك" أي غير الشرط الفاسد الذي يوجب جهالة في الربح. (نهاية)

(٤) فيصح العقد.

(٥) قوله: "كاشتراط الوضيعة" أي الخسران، وقيل: الوضيعة اسم لجزء هالك من المال. (عيني)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) أي بتصرف.

(٨) وبقاء يد الغير يمنع الخلوص.

(٩) قوله: "لم ينعقد إلخ" لأنها انعقدت على العمل بينهما، فمتى شرط انتفاء يد رب المال لم ينعقد أصلا.(ب)

(١٠) أي مانع عن تحققه. (ع)

(١١) المضارب.

(١٢) رب المال.

(١٣) قوله: "أو غير عاقد كالصغير" صورته أن الأب أو الوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة، وشرطا عمل الصغير

له[١]، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب.

وكذا[٢] أحد المتفاوضين[٣] وأحد شريكى العنان إذا دفع المال مضاربة، وشرط عمل صاحبه لقيام الملك[٤] له[٥] وإن[٦] لم يكن عاقداً، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب و[٧]هو[٨] غير مالك يفسده[٩] إن لم يكن[١٠] من أهل المضاربة فيه[١١] كالمأذون[١٢]، بخلاف الأب والوصى[١٣]؛ لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما، فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال[١٤].

لا يجوز، لأن الصغير إذا كان مالكًا كانت يده على المال كالكبير، فبقاء يده يمنع كونه مسلماً إلى المضارب. (ن)

(١) أى للمال. (مير جان)

(٢) أى فسدت المضاربة.

(٣) قوله: "المتفاوضين" شركة المفاوضة هي شركة متساويين من جهة المال، أى الدراهم والدنانير، ومن جهة الحرية ومن جهة الدين، وتتضمن الوكالة والكفالة، فكل منهما وكيل من الآخر كفيل له، وشركة العنان هى شركة فى كل تجارة، أو فى نوع من أنواع التجارة، وتصح ببعض مال أحد الشريكين، ومع فضل مال أحدهما، ومع تساوى ماليهما مع تفاوت الربح بينهما، ومع تفاوت ماليهما بتساوى الربح بينهما، ومع كون أحد المالين دراهم والآخر دنانير.

والخلط فيه ليس بشرط، وكل من شريكى العنان مطالب بثمن مشريه لا بثمن مشرى الآخر، فإن هذه الشركة لا تتضمن الكفالة، ثم يرجع على شريكه بحصة من الثمن، إن أداه من مال نفسه، لأنه وكيل بالشراء من جهة شريكه، والوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل، كذا قال على القارى فى "شرح النقاية".

قوله: "المتفاوضين" المفاوضة المساواة من التفويض كان كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه، والعنان من العن، أى الحبس، فكأنه حبس ماله عن الشركة، أو شريكه عن بعض التجارات فى ماله.

(٤) تعليل للفساد.

(٥) أى لذلك الصاحب.

(٦) الواو وصلية.

(٧) الواو حالية.

(٨) أى العاقد.

(٩) عقد المضاربة.

(١٠) ذلك العاقد.

(١١) أى فى هذا المال.

(١٢) قوله: "كالمأذون" يدفع مالا مضاربة، ويشترط عمله مع المضارب، لأن المأذون وإن لم يكن مالكًا لذاته، ولكن يد التصرف له ثابتة، فنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف، فكان قيام يده مانعًا لصحة المضاربة. (مل)

(١٣) قوله: "بخلاف الأب والوصى" إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل بأنفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز. (عينى)

(١٤) قوله: "فكذا [أى يصح] إلخ" أى فكذا اشتراط العمل عليهما بجزء من المال، أى بجزء من الربح، لأن كل مال يجوز أن يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز أن يكون فيه مضاربا مع غيره، وهذا لأن تصرف الأب أو الوصي واقع للصغير حكمًا بطريق النيابة، فصار دفعه كدفع الصغير، وشرطه كشرطه، فيشترط التخلية من قبل الصغير، لأنه رب المال، وقد تحققت. (ك)

قال[١] : وإذا صحت المضاربة مطلقة[٢] جاز للمضارب أن يبيع[٣]، ويشترى[٤]، ويوكل، ويسافر، ويبضع[٥]، ويودع؛ لإطلاق العقد[٦]، والمقصود منه الاسترباح، ولا يتحصل[٧] إلا بالتجارة، فينتظم العقد صنوف التجارة، وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعه، وكذا الإيداع والإبضاع والمسافرة[٨]، ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى[٩] كيف[١٠]، وأن[١١] اللفظ[١٢] دليل عليه[١٣]، لأنها مشتقة من الضرب فى الأرض، وهو السير. وعن أبى يوسف أنه ليس له أن يسافر[١٤]، وعنه عن أبى حنيفة أنه إن دفع فى بلده[١٥] ليس له أن يسافر به، لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة، وإن دفع فى غير بلده له أن يسافر[١٦] إلى بلده لأنه هو المراد فى الغالب، [١٧] والظاهر ما ذكر[١٨] فى الكتاب[١٩].

قال[٢٠] : ولا يضارب[٢١] إلا أن يأذن له رب المال، أو يقول له: اعمل برأيك؛

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "مطلقة [غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة والشخص]" نحو أن يقول: دفعت إليك هذا المال مضاربة، ولم يزد على ذلك. (ع)

(٣) نقداً أو نسيئةً. (ع)

(٤) ما بدا له. (ع)

(٥) قوله: "ويبضع" الإبضاع هو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر والربح كله لرب المال، فالدفع إلى الآخر من قبيل الاستعانة.

(٦) أى عقد المضاربة.

(٧) الاسترباح.

(٨) أى السفر.

(٩) بأن يسافر.

(١٠) أى كيف لا يسافر.

(١١) الواو حالية.

(١٢) أى لفظ المضاربة.

(١٣) أى على السفر.

(١٤) هذا فيما له حمل ومؤنة، بناء على قوله فى الوديعة، كذا فى "المبسوط". (ك)

(١٥) أى المضارب.

(١٦) قوله: "أن يسافر إلخ" لأن الظاهر أن صاحبه رضى به إذ الإنسان لا يستقيم بدار الغربة دائماً فى الغالب، وأعطاءه المال مضاربة فى هذه الحالة مع علمه بحاله يدل على رضاه بالسفر إلى بلده. (تبيين)

(١٧) أى ظاهر الرواية.

(١٨) أى جواز السفر.

(١٩) أى مختصر القدورى.

لأن الشيء لا يتضمن مثله[١] لتساويهما[٢] في القوة، فلا بد من التنصيص عليه[٣]، أو التفويض[٤] المطلق إليه، وكان[٥] كالتوكيل، فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكله به، إلا إذا قيل له: اعمل برأيك. بخلاف الإيداع والإبضاع؛ لأنه دونه[٦] فيتضمنه، وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن[٨] قيل له: اعمل برأيك، لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار، وليس الإقراض منه، وهو تبرع كالهبة والصدقة، فلا يحصل به الغرض[٩]، وهو الربح، لأنه لا يجوز الزيادة عليه، أما الدفع مضاربة، فمن صنيعهم[١٠]، و كذا الشركة والخلط بمال نفسه، فيدخل تحت هذا القول[١١].

قال[١٢]: وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه[١٣]، أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها؛ لأنه[١٤] توكيل، وفي التخصيص فائدة[١٥]، فيتخصص، وكذا

---

(٢٠) أي القدوري. (عيني)

(٢١) أي لا يجوز له أن يعطي المال مضاربة.

(١) قوله: "لأن الشيء لا يتضمن إلخ" هذا بخلاف المستعير والمكاتب، فإنهما يملكان الإعارة والكتابة، لأن الكلام في التصرف نيابة، ويتصرفان لحكم المالكية لا لحكم النيابة، إذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حراً يداً، والمضارب يعمل بطريق النيابة، فلا بد من التنصيص عليه، أو التفويض المطلق إليه. (ك)

(٢) الشيئين المتماثلين.

(٣) بالإذن.

(٤) بقوله: اعمل برأيك.

(٥) أمر المضاربة.

(٦) قوله: "لأنه دونه [أي دون عقد المضاربة]" أي لأن حكمهما دون حكم المضاربة، فيتضمنه، أي إذا كان كذلك، فيتضمن حكم المضاربة حكم الإيداع والإبضاع. (عيني)

(٧) المضارب.

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "فلا يحصل به [أي بالقرض. ك] إلخ" لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة بشرط أو غيره، وهذا بخلاف الإيداع، فإن المضارب يملكه وإن لم يحصل به الربح لأن في الإيداع حفظ المال، وهو من صنيع التجار. (ك)

(١٠) أي التجار.

(١١) قوله: "تحت هذا القول" أي اعمل برأيك، لأن الشركة والخلط بماله من صنيع التجار، فيملكها المضارب عند هذا القول. (ن)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "في بلد بعينه" احتراز عن سوق بعينه، فإن ذلك غير مفيد حتى جاز له أن يتجاوز السوق التي عينها، إلا إذا صرح التخصيص بطريق النهي، فقال: لا تعمل في غير هذا السوق، فحينئذ يتقيد بذلك السوق التي عينها على ما ذكره. (ن)

ليس له[(١)] أن يدفعه[(٢)] بضاعة[(٣)] إلى من يخرجها[(٤)] من تلك البلدة[(٥)]؛ لأنه[(٦)] لا يملك الإخراج بنفسه، فلا يملك تفويضه[(٧)] إلى غيره.

قال[(٨)]: فإن خرج إلى غير تلك البلدة[(٩)]، فاشترى ضمن، وكان ذلك[(١٠)] له[(١١)] وله ربحه[(١٢)]؛ لأنه تصرف بغير أمره[(١٣)]، وإن لم يشترِ حتى رده إلى الكوفة وهى[(١٤)] التى عينها[(١٥)] برىء[(١٦)] من الضمان[(١٧)]، كالمودع إذا خالف فى الوديعة، ثم ترك[(١٨)]. ورجع[(١٩)] المال مضاربة على حاله؛ لبقاءه فى يده[(٢٠)] بالعقد السابق، وكذا إذا رد بعضه[(٢١)]، واشترى ببعضه[(٢٢)] فى المصر كان المردود، والمشترى فى المصر[(٢٣)]

---

(١٤) أى عقد المضاربة.

(١٥) قوله: "فائدة" وهى صيانة ماله عن خطر الطريق، وصيانة ماله عن خيانة المضارب، حيث أمكنه المنع عنها، واختلاف الأسعار باختلاف البلدان، والمضارب ما دام فى المصر لا يستحق النفقة فى مال المضاربة. (ك)

(١) أى المضارب.

(٢) المال.

(٣) قوله: "بضاعة" البضاعة هى ما إذا كان المال من أحد، والعمل من الآخر، والربح كله لرب المال.

(٤) البضاعة.

(٥) التى عينها رب المال.

(٦) أى لأن المضارب.

(٧) الإخراج.

(٨) محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) التى عينها.

(١٠) أى الذى اشتراه.

(١١) أى للمضارب.

(١٢) الذى حصل منه.

(١٣) فكان غاصباً.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) رب المال.

(١٦) المضارب.

(١٧) وعاد المال مضاربة على حاله. (تبيين)

(١٨) المخالفة فيرجع المال وديعة.

(١٩) إنما قال: رجع بناء على أنه كان على شرف الزوال. (ع)

(٢٠) أى المضارب.

(٢١) قوله: "وكذا إذا رد إلخ" أى كذا يكون المضاربة على حالها إذا رد المضارب بعض المال إلى الموضع الذى عينه، والحال أنه قد اشترى ببعض المال فى المصر الذى عينه. (عينى)

على المضاربة(١) لما قلنا(٢).

ثم شرط(٣) الشراء(٤) ههنا وهو رواية "الجامع الصغير"، وفى كتاب المضاربة(٥) ضمنه(٦) بنفس الإخراج(٧). والصحيح أن بالشراء(٨) يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذى عينه، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج(٩)، وإنما شرط(١٠) الشرى للتقرر لا لأصل الوجوب، وهذا(١١) بخلاف ما إذا قال(١٢): على أن تشترى فى سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد، لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة(١٣)، فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهى(١٤) بأن قال: اعمل فى السوق، ولا تعمل فى غير السوق، لأنه صرح بالحجر والولاية إليه(١٥). ومعنى التخصيص(١٦) أن يقول على أن تعمل كذا(١٧)، أو فى مكان كذا، وكذا إذا قال: خذ هذا المال

---

(٢٢) قوله: "واشترى [الواو حالية] ببعضه [أى وقد كان اشترى ببعضه فى المصر الذى عينه. ك] إلخ" أى اشترى ببعضه فى المصر الذى عينه، وأخرج البعض منه ولم يشتر به، ثم رده إلى الذى عينه كان إلخ. (عناية)

(٢٣) الذى عينه. (ك)

(١) قوله: "على المضاربة" وأما إذا اشترى ببعضه فى ذلك المصر، وببعض آخر فى غيره فهو ضامن لما اشتراه فى غيره، وله ربحه، وعليه وضيعته لتحقق الخلاف فيه فى ذلك العقد والباقى على المضاربة إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنًا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقى. (ع)

(٢) إشارة إلى قوله: لبقاء فى يده بالعقد السابق. (ن)

(٣) للضمان.

(٤) بمال المضاربة.

(٥) من "المبسوط".

(٦) أى المضارب مال المضاربة.

(٧) سواء اشترى أو لا.

(٨) قوله: "أن بالشراء إلخ" حاصله أن الضمان يجب بنفس الإخراج، ولكنه على شرف الزوال، فإذا اشترى به تقرر وتأكد. (عينى)

(٩) قوله: "بنفس الإخراج" أى صار بنفس الإخراج متعديًا ضامنًا لكنه لا يتقرر إلا بالشراء فى بلد آخر، فإذا رجع قبل تقرره زال الضمان، فبقى المال على ما كان. (تبيين)

(١٠) يعنى فى "الجامع الصغير". (ع)

(١١) قوله: "وهذا" أشار بهذا إلى قوله: وإن خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه. (عينى)

(١٢) رب المال.

(١٣) لقلة التفاوت.

(١٤) قوله: "إلا إذا صرح بالنهى" لأن الدلالة لا تعارض الصريح، وهذا كوضع المائدة بين قوم يكون إذنا بالتناول، أما إذا صرح بالنهى لا يباح التناول. (كفاية)

(١٥) رب المال.

(١٦) لما قال فيما مضى: وإن خص له رب المال إلخ شرع ههنا بيان التخصيص.

(١٧) قوله: "أن يقول إلخ" هذه ألفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل. (ك)

تعمل[١] به في الكوفة، لأنه تفسير له[٢]، أو قال: فاعمل به في الكوفة، لأن الفاء للوصل[٣]، أو قال: خذه[٤] بالنصف بالكوفة، لأن الباء للإلصاق[٥].

أما إذا قال: خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله[٦] أن يعمل فيها، وفي غيرها لأن الواو للعطف[٧]، فيصير بمنزلة المشورة[٨]، ولو قال[٩]: على أن تشترى من فلان، وبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة[١٠]. بخلاف ما إذا قال: على أن تشترى بها[١١] من أهل الكوفة، أو دفع مالا في الصرف على أن تشترى به من الصيارفة[١٢]، وتبيع منهم، فباع بالكوفة من غير أهلها، أو من غير الصيارفة جاز، لأن فائدة الأول[١٣] التقييد بالمكان[١٤]، وفائدة الثاني[١٥] التقييد بالنوع[١٦]، هذا هو المراد[١٧] عرفًا[١٨]، لا فيما[١٩] وراء ذلك.

---

(١) مجزومًا أو مرفوعًا.

(٢) قوله: "لأنه [أي لأن قوله: تعمل به في الكوفة] تفسير له" الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير. (ك)

(٣) قوله: "لأن الفاء للوصل" والتعقيب، والذي يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه تفسير له. (ك)

(٤) أي خذ هذا المال.

(٥) قوله: "لأن الباء للإلصاق" فيقتضي أن يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة، وموجب كلامه العمل، وإنما يتحقق إلصاقه بالكوفة إذا عمل بها دون غيرها. (ك)

(٦) المضارب.

(٧) قوله: "لأن الواو للعطف"، والشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره، فاعتبر كلامًا مبتدأ، فيصير بمنزلة المشورة كأنه قال: إن فعلت كذا كان أنفع، فإن قيل: فلم لم يجعل واو الحال، أجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا، لأن العمل يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ. (عيني)

(٨) هو استخراج رأي على غالب ظن. (عيني)

(٩) رب المال.

(١٠) فإن الناس متفاوتون قضاء وأداء في المعاملة. (تبيين)

(١١) أي بالمضاربة وأراد بها مال المضاربة.

(١٢) صيرفي سيم سره كننده صيارفه جمع آن. (من)

(١٣) هو قوله: على أن تشترى بها من أهل الكوفة.

(١٤) قوله: "التقييد بالمكان [الكوفة]" لأنه لا فائدة في تقييده بأهل الكوفة، لأن أهل الكوفة على آراء مختلفة، وطبائع متفاوتة، كما كان عليه أهل سائر البلدان، وهم بجملتهم لا يتفقون في حسن المعاملة، فلا يفيد التخصيص بهم، وفي التخصيص بالمكان فائدة صيانة المال، فيقيد به. (ك)

(١٥) هو قوله: على أن تشترى به من الصيارفة.

(١٦) قوله: "التقييد بالنوع [أي بيع الصرف]" لأنه لما لم يخص المعاملة بشخص بعينه، بل خص من يعامل ذلك النوع في معاملاته، وهم الصيارفة علم بهذا أن مراده تخصيص بيع الصرف لا الشراء من الصيارفة. (ك)

قال[١] : وكذلك إن وقت[٢] للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه ؛ لأنه[٣] توكيل فيتوقت بما وقته[٤] ، والتوقيت مفيد ، فإنه تقييد بالزمان ، فصار كالتقييد بالنوع[٥] والمكان[٦] .

قال[٧] : وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة[٨] أو غيرها[٩] ؛ لأن العقد[١٠] وضع لتحصيل الربح[١١] ، وذلك[١٢] بالتصرف مرة بعد أخرى ، ولا يتحقق[١٣] فيه لعتقه ، ولهذا[١٤] لا يدخل فى المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض[١٥] ، كشرى الخمر والشرى بالميتة ، بخلاف البيع الفاسد[١٦] لأنه يمكنه[١٧] بيعه[١٨] بعد قبضه ، فيتحقق المقصود[١٩] .

---

(١٧) قوله: "هذا هو المراد إلخ" دليل على أن التقييد مفيد، ويتضمن الجواب عما يقال: إن ذلك عدول عن مقتضى اللفظ، فإن مقتضى اللفظ أن يكون شراءه من كوفى لا غير، ومن صيرفى لا غير، وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف. (ن)

(١٨) أى بالأول والثانى. (ك)

(١٩) قوله: "لا فيما" يعنى غير المكان فى الأول، وغير النوع فى الثانى. (نهاية)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) رب المال.

(٣) عقد المضاربة.

(٤) كالوكالة الموقتة.

(٥) نحو الطعام.

(٦) نحو الكوفة.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) مثل أبيه وابنه.

(٩) كالمحلوف بعتقه. (ك)

(١٠) أى عقد المضاربة. (ك)

(١١) قوله: "وضع لتحصيل الربح" فى هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة، فإن الوكيل بشراء عبد مطلقاً له أن يشترى من يعتق على موكله، ولم يكن مخالفاً، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرار التصرف ليس بمقصود فى الوكالة، حتى لو كان مقصود الموكل مقيداً بأن يقول: اشتر عبداً لبيعه، فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً. (عناية)

(١٢) تحصيل الربح.

(١٣) التصرف مرة بعد أخرى.

(١٤) قوله: "ولهذا" أى لكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح. (ع)

(١٥) لانتفاء التصرف فيه بتحصيل الربح. (ع)

(١٦) كما إذا اشترى عبداً وثوباً بالخمر، فإنه يدخل فى المضاربة. (ك)

(١٧) مضارب.

قال[١] : ولو فعل[٢] صار مشتريًا لنفسه دون المضاربة ؛ لأن الشراء متى وجد نفاذًا[٣] على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشرى إذا خالف[٤] .

قال[٥] : فإن كان فى المال ربح لم يجز له[٦] أن يشترى من يعتق عليه[٧] ؛ لأنه يعتق عليه[٨] نصيبه[٩] ، ويفسد نصيب رب المال[١٠] ، أو يعتق على الاختلاف المعروف[١١] ، فيمتنع التصرف، فلا يحصل المقصود[١٢] .

وإن اشتراهم[١٣] ضمن مال المضاربة[١٤] ؛ لأنه يصير مشتريًا للعبد[١٥] ، فيضمن بالنقد من مال المضاربة ، وإن لم يكن فى المال ربح جاز أن يشتريهم[١٦] ؛ لأنه لا مانع من التصرف، إذ لا شركة له[١٧] فيه[١٨] ليعتق عليه[١٩] .

فإن زادت قيمتهم بعد الشراء[٢٠] عتق نصيبه[٢١] منهم لملكه[٢٢] بعض قريبه ، ولم

---

(١٨) أى بيع المشترى بالبيع الفاسد.

(١٩) تحصيل الربح.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "ولو فعل" أى اشترى من يعتق على رب المال. (نهاية)

(٣) قوله: "متى وجد نفاذًا" احتراز عن الصبى والعبد المحجورين، فإن شراءهما يتوقف على إجازة الولى والمولى.(ب)

(٤) فالشراء له.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) المضارب.

(٧) المضارب.

(٨) المضارب.

(٩) المضارب.

(١٠) قوله: "ويفسد إلخ" لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى لا يجوز بيعه. (عينى)

(١١) قوله: "على الاختلاف المعروف" أى يفسد نصيب رب المال عند أبى حنيفة، ويعتق عندهما بناء على تجزى الإعتاق وعدمه. (كفاية)

(١٢) الربح.

(١٣) المضارب.

(١٤) ويقع الشراء له.

(١٥) لنفسه.

(١٦) المضارب.

(١٧) المضارب.

(١٨) أى فى المال.

(١٩) المضارب.

(٢٠) من مال ما كان فيه ربح.

يضمن لرب المال شيئًا، لأنه لا صنع من جهته[١] في زيادة القيمة، ولا[٢] في ملكه[٣] الزيادة[٤]، لأن هذا[٥] شيء يثبت من طريق الحكم[٦]، فصار كما إذا ورثه مع غيره[٧]، ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه[٨]، لأنه احتبست ماليته عنده، فيسعى فيه[٩]، كما في الوراثة[١٠].

قال: فإن كان[١١] مع المضارب ألف بالنصف، فاشترى بها جارية قيمتها ألف، فوطئها، فجاءت بولد يساوي ألفًا، فادعاه[١٢]، ثم بلغت قيمة الغلام ألفًا وخمسمائة[١٣]، والمدعي موسر[١٤]، فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتق[١٥]. ووجه ذلك[١٦] أن الدعوة صحيحة[١٧] في

(٢١) المضارب.

(٢٢) وفي نسخة: لتملكه أي المضارب.

(١) المضارب.

(٢) أي لا صنع.

(٣) المضارب.

(٤) هو نصيب المضارب.

(٥) أي ملكه الزيادة.

(٦) أي حكم العقد.

(٧) قوله: "كما إذا ورثه إلخ" كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجًا وأخًا عتق نصيب الزوج من ابنه، ولا يضمن لأخيها لعدم الصنع منه. (ن)

(٨) قوله: "في قيمة نصيبه منه" أي نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال، ونصيبه من الربح. (ن)

(٩) أي في نصيب الباقي.

(١٠) قوله: "كما في الوراثة" كان ورث جماعة عبدًا، فعتق أحدهم نصيبه فإنه يسعى في نصيب الباقين لاحتباس المالية. (مل)

(١١) ذكره تفريعًا وهو من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

(١٢) الولد.

(١٣) قوله: "ثم بلغت إلخ" قيد بهذا القول لأنه إذا لم تزد قيمته على ألف، فدعوة المضارب باطلة، لأنه لا يملك واحدًا من الولد والأم، لأن كلا منهما مشغول برأس المال وانتفى الحد لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح، ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلا، ويضمن العقر، وله أن يبيع الأم والولد لأنهما مال المضاربة. (عيني)

(١٤) قوله: "والمدعي [للولد وهو المضارب، والواو حالية] موسر" قيد به لأن ضمان الإعتاق إنما يكون إذا كان المعتق موسرًا، أو دعوة المضارب إعتاق في حق الولد، فينبغي أن يضمن المضارب لرب المال إذا كان موسرًا، أو مع ذلك لم يضمن لعدم الصنع منه. (كفاية)

(١٥) ولا يضمن لرب المال شيئًا. (ع)

(١٦) أي عدم تضمن الموسر مع كونه معتقًا.

(١٧) لصدورها عن أهلها في محلها. (ن)

الظاهر حملا على فراش النكاح[١]، لكنه[٢] لم ينفذ[٣] لفقد شرطه[٤] وهو الملك لعدم ظهور الربح، لأن كل واحد منهما[٥] أعنى الأم والولد مستحق[٦] برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعيانًا[٧] كل عين منها يساوى رأس المال لا يظهر الربح، كذا هذا[٨]. فإذا زادت قيمة الغلام[٩] الآن ظهر الربح، فنفذت[١٠] الدعوة السابقة، بخلاف ما إذا أعتق[١١] الولد[١٢]، ثم ازدادت القيمة[١٣]، لأن ذلك[١٤] إنشاء العتق، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك[١٥]، بحدوث الملك، أما هذا[١٦] إخبار، فجاز

(١) قوله: "حملا على فراش النكاح" بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه، فوطئها فعلقت منه حملا لأمره على الصلاح. (ن)

(٢) أى الادعاء بالولد.

(٣) فى حق العتق.

(٤) أى العتق.

(٥) قوله: "لأن كل واحد إلخ" فإن قيل: لما ذا لا يجعل الجارية رأس المال، وجميع الولد ربحًا لما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد، فيجب أن يبقى كذلك.

قلنا: أن تعينها كان لعدم المزاحم لا أنها رأس المال، لأن رأس المال دراهم، وبعد الولد تحققت المزاحمة، فذهب تعينها لرأس المال، ثم إنه لا يتعين أحدهما لرأس المال، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر للتعين لرأس المال. (ك)

(٦) قوله: "مستحق" أى فى حق رب المال، ولهذا إذا هلك أحدهما يأخذ رأس المال من الباقى، ولو كان مجموعهما مقابلا برأس المال يكون منقسمًا عليهما، فبهلاك أحدهما حينئذٍ لا يجوز أخذ رأس المال من الباقى، لأن رأس المال حينئذٍ فى حق الباقى هو حصة الباقى، فلا يظهر الربح، أى الزيادة فى مقابل رأس المال إلا فيما يزداد قيمته على رأس المال. (عظمى)

(٧) قوله: "إذا صار أعيانًا" أى أجناسًا مختلفة حقيقةً أو حكمًا، حتى لو كان أعيانًا من جنس واحد كل عين يساوى رأس المال يظهر الربح كما إذا اشترى فرسين كل واحد منهما يساوى ألفًا، ورأس المال ألف كان له ربعها حتى لو ذهب لرجل وسلمه إليه صح. أما العبد فعند أبى حنيفة أجناس مختلفة يفحش التفاوت فى المعانى الباطنة، وعندهما كذلك، إلا أن يرى القاضى الصلاح فى الجميع، أو يتراضوا على ذلك، فحينئذ يجمع. (ك)

(٨) قوله: "كذا هذا" فإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب فى الجارية ملك وبدون الملك لايثبت الاستيلاد. (ع)

(٩) على مقدار رأس المال. (ع)

(١٠) قوله: "فنفذت" لأن سببها كان موجوداً وهو فراش النكاح، إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع، وهو عدم الملك. (ع)

(١١) المضارب.

(١٢) حيث لا ينفذ إعتاقه.

(١٣) أى قيمة الولد.

(١٤) الإعتاق.

(١٥) قوله: "لا ينفذ بعد ذلك" لأن صحة الإنشاء محتمل تعتمد قيام المحلية فى الحال، وصحة الإخبار تعتمد احتمال المخبر به فى الزمان الماضى، وههنا أمكن المخبر به لاحتمال أن يكون على الفراش لصحة دعوته ظاهرا، فينفذ عند وجود الشرط. (ك)

(١٦) قوله: "أما هذا" أى أما الدعوة بالولد فإخبار، فإذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه، فإذا ملك بعد

أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره، ثم اشتراه[١]، فإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه[٢] فى بعضه[٣]، ولا يضمن لرب المال شيئًا من قيمة الولد[٤]، لأن عتقه[٥] ثبت بالنسب والملك[٦]، والملك آخرهما[٧] فيضاف إليه[٨]، ولا صنع له فيه[٩]، وهذا ضمان إعتاق، فلا بد من التعدى، ولم يوجد. وله[١٠] أن يستسعى الغلام، لأنه احتبست ماليته[١١] عنده[١٢]، وله[١٣] أن يعتق، لأن المستسعى كالمكاتب عند أبى حنيفة[١٤]، ويستسعيه[١٥] فى ألف ومائتين وخمسين، لأن الألف مستحق برأس المال، والخمسمائة ربح، والربح بينهما[١٦]، فلهذا يسعى له[١٧] فى هذا المقدار[١٨].

ثم إذا قبض رب المال[١٩] الألف له أن يضمن المدعى[٢٠] نصف قيمة الأم، لأن

ذلك نفذت دعوته فيه. (ع)

(١) فينفذ الإقرار الآن ويكون هو حرًا.

(٢) المضارب.

(٣) الولد.

(٤) قوله: "ولا يضمن [أى المضارب] إلخ" يعنى موسرًا كان أو معسرًا، لأن نفوذ العتق لمعنى حكمى لا صنع للمضارب فيه، وهو ظهور الفضل فى قيمته، وذلك يمنع وجوب الضمان عليه لشريكه. (كافى)

(٥) أى الولد.

(٦) قوله: "بالنسب والملك" فصارت العلة ذات وجهين، والملك آخرهما. (تبيين)

(٧) وجودًا.

(٨) قوله: "فيضاف [الحكم] إليه" لأن الحكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى أخرهما وجودًا. (ع)

(٩) قوله: "ولا صنع له [أى للمضارب] فيه" أى لا صنع للمضارب فى الملك، فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدى إذ لا يجب ضمان العتق إلا بالتعدى، فكان رب المال بالخيار إن شاء أعتق نصيبه من الغلام، وإن شاء استسعاه. (تبيين)

(١٠) أى لرب المال.

(١١) أى العبد.

(١٢) أى العبد.

(١٣) أى لرب المال.

(١٤) أى يقبل الإعتاق كما يقبل المكاتب. (ك)

(١٥) رب المال.

(١٦) أى بين رب المال والمضارب.

(١٧) أى لرب المال.

(١٨) فى ألف ومائتين وخمسين.

(١٩) من الولد.

الألف المأخوذ[١] لما استحق برأس المال لكونه مقدمًا[٢] في الاستيفاء ظهر أن الجارية[٣] كلها ربح، فتكون[٤] بينهما[٥]، وقد تقدمت دعوة صحيحة[٦] لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح، وتوقف نفاذها[٧] لفقد الملك، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة، وصارت الجارية أم ولد له[٨]، ويضمن نصيب رب المال؛ لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعًا[٩] كما إذا استولد جارية بالنكاح[١٠]، ثم ملكها هو وغيره وراثة[١١] يضمن نصيب شريكه[١٢]، كذا هذا، بخلاف ضمان الولد[١٣] على ما مر[١٤].

باب المضارب يضارب[١٥]

قال[١٦]: وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن[١٧] له رب المال لم

---

(٢٠) للولد، أي المضارب.

(١) من الولد.

(٢) على الربح.

(٣) قوله: "ظهر أن الجارية إلخ" وإنما لم يجعل الجارية رأس المال، وجميع الولد ربحًا، لأن ما يجب على الولد من جنس رأس المال، وأنه مقدم في الاستيفاء، فكان تعينه لرأس المال أولى، ولما صارت الجارية ربحًا فعقرها الواجب على المضارب يصير ربحًا أيضًا، فيكون بينهما. (ك)

(٤) الجارية.

(٥) أي رب المال والمضارب.

(٦) من المضارب.

(٧) الدعوة.

(٨) أي للمضارب.

(٩) قوله: "لا يستدعي صنعًا [بل يعتمد الملك وقد حصل]" لأن زمان التملك يرجع إلى المحل، فيستوي فيه التعدي وغيره كالنائم إذا انقلب على شيء فأتلفه. (ك)

(١٠) قوله: "كما إذا استولد إلخ" كالأخ تزوج جارية أخيه، فمات الأخ المولى وترك الجارية ميراثًا بين الزوج وأخ آخر، فإن الزوج يملكها من غير صنعه، فيضمن نصيب شريكه. (عيني)

(١١) أي من جهة الوراثة.

(١٢) لأنه ضمان الملك. (ك)

(١٣) قوله: "بخلاف ضمان الولد." لأنه ضمان إعتاق، فلا بد من التعدي، ولم يوجد. (ك)

(١٤) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: ولا يضمن لرب المال شيئًا من قيمة الولد إلخ. (ن)

(١٥) قوله: "يضارب" لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية، إذ الثانية تتلو الأولى أبدًا، فكذا بيان حكمها. (نت)

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) الواو حالية.

يضمن بالدفع[١]، ولا بتصرف المضارب الثانى، حتى يربح، فإذا ربح[٢] ضمن الأول لرب المال، وهذا رواية الحسن عن أبى حنيفة، وقالا: إذا عمل[٣] به ضمن[٤] ربح[٥] أو لم يربح. وهذا ظاهر الرواية، وقال زفر: يضمن بالدفع[٦] عمل[٧] أو لم يعمل، وهو رواية[٨] عن أبى يوسف، لأن المملوك له[٩] الدفع على وجه الإيداع، وهذا الدفع على وجه المضاربة[١٠].

ولهما: أن الدفع إيداع حقيقة، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل[١١]، فكان الحال مراعى[١٢] قبله[١٣]. ولأبى حنيفة: أن الدفع قبل العمل إيداع[١٤]، وبعده إبضاع، والفعلان يملكهما المضارب، فلا يضمن[١٥] بهما[١٦] إلا أنه إذا ربح[١٧] فقد ثبت له[١٨] شركة فى المال، فيضمن[١٩] كما لو خلطه[٢٠] بغيره[٢١]، وهذا[٢٢] إذا كانت

(١) أى بمجرد الدفع.

(٢) المضارب الثانى.

(٣) المضارب الثانى.

(٤) المضارب الأول.

(٥) الثانى.

(٦) أى بمجرد الدفع.

(٧) الثانى.

(٨) مرجوعة إليها، كذا فى "العناية".

(٩) أى الذى يملكه المضارب الأول.

(١٠) فصار مخالفًا، فيضمن.

(١١) من الثانى.

(١٢) قوله: "مراعى [إن عمل ضمن وإلا فلا]" مشتق من الرعاية، أى محفوظًا فى اليد وموقوفًا من غير أن يتصرف فيه بحكم. (أعظمى)

(١٣) أى قبل العمل.

(١٤) وله ولاية الإيداع.

(١٥) المضارب.

(١٦) أى بالإيداع والإبضاع.

(١٧) المضارب الثانى.

(١٨) أى الثانى.

(١٩) لاشتراكه الغير فى ربح مال رب المال.

(٢٠) قوله: "كما لو خلطه [أى رب المال]" أى كما يضمن المضارب إذا خلط مال المضاربة بمال غيره، أو شارك به. (مير جان)

(٢١) أى خلط مال المضاربة بغير مالها.

المضاربة[١] صحيحة، فإن كانت[٢] فاسدة لا يضمنه الأول وإن[٣] عمل الثانى، لأنه أجير فيه، وله أجر مثله، فلا يثبت الشركة[٤] به[٥].

ثم ذكر فى الكتاب[٦] يضمن الأول، ولم يذكر الثانى، وقيل: ينبغى أن لا يضمن الثانى عند أبى حنيفة، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع[٧]. وقيل: رب المال بالخيار إن شاء ضمّن الأول[٨]، وإن شاء ضمّن الثانى بالإجماع[٩]، وهو المشهور[١٠]، وهذا عندهما ظاهر[١١]، وكذا عنده[١٢]. ووجه الفرق له بين هذه[١٣] وبين مودع المودع أن المودع الثانى يقبضه[١٤] لمنفعة الأول[١٥]، فلا

---

(٢٢) أى وجوب الضمان على الأول.

(١) قوله: "إذا كانت المضاربة إلخ" أطلق المضاربة ولم يبين أن المراد بالمضاربة الأولى أو الثانية أو كلاهما، فالأولى والثانية إذا كانتا فاسدتين لم يضمن الأول، ولا الثانى لو هلك المال فى يده فإن الأول ما أشرك الثانى فى الربح بل الثانى أجير فيه، وله أجر مثله، والمستأجر إذا استأجر أجيراً ليعمل فى مال المضاربة، فعمل الأجير فلا ضمان على واحد منهما، وكذا لو كانت الأولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا.

وكذا إذا كان الأولى فاسدة والثانية جائزة صورة، فإن الأولى إذا كانت فاسدة فالربح كله لرب المال، فبفساد الأولى تفسد الثانية أيضاً، فلا تفيد الثانية شركة فى الربح، والضمان إنما يجب إذا ثبت للثانى شركة فى الربح. (مل)

(٢) قوله: "فإن كانت" أى المضاربة الثانية دل عليه قوله: لأنه أجير فيه، والحكم لا يختلف بين ما إذا كانت الأولى فاسدة أو الثانية أو كلتاهما. (ك)

(٣) الواو وصلية.

(٤) الموجبة للضمان.

(٥) أى بالعمل والربح.

(٦) أى مختصر القدورى.

(٧) قوله: "بناء على اختلافهم إلخ" وإذا أودع رجل وديعة، وأودع المودع عند آخر، وهلك فى يد الثانى لا يضمن الثانى عند أبى حنيفة، وعندهما رب المال بالخيار، إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثانى، كما فى المضارب الثانى عنده لا يضمن، و عندهما يخير رب المال. (ك)

(٨) قوله: "إن شاء ضمن الأول" أى ضمن المضارب الأول رأس المال، لأنه صار ضامناً مخالفاً بدفع ماله إلى غيره، لا على الوجه الذى رضى به رب المال، وإن شاء ضمن الآخر، لأنه قبض ماله بغير إذنه، وتصرف فيه. (مل)

(٩) بين أصحابنا.

(١٠) من المذهب. (ع)

(١١) لأنهما يقولان بوجوب الضمان على مودع المودع، كذا ههنا.

(١٢) قوله: "وكذا عنده" أى كذا عند أبى حنيفة، لكن يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع. (ب)

(١٣) المسألة.

(١٤) قوله: "يقبضه لمنفعة إلخ" لأن على الأول حفظ الوديعة، فإذا دفع إلى غيره يكون الثانى عاملا له بأمره فى القبض، فينتقل عمله إلى الأول، فصار كأنه حفظه بنفسه، ولو هلك فى يد الأول لا يجب الضمان، فكذا إذا هلك فى يد الثانى، أما المضارب الثانى فعامل لنفسه فى القبض، لأنه إنما يقبضه لاكتساب الربح لنفسه، فلا ينتقل عمله إلى الغير. (ك)

يكون ضامنًا، أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه، فجاز أن يكون ضامنًا، ثم إن ضمّن الأول[١] صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني، وكان الربح بينهما على ما شرطا، لأنه[٢] ظهر أنه ملكه[٣] بالضمان من حين[٤] خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضى[٥] به، فصار كما إذا دفع مال نفسه[٦].

وإن ضمّن[٧] الثاني[٨] رجع على الأول بالعقد[٩]، لأنه عامل له[١٠] كما في المودع[١١]، ولأنه[١٢] مغرور من جهته[١٣] في ضمن العقد[١٤]، وتصح المضاربة[١٥] والربح بينهما على ما شرطا، لأن قرار الضمان على[١٦] الأول، فكأنه[١٧] ضمّنه[١٨] ابتداء، ويطيب الربح للثاني، ولا يطيب[١٩] للأعلى[٢٠]، لأن الأسفل[٢١] يستحقه[٢٢]

---

(١٥) لا لنفسه.

(١) رب المال.

(٢) أي المضارب الأول.

(٣) أي مال المضاربة.

(٤) قوله: "من حين" أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل إنما يتمشى على قول زفر، لأن تحقق المخالفة بالدفع إلى الغير إنما هو قول زفر، وعند أبي يوسف ومحمد لا يتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل، وعند أبي حنيفة لا تتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح، وقد مر ذلك كله، ولا يخفى أن الأهم بالبيان والتعليل قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب، ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل في وجه يختص بقول زفر رحمه الله. (نت)

(٥) أي رب المال.

(٦) فصحت المضاربة.

(٧) رب المال.

(٨) المضارب الثاني.

(٩) أي بسبب العقد. (ك)

(١٠) قوله: "لأنه عامل له" أي لأن المضارب الثاني عامل لأجل المضارب الأول، قيل: في كلامه تناقض، لأنه قال: قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه، وههنا قال: لأنه عامل للمضارب الأول، والجواب أن الجهة مختلفة، لأن الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح، وعامل لغيره بسبب أنه في الابتداء مودع، وعمل المودع هو الحفظ للمودع، فاندفع التناقض. (ب)

(١١) قوله: "كما في المودع" أي مودع الغاصب إذا ضمن يرجع على الغاصب المودع. (ك)

(١٢) الثاني.

(١٣) أي الأول.

(١٤) قوله: "في ضمن العقد" أي العقد الذي بين الأول والثاني، فإن الثاني اعتمد والأول غر. (عيني)

(١٥) الثانية.

(١٦) خبر أن.

(١٧) رب المال.

(١٨) الأول.

(١٩) الربح.

بعمله، ولا خبث في العمل، والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان[١]، فلا يعرى عن نوع خبث[٢].

قال[٣]: وإذا دفع إليه[٤] رب المال مضاربة بالنصف، وأذن له بأن يدفعه[٥] إلى غيره فدفعه بالثلث[٦]، وقد تصرف الثاني وربح، فإن كان رب المال قال له[٧]: على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان، فلرب المال النصف، وللمضارب الثانى الثلث، وللمضارب الأول السدس. لأن الدفع[٨] إلى الثانى مضاربة قد صح لوجود الأمر به[٩] من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق، فلم يبقَ للأول[١٠] إلا النصف، فينصرف تصرفه إلى نصيبه[١١]، وقد جعل من ذلك[١٢] بقدر ثلث الجميع للثاني، فيكون[١٣] له[١٤]، فلم يبقَ إلا السدس، ويطيب لهما[١٥] ذلك، لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم، فاستأجر غيره عليه[١٦] بنصف درهم. وإن كان[١٧] قال له[١٨]: على أن ما رزقك[١٩] الله فهو بيننا نصفان،

(٢٠) أى المضارب الأول.

(٢١) أى المضارب الثانى.

(٢٢) الربح.

(١) قوله: "يستحقه بملكه إلخ" لأنه يستحقه برأس المال، والملك فى رأس المال حصل بأداء الضمان مستنداً.(ب)

(٢) قوله: "فلا يعرى عن نوع خبث" لأنه ثابت من وجه دون وجه، فمن حيث إنه لا ملك له تمكن الخبث فيه، فيكون سبيله التصدق. (كفاية)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) المضارب.

(٥) أى مضاربة.

(٦) أى بإقرار ثلث للثانى.

(٧) أى للأول.

(٨) قوله: "لأن الدفع" أى دفع المضارب الأول المال إلى المضارب الثانى.

(٩) بدفع.

(١٠) أى للمضارب الأول.

(١١) أى النصف.

(١٢) أى من نصيبه.

(١٣) الثلث.

(١٤) أى للثانى.

(١٥) قوله: "يطيب لهما" أى للمضارب الأول والمضارب الثانى، يعنى وإن لم يعمل المضارب الأول بالتصرف فى المال، فيطيب له السدس، لأنه باشر العقدين وإن لم يعمل بنفسه شيئًا. (نهاية)

(١٦) أى على عمل الخياطة.

(١٧) رب المال.

(١٨) أى للمضارب الأول.

فللمضارب الثانى الثلث، والباقى بين المضارب الأول، ورب المال نصفان ؛ لأنه[١] فوض إليه[٢] التصرف، وجعل لنفسه نصف ما رُزِق الأول، وقد رُزِق[٣] الثلثين، فيكون[٤] بينهما[٥] بخلاف الأول، لأنه[٦] جعل لنفسه نصف جميع الربح، فافترقا[٧]. ولو كان[٨] قال له[٩]: فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد[١٠] دفع[١١] إلى غيره بالنصف، فللثانى النصف، والباقى بين الأول ورب المال ؛ لأن الأول شرط للثانى نصف الربح، وذلك[١٢] مفوض إليه[١٣] من جهة رب المال، فيستحقه[١٤]، وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول، ولم يربح[١٥] إلا النصف، فيكون[١٦] بينهما[١٧]. ولو كان[١٨] قال له: على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه، أو قال له: فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد[١٩] دفع[٢٠] إلى آخر مضاربة بالنصف، فلرب المال النصف، وللمضارب الثانى النصف، ولا شيء للمضارب الأول ؛ لأنه[٢١] جعل لنفسه نصف مطلق الفضل، فينصرف شرط الأول

(١٩) بكاف الخطاب.
(١) رب المال.
(٢) أى إلى المضارب الأول.
(٣) الأول.
(٤) الثلثان.
(٥) قوله: "بينهما" أى بين رب المال والمضارب الأول.
(٦) رب المال.
(٧) أى الحكمان.
(٨) رب المال، هذه من مسائل "الجامع". (عينى)
(٩) أى للمضارب الأول.
(١٠) الواو حالية.
(١١) أى الأول.
(١٢) الإشراط.
(١٣) أى الأول.
(١٤) أى الثانى النصفَ.
(١٥) الأول.
(١٦) النصف.
(١٧) أى بين الأول ورب المال.
(١٨) رب المال.
(١٩) الواو حالية.
(٢٠) الأول.

النصف للثانى إلى جميع نصيبه، فيكون[١] للثانى بالشرط ويخرج الأول بغير شىء[٢]، كمن استؤجر ليخيط ثوبًا بدرهم، فاستأجر غيره ليخيطه بمثله[٣].

وإن شرط للمضارب الثاني[٤] ثلثي الربح، فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف، ويضمن المضارب الأول للثانى سدس الربح فى ماله؛ لأنه شرط للثانى شيئًا هو مستحق لرب المال، فلم ينفذ[٥] فى حقه[٦]؛ لما فيه من الإبطال[٧] لكن التسمية فى نفسها صحيحة لكون المسمى معلومًا فى عقد يملكه، وقد ضمن له[٨] السلامة، فيلزمه الوفاء به[٩]، ولأنه غرّه[١٠] فى ضمن العقد[١١]، وهو سبب الرجوع[١٢]، فلهذا يرجع[١٣] عليه، وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم[١٤] فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف.

فصل[١٥]

قال: وإذا شرط[١٦] المضارب[١٧] لرب المال ثلث الربح، ولعبد رب المال[١٨] ثلث

---

(٢١) رب المال.

(١) النصف.

(٢) لأنه جعل ما كان له للثانى.

(٣) أى بدرهم.

(٤) وقد قال رب المال: إن لى نصف الربح.

(٥) شرطه.

(٦) رب المال.

(٧) أى إبطال حق رب المال.

(٨) أى للثانى.

(٩) أى بما ضمنه.

(١٠) أى الثانى.

(١١) حيث شرط ثلثى الربح.

(١٢) قوله: "وهو [أى الغرور فى ضمن العقد] سبب الرجوع" وإنما قيد بالغرور فى ضمن العقد، لأن الغرور لو لم يكن فى ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لآخر: هذا الطريق آمن، وهو ليس بآمن، فدخل فيه فيقطع الطريق عليه قاطع الطريق، وأخذ ماله، فلا ضمان عليه. (ك)

(١٣) أى الثانى.

(١٤) فإنه يقوم بالنصف من عنده، لأنه غره بالتسمية.

(١٥) قوله: "فصل" لما كان للمضاربة بعد إدخال عبد المضارب، أو رب المال حكم غير ما ذكر، أورد فى فصل على حدة. (ع)

(١٦) قوله: "وإذا شرط إلخ" هذه المسألة تجانس الأولى من حيث اشتراط المضارب فى الربح، وتخالفها من حيث إدخال عبد رب المال فى استحقاق الربح، فلهذا فصلها بفصل. (نهاية)

الربح[١] على أن يعمل[٢] معه، ولنفسه ثلث الربح، فهو جائز[٣]؛ لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان[٤] مأذونًا له، واشتراط العمل[٥] إذن له[٦]، ولهذا[٧] لا يكون[٨] للمولى ولاية أخذ[٩] ما أودعه العبد وإن[١٠] كان[١١] محجوراً عليه[١٢]، ولهذا[١٣] يجوز[١٤] بيع المولى من عبده المأذون[١٥].

وإذا كان كذلك[١٦] لم يكن[١٧] مانعًا من التسليم[١٨] والتخلية بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال، لأنه مانع من التسليم على ما مر[١٩]، وإذا صحت المضاربة يكون الثلث[٢٠] للمضارب بالشرط، والثلثان للمولى،

---

(١٧) هذه من مسائل "الجامع الصغير".

(١٨) قوله: "ولعبد رب المال إلخ" التقييد لعبد رب المال مع أن الحكم فى عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد للمولى فيمتنع التخلية، فقال: هو جائز، أى سواء كان على العبد دين أو لم يكن، لأن عبد رب المال فى حق المضاربة كعبد أجنبى آخر، ولا يمنع التخلية، لأن للعبد يداً معتبرة. (ك)

(١) للشرط.

(٢) العبد.

(٣) سواء كان على العبد دين أو لم يكن. (ع)

(٤) العبد.

(٥) قوله: "واشتراط العمل إلخ" فيتحقق خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمله، فيصح. (عينى)

(٦) أى للعبد.

(٧) أى لكون يده معتبرة.

(٨) أى إذا كان العبد غائبًا. (ك)

(٩) من المودع.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) أى العبد.

(١٢) أى عند الإيداع. (ك)

(١٣) أى لكون يده معتبرة خصوصاً إذا كان مأذونًا. (ع)

(١٤) إذا كان العبد مديونًا على ما يجىء فى كتاب المديون. (نهاية)

(١٥) قوله: "يجوز بيع إلخ" عند أبى حنيفة، فلأن المولى أجنبى عن كسبه إذا كان عليه دين، وأما عندهما فلأن جواز البيع يعتمد الفائدة، وقد وجدت. (عينى)

(١٦) قوله: "وإذا كان كذلك" أى إذا كان الحكم ما ذكرنا من كون يد العبد معتبرة، وجواز بيع المولى منه إذا كان مأذونًا له مديونًا لم يكن أى اشتراط ثلث الربح لعبد رب المال مع اشتراط العمل عليه. (عينى)

(١٧) هذا الاشتراط.

(١٨) فإن إثبات يد العبد ليس إثبات يد المولى.

(١٩) من قوله: "وشرط العمل على رب المال مفسد إلخ.

(٢٠) أى ثلث الربح.

لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه[١] دين، وإن كان عليه دين فهو للغرماء[٢]، هذا[٣] إذا كان العاقد هو المولي. ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبى، وشرط العمل علي المولي لا يصح إن لم يكن عليه دين، لأن هذا اشتراط العمل على المالك[٤]، وإن كان على العبد[٥] دين صح[٦] عند أبى حنيفة[٧]؛ لأن المولى بمنزلة الأجنبى عنده على ما عرف[٨].

فصل في العزل والقسمة[٩]

قال[١٠] وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة؛ لأنه توكيل على ما تقدم[١١]، وموت الموكل يبطل الوكالة[١٢]، وكذا[١٣] موت الوكيل، ولا تورث الوكالة[١٤]، وقد مر من قبل[١٥].

وإن ارتد رب المال عن الإسلام -والعياذ بالله- ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة[١٦]؛ لأن اللحوق[١٧] بمنزلة الموت، ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته[١٨]،

---

(١) أى العبد.

(٢) لأن المولى لا يملك أكساب العبد المديون.

(٣) أى الحكم المذكور.

(٤) وهو يفسد.

(٥) المأذون.

(٦) أى اشتراط العمل على المولى.

(٧) وعندهما لا يصح.

(٨) فى كتاب المأذون.

(٩) قوله: "فصل فى العزل والقسمة" أى فى عزل المضارب، وقسمة الربح، ولما فرغ عن بيان حكم المضاربة والربح، ذكر فى هذا الفصل الحكم الذى يوجد بعد هذا، لأن عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة، وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح. (نت)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) من قوله فى أول كتاب المضاربة: وهو توكيل.

(١٢) قوله: "يبطل الوكالة" لأن الوكالة عقد جائز غير لازم، فكان لبقاءه حكم الابتداء، فيشترط قيام الآمر كل ساعة. (عينى)

(١٣) أى يبطل لقيام الوكالة فيه.

(١٤) لأنها غير لازمة.

(١٥) قوله: "وقد مر" أى حكم بطلان الوكالة بموتهما، أو بموت أحدهما من قبل، أى فى باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة. (مل)

(١٦) قوله: "بطلت المضاربة" هذا إذا لم يعد مسلماً، أما إذا رجع المرتد مسلماً وهو رب المال جاز جميع ما فعل من البيع والشراء، وكان عقدهما المضاربة على ما شرطا، أما إذا لم يتصل قضاء القاضى بلحاقه، فلأن هذا بمنزلة الغيبة،

وقبل لحوقه[١] يتوقف تصرف مضاربه[٢] عند أبي حنيفة، لأنه يتصرف له، فصار[٣] كتصرفه بنفسه[٤].

ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها[٥]؛ لأن له[٦] عبارة صحيحة[٧]، ولا توقف في ملك رب المال، فبقيت المضاربة.

قال[٨]: فإن عزل رب المال المضارب، ولم يعلم بعزله، حتى اشترى، وباع، فتصرفه جائز؛ لأنه وكيل من جهته، وعزل الوكيل قصداً[٩] يتوقف على علمه[١٠]، وإن علم بعزله والمال[١١] عروض فله أن يبيعها، ولا يمنعه[١٢] العزل من ذلك[١٣]؛ لأن حقه قد ثبت في الربح، وإنما يظهر[١٤] بالقسمة، وهي[١٥] تبتني على رأس المال[١٦]،

فلا يوجب العزل، ولا بطلان الأهلية. وأما بعد اللحاق والقضاء به فالوكيل ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل، وأما ههنا لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة، كذا في "المبسوط". (ك)

(١٧) بدار الحرب.

(١٨) ويعتق مدبروه وأمهات أولاده، كما في الموت الحقيقي.

(١) بدار الحرب.

(٢) أي مضارب رب المال الذي ارتد.

(٣) أي تصرف المضارب.

(٤) قوله: "كتصرفه بنفسه" فلو تصرف رب المال في هذه الصورة لكان تصرفه موقوفاً عند أبي حنيفة لارتداده، فكذا تصرف نائبه وهو المضارب. (عيني)

(٥) قوله: "فالمضاربة على حالها" أي في قولهم جميعاً، حتى لو اشترى وباع وربح ووضع، ثم قتل على ردته، أو مات، أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز، والربح بينهما على ما شرطا، لأن توقف تصرفاته عند أبي حنيفة لتعلق حق ورثته بماله، أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه، وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة، لأنه نائب فيه عن رب المال، أو هو متصرف في منافع نفسه، ولا حق لورثته في ذلك، فلهذا نفذ تصرفه. (ك)

(٦) أي للمرتد.

(٧) قوله: "لأن له عبارة صحيحة [لكونه عاقلا بالغًا]" لأن صحة عبارته لآدميته، ولا نقصان فيها بعد الردة، لأنه يتكلم عن عقل، وتمييز كما قبل الردة، ولهذا لو أسلم صح إسلامه. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) احتراز عما إذا وكل رجلا بالبيع، ثم باع الموكل فالوكيل بنفسه ينعزل.

(١٠) الوكيل.

(١١) الواو حالية.

(١٢) قوله: "ولا يمنعه" ثم لما لم يمنعه عزل رب المال عن بيعها ملك بيعها نقداً أو نسيئةً حتى لو نهاه رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه، وكذلك لا يمنع عن المسافرة في الروايات المشهورة. (ك)

(١٣) البيع.

(١٤) أي حقه في الربح.

(١٥) أي القسمة.

وإنما ينض[١] بالبيع.

قال[٢]: ثم لا يجوز أن يشترى[٣] بثمنها[٤] شيئًا آخر؛ لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال[٥]، وقد اندفعت[٦] حيث صار[٧] نقدًا[٨]، فيعمل العزل.

وإن عزله، ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضّت لم يجز له أن يتصرف فيها؛ لأنه ليس فى إعمال عزله إبطال حقه فى الربح، فلا ضرورة[٩].

قال رضى الله عنه[١٠]: وهذا الذى ذكره[١١] إذا كان[١٢] من جنس رأس المال[١٣]، فإن لم يكن[١٤] بأن كان دراهم ورأس المال دنا نير أو على القلب[١٥] له أن يبيعها بجنس رأس المال[١٦] استحسانًا[١٧]، لأن الربح لا يظهر إلا به[١٨]، وصار[١٩]

(١٦) أى على تمييز رأس المال.

(١) قوله: "وإنما ينض أى رأس المال [أى يتيسر ويحصل] إلخ" نضيض الماء خروجه من الحجر، أو نحوه، وسيلانه قليلا قليلا من حد ضرب، ومنه خذ ما نض لك من دينك، أى تيسر وحصل، وفى الحديث يقتسمان ما نض بينهما من العين، أى صارت ورقًا وعينًا بعد أن كان متاعًا، والنض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير. (نهاية)

قوله: "ينض" نض نقد گرديدن درم ودينار، يقال: خذ ما نض لك من دينك، يعنى بگير نقد شده را، ويقال: ما نض بيدى منه شيء. (من)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) المضارب المعزول.

(٤) العروض التى بقيت.

(٥) لأجل القسمة.

(٦) الضرورة.

(٧) رأس المال.

(٨) أى دراهم ودنانير.

(٩) فى ترك الأعمال. (ف)

(١٠) أي المصنف.

(١١) القدورى.

(١٢) المال الذى نض.

(١٣) بأن كان كل منهما دراهم ودنانير.

(١٤) المال الذى نض من جنس رأس المال.

(١٥) بأن كان دنانير ورأس المال دراهم.

(١٦) أى لا بالعروض. (ك)

(١٧) قوله: "استحسانًا" والقياس أن لا يجوز تصرفه، لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية، فصار كأن رأس المال قد نض، وجه الاستحسان: أن الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال، وذا لا يمكن إلا ن يبيع ما فى يده بجنس رأس المال، فصار كالعروض. (ك)

(١٨) قوله: "إلا به" أى بأن يبيعها بجنس رأس المال، لأن الواجب عليه رد مثل رأس المال. (مل)

كالعروض، وعلى هذا[١] موت رب المال[٢] في بيع العروض، ونحوها[٣].

قال[٤]: وإذا افترقا[٥] وفى المال ديون[٦] وقد[٧] ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء[٨] الديون[٩]؛ لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له[١٠]، وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء[١١]؛ لأنه وكيل محض، والمتبرع لا يجبر[١٢] على إيفاء ما تبرع به. ويقال له: وكل رب المال فى الاقتضاء؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، فلا بد من توكيله، وتوكله[١٣] كيلا يضيع حقه، قال[١٤] فى "الجامع الصغير" يقال له: أحل[١٥] مكان قوله: وكل، والمراد منه الوكالة[١٦]، وعلى هذا سائر الوكالات[١٧] والبياع[١٨] والسمسار[١٩] يجبران على التقاضى لأنهما يعملان بأجرة

---

(١٩) فى حكم جواز البيع بعد العزل.

(١) قوله: "وعلى هذا" إشارة إلى قوله: لا يمنع العزل من ذلك، يعنى لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمى إذا كان المال عروضا، بل يبيعها بعد العزل، كما لا ينعزل بالعزل القصدى فى تلك الصورة، لأن عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم إبطال حق المضارب، ولا تفاوت فى ذلك بين ذينك العزلين. (نتائج)

(٢) قوله: "موت رب المال إلخ" بأن كان المال عروضًا، ومات رب المال، فلا ينعزل المضارب، بل يبيعها، وينض رأس المال، وكذا فى لحوق رب المال بدار الحرب مرتدًا، لأنه موت حكمًا. (عينى)

(٣) قوله: "ونحوها" أى نحو العروض فى حق البيع، بأن كان رأس المال دراهم والنقد دنانير، أو على القلب. (ك)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "وإذا افترقا" أى إذا افترق رب المال والمضارب، والمراد من الافتراق فسخهما عقد المضاربة. (عينى)

(٦) على الناس.

(٧) الواو حالية.

(٨) الطلب.

(٩) التى على الناس.

(١٠) قوله: "كالأجر له" لأنه استحق الربح بأن عمله، وقد سلم له بدل عمله، وهو الربح، فيجبر على إتمام عمله، ومن إتمامه استيفاء ما وجب من الديون على الناس. (عينى)

(١١) أى طلب الديون التى على الناس.

(١٢) قوله: "لا يجبر إلخ" لا يقال: إنه قد وجب رد رأس المال عليه على الصفة التى أخذ، فينبغى أن يجبر على الاقتضاء حتى يكون الرد بمثل ما أخذ، قلنا: الواجب رفع يده لا التسليم كالمودع، فإذا أحال به، أى وكله فقد أزال يده عنه. (ك)

(١٣) أى قبوله الوكالة. (ك)

(١٤) أى محمد. (عينى)

(١٥) أمر من الإحالة.

(١٦) قوله: "والمراد منه [أى من قوله: أحل] إلخ" فكان فى الكلام استعارة، ومجوزها اشتمالها على النقل، وإنما فسره بذلك، لأن أحل ربما يوهم أن رأس المال دين فى ذمة المضارب، وليس كذلك. (ع)

(١٧) قوله: "سائر الوكالات" أراد به كل وكيل بالبيع إذا امتنع من التقاضى لا يجبر عليه، ولكن يجبر على أن يحيل رب المال بالثمن على المشترى. (عينى)

عادة. قال[١]: وما هلك من مال المضاربة، فهو من الربح دون رأس المال؛ لأن الربح تابع[٢]، وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى، كما يصرف الهلاك إلى العفو[٣] في الزكاة. فإن زاد[٤] الهالك على الربح، فلا ضمان على المضارب، لأنه أمين[٥].

وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها[٦]، ثم هلك المال بعضه، أو كله ترادا[٧] الربح[٨] حتى يستوفي رب المال رأس المال؛ لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال[٩]، لأنه[١٠] هو الأصل، وهذا[١١] بناء[١٢] عليه، وتبع له[١٣] فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه[١٤] من رأس المال فيضمن المضارب

(١٨) قوله: "والبياع [كشداد دلال خريد وفروخت. من] إلخ" قال في "مجمع الأنهر:" البياع من باع من الناس بأجر، والسمسار بالكسر المتوسط بين البائع والمشري يبيع ويشتري للناس بأجر من غير أن يستأجر، وكذا في "رد المحتار"، وقال في "رد المحتار" في موضع آخر: لا فرق لغة بين السمسار والدلال.
وقد فسرهما في القاموس بالمتوسط بين البائع والمشتري، وفرق بينهما الفقهاء، فالسمسار هو الدال على مكان السلعة، وصاحبها، والدلال هو المصاحب للسلعة غالباً، أفاده سري الدين عن بعض المتأخرين، انتهى.
وقال في "المغرب": السمسار -بكسر الأول- المتوسط بين البائع والمشتري، فارسية معربة عن الليث، والجمع سماسرة، وفي الحديث كنا ندعى السماسرة فسمانا النبي عليه السلام التجار، ومصدرها السمسرة، وهي أن يتوكل الرجل من الحاضر للبادية، فيبيع لهم ما يجلبونه، قال الأزهري: وقيل في تفسير قوله عليه السلام: لا يبيع حاضر لباد أنه لا يكون سمساراً. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(١٩) بالكسر ميانجي ميان بائع ومشتري. (من)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) لأنه لا يتصور بدون رأس المال وهو متصور بدونه، فكان أصلا. (عيني)

(٣) قوله: "كما يصرف الهلاك إلى العفو" وهو ما فوق النصاب، فإن لم يجاوز الهالك العفو فالواجب على حاله، كما إذا كان له تسع من الإبل، وحال عليه الحول يكون الواجب فيها شاة، ويكون هو الواجب في خمس من التسع، حتى لو هلك الأربع لا يسقط شيء من الشاة. (مجمع الأنهر)

(٤) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(٥) فلا يكون ضميناً.

(٦) يعني لم يفسخاها.

(٧) رب المال والمضارب.

(٨) لأن القسمة تفيد ملكًا موقوفًا. (ع)

(٩) قوله: "لا تصح إلخ" لأن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال. (كفاية)

(١٠) رأس المال.

(١١) أي الربح.

(١٢) أي مبني.

(١٣) قوله: "وتبع له" لتصور رأس المال بدونه، وعدم تصوره بدون رأس المال. (كفاية)

(١٤) رب المال والمضارب.

ما استوفاه، لأنه أخذه لنفسه[١]، وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله. وإذا استوفي[٢] رأس المال فإن فضل شيء كان[٣] بينهما[٤]، لأنه ربح[٥]، وإن نقص[٦] فلا ضمان على المضارب لما بينا[٧]، فلو اقتسما الربح، وفسخا المضاربة، ثم عقداها[٨] فهلك المال لم يترادا الربح الأول، لأن المضاربة الأولى قد انتهت[٩] والثانى عقد جديد، فهلاك المال فى الثانى[١٠] لا يوجب انتقاض الأول[١١] كما إذا دفع[١٢] إليه مالا آخر.

فصل فيما يفعله المضارب[١٣]

قال[١٤]: ويجوز للمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة؛ لأن كل ذلك[١٥] من صنيع التجار، فينتظمه إطلاق العقد[١٦]، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه[١٧]؛ لأن له الأمر[١٨] العام المعروف بين الناس[١٩]، ولهذا كان له أن يشترى دابة

---

(١) ولم يكن له ذلك حتى يصل رأس المال إلى رب المال.

(٢) رب المال.

(٣) الفاضل بعد الاستيفاء.

(٤) أى بين رب المال والمضارب.

(٥) أى فاضل، وقضية الربح أن يكون مشتركًا بينهما.

(٦) شيء من رأس المال.

(٧) أشار إلى قوله: لأنه أمين. (عينى)

(٨) ثانيًا.

(٩) بقسمة الربح، وفسخ المضاربة.

(١٠) أى العقد الثانى.

(١١) أى الاقتسام الأول.

(١٢) قوله: "كما إذا دفع" أى رب المال إليه، أى إلى المضارب مالا آخر، أى للمضاربة غير المال الأول، فإنه لا يوجب انتقاض الاقتسام الأول. (عينى)

(١٣) قوله: "فصل إلخ" ذكر فى هذا الفصل ما لم يذكره فى أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة للإفادة، وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة. (نهاية)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) أى البيع بالنقد أو النسيئة.

(١٦) هو كونه غير مقيد بالنقد.

(١٧) قوله: "إلى أجل لا يبيع التجار إليه" قال فى "النهاية": بأن باع إلى عشر سنين لخروجه حينئذٍ من صنيع التجار. (عناية)

(١٨) المعتاد.

(١٩) أى لكون المدار على العرف.

للركوب، وليس له[١] أن يشترى سفينة للركوب[٢]، وله أن يستكريها[٣] اعتباراً لعادة التجار، وله أن يأذن لعبد المضاربة فى التجارة فى الرواية المشهورة[٤]؛ لأنه من صنيع التجار. ولو باع بالنقد، ثم أخّر[٥] الثمن جاز بالإجماع أما عندهما[٦] فلأن الوكيل[٧] يملك ذلك[٨]، فالمضارب أولى[٩]، إلا[١٠] أن المضارب لا يضمن[١١]؛ لأن له أن يقايل، ثم يبيع نسيئة[١٢]، ولا كذلك الوكيل[١٣]، لأنه لا يملك ذلك[١٤]، وأما عند أبى يوسف فلأنه يملك الإقالة، ثم البيع بالنسأ[١٥]، بخلاف الوكيل، لأنه لا يملك الإقالة[١٦]. ولو احتال بالثمن[١٧] على الأيسر، أو الأعسر جاز؛ لأن الحوالة من عادة التجار، بخلاف الوصى يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر[١٨]، لأن تصرفه مقيد بشرط النظر[١٩].

---

(١) لعدم جريان العادة فيه.

(٢) قوله: "سفينة للركوب" قيد بقوله: للركوب لأن له شراء السفينة للبيع إذا لم يخص له رب المال التجارة فى شىء بعينه. (ك)

(٣) قوله: "وله أن يستكريها [لحمل البضائع]" أى السفينة والدواب مطلقًا اعتباراً لعادة التجار، فإنه إذا اشترى طعاماً لا يجد بدًّا من ذلك فهو من توابع التجار فى الطعام. (عناية)

(٤) قوله: "فى الرواية المشهورة" احترز به عن رواية ابن رستم عن محمد أنه لا يملك ذلك بإطلاق العقد، لأنه بمنزلة الدفع مضاربة، والفرق أن المضارب شريك فى الربح، والمأذون لا يصير شريكًا فيه. (عينى)

(٥) من المشترى.

(٦) الطرفين.

(٧) بالبيع.

(٨) أى تأخير الثمن عن المشترى.

(٩) قوله: "فالمضارب أولى [لأنه شريك فى الربح]" لأن ولاية المضارب أعم لأنه شريك فى الربح، أو بعرضه أن يصير شريكًا. (ك)

(١٠) فيه إشارة إلى أن الوكيل يضمن. (ك)

(١١) رب المال إذا أخر الثمن.

(١٢) بعد الإقالة.

(١٣) بالبيع.

(١٤) أى الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها.

(١٥) نسأ: تأخير كردن وزبان بادن. (من)

(١٦) قوله: "لأنه لا يملك الإقالة [فكذا لا يملك تأجيله فى الثمن]" أى البيع بالنسأ بعد الإقالة ولا يملك الإقالة أيضًا عند أبى يوسف، فلم يمكن أن يجعل تأجيله الثمن بمنزلة الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها. (كفاية)

(١٧) قوله: "ولو احتال بالثمن" أى لو قبل المضارب الحوالة على الأعسر من المشترى جاز. (نهاية)

(١٨) أى الأنفع فى حق الصغير.

والأصل[(١)] أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع، نوع يملكه بمطلق المضاربة[(٢)]، وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها[(٣)]، وهو ما ذكرنا[(٤)].

ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والارتهان والرهن، لأنه إيفاء واستيفاء[(٥)]، والإجارة والاستئجار، والإيداع، والإبضاع، والمسافرة على ما ذكرناه من قبل[(٦)]. ونوع لا يملكه بمطلق العقد، ويملكه إذا قيل له: اعمل برأيك، وهو[(٧)] ما يحتمل أن يلحق به[(٨)]، فيلحق عند وجود الدلالة[(٩)]، وذلك[(١٠)] مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره، وخلط مال المضاربة بماله، أو بمال غيره؛ لأن رب المال[(١١)] رضى بشركته، لا بشركة غيره، وهو[(١٢)] أمر عارض[(١٣)] لا يتوقف عليه التجارة[(١٤)]، فلا يدخل تحت مطلق العقد، ولكنه[(١٥)] جهة[(١٦)] فى التثمير[(١٧)]، فمن هذ الوجه يوافقه[(١٨)]، فيدخل فيه عند وجود الدلالة، وقوله: اعمل برأيك دلالة على ذلك[(١٩)]. ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد، ولا بقوله: اعمل برأيك إلا أن ينص عليه

---

(١٩) ولا نظر فى قبول الحوالة على الأعسر.

(١) فيما يجوز للمضارب أن يفعله، وما لا يجوز.

(٢) أى من غير أن يقول رب المال: اعمل برأيك.

(٣) أى الإيداع والإبضاع.

(٤) قوله: "وهو ما ذكرنا" من البيع بالنقد والنسيئة والإذن لعبد المضاربة، وتأخير الثمن والاحتيال به.(ب)

(٥) لف ونشر غير مرتب.

(٦) بقوله: وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز إلخ.

(٧) أى هذا النوع.

(٨) أى بالنوع الأول.

(٩) هو قوله: اعمل برأيك.

(١٠) إشارة إلى المحتمل.

(١١) هذا الدليل قاصر فإنه لا يجرى فى صورة خلط مال المضاربة بماله، فافهم.

(١٢) قوله: "وهو" أى دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره، أو خلط مالها بماله، أو بمال غيره. (مل)

(١٣) أى زائد.

(١٤) لعدم العرف بذلك بينهم.

(١٥) أى ما ذكر.

(١٦) أى طريق.

(١٧) أى زيادة المال.

(١٨) أى عقد المضاربة.

(١٩) أى على دخول ما ذكر فى العقد.

رب المال، وهو الاستدانة[١]، وهو أن يشترى[٢] بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة، وما أشبه ذلك[٣]، لأنه يصير المال[٤] زائدًا على ما انعقد عليه المضاربة، فلا يرضى[٥] به[٦]، ولا يشغل ذمته بالدين.

ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما[٧] نصفين، بمنزلة شركة الوجوه[٨]، وأخذ السفاتج[٩]، لأنه نوع من الاستدانة، وكذا إعطاءها[١٠]، لأنه إقراض، والعتق بمال وبغير مال، والكتابة، لأنه ليس بتجارة، والإقراض والهبة والصدقة، لأنه تبرع محض.

قال[١١]: ولا يزوج عبدًا ولا أمة من مال المضاربة، وعن أبى يوسف أنه يزوج الأمة، لأنه من باب الاكتساب، ألا ترى أنه[١٢] يستفيد به[١٣] المهر، وسقوط النفقة[١٤]. ولهما أنه[١٥] ليس بتجارة والعقد[١٦] لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة،

(١) قوله: "وهو الاستدانة" فإن الاستدانة تصرف بغير رأس المال، والتوكيل مقيد برأس المال، فلا يملكها المضارب إلا بالتنصيص عليه، وعند التنصيص عليه يعتبر هذا التصرف بنفسه، فيصير بمنزلة شركة الوجوه، ولا يكون مضاربة، إذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال، فيكون المشترى بينهما نصفين، والدين عليهما نصفين، ولا يتغير موجب المضاربة لأن هذه شركة وجوه ضمت إلى المضاربة، فلم يتغير موجب المضاربة، وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما اشترطا. (ك)

(٢) شيئًا بالدين.

(٣) قوله: "وما أشبه ذلك" أى من أنواع الاستدانة كما إذا اشترى سلعة بأكثر من مال المضاربة، وهو الألف مثلا، كانت حصة الألف للمضاربة، وما زاد فللمضارب ربحه، وعليه وضيعته، والمال دين عليه، لأن الاستدانة نفذت عليه خاصة. (ك)

قوله: "وأشبه ذلك" بأن كان رأس المال ألف درهم فليس له أن يشترى بالمكيل والموزون، لأنه اشترى بغير رأس المال، فكان هذا استدانة، فلا ينفذ على المضاربة. (عينى)

(٤) أى مال المضاربة.

(٥) رب المال.

(٦) أى بالزائد.

(٧) أى بين رب المال والمضارب.

(٨) قوله: "شركة الوجوه [وليس بمضاربة]" هى أن يشتركا بلا مال ليشتريا لوجوههما ويبيعا، وما ربحاه يكون بينهما. (شرح نقاية از على قارى)

(٩) قوله: "وأخذ السفاتج" فى القاموس السفتجة أن تعطى مالا لأحد، وللآخذ مال فى بلد المعطى، فيوفيه إياه ثمة، فتستفيد أمن الطريق، وقد مر تحقيق السفتجة فى آخر كتاب الحوالة. (مل)

(١٠) السفاتج.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى أن المضارب.

(١٣) أى بتزوجها.

وصار[١] كالكتابة، والإعتاق على مال[٢] لأنه اكتساب[٣]، ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة، فكذا هذا[٤].

قال[٥]: فإن دفع شيئًا[٦] من مال[٧] المضاربة إلى رب المال بضاعة[٨]، فاشترى رب المال، وباع فهو على المضاربة[٩].

وقال زفر: تفسد المضاربة، لأن رب المال متصرف في مال نفسه، فلا يصلح وكيلا[١٠] فيه، فيصير مستردا[١١]، ولهذا لا يصح[١٢] إذا شرط العمل عليه ابتداء.

ولنا: أن التخلية[١٣] فيه قد تمت، وصار التصرف حقًا للمضارب، فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف[١٤]، والإبضاع[١٥] توكيل منه[١٦]، فلا يكون[١٧]

---

(١٤) عن المضارب.

(١٥) تزويج الأمة.

(١٦) أي عقد التجارة.

(١) تزويج الأمة.

(٢) أي كل واحد من الكتابة والإعتاق على مال.

(٣) يحصل فيه المال.

(٤) تزويج الأمة.

(٥) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٦) قوله: "فإن دفع [المضارب] إلخ" صورته أنه دفع على آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فدفع المضارب بعضها إلى رب المال بضاعة، فباع رب المال بها، واشترى فهي على حالها. (عيني)

(٧) قوله: "شيئًا من مال إلخ" لا يتفاوت الحكم بين أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة، أو كله. (ك)

(٨) قوله: "بضاعة" فإن قيل: الإبضاع هو أن يكون المال للمبضع، والعمل من الآخر، وليس للمبضع ههنا مال، فكيف يتحقق الإبضاع. قلنا: الإبضاع هو الدفع على وجه الاستعانة، ورب المال يصلح معينًا له، لأنه أشفق الناس إليه تصرفا، فيصح الاستعانة به. (عيني)

(٩) يعني لا يفسد المضاربة.

(١٠) قوله: "فلا يصلح وكيلا" لأن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره، فصار غير صالح، لأن يكون وكيلا فيه، فصار مستردًا. (كافي)

(١١) قوله: "فيصير مستردًا [فتفسد المضاربة]" لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره، وهذا عامل لنفسه، فكيف يصلح وكيلا فيه، بل يكون مستردًا لماله، لأنه يملك عزله، أو استرداد ماله في أي وقت شاء إذا لم يتعلق حقه، فصار كما إذا لم يسلم إليه من الابتداء. (تبيين)

(١٢) عقد المضاربة.

(١٣) بين المال والمضارب.

(١٤) قوله: "فيصلح رب المال إلخ" فإن قيل: رب المال لا يصلح وكيلا، لأن الوكيل يعمل في مال غيره، ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله.

أجيب بأن رب المال بعد التخلية صار كالأجنبي عن المال، فجاز توكيله، فإن قيل: لو كان كذلك يصح المضاربة مع

استرداداً[١]، بخلاف[٢] شرط العمل عليه في الابتداء، لأنه يمنع التخلية[٣]، وبخلاف ما إذ دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح[٤]، لأن المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال، وعمل المضارب ولا مال ههنا للمضارب، فلو جوزناه[٥] يؤدى إلى قلب الموضوع[٦]، وإذا لم يصح[٧] بقى عمل رب المال بأمر المضارب، فلا يبطل به[٨] المضاربة الأولى.

قال[٩]: وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال[١٠]، وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته، وركوبه[١١]، ومعناه[١٢] شراء وكراء في المال.

ووجه الفرق[١٣] أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي[١٤]، ونفقة المرأة[١٥] والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي.

وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه[١٦]، وهذا[١٧] بخلاف

رب المال، أجاب بقوله: وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح إلخ. (عناية)

(١٥) أى إبضاع المضارب رب المال.

(١٦) قوله: "توكيل منه [لأنه استعانة]" وليس المال من لوازمه، فإن الوكيل يجوز أن يوكل، وليس المال له. (ع)

(١٧) الإبضاع.

(١) لما له لينتقض به المضاربة.

(٢) جواب عن قياس زفر.

(٣) بين المال والمضارب.

(٤) عقد هذه المضاربة الثانية.

(٥) أى عقد المضاربة الثانية.

(٦) أى الحقيقة.

(٧) عقد المضاربة الثانية.

(٨) أى بدفع المال إلى رب المال مضاربة.

(٩) أى محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٠) أى مال المضاربة.

(١١) الركوب بالفتح المركوب. (مجمع الأنهر)

(١٢) قوله: "ومعناه" أى معنى كون ركوبه في المال شراء، وكراء، أى من حيث الشراء، ومن حيث الكراء أراد أن المضارب في السفر له أن يركب إما بشراء دابة أو بكراءها. (عيني)

(١٣) قوله: "ووجه الفرق" أى بين ما إذا عمل في المصر حيث لا نفقة له في مال المضاربة، وبين ما إذا عمل في السفر حيث يجب فيه. (عيني)

(١٤) فإن القاضي محبوس لمصالح العامة.

(١٥) فإنها تجب للاحتباس في منزل الزوج في يده.

(١٦) أى في المال، لأجل الاحتباس،

الأجير[١]، لأنه يستحق البدل لا محالة[٢]، فلا يتضرر بالإنفاق من ماله[٣]، أما المضارب فليس له إلا الربح، وهو[٤] في حيز التردد[٥]، فلو أنفق من ماله يتضرر به[٦]، وبخلاف المضاربة الفاسدة[٧]، لأنه أجير، وبخلاف البضاعة، لأنه متبرع[٨]. قال[٩]: ولو بقي شيء[١٠] في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة، لانتهاء الاستحقاق[١١]، ولو كان خروجه دون السفر[١٢] إن كان بحيث يغدو ثم يروح، فيبيت بأهله، فهو بمنزلة السوقي في المصر[١٣]، وإن كان بحيث لا يبيت بأهله، فنفقته في مال المضاربة؛ لأن خروجه للمضاربة[١٤] والنفقة[١٥] هي ما يصرف إلى الحاجة[١٦] الراتبة[١٧]، وهو ما ذكرنا[١٨].

ومن جملة ذلك غسل ثيابه[١٩]، وأجرة أجير يخدمه[٢٠]، وعلف دابة يركبها،

---

(١٧) الحكم.

(١) أي لا يستحق النفقة وإن سافر. (ك)

(٢) لكونه يعمل ببدل.

(٣) أي مال نفسه.

(٤) ربح.

(٥) فإنه عسى أن يحصل وعسى أن لا يحصل.

(٦) أي بالانفاق من مال نفسه.

(٧) فلا نفقة له إذا سافر.

(٨) بالعمل، فلا يجب له النفقة.

(٩) قوله: "قال" لو لم يذكر قال لكان أصوب، لأن المسألة ليست في "الجامع الصغير"، ولا في "مختصر القدوري"، ولهذا لم يذكرها في البداية، وإنما هي من "المبسوط". (عيني)

(١٠) أي من الطعام مثلا.

(١١) قوله: "لانتهاء الاستحقاق" أي بالرجوع إلى مصره، كالحاج من الغير إذا بقي شيء من النفقة في يده بعد رجوعه، وكالمولى إذا بوأ أمته مع زوجها بيتا، ثم نقلها للخدمة، وقد بقي من النفقة شيء كان للزوج أن يسترد ذلك عنها. (ك)

(١٢) هو مسيرة ثلاثة أيام ولياليها.

(١٣) فلا نفقة له.

(١٤) فصار كالمسافر.

(١٥) أشار به إلى تفسير النفقة الواجبة.

(١٦) أمر راتب كار ثابت وبرجاى. (من)

(١٧) الدائمة.

(١٨) قوله: "وهو ما ذكرنا" أراد الطعام والشراب والكسوة وغيرها على ما تقدم. (ك)

(١٩) قوله: "غسل ثيابه [لأنه ضروري]" وأجرة الخادم والحمام والحلاق، وعلف الدابة والدهن، فإن الشخص إذا كان طويل الشعر وسيخ الثياب ماشيًا في حوائجه يعد من السعاليك، ويقل معاملوه، فصار ما به يكثر الرغبات في المعاملة

والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز[١]، وإنما يطلق[٢] في جميع ذلك بالمعروف[٣]، حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتبارًا للمتعارف فيما بين التجار.

وأما الدواء[٤] ففي ماله في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة أنه[٥] يدخل في النفقة، لأنه لإصلاح بدنه، ولا يتمكن من التجارة إلا به، فصار كالنفقة، وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع[٦]، وإلى الدواء بعارض المرض[٧]، ولهذا[٨] كانت نفقة المرأة على الزوج، ودواءها في مالها.

قال[٩]: وإذا ربح أخذ رب المال[١٠] ما أنفق من رأس المال، فإن باع المتاع[١١] مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان[١٢] ونحوه، ولا يحتسب ما أنفق على نفسه؛ لأن العرف جارٍ[١٣] بإلحاق الأول[١٤] دون الثاني[١٥]، ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة[١٦]، والثاني لا يوجبها.

معه من جملة النفقة. (عناية)

(٢٠) أي يخبز أو يطبخ، أو يغسل الثياب. (ك)

(١) قوله: "كالحجاز" فإن أرض الحجاز حارة يحتاج أهلها إلى ترتيب أبدانهم بالدهن. (عيني)

(٢) أي يباح.

(٣) أي بقدر دفع الضرورة بلا إسراف.

(٤) أي ثمنه.

(٥) أي ثمن الدواء.

(٦) قطعًا.

(٧) فقد يمرض وقد لا يمرض، فلم يكن لازمًا.

(٨) إشارة إلى بيان الفرق بين النفقة والدواء.

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) قوله: "أخذ [من الربح تتميما لرأس ماله. ك] رب المال إلخ" يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة، فربحه يأخذ رب المال رأس ماله كاملا، فيكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال، فإذا استوفاه كان ما يبقى بينهما على ما شرطا. (ع)

(١١) بعد ما أنفق. (ع)

(١٢) قوله: "من الحُملان [بضم الحاء أجرة الحمل] ونحوه" كأجرة السمسار والقصار والصباغ يريد بهذا أن ما أنفق على المتاع يضم إلى رأس المال، ويبيع مرابحة على الكل، حتى لو اشتراه بألف درهم، واستأجر دوابا تحمله إلى مصره بمائة درهم، فإنه يبيعه مرابحة بألف ومائة لكنه لا يقول: اشتريته بألف ومائة بل يقول: قام على هكذا. (ك)

(١٣) بين التجار.

(١٤) أي ما أنفق على المتاع.

(١٥) أي ما أنفق على نفسه.

(١٦) قوله: "زيادة في المالية إلخ" كالصبغ والقصر ونحوهما، فإنه يوجب زيادة في عين المتاع، وكالحمل فإنه

قال[١]: فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابًا فقصرها[٢]، أو حملها بمائة من عنده وقد[٣] قيل له[٤]: اعمل برأيك فهو متطوع[٥]؛ لأنه[٦] استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال[٧] على ما مر[٨].

وإن صبغها أحمر[٩] فهو شريك[١٠] بما زاد الصبغ[١١] فيها، ولا يضمن؛ لأنه[١٢] عين مال[١٣] قائم به[١٤] حتى إذا بيع[١٥] كان له حصة الصبغ، وحصة الثوب الأبيض على المضاربة[١٦]، بخلاف القصارة[١٧]، والحمل[١٨]، لأنه[١٩] ليس بعين مال قائم به[٢٠]، ولهذا إذا فعله الغاصب[٢١] ضاع عمله، ولا يضيع[٢٢] إذا صبغ

يوجب زيادة في القيمة، لأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن. (عيني)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) قوله: "فقصرها [قصر -بالفتح- جامه را گاذرى كردن. ك]" أي غسلها بأجرة من ماله من قصر يقصر -بالضم- قصرًا، أو قصارة، أو من قصر الثوب -بالتشديد- أي جمعه فغسله، كما في القهستاني. (مجمع الأنهر)

(٣) الواو حالية.

(٤) من رب المال.

(٥) في المائة.

(٦) أي هذا الصنيع.

(٧) أي قول رب المال: اعمل برأيك.

(٨) قوله: "على ما مر" من قوله: ونوع لا يملكه إلا أن ينص عليه رب المال، وهو الاستدانة. (عيني)

(٩) قوله: "وإن صبغها أحمر" التخصيص بالحمرة لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة، فأما سائر الألوان فمثل الحمرة. (ك)

(١٠) لرب المال.

(١١) رنگ.

(١٢) أي الصبغ.

(١٣) قوله: "عين مال إلخ" وقد اختلط بمال المضاربة، ومال المضاربة متقوم، فيكون شريكًا ضرورة. (تبيين)

(١٤) أي بالمصبوغ.

(١٥) الثوب المصبوغ.

(١٦) قوله: "على المضاربة" حتى إذا كانت قيمة المتاع غير مصبوغ ألفًا، ومصبوغًا ألفًا ومائتين كان الألف للمضاربة، ومائتا درهم للمضارب بدل ماله، وهو الصبغ. (مل)

(١٧) قوله: "القصارة [مصدر من قصر الثوب]" بالفتح جامه شستن، يعنى پيشة گاذرى نمودن. (غياث)

(١٨) أي حمل المتاع.

(١٩) أي كل واحد.

(٢٠) قوله: "ليس بعين مال قائم به" أي بالثوب حتى يكون بإزاءه بعض الثمن، فيكون جميع الثمن للمضاربة، وإنما قال: ليس بعين مال قائم به لأنه في الحمل ظاهر، وأما في القصارة فلأنه لا تزيد فيه شيئًا، ويبقى أبيض على ما كان أصله. (ب)

(٢١) قوله: "إذا فعله الغاصب إلخ" يعني إذا قصر الغاصب ثوب إنسان بغير إذنه، فازدادت قيمته بقصارته كان للمالك أن يأخذه ثوبه مجانًا بغير عوض، وأما إذا كان الغاصب صبغه أحمر، أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذ ثوبه

المغصوب، وإذا صار شريكًا[١] بالصبغ انتظمه قوله[٢]: اعمل برأيك انتظامه الخلط[٣] فلا يضمنه[٤].

فصل آخر[٥]

قال[٦]: فإن كان معه[٧] ألف بالنصف فاشترى بها بزًّا[٨] فباعه[٩] بألفين واشترى بالألفين عبدًا، فلم ينقدهما[١٠] حتى ضاعا[١١] يغرم رب المال ألفا وخمسمائة، والمضارب خمسمائة، ويكون ربع العبد للمضارب[١٢]، وثلاثة أرباعه على المضاربة. قال[١٣]: هذا الذى ذكره[١٤] حاصل الجواب[١٥]، لأن الثمن كله على المضارب، إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما نبين[١٦]، فيكون[١٧] عليه[١٨] فى الآخرة[١٩].

مجانًا، بل يتخير رب الثوب إن شاء أخذ الثوب، وأعطاه قيمته مازاد الصبغ فيه يوم الخصومة، لا يوم الاتصال بثوبه، وإن شاء ضمنه جميع قيمة الثوب الأبيض يوم صبغه، وترك الثوب عليه. (ك)

(٢٢) عمله.

(١) لرب المال.

(٢) أى رب المال.

(٣) قوله: "انتظامه إلخ" يعنى يتناول قوله: اعمل برأيك للصبغ كما يتناول ذلك القول لخلطه مال المضاربة بمال نفسه، أو بمال الغير. (نهاية)

(٤) قوله: "فلا يضمنه" أى فلا يضمن المضارب الثوب بالصبغ لأن الشركة والخلطة بإذن رب المال. (مل)

(٥) قوله: "فصل آخر" لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها فى فصل على حدة، ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التى لا بد منها للمضاربة أخر ذكرها. (نت)

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) مضارب.

(٨) قوله: "بزا" قال محمد فى "السير الكبير": البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والخز. (عينى)

(٩) البز.

(١٠) أى لم يدفع الألفين إلى بائع العبد.

(١١) الألفان.

(١٢) قوله: "ويكون ربع إلخ" لأن المضارب لما باع البز بألفين ظهر الربح بقدر الألف، فيملك المضارب نصفه وهو خمس مائة، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار ربع العبد له وثلاثة أرباعه لرب المال، فإذا هلك الثمن كان ما يخص الربع على المضارب، وما يخص ثلاثة أرباع على رب المال. (عينى)

(١٣) أى المصنف.

(١٤) قوله: "هذا الذى [أى تقسيم الغرامة بينهما] ذكره [أى محمد]" إشارة إلى قوله: يغرم رب المال، أى لا يغرم فى الحال إذ الثمن فى الحال كله على المضارب، لأنه هو العاقد. (ك)

(١٥) أى الحكم.

ووجهه أنه لما نض[١] المال[٢] ظهر الربح[٣]، وهو خمسمائة، فإذا اشترى بالألفين عبدًا صار مشتريًا ربعه[٤] لنفسه، وثلاثة أرباعه[٥] للمضاربة على حسب انقسام الألفين[٦]، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن[٧] لما بيناه[٨]، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال، لأنه وكيل من جهته[٩] فيه[١٠]، ويخرج نصيب المضارب، وهو الربح من المضاربة، لأنه[١١] مضمون عليه[١٢].

ومال المضاربة أمانة[١٣]، وبينهما منافاة[١٤]، ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة، لأنه ليس فيه[١٥] ما ينافي المضاربة[١٦]، ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة[١٧]؛ لأنه[١٨] دفعه مرة ألفًا، ومرة ألفًا وخمسمائة، ولا يبيعه[١٩]

---

(١٦) أنفًا.

(١٧) الثمن.

(١٨) أى على رب المال.

(١٩) سپس. (من)

(١) أى نقد وتيسر وتحصل. نض نقد گريدن درم ودينار.

(٢) أى البز.

(٣) للمضارب.

(٤) العبد.

(٥) العبد.

(٦) أى على الأربا ع فإن الربع للمضارب، وثلاثة الأربا ع لرب المال.

(٧) أى ثمن العبد.

(٨) إشارة إلى قوله: لأن الثمن كله على المضارب إلخ.

(٩) رب المال.

(١٠) أى فى شراء هذا العبد.

(١١) أى لأن نصيبه.

(١٢) لدخول الربع فى ملكه وضمانه.

(١٣) فى يد المضارب.

(١٤) قوله: "وبينهما [أى المضمون والأمانة] منافاة" أى بين كون الشىء مضمونًا وبين كونه أمانة منافاة، لأنه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه أمانة، وهذا لا يجوز. (ك)

(١٥) أى فى إبقاء ثلاثة الأبا ع على المضاربة.

(١٦) لأن رب المال موكل، وقرار الضمان إنما يكون على الموكل. (ك)

(١٧) قوله: "ويكون إلخ" أى كون رأس المال جميع ما دفع رب المال إلى المضارب، وهو ألفان وخمس مائة. (تبيين)

(١٨) رب المال.

(١٩) العبد.

مرابحة إلا على الألفين، لأن اشتراه بألفين، ويظهر ذلك[١] فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف، فحصة المضاربة[٢] ثلاثة آلاف يرفع رأس المال، ويبقى خمسمائة ربحًا بينهما[٣]. قال[٤]: وإن كان معه ألف فاشترى رب المال[٥] عبدًا بخمسمائة، وباعه[٦] إياه بألف، فإنه يبيعه[٧] مرابحة على خمسمائة؛ لأن هذا البيع[٨] مقضى بجوازه لتغاير المقاصد[٩] دفعًا للحاجة، وإن[١٠] كان بيع ملكه[١١] بملكه[١٢]، إلا[١٣] أن فيه شبهة العدم[١٤]، ومبنى المرابحة على الأمانة، والاحتراز عن شبهة الخيانة، فاعتبر أقل الثمنين[١٥].

ولو اشترى المضارب عبدًا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه[١٦] مرابحة بألف ومائة؛ لأنه اعتبر عدمًا[١٧] في حق نصف الربح، وهو نصيب رب المال، وقد مر في البيوع[١٨].

---

(١) قوله: "ويظهر ذلك" أي جميع ما ذكر قبله وهو خروج نصيب المضارب، وهو الربع من المضاربة، وبقاء ثلاثة أرباع العبد على المضاربة، وظهور الربح بعد ذلك على ما شرطا. (عيني)

(٢) قوله: "فحصة المضاربة إلخ" لأن ربع العبد كان له، فيكون له ربع الثمن وهو الألف، فيبقى ثلاثة آلاف يرفع منه رأس المال، وهو ألفان وخمس مائة، ويبقى خمس مائة ربحًا يقسمانه على ما شرطا. (ك)

(٣) أي المضارب ورب المال.

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) أي من أجنبي. (ك)

(٦) أي العبد.

(٧) أي العبد.

(٨) أي بيع رب المال من المضارب.

(٩) قوله: "لتغاير المقاصد" إذ مقصوده وصوله إلى الألف، ومقصود المضارب وصوله إلى المبيع. (كفاية)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) رب المال.

(١٢) رب المال.

(١٣) استثناء من قوله: مقضى بجوازه.

(١٤) أي عدم الجواز.

(١٥) قوله: "فاعتبر [في المرابحة] أقل الثمنين" وهو خمس مائة لثبوته من كل وجه، والأكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أنه بيع ماله بماله. (ع)

(١٦) رب المال.

(١٧) قوله: "لأنه [أي هذا البيع] اعتبر عدمًا" لأنه لم يزل العبد عن ملكه، ولم يستفد ألفًا لم يكن في ملكه، ومبنى المرابحة على الأمانة، والتحرز عن الخيانة، فيكون البيع الثاني ملحقًا بالعدم في حقها، فكأنه لم يوجد إلا البيع الأول.

(١٨) في باب المرابحة. (ك)

قال[١]: فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها[٢] عبدًا قيمته ألفان[٣]، فقتل العبد رجلا خطأ، فثلاثة أرباع الفداء على رب المال [٤]، وربعه على المضارب؛ لأن الفداء مؤنة الملك، فيتقدر بقدر الملك، وقد كان الملك بينهما[٥] أرباعًا، لأنه لما صار المال عينًا واحدًا[٦] قيمته ألفان ظهر الربح[٧] وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله؛ لأن قيمته ألفان.

وإذا فديا[٨] خرج العبد عن المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بيناه[٩]، وأما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما[١٠]، لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما[١١]، والمضاربة تنتهي بالقسمة، بخلاف ما تقدم[١٢]، لأن جميع الثمن فيه[١٣] على المضارب وإن[١٤] كان له حق الرجوع[١٥] فلا حاجة إلى القسمة[١٦]، ولأن العبد[١٧] كالزائل[١٨] عن ملكهما بالجناية[١٩]، ودفع الفداء كابتداء الشراء[٢٠]، فيكون

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) أي بالألف.

(٣) قوله: "قيمته ألفان" إنما قيد به لأنه لو كان قيمته ألفًا فجنايته على رب المال بلا خلاف. (عيني)

(٤) قوله: "فثلاثة إلخ" أي كان الدفع والفداء إليهما، فإن دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة، إن فدياه فثلاثة إلخ. (ع)

(٥) أي رب المال والمضارب.

(٦) قوله: "عينًا واحدًا" قيد العين بالواحدة، احتراز عما إذا كانا عينين، فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم. (ع)

(٧) قوله: "ظهر الربح" بدليل أنه يظهر في حق العتق إذا كان قريبًا له، ولو أعتقه ينفذ أيضًا. (ك)

(٨) أي رب المال والمضارب.

(٩) قوله: "فلما بيناه" أشار به إلى ما ذكره من قوله: ويخرج نصيب المضارب، وهو الربع عن المضاربة لأنه مضمون عليه. (عيني)

(١٠) أي رب المال والمضارب.

(١١) قوله: "لما أنه يتضمن إلخ" لأن الخطاب بالفداء يوجب سلامة ما فدى للفادي، ولا سلامة إلا بالقسمة.(ب)

(١٢) قوله: "بخلاف ما تقدم" أي في أول الفصل، وأراد به ما إذا ضاع الألفان حيث لا ينتهي المضاربة هناك بل تثبت على ما كانت. (عيني)

(١٣) أي فيما تقدم.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) على رب المال.

(١٦) لعدم أمر يقتضي ذلك.

(١٧) الخاطئ.

(١٨) والمضاربة تنتهي بالهلاك.

العبد[١] بينهما أرباعًا، لا على المضاربة[٢] يخدم المضارب يومًا، ورب المال ثلاثة أيام، بخلاف ما تقدم[٣].

قال[٤]: وإن كان معه ألف، فاشترى بها عبدًا، فلم ينقدها[٥] حتى هلكت الألف يدفع رب المال ذلك الثمن ثم وثم[٦]، ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال؛ لأن المال أمانة في يده[٧]، والاستيفاء[٨] إنما يكون بقبض مضمون[٩]، وحكم الأمانة ينافيه[١٠]، فيرجع مرة بعد أخرى[١١]. بخلاف الوكيل بالشراء[١٢] إذا كان الثمن مدفوعا إليه[١٣] قبل الشراء، وهلك[١٤] بعد الشراء حيث لا يرجع[١٥] إلا مرة، لأنه

---

(١٩) لأن الموجب الأصلي هو دفع العبد.

(٢٠) أي شراء العبد من ولي الجناية.

(١) بعد فدائهما.

(٢) لخروج العبد عن المضاربة.

(٣) قوله: "بخلاف ما تقدم" وذكر في الفوائد الظهيرية: فرق بين هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما يخص رب المال من المضاربة، وههنا يخرج، والفرق أن الواجب فيما تقدم ضمان التجارة، وضمان التجارة لا ينافي المضاربة، والواجب ههنا ضمان الجناية، وضمان الجناية ليس من التجارة في شيء، فلا يبقى على المضاربة. (ك)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) أي الألف.

(٦) قوله: "ثم وثم" يعني إذا كان مع المضارب ألف درهم، فاشترى به عبدًا، وضاع الثمن قبل النقد يرجع على رب المال، فإذا دفع إليه ثانيًا، ثم هلك قبل النقد أيضًا يرجع عليه أيضًا، وهكذا يرجع عليه كلما هلك إلى ما لا يتناهى، ويكون رأس المال حين ما دفع إليه رب المال. (تبيين)

(٧) لأن مبنى المضاربة عليها.

(٨) أي استيفاء الحق.

(٩) قوله: "إنما يكون بقبض إلخ" فلو حمل قبض المضارب على الاستيفاء لصار ضامنًا وهو أمين، فإذا كان كذلك فحمل قبضه ثانيًا وثالثًا إلى غير النهاية على جهة الأمانة دون الاستيفاء. (عيني)

(١٠) الضمان.

(١١) قوله: "فيرجع مرة بعد أخرى [حيث ما وجد الهلاك]" لأن الشراء لا يبطل بهلاك الثمن، فيبقى موجبا دين الثمن عليه، وهو عامل لرب المال، فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين في العمل، واستيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الألوف، لأن جميعها يصير رأس مال المضاربة، وقبض رأس المال قبض أمانة، واستيفاء الدين إنما يكون بقبض مضمون، وقبض الأمانة لا ينوب عن القبض المضمون، فلهذا لا يرجع إليه مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه الثمن بوصول الثمن إلى البائع. بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعًا إليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن إلا مرة، لأن قبض الوكيل جاز اتصافه بالضمان، والأمانة كالغاصب، إذا توكل بيع المغصوب جاز، ويكون مضمونًا عليه، حتى لو هلك في يد الوكيل يجب الضمان. (ك)

(١٢) أي بشراء عبد بعينه.

(١٣) من الموكل.

(١٤) أي الثمن قبل النقد إلى البائع.

أمكن جعله[١] مستوفيًا، لأن الوكالة تجامع الضمان[٢]، كالغاصب إذا توكل[٣] ببيع المغصوب، ثم في الوكالة في هذه الصورة[٤] يرجع مرة، وفيما إذا اشترى[٥] ثم دفع الموكل إليه المال فهلك[٦] لا يرجع[٧]، لأنه ثبت له حق الرجوع[٨] بنفس الشرى، فجعل مستوفيًا بالقبض بعده[٩]، أما لمدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده، وهو[١٠] قائم على الأمانة بعده[١١]، فلم يصر مستوفيًا[١٢]، فإذا هلك[١٣] رجع[١٤] عليه[١٥] مرة ثم لا يرجع[١٦] لوقوع الاستيفاء على ما مر[١٧].

فصل في الاختلاف[١٨]

قال[١٩]: وإذا كان مع المضارب ألفان، فقال: دفعت إليّ ألفًا، وربحتُ ألفًا، وقال رب المال: لا، بل دفعتُ إليك ألفين[٢٠] فالقول قول المضارب.

---

(١٥) الوكيل على الموكل.

(١) الوكيل.

(٢) بخلاف المضاربة فإن مبناها على الأمانة. (عيني)

(٣) قوله: "كالغاصب إذا توكل [أي قبل الوكالة]" حيث جازت الوكالة، فإذا هلك العبد في يد الغاصب بعد ما صار وكيلا ضمن، لأنه لم يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة. (عيني)

(٤) أي ما إذا كان الثمن مدفوعًا إلى الوكيل قبل الشراء.

(٥) الوكيل.

(٦) عند الوكيل.

(٧) الوكيل على الموكل.

(٨) على الموكل.

(٩) الشراء.

(١٠) أي ما هو المدفوع.

(١١) الشراء.

(١٢) لكون قبضه قبض أمانة.

(١٣) ما هو المدفوع.

(١٤) الوكيل.

(١٥) الموكل.

(١٦) بعد ذلك أصلا.

(١٧) قوله: "على ما مر" أشار به إلى ما ذكره بقوله: لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء، فجعل مستوفيًا بالقبض بعده. (عيني)

(١٨) قوله: "فصل في الاختلاف [أي بين رب المال والمضارب. نت]" لما بين أحكام مسائل الاتفاق فيما بين رب المال والمضارب شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما لأن الأصل هو الاتفاق. (نهاية)

(١٩) أي محمد. (عيني)

وكان أبو حنيفة يقول أولا : القول قول رب المال ، وهو قول زفر ، لأن المضارب يدعى عليه الشركة في الربح ، وهو[1] ينكر ، والقول قول المنكر .

ثم رجع[2] إلى ما ذكره في الكتاب ، لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض ، وفي مثله[3] القول قول القابض ضمينًا[4] كان أو أمينًا[5] ، لأنه أعرف بمقدار المقبوض . ولو اختلفا[6] مع ذلك[7] في مقدار الربح فالقول فيه[8] لرب المال ، لأن الربح يستحق بالشرط ، وهو يستفاد من جهته[9] ، وأيهما أقام البينة[10] على ما ادعى من فضل قبلت[11] ، لأن البينات للإثبات .

قال[12] : ومن كان معه ألف درهم ، فقال : هي مضاربة لفلان بالنصف ، وقد ربح ألفًا ، وقال فلان : هي بضاعة ، فالقول قول رب المال ؛ لأن المضارب يدعى[13] عليه تقويم عمله[14] ، أو شرطا[15] من جهته ، أو يدعى الشركة ، وهو ينكر[16] .

---

(٢٠) المضاربة.

(١) رب المال.

(٢) الإمام.

(٣) قوله: "وفي مثله" أي في مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض، احترز به عما وقع الاختلاف في صفة المقبوض من كونه قرضًا، أو وديعةً، أو بضاعةً، فالقول فيه قول رب المال. (ك)

(٤) كالغاصب.

(٥) كالمودع.

(٦) قوله: "ولو اختلفا [أي رب المال والمضارب] إلخ" صورته قال رب المال: رأس المال ألفان، وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف، وشرطت لي نصف الربح، فالقول في الربح لرب المال، وفي القدر للمضارب. (عيني)

(٧) أي مع الاختلاف في رأس المال. (ك)

(٨) الربح.

(٩) رب المال.

(١٠) قوله: "وأيهما أقام إلخ" وإن أقاما البينة في هذه الصورة كانت بينة رب المال أولى في مقدار رأس المال، وبينة المضارب أولى في مقدار الربح، لأنها أكثر إثباتًا. (تبيين)

(١١) قوله: "على ما ادعى من فضل" أما رب المال فإنه يدعي فضل في رأس ماله، فتقبل بينته فيه، وأما المضارب فإنه يدعي فضلا في الربح، فتقبل بينته فيه. (عيني)

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني) وليس في نسخة العيني ههنا: قال.

(١٣) بدعوى المضاربة.

(١٤) بقدر الربح.

(١٥) بمقدار الربح.

(١٦) والقول للمنكر.

ولو قال المضارب[١]: أقرضتني[٢]، وقال رب المال: هى بضاعة، أو وديعة، أو مضاربة فالقول لرب المال، والبينة بينة المضارب؛ لأن المضارب يدعى عليه التملك[٣]، وهو ينكر.

ولو ادعي رب المال المضاربة في نوع، وقال الآخر[٤]: ما سميت لى تجارة بعينها، فالقول[٥] للمضارب[٦]؛ لأن الأصل فيه[٧] العموم[٨] والإطلاق والتخصيص بعارض الشرط[٩]، بخلاف الوكالة، لأن الأصل فيه[١٠] الخصوص[١١]. ولو ادعى كل واحد منهما نوعًا[١٢] فالقول لرب المال؛ لأنهما اتفقا على التخصيص، والإذن يستفاد من جهته، فيكون القول له.

ولو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته[١٣] إلى نفى الضمان[١٤] وعدم حاجة الآخر إلى البينة[١٥]، ولو وقتت البينتان وقتًا[١٦]، فصاحب الوقت الأخير أولى، لأن

---

(١) قوله: "ولو قال المضارب إلخ" سماه مضاربًا للمشاكلة بما ذكر فى أخوات هذه المسألة على طريقة قوله تعالى: ﴿تعلم ما فى نفسى ولا أعلم ما فى نفسك﴾. (نت)

(٢) هذا المال.

(٣) أى تملك الربح. (نهاية)

(٤) أى المضارب. (ك)

(٥) فى دعوى العموم. (ك)

(٦) مع اليمين. (ك)

(٧) أى فى المضاربة.

(٨) فكان القول لمن يتمسك بالأصل.

(٩) قوله: "والتخصيص بعارض إلخ" أى تخصيص المضاربة بنوع بعارض الشرط من جهة رب المال، وإلا فالأصل التعميم، ولهذا لو قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك جميع أنواع التجارات، فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص. (عينى)

(١٠) أى فى الوكالة.

(١١) قوله: "الخصوص" ولا يثبت فيه العموم إلا بالتنصيص. (مل)

(١٢) بأن قال رب المال: فى البز، وقال المضارب: فى الطعام.

(١٣) قوله: "لحاجته" أى لاحتياجه إلى إثبات الإذن فى نوع يدعى الإذن فيه، حتى ينتفى الضمان عنه، وعدم حالة الآخر، أى رب المال إلى البينة، لأن ما يدعيه ثبت بقوله: إذ هو المتمسك بالأصل. (ك)

(١٤) عن نفسه.

(١٥) قوله: "وعدم حاجة [لعدم الضمان من جهته] الآخر [رب المال] إلخ" لأن الإذن مستفاد من جهته كما تقرر فيما مر آنفا، فكان ما يدعيه ثابتًا بقوله: فلم يحتج إلى البينة. (نت)

(١٦) قوله: "ولو وقتت البينتان إلخ" بأن قال رب المال: دفعت إليك مضاربة أن تعمل فى بز فى رمضان، وقال المضارب: دفعت إلى لأن أعمل فى طعام فى شوال، أو بالعكس، فأقاما البينة كانت بينة من يقول فى شوال أولى. (تبين)

آخر الشرطين ينقض الأول(١).

كتاب(٢) الوديعة(٣)

قال(٤): الوديعة أمانة في يد المودع(٥) إذا هلكت لم يضمنها؛ لقوله عليه السلام(٦): «ليس على المستعير غير المُغِلّ(٧) ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان»*، ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع، فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم.

قال(٨): وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله(٩)؛ لأن الظاهر أنه يلتزم

---

(١) قوله: "لأن آخر الشرطين إلخ" هذا من باب العمل بالبينتين، لأن العمل بهما ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم أولا، ثم نهى عن العموم، فأذن له بالخصوص، أو أذن له بالخصوص أولا، ثم أذن له بالعموم.

وإن لم يوقت البينتان وقتًا، أو وقتًا على السواء، أو وقتت إحداهما دون الأخرى يقضي ببينة رب المال، لأنه تعذر القضاء بهما معًا، لأنهما لا يقعان معاً، ولا على الترتيب، لأن الشهود لم يشهدوا بالترتيب، وإذا تعذر القضاء بالأمرين تعذر العمل بالبينتين، فيعمل بينة رب المال، لأنها تثبت ما ليس بثابت. (كفاية)

(٢) قوله: "كتاب" وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول كتاب الإقرار، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة، للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى، لأن الوديعة أمانة بلا تمليك شيء، وفي العارية تمليك النفقة بلا عوض، وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الإجارة تمليك المنفعة بعوض، وهي عقد لازم، واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم، فكان في الكل الترقي من الأدنى إلى الأعلى. (نت)

(٣) قوله: "الوديعة [الوديعة فعيلة هو ما يترك عند الأمين. تبيين]" الودع الترك، وسميت الوديعة بها لأنها شيء يترك عند الأمين، والوديعة خاصة والأمانة عامة، فإن الوديعة هي المستحفظ قصداً، والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده، وإن كان من غير قصد بأن هبت الريح وألقت ثوب إنسان في حجر إنسان، وفي الوديعة إذا عاد إلى الوفاق بعد الخلاف يبرأ عن الضمان، وفي الأمانة لا. والإيداع لغة تسليط الغير على حفظه، أي شيء كان مالا أو غير مال، وشريعة تسليط الغير على حفظ المال، وركنها الإيجاب والقبول، وشرطها كون المال قابلا لإثبات اليد ليتمكن من حفظه، فلو اودع الآبق، أو المال الساقط في البحر لا يصح، وحكمها وجوب الحفظ، وسببها تعلق البقاء المقدور بالتعاطي. (مل)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "المودع" صاحب المال مودع ومستودع -بكسر الدال- فيهما، والحافظ مودع ومستودع، بفتح الدال، فيهما، والمال مودع ووديعة، كذا في "الكفاية".

(٦) أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في "سننهما". (ت)

(٧) الخائن.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٥، والدراية ج٢، الحديث٨٤٩ ص١٨١. (نعيم)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "وبمن في عياله" قالوا: المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع، فحسب، فإن المرأة إذا أودع عندها شيء جاز لها أن تدفع إلى زوجها، وابن المودع الكبير إذا كان يساكنه، ولم يكن في نفقته، وترك الأب البيت على الإبن لم يضمن لكن بشرط أن لا يعلم بمن في عياله الخيانة، فإن علم ذلك وحفظ بهم ضمن. (عناية)

قوله: "في عياله" من زوجته أو ولده، أو والده، أو أجيره، والمراد بالأجير التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة ومسانهة، فأما الأجير بعمل من الأعمال فكسائر الأجانب يضمن بالدفع إليه. (ك)

حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه[١]، ولأنه لا يجد بدًا من الدفع[٢] إلى عياله، لأنه لا يمكنه ملازمة بيته[٣]، ولا استصحاب الوديعة في خروجه، فكان المالك راضيًا به[٤]، فإن[٥] حفظها[٦] بغيرهم، أو أودعها غيرهم ضمن[٧]؛ لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره، والأيدى تختلف[٨] فى الأمانة[٩]، ولأن الشيء لا يتضمن مثله[١٠]، كالوكيل لا يوكل غيره، والوضع[١١] فى حرز[١٢] غيره إيداع[١٣] إلا إذا استأجر الحرز، فيكون حافظًا بحرز نفسه[١٤].

قال: إلا[١٥] أن يقع[١٦] في داره حريق[١٧]، فيسلمها إلى جاره، أو يكون فى سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى؛ لأنه تعين طريقا للحفظ فى هذه الحالة، فيرتضيه المالك[١٨].

---

(١) وإنما يحفظ ماله بمن فى عياله. (عناية)

(٢) أى دفع الوديعة.

(٣) قوله: "لأنه لا يمكنه ملازمة بيته" أى فى جميع الأوقات لأنه يخرج فى قضاء حوائجه وأداء ما عليه من الواجبات. (عينى)

(٤) قوله: "فكان المالك [أى صاحب الوديعة] إلخ" الأولى ترك هذا القول فإن المدار على الضرورة، ولا دخل لرضا المالك، فإن المالك إذا منعه عن الدفع إلى من فى عياله لا يضمن، كذا فى "نتائج الأفكار". (مل)

(٥) هذا لفظ القدورى.

(٦) قوله: "فإن حفظها [أى الوديعة] إلخ" قال العلامة حميد الدين: معنى قوله: فإن حفظها بغيرهم إذا كان بأجره، معنى قوله: أودعها إذا كان بغير أجر،، وقيل: معنى قوله: فإن حفظها بغيرهم أن يستحفظ المودع الوديعة فى بيته بغيره، بأن ترك الوديعة والغير فى بيته، وخرج هو بنفسه، أو أودعها غيرهم بأن نقل الوديعة من بيته، ودفعها إلى أجنبى وديعة. (ك)

(٧) فى الوجهين.

(٨) قوله: "تختلف إلخ" فرب يد يتوثق بها المودع، ولا يتوثق بها المالك، وكذا على العكس. (عينى)

(٩) فلا يكون رضا المالك بيدهم رضا بيد غيرهم. (زاهد)

(١٠) قوله: "لا يتضمن إلخ" ولا يلزم المستعير حيث له أن يعير، والمأذون له أن يأذن، والمكاتب له أن يكاتب، لأن المستعير مالك، والمأذون والمكاتب يتصرف بحكم فك الحجر كما بعد العتق، فملك أن يملك غيره، بخلاف المودع فإنه مأمور بالحفظ، والمأمور بالشيء لا يملك أن يفوض ما أمر به إلى غيره، ولهذا الوكيل بالطلاق والعتاق لا يوكل غيره، وإن كان الناس لا يتفاوتون فيه. (ك)

(١١) أى وضع المودع الوديعة.

(١٢) حرز -بالكسر- جاى استوار. (من)

(١٣) فكما يضمن بالإيداع عند غيره، كذلك يضمن بالوضع فى حرز غيره.

(١٤) لأنه بالاستئجار صار الحرز له، وإن كان الملك لغيره.

(١٥) استثناء من قوله: فإن حفظها بغيرهم إلخ. (ع)

(١٦) قوله: "أن يقع" أى مگر آنكه در خانه وى آتش بگيرد انگاه بهمسايه بدهد، كذا قال فى ترجمة "شرح الوقاية".

(١٧) حريق: آتش زبانه زننده. (كنز اللغات)

ولا يصدق على ذلك إلا ببينة[١]؛ لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب[٢]، فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع[٣].

قال[٤]: فإن طلبها صاحبها فمنعها[٥] وهو[٦] يقدر على تسليمها ضمنها[٧]؛ لأنه[٨] متعد بالمنع، وهذا[٩] لأنه لما طالبه لم يكن راضيًا بإمساكه بعده[١٠]، فيضمنها بحبسه عنه[١١].

قال[١٢]: وإن خلطها[١٣] المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها، ثم لا سبيل للمودع عليها[١٤] عند أبي حنيفة، وقالا: إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء[١٥] مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض، والسود بالسود، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير.

لهما: أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة، وأمكنه معنى بالقسمة[١٦] معه[١٧]، فكان[١٨] استهلاكا من وجه دون وجه[١٩]، فيميل إلى أيهما[٢٠] شاء.

---

(١٨) دلالة.

(١) قوله: "إلا ببينة" ذكر شمس الأئمة الحلواني إذا وقع في بيت المودع حريق فدفع الوديعة إلى أجنبي، فإن أمكنه أن يتناولها بعض من في عياله فهو ضامن، وإلا فلا ضمان عليه لا يصدق على ذلك إلا ببينة، وفي "المنتقى": إذا علم أنه احترق داره قبل قوله: وإن لم يعلم لا تقبل إلا ببينة. (ك)

(٢) أي سبب الضمان، وهو التسليم إلى الجار.

(٣) قوله: "كما إذا ادعى إلخ" فلا يصدق إلا ببينة لأنه يدعي سقوط الضمان بعد تحقق السبب. (عيني)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) وفي نسخة: فحبسها.

(٦) الواو حالية.

(٧) بالهلاك.

(٨) المودع.

(٩) أي وجوب الضمان لكونه متعديًا بالمنع.

(١٠) أي بعد الطلب.

(١١) أي بحبس المودع الوديعة عن المالك.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) الوديعة.

(١٤) الوديعة.

(١٥) قوله: "شركه إن شاء" ولو هلك قبل التمييز هلك من مالهما. (ك)

(١٦) قوله: "وأمكنه معنى إلخ" إذ القسمة فيما يكال أو يوزن إفراز وتعيين بالإجماع، ولهذا يملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصة نفسه بلا رضاء وقضاء، وإذا كان استهلاكًا من وجه دون وجه فإن شاء مال إلى جانب الهلاك، وضمنه مثله، وإن شاء مال إلى جانب القيام، وشاركه في المخلوط. (ك)

(١٧) حيث لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة.

وله أنه[١] استهلاك من كل وجه[٢]، لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه، ولا معتبر بالقسمة[٣]؛ لأنها من موجبات الشركة، فلا تصلح[٤] موجبة لها[٥] ولو أبرأ[٦] الخالط[٧] لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة، لأنه لا حق له إلا في الدين، وقد سقط[٨]، وعندهما بالإبراء يسقط خيرة[٩] الضمان، فيتعين الشركة في المخلوط، وخلط الخل[١٠] بالزيت، وكل مائع[١١] بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان[١٢]، وهذا[١٣] بالإجماع؛ لأنه[١٤] استهلاك صورة، وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس[١٥].

ومن هذا القبيل[١٦] خلط الحنطة بالشعير في الصحيح، لأن أحدهما[١٧] لا يخلو

---

(١٨) الخلط.

(١٩) حيث أمكنه معنى.

(٢٠) أي الوجهين.

(١) أي الخلط.

(٢) قوله: "من كل وجه" لأنه ليس الاستهلاك من العباد إلا هذا، وهو التعييب، وأما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى، ولهذا كان له حق التضمين بالإجماع، وهو أمارة الاستهلاك. (ك)

(٣) قوله: "ولا معتبر إلخ" جواب عن قولهما: وأمكنه معنى بالقسمة، لأن القسمة ليست بموصلة إلى عين حقه، ولكن جعلت طريقاً للانتفاع بطريق الضرورة بناء على قيام الشركة وحكماً لها، فلا تصلح علة موجبة للشركة، لأن حكم العلة لا يكون علة العلة. (ك)

(٤) قوله: "فلا تصلح [أي قسمة]" كما قالا: من إنه لما أمكنه الوصول إلى عين حقه معنى بالقسمة فله أن يشرك إن شاء.

(٥) الشركة.

(٦) بيان ثمرة الخلاف.

(٧) عن الضمان.

(٨) بالإبراء.

(٩) اختيار.

(١٠) روغن كنجد. (من)

(١١) روان بر زمين، أي سائل كالسمن بالدهن.

(١٢) منتهيا.

(١٣) أي وجوب الضمان.

(١٤) أي هذا الخلط.

(١٥) فتعين المصير إلى الضمان.

(١٦) قوله: "ومن هذا القبيل إلخ" أي من قبيل ما يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح، لأنه لا يصل المالك إلى عين ملكه إلا بحرج، والمتعسر كالمتعذر، ولأن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير، والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة، فتعذر التمييز حقيقة، وتعذر التمييز حكماً أيضاً بالقسمة لاختلاف الجنس، لأن القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع.

عن حبات الآخر، فتعذر التمييز والقسمة، ولو خلط المائع بجنسه[١] فعند أبي حنيفة يتقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا[٢]، وعند أبي يوسف يجعل الأقل[٣] تابعًا للأكثر اعتبارًا للغالب أجزاء، وعند محمد شركه بكل حال[٤]، لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده[٥] على ما مر في الرضاع[٦]، ونظيره[٧] خلط الدراهم بمثلها إذابةً[٨]، لأنه[٩] يصير مائعًا بالإذابة.

قال[١٠]: وإن اختلطت[١١] بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها[١٢]، كما إذا انشق[١٣] الكيسان[١٤] فاختلطا، لأنه لا يضمنها لعدم الصنع[١٥]، فيشتركان[١٦]، وهذا بالاتفاق. قال[١٧]: فإن أنفق المودع بعضها[١٨]، ثم رد مثله[١٩]، فخلطه بالباقي[٢٠]

وقيل: لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالإجماع ههنا، ويكون له الخيار، وقيل: القياس أن يصير المخلوط ملكًا للخالط عند أبي حنيفة، وفي الاستحسان لا يصير. (كفاية)

(١٧) أي الحنطة والشعير.

(١) بأن خلط الخل بالخل.

(٢) قوله: "لما ذكرنا" أشار به إلى ما ذكر من قوله: لأنه استهلاك من كل وجه. (عيني)

(٣) قوله: "يجعل الأقل إلخ" فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتبارًا. (عناية)

(٤) أي سواء كان أحدهما غالبًا أو مغلوبًا، أو كانا متساويين.

(٥) أي محمد.

(٦) قوله: "على ما مر في الرضاع" من أنه إذا جمع بين لبن امرأتين في قدح، وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما عند محمد، وعند أبي يوسف العبرة للأكثر. (عيني)

(٧) ونظير خلط المائع بمثله.

(٨) قوله: "إذابةً [أذابه إذابةً: گداز ايند آن را. من]" أراد أنه إذا أذاب دراهم غيره مع دراهمه، فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك بكل حال إلى الضمان، وأبو يوسف يجعل الأقل تابعًا للأكثر في رواية عنه، وقال محمد: يشركه بكل حال. (ب)

(٩) أي الدراهم.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) الوديعة.

(١٢) وديعة.

(١٣) في صندوقه بفرض فارة أو غيره.

(١٤) كيس -بالكسر- كيسه سيم وزر. (من)

(١٥) الموجب للضمان.

(١٦) أي المودَع والمودِع.

(١٧) أي القدوري. (عيني)

(١٨) الوديعة.

(١٩) قوله: "ثم رد مثله" أي رد مثل ما أنفق قيد بالإنفاق، ورد المثل لأنه لو أخذه لأجل الإنفاق، ثم رده قبل

ضمن الجميع[١]، لأنه خلط مال غيره بماله، فيكون[٢] استهلاكًا على الوجه الذي تقدم. قال[٣]: وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة، فركبها، أو ثوبًا فلبسه، أو عبدًا فاستخدمه، أو أودعها عند غيره، ثم أزال التعدى، فردها إلى يده زال الضمان[٤]. وقال الشافعي: لا يبرأ عن الضمان، لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنًا للمنافاة[٥]، فلا يبرأ إلا بالرد على المالك.

ولنا: أن الأمر باقٍ[٦] لإطلاقه، وارتفاع[٧] حكم العقد[٨] ضرورة ثبوت نقيضه[٩]، فإذا ارتفع عاد حكم العقد كما إذا استأجره للحفظ[١٠] شهرا، فترك الحفظ فى بعضه، ثم حفظ في الباقي، فحصل الرد[١١] إلي نائب المالك[١٢].

قال[١٣]: فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها[١٤]؛ لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ، فبعد ذلك هو بالإمسالك غاصب مانع منه، فيضمنها، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان، لارتفاع العقد[١٥]، إذ المطالبة بالرد رفع من جهته،

الإنفاق لم يضمن لأنه أن خالف عاد إلى الوفاق. (عينى)

(٢٠) من الوديعة.

(١) قوله: "ضمن الجميع" أى بعضه بالإنفاق وبعضه بالخلط، وحكم الخلط ما مر من الوجوه وفاقًا وخلافًا، وهذا لأن ما أنفق صار دينًا فى ذمته، وهو لا يتفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه، فيكون خلطا لما بقى بملك نفسه، وهو موجب للضمان عليه، نعم يد المودع كيده، لكن فيما فوض إليه، وهو الحفظ لا فى الخلط. (ك)

(٢) هذا الخلط.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "زال الضمان" إنما قال: زال، لأن الضمان وجب عليه بنفس الركوب، حتى لو هلك فى حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف. (عينى)

(٥) بين الضمان والأمانة.

(٦) قوله: "ولنا أن الأمر باق" أى الأمر بالحفظ وهو الإيداع باق لإطلاق ذلك الأمر، لأن قوله: احفظ هذا المال يتناول جميع الأوقات. (عينى)

(٧) جواب عن قول الشافعى لأن عقد الوديعة ارتفع.

(٨) أى عدم الضمان.

(٩) قوله: "ضرورة ثبوت نقيضه" وهو وجوب الضمان، لأن حكم عقد الوديعة الحفظ، و عدم الضمان ونقيض هذا العقد وجوب الضمان. (حميدية)

(١٠) أى لحفظ متاعه.

(١١) قوله: "فحصل إلخ" جواب عن قول الشافعى فلا يبرأ إلا بالرد على المالك. (مل)

(١٢) وهو المودع، أعنى نفسه. (ك)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) فإنه لم يخرج بذلك عن كونه أمينًا.

والجحود فسخ من جهة المودع، كجحود الوكيل[١] الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع[٢]، فتم الرفع[٣]. أو لأن المودع يتفرد[٤] بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد، فلم يوجد الرد إلى نائب المالك[٥]، بخلاف الخلاف[٦]، ثم العود إلى الوفاق، ولو جحدها[٧] عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف، خلافًا[٨] لزفر[٩]، لأن الجحود عند غيره من باب الحفظ، لأن فيه[١٠] قطع[١١] طمع الطامعين، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه، أو طلبه[١٢]، فبقي الأمر[١٣] بخلاف ما إذا كان[١٤] بحضرته.

قال[١٥]: وللمودع أن يسافر[١٦] بالوديعة و إن[١٧] كان لها حمل[١٨] ومؤنة عند

---

(١٥) فإذا ارتفع لا يعود إلا بعقد جديد.

(١) أي بمحضر من الموكل، فكان فسخًا.

(٢) أي حصول البيع.

(٣) قوله: "فتم الرفع [أي نقض عقد الإيداع. ن]" فإنه لما جحد الوديعة فقد عزل نفسه عن الحفظ، والمالك لما طلب منه الوديعة عزله، فاتفقا على العزل. (مل)

(٤) يستقل.

(٥) لأن المودع لم يبق نائبًا بعد الجحود.

(٦) قوله: "بخلاف الخلاف إلخ" يعني إذا خالف فعلا ثم عاد إلى الوفاق يكون العقد على حاله، لأنه باق، إذ الخلاف ليس برد الأمر، لأن الأمر قول، ورد القول بقول مثله، وأما الجحود فهو قول ورد للأمر، لأن الجاحد يكون متملكًا للعين. (عيني)

(٧) قوله: "ولو جحدها [أي الوديعة]" بأن قال له رجل: ما حال وديعة فلان، فقال: ليس لفلان عندي وديعة. (ن)

(٨) قوله: "خلافًا لزفر" وإنما ذكر اختلاف زفر وأبي يوسف فحسب، وإن كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة، قيل: لأن هذا الفصل غير مذكور في "المبسوط"، وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب، فذكر كذلك. (ع)

(٩) وجه قوله: إن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو غيره. (عيني)

(١٠) الجحود.

(١١) عن الوديعة.

(١٢) قوله: "أو طلبه" [أي بالوديعة] يعني إذا طلب المودع الوديعة فكأنه عزله عن الحفظ، ولم يوجد الطلب ههنا، ولا يتفرد هو بالعزل. (ك)

(١٣) أي العقد.

(١٤) أي الجحود.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) ولا فرق بين السفر الطويل والقصير. (ع)

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) قوله: "وإن كان لها حمل [بار] ومؤنة [مشقة]" الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء، ومنه ماله حمل ومؤنة يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمال، وهذا إذا كان الطريق آمنا بأن لا يقصده أحد غالبًا، ولو قصده

أبى حنيفة. وقالا: ليس له ذلك[١] إذا كان لها حمل ومؤنة، وقال الشافعى: ليس له ذلك فى الوجهين[٢]. لأبى حنيفة إطلاق[٣] الأمر[٤] والمفازة محل للحفظ[٥] إذا كان الطريق آمنا، ولهذا[٦] يملكه[٧] الأب والوصى فى مال الصبى[٨].

ولهما: أنه يلزمه[٩] مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة، فالظاهر أنه لا يرضى به فيقيد[١٠] به، والشافعى يقيده بالحفظ[١١] المتعارف[١٢] وهو الحفظ فى الأمصار، وصار[١٣] كالاستحفاظ بأجر.

قلنا[١٤]: مؤنة الرد يلزمه[١٥] فى ملكه ضرورة امتثال[١٦] أمره[١٧]، فلا يبالى[١٨] به، والمعتاد كونهم فى المصر[١٩] لا حفظهم، ومن يكون فى المفازة[٢٠] يحفظ

يمكنه دفعه بنفسه، وبرفقة السفر لم ينهه المودع عنها. (ك)

(١) أى السفر بالوديعة.

(٢) أى ماله حمل ومؤنة وما ليس له ذلك.

(٣) عن قيد الزمان والمكان.

(٤) بالحفظ.

(٥) قوله: "والمفازة [مفازه دشت بى آب مفاوز جمع] إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره أن يقال: سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضى الجواز لكن المانع عنه متحقق، وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ. (عينى)

(٦) أى لكون المفازة محلا للحفظ.

(٧) أى السفر.

(٨) مع أن ولايتهما نظرية.

(٩) المالك، باعتبار موت المودع فى الطريق.

(١٠) قوله: "فيقيد" أى سفره بما ليس له حمل ومؤنة، لأن فيما له حمل ومؤنة إضراراً عليه. (عينى)

(١١) أى حفظ الوديعة.

(١٢) لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف.

(١٣) قوله: "وصار" أى صار حكم الوديعة فى الحفظ كما إذا استأجر رجلا ليحفظ متاعه شهراً بدرهم، فإنه لا يسافر، فلو سافر به يضمن. (عينى)

(١٤) جواب عن قولهما.

(١٥) المالك.

(١٦) فإنه أمره مطلقًا غير مقيد بمكان.

(١٧) أى لا لمعنى من قبل المودع بل ضرورة إلخ.

(١٨) لأنه ضرورى وضمنى.

(١٩) قوله: "والمعتاد كونهم إلخ" جواب عن قول الشافعى يعنى أن المعتاد كون المودعين وقت الإيداع فى المصر لا حفظهم، فإن من كان فى المفازة يحفظ ماله فيها، ولا ينقله إلى الأمصار. (ط)

(٢٠) كأهل الخباء.

ماله فيها، بخلاف[١] الاستحفاظ بأجر، لأنه عقد معاوضة[٢]، فيقتضى التسليم فى مكان العقد. وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة، فخرج بها ضمن؛ لأن التقييد مفيد إذ الحفظ فى المصر أبلغ، فكان[٣] صحيحًا.

قال[٤]: وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة، فحضر أحدهما[٥] يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبى حنيفة، وقالا: يدفع إليه نصيبه.

وفى "الجامع الصغير"[٦]: ثلاثة استودعوا رجلا ألفًا فغاب اثنان، فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده[٧]، وقالا: له ذلك، والخلاف فى المكيل والموزون[٨]، وهو المراد بالمذكور فى المختصر[٩].

لهما: أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه[١٠]، كما فى الدين المشترك[١١]، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه[١٢] وهو النصف، ولهذا كان له[١٣] أن يأخذه[١٤]،

---

(١) جواب عن قياس الشافعى فإنه قياس مع الفارق.

(٢) قوله: "لأنه عقد معاوضة" لأنه بالإجارة اشترى منافعه فالحفظ إنما يقع بمنافع الملك، فيلزمه المقام مع المالك، ليمكنه التسليم، كما وجب عليه، لأن الداخل تحت العقد المنافع فى المصر، فإذا خرج صار مخالفًا، لأن هذه المنافع غير داخلة، فضمن، وههنا إنما يحفظ على سبيل المعونة، فلا يحجر به، هذا إذا لم يعين صاحب الوديعة المصر للحفظ فيه بل أطلق الحفظ إطلاقًا، فإن عين المالك عليه الحفظ فى المصر فسافر فإن كان سفرًا له منه بد ضمن، وإن كان سفرًا لا بد له منه، فإن أمكنه الحفظ فى المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحدًا من عياله مع الوديعة فى المصر ضمن، وإن لم يمكنه ذلك لا يضمن. (كفاية)

(٣) التقييد.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) عند غيبة الآخر.

(٦) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" ليدل بوضعه على المراد بموضع الخلاف، والمراد بالمذكور فى مختصر القدورى من قوله: وديعة المكيل والموزون، لأن المذكور فيه الألف، وهو موزون، وذكر عن محمد أن الخلاف فيما يقسم، وما لا يقسم قال فى الفوائد الظهيرية: إن الأول هو الصحيح حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والد وأب، والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع. (عناية)

(٧) الإمام.

(٨) وفى غيرهما ليس له ذلك بالإجماع.

(٩) القدورى.

(١٠) لأنه مالك لنصيبه.

(١١) قوله: "كما فى الدين المشترك" أى كما يطلب الحاضر فى الدين المشترك بأن باعا عبدًا مشتركًا إذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون، كذا هذا. (عينى)

(١٢) ومن طلب ما سلم له لم يمنع عنه. (ع)

(١٣) قوله: "كان له إلخ" وهذا لأن يد المودع كيد المودع، ولو كان فى يد المودع له أن يأخذه، فكذا إذا كان فى يد نائبه.. (ك)

فكذا يؤمر بالدفع إليه. ولأبى حنيفة أنه طالبه[١] بدفع نصيب الغائب، لأنه يطالبه بالمفرز، وحقه فى المشاع، والمفرز المعين يشتمل على الحقين[٢]، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة، وليس للمودع ولاية القسمة[٣]، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع[٤].

بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه[٥] بتسليم حقه، لأن الديون تقضى بأمثالها، وقوله[٦]: له أن يأخذه، قلنا: ليس من ضرورته[٧] أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان، وعليه[٨] ألف لغيـ فلغريمه[٩] أن يأخذه[١٠] إذا ظفر به[١١]، وليس للمودع أن يدفعه إليه[١٢].

قال[١٣]: وإن أودع رجل عند رجلين شيئًا مما يقسم[١٤] لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر، لكنهما يقتسمانه، فيحفظ كل واحد منهما نصفه، وإن كان مما لا يقسم[١٥] جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر. هذا[١٦] عند أبى حنيفة، وكذلك

---

(١٤) أى يأخذ نصيبه إذا ظفر، وإن كان فى يد المودع بالاتفاق. (عناية)

(١) أى لا نسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه.

(٢) أى حق الحاضر والغائب.

(٣) لأنه ليس بوكيل فى ذلك المقسوم.

(٤) قوله: "لا يقع دفعه إلخ" فإنهما قالا: لو أخذ نصيبه، ثم هلك الباقى فى يد المودع، ثم حضر الغائب له أن يشاركه فى المقبوض، فثبت أن القسمة ليست بنافذة. (ك)

(٥) قوله: "لأنه [أى الشريك الحاضر] يطالبه" أى الشريك يطالب المديون بقضاء حقه، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما، لأن الديون تقضى بأمثالها، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما، والقضاء إنما يقع بالمقاصة، فدفع المديون نصيب الحاضر يصرف فى ملك نفسه، وليس فيه قسمة على الغائب، أما المودع فيدفع مال الوديعة بعينها، ففى دفع مال الحاضر قسمة، وهو غير مالك لها. (عينى)

(٦) أى قول الخصم. (نت) جواب عن قولهما: ولهذا كان له أن يأخذه.

(٧) أى جواز الأخذ.

(٨) أى على المودع.

(٩) قوله: "فلغريمه [رب الدين المودع]" أى لصاحب الدين وهو الغريم أن يأخذ تلك الوديعة من يد المودع إن ظفر بها. (ك)

(١٠) الألف.

(١١) لأن يد المودَع يد المودِع.

(١٢) أى إلى الغريم.

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(١٤) قوله: "مما يقسم" كالمكيل والموزون والثياب المعدودة، وكل ما لا يتعيب بالتقسيم الحسى. (ن)

(١٥) أى يتعيب بالقسمة كالعبد والدابة والثوب الواحد. (ع)

(١٦) التفصيل.

الجواب عنده في المرتهنين[١] والوكيلين بالشراء[٢] إذا سلّم أحدهما إلى الآخر.

وقالا: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين[٣]، لهما: أنه[٤] رضي بأمانتهما، فكان لكل واحد منهما أن يسلّم إلى الآخر، ولا يضمنه كما في ما لا يقسم[٥]. وله: أنه[٦] رضي بحفظهما، ولم يرضَ بحفظ أحدهما كله[٧]، لأن الفعل[٨] متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئ يتناول البعض دون الكل، فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك، فيضمن الدافع، ولا يضمن القابض، لأن مودع المودع عنده[٩] لا يضمن، وهذا[١٠] بخلاف ما لا يقسم، لأنه لما أودعهما، ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار[١١]، وأمكنهما المهايأة[١٢] كان المالك راضيًا بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال.

وإذا قال صاحب الوديعة للمودع: لا تسلمها لى زوجتك، فسلمها إليها[١٣] لا يضمن[١٤]، وفي "الجامع الصغير": إذا نهاه[١٥] أن يدفها إلى أحد من عياله[١٦] فدفها

---

(١) قوله: "في المرتهنين" بأن رهن رجل عند رجلين ما يمكن قسمته، فدفع أحدهما إلى الآخر، ضمن عند أبي حنيفة، خلافًا لهما وإذا رهن شيئًا مما لا يقسم عند رجلين، فلكل واحد من المرتهنين أن يحفظ الرهن بإذن الآخر. (مل)

(٢) قوله: "والوكيلين بالشراء" بأن وكل رجل رجلين بشراء شيء، فدفع إليهما ما لا مما يقسم فدفعه إلى الآخر، فضاع ضمن النصف. (عيني)

(٣) أي فيما يقسم وما لا يقسم.

(٤) المودِع.

(٥) قوله: "كما في ما لا يقسم" هما قاسا ما يقسم على ما لا يقسم، والجامع وجود الرضا دلالة في الدفع لاعتماده على أمانتهما. (عيني)

(٦) أي المودِع.

(٧) أي كل الوديعة.

(٨) أي فعل الاستحفاظ.

(٩) أي الإمام.

(١٠) إشارة إلى بيان الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم.

(١١) أي ساعاتهما. (كنز)

(١٢) قوله: "المهايأة [أي مناوبة]" هي لغة مفاعلة من التهيؤ، وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به، وحقيقته أن كلا منهم رضي بهيئة واحدة، ويختارها.

وقيل: مفاعلة من التهيؤ، فكأنه يتهيأ لانتفاع به عند فراغ صاحبه، والفرق بين القسمة والتهايؤ أن الأول تجمع المنافع في زمان واحد، والثاني يجمع على التعاقب، وشرعًا قسمة المنافع. (مجمع الأنهر)

(١٣) معناه إذا لم يكن له من التسليم إليها بد علم ذلك من رواية "الجامع الصغير".

(١٤) قوله: "لا يضمن" لأن هذا الشرط لا يفيد، فصار لغوًا، لأنه لم يكن له بد من التسليم إليها. (عيني)

(١٥) أي المودِع والمودَع.

إلى من لا بد منه[١] لا يضمن[٢]، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه، وكما إذا كانت[٣] شيئًا يحفظ على يد النساء، فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول[٤]، لأنه لا يمكن إقامة العمل[٥] مع مراعاة هذا الشرط[٦] وإن[٧] كان مفيدًا فيلغو، وإن كان له[٨] منه بد ضمن لأن الشرط مفيد، فإن من العيال من لا يؤتمن على المال، وقد أمكن العمل به[٩] مع مراعاة هذا الشرط[١٠]، فاعتبر[١١].

وإن قال: احفظها في هذا البيت، فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن[١٢]، لأن الشرط غير مفيد، فإن البيتين في دار واحد، لا يتفاوتان في الحرز[١٣]. وإن حفظها في دار أخرى ضمن؛ لأن الدارين تتفاوتان في الحرز، فكان[١٤] مفيدًا، فيصح التقييد، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرًا بأن كانت الدار

---

(١٦) قوله: "من عياله" عيل ككيس زن وفرزند مرد وهر كه در نفقة ومؤنت او باشد عيال ككتاب جمع. (من)

(١) بأن لم يكن له عيال سواه. (ك)

(٢) بالدفع إليه. (ك)

(٣) الوديعة.

(٤) قوله: "وهو محمل إلخ" أى فرواية "الجامع الصغير" بقوله: فدفعها إلى من لا بد له منه لم يضمن محمل رواية القدورى التى ذكرها مطلقًا، فإنه لا يضمن حتى إذا كان له منه بد بأن كانت الوديعة شيئًا خفيفًا يمكن للمودع استحفاظه، واستصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه، فدفعه إلى عياله ضمن.

والمودع إذا وضع الوديعة فى حانوته فقال له صاحبها: لا تضع فى الحانوت، فإنه مخوف، فتركها فيه حتى سرق ليلا إن لم يكن له موضع آخر أحرز من الحانوت لا يضمن، وإن كان له موضع آخر أحرز من الحانوت، فهو ضامن إذا كان قادرًا على الحمل. (ك)

(٥) أى الحفظ.

(٦) أى لا يدفع إلى امرأته.

(٧) الواو وصلية.

(٨) أى ممن هو فى عياله.

(٩) أى بتعيين المودع عدم الدفع إلى من فى عياله. (عينى)

(١٠) لأنه شرط مفيد، وأمكن العمل به.

(١١) قوله: "فاعتبر" والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيدًا، والعمل به ممكنا وجب مراعاته، والمخالفة فيه توجب الضمان، وإن لم يكن مفيدًا أو كان، ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو، وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأة، وله امرأة أخرى فخالف فهلك ضمن. (ع)

(١٢) قوله: "لم يضمن" وهذا استحسان، وفى القياس يضمن، لأن البيتين قد يتفاوتان فى الحرز بأن يكون ظهر أحدهما إلى السكة، فيتمكن السارق من الأخذ منه ما لا يتمكن من البيت الآخر، فيفيد الشرط، وقد خالفه، فيضمن. (ك)

(١٣) قوله: "لا يتفاوتان فى الحرز" كما إذا قال له: احفظها فى هذا الجانب من البيت، فحفظها فى الجانب الآخر، أو قال: احفظها فى هذ الصندوق، فحفظها فى صندوق آخر. (ك)

(١٤) الشرط.

التى فيها البيتان عظمة، والبيت الذى نهاه عن الحفظ فيه عورة[١] ظاهرة[٢] صح الشرط. قال[٣]: ومن أودع رجلا وديعة، فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول، وليس له أن يضمن الآخر[٤]، وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: له أن يضمن أيهما[٥] شاء، فإن ضمّن الأول لا يرجع[٦] على الآخر، وإن ضمن الآخر رجع على الأول[٧]. لهما: أنه[٨] قبض المال من يد ضمين، فيضمنه كمودع الغاصب، وهذا[٩] لأن المالك لم يرض بأمانة غيره، فيكون الأول متعديًا بالتسليم والثانى بالقبض، فيخير[١٠] بينهما[١١]، غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على[١٢] الثانى، لأنه[١٣] ملكه[١٤] بالضمان فظهر أنه[١٥] أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثانى رجع[١٦] على الأول، لأنه عامل له[١٧]، فيرجع عليه[١٨] بما لحقه من العهدة[١٩].

وله أنه قبض المال من يد أمين، لأنه[٢٠] بالدفع لا يضمن[٢١] ما لم

---

(١) قوله: "عورة [خلل وعيب ورخنه]" قال فى ديوان: الأدب العورة سوءة الإنسان، وكل موضع يتخوف منه، فهو عورة، وكذلك كل أمر يستحيى منه، فهو عورة، وعورات الجبال شقوقها، وقال فى "الكشاف": العورة: الخلل، قال الله تعالى: ﴿يقولون إن بيوتنا عورة وما هى بعورة إن يريدون إلا فراراً﴾. (مير جان)

(٢) لكونه مفيداً.

(٣) أى محمد. (عينى)

(٤) أى مودع المودع.

(٥) أى المودَع، ومودَع المودَع.

(٦) الأول.

(٧) قوله: "رجع [الآخر] على الأول" لأن الآخر مغرور من جهة الأول، فإنه أودعه على أنه ملكه، وأنه لا يلحقه ضمان بالهلاك فى يده، فإذا لحقه الضمان رجع عليه. (عينى)

(٨) الآخر.

(٩) أى القبض من يد ضمين.

(١٠) المالك.

(١١) أى بين تضمين الأول، وتضمين الثانى.

(١٢) الأول.

(١٣) الأول.

(١٤) المال.

(١٥) الأول.

(١٦) الثانى.

(١٧) الأول.

(١٨) أى على الأول.

(١٩) وهو الضمان.

يفارقه[١] لحضور رأيه[٢]، فلا تعدى منهما[٣]، فإذا فارقه[٤] فقد ترك[٥] الحفظ الملتزم، فيضمنه[٦] بذلك[٧]، وأما الثاني، فمستمر على الحالة الأولى[٨]، ولم يوجد[٩] منه صنع، فلا يضمنه[١٠] كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره[١١].

قال[١٢]: ومن كان في يده ألف، فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها[١٣] له أودعها إياه، وأبى[١٤] أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه[١٥] ألف أخرى بينهما[١٦]، وشرح ذلك[١٧] أن دعوى كل واحد صحيحة[١٨] لاحتمالها الصدق، فيستحق الحلف على المنكر بالحديث[١٩]، يحلف لكل واحد على الإنفراد[٢٠] لتغاير الحقين[٢١]، وبأيهما بدأ القاضي جاز[٢٢] لتعذر الجمع بينهما، وعدم الأولوية[٢٣]، ولو تشاحا[٢٤]

(٢٠) الأول.
(٢١) لوجود ما هو المقصود من حفظه. (ع)
(١) الأول.
(٢) أى رأى الأول.
(٣) قوله: "منهما" أى من المودع الأول والمودع الثانى ما داما مجتمعين.
(٤) أى الأول.
(٥) أى الأول.
(٦) أى الأول.
(٧) أى بسبب ترك الحفظ.
(٨) وهو القبض من أمين. (ع)
(٩) بعد ذلك.
(١٠) قوله: "فلا يضمنه" بخلاف مودع الغاصب لأن الأول بمجرد الدفع متعد والثانى بالأخذ. (عينى)
(١١) فإنه لا يضمن بدون التعدى.
(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (مير جان)
(١٣) الألف.
(١٤) صاحب اليد.
(١٥) أى على صاحب اليد.
(١٦) أى بين المدعيين.
(١٧) الحكم.
(١٨) قوله: "صحيحة" أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحد مودعًا من اثنين بكماله. (ك)
(١٩) أى الحديث: «البينة على المدعى واليمين على المنكر».
(٢٠) لأن كل واحد يدعى ألفًا. (ع)
(٢١) قوله: "لتغاير الحقين" لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده. (كافى)

أقرع بينهما تطييبًا لقلبهما، ونفيًا لتهمة الميل[١].

ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثانى فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة[٢]، وإن نكل أعنى الثانى[٣] يقضى له لوجود الحجة[٤]، وإن نكل للأول يحلف للثانى، ولا يقضى بالنكول[٥] بخلاف ما إذا أقر[٦] لأحدهما[٧]، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه، فيقضى به[٨]، أما النكول إنما يصير[٩] حجة عند القضاء[١٠]، فجاز أن يؤخر ليحلف للثانى، فينكشف وجه القضاء[١١].

ولو نكل للثانى أيضًا يقضى[١٢] بينهما نصفين على ما ذكر فى الكتاب[١٣]، لاستواءهما فى الحجة، كما إذا أقاما البينة، ويغرم[١٤] ألفًا أخرى بينهما، لأنه[١٥] أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله[١٦]، أو بإقراره[١٧]، وذلك[١٨] حجة فى حقه،

---

(٢٢) قوله: "جاز" لأنه لا ضرر للآخر فى التأخير على تقرير النكول للأول، لأنه لا يعطى به حتى نكل للثانى. (مل)

(٢٣) بعدم المرجح.

(٢٤) قوله: "ولو تشاحا [أى تنازعا فى البداية بالحلف]" تشاح همديگر حريصى كردن بركارى تافوت نشود، يقال: تشاح الرجلان على الأمر، أى لا يريدان أن يفوتهما. (من)

(١) أى ميل القاضى إلى أحدهما.

(٢) من جهة المدعيين.

(٣) أى بعد ما حلف للأول. (ك)

(٤) أى النكول.

(٥) قوله: "ولا يقضى [أى للأول. ع] بالنكول" لأن من حجة الآخر أن يقول: لو برأت لى بالاستحلاف لكان ينكل أيضًا. (ك)

(٦) أى صاحب اليد.

(٧) فحينئذ يحكم للمقر له.

(٨) بدون توقف على الاستحلاف للثانى.

(٩) قوله: "إنما يصير حجة إلخ" ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء.(ك)

(١٠) بإنزاله مقرًا أو باذلا.

(١١) قوله: "فينكشف وجه القضاء" بأنه يقضى بالألف لها، أو لأحدهما لأنه لو حلف للثانى فلا شيء له، والألف كله الأول، ولو نكل للثانى أيضًا كان الألف بينهما، فلهذا يتوقف فى القضاء حتى يظهر وجه القضاء. (ك)

(١٢) بالألف.

(١٣) الجامع الصغير.

(١٤) صاحب اليد.

(١٥) أى لأن المودع المنكر.

(١٦) أى عند أبى حنيفة لأن النكول بذل عنده.

(١٧) هذا عندهما لأن النكول إقرار عندهما.

وبالصرف إليهما[1] صار قاضيًا نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه.

ولو قضى القاضى للأول حين نكل ذكر الإمام البزدوى فى "شرح الجامع الصغير" أنه يحلف للثانى، فإذا نكل[2] يقضى بينهما[3]، لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثانى، لأنه[4] يقدمه[5] إما بنفسه[6]، أو بالقرعة، وكل ذلك[7] لا يبطل حق الثانى. وذكر الخصاف أنه نفذ قضاءه للأول[8]، ووضع المسألة فى العبد[9]، وإنما نفذ[10] لمصادفته محل الاجتهاد، لأن من العلماء من قال: يقضى للأول[11]، ولا ينتظر[12] لكونه[13] إقرارًا دلالةً.

ثم لا يحلف[14] للثانى ما هذا العبد لى، لأن نكوله لا يفيد بعد ما صار[15] للأول، وهل يحلفه بالله ما لهذا[16] عليك هذا العبد، ولا قيمته[17]، وهو[18] كذا وكذا، ولا أقل منه.

---

(١٨) قوله: "وذلك" أى الإقرار أو البذل حجة فى حقه، أى فى حق المودع المنكر. (مل)

(١) قوله: "وبالصرف إليهما" أى بصرف المودع الألف إلي المدعيين صار قاضيًا نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر، فيغرم الألف الذى صرف إليهما، فيصير ألفان. (عينى)

(٢) قوله: "فإذا نكل [أى الثانى] إلخ" ولم يذكر أنه إذا حلف للثانى ما ذا حكمه، قال أخوه فى "شرح الجامع الصغير": فإن حلف يقضى بنكوله الأول. (ع)

(٣) بالألف، ويغرم ألفًا آخر بينهما.

(٤) القاضى.

(٥) أى الأول على الثانى.

(٦) أى باختياره.

(٧) أى تقديمه الأول باختياره، أو بالقرعة.

(٨) يعنى يكون كل الألف له، ولا يكون بينهما. (عينى)

(٩) قوله: "ووضع المسألة إلخ" بأن كان فى يده عبد، فادعاه رجلان كل واحد أنه له، وأودعه إياه. (عينى)

(١٠) أى قضاء القاضى للأول.

(١١) بالنكول.

(١٢) القاضى للثانى.

(١٣) أى لكون النكول.

(١٤) قوله: "ثم لا يحلف إلخ" أى لا يحلف ذلك المنكر للمدعى الثانى بأن يقول المدعى مخاطبًا إليه: احلف بالله ما هذا العبد لى، أى لا يحلفه بالاقتصار على لفظ العبد، ولكن يضم إليه قوله: ولا قيمته. (مل)

(١٥) العبد.

(١٦) أى للثانى.

(١٧) العبد.

(١٨) وفى نسخة: وهى.

قال(١): ينبغي أن يحلفه عند محمد خلافًا لأبي يوسف بناءً على أن المودع(٢) إذا أقر بالوديعة(٣)، ودفع بالقضاء إلى غيره(٤) يضمنه(٥) عند محمد خلافًا له(٦)، وهذه(٧) فريعة تلك المسألة(٨)، وقد وقع(٩) فيه(١٠) بعض الإطناب، والله أعلم.

كتاب العارية(١١)

قال(١٢): العارية جائزة؛ لأنه نوع إحسان، وقد استعار النبي عليه السلام(١٣)

---

(١) أي الخصاف.

(٢) قوله: "بناء على أن إلخ" فإن قلت: ما وجه بناء المسألة المتقدمة على المسألة الثانية، قلت: لأن النكول إقرار فبالإقرار بالوديعة ضمن عند محمد، وكذا بالنكول فيأتي التحليف، وعند أبي يوسف لا يضمن ثمه بالإقرار، وكذا ههنا بالنكول، فلا فائدة في التحليف. (عيني)

(٣) قوله: "إذا أقر [لرجل] بالوديعة إلخ" إذا أقر بالوديعة لزيد، ثم قال: لا، بل أودعنيه فلان آخر قضى للأول، لأن الثاني رجوع، فإن دفعه إلى الأول بغير قضاء ضمن، وإن دفعه بقضاء فكذلك عند محمد، لأنه مقر بلزوم الحفظ للثاني، ثم عرضه للتلف بإقراره، وعند أبي يوسف لا يضمن، لأن القبض كان بإذن، والدفع بإكراه القاضي.
ووجه البناء على هذه المسألة أن الإقرار بالوديعة للثاني بعد ما استحقه الأول بإقراره الأول، لما كان مفيدًا لوجوب الضمان للمقر له الثاني عند محمد ينبغي أن يحلفه للثاني، وإن استحقه الأول في مسألة الكتاب عند محمد لأن فائدة الحلف النكول، وهو الإقرار، والإقرار للثاني مفيد للضمان له، وعند أبي يوسف لا يحلف، لأنه لا يضمن بالإقرار عنده، فكذا بالنكول، فلا فائدة للتحليف. (ك)

(٤) أي غير المقر له.

(٥) قوله: "يضمنه" أي يضمن ما أقر بالوديعة لأنه أقر بالتزام الحفظ، فمتى أقر به لإنسان فقد سلطه على الأخذ، فصار تاركًا للحفظ الواجب عليه بالعقد. (عيني)

(٦) قوله: "خلافًا له" أي لأبي يوسف لأن بمجرد الإقرار لم يفت على الثاني شيء، وإنما الفوات بالدفع بإكراه القاضي، فلا يكون موجبًا للضمان. (عيني)

(٧) أي المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودع للثاني بعد قضاءه للأول.

(٨) قوله: "تلك المسألة [أي ولها تفريعات ذكرت في المطولات. ع]" يعني المسألة التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد في الضمان، وعدمه. (عيني)

(٩) قوله: "وقد وقع" أي قد وقع في تلك المسألة بعض المبالغة في البيان ببيان التفريعات في الأصل، في باب إقرار الرجل بالمال، ودفعه إلى آخر لكن لم يذكر محمد في "الأصل" خلافًا لأبي يوسف، بل ذكر الضمان مطلقًا، كذا في "غاية البيان".

(١٠) وفي نسخة: فيها.

(١١) قوله: "كتاب العارية [تقدم مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة. نت]" قال الجوهري في "الصحاح": العارية -بالتشديد- منسوبة إلى العار، لأن طلبها عيب وعار، وقال المطرزي في "المغرب": العارية أصلها عورية فعلية منسوبة إلى العار اسم من الإعارة، وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ، انتهى.
وقيل: هي مشتقة من التعاور وهو التناوب، فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء، ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضا، لأنه بال ينتفع بها إلا باستهلاك العين، فلا يعود النوبة إليه في تلك العين، لتكون عارية حقيقة، وإنما تعود النوبة إليها في مثلها. (نت)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

دروعًا[١] من صفوان[٢]*، وهى تمليك المنافع بغير عوض، وكان الكرخى يقول[٣]: هى إباحة الانتفاع بملك الغير، لأنها تنعقد بلفظة الإباحة[٤]، ولا يشترط فيه ضرب المدة[٥]، ومع الجهالة لا يصح التمليك، وكذلك يعمل فيه النهى[٦]، ولا يملك الإجارة من غيره[٧]. ونحن نقول: إنه[٨] ينبئ عن التمليك، فإن العارية من العريّة[٩]، وهى العطية، ولهذا ينعقد بلفظة التمليك[١٠]، والمنافع[١١] قابلة للملك كالأعيان، والتمليك نوعان: بعوض، وبغير عوض، ثم الأعيان تقبل النوعين[١٢]، فكذا المنافع، والجامع بينهما دفع الحاجة[١٣]. ولفظة الإباحة[١٤] استعيرت للتمليك، كما فى الإجارة، فإنها تنعقد بلفظة الإباحة، وهى[١٥] تمليك، والجهالة[١٦] لا تفضى

---

(١٣) فى غزوة حنين. (ت) أخرجه أبو داود. (ت)

(١) مائة أدرع.

(٢) ابن أمية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٦، والدراية ج٢، الحديث ٨٥ ص١٨١. (نعيم)

(٣) واستدل بأربع دلائل.

(٤) قوله: "لأنها تنعقد إلخ" يعنى أنه إن قال المعير: أبحت هذا الثوب مثلا يكون عارية، والتمليك لا ينعقد بلفظ الإباحة. (مل)

(٥) قوله: "ولا يشترط فيه ضرب المدة" أى إعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة إلا بذكر المدة، ومع الجهالة لا يصح التمليك كما فى الإجارة. (ك)

(٦) قوله: "وكذلك يعمل فيه النهى [أى نهى المعير]" أى يبطل الإعارة بالنهى، ولو كانت تمليكًا لما بطلت بالنهى كالهبة والإجارة. (ك)

(٧) قوله: "ولا يملك [المستعير] الإجارة [أى إجارة ما استعاره] من غيره" ومن ملك شيئًا بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض، وبغير عوض كالموهوب له. (ك)

(٨) أى إن لفظ العارية.

(٩) قوله: "من العرية" [هذا يخالف ما ذكر فى المغرب. (ك)] فيه مناقشة، لأن العارية أجوف واوى، ولهذا ذكره أهل اللغة فى باب عور والعرية ناقص، وحرف العلة فى لامه فلذلك ذكره أهل اللغة فى باب عرو. (عينى)

(١٠) فإن من قال لغيره: ملكتك منافع هذا العين شهرًا كانت إعارة. (ك)

(١١) قوله: "والمنافع إلخ" جواب لما يقال: من أن المنافع إعراض لا تبقى، فلا تقبل التمليك.

(١٢) قوله: "ثم الأعيان تقبل النوعين" أى تمليك العين بعوض كالبيع، وتمليكها بغير عوض كالهبة والصدقة، فكذلك المنافع تقبل النوعين بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية، والجامع بينهما، أى بين الأعيان والمنافع دفع الحاجة، أى دفع حاجة الناس، فكما أنهم محتاجون إلى نوعى التمليك فى الأعيان فكذلك محتاجون إلى ذلك فى المنافع. (عينى)

(١٣) قوله: "دفع الحاجة" فإن قلت: الحاجة تندفع بالإباحة، قلت: لعل حاجته إلى انتفاع الغير أيضًا. (ك)

(١٤) جواب عن قول الكرخى: إنها تنعقد بلفظ الإباحة.

(١٥) أى الإجارة، الواو حالية.

(١٦) قوله: "والجهالة إلخ" جواب عن قوله: ومع الجهالة لا يصح التمليك، ووجهه أن الجهالة المانعة هى الجهالة

إلى المنازعة لعدم اللزوم[1]، فلا تكون[2] ضائرة[3]، ولأن الملك إنما يثبت[4] بالقبض، وهو[5] الانتفاع، وعند ذلك[6] لا جهالة، والنهي[7] منع عن التحصيل[8]، فلا يتحصل المنافع على ملكه، ولا يملك[9] الإجارة لدفع زيادة الضرر[10] على ما نذكره إن شاء الله تعالى[11].

قال[12]: وتصح بقوله: أعرتك؛ لأنه صريح[13] فيه[14]، وأطعمتك هذه الأرض[15]؛ لأنه مستعمل فيه[16]، ومنحتك هذا الثوب[17]، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به[18] الهبة؛ لأنهما لتمليك العين[19]، وعند عدم إرادته الهبة[20]

المفضية إلى النزاع، هذه ليست كذلك. (عيني)

(١) لأن المعير له أن يفسخ العقد في كل ساعة.

(٢) الجهالة.

(٣) ضاره الأمر ضيراً: گزند رسانيد او را كار وزيان كرد. (من)

(٤) في العارية.

(٥) أي القبض.

(٦) أي الانتفاع بالعارية.

(٧) قوله: "والنهي إلخ" جواب عن قوله: وكذلك يعمل النهي فيه، ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك بل من حيث إنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعدوله ذلك، لكونها عقداً غير لازم، فكان له الرجوع أي وقت شاء. (ع)

(٨) قوله: "منع عن التحصيل" أي رجوع عن تمليك المنافع والرجوع عنه قبل اتصال الملك به يصح. (ك)

(٩) أي المستعير جواب عن قوله: ولا يملك الإجارة من غيره.

(١٠) قوله: "لدفع زيادة الضرر [بالمعير]" أي لا يملك المستعير أن يؤاجر المستعار، لأن الإجارة ما وضعت في الشرع إلا لازمة، وفي ذلك سد باب الاسترداد، فيتضرر به المعير. (ك)

(١١) عند قوله: وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) أي حقيقة. (ع)

(١٤) أي في عقد العارية.

(١٥) قوله: "وأطعمتك إلخ" الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تمليك عينه، وإن أضيف إلى ما لا يطعم عينه كالأرض يراد به أكل غلتها إطلاقاً لاسم المحل على الحال. (عيني)

(١٦) أي في عقد العارية مجازاً.

(١٧) قوله: "ومنحتك [أي أعطيتك] إلخ" المنحة تمليك غلة الشيء مع بقاء رقبته على ملكه يقال: منحتك هذه الجارية، وهذا الشجر يراد به تمليك الغلة التي تتولد منه. (منافع)

(١٨) أي بكل واحد من الأخريين.

(١٩) حقيقة.

(٢٠) قوله: "وعند عدم إلخ" فيه أنهما لما كانا لتمليك العين حقيقة، والحقيقة تراد باللفظ بلا نية، فعند عدم إرادة

يحمل على تمليك المنافع تجوزًا[١].

قال: وأخدمتك هذا العبد؛ لأنه إذن له في استخدامه[٢]. وداري لك سكنى؛ لأن معناه سكناها لك[٣]، وداري لك عمري[٤] سكنى؛ لأنه جعل سكناها له مدة عمره، وجعل قوله: سكنى تفسيرًا لقوله: لك[٥]؛ لأنه[٦] يحتمل تمليك المنافع[٧]، فحمل[٨] عليه بدلالة آخره[٩].

قال[١٠]: وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء[١١]؛ لقوله عليه السلام[١٢]: «المنحة مردودة[١٣] والعارية مؤداة[١٤]»*، ولأن المنافع تملك شيئًا فشيئًا على حسب حدوثها، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض[١٥]، فصح الرجوع عنه[١٦].

الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة، بل على الهبة، والجواب أن تقدير العبارة وعند عدم إرادة الهبة وإرادة العارية يحمل إلخ، تأمل. (مل)

(١) قوله: "تجوزًا [أي من حيث العرف. ع]" فيه أنه جعل ههنا هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين، ومجازًا لتمليك المنفعة، ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان ألفاظها وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة، وعلل بأن الحمل هو الإركاب حقيقة، فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة. (ك)

(٢) فكان عارية.

(٣) فكان عارية.

(٤) قوله: "عمري" العمرى أن يقول لصاحبه: أعمرتك داري، أي جعلتها لك مدة عمرك، فإذا قيل هذا واتصل به القبض كان تمليكًا لرقبتها.

(٥) قوله: "تفسيرًا إلخ" لأنه منصوب على التمييز من قوله: لك، لأن قوله: لك يحتمل تمليك العين، وتمليك المنفعة، فإذا ميزه تعينت المنفعة، فحمل الكلام عليه، أي على تمليك المنافع بدلالة آخره. (٤)

(٦) أي قوله: لك.

(٧) كما يحتمل تمليك العين.

(٨) وفي نسخة: فيحمل.

(٩) أي آخر الكلام وهو السكنى.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة.

(١٢) أخرجه أبو داود عن أبي أمامة. (ت)

(١٣) قوله: "المنحة مردودة" المنحة نوع من العارية هي أن يعطي الرجل شاة، أو بقرة، أو ناقة ليشرب لبنها، ثم ترد الشاة أو غيرها إلى المالك. (ك)

(١٤) قوله: "والعارية مؤداة [أداه تادية رسانيد آن را. من]" فيه تعميم بعد تخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة، وفيه زيادة مبالغة في أن العارية تستحق الرد. (٤)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١١٨، والدراية ج٢، الحديث ٨٥١ ص١٨٢. (نعيم)

(١٥) قوله: "لم يتصل به القبض" لأن المنافع التي لم تحدث لا يتصور فيها القبض. (عيني)

(١٦) أي عما لم يوجد لأن التمليك لا يكون إلا في الموجود.

قال[1] : والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد[2] لم يضمن، وقال الشافعي: يضمن؛ لأنه قبض مال غيره لنفسه[3]، لا عن استحقاق[4] فيضمنه، والإذن[5] ثبت ضرورة الانتفاع، فلا يظهر فيما وراءه[6]، ولهذا[7] كان واجب الرد[8]، وصار كالمقبوض[9] على سوم الشراء[10].

ولنا: أن اللفظ[11] لا ينبئ عن التزام الضمان؛ لأنه لتمليك المنافع بغير عوض، أو لإباحتها[12]، والقبض لم يقع تعديًا[13] لكونه مأذونًا فيه، والإذن[14] وإن[15] ثبت لأجل الانتفاع فهو[16] ما قبضه إلا للانتفاع، فلم يقع[17] تعديًا[18]، وإنما وجب الرد[19] مؤنة[20] كنفقة المستعار، فإنها على المستعير لا لنقض القبض، والمقبوض[21]

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "من غير تعد" فإن كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمله مثلها، أو استعمله استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب وجب الضمان بالإجماع. (ع)

(٣) قوله: "لنفسه" احتراز عن الوديعة، لأن قبض المودع لأجل المودع لا لمنفعة نفسه. (ع)

(٤) قوله: "لا عن استحقاق" أي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه، احتراز عن الإجارة، فإن المستأجر يقبض المستأجر لحق ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه. (ع)

(٥) قوله: "والإذن إلخ" جواب سؤال، وهو أن القبض بالإذن لا يوجب الضمان. (ع)

(٦) ضرورة.

(٧) أي لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق. (نت)

(٨) العارية.

(٩) قوله: "وصار إلخ" فإن المقبول على سوم الشراء وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا. (عيني)

(١٠) سمت بالسلعة بها كردم متاع را. (من)

(١١) أي اللفظ الذي ينعقد به العارية. (ع)

(١٢) أي المنافع على اختلاف القولين على ما مر.

(١٣) وإنما يوجب القبض الضمان إذا وقع تعديًا.

(١٤) جواب عن قوله: والإذن ثبت إلخ.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) مستعير.

(١٧) قبض.

(١٨) ولا ضمان بدون التعدي.

(١٩) قوله: "وإنما وجب الرد إلخ" جواب عن قول الشافعي: إن قبضه يوجب ضمان الرد حال قيام العين لنقض القبض، فيوجب ضمان القيمة حال هلاكه كالغصب، فأجاب بأن ضمان الرد عليه إنما وجب، لأن منفعة القبض حصلت للمستعير كنفقة المستعار، فإنها على المستعير لا لنقض القبض حتى يوجب الضمان.

ويدل على أن القبض تعد بخلاف الغصب فإن الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا إذن. (مل)

على سوم الشراء مضمون بالعقد[١]؛ لأن الأخذ في العقد[٢] له حكم العقد على ما عرف في موضعه[٣]. قال[٤]: وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره فإن آجره فعطب[٥] ضمن؛ لأن الإعارة دون الإجارة[٦]، والشيء لا يتضمن ما هو فوقه، ولأنا لو صححناه[٧] لا يصح إلا لازمًا[٨]، لأنه حينئذٍ يكون بتسليط من المعير[٩]، وفي وقوعه لازمًا زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة، فأبطلناه[١٠]. فإن آجره[١١] ضمنه حين سلمه[١٢]؛ لأنه إذا لم يتناوله[١٣] العارية كان غصبًا، وإن شاء المعير ضمّن المستأجر، لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه. ثم إن ضمّن[١٤] المستعير لا يرجع على المستأجر[١٥]؛ لأنه ظهر أنه[١٦] آجر ملك نفسه[١٧]، وإن ضمّن[١٨] المستأجر يرجع[١٩] على المؤاجر[٢٠] إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده[٢١]

قوله: وإنما وجب الرد إلخ أي إنما وجب ضمان الرد مؤنة للقبض الحاصل لنفسه وهو كالنفقة تجب على المستعير، لأن منفعة القبض حاصلة له لا لنقض القبض. (كافي)

(٢٠) أي لمؤنة القبض.

(٢١) جواب عن قوله: وصار كالمقبوض إلخ.

(١) قوله: "مضمون إلخ" أي لا يلزم الضمان بالقبض نفسه، ولكن بالقبض بجهة الشراء إذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد، فكذا بجهته. (ك)

(٢) أي الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه [أي من أخذ فيه بمعنى شرع فيه. (نت)

(٣) قوله: "في موضعه" قيل: يريد به نسخ طريقة الخلاف، وقيل: كتاب الإجارات من "المبسوط". (عناية)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) أي هلك.

(٦) لأن الإجارة عقد لازم دون الإعارة. (عيني)

(٧) أي عقد إجار المستعير.

(٨) فإن الإجارة لا تكون إلا لازمًا.

(٩) لأن اللزوم لا يكون إلا منه.

(١٠) أي عقد الإجارة.

(١١) المستعير.

(١٢) لمستعير.

(١٣) الإجارة.

(١٤) المعير.

(١٥) بعد الهلك عند المستأجر.

(١٦) المستعير.

(١٧) لأنه ملكه بالضمان.

(١٨) المعير.

دفعًا لضرر الغرور[١]، بخلاف ما إذا علم[٢].

قال[٣]: وله[٤] أن يعيره إذا كان لا يختلف[٥] باختلاف المستعمل، وقال الشافعي: ليس له أن يعيره، لإنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل[٦]، والمباح له لا يملك الإباحة، وهذا[٧] لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة، وإنما جعلناها موجودة فى الإجارة للضرورة[٨]، واندفعت[٩] بالإباحة[١٠] ههنا[١١].

ونحن نقول: هو تمليك المنافع على ما ذكرنا[١٢]، فيملك[١٣] الإعارة كالموصى له بالخدمة[١٤]، والمنافع اعتبرت قابلة للملك فى الإجارة[١٥]، فتجعل كذلك فى الإعارة[١٦] دفعًا للحاجة[١٧]، وإنما لا يجوز[١٨] فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعًا

---

(١٩) المستأجر.

(٢٠) المستعير.

(٢١) مستعير.

(١) عن المستأجر.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا علم" أى المستأجر بكونها عارية فى يد الموجر حيث لم يرجع عليه، لأنه لم يوجد منه الغرور. (عينى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "وله" أى المستعير، معناه أن للمستعير أن يعير المستعار إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل، وقد تقرر فى عامة كتب الفقه حتى المتون إن اختصاص ولاية الإعارة للمستعير بما إذا كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل إنما هو إذا صدرت الإعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعير بنفسه، وأما إذا صدرت الإعارة مطلقة فللمستعير ولاية الإعارة مطلقًا سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل، أو مما لا يختلف به، وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية. (نت)

(٥) قوله: "إذا كان لا يختلف إلخ" كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة. (ع)

(٦) أى فى عنفوان كتاب العارية.

(٧) أى كون الإعارة إباحة. (ع)

(٨) أى ضرورة دفع حاجة الناس. (نت)

(٩) الضرورة.

(١٠) فإذا اندفعت بالإباحة لا يصار إلى التمليك.

(١١) أى فى الإعارة.

(١٢) فى عنفوان كتاب العارية.

(١٣) المستعير.

(١٤) قوله: "كالموصى له بالخدمة [أى بخدمة العبد]" أى جاز له أن يعير لتملكه المنفعة. (ع)

(١٥) قوله: "والمنافع إلخ" جواب عن قول الشافعي: والمنافع غير قابلة للملك، وتقريره إنا لا نسلم أنها غير قابلة للملك، فإنها تملك بالعقد كما فى الإجارة. (عينى)

(١٦) أى قابلة للملك.

لمزيد الضرر عن المعير ؛ لأنه[١] رضى باستعماله[٢] لا باستعمال غيره .

قال[٣] رضى الله عنه : وهذا[٤] إذا صدرت الإعارة مطلقة[٥] وهى[٦] على أربعة أوجه[٧] : أحدهما : أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع ، فللمستعير فيه[٨] أن ينتفع به أى نوع شاء فى أىّ وقت شاء عملا بالإطلاق .

والثانى : أن تكون مقيدة[٩] فيهما[١٠] فليس له أن يجاوز فيه ما سماه[١١] عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافًا إلى مثل ذلك[١٢] ، أو خيرٍ منه[١٣] ، والحنطة مثل الحنطة[١٤] .

والثالث : أن تكون مقيدة فى حق الوقت ، مطلقة فى حق الانتفاع .

والرابع : عكسه[١٥] ، وليس له[١٦] أن يتعدى ما سماه[١٧] ، فلو استعار دابة ،

---

(١٧) قوله: "دفعًا للحاجة" يعنى أن الناس كما يحتاجون إلى الانتفاع بالشيء لأنفسهم كذلك يحتاجون إلى نفع غيرهم بذلك الشيء، وعند كون الإعارة إباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية، فلا تندفع حاجتهم الأخرى، فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت إلى اعتبار المنافع قابلة للملك فى العارية كما فى الإجارة. (نت)

(١٨) قوله: "وإنما لا يجوز إلخ" جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال: لو كانت العارية تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم فى الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل، وبين ما لا يختلف. (عينى)

(١) المعير.

(٢) المستعير.

(٣) أى المصنف.

(٤) قوله: "وهذا [أى ما ذكر من ولاية الإعارة للمستعير. ع]" الإشارة لا تعود إلى المسألة المتقدمة، بل إلى أن للمستعير أن ينتفع بالعارية ما شاء إذا أطلقت العارية. (تاج الشريعة)

(٥) أى عن الوقت والانتفاع. (ك)

(٦) أى الإعارة، بيان لأقسام الإعارة.

(٧) بالقسمة العقلية.

(٨) أى فى هذ القسم.

(٩) بأن قيدها بيوم ونص على نوع منفعة. (ك)

(١٠) أى فى الوقت والانتفاع.

(١١) من الوقت والمنفعة. (ع)

(١٢) قوله: "إلى مثل ذلك" بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من هذه الحنطة، فحمل عليها حنطة غيره لا ضمان عليه، لأن حنطته وحنطة غيره فى الضرر سواء. (مل)

(١٣) قوله: "أو خير منه" نحو ما إذا شرط حمل الحنطة، فحمل عليه الشعير لأن كيل الشعير أخف وزنًا من كيل الحنطة لأنها أصلب من الشعير. (ك)

(١٤) قوله: "والحنطة مثل الحنطة [أى فى حق الحمل على الحنطة. ك]" أشار بهذا إلى عدم اشتراط كون الحنطة المحمولة حنطة المستعير أو غيره، فالحنطة جنس واحد سواء كانت للمستعير أو غيره عينها المستعير أو لم يعينها. (عينى)

(١٥) أى عكس الثالث.

(١٦) أى للمستعير.

ولـم يسمِّ شيئًـا لـه أن يحمـل، ويعيـر غيـره للحمـل؛ لأن الحمل لا يتفاوت، وله أن يركب[١]، ويركب غيره وإن[٢] كـان الركوب مختلفًا[٣]، لأنه لما أطلق فيه[٤]، فله[٥] أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره، لأنه تعين ركوبه، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه[٦] حتى لو فعله[٧] ضمن[٨]، لأنه تعين الإركاب.

قال[٩]: وعارية[١٠] الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض[١١]؛ لأن الإعارة تمليك المنافع، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها[١٢]، فاقتضى تمليك العين ضرورة، وذلك بالهبة والقرض، والقرض أدناهما[١٣] فيثبت، أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع[١٤] ورد العين[١٥]، فأقيم رد المثل مقامه[١٦].

قالوا[١٧]: هذا[١٨] إذا أطلق الإعارة، أما إذا عيّن الجهة بأن استعار الدراهم ليعير بها[١٩] ميزانًا، ويزيِّن بها[٢٠] دُكّاناً لم تكن قرضًا، ولا يكون له[٢١] إلا المنفعة المسماة،

---

(١٧) من الوقت أو النوع فى الوجهين الأخيرين.

(١) قوله: "وله أن يركب إلخ" معناه إن شاء ركب بنفسه، وإن شاء أركب غيره، لا أنه يجمع بينهما يدل عليه قوله: بعده، حتى لو ركب بنفسه لا يركب غيره. (ك)

(٢) الواو وصلية.

(٣) لأن الناس يتفاوتون فى الركوب.

(٤) قوله: "لأنه لما أطلق إلخ" يعنى لما لم يعين المنتفع يكون تعيين المنتفع مفوضا إليه، فإن شاء عين نفسه، وإن شاء عين غيره، وأيهما عينه يتعين كما إذا عينه المالك. (ك)

(٥) أى المستعير.

(٦) بنفسه.

(٧) أى لو ركبه بنفسه بعد أن أركب غيره.

(٨) قوله: "ضمن" وهذا اختيار فخر الإسلام رحمه الله، وأما على قول غيره فله أن يركبه بعد الإركاب. (ك)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) بأن قال: أعرتك دراهمى.

(١١) يعنى بمنزلة قوله: أقرضتك. ٥

(١٢) بناء على الأكثر الأغلب. (نت)

(١٣) قوله: "أدنا هما" لكونه متيقنًا به، أو لأن القرض أدنا هما ضرراً، لأنه أقل ضرراً على المعطى، لأنه يوجب رد المثل، بخلاف الهبة، وما هو أقل ضرراً، فهو الثابت يقينًا. (ك)

(١٤) أى انتفاع المستعير.

(١٥) أى إلى المعير.

(١٦) عند تعذر رد العين.

(١٧) المشايخ.

(١٨) أى كونه قرضًا.

فصار كما إذا استعار آنية[١] يتجمل بها، أو سيفًا محلى يتقلدها.

قال[٢]: وإذا استعار أرضًا ليبنى فيها، أو ليغرس جاز، وللمعير أن يرجع فيها، ويكلّفه[٣] قلع البناء والغرس[٤]، أما الرجوع فلما بينا[٥]، وأما الجواز فلأنها[٦] منفعة معلومة تملك بالإجارة، فكذا بالإعارة[٧]، وإذا صح الرجوع بقى المستعير شاغلا أرض المعير، فيكلّف تفريغها. ثم إن لم يكن وقّت العارية، فلا ضمان عليه، لأن المستعير مغترّ غير مغرور[٨]، حيث اعتمد[٩] إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد، وإن كان وقّت العارية، ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا[١٠]، ولكنه يكره؛ لما فيه من خلف الوعد[١١]، وضمن المعير[١٢] ما[١٣] نقص البناء والغرس بالقلع[١٤]، لأنه[١٥] مغرور من جهته حيث وقّت له فالظاهر هو الوفاء

(١٩) قوله: "ليعير بها" الصواب ليعاير، قال في "المغرب": وقوله: استعار دراهم ليعير بها صنجاة، أى ليسوى، ثم قال: الصواب ليعاير، يقال: عايرت المكائيل والموازين إذا قايستها، وذلك بأن يكون الدراهم موزونة بصنجة عدل، ولا يوجد تلك الصنجة، فاستعار هذه الدراهم ليسوى الميزان بها. (ك)

(٢٠) قوله: "ويزين بها إلخ" بأن استعار دراهم كثيرة، فوضع على الدكان حتى يظن الناس غناه فيعاملوا معه. (ك)

(٢١) المستعير.

(١) الإناء: وعاء الماء والجمع القليل آنية. (مغرب) إناء: ظرف آب مثل كوزه وكاسه وغيره. (كنز)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) المستعير.

(٤) بالفتح درخت نشانده. (من)

(٥) من أنه للمعير أن يرجع متى شاء.

(٦) أى هذه المنفعة.

(٧) دفعًا للحاجة.

(٨) قوله: "غير مغرور [من جانب المعير]" فإن قيل: هو مغرور لأنه إن لم يوقت صريحًا لكن وقت دلالة، لأن البناء والغرس للدوام، فكالإعارة له توقيتًا قلنا: قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض إذا جاء الصيف والشجر قد يغرس، ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة. (ك)

(٩) أى المستعير، وظن أنه يتركها فى يده مدة طويلة.

(١٠) من أن له الرجوع متى شاء.

(١١) وهو شعبة من النفاق.

(١٢) قوله: "وضمن المعير إلخ" يعنى ينظر كم يكون قيمة البناء، والغرس إذا بقى إلى المدة المضروبة، فيضمن ما نقص من قيمته، يعنى إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروربة عشرة دنانير مثلا، وإذا قلع فى الحال يكون قيمة النقص دينارين، فيرجع بثمانية دنانير. (كفاية)

(١٣) ما مصدرية.

(١٤) أى بسبب القلع.

بالعهد، فيرجع عليه دفعًا للضرر عن نفسه كذا[١] ذكره القدوري في المختصر.

وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبناءه، ويكونان[٢] له[٣]، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما، ولا يضمّنه قيمتهما فيكون له ذلك، لأنه ملكه[٤].

قالوا: إذا كان في القلع ضرر بالأرض[٥]، فالخيار إلى رب الأرض؛ لأنه صاحب الأصل، والمستعير صاحب تبع[٦]، والترجيح بالأصل[٧].

ولو استعارها[٨] ليزرعها لم يؤخذ منه[٩] حتى يُحصِد[١٠] الزرع، وقّت أو لم يوقّت[١١]؛ لأن له نهاية معلومة[١٢]، وفي الترك بالأجر مراعاة الحقين[١٣]، بخلاف الغرس؛ لأنه ليس له نهاية معلومة[١٤]، فيقلع دفعًا للضرر عن المالك.

قال[١٥]: وأجرة رد العارية على المستعير؛ لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه، والأجرة مؤنة الرد[١٦]، فتكون عليه، وأجرة رد العين المستأجرة على

---

(١٥) المستعير.

(١) أي ضمان ما نقص. (ع)

(٢) أي الغرس والبناء.

(٣) أي لرب الأرض.

(٤) المستعير.

(٥) قوله: "قالوا [المشايخ]: إذا كان إلخ" قيل: معنى كلامه هذا أن ما قال القدوري أن المعير يضمن نقصان البناء، والغرس محمول على ما إذا لم يلحق الأرض بالقلع ضررا ما إذا لحق فالخيار في الإبقاء بالقيمة مقلوعًا، وتكليف القلع، وضمان النقصان إلى صاحب الأرض، وهو ظاهر، ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد، ومعناه أن المستعير إنما يتمكن من القلع والترك إذا لم يتضرر الأرض بالقلع، أما إذا تضررت فالخيار لرب الأرض، وهو الأظهر. (ع)

(٦) هو الغرس أو البناء.

(٧) وفي نسخة: للأصل.

(٨) أي الأرض.

(٩) بل يترك في يده بطريق الإجارة بأجر المثل. (ع)

(١٠) قوله: "حتى يحصد" من الإحصاد، ويقال: أحصد الزرع إذا حان حصاده. (عيني)

(١١) أي للزرع.

(١٢) أي في نفسه.

(١٣) قوله: "مراعاة الحقين" لأنه إنما يترك بالأجر هكذا قالوا: كي لا تفوت منفعة أرضه مجانًا، ولا يفوت زراع الأرض ليعتدل النظر من الجانبين، كما في الإجارة والزرع لم يدرك بعد، فإن ثمة يترك الأرض بأجر مراعاة للجانبين، كذا هنا. (ك)

(١٤) قوله: "لأنه ليس له نهاية معلومة [أي في نفسه]" فيكون الضرر بالجانبين فيرجح صاحب الأصل. (ك)

(١٥) أي القدوري. (عيني)

المؤاجر؛ لأن الواجب على المستأجر التمكين، والتخلية دون الرد، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى[١]، فلا يكون[٢] عليه مؤنة رده، وأجره رد العين المغصوبة على الغاصب؛ لأن الواجب عليه الرد والإعارة إلى يد المالك دفعًا للضرر عنه، فيكون مؤنته عليه[٣].

قال[٤]: وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها، فهلكت لم يضمن، وهذا[٥] استحسان، وفي القياس يضمن، لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها، وجه الاستحسان: أنه أتى بالتسليم المتعارف، لأن رد العوارى[٦] إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار، ثم ترد إلى الدار، أو لو ردها[٧] إلى المالك فالمالك يردها[٨] إلى المربط[٩]، فصح رده، وإن استعار عبدًا، فرده إلى دار المالك، ولم يسلمه إليه لم يضمن لما بينا[١٠].

ولو رد[١١] المغصوب، أو الوديعة إلى دار المالك، ولم يسلم إليه ضمن؛ لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك[١٢] بالرد إلى المالك دون غيره، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار، ولا إلى يد من في العيال[١٣]، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه، بخلاف العوارى لأن فيها عرفا[١٤]، حتى لو كانت العارية عِقد[١٥] جوهر لم

(١٦) فمن وجب عليه الرد وجب أجره عليه.

(١) فإنه سلم للمؤاجر ما شرط له من أجرة العين.

(٢) قوله: "فلا يكون عليه مؤنة إلخ" لأنه يتوصل به إلى ملك الآجر أكثر ما فيه، لأن لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر أقوى، لأنه مالك للعين، وملك المستأجر في المنفعة، والمنفعة تابعة للعين. (عناية)

(٣) الرد.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) أي عدم الضمان.

(٦) قوله: "لأن رد العوارى" عارية -بتشديد الياء وقد يخفف- هر چيز عاريتى كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب عوارى مشددة ومخففة جمع. (من)

(٧) دابة.

(٨) قوله: "فالمالك يردها إلخ" فيكون مسقطا مؤنة الرد عن المالك لا متعديًا، ولا يضمن المرء بالإحسان. (كفاية)

(٩) موضع الربط.

(١٠) أشار به إلى قوله: لأن رد العوارى إلخ.

(١١) هذه من مسائل مختصر القدوري، إلا أنه ليس فيه لفظ المغصوب.

(١٢) الفسخ.

(١٣) كسانيكه در نفقه ومونت او باشند.

(١٤) أي لأن الرد إلى دار المالك في العارية عرف.

يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه[١].

قال[٢]: ومن استعار دابة، فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن، والمراد بالأجير أن يكون مسانهة[٣] أو مشاهرةً، لأنها[٤] أمانة، فله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة، بخلاف الأجير مياومة[٥]؛ لأنه ليس في عياله.

وكذا[٦] إذا ردها[٧] مع عبد رب الدابة أو أجيره؛ لأن المالك يرضى به، ألا ترى أنه[٨] لو رده إليه فهو يرده إلى عبده، وقيل: هذا[٩] في العبد الذي يقوم على الدواب[١٠]، وقيل: فيه[١١] وفي غيره، وهو[١٢] الأصح؛ لأنه إن كان لا يدفع إليه[١٣] دائمًا يدفع إليه أحيانًا، وإن كان[١٤] ردها[١٥] مع أجنبي ضمن[١٦]، ودلت المسألة[١٧] على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً[١٨]، كما قاله بعض المشايخ[١٩]، وقال بعضهم[٢٠]: يملكه[٢١] لأنه[٢٢] دون الإعارة، وأولوا هذه المسألة[٢٣] بانتهاء الإعارة

(١٥) بالكسر: هو القلادة گردن بند وحميل. (من)

(١) أي في عقد الجوهر.

(٢) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٣) سانهه مسانهة سالا سال داد او را چيزى، وسالانه كرد او را بر كارى. (من)

(٤) العارية.

(٥) مياومة: روز مزد كردن. (من)

(٦) أي لا يضمن.

(٧) الدابة.

(٨) المستعير.

(٩) أي عدم الضمان بالرد إلى عبد رب الدابة.

(١٠) أي السئيس.

(١١) قوله: "وقيل: فيه" أي قيل عدم الضمان في العبد الذي يقوم على الدواب، وفي غيره. (عيني)

(١٢) أي القول الثاني.

(١٣) أي إلى عبده الذي لا يقوم بالدواب.

(١٤) المستعير.

(١٥) الدابة.

(١٦) إذا هلك لأنه ليس بنائب عن المالك فصار متعديًا.

(١٧) المذكورة.

(١٨) قوله: "لا يملك الإيداع الخ" لأنه لما وضعها في يد أجنبي للرد يكون وديعة، فعلم أنه لا يملك الإيداع إذ لو ملكه لما ضمن. (ك)

(١٩) وهو الكرخي.

(٢٠) وهو مشايخ العراق.

لانقضاء المدة[١].

قال: ومن أعار أرضًا بيضاء[٢] للزراعة يكتب[٣] إنك أطعمتني عند أبي حنيفة، وقالا: يكتب إنك أعرتني؛ لأن لفظة الإعارة موضوعة له[٤]، والكتابة بالموضوع أولى، كما في إعارة الدار[٥]، وله أن لفظة الإطعام أدل[٦] على المراد لأنها تختص بالزراعة والإعارة ينتظمها، وغيرها كالبناء ونحوه[٧]، فكانت الكتابة بها أولى، بخلاف الدار، لأنها لا تعار إلا للسكنى[٨]، والله أعلم بالصواب.

كتاب الهبة[٩]

الهبة[١٠] عقد مشروع؛ لقوله عليه السلام[١١]: «تهادوا[١٢] تحابّوا[١٣]»*،

(٢١) قوله: "يملكه" أي يملك المستعير الإيداع، لأن الإيداع دون الإعارة، لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعًا، وتمليك المنافع، فلأن يملك الإيداع، وليس فيه تمليك المنافع أولى، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وعليه الفتوى. (عيني)

(٢٢) وديعة.

(٢٣) قوله: "وأولوا إلخ" يعني أن المشايخ الذين قالوا: بأن المستعير يملك الإيداع أولوا هذه المسألة، وهي قوله: وإن ردها مع أجنبي ضمن المستعير، وإنما ضمن المستعير ههنا، لأنه لم يبق مستعيراً بسبب القضاء مدة الاستعارة حيث دفع إلى آخر بعد فراغه من استعماله. ونحن إنما قلنا بجواز الإيداع للمستعير إذا كان قائمًا على كونه مستعيراً، وههنا لم يبق مستعيراً، وبقيت العارية في يده وديعة وليس للمودع أن يودع غيره، فإذا أودعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق. (ك)

(١) قوله: "بانتهاء إلخ" بأن كانت الإعارة موقتة، ومضى الوقت وبقي في يد المستعير وديعة، والمودع لا يملك الإيداع، فوجب الضمان باعتبار الودع. (حميدية)

(٢) خالية عن الزراعة.

(٣) المستعير.

(٤) أي لعقد الإعارة.

(٥) حيث لا يكتب السكنى.

(٦) من الإعارة.

(٧) مثل نصب الخيمة.

(٨) والغرض يصير معلومًا بقوله: اعرتني.

(٩) قوله: "كتاب الهبة" هي في اللغة أصله من الوهب، ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غيره، يقال: وهب له مالا، ومنه قوله تعالى: ﴿فهب لي من لدنك وليًا يرثني﴾، ويسمى الموهوب هبة وموهبة، واتهبه منه قبله، واستوهبه سأله وطلبه.

وفي الشرع هو تمليك المال بلا عوض، وأهلها أهل التبرع، وهو الحر المكلف، وركنها الإيجاب والقبول، لأنها عقد، وقيام العقد بالإيجاب والقبول، لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله، وإنما يحنث لو حلف أن لا يهب، فوهب ولم يقبل لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له، وهو الإيجاب لا القبول، لأنه فعل الغير، وشرطها أن يكون الموهوب مقسومًا محوزًا، وحكمها ثبوت الملك. (مل)

قوله: "كتاب الهبة" ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة، وهو الترقي من الأدنى إلى الأعلى، ولأن العارية كالمفرد من الهبة، لأن فيها تمليك العين مع المنفعة. (نت)

وعلى ذلك[١] انعقد الإجماع، وتصح بالإيجاب[٢] والقبول[٣] والقبض، أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد، والعقد[٤] ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك، وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع[٥]، وعلى هذا الخلاف الصدقة[٦].

ولنا: قوله عليه السلام*: «لا يجوز الهبة إلا مقبوضة[٧]»، والمراد[٨] نفى الملك؛ لأن الجواز بدونه[٩] ثابت[١٠]، ولأنه عقد تبرع، وفى إثبات الملك[١١] قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً[١٢] لم يتبرع به، وهو التسليم[١٣]، فلا يصح، بخلاف

---

(١٠) قوله: "الهبة" هي تمليك العين بلا عوض، أي بلا شرط عوض، لا أن عدم العوض شرط لينتقض بالهبة بشرط العوض. (درر)

(١١) قوله: "لقوله عليه السلام" أخرجه النسائي في كتاب الكنى، والبيهقي في "شعب الإيمان". (ت)

(١٢) أصله تهادى: يكديگر را هديه دادن. (من)

(١٣) قوله: "تحابوا" -بتشديد الباء المضمومة- وهو أيضاً صيغة خطاب للجماعة، وأصله تحابون، ولكن سقطت النون؛ لأنه جواب الأمر، أصله تحابوا لأنه من التحابب من المحبة، أدغمت الباء في الباء. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٢٠، والدراية ج٢، الحديث ٨٥٣ ص ١٨٣. (نعيم)

(١) أي كون الهبة مشروعاً.

(٢) قوله: "وتصح بالإيجاب [كقوله: وهبت] إلخ" أما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه، قال شيخ الإسلام خواهر زادة في "مبسوطه": هو مجرد إيجاب الواهب، وهو قوله: وهبت، ولم يجعل قبول الموهوب له ركناً، لأن العقد ينعقد بمجرد إيجاب الواهب، ولهذا قال علماءنا: إذا حلف لا يهب، فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا، وقال صاحب "التحفة": ركنها الإيجاب والقبول، ووجهه أن الهبة أعقد، والعقد هو الإيجاب والقبول. (غن)

(٣) كقوله: قبلت.

(٤) قوله: "والعقد" قلت: نعم، هو عقد لكنه عقد تبرع، فيجب أن يتم بالتبرع نص على ذلك المصنف في كتاب الرهن، بقوله: الركن هو الإيجاب، لأنه عقد تبرع، فيتم بمجرد الإيجاب كالهبة والصدقة، فافهم. (ملا إله داد الجونفوري)

(٥) فإنه يملك المشترى قبل القبض.

(٦) فعند يشترط فيه القبض خلافاً لمالك.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٢١، والدراية ج٢، الحديث ٨٥٤ ص ١٨٣. (نعيم)

(٧) قلت غريب، ورواه عبد الرزاق من قول إبراهيم النخعي. (ت)

(٨) أي من قوله عليه السلام: «لا يجوز».

(٩) قبض.

(١٠) أي بالإجماع. (ك)

(١١) قوله: "وفي إثبات الملك إلخ" فإنه لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم، فيؤدى إلى إيجاب التسليم على المتبرع، وهو لم يتبرع به، وإيجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات، بخلاف المعاوضات. (ك)

(١٢) قوله: "إلزام إلخ" هذا إنما يتم إذا كان التسليم لازماً للملك، وليس كذلك فإن من باع شيئاً باتاً يصير المبيع ملكاً للمشترى ولا يجب التسليم قبل قبض الثمن، فيجوز أن لا يجب التسليم ههنا أيضاً، لئلا يلزم المتبرع ما لم يلتزمه،

الوصية[١]، لأن أوان ثبوت الملك[٢] فيها[٣] بعد الموت، ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم[٤]، وحق الوارث متأخر عن الوصية[٥] فلم يملكها[٦].

فإن قبضه الموهوب له في المجلس[٧] بغير أمر الواهب جاز استحسانًا، وإن قبض بعد الافتراق[٨] لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض، والقياس أن لا يجوز في الوجهين[٩]، وهو قول الشافعي، لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باقٍ[١٠]، فلا يصح[١١] بدون إذنه.

ولنا: أن القبض بمنزلة القبول[١٢] في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه[١٣] وهو الملك، والمقصود منه[١٤] إثبات الملك[١٥]، فيكون الإيجاب منه تسليطًا له[١٦] على القبض، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقًا

وفائدة ثبوت الملك يظهر بعد موت المتبرع بدون الرجوع. (أعظمي)

(١٣) لأن من ضرورات الملك التسليم.

(١) قوله: "بخلاف الوصية إلخ" لما قاس مالك الهبة على الوصية في أنه لا يشترط في الوصية القبض، ويثبت ملك الموصى له في الموصى به بعد موت الموصي، أجاب عنه بقوله: بخلاف إلخ. (عيني)

(٢) قوله: "لأن أوان إلخ" يعني أن الوصية تمليك بعد الموت، وقد زال عن ملكه بعد الموت، فالزوال بهذه الوصية لا يلزم شيئًا لم يتبرع به، ولا ضمانًا. (ك)

(٣) أي في الوصية.

(٤) بالموت.

(٥) قوله: "وحق الوارث إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: انعدم أهلية اللزوم للموصي بالموت، فوارثه يخلفه في ملكه، فكان ينبغي أن يتوقف ملك الموصى له إلى وقت تسليم الوارث الموصى به إليه، لأن الوصية عقد تبرع كالهبة، وهناك يتوقف ملك الموهوب له إلى وقت التسليم، فكذلك في الوصية ينبغي أن يكون كذلك.

فأجاب بأن الوارث أجنبي عما صح فيه الوصية، فكيف يصح فيه تسليم الأجنبي، فلما لم يوجد تسليم من يصح تسليمه ثبت الملك للموصى له في الموصى به قبل القبض، فلم يكن إلزام التسليم عليه إلزامًا على المتبرع. (ك)

(٦) أي الوصية، أي مال الوصية.

(٧) أي مجلس الهبة.

(٨) عن المجلس.

(٩) قوله: "في الوجهين" أي فيما إذا قبض في المجلس بغير إذن الواهب، وفيما إذا قبض بعد الافتراق بدون إذنه. (ب)

(١٠) قوله: "باق" بدليل صحة تصرفه من البيع والإعتاق. (عيني)

(١١) القبض.

(١٢) في البيع.

(١٣) كما لا يثبت الملك في البيع إلا بالقبول.

(١٤) أي قصد الواهب من عقد الهبة.

(١٥) للموهوب له تحقيقًا لمقصوده. (ك)

(١٦) أي للموهوب له.

له بالقبول، والقبول يتقيد بالمجلس، فكذا ما يلحق به[١]، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض[٢] في المجلس، لأن الدلالة[٣] لا تعمل في مقابلة الصريح[٤].

قال[٥]: وينعقد الهبة بقوله: وهبت، ونحلت، وأعطيت؛ لأن الأول صريح فيه، والثاني مستعمل فيه[٦]، قال عليه السلام: «أكُلّ أولادك[٧] نحلت[٨] مثل هذا»*، وكذا الثالث[٩]، يقال: أعطاك الله، ووهبك الله بمعنى واحد.

وكذا ينعقد[١٠] بقوله: أطعمتك هذا الطعام، وجعلت هذا الثوب لك، وأعمرتك هذ الشيء[١١]، وحملتك[١٢] على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة، أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف[١٣] إلى ما يطعم عينه يراد به[١٤] تمليك العين[١٥]، بخلاف ما إذا قال: أطعمتك هذه الأرض حيث يكون عارية، لأن عينها[١٦] لا يطعم،

---

(١) أي بالقبول، وهو القبض.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذانهاه [بأن قال له: لا تقبض] إلخ" أي فإن قيل: يلزم على هذا ما إذا نهى عن القبض، فإن التسليط موجود، ولم يجز القبض في المجلس، وبعده أجاب عنه بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

(٣) أراد بالدلالة الإذن الحاصل من إيجاب الواهب للقبض.

(٤) هو قوله: لا تقبض.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) أي مجازاً.

(٧) قوله: "أولادك" قلت: أخرجه الأئمة الستة عن النعمان بن بشير قال: إن أباه أتى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال: «إن نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال النبي ﷺ أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فارجعه». (ت)

(٨) نحله نحلا – بالضم– عطيه داد او را. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٥٥ ص١٨٣. (نعيم)

(٩) أي هو مستعمل في الهبة مجازاً.

(١٠) الهبة.

(١١) قوله: "وأعمرتك هذا الشي" أي جعلت لك هذا الشيء مدة عمرك، فإذا مت أنت فهو لي، يقال: أعمره الدار، قال له: هي لك عمرك، ومنه أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها، فمن أعمر شيئاً فهو له، ومنه العمرى. (ك)

(١٢) حمله بر ستور خود نشاند او را. (من)

(١٣) قوله: "إذا أضيف إلخ" مراد المصنف بالإضافة إلى ما يطعم عينه أن يذكر ما يطعم عينه، ويجعل مفعولا ثانياً، وأما في آية الكفارة، أي قوله تعالى: ﴿فإطعام عشرة مساكين﴾، فالأمر ليس كذلك، فالإطعام على أصل وضعه وهو الإباحة، أي جعل الغير طاعماً لا جعله مالكاً. (نت)

(١٤) قوله: "يراد به" هذا يخالف ما في المحيط البرهاني نقلا عن الأصل من أنه لو قال: أطعمتك هذا الطعام، فإن قال: فاقبضه فهو هبة، وإن لم يقل فاقبضه، فتحمل الهبة والعارية.

(١٥) لغيره فيكون هبة.

فيكون المراد[١] أكل غلّتها[٢].

وأما الثانى فلأن حرف اللام للتمليك، وأما الثالث فلقوله عليه السلام[٣]: «فمن أعمر عمرى[٤] فهى للمعمر له ولورثته[٥] من بعده»*، وكذا إذا قال: جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا[٦].

وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقةً[٧]، فيكون عارية، لكنه يحتمل الهبة[٨]، يقال: حمل الأمير فلانًا على فرس، ويراد به التمليك، فيحمل[٩] عليه[١٠] عند نيته. ولو قال: كسوتك هذ الثوب يكون هبة؛ لأنه يراد به التمليك، قال الله تعالى[١١]: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ[١٢]﴾، ويقال: كسى الأمير فلانًا ثوبًا، أى ملكه منه، ولو قال: منحتك هذه الجارية كانت عارية[١٣]؛ لما روينا من قبل[١٤].

ولو قال: دارى لك هبة سكنى[١٥]، أو سكنى[١٦] هبة فهى عارية؛ لأن العارية

---

(١٦) الأرض.

(١) قوله: "فيكون المراد إلخ" أقول وإن أمكن أن يراد بالإطعام المضاف إلى مثل الأرض تمليك العين مجازاً لكن هذا التجوز ليس بمتعارف فى مثل ذلك، وإنما المتعارف أن يراد إطعام الغلة على طريق ذكر المحل، وإرادة الحال، وكلام العاقل إنما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ. (نت)

(٢) المحاصل.

(٣) قلت: أخرجه الجماعة إلا البخارى عن جابر. (ت)

(٤) العمرى أن يقول لصاحبه: أعمرتك دارى، أى جعلتها لك مدة عمرك.

(٥) قوله: "ولورثته من بعده" أى لورثة المعمر له من بعد المعمر له، يعنى يثبت به الهبة، ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٣، وفى الدراية ج٢ تحت الحديث ٨٥٥ ص١٨٤. (نعيم)

(٦) قوله: "لما قلنا [وهو أن حرف اللام للتمليك. ع]" إشارة إلى قريبه، و هو قوله: فلقوله عليه السلام: «فمن أعمرى عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده» ويدل على هذا ذكر هذه الصورة فى ذيل الثالث. (نت)

(٧) قوله: "هو الإركاب حقيقةً [أى في اللغة. ع]" فإن قيل: كيف يستقيم قوله: إن حقيقته الإركاب، وقد سبق فى العارية أن قوله: حملتك لتمليك العين، لأنا نقول حقيقة الإركاب نظراً إلى الوضع، وهو لتمليك العين فى العرف والاستعمال، ولكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف، فكان هذا فى معنى الاسم المشترك. (ك)

(٨) أى عرفًا.

(٩) وهذا الحمل مجاز لغوى وحقيقة عرفية.

(١٠) أى على الهبة.

(١١) فى كفارة اليمين.

(١٢) عشرة مساكين.

(١٣) لكن إذا نوى تمليك العين يثبت لأنه محتمل.

(١٤) أراد به ما ذكره فى كتاب العارية من قوله عليه السلام: المنحة مردودة. (ك)

محكمة في تمليك المنفعة[1]، والهبة تحتملها[2]، وتحتمل تمليك العين، فيحمل على المحكم. وكذا إذا قال: عُمري سكنى، أو نُحلى[3] سكنى، أو سكنى صدقة[4]، أو صدقة عارية[5]، أو عارية هبة[6]؛ لما قدمناه[7].

ولو قال: هبة تسكنها فهي هبة؛ لأن قوله: تسكنها مشورة، وليس بتفسير له[8]، وهو تنبيه على المقصود[9]، بخلاف قوله: هبة سكنى، لأنه تفسير له[10].

قال[11]: ولا يجوز الهبة[12] فيما يقسم[13] إلا محوزة مقسومة[14]، وهبة المشاع

---

(١٥) قوله: "هبة سكنى إلخ" نصب الهبة في الموضعين على الحال أو التمييز، لما في قوله: دارى لك من الإبهام. (ب)

(١٦) قوله: "سكنى" السكنى مصدر سكن الدار، وفيها أذا قام أو اسم بمعنى الإسكان كالرقبى بمعنى الإرقاب، وهي في قولهم: دارى لك سكنى في محل النصب على الحال على معنى سكنته، أو مسكونًا فيها. (مغرب)

(١) قوله: "لأن العارية إلخ" كان من حقه أن يقول: لأن السكنى محكم في تمليك المنفعة، فلعله توهم أن المذكور قبله هبة عارية، أو عارية هبة، فعلل بذلك، أو لأن قوله: سكنى عارية، فذكر العارية في التعليل مكان السكنى لدلالة السكنى على العارية. (ك)

(٢) أي تحتمل هبة المنفعة.

(٣) اسم من النحلة الإعطاء، نحلى كبشرى بخشش وعطية. (من)

(٤) بأن قال: دارى لك سكنى صدقة.

(٥) بأن قال: دارى لك صدقة عارية.

(٦) بأن قال: دارى لك عارية هبة.

(٧) قوله: "لما قدمناه" إشارة إلى قوله: لأن العارية محكمة في تمليك المنفعة، وذلك لأن لام الملك يحتمل تمليك المنفعة، فكان أول كلامه محتملا تمليك السكنى.

وقوله: سكنى محكم في تمليك المنفعة، لأنه لا يحتمل تمليك الرقبة، أو أنه خرج تفسيرًا لأول الكلام، فيتغير به حكم أول الكلام، فصار المحكم قاضيًا على المحتمل، فكأنه قال: لك سكنى دارى، فيكون عارية. (ك)

(٨) قوله: "وليس بتفسير له إلخ" لأن قوله: تسكنها فعل، وأنه لا يصلح تفسيرًا للمذكور سابقًا، ولكنه مشورة أشار به عليه في ملكه فإن شاء قبل مشورته، وسكنها، وإن شاء لم يقبل، وهو بيان لمقصوده أنه ملكه الدار ليسكنها، وهذا معلوم، وإن لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله: هذا الطعام لك تأكله، أو هذا الثوب لك تلبسه. (ك)

(٩) وهو ملك الدار ليسكنها.

(١٠) قوله: "لأنه تفسير له" أي لأن قوله: سكنى اسم، فجاز أن يكون تفسيرًا لاسم آخر، فيتغير به أول الكلام كما في الاستثناء والشرط، فيكون عارية. (عيني)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "ولا يجوز إلخ" معنى قوله: لا يجوز الهبة لا يثبت الملك فيه إلا محوزة مقسومة، لأن الهبة في نفسها فيما يقسم يقع جائزة، ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزًا، فإنه إذا وهب مشاعًا فيما يقسم، ثم أفرزه وسلمه صحت ووقعت مثبتة للملك، فعلم بهذا أن هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها لكن توقف إثباتها الملك على الإفراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار. (ع)

(١٣) قوله: "فيما يقسم" نعني بما لا يحتمل القسمة ما لا يبقى منتفعًا بعد القسمة أصلا كعبد واحد، ودابة واحدة، أو لا يبقى منتفعًا بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير، والحمام الصغير

فيما لا يقسم[١] جائز، وقال الشافعي: يجوز[٢] في الوجهين[٣]؛ لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه[٤]، وهذا[٥] لأن المشاع قابل لحكمه، وهو الملك، فيكون[٦] محلا له، وكونه تبرعًا لا يبطله الشيوع[٧]، كالقرض[٨] والوصية[٩]. ولنا: أن القبض منصوص[١٠] عليه في الهبة، فيشترط كماله[١١]،

والرحى، ونعني بالمقسوم أن يبقى منتفعًا قبل القسمة وبعدها. (كافي)

(١٤) قوله: "إلا محوزة [أصل الحوز للجمع، كذا في "المغرب"] إلخ" نعني بالمحوز أن يكون مفرغًا عن أملاك الواهب وحقوقه، وقد احترز به عما إذا وهب التمر على النخيل دون النخيل، أو وهب الزرع على الأرض دون الأرض، لأن الموهوب ليس بمحوز، أي ليس بمقبوض على الكمال لاتصاله بملك الواهب.

وقوله: "مقسومة" احتراز عن المشاع، فإنه إذا جاز وقبض التمر الموهوب على النخيل، وكان التمر مشتركًا بينه وبين غيره لا يجوز أيضًا، لأنه غير مقسوم. (ك)

(١) قوله: "وهبة المشاع فيما لا يقسم" معناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة، لأن المشاع غير مقسوم، فيكون معناه ظاهرًا، هبة النصيب الغير المقسوم فيما هو مقسوم، وذلك ليس على ما ينبغي، وتصحيحه بما ذكرنا. (عناية)

(٢) أي يثبت الملك.

(٣) أي ما يقسم وما لا يقسم.

(٤) قوله: "بأنواعه" من الصحيح والفاسد والصرف والسلم، فإن الشيوع لا يمنع تمام العقد في هذه العقود بالإجماع. (ع)

(٥) أي صحته في المشاع.

(٦) المشاع.

(٧) قوله: "وكونه تبرعًا إلخ" جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة، وهو أن يقال: أن عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به، فيكون إلزامًا عليه ما لم يلزمه، وهو باطل، فقال: كونه عقد تبرع إلخ، يعني أن الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذالك لا يمنع في الهبة. (نتائج الأفكار)

(٨) قوله: "كالقرض" فصورة قرض المشاع أنه لو دفع ألف درهم مثلا على أن يكون نصفه قرضًا عليه، ونصفه بضاعة، أو يعمل في نصف الآخر بشركته، فإنه يجوز مع أن القبض شرط لوقوع الملك في القرض ولا يشترط القسمة فيه. (ك)

(٩) بأن أوصى لرجلين بألف درهم.

(١٠) قوله: "منصوص" لما روينا من قوله عليه السلام: «لا تصح الهبة إلا مقبوضة». (ع)

قوله: "منصوص عليه" روى عبد الرزاق في آخر الوصايا من مصنفه، فقال: أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم النخعي قال: لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبل أن تقبض، وفي الباب آثار منها ما رواه مالك في "الموطأ" في كتاب القضاء عن ابن شهاب الزهري عن عروة عن عائشة قالت: إن أبا بكر كان نحلها جداد عشرين وسقا بالعالية. فلما حضرته الوفاة قال: ما من الناس أحب إلي منك، ولا أعز إلي فقرًا منك، وإن كنت نحلتك جداد عشرين وسقًا، فلو كنت جددته كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك، وأختاك فاقتسموه على كتاب الله تعالى، قالت: يا ابت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة أراها جارية، فولدت جارية، وأخواها عبد الرحمن، ومحمد، وبنت خارجة بن زيد زوجة أبي بكر كانت في ذلك الوقت حاملة، فولدت أم كلثوم.

وعن مالك رواه محمد بن الحسن في "موطئه"، ورواه عبد الرزاق في "مصنفه" أخبرنا ابن جريج أخبرني ابن أبي

والمشاع لا يقبله[1] إلا بضم غيره إليه[2]، وذلك[3] غير موهوب[4]، ولأن في تجويزه[5] إلزامه شيئًا لم يلتزمه[6]، وهو القسمة، ولهذا امتنع جوازه[7] قبل القبض كيلا يلزمه التسليم[8]، بخلاف ما لا يقسم، لأن القبض القاصر هو الممكن، فيكتفى به[9]. ولأنه لايلزمه مؤنة القسمة، والمهايأة[10] تلزمه فيما لم يتبرع به، وهو المنفعة[11]، والهبة لاقت العين، والوصية ليس من شرطها القبض[12]، وكذا البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والصرف، والسلم، فالقبض فيها[13] غير منصوص عليه[14].

مليكة أن القاسم بن محمد أخبره أن أبا بكر قال لعائشة: يا بنية إني كنت نحلتك نحلا من خيبر، فرديه على ولدي، فقالت: لو كانت لي خيبر بحدادها لرددتها.

وروى عبد الرزاق أيضًا، قال: أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير قال: أخبرني المسور ابن مخرمة، وعبد الرحمن بن عبد القاري أنهما سمعا عمر بن الخطاب يقول: ما بال أقوام ينحلون أولادهم، فإذا مات الابن قال الأب: ما لي وفي يدي، وإذا مات الأب قال: ماكنت نحلت ابني إلى كذا وكذا ألا لا تحل إلا لمن أجازه، وقبضه.

وقال عبد الرزاق: أخبرنا ابن جريج قال: زعم سليمان بن موسى أن عمر بن عبد العزيز كتب أيما رجل نحل، فلم يدفعه إليه، فتلك النحلة باطلة، وزعم أن عمر أخذه من نحل أبي بكر عائشة. (تخريج زيلعي)

(١١) قوله: "فيشترط كماله [القبض]" لأن التنصيص يدل على الاعتناء بوجوده، وقبض المشاع ناقص، لأنه لا يقبله إلا بضم غيره إليه، فكل جزء قبضه يشتمل على ما وجب قبضه، وما لا يجوز قبضه، فكان مقبوضا من وجه دون وجه، وفيه شبهة العدم المنافية للاعتناء بشأنه. (عناية)

(١) أي كمال القبض.

(٢) أي غير الموهوب إلى الموهوب.

(٣) أي الغير.

(٤) وغير ممتاز عن الموهوب.

(٥) أي عقد الهبة في المشاع.

(٦) قوله: "إلزامه إلخ" أي الواهب، وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر. (عناية)

(٧) قوله: "ولهذا امتنع" أي لكون إلزام ما لم يلتزم.

قوله: "امتنع جوازه [أي الهبة]" الظاهر أن المراد بالجواز النفاذ، وإلا فالهبة قبل القبض ليست بباطلة، وامتناع الجواز يوجب بطلانها. (أعظمي رحمه الله)

(٨) قوله: "كيلا يلزمه [أي واهب] التسليم" وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة.

(٩) الضرورة.

(١٠) قوله: "والمهايأة [قد مر تحقيقه من قبل] إلخ" أي فإن قيل: لزمه المهايأة فيما لا يحتمل القسمة وفي إيجابها إلزام ما لم يلتزم، ومع ذلك العقد جائز، فليكن مؤنة القسمة كذلك، أجاب عنه بقوله: والمهايأة إلخ. (ع)

(١١) لأن المهاية قسمة المنافع.

(١٢) قوله: "والوصية ليس إلخ" جواب عن قوله: والوصية تقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع، والوصية ليست كذلك. (عيني)

(١٣) وإن كان القبض في البيع الفاسد شرطًا للملك.

(١٤) قوله: "غير منصوص عليه" أي في هذا البيع حتى يراعى وجوده على أكمل الجهات، وقوله عليه السلام:

ولأنها[١] عقود ضمان[٢]، فتناسب لزوم مؤنة القسمة[٣]، والقرض تبرع[٤] من وجه، وعقد ضمان[٥] من وجه، فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين[٦] على أن القبض غير منصوص عليه فيه[٧].

ولو وهب من شريكه[٨] لا يجوز[٩]؛ لأن الحكم يدار على نفس الشيوع[١٠]،

قال[١١]: ومن وهب[١٢] شقصاً[١٣] مشاعاً[١٤]، فالهبة فاسدة[١٥]؛ لما ذكرنا[١٦]، فإن قسّمه[١٧] وسلمه جاز، لأن تمامه بالقبض، وعنده لا شيوع[١٨].

قال[١٩]: ولو وهب دقيقا في حنطة، أو دهنا في سمسم فالهبة فاسدة، فإن

«يدا بيد» بيان التعيين إلا أن التعيين في الثمن يكون بالقبض، ولأن القبض شرط بقاء الصرف والسلم على الصحة لا شرط الابتداء والبقاء أسهل من الابتداء، ولا كذلك في الهبة، فإن التنصيص على القبض فيها ليقع صحيحًا فافترقا. (ك)

(١) أي البيوع.

(٢) لا تبرع.

(٣) بخلاف الهبة فإنها عقد تبرع.

(٤) بدليل أنه لا يصح من الصبي والعبد. (ع)

(٥) فإن المستقرض مضمون بالمثل. (ع)

(٦) قوله: "عملا بالشبهين [أي شبه التبرع و شبه الضمان]" فلشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض، ولشبهه بعقد الضمان لم يشترط فيه القسمة، وذلك اعتبار صحيح فيما له شبهان. (ك)

(٧) ليراعى وجوده على أكمل الجهات. (عيني)

(٨) قوله: "ولو وهب إلخ" جواب عن قول أبي ليلى فإن عنده هبة المشاع فيما يحتمل القسمة تجوز من الشريك لعدم استحقاق ضمان القسمة. (عيني)

(٩) وإن لم يلزم فيه مؤنة القسمة.

(١٠) قوله: "يدار على نفس الشيوع" أي فيما يحتمل القسمة، وهذا لأن القبض في الهبة لا يتم في الجزء الشائع، فقبض الشريك لا يتم باعتبار ما لاقاه الهبة، وإنما يتم به وبغيره، وهو ما كان مملوكًا له وما يشترط لإتمام العقد، فإنما يعتبر ثابتًا فيما يتناوله العقد دون غيره. (كفاية)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "ومن وهب إلخ" كانت هذه المسألة معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيدًا لقوله: فإن قسمه وسلمه إلخ. (ع)

(١٣) پاره.

(١٤) نصيبًا.

(١٥) قوله: "فاسدة" أي لا يثبت حكمًا، وهو الملك، وإن اتصل به القبض مشاعًا، ويكون مضمونًا على الموهوب له إذا قبض. (ك)

(١٦) من أن الهبة فيما يقسم لا تجوز إلا محوزة مقسومة.

(١٧) وأفرز نصيبه.

(١٨) قوله: "وعنده لا شيوع" وبه تبين أن المانع من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل، ولم يسلم حتى وهب إليه النصف الآخر وسلمها جملة جازت. (ع)

طحن[١] وسلمه[٢] لم يجز، وكذا السمن في اللبن؛ لأن الموهوب معدوم[٣]، ولهذا[٤] لو استخرجه الغاصب يملكه[٥]، والمعدوم ليس بمحل للملك، فوقع العقد باطلا، فلا ينعقد إلا بالتجديد، بخلاف ما تقدم[٦]، لأن المشاع محل للتمليك[٧]، وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم، والزرع والنخل في الأرض، والتمر في النخيل بمنزلة المشاع[٨]؛ لأن امتناع الجواز للاتصال[٩]، وذلك يمنع القبض كالمشاع[١٠]. قال[١١]: وإذا كانت العين في يد الموهوب له[١٢] ملكها بالهبة، وإن لم يجدد فيه قبضًا[١٣]؛ لأن العين في قبضه، والقبض هو الشرط، بخلاف ما إذا باعه[١٤]

---

(١٩) أي القدوري. (عيني)

(١) الحنطة.

(٢) الدقيق.

(٣) قوله: "لأن الموهوب معدوم [وقت عقد الهبة]" لأن الدقيق حادث بالطحن، والدهن بالعصر، ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكًا له، وهذا لأن قبل الطحن هو حنطة، والدقيق غير الحنطة، وكون الشيء الواحد شيئين في وقت واحد مستحيل، فعرفنا أنه أضاف العقد إلى المعدوم، فكان لغوا غاية ما في الباب أن الدهن يحصل بالسمسم والعصر إلا أن العصر آخرهما وجودًا، فيضاف الوجود إليه كزراعة الحنطة تضاف إلى الزراع، وإن لم يكن بد من الحنطة والأرض. (ك)

قوله: "لأن الموهوب معدوم" لأنه ليس بموجود بالفعل، وإنما يحدث بالعصر والطحن، ولا معتبر بكونه موجودًا بالقوة، لأن عامة الممكنات كذلك، فلا تسمى موجودة. (عناية)

(٤) أي لكونه معدومًا.

(٥) قوله: "لو استخرجه إلخ" بأن غصب سمسمًا فاستخرج دهنه، فإنه يملكه، لأنه وقت الغصب لم يكن موجودًا، فلم يرد عليه الغصب. (عيني)

(٦) هو المشاع فإنه لا يحتاج فيه إلى تجديد العقد.

(٧) قوله: "محل للتمليك" لكونه موجودًا وقت العقد، ويتصور القبض فيه لكن لا على سبيل الكمال، ولهذا يصح بيعه بالإجماع والمانع فيه لمعنى في غيره، وهو العجز عن التسليم، فإذا زال المانع انقلب جائزًا. (عيني)

(٨) قوله: "بمنزلة المشاع [يعني لا يجوز]" فإذا حلب اللبن وجز الصوف وسلمه وقبضه الموهوب له جاز استحسانًا كما في المشاع إذا وهبه وسلمه، وكذا لو قطع التمر والزرع وسلمها. (عيني)

(٩) قوله: "للاتصال [لا لكون هذه الأشياء معدومة]" أي لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع إمكان الفصل، وذلك يمنع القبض كالشائع. (ك)

(١٠) وفي نسخة: كالشائع، والشيوع يمنع فكذا الاتصال.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) بالوديعة، أو العارية، أو نحوهما.

(١٣) قوله: "وإن [الواو وصلية] لم يجدد فيه [بأن ينتهي إلى الموضع الذي فيه العين، ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها. ك] إلخ" والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى، ولا ينوب الأدنى عن الأعلى، بيانه أن الشيء إذا كان مغصوبًا في يده، أو مقبوضًا بالعقد الفاسد، فباعه منه بيعًا صحيحًا جائزًا لا يحتاج إلى قبض آخر لاتفاق القبض، إذ كل واحد منهما مضمون.

وكذلك إذا وهبه أيضًا لا يحتاج إلى قبض آخر لكون ذلك القبض أعلى، وهو كونه مضمونًا، وكذلك إذا كان

منه[١]، لأن القبض في البيع مضمون، فلا ينوب عنه[٢] قبض الأمانة، أما قبض الهبة غير مضمون، فينوب عنه[٣]. وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد[٤]؛ لأنه[٥] في قبض الأب، فينوب[٦] عن قبض الهبة[٧]، ولا فرق بين ما إذا كان في يده[٨]، أو في يد مودعه[٩]، لأن يده كيده[١٠]، بخلاف ما إذا كان مرهونًا[١١]، أو مغصوبًا، أو مبيعًا بيعًا فاسدًا[١٢]؛ لأنه في يد غيره[١٣]، أو في ملك غيره[١٤]، والصدقة في هذا مثل الهبة[١٥].

الشيء وديعة في يده، أو عارية، فوهبه مالكه من صاحب اليد، فإنه لا يحتاج إلى قبض آخر لاتفاق القبضين، لأن كلا القبضين أمانة، ولو كانت وديعة عنده أو عارية فباعه منه فإنه يحتاج إلى قبض جديد، لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان. (ك)

(١٤) المالك.

(١) أي مما في يده.

(٢) أي عن قبض البيع.

(٣) قوله: "فينوب عنه" أي ينوب قبض الأمانة عن غير المضمون، وهو الهبة. (عيني)

(٤) قوله: "ملكها الابن إلخ" والقبض فيها بإعلام ما وهبه له وليس الإشهاد بشرط إلا أن فيه احتياطًا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد إدراك الولد. (عناية)

(٥) أي لأن الذي وهبه.

(٦) أي قبض الأب.

(٧) فلا يحتاج إلى قبض آخر.

(٨) أي الأب.

(٩) الأب.

(١٠) قوله: "لأن يده [يد المودع] كيده [الأب]" أي لأن يد المودَع يد المودِع حكمًا، فيمكن أن يجعل قابضًا لولده باليد التي هي قائمة مقام يده، فإن قيل: قد قلتم إذا وهب الوديعة من المودع جاز، ولو كان يده كيد المودع لم يكن قابضًا لنفسه بحكم يده. قلنا: اليد للمودع في الحقيقة فباعتبار هذه الحقيقة يجعل قابضًا لنفسه، ويده قامت مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملا للمودع، وذا قبل التمليك بالهبة، فأما بعد ذلك فهو عامل لنفسه.

فإن قيل: ينبغي أن لا يتم الهبة إذا كان في يد مودعه لاشتراط الكمال في القبض، وكون هذا القبض حكميًا، وهو أنقص من القبض حقيقة. قلنا: القبض حكمًا كاف لاتمام الهبة، ولهذا يجوز بالتخلية، بخلاف الشائع، فإن قبضه في ضمن الكل، والضمني كأن لم يكن. (ك)

(١١) قوله: "بخلاف ما إذا كان [الذي وهبه] مرهونًا إلخ" يعني إذا كان مال الأب مغصوبًا، أو كذا وكذا، لم يتم الهبة بالعقد لأنه في يد غيره في الرهن والغصب، أو في ملك غيره في البيع الفاسد. (ك)

(١٢) وقد سلم إلى المشتري.

(١٣) قوله: "لأنه في يد غيره" أي في يد غير الأب، فلا ينوب قبض المرتهن، والغاصب عن قبض الهبة للولد. (ب)

(١٤) أي غير الأب وهو المشتري بالشراء الفاسد.

(١٥) قوله: "والصدقة إلخ" أراد أن الصدقة في [illegible] مذكور كحكم الهبة فيما إذا تصدق على ابنه الصغير، ملكها الابن بعقد الصدقة فلو تصدق عليه بما عند مود[illegible]ه جاز بخلاف ما إذا تصدق بما في يد المرتهن، والغاصب

وكـذا إذا وهبت لـه[١] أمـه، وهـو فى عيالهـا[٢]، والأب ميت، ولا وصى له، وكذلك كل من يعوله[٣].

وإن وهب له أجنبى هبـة تمت بقـبض الأب؛ لأنه[٤] يملك عليـه[٥] الدائر بين النافع والضائر[٦]، فأولى أن يملك النافع.

وإن وهب لليتيم هبة[٧]، فقبضها له وليه، وهو وصى الأب أو جد اليتيم، أو وصيه[٨] جاز؛ لأن لهؤلاء ولاية عليه، لقيامهم مقام الأب، وإن كان فى جحر[٩] أمه، فقبضها[١٠] له جائز؛ لأن لها[١١] الولاية فيما يرجع إلى حفظه، وحفظ ماله، وهذا[١٢] من بابه[١٣]؛ لأن لا يبقى إلا بالمال[١٤]، فلا بد من ولاية تحصيل النافع، وكذا إذا كان فى حجر أجنبى يربيه[١٥]، لأن له[١٦] عليه يداً معتبرة، ألا ترى أنه لا يتمكن

والمشترى بالشراء الفاسد، والتعليل هو التعليل. (عينى)

(١) أى للابن الصغير.

(٢) قوله: "وهو [الواو حالية] فى عيالها [عيال كسانيكه در نفقه ومؤنت أو باشند]" قيد بقوله: وهو فى عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية، وقيد بموت الأب، وعدم الوصى، لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض. (ع)

(٣) قوله: "وكذلك كل من يعوله" نحو الأخ والعم والأجنبى، أى إذا وهب الصغير من يعوله شيئًا، فهو كما إذا وهب الأب لابنه الصغير فى حكم القبض، وقال فى "النهاية" وغيرها: أطلق فى الكتاب جواز قبض هؤلاء، ولكن ذكر فى "الإيضاح" و "مختصر الكرخى": أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة، وهو الأب ووصيه، والجد، أب الأب بعد الأب، ووصيه. وأما مع وجد واحد منهم فلا سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم منه، أو أجنبيًا لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف فى ماله، فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبى فى عياله لثبوت نوع، وولاية له حينئذ، ألا ترى أنه يؤديه ويسلمه فى الصنائع، فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة. (مل)

قوله: "يعوله" عال عيالةً. (كافى) وبسند گرديد عيال خود را، ونفقه وخورش داد وعيال دارى كرد. (من)

(٤) الأب.

(٥) الابن الصغير.

(٦) ضاره ضوراً: گزند رسانيد او را كار وزيان كرد. (من)

(٧) أى مال. (ع)

(٨) الجد.

(٩) حجر بالفتح كنار مردم. (من) أى فى كنفها وتربيتها. (ع)

(١٠) أى الأم.

(١١) الأم.

(١٢) أى قبض الهبة له.

(١٣) أى من باب الحفظ.

(١٤) فإن حفظ اليتيم لا يبقى إلا بقوت وملبوس.

(١٥) قوله: "وكذا إذا كان إلخ" أى يجوز للأجنبى الذى يعوله، ويربيه قبض الهبة له عند عدم هؤلاء الأربعة، وفى

أجنبي آخر أن ينزعه من يده، فيملك[1] ما يتمحض نفعًا في حقه[2].

وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز[3]، معناه إذا كان عاقلا، لأنه[4] نافع في حقه[5]، وهو[6] من أهله[7]، وفيما وُهِب للصغيرة[8] يجوز قبض[9] زوجها لها بعد الزفاف[10]؛ لتفويض الأب أمورها إليه[11] دلالة[12]، بخلاف ما قبل الزفاف[13]، ويملكه[14] مع حضرة الأب[15]، بخلاف الأم، وكل من يعولها غيرها[16] حيث لا يملكونها[17] لا بعد موت الأب، أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح[18]؛ لأن تصرف

"المبسوط": وإذا ثبت أن للأجنبي الذي يعوله أن يقبض هبة الغير له، فكذلك إذا كان هو الواهب فأعلمها وأبانها فهو جائز، وقبضه له قبض، ويستوي إن كان الصبي يعقل أولا يعقل. (ك)

(١٦) أي لهذا الأجنبي.

(١) أي هذا الأجنبي.

(٢) ومن جملته قبول الهبة له.

(٣) قوله: "جاز" أي استحسانًا، وأما جواب القياس لا يجوز لأنه لا معتبر بفعله قبل البلوغ خصوصًا فيما يمكن تحصيله له بغيره، فإن اعتبار عقله للضرورة، وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره. (ك)

(٤) أي لأن قبض الهبة.

(٥) أي الصبي.

(٦) الواو حالية، وهو -الضمير المنفصل- راجع إلى الصبي

(٧) القبض.

(٨) ممن يجامع مثلها أم لا.

(٩) وإن قبضت بنفسها جاز، ولو قبض الأب صح أيضًا لبقاء ولايته. (ك)

(١٠) زفاف -بالكسر-: فرستادن عروس را بسوى شوى. (من)

(١١) الزوج.

(١٢) قوله: "دلالة" حيث زفها إليه وهي صغيرة، وأقامه مقام نفسه في حفظها، وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال. (عيني)

(١٣) قوله: "بخلاف ما قبل الزفاف [فإنه قبل الزفاف لا يكون للزوج عليها ولاية]" لأن اعتبار ذلك بحكم أنه يعولها، وإن له عليها يد مستحقة، وذلك لا يوجد قبل الزفاف. (ك)

(١٤) قوله: "ويملكه إلخ" أي يملك الزوج قبض الهبة مع حضرة الأب، واحترز به عما ذكر في "الإيضاح" أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيًا. (عيني)

(١٥) أي حياة الأب.

(١٦) الأم.

(١٧) أي قبض الهبة لها.

(١٨) قوله: "في الصحيح" يتعلق بقوله: حيث لا يملكونها إلخ، وإنما قال في الصحيح، لأن فيه خلافًا فإن شيخ الإسلام خواهر زاده قال في "مبسوطه": فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبي والأم والجد والأخ، وقالوا: يجوز قبض هؤلاء عن الصغير إذا كان في عيالهم، وإن كان الأب حاضرا، كما في الزوج. (نتائج)

هؤلاء[1] للضرورة لا بتفويض الأب[2]، ومع حضوره لا ضرورة.

قال[3]: وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز، لأنهما سلماها جملة، وهو[4] قد قبضها جملة، فلا شيوع[5]، وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة. وقالا: يصح؛ لأن هذه هبة الجملة منهما؛ إذ التمليك واحد، فلا يتحقق الشيوع، كما إذا رهن من رجلين داراً[6].

وله[7] أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما، ولهذا[8] لو كانت الهبة[9] فيما لا يقسم، فقبل أحدهما صح[10]، ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف[11]، فيكون التمليك كذلك، لأنه حكمه[12].

وعلى هذا الاعتبار[13] يتحقق الشيوع، بخلاف الرهن[14] لأن حكمه[15] الحبس، ويثبت[16] لكل منهما[17] كملا[18]، فلا شيوع، ولهذا لو قضى[19] دين

---

(١) أي الأم وكل من يعولها.

(٢) قوله: "لا بتفويض الأب" احترز به عن تصرف الزوج، لما ذكرنا أن ولاية الزوج بتفويضه أمورها دلالة اليد. (ب)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) الموهوب له.

(٥) قوله: "فلا شيوع" والمؤثر الشيوع عند القبض، لا عند العقد حتى لو وهب الكل، ثم سلم النصف لا يجوز، ولو وهب النصف، ثم النصف وسلم الكل جاز. (ك)

(٦) قوله: "كما إذا رهن إلخ" فإنه يجوز، فالهبة أولى، لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة. (عيني)

(٧) هذا الاستدلال من جانب التمليك. (م)

(٨) أي لأجل كون هذه الهبة هبة النصف من كل منهما.

(٩) أي هبة الواحد للاثنين.

(١٠) فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة. (م)

(١١) قوله: "ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف" وهو غير ممتاز، فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال، وهذا الاستدلال من جانب الملك. (م)

(١٢) التمليك.

(١٣) قوله: "وعلى هذا الاعتبار [أي على اعتبار أن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف. ك]" أي على اعتبار المذكور وهو ثبوت الشيوع في التمليك بثبوت الملك مشاعاً يتحقق الشيوع فنفذ الهبة. (عيني)

(١٤) جواب ما استثناه.

(١٥) الرهن.

(١٦) الحبس.

(١٧) المرتهنين.

(١٨) أي كاملا.

أحدهما[١] لا يسترد شيئًا من الرهن.

وفى "الجامع الصغير"[٢] إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم، أو وهبها لهما جاز، ولو تصدق بها على غنيين، أو وهبها لهما لم يجز.

وقالا: يجوز للغنيين أيضًا[٣] جعل كل واحد منهما مجازًا عن الآخر[٤]، والصلاحية ثابتة، لأن كل واحد منهما تمليك بغير بدل.

وفرق بين الهبة والصدقة[٥] فى الحكم فى "الجامع"[٦]، وفى "الأصل"[٧]: سوّى[٨]، فقال[٩]: وكذلك الصدقة[١٠]، لأن الشيوع مانع فى الفصلين[١١] لتوقفهما[١٢] على القبض. ووجه الفرق[١٣] على هذه الرواية[١٤]: أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى، وهو واحد، والهبة يراد بها وجه الغنى، وهما اثنان[١٥]، وقيل:

---

(١٩) الراهن.

(١) المرتهنين.

(٢) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الأصل، وذلك لأن رواية "الجامع الصغير" تدل على أن الشيوع فى الصدقة لا يمنع الجواز عند الإمام كما كان يمنع عن جواز الهبة، ورواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة فى منع الشيوع فيهما عن الجواز لأنه سوى بينهما حيث عطف وقال: وكذلك الصدقة. (ع)

(٣) أى كما يجوز للفقيرين مطلقًا.

(٤) قوله: "جعل [أى أبو حنيفة] كل واحد منهما [أى من الهبة والصدقة] إلخ" الحاصل أن أبا حنيفة جعل الهبة مجازاً عن الصدقة إذا صادفت الفقير، والصدقة مجازاً عن الهبة إذا صادفت الغنى لوجود المجوز، إذ كل منهما تمليك الغير بغير بدل. (عينى)

(٥) قوله: "وفرق [أى محمد] بين الهبة والصدقة" حيث جوز الصدقة على الفقيرين الاثنين، ولم يجوز الهبة على الغنيين الاثنين. (مل)

(٦) الصغير.

(٧) أى المبسوط.

(٨) بين الصدقة والهبة.

(٩) عقيب مسألة الهبة.

(١٠) قوله: "وكذلك الصدقة [أى لا يجوز الصدقة على رجلين عنده، كما لا يجوز الهبة]" وهذا يدل على أن التصدق على اثنين فيما يحتمل القسمة باطل عند أبى حنيفة كالهبة لتوقفهما على القبض، فوجب أن يستويا فى هذا أيضًا إذ المفسد واحد وهو الشيوع. (ك)

(١١) أى الصدقة و الهبة.

(١٢) أى الهبة والصدقة.

(١٣) قوله: "ووجه الفرق" أى بين الهبة من اثنين حيث لا يجوز عند أبى حنيفة، وبين الصدقة على اثنين حيث يجوز. (عينى)

(١٤) أى رواية "الجامع الصغير".

هذا[١] هو الصحيح، والمراد بالمذكور في "الأصل"[٢] الصدقة على غنيين[٣].

ولو وهب لرجلين داراً[٤]، لأحدهما ثلثاها[٥]، وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يجوز، ولو قال[٦]: لأحدهما نصفها، وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان، فأبو حنيفة مر على أصله، وكذا محمد[٧]، والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض[٨] يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض، فيتحقق الشيوع، ولهذا[٩] لا يجوز إذا رهن من رجلين، ونصّ على الأبعاض[١٠].

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح[١١]

قال: وإذا[١٢] وهب هبة[١٣] لأجنبي[١٤] فله الرجوع فيها[١٥]، و قال الشافعي: لا

---

(١٥) لأن فرض المسألة في اثنين.

(١) أي المذكور في "الجامع الصغير" من جواز الصدقة على الفقيرين.

(٢) المبسوط.

(٣) فهو لا يجوز لأنه مجاز عن الهبة.

(٤) قوله: "ولو وهب لرجلين إلخ" اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتدائياً من غير سابقة الإجمال، بأن قال: وهبت لهذا نصف الدار، ولهذا نصفه، أو يكون بعد الإجمال، فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين، أو بالتساوي كالنصف.

وإن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة رح مطلقاً، أي سواء كان متفاضلا، أو متساوياً، وجاز عند محمد رح مطلقاً، وفرق أبو يوسف رح بين المفاضلة والمساواة، ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية. (نت)

(٥) هذا تفصيل بعد الإجمال.

(٦) قوله: "ولو قال إلخ" معطوف على ما في آخر المسألة الأولى من التفصيل الوقع بعد الإجمال، فيكون الفرق بين المسألتين بوقوع التفصيل بعد الإجمال في الأول بطريق المفاضلة، وفي الأخرى بطريق المساواة. (نت)

(٧) قوله: "وكذا محمد رح" أي وكذا محمد رح مر على أصله، لأن هذه هبة واحد من رجلين نص على التفاضل أو التساوي، وهو يجوز عند محمد رح، ولا يجوز عند أبي حنيفة رح. (مل)

(٨) قوله: "بالتنصيص إلخ" هذا دليل على صورة التفصيل بالتفصيل وعلى صورة التساوي على رواية عدم الجواز، وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله، وهو أصل محمد رحمه الله تعالى، فليست بمحتاجة إلى الدليل. (ب)

(٩) قوله: "ولهذا" توضيح لدلالة التنصيص على الأبعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض في الرهن. (مل)

(١٠) قوله: "ونص على الأبعاض" بأن قال: رهنتكما هذ الشيء على أن يكون النصف رهناً عند هذا، والنصف الآخر عند هذا كان هذا فاسداً، لأن بالتفصيل يتفرق العقد، فكذا ههنا. (عيني)

(١١) قوله: "باب" قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب ملكاً غير لازم، فكان الرجوع صحيحاً، وقد يمنع من ذلك ما نع، فيحتاج إلى ذكر ذلك، وهذا الباب لبيانه. (ع)

(١٢) هذا مع ما بعده كله من مختصر القدوري.

(١٣) قوله: "هبة" المراد بالهبة الموهوب، لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان لا في حق الأقوال. (نهاية)

رجوع فيها؛ لقوله عليه السلام[(١)]: «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده»*، ولأن الرجوع يضاد التمليك، والعقد لا يقتضي ما يضاده، بخلاف[(٢)] هبة الوالد لولده على أصله[(٣)]؛ لأنه لم يتم التمليك[(٤)] لكونه جزءاً له. ولنا: قوله: عليه السلام[(٥)]: «الواهب أحق بهبته[(٦)] ما لم يثب[(٧)] منها»**، أي لم يعوض، ولأن المقصود بالعقد[(٨)] هو التعويض[(٩)] للعادة[(١٠)]، فثبت ولاية الفسخ عند فواته[(١١)]، إذ العقد يقبله[(١٢)]، والمراد بما روى[(١٣)] نفي استبداد الرجوع[(١٤)]، وإثباته للوالد، فإنه[(١٥)] يتملكه[(١٦)] للحاجة، وذلك[(١٧)] يسمّى رجوعاً[(١٨)]، وقوله[(١٩)]

---

(١٤) قوله: "لأجنبي" المراد بالأجنبي من لم يكن ذا رحم محرم منه، فخرج منه من كان ذا رحم، ولم يكن محرمًا لبني الأعمام والأخوال، ومن كان محرما، وليس بذي رحم كالأخ الرضاعي. (عناية)

(١٥) قوله: "فله الرجوع فيها" أي بالتراضي، أو بقضاء القاضي إذا لم يقترن بها ما يمنع الرجوع، وذكر الأحكام بعده أغنى عن ذكر القيود. (كفاية)

(١) أخرجه النسائي وابن ماجة. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٤، والدراية ج٢، الحديث٨٥٦ ص١٨٤. (نعيم)

(٢) جواب عما يقال: من أن هذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد.

(٣) قوله: "على أصله" أي على أصل الشافعي، فإن من أصله أن للأب حق في مال ابنه، لأنه جزءه أو كسبه، فالتمليك من نفسه من وجه. (عناية)

(٤) من جانب الواهب الوالد.

(٥) أخرجه ابن ماجة عن أبي هريرة.

(٦) قوله: "الواهب أحق [أي إذا ادعى] إلخ" لا يقال: إن المراد منه ما قبل التسليم، فلا يكون حجة، لأنا نقول: لا يصح ذلك لأنه أطلق اسم الهبة على الكمال، وذا لا يكون قبل القبض، والتسليم، ولأنه عليه السلام جعله أحق لها، وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيه حق، وذلك إنما يكون بعد القبض، ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله: ما لم يثبت منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله. (ك)

(٧) من الإثابة وهو التعوّض، أثابه الله: پاداش دهد او را. (من)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٥، والدراية ج٢، الحديث٨٥٧ ص١٨٤. (نعيم)

(٨) وفي نسخة: بالهبة، أي بعقد الهبة.

(٩) عوضاً ماليًا، أو الخدمة من الموهوب له.

(١٠) غالبًا

(١١) قوله: "فثبت ولاية الفسخ إلخ" فكان له الرجوع إذا لم يحصل مقصوده كالمشترى إذا وجد المبيع معيبا يرجع بالثمن لفوات مقصوده، وهو وصف السلامة في المبيع. (تبيين)

(١٢) الفسخ.

(١٣) قوله: "بما روى" أراد به الحديث الذي احتج به الشافعي. (عيني)

(١٤) قوله: "نفي استبداد [أي استقلال] إلخ" أي عدم استقلال الواهب بالرجوع من غير قضاء ولا رضاء، إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك، فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته بلا قضاء، ولا رضاء. (عيني)

في الكتاب[١]: فله الرجوع لبيان الحكم، أما الكراهة[٢] فلازمة لقوله عليه السلام: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»*، وهذا لاستقباحه[٣]، ثم للرجوع موانع[٤] ذكر[٥] بعضها.

فقال[٦]: إلا أن يعوّضه[٧] عنها[٨] لحصول المقصود، أو يزيد زيادة متصلة[٩]؛ لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها[١٠] دون الزيادة لعدم الإمكان، ولا مع الزيادة لعدم دخولها[١١] تحت العقد.

قال: أو يموت أحد المتعاقدين؛ لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة، فصار كما إذا انتقل[١٢] في حال حياته[١٣]، وإذا مات الواهب، ووارثه أجنبي عن

---

(١٥) الوالد.

(١٦) مال الولد.

(١٧) أي التملك عند الحاجة.

(١٨) قوله: "يسمى رجوعًا" أي باعتبار الظاهر، وإن لم يكن رجوعًا في الحكم. (ع)

(١٩) أي قول القدوري.

(١) أي مختصره. (عيني)

(٢) في الرجوع.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٦، والدراية ج٢، الحديث٨٥٨ ص١٨٤. (نعيم)

(٣) قوله: "وهذا [التشبيه] لاستقباحه [لا لتحريمه]" أي هذا التشبيه في معنى الاستقباح، والاستقذار لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي، ألا ترى أنه قال: في رواية كالكلب يقيء، ثم يعود في قيئه، وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة، وبه نقول أنه مستقبح. (ك)

(٤) قوله: "موانع" منها هلاك الموهوب، ومنها المحرمية بالرحم. (مل)

(٥) القدوري.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) أي الموهوب له الواهب.

(٨) أي عن الهبة.

(٩) قوله: "أو يزيد زيادة [كالغرس والبناء] إلخ" المراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في القيمة. (مل)

قوله: "زيادة متصلة" ولو كانت الزيادة منفصلة بأن كانت الهبة أمة، فولدت عند الموهوب له من زوج، أو فجور، فللواهب أن يرجع فيها دون الولد، لأن الرجوع في الأصل دون الزيادة ممكن، وإن كانت الزيادة من سعر فله أن يرجع لأن زيادة السعر ليست بزيادة في عين الموهوب، وإنما هي زيادة رغبة الناس فيه، والعين بحالها كما كانت، فلا يمنع الرجوع. (كفاية)

(١٠) أي في الموهوبة.

(١١) الزيادة.

(١٢) الملك.

العقد إذ هو ما أوجبه[١]، أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له؛ لأنه[٢] حصل بتسليطه[٣]، فلا ينقضه[٤]، ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه[٥].

قال[٦]: فإن وهب لآخر أرضًا بيضاء[٧] فأنبت في ناحية منها نخلا، أو بني بيتًا، أو دكانًا، أو آريًا[٨]، وكان ذلك زيادة[٩] فيها[١٠]، فليس له أن يرجع في شيء منها[١١]؛ لأن هذه زيادة متصلة، وقوله: وكان ذلك زيادة فيها إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيرًا حقيرًا لا يعد زيادة أصلا، وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها[١٢]، فلا يمتنع الرجوع في غيرها[١٣].

قال: فإن باع نصفها[١٤] غير مقسوم[١٥] رجع في الباقي؛ لأن الامتناع بقدر

---

(١٣) فلا رجوع.

(١) قوله: "إذ هو [الوارث الواهب] ما أوجبه [أي العقد]" أي ما أوجب الملك للموهوب له، فلا يكون له حق الرجوع بالنص، لأنه أوجب الرجوع للواهب، وهو ليس بواهب. (عيني)

(٢) أي لأن خروج الهبة عن تلك الموهوب له.

(٣) الواهب.

(٤) قوله: "فلا ينقضه" أي الواهب لأن سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود. (مل)

(٥) قوله: "ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه"، وهو التمليك، وتبدل الملك كتبدل العين، وفي تبدل العين لم يكن الرجوع، فكذا في تبدل السبب. (ع)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير"، كذا في "نتائج الأفكار".

(٧) أي خالية مكشوفة عن الشواغل.

(٨) قوله: "أو آريًا" آرى –بالتشديد ويخفف– وآرية بالتاء آخيه كه چار پايه را بآن بندند، وبمعنى معلف كه در كتب فقه آمده مجاز ست، آخيه بالتخفيف چونى كج يارسنى يا دوالى باشد كه هر دو طرف آن در ديوار يا در كوه يا در زمين نبک فرو برده شود وميان هو دو حلقه مانندى بيرن باشد، وچهار پايه ابدان ببندند. (منتهى الأرب)
أو آريا –بفتح الهمزة وكسر الراء وتشديد الياء–: وهو المعلف عند العامة، وهو مراد الفقهاء. (عيني)

(٩) قوله: "وكان ذلك زيادة" الزيادة في الأرض قد لا تعد زيادة، وقد تكون زيادة في الكل، بأن ازدادت بها قيمة الكل، وقد تعد زيادة في قطعة منها، أما إذا بنى دكانًا يعد ذلك زيادة في الدار، لأن الزيادة في جانب الدار توجب زيادة في كل الدار، فإنه يزداد بها قيمة كل الدار، كما إذا كان في إحدى عيني الجارية بياض، فزال البياض، فالزيادة في عينها تكون زيادة في كل الجارية، وإن كانت في موضع خاص، كذا هذا. (ك)

(١٠) الأرض.

(١١) ثم الموهوب له إن هدم الزيادة وقلع الشجر، وعادت كما كان للواهب أن يرجع لزوال المانع. (ك)

(١٢) الأرض.

(١٣) أي غير القطعة التي فيها الزيادة.

(١٤) أي أرض موهوبة.

(١٥) قوله: "غير مقسوم" أقول وجه هذا التقييد إرادة إثبات الحكم في المقسوم بالطريق الأولى، فإنه لما صح الرجوع في الباقي فيما إذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما إذا باع نصفها مقسومًا أولى كما لا

المانع، وإن لم يبع شيئًا منها[١] له أن يرجع في نصفها[٢]؛ لأن له أن يرجع في كلها، فكذا في نصفها بالطريق الأولى، وإن وهب هبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها؛ لقوله عليه السلام[٣]: «إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها»*، ولأن المقصود[٤] صلة الرحم، وقد حصل[٥].

وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر؛ لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة[٦]، وإنما ينظر إلى هذه المقصود وقت العقد، حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع فيها[٧]، ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع[٨].

قال[٩]: وإذا قال الموهوب له للواهب: خذ هذا عوضًا عن هبتك[١٠]، أو بدلا عنها، أو في مقابلتها، فقبضه الواهب سقط الرجوع؛ لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدًا.

وإن عوّضه أجنبى عن الموهوب له متبرعًا[١١]، فقبض الواهب العوض بطل الرجوع؛ لأن العوض لإسقاط الحق، فيصح من الأجنبى كبدل الخلع والصلح[١٢].

يخفى. (نتائج الأفكار)

(١) أرض موهوبة.

(٢) ويترك النصف.

(٣) رواه البيهقي والدارقطني في "سننهما"، والحاكم في "المستدرك". (على قارى شارح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٦، والدراية ج٢، الحديث٨٥٩ ص١٨٤. (نعيم)

(٤) من هذه الهبة.

(٥) وكل عقد أفاد المقصود لزم.

(٦) قوله: "كما في القرابة" يعني أن ما بينهما من ربط أحد الزوجين بالآخر نظيرًا لقرابة، بدليل التوارث من الجانبين من غير حجب، وعدم قبول الشهادة. (عيني)

(٧) قوله: "فله الرجوع فيها" لوقوع الهبة للأجنبية، وكان مقصوده العوض ولم يحصل. (عيني)

(٨) لأنها وقت الهبة زوجته. (عيني)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) قوله: "خذ هذا عوضًا إلخ" وصورة التعويض أن يذكر لفظا يعلم الواهب أنه عوض هبته بأن يقول الموهوب له هذا عوض هبتك، أو جزاء هبتك، أو ثواب هبتك، أو بدل هبتك، أما إذا وهب من الواهب شيئًا، ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته كان لكل واحد منهما أن يرجع في هبته.

وفي "المبسوط": وسواء كان العوض شيئًا قليلا أو كثيرًا من جنس الهبة أو من غير جنسها، لأن هذه ليست بمعاوضة محضة، فلا يتحقق فيها الربا، وإنما تأثير العوض في قطع الحق في الرجوع لتحصل المقصود، ويشترط شرائط الهبة في العوض من القبض والإفراز لأنه تبرع. (ك)

(١١) قوله: "متبرعًا" من الحكم في التبرع ليثبت الحكم فيما إذا عوضه بأمر الموهوب له بالطريق الأولى لأن ذلك بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه. (ك)

وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض؛ لأنه لم يسلم له[1] ما يقابل نصفه[2]، وإن استحق نصف العوض لم يرجع[3] فى الهبة إلا أن يرد ما بقى[4] ثم يرجع، وقال زفر: يرجع بالنصف[5] اعتباراً بالعوض الآخر.

ولنا أنه يصلح عوضاً[6] للكل فى الابتداء، وبالاستحقاق[7] ظهر أنه لا عوض[8] إلا هو[9]، إلا أنه يتخير[10] لأنه[11] ما أسقط حقه فى الرجوع إلا ليسلم له كل العوض، فلم يسلم له[12]، فله أن يرده[13].

قال: وإن وهب داراً فعوضه من نصفها رجع الواهب فى النصف الذى لم يعوض؛ لأن المانع خص النصف، قال[14]: ولا يصح الرجوع[15] إلا بتراضيهما[16]، أو بحكم الحاكم[17]؛ لأنه[18] مختلف بين العلماء[19]، وفى أصله وهاء[20]، وفى

(١٢) أى من الأجنبى يكون على الأجنبى.

(١) أى للموهوب له.

(٢) أى نصف العوض.

(٣) الواهب.

(٤) من العوض.

(٥) قوله: "يرجع [أى الواهب] بالنصف" أى بنصف الموهوب اعتباراً بالعوض الآخر وهو الموهوب فإنه لو استحق نصفه يرجع بنصف العوض، لأن كل واحد منهما يصير مقابلا بالآخر، كما فى بيع العرض بالعرض، فإنه إذا استحق نصف أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله. (ك)

(٦) قوله: "أنه [أى الباقى من العوض] يصلح عوضاً إلخ" وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصح أن يكون عوضاً عنه فى البقاء، لأن البقاء أسهل من الابتداء. (ع)

(٧) أى باستحقاق نصف العوض.

(٨) قوله: "ظهر أنه لا عوض إلخ" عورض بأن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض، فإذا كان الكل فى الابتداء عوضاً عن الكل كان النصف فى مقابلة النصف، فكأنه عوض من النصف ابتداء.

وأجيب بأن ذلك فى المبادلات تحقيقا للمبادلة، والمقابلة، وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع فى شىء من الهبة مع سلامة جزء من الهبة. (ع)

(٩) أى الباقى.

(١٠) قوله: "إلا أنه [أى أن الوهب] يتخير" أن بين أن يرد ما بقى من العوض، ويرجع فى الهبة وبين أن يمسكه، ولا يرجع بشىء. (ع)

(١١) الواهب.

(١٢) أى للواهب.

(١٣) أى ما بقى من العوض.

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) فى الهبة.

(١٦) أى الواهب والموهوب له.

حصول المقصود وعدمه خفاء[١]، فلا بد من الفصل[٢] بالرضا، أو بالقضاء، حتى لو كانت الهبة عبدًا[٣] فأعتقه[٤] قبل القضاء نفذ[٥]، ولو منعه[٦] فهلك لا يضمن لقيام ملكه[٧] فيه[٨].

وكذا[٩] إذا هلك[١٠] في يده[١١] بعد القضاء[١٢] لأن أول القبض غير مضمون[١٣]، وهذا دوام عليه[١٤]، إلا أن يمنعه[١٥] بعد طلبه، لأنه[١٦] تعد وإذا رجع بالقضاء، أو بالتراضي يكون فسخًا من الأصل[١٧] حتى لا يشترط[١٨] قبض

---

(١٧) قوله: "أو بحكم الحاكم" أراد أن الراهب يرفع أمره إلى الحاكم ليحكم على الموهوب له بالرد إليه، حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضاء كان غاصبًا، فلو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له. (عيني)

(١٨) الرجوع.

(١٩) كما مر منا ومن الشافعي.

(٢٠) قوله: "وفي أصله [أي الرجوع] وهاء" أي في أصل الرجوع ضعف لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفًا في ملك غيره. (ع)

قوله: "وهاء" في "المغرب": الوهاء بالمد خطأ، وإنما هو الوهي مصدر، وهي الحبل يهي وهيًا إذا ضعف. (ك)

(١) قوله: "خفاء" لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل، وإن كان العوض، فلم يحصل، فإذا تردد لا بد من الفصل. (ع)

(٢) قوله: "فلا بد من الفصل" لأن الرجوع فسخ العقد، فلا يصح إلا ممن له ولاية عامة، وهو القاضي، أو منهما ولايتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض. (ك)

(٣) الموهوب له.

(٤) بعد طلب الرجوع.

(٥) عتقه.

(٦) أي لو منع الموهوب له الموهوب من الواهب.

(٧) أي ملك الموهوب له.

(٨) أي في الموهوب.

(٩) أي لا يضمن الموهوب له.

(١٠) أي الموهوب.

(١١) أي في يد الموهوب له قبل طلب المدعي.

(١٢) بالرجوع.

(١٣) فلا ينقلب مضمونًا بعد الاستمرار عليه. (تبيين)

(١٤) قوله: "وهذا دوام عليه" أي المتحقق بعد القضاء دوام على القبض الذي لم ينعقد سببًا للضمان. (عيني)

(١٥) قوله: "إلا أن يمنعه" أي يمنع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد طلبه عند القضاء بالرجوع. (مل)

(١٦) المنع.

(١٧) قوله: "يكون فسخًا إلخ" وخالف زفر في الرجوع بالتراضي، وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما. (ع)

الواهب، ويصح في الشائع[١]، لأن العقد وقع جائزًا موجبًا حق الفسخ من الأصل، فكان بالفسخ مستوفيًا حقًا ثابتًا له، فيظهر[٢] على الإطلاق[٣]، بخلاف الرد[٤] بالعيب بعد القبض[٥]، لأن الحق هناك[٦] في وصف السلامة[٧]، لا في الفسخ[٨]، فافترقا[٩].

قال[١٠]: وإذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق، وضمّن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء؛ لأنه[١١] عقد تبرع، فلا يستحق فيه السلامة[١٢]، وهو غير عامل له[١٣]، والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع[١٤]، لا في ضمن غيره[١٥].

(١٨) قوله: "حتى لا يشترط إلخ" يعني بعد الرجوع، فلو كان كالهبة المبتدأة مثل ما قال زفر شرط القبض. (عيني)

(١) قوله: "ويصح [الرجوع] في الشائع" بأن رجع عن نصفه، ولو كان كالهبة المبتدأة لما صح الرجوع بالنصف بالشيوع. (مل)

(٢) أي الفسخ. (ك)

(٣) أي حالتي القضاء والرضاء في الشائع وغيره. (ك)

(٤) قوله: "الرد" فإنه فسخ لو كان بالقضاء، وعقد جديد لو كان بالرضاء.

(٥) قوله: "بعد القبض [أي بعد قبض المشتري. ك]" إنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل، سواء كان بالقضاء أو بالرضاء. (عيني)

(٦) قوله: "لأن الحق إلخ" يعني أن في فصل الرجوع في الهبة هما يفعلان عين ما يفعله القاضي، فيكون فسخًا، وفي الرد بالعيب القاضي يلزم على الخصم، أولا تسليم وصف السلامة، فإذا عجز البائع عن ذلك يفسخ البيع فهما لم يفعلا مثل فعل القاضي، فلهذا لم يصر فسخا، بل يكون بمنزلة البيع ابتداء. (ك)

(٧) قوله: "في وصف السلامة" حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه. (ع)

(٨) قوله: "لا في الفسخ" لأن العيب لا يمنع تمام العقد، فإذا كان العقد ثابتًا لم يقتض الفسخ، فإذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء العقد بينهما. (عيني)

(٩) قوله: "فافترقا" أي الرجوع في الهبة بالتراضي، والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي. (عيني)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) الهبة.

(١٢) قوله: "فلا يستحق إلخ" لأن لم يلزم السلامة لا صريحًا ولا دلالة، أما صريحًا فظاهر، وأما دلالة فلأن دلالة الالتزام في المعاوضة سلامة البدل له، وهذا المعنى معدوم ههنا. (ك)

(١٣) قوله: "وهو غير عامل له" احتراز عن المودع إذا هلكت الوديعة في يده، واستحقها مستحق، وضمنه، فإنه يرجع على المودع لأن المودع عامل للمودع في الحفظ. (ك)

(١٤) قوله: "والغرور إلخ" جواب سؤال مقدر تقريره أن يقال: إنه غره بإيجاب الملك له في المحل، وإخباره بأنه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع إذا غر المشتري. (عيني)

(١٥) قوله: "سبب إلخ" كما في ولد المغرور، فإنه يرجع بقيمة الولد على البائع، وإن لم يوجد المعاوضة في الولد، ولم يعمل للبائع ولكنه مغرور في ضمن المعاوضة، فيصلح سببا للضمان، لأن المعاوضة عقد ضمان فما كان في ضمنه

قال[١] : وإذا وهب بشرط العوض[٢] اعتبر التقابض فى المجلس[٣] فى العوضين[٤]، ويبطل بالشيوع ؛ لأنه هبة ابتداء[٥]، فإن تقابضا صح العقد، وصار فى حكم البيع يرد بالعيب، وخيار الرؤية، ويستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء.

وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء، لأن فيه معنى البيع، وهو التمليك بعوض، والعبرة فى العقود للمعانى[٦]، ولهذا[٧] كان بيع العبد من نفسه[٨] إعتاقًا.

ولنا: أنه اشتمل على جهتين[٩]، فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين[١٠]، وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض[١١]، وقد يتراخى عن البيع الفاسد[١٢]، والبيع من حكمه اللزوم، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض[١٣]، فجمعنا بينهما[١٤].

بخلاف[١٥] بيع نفس العبد منه، لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه، إذ هو لا يصلح مالكًا لنفسه[١٦].

جاز أن يكون سببًا للضمان، لأن المتضمن له حكم المتضمن، ولا كذلك ههنا فإن الغرور ليس فى ضمن عقد المعاوضة. (ك)

(١) أى القدروى. (عينى)

(٢) مثل أن يقول: وهبتك هذا العبد على أن تهب لى هذ العبد.

(٣) قوله: "اعتبر التقابض إلخ" ذكر الإمام المحبوبى فى "الجامع الصغير" هذا الذى ذكره فيما إذا ذكره بكلمة على، وأما لو ذكره بحرف الباء بأن قال: وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا، أو بألف درهم، وقبله الآخر يكون بيعًا ابتداء وانتهاء بالإجماع. (ك)

(٤) ولو لم يوجد التقابض لا يثبت الملك لواحد منهما. (ع)

(٥) قوله: "ابتداء إلخ" فإن قيل: لم لم يعكس الأمر، قلنا: لأن انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم، وأنه بعد تمام العقد، فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لأن العقد به ينعقد، وعند التمام اعتبرنا المقصود، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٦) قوله: "للمعانى" ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة. (ك)

(٧) أى لكون العبرة فى العقود للمعانى.

(٨) أى بيع المولى عبده من ذلك العبد.

(٩) جهة الهبة لفظًا، وجهة البيع معنى. (ع)

(١٠) لأن أعمال الشبهين لو يوجد أولى من إهمال أحدهما. (ع)

(١١) قوله:" لأن الهبة إلخ" حاصله أنه لا تنافي بين البيع والهبة لوجود المناسبة كما بين، وإذا انتفى المنافاة، أمكن الجمع. (مل)

(١٢) إشارة إلى أنه قد يوجد تراخى الملك إلى القبض فى البيع أيضًا.

(١٣) أى إذا قبض العوض.

(١٤) أى بين الهبة والبيع.

(١٥) جواب عما قاله زفر والشافعى رحمهما الله تعالى.

(١٦) لأنه لا يملك غيره مالا، فكيف يملك نفسه مالا.

فصل[١]

قال[٢]: ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة، وبطل الاستثناء؛ لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد[٣]، والهبة لا تعمل في الحمل[٤]، لكونه وصفًا[٥] على ما بيناه في البيوع، فانقلب شرطًا فاسدًا[٦]، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة[٧]، وهذا[٨] هو الحكم في النكاح، والخلع والصلح عن دم العمد، لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها[٩]. ولو أعتق ما في بطنها[١٠]، ثم وهبها جاز؛ لأنه لم يبقَ الجنين على ملكه[١١] فأشبه الاستثناء[١٢]، ولو دبر ما في بطنها[١٣]، ثم وهبها لم يجز[١٤]؛ لأن

---

(١) قوله: "فصل" لما كانت المسائل المذكورة في هذ الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق، وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة. (نت)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "إلا في محل إلخ" يعني كل ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناءه، لأن المستثنى يكون من جنس المستثنى منه، وحكم المستثنى منه صحة إفراده بالعقد، ولو جاز الاستثناء في شيء لا يصح العقد فيه لما كان المستثنى من جنس المستثنى منه، لأن الوصف ليس من جنس العين، فلا يتناوله صدر الكلام، فإذا لم يتناوله لا يصح الاستثناء. (حميدية)

(٤) بأن وهب حمل الجارية دونها فإنه لا يجوز، فإن ما في البطن ليس بمال، ولا يعلم وجوده حقيقةً. (ع)

(٥) قوله: "لكونه" أي لكون الحمل وصفًا لها، وتابعًا لها كأطرافها من اليد والرجل. (مل)

(٦) قوله: "فانقلب شرطًا إلخ" لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعًا لكونه جزءً منها، فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفًا لمقتضى العقد، وهو معنى الشرط الفاسد. (عيني)

(٧) قوله: "والهبة لا تبطل إلخ" لأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض، والفعل الحسي لا يبطل بالشرط الفاسد. (عيني)

(٨) قوله: "وهذا" أي صحة العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح، بأن قال: تزوجت على هذه الجارية إلا حملها بطل الاستثناء، حتى تصير الجارية مع الحمل مهرًا، والخلع، بأن جعلت الجارية الحامل بدل الخلع واستثنى الحمل يكون الجارية والحمل بدل الخلع، والصلح عن دم العمد، بأن قال: صالحتك على هذه الجارية إلا حملها. (مل)

(٩) قوله: "بخلاف البيع إلخ" بأن اشترى جارية، أو آجرها، أو رهنها إلا حملها، فإنه لا يصح. (عيني)

(١٠) الجارية.

(١١) الواهب.

(١٢) قوله: "فأشبه الاستثناء [أي استثناء الحمل حال هبة الجارية]" وجه المشابهة أن في صورة إعتاق الحمل قبل الهبة لا يبقى الحمل على ملك الواهب، وكذا في استثناء الحمل، لأن الحمل لا يبقى أيضًا على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل. (عيني)

قوله: "فأشبه الاستثناء" من حيث إن الاستثناء يبين أن المستثنى لم يكن داخلا تحت صدر الكلام، فكذلك ههنا بإعتاق الولد سابقًا بين أنه لا يكون داخلا تحت قوله: وهبت. (مل)

(١٣) الجارية.

(١٤) أي لا تصح الهبة أصلا.

الحمل بقى على ملكه، فلم يكن شبيه الاستثناء[١]، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه[٢] لمكان التدبير، فبقى هبة المشاع[٣]، أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك[٤].

فإن وهبها[٥] له على أن يردها عليه[٦]، أو على أن يعتقها، أو يتخذها أم ولد، أو هب له دارًا، أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئًا[٧] منها[٨]، أو يعوضه[٩] شيئًا منها[١٠] فالهبة جائزة، والشرط باطل؛ لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد[١١]، فكانت[١٢] فاسدة، والهبة لا تبطل بها ألا ترى أن النبى عليه السلام[١٣] أجاز العمرى[١٤]، وأبطل شرط المعمر[١٥]*، بخلاف البيع[١٦]، لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط[١٧]**، ولأن الشرط الفاسد فى معنى الربا[١٨]، وهو يعمل فى

(١) قوله: "فلم يكن شبيه إلخ" بل كان فيه اختلاط الموهوب بغير الموهوب، وهو عين المشاع، فلا يجوز الهبة أصلا لا فى الأم ولا فى الجنين. (نهاية)

(٢) أى فى الحمل.

(٣) قوله: "فبقى هبة إلخ" فإن قيل: هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة، وهى جائزة، فالجواب أن عرضية الانفصال فى ثانى الحال ثابتة لا محالة، فأنزل منفصلا فى الحال، فكان المصنف لما استشعر على هذا السؤال أردفه بقوله: أو هبة شيء إلخ. (عينى)

(٤) قوله: "هو مشغول إلخ" كما إذا وهب الجوالق، وفيه طعام الواهب فإنه لا يصح. (مل)

(٥) الجارية.

(٦) الواهب.

(٧) قوله: "على أن يرد عليه [أى الواهب] إلخ" ولا يتوهم التكرار فى قوله: على أن يرد عليه شيئًا منها، أو يعوضه شيئًا منها لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضًا، فإن كونه عوضًا إنما هو بألفاظ تقدم ذكرها. (ع)

(٨) أى من تلك الدار.

(٩) قوله: "أو يعوضه شيئًا منها" معناه أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض من كل الدار. (نت)

(١٠) أى من الدار.

(١١) قوله: "تخالف مقتضى العقد" لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقًا بلا توقيت، فإذا شرط عليه الرد أو الإعتاق، أو غير ذلك تقيد بها. (ع)

(١٢) هذه الشروط.

(١٣) قوله: "ألا ترى أن النبى إلخ" أخرجه أبو داود والنسائى عن جابر أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «من أعمر عمرى فهى له ولعقبه يرثها من يرث من عقبه». (ت)

(١٤) قوله: "أجاز العمرى" العمرى تمليك بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمر له لأن معنى العمرى أن تقول: ملكتك هذه الدار ما دمت حيًا، أو عمرك، فإذا مت فهى لى. (كفاية)

(١٥) قوله: "وأبطل شرط إلخ" يعنى فى رجوعها إليه بعد موت المعمر له، وجعلها ميراثًا لورثة المعمر له. (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٧، والدراية ج٢، الحديث ٨٦٠ ص١٨٥. (نعيم)

(١٦) فإنه يبطل بالشروط الفاسد.

(١٧) رواه الطبرانى فى معجمه الوسط. (ت)

المعاوضات دون التبرعات[١].

قال[٢]: ومن كان له على آخر ألف درهم، فقال: إذا جاء غد، فهي لك، أو أنت بريء منها، أو قال: إذا أديت إلي النصف، فلك النصف، أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل[٣]؛ لأن الإبراء تمليك من وجه[٤] إسقاط من وجه[٥]، وهبة الدين ممن عليه إبراء[٦]، وهذا[٧] لأن الدين مال من وجه[٨]، ومن هذا الوجه كان تمليكًا، ووصف من وجه[٩]، ومن هذا الوجه كان إسقاطًا، ولهذا[١٠].

قلنا: إنه يرتد بالرد[١١]، ولا يتوقف على القبول[١٢]، والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة[١٣] التي يحلف بها كالطلاق والعتاق، فلا يتعداها[١٤].

قال[١٥]: والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته، ولورثته من بعده؛ لما

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٨، وانظر الدراية ج٢ تحت الحديث ٨٦٠ ص١٨٥. (نعيم)

(١٨) قوله: "في معنى الربا" لأنه لما قوبل المبيع بالثمن خلا الشرط عن العوض، وفيه منفعة لأحدهما، أو للمعقود عليه، وهو من أهل الاستحقاق، وذلك ليس إلا ربا. (مل)

(١) والهبة تبرع.

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) ويكون الألف عليه على حاله.

(٤) لارتداده بالرد. (ع)

(٥) لأنه لا يتوقف على القبول. (ع)

(٦) قوله: "إبراء" فإن قيل: قولهم: هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم، فإن رب الدين إذا أبرأ المديون منه، أو وهبه له توقف على قبوله.
أجيب بأن توقفه على ذلك لا من حيث إنه هبة العين بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد لفوات القبض المستحق بعقد الصرف، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه، فلهذا توقف على القبول. (ع)

(٧) أي كون الإبراء تمليكًا من وجه وإسقاطًا من وجه.

(٨) أي بالنظر إلى المآل حتى وجب فيه الزكاة. (ك)

(٩) أي بالنظر إلى الحال حتى لا يحنث لو حلف أن لا مال له، وله ديون على الناس.

(١٠) أي لهذين الوجهين.

(١١) قوله: "إنه [وهو آية التمليك. ك] يرتد بالرد" يفيد بإطلاقه إن عمل الرد في المجلس وغيره سواء، وهو المروى عن السلف، وقال بعضهم: ويجب أن يرده في مجلس الإبراء. (ع)

(١٢) وهي أمارة الإسقاط. (ك)

(١٣) قوله: "يختص إلخ" لأن التعليق بالشرط يمين فما لا يجوز أن يحلف به لا يحتمل التعليق بالشرط، وأما الإبراء وإن كان إسقاطًا من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف بها، فلا يصح تعليقه بالشرط. (عيني)

(١٤) أي فلا يتعدى التعليق بالشرط الإسقاطات المحضة.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

رويناه[١]، ومعناه[٢] أن يجعل داره له مدة عمره، وإذا مات ترد[٣] عليه[٤]، فيصح التمليك، ويبطل الشرط لما روينا[٥]، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

والرقبى[٦] باطلة[٧] عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: جائزة[٨]؛ لأن قوله: داري لك تمليك، وقوله: رقبى شرط فاسد كالعمرى.

ولهما أنه عليه السلام أجاز العمرى، ورد الرقبى[٩]*، ولأن معنى الرقبى عندهما أن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة[١٠] كأنه يراقب موته، وهذا تعليق التمليك بالخطر[١١]، فبطل، وإذا لم تصح[١٢] تكون[١٣] عارية عندهما، لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به[١٤].

فصل في الصدقة[١٥]

قال[١٦]: والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض[١٧]؛ لأنه تبرع كالهبة، فلا تجوز

---

(١) من أنه عليه السلام أجاز العمرى وأبطل الشرط. (ع)

(٢) عمرى.

(٣) الدار.

(٤) المعمر –بالكسر–.

(٥) من أنه صلى الله عليه والسلم أبطل الشرط، وهو قوله: وإذا مات ترد عليه. (ع)

(٦) هو أن يقول الرجل لغيره: داري لك رقبى. (ع) سميت رقبى لأن كل واحد يرقب موت صاحبه. (عيني)

(٧) قوله: "باطلة" لا تفيد ملك الرقبة، وإنما تكون عارية عنده فيجوز للمعمر أن يرجع فيه، ويبيعه في أي وقت شاء لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع. (عيني)

(٨) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" حاصل الإختلاف راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم على أنها من المراقبة، فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع فالتمليك جائز، وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى. وقالا: المراقبة في نفس التمليك، لأن معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتًا كأنه يقول: أراقب موتك وتراقب موتي، فإن مت قبلك فهي لك، وإن مت قبل فهي لي فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر، وهو موت المالك قبله، وهذا باطل. (نت)

(٩) قلت غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٨، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٦٠ ص١٨٥. (نعيم)

(١٠) قوله: "المراقبة" مراقبة يك ديگر را نگهبانى كردن وچشم داشتن. (من)

(١١) أي موت المملك قبله.

(١٢) الرقبى.

(١٣) الدار.

(١٤) جواز وإباحة.

(١٥) قوله: "فصل في الصدقة" لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط، وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة، وفصل لها بفصل. (عناية)

فى مشاع يحتمل القسمة ؛ لما بينا في الهبة[١]، ولا رجوع في الصدقة ؛ لأن المقصود هو الثواب، وقد حصل[٢]. وكذلك إذا تصدق[٣] على غنى استحسانًا[٤]، لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب[٥]، وقد حصل[٦]، وكذا[٧] إذا وهب لفقير لأن المقصود[٨] هو الثواب، وقد حصل. قال[٩]: ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة[١٠]، ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع، ويروى أنه[١١] والأول[١٢] سواء، وقد ذكرنا الفرق[١٣]، ووجه الروايتين في مسائل القضاء[١٤]. ويقال له[١٥]: أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالا، فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق، وقد ذكرناه من قبل[١٦].

---

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) أى لا يثبت الملك إلا بالقبض.

(١) قوله: "لما بينا فى الهبة [من أن الشيوع يمنع تمام القبض المشروط. ع]" أراد به قوله، ولأن فى تجويزه إلزامه شيئًا لم يلتزمه، وهو القسمة. (ك)

(٢) قوله: "وقد حصل" فصارت كهبة عوض عنها، وفيه تأمل، فإن حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب، فلا يقطع بحصوله، ويمكن أن يقال: المراد به حصول الوعد بالثواب. (ع)

(٣) قوله: "وكذلك [أى لا يرجع] إذا تصدق إلخ" أى لا رجوع فى الصدقة على الغنى أيضًا، كما لا رجوع فى الصدقة على الفقير، ومن أصحابنا من يقول: الصدقة على الغنى والهبة سواء، يعنى فيهما الرجوع.
قال: لأنه إنما يقصد به العوض دون الثواب، ألا ترى أن فى حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء فى أن المقصود الثواب، فكذلك فى حق الغنى الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود، ثم له أن يرجع فى الهبة، فكذلك فى الصدقة، ولكنا نقول فى ذكره لفظ الصدقة ما يدل على أنه لم يقصد العوض، ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال المتملك. (ك)

(٤) والقياس أن يرجع لأن الصدقة فى حق الغنى هبة.

(٥) قوله: "لأنه قد يقصد إلخ" فإن من له نصاب، وله عيال كثيرة فالناس يتصدقون عليه على قصد الثواب. (مل)

(٦) الثواب.

(٧) أى لا يرجع.

(٨) من الهبة للفقير.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) اعتبارًا لإيجابه بإيجاب الله تعالى.

(١١) أى أن الملك.

(١٢) أى المال.

(١٣) بين المال والملك.

(١٤) فى مسألة مالى صدقة على المساكين.

(١٥) أى للناذر.

(١٦) فى كتاب القضاء فى باب القضاء بالمواريث.

كتاب الإجارات[١]

الإجارة عقد[٢] يرد على المنافع[٣] بعوض[٤]؛ لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع[٥]، والقياس يأبى جوازه، لأن المعقود عليه المنفعة، وهي معدومة، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح[٦] إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار، وهي قوله عليه السلام[٧]: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه»[٨]*، وقوله عليه السلام[٩]: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره[١٠]»**، وينعقد ساعة فساعة[١١] على حسب حدوث المنفعة[١٢]، والدار أقيمت مقام المنفعة[١٣] في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول[١٤]، ثم

(١) قوله: "كتاب الإجارات" لما فرغ من بيان أحكام تمليك الأعيان بغير عوض، وهو الهبة شرع في بيان أحكام تمليك المنافع بعوض، وهو الإجارة، وقدم الأولى على الثانية؛ لأن الأعيان مقدمة على المنافع، ولأن في الأولى عدم العوض، والعدم مقدم على الموجود. ثم لعقد الإجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث إنهما يقعان لازمين، فلذلك أورد كتاب الإجارات متصلة بفصل الصدقة، وإنما جمعها إشارة إلى أن لها أنواعاً مختلفة، نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة، كاستئجار الدور للسكنى، ونوع تصير المنفعة معلومة فيه بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطة، ونوع تصير المنفعة معلومة فيه بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لنقل هذا الطعام إلى موضع معلوم. (نت)

قوله: "الإجارات" سببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها، وركنها الإيجاب والقبول بلفظي الماضي. (ع)

(٢) أي عقد تمليك.

(٣) احترز به عن بيع الأعيان. (ك)

(٤) احترز به عن العارية. (ك)

(٥) قوله: "بيع المنافع" فيه نظر، لأن المذكور في كتب اللغة إنما هو أن الإجارة اسم للأجرة لا أمر آخر، وإنما الذي هو بيع المنافع الإيجار، ثم إن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الإجارة في الشرع عقداً على المنافع بعوض، ولكن طوى الصغرى، فكأنه قال: لأن معنى الإجارة في الشرع هو معناها في اللغة، ومعناها في اللغة بيع المنافع. (نت)

(٦) قوله: "لا يصح" لأن المعدوم ليس بمحل العقد لأنه ليس بشيء، فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه، ولا يمكن جعل العقد مضافاً إلى زمان الوجود، لأن المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع. (ك)

(٧) أخرجه ابن ماجة في "سننه" في كتاب الأحكام عن ابن عمر. (ت)

(٨) فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٢٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٦١ ص١٨٦. (نعيم)

(٩) رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار". (ت)

(١٠) وفيه زيادة بيان أن معلومية الأجر شرط جوازها. (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٣١، والدراية ج٢، الحديث ٨٦٢ ص١٨٦. (نعيم)

(١١) قوله: "وينعقد ساعة فساعة إلخ" المراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع، هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لأن ارتباط الإيجاب والقبول كل ساعة. (نت)

(١٢) التي هي المعقود عليه.

(١٣) لأن جعل السبب مقام المسبب أمر شائع في الشرع. (ك)

عمله[١] يظهر في حق المنفعة تملكًا، واستحقاقًا حال وجود المنفعة[٢].

ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة، والأجرة معلومة لما روينا[٣]، ولأن الجهالة فى المعقود عليه[٤]، وفي بدله[٥] تفضى إلي المنازعة كجهالة الثمن، والمثمن فى البيع، وما جاز أن يكون ثمنًا[٦] فى البيع[٧] جاز أن يكون أجرة فى الإجارة[٨]؛ لأن الأجرة ثمن المنفعة، فيعتبر بثمن المبيع.

وما لا يصلح ثمنًا يصلح أجرة أيضًا[٩] كالأعيان[١٠]، فهذا اللفظ[١١] لا ينفي صلاحية غيره، لأنه عوض مالي[١٢]، والمنافع[١٣] تارة تصير معلومة بالمدة، كاستئجار الدور للسكنى، والأرضين للزراعة، فيصح العقد على مدة معلومة، أيّ مدة كانت؛ لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلومًا إذا كانت المنفعة لا تتفاوت[١٤].

---

(١٤) قوله: "ليرتبط الإيجاب بالقبول" لأنهما بدون الإضافة إلى المحل لا يرتبطان، فأقيم الدار مقام المحل ليتحقق الارتباط. (أعظمى)

(١) العقد.

(٢) قوله: "تملكًا واستحقاقًا حال وجود المنفعة" يعنى يثبتان معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين، فإن الملك فى المبيع يثبت فى الحال، ويتأخر الاستحقاق إلى زمان نقد الثمن. (ع)

(٣) قوله: "لما روينا" من قوله عليه الصلاة والسلام: «من استأجر أجيراً فليعلم أجره»، فإنه كما يدل بعبارته على كون معلومية الأجرة شرطًا يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع، لأن المعقود عليه فى الإجارة هو المنافع، وهو الأصل، والمعقود به وهو الأجرة كالتبع والثمن، فإذا كانت معلومية التبع شرطًا كان معلومية الأصل أولى بذلك. (ع)

(٤) المنافع.

(٥) الأجرة.

(٦) المراد بالثمن ههنا ما يجب فى الذمة. (نت)

(٧) كالنقود والمكيلات والموزونات.

(٨) من ابتداء الباب إلى ههنا لفظ القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "وما لا يصلح ثمنًا إلخ" كالمنفعة فإنها لا تصلح ثمنًا، وتصلح أجرة إذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار السكنى للزراعة بزراعة الأرض، وإن اتحد جنسها لا يجوز كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى، وكاستئجار الأرض للزراعة بزراعة أرض أخرى، لأن المنافع معدومة، فيكون بيعًا بالنسيئة على ما قالوا، فلا يجوز ذلك. (تبيين)

(١٠) قوله: "كالأعيان [نحو العبد والثياب]" أى التى هى ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلا إذا كانت معينة صلح أن تكون أجرة، كما إذا استأجر داراً بثوب معين، وإن كان لا تصلح ثمنًا. (ع)

(١١) أى قوله: ما جاز أن يكون ثمنًا فى البيع إلخ.

(١٢) قوله: "لأنه عوض مالي" أى لأن الأجرة عوض مالى، فيعتمد وجود المال، والأعيان مال، فصح أن تكون أجرة. (نتائج الأفكار)

(١٣) هذا لفظ القدورى.

(١٤) قوله: "إذا كانت المنفعة لا تتفاوت" هذا احتراز عن استئجار الأرض للزراعة إلى مدة معلومة حيث لا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها، لأن ما يزرع فيها متفاوت على ما يجيء بيانه فى الكتاب. (ك)

وقوله[١]: أىّ مدة كانت إشارة إلى أنه[٢] يجوز طالت المدة أو قصرت[٣]، لكونها معلومة، ولتحقق الحاجة إليها[٤] عسى[٥] إلا[٦] أن فى الأوقاف لا يجوز الإجارة الطويلة[٧]، كيلا يدعى المستأجر ملكها[٨]، وهى[٩] ما زاد على ثلاث سنين، وهو المختار[١٠].

قال[١١]: وتارة تصير[١٢] معلومة بنفسه[١٣]، كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه، أو خياطة، أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارًا معلومًا، أو يركبها مسافة سماها؛ لأنه إذا بين الثوب[١٤] ولون الصبغ[١٥]، وقدره[١٦]، وجنس الخياطة[١٧]، والقدر

(١) أى قول القدورى. (عينى)

(٢) أى أن الإجارة.

(٣) قوله: "طالت المدة أو قصرت" إذا كانت بحيث يعيش إليها المتعاقدان، وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها المتعاقدان فمنعه بعضهم، لأن الظاهر فى ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة، والظاهر مثل اليقين فى حق الأحكام، فصارت الإجارة مؤبدة معنى، والتأبيد يبطلها.

وجوزه آخرون، ومنهم الخصاف، لأن العبرة فى هذ الباب بصيغة كلام العاقدين، فإنه يقتضى التوقيت، ولا معتبر بموت العاقدين، أو أحدهما قبل انقضاء المدة، لأنه قد يتحقق فى مدة يعيش إليها الإنسان غالبًا، ولم يعتبر. (عناية)

(٤) أى إلى المدة الطويلة.

(٥) قوله: "عسى" كلمة عسى ههنا وقع مجردا عن الاسم والخبر تقديره عسى الاحتياج إلى المدة الطويلة يقع، وأهل العربية يأبون ذلك. (عينى)

(٦) يجوز أن يكون استثناء من قوله: أىّ مدة كانت. (عناية)

(٧) قوله: "لا يجوز الإجارة الطويلة [من متولى الوقف] إلخ" هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤاجر أكثر من سنة، وأما إذا شرط فليس للمتولى أن يزيد على ذلك إن كانت مصلحة الوقف تقتضى ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها. (عناية)

(٨) أى ملك العين المستأجرة.

(٩) أى الإجارة الطويلة فى الأوقاف.

(١٠) قوله: "وهو المختار [للفتوى. ك]" أى المختار فى المذهب أن لا يزيد على ثلاث سن ،، وهو اختيار مشايخ بلخ، وقال غيرهم: يجوز، وفى شرح حيل الخصاف الحيلة لجواز الإجارة على الأوقاف أن يعقد عقداً متفرقة على الأوقاف كل عقد على سنة، فيكتب استأجر فلان بن فلان، كذا بثلاثين عقوداً كل عقد علي سنة، فيكون العقد الأول لازمًا، والثانى غير لازم، لأنه مضاف، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) المنافع.

(١٣) قوله: "بنفسه" أى بنفس عقد الإجارة، وفى بعض نسخ المختصر: وتارة تصير معلومة بالتسمية، أقول: لعل الصواب هذه النسخة، لأن المنافع لا تصير معلومة فى هذ النوع بنفس العقد فقط، بل إنما تصير معلومة بتسميته أمورًا كبيان الثوب، وألوان الصبغ على ما أشار إليه المصنف بقوله: لأنه إذا بين إلخ. (نت)

(١٤) قوله: "إذا بين الثوب" أى بأنه من القطن، أو الإبريسم، أو الصوف، أو الكتان، لأن فى الأثواب تفاوتا فى قبول الصبغ كثرة وقلة. (مل)

المحمول[١]، وجنسه[٢]، والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد[٣]، وربما يقال: الإجارة قد يكون[٤] عقداً على العمل كاستئجار القصّار[٥] والخيّاط، ولا بد أن يكون العمل معلوماً[٦]، وذلك[٧] في الأجير المشترك، وقد يكون عقداً على المنفعة[٨]، كما في أجير الوحد[٩]، ولا بد من بيان الوقت.

قال[١٠]: وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين، والإشارة كمن استأجر رجلا بأن ينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم؛ لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة، فيصح العقد[١١].

باب الأجر متى يستحق[١٢]

قال[١٣]: الأجرة لا تجب بالعقد[١٤]، وتستحق[١٥] بإحدى معاني ثلاثة، إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط، أو باستيفاء المعقود عليه.

---

(١٥) بأنه أحمر أو أصفر ونحوهما.

(١٦) بأن يلقيه في جب الصبغ مرة أو مرتين.

(١٧) بأنها فارسية أو رومية.

(١) على الدابة بأنه قنطاران.

(٢) أي جنس المحمول بأنه حنطة أو شعير.

(٣) لارتفاع الجهالة المفضية إلى المنازعة.

(٤) أي في تقسيم الإجارة.

(٥) قصار كشداد گاذر. (من)

(٦) كالخياطة الفارسية أو الرومية.

(٧) أي كون العقد على العمل.

(٨) كاستئجار الرجل يوماً أو شهراً للعمل.

(٩) قوله: "كما في أجير الوحد" وفي بعض النسخ: الأجير الواحد، والأصح الأول، في "المغرب": أجير الوحد على الإضافة بخلاف الأجير المشترك من الوحد بمعنى الوحيد، ومعناه أجير المستأجر الواحد، وفي معناه الأجير الخاص، ولو حرك الحاء يصح، لأنه يقال: رجل وحد، أي منفرد. (ك)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) بدون ذكر المدة.

(١٢) قوله: "باب" لما كان وقت استحقاق الأجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع، وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن إفراد باب لبيان وقت استحقاق الأجرة، وما يتعلق به من المسائل. (نت)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "الأجرة لا تجب إلخ" المراد نفس الوجوب لا وجوب الأداء، فإنه عقد معاوضة، فيعتبر فيه المساواة، ولم يوجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الأداء، فكذلك في جانب العوض. (كفاية)

(١٥) أي تملك.

وقال الشافعي : تملك بنفس العقد ؛ لأن المنافع المعدومة صارت موجودة[١] حكمًا ضرورة تصحيح العقد ، فثبت الحكم[٢] فيما يقابله من البدل .

ولنا[٣] : أن العقد ينعقد شيئًا فشيئًا على حسب حدوث المنافع على ما بينا[٤] ، والعقد[٥] معاوضة ، ومن قضيتها[٦] المساواة[٧] ، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر[٨] ، وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجرة لتحقق التسوية ، وكذا إذا شرط التعجيل ، أو عجل من غير شرط ، لأن المساواة يثبت حقًا له[٩] ، وقد أبطله[١٠] . وإذا قبض المستأجر الدار ، فعليه الأجر[١١] وإن لم يسكنها ؛ لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور ، فأقمنا تسليم المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع يثبت به[١٢] ، فإن غصبها[١٣] غاصب من يده[١٤] سقطت الأجرة[١٥] ؛ لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم النفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم ، وانفسخ العقد ، فيسقط الأجر .

---

(١) قوله: "صارت [ولو لم تكن موجودة كان دينًا بدين، وهو حرام] إلخ" فيه أن جعل المعدوم موجوداً في الشرع إنما يكون فيما إذا دعت الضرورة إليه، وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة إليه، لإمكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح، وهو إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول، ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع وإقامة السبب مقام المسبب أصل شائع في الشرع، كإقامة السفر مقام المشقة. (نتائج)

(٢) أي الملك.

(٣) قوله: "ولنا إلخ" وفائدة الخلاف أنه عندنا لا يثبت للمؤجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال، ولو كانت الأجرة عهداً، وهو قريبه لا يعتق عليه في الحال، وعنده له ولاية المطالبة في الحال، ويعتق عليه في الحال. (عيني)

(٤) في أول هذا الكتاب.

(٥) أي عقد الإجارة.

(٦) معاوضة.

(٧) بين البدلين.

(٨) وهو الأجرة.

(٩) أي للمستأجر.

(١٠) بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط.

(١١) قوله: "فعليه الأجر" يعني إذا تمكن من الاستيفاء في المدة، وهذا إذا كانت الإجارة صحيحة، أما في الإجارة الفاسدة يشترط لوجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء، والتمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه، حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة، وقبضها، وأمسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة، فلا أجر عليه، وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الأجرة. (ك)

(١٢) أي بتسليم المحل.

(١٣) العين المستأجرة.

(١٤) المستأجر.

(١٥) إلا إذا أمكن إخراج الغاصب من الدار بشفاعة وحماية، كما في "التنوير". (مجمع الأنهر)

وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط[١] بقدره؛ إذ الانفساخ في بعضها، ومن استأجر دارًا، فللمؤاجر[٢] أن يطالبه بأجر كل يوم؛ لأنه[٣] استوفى منفعة مقصودة، إلا أن يبين[٤] وقت الاستحقاق في العقد؛ لأنه[٥] بمنزلة التأجيل[٦]، وكذلك إجارة الأراضي[٧] لما بينا[٨]. ومن استأجر بعيرًا إلى مكة، فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة[٩]؛ لأن سير كل مرحلة مقصود، وكان أبو حنيفة يقول أولا: لا يجب الأجرة إلا بعد انقضاء المدة، وانتهاء السفر، وهو قول زفر؛ لأن المعقود عليه جملة المنافع فى المدة، فلا يتوزع[١٠] الأجر[١١] على أجزاءها، كما إذا كان المعقود عليه العمل[١٢]. ووجه القول المرجوع إليه: أن القياس استحقاق الأجر ساعة فساعة، لتحقق المساواة[١٣] إلا أن المطالبة فى كل ساعة يفضى إلى أن لا يتفرغ لغيره، فيتضرر[١٤] به، فقدرناه بما ذكرنا[١٥].

قال[١٦]: وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يتفرغ من العمل؛ لأن العمل فى البعض غير منتفع به[١٧]، فلا يستوجب الأجر به، وكذا إذا عمل فى بيت

(١) الأجر.

(٢) قوله: "فللمؤاجر" قال السغناقى فى "النهاية": الصواب أن يقال: فللمؤجر، لأن قولنا: آجر الدار هو أفعل لا فاعل، واسم الفاعل منه مؤجر لا المؤاجر، قلت: قد بينا فى ما سبق أن المؤاجر ليس بفاعل من آجر، وإنما هو فاعل من واجر، وقد بينت أنه لغة العوام، فإنهم يقولون: واجر مقام آجر. (عينى)

(٣) المستأجر.

(٤) المستأجر.

(٥) البيان.

(٦) والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل.

(٧) قوله: "وكذلك إجارة الأراضى" يعنى إذا آجر الأرض له أن يطالب المستأجر بأجرة كل يوم، لأنه منفعة مقصودة إلا إذا بين وقت الاستحقاق، فلا يطالبه إلا فى ذلك الوقت، لأنه بمنزلة التأجيل. (عينى)

(٨) هو قوله: لأنه منفعة مقصودة إلخ.

(٩) أى منزل، كذا فى "الغياث".

(١٠) أى فلا ينقسم.

(١١) أى استحقاقًا.

(١٢) كما فى الخياطة فإن الخياطة لا يستحق الأجر قبل الفراغ.

(١٣) بين البدلين.

(١٤) المستأجر.

(١٥) من اليوم فى الدار أو المرحلة فى البئر.

(١٦) أى القدورى. (عينى)

المستأجر لا يستوجب[١] الأجر قبل الفراغ لما بينا[٢]، قال: إلا أن يشترط التعجيل؛ لما مر أن الشرط فيه لازم.

قال: ومن استأجر خبّازًا ليخبز في بيته[٣] قفيزًا[٤] من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر، حتى يخرج الخبز من التنور؛ لأن تمام العمل بالإخراج، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له[٥] للهلاك قبل التسليم، فإن أخرجه[٦]، ثم احترق[٧] من غير فعله فله الأجرة؛ لأنه[٨] صار مسلمًا بالوضع في بيته، ولا ضمان عليه[٩]، لأنه لم يوجد منه الجناية.

قال رضي الله عنه[١٠]: وهذا[١١] عند أبي حنيفة، لأنه أمانة في يده[١٢]، وعندهما يضمّن[١٣] مثل دقيقه، ولا أجر له، لأنه مضمون عليه، فلا يبرأ[١٤] إلا بعد

---

(١٧) قوله: "لأن العمل في البعض إلخ" هذا يشير إلى أنه إذا كان ثوبين ففرغ أحدهما جاز أن يطلب أجرته، لأنه منتفع به. (عيني)

(١) قوله: "لا يستوجب" هذا وقع مخالفًا لعامة روايات الكتب من "المبسوط" و "الذخيرة"، و"المغني"، و "شرح الجامع الصغير" لفخر الإسلام قاضي خان، والتمر تاشي، والفوائد الظهيرية، فإنه ذكر في "المبسوط" في باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته، وقال: لو استأجر خياطًا يخيط له في بيت المستأجر قميصًا، وخاط بعضه، فسرق الثوب فله الأجر بقدر ما خاطه، فإن كل جزء من العمل يصير مسلمًا إلى صاحب الثوب بالفراغ منه، ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود. وذكر الإمام قاضي خان: وكذا لو استأجر خياطًا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الأجرة بقدره، ولكن نقل من التجريد أن الحكم قد ذكر فيه، كما ذكر في الكتاب، فيحتمل أن المصنف اتبع صاحب "التجريد" أبا الفضل الكرماني. (نهاية)

(٢) إشارة إلى قوله: لأن العمل في البعض.

(٣) أي في بيت المستأجر. (ك)

(٤) القفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. (عيني)

(٥) قوله: "فلا أجر له" وفي "المبسوط" وهو ضامن لأن هذا جناية يد. (عيني)

(٦) من التنور.

(٧) بنار أخرى، أو رماه أحد في التنور.

(٨) بعد الفراغ من العمل بالإخراج.

(٩) قوله: "ولا ضمان عليه" قيل: هذا قول الكل، أما عند أبي حنيفة فلأنه لم يهلك بصنعه، وأما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم، وذكر القدوري في شرحه أن على قولهما يجب الضمان، لأنه أجير مشترك، والعين في يده أمانة عنده مضمونة عندهما يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم، وهو اختيار صاحب "الهداية" كالغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالتسليم دون الوضع في بيته. وقال القدوري رحمه الله تعالى: لا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما، لأن ذلك صار مستهلكًا قبل وجوب الضمان عليه، وحال ما وجب الضمان عليه لا قيمة كذا في "الذخيرة". (ك)

(١٠) أي المصنف.

(١١) أي عدم الضمان في الهلاك بعد الإخراج.

(١٢) إلى وقت حقيقة التسليم.

حقيقة التسليم[١]، وإن شاء ضمّن الخبز وأعطاه الأجر، قال: ومن استأجر طباخًا ليطبخ له طعامًا للوليمة فالغرف عليه[٢] اعتبارًا للعرف.

قال: ومن استأجر[٣] إنسانًا ليضرب له لبنًا[٤] استحق الأجرة إذا أقامها[٥] عند أبى حنيفة، وقالا: لا يستحقها[٦] حتى يشرّجها[٧]؛ لأن التشريج[٨] من تمام عمله، إذ لا يؤمن من الفساد قبله، فصار كإخراج الخبز من التنور، ولأن الأجير هو الذى يتولاه عرفًا، وهو المعتبر فيما لم ينص عليه.

ولأبى حنيفة: أن العمل قد تم بالإقامة، والتشريج عمل زائد كالنقل، ألا ترى أنه ينتفع به[٩] قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل[١٠]. بخلاف ما قبل الإقامة؛ لأنه[١١] طين منتشر، وبخلاف الخبز، لأنه غير منتفع به قبل الإخراج[١٢].

قال[١٣]: وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصّار والصباغ فله أن يحبس العين بعد الفراغ[١٤] عن عمله حتى يستوفى الأجر؛ لأن المعقود عليه وصف قائم فى

---

(١٣) أى صاحب الدقيق إن شاء.

(١٤) بوضعه فى بيته.

(١) والوضع فى بيته ليس كذلك. (عناية)

(٢) قوله: "فالغرف [بفتح الغين المعجمة: هو جعل الطعام فى القصعة. عين] عليه" أى إخراج المرقة من القدور إلى القصاع عليه، وإن استوجر بطبخ قدر خاص، فإخراج المرقة من القدر ليس عليه، كذا فى "الإيضاح". (كفاية)

(٣) هذه من القدورى.

(٤) هو الآجر النيئ.

(٥) قوله: "إذا أقامها" يريد بالإقامة النصب عند الجفاف، وبالتشريج أن يركب بعضه على بعض بعد الجفاف. (مضمرات)

(٦) قوله: "وقالا: لا يستحقها إلخ" فائدة الخلاف أنه إذا أفسد المطر قبل التشريج، أو انكسر فله أجر عنده، خلافًا لهما، وفى "المبسوط" هذه كله إذا كان يقسم العمل فى ملك المستأجر، أما فى غير ملكه فيما لم يعد عليه، ويسلمه إليه لا يستحق الأجر بالاتفاق، حتى لو فسد قبل العد لا أجر له. (عينى)

(٧) تشريج اللبن تنضيده، وضم بعضه إلى بعض. (مغرب)

(٨) بعد الجفاف.

(٩) اللبن.

(١٠) أى العمارة.

(١١) اللبن.

(١٢) من التنور.

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "فله أن يحبس إلخ" أما القصار فإن كان يقصر بالنشاستج، أو بياض البيض فله حق الحبس، لأنه اتصل بالثوب مال قائم كما فى الصبغ، فأما إذا كان بيض الثوب لا غير فقد قيل: ليس له حق الحبس، لأن البياض الذي حدث

الثوب، فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع[١]، ولو حبسه[٢] فضاع فى يده لا ضمان عليه عند أبى حنيفة، لأنه غير متعد فى الحبس[٣]، فبقى أمانة[٤] كما كان[٥] عنده، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم[٦].

وعند أبى يوسف ومحمد العين كانت مضمونة قبل الحبس، فكذا بعده، لكنه[٧] بالخيار إن شاء ضمنه قيمته[٨] غير معمول[٩]، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولا، وله الأجر، وسنبين من بعد[١٠] إن شاء الله تعالى.

قال[١١]: وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال، والملاح[١٢]؛ لأن المعقود عليه نفس العمل، وهو غير قائم فى العين، فلا يتصور حبسه، فليس له ولاية الحبس، وغسل الثوب[١٣] نظير الحمل[١٤]، وهذا بخلاف الآبق[١٥]، حيث يكون للراد حق حبسه[١٦] لاستيفاء الجُعْل[١٧] ولا أثر[١٨]

فى الثوب غير مضاف إلى عمله بل البياض كان حاصلا،ولكن استتر بالدرن والوسخ، فزال ذلك بعمله، فظهر البياض الذى كان فى الأصل. وقيل: له حق الحبس لأن ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالأوساخ، فيقع العمل أحداثًا وصفة البياض من حيث المعنى، فيكون له حق الحبس كما فى الخياطة. (ك)

(١) قوله: "كما فى المبيع" حيث يجوز للبائع حبسه عن المشترى حتى يقبض الثمن. (عينى)

(٢) العين.

(٣) والضمان إنما هو على المتعدى.

(٤) بعد الحبس.

(٥) أى كما كان أمانة عنده قبل الحبس.

(٦) إلى المالك.

(٧) أى رب الثوب.

(٨) الثوب.

(٩) أى غير مصبوغ، أو غير مقصور.

(١٠) فى باب ضمان الأجير. (ع)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) المتولى أمر السفن.

(١٣) قوله: "وغسل الثوب [أى بمجرد إزالة الدرن. ميرجان]" وغاسل الثوب أى لتطهيره لا لتحسينه، مجتبى، فليحفظ لا يحبس العين للأجر. (در مختار)

(١٤) يعنى إذا لم يستعمل فى الغسل شيئًا من النشاستج وغيره.

(١٥) قوله: "وهذا بخلاف إلخ" جواب عما يقال: الآبق إذا رده إنسان كان له حق الحبس، وإن لم يكن بعمله أثر قائم فى العين. (عينى)

(١٦) الآبق.

(١٧) قوله: "الجعل [مزد أى جلدد. كنز]" إذا أبق مملوك، فرده رجل على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً، فله

لعمله[١]؛ لأنه[٢] كان على شرف[٣] الهلاك، وقد أحياه[٤]، فكأنه[٥] باعه[٦] منه[٧]، فله[٨] حق الحبس[٩]، وهذا الذى ذكرناه[١٠] مذهب علمائنا الثلاثة.

وقال زفر: ليس له حق الحبس فى الوجهين[١١]، لأنه وقع التسليم[١٢] باتصال المبيع[١٣] بملكه[١٤]، فيسقط حق الحبس.

ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل، فلم يكن[١٥] هو راضيًا به[١٦] من حيث إنه تسليم، فلا يسقط الحبس كما إذا قبض المشترى بغير رضاء البائع[١٧].

قال[١٨]: وإذا شرط[١٩] على الصانع[٢٠] أن يعمل بنفسه فليس له[٢١] أن يستعمل

عليه جعله أربعون درهمًا، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه، وإن كانت قيمته أقل من أربعين قضى له بقيمته إلا درهمًا. (قدورى)

(١٨) الواو حالية.

(١) الراد.

(٢) الآبق.

(٣) شرف بر امر بزرگ رسيدن از خير يا از شر. (من)

(٤) قوله: "وقد أحياه [برده إلى المالك]" والإحياء الذى يتصور من العباد تخليص من أشرف على الهلاك إذ الإحياء الحقيقى من خواص الألوهية. (ك)

(٥) الراد.

(٦) الآبق.

(٧) المالك.

(٨) الراد.

(٩) كالبائع له حبس المبيع.

(١٠) أى حق الحبس للصانع بالأجر إذا كان لعمله أثر.

(١١) قوله: "فى الوجهين" أى سواء كان لعمله أثر أو لم يكن، لأن المبيع وقع فى يد المشترى برضا البائع قبل نقد الثمن، فيبطل حقه فى الحبس كما إذا عمل فى بيت صاحب الثوب، وهذا لأن المبيع ههنا إما أثر عمله فى العين، كما فى الخياطة، أو مال قائم اتصل بالثوب كالصبغ، وقد وقع فى يد المشترى، أى صاحب الثوب برضا البائع، وهو كمن استقرض من آخر كر حنطة، وأمر بإلقاءها فى أرضه بذرا ففعل صار قابضًا. (ك)

(١٢) من الصانع.

(١٣) معقود عليه.

(١٤) المستأجر.

(١٥) الصانع.

(١٦) أى باتصال المعقود عليه بملكه.

(١٧) فلا يسقط به حق الحبس للبائع.

(١٨) أى القدورى. (عينى)

(١٩) قوله: "وإذا شرط إلخ" صورة ما إذا شرطه على الصانع أن يعمل بنفسه أن يقول: استأجرتك لتخيط هذا الثوب بنفسك، أو بيدك. (ك)

غيره؛ لأن المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه[١]، فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه[٢]، وإن أطلق له العمل[٣]، فله أن يستأجر من يعمله؛ لأن المستحق عمل في ذمته، ويمكن إيفاءه بنفسه، وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين[٤].

فصل[٥]

ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة، فيجيء بعياله، فذهب ووجد بعضهم قد مات، فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه[٦]؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه[٧]، فيستحق العوض بقدره[٨]، ومراده[٩] إذا كانوا معلومين[١٠].

وإن استأجر ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة، ويجيء بجوابه، فذهب فوجد فلانًا ميتا فرده[١١]، فلا أجر له؛ وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: له الأجر في الذهاب[١٢]؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه، وهو قطع المسافة[١٣]، وهذا

(٢٠) مثل أن يقول: على أن تعمل بنفسك أو بيدك.

(٢١) قوله: "فليس له إلخ" فيه تأمل، لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن، أو سلم دابة أقوى عن ذلك كان ينبغي أن يجوز. (عناية)

(١) قوله: "في محل بعينه" أراد بالمحل نفس الصانع يعني شرط أن يكون محل هذا العمل هو لا غير، فلا يجوز أن يستعمل غيره. (عيني)

(٢) قوله: "كالمنفعة في محل بعينه" كان استأجر دابة بعينها للحمل، فإنه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها، وكمن استأجر غلامًا بعينه ليس للمؤجر أن يدفع غلامًا غيره. (عيني)

(٣) قوله: "وإن أطلق إلخ" بأن يقول: استأجرتك لتخيط هذا الثوب بدراهم، فهذا من قبيل إطلاق العمل عرفًا، وإن كان المذكور خياطته لفظًا. (كفاية)

(٤) فإن الإيفاء يحصل من المديون وبالتبرع من آخر.

(٥) قوله: "فصل" لما ذكر استحقاق تمام الأجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الأجر، أو بعضه، وعقبه لأصل الباب، لأن استحقاق تمام الأجر هو الأصل، والنقصان لعارض. (ف)

(٦) قوله: "فله الأجر بحسابه" وقال تاج الشريعة: أي أجرة الذهاب بكمالها، وأجرة المجيء بقدره، لأن الأجر مقابل بنقل العيال، لا بقطع المسافة، ولهذا لو ذهب ولم ينقل واحدًا منهم لا يستوجب شيئًا. (عيني)

(٧) وبطل بقدر ما لم يوف. (ك)

(٨) أي بقدر ما أوفى.

(٩) أي مراد القدوري. (ف)

(١٠) قوله: "إذا كانوا إلخ" يعني كان عدد عيالهم معلومًا قيد به لأنهم إذا كانوا غير معلومين يستحق جميع الأجرة. (عيني)

(١١) أي رد الكتاب قيد به لأنه لو ترك الكتاب ثمة يستحق أجر الذهاب.

(١٢) قوله: "له الأجر في الذهاب" كما لو لم يرد الكتاب، وكما لو كان رسولا بلا كتاب، فذهب، ولم يجد المرسل إليه، أو جده إلا أنه لم يبلغه الرسالة، ورجع له الأجر بالإجماع.

وذكر الفقيه أبو الليث قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله تعالى، قيد بالذهاب بالكتاب ليشير به إلى أن هذا

لأن الأجر مقابل به[١] لما فيه[٢] من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته.

ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب، لأنه[٣] هو المقصود[٤]، أو وسيلة إليه[٥]، وهو[٦] العلم بما في الكتاب[٧]، لكن الحكم معلق به[٨]، وقد نقضه[٩]، فيسقط الأجر كما في الطعام[١٠]، وهي[١١] المسألة التي تلي هذه المسألة[١٢].

وإن ترك الكتاب في ذلك المكان، وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع؛ لأن الحمل لم ينتقض[١٣]. وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة، فذهب، فوجد فلانًا ميتًا فرده[١٤]، فلا أجر له في قولهم جميعًا؛ لأنه نقض تسليم المعقود عليه، وهو حمل الطعام[١٥]، بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد، لأن المعقود عليه هناك[١٦] قطع المسافة على ما مر[١٧]، والله أعلم بالصواب.

الحكم فيما إذا استأجره للذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنة، وقيد المجيء بالجواب، لأنه لو لم يشترط عليه المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما إذا كان ميتًا، أو غائبًا فإنه يستحق الأجر كاملا. (ك)

(١٣) ذهابا.

(١) أي بقطع المسافة.

(٢) أي في قطع المسافة.

(٣) أي لأن نقل الكتاب.

(٤) لما فيه من تعظيم المكتوب إليه، وصلة الرحم.

(٥) قوله: "أو وسيلة إليه" أي وسيلة إلى المقصود لأن إعلام ما فيه لا يتصور إلا بنقل الكتاب. (مل)

(٦) أي المقصود.

(٧) أي وجوب الأجرة.

(٨) أي بنقل الكتاب. (ك)

(٩) قوله: "وقد نقضه [أي نقض الأجير نقل الكتاب، لأنه رده]" أي نقل الكتاب إما حقيقة، فظاهر، وإما اعتبارًا، فلأن ترك الكتاب ثمة مفيد لأنه ربما يصل إلى ورثته فينتفعون به، أو الكاتب ينتفع به، فإذا رد فات ما هو المقصود بالإجارة، فيكون ناقضًا للعمل اعتبارًا. (ك)

(١٠) قوله: "كما في الطعام" أي كما يسقط الأجرة فيما إذا استأجر ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة، فذهب به، ووجد ميتا فرده، فإنه لا أجر له بالاتفاق كما سيجيء. (عيني)

(١١) أي مسألة الطعام.

(١٢) أي مسألة نقل الكتاب.

(١٣) قوله: "لأن الحمل [أي حمل الكتاب ونقله] لم ينتقض" لأن ترك الكتاب ثمة مفيد لأنه ربما يصل إلى ورثته، فينتفعون به. (عيني)

(١٤) الطعام.

(١٥) إلى الموضع الذي عينه.

(١٦) أي في مسألة نقل الكتاب.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافـاً فيها(١)

قال(٢): ويجوز استئجار الدور والحوانيت(٣) للسكنى(٤) وإن لم يبين ما يعمل فيها؛ لأن العمل المتعارف فيها السكنى، فينصرف(٥) إليه(٦)، وأنه لا يتفاوت(٧)، فصح العقد، وله أن يعمل كل شيء(٨)؛ للإطلاق(٩)، إلا أنه لا يسكِنُ حدّادا، ولا قصّارًا(١٠)، ولا طحّانًا(١١)؛ لأن فيه ضررًا ظاهرًا، لأنه يوهن(١٢) البناء، فيتقيد العقد بما وراءها دلالة.

قال: ويجوز استئجار الأراضي للزراعة؛ لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها(١٣)، وللمستأجر الشرب(١٤) والطريق وإن لم يشترط؛ لأن الإجارة تعقد للانتفاع، ولا انتفاع إلا بهما، فيدخلان في مطلق العقد(١٥)، بخلاف البيع(١٦)، لأن المقصود منه(١٧)

---

(١٧) من قوله: لأنه أوفى بعض إلخ.

(١) قوله: "باب ما يجوز إلخ" لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها، ووقت استحقاق الأجرة ذكر ههنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ، وتقييده، وذكر أيضًا من الأفعال ما يعد خلافًا من الأجير للموجب، وما لا يعد خلافًا. (نت)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) حانوت: دكان.

(٤) قوله: "للسكنى" قال تاج الشريعة: للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى، إلا أن يقول زمان العقد: استأجرت هذه الدار للسكنى، فإنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى، وصورة المسألة ما قال: استأجرت هذه الدار بكذا شيئًا، ولم يبين شيئًا بعمل فيها السكنى، أو غيره. (عيني)

(٥) المطلق.

(٦) أي إلى السكنى.

(٧) قوله: "وأنه [أي السكنى] لا يتفاوت" أي غالبًا، جواب عما عسى أن يقال: سلمنا أن السكنى متعارف، لكن قد يتفاوت السكنى بتفاوت السكان، فلا بد من بيانه. (عيني)

(٨) قوله: "كل شيء [من أعمال السكنى]" أي مما لا يضر بالبناء،وذلك نحو الوضوء وغسل الثوب، وكسر الحطب ووضع الأمتعة، ونحو ذلك. (ك)

(٩) أي لإطلاق العقد.

(١٠) قصر الثياب أن يجمعها القصار فيغسلها. (مغرب)

(١١) قوله: "ولا طحانًا [طحان كشداد آسياباں. من]" لأن في نصب الرحى ضررًا، والمراد بالرحى رحى الماء، ورحى الثور، أ ما رحى اليد فلا يمنع من النصب فيها، لأن هذا لا يضر البناء، وهو من توابع السكنى عادة، فلا بد منه. (تبيين)

(١٢) أي يضعف، توهين: سست گر دانيدن. (من)

(١٣) الأراضي.

(١٤) قوله: "الشرب [أي النصيب من الماء]" في "المغرب": الشرب -بالكسر- النصيب من الماء، وفي الشريعة: عن نوبة الانتفاع بالماء سقيًا للمزارع والدواب. (منافع)

(١٥) وإن لم يذكرا.

ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال، حتى يجوز بيع الجحش[١] والأرض السبخة[٢] دون الإجارة، فلا يدخلان فيه[٣] من غير ذكر الحقوق، وقد مر في البيوع[٤].

ولا يصح العقد[٥] حتى يسمى ما يزرع فيها؛ لأنها قد تستأجر للزراعة، ولغيرها[٦] وما يزرع فيها متفاوت[٧]، فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة.

و يقول: على أن يزرع فيها ما شاء؛ لأنه لما فوض الخيرة إليه[٨] ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة، ويجوز أن يستأجر المساحة[٩] ليبني فيها، أو ليغرس فيها نخلا أو شجراً[١٠]؛ لأنها منفعة تقصد بالأراضي.

ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه[١١] أن يقلع البناء والغرس، ويسلمها فارغة[١٢]؛ لأنه لا نهاية لها[١٣]، ففي إبقائها[١٤] إضرار بصاحب الأرض، بخلاف ما إذا انقضت المدة[١٥] والزرع[١٦] بقل[١٧] حيث تترك[١٨] بأجر المثل إلى زمان

---

(١٦) يعني لا يدخلان فيه إلا بالذكر.

(١٧) أي من البيع.

(١) بچهٔ خر وبچهٔ اسپ.

(٢) قوله: "والأرض السبخة [هي الأرض التي لا تنبت شيئًا]" سبخة محركة ويسكن: زمين شوره ناک، سبخة -بكسر الباء- مثله. (من)

(٣) أي في البيع.

(٤) في باب الحقوق.

(٥) أي عقد استئجار الأرض للزراعة.

(٦) كالبناء وغرس الأشجار.

(٧) قوله: "وما يزرع فيها متفاوت [لأن البعض يضر بالأرض، والبعض لا]" لأن الأرض قد يستأجر لزراعة البر، ولزراعة الشعير، ولزراعة الذرة والأرز وغيرها، وبعضها يضر بالأرض، لأن البعض قريب الإدراك، والبعض بعيده، أو لأن البعض يضر بالأرض كالذرة والبعض لا يضره كالبطيخ، فما لم يبين شيئًا من ذلك لا يصير المعقود عليه معلومًا، وإعلام المعقود عليه شرط جواز الإجارة. (ك)

(٨) أي إلى المستأجر.

(٩) هي الأرض الخالية عن البناء والشجر.

(١٠) من قبيل عطف العام على الخاص أقحمه لدفع توهم التخصيص.

(١١) المستأجر.

(١٢) قوله: "ويسلمها" أي يسلم الأرض إلى صاحبها حال كونها فارغة من البناء والغرس. (عيني)

(١٣) أي للبناء والغرس.

(١٤) أي الأرض.

(١٥) أي مدة الإجارة.

(١٦) الواو حالية.

الإدراك[١]؛ لأن لها نهاية معلومة، فأمكن رعاية الجانبين[٢].

قال[٣]: إلا أن يختار صاحب الأرض[٤] أن يغرم له[٥] قيمة ذلك[٦] مقلوعًا[٧]، ويتملكه[٨] فله ذلك، وهذا برضا صاحب الغرس[٩] والشجر، إلا أن ينقص الأرض بقلعها، فحينئذ[١٠] يتملكها[١١] بغير رضاه[١٢]، قال[١٣]: أو يرضى بتركه على حاله، فيكون البناء لهذا، والأرض لهذا؛ لأن الحق له، فله أن لا يستوفيه. قال: وفي "الجامع الصغير"[١٤]: إذا انقضت مدة الإجارة، وفي الأرض رطبة[١٥]، فإنها تقلع؛ لأن الرطاب لا نهاية لها، فأشبه الشجر.

قال[١٦]: ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل؛ لأنه[١٧] منفعة معلومة

---

(١٧) سبزه.

(١٨) الأرض.

(١) أدرك الشيء رسيد وقت آن ومنتهى شد. (من)

(٢) قوله: "فأمكن رعاية الجانبين" أي رعاية جانب صاحب الأرض بأجر المثل، وجانب صاحب الزرع بالترك. (عيني)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "إلا أن يختار إلخ" يعني عند مضي المدة يجب عليه قلع البناء والغرس، إلا أن يغرم له المؤجر قيمة البناء والغرس مقلوعًا. (تبيين)

(٥) أي لصاحب الشجر أو البناء.

(٦) الشجر والبناء.

(٧) أي مرميًا على الأرض.

(٨) أي يتملك كل واحد من البناء والشجر.

(٩) قوله: "صاحب الغرس" الغرس أعم من الشجر فإن الشجر اسم لما له ساق، والغرس يتناول لما له ساق، وما ليس له ساق، والحكم في النوعين سواء. (عيني)

(١٠) أي حين وجود نقض الأرض بالقلع.

(١١) الأشياء المذكورة.

(١٢) المستأجر.

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "وفي الجامع الصغير" أورد مسألة "الجامع الصغير" لبيان أن الرطبة كالشجر. (عناية)

(١٥) قوله: "رطبة" قال في "المغرب": الرطبة بالفتح الإسفست والجمع رطاب، ومنه حذيفة وابن حنيف رضي الله عنهما وظفا على كل جريب من أرض الزرع درهمًا، ومن أرض الرطبة خمسة دراهم، وفي كتاب العشر البقول غير الرطاب، فإنما البقول مثل الكراث ونحو ذلك، والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان، وما يجري مجراه، والأول هو المذكور فيما عندي من كتب اللغة فحسب، انتهى.
وقال في "الدر المختار": ثم المراد بالرطبة ما يبقى أصله في الأرض أبدًا، وإنما يقطف ورقه، ويباع أو زهره، وأما إذا كان له نهاية معلومة كما في الفجل والجزر والباذنجان، فينبغي أن يكون كالزرع يترك بأجر المثل إلى نهايته، كذا حرره المصنف في حواشي "الكنز"، وقواه بما في معاملة الخانية، فليحفظ.

معهودة، فإن أطلق الركوب(١) جاز له(٢) أن يركب من شاء عملا بالإطلاق، ولكن إذا ركب بنفسه، أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره؛ لأنه(٣) تعين مرادا من الأصل(٤)، والناس متفاوتون في الركوب، فصار كأنه نص(٥) على ركوبه، وكذلك إذا استأجر ثوبًا للبس، وأطلق(٦) فيما ذكرنا(٧) لإطلاق اللفظ، وتفاوت الناس في اللبس. وإن قال: علي أن يركبها فلان، أو يلبس الثوب فلان، فأركبها غيره، أو ألبسه غيره، فعطب(٨) كان ضامنًا؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس، فصح التعيين، وليس له أن يتعداه(٩)، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا(١٠)، فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل(١١) إذا شرط سكنى واحد، فله أن يسكن غيره، لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت، والذى يضر بالبناء(١٢) خارج(١٣) على ما ذكرناه(١٤).

---

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) أى لأن كل واحد من الركوب والحمل.

(١) قوله: فإن أطلق [أى لم يقيد بركوب شخص] الركوب إلخ" المراد بقوله: فإن أطلق الركوب هو أن يقول: على أن يركب من شاء، وأما لو قال: استأجرت للركوب فالعقد فاسد، لأنه مما يختلف اختلافًا فاحشًا، فإن أركب شخصًا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل، لأنه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد ولا ينقلب إلى الجواز، كما لو اشترى شيئًا بخمر، أو خنزير. وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزاً، لأن الفساد كان للجهالة، وقد ارتفعت حالة الاستعمال، فكأنها ارتفعت من الابتداء لأنها عقد ينعقد ساعة فساعة، فكل جزء منه ابتداء، ولو ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد، فكذا ههنا. (ع)

(٢) أى للمستأجر.

(٣) أى لأن ركوبه بنفسه، أو إركابه أحدًا.

(٤) أى الإطلاق والتعميم.

(٥) الابتداء.

(٦) أى عمم ولم يقيد بلبس شخص.

(٧) أى في حكم العموم، فله أن يلبس من شاء.

(٨) الدابة أو الثوب.

(٩) فإذا تعدى ضمن.

(١٠) من تفاوت الناس.

(١١) كالبيوت.

(١٢) قوله: "والذى يضر إلخ" أى فإن قيل: قد يتفاوت السكان أيضًا، فإن سكنى بعض يتضرر كالحداد ونحوه، أجاب بقوله: الذى يضر البناء إلخ. (عناية)

(١٣) كالقصار والحداد لا يتناوله مطلق السكنى. (ك)

(١٤) إشارة إلى قوله: إلا أنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحانًا. (ك)

قال[١]: وإن سمي نوعًا، وقدرًا معلومًا يحمله على الدابة، مثل أن يقول: خمسة أقفزة حنطة، فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة فى الضرر[٢]، أو أقل[٣] كالشعير[٤] والسمسم[٥]؛ لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت[٦]، أو لكونه خيرًا من الأول[٧]، وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد، لانعدام الرضا به[٨]. وإن استأجرها[٩] ليحمل عليها قطنًا سماه، فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدًا؛ لأنه ربما يكون أضر بالدابة، فإن الحديد يجتمع فى موضع من ظهره، والقطن ينبسط على ظهره.

قال[١٠]: وإن استأجرها ليركبها، فأردف معه[١١] رجلا[١٢]، فعطبت ضمن نصف قيمتها[١٣]، ولا معتبر بالثِّقَل[١٤]؛ لأن الدابة قد يعقرها[١٥] جهل الراكب

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "مثل الحنطة إلخ" كما إذا استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة، فحمل عشرة مخاتيم من حنطة أخرى. (ك)

(٣) ضرراً.

(٤) قوله: "كالشعير" بأن استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير أو سمسم، فإن مثل كيل حنطة من الشعير يكون أخف على الدابة حتى قيل: لو سمى مقداراً من الحنطة وزناً فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن، لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذه الحنطة، وأما مثل كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها أكثر مما يأخذه الحنطة، وفى "الذخيرة": وذكر شيخ الإسلام فى شرحه أنه لا يضمن استحساناً، ثم قال: وهو الأصح. (ك)

(٥) كل واحد ينصرف إلى الأقل، ومثال له. (عينى)

(٦) يعنى به إذا كان مثلا. (ع)

(٧) يعنى إذا كان أقل ضرراً. (ع)

(٨) قوله: "لانعدام الرضا به [وفى نسخة: فيه]" لأنه يجتمع فى موضع واحد، فيدق ظهر الدابة. (مل)

(٩) قوله: "وإن استأجرها" وإنما ذكره مع كونه معلومًا مما سبق لأن ذلك كان نظير الكيل، وهذا نظير الوزن. (ع)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "فأردف إلخ" قيد بالإرداف لأنه لو ركبها، وحمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمة، وإن كانت الدابة تطيق ذلك لأن ثقل الراكب مع الذى حمله يجتمعان فى مكان واحد، فيكون أشق عليها، كما لو حملها مثل وزن الحنطة حديداً. (عينى)

(١٢) قوله: "رجلا" إنما قيد بكونه رجلا لأنه إذا أردف صبيا ضمن بقدر ثقله إذا كان لا يستمسك بنفسه، لأنه بمنزلة الحمل. (عناية)

(١٣) قوله: "ضمن نصف قيمتها" وعليه الأجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه، فإن ركوبه لا يختلف بأن يردف معه غيره، أو لا يردف، ثم للمالك الخيار فى ذلك إن شاء ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن الرديف، فإن ضمن المستأجر لا يرجع على الرديف مستأجراً كان أو مستعيراً، وإن ضمن الرديف رجع هو على المستأجر إن كان ذلك الرديف مستأجراً، وإن كان مستعيراً لا يرجع عليه. (ك)

(١٤) خلاف الخفة، ثقَل كعنب گرانى. (من)

الخفيف، ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية[١]، ولأن الأدمى غير موزون[٢]، فلا يمكن معرفة الوزن، فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة[٣] في الجنايات.

وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة، فحمل عليها أكثر منه، فعطبت ضمن ما زاد الثقل[٤]؛ لأنها عطبت بما هو مأذون فيه، وما هو غير مأذون فيه، والسبب الثقل، فانقسم عليهما[٥]، إلا إذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة، فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة[٦].

وإن كبح[٧] الدابة بلجامها، أو ضربها، فعطب ضمن عند أبى حنيفة، وقالا: لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفًا[٨]؛ لأن المتعارف[٩] مما يدخل تحت مطلق العقد[١٠]، فكان حاصلا بإذنه، فلا يضمنه. ولأبى حنيفة أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما[١١] وهما للمبالغة[١٢]، فيقيد[١٣] بوصف السلامة

(١٥) العقر بالفتح الجرح كذا فى "الصحاح". (رد المحتار) عقر بالفتح خسته كردن وپست ريش كردن ستور را. (من)

(١) قوله: "بالفروسية" أراد بالفروسية معرفة كيفية الركوب، كيف يقعد على ظهر الدابة، وكيف يضم فخذيه، وكيف يحط رجليه، وكيف يمسك اللجام والختام. (عينى)

(٢) عادة.

(٣) قوله: "كعدد الجناة" فإنه إذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة، والآخر عشر جراحات خطأ، فمات فالدية بينهما أنصافًا، لأن رب جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات. (عناية)

(٤) إذا كان حملا يطيق مثلها حملها.

(٥) قوله: "فانقسم عليهما" مثل أن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة، فحمل مائة وعشرة يقسم على أحد عشر جزء، فيضمن جزء. (كفاية)

(٦) قوله: "لخروجه عن العادة" كما إذا كانت الزيادة عن خلاف جنس المسمى كمن استأجرها ليحمل عليها خمسة أقفزة من شعير، فحملها مثل كيله حنطة فإنه يضمن جميع قيمتها لعدم الإذن بخلاف ما إذا كانت مثل حبسه، لأنه مأذون فى مقدار المسمى وغير مأذون فى الزيادة، فيوزع الضمان. ونوقض بما لو استأجر ثوراً ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة، فطحن أحد عشر مختوماً فهلك ضمن الجميع، وإن كانت الزيادة من الجنس.

وأجيب بأن الطحن إنما يكون شيئًا فشيئًا فإذا طحن العشرة، انتهى الإذن، فبعد ذلك هو فى الطحن مخالف فى استعمال الدابة بغير الإذن، فيضمن بالجميع. (عناية)

(٧) كبح اللجام: جذبه إلى نفسه عنقًا، أى جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجرى. (شرح وقاية)

(٨) وأما فى غير المتعارف فالضمان بالإجماع.

(٩) أى الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف.

(١٠) قوله: "مما يدخل تحت مطلق العقد" لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، وربما لا ينقاد الدابة إلا به، فيكون الإذن ثابتًا منه بالعرف. (كفاية)

(١١) أى بدون الكبح والضرب.

(١٢) فى السير.

(١٣) الإذن.

كالمرور في الطريق[١].

وإن استأجرها إلى الحيرة[٢]، فجاوز بها إلى القادسية، ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت[٣] فهو ضامن، وكذلك العارية[٤]، وقيل: تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهبًا لا جائيًا لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة، فلا يصير[٥] بالعود[٦] مردودًا إلى يد المالك معنى[٧]، أما إذا استأجرها ذاهبًا وجائيًا يكون بمنزلة المودع إذا خالف[٨]، ثم عاد إلى الوفاق. وقيل: الجواب مجرى على الإطلاق[٩]، والفرق[١٠] أن المودَع مأمور بالحفظ مقصودًا، فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق[١١]، فحصل الرد إلى يد نائب المالك[١٢]، وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأمورًا به تبعًا للاستعمال[١٣] لا مقصودًا، فإذا انقطع الاستعمال[١٤] لم يبق[١٥] هو نائبًا[١٦]، فلا يبرأ بالعود[١٧]، وهذا[١٨] أصح.

---

(١) أي المرور في طريق العامة فإنه مقيد بشرط السلامة.

(٢) قوله: "إلى الحيرة" بالكسر: مدينة كان يسكنها النعمان ابن المنذر، وهي على رأس ميل من الكوفة والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا، كذا في "المغرب". (ك)

(٣) هلكت.

(٤) قوله: "وكذلك العارية" أي إذا استعار دابة إلى موضع معلوم، وجاوز عنها، ثم عاد إليها، ثم هلكت يضمن. (ك)

(٥) المستأجر.

(٦) من القادسية إلى الحيرة.

(٧) قوله: "مردودًا إلى يد المالك معنى" فإنه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك، والرد إلى النائب رد إلى المالك معنى. (م)

(٨) حيث يخرج من الضمان بعد العود.

(٩) قوله: "على الإطلاق" يعني سواء استأجرها ذاهبًا لا جائيًا، أو ذاهبًا جائيًا، فإنه لا يبرأ بالعود عن الضمان. (عيني)

(١٠) أي بينه وبين المودع.

(١١) بعد العود إلى الوفاق.

(١٢) أي المودع نفسه، فبرئ من الضمان.

(١٣) قوله: "يصير الحفظ إلخ" يريد به أن المالك ما أمر المستأجر والمستعير بالحفظ قصدًا ونصًا، وإنما أمرهما بالاستعمال والانتفاع، فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع، فإذا جاوز الحيرة صار غاصبًا للدابة، ودخلت في ضمانه، والغاصب لا يبرأ عن الضمان، إلا بالرد على المالك، أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك، ولم يوجد. (ك)

(١٤) بالتجاوز عن الموضع المسمى.

(١٥) فلم يوجد الرد إلى المالك ولا إلى نائبه.

(١٦) أي المستأجر أو المستعير.

(١٧) أي عن الضمان.

(١٨) أي القول الأخير.

ومن اكترى حماراً بسرج، فنزع ذلك السرج، وأسرجه[١] بسرج يسرج بمثله الحمر، فلا ضمان عليه؛ لأنه[٢] إذا كان يماثل الأول يتناوله إذن المالك، إذ لا فائدة في التقييد بغيره[٣]، إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن[٤]، فحينئذٍ يضمن الزيادة، وإن كان[٥] لا يسرج بمثله[٦] الحمر يضمن[٧]، لأنه لم يتناوله الإذن من جهته[٨]، فصار مخالفًا. وإن أوكفه[٩] بإكاف[١٠] لا يؤكف بمثله الحمر يضمن؛ لما قلنا في السرج[١١]، وهذا أولى[١٢]، وإن أوكفه بإكاف يؤكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة[١٣]، وقالا: يضمن بحسابه[١٤]؛ لأنه إذا كان[١٥] يؤكف بمثله الحمر كان هو[١٦] والسرج سواء، فيكون المالك راضيا به، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن، فيضمن الزيادة، لأنه لم يرضَ بالزيادة[١٧]، فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من

(١) أسرجت الفرس إسراجًا: زين نهادم اسب را. (من)

(٢) أي لأن السرج الثاني.

(٣) قوله: "إذ لا فائدة في التقييد بغيره [هو الذي اكترى به ونزعه. ك]" أي من حيث المنع، أي لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها، إذا كان غيره يماثله. (عيني)

(٤) قوله: "إلا إذا كان إلخ" استثناء من قوله: فلا ضمان عليه، يعني ضمن إذا كان السرج الثاني زائدًا على الأول. (عيني)

(٥) السرج الثاني.

(٦) بأن أسرج الحمار بسرج البرذون. (ك)

(٧) القيمة كلها.

(٨) المالك.

(٩) بعد نزع السرج.

(١٠) قوله: "بإكاف" إكاف الحمار بالكسر ويضم: گليم سطبر كه زير پالان بر پشت خر نهند، وبپارسي آنرا خوى گير گويند أكف جمع آكف، آكف الحمار إيكافًا بست خوى گير رابر پشت خر، كذا في "منتهى الأرب". وقال في "رد المحتار": إن هذا المعنى هو الأصل، وفي عرف زماننا الإكاف للحمار ما يركب عليه بمنزلة السرج للفرس.

(١١) من أنه لم يتناوله الإذن.

(١٢) قوله: "وهذا [أي الضمان] أولى" لأنه لما ضمن بالسرج الآخر مع أنه من جنسه، فالضمان بالإكاف مع أنه من خلاف جنسه أولى. (ك)

(١٣) جميع القيمة. (ع)

(١٤) قوله: "وقالا: يضمن بحسابه" تكلموا في معنى هذا، فقيل: المراد المساحة حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين، والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها.

وقيل: بحسابه في الثقل والخفة، حتى لو كان وزن السرج منوين، والإكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها. (عيني)

(١٥) الإكاف.

(١٦) الإكاف.

(١٧) فإن الضمان بالزيادة، فكان متعديًا.

جنسه . ولأبى حنيفة : أن الإكاف ليس من جنس السرج ، لأنه للحمل والسرج للركوب(١) ، وكذا ينبسط أحدهما(٢) على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر ، فيكون(٣) مخالفًا كما إذا حمل الحديد(٤) وقد(٥) شرط له الحنطة(٦) .

وإن استأجر حمّالا ليحمل له طعامًا في طريق كذا ، فأخذ في طريق غيره(٧) يسلكه(٨) الناس فهلك المتاع ، فلا ضمان عليه(٩) ، وإن بلّغ(١٠) فله الأجر ، وهذا(١١) إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت ، لأن عند ذلك التقييد(١٢) غير مقيد ، أما إذا كان تفاوت(١٣) يضمن لصحة التقييد ، فإنه تقييد مفيد(١٤) ، إلا أن الظاهر عدم التفاوت(١٥) إذا كان طريقًا يسلكه الناس ، فلم يفصل(١٦) .

وإن كان طريقًا لا يسلكه الناس فهلك ضمن ؛ لأنه صح التقييد فصار مخالفًا ، وإن بلّغ(١٧) فله الأجر ؛ لأنه ارتفع الخلاف معنًى(١٨) ، وإن بقى صورة ، وإن حمله فى

---

(١) قوله: "لأنه للحمل إلخ" إشارة إلى المخالفة المعنوية، وقوله: وكذا ينبسط إلخ إشارة إلى المخالفة الصورية، فتحققت المخالفة صورةً ومعنًى فيضمن، كما إذا حمل الحديد، وقد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورة ومعنى، أما صورة فظاهر، وأما معنى، فلأن الحديد يجتمع فى موضع من ظهر الدابة، فيكون أشق، كذا ههنا أيضًا. (ك)

(٢) أى الإكاف.

(٣) أى السرج.

(٤) قوله: "كما إذا حمل الحديد إلخ" فيه نظر لأنه عكس ما نحن فيه من المثال إلا إذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه. (ع)

(٥) الواو حالية.

(٦) أى حمل الحنطة.

(٧) أى غير الطريق الذى عينه المستأجر.

(٨) ولو كان لا يسلكه الناس فحكمه سيجىء.

(٩) لعدم إفادة التقييد.

(١٠) قوله: "وإن بلّغ" -بالتشديد- أى فإن بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذى اشترط أن يحمل إليه. (عينى)

(١١) أى عدم الضمان ووجوب الأجر.

(١٢) أى عدم التفاوت.

(١٣) قوله: "أما إذا كان تفاوت [بأن كان السلوك أخوف]" أى بين الطريقين بأن كان الطريق الذى أخذ فيه بالسلوك، أوعر أو أبعد، أو أخوف، فهلك المتاع يضمن. (ك)

(١٤) قوله: "فإنه تقييد مفيد" لأنه إنما قيد ليحفظ متاعه، فإذا خالفه صار متعديا، فيضمن، وإن بلغ المكان فله الأجر لحصول المقصود. (عينى)

(١٥) قوله: "إلا أن إلخ" جواب إشكال يرد على التفصيل، تقريره أن يقال: إن محمدا أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ فى الطريق الذى يسلكه الناس، ولم يقيد بهذا التفصيل. (عينى)

(١٦) قوله: "فلم يفصل" أى لم يفصل محمد أن الطريق مخوف، أو غير مخوف بل قال: طريق يسلكه الناس. (حميدية)

البحر[١] فيما يحمله الناس في البر ضمن، لفحش التفاوت بين البر والبحر[٢]، وإن بلّغ[٣] فله الأجر لحصول المقصود، وارتفاع الخلاف معنىً[٤].

ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة، فزرعها رطبة[٥] ضمن ما نقصها؛ لأن الرطاب أضر بالأرض[٦] من الحنطة لانتشار عروقها فيها، وكثرة الحاجة إلى سقيها، فكان خلافًا إلى شرّ[٧]، فيضمن ما نقصها، ولا أجر له[٨]، لأنه[٩] غاصب للأرض على ما قررناه[١٠]. ومن دفع إلى خياط ثوبًا ليخيطه قميصًا بدرهم، فخاطه قباء، فإن شاء ضمّنه قيمة الثوب[١١]، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله، ولا يجاوز به درهمًا. قيل: معناه[١٢] القرطق[١٣] الذى[١٤] هو ذو طاق واحد، لأنه يستعمل[١٥] استعمال القباء[١٦]، وقيل: هو[١٧] مجرى على إطلاقه[١٨]؛ لأنهما[١٩] يتقاربان في

(١٧) أى الحمال المتاع إلى الموضع الذى عينه.

(١٨) قوله: "لأنه ارتفع إلخ" أى ارتفع مخالفة المتسأجر من حيث المعنى لحصول غرض المستأجر وإن بقى الهلاك من حيث الصورة، لأنه سلك غير ما عينه. (عينى)

(١) وهو أمره بالسير في البر.

(٢) خوفًا وأمنًا.

(٣) إلى الموضع الذى عينه.

(٤) لا صورة.

(٥) الرطبة كالقثاء والبطيخ، والباذنجان، وما جرى مجراه عن السمر قندى. (رد المحتار)

(٦) قوله: "أضر بالأرض" فالحنطة يزرع في كل سنة، والرطبة لا تزرع في كل سنة، ولكنها تنمو في كل سنة إلى أن يبلى أصلها، فكان الجنس مختلفًا، ومع اختلاف الجنس لا يكون هو مستوفيًا للمعقود عليه. (ك)

(٧) قوله: "إلى شر [يصير به المستأجر غاصبًا]" وإن زرع في الأرض ما هو أقل ضررًا من الحنطة يلزمه الأجر المسمى، لأنه خلاف إلى خير، فلم يصر به غاصبًا. (ك)

(٨) قوله: "ولا أجر له [أى للمؤجر على المستأجر]" لأن الأجر والضمان لا يجتمعان إذ الأجر يستلزم عدم التعدى، والضمان يستلزم التعدى، وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات. (ع)

(٩) أى لأن المستأجر.

(١٠) قوله: "على ما قررناه" إشارة إلى قوله: لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة إلخ، فلا يكون مستوفيًا ما تناوله العقد. (ك)

(١١) ويكون القباء للخياط، لأنه ملك الثوب بأداء الضمان.

(١٢) أى المراد من القباء.

(١٣) قوله: "القرطق" هو تعريب كرته يك تاهى، والقرطق الذى يلبسه الأتراك مكان القميص يقال له بالفارسية: يكتهى. (عينى)

(١٤) قوله: "الذى" القمص إذا قد من قبل كان قباء طاق، فإذا خيط جانباه كان قميصًا، وهو المراد بالقرطق مثل شيرواني. (رد المحتار)

(١٥) قوله: "يستعمل استعمال إلخ" لأنه يلبس مثل ما يلبس القباء، ويدخل اليدان في الكمين فيه كما في القباء. (عينى)

المنفعة. وعن أبي حنيفة أنه يضمّن من غير خيار[١]؛ لأن القباء خلاف[٢] جنس القميص.

ووجه الظاهر أنه قميص من وجه، لأنه[٣] يشد وسطه، وينتفع به انتفاع القميص[٤]، فجاءت الموافقة والمخالفة، فيميل إلى أيّ الجهتين شاء[٥]، إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة[٦]، ولا يجاوز به الدرهم المسمّى، كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه[٧] إن شاء الله تعالى.

ولو خاطه سراويل، و قد[٨] أمر بالقباء قيل: يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة، والأصح أنه يخير[٩] للاتحاد في أصل المنفعة[١٠]، وصار كما إذا أمر بضرب طست من شِبه[١١]، فضرب منه كوزًا، فإنه يخير[١٢]، كذا هذا[١٣].

---

(١٦) وفي التبيين لأنه يستعمل استعمال القميص والقباء.

(١٧) أي القباء.

(١٨) قوله: "مجرى على إطلاقه" لأنه أطلق في الكتاب فدل ذلك على أن الحكم في الكل واحد، لأنهما يتقاربان في المنفعة من حيث دفع الحر والبرد، أو ستر العورة، ولكل واحد منهما كمان وذيل ودخريص. (ك)

(١٩) أي لأن القباء والقميص.

(١) لصاحب الثوب.

(٢) قوله: "خلاف" فكان مخالفًا من كل وجه، فكان غاصبًا من كل وجه، وحكم الغاصب من كل وجه والضمان.

(٣) قوله: "لأنه" أي لأنه يمكنه شده، والانتفاع به انتفاع القميص، فصار موافقا من هذا الوجه، وهو مخالف من حيث التقطيع، والقالب، فيميل إلى أيهما شاء. (تبيين)

(٤) من ستر العورة ودفع الحر والبرد.

(٥) قوله: فيميل [صاحب الثوب] اهـ" فإن مال إلى الخلاف ضمنه قيمة ثوبه، وترك القباء عليه، وإن مال إلى الوفاق وأخذ الثوب، وأعطاه أجر مثله. (عيني)

(٦) قوله: "لقصور إلخ" لأن صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون القباء. (ع)

(٧) أي في باب الإجارة الفاسدة.

(٨) الواو حالية.

(٩) قوله: "أنه يخير" إن شاء ضمن الخياط قيمة الثوب والأجر عليه، وإن شاء أخذ المخيط، وأعطاه أجر مثله، ولا يجاوز به المسمى. (عيني)

(١٠) وهو اللبس والستر. (ك)

(١١) قوله: "شبه [كوز شبه -بالكسر ويحرك- كوزه بريختن هو ضرب من النحاس. من]" الشبه -بفتحتين- نوع من النحاس يشبه الذهب وكانوا يتخذون منه الأصنام. (شرح سنن أبي داود)

(١٢) قوله: "فإنه [الآمر] يخير" أي بين أن يأخذ الكوز، وأعطاه أجر مثله، وبين أن يضمن المأمور قيمة الشبه ولا أجر عليه. (عيني)

(١٣) قوله: "كذا هذا" أي فيما إذا خاطه سراويل، وقد أمره بالقباء. (عيني)

باب الإجارة الفاسدة(١)

قال(٢): الإجارة تفسدها(٣) الشروط كما تفسد البيع؛ لأنه بمنزلته(٤)، ألا ترى(٥) أنه عقد يقال ويفسخ(٦)، والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمّى(٧)، وقال زفر والشافعي: يجب(٨) بالغًا ما بلغ اعتبارًا ببيع الأعيان(٩).

ولنا(١٠): أن المنافع لا تتقوم بنفسها(١١)، بل بالعقد(١٢) لحاجة الناس، فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها إلا أن الفاسد تبع له(١٣)، فيعتبر ما يجعل بدلا في

---

(١) قوله: "باب الإجارة الفاسدة" تأخير الإجارة الفاسدة من صحيحها لا يحتاج إلى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى. (نت)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "تفسدها الشروط [المخالفة لمقتضى العقد]" مثل أن يستأجر رحى ماء على أنه أن انقطع الماء فالأجر عليه، لأن هذا الشرط مخالف لموجب العقد، فموجب العقد أن لا يجب الأجر إلا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه كل شرط يخالف موجب العقد، فهو مفسد للعقد، لأن الإجارة تثبت على المضايقة والمماكسة، فتفسد بالشرط كالبيع لأن اشتراطه يكون سببًا للمنازعة، ألا ترى أن النكاح لما بني على المسامحة والمساهلة لا يفسد بالشرط. (ك)

(٤) البيع.

(٥) أيضاح لكونه بمنزلته.

(٦) كالبيع.

(٧) قوله: "والواجب إلخ" المعنى أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى إذا كان هناك مسمى معلوم، لأن مجاوزة المسمى إنما تتصور فيه. أما إذا لم يكن هناك أجر مسمى، أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشيء أصلا للقطع بأن المجاوزة تقتضي الحد المعلوم، فيلغو أن يقال: هناك لا يجاوز المسمى بأجر المثل، فصار ملخص المعنى أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل.

إلا أن يكون هناك مسمى معلوم، فحينئذٍ لا يجاوز به المسمى بل يجب الأقل منهما، فعلم منه حكم الإجارة الفاسدة مطلقًا، وهو وجوب أجر المثل بالغًا ما بلغ إن لم يكن هناك مسمى معلوم، ووجوب الأقل من أجر المثل، ومن المسمى إن كان هناك مسمى معلوم. (نت)

(٨) أجر المثل.

(٩) قوله: "اعتبارًا ببيع الأعيان" لأن البيع إذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت، وهذا بناء على أن المنافع عنده كالأعيان. (ع)

(١٠) قوله: "ولنا أن إلخ" أي لنا أن تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بعقد، والضروري يتقيد بالضرورة، والضرورة تندفع بالصحيحة، فيكتفى بها، وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الإجارة الفاسدة، إلا أن الفاسد يقع تبعًا للصحيحة، فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة، وهو قدر أجر المثل، وهذا يقتضي لزوم الأجر بالغا ما بلغ لكنهما إذا اتفقا على مقدار في العقد الفاسد سقطت الزيادة، وهذا يقتضي لزوم الأجر المسمى بالغا ما بلغ، لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل، فاستقر الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل والمسمى. (ع)

(١١) قوله: "لا تتقوم إلخ" لأن التقويم يستدعي الإحراز، وما لا يبقى كيف يحرز. (عيني)

(١٢) أي عقد الإجارة التي هو بيع المنافع.

(١٣) أي للصحيح.

الصحيح عادةً[١]، لكنهما[٢] إذا اتفقا على مقدار فى الفاسد، فقد أسقطا الزيادة، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية، بخلاف[٣] البيع، لأن العين متقوم فى نفسه، وهو[٤] الموجب الأصلى، فإن صحت التسمية انتقل عنه[٥] وإلا فلا[٦]. ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية الشهور إلا أن يسمى جملة الشهور معلومة[٧]؛ لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له، تنصرف إلى الواحد[٨] لتعذر العمل بالعموم، وكان الشهر الواحد معلوماً[٩]، فصح العقد فيه[١٠]، وإذا تم[١١] كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة[١٢] لانتهاء العقد الصحيح[١٣]، فلو سمى جملة شهور معلومة جاز، لأن المدة صارت معلومة.

قال[١٤]: فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه[١٥]، وليس للمؤاجر أن يخرجه إلى أن ينقضى[١٦]، وكذلك[١٧] كل شهر سكن فى أوله؛ لأنه تم العقد

---

(١) قوله: "فيعتبر [أى الفاسد] ما يجعل إلخ" وهو أجر المثل، وهذا بيان أن المعتبر فى الفاسد أجر المثل، وقوله: ولكنهما إذا اتفقا إلخ بيان أنه لا يزاد على المسمى. (ك)

(٢) المتعاقدان.

(٣) جواب عن قياس زفر.

(٤) القيمة.

(٥) أى انتقل الواجب عن الموجب الأصلى إلى المسمى.

(٦) أى وإن لم يصح التسمية فلا ينتقل الواجب عن الموجب الأصلى الذى هو القيمة.

(٧) بأن يقول: عشرة أشهر كل شهر بدرهم.

(٨) قوله: "تنصرف إلى الواحد" لأنه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها، ولا على ما بين الأدنى والكل لعدم أولوية بعضها، فتعين الأدنى. (ك)

(٩) قوله: "وكان الشهر الواحد معلوماً" والعام يحتمله، فيحمل عليه، وهذا معنى قولهم: والعام إذا لم يمكن إجراءه على العموم يحمل على أخص الخصوص، وهذا الحمل ظنى، فإذا ظهر خلاف هذا الظن، ووجد إمكان العمل به فيما زاد عليه يحمل عليه أيضاً. (أعظمى)

(١٠) أى فى الشهر الواحد.

(١١) أى إذا تم الشهر الواحد.

(١٢) قوله: "أن ينقض إلخ" وهل يلزم أن يكون النقض بمحضر الآخر أو لا؟ اختلف المشايخ فمنهم من يقول: إنه لا يصح من غير محضر من صاحبه على قول أبى حنيفة ومحمد، ويصح على قول أبى يوسف، ومنهم من يقول: إنه لا يصح بغير محضره بلا خلاف. (ع)

(١٣) الذى كان فى شهر واحد.

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) أى فى الشهر الثانى.

بتراضيهما بالسكنى فى الشهر الثانى، إلا أن الذى ذكره فى الكتاب[١] هو القياس[٢]، وقد مال إليه بعض المشايخ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها[٣]، لأن فى اعتبار الأول[٤] بعض الحرج. وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز، وإن لم يبين قسط[٥] كل شهر من الأجرة؛ لأن المدة معلومة بدون التقسيم، فصار كإجارة شهر واحد، فإنه جائز، وإن لم يبين قسط كل يوم.

ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمّى[٦]، وإن لم يسمِّ شيئاً فهو من الوقت الذى استأجره[٧]؛ لأن الأوقات كلها فى حق الإجارة على السواء[٨] فأشبه اليمين[٩]، بخلاف الصوم[١٠]، لأن الليالي ليست بمحل له[١١].

ثم إن كان العقد[١٢] حين يهل الهلال[١٣]، فشهور السنة كلها بالأهلة؛ لأنها هى الأصل[١٤]، وإن كان فى أثناء الشهر فالكل بالأيام[١٥] عند أبى حنيفة، وهو رواية

---

(١٦) الشهر الثانى.

(١٧) أى يصح العقد.

(١) أى القدورى. (ع)

(٢) قوله: "هو القياس" لأن رأس كل الشهر فى الحقيقة هو الساعة التى يهل فيها الهلال، فإذا أهل مضى رأس الشهر، فلا يمكن الفسخ. (عينى)

(٣) قوله: "أن يبقى الخيار إلخ" لأن رأس الشهر فى العرف هى الليلة الأولى ويومها، فيبقى الخيار فيها اعتباراً للعرف. (عينى)

(٤) الحقيقى.

(٥) بهره ونصيب.

(٦) بأن يقول: من شهر رجب من هذه السنة مثلا.

(٧) قوله: "فهو من الوقت إلخ" لأن الظاهر من حال العاقد أن يقصد صحة العقد، وصحته بذلك لتعيينه لعدم المزاحم. (عينى)

(٨) قوله: "على السواء [فيتيقن الزمان الذى يتعقب السبب]" لأن كل الأوقات محل للإجارة، إذ لا منافاة بين الإجارة، وبين وقت ما أصلا. (نت)

(٩) بأن حلف لا يتكلم فلاناً شهراً فهو من يوم حلف. (ك)

(١٠) قوله: "بخلاف الصوم" فإنه إذا نذر أن يصوم شهراً لم يتعين الشهر الذى يلى النذر لأنه يختص الشروع فيه ببعض الأوقات، حتى إن الليل لا تصلح لذلك. (ك)

(١١) فالأوقات كلها ليست فيه على السواء.

(١٢) أى عقد الإجارة.

(١٣) قوله: "حين يهل [أى يبصر. نهاية] إلخ" ليس المراد بقولهم: حين يهل الهلال فى هذه المسألة معناه الحقيقى، وهو أول الليلة من الشهر بل المراد معناه العرفى، وهو اليوم الأول من الشهر. (نتائج الأفكار)

عن أبي يوسف، وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الأول بالأيام[١]، والباقي بالأهلة؛ لأن الأيام يصار إليها ضرورة[٢]، وهي في الأول منها[٣]، وله أنه متى تم الأول[٤] بالأيام[٥] ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة، فهكذا إلى آخر السنة، ونظيره[٦] العدة، وقد مر في الطلاق[٧]. قال[٨]: ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام[٩]، فأما الحمام فلتعارف الناس، ولم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين[١٠]، قال عليه السلام: «ما رآه المسلمون[١١] حسنًا فهو عند الله حسن»*، وأما الحجام فلما روى[١٢] أنه عليه السلام احتجم[١٣]، وأعطى الحجام الأجرة[١٤]**، ولأنه استئجار على عمل

---

(١٤) في الشهور العربية فلا يعدل عن الأصل ما أمكن.

(١٥) أي ثلاث مائة وستين يومًا. (ع)

(١) قوله: "الأول بالأيام" فيكون أحد عشر شهرًا بالهلال، وشهر بالأيام، ويكمل ما بقي من الشهر الأول من الأخير. (ع)

(٢) فلا يتعدى إلى غيره.

(٣) الشهور.

(٤) قوله: "أنه متى إلخ" أي لما تعذر اعتبار الشهر الأول تعذر الثاني أيضًا بالأهلة، لأن الشهر الأول يجب تكميله مما يليه، وإلا لزم لأن يكون الثاني والثالث وجميع الأشهر التي بعده قبل الأول، وهو محال، فإذا كمل من الثاني انتقص الآخر، فيجب تكميله من الذي يليه، وكذا كل شهر إلى آخر المدة. (تبيين)

(٥) من الشهر الثاني.

(٦) في الاعتبار بالشهور أو العدد.

(٧) قوله: "وقد مر إلخ" قال في أول كتاب الطلاق: ثم إن كان الطلاق في أول الشهر يعتبر الشهور بالأهلة، وإن كان في الوسط فبالأيام في حق التفريق، وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة، وعندهما يكمل الأول بالآخر، والمتوسطات بالأهلة، وهي مسألة الإجارات. (ع)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ويجوز أخذ أجرة إلخ" إنما ذكرهما في الإجارة الفاسدة مع كونه جائزًا لأن لبعض الناس فيه خلافًا، فإن بعض العلماء كره غلة الحمام أخذ بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «الحمام شر بيت»، ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء، فكره اتخاذ الحمام للنساء، لأنهن نهين عن البروز، وأمرن بالقرار.
وروى عن أحمد ابن حنبل أنه لم يبح أجرة الحمام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعًا للحاجة، والحاجة في حق النساء أظهر، لأن المرأة تحتاج إلى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس، ولا يمكن ذلك في الأنهار والحياض، ويمكن للرجل.
وقد صح أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم دخل حمام الجحفة، وتأويل ما روى عن الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة، فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول، ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت. (عناية)

(١٠) قوله: "ولم يعتبر إلخ" إشارة أن الجواب جواب الاستحسان، فإن القياس عدم الجواز للجهالة.

(١١) قوله: "ما رآه المسلمون" قلت: غريب مرفوعًا، ولم أجده إلا موقوفًا على ابن مسعود.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٣٣، والدراية ج٢، الحديث٨٦٣ ص١٨٧. (نعيم)

(١٢) أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس. (ت)

(١٣) قوله عليه السلام: «إن من السحت كسب الحجام» منسوخ. (ك)

معلوم بأجر معلوم، فيقع جائزاً.

قال[١]: ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس[٢]، وهو أن يؤاجر فحلا لينزو[٣] على إناث؛ لقوله عليه السلام: «إن من السحت عسب التيس[٤]»*، والمراد أخذ الأجرة[٥] عليه[٦].

قال: ولا الاستئجار على الأذان والحج[٧]، وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه[٨]، والأصل[٩] أن كل طاعة يختص بها المسلم[١٠] لا يجوز الاستئجار عليه عندنا، وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين[١١] على الأجير، لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين[١٢] عليه، فيجوز.

ولنا قوله عليه السلام**: «اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به»[١٣] وفي آخر ما عهد

(١٤) ولو كان حرامًا لم يعطه.

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٣٤، والدراية ج٢، الحديث٨٦٤ ص١٨٧. (نعيم)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "ولا يجوز أخذ أجرة إلخ" أي كراء عسب التيس، فإنه أخذ المال بمقابلة ماء مهين لا قيمة له، والعقد عليه باطل، لأنه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به، وهو الإحبال فإن ذلك ليس في وسعه، وهو يبتنى على نشاط الفحل أيضًا.(ك) عسب: برجستن كشن ماده. (من) أي ضرابه وهو مباح بطريق الاستعارة. (ع)

(٣) نزا نزواً: برجست. (من)

(٤) قوله: "إن من السحت إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، ومعناه أخرجه البخاري عن عمر أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن عسب الفحل. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٣٥، والدراية ج٢، الحديث٨٦٥ ص١٨٨. (نعيم)

(٥) قوله: "والمراد إلخ" أشار به إلى تفسير الحديث، فإن نفس العسب ليس من السحت، وإنما المراد أخذ الأجرة عليه، فالمضاف محذوف. (عيني)

(٦) أي على عسب التيس.

(٧) هذا على رأي المتقدمين.

(٨) قوله: "والفقه" قيد بالفقه لأنه يجوز الاستجار لأجل قراءة العلوم الأدبية كاللغة والنحو والصرف والعلوم الحكمية كالطب والمعقول ونحوهما. (عيني)

(٩) أي الأمر الكلي.

(١٠) قوله: "يختص بها المسلم" أي يختص بملة الإسلام أما إذا لم يختص بها فيجوز، كما إذا استأجر ذميًا على تعليم التوراة يجوز، لأن تعليمها لا يختص بملة الإسلام. (ك)

(١١) قوله: "في كل ما لا يتعين [أي ما لا يجب واجبًا عينًا] إلخ" هذا احتراز عما لو كان متعينًا للإمامة والإفتاء والتعليم، لأنه حينئذ لا يجوز استجاره بالإجماع. (ك)

(١٢) أي غير واجب.

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٣٥، والدراية ج٢، الحديث٨٦٦ ص١٨٨. (نعيم)

رسول الله عليه السلام إلى عثمان بن أبى العاص[١] : «وإن اتخذت مؤذنًا فلا تأخذ على الأذان أجرًا»*، ولأن القربة متى حصلت وقعت[٢] عن العامل، ولهذا تعتبر أهليته[٣]، فلا يجوز له أن يأخذ الأجر من غيره، كما فى الصوم والصلاة[٤].

ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم[٥]، فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه، فلا يصح، وبعض مشايخنا[٦] استحسنوا[٧] الاستئجار على تعليم القرآن اليوم[٨]؛ لأنه ظهر التوانى[٩] فى الأمور الدينية، ففى الامتناع يضيع حفظ القرآن[١٠]، وعليه الفتوى.

قال[١١]: ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح[١٢]، وكذا سائر الملاهى[١٣]؛ لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد[١٤].

---

(١٣) رواه أحمد فى "مسنده". (ت)

(١) قوله: "وفى آخر ما عهد إلخ" أخرج أبو داود عن عثمان بن أبى العاص، قال: قلت: يا رسول الله! اجعلنى إمام قومى، قال: أنت إمامهم، واتخذ مؤذنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٣٩، والدراية ج٢، الحديث٨٦٧ ص١٨٩. (نعيم)

(٢) أى ثوابها.

(٣) قوله: "ولهذا تعتبر أهليته" أى أهلية العامل، ويعتبر نيته لا نية الآمر، ولو انتقل فعل المأمور إلى الآمر يشترط نية الآمر وأهليته كما فى الزكاة، فإن ثمة يشترط نية الآمر، وأهليته حتى لو كان المأمور كافرًا يصح أداء الزكاة، لأن المؤدى هو الآمر، وههنا بخلافه، فعلم به أن المؤدى هو المأمور. (ك)

(٤) أى كما لا يجوز أخذ الأجرة على الصلاة والصوم.

(٥) من الذكاء وغيره.

(٦) يريد مشايخ بلخ.

(٧) قوله: "استحسنوا إلخ" وكذا يفتى بجواز الإجارة على تعليم الفقه، وقال الإمام الخيزاخزى: فى زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجرة، كذا فى "الروضة". (ك)

(٨) أى فى زماننا. (ع)

(٩) أى الكسل والفتور.

(١٠) قوله: "ففى الامتناع إلخ" فإن المتقدمين من أصحابنا بنوا جوابهم على ما شاهدوا فى عصرهم من رغبة الناس فى التعليم بطريق الحسبة ومروة المتعلمين فى مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط، وأما فى زماننا فقد انعدم المعنيان جميعًا. (ك)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "والنوح [هو البكاء برفع الصوت على الميت]" ناحت المرأة زوجها، وعليه نوحا گريه وماتم نمود بآواز بلند برشوئى، كذا فى "منتهى الأرب"، وفى "رد المحتار": النوح البكاء على الميت وتعديد محاسنه.

(١٣) كضرب الطبل والطنبور.

(١٤) قوله: "لا تستحق إلخ" لأن عقد الإجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعًا، ولا يجوز أن يستحق على

قال[١]: ولا يجوز إجارة المشاع[٢] عند أبي حنيفة إلا من الشريك، وقالا[٣]: إجارة المشاع جائزة[٤]، وصورته أن يؤجر نصيبًا من داره[٥]، أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك.

لهما أن للمشاع منفعة[٦]، ولهذا يجب[٧] أجر المثل، والتسليم ممكن[٨] بالتخلية، أو بالتهايؤ[٩]، فصار كما إذا آجر من شريكه[١٠]، أو من رجلين[١١]، وصار كالبيع[١٢]. ولأبي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز، وهذا لأن تسليم المشاع وحده[١٣] لا يتصور[١٤]، والتخلية[١٥] اعتبرت تسليمًا[١٦] لوقوعه تمكينًا، وهو[١٧] الفعل الذي يحصل به التمكن، ولا تمكن في المشاع[١٨]، بخلاف البيع[١٩]

المرء شيء يكون به عاصيًا شرعًا كيلا يصير المعصية مضافة إلى الشرع. (ك)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) فيما يقسم كالأرض وفيما لا يقسم كالعبد.

(٣) وفي المغني الفتوى على قولهما. (ك)

(٤) قوله: "جائزة" بشرط أن يبين نصيبه، وإن لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح. (تبيين)

(٥) أي نصف عبده أو نصف دابته.

(٦) فيجوز، فإن مدار الإجارة على المنفعة.

(٧) قوله: "ولهذا يجب" أي لكون المشاع له منفعة معلومة يجب أجر المثل عند أبي حنيفة إذا سكن المستأجر فيها، فهذا دليل على أن للمشاع منفعة، إذ لو لم يكن له منفعة لما وجب شيء، كما إذا استأجر جحشًا أو أرضًا سبخة. (مل)

(٨) قوله: "والتسليم ممكن" جواب عما يقال: إنه إجارة ما لا يقدر على تسليمه، فأجاب بأن التسليم ممكن بالتخلية، بأن يرفع الشريك المؤجر متاعه من الدار، وخلى بينها وبين المستأجر، أو بالتهايؤ، وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به، وحقيقته أن يرضى كل واحد بحالة واحدة، ويختارها. (عيني)

(٩) باهم ساز داري وموافقت كردن. (من)

(١٠) قوله: "كما إذا آجر من شريكه" فلو كان الشيوع مانعا لما جاز من شريكه. (عيني)

(١١) قوله: "أو من رجلين" أي كما إذا آجر من رجلين فإنه يجوز، وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعًا. (عيني)

(١٢) قوله: "وصار كالبيع" أي صار حكم التخلية ههنا كحكم التخلية في البيع من حيث إن التخلية تسليم فيه. (عيني)

(١٣) قوله: "لأن تسليم المشاع [سواء كان مما يحتمل القسمة كالدار أو لا كالعبد] إلخ" وما لا يتصور تسليمه لا يصح إجارته لعدم الانتفاع به والإجارة عقد على المنفعة. (مل)

(١٤) قوله: "لا يتصور" لأن التسليم إنما يتم بالقبض والقبض أمر حسي، وهو لا يرد الأعلى المعين والمشاع غير معين. (ك)

(١٥) قوله: "والتخلية إلخ" جواب عن قولهما، والتسليم ممكن بالتخلية، وهو أن التخلية اعتبرت تسليمًا إذا كان تمكينًا من الانتفاع، وإنما يكون تمكينًا إذا حصل بها التمكن، والتمكن لا يحصل به، فلم يعتبر فعله تمكينًا بخلاف البيع لحصول التمكن ثمة من البيع والإعتاق، وغير ذلك. (ك)

(١٦) لا لذاته.

(١٧) أي التمكين.

لحصول التمكن فيه[١].

وأما التهايؤ[٢] فإنما يستحق حكمًا للعقد بواسطة الملك، وحكم العقد يعقبه[٣]، والقدرة على التسليم شرط العقد، وشرط الشيء يسبقه، ولا يعتبر[٤] المتراخي سابقًا، وأما إذا آجر من شريكه[٥]، فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع[٦]، والاختلاف في النسبة[٧] لا يضره[٨]، على أنه[٩] لا يصح في رواية الحسن[١٠] عنه[١١]، وبخلاف الشيوع[١٢] الطارئ[١٣]، لأن القدرة على التسليم ليس

(١٨) من الانتفاع حسًا.

(١٩) قوله: "بخلاف البيع" لأن المقصود به ليس الانتفاع بل ملك الرقبة، ولهذا جاز بيع الجحش، فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا، فإن الملك أمر حكمي، وأما الانتفاع فهو أمر حسي. (مل)

(١) البيع.

(٢) قوله: "وأما التهايؤ إلخ" جواب عن قولهما: أو بالتهايؤ، وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك، فهو متأخر عن العقد الموجب للملك، وهو منتفٍ لانتفاع شرطه، وهو القدرة على التسليم، ولا يمكن إثباته بالتهايؤ، لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء مما يتأخر عنه، ثبوتًا. (عناية)

(٣) أي العقد.

(٤) أي التهايؤ.

(٥) جواب عن قولهما: فصار كما إذا آجر من شريكه.

(٦) قوله: "فالكل [أي كل المنافع] يحدث على ملكه إلخ" وهذا بخلاف الرهن، لأن بالشيوع هناك ينعدم العقود عليه، وهو الحبس الدائم إذا لا تصور له، وفي هذا الشريك والأجنبي سواء.

فأما ههنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه، وهو المنفعة بل إنما يتعذر التسليم، وذلك لا يوجد في حق الشريك، وبخلاف الهبة فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواء. (ك)

قوله: "على ملكه" فإن البعض له بحكم الملك والبعض بحكم الإجارة، فكل المنفعة يحدث على ملكه فلا شيوع. (عيني)

(٧) قوله: "والاختلاف إلخ" جواب عما يقال: سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة، لأن الشريك منتفع بنصيبه بنسبة الملك، وبنصيب شريكه بالاستئجار، فيكون الشيوع موجودًا. (ع)

(٨) قوله: "لا يضره" أي لا يضر كون حدوث كل الانتفاع على ملكه، لأنه لا عبرة لاختلاف الأسباب مع اتحاد الحكم. (مل)

(٩) أي أن عقد إجارة المشاع من شريكه.

(١٠) قوله: "لا يصح إلخ" فجعله كالرهن على هذه الرواية، لأن استيفاء المنفعة التي تناولها العقد لا يتأتى إلا بغيرها، وهو منفعة نصيبه، وذلك مفسد لعقد الإجارة كمن استأجر أحد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز، لأن استيفاء المعقود عليه مما يناوله العقد لا يمكن إلا بما لم يتناوله العقد. (ك)

(١١) أي عن الإمام أبي حنيفة.

(١٢) قوله: "وبخلاف إلخ" مقصود المصنف من قوله هذا دفع إشكال يرد على دليل أبي حنيفة، وهو أن الشيوع الطارئ لا تفسد الإجارة بالإجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك. (نت)

(١٣) قوله: "الطارئ [طريان بر سرچيزى در آمدن وناگه پيد شدن. كنز]" بأن آجر رجل من رجلين، ثم مات أحد المستأجرين، أو آجر رجلان من رجل، ثم مات أحد المؤاجرين، فإنه يبقى الإجارة في نصيب الآخر شائعًا. (ك)

بشرط للبقاء، وبخلاف ما إذا آجر من رجلين[١]، لأن التسليم يقع جملة[٢]، ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ[٣].

قال[٤]: ويجوز استئجار الظئر[٥] بأجرة معلومة[٦]؛ لقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن[٧]﴾، ولأن التعامل به[٨] كان جاريًا[٩] على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقبله، وأقرهم[١٠] عليه*، ثم قيل[١١]: إن العقد يقع على المنافع، وهي خدمتها للصبي، والقيام به[١٢]، واللبن يستحق على طريق التبع[١٣] بمنزلة الصبغ في الثوب[١٤].

وقيل[١٥]: إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة، ولهذا لو أرضعته[١٦] بلبن شاة لا تستحق الأجر[١٧]، والأول أقرب إلى الفقه[١٨]؛ لأن عقد الإجارة لا ينعقد على

---

(١) جواب عما قالا.

(٢) قوله: "يقع جملة [لأن العقد أضيف إلى كل الدار ولا شيوع فيه]" فإن تسليم المعقود عليه كما أوجبه العقد مقدور عليه للمؤاجر، ثم المهايأة بعد ذلك يكون بين المستأجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين، فهو جائز لوجود المعقود عليه. (ك)

(٣) قوله: "طار [أي بعد ثبوت الملك لهما]" فإن قلت: الشيوع مقارن لا طار فإنها عقد مضاف تنعقد ساعة فساعة، فكان الطارئ كالمقارن قلت: بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه، لأنها عقد لازم، فلا يكون مقارنًا. (تاج الشريعة)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) ظئر –بالكسر– شير ده بچه غير را. (من)

(٦) ولو كانت الأجرة مجهولة لا تصح.

(٧) قوله: "فإن أرضعن [زوجات] لكم إلخ" المراد بعد الطلاق، أي فإن أرضعن أولادكم لأجلكم فأعطوهن أجورهن أمر باتيان أجورهن، فيكون دليلا على جواز إجارة الظئر. (عيني)

(٨) أي باستئجار الظئر.

(٩) كذا قال علي القاري في "شرح النقاية".

(١٠) النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٤٠، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٦٧ ص١٨٩. (نعيم)

(١١) وهو اختيار صاحب "الذخيرة". (ع)

(١٢) أي بأموره.

(١٣) قوله: "على طريق التبع" لأن اللبن عين، والعين لا يستحق بعقد الإجارة كلبن الأنعام. (عيني)

(١٤) أي استأجر صباغًا يصبغ له الثوب فالعقد وارد على فعل الصبغ، والصبغ يدخل تبعًا. (نت)

(١٥) هو اختيار شمس الأئمة السرخسي.

(١٦) أي الصغير.

(١٧) فدل على أن اللبن غير تابع بل معقود عليه.

إتلاف الأعيان مقصودًا كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها[١]، وسنبين العذر[٢] عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى، وإذا ثبت[٣] ما ذكرنا[٤] يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارًا بالاستئجار على الخدمة.

قال[٥]: ويجوز بطعامها وكسوتها[٦] استحسانًا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يجوز؛ لأن الأجرة مجهولة[٧]، فصار كما إذا استأجرها[٨] للخبز[٩] والطبخ.

وله أن الجهالة لا تفضى إلى المنازعة، لأن في العادة التوسعة على الآظار[١٠] شفقة على الأولاد، فصار كبيع قفيز[١١] من صبرة[١٢]، بخلاف الخبز والطبخ، لأن الجهالة فيه تفضى إلى المنازعة. وفي "الجامع الصغير"[١٣]: فإن سمى الطعام دراهم، ووصف جنس الكسوة، وأجلها وذروعها فهو جائز، يعنى بالإجماع، ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم[١٤]، ثم يدفع الطعام مكانها، وهذا[١٥] لا جهالة فيه. ولو سمى الطعام[١٦]، وبين قدره جاز أيضًا لما قلنا[١٧]، ولا يشترط تأجيله؛ لأن

---

(١٨) أى العلم بسر الشريعة.

(١) فإنه لا يجوز.

(٢) قوله: "وسنبين العذر" أى الجواب عن قول أهل المقالة الثانية، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا يستحق الأجر. (عينى)

(٣) قوله: "وإذا ثبت إلخ" فإن قيل: قد علم من أول المسألة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام، قلت: أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا، ثم رجع إلى إثباتها بالقياس. (ع)

(٤) أى جواز الإجارة بأحد الطريقين.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى جازت بأجرة معلومة كسائر الإجارات، وبطعامها وكسوتها. (ع)

(٧) قوله: "لأن الأجرة مجهولة" لأن الطعام مجهول الجنس والقدر، والصفة، وكذا الكسوة. (عينى)

(٨) بطعامها وكسوتها. (كافى)

(٩) خبز -بالفتح- نان پختن. (من)

(١٠) جمع ظئر.

(١١) القفيز: ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف، كذا قال العينى.

(١٢) فإنه يجوز وللبائع أن يعطى من أى جانب شاء، لأن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة.

(١٣) ذكر رواية "الجامع الصغير" إشارة إلى ما هو مجمع عليه بمعرفة الجنس والأجل والقدر. (ع)

(١٤) قوله: "ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل إلخ" قال صاحب "النهاية": هذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ، وقد وجه بعضهم بأن الطعام منصوب على نزع الخافض أى للطعام، أو المراد بالتسمية هو التعين أى عين الطعام بدراهم. (مل)

(١٥) أى جعل الأجرة على هذا الوجه. (ع)

(١٦) الذى هو أجرة.

(١٧) إشار به إلى قوله: لا جهالة فيه. (عينى)

أوصافها أثمان[١]، ويشترط[٢] بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة، خلافًا لهما، وقد ذكرناه في البيوع[٣].

وفى الكسوة[٤] يشترط بيان الأجل أيضًا مع بيان القدر والجنس؛ لأنه[٥] إنما يصير دينًا في الذمة إذا صار مبيعًا، وإنما يصير مبيعًا عند الأجل كما في السلم.

قال: وليس للمستأجر أن يمنع زوجها[٦] من وطئها؛ لأن الوطئ حق الزوج، فلا يتمكن[٧] من إبطال حقه، ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به[٨] صيانة لحقّه إلا أن المتسأجر يمنعه عن غشيانها[٩] فى منزله، لأن المنزل حقه.

فإن حبلت[١٠] كان لهم[١١] أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبى من لبنها؛ لأن لبن الحامل يفسد الصبى، فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت[١٢] أيضًا، وعليها[١٣] أن تصلح طعام الصبى؛ لأن العمل عليها[١٤]. والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف فى مثل هذا الباب، فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبى[١٥]، وإصلاح الطعام وغير ذلك، فهو على الظئر، أما الطعام[١٦] فعلى والد الولد، وما ذكر محمد

---

(١) قوله: "لأن أوصافها أثمان [فلا يشترط تأجيلها. نت]" يعنى أن المكيل والموزون إذا كان موصوفًا غير مشار يثبت دينًا فى الذمة، والدين تارة تصير مؤجلا وتارة معجلا كالدراهم والدنانير، بخلاف الثوب، فإنه لا يثبت دينًا فى الذمة إلا فى السلم، ويشترط بيان الأجل فى السلم، فكذا إذا استأجرها بثياب موصوفة. (ك)

قوله: "لأن أوصافها" مرجع الضمير الطعام بتأويل كونها أجرة. (نت)

(٢) إن كان حمل ومؤنة. (ع)

(٣) فى باب السلم.

(٤) يعنى إذا استأجرها بثياب يشترط فيها جميع شرائط السلم.

(٥) أى لأن وجوب الكسوة.

(٦) الظئر.

(٧) المستأجر.

(٨) أى بعقد الإجارة.

(٩) غشى فلانة عشيانًا -بالكسر- كائيد آن را وفرو گرفت او را بمجامعت. (من)

(١٠) الظئر.

(١١) أى لأهل الصغير.

(١٢) الظئر.

(١٣) الظئر.

(١٤) يعنى العمل الراجع إلى منفعة الصبى.

(١٥) قوله: "من غسل ثياب إلخ" أى إذا تلطخ من النجاسة، أما لا يجب غسل الثياب بسبب الوسخ والدرن. (حميدية)

(١٦) أى نفس الطعام.

أن الدهن والريحان[١] على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة.

وإن أرضعته[٢] في المدة بلبن شاة فلا أجر لها[٣]؛ لأنها لم تأتِ بعمل مستحق عليها، وهو الإرضاع، فإن هذا إيجار[٤]، وليس بإرضاع، فإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى[٥] أنه[٦] اختلف العمل.

قال[٧]: ومن دفع إلى حائك غزلا[٨] لينسجه[٩] بالنصف، فله أجر مثله[١٠]، كذا إذا استأجر حماراً ليحمل عليه طعامًا بقفيز منه[١١]، فالإجارة فاسدة؛ لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله، فيصير في معنى قفيز الطحان[١٢]، وقد نهى النبي عليه السلام عنه[١٣]*، وهو أن يستأجر ثوراً[١٤] ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه، وهذا[١٥] أصل كبير يعرف به فساد كثير[١٦] من الإجارات، لا سيما في ديارنا[١٧].

(١) قوله: "والريحان" بالفتح: گياهي ست خوشبوے بفارسی شاهپرم وبهندی نار بوست بوی آن دافع وبا، ومانع درد سر محرورين، وباهر گياه كه بوی خوش دارد، كذا في "منتهى الأرب".
وبمعنى گلهائيكه سواى گل سرخ باشند، كذا في "الغياث"، وقال في "المغرب": الرياحين جمع ريحان وهو كل ما طاب ريحه من النبات أوالشا هسفرم وعند الفقهاء الريحان مالساقة رائحة طيبة كما لورقه كالآس والورد ما لورقه رائحة فحسب كالياسمين.

(٢) الظئر.

(٣) هذا هو العذر الموعود قبله وسنبين العذر.

(٤) قوله: "فإن هذا إيجار [إيجار دارد در دهان كسى ريختن. من]" إيجار مصدر أوجرته إذا صببت في وسط فمه دواء. (عيني)

(٥) قوله: "فإنما لم يجب الأجر إلخ" أي إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن، فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الإرضاع والعمل دون العين، وهو اللبن. (عيني)

(٦) بدل من قوله: هذا المعنى.

(٧) أي محمد. (عيني)

(٨) رشته.

(٩) نسج بافتن. (من)

(١٠) أي الأجر وهو نصف الثوب المنسوج، فإن هذا حكم الإجارة الفاسدة.

(١١) أي من ذلك الطعام المحمول.

(١٢) قوله: "فيصير في معنى إلخ" فإن قيل: إذا كان عرف دياره على ذلك. فهذا يترك به القياس، قيل: لأنه في معناه من كل وجه، فكان ثابتا بدلالة النصوص، ومثله لا يترك بالعرف، فإن قيل: لا يترك بل يخصص عن الدلالة، قيل: لا عموم لها حتى خص عرف ذلك في موضعه. (ع)

(١٣) قوله: "وقد نهى النبي إلخ" قلت أخرج الدارقطني، ثم البيهقي في "سننهما" في كتاب البيوع عن أبي سعيد الخدري قال: نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٤٠، والدراية ج٢، الحديث ٨٦٨ ص ١٩٠. (نعيم)

(١٤) نر گاؤ.

والمعنى[١] فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر[٢]، وهو بعض المنسوج[٣] أو المحمول[٤]، وحصوله بفعل الأجير، فلا يعد هو قادرًا بقدرة غيره.
وهذا[٥] بخلاف ما إذا استأجره[٦] ليحمل نصف[٧] طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر[٨]، لأن المستأجر ملك الأجر[٩] فى الحال بالتعجيل، فصار[١٠] مشتركًا بينهما، ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما[١١] لا يجب الأجر، لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه[١٢] فيه، فلا يتحقق تسليم المعقود عليه. ولا يجاوز بالأجر[١٣] قفيزًا[١٤]؛ لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى، ومن أجر المثل لأنه[١٥] رضى بحط الزيادة[١٦]، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا[١٧]

---

(١٥) أى جعل الأجر بعض ما يخرج من عمل الأجير، أى قفيز الطحان. (حميدية)
(١٦) كما إذا استأجر لأن يعصر له سمسمًا بمن من دهنه.
(١٧) من بلاد فرغانه وراء جيحون ومدينة مرغينان.
(١) أى المعنى الفقهى فى عدم جواز ذلك.
(٢) عند العقد.
(٣) فى مسألة الحائك.
(٤) فى مسألة استئجار الحمار.
(٥) قوله: "وهذا" أى الذى ذكرنا من فساد الإجارة فيما إذا استأجر حمارًا ليحمل طعامًا بقفيز منه. (عينى)
(٦) قوله: "بخلاف ما إذا استأجره إلخ" وفى المسألة الأولى الحنطة صارت مجهولة بعمل الأجير، فكان فى معنى قفيز الطحان، فيكون فاسدا، فيجب أجر المثل. (عينى)
(٧) قوله: "نصف [أى نصف هذا الطعام]" قيد بالنصف لأنه لو استأجره ليحمل الكل بنصفه لا يكون شريكًا، فيجب أجر المثل. (رد المحتار)
(٨) قوله: "حيث لا يجب له الأجر [لا المسمى ولا أجر المثل. رد المحتار]" فيه نظير كيف يقول: لا يجب لأنه قد وجب وقبض وهو نصف الطعام. (عينى)
(٩) قوله: "ملك الأجر إلخ" فإن تسليم الأجرة بحكم التعجيل يوجب الملك فى الأجرة. (ع)
(١٠) قوله: "فصار [أى الطعام]" وفيه إشكالان، أحدهما: أن الإجارة فاسدة، والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينًا أو دينًا، فكيف ملكه ههنا من غير تسليم، ومن غير شرط التعجيل.
والثانى أنه قال: ملكه فى الحال، وقوله: لا يستحق الأجر ينافى الملك، لأنه لا يملكه، إذا ملكه إلا بطريق الأجرة، فإذا لم يستحق شيئًا فكيف يملكه، وبأى سبب يملكه. (رد المحتار)
(١١) أى بين المؤجر والمستأجر.
(١٢) كما هو عامل لغيره.
(١٣) قوله: "ولا يجاوز بالأجر إلخ" متصل بقوله: وكذا إذا استأجر حمارًا يحمل عليه طعامًا بقفيز منه. (عناية)
(١٤) وفيما هو فى معنى قفيز الطحان لا يجاوز بالأجر المسمى. (ك)
(١٥) أى لأن مؤجر الحمار.
(١٦) على المسمى.

في الاحتطاب(١) حيث يجب الأجر بالغًا ما بلغ عند محمد(٢)، لأن المسمى(٣) هناك غير معلوم، فلم يصح الحط.

قال(٤): ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم(٥) اليوم(٦) بدرهم فهو فاسد(٧)، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد في الإجارات(٨): هو جائز؛ لأنه يجعل المعقود عليه عملا(٩)، ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحًا للعقد، فترتفع الجهالة. وله أن المعقود عليه مجهول(١٠)؛ لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة(١١) معقودًا عليها، وذكر العمل يوجب كونه معقودًا عليه، ولا ترجيح(١٢)، ونفع المستأجر في الثاني(١٣)، ونفع الأجير في الأول(١٤)، فيفضي إلى المنازعة(١٥).

وعن أبي حنيفة أنه يصح الإجارة، إذا قال: في اليوم، وقد(١٦) سمى عملا؛

(١٧) والأجرة نصف الحطب.

(١) حيث احتطب أحدهما وجمعه الآخر. (كافي)

(٢) قوله: "عند محمد" وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجرة نصف ثمن ذلك لأنه رضي بنصف المسمى حيث اشتركا، وهذا إذا احتطب أحدهما، وجمع الآخر، وأما إذا احتطبا جميعًا، وجمعًا جميعًا فهما مشتركان على السواء. (عناية)

(٣) أي نصف الحطب. (ع)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) قوله: "العشرة المخاتيم إلخ" المخاتيم جمع مختوم، وهو الصاع سمي به لأنه يختم أعلاه كيلا يزاد، ولا ينقص، وإضافة العشرة إلى المخاتيم من باب الخمسة الأثواب على مذهب الكوفيين. (ع)

(٦) منصوب على الظرفية.

(٧) أي هذا العقد.

(٨) أي في كتاب الإجارات من "المبسوط"، ولم يذكره في "الجامع الصغير". (تبيين)

(٩) قوله: "لأنه يجعل المعقود عليه عملا [لأن العمل هو المقصود في الإجارات]" دون اليوم فإذا فرغ عنه نصف النهار فله الأجر كاملا، فإن لم يفرغ عنه في اليوم، فعليه أن يعمله في الغد، لأن المعقود عليه هو العمل، لأنه المقصود، وهو معلوم، وذكر اليوم للتعجيل، فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أول أوقات الإمكان، فيحمل عليه تصحيحًا للعقد عند تعذر الجمع بينهما، ويرجح بكون العمل مقصودًا دون الوقت. (تبيين)

(١٠) قوله: "مجهول [وجهالة المعقود عليه يفسد العقد. ك]" أي جهالة مفضية إلى النزاع، فإنه ذكر شيئين مختلفين يصلح كل واحد منهما أن يكون معقودًا عليه. (مل)

(١١) أي منفعة الأجير.

(١٢) قوله: "ولا ترجيح" أقول: لقائل أن يقول: لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحًا لكون العمل معقودًا عليه. (نت)

(١٣) أي كون العمل معقودًا عليه، حتى لا يجب الأجر عليه إلا بتسليم العمل. (ع)

(١٤) أي كون المنفعة معقودًا عليها، لاستحقاقه بتسليم نفسه وإن لم يعمل. (ع)

(١٥) قوله: "فيفضي إلى المنازعة" فإن مضى اليوم، ولم يفرغ من العمل جاز أن يطالب الأجير أجره نظرًا إلى الأول، وهو أن المعقود عليه الوقت، ويمتنع المستأجر نظرًا إلى الثاني، وهو أن المعقود عليه العمل. (ع)

(١٦) الواو حالية.

لأنه للظرف[١]، فكان المعقود عليه العمل، بخلاف قوله: اليوم[٢]، وقد مر مثله في الطلاق[٣]. قال[٤]: ومن استأجر أرضًا على أن يكربها[٥]، ويزرعها، ويسقيها فهو جائز؛ لأن الزراعة مستحقة بالعقد، ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقى والكراب، فكان كل واحد منهما مستحقًا، وكل شرط هذه صفته[٦] يكون من مقتضيات العقد، فذكره لا يوجب الفساد فإن شرط أن يثنيها، أو يكرى[٧] أنهارها، أو يسرقنها[٨] فهو فاسد؛ لأنه يبقى أثره[٩] بعد انقضاء المدة، وإنه ليس من مقتضيات العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين[١٠]، وما هذا حاله يوجب الفساد، ولأن مؤاجر الأرض يصير مستأجرًا منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة، فيصير صفقتان فى صفقة، وهو منهى عنه. ثم قيل: المراد بالتثنية أن يردها[١١] مكروبة، ولا شبهة فى فساده[١٢]، وقيل: أن يكربها مرتين، وهذا[١٣] فى موضع يخرج الأرض[١٤] الريع[١٥] بالكراب مرة، والمدة[١٦] سنة واحدة[١٧]، وإن كانت ثلاث سنين لا يبقى[١٨] منفعته[١٩]، وليس

(١) قوله: "لأنه للظرف [أى لأن فى للظرف لا للمدة. عينى]" والظرف لا يقتضى استيعاب المظروف فلا يكون ذلك إعلامًا للمنفعة، فلا يصلح المنفعة معقودًا عليها حينئذ، فيصير العمل هو المعقود عليه. (ك)

(٢) قوله: "بخلاف قوله: اليوم" لأنه للمدة، لأنه بدون فى، فيستغرق جميع الظرف، فيصلح أن يكون معقودًا عليه، ويلزم الجهالة. (عينى)

(٣) قوله: "فى الطلاق" أى فى فصل إضافة الطلاق إلى الزمان فى مسألة أنت طالق فى غد، وقال: نويت آخر النهار. (ك)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) قوله: "أن يكربها [من كرب الأرض كرابًا قلبها للحرث. عينى]" الكرب هو إثارة الأرض للزراعة كالكراب. (رد المحتار)

(٦) أى يكون من مناسبات العقد.

(٧) أى يحفر.

(٨) السرقنة جعل السرقين فى الأرض وفيه نفع عظيم.

(٩) أى أثر كل واحد من التثنية والكرى والسرقنة.

(١٠) أى رب الأرض.

(١١) أى الأرض إلى رب الأرض.

(١٢) قوله: "ولا شبهة فى فساده" لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع أحد العاقدين، وهو المؤجر. (شرح الوقاية)

(١٣) أى الفساد.

(١٤) قوله: "موضع يخرج إلخ" قيد بهذين القيدين لأنه لو كانت الأرض فى بلد تحتاج إلى تكرر الكراب لتخرج الريع لا يكون هذا الشرط مفسدًا للعقد، لأنه يكون من مقتضيات العقد حينئذ، وكذا لو كانت المدة ثلاث سنين بحيث لا يبقى منفعته لا يفسد العقد. (ك)

(١٥) ريع دخلى كه از زرع پيدا شود. (كنز اللغات)

المراد بكرى الأنهار الجداول[١]، بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح[٢]، لأنه يبقى[٣] منفعته[٤] فى العام القابل.

قال[٥]: وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه[٦]، وقال الشافعى: هو جائز، وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى[٧]، واللبس باللبس، والركوب بالركوب. له أن المنافع بمنزلة الأعيان[٨]، حتى جازت[٩] الإجارة بأجرة دين[١٠]، ولا يصير[١١] دينا بدين. ولنا: أن الجنس بانفراده يحرم النساء[١٢] عندنا، فصار[١٣] كبيع القوهى بالقوهى نسيئة، وإلى هذا أشار محمد[١٤]، ولأن الإجارة

---

(١٦) أى مدة الإجارة.

(١٧) فيبقى أثر الكراب الثانى بعدها.

(١٨) قوله: "لا يبقى" وكذا يصح فى بلاد لو كربت الأرض مراراً لا يبقى منفعتها إلى العام الثانى.

(١٩) أى منفعة الكراب الثانى.

(١) جمع جدول وهو النهر الصغير.

(٢) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول من قال: بأن المراد منها الجداول. (كفاية)

(٣) دليل الفساد فى شرط كرى الأنهار العظام.

(٤) أى منفعة الكرى الأنهار العظام.

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) أى فلا يجوز.

(٧) قوله: "إجارة السكنى إلخ" بأن آجر داره ليسكنها بسكنى دار أخرى، أو ثوبا ليلبسه بلبس ثوب آخر، أو دابة ليركبها بركوب دابة أخرى. (عينى)

(٨) فيكون بيع الموجود بالموجود.

(٩) قوله: "حتى جازت" ولو لم تكن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين، وهو لا يجوز.

(١٠) أى بأجرة هى دين على المؤاجر.

(١١) أى الإجارة بأجرة دين.

(١٢) قوله: "يحرم النساء" بخلاف ما إذا اختلف الجنس، لأن النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام كما لو أسلم قوهياً فى مروى. (ك)

قوله: "يحرم النساء [ففى المنافع وجد اتحاد الجنس المحرم]" النساء مع المد التأخير، يقال: بعته بنساء، ونسيئة بمعنى، ومنه نسأ الله فى أجلك، كذا فى "المغرب". وقال فى "منتهى الأرب": نسأ تأخير كردن وزمان دادن، يقال: نسأه الله فى أجله، ونساء كسماء درازى عمر، ونساء القوم آخرهم.

قوله: "يحرم النساء" بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ لأن النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام، كما لو أسلم قوهياً فى مروى.(ك) أجيب أنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه، ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ فى وجوب التأخير من المشروط، فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة. (عينى)

(١٣) قوله: "فصار" أى صار حكم هذه الإجارة كحكم بيع الثوب القوهى بالثوب القوهى إلى أجل، وهو بضم القاف وسكون الواو، وكسر الهاء نسبة إلى قوهستان، كور هسن كور فارس، وإنما لم يجز البيع ههنا لأن أحد صفتى

جوزت بخلاف القياس للحاجة، ولا حاجة عند اتحاد الجنس، بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة[١].

قال[٢]: وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه، أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه[٣] فحمل الطعام كله، فلا أجر له[٤]. وقال الشافعي: له المسمى، لأن المنفعة عين عنده، وبيع العين شائعًا جائز[٥]، فصار كما إذا استأجر دارًا مشتركة بينه[٦] وبين غيره[٧] ليضع فيها الطعام، أو عبدًا مشتركًا ليخيط له[٨] الثياب. ولنا: أنه[٩] استأجره لعمل لا وجود له[١٠]، لأن الحمل فعل حسى لا يتصور فى الشائع[١١]، بخلاف البيع[١٢]، لأنه تصرف حكمى[١٣]، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر، ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه، فيكون عاملا لنفسه[١٤]، فلا يتحقق التسليم، بخلاف[١٥] الدار المشتركة، لأن المعقود

علة الربا كاف فى حرمة النسأ وهو الجنس. (عينى)

(١٤) قوله: "وإلى هذا [أى إلى هذا الطريق] أشار محمد" وهو ما حكى أن ابن سماعة كتب من بلخ إلى محمد بن الحسن فى هذه المسألة وقال: لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار؟ فكتب محمد فى جوابه أنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة، وجالست الحنائى فكانت منك زلة، أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نسأ، والحنائى اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسائل، ويقول: لا برهان لكم عليها، كذا فى "شرح الجامع الصغير" لفخر الإسلام و "الفوائد الظهيرية". (نت)

(١) بأن استأجر ركوبًا بلبس فيجوز لتحقق الحاجة.

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٣) من الطعام.

(٤) لا المسمى ولا أجر المثل.

(٥) فكذا إجارة المشاع.

(٦) أى بين المستأجر.

(٧) حيث يجب الأجر.

(٨) أى للمستأجر.

(٩) أى أن أحد الشريكين استأجر الآخر أو حماره.

(١٠) أى لا يتميز وجوده.

(١١) قوله: "لا يتصور فى الشائع" لأن الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين. (عينى)

(١٢) جواب عن قياس الشافعى على البيع.

(١٣) قوله: "لأنه تصرف حكمى" أى شرعى والتصرف فى الشائع شائع شرعا كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه. (مل)

(١٤) قوله: "فيكون عاملا إلخ" لأن كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله إلى الغير، وبدون التسليم لا يجب الأجر، غاية الأمر أنه عامل للغير أيضًا لكن جعله عاملا لنفسه أولى لأن الأصل أن الإنسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تمليك المنافع المعدومة، ولأنه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الأجر، ولو كان عاملا للغير يجب، فلا يجب بالشك، ولا

عليه هنالك المنافع(١)، ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام(٢)، وبخلاف العبد(٣)، لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه(٤)، وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع(٥).

ومن استأجر أرضًا(٦)، ولم يذكر أنه يزرعها، أو أيّ شيء يزرعها(٧)، فالإجارة فاسدة، لأن الأرض تستأجر للزراعة، ولغيرها(٨)، وكذا ما يزرع فيها مختلف، فمنه ما يضر بالأرض(٩)، وما لا يضر بها غيره(١٠) فلم يكن المعقود عليه معلومًا. فإن زرعها(١١) ومضى الأجل(١٢) فله المسمّى، وهذا استحسان، وفي القياس لا يجوز، وهو قول زفر، لأنه(١٣) وقع فاسدًا، فلا ينقلب جائزًا(١٤).

وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت(١٥) قبل تمام العقد(١٦)، فينقلب جائزًا كما إذا ارتفعت في حالة العقد(١٧)، وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول(١٨) قبل مضيه،

يقال: المحمول لما كان مشتركا وجب أن يقع الحمل مشتركًا، لأن وقوع الحمل مشتركًا محال لأنه عرض وهو لا يتجزأ. (ك)

(١٥) جواب عن قياس الشافعي على استئجار الدار المشتركة.

(١) أي منافع الدار والبدل بمقابلتها.

(٢) قوله: "ويتحقق تسليمها [أي تسليم المنافع] إلخ" فإنه إذا سلم البيت، ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الأجر، بخلاف الحمل فإن المعقود عليه هو العمل، وتسليمه في الشائع لا يتحقق. (عيني)

(٣) جواب عن قياس الشافعي على استئجار العبد المشترك.

(٤) قوله: "إنما هو [أي المنفعة] ملك نصيبه" وهو المنفعة، فإن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه. (عيني)

(٥) كما في البيع بخلاف الحمل فإنه فعل حسي.

(٦) هذه من مسائل "الجامع الصغير"، كذا في "العناية".

(٧) من أنواع الحبوب.

(٨) كالبناء والغرس وحفظ الأمتعة.

(٩) قوله: "فمنه ما يضر بالأرض" كالذرة والأرز، فإن ضررهما لها أكثر من ضرر الحنطة والشعير. (عناية)

(١٠) أي غير ما يضر بالأرض.

(١١) قوله: "فإن زرعها" أي زرع الأرض نوعًا من أنواع الزراعة في المسألة المذكورة، ومضى الأجل فله المسمى، أي للمؤجر ما سميا عند العقد. (مل)

(١٢) المضروب فيها.

(١٣) العقد.

(١٤) فيجب أجر المثل.

(١٥) قوله: "ارتفعت [أي بوقوع ما وقع فيها من الزرع. ع] إلخ" فإن قيل: لو ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن جاز أن يكون ما زرعها مضرًا بالأرض، فيقع المنازعة بهذا السبب، قلت: المانع هو المفسد توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه، وقد زال هذا التوقع، فجاز العقد. (مل)

(١٦) أي قبل تمام مدة العقد أي الأجل.

والخيار الزائد[١] في المدة.

ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم، ولم يسمّ ما يحمل عليه، فحمل ما يحمل الناس[٢]، فنفق[٣] في بعض الطريق، فلا ضمان عليه؛ لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر[٤] وإن[٥] كانت الإجارة فاسدة.

فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمّى؛ استحسانًا على ما ذكرنا في المسألة الأولى[٦]، وإن اختصما قبل أن يحمل عليه، وفي المسألة الأولى[٧] قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعًا للفساد، إذ الفساد قائم بعد[٨].

باب[٩] ضمان الأجير[١٠]

قال[١١]: الأجراء[١٢] على ضربين: أجير مشترك[١٣]، وأجير خاص، فالمشترك

(١٧) قوله: "كما إذا ارتفعت إلخ" أي ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع من وقت الزرع، وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد، لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه، ولو ارتفعت من الابتداء جاز، فكذا ههنا. (ع)

(١٨) قوله: "الأجل المجهول" بأن باع إلى الحصاد والدياس، فأسقط الأجل قبل أوان الحصاد والدياس. (عيني)

(١) قوله: "والخيار الزائد" بأن شرط خيار الشرط اربعة أيام مثلا، ثم أسقط اليوم الرابع قبل مجيئه، فإن قلت: إن هاتين المسألتين اختلف فيهما زفر، فإنه لا يقول بالإنقلاب من الفساد إلى الجواز فيهما، فكيف يصح جعلهما نظيرين؟

قلت: لما ظهر بطلان قول زفر فيهما فصارتا بمنزلة المجمع عليهما، فصح جعلهما نظيرين علا أنه يحتمل أن يكون هذا من قبيل رد المختلف إلى المختلف لزيادة الإيضاح. (مل)

(٢) قوله: "فحمل ما يحمل الناس إلخ" إنما قيد به لأنه إذا حمل غير المعتاد، فهلك الحمار يجب أن يضمن، وإنما لم يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة، لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المعتاد، ولم يتعد المعتاد. (عيني)

(٣) أي مات.

(٤) والأمانة لا تضمن إلا بالتعدى، وحمل ما يحمل عليه الناس ليس من التعدى. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "على ما ذكرنا إلخ" وهو قوله: وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد، فإنه لما حمل عليه ما يحمل الناس من الحمل فقد تعين وارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة، فانقلب إلى الجواز، ووجب المسمى، وفي القياس يجب أجر المثل. (عيني)

(٧) أي استأجر أرضًا لم يذكر إلخ.

(٨) أي بعد الإجارة قبل الحمل على الحمار، وقبل الزراعة في الأرض. (عيني)

(٩) قوله: "باب" لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان، لأنه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الإجارة، فيحتاج إلى بيانه. (نت)

(١٠) قوله: "الأجير" قال الإمام المطرزي في "المغرب": وأما الأجير فهو مثل الجليس والنديم في أنه فعيل بمعنى مفاعل، انتهى. (نت)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) على وزن فعلاء جمع أجير. (عيني)

(١٣) قوله: "أجير مشترك إلخ" الأجير المشترك من يكون عقده واردًا على عمل هو معلوم ببيان محله، لأن المعقود

من لا يستحق الأجرة حتى يعمل(١) كالصباغ والقصار(٢)، لأن المعقود عليه(٣) إذا كان(٤) هو العمل أو أثره(٥)، كان له(٦) أن يعمل للعامة، لأن منافعه(٧) لم تصر مستحقة لواحد، فمن هذا الوجه(٨) يسمى أجيراً مشتركًا(٩).

قال(١٠): والمتاع أمانة في يده، فإن هلك لم يضمن شيئًا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب(١١)، والعدو(١٢) المكابر. لهما ما روى عن عمر(١٣) وعلى رضى الله عنهما(١٤): "أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك"*، ولأن(١٥) الحفظ مستحق عليه(١٦)، إذ لا يمكنه العمل إلا به(١٧)، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته(١٨)، فيضمنه كالوديعة(١٩) إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه

عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله، فلا يحتاج إلى ذكر المدة كالقصار والصباغ، والأجير الخاص من يكون العقد وارداً على منافعه، ولا يصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة أو المسافة. (مل)

(١) قوله: "حتى يعمل" لأن الإجارة عقد معاوضة، فتقتضى المساواة بينهما. (تبيين)

(٢) گاذر.

(٣) قوله: "لأن المعقود عليه [ليس دليلا لما سبق فإنه تعريف لا حكم فيه] إلخ" بيان لمناسبة التسمية، وكأنه قال: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل سمى بالأجير المشترك، لأن المعقود عليه إلخ. (ع)

(٤) قوله: "إذا كان هو العمل [كالقصارة]" يعنى إذا شرط أن يعمل هو بنفسه، وقوله: أو أثره إذا لم يشترط أن يعمل هو بنفسه. (ك)

(٥) كالصبغ.

(٦) أى للأجير.

(٧) أى منافع الأجير.

(٨) أى من جهة أن منافعه لم تصر مستحقه لواحد.

(٩) بين الناس غير مخصوص بواحد بعينه.

(١٠) هذا من القدورى.

(١١) قوله: "كالحريق الغالب [حريق آتش زبانه دهنده. كنز اللغات]" لأن الحفظ فيه غير واجب، فلا يضمن لعدم الجناية والتقصير. (مل)

(١٢) قوله: "والعدو" وقالا: يضمن، إلا من حرق غالب، أو لصوص مكابرين استحسانًا. (رد المحتار)

(١٣) كذا قال الزيلعى فى "شرح الكنز".

(١٤) قوله: "وعلى رضى الله تعالى عنه" قلت: روى البيهقى من طريق الشافعى عن على أنه كان يضمن الصباغ. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤١، والدراية ج٢ تحت الحديث٨٦٨ ص١٩٠. (نعيم)

(١٥) يريد به أن المعقود عليه الحفظ أيضًا. (ك)

(١٦) ولا حفظ إذا هلك المتاع.

(١٧) أى بالحفظ.

كالموت حتف أنفه[١]، والحريق الغالب وغيره[٢]، لأنه لا تقصير من جهته[٣].

ولأبي حنيفة أن العين أمانة في يده، لأن القبض حصل بإذنه[٤]، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه، ولو كان مضمونًا[٥] يضمنه كما في المغصوب[٦]، والحفظ[٧] مستحق عليه تبعًا لا مقصودًا[٨]، ولهذا[٩] لا يقابله[١٠] الأجر بخلاف المودع بالأجر، لأن الحفظ مستحق عليه مقصودًا[١١] حتى يقابله[١٢] الأجر. قال: وما تلف[١٣] بعمله كتخريق الثوب من دقه[١٤]، وزلَق[١٥] الحمّال، وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري[١٦] الحمل، وغرَق[١٧] السفينة من مده[١٨] مضمون عليه. وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه، لأنه[١٩] أمره بالفعل مطلقًا[٢٠]، فينتظمه

---

(١٨) أي هو صار تاركًا ذلك الحفظ الذي ضمنه له بعقده. (ك)

(١٩) قوله: "كالوديعة إلخ" فإن المودع بأجر صار بالتقصير تاركًا ذلك الحفظ المستحق فيضمن. (مل)

(١) حتف -بالفتح-: مرگ مات فلا حتف أنفه مرد بر فراش بدون قتل وضرب وغرق وحرق. (من)

(٢) كالغارة على بلد هو فيه.

(٣) فلم يكن متعديًا فلا يضمن.

(٤) المستأجر.

(٥) قوله: "ولو كان [أي العين في يده. ع] مضمونًا" أي لو كان مضمونًا لما اختلف الحال، بل كان مضمونًا عليه مطلقًا. (تبيين)

(٦) قوله: "كما في المغصوب" أي كما يضمن المغصوب في الحالين. (مل)

(٧) جواب عن دليلهما: ولأن الحفظ إلخ.

(٨) قوله: "لا مقصودًا" أي غير معقود عليه، لكنه وسيلة إليه، وذلك لأن العقد وارد على العمل لكونه أجيرًا مشتركًا، والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لإقامة العمل، فكان تبعًا، فلم يكن مقصودًا. (عيني)

(٩) أي لكون الحفظ مستحقًا عليه تبعًا لا مقصودًا.

(١٠) الحفظ.

(١١) إذ العقد عقد حفظ. (ك)

(١٢) الحفظ.

(١٣) هذه مسألة القدوري.

(١٤) أي دق القصار. (مجمع الأنهر)

(١٥) قوله: "زلق [لغزيدن]" إذا لم يكن من مزاحمة الناس كما في الإصلاح، فإن التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت في الشيء. (مجمع الأنهر)

(١٦) مكارى الفاعل بكرايه دهند. (من)

(١٧) بفتح الراء. (ع)

(١٨) قوله: "مده [أي من مد الملاح السفينة]" وفيه إشارة إلى أن السفينة لو غرقت من موج أو ريح أو نحوهما لم يضمن كما في القهستاني. (مجمع الأنهر)

(١٩) أي لأن صاحب المتاع.

بنوعيه المعيب والسليم، وصار كأجير الوحد[١] ومعين القصار.

ولنا أن الداخل تحت الإذن[٢] ما هو الداخل تحت العقد، وهو العمل الصالح؛ لأنه[٣] هو الوسيلة إلى الأثر[٤]، وهو المعقود عليه حقيقة[٥]، حتى لو حصل بفعل الغير[٦] يجب الأجر، فلم يكن المفسد مأذونًا فيه[٧]، بخلاف المعين[٨]؛ لأنه متبرع، فلا يمكن تقييده[٩] بالمصلح[١٠]، لأنه[١١] يمتنع عن التبرع، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر، فأمكن تقييده[١٢]، وبخلاف الأجير الوحد على ما نذكره[١٣] إن شاء الله تعالى، وانقطاع الحبل[١٤] من قلة اهتمامه[١٥]، فكان من صنيعه.

قال: إلا أنه لا يضمن[١٦] به[١٧] بني آدم ممن غرق في السفينة، أو سقط من

---

(٢٠) قوله: "أمره بالفعل مطلقًا" بأن استأجره ليدق الثوب، ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة. (عيني)

(١) أي الأجير الخاص، حيث لا ضمان عليهما.

(٢) أي الأمر. (ع)

(٣) عمل صالح.

(٤) الحاصل في العين من فعله.

(٥) قوله: "وهو المعقود عليه إلخ" أقول: في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل الصالح بما ذكره المصنف قصور، لأن كون العمل وسيلة إلى الأثر إنما يتصور في صورة تخريق الثوب من دقه من صور مسألتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها، إذ قد مر في أواخر باب الأجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ، فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر، لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع، وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح، لأن المعقود عليه نفس العمل، وهو عين قائم في العين، فلا يتصور حبسه. (نت)

(٦) أي غير الأجير.

(٧) من العمل لأنه ليس بوسيلة إلى الأثر. (ك)

(٨) أي معين القصار.

(٩) أي تقييد عمله.

(١٠) من العمل.

(١١) حال هذا التقييد.

(١٢) بالمصلح.

(١٣) في آخر هذا الباب.

(١٤) قوله: "وانقطاع إلخ" جواب لما عسى أن يقال: إن انقطاع الحبل ليس في صنيع الأجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله. (عيني)

(١٥) بتركه التوثيق في شد الحبل.

(١٦) قوله: "إلا [استثناء من قوله: مضمون عليه] أنه لا يضمن إلخ" قيل: إنما عدم الضمان حال السقوط إذا كان هو ممن يستمسك على الدابة، ويركب وحده، وإلا فهو كالمتاع، والصحيح أنه لا فرق، وكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف في الوضع، كذا ذكره التمرتاشي. ولا يقال: إن ضمان بني آدم يجب بالتسبيب، وقد وجد لأن المسبب إنما

الدابة و إن[1] كان بسوقه وقوده، لأن الواجب ضمان الآدمي، وأنه لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية، ولهذا يجب على العاقلة[2]، وضمان العقود لا تتحمله العاقلة[3]. قال[4]: وإذا استأجر من يحمل له دنّا[5] من الفرات[6]، فوقع في بعض الطريق[7]، فانكسر[8]، فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر، وأعطاه أجره بحسابه.

أما الضمان فلما قلنا[9]: والسقوط[10] بالعثار[11]، أو بانقطاع الحبل، وكل ذلك من صنيعه، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق، والحمل[12] شيء واحد تبين أنه وقع تعديًا من الابتداء من هذا الوجه[13]، وله[14] وجه آخر، وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه، فلم يكن من الابتداء تعديًا، وإنما صار تعديًا عند الكسر فيميل[15] إلى أيّ الوجهين شاء، وفي الوجه الثاني[16] له الأجر بقدر ما استوفى[17]، وفي الوجه

يضمن إذا تعدى، وكلامنا فيما إذا لم يوجد التعدى. (ك)

(١٧) أى بفعله.

(١) الواو وصلية.

(٢) هم من يؤدون الدية والتفصيل سيجيء في كتاب المعاقل.

(٣) قوله: "لا تتحمله العاقلة [لأنهم لا يتحملون إلا ضمان الجنايات]" لأن العاقلة إنما يدفعون الدية باعتبار ترك الحفظ، ولا يجب عليهم الحفظ من العقود، فإذا كان كذلك لا تتحمل العاقلة ضمان العقود. (حميدية)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) دن -بالفتح-: خم بزرگ قار اند وديا دراز تر از سبو. (من)

(٦) قوله: "من الفرات حوى كوفه" إنما وضع المسألة في الفرات لأن الدنان تباع هناك. (ك)

(٧) قوله: "فوقع في بعض الطريق" قيد بقوله: في بعض الطريق لأنه لو انكسر بعد ما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده، فلا ضمان عليه، وله الأجر. (عينى)

(٨) قوله: "فانكسر" ليس بقيد، فإنه لو كسره عمدا فالحكم كذلك. (عينى)

(٩) من أنه أجير مشترك، وقد تلف المتاع بصنعه، فيضمن.

(١٠) أى سقوط الدين.

(١١) شكوخيدن وبسرور افتادن. (من)

(١٢) قوله: "والحمل إلخ" أى والحال أن الحمل شيء واحد حكما إذا الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به، وهو أن يجعله محمولا إلى موضع عينه. (عينى)

(١٣) قوله: "من هذا الوجه" أى أن الحمل شيء واحد، فيكون انكساره في الطريق كانكساره ابتداء. (عينى)

(١٤) أى للتعدى والضمان.

(١٥) أى لما كان جهة الضمان دائرة بين الأمرين فيميل إلخ.

(١٦) أى ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذى انكسر.

(١٧) من العمل.

الأول[1] لا أجر له، لأنه ما استوفى أصلا.

قال[2]: وإذا فصد[3] الفصاد، أو بزغ البزاغ[4]، ولم يتجاوز الموضع المعتاد[5] فلا ضمان عليه فيما عطب[6] من ذلك. وفي "الجامع الصغير": بيطار[7] بزغ دابة بدانق[8]، فنفقت[9]، أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه، فمات[10] لا ضمان عليه، وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان[11]. ووجهه[12] أنه لا يمكنه التحرز عن السراية، لأنه يبتنى على قوة الطبائع[13]، وضعفها[14] في تحمل الألم، فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل[15]، ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه[16]، لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد، فأمكن القول بالتقييد[17]. قال[18]: والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة[19] وإن[20] لم يعمل[21] كمن استؤجر شهراً

(١) أي ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي حمله.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) فصد فصداً: رگ زد. (من)

(٤) قوله: "أو بزغ البزاغ" البزاغ: شتر زن بزغ بيطار الدابة شقها بالمبزغ، وهو مثل مشرطة الحجام. (ن)
قوله: "البزاغ" أي البيطار، فهو خاص بالبهائم. (رد المحتار)

(٥) ولو تجاوز الموضع المعتاد ضمن.

(٦) أي هلك.

(٧) بيطار -بالفتح-: علاج كشيده چهار پايان را. (م)

(٨) هو سدس الدرهم.

(٩) هلكت.

(١٠) العبد.

(١١) قوله: "نوع بيان" لأن رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الإذن، ورواية "الجامع الصغير" ناطقة بالإذن ساكتة عن التجاوز، فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما سكت عنه رواية "الجامع الصغير"، وما نطق به رواية "الجامع الصغير" بياناً لما سكت عنه رواية المختصر، فيستفاد لمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان. (ك)

(١٢) أي وجه عدم الضمان.

(١٣) قوله: "لأنه يبتنى على قوة إلخ" فربما يكون ضعيف المزاج فيسرى الفعل إلى النفس، وربما يكون قويه فلا يسرى. (أبو المكارم)

(١٤) والقوة والضعف مجهول، والاحتراز عن المجهول لا يمكن.

(١٥) كيلا يتقاعد الناس عن هذا العمل.

(١٦) في الصفحة السابقة.

(١٧) بالمصلح من العمل.

(١٨) أي القدوري. (عيني)

للخدمة أو لرعى الغنم[١]، وإنما سمى أجير وحد[٢] لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره[٣]، لأن منافعه[٤] فى المدة صارت مستحقة له[٥] والأجر مقابل بالمنافع، ولهذا[٦] يبقى الأجر مستحقًا و إن[٧] نقض العمل.

قال[٨]: ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف فى يده[٩]، ولا ما تلف من عمله[١٠]، أما الأول[١١] فلأن العين أمانة فى يده، لأنه قبض بإذنه[١٢]، وهذا ظاهر عنده، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس[١٣]، وأجير الوحد لا يتقبل الأعمال[١٤]، فيكون السلامة غالبًا، فيؤخذ فيه

---

(١٩) المضروبة.

(٢٠) الواو وصلية.

(٢١) قوله: "وإن لم يعمل" أى سلم نفسه، ولم يعمل مع التمكن أما إذا امتنع من العمل، ومضت المدة أو لم يتمكن من العمل لعذر، ومضت المدة لم يستحق الأجرة، لأنه لم يوجد تسليم النفس. (ك)

(١) قوله: "أو لرعى الغنم" واعلم أنه إذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهرًا فهو أجير مشترك إلا أن يقول: ولا ترع غنم غيرى، فحينئذٍ يصير أجير وحد، وإن ذكر المدة أو لا، بأن استأجره ليرعى غنمه شهرًا بدرهم فهو أجير وحد إلا أن يقول: وترعى غنم غيرى. (ك)

(٢) صفة بمعنى واحد.

(٣) أى لغير المستأجر.

(٤) أى منافع الأجير الخاص.

(٥) أى للمستأجر.

(٦) قوله: "ولهذا [أى لكون الأجير مقابلا بالمنافع]" أى ولأنه يستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة، وإن لم يعمل ويستحق الأجر وإن نقض العمل بخلاف الأجير المشترك فإنه لا يستحق الأجر إذا نقض عمله قبل أن يقبض رب الثوب لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، فإنه روى عن محمد فى خياط خاط ثوب رجل بأجر، ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط، لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل، لأنه لو أجبر إنما يجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل.

وإن كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل، وهذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله، وصار كأن لم يكن، بخلاف ما إذا فتقه أجنبى لأن بفتق الأجنبى لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلا. (ك)

(٧) الواو وصلية.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) بأن سرق منه أو غصب.

(١٠) قوله: "ولا ما تلف من عمله" بأن تخرق الثوب من دقه، أو انفسد البطيخ، أو احترق الخبز ونحو ذلك. (عينى)

(١١) أى ما تلف فى يده.

(١٢) المستأجر.

(١٣) قوله: "لصيانة إلخ" فإن الأجير المشترك يتقبل أعيانًا كثيرة رغبة فى كثرة الأجر، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر فى حفظها، ولا يأخذ إلا بقدر ما يقدر على حفظه. (عينى)

(١٤) بل يسلم نفسه.

بالقياس[١]. وأما الثانى[٢] فلأن المنافع[٣] متى صارت مملوكة[٤] للمستأجر، فإذا أمره بالتصرف فى ملكه صح ويصير[٥] نائبًا منابه، فصار فعله[٦] منقولا إليه، كأنه فعل بنفسه، فلهذا لا يضمنه، والله أعلم.

باب الإجارة على أحد الشرطين[٧]

وإذا قال للخياط: إن خطت هذا الثوب فارسيًا[٨] فبدرهم[٩]، وإن خطته روميًا[١٠] فبدرهمين جاز، وأى عمل من هذين العملين[١١] عمل استحق الأجر به، وكذا إذا قال للصباغ: إن صبغته بعصفر[١٢] فبدرهم، وإن صبغته بزعفران فبدرهمين. وكذا إذا خيره[١٣] بين شيئين بأن قال: أجرتك هذه الدار شهرًا بخمسة، أو هذه الدار الأخرى بعشرة[١٤]، وكذا إذا خيره[١٥] بين مسافتين مختلفتين، بأن قال: آجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا[١٦]، أو إلى واسط[١٧] بكذا[١٨]، وكذا إذا خيره[١٩]

---

(١) وهو عدم الضمان.

(٢) أى إذا تلف بعمله.

(٣) أى منافع الأجير.

(٤) بتسليم النفس.

(٥) الأجير.

(٦) الأجير.

(٧) قوله: "باب الإجارة إلخ" لما فرغ عن ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر فى هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين، لأن الواحد قبل الاثنين. (نت)

(٨) قوله: "فارسيًا" أى خيطًا فارسيًا بمعنى خياطة فارسية أى منسوبة إلى صنعة فارس، وهى التى يكون فيها الخياطة غرزة غرزة. (عينى)

(٩) أى فأجرك درهم.

(١٠) قوله: "روميًا" أى خيطًا روميًا بمعنى خياطة رومية، أى منسوبة إلى صنعة الروم وهى التى تكون الخياطة فيها غرزتين غرزتين. (عينى)

(١١) أى الخياطة الفارسية والرومية.

(١٢) قوله: "بعصفر [كسم]" عصفر بالضم گیاهی ست معروف که جامه را بآن رنگ کنند، وتخم آن را قرطم گویند. (م)

(١٣) أى خير المؤجر المستأجر.

(١٤) فأى دار سكنها يلزمه ما عينه من الأجرة.

(١٥) أى خير المؤجر المستأجر.

(١٦) أى عشرة مثلا.

(١٧) بلد بالعراق.

(١٨) أى خمسة مثلا.

بين ثلاثة أشياء[١]، وإن خيره بين أربعة[٢] لم يجز.

والمعتبر[٣] في جميع ذلك البيع[٤]، والجامع[٥] دفع الحاجة[٦] غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع[٧]، وفي الإجارة لا يشترط ذلك؛ لأن الأجر إنما يجب بالعمل[٨]، وعند ذلك[٩] يصير المعقود عليه معلومًا، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد، فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار.

ولو قال: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غدًا فبنصف درهم فإن خاطه اليوم فله درهم[١٠]، وإن خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة[١١] لا يجاوز به[١٢] نصف درهم. وفي "الجامع الصغير": لا ينقص من نصف درهم[١٣]، ولا يزاد على درهم، وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان[١٤]. وقال زفر: الشرطان فاسدان؛ لأن الخياطة شيء واحد[١٥]، وقد ذكر بمقابلته[١٦] بدلان على البدل[١٧]،

---

(١٩) أي خير المؤجر المستأجر.

(١) قوله: "بين ثلاثة أشياء" أي في الصور المذكورة بأن قال: إن خطته فارسيًا، فلك درهم، وإن خطته روميًا، فلك درهمان، وإن خطته تركيًا، فلك ثلاثة دراهم، فأي الأعمال عمل استحق الأجر المسمّى.

وكذا إذا قال: إذا صبغته بعصفر، فلك درهم، وإن صبغته بزعفران، فلك درهمان، وإن صبغته بورس ونحوه، فلك ثلاثة دراهم، وكذا إذا قال: إن سكنت هذه الدار، فعليك كل شهر خمسة، وإن سكنت هذه، فعليك عشرة، وإن سكنت هذه، فخمسة عشر، وكذا لو قال: آجرتك هذه الدابة إلى بغداد بعشرة، وإلى واسط بخمسة عشر، وإلى الكوفة بعشرين. (عيني)

(٢) قوله: "بين أربعة" أي بين أربعة أنواع من الفعل، بأن قال: إن خطته فارسيًا، فلك درهم، وإن خطته، روميًا فلك درهما، وإن خطه تركيًا، فلك ثلاثة، وإن خطته هنديًا، فأربعة. (عيني)

(٣) أي المقيس عليه.

(٤) قوله: "البيع" بأن باع أحد الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء جاز، وكذا إذا قال: بعت أحد الأثواب الثلاثة على أن يأخذ أيها شاء، وفي الزائد على الثلاثة لا يجوز. (حميدية)

(٥) في إلحاق الإجارة بالبيع في هذه الصور.

(٦) قوله: "دفع الحاجة" وهي تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والوسط والرديء، ولا حاجة إلى الأربعة لاندفاعها بما دونها. (كفاية)

(٧) قوله: "لا بد من اشتراط الخيار [أي خيار التعيين] إلخ" فإنه إذا خيره بين ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء يكون للمشتري الخيار، وكذا إذا خيره بين ثلاثة. (عيني)

(٨) لا بالعقد.

(٩) العمل.

(١٠) قوله: "فله درهم" لأن الشرط الأول جائز، والثاني فاسد، ولهذا يجب المسمى في الأول، وأجر المثل في الثاني. (مل)

(١١) لأنه هو المسمى في اليوم الثاني.

(١٢) أي بأجر المثل.

(١٣) أي عند أبي حنيفة فعنه روايتان، والأول هو المختار.

(١٤) ففي أيهما خاط يستحق المسمّى فيه.

(١٥) قوله: "شيء واحد" لأنه استأجره على مطلق الخياطة، فالفعل غير مختلف، وإنما يختلف الزمان. (عيني)

فيكون مجهولا[١]، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل[٢]، وذكر الغد للترفية[٣]، فيجتمع فى كل يوم[٤] تسميتان[٥]. ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت[٦]، وذكر الغد للتعليق[٧]، فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان[٨]، ولأن التعجيل والتأخير مقصودان[٩]، فنزل منزلة اختلاف النوعين[١٠]. ولأبى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق[١١] حقيقة، ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت[١٢]، لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت

---

(١٦) درهم ونصف.

(١٧) أى على طريق البدل.

(١) قوله: "فيكون [البدل] مجهولا" فصار كأنه قال: خطته بدرهم أو نصف درهم وهو باطل، فكذا هذا، والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فإنه به يتعين الأجر للزومه عند العمل، كما تقدم. (ع)

(٢) قوله: "لأن ذكر اليوم للتعجيل" لأنه حال إفراد العقد باليوم بقوله: خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه فى الغد يستحق الأجر، فكذا ههنا. (عينى)

قوله: "للتعجيل" لا للتوقيت، وإلا يلزم اجتماع العمل والوقت فى الإجارة، وهو مفسد كما مر، فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل كان الأجر مقابلا بنفس الخياطة فى اليوم، وكذا فى الغد، لأن ذكره للترفية، فيجتمع فى فعل واحد أجران على البدل، وهو يوجب الجهالة. (أعظمى)

(٣) قوله: "للترفية" [آسائش دادن] لا للإضافة والتعليق، ولهذا لو أفرد العقد فى الغد بأن قال: خطه غداً بنصف درهم ثبت هذا العقد فى اليوم حتى لو خاطه اليوم الأول استحق نصف درهم. (عينى)

(٤) قوله: "فيجتمع إلخ" بيان ذلك أما فى اليوم الأول فلأن ذكر الغد إذا كان للترفية كان العقد المضاف إلى غد ثابتًا اليوم مع عقد اليوم، وأما فى الغد فلأن العقد المنعقد فى اليوم باقٍ، لأن ذكر اليوم للتعجيل، فيجتمع مع المضاف إلى الغد، فهذا بيان اجتماع التسميتين فى كل يوم. (عينى)

(٥) فيبطل العقد للجهالة. (عينى)

(٦) قوله: "ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت" لأنه حقيقة، فكان قوله: إن خطه اليوم، فبدرهم مقتصراً على اليوم، فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد إلى الغد، بل ينقضى بانقضاء الوقت، وذكر الغد للتعليق أى الإضافة؛ لأن الإجارة لا يقبل التعليق، لكن يقبل الإضافة إلى وقت فى المستقبل، وإذا كان للإضافة فلم يكن العقد ثابتًا فى الحال، فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان. (ع)

قوله: "للتأقيت" فإن قيل: قد جعلا ذكر اليوم فى مسألة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ههنا، قلنا: هناك حملا على المجاز تصحيحًا للعقد، وههنا حملا على الحقيقة للتصحيح أيضًا، إذ لو عكس الأمر فى الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان من صحة العقد، والأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن. (تاج الشريعة)

(٧) أى الإضافة.

(٨) قوله: "فلا يجتمع إلخ" يعنى أن الكلامين تعليقان بحسب الظاهر لوجود حرف الشرط فيهما، لكن الإجارة إثبات، فلا يحتمل التعليق، فيحمل ذكر اليوم على الإجارة بأنه موقتة، وذكر الغد على الإجارة مضافة، فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان. (أعظمى)

(٩) والمعقود عليه هو العمل. (ع)

(١٠) كالخياطة الرومية والفارسية.

(١١) أى للإضافة.

(١٢) الذى هو حقيقة.

والعمل[١]، وإذا كان كذلك يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول[٢]، ويجب المسمى، ويفسد الثانى[٣]، ويجب أجر المثل[٤] لا يجاوز به نصف درهم، لأنه هو المسمى فى اليوم الثانى[٥]. وفى "الجامع الصغير": لا يزاد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم، لأن التسمية الأولى لا تنعدم فى اليوم الثانى، فيعتبر لمنع الزيادة[٦]، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان[٧]، فإن خاطه فى اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة[٨] هو الصحيح[٩]، لأنه إذا لم يرضَ بالتأخير إلى الغد[١٠]، فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى.

ولو قال: إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم في الشهر، وإن أسكنته حداداً فبدرهمين جاز، وأيّ الأمرين فعل استحق المسمي فيه عند أبي حنيفة.

وقالا: الإجارة فاسدة، وكذا[١١] إذا استأجر بيتًا على أنه إن سكن[١٢] فيه فبدرهم، وإن أسكن[١٣] فيه حداداً فبدرهمين، فهو جائز عند أبى حنيفة،

---

(١) قوله: "لاجتماع الوقت إلخ" فإذا نظر إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركا، وإذا نظر إلى ذكر اليوم كان أجير وحد، وهما يتنافيان لتنافى لوازمهما، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل، وذكرالوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس فى المدة، وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات، ولذلك عدلنا عن الحقيقة التى هى التأقيت إلى المجاز الذى هو التعجيل، وحينئذٍ يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم، فيصح الأول ويجب المسمّى، ويفسد الثانى، ويجب أجر المثل. (ع)

(٢) أى الشرط الأول.

(٣) أى الشرط الثانى.

(٤) لأنه مقتضى الإجارة الفاسدة.

(٥) قوله: "لأنه هو المسمّى إلخ" فإن قلت: فالدرهم أيضًا مسمى في اليوم الثاني، لأن اليوم جعل للتعجيل، فصار وجوده كعدمه، فيكون ذكر الدرهم موجوداً فى الغد فلا يكون راضيًا بحط نصف درهم، قلت: مسلم لكن ذكر النصف فى الغد بطريق التصريح بخلاف ذكر الدرهم، فهو مصرح فى اليوم دون الغد.

(٦) على درهم.

(٧) قوله: "لمنع النقصان [عن نصف درهم]" أقول: فيه نظر إذ قد تقرر فى أول باب الإجارة الفاسدة أن التسمية فى الإجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا، ولا تمنع النقصان أصلا، بل يجب أجر المثل، وإن نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان. (نت)

(٨) قوله: "عند أبى حنيفة" أما عندهما فالصحيح أنه ينتقص من نصف الدرهم، ولا يزاد عليه. (عينى)

(٩) وفى رواية: أنه لا يزاد على درهم، ولا ينقص عن نصف درهم.

(١٠) بأكثر من نصف درهم. (ك)

(١١) أى على الخلاف.

(١٢) بنفسه، وفى نسخة: إن سكنتَ فيه عطاراً.

(١٣) وفى نسخة: وإن أسكنت.

وقالا: لا يجوز. ومن استأجر دابةً إلى الحيرة[١] بدرهم، وإن جاوز بها إلى القادسية[٢] فبدرهمين فهو جائز، ويحتمل الخلاف[٣].

وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كرّ[٤] شعير فبنصف درهم، وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة، وقالا: لا يجوز.

وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول، وكذا الأجر أحد الشيئين، وهو مجهول، والجهالة[٥] توجب الفساد، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية[٦]، لأن الأجر يجب بالعمل[٧]، وعنده يرتفع الجهالة، أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية[٨] والتسليم[٩]، فيبقى الجهالة[١٠]، وهذا الحرف هو الأصل[١١] عندهما.

ولأبي حنيفة أنه[١٢] خيره[١٣] بين عقدين صحيحين مختلفين، فيصح[١٤] كما في مسألة الرومية والفارسية، وهذا[١٥] لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد[١٦]، ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد، وكذا في أخواتها، والإجارة تعقد للانتفاع[١٧]، وعنده يرتفع الجهالة، ولو احتيج[١٨] إلى الإيجاب[١٩] بمجرد التسليم

---

(١) شهرى است نزديک كوفة. (من)

(٢) قوله: "القادسية" قادسية منسوبًا دهى ست نزديک كوفة مر بها إبراهيم عليه السلام فوجد عجوزًا، ففلت رأسه، فقال: قدست من أرض، فسميت بالقادسية، ودعا لها أن تكون محلة الحاج. (من)

(٣) قوله: "ويحتمل الخلاف" وإنما قال ذلك لأن هذه المسألة ذكرت في "الجامع الصغير" مطلقًا، فيحتمل أن يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كما في نظائرها. (ع)

(٤) قال الأزهري: الكر: ستون قفيزًا، والقفيز: ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف. (مغرب)

(٥) أي الجهالة الواحدة توجب الفساد، فكيف الجهالتان.

(٦) قوله: "بخلاف إلخ" أي فإن قيل: مسألة الخياطة الرومية والخياطة الفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة، أجاب عنه بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

(٧) في مسألة الخياطة.

(٨) في الدار والدكان.

(٩) في الدار والدكان والدابة.

(١٠) في الأجر والمعقود عليه.

(١١) قوله: "هو الأصل" أي الأصل عندهما أن الأجر متى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى عند التسليم أيهما يجب يفسد العقد. (ك)

(١٢) المؤجر.

(١٣) المستأجر.

(١٤) عند الاجتماع كما يصح عند الانفراد.

(١٥) أي كونهما مختلفين.

(١٦) وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح فكذا عند الجمع. (ك)

يجب أقل الأجرين للتيقن به.

جـ6 21 B

باب إجارة العبد[١]

ومن استأجر عبداً ليخدمه فليس له أن يسافر به[٢] إلا أن يشترط ذلك[٣]، لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة[٤] فلا ينتظمها الإطلاق[٥]، ولهذا[٦] جعل السفر[٧] عذراً، فلا بد[٨] من اشتراطه[٩] كإسكان الحداد والقصار فى الدار، ولأن التفاوت[١٠] بين الخدمتين[١١] ظاهر، فإذا تعينت الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا

---

(١٧) قوله: "والإجارة تعقد إلخ" جواب عن قولهما: يجب الأجر بالتخلية والتسليم، فيبقى الجهالة، وهو أن الغالب فى الإجارة الانتفاع، لأنها مشروعة للحاجة، فالظاهر أن لا يخلو عن الانتفاع، وإذا جاز الانتفاع زالت الجهالة، والتمكن من غير انتفاع ليس بأصل بل هو من العوارض، والاحتراز عن العوارض غير واجب، ولو تحقق ترك الانتفاع واحتيج إلى إيجاب الأجر بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل بأدنى العملين، إذ الفضل لا يجب بالشك.

وقيل: يجب الأقل وينتصف الفضل، وقيل: يتنصف كل واحد منهما فلا يتمكن الجهالة بكل حال، فصار الأصل عنده أن العقد إذا اشتمل على شيء معلوم ببدل معلوم، وضم إليه الزيادة بزيادة فى البدل، فإن العقد يقع على الأصل المعلوم، والفضل يتعلق باعتبار الفضل فى المعقود عليه. (ك)

(١٨) قوله: "ولو احتيج [بأن يسلم ولم ينتفع به] إلخ" يعنى لو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخلية والتسليم بأن يسلم العين المستأجرة إلى المستأجر، ولم ينتفع به قط حتى يعلم المنفعة يجب أقل الأجرين الذين سميا فى العقد للتيقن به. (نت)

(١٩) أى إيجاب الأجر.

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحر شرع فى بيان أحكام تتعلق بالعبد، إذ العبد منحط الدرجة عن الحر، فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك. (نهاية)

قوله: "إجارة العبد" الإضافة لأدنى الملابسة فيشمل ما كان العبد متصرفاً فى نفس عقد الإجارة، كما فى بعض مسائل هذا الباب، وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الإجارة، كما فى البعض الآخر من مسائل هذا الباب، ومن هذا البعض المسألة المبتدأ بها أول الباب. (نت)

(٢) قوله: "فليس له إلخ" حتى لو سافر به يضمن لمولاه، لأنه صار غاصباً، ولو رده إلى مولاه سالماً لا أجر له عندنا. (عينى)

(٣) أى السفر.

(٤) مفضية إلى النزاع. (أعظمى)

(٥) أى إطلاق العقد.

(٦) أى لاشتمال السفر على زيادة مشقة.

(٧) قوله: "جعل السفر إلخ" يعنى إذا استأجر غلاماً ليخدمه فى المصر وأراد المستأجر أن يسافر فهو عذر فى فسخ الإجارة، لأنه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا، ولو منع من السفر يتضرر المستأجر، فلهذا جعل عذراً. (ك)

(٨) متعلق بقوله: فلا ينتظمها الإطلاق.

(٩) السفر.

(١٠) قوله: "ولأن إلخ" الفرق بين الدليلين أن مدار الأول على أن خدمة السفر مما لا يدخل فى إطلاق العقد رأسا بناء على انصراف مطلق العقد إلى المتعارف الذى هو الخدمة فى الحضر.

ومدار الثانى على أن كل واحدة من خدمتى السفر والحضر وإن كانتا داخلتين تحت إطلاق العقد إلا أن الخدمة فى

كما في الركوب.

ومن استأجر عبداً[١] محجوراً عليه شهراً، وأعطاه الأجر[٢]، فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر[٣]، وأصله أن الإجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ[٤] من العمل، والقياس أن لا يجوز[٥] لانعدام إذن المولى[٦]، وقيام الحجر، فصار كما إذا هلك العبد[٧]. وجه الاستحسان أن التصرف[٨] نافع على اعتبار الفراغ[٩] سالماً، ضار على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة[١٠]، وإذا جاز ذلك[١١] لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر.

ومن غصب عبداً، فآجر العبد[١٢] نفسه، فأخذ الغاصب الأجر فأكله، فلا ضمان عليه[١٣] عند أبي حنيفة، وقالا: هو ضامن؛ لأنه أكل مال المالك بغير إذنه[١٤]، إذ الإجارة قد صحت على ما مر[١٥]، وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز[١٦]، لأن التقوم به[١٧]، وهذا[١٨] غير محرز في حق الغاصب[١٩]، لأن

الحضر تعينت بقرينة حال العقد، ومكان العقد، فبعد تعينها لا مجال للأخرى كما في الركوب، فإنه إذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه، أو أركب غيره يتعين هو، فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبه أولا لتعينه للركوب، فكذا ههنا. (نت)

(١١) أي خدمة الحضر وخدمة السفر.

(١) أي من نفس العبد بلا إذن المولى.

(٢) بعد العمل.

(٣) أي يسترد.

(٤) العبد.

(٥) الإجارة.

(٦) فيصير المستأجر غاصباً بالاستعمال، ولا أجر على الغاصب. (ع)

(٧) قوله: "فصار كما إذا هلك العبد [أي عند المستأجر، فينفسخ الإجارة، ويجب الضمان]" أي في ذلك العمل فإنه يجب على المستأجر قيمته، ولا أجر عليه فيما عمل، لأن المستأجر صار غاصباً له باستعماله، فيضمن قيمته عند الهلاك، وإذا ضمن قيمته صار مالكاً له من وقت الاستعمال، فيصير مستوفياً منفعة عبد نفسه، فلا يجب عليه الأجر. (كفاية)

(٨) أي تصرف العبد.

(٩) أي فراغ العبد عن العمل.

(١٠) فإنه يجوز من العبد.

(١١) أي دفع الأجر بسبب صحة الإجارة.

(١٢) قوله: "فآجر العبد" قيد به لأنه لو آجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك، ولا ضمان على الغاصب بالأكل بالاتفاق. (عيني)

(١٣) بما أكله.

(١٤) قوله: "بغير إذنه" كالزيادة المتولدة من العين المغصوبة إذا أتلفها الغاصب. (ن)

(١٥) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: وجه الاستحسان أن التصرف نافع إلخ. (ن)

العبد لا يحرز نفسه عنه، فكيف يحرز[1] ما في يده.

وإن وجد المولي الأجر قائماً بعينه أخذه؛ لأنه وجد عين ماله، ويجوز قبض العبد الأجر[2] في قولهم جميعاً[3]؛ لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ[4] على ما مر[5].

ومن استأجر عبداً هذين الشهرين[6] شهراً بأربعة، وشهراً بخمسة، فهو جائز، والأول منهما بأربعة[7]؛ لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلى العقد تحرياً للجواز[8]، أو نظراً إلى تنجز الحاجة[9]، فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة. ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم، فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر

---

(١٦) لا بإتلاف مال غير محرز كالكلأ في البادية.

(١٧) أي تقوم المال يثبت بالإحراز.

(١٨) قوله: "وهذا [أي هذا المال] غير محرز" لأن الإحراز إنما يثبت بيد حافظة كيد المالك، أو بيد نائبه، ويد المالك لم يثبت عليه، ويد العبد ليست يد المولى، لأن العبد في يد الغاصب حتى كان مضموناً عليه، ولا يحرز نفسه عن الغاصب، فكيف يكون محرزاً ما في يده، فإن قيل: يشكل هذا بولد المغصوبة لو استهلكه الغاصب يضمنه، وإن لم يكن محرزاً في حق الغاصب، قلنا: الولد متقوم لحصوله من المتقوم بخلاف الأجرة، فإنها حصلت من منافع العبد، وهي غير متقومة، فكذا ما حصل منها. (ك)

(١٩) قوله: "في حق الغاصب" أي غير محرز للمولى في حق الغاصب، ولكنه محرز للمولى في حق غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب في يد العبد يضمن. (ك)

(١) العبد.

(٢) قوله: "ويجوز إلخ" وأما إذا آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة عن المولى، لأن القبض من حقوق العقد، فيثبت للعاقد. (ك)

(٣) فيخرج المستأجر عن عهدة الإجارة إذا أدى إلى العبد.

(٤) عن العمل سالماً.

(٥) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: والنافع مأذون فيه كقبول الهبة. (ن)

(٦) قوله: "ومن استأجر عبداً هذين الشهرين" وفي عامة الكتب: استأجر عبداً لشهرين، شهراً بكذا، وشهراً بكذا بدون اسم الإشارة، وقوله: تحرياً للجواز، وتنجزاً للحاجة لا يطابقه وضع المسألة في المعين.

ويحتمل أن يحمل قوله: هذين على ما إذا قال الآجر: أجرت منك هذا العبد شهرين شهراً بأربعة، وشهراً بخمسة، فقال المستأجر: استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين، فيصرف قوله: هذين الشهرين إلى الشهرين المنكرين اللذين، دخلا تحت إيجاب الآجر، فيبقى التنكير، فيصلح التعليل بتنجز الحاجة لإثبات التعيين. (ك)

(٧) حتى لو عمل في الأول دون الثاني استحق أربعة دراهم.

(٨) قوله: "تحرياً للجواز" وذلك لأنه لما قال شهراً بأربعة على سبيل التنكير كان مجهولا، والإجارة تفسد بالجهالة، فصرفنا إلى ما يلى العقد تحرياً للجواز. (ع)

(٩) قوله: "أو نظراً إلى تنجز الحاجة [أي قضاء الحاجة في الحال]" فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه إلى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد، وإذا انصرف الأولى إلى ما يلى العقد، والثاني معطوف عليه ينصرف الثاني إلخ. (ع)

وهو[١] آبق، أو مريض، فقال المستأجر: أبق أو مرض حين أخذته، وقال المولى لم يكن ذلك[٢] إلا قبل أن تأتينى بساعة فالقول قول المستأجر[٣]، وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر[٤]؛ لأنهما اختلفا فى أمر محتمل فيترجح بحكم الحال، إذ هو دليل على قيامه من قبل[٥]، وهو يصلح مرجحًا وإن[٦] لم يصلح حجة فى نفسه أصله[٧] الاختلاف فى جريان[٨] ماء الطاحونة[٩] وانقطاعه.

باب الاختلاف[١٠]

قال[١١]: وإذا اختلف الخياط ورب الثوب، فقال رب الثوب: أمرتك أن تعمله قباء، وقال الخياط: قميصًا، أو قال صاحب الثوب للصباغ: أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر، وقال الصباغ: لا، بل أمرتنى أصفر فالقول لصاحب الثوب؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، ألا ترى أنه لو أنكر[١٢] أصل الإذن[١٣] كان القول قوله، فكذا إذا أنكر صفته[١٤] لكن يحلّف[١٥] لأنه أنكر شيئًا لو أقر به لزمه[١٦].

---

(١) الواو حالية.

(٢) أى الإباق أو المرض.

(٣) أى لا يجب الأجر.

(٤) فيستحق الأجر.

(٥) أى من قبل الاختلاف.

(٦) الواو وصلية.

(٧) أى أصل الاختلاف بين المالك والمستأجر.

(٨) قوله: "فى جريان إلخ" فإن مستأجر الرحى إذا اختلف مع صاحب الرحى فى جريان الماء فى المدة، فإن القول قول من يشهد له الحال، فإن كان الماء منقطعًا وقت الخصومة فالقول للمستأجر فيما مضى، وإن كان جاريًا فالقول لرب الرحى مع يمينه، وإن اختلفا فى قدر الانقطاع فقال المستأجر: عشرة أيام، وقال الآجر: خمسة أيام فالقول للمستأجر، والبينة للآجر، وهو يصلح مرجحًا إن لم يصلح حجة فى نفسه إذ الترجيح أبدا إنما يقع بما لا يصلح حجة، وقد عرف فى أصول الفقه. (ك)

(٩) آسيا. (من)

(١٠) قوله: "باب الاختلاف [بين المؤاجر والمستأجر]" لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر فى هذا الباب أحكام اختلافها، وهو الفرع، إذ الاختلاف إنما يكون بعارض. (نتائج الأفكار)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "أنه لو أنكر إلخ" أى لو أنكر عقد الإجارة كان القول قول رب الثوب، فكذا إذا أنكر صفته. (ك)

(١٣) بأن قال: كان ذلك وديعة.

(١٤) الإذن.

(١٥) صاحب الثوب.

(١٦) ذلك الشيء.

قال(١): وإذا حلف، فالخياط ضامن، ومعناه ما مر من قبل(٢) أنه(٣) بالخيار إن شاء ضمنه(٤)، وإن شاء أخذه(٥) وأعطاه أجر مثله(٦)، وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف(٧) إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض، وإن شاء أخذ الثوب(٨)، وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى، وذكر في بعض النسخ(٩) يضمنه(١٠) ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغاصب(١١).

وإن قال صاحب الثوب: عملته لي بغير أجر، وقال الصانع: بأجر فالقول قول صاحب الثوب؛ لأنه ينكر تقوم عمله(١٢)، إذ هو يتقوم بالعقد(١٣)، وينكر الضمان(١٤)، والصانع يدعيه، والقول قول المنكر. وقال أبو يوسف: إن كان الرجل(١٥) حريفًا له(١٦) أي خليطا له فله الأجر، وإلا فلا(١٧)، لأن سبق ما بينهما(١٨)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "ما مر من قبل" أي قبل باب الإجارة الفاسدة في مسألة ومن وقع إلى خياط ثوبًا ليخيط قميصًا بدرهم فخاطه قباء. (ك)

(٣) أي أن رب الثوب.

(٤) أي قيمة الثوب.

(٥) القميص.

(٦) لا يجاوز به المسمى.

(٧) رب الثوب.

(٨) الأصفر.

(٩) أي نسخ القدوري.

(١٠) قوله: "يضمنه" أي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ، فالأولى أعني قوله: لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية، والثاني أعني قوله: يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد. (ع)

(١١) قوله: "لأنه [أي الصباغ] بمنزلة إلخ" فالصباغ إذا خالف بصبغ الأصفر، وكان إذنه أحمر، فإن شاء رب الثوب ضمنه قيمة ثوب أبيض، وإن شاء أخذ، وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، ولا أجر له. (عيني)
قوله: "بمنزلة الغاصب [والحكم في الغصب كذلك]" لأنه لما خالف أمر الآمر في الوصف صار بمنزلة الغصب. (ك)

(١٢) الصانع.

(١٣) قوله: "إذ هو [العمل] يتقوم إلخ" ولا عقد ههنا حيث ادعى العمل بغير أجر، ودعوى العمل بغير أجر إعانة، والإعانة تبرع. (ك)

(١٤) أي وجوب الأجر. (ك)

(١٥) الصانع.

(١٦) قوله: "حريفًا له" الحرفة بالكسر اسم من الاحتراف، وهو الاكتساب، وحريف الرجل معامله، وفسره ههنا بالخليط، وأراد به من يكون بينك وبينه أخذ وإعطاء مثل أن كان الرجل يعامل قصارًا وكان يدفع إليه الثوب بأجرة ويقاطعه ودفع الثوب إليه في هذه النوبة ولم يقاطعه فله أجر مثل عمله، أي القول قوله في أنه عمله بأجر. (ك)

(١٧) أي وإن لم يكن حريفًا له فلا أجرة.

يعين جهة الطلب بأجر جريًا على معتادهما(١).

وقال محمد(٢): إن كان الصانع معروفًا(٣) بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله، لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك(٤) مجرى التنصيص على الأجر اعتبارًا للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر(٥)، والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع(٦)، والحاجة ههنا إلى الاستحقاق(٧)، والله أعلم.

باب فسخ الإجارة(٨)

قال(٩): ومن استأجر دارًا، فوجد بها عيبًا(١٠) يضر بالسكنى(١١)، فله الفسخ؛ لأن المعقود عليه المنافع، وأنها توجد شيئًا فشيئًا، فكان هذا عيبًا حادثًا قبل القبض(١٢)، فيوجب الخيار، كما في البيع(١٣)، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب، فيلزمه جميع البدل، كما في البيع(١٤)، وإن فعل المؤاجر ما أزال به العيب(١٥)، فلا خيار للمستأجر لزوال سببه(١٦).

---

(١٨) أي ما بين رب الثوب والصانع مثلا من التعامل بأجر.

(١) من التعامل بالأجر.

(٢) قال شيخ الإسلام: وعليه الفتوى.

(٣) بأن اتخذ دكانًا وانتصب بالعمل.

(٤) الفتح.

(٥) للإجارة والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد.

(٦) عن نفسه.

(٧) لأن الأجير يدعى استحقاق الأجر.

(٨) قوله: "باب فسخ الإجارة" ذكر باب الفسخ آخرًا لأن فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرًا. (نتائج)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) كانهدام بيت من الدار.

(١١) قوله: "يضر بالسكنى" قيد العيب بالإضرار بالسكنى لأنه إذا كان عيبًا لا يضر بالسكنى كحائط سقط، ولم يكن محتاجًا إليه في السكنى لم يثبت الخيار، وكذا لو كان المستأجر عبدًا للخدمة، فسقط شعره، أو ذهب إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة لم يثبت له الخيار. (عيني)

(١٢) قوله: "فكان هذا [أي ما وجد من العيب] إلخ" فكل جزء منه بمنزلة الابتداء، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثًا بعد قبض المستأجر أو قبله، لأن الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع. (ع)

(١٣) فإن فيه خيار الرد بالعيب.

(١٤) قوله: "كما في البيع" إذا رضي بالعيب لا يرجع بالنقصان كذلك ههنا إذا رضي بالعيب لا يكون له أن ينقص في أجرة الدار شيئًا في مقابلة العيب. (عيني)

(١٥) بأن أصلح في الدار المستأجرة ما كان يضر بالسكنى.

قال: وإذا خربت الدار[١]، أو انقطع شرب[٢] الضيعة[٣]، أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة؛ لأن المعقود عليه قد فات -وهى المنافع المخصوصة- قبل القبض، فشابه فوت المبيع قبل القبض[٤]، وموت العبد المستأجر.

ومن أصحابنا[٥] من قال: إن العقد لا ينفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه الإباق فى البيع قبل القبض[٦].

وعن محمد أن الآجر لو بناها[٧] ليس للمستأجر أن يمتنع[٨]، ولا للآجر[٩]، وهذا[١٠] تنصيص منه على أنه[١١] لم ينفسخ لكنه يفسخ[١٢]، ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن، فعليه من الأجر بحصته؛ لأنه جزء من المعقود عليه.

قال: وإذا مات[١٣] أحد المتعاقدين وقد[١٤] عقد الإجارة لنفسه[١٥] انفسخت الإجارة، لأنه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة له[١٦]، أو الأجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة[١٧] بالعقد، لأنه[١٨] ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز[١٩].

---

(١٦) أى سبب الخيار.

(١) المستأجرة.

(٢) قوله: "شرب" الشرب لغةً النصيب من الماء الجارى، أو الراكد للحيوان أو الجماد، وشريعة زمان الانتفاع بالماء سقيا للمزارع أو الدواب. (مجمع الأنهر)

(٣) بالفتح: زمين سير حاصل وبسار بر آمد از غله وجز آن. (من)

(٤) فينفسخ البيع.

(٥) شمس الأئمة السرخسى.

(٦) أى إباق العبد المبيع وهو لا يوجب الفسخ.

(٧) الدار المستأجرة الخربة.

(٨) أى عن القبض. (ك)

(٩) أى ليس للآجر أن يمتنع عن التسليم.

(١٠) أى ما روى عن محمد.

(١١) الإجارة.

(١٢) أى يستحق الفسخ.

(١٣) هذه مسألة القدورى.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) أى ليس هو وكيلا ولا وصيًا، ولا متوليًا فى الوقف.

(١٦) بالعقد.

(١٧) حال.

وإن عقدها[١] لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل[٢] والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه[٣] من المعنى، قال: ويصح[٤] شرط الخيار[٥] في الإجارة[٦].

وقال الشافعي: لا يصح، لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه[٧]، ولو كان[٨] للمؤاجر، فلا يمكنه التسليم أيضًا على الكمال[٩]، وكل ذلك[١٠] يمنع الخيار[١١].

ولنا أنه عقد معاملة[١٢] لا يستحق القبض فيه في المجلس[١٣]، فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع[١٤]، والجامع بينهما[١٥] دفع الحاجة[١٦]، وفوات بعض المعقود عليه

---

(١٨) أي لأن الذي يتركه الميت.

(١٩) قوله: "وذلك لا يجوز" أي صيرورة المنفعة المملوكة، أو الأجرة المملوكة لغير العاقد حال كونها مستحقة بالعقد لا يجوز. (عيني)

(١) الإجارة.

(٢) قوله: "مثل الوكيل" أي إذا عقد الوكيل للموكل، ثم مات الوكيل لا ينفسخ، وكذا إذا عقد الوصي للصبي فمات الوصي لا يبطل العقد، وكذا إذا مات المتولي لبقاء المستحق، والمستحق عليه. (مل)

(٣) قوله: "لانعدام ما أشرنا إليه" وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد، فإنه في الابتداء كان واقعًا لغير العاقد، وهي بعد الموت كذلك. (ع)

(٤) هذه أيضًا مسألة القدوري.

(٥) من المؤاجر أو المستأجر.

(٦) ويعتبر أول المدة من وقت سقوط الخيار. (ك)

(٧) قوله: "لفوات بعضه" فإن بعضه فات في مدة الخيار، فلا يتمكن من رد كل المعقود عليه فإذا لم يتمكن بطل. (عيني)

(٨) الخيار المعقود عليه.

(٩) لأن ما مضى في مدة الخيار لا يمكنه تسليمه. (تبيين)

(١٠) قوله: "وكل ذلك" أي عدم إمكان رد المعقود عليه بكماله إذا كان الخيار للمستأجر، وعدم إمكان التسليم أيضًا على الكمال إذا كان الخيار للمؤجر. (عيني)

(١١) قوله: "يمنع الخيار" وهذا بناء على أصله أن المنافع جعلت في الإجارة كالأعيان القائمة، وفوات بعض العين في المبيع يمنع الفسخ كذا ههنا. (عناية)

(١٢) قوله: "عقد معاملة" هذا احتراز عن النكاح فإن مطلق المعاملة ينصرف إلى المعاوضات، وفي بعض النسخ أنه عقد مقابلة، أي معاوضة، لأن فيها تقابل العوضين، وأما النكاح فالمال فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلة. (ك)

(١٣) قوله: "لا يستحق القبض إلخ" احتراز عن الصرف والسلم فإن قبض البدل شرط في المجلس، فلم يجز فيه شرط الخيار. (ك)

(١٤) فإنه يجوز شرط الخيار فيه.

(١٥) أي بين الإجارة والبيع.

فى الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب[١]، فكذا[٢] بخيار الشرط، بخلاف البيع[٣]، وهذا[٤] لأن رد الكل ممكن فى البيع دون الإجارة، فيشترط فيه[٥] دونها، ولهذا يجبر المستأجر على القبض[٦]، إذا سلم المؤاجر بعد مضى بعض المدة.

قال[٧]: وتفسخ الإجارة بالأعذار[٨] عندنا، وقال الشافعى: لا تفسخ إلا بالعيب، لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان، حتى يجوز العقد عليها[٩]، فأشبه البيع[١٠]. ولنا: أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها، فصار العذر فى الإجارة كالعيب قبل القبض فى البيع، فتفسخ به[١١]، إذ المعنى[١٢] يجمعهما[١٣]، وهو عجز العاقد عن المضى[١٤] فى موجبه[١٥] إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به[١٦]، وهذا هو

---

(١٦) قوله: "دفع الحاجة" فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التردى لئلا يقع فيه الغبن. (عينى)

(١) بالإجماع.

(٢) أى لا يمنع الرد.

(٣) قوله: "بخلاف البيع" متعلق بقوله: وفوات بعض المعقود عليه، أى فوات بعض المعقود عليه فى الإجارة لا يمنع الرد بالخيار بخلاف البيع فإن فوات بعض المعقود عليه فى البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط لما أن التكليف إنما شرع بحسب الوسع والطاقة، ففى البيع رد المبيع كما هو ممكن فاشترط فيه عدم فوات بعض المعقود عليه للرد لإمكانه، ولم يشترط فى الإجارة ذلك لعدم إمكانه حتى لو اشترى شيئًا ولم يعلم بأنه معيب ثم حدث فى يد المشترى عيب آخر لم يجز له الرد بالعيب لفوات بعض المعقود عليه بالعيب الحادث. (ك)

(٤) أى الفرق بين الإجارة والبيع.

(٥) البيع.

(٦) قوله: "ولهذا [أى لعدم شرط تسليم الكل فى الإجارة] يجبر إلخ" أى إذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة كما إذا استأجر دارًا سنة فلم يسلمها إليه، حتى مضى شهر، وقد طلب التسليم، أو لم يطلب، ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع عن القبض فى باق السنة عندنا، لأن الخيار لو ثبت إنما ثبت لتفرق الصفقة فى المعقود عليه، والعقد كما وقع وقع متفرقا فإنه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا، فصار الجزء الثانى من المنفعة مستحقًا بعقد آخر، وما ملك بعقدين فتعذر التسليم فى أحد العقدين لا يؤثر فى الآخر. (ك)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) العذر ما يكون عارضا يتضرر به العاقد مع بقاءه، ولا يندفع بدون فسخ العقد كذا قيل.

(٩) كما يجوز على الأعيان.

(١٠) فكما أن البيع لا يفسخ إلا بالعيب بدون الأعذار كذلك الإجارة.

(١١) أى بالعذر.

(١٢) المجوز للفسخ.

(١٣) الإجارة والبيع. (ع)

(١٤) قوله: "وهو عجز العاقد إلخ" فإن جواز هذا العقد للحاجة، ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فإذا زال الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بأصل القياس، وقلنا: العقد فى حكم المضاف فى حق المعقود عليه والإضافة فى عقود التمليكات يمنع اللزوم فى الحال كالوصية. (ك)

معنى العذر عندنا.

وهو[١] كمن استأجر حدادًا[٢] ليقلع ضرسه[٣] لوجع به[٤]، فسكن الوجع[٥]، أو استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت[٦] منه[٧] تفسخ الإجارة؛ لأن في المضي عليه[٨] إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد[٩].

وكذا من استأجر دكانًا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله، وكذا إذا آجر دكانًا، أو دارًا، ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضاءها إلا بثمن ما آجر فسخ القاضى العقد[١٠]، وباعها[١١] فى الدين؛ لأن فى الجرى على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وهو الحبس[١٢]؛ لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر[١٣].

ثم قوله[١٤]: فسخ القاضى العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضى فى النقض، وهكذا ذكر[١٥] فى "الزيادات" فى عذر الدين.

وقال[١٦] فى "الجامع الصغير": وكل ما ذكرنا أنه عذر، فإن الإجارة فيه

(١٥) العقد.

(١٦) العقد.

(١) العذر.

(٢) قوله: "حدادًا" أراد به قلاع السن، وإطلاق الحداد عليه باعتبار تلك البلاد، فإن عندهم لا يقلع السن غالبًا إلا الحداد. (عينى)

(٣) ضرس -بالكسر-: دندان. (من)

(٤) أى بالضرس.

(٥) فالإجارة تفسخ.

(٦) المرأة.

(٧) الزوج.

(٨) العقد.

(٩) فثبت له حق الفسخ دفعًا للضرر.

(١٠) قوله: "فسخ القاضى العقد" اختلفوا فى فسخ القاضى قيل: يبيع الدار، فينفذ البيع فتفسخ الإجارة ضمنًا، وإنما لا ينتقض قصدًا لأنه لو نقضها قصدًا ربما لا ينتقض البيع، فيكون النقض إبطالا لحق المستأجر قصدًا، وأنه لا يجوز، وقيل: ينفسخ الإجارة، ثم يبيع الدار. (عينى)

(١١) دار ودكان.

(١٢) قوله: "وهو الحبس" لأنه إذا بقيت الإجارة مع ذلك يحبسه القاضى لقضاء الدين، والحبس ضرر زائد. (عينى)

(١٣) لا سيما إذا كان له عقار مستأجرة.

(١٤) أى قول القدورى فى "المختصر". (ع)

(١٥) محمد. (عينى)

(١٦) محمد.

تنتقض، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي[(١)].

ووجهه[(٢)] أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر[(٣)] فيتفرد العاقد بالفسخ، ووجه الأول[(٤)] أنه فصل مجتهد فيه[(٥)]، فلا بد من إلزام القاضي[(٦)]، ومنهم من وفّق[(٧)]، فقال: إن كان العذر ظاهراً[(٨)] لا يحتاج إلى القضاء، وإن كان[(٩)] غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر.

ومن استأجر دابة ليسافر عليها، ثم بدا له[(١٠)] من السفر فهو عذر؛ لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد، لأنه ربما يذهب للحج، فذهب وقته، أو لطلب غريمه فحضر[(١١)]، أو للتجارة فافتقر.

وإن بدا للمكاري[(١٢)]، فليس ذلك بعذر؛ لأنه يمكنه أن يقعد، ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره. ولو مرض المؤاجر فقعد[(١٣)] فكذا الجواب[(١٤)] على رواية الأصل[(١٥)]، وذكر الكرخي أنه عذر لأنه لا يعرى[(١٦)] عن ضرر[(١٧)]، فيدفع عنه عند

---

(١) وصححه قاضي خان.

(٢) أي وجه ما ذكر في "الجامع الصغير".

(٣) أنفا من قوله: فصار العذر في الإجارة كالعيب إلخ.

(٤) أي ما في "الزيادات".

(٥) لأن فيه خلاف الشافعي على ما ذكر، فيرتفع الخلاف. (ك)

(٦) وصححه شمس الأئمة.

(٧) بين رواية "الجامع الصغير" و "الزيادات".

(٨) قوله: "ظاهراً" بأن اختلعت المرأة أو ماتت فيما إذا استأجر بطبخ طعام الوليمة، أو مات الولد إذا استأجره ليختنه، أو برأت اليد إذا استأجر لقطعها من الأكلة، أو سكن وجع سنه إذا استأجر لقلعه. (عيني)

(٩) العذر.

(١٠) قوله: "ثم بدا له [أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك. ع]" معناه إن بدا له صلاح خلاف ما قصده من السفر فالفاعل مضمر لا محذوف بدلالة محل الكلام عليه، فصح عود الضمير إليه، كما في قولهم: إن كان غداً فأتني، أي إن كان ما نحن فيه عليه غداً فأتني. (أعظمي)

(١١) الغريم.

(١٢) بكرايه دهنده. (من)

(١٣) عن المضي.

(١٤) أي ليس بعذر، لأنه يمكن له أن يبعث الدواب إلخ.

(١٥) مبسوط.

(١٦) قوله: "لأنه لا يعرى إلخ" يعني أن البعث على يد الغير لا يعرى عن نوع ضرر، فيعتبر عذراً في حالة العجز، وإن لم يعتبر عذراً في حالة القدرة. (مل)

(١٧) لأن غيره لا يشفق على دابته. (تبيين)

الضرورة[١] دون الاختيار[٢]، ومن آجر عبده، ثم باعه فليس بعذر[٣]؛ لأنه لا يلزمه[٤] الضرر بالمضي على موجب العقد، وإنما يفوته الاسترباح، وأنه أمر زائد[٥]. قال: وإذا استأجر الخياط غلامًا[٦] فأفلس[٧] وترك العمل فهو عذر، لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده، وهو رأس ماله، وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه[٨]، أما الذي يخيط بأجر[٩] فرأس ماله الخيط[١٠] والمخيط[١١] والمقراض، فلا يتحقق الإفلاس[١٢] فيه[١٣].

وإن أراد ترك الخياطة، وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعذر؛ لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية، وهو يعمل في الصرف في ناحية، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكانًا للخياطة، فأراد أن يتركها، ويشتغل بعمل آخر حيث جعله[١٤] عذرا ذكره في "الأصل"[١٥]، لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا[١٦] العامل

(١) كالمرض.

(٢) وهو ما إذا بدا له من السفر. (ك)

(٣) قوله: "فليس بعذر" فإن باعه مع هذا هل يجوز ففيه اختلاف ألفاظ الروايات، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح إجارات "الأصل": والصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر، وليس للمستأجر أن يفسخ البيع، وإليه مال الصدر الشهيد. (ك)

(٤) المؤجر.

(٥) قوله: "وأنه أمر زائد" كشف هذه المسألة موقوف على معرفة المنفعة والضرر، فنقول المنفعة اللذة وما يتوسل به إليها، والضرر الألم وما يتوسل به إليه، ومنفعة الشخص لذة حاصلة له بالفعل، أو وسيلتها الحاصلة له بالفعل، وأما عدم حصول المنفعة المترقبة، فليس بضرر كالربح، وإلا يكون كل شخص في كل آن متضرراً لعدم حصول الربح والبداهة شاهدة على بطلان كونه ضررا لعدم وجدان الألم إذ المنفعة المترقبة أمر زائد على حقيقة المنفعة، فلا يكون فواتها ضرراً لما عرفت من معنى الضرر. (أعظمي)

(٦) ليخيط للخياط.

(٧) وذهب رأس ماله.

(٨) بأن يشتري الثياب، ويخيطها، ويبيعها في السوق.

(٩) وليس له رأس مال.

(١٠) رشته.

(١١) سوزن. (من)

(١٢) قوله: "فلا يتحقق إلخ" قيل: ويتحقق إفلاسه بأن يظهر خيانته عند الناس، فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه، أو يلحقه ديون كثيرة، ويصير بحيث إن الناس لا يأتمنون على أمتعتهم. (عيني)

(١٣) فترك عمله ليس بعذر.

(١٤) محمد.

(١٥) المبسوط.

شخصان[١] فأمكنهما[٢].

ومن استأجر غلامًا ليخدمه في المصر، ثم سافر فهو عذر[٣]؛ لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد، لأن خدمة السفر أشق، وفي المنع من السفر ضرر، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرًا. وكذا إذا أطلق[٤] لما مر[٥] أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما إذا آجر عقارًا[٦]، ثم سافر[٧]، لأنه لا ضرر، إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته[٨] حتى لو أراد المستأجر السفر، فهو عذر لما فيه من المنع من السفر، أو إلزام الأجر بدون السكنى، وذلك ضرر[٩].

مسائل منثورة[١٠]

قال: ومن استأجر أرضًا، أو استعارها، فأحرق الحصائد[١١]، فاحترق شيء في أرض أخرى، فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعدٍّ[١٢] في هذا التسبيب، فأشبه حافرًا لبئر

---

(١٦) أي في مسألة ترك الخياطة وإرادة عمل الصرف.

(١) أحدهما المستأجر والآخر غلام المستأجر.

(٢) أي العمل لعدم التعذر.

(٣) قوله: "فهو عذر [أي السفر عذر يفسخ به الإجارة]" قيل: فإن قال المؤجر: لا يريد السفر لكنه يريد فسخ الإجارة، واصر المستأجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عمن يسافر معه، فإن قال: فلان فلان، فالقاضي سألهم أن فلانًا هل يخرج معكم أم لا؟، فإن قالوا: نعم، يثبت العذر، وإلا فلا.
وقيل: إذا أنكر المؤجر السفر، فالقول قوله، وقيل: يحلف القاضي المستأجر بالله أنك عزمت على السفر، وإليه مال الكرخي والقدوري. (ع)

(٤) قوله: "وكذا إذا أطلق" أي أطلق إجارة العبد للخدمة مثل أن يقول: استأجرت هذا العبد للخدمة، ولم يقل: في الحضر، أو في السفر، فلا يكون له أن يسافر به. (عيني)

(٥) في فصل إجارة العبد.

(٦) قوله: "آجرًا عقارًا" وفي "الذخيرة": ولو أراد رب العبد أن يسافر لا يكون ذلك عذرا له في فسخ الإجارة، لأنه يمكنه إيفاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه في مكان معين بأن يخرج إلى السفر، ويخلي بين المستأجر وبين العبد، فعلم أن ذكر العقار ليس بقيد. (ك)

(٧) المؤجر.

(٨) المؤجر.

(٩) للمستأجر.

(١٠) قوله: "مسائل منثورة" أي مسائل نثرت عن أماكنها، وذكرت ههنا تلافيًا لما فات. (نتائج)
قوله: "منثورة" وهي مسائل تتعلق بالإجارة لتستتبع مسائل متعلقة بأحوال غير الإجارة، فلذلك سميت مسائل منثورة. (أعظمي)

(١١) قوله: "فأحرق الحصائد [حصد مزرع: جزه. ك]" الحصائد جمع حصيد وحصيدة، وهما الزرع المحصود، وأريد به ههنا ما بقي في الأرض من أصول القصب المحصود. (ن)

(١٢) قوله: "غير متعد إلخ" والضمان بطريق التسبيب يعتمد التعدي في السبب، ألا ترى أن من حفر بئرا في داره،

فى دار نفسه. وقيل[١]: هذا إذا كانت الرياح[٢] هادنة[٣]، ثم تغيرت[٤]، أما إذا كانت[٥] مضطربة[٦] يضمن، لأن موقد النار[٧] يعلم أنها لا تستقر فى أرضه.

قال[٨]: وإذا أقعد الخياط[٩]، أو الصباغ فى حانوته مَنْ يطرح عليه العمل بالنصف، فهو جائز[١٠]؛ لأن هذه شركة الوجوه[١١] فى الحقيقة[١٢]، فهذا بوجاهته يقبل[١٣]، وهذا[١٤] بحذاقته يعمل، فينتظم بذلك المصلحة، فلا تضره الجهالة[١٥] فيما يحصل.

فوقع فيها إنسان فهلك، لا يضمن الحافر، لأنه غير متعدٍ. (ك)

(١) قوله: "وقيل" قائله شمس الأئمة السرخسى، هذا أى عدم الضمان بإحراق الحصائد إذا احترق شىء من أرض أخرى. (عينى)

(٢) حين أوقد النار.

(٣) من هدن إذا سكن. (ن)

(٤) أى قويت واشتدت.

(٥) الرياح.

(٦) حين أوقدها.

(٧) فى اليوم الريح. (ك)

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) قوله: "وإذا أقعد إلخ" صورة المسألة إذا كان القصار، أو الصباغ، وكان معروفًا، وهو رجل مشهور عند الناس، وله وجاهة، ولكنه غير حاذق، فيقعد فى دكانه رجلا حاذقًا يقبل العمل من الناس، ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصابا من شىء فهو بينهما نصفان. (ك)

(١٠) قوله: "فهو جائز" والقياس أن لا يصح، لأن المتقبل من العمل إن كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف، وهو مجهول، لأن الأجرة بعض ما يخرج من العمل، فصار كقفيز الطحان، وإن كان المتقبل هو العامل، وهو مستأجر بموضع من دكانه بنصف ما يعمل، وذلك مجهول أيضًا. (تبيين)

(١١) قوله: "لأن هذه شركة الوجوه إلخ" قال الإمام الزيلعى فى "شرح الكنز": فيه نوع إشكال، فإن تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجاهتهما ويبيعا، وليس فى هذا بيع ولا شراء، فكيف يتصور أن يكون شركة الوجوه، انتهى، ويمكن أن يقال: إن معنى كلامه أن هذه المعاقدة وإن كانت بحسب الصورة، وظاهر الحال عقد إجارة بالنصف إلا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه، أى عقد شركة التقبل بالوجاهة.

وقال صاحب "معراج الدراية": تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليها، وأحدهما يتولى القبول من الناس، والآخر يتولى العمل بحذاقته، وهو متعارف وجب القول بصحته. (نتائج)

(١٢) وليست بإجارة. (ع)

(١٣) قوله: "فهذا [أى الخياط أو الصباغ] بوجاهته يقبل [العمل من الناس]" وكان الآخر يشاركه على أن يتقبل الأعمال، فقبل أحدهما، وعمل الآخر، فيكون الأجر بينهما، كما لو صرحا بشركة التقبل، ثم تقبل أحدهما، وعمل الآخر يكون الأجر بينهما. (ك)

(١٤) أى من يطرح عليه العمل.

(١٥) كما فى الشركة. (ع)

قال: ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا[١]، وراكبين إلى مكة جاز، وله[٢] المحمل المعتاد، وفى القياس لا يجوز، وهو قول الشافعى للجهالة[٣]، وقد يفضى ذلك إلى المنازعة، وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب، وهو معلوم[٤] والمحمل تابع، وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف، فلا تفضى إلى المنازعة، وكذا[٥] إذا لم ير[٦] الوطاء والدثر[٧].

قال: وإن شاهد الجمال المحمل[٨]، فهو أجود؛ لأنه أنفى للجهالة[٩]، وأقرب إلى تحقيق الرضا.

قال: وإن استأجر بعيرًا ليحمل عليه مقدارًا من الزاد، فأكل منه فى الطريق جاز أن يزيد عوض ما أكل؛ لأنه استحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق، فله أن يستوفيه، وكذا غير الزاد[١٠] من المكيل والموزون، وردّ الزاد معتاد عند البعض[١١] كردّ الماء[١٢]، فلا مانع من العمل بالإطلاق[١٣].

---

(١) قوله: "محملا [المحمل -بفتح الميم الأول وكسر الثانى أو على العكس- الهودج الكبير الحجاجى. [محمل كجاوه كه بر شتر بند ند وهودج. غياث] وأما التسمية بغير المحمل به فمجاز، وإن لم نسمعه، ومنه قوله فى "الإيضاح" فى استطاعة السبيل: ما يكترى به شق محمل، أى نصفه. (مغرب)

(٢) المستأجر.

(٣) أى الجهالة قدر المحمل فى الطول والعرض والثقل.

(٤) لأن أجسام الناس متقاربة غالبًا.

(٥) أى يجوز.

(٦) الجمال.

(٧) قوله: "الوطاء والدثر [گسترونى. من]" الوطاء: الفراش، والدثر جمع دثار: وهو كل ما ألقيته عليك من كساء وغيره. (كفاية) دثار -بالكسر-: جامه برتن، وهو ما فوق الشعار من الثياب. (من)

(٨) بإراءة المستأجر.

(٩) لأن بمشاهدة الجمال إياه يرتفع النزاع أصلا.

(١٠) قوله: "وكذا غير الزاد" أى وكذا له أن يرد غير الزاد فيما إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدرًا معينًا من المكيل أو الموزون إذا نقص منهما. (عينى)

(١١) قوله: "ورد الزاد إلخ" هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: مطلق العقد محمول على العادة، وفى عادات المسافرين أنهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئًا من مكانه، فأجاب أن العرف مشترك، فإنه معتاد عند البعض. (ك)

(١٢) فإنهم يردون بدل الماء عند الشرب والاستعمال.

(١٣) قوله: "فلا مانع من العمل بالإطلاق" وهو إنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم فى مسافة معلومة، ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقص من المحمول، فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالإطلاق، وعدم المانع. (عينى)

كتاب المكاتب[١]

قال[٢]: وإذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليه، وقبل العبد ذلك صار مكاتبًا[٣]، أما الجواز[٤] فلقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ[٥] إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾، وهذا[٦] ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء[٧]، وإنما هو أمر ندب هو الصحيح[٨]، ففي[٩] الحمل على الإباحة إلغاء الشرط[١٠]، إذ هو[١١] مباح بدونه.

أما الندبية فمعلقة به، والمراد بالخير المذكور على ما قيل[١٢]: أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضر بهم، فالأفضل أن لا يكاتبه وإن[١٣] كان يصح لو فعله[١٤]، وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه، فلا بد من التزامه.

ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه السلام[١٥]: «أيما عبد كوتب على مائة

---

(١) قوله: "كتاب المكاتب" أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة. (ن)

قوله: "المكاتب" الكتابة عقد شرع بين المولى وعبده بلفظ الكتابة، وما يؤدي مؤداه يوجب التحرير يدًا في الحال، ورقبة في المآل، وقيل: سمي كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى، وللعبد على المولى.

وركنها الإيجاب والقبول، وسببها تعلق البقاء المقدور، وشرطها قيام الرق في المحل، وكون المسمى مالا معلومًا قدره وجنسه. وحكمها صيرورة العبد أخص بنفسه، ومنافع نفسه من سيده حتى لا يبقى له عليه، ولا على أكسابه سبيل. (مل)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "صار مكاتبًا" إنما استعمل هذا من باب المفاعلة التي تقتضي الاشتراك بين الاثنين، لأن المولى كتب على نفسه العتق، والعبد الأداء، فاشتركا في أصل الفعل. (عيني)

(٤) أي جواز الكتابة.

(٥) أي العبيد الذين يبتغون الكتاب.

(٦) الأمر.

(٧) قوله: "بإجماع بين الفقهاء" خص الفقهاء لأن عند أصحاب الظواهر كداود الإصفهاني، ومن تابعه إن هذا أمر إيجاب حتى إذا طلب العبد من مولاه الكتابة، وقد علم المولى فيه خيرًا وجب عليه أن يكاتبه. (تاج الشريعة)

(٨) قوله: "هو الصحيح" وقال بعض مشايخنا: الأمر قد يكون لبيان الإباحة والجواز كقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾، وقوله: ﴿إن علمتم فيهم خيرًا﴾ مذكور على وفاق العادة، لأن المولى إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيرًا، ولكن هذا ضعيف، لأن فيه إلغاء الشرط إذ الإباحة ثابتة بدون هذا الشرط. (ك)

(٩) الفاء للتعليل.

(١٠) أي قوله: ﴿إن علمتم فيهم خيرًا﴾.

(١١) أي عقد الكتابة.

(١٢) في قوله تعالى: ﴿إن علمتم فيهم خيرًا﴾.

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) أي المولى عقد الكتابة.

(١٥) أخرجه أبو داود. (ت)

دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد»*، وقال عليه السلام[٢]: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم»**، وفيه[٣] اختلاف الصحابة رضى الله عنهم[٤]، وما اخترناه قول زيد رضى الله عنه[٥]. ويعتق[٦] بأداءه، وإن لم يقل المولى[٧]: إذا أديتها[٨] فأنت حر؛ لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما فى البيع[٩]، ولا يجب حط شىء[١٠] من البدل[١١] اعتباراً بالبيع[١٢].

قال[١٣]: ويجوز أن يشترط المال[١٤] حالا[١٥]، ويجوز مؤجلا[١٦] ومنجّما[١٧]. وقال الشافعى: لا يجوز حالاً، ولا بد من تنجيم[١٨]، لأنه[١٩] عاجز عن

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٢، والدراية ج٢، الحديث٨٦٩ ص١٩١. (نعيم)

(٢) أخرجه أبو داود. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٣، والدراية ج٢، الحديث ٨٧٠ ص١٩١. (نعيم)

(٣) أى فى وقت عتق المكاتب.

(٤) قوله: "اختلاف الصحابة" قال زيد بن ثابت مثل قولنا، وقال على رضى الله عنه: يعتق بقدر ما أدى، وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه: إذا أدى قدر قيمته يعتق، وفيما زاد على ذلك يكون المولى غريماً من غرماءه، وقال عبد الله بن عباس رضى الله عنه: إذا أخذ العبد صحيفة الكتابة يعتق فى الحال بنفس العقد، وهو غريم المولى بما عليه من بدل الكتابة. (حميدية)

(٥) وإنما اخترناه لأنه مؤيد بالأحاديث.

(٦) المكاتب.

(٧) قوله: "وإن لم يقل المولى إلخ" قال الشافعى: لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا إن أديته فأنت حر. (عينى)

(٨) الألف.

(٩) قوله: "كما فى البيع" يعنى لا يحتاج ثمه إلى قول البائع للمشترى أن ملكتنى الثمن ملكت المبيع. (عينى)

(١٠) قوله: "ولا يجب حط شىء [بل هو مندوب]" وقال الشافعى: يجب حط ربع البدل لقوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾، وعن على رضى الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه السلام أنه قرأ هذه الآية، وقال: «هو ربع الكتابة»، وعن الكلبى المراد بالإيتاء دفع الصدقة إليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم، وهو الظاهر، لأن الإيتاء يدل على التمليك، وذا فى التصديق عليهم، لأن الحط لا يكون تمليكاً. (ك)

(١١) أى بدل الكتابة.

(١٢) قوله: "اعتباراً بالبيع" أراد أن عقد الكتابة عقد معاوضة، فلا يجب الحط فيه، كما لا يجب فى البيع. (عينى)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) أى بدل الكتابة.

(١٥) قوله: "حالا" أى نقداً كله كقوله: على ألف درهم فإنه يمكنه أن يحصله بالاستقراض، أو الاستيهاب عقب العقد، كذا نقل فى "رد المحتار" عن الإتقانى.

(١٦) قوله: "ويجوز مؤجلا [أى كله]" أى غير منجم بأن أجله إلى شهر أو شهرين، أو سنة أو سنتين. (مل)

(١٧) أى مقسطاً موقتاً.

(١٨) تنجيم: باره باره گزاردن دام را. (من)

التسليم[١] في زمان قليل[٢] لعدم الأهلية[٣] قبله للرق، بخلاف السلم[٤] على أصله[٥]، لأنه أهل للملك[٦]، فكان احتمال القدرة ثابتًا، وقد دل الإقدام[٧] على العقد عليها[٨] فتثبت به[٩].

ولنا ظاهر ما تلونا[١٠] من غير شرط التنجيم، ولأنه عقد معاوضة[١١]، والبدل معقود به[١٢]، فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه، بخلاف السلم على أصلنا[١٣]؛ لأن المسلم فيه معقود عليه[١٤] فلا بد من القدرة عليه، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة[١٥]، فيمهله المولى ظاهرًا، بخلاف السلم، لأن مبناه[١٦] على المضايقة[١٧]، وفي الحال[١٨] كما امتنع[١٩] من الأداء[٢٠] يرد إلى الرق[٢١].

---

(١٩) المكاتب.

(١) أي أداء بدل الكتابة.

(٢) أي في الحال.

(٣) قوله: "لعدم الأهلية" أي لعدم أهلية الملك قبل عقد الكتابة لأجل الرق، لأنه كان مملوكًا لا يقدر على شيء، وفي زمان يسير لا يثبت القدرة عادة على الكسب على مال كثير. (عيني)

(٤) حيث جوزه حالا.

(٥) المسلم إليه.

(٦) قبل العقد، لكونه حرًا. (ع)

(٧) أي إقدام المسلم إليه على عقد السلم.

(٨) قدرة.

(٩) القدرة.

(١٠) قوله: "ولنا ظاهر ما تلونا [هو قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم﴾ إلخ]" فمن شرط التأجيل فقد زاد على النص والزيادة على النص نسخ من وجه. (ك)

(١١) قوله: "ولأنه [أي عقد كتابة] عقد إلخ" تحرير هذا الكلام أن عقد المعاوضة يعتمد المعقود عليه، ولا بد منه لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن، وبدل الكتابة معقود به لا محالة. (عيني)

(١٢) فعدم قدرة العبد على شيء قبل عقد الكتابة لا يضر.

(١٣) فإنه لا يجوز إلا مؤجلا.

(١٤) لما أن العقد يعتمد على المعقود عليه.

(١٥) قوله: "المساهلة [ساهله: آساني كرد باوى. (من) لأنه عقد كرم إذ العبد وما يملكه لمولاه]" فيكون الظاهر أنه لا يضيق عليه، ولا يطالبه بالأداء ما لم يعلم قدرته عليه إلا أنه لم يذكر الأجل ليكون متفضلا في تأخير المطالبة في الانتهاء كما كان منعمًا عليه في أصل العقد في الابتداء بخلاف السلم، لأن مبناه على المضايقة، فلا يمهله إذا عجز، فيجوز مؤجلا لا حالا. (ك)

(١٦) أي السلم.

(١٧) قوله: "على المضايقة" والمماكسة فالظاهر أنه لا يؤخر عند توجه المطالبة نحوه. (عيني)

قال: وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء[١]، لتحقق الإيجاب والقبول إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه، والشافعي يخالفنا فيه[٢]، وهو[٣] بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة[٤]، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء[٥]، لأن القبول لا يتحقق منه[٦]، فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره[٧] لا يعتق[٨] ويسترد ما دفع[٩]. قال: ومن قال لعبده[١٠]: جعلت عليك ألفًا تؤديها إلي نجومًا[١١]، أول النجم كذا وآخره كذا، فإذا أديتها فأنت حر، وإن عجزت فأنت رقيق، فإن هذه مكاتبة[١٢]؛ لأنه[١٣] أتى بتفسير الكتابة.

قوله: "المضايقة" مضايقة: باهم دشوارى كردن وتنگ گرفتن. (من)

(١٨) قوله: "وفي [أي في عقد الكتابة في الحال] الحال" أي في الكتابة الحالة يرد إلى الرق كما عجز، لأن شرط النسخ عجز المكاتب عن أداء البدل، وقد وجد. (ك)

(١٩) المكاتب.

(٢٠) بعد المطالبة.

(٢١) قوله: "إلى الرق" قال الاتقاني: ولكن لا يرد إلا بالتراضي، أو بقضاء القاضي. (رد المحتار)

(١) قوله: "إذا كان يعقل إلخ" أراد من قوله: يعقل يعلم أن الشراء جالب، والبيع سالب، ومعرفة ذلك أن الصبي إذا أعطى فلوسًا وأخذ الحلواء، ثم أخذ يبكي، ويقول: أعطِني فلوسي، فهو علامة كونه غير عاقل، وإن اتخذ الحلواء، ولم يسترد فلوسه، فهو عاقل. (عيني)

(٢) أي في الحكم المذكور.

(٣) أي هذا الخلاف منه.

(٤) قوله: "على مسألة إذن الصبي في التجارة" فإنه لا يجوز لأنه ليس من أهل التصرف، ولا يصح الإذن له، وعندنا هو من أهل التصرف، إذا عقل العقد. (ع)

(٥) قوله: "وهذا بخلاف ما إذا إلخ" في "شرح الطحاوي": وإذا كان لا يعقل لا يجوز إلا إذا قبل عنه إنسان فإنه يجوز ويتوقف على إدراكه فإن أدى هذا القابل عتق. (عيني)

(٦) إذ لا بد له من القبول.

(٧) أي عن الصغير الغير المميز.

(٨) قوله: "لا يعتق" لأن أداء البدل إنما يتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل. (عيني)

(٩) من المال.

(١٠) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

(١١) قوله: "جعلت عليك ألفا إلخ" فقوله: فإذا أديتها فأنت حر، لا بد منه، لأن قوله: جعلت عليك يحتمل الكتاب، ويحتمل الضريبة، لأن المولى يستبد بضربة عبده، فلا يتعين جهة الكتابة، إلا بقوله: إذا أديتها فأنت حر، بخلاف قوله: كاتبتك لعدم الاحتمال، وقوله: إن عجزت فأنت رقيق، لا يحتاج إليه ههنا، وفي الكتابة أيضًا، وإنما ذكره حثًا للعبد على الأداء عند النجوم. (ك)

(١٢) قوله: "فإن هذه مكاتبة" حتى لا يجوز بيعه ويجوز فسخها بالتراضي، ولو أدى بعض البدل لم يبق محلا للتكفير، بخلاف المعلق عتقه بأداء المال، فإن هذه الأحكام تنعكس في حقه. (ك)

ولو قال: إذا أديت إلى ألفًا كل شهر مائة فأنت حر، فهذه مكاتبة فى رواية أبى سليمان[١]، لأن التنجيم يدل على الوجوب[٢]، وذلك[٣] بالكتابة، وفى نسخ[٤] أبى حفص[٥] لا يكون مكاتبًا[٦] اعتبارًا بالتعليق بالأداء مرة[٧].

قال[٨]: وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى، ولم يخرج عن ملكه، أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة[٩]، وهو الضم، فيضم[١٠] مالكية يده[١١] إلى مالكية نفسه[١٢]، أو لتحقيق مقصود الكتابة[١٣]، وهو أداء البدل، فيملك[١٤] البيع والشراء، والخروج إلى السفر، وإن نهاه المولى[١٥]، وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا[١٦]، ولأنه[١٧] عقد معاوضة، ومبناه على المساواة، وينعدم ذلك[١٨] بتنجز العتق، ويتحقق بتأخره[١٩]، لأنه يثبت له[٢٠] نوع مالكية[٢١]، ويثبت

(١٣) المولى.

(١) تلميذ الإمام محمد.

(٢) قوله: "يدل إلخ" لأن التنجيم للتخفيف والتيسير، وذلك فى المال، ولا يجب المال إلا بالكتابة، لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، إلا بالكتابة، فعرفنا أن المولى قصد إيجاب البدل بهذا التنجيم. (ك)

(٣) أى وجوب الدين للمولى على العبد.

(٤) أى نسخ مبسوطه.

(٥) الكبير تلميذ الإمام محمد.

(٦) قال فخر الإسلام: هو الأصح. (ك)

(٧) قوله: "اعتبارًا بالتعليق إلخ" يعنى إذا قال: إن أديت إلى ألفا لا يكون كتابة، ويكون تعليق الحرية بالشرط، ولا يلزم قبول العبد، والتنجيم لا يدل على الكتابة لصحتها بدونه كما فى الكتابة الحالة، والتفاوت بين رواية أبى حفص، وأبى سليمان أن العبد إذا أدى الألف مرة لا يعتق على رواية أبى حفص، لأن الشرط أن يؤدى كل شهر مائة، وعلى الرواية الأخرى يعتق لأنه أدى بدل الكتابة. (عينى)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) لغةً.

(١٠) قوله: "فيضم إلخ" فإن قيل: ضم الشىء إلى الشىء يقتضى وجودهما، ومالكية النفس فى الحال ليست بموجودة، فكيف يتحقق الضم، وأجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر، فيتحقق الضم. (عناية)

(١١) الحاصلة فى الحال.

(١٢) التى تحصل عند الأداء.

(١٣) فإنه لا يحصل لو لم يملك يدًا.

(١٤) المكاتب.

(١٥) عن السفر.

(١٦) قوله: "فلما روينا" وهو قوله عليه السلام: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم». (كفاية)

(١٧) عقد الكتابة.

(١٨) المساواة.

له[١] في الذمة[٢] حق من وجه[٣].

فإن أعتقه[٤] عتق بإعتاقه[٥]؛ لأنه[٦] مالك لرقبته، ويسقط عنه بدل الكتابة؛ لأنه[٧] ما التزمه[٨] إلا مقابلا بحصول العتق له، وقد حصل[٩] دونه[١٠].

قال[١١]: وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر[١٢]؛ لأنها صارت أخص بأجزاءها توسلا إلى المقصود بالكتابة، وهو الوصول إلى البدل من جانبه[١٣]، وإلى الحرية من جانبها بناء عليه[١٤]، ومنافع البضع ملحقة[١٥] بالأجزاء والأعيان.

وإن جنى[١٦] عليها، أو على ولدها لزمته[١٧] الجناية؛ لما بينا[١٨]، وإن أتلف[١٩]

---

(١٩) العتق.

(٢٠) أي للعبد الذي كوتب.

(٢١) وهو مالكية اليد، وهذا النوع أيضًا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقًا. (ع)

(١) أي للمولى.

(٢) أي ذمة المكاتب، وهو أصل البدل.

(٣) قوله: "حق من وجه" إنما كان حقًا من وجه لضعفه، فإنه ثابت في الذمة مع المنافي؛ إذ المولى لا يستوجب على العبد دينًا، ولهذا لا يصح الكفالة به. (عيني)

(٤) أي المولى المكاتب بأن نجز عتقه.

(٥) أي لا بالكتابة السابقة.

(٦) المولى.

(٧) العبد.

(٨) بدل.

(٩) العتق.

(١٠) بدل.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "العقر [ولو وطئ مرارًا لا يلزمه إلا عقر واحد. رد المحتار]" من أسماء المهر الصداق والعقر، وفي استيلاء "الجوهرة": العقر في الحرائر مهر المثل، وفي الإماء عشر قيمة البكر ونصف عشر قيمة الثيب، والظاهر أنه يشترط عدم نقصان العشر أو نصفه عن عشرة دراهم، فإن نقص وجب تكميله إلى العشرة، لأن المهر لا ينقص عن العشرة، سواء كان مهر المثل أو مسمّى، وقيل: في الجواري ينظر إلى مثل تلك الجارية جمالا ومولى بكم تتزوج، فيعتبر بذلك، وهو المختار، كذا نقل في "رد المحتار".

(١٣) المولى.

(١٤) أي على الوصول إلى البدل من جانبه.

(١٥) قوله: "ملحقة بالأجزاء والأعيان" حيث قابلها الشرع بالأعيان، قال تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾، ولو استحقت الجارية يغرم المشتري من العقر، وقيمة الولد دون المنفعة فعلم أن الوطئ في حكم جزء العين، ولو كان في حكم المنفعة لما غرم. (عيني)

(١٦) المولى.

مالا لها غرم؛ لأن المولى كالأجنبى فى حق إكسابها ونفسها، إذ لو لم يجعل[1] كذلك[2] لأتلفه المولى، فيمتنع حصول الغرض[3] المبتغى بالعقد.

فصل فى الكتابة الفاسدة[4]

قال[5]: وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير، أو على قيمته[6] فالكتابة فاسدة، أما الأول[7] فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم، لأنه ليس بمال[8] فى حقه، فلا يصلح بدلا[9]، فيفسد العقد، وأما الثانى[10] فلأن قيمته[11] مجهولة قدراً[12] وجنساً[13] ووصفاً[14]، فتفاحشت الجهالة، وصار كما إذا كاتب على ثوب[15] أو دابة[16]، ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد[17]، لأنه موجب

---

(١٧) المولى.

(١٨) إشارة إلى قوله: لأنها صارت أخص توسلا إلخ.

(١٩) المولى.

(١) المولى.

(٢) أى كالأجنبى.

(٣) وهو حصول الحرية لها.

(٤) قوله: "فصل فى الكتابة الفاسدة إلخ" أخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة. (نتائج)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى العبد بأن يقول: كاتبتك على قيمتك.

(٧) قوله: "أما الأول [أى ما إذا كاتب على خمر أو خنزير]" عبر عن مسألتى الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالأول دون الأولين لاتحادهما فى جهة الفساد، وهى عدم تحقق المالية فى شىء من الخمر والخنزير فى حق المسلم، فكأنما صار المسألة واحدة. (نتائج)

(٨) أى ليس بمال متقوم. (ك)

(٩) لأنه صار عقداً بلا بدل، فصار فاسداً.

(١٠) وهو ما إذا كاتبه على قيمة العبد.

(١١) أى قيمة العبد.

(١٢) يعنى مائة أو مائتين.

(١٣) يعنى دراهم أو دنانير.

(١٤) أى جيداً أو رديئاً.

(١٥) قوله: "كما إذا كاتب إلخ" وأنه لا يجوز لأن الثوب أو الدابة أجناس مختلفة، وما هو مجهول الجنس لا يثبت ديناً فى الذمة كما فى النكاح. (ك)

(١٦) فإنها تفسد لفحش الجهالة.

(١٧) قوله: "ولأنه [أى لأن قوله: كاتبتك على قيمتك] تنصيص إلخ" فإن قيل: لو كاتبه على عبد وسط، أو عبد مطلق يجوز وإن كانت القيمة تجب بهذه التسمية حتى لو أتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول، قلنا: القيمة فيما نحن بصدده يجب قصداً لا حكماً، لمكان التصريح بالقيمة، ويجب ثمة، حكماً لا قصداً لأنه تصريح بالعبد، وقد يثبت الشىء

للقيمة[١]. قال[٢]: فإن أدى الخمر[٣] عتق[٤]، وقال زفر: لا يعتق[٥] إلا بأداء قيمة الخمر[٦]، لأن البدل[٧] هو القيمة. وعن أبى يوسف أنه يعتق بأداء الخمر[٨]؛ لأنه[٩] بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة[١٠] أيضًا، لأنه[١١] هو البدل معنى. وعن أبى حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر[١٢]، إذا قال: إن أديتها فأنت حر، لأنه حينئذٍ يكون العتق بالشرط[١٣]، لا بعقد الكتابة، وصار كما إذا كاتب[١٤] على ميتة أو دم، ولا فصل[١٥] فى ظاهر الرواية[١٦]. ووجه الفرق بينهما[١٧] وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال فى الجملة[١٨]، فأمكن[١٩] اعتبار معنى العقد فيهما[٢٠]، وموجبه العتق عند أداء العوض

حكمًا وضمنا لغيره وإنكان لا يثبت قصداً كبيع الأجنبية ونحوها. (ك)

(١) قوله: "لأنه موجب إلخ" لأن موجب الكتابة الفاسدة القيمة، فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد، فيكون فاسداً. (تبيين)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) والخنزير. (ع)

(٤) قوله: "عتق" سواء قال له: إن أديت فأنت حر أو لم يقل، لأن العقد ينعقد، وإن كان فاسدًا، فيعتق بالأداء. (مل)

(٥) وإن أدى الخمر.

(٦) قوله: "إلا بأداء قيمة الخمر" أنه مشكل جداً مخالف لعامة روايات الكتب فإن فيها لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه، ولو قيل: بأن المراد قيمة العبد أضيفت إلى الخمر بأدنى ملابسة، وهو وجوبها عند ذكر الخمر فى البدل لكان وجها متكلفًا. (ك)

(٧) أى فى الكتابة الفاسدة. (ع)

(٨) قوله: "وعن أبى يوسف" أنه يعتق بأداء الخمر إلخ، هذا الحكم الذى ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره فى "المبسوط" و "الذخيرة"، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن. (ن)

(٩) الخمر.

(١٠) أى قيمة نفسه.

(١١) أى قيمة نفسه.

(١٢) قوله: "إنما يعتق بأداء إلخ" وعليه قيمة نفسه لأن العقد الفاسد إذا تلف فيه المعقود عليه وجب فيه القيمة كالمبيع إذا تلف فى البيع الفاسد فى يد المشترى. (عينى)

(١٣) أى بحصول شرط تعلق به العتق.

(١٤) قوله: "كما إذا كاتب على ميتة أو دم" فإنه لا يعتق بتسليم عينهما إلا إذا قال: إن أديت إلى فأنت حر، أما إذا لم يقل فلا يعتق بأداءهما لأن العقد لم ينعقد أصلا، فيعتبر فيه التعليق. (عينى)

(١٥) قوله: "ولا فصل إلخ" أى لا تفصيل فى الخمر والخنزير فى ظاهر الرواية، وفى الميتة والدم تفصيل فمعنى قوله: وجه الفرق أى وجه الفرق فى ظاهر الرواية بين الخمر والميتة إلخ. (أعظمى)

(١٦) بين أن يقول: إن أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل. (ع) أى يعتق بأداء الخمر صرح بذكر الشرط أو لم يصرح. (ك)

(١٧) الخمر والخنزير.

(١٨) وإن لم يكن متقومًا فى حكم المسلم.

المشروط، وأما الميتة فليست بمال أصلا، فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه، فأعتبر فيه معنى الشرط، وذلك[١] بالتنصيص عليه[٢].

وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته، لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد[٣]، وقد تعذر بالعتق، فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا أتلف المبيع[٤]. قال: ولا ينقص[٥] عن المسمى ويزاد عليه؛ لأنه عقد فاسد، فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت، كما في البيع الفاسد[٦]، وهذا[٧] لأن المولى ما رضي بالنقصان[٨]، والعبد رضي[٩] بالزيادة[١٠] كيلا يبطل حقه في العتق أصلا، فتجب القيمة[١١] بالغة ما بلغت، وفيما إذا كاتبه[١٢] على قيمته يعتق بأداء القيمة[١٣]؛ لأنه[١٤] هو البدل، وأمكن اعتبار معنى العقد[١٥] فيه[١٦]، وأثر الجهالة في الفساد[١٧]،

---

(١٩) باعتبار المالية.

(٢٠) بجعله بدلا فيه.

(١) أي اعتبار معنى الشرط.

(٢) أي على الشرط وهو أداء الميتة.

(٣) وموجب العقد الفاسد رد المعقود عليه.

(٤) في يد المشتري فيجب القيمة.

(٥) القيمة.

(٦) إذا تلف المبيع يجب قيمة المبيع لتعذر رده.

(٧) قوله: "وهذا" أي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه، لأن المولى إلخ. (نتائج)

(٨) عن المسمى، حيث أوجب العقد في المسمى.

(٩) قوله: "والعبد رضي إلخ" أي الظاهر من حال العبد أنه يرضى بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية، أو لأن العبد لما أقدم على الكتابة الفاسدة والواجب فيها القيمة فقد رضي بأداء قيمته وإن زادت القيمة على المسمى. (ك)

(١٠) على المسمى.

(١١) تفريع على قوله: والعبد رضي إلخ. (نت)

(١٢) العبد.

(١٣) قوله: "يعتق بأداء القيمة" وقيمته تعرف بتصادقهما لأن الحق فيما بينهما، وأما بتقويم المقومين فإن اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له، وإن اختلفا لا يعتق ما لم يؤدّ أقصى القيمتين، لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين. (ب)

(١٤) القيمة.

(١٥) قوله: "وأمكن اعتبار إلخ" بأن أدى مالا يختلف المقومون فيه بأن يقوم أحدهم بثلاثين، والآخر بخمسة وثلاثين، والآخر بأربعين، فلما لم يجاوز أحدهم من أربعين، وقد أدى أربعين يكون مؤديًا قيمتها. (عيني)

(١٦) القيمة.

(١٧) قوله: "وأثر الجهالة إلخ" أي فإن قيل: القيمة مجهولة، فكان الواجب أن يفيد البطلان، ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله: وأثر الجهالة في الفساد لا في البطلان كما في البيع، فإنها تفسده لا تبطله. (عناية)

بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب[١]، حيث لا يعتق[٢] بأداء ثوب[٣]، لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد[٤]، لاختلاف أجناس الثوب، فلا يثبت العتق بدون إرادته.

قال[٥]: وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه[٦] لغيره[٧] لم يجز[٨]؛ لأنه لا يقدر[٩] على تسليمه[١٠]، ومراده[١١] شيء يتعين بالتعين[١٢]، حتى لو قال: كاتبتك على هذه الألف الدرهم وهى[١٣] لغيره[١٤] جاز[١٥] لأنها لا تتعين فى المعاوضات، فيتعلق[١٦] بدراهم دين فى الذمة، فيجوز.

وعن أبى حنيفة رواه الحسن أنه يجوز حتى إذا ملكه[١٧] وسلمه[١٨] يعتق، فإن

(١) قوله: "بخلاف ما إذا كاتبه إلخ" جواب عما يقال: الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد، فكان ينبغى أن يعتق بأداء ثوب كما يعتق بأداء القيمة، فقال: بخلاف إلخ. (عينى)

(٢) قوله: "حيث لا يعتق إلخ" تقريره أن الثوب عوض، والعوض يقتضى أن يكون مرادًا، والمطلق منه ليس بموجود فى الخارج، فلا يكون مرادًا فتعين أن يكون المتعين مرادًا، والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه، فلا يعتق بدون إرادته، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين.
فإن قلت: فإذا أدى القيمة فيما إذا كاتب على ثوب يعتق أولا، قلت: ذكر فى الذخيرة أن الأصلَ عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر أو الجنس لا يعتق العبد بأداء القيمة ولا ينعقد هذه الكتابة أصلا لا على المسمّى، ولا على القيمة. (ع)

(٣) قوله: "بأداء ثوب" لأنه يختلف اختلافًا فاحشًا لا يوقف على مراد المولى، فكانت الكتابة باطلة، فلا يعتبر أصلا حتى لو أدى قيمته أيضًا لا يعتق. (تبيين)

(٤) قوله: "لأنه لا يوقف [أى لا يطلع] إلخ" لأنه لا يمكن حمل كلامه على إرادة مطلق الثوب، لأن إرادة المطلق إنما تصح على تقدير صحة التخيير بين أفراده، ولا يصح التخيير ههنا لفحش التفاوت فيها، فيجب حمله على جنس معين وهو مجهول لا يوقف عليه، فلا يصح ذكره فى العقد. (أعظمى)

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) كالثوب والدابة.

(٧) أى لغير العبد.

(٨) عقد الكتابة.

(٩) قوله: "لأنه [أى لأن المكاتب] لا يقدر إلخ" لأن ملك الغير غير مقدور التسليم. (كفاية)

(١٠) إلى المولى.

(١١) أى محمد من قوله: على شيء بعينه.

(١٢) كالفرس والعبد.

(١٣) الواو حالية.

(١٤) العبد.

(١٥) عقد الكتابة.

(١٦) العقد.

(١٧) العبد.

(١٨) إلى المولى.

عجز[١] يرد فى الرق، لأن المسمى مال والقدرة[٢] على التسليم موهومة، فأشبه الصداق[٣]. قلنا[٤]: إن العين فى المعاوضة معقود عليه، والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ[٥]، كما فى البيع[٦]، بخلاف[٧] الصداق فى النكاح، لأن القدرة على ما هو المقصود[٨] بالنكاح[٩] ليس بشرط، فعلى ما هو تابع فيه أولى. فلو أجاز صاحب العين ذلك[١٠] فعن محمد أنه يجوز[١١]، لأنه يجوز البيع[١٢] عند الإجازة، فالكتابة أولى، وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز[١٣] اعتبارًا بحال عدم الإجازة على ما قال فى الكتاب[١٤].

والجامع بينهما[١٥] أنه[١٦] لا يفيد[١٧] ملك[١٨] المكاسب، وهو المقصود[١٩]،

---

(١) أى العبد عن تسليم العين المذكورة إلى مولاه.

(٢) أى قدرة العبد على تسليم العين إلى مولاه بما يحدث له فيه من الملك.

(٣) قوله: "فأشبه [أى بدل الكتابة] الصداق" والجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال، فلو تزوج على عبد لغيره جاز حتى وجبت قيمته عند العجز عن التسليم، فكذا ههنا. (ك)

(٤) إشارة إلى بيان وجه الظاهر.

(٥) قوله: "إذا كان العقد يحتمل الفسخ [تحرز به عن النكاح. ك]" والكتابة تحتمل الفسخ فيشترط القدرة على المعقود عليه، فإن قلت: البدل فى الكتابة له حكم الثمن بدليل جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه، فلا يكون القدرة عليه شرطًا. قلت: هذا إذا كان من النقود، وليس الكلام فيه، وإنما كلامنا فى العين، فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة، فيصير للبدل حكم المبيع، فيشترط القدرة عليه. (عينى)

(٦) قوله: "كما فى البيع" فإنه يحتمل الفسخ، فيشترط فيه القدرة على المعقود عليه. (مل)

(٧) جواب عن قوله: فأشبه الصداق.

(٨) قوله: "لأن القدرة إلخ" يعنى أن القدرة على تسليم ما هو المقصود بالنكاح، وهو البضع ليس بشرط لصحة العقد، حتى لو تزوج بنت سنة يجوز، وإن كانت القدرة معدومة ففيما ليس بمقصود وهو المهر أولى. (ك)

(٩) وهو التوالد والتناسل. (ع)

(١٠) يعنى ما قاله المولى لعبده.

(١١) قوله: "أنه يجوز" فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد، فيصير العين من أكسابه. (عينى)

(١٢) قوله: "لأنه يجوز البيع" بأن اشترى شيئًا بمال الغير، فأجاز صاحب المال جاز، فالكتابة أولى، لأن مبناها على المسامحة والمساهلة، بخلاف البيع، فإن مبناه على المضايقة والمماكسة. (مل)

(١٣) وإن أجاز المالك.

(١٤) قوله: "على ما قال فى الكتاب" أى فى "الجامع الصغير" أشار به إلى قوله: وكذلك إن كاتبه على شىء إلخ. (ع)

(١٥) أى بين ما أجاز المالك، وما لم يجز.

(١٦) عقد الكتابة.

(١٧) ههنا.

(١٨) للعبد.

(١٩) فى الحال من عقد الكتابة.

لأنها[١] تثبت للحاجة إلى الأداء منها، ولا حاجة فيما إذا كان البدل عينًا معينًا[٢]، والمسألة فيه على ما بيناه[٣]. وعن أبى يوسف أنه[٤] يجوز أجاز[٥] ذلك أو لم يجز، غير أنه عند الإجازة[٦] يجب تسليم عينه[٧]، وعند عدمها يجب[٨] تسليم قيمته، كما فى النكاح[٩]، والجامع بينهما[١٠] صحة التسمية لكونه[١١] مالا.

ولو ملك المكاتب ذلك العين[١٢] فعن أبى حنيفة رواه أبو يوسف أنه[١٣] إذا أداه لا يعتق[١٤]، وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد[١٥] إلا إذا قال[١٦] له: إذا أديت إلى فأنت حر، فحينئذ يعتق بحكم الشرط[١٧]، وهكذا عن أبى يوسف، وعنه أنه يعتق[١٨]، قال[١٩]: ذلك[٢٠] أو لم يقل، لأن العقد[٢١] ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا، فيعتق بأداء المشروط، ولو كاتبه على عين[٢٢] فى يد المكاتب ففيه روايتان[٢٣]، وهى

---

(١) أى لأن ملك المكاسب وإنما أنث لأجل المضاف إليه.

(٢) قوله: "عينًا معينًا" قيد بقوله: معينًا بعد قوله: عينًا احترازًا عن الدراهم والدنانير المعينة فإنها وإن عينت لا تتعين عندنا، فيجوز الكتابة حتى إذا كاتبه على ألف فلان هذه جازت فإن أدى تلك الألف أو ألفًا أخرى عتق. (عينى)

(٣) قوله: "والمسألة إلخ" أى فرض المسألة فى ذلك على ما بيناه من أن مراده شىء يتعين بالتعيين. (ع)

(٤) أى أن عقد الكتابة المذكورة.

(٥) المالك.

(٦) من المالك.

(٧) أى الشىء المعين إلى المولى.

(٨) على المكاتب.

(٩) قوله: "كما فى النكاح" فإنه إذا نكح امرأة على عبد رجل بعينه يصح العقد، فإن رضى مالك العبد يدفعه إليها، وإلا فيجب على الزوج قيمة العبد. (عينى)

(١٠) بين المقيس وهو الكتابة والمقيس عليه وهو النكاح.

(١١) أى المسمى العين.

(١٢) بشراء أو هبة أى لم يجز ولكن ملك إلخ.

(١٣) المكاتب.

(١٤) بالعقد لعدم انعقاده.

(١٥) السابق.

(١٦) المولى.

(١٧) عند الأداء لوجود الشرط.

(١٨) بدفع العين إلى المولى.

(١٩) المولى.

(٢٠) أى إن أديت إلخ.

(٢١) أى عقد الكتابة السابق.

مسألة الكتابة على الأعيان[١]، وقد عرف ذلك فى "الأصل"[٢]، وقد ذكرنا وجه الروايتين[٣] فى "كفاية المنتهى"[٤].

قال[٥]: وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه[٦] عبداً بغير عينه[٧]، فالكتابة فاسدة عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هى جائزة، ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب، وعلى قيمة عبد وسط، فتبطل منها حصة العبد[٨]، فيكون مكاتباً بما بقى[٩]، لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة، وينصرف إلى الوسط، فكذا يصلح مستثنى منه[١٠]، وهو الأصل[١١] فى أبدال العقود[١٢].

ولهما أنه لا يستثنى[١٣] العبد[١٤] من الدنانير[١٥]، وإنما يستثنى قيمته[١٦]، والقيمة

---

(٢٢) قوله: "على عين [أى معين سوى النقود]" أى على عين هو من كسبه بأن كان مأذوناً فى التجارة. (ك)

(٢٣) قوله: "ففيه روايتان" فى رواية كتاب الشرب يجوز، وفى رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز. (ع)

(١) قوله: "وهى مسألة إلخ" وهى التى ذكرت فى قوله: وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره. (ع)

(٢) قوله: "وقد عرف ذلك فى الأصل" أى فى "المبسوط" ذكر فيه عبد مأذون له فى التجارة، وفى يديه عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين، ففيه روايتان، أما إذا كان دراهم أو دنانير حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايتين. (كفاية)

(٣) قوله: "وجه الروايتين [الجواز وعدمه]" وجه الجواز أن هذه كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم ووجه الفساد أن الكتابة شرعت على وجه يختص بمكاسبه، فيثبت حرية اليد فى الحال، ويتراخى حرية الرقبة إلى وقت الأداء.
فلو جازت الكتابة ههنا كان الأداء من مال المولى، لأن أكسابه وقت العقد مال المولى، فكانت الكتابة على مال منقود للمولى، لا على كسب يوجد بعد الكتابة، فلا يفيد ملك المكاسب على أنه يثبت حرية اليد والرقبة فى حالة واحدة لا على وجه التعاقب، فيكون إعتاقاً ببدل، ولا يكون كتابة. (كفاية)

(٤) ولم يذكره ههنا لطوله. (ع)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) وفى نسخة: عليه.

(٧) قوله: عبداً بغير عينه" قيد بقوله: بغير عينه لأنه لو كان العبد معيناً يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق، فكذا استثناءه. (عينى)

(٨) الوسط.

(٩) قوله: "فيكون مكاتباً إلخ" حتى إذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب أداء خمسين، ويسقط خمسون فى مقابلة العبد. (عينى)

(١٠) أى من بدل الكتابة.

(١١) قوله: "وهو [أى كل ما يصلح بدلا يصلح مستثنى] الأصل" يعنى الأصل إن كل ما يصلح أن يكون بدلا فى عقد يصح استثناءه منه. (ك)

(١٢) وفى نسخة: المعقود عليه.

(١٣) قوله: "أنه لا يستثنى إلخ" لأن الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس، ولا يجوز استثناء القيمة، لأنها لا تصلح بدلا لاشتمالها على نوع جهالة لاختلاف المقومين فيها، فإذا

لا تصلح بدلا[١] فكذلك مستثنى. قال[٢]: وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانًا، ومعناه أن يبين الجنس[٣]، ولا يبين النوع والصفة، وينصرف إلى الوسط[٤]، ويجبر[٥] على قبول القيمة[٦]، وقد مر في النكاح[٧]، أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول: دابة لا يجوز، لأنه يشمل أجناسًا مختلفة[٨]، فيتفاحش الجهالة[٩]، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف[١٠]، فالجهالة يسيرة[١١]، ومثلها يتحمل فى الكتابة[١٢]، فيعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل[١٣] فيه[١٤].

وقال الشافعى: لا يجوز وهو القياس لأنه[١٥] معاوضة، فأشبه البيع[١٦]، ولنا

استثنى قيمته من المائة بقى الباقى من البدل مجهولا. (ك)

(١٤) قوله: "العبد إلخ" هذا قول بالموجب، يعنى سلمنا الأصل المذكور، ولكنه إنما يكون فيما يصح الاستثناء، وههنا ليس كذلك، لأنه لا يستثنى العبد من الدنانير إلخ. (مل)

(١٥) لأنه ليس من جنسها.

(١٦) العبد.

(١) لأنها مجهولة جنسًا وقدراً ووصفًا.

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "أن يبين الجنس [كالفرس والعبد]" مثل أن يكاتبه على عبد أو وصيف ولا يبين النوع، أى لم يقل أنه تركى أو هندى، والصفة أى لم يقل أنه أبيض أو أسود. (ك)

(٤) قوله: "وينصرف إلى الوسط" ثم الوسط عند أبى حنيفة فى العبد الذى قيمته أربعون درهما، وعندهما على قدر غلاء السعر ورخصته. (عينى)

(٥) المولى.

(٦) لأنه قضاء فى معنى الأداء. (ع)

(٧) قوله: "وقد مر فى النكاح" أى فى باب المهر، فإنه إذا تزوجها على حيوان، وبين جنسه، ولم يبين نوعه وصفته، فإنه يجوز وينصرف إلى الوسط. (عينى)

(٨) مما يدب على الأرض.

(٩) فيفضى إلى المنازعة.

(١٠) قوله: "كالعبد والوصيف" الوصيف اسم للغلام الذى يوصف بالخدمة بأن كان قادراً عليها والعبد أعم من أن يبلغ الخدمة أولا فهو من عطف الخاص على العام. (عينى)

(١١) لأنها ترجع إلى الوصف دون الذات. (عينى)

(١٢) قوله: "ومثلها يتحمل إلخ" لأنها تشبه البيع من حيث إنها معاوضة، ألا ترى أنها تقال وتفسخ وتشبه النكاح أيضًا من حيث إنها معاوضة مال بما ليس بمال، فإذا كانت الجهالة فى أصلها منع الجواز لشبه البيع، وإذا كانت فى الوصف لا يمنع لشبه النكاح. (عينى)

(١٣) قوله: "بجهالة الأجل" كما لو قال: كاتبتك إلى الحصاد والدياس صحت الكتابة لأن مبناها على المسامحة. (مل)

(١٤) أى فى عقد الكتابة.

(١٥) عقد الكتابة.

أنه معاوضة مال بغير مال[١] ، أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه ، فأشبه النكاح[٢] ، والجامع[٣] أنه يبتنى على المسامحة[٤] ، بخلاف البيع[٥] لأن مبناه على المماكسة[٦] .

قال[٧] : وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز ، معناه إذا كان[٨] مقدارًا معلومًا[٩] ، والعبد كافرًا ، لأنها مال فى حقهم بمنزلة الخل فى حقنا ، وأيهما[١٠] أسلم فللمولى قيمة الخمر ؛ لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها ، وفى التسليم ذلك[١١] إذ الخمر غير متعين[١٢] ، فيعجز[١٣] عن تسليم البدل[١٤] ، فيجب عليه قيمته[١٥] . وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمرًا ، ثم أسلم أحدهما[١٦] حيث يفسد

---

(١٦) قوله: "فأشبه البيع [والبيع مع البدل المجهول والأجل المجهول لا يصح]" والجامع أنه لا يصح إلا بتسمية البدل، فكانت معاوضة كالبيع، ألا ترى أنه يقال ويفسخ. (ك)

(١) قوله: "معاوضة مال بغير مال" أى فى الابتداء، لأن البدل فى الابتداء مقابل بفك الحجر، وهو ليس بمال، أو بمال، أى فى الانتهاء لأنه يقابل الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه، لأن العبد لا يتملك مالية نفسه، بل يسقط ملك المولى فيه، بخلاف البيع، فإنه مبادلة المال بالمال وليس فيه سقوط الملك. (مل)

(٢) قوله: "فأشبه النكاح" أى أنه نظير النكاح فيجوز فيه البدل المجهول كما فى النكاح، والجامع أنه يبتنى على المسامحة، فلا يفضى الجهالة فيه إلى النزاع كالنكاح بخلاف البيع فإنه يبتنى على المماكسة، فيفضى الجهالة فيه إلى المنازعة. (أعظمى)

(٣) بين الكتابة والنكاح.

(٤) كالنكاح يبتنى على المسامحة.

(٥) قوله: "بخلاف البيع" جواب عن قول الشافعي، فأشبه البيع أشار بأن قياسه الكتابة على البيع باطل لوجود الفارق، وهو ابتناء البيع على المماكسة والمضايقة وابتناء الكتابة على المسامحة والمساهلة. (عينى)

(٦) مماكسة: تشويش كردن در بيع، وكم كردن در ثمن. (من)

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٨) الخمر.

(٩) لأن الجهالة مانعة.

(١٠) المولى والعبد.

(١١) قوله: "وفى التسليم ذلك" أى فى تسليم عين الخمر تمليكها، وتملكها من المسلم لأن العقد ورد على غير المعين، فيكون بمنزلة ابتداء التمليك والتملك. (كافى)

(١٢) قوله: "إذا الخمر غير متعين" فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما إذا كانت معينة فإن الملك يثبت فيها لمجرد عقد الكتابة، والتسليم نقل من يد إلى يد، والمسلم غير ممنوع عن نقل اليد كما إذا غصب المسلم من الذمى خمرًا، ثم أسلم الذمى فإنه لا يمنع عن استرداد خمره من يد الغاصب. (ع)

(١٣) قوله: "فيعجز" أى إذا كان ممنوعًا عن التسليم فقد عجز عن التسليم إلخ. (عناية)

(١٤) أى بدل الكتابة.

(١٥) وفى نسخة: قيمتها.

البيع على ما قاله البعض[١]؛ لأن القيمة[٢] تصلح بدلا فى الكتابة فى الجملة، فإنه لو كاتب على وصيف[٣]، وأتى بالقيمة يجبر[٤] على القبول، فجاز[٥] أن يبقى العقد على القيمة، أما البيع لا ينعقد صحيحًا[٦] على القيمة فافترقا[٧].

قال: وإذا قبضها[٨] عتق؛ لأن فى الكتابة معنى المعاوضة، فإذا وصل أحد العرضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد، وذلك[٩] بالعتق، بخلاف ما إذا كان العبد مسلمًا حيث لم يجز الكتابة[١٠]، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر، ولو أداها[١١] عتق، وقد بيناه من قبل[١٢]، والله أعلم.

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله[١٣]

قال[١٤]: ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر؛ لأن موجب الكتابة أن يصير حرًا يدًا، وذلك[١٥] بمالكية التصرف مستبدًا[١٦] به[١٧] تصرفًا يوصله إلى مقصوده،

---

(١٦) قبل القبض. (تبيين)

(١) قوله: "على ما قاله البعض" إنما قيد بقوله على ما قاله البعض، لأن بعض المشايخ قال: ينبغى أن يكون الجواب فى البيع كالجواب فى الكتابة، والرواية فى الكتابة رواية فى البيع. (ع)

(٢) قوله: "لأن القيمة" أى قيمة المسمى تصلح بدلا فى الكتابة فإنه إذا كاتبه على وصيف كان ذلك كتابة على قيمة الوصيف فى الحقيقة، حتى إذا جاء بقيمته يجبر على القبول فمتى جاز أن ينعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتداء جاز أن يبقى على القيمة، أما البيع لا ينعقد صحيحًا على القيمة أصلا، فلا يمكن إبقاءه عليها. (كفاية)

(٣) الوصيف الغلام والجمع وصفًا. (مغرب)

(٤) المولى.

(٥) فإذا جاز أن ينعقد على القيمة فأولى أن يبقى لأن البقاء أسهل من الدفع.

(٦) أصلا فكذا لا يبقى.

(٧) البيع والكتابة.

(٨) قوله: "وإذا قبضها" أى قبض قيمة الخمر عتق وإن أدى الخمر عتق أيضًا لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء البدل المذكور، وصار كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر، فأدى المكاتب الخمر فإنه يعتق. (كفاية)

(٩) أى سلامة العوض الآخر للعبد.

(١٠) على الخمر.

(١١) أى لو أدى العبد المسلم الخمر عتق بوجود معنى التعليق.

(١٢) قوله: "وقد بيناه من قبل" أى فى أول هذا الفصل وهو قوله: فإن أدى الخمر عتق، وقال زفر: لا يعتض. (ك)

(١٣) قوله: "باب ما يجوز إلخ" لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله، وما لا يجوز له، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح. (عناية)

قوله: "ما يجوز للمكاتب إلخ" الظاهر أن اكتفاء المصنف فى عنوان هذا الباب على ما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات، وإلا فقد ذكر فى هذا الباب كثير مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله. (نت)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

وهو(١) نيل الحرية بأداء البدل، والبيع والشراء من هذا القبيل(٢)، وكذا السفر لأن التجارة ربما لا تتفق(٣) في الحضر، فيحتاج إلى المسافرة، ويملك البيع بالمحاباة(٤) لأنه(٥) من صنيع التجار، فإن التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى.

قال(٦): فإن شرط(٧) عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانًا، لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد(٨) وثبوت الاختصاص(٩) فبطل الشرط(١٠)، وصح العقد، لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد(١١)، وبمثله(١٢) لا تفسد الكتابة.

وهذا(١٣) لأن الكتابة تشبه البيع(١٤)، وتشبه النكاح(١٥)، فألحقناها بالبيع في شرط

(١٥) أي حرية يده.

(١٦) مستقلا.

(١٧) أي بالتصرف.

(١) مقصود.

(٢) أي قبيل التصرف النافع.

(٣) أي لا تحصل.

(٤) قوله: "البيع بالمحاباة [فرو گذاشت كردن. من]" وهو بيع شيء يساوي مائة بتسعين مثلا معناه العطية، وقال الثلاثة: لا يملك البيع بالمحاباة، لأنه تبرع كالهبة. (عيني)

(٥) بيع بالمحاباة.

(٦) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٧) المولى.

(٨) الاستقلال.

(٩) بنفسه وأكسابه. (ع)

(١٠) أي شرط المولى عدم خروجه من السفر.

(١١) قوله: "لأنه [جواب عما قيل: هذا الشرط يقتضي بطلان العقد فقال: وصح إلخ] شرط إلخ" يعني أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إن تمكن في صلب العقد، وهو أن يدخل في أحد البدلين، كما إذا قال: كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زمانًا، وهذا ليس كذلك، لأنه لا شرط في بدل الكتابة، ولا فيما يقابله، فلا تفسد به الكتابة. (عناية)

(١٢) أي بمثل هذا الشرط.

(١٣) قوله: "وهذا" أي التفصيل بين كون الشرط المتمكن في صلب العقد مفسدا، وبين كون الشرط الغير المتمكن غير مفسد. (مل)

(١٤) قوله: "لأن الكتابة تشبه البيع [من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل، واحتمالها الفسخ قبل الأداء. ع]" من حيث إنها تحتمل الفسخ في الابتداء، وتشبه النكاح من حيث إنها لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالأداء، فيوفر حظهما عليها، فلشبهها بالبيع يبطل بالشرط الفاسد إذا تمكن في صلبها كما لو شرطه خدمة مجهولة بأن كاتبه على كذا على أن يخدمه مدة، لأنه في البدل، ولشبهها بالنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد إذا لم يتمكن في صلبها بأن كاتبه على ألف إلى الحصاد والدياس. (ك)

تمكن فى صلب العقد، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه[١] هذا[٢] هو الأصل، أو نقول: إن الكتابة فى جانب العبد إعتاق[٣]؛ لأنه إسقاط الملك[٤] وهذا الشرط[٥] يختص العبد[٦]، فأعتبر إعتاقًا[٧] فى حق هذا الشرط، والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة.

قال[٨]: ولا يتزوج إلا بإذن المولى، لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود[٩]، والتزوج ليس وسيلة إليه[١٠]، ويجوز[١١] بإذن المولى لأن الملك له[١٢]، ولا يهب، ولا يتصدق إلا بالشىء اليسير[١٣]، لأن الهبة والصدقة تبرع، وهو[١٤] غير مالك[١٥] ليملكه إلا أن الشىء اليسير من ضرورات التجارة، لأنه لا يجد[١٦] بدا من ضيافة وإعارة ليجتمع[١٧] عليه المجاهزون[١٨]، ومن

(١٥) من حيث إنها معاوضة مال بغير مال. (ع)

(١) العقد.

(٢) أى العمل بالشبهين عند دلالة الدليلين.

(٣) قوله: "إعتاق [مصدر مبنى للمفعول]" لأن الإعتاق إزالة الملك لا إلى أجل، والكتابة كذلك لأنه لا يحصل للمكاتب شىء، وإنما يسقط عنه ملك مولاه. (مل)

(٤) قوله: "إسقاط الملك" فيه إشارة إلى أن الإعتاق إسقاط الملك وهذا خلاف ما صرح به علماءنا أن الإعتاق إثبات القوة الفرعية، وفرعوا عليه أنه لا يجوز اشتراط بدل العتق على الأجنبى، ولو كان إسقاطًا للملك لجاز، لأن اشتراط البدل على الأجنبى فى الإسقاطات يجوز، وفى الإثباتات لا يجوز. (حاشية ملا إله داد)

(٥) أى شرط عدم الخروج.

(٦) أى يتعلق به.

(٧) لا معاوضة.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "ضرورة التوسل إلى المقصود" مقصود المولى من البدل، وذلك بقيام الملك، ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للإيفاء، وذلك بفك الحجر، والتزوج ليس وسيلة إلى المقصود بل هو مانع عن ذلك، فلا يدخل تحت فك الحجر. (ع)

(١٠) بل فيه التزام المهر والنفقة.

(١١) أى التزوج.

(١٢) المولى.

(١٣) وما دون الدرهم قليل يتوسع الناس فيه. (ك)

(١٤) المكاتب.

(١٥) للمال.

(١٦) استجلابًا لقلوبهم.

(١٧) لمثل الدار أو الثوب.

(١٨) قوله: "المجاهزون" والمجاهز عند العامة الغنى من التجار، وكأنه أريد به المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز،

ملك شيئًا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه.

ولا يتكفل[١]، لأنه[٢] تبرع محض، فليس من ضرورات التجارة والاكتساب، فلا يملكه[٣] بنوعيه نفسًا[٤]، ومالا لأن كل ذلك[٥] تبرع، ولا يقرض، لأنه[٦] تبرع ليس من توابع الاكتساب فإن وهب على عوض لم يصح لأنه[٧] تبرع ابتداء، فإن زوج أمته جاز[٨]؛ لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر، فدخل[٩] تحت العقد[١٠].

قال: وكذلك[١١] إن كاتب عبده، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر والشافعي؛ لأن مآله[١٢] العتق، والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال[١٣].

وجه الاستحسان أنه[١٤] عقد اكتساب للمال، فيملكه كتزويج الأمة[١٥]،

وهو فاخر المتاع، أو يسافر به فحرف إلى المجاهز. (ن)

(١) قوله: "ولا يتكفل" سواء كان بإذن المولى، أو بغير إذنه، لأنه ملك المولى لا في منافعه، ومكاسبه، فوجود إذنه فيما هو تبرع كعدمه. (ك)

(٢) أي التكفل.

(٣) التكفل.

(٤) قوله: "نفسًا" فإن قلت: بدل الكتابة مال في ذمته، وتسليم النفس لا ينافي ذلك، قلت: ربما يعجز عن ذلك فيحبس عليه، فيمتنع من الكسب، فيتضرر. (عيني)

(٥) قوله: "لأن كل ذلك" أي الكفالة بإذن المكفول عنه وبغير أمره كل ذلك تبرع، أما إذا كان بغير أمره فظاهر أنه تبرع محض، ولا يكون له الرجوع بما أدى، فصار كالهبة، وإن كان بأمره فكذلك أيضًا، لأن الكفيل متى أدى يصير مقرضًا بما أدى إلى المكفول عنه، والإقراض تبرع لأنه إعارة حكمًا بدليل أن قبض البدل ليس بشرط في المجلس، ولو كان معاوضة، فيشترط قبضه في المجلس لكونه صرفًا، وكذلك الكفالة بالنفس أيضًا لا يصح لأنه تبرع محض من غير عوض يحصل له. (كفاية)

(٦) الإقراض.

(٧) أي لأن الهبة على العوض.

(٨) قوله: "فإن زوج أمته جاز" ولا يلزم عليه عجز المكاتبة من تزويج نفسها، لأن حق المولى في رقبتها باق، ولهذا يملك إعتاقها دون إعتاق أمتها، فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بتزويج نفسها، ولأن فيه تعيب رقبتها، فإن النكاح عيب، فربما يعجز، ويبقى هذا العيب في ملك المولى. (ك)

(٩) وفي نسخة: فيدخل.

(١٠) أي عقد الكتابة.

(١١) أي يجوز.

(١٢) الكتابة.

(١٣) قوله: "كالإعتاق على مال" أي إذا قال المكاتب لعبده: أدّ إلي ألفًا وأنت حر لا يجوز هذا التعليق، فكذا لا يجوز له أن يكاتب عبده، لأن الكتابة بالمال كالتعليق. (عيني)

(١٤) عقد الكتابة.

وكالبيع، وقد يكون هو أنفع له من البيع[١]، لأنه[٢] لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه، والبيع يزيله[٣] قبله[٤]، ولهذا[٥] يملكه الأب والوصى، ثم هو[٦] يوجب للمملوك[٧] مثل ما هو[٨] ثابت[٩] له[١٠]، بخلاف الإعتاق على مال؛ لأنه[١١] يوجب فوق ما هو ثابت له[١٢].

قال: فإن أدى الثانى[١٣] قبل أن يعتق الأول فولاءه[١٤] للمولى؛ لأن له فيه نوع ملك[١٥]، ويصح إضافة[١٦] الإعتاق إليه[١٧] فى الجملة[١٨]، فإذا تعذر إضافته[١٩] إلى مباشر العقد لعدم الأهلية[٢٠] أضيف إليه[٢١]، كما فى العبد[٢٢] إذا اشترى شيئًا يثبت

(١٥) أى كما يملك تزويج أمته.

(١) قوله: "وقد يكون هو [الكتابة] أنفع له من البيع" لأنه لا يستوجب الثمن فى ذمة المشترى ما لم يزل العبد عن ملكه، وههنا لا يزول العبد عن ملكه ما لم يتملك البدل بالقبض، فلما ملك البيع فالكتابة أولى. (ك)

(٢) الكتابة.

(٣) الملك.

(٤) أى قبل وصول البدل إليه.

(٥) قوله: "ولهذا" أى لأجل أن الكتابة لا تزيل الملك قبل وصول البدل إليه يملك الأب للصغير أو وصيه أن يكاتب عبد الصغير. (عينى)

(٦) أى المكاتب الأول، ومن ملك شيئًا يجوز أن يملكه.

(٧) أى المكاتب الثانى.

(٨) أى ملك اليد.

(٩) بكتابة المولى.

(١٠) أى للمكاتب الأول.

(١١) أى لأن الإعتاق على مال.

(١٢) قوله: "يوجب فوق ما هو ثابت له" فإن العتق يحصل له فى الحال بنفس القبول من غير توقف على أداء المال، فهذا غير ثابت للمكاتب الأول. (ع)

(١٣) قوله: "فإن أدى الثانى" أى إن أدى المكاتب الثانى بدل الكتابة قبل أداء الأول عتق الثانى، لتحقق شرط عتقه.

(١٤) الثانى.

(١٥) قوله: "لأن له [أى للمولى] فيه نوع ملك" لأن الثانى مكاتب للمولى بواسطة الأول، فكان المولى بمنزلة علة العلة، ولهذا لو عجز الأول كان الثانى ملكا للمولى كالأول. (ع)

(١٦) قوله: "إضافة" ولهذا لو أوصى لموالى فلان، وليس له معتق فى الأحياء وله معتق المعتق يستحق هذه الوصية هو. (ك)

(١٧) أى إلى المولى.

(١٨) يقال: مولى زيد ومعتق زيد مجازًا. (ع)

(١٩) أى المكاتب الأول.

(٢٠) لكونه رقيقًا.

(٢١) قوله: "أضيف إليه" أى أضيف العتق إلى المولى، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة عند

الملك للمولى. قال: فلو أدى الأول[١] بعد ذلك[٢]، وعتق لا ينتقل الولاء إليه[٣]؛ لأن المولى جعل معتقًا[٤]، والولاء لا ينتقل من المعتق. وإن أدى الثاني[٥] بعد عتق الأول فولاءه له[٦]؛ لأن العاقد[٧] من أهل ثبوت الولاء وهو[٨] الأصل[٩]، فيثبت[١٠] له. قال[١١]: وإن أعتق[١٢] عبده على مال، أو باعه من نفسه[١٣]، أو زوج عبده لم يجز؛ لأن هذه الأشياء ليست من الكسب، ولا من توابعه[١٤]، أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته، وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال[١٥] بغير عوض، وكذا الثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة[١٦]، وأما الثالث فلأنه تنقيص للعبد، وتعييب له[١٧]، وشغل رقبته بالمهر والنفقة، بخلاف تزويج الأمة، لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر[١٨].

قال: وكذلك الأب والوصي[١٩] في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب[٢٠]؛ لأنهما

تعذر الإضافة إلى العلة. (عيني)

(٢٢) المأذون. (ك)

(١) المكاتب الأول.

(٢) قوله: "بعد ذلك" أي بعد أداء الثاني بدل الكتابة وعتقه، وكون ولاءه للمولى. (مل)

(٣) الأول.

(٤) مباشرةً لا حكمًا.

(٥) قوله: "وإن أدى الثاني" أي أدى المكاتب الثاني بدل الكتابة بعد عتق المكاتب الأول بأداء بدل الكتابة. (مل)

(٦) أي للأول.

(٧) المكاتب الأول.

(٨) العاقد.

(٩) لأنه مباشر للعتق.

(١٠) الولاء.

(١١) أي محمد. (عيني)

(١٢) المكاتب.

(١٣) أي باع المكاتب نفس العبد من نفسه.

(١٤) قوله: "ولا من توابعه" أي توابع الكسب وضروراته مثل ضيافة من يعامل معه والإعارة له، والإهداء إليه بشيء يسير. (عيني)

(١٥) أي زوال الملك.

(١٦) أي وإن كان بيعًا صورة.

(١٧) قوله: "وتعييب له" لأن من اشترى عبدًا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب. (عناية)

(١٨) إشارة إلى قوله: وإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب إلخ. (ع)

(١٩) قوله: "وكذلك الأب والوصي إلخ" فيملكان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه، ولا بيعه من نفسه،

يملكان الاكتساب كالمكاتب، ولأنه فى تزويج الأمة والكتابة نظرًا له(١)، ولا نظر فيما سواهما(٢)، والولاية نظرية(٣).

قال(٤): فأما المأذون له(٥) فلا يجوز له شيء من ذلك(٦) عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: له أن يزوج أمته، وعلى هذا الخلاف(٧) المضارب والمفاوض(٨)، والشريك شركة عنان، هو قاسه(٩) على المكاتب، واعتبره بالإجارة(١٠). ولهما أن المأذون له(١١) يملك(١٢) التجارة، وهذا(١٣) ليس بتجارة(١٤)،

ولا إعتاقه على مال كذا قالوا. (نت)

(٢٠) قوله: "بمنزلة المكاتب [أى لهما تزويج أمة الصغير وكتابة عبده]" يعنى يملك الأب والوصى فى رقيق الصغير ما يملكه المكاتب فى رقيق نفسه، وما لا يملكه لا يملكه، كذا قالوا.

واعترض عليه صاحب الإصلاح والإيضاح فيما نقل عنه بأنه لقائل أن يقول: الإعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر، ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فإن ثمه مانعًا، وهو كون العتق فوق الكتابة، فإذا ملك البيع كان ينبغى أن يملكا الإعتاق على مال. أقول: لم يمر فى هذا الكتاب ولا فى كتابه، ولا فى شيء من الكتب أن الإعتاق أنفع من البيع بل الذى تقرر فى الكتب أن الكتابة أنفع من البيع. (نت)

(١) قوله: "نظرًا له [الصغير]" أما فى تزويج الأمة فلما مر آنفًا، وأما فى الكتابة، فلأنه بالعجز يرد رقيقًا فربما كان العجز بعد أداء نجوم، وذلك لا شك فى كونه نظرًا. (ع)

(٢) أى الكتابة وتزويج الأمة.

(٣) قوله: "والولاية نظرية" هذا الكلام فى معرض التعليل يعنى إنما لا يجوز سواهما، لأن ولايتهما نظرية، ولا نظر فى غيرهما. (عينى)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) فى التجارة.

(٦) قوله: "فلا يجوز له شيء من ذلك [أى لا الإعتاق على مال، ولا تزويج الأمة، ولا تزويج العبد ولا أمثالها]" فى هذا التحرير نوع إشكال، لأنه إن كان المشار إليه بذلك فى قوله: فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكر قبل هذه المسألة من قوله: وإن أعتق عبده إلخ، فمع كون كلمة أما فى قوله: فأما المأذون له إلخ مما يأباه، إذ حكم ما ذكر قبله أيضًا عدم الجواز ينافيه قوله. وقال أبو يوسف: له أن يزوج أمته، فإن تزويج الأمة ليس بداخل فى هاتيك الصور المذكورة قبل هذه المسألة، فما معنى بيان خلاف أبى يوسف. وإن كان المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر فى هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز للمأذون بعض ذلك كالبيع والشراء، فلا معنى للسلب الكلى. (نت)

(٧) قوله: "هذا الخلاف" فعند أبى يوسف يجوز للمضارب والمفاوض والشريك شركة عنان أن يزوج أمته خلافًا لهما.

(٨) قوله: "والمفاوض" تقدم بيان شركة المفاوضة وشركة العنان، فارجع.

(٩) قوله: "وهو قاسه" فإن للمكاتب أن يزوج أمته، فكذا لهؤلاء، أى المأذون له والمضارب والمفاوض والشريك شركة عنان.

قوله: "هو قاسه إلخ" قيل استعمال القياس بين العينين أى المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار بين الفعلين أى المتزوج والإجارة، لأن المماثلة بين العينين ظاهرة، إذ فى كل منهما فك الحجر، وإطلاق التصرف، فكان ذكر القياس فيه أولى. بخلاف الفعلين، لأن المماثلة بينهما ليس إلا من حيث الفعلية لا غير، لأن الإجارة معاوضة مال بمال، بخلاف التزويج، فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق. (مل)

(١٠) قوله: "واعتبره بالإجارة" فإن لهم ولاية الإجارة، فكذا ولاية تزويج الأمة، إذ كل واحد منهما لتمليك

فأما المكاتب يملك الاكتساب، وهذا[1] اكتساب، ولأنه[2] مبادلة المال بغير المال[3]، فيعتبر بالكتابة[4] دون الإجارة[5]، إذ هي مبادلة المال[6] بالمال[7]، ولهذا[8] لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد.

فصل[9]

قال[10]: وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه[11] دخل في كتابته[12]؛ لأنه من أهل أن

المنفعة يبدل. (ك)

(١١) قوله: "ولهما أن إلخ" أن لهما أن لهم التجارة، وليس هذا بتجارة، لأنه ليس مبادلة المال بمال، إذ البضع ليس بمال حقيقة، فصار شبيهاً بالكتابة، ولا يملك هؤلاء الكتابة، فكذا هذا، أما المكاتب فيملك الاكتساب، وهذا اكتساب، وهذا بخلاف الإجارة، فإنها مبادلة المال بالمال، ولهذا لا يثبت الحيوان في الذمة بدلا عن المنافع، فكانت تجارة. (ك)

(١٢) قوله: "يملك" أقول: كان الأولى أن يقال: لا يملك إلا التجارة بالقصر، حتى يلزم من ضم المقدمة الثانية المطلوب. (نت)

(١٣) أي تزويج الأمة.

(١٤) لأن التجارة مبادلة المال بالمال.

(١) أي تزويج الأمة.

(٢) أي تزويج الأمة.

(٣) إذ البضع ليس بمال.

(٤) فإنه إذا كاتب المأذون عبده أو أمته لا يجوز.

(٥) لأنها في الابتداء مبادلة مال بغير مال.

(٦) قوله: "إذ هي مبادلة المال إلخ" لأن المنفعة قائمة مقام العين، فيكون في حكم المال، ولهذا يصلح مهراً في النكاح، وابتغاء النكاح شرع بالمال. (عيني)

(٧) أي بما هو مال حكماً، وإن لم يكن مالا حقيقة.

(٨) قوله: "ولهذا" أي لأن التزويج ليس من التجارة لا يملك هؤلاء كلهم، أي المأذون له والمضارب والمفاوض وشريك العنان، والمكاتب تزويج العبد لأنه ليس من اكتساب المال، ولا من التجارة لأنه مبادلة مال بمال. (مل)

(٩) قوله: "فصل" لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الإصالة، ذكر في هذا الأصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية، والتبع يتلوا الأصل. (ع)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "أو ابنه" وحكم أمه إذا اشتراها مثل أبيه وابنه، ولم يذكرها، وهؤلاء كلهم يدخلون في كتابته تبعاً له حتى يردون إلى الرق بعجزه. (عيني)

(١٢) قوله: "دخل في كتابته [حتى يمنع من بيعه. ك]" وإنما قال: دخل في كتابته، ولم يقل: صار مكاتباً، لأنه لو كان مكاتباً أصالة لكان أصيلا، وبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي، وليس كذلك بل إذا عجز المكاتب بيع الأب لما أن كتابته دخل بطريق التبعية دون الأصالة. (مل)

قوله: "دخل في كتابته إلخ" يعني أن المكاتب إذا اشترى من له قرابة الولاد منه دخل هو في كتابته تبعاً له، لأن المكاتب من أهل أن يكاتب إلا أنه لما لم يكن حراً حقيقة لم يكن مكاتباً مكاتباً أصيلا في كتابته بل تبعاً له، فما بقيت كتابته بقيت كتابته، وإذا ظهرعجز ظهر عجزه. ولما كان يرد عليه أن المكاتب ليس من أهل الإعتاق حتى إنه لو أعتق عبداً

يكاتب، وإن[(١)] لم يكن من أهل الإعتاق[(٢)]، فيجعل مكاتبًا تحقيقًا للصلة[(٣)] بقدر الإمكان، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه[(٤)].

وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له[(٥)] لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة، وقالا: يدخل؛ اعتبارًا بقرابة الولاد، إذ وجوب الصلة ينتظمهما[(٦)]، ولهذا[(٧)] لا يفترقان في الحر في حق الحرية. وله أن للمكاتب كسبًا لا ملكًا[(٨)] غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد[(٩)]، حتى إن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد[(١٠)]، ولا يكفي[(١١)] في غيرهما[(١٢)]، حتى لا يجب نفقة الأخ إلا على

لم ينفذ عتاقه، فكيف يكون من أهل الكتابة، لأن الكتابة عتق مآلا، وإن لم يكن عتقا حالا، أشار إلى جوابه بأنه لا يلزم من عدم كونه أهلا للإعتاق عدم كونه أهلا للكتابة، فإن الإعتاق إنما ينفذ في ما يملك المعتق والمكاتب لما لم يملك ملكًا تامًا ما دام هو في كتابته لم يقدر على الإعتاق. بخلاف الكتابة فإن رتبتها أدون من رتبة العتق، لأن في العتق انقلاب صفة بصفة في الحال، ولا كذلك في الكتابة، فيمكن أن تعتبر لتحقيق صلة القرابة، وهي كتابة ذي الرحم المحرم.

وهذا الوجه وإن اقتضى جريان الكتابة على كل ما يجري عليه وصف العتق سواء كان من قرابة الولاد، أو من غيره، ولهذا قالا: يكاتب عليه كل من اشتراه من ذوي الرحم المحارم من غير فرق، لكن الإمام أبا حنيفة فصل بين قرابة الولاد وبين غيرها، فقال: بجريان الكتابة دون الثاني، وعلل بأن للمكاتب ملكا ضعيفًا، فإن له ملك اليد فقط لا ملك الرقبة، والملك الضعيف يعتبر في قرابة الولاد دون غيرها، ألا ترى أن من له قدرة على الكسب وإن لم يكن له مال بالفعل يؤاخذ بنفقة الوالد والولد المعسرين والأخ إذا كان معسرًا قادرًا على الكسب لا يؤاخذ بنفقة أخيه المعسر ما لم يكن له مال حالا، فكفى الملك الضعيف في قرابة الولاد التي هي منشأ الصلة ومنبعها، والمهتم بها أشد الاهتمام، ولم يكف في ما عداها، فلذلك حكمنا بأن المكاتب إذا اشترى ابنه أو أباه، أو غيره ممن بينه وبينه نسبة الولاد يكاتب عليه اعتبارًا لملكه الضعيف، وتحقيقًا للصلة حتى الإمكان. وإذا اشترى أخاه أو أخته ممن ليست بينه وبينه تلك النسبة لم يكاتب عليه اعتبارًا لعدم الملك حقيقة، وعدم الضرورة المقتضية لاعتبار الملك الضعيف، فافهم. (مولانا محمد عبد الحي، دام فيضه)

(١) الواو وصلية.

(٢) قوله: "وإن لم يكن من أهل الإعتاق" وهذا لأن المكاتب ليس بمالك رقبة، والعتق يختص بمن يملك الرقبة لقوله عليه السلام: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم». (تبيين)

(٣) أي صلة الرحم.

(٤) قوله: "يعتق عليه [أي إذا اشترى أباه أو ابنه. ك]" أراد أن الحر إذا ملك لذي رحم محرم يعتق عليه تحقيقًا لصلة الرحم، فكذا إذا ملك المكاتب قريبه يكاتب عليه تحقيقًا لصلة الرحم بقدر الإمكان. (مل)

(٥) كالعم والعمة والأخت والأخ.

(٦) أي قرابة الولاد وغير قرابة الولاد.

(٧) أي لأجل أن وجوب الصلة ينتظم القبيلتين.

(٨) قوله: "لا ملكًا" حقيقة، ولهذا يحل الصدقة له، وإن أصاب مالا، ولا يملك الهبة ولا يفسد نكاح امرأته إذا اشتراها. (ك)

(٩) قوله: "غير أن الكسب إلخ" أراد أن قدرته على الكسب توجب الصلة في قرابة الولادة. (مل)

(١٠) وإن لم يكن موسرًا. (ك)

(١١) الكسب.

الموسر[١]، ولأن هذه[٢] قرابة توسطت بين بنى الأعمام[٣]، وقرابة الولاد، فألحقناها بالثانى فى العتق، وبالأول فى الكتابة، وهذا أولى[٤] لأن العتق أسرع نفوذًا من الكتابة، حتى إن أحد الشريكين إذا كاتب[٥] كان للآخر فسخه[٦]، وإذا أعتق لا يكون له[٧] فسخه[٨].

قال: وإذا اشترى أم ولده[٩] دخل ولدها فى الكتابة، ولم يجز بيعها[١٠]، ومعناه إذا كان معها ولدها[١١]، أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرناه[١٢]، وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد[١٣] فى هذا الحكم[١٤].

قال عليه السلام[١٥]: «أعتقها[١٦] ولدها»*، وإن لم يكن معها[١٧] ولد

(١٢) الوالد والولد.

(١) أى إلا على الأخ الموسر.

(٢) أى قرابة ذى رحم محرم غير الولاد.

(٣) قوله: "بنى الأعمام إلخ" أى بين القرابة البعيدة من بنى الأعمام والقرابة القريبة وهى الولاد والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما، فعملنا بالشبهين وألحقناها بالثانية أى القريبة فى العتق، حتى إذا اشترى أخاه عتق عليه، كما إذا ملك والده أو ولده وبالأولى، أى البعيدة فى الكتابة حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل فى كتابته كما إذا ملك ابن عمه. (عناية)

(٤) قوله: "وهذا [أى العمل على هذا الوجه] أولى" من العكس لأنا لو ألحقناها بالولاد فى الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضًا فى العتق، لأنه أسرع نفوذًا من الكتابة، وفى ذلك إبطال لأحد الشبهين، وأعمالهما، ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما. (ع)

(٥) العبد المشترك.

(٦) الكتابة.

(٧) أى للآخر.

(٨) الإعتاق.

(٩) قوله: "وإذا اشترى [هذا لفظ لقدورى. نت] إلخ" والأصل أن المكاتب إذا اشترى امرأته لا يبطل نكاحها لعدم الملك حقيقة فى رقبتها وله ملك اليد، وملك اليد لا يبطل النكاح. (عينى)

(١٠) أم ولد.

(١١) قوله: "إذا كان معها إلخ" أى امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها، فإن ملكها مع الولد إلخ. (غن)

(١٢) أراد به ما ذكره فى أول الفصل.

(١٣) قوله: "فلأنها تبع للولد إلخ" فإن قلت: إذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للأم حقها، وههنا يثبت للولد حق الحرية، فينبغى أن لا يثبت للأم حقها تحقيقًا لانحطاط رتبتها عن الولد.
قلت: للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع، فيثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقًا لانحطاط رتبتها، فإن قلت: لم لا تصير مكاتبة تبعًا للولد، قلت: العقد ورد على المكاتب والولد جزءه، فيكون واردا عليه بخلاف الأم. (تاج الشريعة)

(١٤) هو عدم جواز البيع.

فكذلك الجواب فى قول أبى يوسف ومحمد[١]، لأنها أم ولد، خلافًا لأبى حنيفة.

وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن[٢] كان معها ولد، لأن كسب المكاتب موقوف[٣]، فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ[٤] إلا أنه يثبت هذا الحق[٥] فيما إذا كان معها ولد تبعًا لثبوته[٦] فى الولد بناء عليه، وبدون الولد لو ثبت[٧] يثبت ابتداء، والقياس ينفيه[٨].

وإن ولد له ولد من أمة له، دخل فى كتابته؛ لما بينا[٩] فى المشترى[١٠]، فكان حكمه كحكمه، وكسبه له، لأن كسب الولد كسب كسبه[١١]، ويكون[١٢] كذلك قبل الدعوة[١٣]، فلا ينقطع بالدعوى اختصاصه[١٤]، وكذلك إن ولدت المكاتبة ولدًا[١٥]،

(١٥) قوله: "قال عليه السلام [حين ولدت مارية إبراهيم بن النبى ﷺ] إلخ" أورده دليلا على عدم جواز بيع أم الولد لأنها عتقت بعتق ولدها. (عينى)

(١٦) قوله: "أعتقها" روى ابن ماجة والحاكم فى "مستدركه"، وسكت عنه من حديث عكرمة عن ابن عباس قال ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال: «أعتقها ولدها»، وقال ابن القطان فى كتابه: وقد روى بإسناد جيد عن ابن عباس قال: لما ولدت مارية إبراهيم، قال ﷺ: «أعتقها ولدها». (على قارى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٦، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٧٠ ص١٩١. (نعيم)

(١٧) أم ولد.

(١) أى لم يجز بيعها.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "موقوف [أى متردد] إلخ" أى موقوف على أداء جميع البدل، فإن أدى عتق وما فضل فهو له، وإن عجز عاد هو وماله للمولى، وكل موقوف يقبل الفسخ، فكسب المكاتب يقبل الفسخ، فلا يجوز أن يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ لأن مالا يقبله أقوى من الذى يقبله، والأقوى لا يجوز أن يكون تبعًا للأدنى. (ع)

(٤) وهو أمومية الولد وعدم جواز البيع.

(٥) أى امتناع البيع.

(٦) أى لثبوت امتناع البيع.

(٧) هذا الحق.

(٨) قوله: "والقياس ينفيه" يعنى ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما إذا كان معها الولد. (عناية)

(٩) يعنى فى أول الفصل.

(١٠) قوله: "فى المشترى" أى فى الولد المشترى، فإن قلت: المكاتب لا يملك المشترى أو لا وطئ أمته وبه قالت الثلاثة، فمن أين ولد له ولد حتى يدخل فى كتابته، قلت: نعم، إلا أن له فى مكاسبه يدا كالحر، وذلك يكفى لثبوت النسب منه عند الدعوة، وإن لم يحل وطئه، كما فى الجارية المشتركة وجارية الابن، إذا وطئها الأب وادعى الولد. (عينى)

(١١) إذ الولد كسبه. (ع)

(١٢) أى يكون كسب الولد له.

(١٣) أى دعوة النسب.

(١٤) أى اختصاص المكاتب بكسب ولده. (ع)

لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدًا[١]، فيسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاد[٢]. قال[٣]: ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما، فولدت منه ولدًا دخل فى كتابتها[٤]، وكان كسبه لها[٥]، لأن تبعية الأم أرجح[٦]، ولهذا يتبعها[٧] فى الرق والحرية. قال[٨]: وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة، فولدت منه ولدًا، ثم استحقت فأولادها عبيد، ولا يأخذهم بالقيمة[٩]، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج[١٠]، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: أولادها أحرار بالقيمة[١١]، لأنه شارك الحر فى سبب ثبوت هذا الحق[١٢]، وهو الغرور، وهذا[١٣] لأنه ما رغب فى نكاحها[١٤] إلا لينال حرية الأولاد. ولهما أنه مولود بين رقيقين[١٥]، فيكون رقيقًا، وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية[١٦]، خالفنا[١٧]

---

(١٥) قوله: "وكذلك إن إلخ" أى كذلك إذا ولدت المكاتبة من زنا أو زوجها دخل الولد فى كتابتها، لأن الولد المولود يسرى إليه الصفات الشرعية الثابتة فى الأم كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك، فإذا سرى إليها صار حكمه حكم أمه، فكانت هى أحق به، وبكسبه لأنه جزءها، وقد انقطع حق المولى عنه. (تبيين)

(١) قوله: "مؤكدًا" احترز به عن ولد الآبقة فإن بيعها لا يجوز، وبيع ولدها يجوز، لأن امتناع البيع فى الآبقة غير موكد إذ الإباق مما لا يدوم. (عينى)

(٢) قوله: "كالتدبير والاستيلاد" أى كما يسرى الوصف الثابت المؤكد فى المدبر وأم الولد إلى أولادها. (عينى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "فى كتابتها" بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية فى الأمهات تسرى إلى الأولاد. (عينى)

(٥) قوله: "وكان كسبه لها" وفى بعض النسخ دخل فى كتابتهما وكان كسبه لها، ومعناه إذا كاتبهما كتابة واحدة يدخل الولد فى كتابتهما لكن باعتبار تبعية الأم حتى يكون كسبه لها كما إذا كانت الكتابة متفرقة. (ك)

(٦) لأنه جزء منها بحيث يقرض بالمقراض. (عناية)

(٧) أى الولد الأم.

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) أى لا يأخذ المكاتب الأولاد بقيمة يؤديها إلى المستحق، أى لا تكون الأولاد أحرارًا بالقيمة.

(١٠) فتزوج من امرأة ثم استحقت فإن ولده عبد ولا يأخذ بالقيمة.

(١١) قوله: أحرار بالقيمة" فيجب عليه قيمة الأولاد لأنه ولد المغرور والمهر فى الحال لوجود الإذن من المولى والأولاد حر، كذا فى "المبسوط"، وفى "شرح الجامع الصغير": أن قيمة الأولاد عنده يتأخر إلى ما بعد العتق، وإليه أشار المصنف بقوله: لأن حق المولى إلخ، ثم إذا غرم القيمة فيرجع عليها عنده، لأن الغرور حصل منها. (عناية)

(١٢) أى كون الأولاد حرًا بالقيمة.

(١٣) أى وجه اشتراكها فى هذا السبب.

(١٤) أى الامرأة التى ادعت أنها حرة.

(١٥) قوله: "مولود بين رقيقين" لأن أباه رقيق ما دام فى الكتابة، وأمه ظهرت رقيتها بثبوت الاستحقاق، فيكون رقيقًا كما إذا كان عالمًا بحالها. (عينى)

(١٦) لأنه جزءها.

هذا الأصل[١] فى الحر[٢] بإجماع الصحابة، وهذا[٣] ليس فى معناه[٤]، لأن حق المولى[٥] هناك[٦] مجبور بقيمة ناجزة[٧]، وههنا[٨] بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق[٩]، فيبقى على الأصل[١٠]، فلا يلحق به[١١].

قال[١٢]: وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى[١٣]، ثم استحقها رجل، فعليه العقر[١٤] يؤخذ به فى الكتابة[١٥]، وإن وطئها على وجه النكاح[١٦] لم يؤخذ به حتى يعتق[١٧]، وكذلك المأذون له[١٨]. ووجه الفرق[١٩] أن فى الفصل الأول[٢٠] ظهر الدين[٢١] فى حق المولى، لأن التجارة وتوابعها[٢٢] داخلة تحت

(١٧) تركنا.

(١) أى أن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية.

(٢) أى فيما إذا كان الرجل حرًا. (ع)

(٣) أى ولد المكاتب.

(٤) ولد الحر المغرور.

(٥) قوله: "لأن حق المولى إلخ" أراد أن الحكم حرية الولد مع مراعاة حق المستحق وهو المولى بإيجاب قيمته فى الحال. (مل)

(٦) أى فى مسألة الحر المغرور.

(٧) حالة.

(٨) أى فى مسألة العبد أو المكاتب المغرور.

(٩) قوله: "بقيمة متأخرة إلخ" فكان المانع من الإلحاق به موجودًا، وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير. (عينى)

(١٠) أى كون الولد تابعًا للأم.

(١١) أى بولد الحر المغرور.

(١٢) أى محمد. (عينى)

(١٣) قوله: "وإن وطئ المكاتب إلخ" أى إذا اشترى المكاتب بالشراء الصحيح أمة وطئها بغير إذن المولى أو بإذنه لكنه قال بغير إذنه ليتبين منه ما إذا كان بإذنه بالطريق الأولى. (ع)

(١٤) تقدم بيان العقر، ارجع.

(١٥) قوله: "فى الكتابة [أى فى حال الكتابة]" أى من غير تأخير إلى الإعتاق. (ع)

(١٦) أى بغير إذن المولى.

(١٧) قوله: "يعتق" وينبغى لك أن تعلم أن المكاتب إنما يؤاخذ بالعقر فى النكاح بعد العتق إذا كانت المرأة ثيبًا، أما إذا كانت بكرا، فوطئها يوخذ به فى الحال. (ميرجان)

(١٨) فى التجارة قنًا كان أو مدبرًا.

(١٩) بين الوطئ على وجه الملك والوطئ بالنكاح.

(٢٠) أى الوطئ على وجه الملك.

(٢١) أى دين المستحق.

(٢٢) كالضيافة والهدية.

الكتابة، وهذا العقر[١] من توابعها، لأنه لو لا الشراء لما سقط الحد[٢]، وما لم يسقط الحد[٣] لا يجب العقر، أما لم يظهر[٤] فى الفصل الثانى[٥] لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء[٦]، فلا ينتظمه[٧] الكتابة[٨] كالكفالة[٩].

قال: وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدًا، ثم وطئها فردها أخذ بالعقر فى المكاتبة[١٠]، وكذلك العبد المأذون له؛ لأنه[١١] من باب التجارة، فإن التصرف تارة يقع صحيحًا، ومرة يقع فاسدًا والكتابة والإذن ينتظمانه[١٢] بنوعيه[١٣] كالتوكيل[١٤]، فكان[١٥] ظاهرًا فى حق المولى[١٦].

فصل[١٧]

قال: وإذا ولدت المكاتبة[١٨] من المولى، فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها، وصارت أم ولد له؛ لأنها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل[١٩]، أو آجلة بغير بدل[٢٠]، فتخير بينهما.

(١) الذى وجب على المكاتب بسبب وطئ المشتراة.

(٢) أى حد الزنا.

(٣) قوله: "وما لم يسقط الحد إلخ" فالحاصل أن الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط الحد أوجب العقر فالكتابة أوجب العقر. (عينى)

(٤) الدين فى حق المولى.

(٥) هو الوطئ بالنكاح.

(٦) ووجوب العقر إنما هو باعتبار شبهة النكاح.

(٧) أى النكاح.

(٨) فيتأخر إلى ما بعد عتقه.

(٩) قوله: "كالكفالة" يعنى إذا كفل المكاتب يؤخذ به بعد العتق، لأن الكتابة لا تنتظمها. (مل)

(١٠) أى فى حال الكتابة.

(١١) الشراء.

(١٢) الشراء.

(١٣) الصحيح والفاسد.

(١٤) يعنى إذا وكل وكيلا بالعقد يتناول الصحيح والفاسد.

(١٥) دين العقر.

(١٦) لوجود الإذن منه.

(١٧) قوله: "فصل" مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ففصلها بفصل. (ع)

(١٨) قوله: "وإذا ولدت المكاتبة إلخ" سواء صدقته إذا ادعى أو كذبته، لأن للمولى حقيقة الملك فى رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة، فيثبت من غير تصديق. (ع)

ونسب ولدها ثابت من المولى[(١)] وهو[(٢)] حر؛ لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها[(٣)]، وماله من الملك[(٤)] يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة، وإذا مضت على الكتابة[(٥)] أخذت العقر[(٦)] من مولاها لاختصاصها بنفسها، وبمنافعها[(٧)] على ما قدمنا[(٨)]. ثم إن مات المولى[(٩)] عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة[(١٠)]، وإن ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبتها[(١١)]، وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة، فإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد، لأنه حر، ولو ولدت ولد آخر لم يلزم المولى[(١٢)] إلا أن يدعي لحرمة وطئها[(١٣)] عليه[(١٤)]، فلو لم يدع[(١٥)]، وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد، لأنه مكاتب تبعًا لها[(١٦)]، فلو مات المولى بعد ذلك[(١٧)]

---

(١٩) إذا مضت على الكتابة.

(٢٠) إذا عجزت نفسها صارت أم ولد فتعتق بعد الموت.

(١) سواء جاءت لستة أشهر أو لأكثر.

(٢) أي الولد.

(٣) قوله: "يملك الإعتاق إلخ" تحريره أن الدعوة من المولى كالتحرير وأنه يملك تحرير ولدها من غير دعوة قصدا فلأن يملك ذلك ضمنا للدعوة بالطريق الأولى. (عيني)

(٤) قوله: "وماله من [بيان ما] الملك [في الجارية] إلخ" دليل لقوله: ونسب ولدها ثابت من المولى ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا يصح دعوته، لأن ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب، والمكاتب إذا ادعى الولد من مكاتبته يثبت فمن المولى أولى. (ع)

(٥) أي اختارت الكتابة. (ع)

(٦) أي مهر مثلها.

(٧) أي أكسابها.

(٨) قوله: "على ما قدمنا" يعني قبيل فصل الكتابة الفاسدة بقوله: وإذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر لأنها صارت أخص بأجزاءها. (ك)

(٩) قوله: "ثم إن مات المولى" يعني بعد مضيها على الكتابة. (ع)

(١٠) قوله: "وسقط عنها إلخ" لأنها التزمت المال ليسلم لها رقبتها بجهة الكتابة، ولم يسلم بهذه الجهة فلم يجب البدل. (عيني)

(١١) أي بدل كتابتها.

(١٢) قوله: "لم يلزم المولى [الولد الآخر]" أي بالسكوت لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم يكن محرم الوطئ، وهذا محرم وطئها، فلا بد من الدعوة. (ع)

(١٣) قوله: "إلا أن يدعي إلخ" وهذا بخلاف أم الولد إذا ولدت ولدًا حيث يلزم المولى لأنها أم ولد يحل للمولى وطئها، وهذه أم ولد لا يحل للمولى وطئها فلذلك لا يلزم المولى إلا أن يدعي حتى إذا عجزت نفسها ثم ولدت ولدًا فإنه يلزم المولى بدون الدعوة كأنها صارت أم ولد يحل وطئها، فيحكم بثبوت النسب من المولى كسائر أولاد أم الولد. (كفاية)

(١٤) لبقاء الكتابة.

(١٥) أي نسب الولد الثاني.

عتق[١]، وبطل عنه[٢] السعاية، لأنه بمنزلة أم الولد[٣]، إذ هو ولدها، فيتبعها.

قال[٤]: وإذا كاتب المولى أم ولده جاز[٥]، لحاجتها[٦] إلى استفادة الحرية قبل موت المولي، وذلك[٧] بالكتابة، ولا تنافي[٨] بينهما[٩]، لأنه تلقتها[١٠] جهتا حرية[١١]، فإن مات المولى[١٢] عتقت بالاستيلاد؛ لتعلق عتقها بموت السيد، وسقط عنها بدل الكتابة؛ لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء، فإذا عتقت قبله[١٣] لا يمكن توفير الغرض عليه[١٤]، فسقط[١٥] وبطلت الكتابة؛ لامتناع إبقاءها من غير فائدة غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد[١٦]، لأن الكتابة انفسخت[١٧] في حق

---

(١٦) قوله: "لأنه مكاتب تبعًا" أي لأن الولد الثاني دخل في كتابة أمها، وهذا يؤدي كتابتها على نجوم أمها. (عيني)

(١٧) أي بعد موت المكاتبة.

(١) الولد الثاني.

(٢) أي عن الولد الثاني.

(٣) فهي لا تسعى بعد موت السيد وتعتق، فكذا ولدها تبعًا لها.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "جاز" وعورض بأن مالية أم الولد غير متقوم عند أبي حنيفة، فكيف يقابلها بدل متقوم، وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدًا ورقبة والكتابة لدفع الأول أول الحال، ولدفع الثاني في الثاني والملك يجوز أن يقابله ببدل متقوم؛ وإن لم يكن متقومًا كملك القصاص إذا عفا بعض الأولياء، فإنه يقابل حصة الآخرين بالمال. (ع)

(٦) أم ولد.

(٧) الاستفادة.

(٨) قوله: "ولا تنافي إلخ" جواب سؤال مقدر تقريره أن يقال: أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين. (عني)

(٩) أي بين الكتابة والاستيلاد.

(١٠) على سبيل البدل.

(١١) أي عاجلة ببدل الكتابة وآجله بغير بدل. (ك)

(١٢) قبل أداء بدل الكتابة.

(١٣) أداء.

(١٤) المولى.

(١٥) بدل الكتابة.

(١٦) قوله: "غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد إلخ" جواب لشبهة، وهي أن يقال: لما انفسخت الكتابة بموت المولى كان ينبغي أن لا يسلم لها الأكساب والأولاد المشتراة في الكتابة، فأجاب بأن الكتابة انفسخت في حق البدل، وبقيت في حق الأكساب والأولاد، لأن الفسخ لنظرها والنظر في انفساخها في حق سقوط البدل لا في حق الأولاد والأكساب.(ك)

قوله: "والأولاد" قال تاج الشريعة: أي الأولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الأولاد التي ولدت من مولاها، فإنهم أحرار. (عيني)

البدل[١]، وبقيت[٢] في حق الأولاد والإكساب[٣]، لأن الفسخ[٤] لنظرها، والنظر فيما ذكرنا[٥]، ولو أدت المكاتبة[٦] قبل موت المولى عتقت بالكتابة[٧]، لأنها[٨] باقية. قال: وإن كاتب مدبرته[٩] جاز، لما ذكرنا[١٠] من الحاجة، ولا تنافي[١١] إذ الحرية غير ثابتة[١٢]، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق[١٣]، وإن مات المولى ولا مال له غيرها[١٤]، فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها[١٥] أو جميع مال الكتابة، وهذا[١٦] عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: تسعى[١٧] في الأقل منهما، وقال محمد: تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها، وثلثي بدل الكتابة، فالخلاف في الخيار والمقدار،

---

(١٧) أي في أم الولد.

(١) أي بدل الكتابة.

(٢) قوله: "وبقيت في حق الأولاد إلخ" فيعتق الأولاد، ويخلص لها الأكساب، لقائل أن يقول: الكتابة عقد واحد، فكيف يتصور بطلانه، وعدم بطلانه في حالة واحدة، والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين: أحدهما: أن يبطل بعجز المكاتب عن إيفاء البدل، والثاني: أن يبطل بانتهاءه، وبالأول يعود رقيقًا، وأولاده وأكسابه لمولاه، وبالثاني يعتق، ويخلص ما بقي من أكسابه. (ع)

(٣) فلو لم يبق الكتابة لعادوا إلى ملك ورثة المولى كما في سائر المكاتبين.

(٤) أي فسخ الكتابة.

(٥) قوله: "فيما ذكرنا" وهو سقوط الكتابة في حق البدل، وبقاءها في حق الأولاد والأكساب لأنه على تقدير إنفاضها في حق الأولاد والأكساب تصير الأولاد إرقاء لورثة المولى، وكذا تصير الأكساب ملكا له، ولا نظر لهم في ذلك. (عيني)

(٦) أي بدل الكتابة.

(٧) لا بالاستيلاد.

(٨) الكتابة.

(٩) قوله: "مدبرته" إنما وضع المسألة في المدبرة لمناسبة أم الولد، وإن كانت هذه الأحكام في المدبر أيضًا. (عيني)

(١٠) قوله: "لما ذكرنا" أي عند قوله: لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة. (عيني)

(١١) قوله: "ولا تنافي [بين الكتابة والتدبير] إلخ" جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال: التدبير يقتضي الحرية بلا بدل، والكتابة ببدل فبينهما منافاة. (عيني)

(١٢) في المدبر.

(١٣) قوله: "مجرد الاستحقاق" أي استحقاق الحرية لا حقيقتها، فتوجه إليها جهتا عتق عاجل ببدل، وآجل بلا بدل، فانتفى التنافي. (عيني)

(١٤) قوله: "ولا مال له غيرها" إنما قيد به لأنه لو كان له مال غيرها وهي تخرج من ثلث المال عتقت بالتدبير، وسقطت عنها المكاتبة لوقوع الاستغناء بها عن أداء المال، فكان هذا بمنزلة ما لو أعتق المولى مكاتبه. (ك)

(١٥) مدبرة لا قنة.

(١٦) أي هذا الخيار.

(١٧) ولا خيار لها.

فأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار، ومع محمد فى نفى الخيار. أما الخيار[١] ففرع تجزئ الإعتاق، والإعتاق عنده[٢] لما تجزأ بقى الثلثان رقيقًا[٣]، وقد تلقتها[٤] جهتا حرية ببدلين معجلة بالتدبير[٥]، ومؤجلة بالكتابة، فتخير[٦]، وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها، فهى حرة[٧]، ووجب عليها أحد المالين[٨]، فتختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخيير[٩]. وأما المقدار فلمحمد أنه[١٠] قابل البدل بالكل[١١]، وقد سلم لها الثلث بالتدبير، فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث[١٢] يسقط كل بدل الكتابة، فههنا[١٣] يسقط الثلث[١٤]، فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة[١٥]. ولهما[١٦] أن جميع البدل مقابل بثلثى رقبتها فلا يسقط منه شيء، وهذا لأن البدل[١٧] و إن[١٨] قوبل بالكل[١٩] صورة[٢٠] وصيغةً لكنه مقيد بما

(١) أى أما الكلام فى الخيار فمبنى على تجزئ الإعتاق. (تبيين)

(٢) الإمام الأعظم.

(٣) لأنها لم تخرج عن الثلث، فعتق ثلثها وبقى ثلثاها.

(٤) فى الثلثين.

(٥) فإن المولى قد مات.

(٦) قوله: "فتخير" لأن فى التخيير فائدة، وإن اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل، وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا، فكان التخيير معتبرا. (عناية)

(٧) قوله: "فهى حرة" اعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجز عندهما عتق كلها بالتدبير بعتق بعضها وانفسخت الكتابة، فوجب السعاية فى ثلثى قيمتها لا غير، وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرًا لها، فربما بدلها أقل، فيحصل النظر بوجوبه. (عناية)

(٨) وهما بدل الكتابة والقيمة.

(٩) قوله: "فلا معنى للتخيير" لأنه لما بقى عليها بدل الكتابة حالا، ووجب عليها ثلث القيمة بالتدبير حالا لم يكن التخيير مفيداً، فيلزمه أقل المالين. (عينى)

(١٠) المولى.

(١١) قوله: "قابل البدل [أى بدل الكتابة] بالكل" أى بكل المدبرة، لأنه أضاف العقد إلى كلها، فقال: كاتبتك على هذا، وهى محل قابل لهذا العقد كالقن، فيصير كلها مكاتبًا، وإذا كان كذلك وقد سلم لها ثلث نفسها مجانًا، فيجب أن يسقط بقدره من الثلث، وإلا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هف، وصار كما إذا استأجر التدبير بأن كاتب عبده أولا، ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه، فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق. (كفاية)

(١٢) بأن كانت ثلث المال.

(١٣) أى فيما إذا لم تخرج من الثلث.

(١٤) من البدل.

(١٥) وهى المسألة التى تلى هذه المسألة.

(١٦) الشيخين.

(١٧) أى بدل الكتابة.

ذكرنا معنى وإرادة، لأنها استحقت[1] حرية الثلث[2] ظاهراً[3]، والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال[4] بمقابلة ما يستحق حريته[5]، وصار هذا كما إذا طلق امرأته ثنتين، ثم طلقها ثلثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة[6]، كذا ههنا. بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة[7]، وهى المسألة التى تليه[8]، لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق[9] عنده[10] فى شيء فافترقا[11].

قال: وإن دبر مكاتبته صح التدبير؛ لما[12] بينا[13]، ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها، وصارت مدبرة؛ لأن الكتابة ليست بلازمة فى جانب المملوك[14]، فإن مضت على كتابتها فمات المولى، ولا مال له غيرها فهى بالخيار إن شاءت سعت فى ثلثى مال الكتابة، أو ثلثى قيمتها عند أبى حنيفة.

---

(١٨) الواو وصلية.

(١٩) أى بكل ذات المدبرة.

(٢٠) قوله: "صورة" أى من حيث الصورة، حيث قال: كاتبتك فإنه مقابل بكل صورة وصيغة، أى من حيث الصيغة أيضًا، لأن كاف الخطاب عبارة عن كل الذات، لكنه أى كل البدل مقيد بما ذكرنا، وهو مقابلة بثلثى رقبتها معنى وإرادة، لأن البدل قوبل بما يصح مقابلته، فصح فيما يصح مقابلته. (عينى)

(١) بالتدبير.

(٢) أى مجانًا.

(٣) قوله: "ظاهراً" إنما قيد بقوله: ظاهراً لأنه إذا مات المولى وعليه دين ولا مال له غيره فإنه لا يسلم له الثلث إلا بالسعاية. (ك)

(٤) قوله: "والظاهر أن الإنسان [فإنه إذا مات المولى غنيا فيعتق من الكل وإلا فمن الثلث متيقنًا. عناية] إلخ" أقول: لمانع أن يمنع هذه المقدمة فإنه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت فى المدبرة فى الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها، فجاز أن تحتاج إلى استفادة حقيقتها عاجلا فتلزم المال بمقابلتها. (نت)

(٥) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثى رقبتها، فلا يسقط منه شيء.

(٦) قوله: "لدلالة الإرادة" أى إرادة المطلق لأن الظاهر أنها تدفع الألف فى مقابلة الطلقة الواحدة الباقية، لأنه لم يبق إلا الطلقة الواحدة الباقية كذلك ههنا. (ك)

(٧) جواب عما قاسه محمد.

(٨) قوله: "وهى المسألة التى تليه" أى المسألة التى فيها تأخر التدبير عن الكتابة هى التى تلى الحكم الذى فيه تأخر الكتابة عن التدبير. (عينى)

(٩) قوله: "إذ لا استحقاق إلخ" فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حقه من بدل الكتابة. (عناية)

(١٠) أى عند الكتابة.

(١١) قوله: "فافترقا" أى افترق حكم تقدم الكتابة على التدبير وحكم تأخرها فلم يصح قياس محمد على تقدمها.(ب)

(١٢) أنه لا تنافى. (ك)

(١٣) من أنه تلقتها جهتا الحرية. (عناية)

(١٤) فله التعجيز.

وقالا : تسعى في الأقل منهما، فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا[١]، أما المقدار[٢] فمتفق عليه[٣]، ووجهه ما بينا[٤].

قال[٥] : وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه، لقيام ملكه فيه، وسقط بدل الكتابة؛ لأنه ما التزمه إلا مقابلا بالعتق، وقد حصل[٦] له دونه، فلا يلزمه، والكتابة[٧] وإن[٨] كانت لازمة في جانب المولى، ولكنها تفسخ برضا العبد، والظاهر رضاه[٩] توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له[١٠]، لأنا نبقي الكتابة في حقه[١١]. قال[١٢] : وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة، فصالحه على خمس مائة معجلة، فهو جائز استحسانًا، وفي القياس لا يجوز، لأنه اعتياض عن الأجل[١٣]، وهو ليس بمال، والدين مال، فكان ربا[١٤]، ولهذا[١٥] لا يجوز مثله في الحر[١٦] ومكاتب الغير[١٧].

---

(١) أراد به قوله: "أما الخيار فرع تجزئ الإعتاق. (ك)

(٢) قوله: "أما المقدار" وهو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة، أوقيتها على قول أبي حنيفة، كذا على قولهما. (عيني)

(٣) قوله: "فمتفق عليه" أما محمد فمشى على أصله، فلا يحتاج إلى فرق، وأما الفرق لهما بين هذه وما تقدم ما بينا أن البدل مقابل بالكل إلخ. (عناية)

(٤) أراد به قوله: لأن البدل مقابل بالكل. (ك)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) العتق.

(٧) قوله: "والكتابة إلخ" جواب سؤال تقريره أن يقال: الكتابة لازمة من جانب المولى، فلا يقبل الفسخ. (مل)

(٨) الواو وصلية.

(٩) العبد، لأنه إذا رضي ببدل فبلا بدل يكون أرضى.

(١٠) قوله: "سلامة الأكساب إلخ" جواب عما عسى أن يقال: قد يكون راضيًا ببدل نظرًا إلى سلامة الأكساب له فقد يكون الأكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها جملة، فقال: الأكساب ثابتة له. (عيني)

(١١) قوله: "لأنا نبقي الكتابة في حقه [أي في حق المكسوب أو المال كأنه أدى مال الكتابة، وعتق، وفضل أكسابه فهو له]" أي في حق الكسب، لأن الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للنظر، والنظر في إبقاءها في حق سلامة الأكساب. (عيني)

(١٢) أي محمد. (عيني)

(١٣) قوله: "لأنه اعتياض عن الأجل" أي لأن هذا الصلح اعتياض إما ليس بمال بما هو مال، لأن الأجل غير مال. (ب)
قوله: "اعتياض عن الأجل" وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز، وعقد الكتابة عقد معاوضة، وإذا لم يجز ذلك كان خمس مائة بدلا عن ألف، وذلك ربا، لا يقال: هلا جعلت إسقاطًا لبعض الحق، فيجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق، والمعجل لم يكن مستحقًا. (عناية)

(١٤) لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض. (ك)

(١٥) أي لكونه ربا.

وجه الاستحسان أن الأجل فى حق المكاتب مال من وجه[١] لأنه لا يقدر[٢] على الأداء[٣] إلا به، فأعطى له حكم المال، وبدل الكتابة مال من وجه، حتى لا تصح الكفالة به[٤]، فاعتدلا[٥]، فلا يكون ربا[٦]، ولأن[٧] عقد الكتابة عقد[٨] من وجه دون وجه[٩]، والأجل ربا من وجه[١٠]، فيكون شبهة الشبهة[١١]. بخلاف العقد بين الحرين[١٢]، لأنه عقد من كل وجه[١٣]، فكان ربا، والأجل فيه شبهة[١٤].

قال: وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة، وقيمته[١٥] ألف، ثم مات ولا مال له غيره، ولم يجز الورثة[١٦]، فإنه يؤدى ثلثى الألفين حالا[١٧]،

---

(١٦) قوله: "فى الحر" بأن كان على الحر ألف مؤجل، فصالحه على خمس مائة حالة لا يجوزه. (حميدية)

(١٧) قوله: "مكاتب الغير" بأن كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمس مائة معجلة لا يجوز.(ب)

(١) قوله: "مال من وجه" فيه نظر، وهو أن المال ما يتمول به، وهو يعتمد الإحراز، وذلك فى الأجل غير متصور، أجيب بأن ما ذكرتم أن المال ما يتمول به ويحرز صحيح إذا كان مالا من كل وجه، وليس ما نحن فيه كذلك، وإنما المراد به ههنا أنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب، وهو فى ذلك كعين الدرهم، لتوقف قدرة الأداء عليه توقفها على عين الدراهم. (عينى)

(٢) قوله: "لأنه لا يقدر إلخ" أى بالقدرة الميسرة وهى ما يوجب اليسر على الأداء لا القدرة الممكنة، وهى أدنى ما يتمكن به من الأداء، وظاهر أن اليسر على الأداء في حق المكاتب [illegible] يتصور بالأجل لأنه يخرج من يد المولى مفلساً، فيمتنع الناس غالبًا عن إقراضه المال فى الحال، فيعسر الأداء عليه [illegible] بدون الأجل، وإن أمكن فى الجملة. (نت)

(٣) أى أداء بدل الكتابة.

(٤) قوله: "حتى لا تصح الكفالة به" أى ببدل الكتابة، فلو كان مالا من كل وجه لصحت الكفالة به.(ب)

(٥) قوله: "فاعتدلا [أى الأجل ومال الكتابة]" فكان احتياجنا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه، واختلف الجنس فلم يكن ثمة ربا. (ع)

(٦) لوجود الاعتدال وهو المساواة.

(٧) وجه آخر للاستحسان.

(٨) لأنه معاوضة.

(٩) قوله: "دون وجه" لما تقدم أن له شبها بتعليق العتق بشرط الأداء، فيكون من هذا الوجه يمينًا، والأجل ربا من وجه ففيه شبهة الربا، وشبهة الربا إذا وقعت فى شبهة العقد كانت شبهة الشبهة. (ع)

(١٠) قوله: "ربا من وجه" لأن حقيقة الربا تكون بين المالين، والأجل ليس بمال. (عينى)

(١١) والشبهة هى المعتبرة دون شبهة الشبهة.

(١٢) قوله: "بخلاف العقد بين الحرين" جواب عن قوله: ولهذا لا يجوز مثله فى الحر، تقريره أن العقد بين الحرين أى عقد الصلح بين الحرين على الوجه المذكور إنما لا يجوز لأنه عقد من كل وجه، فكان ربا. (عينى)

(١٣) ولهذا لا يصح تعليق المعاوضات أصلا، فلم يجز الاعتياض عن الأجل إلحاقًا لشبهة الربا بحقيقة الربا. (مير جان)

(١٤) فاعتبرت، فلذلك لم تصح.

(١٥) الواو حالية.

(١٦) قوله: "ولم يجز [أى الأجل] الورثة" لأن المريض لم يتصرف فى حق الورثة إلا فى حق التأجيل، فكان لهم

والباقي[١] إلى أجله[٢]، أو يرد رقيقًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعند محمد يؤدي ثلثي الألف حالا، والباقي إلى أجله، لأن له[٣] أن يترك الزيادة[٤] بأن يكاتبه[٥] على قيمته[٦]، فله أن يؤخرها[٧]، فصار كما إذا خالع المريض امرأته[٨] على ألف إلى سنة جاز، لأن له أن يطلقها بغير بدل.

لهما أن جميع المسمى[٩] بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الأبدال[١٠]، وحق الورثة متعلق بالمبدل، فكذا بالبدل، والتأجيل إسقاط معنى، فيعتبر من ثلث الجميع[١١]، بخلاف الخلع، لأن البدل فيه لا يقابل المال[١٢]، فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل، ونظير هذا[١٣] إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة، وقيمتها ألف ثم مات، ولم يجز الورثة[١٤] فعندهما[١٥] يقال للمشتري: أدّ ثلثي جميع الثمن حالا، والثلث إلى أجله[١٦]، وإلا[١٧] فانقض البيع، وعنده[١٨] يعتبر الثلث بقدر

أن يردون، إذ بتأجيل المال أخر حقهم، وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون إجازتهم. (عيني)

(١٧) وهو ألف وثلث مائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم. (٤)

(١) وهو ست مائة وستة وستون، وثلثا درهم.

(٢) أي الذي عينه المولى.

(٣) أي للمولى.

(٤) على القيمة، لأنه لم يتعلق بها حق الورثة.

(٥) عبد.

(٦) وهي الألف.

(٧) قوله: "فله [المولى] أن يؤخرها" لأنه لما جاز له ترك أصله جاز له ترك وصفه وهو التعجيل بالطريق الأولى، قال صاحب "العناية": ولو قال: لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف، فله أن يؤخرهما كان أحسن. (عيني)

(٨) قوله: "كما إذا خالع إلخ" أراد أنه لو خالع امرأته في مرض موته على ألف إلى سنة جاز، ولا مال له غيره، ولم يجز الورثة التأجيل فإنه يعتبر من كل المال، لأنه لو تركه صح بأن يطلقها بلا بدل، فصح تأجيله. (عيني)

(٩) الألفين.

(١٠) من حيث إنه لا يعتق إلا بأداء الكل.

(١١) الألفين.

(١٢) لأن البضع في حالة الخروج لا يعتبر مالا.

(١٣) أي أصل اختلافهم هذا في مريض باع إلخ. (ك)

(١٤) أي التأجيل.

(١٥) الشيخين.

(١٦) الذي عينه.

(١٧) أي وإن لم ترض به.

(١٨) محمد.

القيمة[١]، لا فيما زاد عليه لما بينا[٢] من المعنى[٣].

قال[٤]: وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته[٥] ألفان، ولم يجز الورثة يقال له: أدّ ثلثى القيمة حالا، أو رد رقيقًا فى قولهم جميعًا، لأن المحاباة[٦] ههنا فى القدر[٧] والتأخير[٨]، فاعتبر الثلث فيهما[٩].

باب[١٠] من[١١] يكاتب عن العبد[١٢]

قال[١٣]: وإذا[١٤] كاتب الحر[١٥] عن عبد بألف درهم، فإن أدى عنه عتق وإن بلغ العبد فقبل، فهو مكاتب، وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد: كاتب عبدك على ألف درهم على أنى إن أديت إليك ألفا فهو حر، فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأداءه[١٦] بحكم الشرط[١٧]، وإذا قبل العبد صار[١٨] مكاتبًا، لأن الكتابة كانت موقوفة[١٩] على إجازته[٢٠]، وقبوله إجازة.

---

(١) قوله: "يعتبر الثلث إلخ" فيقال له عنده: عجل ثلثى القيمة والباقى عليك إلى أجل. (عينى)

(٢) قوله: "لما بينا" أى من الدليل فى الطرفين من قوله: لأن له أن يترك الزيادة إلخ. (ن)

(٣) أراد به ما ذكر من الدليل فى الطرفين. (ك)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) الواو حالية.

(٦) أى الحط والتبرع.

(٧) وهو إسقاط الألف.

(٨) هو تأجيل الألف الأخرى.

(٩) قوله: "فاعتبر الثلث إلخ" أى يصح تصرفه فى ثلث قيمته فى الإسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضًا، ولم يصح تصرفه فى ثلثى القيمة لا فى حق الإسقاط، ولا فى حق التأخير. (عينى)

(١٠) قوله: "باب من إلخ" لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل فى الكتابة، ذكر فى هذا الباب أحكامًا تتعلق بالنائب فيها، وقدم أحكام الأصيل، لأن الأصل فى تصرف المرء بنفسه أن يكون لنفسه. (عناية)

(١١) أى من يقعد عقد الكتابة لأجل العبد. (أعظمى)

(١٢) أى بطريق الفضولى والنيابة عن العبد.

(١٣) أى محمد. (عينى)

(١٤) هذا من مسائل "الجامع الصغير"، كذا فى "العناية".

(١٥) الأجنبى فضوليًا.

(١٦) وهذا يصح من غير قبول العبد.

(١٧) لأنه تعلق العتق بأداء الألف.

(١٨) العبد.

(١٩) قوله: "كانت موقوفة" لأنه عقد جرى بين فضولى ومالك، فيتوقف على إجازة من له الإجازة، فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتبًا. (عينى)

ولو لم يقل: على أنى إن أديت إليك ألفا فهو حر، فأدى[١] لا يعتق قياسا، لأنه لا شرط[٢]، والعقد موقوف[٣]، وفى الاستحسان[٤] يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب[٥] فى تعليق العتق بأداء القائل[٦]، فيصح[٧] فى حق هذا الحكم[٨]، ويتوقف[٩] فى حق لزوم الألف على العبد، وقيل: هذه[١٠] هى صورة مسألة الكتاب[١١]، ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد، لأنه متبرع[١٢].

قال[١٣]: وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو[١٤] غائب، فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا، ومعنى المسألة أن يقول العبد[١٥]: كاتبنى بألف درهم على نفسى، وعلى فلان الغائب، وهذه الكتابة جائزة استحسانًا، وفى القياس يصح

---

(٢٠) العبد.

(١) الألف.

(٢) لأنه لم يقل: إن أديت إليك ألفًا فهو حر. (ك) حتى يعتق بأداء الشرط.

(٣) أى على إجازة العبد فلا حكم له.

(٤) قوله: "وفى الاستحسان" توضيحه أن الكتابة تضمن تعلق العتق بالأداء، ولزوم المال على العبد والحر القابل وإن لم يصلح أصيلا فى حق لزوم المال فهو يصلح أصيلا فى حق التعليق. (مولانا إله داد)

(٥) قوله: "لأنه لا ضرر إلخ" وهذا لأن المولى ينفرد بإيجاب العتق، والحاجة إلى قبول المكاتب لأجل البدل فإذا تبرع الفضولى بأداء البدل وتصرف الفضولى نافذ فى حق كل حكم ليس فيه ضرر، ولا ضرر عليه فى عتقه عند تبرع الغير بأداء البدل عنه، فينعقد الكتابة فى حق هذا الحكم، ويتوقف فى حكم لزوم الألف على العبد. (كفاية)

(٦) أى فى توقف العتق على أداء القائل.

(٧) العقد، تصحيحًا للعقد بقدر الإمكان. (عينى)

(٨) قوله: "فى حق هذا الحكم" الذى هو موجب عقد الكتابة، وهو تعلق عتق العبد على أداء القائل. (أعظمى)

(٩) العقد نظرًا للعبد. (عينى)

(١٠) قوله: "وقيل هذه إلخ" يعنى قيل صورة مسألة الكتاب ما إذا لم يقل: إن أديت إليك ألفًا، فهو حر بل قال له: كاتب عبدك على ألف درهم، وقبل الفضولى عن العبد، والحكم فيه أنه إن أدى عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل يصير مكاتبًا، وقيل: هذا الجواب أى العتق بأداء الفضولى فيما إذا كانت المسألة مصورة بصورة التعليق بأن قال الفضولى: على أنى إن أديت فهو حر. (ك)

(١١) أى الجامع الصغير.

(١٢) قوله: "لأنه متبرع" لأنه لم يأمره بالأداء، ولا هو مضطر فى أداءه، وهل له أن يسترد ما أدى إلى المولى، قلنا: إن أداه بحكم الضمان وهو أن يقول: كاتب عبدك على ألف درهم على أنى ضامن يرجع عليه، لأنه أدى بضمان فاسد، فإن الكفالة ببدل الكتابة لا تصح وإن أدى بغير ضمان لا يرجع لأنه متبرع حصل له مقصوده وهو عتق العبد، فلا يرجع كمن تبرع بأداء الثمن على المشترى، وتم تبرعه. (ك)

(١٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٤) الواو حالية.

(١٥) لمولاه. (ع)

على نفسه لولايته عليها، ويتوقف في حق الغائب[١] لعدم الولاية عليه.

وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا، والغائب تبعًا، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعًا حتى عتقوا بأداءها، وليس عليهم من البدل شيء، وإذا أمكن تصحيحه على هذ الوجه يتفرد به الحاضر، فله[٢] أن يأخذه[٣] بكل البدل، لأن البدل عليه لكونه أصيلا فيه، ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه[٤].

قال: وأيهما[٥] أدى عتقا[٦]، ويجبر الولي على القبول، أما الحاضر[٧] فلأن البدل عليه، وأما الغائب، فلأنه ينال به شرف الحرية وإن[٨] لم يكن البدل عليه، وصار كمعير الرهن[٩] إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه[١٠].

قال: وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه، لأن الحاضر قضى دينًا عليه[١١]، والغائب متبرع به[١٢] غير مضطر إليه[١٣].

---

(١) كمن باع عبده وعبدَ غيره.

(٢) للمولى.

(٣) الحاضر.

(٤) قوله: "لأنه تبع فيه" أي في العقد، وهذا يدلك على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه. (عناية)

(٥) أي أيٍّ من الشاهد والغائب. هذا تكرار إعاده تمهيداً لقوله: ويجبر المولى إلخ.

(٦) الحاضر والغائب.

(٧) قوله: "أما الحاضر إلخ" يعني أما الحاضر فلأن البدل عليه، فيجبر المولى على قبوله عند أداءه، ويعتق الغائب أيضًا لدخوله في كتابة الحاضر تبعًا كما في ولد المكاتبة أو لما ذكرنا من التعليق، ووجود الشرط، وأما إذا أدى الغائب فلأنه ينال بهذا الأداء شرف الحرية، فلا يكون بمنزلة الأجنبي بل يكون بمنزلة ولد المكاتب، ومعير الرهن إذا قضى دين الراهن، فإن المرتهن يجبر على القبول، لأنه يستخلص به ماله، وههنا أولى، لأنه يستخلص به نفسه، ولا يكون للمولى مطالبة على الغائب، لأنه دخل في الكتابة تبعًا كولد المكاتبة. (كفاية)

(٨) الواو وصلية.

(٩) بأن استعار إنسان من آخر شيئًا ليرهن، ثم أدى المعير الدين.

(١٠) قوله: "وإن [الواو وصلية] لم يكن الدين عليه" فكذا ههنا يجبر المولى على القبول من الغائب وإن لم يكن البدل عليه لأنه محتاج إلى استفادة الحرية. (عيني)

(١١) ومثله لا يرجع.

(١٢) أي بالأداء.

(١٣) قوله: "غير مضطر إليه [أي من جهة الحاضر بخلاف معير الرهن فإنه مضطر فيه]" قد يقال: معير الرهن اعتبر مضطراً إلى أداء دين المستعير لاستخلاص المال، والحاجة إلى استخلاص نفسه أقوى فأولى أن يعتبر الغائب مضطراً

قال: وليس للمولى أن يأخذ[١] العبد الغائب[٢] بشيء؛ لما بينا[٣]، فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء[٤]، والكتابة لازمة[٥] للشاهد[٦]، لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب، فلا يتغير بقبوله كمن كفل من غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى[٧] لا يرجع عليه[٨]، كذا هذا[٩]. قال: وإذا كاتبت الأمة عن نفسها[١٠]، وعن ابنين لها صغيرين[١١]، فهو جائز، وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه، ويجبر المولى على القبول، ويعتقون؛ لأنها[١٢] جعلت نفسها أصيلا في الكتابة، وأولادها تبعًا على ما بينا في المسألة الأولى[١٣]، وهي أولى[١٤] بذلك[١٥] من الأجنبي.

إلى أداء بدل الكتابة، فالأولى أن يقال: الغائب بالأداء عامل لنفسه لرجوع منفعة إليه، وهو عتق رقبته، فلا يرجع بما نفعه يعود إليه على غيره، بخلاف معير الرهن. (ملا إله داد)

(١) أي يطالب.

(٢) أجاز الغائب أو لم يجز. (ك)

(٣) من أنه فيه تبع. (ع)

(٤) قوله: "فليس ذلك [قبول ورد] إلخ" يعني لا يؤثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه، وكذلك رده لا يؤثر في رد عقد الكتابة عن الحاضر. (عيني)

(٥) وإن رده الغائب. (ك)

(٦) أي العبد الحاضر.

(٧) الكفيل.

(٨) أي على المكفول عنه.

(٩) أي حكم الغائب.

(١٠) قوله: "وإذا كاتبت الأمة [أي قبلت عقد الكتابة على نفسها وعلى ابنين صغيرين لها. ك] إلخ" إنما وضع المسألة في الأمة إشارة إلى أن الحكم في العبد والأمة سواء، فإنه لو وضعها في العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليها فلا يجوز ذلك في الأمة لعدم ولايتها فإن الأم الحرة لا ولاية لها فكيف بالأمة. (عناية)

(١١) قوله: "صغيرين [وكذا إذا كان الابن واحدًا]" إنما قيد بالصغير ليدل بذلك على أن لا أثر لقبول الغائب أورده. (كفاية)

(١٢) أمة.

(١٣) قوله: "في المسألة الأولى" وهي كتابة العبد عن نفسه، وعن العبد الغائب، وذلك لأن الأم إذا أدت فقد أدت دينًا على نفسها، وكل من الولدين إذا أدى فهو متبرع غير مضطر فيه، وفي ذلك لا رجوع، فإن قلت: إذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر، لأنه لا أصالة بينهما، ولا تبعية. قلت: أن أحدهما إذا أدى كان أداءه كأداء الأم لأنه تابع لها من كل وجه، ولو أدت الأم عتقوا، فكذا إذا أدى أحدهما. (عيني)

(١٤) قوله: "وهي أولى إلخ" يعني أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الأجنبي فلأن يجوز في حق ولدها أولى، لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي، كذا في الشروح. (نتائج)

(١٥) أي بالجواز.

باب كتابة العبد المشترك

قال[١] : وإذا كان العبد بين رجلين[٢] أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه[٣] بألف درهم ويقبض بدل الكتابة، فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز[٤]، فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة. وقالا: هو مكاتب بينهما[٥]، وما أدى[٦] فهو بينهما، وأصله[٧] أن الكتابة تتجزأ عنده خلافًا لهما بمنزلة العتق لأنها تفيد الحرية من وجه[٨]، فتقتصر على نصيبه عنده للتجزئ[٩]. وفائدة الإذن[١٠] أن لا يكون[١١] له[١٢] حق الفسخ كما يكون له[١٣] إذا لم يأذن[١٤]، وإذنه له بقبض البدل[١٥] إذن للعبد بالأداء، فيكون متبرعًا بنصيبه عليه[١٦]، فلهذا[١٧] كان كل المقبوض له[١٨]، وعندهما

---

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) أى بين شريكين سواء كانا رجلين، أو رجلا وامرأة أو امرأتين.

(٣) أى نصيب المأذون.

(٤) العبد.

(٥) شريكين.

(٦) المكاتب من المال.

(٧) قوله: "وأصله" أى أصل قوله: فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة وعندهما هو بينهما نصفان. (كفاية)

(٨) لأنه يكون حرًا من حيث اليد.

(٩) أى لتجزئ الكتابة.

(١٠) قوله: "وفائدة الإذن إلخ" جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال: إذا كانت الكتابة تتجزأ فما الفائدة فى إذن أحدهما للآخر بالكتابة. (عينى)

(١١) قوله: "أن لا يكون إلخ" أى ليس الإذن لصاحبه لصحة كتابة نصيبه فإن أحدهما لو كاتب نصيبه بغير إذن شريكه صحت. (ن)

(١٢) أى للشريك الذى لم يكاتب.

(١٣) حق الفسخ.

(١٤) أى الشريك الذى لم يكاتب.

(١٥) أى بدل الكتابة.

(١٦) قوله: "فيكون [الشريك الآذن] متبرعًا بنصيبه [من الكسب] عليه [أى على المكاتب]" لأنه لما أذن أحدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبًا، وبقى نصيب الآذن عبدًا كما كان، فحين اكتسب كأن هذا كسب مملوك بعضه مكاتب، وبعضه عبد، فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب.
وما كان من كسب العبد فهو لمولاه، فمتى أذن الذى لم يكاتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد أذن بعبده بقضاء دينه من الكسب الذى يكون له فيصير الآذن متبرعًا بنصيب نفسه من الكسب على العبد، ثم على الشريك، فإذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع. (ك)

(١٧) قوله: "فلهذا" أى لأجل كون الشريك الآذن متبرعًا بنصيبه من الكسب. (عينى)

(١٨) أى للمكاتب.

الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزئ[١] فهو[٢] أصيل فى النصف[٣] وكيل فى النصف[٤] فهو[٥] بينهما والمقبوض مشترك بينهما، فيبقي كذلك بعد العجز[٦]. قال[٧]: وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها، فوطئها أحدهما، فجاءت بولد، فادعاه[٨] ثم وطئها الآخر، فجاءت بولد فادعاه[٩]، ثم عجزت فهى[١٠] أم ولد للأول[١١]؛ لأنه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته[١٢] لقيام الملك له فيها[١٣]، وصار نصيبه أم ولد له[١٤]، لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك، فيقتصر أمومية الولد[١٥] على نصيبه، كما فى المدبرة المشتركة[١٦]. ولو ادعى الثانى ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً[١٧]، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول[١٨]، لأنه زال المانع من الانتقال،

(١) قوله: "لعدم التجزئ [أى للكتابة] إلخ" ولا يلزم كتابة أحدهما بدون إذن الشريك حيث يثبت الكتابة قصرا عليه، لأن الكتابة إنما تقتصر على أحد الشريكين إذا كانت غير لازمة، والكتابة هناك ليست بلازمة بدليل أن الساكت يملك فسخها، وههنا لازم فأشبهت التدبير. (كفاية)

(٢) أى الشريك المكاتب.

(٣) الذى له.

(٤) الذى لشريكه.

(٥) أى البدل، أى الكتابة

(٦) قوله: "فيبقى كذلك [أى مشتركًا] بعد العجز" لما لو كاتباه فعجز، وفى يده من الأكساب، وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخر. (عناية)

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٨) أى الواطئ.

(٩) أى الواطئ الآخر الولد.

(١٠) الجارية.

(١١) أى للواطئ الأول.

(١٢) ويثبت نسبه. (عناية)

(١٣) الجارية.

(١٤) قوله: "وصار نصيبه إلخ" بناء على أن الاستيلاد فى المكاتبة يتجزأ عند أبى حنيفة، لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتملك نصيب صاحبه، وذلك لا يمكن لأن إلخ. (عينى)

(١٥) أى كون الجارية أم ولد.

(١٦) قوله: "كما فى المدبرة المشتركة" صورتها أمة بين رجلين، دبراها ثم وطئها أحدهما، فجاءت بولد فادعاه يثبت نسب الولد منه، ويقتصر أمومية الولد على نصيبه. (ك)

(١٧) قوله: "ظاهراً" قيد بقوله: ظاهراً لأن الظاهر أن تمضى على كتابتها، فكان ملكه باقيًا فيها، وأما بالنظر إلى التعجيز لم يبق ملكه فيها. (عينى)

(١٨) قوله: "أم ولد للأول" لأن المقتضى للتكميل قائم، والمانع من التكميل الكتابة، وقد زالت فيعمل المقتضى عمله من وقت وجوده. (تبين)

ووطئه سابق[١]. ويضمن[٢] لشريكه نصف قيمتها[٣]؛ لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد، ونصف عقرها[٤] لوطئه جارية مشتركة، ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد[٥]، ويكون[٦] ابنه؛ لأنه بمنزلة المغرور[٧]، لأنه حين وطئها كان ملكه قائمًا ظاهرًا[٨]، وولد المغرور ثابت النسب منه[٩] حر بالقيمة[١٠] على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر، وأيهما دفع العقر[١١] إلى المكاتبة جاز.

لأن الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها، وأبدالها وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى[١٢] لظهور اختصاصه[١٣]، وهذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد[١٤]: هى أم ولد للأول، ولا يجوز وطئ الآخر[١٥]؛ لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له، لأن أمومية الولد يجب تكميلها[١٦] بالإجماع ما أمكن، وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها[١٧] قابلة للفسخ، فتفسخ فيما لا

(١) قوله: "وطئه سابق" فتصير أم ولد له من ذلك الوقت، لأن السبب هو الوطئ. (عينى)

(٢) الواطئ الأول.

(٣) الجارية.

(٤) أى الجاريه، تقدم بيان العقر، فارجع.

(٥) قوله: "ويضمن شريكه [الواطئ الثانى] إلخ" فيكون النصف بالنصف قصاصًا، ويبقى للأول على الثانى نصف العقر، وقيمة الولد. (عناية)

(٦) الولد.

(٧) قوله: "لأنه بمنزلة المغرور" لأن الشريك وطئها على حسبان أن يضعها على حكم ملكه، وظهر بالعجز بطلان الكتابة، فتبين أنه لا ملك له، فصار مغرورًا. (ك)

(٨) قوله: "ظاهرًا" إنما قال: ظاهرًا لأنه إذا عجزت تكون أم ولد للأول، فيكون الملك ظاهرًا. (حميدية)

(٩) المغرور.

(١٠) قوله: "حر بالقيمة" فإن قيل: ينبغى أن لا يضمن الثانى قيمة الولد للأول عند أبى حنيفة لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه، ولا قيمة لأم الولد عنده، فكذا لابنها، قيل: عن أبى حنيفة فى تقوم أم الولد روايتان، فيكون الولد متقومًا على أحدهما فكان حرًا بالقيمة. (ع)

(١١) قبل العجز. (ع)

(١٢) فإنها ترد إلى المولى.

(١٣) المولى.

(١٤) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" حاصل الاختلاف راجع إلى أن الاستيلاد فى المكاتبة يتجزأ عند أبى حنيفة، وعندهما لا يتجزأ، وأجمعوا على أنه لا يتجزأ فى القنة، ويتجزأ فى المدبرة. (ك)

(١٥) قوله: "ولا يجوز إلخ" أى لا يكون هذا الوطئ وطئًا يثبت النسب وإلا فعدم جواز الوطئ بالاتفاق. (ك)

(١٦) قوله: "يجب تكميلها [ولهذا يكمل فى القنة. ك]" لأن الاستيلاد طلب الولد، وأنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ. (عينى)

يتضرر به المكاتبة[١]، وتبقى الكتابة فيما وراءه[٢]، بخلاف التدبير[٣]، لأنه لا يقبل الفسخ[٤]، وبخلاف بيع المكاتب[٥]، لأن فى تجويزه إبطال الكتابة[٦]؛ إذ المشترى لا يرضى ببقاءه مكاتبًا.

وإذا صارت[٧] كلها أم ولد له[٨] فالثانى واطئ أم ولد الغير، فلا يثبت نسب الولد منه، ولا[٩] يكون حرًا عليه بالقيمة غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة[١٠]، ويلزمه جميع العقر، لأن الوطئ لا يعرى عن إحدى الغرامتين[١١]، وإذا بقيت الكتابة[١٢]، وصارت كلها مكاتبة له[١٣] قيل[١٤]: يجب[١٥] عليها نصف بدل الكتابة[١٦]، لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة، ولا تتضرر بسقوط نصف البدل[١٧]. وقيل[١٨]: يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا فى حق التملك[١٩]

---

(١٧) الكتابة.

(١) قوله: "فتفسخ فيما لا يتضرر به إلخ" وهو أمومية الولد لأنه لا ضرر لها فى كونها أم ولد بل لها نفع فيه حيث لم تبق محلا للاستبدال بالبيع والهبة، وتعتق مجانًا بعد موت المولى. (نهاية)

(٢) قوله: "فيما وراءه" أى فيما وراء ما لا يتصور، وهو كونها أخص أكسابها، وأكساب ولدها. (عناية)

(٣) قوله: "بخلاف التدبير إلخ" جواب عن قياس أبى حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة، ووجهه أنا قد قلنا: إن أمومية الولد تستكمل ما أمكن، ولا إمكان ههنا، لأن التدبير غير قابل للفسخ، فإذا استولد الشريك الثانى بعد استيلاد الأول المدبرة المشتركة صح استيلاده. (ع)

(٤) والكتابة قابلة للفسخ.

(٥) قوله: "وبخلاف بيع إلخ" جواب عما يقال: هلا يفسخ الكتابة فى ضمن صحة البيع فيما إذا بيع المكاتب كما فسخوها فى ضمن صحة الاستيلاد، ووجهه أن فى تجويز البيع إبطال الكتابة، إذ المشترى لا يرضى ببقاءه مكاتبًا، ولو أبطلناها تضرر به المكاتب، وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح. (عناية)

(٦) قوله: "لأنّ فى تجويزه إلخ" أى لا يفسخُ الكتابة بضرورة تجويز البيع، لأن المكاتب يتضرر بفسخ الكتابة بدون رضاءه فى البيع، وقد قلنا: إنه يفسخ فيما لا يتضرر المكاتب. (ك)

(٧) هذا متصل بقوله: صار كلها أم ولد له.

(٨) أى للأول.

(٩) الولد.

(١٠) وهى شبهة أنها مكاتبة بينهما بالدليل الذى ذكره أبو حنيفة. (ك)

(١١) أى الحد والعقر. (كفاية)

(١٢) قوله: "وإذا بقيت إلخ" متصل بقوله: وتبقى الكتابة فيما وراءه إلخ. (مل)

(١٣) أى للأول. (ك)

(١٤) القائل أبو منصور الماتريدى.

(١٥) جزاء إذا. (عناية)

(١٦) وهو نصيب الشريك. (عناية)

ضرورة[١]، فلا يظهر[٢] فى حق سقوط نصف البدل، وفى إبقاءه فى حقه[٣] نظر[٤] للمولى[٥] وإن كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه[٦]، والمكاتبة هى التى تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها، ولو عجزت وردت فى الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه[٧] على ما بينا[٨].

قال[٩]: ويضمن الأول[١٠] لشريكه فى قياس قول أبى يوسف نصف قيمتها مكاتبة[١١]، لأنه تملك نصيب شريكه و هى[١٢] مكاتبة، فيضمنه[١٣] موسراً كان أو معسراً، لأنه ضمان التملك[١٤].

وفى قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها، ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة؛ لأن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز، وفى نصف البدل على

(١٧) لأن الكتابة انفسخت فى نصيب الثانى.

(١٨) القائل عامة المشايخ.

(١٩) أى تملك الأول نصيب الثانى.

(١) أى لضرورة تكميل الاستيلاد.

(٢) الفسخ. لأن الثابت بالضرورة لا يتعدى.

(٣) قوله: "وفى إبقاءه [عقد الكتابة] إلخ" يجوز أن يكون جوابًا عما يقال: الكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة، وهى لا تتضرر بسقوط نصف البدل، فيجب أن تنفسخ. (عناية)

(٤) وهو حصول بدل الكتابة. (كفاية)

(٥) المستولد الأول. (ك)

(٦) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان لا يتضرر إلخ" يعنى ضرر المكاتب مانع من الفسخ، وهذا المانع منتف، وانتفاء المانع لا يوجب انتفاء الموانع ووجود الشرائط والمقتضى، فلا يصلح علة لجواز الفسخ مع أن المانع من جانب المولى متحقق، وهو فوت النظر فى حقه. (أعظمى)

(٧) المولى.

(٨) أى فى بيان قول أبى حنيفة.

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٠) قوله: "ويضمن الأول لشريكه فى قياس إلخ" مراد المصنف فى لفظ "الجامع الصغير" ههنا أن قول أبى يوسف فيما نحن فيه من مسألة الاستيلاد على قياس قوله فى مسألة الإعتاق. (نتائج)

(١١) قوله: "فى قياس قول أبى يوسف" وهو قول أبى يوسف فى مكاتب بين الشريكين أعتقه أحدهما فإنه يجب عليه عند أبى يوسف نصف قيمته مكاتبًا، فقياس قوله فيما نحن فيه: أن يضمن نصف قيمتها مكاتبة أيضًا، وقيمة المكاتب نصف قيمته قنًا. (كفاية)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) النصف.

(١٤) قوله: "لأنه ضمان التملك [وهو لا يختلف باليسار والإعسار. عناية]" لظهور آثار الملك فيه من حل الوطئ والاستخدام ونحوها. (كفاية)

اعتبار الأداء، فللتردد بينهما[١] يجب أقلهما[٢].

قال: وإن كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها[٣] ثم عجزت بطل التدبير؛ لأنه[٤] لم يصادف الملك، أما عندهما فظاهر، لأن المستولد تملكها[٥] قبل العجز[٦]، وأما عند أبي حنيفة فلأن بالعجز تبين أنه[٧] تملك نصيبه[٨] من وقت الوطء، فتبين أنه[٩] مصادف ملك غيره، والتدبير يعتمد الملك[١٠]، بخلاف النسب[١١] لأنه يعتمد الغرور[١٢] على ما مر[١٣].

قال: وهي[١٤] أم ولد للأول؛ لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا[١٥]، ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة، ونصف قيمتها، لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة، والولد ولد للأول، لأنه صحت دعوته لقيام المصحح[١٦]، وهذا قولهم[١٧] جميعًا ووجهه ما بينا[١٨].

---

(١) الاعتبارين.

(٢) لأن الأقل متيقن. (عناية)

(٣) بعد ما استولدها الأول.

(٤) التدبير.

(٥) ضرورة تكميل الاستيلاد.

(٦) فانفسخت الكتابة قبل التدبير، فلا يصح تدبيره.

(٧) المستولد.

(٨) الثاني.

(٩) التدبير.

(١٠) فلا يصح بدونه. (عناية)

(١١) قوله: "بخلاف النسب [من الثاني إن وجد الوطئ منه. عناية] إلخ" يعني إنما يشكل على قول الإمام أبي حنيفة -حيث يجوز استيلاد الثاني لا التدبير منه، والفرق أن الثابت قبل العجز هو الملك بطريق الظاهر، وذلك يكفي لثبوت النسب دون التدبير، ألا ترى أنه لو اشترى أمة، واستولد ثم استحقت لم يبطل النسب، وكان حراً بقيمته، ولو دبرها فاستحقت يبطل التدبير فبهذا افترقا. (مل)

(١٢) لا الملك.

(١٣) أشار به إلى قوله: ويكون ابنه لأنه بمنزلة المغرور.

(١٤) قوله: "وهي" أي الجارية التي دبرها الثاني بعد استيلاد الأول، ثم عجزت. (مل)

(١٥) قوله: "على ما بينا" في تعليل أبي حنيفة، إشارة إلى ما ذكره في قول أبي حنيفة، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم يكن، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول، لأنه زال المانع من الانتقال. (كفاية)

(١٦) قوله: "لقيام المصحح" وهو الملك في المكاتبة لأن استيلاده كان عند قيام الكتابة، ويصح استيلاد المكاتبة بالإجماع. (كفاية)

(١٧) قوله: "وهذا قولهم" لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة، وههنا ما بقيت، لأنه لما استولدها الأول ملك نصف

قال: وإن كانا كاتباها[١] ثم أعتقها أحدهما و هو[٢] موسر، ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يرجع عليها؛ لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة، والجواب فيه[٣] على الخلاف في الرجوع[٤]، وفي الخيارات[٥] وغيرها[٦] كما هو مسألة تجزئ الإعتاق[٧]، وقد قررناه[٨] في الإعتاق.

فأما[٩] قبل العجز ليس له[١٠] أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة، لأن الإعتاق[١١] لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب، فلا يتغير به[١٢] نصيب صاحبه، لأنها مكاتبة قبل ذلك، وعندهما لما كان[١٣] لا يتجزأ يعتق الكل فله[١٤] أن يضمنه[١٥] قيمة نصيبه مكاتبًا إن كان[١٦] موسرًا، ويستسعى العبد إن كان

شريكه، ولم يبق ملك للمدبر فيها، فلا يصح تدبيره. (عناية)

(١٨) قوله: "ما بينا" إشارة إلى قوله: أما عندهما فظاهر، وأما عند أبي حنيفة فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطئ. (ك)

(١) الجارية.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "فيه" أي في إعتاق أحد الشريكين القن المشترك. (ك)

(٤) قوله: "في الرجوع" فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد، وعندهما لا يرجع. (عناية)

(٥) قوله: "وفي الخيارات" عند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه، وعندهما ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار. (عناية)

(٦) قوله: "وغيرها" وهو الولاء، فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما، وإن ضمن المعتق فالولاء للمعتق، وعندهما الولاء للمعتق في الوجهين جميعًا. (ك)

(٧) قوله: "كما هو مسألة إلخ" يعني كان مسألة تجزئ الإعتاق على الخلاف، فكذلك الرجوع والخيارات والولاء على الخلاف أيضًا، فكان فيه إشارة إلى أن الخلاف في هذه الأشياء الثلاثة بناء على مسألة تجزئ الإعتاق وعدمه. (ك)

(٨) قوله: "وقد قررناه" قال في باب العبد يعتق بعضه: إذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر، ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة. وقالا: يعتق كله، وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده، فيقتصر على ما أعتق، وعندهما لا يتجزأ، وهو قول الشافعي، فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل.

(٩) أي هذا بعد العجز، وأما قبل العجز إلخ.

(١٠) أي للساكت.

(١١) قوله: "لأن الإعتاق إلخ" تقريره أن معتق البعض عنده كالمكاتب، وههنا نصيب صاحبه مكاتب بالكتابة السابقة، فلا يصير مكاتبًا بالإعتاق، وإنما يؤثر في نصيب صاحبه بجعله مكاتبًا بعد العجز، فلهذا يقتصر ولاية التضمين على ما بعد العجز. (عيني)

(١٢) أي بالإعتاق.

(١٣) الإعتاق.

معسراً، لأنه ضمان إعتاق، فيختلف[(١)] باليسار والإعسار[(٢)].

قال[(٣)]: وإن كان[(٤)] العبد بين رجلين دبره أحدهما، ثم أعتقه الآخر وهو موسر، فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء أعتق، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى العبد أو يعتق. وهذا عند أبي حنيفة، ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده[(٥)]، فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر[(٦)] فيثبت له[(٧)] خِيَرَة الإعتاق والتضمين والاستسعاء، كما هو مذهبه[(٨)]، فإذا أعتق[(٩)] لم يبقَ له خيار التضمين والاستسعاء[(١٠)]، وإعتاقه[(١١)] يقتصر على نصيبه، لأنه يتجزأ عنده[(١٢)]، ولكن يفسد به[(١٣)] نصيب شريكه[(١٤)]، فله[(١٥)] أن يضمنه[(١٦)] قيمة نصيبه، وله[(١٧)] خيار

---

(١٤) أي للساكت.

(١٥) أي المعتق.

(١٦) المعتق.

(١) قوله: "فيختلف [الضمان] إلخ" والقياس أن لا يختلف باليسار والإعسار، لأنه ضمان إتلاف، إلا أنا استحسنا وقلنا: إن المعتق باشر السبب، أي لما أعتق المعتق نصيبه صار إعتاق نصيبه سبباً لاتلاف نصيب صاحبه دون العلة، فيكون هذا ضمان السبب، وهو مبنى على صفة التعدى، فيما إذا كان المعتق موسراً لا بد من الضمان، لأنه يتمكن من إحراز الثواب بواسطة إعتاق عبد آخر، فإذا أعتق العبد المشترك يكون متعدياً وفيما إذا كان معسراً ليس له لإحراز ثواب العتق طريق آخر سوى هذا، فلم يكن متعدياً. (ك)

(٢) أي يسار المعتق وإعساره.

(٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٤) قوله: "وإن كان" قلت: ذكر هذه المسألة يلايم باب التدبير، أو كتاب الإعتاق، فأما ذكره في كتاب المكاتب في باب العبد المشترك فلا يلايم أصلا، وغاية ما يمكن أن يقال: إن الكتابة والتدبير من باب واحد، لأن كلا منهما من شعب الإعتاق، فلا بأس أن يذكر أحدهما مكان الآخر. (ملا إله داد رحمه الله)

(٥) الإمام.

(٦) لسد باب النقل على الآخر. (عناية)

(٧) أي للآخر.

(٨) الإمام.

(٩) الآخر.

(١٠) قوله: "لم يبقَ له [أي للآخر] خيار إلخ" لأن أثر التضمين أن يملك الضامن نصيب المضمن والمعتق لايملك. (مل)

(١١) أي الآخر.

(١٢) الإمام.

(١٣) قوله: "ولكن يفسد [لسد باب الاستخدام عليه. ع] به [أي بالإعتاق] إلخ" أي بإعتاق المعتق نصيبه يفسد نصيب المدبر، لأنه كان قبل إعتاقه يملك الاستخدام والاستغلال، وكان لا يجبر على الإخراج إلى المعتق، فبعد إعتاق المعتق يكون المدبر مجبوراً على الإخراج إلى المعتق، ويكون بمنزلة المكاتب، ويكون مختصاً بأكسابه. (ك)

العتق والاستسعاء أيضًا كما هو مذهبه[١]، ويضمنه[٢] قيمة نصيبه مدبرًا لأن الإعتاق صادف المدبر[٣]. ثم قيل: قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين، وقيل: يجب ثلثا قيمته وهو[٤] قن لأن المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه[٥]، والاستخدام وأمثاله[٦]، والإعتاق وتوابعه[٧]، والفائت[٨] البيع، فيسقط الثلث، وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان[٩]، لأنه[١٠] لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبرًا فأبق[١١]، وإن أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلث[١٢] عنده[١٣]، فإذا دبره[١٤] لم يبق[١٥] له خيار التضمين[١٦]، وبقي خيار الإعتاق والاستسعاء، لأن المدبر يعتق ويستسعى.

---

(١٤) الذي دبر.

(١٥) أي للذي دبر.

(١٦) المعتق.

(١٧) أي للمدبر.

(١) الإمام.

(٢) أي المدبر المعتق.

(٣) فيعتبر قيمته مدبرًا.

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "وأشباهه" في كونه خارجًا عن الملك كالهبة والصدقة والإرث والوصية. (ع)

(٦) قوله: "وأمثاله" في كونه انتفاعًا بالمنافع كالإجارة والإعارة والوطئ. (عناية)

(٧) قوله: "وتوابعه" وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والإعتاق على مال. (ك)

(٨) في المدبر.

(٩) قوله: "وإذا ضمنه [أي المدبر المعتق] لا يتملكه [أي لا يتملك المعتق نصيب المدبر] بالضمان [أي بأداء ضمان نصيب المدبر]" لأن هذا ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك، فإنه بالإعتاق أزال به الاستخدام وغيره للمولى، فصار بمنزلة الغاصب. (كفاية)

(١٠) المدبر.

(١١) قوله: "كما إذا غصب مدبرًا فأبق" أي حتى ضمن الغاصب القيمة لا يملك الغاصب، فإذا وجده الغاصب فله أن يستسعيه. (ك)

(١٢) أي خيار الإعتاق والتضمين والاستسعاء.

(١٣) الإمام.

(١٤) بعد إعتاق إحدهما.

(١٥) قوله: "لم يبقَ له إلخ" لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئًا للمعتق عن الضمان لمعنى، وهو أن نصيبه كان قنًا عند إعتاق المعتق، فكان تضمينه إياه متعلقًا بشرط تمليك العين بالضمان، وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الأول، فهناك نصيبه كان مدبرًا عند ذلك، فلا يكون التضمين مشروطًا بتمليك العين منه. (عناية)

(١٦) لأن أثر التضمين أن يملك الضامن والمدبر لا يملك.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل، لأنه[١] لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير، ويضمن نصف قيمته موسرًا كان أو معسرًا، لأنه ضمان تملك، فلا يختلف باليسار والإعسار، ويضمن نصف قيمته قنا، لأنه صادف[٢] التدبير وهو[٣] قن وإن أعتقه[٤] أحدهما فتدبير الآخر باطل، لأن الإعتاق لا يتجزأ، فيعتق كله، فلم يصادف التدبير الملك، وهو[٥] يعتمده[٦]، ويضمن[٧] نصف قيمته إن كان موسرًا، ويسعى العبد في ذلك[٨] إن كان[٩] معسرًا، لأن هذا ضمان الإعتاق، فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما[١٠].

باب[١١] موت المكاتب و عجزه[١٢] وموت المولى

قال[١٣]: وإذا عجز المكاتب عن نجم[١٤] نظر الحاكم في حاله، فإن كان له دين يقبضه أو مال[١٥] يقدم[١٦] عليه لم يعجل[١٧] بتعجيزه، وانتظر[١٨] عليه اليومين، أو الثلاثة؛ نظرًا للجانبين[١٩] والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء[٢٠] الأعذار كإمهال

---

(١) التدبير.
(٢) العبد.
(٣) الواو حالية.
(٤) أولا.
(٥) التدبير.
(٦) الملك.
(٧) المعتق.
(٨) نصف.
(٩) المعتق.
(١٠) الصاحبين.
(١١) قوله: "باب موت إلخ" تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب، لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة، فكذا بيان أحكامها. (نت)
(١٢) عن أداء بدل الكتابة.
(١٣) أي القدوري. (عيني)
(١٤) قوله: "عن نجم [أي قسط]" النجم هو الطالع ثم سمي به لوقت المضروب، ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة. (غاية)
(١٥) غائب.
(١٦) أي يأتي بوجه.
(١٧) الحاكم.
(١٨) انتظار: درنگ كردن، چشم داشتن. (من)

الخصم للدفع[١]، والمديون للقضاء[٢]، فلا يزاد عليه، فإن لم يكن له وجه[٣] وطلب المولى تعجيزه عجزه[٤]، وفسخ الكتابة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف[٥]: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان؛ لقوله علي[٦]: "إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق"، علقه[٧] بهذا الشرط[٨]، ولأنه[٩] عقد إرفاق[١٠]، حتى كان أحسنه[١١] مؤجله، وحالة الوجوب[١٢] بعد حلول نجم، فلا بد من إمهال مدة استيسارًا[١٣]، وأولي المدد ما توافق عليه العاقدان[١٤]. ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق، وهو العجز، لأن من عجز[١٥] عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين،

---

(١٩) أي جانب المولى وجانب المكاتب.

(٢٠) ظاهر كردن.

(١) قوله: "كإمهال الخصم للدفع [أي لأجل دفعه دعوى المدعي]" فإن المدعى عليه إذا توجه عليه الحكم فادعى الدفع وقال: لي بينة حاضرة على الدفع فإنه يؤخر يومًا أو يومين أو ثلاثة. (عناية)

(٢) قوله: "والمديون إلخ" فإنه إذا أقر بدين وسأل أن يمهله ثلاثة أيام ليحضر المال أو ليبيع عينًا في يده أجابه إلى ذلك، ولم يكن بذلك ممتنعًا عن أداءه، ولم يحبسه به. (ك)

(٣) لتحصيل المال.

(٤) الحاكم.

(٥) قوله: "وقال أبو يوسف" قلت: ذكر في الأمالي أنه إذا كانت النجوم متفاوتة، فإنه يعجز في نجم واحد، وأما إذا كانت مستوية فإنه لا يعجز متى يتوالى عليه نجمان. (ملا إله داد)

(٦) رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" في البيوع. (ت)

(٧) قوله: "علقه" أي علقه علي بهذا الشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله، وهذا لا يعرف قياسًا، فكان كالمروي عنه عليه السلام. (عيني)

(٨) قوله: "بهذا الشرط" ولقائل أن يقول: هذا استدلال بمفهوم الشرط، وهو ليس بناهض، لأنه يفيد الوجود عند الوجود فقط، والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام أنه معلق بشرطين، والمعلق بشرطين لا يزيل عند أحدهما، كما لو قال: إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق. (م)

(٩) عقد كتابة.

(١٠) فإن مبناه على المسامحة. (م)

(١١) قوله: "حتى كان أحسنه" أي أحسن عقد الكتابة مؤجله، والمراد أن التأجيل والتنجيم أحسن من الكتابة الحالة، وإن كانت الحالة جائزة عندنا. (عيني)

(١٢) أي وجوب الأداء.

(١٣) تمكينًا للعبد من الأداء.

(١٤) قوله: "ما توافق [هو النجم الثاني] إلخ" فإذا مضى النجم الثاني تحقق العجز فيوجب الفسخ. (عيني)

(١٥) قوله: "لأن من عجز" أقول: فيه شيء، وهو أن دليله هذا لا يتمشى في صورة أدى سائر النجوم، وبقي نجم واحد، فعجز، كذا في "نتائج الأفكار"، وأقول: الاستدلال الشامل من قوله: وهذا وقوله: إن سبب الفسخ إلخ وقع في مقابلة استدلال أبي يوسف، والصورة المذكورة لا وجود لتوالي النجمين فيها، فافهم. (أبو الحسنات عفا الله عنه)

وهذا[١] لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم، وقد فات[٢] فيفسخ[٣] إذا لم يكن[٤] راضيًا به[٥] دونه، بخلاف اليومين والثلاثة[٦]، لأنه لا بد منها لإمكان الأداء، فلم يكن تأخيرًا، والآثار[٧] متعارضة، فإن المروى عن ابن عمر[٨]، أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها، فسقط الاحتجاج بها[٩].

قال[١٠]: فإن أخل بنجم[١١] عند غير السلطان[١٢]، فعجز فرده مولاه برضاه[١٣] فهو جائز؛ لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر، فبالعذر أولى[١٤]، ولو لم يرضَ به العبد لا بد من القضاء بالفسخ[١٥]؛ لأنه[١٦] عقد لازم تام[١٧]، فلا بد من القضاء، أو الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض[١٨].

---

(١) أى كون العجز سبب للفسخ. (م)

(٢) المقصود.

(٣) قوله: "فيفسخ" أى المولى أو القاضى على اختلاف الروايتين، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرضَ بالفسخ، فهل يستبد المولى به أو يحتاج إلى قضاء القاضى فيه روايتان. (عناية)

(٤) المولى.

(٥) أى ببقاء الكتابة بدون ذلك لنجم الذى شرط.

(٦) قوله: "بخلاف اليومين إلخ" جواب عما يقال: إذا كان مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم كان ينبغى أن يتمكن عن الفسخ من غير إمهال. (عينى)

(٧) جواب عما استدل به أبو يوسف بأثر على.

(٨) قوله: "فإن المروى عن ابن عمر إلخ" قلت: غريب، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" حدثنا وكيع وابن أبى زائدة عن أبان بن عبد الله البجلى عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلامًا له على ألف دينار، فأداها إلا مائة، فرده فى الرق، انتهى. (ت)

(٩) قوله: "فسقط الاحتجاج بها" أى بالآثار المتعارضة، لأن الحديثين إذا تعارضا وجهل تأريخهما تساقطا فيصار إلى ما بعدهما من الحجة، فبقى ما قالا من الدليل: من أن سبب الفسخ قد تحقق إلى آخره سالمًا عن المعارض، فيثبت الفسخ به. (ك)

(١٠) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١١) قوله: "فإن أخلّ إلخ" المراد بالإخلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة فى الوقت الذى اتفقا على تعينه فى أداءها. (م)

(١٢) أى غير القاضى. (ك)

(١٣) المكاتب.

(١٤) بأن يفسخ.

(١٥) وفى بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه. (ك)

(١٦) عقد الكتابة.

(١٧) من جانب المولى لأنه لا يقدر على الإبطال بانفراده. (م) أى ليس فيه خيار الشرط. (م)

(١٨) قوله: "كالرد إلخ" يعنى إذا وجد المشترى بالمبيع عيبًا بعد القبض فإنه لا ينفرد بالفسخ، كذا هذا. (عينى)

قال[١]: وإذا عجز المكاتب[٢] عاد إلى أحكام الرق؛ لانفساخ الكتابة، وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه؛ لأنه ظهر أنه كسب عبده[٣]، وهذا[٤] لأنه كان موقوفًا عليه[٥]، أو على مولاه، وقد زال التوقف[٦].

قال[٧]: فإن مات المكاتب وله مال لم ينفسخ الكتابة، وقضي ما عليه من ماله، وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته، وما بقي[٨]، فهو ميراث لورثته، ويعتق أولاده[٩]، وهذا قول علي، وابن مسعود[١٠]، وبه أخذ علماءنا، وقال الشافعي: تبطل الكتابة، ويموت عبدًا وما ترك لمولاه، وإمامه[١١] في ذلك[١٢] زيد بن ثابت[١٣].

ولأن المقصود من الكتابة عتقه[١٤]، وقد تعذر[١٥] إثباته[١٦]، فتبطل[١٧]، وهذا[١٨] لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصورًا، أو يثبت قبله، أو بعده مستندًا[١٩] لا وجه إلى الأول؛ لعدم المحلية[٢٠]، ولا إلى الثاني؛ لفقد الشرط[٢١]، وهو الأداء، ولا

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) أى ثبت عجزه بحكم الحاكم أو برضاه.

(٣) وكسب العبد لمولاه.

(٤) أى الظهور.

(٥) قوله: "كان موقوفًا عليه [لأنه إن أدى بدل الكتابة فكسبه للمكاتب، وإن عجز فللمولى. ك]" أى محبوسًا عليه ليصير له فى العاقبة كالمال الموقوف يصير ملكًا للموقوف عليه بأداء المتولى إليه، أو كان محبوسًا على مولاه ليصير له فى العاقبة، فالأول عند أداء النجم، والثانى عند العجز، وإن جعل على بمعنى اللام فالمقصود أيضًا ما ذكرنا. (أعظمى)

(٦) بالعجز.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) أى ما فضل.

(٩) المولودون، أو المشترون فى حال الكتابة. (ع)

(١٠) رواه البيهقى، كذا قال الزيلعى.

(١١) قوله: "وإمامه" قلت: أثر الصحابى ليس بحجة عنده، قلت: فيه عن الشافعى روايتان. (ملا إله داد)

(١٢) يقول: المكاتب عبد ما بقى عليه درهم لا يرث ولا يورث. (ت)

(١٣) رواه البيهقى.

(١٤) قوله: "ولأن المقصود إلخ" عطف على معنى قوله: وإمامه فى ذلك زيد بن ثابت، كأنه قال: لأثر زيد بن ثابت، ولأن المقصود بالكتابة، إلخ. (نتائج)

(١٥) لموته.

(١٦) العتق.

(١٧) الكتابة.

(١٨) أى تعذر العتق.

(١٩) إلى حال حياته. (ك)

إلى الثالث[١]؛ لتعذر الثبوت فى الحال، والشىء يثبت[٢]، ثم يستند. ولنا: أنه عقد معـاوضـة[٣]، ولا يبطل بموت أحد المتعـاقـدين، وهو المولى، فكذا[٤] بموت الآخر[٥]، والجامع بينهما[٦] الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق، بل أولى[٧]، لأن حقه[٨] آكد من حق المولى، حتى لزم العقد فى جانبه[٩]، والموت أنفى[١٠] للمالكية منه[١١] للمملوكية، فينزل[١٢] حيًا[١٣] تقديرًا، أو يستند الحرية باستناد سبب[١٤] الأداء

(٢٠) قوله: "لعدم المحلية" وذلك لأن الميت ليس بمحل للعتق ابتداء، لما فى العتق من إحداث قوة المالكية، وذلك لا يتصور فى الميت. (ك)

(٢١) قوله: "لفقد الشرط" أى لأنه مشروط بالأداء، والفرض عدمه، فيلزم وجود المشروط بدون الشرط. (ع)

(١) قوله: "ولا إلى الثالث إلخ" ولا يجوز أن يستند إلى حال حياته، لأن فى إسناده إلى حال حياته إثبات العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الأداء. (ك)

(٢) فى الحال.

(٣) قوله: "عقد [قيد به احترازاً عن النكاح والوكالة وغيرهما. ن] معاوضة" وذلك لأنه ثبت للمكاتب مالكية اليد، وللمولى المطالبة ببدل الكتابة، وقضية المعاوضة المساواة، ولا تنفسخ الكتابة بموت المولى، فكذا بموت المكاتب. (ك)

(٤) أى لا يبطل.

(٥) وهو العبد.

(٦) أى بين المولى والعبد.

(٧) قوله: "بل أولى [أن لا يبطل بموت العبد]" لأن الذى استحقه المولى قبل العبد ليس بلازم حتى إذا عجز العبد نفسه عن أداء البدل يبطل، والذى استحقه المكاتب قبل المولى لازم، حتى لو أراد أن يبطله ليس له ذلك. (مل)

(٨) أى حق العبد.

(٩) قوله: "فى جانبه [أى العبد من أجله]" أى جانب المولى حتى لا يتمكن من فسخه أما فى جانب العبد فغير لازم لتمكنه من الفسخ كذا فى الشرح، وذكر فى الشاهان لأن الكتابة لازمة فى حق المكاتب دون المولى، فجعل الضمير فى جانبه راجعاً إلى العبد، ووجهه أن المراد بلزوم العقد من جانب العبد، هو عدم تمكين الغير من فسخه، والعبد يتمكن منه. (ملا إله داد)

(١٠) قوله: "والموت أنفى إلخ" لأن المملوكية عبارة عن المقدورية والمقهورية، والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية، ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا، ولا يوصف بكونه مالكا، والموت أنفى للقادرية والقاهرية منه للمقدورية والمقهورية، فإذا جاز إبقاء العقد مع أقوى المنافيين، أى موت المولى لأدنى الحقين، أى حق المولى فلأن يبقى العقد مع أدنى المنافيين، أى موت العبد لأعلى الحقين، أى حق العبد أولى وأحري.(ك)

(١١) أى من نفى الموت.

(١٢) قوله: "فينزل [أى العبد] إلخ" هذا إشارة إلى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب إلى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا، أحدهما: أن يعتق بعد الموت بأن ينزل حيًا تقديراً كما أنزلنا الميت حيًا فى حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق، وفى حق التجهيز والتكفين، ويتنفذ الوصية فى الثلث، وكما قدرنا المولى حيًا ومالكًا، ومعتقًا فى فصل موت المولى.

وثانيهما: أنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته بأن يستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت، ويجعل أداء خلفه كأداءه بنفسه. (نتائج الأفكار)

(١٣) أى قدرنا الميت حيًا.

إلى ما قبل الموت، ويكون أداء خلفه كأداءه[١]، وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات[٢].

قال[٣]: وإن لم يترك وفاء، وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه[٤]، فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد؛ لأن الولد داخل في كتابته، وكسبه ككسبه، فيخلفه في الأداء، وصار كما إذا ترك وفاء، وإن ترك ولدًا مشترى في الكتابة قيل له: إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة، أو ترد رقيقًا عند أبي حنيفة، وأما عندهما يؤديه إلى أجله[٥] اعتبارًا بالولد المولود في الكتابة.

والجامع أنه[٦] مكاتب عليه تبعًا له، ولهذا يملك المولى[٧] إعتاقه[٨]، بخلاف سائر أكسابه[٩].

---

(١٤) أي سبب هو الأداء. (ك)

(١) قوله: "ويكون إلخ" فإن قيل: يلزم تقدم المشروط على الشرط، أجاب عنه المصنف بقوله: ويكون أداء خلفه كأداءه، فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء بل يقدر الأداء قبل العتق. (ع)

(٢) قوله: "في الخلافيات" علم الخلاف علم يعرف به كيفية إيراد الحجج الشرعية، ودفع الشبه، وقوادح الأدلة الخلافية بإيراد البراهين القطعية، وهو الجدل الذي هو قسم من المنطق إلا أنه خص بالمقاصد الدينية، وقد يعرف بأنه علم يقتدر به على حفظ، أي وضع، وهدم، أي وضع كان بقدر الإمكان، ولهذا قيل: الجدلي إما منجيب يحفظ وضعًا، أو سائل يهدم وضعًا. وذكر ابن خلدون في مقدمته أن الفقه المستنبط من الأدلة الشرعية كثر فيه الخلاف بين المجتهدين باختلاف مداركهم وأنظارهم، خلافًا لا بد من وقوعه، واتسع في الملة اتساعا عظيما، وكان للمقلدين أن يقلدوا من شاءوا. ثم لما انتهى ذلك إلى الأئمة الأربعة، وكانوا بمكان من حسن الظن اقتصر الناس على تقليدهم، فأقيمت هذه الأربعة أصولا للملة، وأجرى الخلاف بين المتمسكين بها مجرى الخلاف في النصوص الشرعية، وجرت بينهم المناظرات في تصحيح كل منهم مذهب إمامه يجرى على أصول صحيحة، ويحتج بها كل على صحة مذهبه، فتارة يكون الخلاف بين الشافعي ومالك، وأبو حنيفة يوافق أحدهما، وتارة بين غيرهم كذلك، وكان في هذه المناظرات بيان مآخذ هؤلاء، فيسمى بالخلافيات. ولا بد لصاحبه من معرفة القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام كما يحتاج إليه المجتهد، إلا أن المجتهد يحتاج إليها للاستنباط، وصاحب الخلاف يحتاج إليها لحفظ تلك المسائل من أن يهدمها المخالف بأدلته، هو علم جليل الفائدة، وكتب الحنفية والشافعية أكثر من تآليف المالكية، لأن أكثرهم أهل المغرب، وهو بادية.

وللغزالي فيه كتاب المآخذ، ولأبي بكر بن العربي من المالكية كتاب التلخيص، ولأبي زيد الدبوسي كتاب التعليقة، ولابن القصار من المالكية عيون الأدلة، انتهى، ومن الكتب المؤلفة أيضًا المنظومة النسفية، وخلافيات الإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة ثمان وخمسين وأربعمائة، جمع فيه المسائل الخلافية بين الشافعي وأبي حنيفة. (كشف الظنون)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) إن مات مفلسًا بالاتفاق. (ع)

(٥) الأب.

(٦) أي الولد.

(٧) كما يملك المولى إعتاق الولد المولود في الكتابة.

(٨) الولد.

ولأبى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين[١] أن الأجل يثبت شرطًا[٢] فى العقد، فيثبت فى حق من دخل تحت العقد، والمشترى لم يدخل، لأنه لم يضف إليه العقد، ولا سرى[٣] حكمه[٤] إليه؛ لانفصاله بخلاف المولود فى الكتابة، لأنه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم[٥] إليه، وحيث دخل فى حكمه سعى فى نجومه.

فإن اشترى[٦] ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه؛ لأنه لما حكم بحريته[٧] فى آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت، لأنه تبع لأبيه فى الكتابة، فيكون هذا[٨] حرا يرث عن حر.

وكذلك[٩] إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة[١٠]؛ لأن الولد إن كان صغيراً، فهو تبع لأبيه، وإن كان[١١] كبيرا جُعِلا كشخص واحد[١٢]، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته فى تلك الحالة[١٣] على ما مر[١٤].

---

(٩) قوله: "بخلاف سائر أكسابه [أى المكاتب]" فإن المولى لا تصرف له فى أكساب المكاتب، ولهذا لا يقدر على إعتاق عبد المكاتب. (ك)

(١) أى فصل المولود وفصل المشترى.

(٢) قوله: "يثبت شرطا" أى خارجا عن العقد والشرط أمر خارج يتوقف المشروط عليه. (حميدية)

(٣) قوله: "ولا سرى إلخ" ودخول الولد المشترى فى كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذى جرى بين المكاتب ومولاه إليه بل لجعل المكاتب مكاتبًا لولده باشتراءه إياه تحقيقًا للصلة بقدر الإمكان كما أن الحر إذا اشترى ولده يصير معتقًا له بالاشتراء. (نت)

(٤) العقد.

(٥) أى حكم عقد الكتابة.

(٦) المكاتب.

(٧) قوله: "لأنه لما حكم [الابن] إلخ" أى لأنه لما اشتراه دخل فى كتابته، فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب فى آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد، ولما حكم إلخ. (عناية)

(٨) الابن.

(٩) أى لو مات الأب وترك وفاء ورث ابنه. (ع)

(١٠) قوله: "كتابة واحدة" قيد بقوله: كتابة واحدة احترازاً عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد، لأن الولد إن كان منفرداً بكتابة، فأداها بعد الموت لم يرثه، لأنه مقصود بالكتابة، وإنما يعتق من وقت أداء البدل مقصوراً عليه، لأن الاستناد للضرورة، ولا ضرورة فى حقه ههنا، فإذا لم يستند عتقه كان عبداً عند موت أبيه، فلهذا لا يرثه. (ك)

(١١) الولد.

(١٢) قوله: "جعلا كشخص واحد" لاتحاد عقد الكتابة، وهذا لأن الكتابة لما كانت واحدة ونجومها واحدة فإنهما يعتقان معًا إن أديا، ويردان معًا فى الرق إن لم يؤديا، وقد عتق العبد فى آخر جزء من أجزاء حياته، فيعتق الابن معه فى تلك الحالة، فيرثه لذلك. (ك)

(١٣) يعنى آخر جزء من أجزاء حياته. (ع)

(١٤) من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت. (ع)

قال[١]: فإن مات المكاتب[٢]، وله ولد من حرة[٣]، وترك دينًا وفاء لمكاتبته[٤]، فجنى الولد، فقضى به[٥] على عاقلة الأم، لم يكن ذلك[٦] قضاء بعجز المكاتب[٧]؛ لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم، وإيجاب العقل[٨] عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق[٩]، فيجر الولاء إلى موالي الأب[١٠]، والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً.

وإن اختصم موالي الأم وموالى الأب[١١] في ولاءه[١٢]، فقضى به لموالى الأم[١٣]، فهو قضاء بالعجز[١٤]؛ لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً[١٥]، وذلك[١٦]

---

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) قوله: "فإن مات المكاتب إلخ" ذكر هذه المسألة والتى بعدها لبيان الفرق بينهما، وصورتها مكاتب مات وله ولد من امرأة حرة، وترك دينًا على الناس وفاء بمكاتبته فالكتابة باقية، وولاء العبد لموالى الأم، إما بقاء الكتابة فلماله من المال المنتظر، لأن الدين باعتبار مآله، مال، ولكن لا يحكم بعتقه، حتى يؤدى البدل، وأما إن الولاء لموالى الأم، فلأنه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء فى جانب الأب. (عناية)

(٣) أى معتقة. (ك)

(٤) قوله: "وترك دينًا [على غيره] إلخ" قيد به لأنه لو كان عينًا نقدا لا يتأتى القضاء بالإلحاق بموالى الأم، لأنه يمكن أن يؤدى المال فى الحال، ويلحق بمولى الأب. (حميدية)

(٥) أى بموجب الجناية. (ع)

(٦) أى القضاء.

(٧) وفسخ الكتابة. (ع)

(٨) ديت.

(٩) المكاتب.

(١٠) قوله: "فيجر الولاء [أى ولاء الابن] إلخ" لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه كما إذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب إليه، فكذلك الولاء. (ع)

(١١) قوله: "وإن اختصم [هى المسألة الثانية. ع] إلخ" صورتها مات هذا الولد بعد الأب، واختصم موالى الأب وموالى الأم، فقال موالى الأم: مات رقيقًا والولاء لنا، وقال موالى الأب: مات حرًا والولاء لنا، فقضى لولاءه لمولى الأم فهو قضاء بالعجز، وصح الكتابة. (ع)

(١٢) الولد.

(١٣) قوله: "فقضى به إلخ" يعنى اختصموا بعد موت الولد فى إرثه بالولاء قبل أداء بدل الكتابة، فقضى القاضى بالولاء لقوم الأم يكون قضاء بعجز المكاتب، وموته عبدًا لأن من ضرورة كون الولاء لقوم الأم موت المكاتب عبدًا لأنه لو مات حرًا لانجر الولاء إليه من قوم الأم. (ك)

(١٤) أى بعجز المكاتب وفسخ الكتابة.

(١٥) قوله: "مقصوداً" احتراز عن المسألة الأولى، فإن القضاء بالأرش على قوم الأم لا يكون قضاء لهم بالولاء الذى يبتنى على بقاء الكتابة فى الأب، وانتقاضها، ولا يكون القضاء بالأرش على قوم الأم منافيًا لبقاء الكتابة فى الأب، بل هذا يقرر حكم الكتابة، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم، لكن على احتمال أن يعتق الأب، فينتقل الولاء، وموجب الجناية إلى قوم الأب، فلا يكون القضاء بالأرش على قوم الأم قضاء بفسخ الكتابة.

وفى المسألة الثانية الاختلاف وقع فى الولاء مقصوداً، وذا يبتنى على قيام الكتابة وانتقاضها، فكان هذا قضاء لعجز

يبتنى على بقاء الكتابة، وانتقاضها، فإنها إذا فسخت مات[1] عبدًا، واستقر الولاء على موالى الأم، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات[2] حرًا، وانتقل الولاء إلى موالى الأب، وهذا فصل مجتهد فيه[3]، فينفذ[4] ما يلاقيه من[5] القضاء، فلهذا كان[6] تعجيزًا.

قال[7]: وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه[8]، ثم عجز فهو طيب للمولى؛ لتبدل الملك[9]، فإن العبد يتملكه صدقة، والمولى عوضًا عن العتق، وإليه[10] وقعت الإشارة النبوية فى حديث بريرة[11]: «هى لها صدقة ولنا

المكاتب، لأن هذا القضاء يضمن فسخ الكتابة، فإنها لو لم تنفسخ، وخرج من الدين، وأديت الكتابة رجع عاقلة الأب بالميراث على عاقلة الأم، فينتقض القضاء بالميراث، فقلنا بانفساخها صيانة للقضاء عن النقض. (ك)

(١٦) أى الولاء.

(١) الولد.

(٢) الولد.

(٣) قوله: "وهذا [أى بقاء الكتابة وانتقاضها بعد موت المكاتب] فصل مجتهد فيه [كما مر]" فإن الاختلاف بين موالى الأب وموالى الأم فى الحقيقة راجع إلى قياء الكتابة، وانتقاضها عند موت المكاتب عن وفاء، فموالى الأم زعموا أنه مات عبدًا، وانفسخت الكتابة بموته، وصار ولاء اولد لنا، لا يتحول عنا، وهو قول بعض الصحابة.

وموالى الأب زعموا أن الكتابة لم تنفسخ بموته عن وفاء، فيؤدى الكتابة حتى يعتق وينتقل الولاء إلينا، وهو قول بعض الصحابة، فإذا قضى القاضى بالولاء لموالى الأم كان قضاء فى فصل مجتهد فيه، فنفذ بالإجماع، وصيانة قضاء متفق عليه أولى من إمضاء كتابة اختلف الصحابة فى بقاءها.

هذا إذا مات المكاتب عن وفاء، وأما إذا مات، لا عن وفاء قال بعضهم: ينفسخ حتى لو تطوع إنسان ببدل الكتابة لا يقبل منه، وقيل: خلافه. (ك)

(٤) قوله: "فينفذ إلخ" وإذا كان القضاء لهم بالولاء نافذا ينفسخ الكتابة لانتفاء لازمها، وهو احتمال جر الولاء. (ع)

(٥) بيان ما.

(٦) هذا القضاء.

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٨) قوله: "وما أدى المكاتب إلخ" أى أخذ المكاتب الزكاة لكونه من المصارف، ثم أداه إلى المولى عن بدل الكتابة، ثم عجز فظهر أن المولى أخذ الزكاة، وهو غنى، ومع ذلك يطيب له. (شرح وقاية)

(٩) قوله: "لتبدل الملك إلخ" [وتبدل الملك كتبدل العين. (ع)] فإن قيل: إن ملك الرقبة كان للمولى، فكيف يتحقق تبدل الملك، قلنا: ملك الرقبة كان للمولى مغلوبا فى مقابلة ملك اليد للمكاتب، حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى، وكان للمكاتب أن يمنعه من التصرف فى ملكه، وهذا آية كمال ملك اليد للمكاتب، ونقصان ملك الرقبة للمولى، إذ المكاتب هو الذى يتصرف فيه تصرف الإملاك لا المولى، ثم بالعجز ينقلب الأمر، وليس هو إلا بتبدل الملك للمولى. (ك)

(١٠) أى إلى تبدل الملك.

(١١) قوله: "فى حديث بريرة" قلت: أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة قالت: كان فى بريرة ثلاث خصال عتقت فخيرت، وقال رسول الله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»، ودخل عليها النبى ﷺ، وبرمته على النار، فقرب إليه خبز وإدم

هدية[١]»*. وهذا بخلاف ما إذا أباح[٢] للغنى والهاشمى، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح، فلم يتبدل الملك، فلا تطيبه، ونظيره المشترى شراء فاسداً، إذا أباح[٣] لغيره لا يطيب له، ولو ملكه يطيب، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى، فكذلك الجواب[٤]، وهذا عند محمد ظاهر، لأن بالعجز يتبدل الملك عنده[٥]، وكذا عند أبى يوسف وإن[٦] كان بالعجز يتقرر[٧] ملك المولى عنده[٨]، لأنه لا خبث فى نفس الصدقة[٩]، وإنما الخبث فى فعل الأخذ لكونه، إذلالا به[١٠]، فلا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة، وللهاشمى لزيادة حرمته، والأخذ لم يوجد من المولى، فصار[١١] كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه، والفقير إذا استغنى وقد[١٢] بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة حيث يطيب لهما، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب، واستغنى يطيب له ما بقى من الصدقة فى يده.

قال[١٣]: وإذا جنى العبد[١٤]، فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز، فإنه

من أدم البيت، فقال: ألم أر البرمة، فقيل: لحم تصدق به على بريرة، وأنت لا تأكل الصدقة، قال: «هو لها صدقة ولنا هدية». (ت)

(١) قوله: "ولنا هدية" والمشهور أنها كانت معتقة لعائشة رضى الله عنها لما أهدت إلى رسول الله ﷺ، وقال بعض الشارحين: إنها كانت مكاتبة أهدت إلى رسول الله ﷺ، فلعله كان الإهداء منها مرتين ليحصل التوفيق، فإن قيل: كيف يصح للمكاتبة الإهداء، قلت: إنه من باب الضيافة اليسيرة، فيحل. (أعظمى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٧، والدراية ج٢، الحديث ٨٧١ ص١٩٢. (نعيم)

(٢) أى الفقير وما أخذ من الزكاة.

(٣) المشترى.

(٤) أى هو طيب للمولى.

(٥) لأن المكاتب إذا عجز، فالمولى يملك أكسابه ملكًا مبتدأ، حتى لو آجر المكاتب أمته ظئرًا، ثم عجز يبطل الإجارة عند محمد لزوالها عن ملك الآجر. (ك)

(٦) الواو وصلية.

(٧) أى ليس يتبدل.

(٨) فإن للمولى فى كسب المكاتب نوع ملك، وبالعجز يتقرر، وذلك يتأكد. (ك)

(٩) وإلا لما فارقها أصلا. (ع)

(١٠) قوله: "لكونه إذلالا به" أى مع الغناء ومع زيادة الشرف والكرامة، لأن بالصدقة يسقط الذنوب من المتصدق، فيصير المتصدق عليه كالآلة للمتصدق فى حق سقوط الذنوب عنه، وليس للمسلم أن يذل نفسه إلا عند الحاجة والضرورة، فلهذا حل للفقير، ولا يحل للهاشمى وإن كان محتاجاً إليه، لأن له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره. (ك)

(١١) المولى.

(١٢) الواو حالية.

(١٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

يدفع أو يفدى[١]؛ لأن هذا[٢] موجب جناية العبد فى الأصل، ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختاراً[٣] للفداء، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع[٤]، فإذا زال[٥] عاد الحكم الأصلى، وكذلك[٦] إذا جنى المكاتب[٧]، ولم يقض به[٨] حتى عجز؛ لما قلنا من زوال المانع[٩].

وإن قضى به[١٠] عليه فى كتابته، ثم عجز فهو دين يباع فيه[١١]؛ لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء[١٢]، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، وقد رجع أبو يوسف إليه، وكان يقول أولا: يباع فيه[١٣] وإن[١٤] عجز قبل القضاء، وهو قول زفر؛ لأن المانع من الدفع -وهو الكتابة- قائم وقت الجناية، فكما وقعت[١٥] انعقدت موجبة للقيمة[١٦]، كما فى جناية المدبر وأم الولد[١٧].

---

(١٤) جناية الخطأ.

(١) قوله: "فإنه يدفع إلخ" أى المولى بالخيار إن شاء دفع العبد إلى ولى الجناية بالجناية، وإن شاء فداه بأرش الجناية. (تبيين)

(٢) أى أحد هذين الأمرين. (ع)

(٣) بالكتابة.

(٤) لأن المكاتب لا يقبل الانتقال.

(٥) المانع.

(٦) أى المولى بالخيار، فإنه يدفع أو يفدى. (ك)

(٧) خطأ.

(٨) أى بموجب الجناية. (ع)

(٩) الكتابة.

(١٠) قوله: "وإن قضى به" أى بموجب الجناية عليه، أى على المكاتب فى كتابته، ثم عجز فهو أى ما قضى به من موجبها دين فى ذمته يباع فيه. (ع)

(١١) أى قدر قيمة المكاتب دين على المكاتب. (ك)

(١٢) قوله: "لانتقال الحق إلخ" يعنى إن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الأصلى، وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع، فإذا زال لم يعد الحكم الأصلى صيانة للقضاء. (ع)

(١٣) إلا أن يقضى المولى عنه. (ع)

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) الجناية.

(١٦) قوله: "انعقدت إلخ" هذا القول وقوله السابق لانتقال الحق من الرقبة إلخ، يشعر إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها، ومن أرش الجناية، وهو مخالف للروايات، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية. (عناية)

(١٧) قوله: "كما فى جناية المدبر وأم الولد" فإن فى جناية المدبر، وأم الولد يجب على المولى الأقل من من

ولنا: أن المانع[١] قابل للزوال[٢] للتردد، ولم يثبت[٣] الانتقال فى الحال[٤]، فيتوقف على القضاء أو الرضاء، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده، واحتمال عوده[٥] كذا هذا، بخلاف التدبير والاستيلاد، لأنهما لا يقبلان الزوال بحال[٦].

قال[٧]: وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة؛ كيلا يؤدى إلى إبطال حق المكاتب، إذ الكتابة سبب الحرية[٨]، وسبب حق المرء حقه.

وقيل له: أد المال إلى ورثة المولى على نجومه[٩]؛ لأنه استحق الحرية على هذا الوجه[١٠]، والسبب انعقد كذلك، فيبقى[١١] بهذه الصفة، ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه[١٢] فى الاستيفاء[١٣]، فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه، لأنه لم يملكه[١٤]، وهذا لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك، فكذا بسبب الوراثة.

فإن أعتقوه جميعًا عتق[١٥]، وسقط عنه بدل الكتابة، لأنه[١٦] يصير إبراء عن

قيمتهما، ومن أرش الجناية. (م)

(١) قوله: "ولنا أن المانع إلخ" الحاصل أن جناية المكاتب عندنا لا يصير مالا إلا بقضاء أو برضاء، أو بالموت عن وفاء، وعند زفر يصير مالا فى الحال، له أن المانع إلخ. ولنا أن الأصل فى جنايات العبيد وجوب الدفع إلا أن يتعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك إلى ملك والمانع ههنا قابل للفسخ والزوال، فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الأصلى إلا بالقضاء، أو الرضاء. (مل)

(٢) أى لاحتمال انفساخ الكتابة. (كفاية)

(٣) لأنه لا قضاء.

(٤) من الرقبة إلى القيمة. (ك)

(٥) الآبق.

(٦) قوله: "لا يقبلان الزوال بحال" فكان الواجب فى الابتداء هو القيمة. (عناية)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "إذ الكتابة سبب الحرية" وحريته حقه، فهى سبب حقه، وسبب حق المرء حقه لإفضاءه إلى حصوله، فالكتابة حقه، فإذا مات المولى، ثم تنفسخ كيلا يؤدى موته إلى إبطال حق غيره. (عناية)

(٩) أى مؤجلا. (م)

(١٠) أى بالأداء على النجوم.

(١١) الكتابة.

(١٢) قوله: "إلا أن الورثة يخلفونه [أى المولى]" أى بهذا القدر لا يتغير الحق، كما إذا كان له دين على الرجل ومات رب الدين، فورثته يخلفونه بالاستيفاء، ويبرأ بالأداء إليهم حيث يبرأ إذا أدى إلى المورث. (كفاية)

(١٣) والخلافة لا تسمى تغيرًا.

(١٤) قوله: "لم يملكه" ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم. (عناية)

(١٥) أى استحسانًا ووجه القياس ما ذكرناه من عدم الملك. (م)

(١٦) أى لأن إعتاق الجميع.

بدل الكتابة فإنه حقهم، وقد جرى فيه الإرث، فإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى[١]، إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة، لا يصير إبراء[٢] عن نصيبه[٣]، لأنا نجعله[٤] إبراء اقتضاء تصحيحًا لعتقه، والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض[٥]، أو أداءه فى المكاتب لا فى بعضه، ولا فى كله، ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة[٦]، والله أعلم.

كتاب الولاء[٧]

قال[٨]: الولاء[٩] نوعان: ولاء عتاقة[١٠]، ويسمى ولاء نعمة[١١]، وسببه العتق[١٢] على ملكه فى الصحيح[١٣]، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة[١٤] كان الولاء

---

(١) من بدل الكتابة.

(٢) قوله: "لا يصير إلخ" لأنه لم يوجد الإبراء نصا، وإنما جعلنا إعتاق الكل إبراء عن البدل اقتضاء تصحيحًا لإعتاقهم، فإنهم لا يملكون إعتاق المكاتب إلا فى ضمن إبراءه من كل بدل الكتابة، ومن ضرورته ثبوت العتق بخلاف ما أعتقه أحد الورثة، فإنا لو جعلناه إبراء عن بعض بدل الكتابة بطريق الاقتضاء لم يلزم من ذلك ثبوت العتق، لا فى كله ولا فى جزءه. (ك)

(٣) أى فإن قيل: فاجعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه، قلنا: لا يصح لأنا إلخ. (ع)

(٤) الإعتاق.

(٥) أى بعض البدل. (ع)

(٦) عند إعتاق واحد.

(٧) قوله: "كتاب الولاء" أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لأن الولاء من آثار الكتابة بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة. (نتائج)

قوله: "الولاء [بالفتح. مجمع الأنهر]" هو من الولى بمعنى القرب، فهى قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة، هذا فى اللغة، يقال: ولى الشيء، الشيء إذا حصل الثانى بعد الأول من غير فصل، ومنه قوله عليه السلام: «ليلنى منكم أولو الأحلام والنهى». وقال فى "النهاية": سمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به، لأن حكمهما وهو الإرث يقرب ويحصل عند وجود الشرط من غير فصل، أو من الموالاة، وهو مفاعلة من الولاية بالفتح، وهو النصرة والمحبة، إلا أنه اختص فى الشرع بولاء الإعتاق أو بولاء الموالاة، ومن آثاره التناصر والإرث والعقل. (تبيين)

(٨) أى المصنف. (عينى)

(٩) قوله: "الولاء" أى الولاء المستعمل فى اصطلاح الشرع: وهو الذى يقع به التناصر. (ك)

(١٠) قوله: "ولاء عتاقة [عتاقة: آزاد گرديدن. من]" أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه، وهو الإعتاق، أو ما يجرى مجرى الإعتاق شرعا، كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية، أو بغير صنعه بأن ورث قريبه وسواء أعتقه تطوعًا أو عن واجب عليه كالإعتاق عن كفارة القتل والظهار والإفطار واليمين والنذر.

وسواء كان الإعتاق بغير بدل أو ببدل، وهو الإعتاق على مال، وسواء كان منجزًا أو معلقًا بشرط، أو مضافًا إلى وقت، وسواء كان صريحًا أو ما يجرى مجرى الصريح، أو كناية أو ما يجرى مجرى الكناية، وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد. (بدائع)

(١١) قوله: "ويسمّى ولاء نعمة" اقتداء بقوله تعالى: ﴿وإذ تقول للذى أنعم الله عليه﴾، أى أنعم الله عليه بالإسلام، وأنعمت عليه، أى بالعتق، وهو زيد. (كافى)

له، وولاء موالاة، وسببه العقد[١]، ولهذا يقال[٢]: ولاء العتاقة، وولاء الموالاة، والحكم يضاف إلى سببه، والمعنى فيهما التناصر[٣]، وكانت العرب تتناصر[٤] بأشياء[٥]، وقرر النبى عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه، فقال: «إن مولى[٦] القوم منهم، وحليفهم منهم»*، والمراد بالحليف مولى الموالاة، لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف.

قال[٧]: وإذا أعتق المولى مملوكه فولاءه له؛ لقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق[٨]»[٩]**، ولأن التناصر به[١٠]، فيعقله[١١]، وقد أحياه[١٢] معنى بإزالة

---

(١٢) قوله: "وسببه العِتق" لا الإعتاق لأن بالاستيلاد وإرث القريب يحصل العتق بلا إعتاق، وأما حديث: «الولاء لمن أعتق» فجرى على الغالب. (در مختار)

(١٣) قوله: "فى الصحيح" احتراز عن قول أكثر أصحابنا أن سببه الإعتاق استدلالا بقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»، وإنما كان صحيحاً لأنه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا إعتاق، فجعل العتق سبباً أولى لعمومه. (ع)

(١٤) قوله: "بالوراثة" كما لو مات أبوه وهومالك لأخيه لأمه. (رد المحتار)

(١) أى عقد الموالاة.

(٢) قوله: "ولهذا يقال: " بيان سبب النوعين، لأن كلا منهما مضاف إلى شىء، والإضافة تدل على السببية، كما عرف فى الأصول. (ع)

(٣) قوله: "والمعنى [أى الوصف الذى صارا سببين للتناصر لأن هذا الوصف لازم لهما عادة. أعظمى] فيهما إلخ" مراد المصنف بهذا القول بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما، وعن هذا قال صاحب "الكافى" بدل قول المصنف: والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر. (نت)

(٤) قوله: "وكانت العرب إلخ" بيان وجود التناصر فيهما فإن العرب كانت تتناصر بهما وبالحف وبغيرها. (ع)

(٥) كالنسب والعد والحلف وغيرها.

(٦) قوله: "فقال إن مولى [معتَق] إلخ" رواه أحمد فى "مسنده"، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" فى كتاب الأدب عن إسماعيل بن رفاعة بن رافع الزرقى عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «مولى القوم منهم وحليفهم منهم». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٨، والدراية ج٢، الحديث ٨٧٢ ص١٩٣. (نعيم)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "لقوله عليه السلام: الولاء إلخ" وجه الاستدلال أن لام الجنس فى قوله عليه السلام: «الولاء» ولام الاختصاص فى قوله: لمن أعتق تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره. (نت)

(٩) أخرجه الأئمة الستة عن عائشة رضى الله عنها. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٤٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٧٣ ص١٩٣. (نعيم)

(١٠) قوله: "ولأن التناصر [دليل على الأثرين الثابتين به، وهما العقل والميراث. ع] به [أى بسبب الإعتاق. ع]" مراده أن المعتق -بالفتح- ينتصر بنصر المعتق -بالكسر- فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على أن مدار العقل أن يكون ناصراً كما تقرر فى كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة إلى الجانى فى الدية دون غيرهم هو أن الجانى إنما قصر لقوة فيه، وتلك بأنصاره، وهم العاقلة، فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته، فخصوا بالضم إليه. (نت)

(١١) قوله: "فيعقله" أى يؤديه ديته إذا قتل إنساناً خطأً يقال: عقل المقتول إن أدى ديته، وعقل عن القاتل إذا أداها عنه. (مل)

الرق عنه[١]، فيرثه[٢]، ويصير الولاء كالولاد[٣]، ولأن الغنم بالغرم[٤]، وكذلك[٥] المرأة تعتق لما روينا[٦]، ومات معتق لابنة حمزة عنها وعن بنت[٧]، فجعل النبى عليه السلام المال بينهما نصفين[٨]*، ويستوى فيه[٩] الإعتاق بمال، وبغيره لإطلاق ما ذكرناه[١٠].

قال[١١]: فإن شرط أنه سائبة[١٢]، فالشرط باطل، والولاء لمن أعتق؛ لأن الشرط مخالف للنص، فلا يصح.

قال[١٣]: وإذا أدى المكاتب عتق. والولاء للمولى[١٤] وإن[١٥] عتق بعد موت

---

(١٢) العبد.

(١) قوله: "بإزالة الرق إلخ" لأن الرقيق هالك حكما ألا ترى أنه لا يثبت فى حقه كثير من الأحكام التى تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة، والسعى إلى الجمعة والخروج إلى العيدين، وأشباه ذلك، وبالإعتاق يثبت هذه الأحكام فى حقه، فكان إحياء معنى، ومن إحياء غيره معنى ورثه كالولد، فيصير الولاء كالولاد، والولاد يوجب الإرث، فكذا الولاء. (ع)

(٢) المولى.

(٣) قوله: "ويصير الولاء كالولاد" ومن حيث إن سبب حياة الولد إنما هو الوالد، فيرثه كهو، فإن قيل: ينبغى أن يرث المعتق من المولى أيضا إذا لم يترك المولى عصبة نسبية، كما هو قول الحسن بن زياد، قلنا: المعتق أجنبى عنه، وقد جاء فى المعتق نص مخالف للقياس، فلا يقاس عليه غيره. (ك)

(٤) قوله: "ولأن الغنم [نفع] بالغرم [الضمان والمؤنة]" دليل على الوجه الثانى فقط، وهو الإرث، ومعطوف بحسب المعنى على قوله: وقد أحياه معنى بإزالة الرق، فكأنه قال: لأنه أحياه معنى بإزالة الرق عنه، فيرثه، ولأن الغنم بالغرم، فحيث يغرم عقله يرث ماله. (نتائج)

(٥) يعنى إن ولاء معتقها لها. (ع)

(٦) من قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق». (ع)

(٧) قوله: "ومات إلخ" معطوف على قوله: لما روينا معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة، روى أن بنت حمزة رضى الله عنه أعتقت غلاما لها، ثم مات المعتق وترك ابنه فجعل النبى عليه المال بينهما نصفين. (عناية)

(٨) رواه النسائى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٥٠، والدراية ج٢ الحديث ٨٧٤ ص١٩٣. (نعيم)

(٩) أى فى ثبوت الولاء. (ع)

(١٠) قوله: "لإطلاق ما ذكرناه" يعنى قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»، وما ذكره من المعنى المعقول. (عناية)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "إنه سائبة" عبد سائبة، أى لا ولاء بينه وبين معتقه من ساب، أى جرى وذهب كل مذهبه أى أعتق رجل عبده، وشرط أن لا يرثه فالشرط باطل. (كفاية)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "الولاء للمولى" لأن سبب الولاء العتق على الملك، وقد عتق على ملكه إذ المكاتب لا يورث، وكذلك المدبر لا يورث، فيعتق على ملكه أيضا. (كفاية)

(١٥) الواو وصلية.

المولى؛ لأنه[١] عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة، وقد قررناه في المكاتب[٢]، وكذا العبد الموصى بعتقه، أو بشراءه، وعتقه بعد موته؛ لأن فعل الوصي بعد موته[٣] كفعله، والتركة على حكم ملكه[٤].

وإن مات المولى عتق مدبروه، وأمهات أولاده لما بينا في العتاق[٥]، وولاءهم له؛ لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد.

ومن ملك ذا م محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق[٦]، وولاءه له؛ لوجود السبب وهو العتق عليه، وإذا تزوج[٧] عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي[٨] حامل من العبد عتقت، وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً[٩]، لأنه عتق على معتق الأم مقصوداً[١٠]، إذ هو جزء منها[١١] يقبل الإعتاق مقصوداً، فلا ينتقل ولاءه عنه عملا بما روينا[١٢].

وكذلك إذا ولدت ولداً[١٣] لأقل من ستة أشهر[١٤]؛ للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق، أو ولدت ولدين[١٥] أحدهما لأقل[١٦] من ستة أشهر[١٧]؛ لأنهما توأمان[١٨]

---

(١) المكاتب.

(٢) أي في كتاب المكاتب.

(٣) الموصى.

(٤) حتى يقضى منها ديونه، ويكفن ويجهز هو منها.

(٥) في باب التدبير وباب الاستيلاد.

(٦) في فصل من كتاب العتاق.

(٧) هذا لفظ القدوري.

(٨) الواو حالية.

(٩) يعني وإن أعتق مولى الأب الأب.

(١٠) قوله: "مقصوداً" وإنما قلنا: إنه صار معتقاً مقصوداً لأن الجنين هو جزء من الأم، والمولى أوقع العتق على جميع أجزاءها مقصوداً، فيكون معتقاً للجنين الذى هو جزءها مقصوداً أيضاً، كذا ذكره شيخ الإسلام. (ك)

(١١) أي الأم.

(١٢) من أن الولاء لمن أعتق.

(١٣) أي وإن لم يعرف حملها وقت الإعتاق.

(١٤) من وقت الإعتاق.

(١٥) بين ولادتهما أقل من ستة أشهر.

(١٦) قوله: "لأقل من ستة أشهر" أي بيوم مثلا والآخر بعدها. (ك)

(١٧) من وقت الإعتاق.

(١٨) هما ولدان يكون بين ولادتهما أقل من ستة أشهر.

ينعلقان معًا ، وهذا بخلاف ما إذا والت رجلا وهى[١] حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب ، لأن الجنين غير قابل لهذا الولاء[٢] مقصودًا ، لأن تمامه[٣] بالإيجاب والقبول ، وهو ليس بمحل له[٤] .

قال : فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدا ، فولاءه لموالى الأم ؛ لأنه عتق تبعًا للأم لاتصاله بها بعد عتقها ، فيتبعها فى الولاء ، ولم يتيقن[٥] بقيامه[٦] وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودًا . فإن أعتق الأب جر الأب ولاء ابنه ، وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب ؛ لأن العتق ههنا فى الولد يثبت تبعًا للأم ، بخلاف الأول[٧] ، وهذا[٨] لأن الولاء بمنزلة النسب ، قال عليه السلام : «الولاء لحمة[٩] كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث» * . ثم النسب إلى الآباء ، فكذلك الولاء[١٠] والنسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب[١١] ضرورة ، فإذا صار[١٢] أهلا عاد الولاء إليه[١٣] بمنزلة ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة ، فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق[١٤] ، فجاءت

---

(١) الواو حالية.

(٢) قوله: "غير قابل لهذا الولاء [أى ولاء الموالاة] إلخ" بخلاف ولاء العتاقة، فإن الجنين يصير مقصودًا بالإعتاق، لأنه محل لإضافة العتق إليه، وبعد ما صار مقصودًا لا يمكن أن يجعل تابعًا لغيره فى الولاء عليه. (ك)

(٣) عقد ولاء موالاة.

(٤) قوله: "وهو ليس بمحل له [أى للإيجاب والقبول]" فكان تابعًا فى الولاء، فيجعل تابعًا للأب، لأن الأب هو الأصل فى الولاء لكونه بمنزلة النسب. (كفاية)

(٥) لأنه ولد لأكثر من ستة أشهر بعد الإعتاق.

(٦) الحمل.

(٧) فإنه يثبت فى الولد العتق قصدًا لكونه من أجزاء الأم.

(٨) أى الجر.

(٩) قوله: "الولاء لحمة [بالضم: خويشى وقرابت. من] إلخ" رواه ابن حبان فى "صحيحه"، ورواه الشافعى فى "مسنده"، ورواه الحاكم فى "المستدرك"، ورواه غيرهم، ولم أجد فى شيء من طرق الحديث لفظ ولا يورث. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٥١، والدراية ج٢، الحديث ٨٧٥ ص ١٩٤. (نعيم)

(١٠) إلى الآباء.

(١١) فإنه عبد.

(١٢) الأب.

(١٣) قوله: "عاد الولاء إليه [الأب]" فإن قيل: الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته، فكذلك الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته. قلنا: لا ينفسخ، ولكن حدث الأولى منه فقدم عليه كما تقول فى الأخ: إنه عصبة، فإذا حدث من هو أولى منه فى الإرث لا يبطل تعصيبه، ولكن يقدم عليه. (كف)

(١٤) قوله: "بخلاف ما إذا إلخ" لما نوقض قوله: فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن

بولد لأقل من سنتين[١] من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى[٢] لموالى الأم وإن[٣] أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق[٤] إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطئ وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعًا بالشك[٥]، فاستند[٦] إلى حالة النكاح، فكان الولد موجودًا عند الإعتاق[٧]، فعتق مقصودًا[٨].

وفى "الجامع الصغير"[٩]: فإذا تزوجت معتقة بعبد، فولدت أولادًا، فجنى الأولاد فعقلهم[١٠] على موالى الأم، لأنهم عتقوا تبعًا لأمهم، ولا عاقلة لأبيهم[١١]، ولا موالى، فألحقوا بموالى الأم ضرورة كما فى ولد الملاعنة على ما ذكرنا[١٢]. فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا[١٣]، ولا يرجعون[١٤] على عاقلة الأب بما عقلوا لأنهم[١٥] حين عقلوه كان الولاء ثابتًا لهم، وإنما يثبت[١٦] للأب

كانت الأمة امرأة مكاتب، فمات من غير وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق، فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم، ولم ينتقل الولاء عنهم، وإن أعتق الأب والعبد فالجواب أن العود إليه لعود الأهلية، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلوق إلخ. (عناية)

(١) قوله: "لأقل من سنتين" وفى بعض النسخ لأكثر من سنتين، والصحيح من الرواية لأقل من سنتين بدليل قوله: وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعًا، وقد مر فى كتاب الطلاق أن المعتدة عن طلاق رجعى إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين يكون ذلك رجعة لتيقنا بالعلوق بعد الطلاق، فإن جاءت بولد لأقل من سنتين لا يكون رجعة بالشك لأنه لو حمل على وطئه فى العدة يصير مراجعًا، ولو حمل على ما قبل الطلاق، لا يصير مراجعًا، والمراجعة لم تكن، فلا يثبت بالشك. (ك)

(٢) أى معتقًا.

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "لتعذر إضافة إلخ" أى لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت لاستحالته من الميت، وإلى ما بعد الطلاق، أما إذا كان بائنًا فلحرمة الوطئ بعده، وأما إذا كان رجعيًا فلئلا يصير مراجعًا بالشك، فأسند إلى حالة النكاح، فكان الحمل موجودًا عند إعتاق الأم عتق مقصودًا، فلا ينتقل. (معراج الدراية)

(٥) والرجعة لا تثبت بالشك.

(٦) العلوق.

(٧) أى إعتاق الأمة فى العدة.

(٨) أى الولد، ومن عتق مقصودًا لا ينتقل ولاءه. (ع)

(٩) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر لفظ "الجامع الصغير" لاشتماله على بيان العقد، وبيان الفرق بينه وبين ولد الملاعنة. (عناية)

(١٠) الدية.

(١١) لرقيته.

(١٢) من أن ولد الملاعنة يلحق بالأم.

(١٣) من أن الأب صار أهلا.

(١٤) أى موالى الأم.

(١٥) أى موالى الأم.

مقصوراً[١]؛ لأن سببه[٢] مقصور[٣] وهو العتق، بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم، ثم أكذب الملاعن[٤] نفسه حيث يرجعون عليه[٥]، لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق، وكانوا مجبورين[٦] على ذلك[٧] فيرجعون.

قال[٨]: ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب[٩]، فولدت له أولاداً، فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة، قال[١٠]: وهو قول محمد.

وقال أبو يوسف[١١]: حكمه حكم أبيه[١٢]، لأن النسب إلى الأب[١٣]، كما إذا كان الأب عربياً، بخلاف ما إذا كان الأب عبداً[١٤] لأنه هالك معنًى[١٥].

---

(١٦) الولاء.

(١) أي على وقت عتقه.

(٢) أي سبب ثبوت الولاء للأب.

(٣) أي غير مستند إلى وقت سابق.

(٤) أي الأب.

(٥) الأب.

(٦) قوله: "وكانوا مجبورين [فلا يكونوا متبرعين. ن] إلخ" أي قوم الأم كانوا مجبورين على أداء الأرش، فلا يكونون متبرعين في ذلك، فلذلك يرجعون. (ك)

(٧) أي أداء العقل.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ومن تزوج [أي الحرّ] من العجم إلخ" جمع العجمي وهو خلاف العربي، وإن كان فصيحاً، كذا في "المغرب"، وصورة المسألة أن الحر العجمي الذي ليس بمعتق لأحد سواء كان له ولاء موالاة لأحد، أو لم يكن كذا في "الزاد" و "شرح الأقطع".

وفي "الفوائد الظهيرية: هذه المسألة على وجوه، إن تزوجت نفسها من عربي، فولاء الأولاد لقوم الأب في قولهم، لأن الشرف بأنساب العرب أقوى، وإن تزوجت نفسها من أعجمي له آباء في الإسلام، فولاء الأولاد لقوم الأب عند أبي يوسف بلا ريب، وعلى قولهما اختلف المشايخ، حكى عن أبي بكر الأعمش، وأبي بكر الصفار رحمهما الله أنه لقوم الأب، وقال غيرهما: لقوم الأم. وإن زوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب، والى أحدا ثمة، أو لم يوال فهي مسألة الكتاب، وإن زوجت نفسها من عبد أو مكاتب، فولاء الولد لموالي الأم إجماعاً إلا إذا عتق العبد فيجر الولاء. (ك)

قوله: "من العجم إلخ" أي تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد بمعتقة العرب، فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة ومحمد، وأموالهم لهم، لا لذوي أرحامه، حتى لو ترك هذا الولد عمة، أو خالة لم يكن لها شيء في وجود معتق الأم وعصبته. (ع)

(١٠) أي المصنف.

(١١) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" ثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا مات هذا الولد، وترك عمة وغيرها من ذوي الأرحام، ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبته عندهما وعند أبي يوسف يكون لذوي الأرحام. (تبيين)

(١٢) قوله: "حكمه [الولد] حكم أبيه" فلا يكون عليه ولاء عتاقة، وإنما يورث ماله بين ذوي أرحامه، كما إذا كان الأب عربياً والأم معتقة فإنه لا يكون ولاءه لمولى أمه، لأن النسب إلى الآباء. (ع)

(١٣) وهو محل.

ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق الأحكام، حتى اعتبرت الكفاءة[١] فيه[٢]، والنسب فى حق العجم ضعيف[٣]، فإنهم ضيعوا أنسابهم[٤]، ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب، والقوى لا يعارضه الضعيف، بخلاف ما إذا كان الأب عربيًا لأن أنساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة، والعقل[٥] لما أن تناصرهم[٦] بها[٧] فأغنت[٨] عن الولاء. قال[٩]: الخلاف فى مطلق المعتقة[١٠] والوضع[١١] فى معتقة العرب وقع اتفاقًا[١٢]، وفى "الجامع الصغير"[١٣]: نبطى[١٤]

(١٤) قوله: "بخلاف إلخ" أى فإن قيل: لما كان النسب إلى الآباء وجب أن يستوى الأب الحر والعبد، وليس كذلك، أجاب بأن العبد هالك معنى، وهذا المعنى معدوم إن كان الأب حرًا، لأن الحر حياة باعتبار صفة المالكية، والعرب والعجم فيه سواء. (عناية)

(١٥) قوله: "لأنه هالك معنى" لأنه لا يملك شيئًا، ولأن للرق أثر الكفر، و الكفر موت حكمى، قال الله تعالى: ﴿أو من كان ميتًا فأحييناه﴾، أى كافرًا فهديناه، فصار هذا الولد كأنه لا أب له، فينسب إلى موالى الأم ضرورة. (نت)

(١) قوله: "حتى اعتبرت الكفاءة إلخ" فإن الناس يتفاخرون بالعتاقة، ويعتبرونها فى الكفاءة، فمن له أب واحد فى الحرية لا يكون له كفوا من له أبوان فيها. (ع)

(٢) حتى إن معتقة العرب لا تكون كفوًا لمعتق العجم. (حميدية)

(٣) قوله: "ضعيف" فإن تفاخرهم قبل الإسلام بعمارة الدنيا، وبعد الإسلام بالإسلام، فإذا ثبت الضعف فى جانب الأب كان هو والعبد سواء. (ك)

(٤) قوله: "ضيعوا أنسابهم" والمراد من تضييع أنسابهم عدم حفظهم أسماء آباءهم وهذا فى الهنود ظاهر، لأن مدار حل النكاح وحرمته على الجهل بأسماء الآباء عندهم، ففيما يثبت الجهل يثبت الحل.

وقيل: معنى تضييعهم الأنساب أنهم لم يراعوا حقه بل يراعوا المال، أما تضييع النسب فى العجمى الذين لحقوا بالعرب، وصاروا موالى لهم فأظهر. (أعظمى)

(٥) دية.

(٦) العرب.

(٧) الأنساب.

(٨) الأنساب.

(٩) أى المصنف.

(١٠) لأن محمداً ذكر المعتقة مطلقًا. (ع)

(١١) أى وضع القدورى. (ع)

(١٢) قوله: "وقع اتفاقا" وفى العجم يعتبر الكفاءة أيضًا فى ولاء العتاقة، حتى إن معتقة الحائك لا تكون كفوا لمعتق الأشراف، فيكون الترجيح لولاء العتاقة، لا لكونها من العرب، فلفظ العرب وقع اتفاقًا. (حميدية)

(١٣) قوله: "وفى الجامع الصغير" ذكر لفظ "الجامع الصغير" لبيان أن محمداً ذكر المعتقة مطلقًا، ولاشتماله على ولاء الموالاة. (ع)

(١٤) قوله: "نبطى" واحد النبط وهم جهل من الناس بسواد العرق، وفسر الفقيه أبو الليث النبطى برجل من غير العرب. (عينى)

قوله: "نبطى" نبط محركة گروهى از مردم كه در بطائح ميان عراقين نازل شدند نبطى منسوب بوى. (من)

كافر تزوج بمعتقة[١] قوم، ثم أسلم النبطى ووالى رجلا، ثم ولدت أولادًا قال أبو حنيفة ومحمد: مواليهم موالى أمهم. وقال أبو يوسف: مواليهم موالى أبيهم، لأن الولاء وإن[٢] كان أضعف فهو من جانب الأب، فصار كالمولود[٣] بين واحد[٤] من الموالى، وبين العربية[٥]. ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله[٦]، والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى، ولو كان الأبوان معتقين[٧]، فالنسبة إلى قوم الأب، لأنهما استويا، والترجيح لجانبه[٨] لشبهه[٩] بالنسب[١٠]، أو لأن النصرة به[١١] أكثر.

قال[١٢]: وولاء العتاقة تعصيب[١٣] وهو[١٤] أحق بالميراث من العمة والخالة؛ لقوله عليه السلام[١٥] للذى اشترى عبدًا فأعتقه: «هو أخوك[١٦] ومولاك إن شكرك[١٧] فهو خير له وشر لك[١٨] وإن كفرك فهو خير لك[١٩] وشر له[٢٠] ولو مات

---

(١) قوله: "بمعتقة" والمراد بالمعتقة كافرة نصرانية، لتصور هذه المسألة إذ المسلمة لا تكون تحت الكافر بعقد النكاح، وغير الكتابية من الكفار لا يجوز أن يبقى نكاحها بعد إسلام الزوج. (كفاية)

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "كالمولود إلخ" فإن العجمى إذا تزوج العربية فولدت أولادًا فإنها تنسب إلى قوم أبيهم لأن النسب إلى الآباء، فكذا إذا كانت معتقة، لأن النسبة إلى الأم ضعيفة. (ع)

(٤) أى حر عجمى.

(٥) الحرة.

(٦) الفسخ.

(٧) قوله: "ولو كان إلخ" راجع إلى أول الخلاف يعنى إذا كانت الأم معتقة والأب والى رجلا ففيه من الخلاف، وأما إذا كان الوالدان معتقين فقد أجمعوا على أن النسبة فى حقيقة النسب إلى قوم الأب، فيضاف الولد إلى الأب فى الشرف والدناءة، فكذلك فى الولاء. (ع)

(٨) الأب.

(٩) الولاء.

(١٠) لقوله عليه السلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب».

(١١) أى بالأب.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) التعصيب جعل الإنسان عصبته. (ك)

(١٤) أى مولى العتاقة. (ع)

(١٥) قوله: "لقوله عليه السلام" رواه الدارمى فى "مسنده" إلا أنه قال فى الآخر: إن مات ولم يدع وارثًا فلك ماله، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" إلا أنه ليس فى روايته: «هو أخوك ومولاك»، وفى الآخر إن لم تكن له عصبة فهو لك، كذا قال الزيلعى.

(١٦) يعنى فى الدين. (ع)

ولم يترك وارثًا[١] كنت أنت عصبته[٢]»*، وورّث[٣] ابنة حمزة على سبيل العصوبة[٤] مع قيام وارث[٥]**.

وإذا كان[٦] عصبة يقدم على ذوى الأرحام[٧]، وهو المروى عن على[٨]***، فإن كان للمعتق عصبة من النسب، فهو أولى من المعتق؛ لأن المعتق آخر العصبات، وهذا لأن قوله عليه السلام: «ولم يترك وارثًا»، قالوا المراد منه وارث هو عصبة[٩] بدليل الحديث الثانى[١٠]، فتأخر عن العصبة[١١] دون ذوى الأرحام.

قال[١٢]: فإن كان للمعتق عصبة من النسب، فهو أولى منه؛ لما ذكرنا[١٣]، وإن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق، تأويله[١٤] إذا لم يكن

---

(١٧) أى بالمجازاة على ما صنعت إليك.

(١٨) قوله: "وشر لك" لأنه أوصل إليك بعض الثواب فى الدنيا، فينتقص بقدره من ثواب الآخرة. (ع)

(١٩) قوله: "فهو خير لك" لأنه يبقى ثواب العمل كله فى الآخرة. (ع)

(٢٠) لأنه كفران النعمة. (ع)

(١) أى العصبة.

(٢) قوله: "أنت عصبته" يدل على أن المراد لم يترك عصبة حيث لم يقل: كنت وارثه. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٣، والدراية ج٢، الحديث٨٧٦ ص١٩٤. (نعيم)

(٣) النبى عليه السلام.

(٤) وقد مر فى أول كتاب الولاء.

(٥) قوله: "مع قيام وارث" وهو بنت الميت، وذلك لأن النبى عليه السلام أعطى بنت الميت النصف والباقى لبنت حمزة.(ب)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٤، والدراية ج٢ تحت الحديث٨٧٤ ص١٩٥. (نعيم)

(٦) مولى العتاقة.

(٧) قوله: "يقدم على ذوى إلخ" لأن النبى ﷺ قدمه على الرد حيث ورث ابنة حمزة، وما رد الباقى على بنت الميت والرد مقدم على ذوى الرحم. (ك)

(٨) قوله: "وهو المروى عن على" قلت: غريب عن على، وأخرجه عبد الرزاق عن قتادة أن زيد ابن ثابت كان يورث الموالى دون ذوى الأرحام. (ت)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٤، والدراية ج٢ تحت الحديث٨٧٦ ص١٩٥. (نعيم)

(٩) لا وارث مطلقًا. (عينى)

(١٠) قوله: "بدليل الحديث الثانى" وهو توريث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتق. (ك)

(١١) النسبية.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) من أن المعتق آخر العصبات.

(١٤) قوله: "تأويله [أى تأويل قول القدورى. ع] " أى تأويل قوله: فميراثه للمعتق أن لا يكون للمعتق عصبة من

هناك صاحب فرض ذو حال[١]، أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه، لأنه عصبة على ما روينا[٢]، وهذا[٣] لأن العصبة[٤] من يكون التناصر به لبيت النسبة[٥]، وبالموالى الانتصار على ما مر[٦]، والعصبة يأخذ ما بقي[٧].

فإن مات المولى، ثم مات المعتق، فميراثه لبنى المولى دون بناته؛ لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو كاتبن أو كاتب من كاتبن[٨]، بهذا اللفظ ورد الحديث[٩] عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم، وفى آخره: «أوجر ولاء معتقهن»*، وصورة الجر قدمناها[١٠].

ولأن ثبوت المالكية[١١] والقوة فى المعتق من جهتها[١٢]، فينسب[١٣] بالولاء إليها[١٤]، وينسب إليها من ينسب إلى مولاها[١٥]، بخلاف النسب[١٦] لأن سبب النسبة

النسب ولا صاحب فرض ذو حال، أى له حال فرض لا غير، أما إذا كان صاحب فرض له حال تعصيب أيضًا لا شيء للمعتق، ولو كان صاحب، فرض فله الباقى بعد فرضه لأنه عصبة. (ك)

(١) أى ذو حال واحد كالبنت. (ع)

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه مات ولم يترك وارثًا إلخ.

(٣) إشارة إلى قوله: لأنه عصبة. (ع)

(٤) قوله: "لأن العصبة إلخ" تقريره أن العصبة من يكون انتصار القبيلة به، وبالموالى يكون الانتصار على ما مر فى أول كتاب الولاء، وهو قوله: وكان العرب تتناصر بأشياء، وقرر النبى عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه. (ع)

(٥) أى لقبيلة هو منسوب إليها. (ك)

(٦) فى أول كتاب الولاء.

(٧) قوله: "والعصبة يأخذ إلخ" تمام الدليل، وتقريره فله الباقى، لأنه عصبة والعصبة يأخذ الباقى. (ع)

(٨) أو دبرن، أو دبر من دبرن، أو جر ولاء معتقهن، أو معتق معتقهن.

(٩) قلت: غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٤، والدراية ج٢، الحديث٨٧٧ ص١٩٥. (نعيم)

(١٠) قوله: "وصورة الجر قدمناها" وهى ما ذكر من قوله: فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر إلى أن قال: جر الأب ولاء ابنه، وصورة جر ولاء معتقهن: تزوج عبد امرأة بإذنها بمعتقة قوم، فولدت منه أولادًا، فولاء الولد يكون لموالى الأم، وفلو أن المرأة أعتقت هذا العبد جر العبد ولاء الولد إلى نفسه، وجرت هى ذلك إلى نفسها.

وصورة جر ولاء معتق المعتق امرأة اشترت عبدا وأعتقه، ثم إن هذا العبد اشترى عبدا، ثم إن العبد الثانى تزوج بمعتقة قوم فولدت منه ولدا فولاء الولد لموالى الأم، فلو أن المعتق أعتق هذا العبد جر هذا العبد ولاء ولده، ثم جر المعتق الأول ذلك إلى نفسه، ثم جرت المرأة ذلك إلى نفسها. (ك)

(١١) قوله: "ولأن ثبوت إلخ" دليل ثانى عقلى على أن ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقهن، أو أعتق من أعتقن إلخ. (عينى)

(١٢) أى من جهة المعتقة.

(١٣) أى المعتق.

(١٤) أى إلى المعتقة.

فيه الفراش، وصاحب الفراش إنما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة.

وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بنى المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب؛ لأن الولاء لا يورث[١]، ويخلفه فيه[٢] من يكون النصرة به، حتى لو ترك المولى أبًا وابنًا[٣]، فالولاء للابن عند أبى حنيفة ومحمد، لأنه أقربهما عصوبة، وكذلك الولاء للجد دون الأخ[٤] عند أبى حنيفة؛ لأنه أقرب فى العصوبة عنده[٥]، وكذا الولاء لابن المعتقة[٦] حتى يرثه دون أخيها؛ لما ذكرنا[٧] إلا أن عقل[٨] جناية المعتق على أخيها[٩]، لأنه[١٠] من قوم أبيها، وجنايته[١١] كجنايتها[١٢].

ولو ترك المولى ابنًا وأولاد ابن آخر معناه بنى ابن[١٣] آخر، فميراث المعتق للابن

---

(١٥) فإن معتق المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء. (ع)

(١٦) قوله: "بخلاف النسب" أى لا ينسب الولد إلى الأم يعنى إن ولاء العتاقة يثبت من جانب النساء، ولا يثبت النسب من جانب النساء، ووجه الفرق أن سبب النسبة بالولاء إحداث قوة المالكية بالعتق، وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من الرجل، بخلاف النسب فإن سببه الفراش، وصاحب الفراش هو الرجل لا المرأة، لأنها مملوكة، فلا يعارض المالك فى استحقاق النسب، أما الرجل والمرأة فى نسبة العتق على السواء. (ك)

(١) قوله: "لأن الولاء لا يورث [حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب]" أى لا يجرى فى الولاء الإرث، لأنه لو كان استحقاق المال فيه بالإرث لكانل للذكر مثل حظ الانثيين، كما فى سائر المواريث، ولكن يجرى فيه الخلافة، والخلافة إنما تتحقق لمن يتحقق به النصرة، والنصرة إنما يكون بالابن دون الابنة، ألا ترى أن النساء لا يدخلن فى العاقلة عند تحمل الأرش لعدم النصرة منهن. (ك)

(٢) أى فى الولاء.

(٣) قوله: "حتى لو ترك إلخ" صورته امرأة أعتقت عبدا، ثم ماتت عن ابن وأب، ثم مات العبد، فميراثه للابن خاصة عندهما، وهو قول أبى يوسف أولا، ثم رجع فقال: لأبيها السدس، والباقى للابن، لأن الأبوة متحقق كالبنوة، ووجود الابن لا يوجب حرمان الأب، ولهذا لم يصر محروماً عن ميراثها به، فكذا عن ميراث معتقها، ولهما أن أقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته فى ميراث المعتق، واستحقاق الأب السدس بالفريضة دون العصوبة. (عناية)

(٤) لأب وأم، أو لأب. (ع)

(٥) وهو لا يورث الإخوة والأخوات مع الجد.

(٦) قوله: "لابن المعتقة إلخ" أى امرأة أعتقت عبده، ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون أخيها، لما ذكرنا من أن الابن أقرب فى العصوبة. (ع)

(٧) أى القرب فى العصوبة.

(٨) الدية.

(٩) قوله: "على أخيها" لأن الميراث بالعصوبة و الابن أقرب العصبات، فأما عاقلة المعتق قبيلة مولاه وأخوها من قبيلتها، لأنه من قوم أبيها، فأما ابنها ليس من قوم أبيها. (ك)

(١٠) الأخ.

(١١) المعتق.

(١٢) قوله: "كجنايتها" وجنايتها على قوم أبيها، فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم أبيها. (عناية)

دون بني الابن، لأن الولاء للكبر(١)، هو المروى عن عدة من الصحابة(٢) منهم عمر وعلى، وابن مسعود وغيرهم أجمعين، ومعناه القرب(٣) على ما قالوا: والصلبى أقرب(٤).

فصل في ولاء الموالاة(٥)

قال(٦): وإذا أسلم رجل على يد رجل، ووالاه على أن يرثه، ويعقل عنه إذا جني، أو أسلم على يد غيره(٧)، ووالاه فالولاء صحيح، وعقله على مولاه، فإن مات ولا وارث له غيره، فميراثه للمولى(٨). وقال الشافعي: الموالاة ليس بشيء(٩)، لأن فيه إبطال حق بيت المال، ولهذا(١٠) لا تصح في حق وارث آخر(١١)، ولهذا لا يصح عنده(١٢) الوصية بجميع المال وإن(١٣) لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال، وإنما يصح في الثلث(١٤).

---

(١٣) أي لا بناته.

(١) بضم الكاف. (ت) أي لأكبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا، كذا في "المغرب". (ك)

(٢) قوله: "هو المروى عن عدة إلخ" رواه البيهقي عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير، ورواه الدارمي في "مسنده" عن عمر وعلي وزيد أنهم قالوا: الولاء للكبر. (ت)

(٣) قوله: "ومعناه القرب" أي معنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا، ألا ترى أن المعتق إذا مات وترك ابنين صغيراً وكبيراً، ثم مات المعتق، فالولاء بينهما نصفان لاستواءهما في القرب إلى الميت من حيث النسب. (ع)

(٤) فيستحق الجميع. (ع)

(٥) قوله: "فصل في ولاء الموالاة" أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة، لأن ولاء العتاقة أقوى، لأنه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الأحوال، بخلاف ولاء الموالاة، فإن للمولى فيه أن ينتقل. (نت)

قوله: "في ولاء الموالاة" صورته أن يقول مجهول النسب للذى أسلم على يديه أو لغيره: واليتك على أني إن مت فميراثي لك، وإن جنيت نعقلي عليك، وعلى عاقلتك، وقبل الآخر منه يكون القابل مولى له يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جني. وله شرائط، منها أن يكون من غير العرب، لأن العربي له نصرة بنفسه، أي قبيلة، وذلك آكد من نصرة الموالاة، ومنها أن لا يكون معتقاً، ومنها أن يشترطا الميراث والعقل، ومنها أن يكون لم يعقل عنه غيره، ومنها الإسلام على يده عند البعض، والصحيح أن ذا ليس بشرط. (ك)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) الغرض أن الإسلام على يده ليس بشرط في صحة الموالاة.

(٨) قوله "فميراثه للمولى" أي للمولى الأعلى، وإذا مات الأسفل وإلا على ميت، فميراثه لأقرب الناس عصبة إلى الأعلى، كما في ولاء العتاقة، كذا في "الذخيرة". (ك)

(٩) أي ليس بشئ موجب للإرث والعقل. (ك)

(١٠) أي لرعاية الإبطال.

(١١) فكذا لا يصح في حق بيت المال، لأنه بمنزلة الورثة عند عدمهم.

(١٢) أي عند الشافعي.

(١٣) الواو وصلية.

ولنا قوله تعالى: ﴿والذين عقدت أيمانكم[١] فآتوهم نصيبهم[٢]﴾، والآية في الموالاة[٣]، وسئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه[٤]، فقال: «هو أحق الناس به محياه ومماته[٥]»*، وهذا يشير إلى العقل والإرث في حالتين هاتين[٦]، ولأن ماله حقه، فيصرفه إلى حيث يشاء، والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق، لا أنه مستحق[٧].

قال[٨]: وإن كان له وارث[٩]، فهو أولى منه[١٠]، وإن[١١] كانت عمة، أو خالة، أو غيرهما من ذوي الأرحام؛ لأن الموالاة عقدهما، فلا يلزم غيرهما، وذوالم وارث، ولا بد من شرط الإرث والعقل[١٢]، كما ذكر في الكتاب[١٣]، لأنه[١٤]

---

(١٤) أى الوصية بجميع المال.

(١) قوله: "والذين عقدت إلخ" أى عاقدتم أضاف العقد إلى أيماننا لأن أكثر الكسب تجرى على اليد. (عينى)

(٢) من الميراث. (ك)

(٣) قوله: "والآية فى الموالاة" أى المراد عقد الموالاة بدليل ما سبق فى ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون كان المراد من ذلك بيان النصيب على سبيل الاستحقاق إرثًا لا على سبيل القربة والبر ابتداء فكذلك المراد بما جعله معطوفا عليه، لأن حكم المعطوف حكم المعطوف عليه، وليس المراد بقوله: عقدت أيمانكم القسم بل المراد الصفقة فإن العادة أن المتعاقدين يأخذ كل واحد منهما يمين صاحبه إذا عاقده، ويسمى العقد صفقة.

ولهذا ذكر فى المبسوط البكرى أن الله تعالى جعل ولاء الموالاة سببا للتوارث مطلقًا من غير فصل بين أن يكون للميت وارث آخر، أو لم يكن، إلا أنه نسخ فى حق من كان له وارث آخر بقوله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾، ولا ناسخ فى حق من لا وارث له، فبقى داخلا تحت ظاهر الآية. (ك)

(٤) قوله: "وسئل إلخ" قلت أخرجه أبو داود عن تميم الدارى قال: يا رسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين، قال: «هو أولى الناس بمحياه ومماته». (ت)

(٥) أى حال حياته وحال مماته، وهو منصوب على الظرفية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٥، والدراية ج٢، الحديث٨٧٨ ص١٩٥. (نعيم)

(٦) قوله: "فى حالتين هاتين" أى فى محياه عقلا، وفى مماته إرثًا. (ك)

(٧) قوله: "لا أنه مستحق" لأن ورثة بيت المال مجهول أعيانهم، وهو لا يصلح مستحقًا لما عرف فى مصارف الصدقات. (ن)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) سوى مولى الموالاة.

(١٠) أى من مولى الموالاة.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "ولا بد من شرط الإرث والعقل" لأن عقد الموالاة يقع على ذلك، فلا بد من ذكره، ولو شرطا الإرث من الجانبين كان كذلك، ويتوارثان من الجانبين، بخلاف ولاء العتاقة، فإنه يورث الأعلى من الأسفل، لأن سببه الإحياء، وذا وجد من الأعلى فى حق الأسفل لا من الأسفل فى حق الأعلى، وههنا السبب هو العقد والشرط، فعلى الوجه الذى وجد الشرط يثبت الحكم. (ك)

بالالتزم وهو بالشرط، ومن شرطه أن لا يكون المولى[١] من العرب، لأن تناصرهم بالقبائل[٢]، فأغني عن الموالاة.

قال[٣]: وللمولى[٤] أن ينتقل عنه[٥] بولاءه إلى غيره ما لم يعقل[٦] عنه[٧] لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية[٨]، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولاءه لعدم اللزوم إلا أنه يشترط[٩] في هذا[١٠] أن يكون[١١] بمحضر من الآخر، كما في عزل الوكيل قصداً[١٢]، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره[١٣] بغير محضر من الأول، لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي[١٤] في الوكالة.

---

(١٣) قوله: "كما ذكر في الكتاب" أشار به إلى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله: وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه، ويعقل عنه. (ت)

(١٤) أي لأن الإرث أو العقل.

(١) الأسفل.

(٢) قوله: "لأن تناصرهم [عرب] إلخ" فإن قلت: إن التناصر حكمة وهي لا تراعى في كل فرد، و إنما تراعى في الجنس كما في الاستبراء فإن الحكمة فيه فراغ الرحم، وإنها تعتبر في الجملة لا في كل فرد، حتى لا يجب الاستبراء في من اشترى من امرأة أو اشترى أمة صغيرة.

قلنا: التناصر علة لا حكمة، فإن قيل: العلة لا بد أن تكون مؤجودة، والتناصر قد يوجد وقد لا يوجد، قلنا: التناصر يكون موجوداً تحقيقًا، أو تقديراً لقيام سببه. (ك)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) الأسفل.

(٥) أي عن الذي والاه.

(٦) الأعلى.

(٧) الأسفل.

(٨) فيجوز الرجوع.

(٩) قوله: "إلا أنه يشترط إلخ "فإن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن إضراراً بصاحبه، أما إذا كان الفسخ من الأسفل فلأنه ربما يموت الأسفل فيحسب الأعلى أن ماله صار ميراثًا له، فيتصرف فيه، فيصير مضمونًا عليه. وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلأن الأسفل بما يعتق عبدا على حسبان أن عقل عبيده على مولاه، ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه، فيتضرر كذا في "النهاية" و "معراج الدراية" نقلا عن "الذخيرة". (نت)

(١٠) أي في فسخ عقد الموالاة. (ك)

(١١) الانتقال والتبرى.

(١٢) قوله: "كما في عزل إلخ" أي عزل الوكيل قصداً لا يجوز بدون علمه، ويجوز ضمنًا فكذا للمولى الأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضر من الأول في ضمن عقد الولاء مع غيره، ولكن ليس للأعلى والأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضر من صاحبه قصداً كما لا يكون للموكل عزل وكيله بدون علمه قصداً، فإن قيل فلماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبًا فسخ العقد الأول. قلنا: لأن الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتًا من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره، فكذا الولاء، فعرفنا إن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول. (ك)

(١٣) الأعلى.

قال[١]: وإذا عقل[٢] عنه[٣] لم يكن له أن يتحول بولاءه إلى غيره؛ لأنه تعلق به حق الغير[٤]، ولأنه قضى به القاضى، ولأنه[٥] بمنزلة عوض ناله[٦] كالعوض فى الهبة[٧]، وكذا لا يتحول ولده[٨]، وكذا إذا عقل[٩] عن ولده[١٠] لم يكن لكل واحد منهما[١١] أن يتحول لأنهما في حق الولاء كشخص واحد.

قال[١٢]: وليس لمولى العتاقة[١٣] أن يوالى أحداً لأنه لازم[١٤]، ومع بقاءه لا يظهر الأدنى.

كتاب الإكراه[١٥]

الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر[١٦] على إيقاع ما يوعد[١٧] به سلطاناً كان أو لصاً؛ لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفى به[١٨] رضاه[١٩]، أو يفسد به

---

(١٤) قوله: "بمنزلة العزل الحكمى" كما إذا باع الموكل ما وكل الوكيل بيعه بغير محضره، فينعزل الوكيل. (مل)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الأعلى.

(٣) أى عن الأسفل.

(٤) أى الأعلى.

(٥) أى أداء الدية.

(٦) أى وجده الأسفل.

(٧) فإنه بعد العوض لا يصح الرجوع.

(٨) قوله: "وكذا لا يتحول [بعد ما عقل الجناية عن أبيه] ولده إلخ" أى لا يتحول ولده إلى غيره بعد الكبر، لأن ولاء الأب تأكد بعقل الجناية، وتأكد التبع بتأكد الأصل، فكما ليس للأب أن يتحول عنه بعد ما عقل جنايته، فكذا ليس لولده إذا كبر. (ك)

(٩) الأعلى.

(١٠) الأسفل.

(١١) أى من الأسفل وولده.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) أى المعتق.

(١٤) قوله: "لأنه [أى لأن ولاء العتاقة] لازم" لا يحتمل النقض لأن سببه لا يحتمل النقض وهو العتق، فلا ينفسخ. (تبيين)

(١٥) قوله: "كتاب الإكراه [هو فى اللغة: مصدر أكرهه إذا حمله على أمر يكرهه، ولا يريده، والكره –بالفتح– اسم منه، وفى الشرع: اسم لفعل إلخ. ك] إلخ" قيل فى مناسبته أن الولاء من آثار العتق، و العتق لا يؤثر فيه الإكره، فناسب ذكره عقيبه، أو لأنه نادر كالموالاة. (رد المحتار)

(١٦) فإنه إذا لم يتمكن من ذلك فإكراهه هذيان. (ك)

(١٧) إيعاد: ترسانيدن بيدى. (من)

(١٨) قوله: "فينتفى به إلخ" اعلم أن الشائع المذكور فى عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الإكراه نوعان،

اختياره مع بقاء أهليته[١]، وهذا[٢] إنما يتحقق إذا خاف المكره[٣] تحقيق ما يوعد به[٤]، وذلك[٥] إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة.

والذى قاله أبو حنيفة: إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة[٦] له، والقدرة لا يتحقق بدون المنعة، فقد قالوا[٧]: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، ولم يكن القدرة فى زمنه[٨] إلا للسلطان، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله[٩]، ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد[١٠] به، وذلك[١١] بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا[١٢] على ما دعى إليه من[١٣] الفعل.

قال[١٤]: وإذا أكره الرجل على بيع ماله[١٥]، أو على شراء سلعة، أو على أن يقر

نوع يعدم الرضا، ويفسد الاختيار، وذلك بأن يكون بقتل، أو بقطع عضو وهو الإكراه الملجئ، ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار، وذلك بأن يكون بضرب أو بقيد، أو بحبس، وهو الإكراه الغير الملجئ، وكل منهما لا ينافى الأهلية، ولا الخطاب. فمراده بقوله: فينتفى رضاه أن ينتفى رضاه به بدون فساد الاختيار بقرينة مقابلة قوله: أو يفسد به اختياره، فإن العام إذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص، كما فى قوله تعالى: ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾، فكان قوله: فينتفى به رضاه إشارة إلى أحد نوعى الإكراه، وهو غير الملجئ، وقوله: أو يفسد به اختياره إشارة إلى النوع الآخر منهما، وهو الملجئ. (نت)

(١٩) فوات الرضاء بالإكراه بالحبس أو الضرب القليل، وفساد الاختيار بالإكراه بالقتل. (حميدية)

(١) قوله: "مع بقاء أهليته" أى لا يزول به أهلية المكره، ولا يسقط عنه الخطاب، لأن المكره مبتلى، والابتلاء يحقق الخطاب، ألا ترى أنه متردد بين فرض وخطر ورخصته، ويأثم مرة، ويؤجر أخرى، وهو آية الخطاب. (ك)

(٢) أى الإكراه.

(٣) قوله: "إذا خاف إلخ" أى يكون خائفاً عن نفسه من جهة المكره فى إيقاع ما هدد به عاجلا، لأنه لا يصير ملجأ محمولا طبعاً إلا بذلك. (ك)

(٤) بأن يغلب على ظنه أنه يفعله. (ع)

(٥) أى الخوف.

(٦) حمايت كنندگان وپشتى دهندگان. (من)

(٧) المشايخ.

(٨) الإمام.

(٩) حتى حصل القدرة بغير السلطان أيضاً.

(١٠) تهديد ترسانيدن. (من)

(١١) الخوف.

(١٢) مضطر.

(١٣) بيان ما.

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) قوله: "وإذا أكره إلخ" والأصل أن تصرفات المكره قولا منعقدة عندنا إلا أن ما يحتمل الفسخ منه كالبيع

لرجل بألف، أو يؤاجر داره، وأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد[١]، أو بالحبس[٢]، فباع أو اشترى فهو بالخيار[٣]، إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع؛ لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي، قال الله تعالى[٤]: ﴿إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم[٥]﴾، والإكراه بهذه الأشياء[٦] يعدم الرضاء[٧]، فتفسد. بخلاف ما إذا أكره[٨] بضرب سوط، أو حبس يوم، أو قيد يوم[٩]؛ لأنه لا يبالى به بالنظر إلى العادة، فلا يتحقق به الإكراه، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب[١٠] يعلم أنه يستضرّ به لفوات الرضاء[١١]، وكذا الإقرار[١٢] حجة لترجح جنبة الصدق[١٣] فيه على جنبة الكذب[١٤]، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة.

والإجارة يفسخ، وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد فهو لازم. (ك)

(١) قوله: "أو بالضرب إلخ" قال في المبسوط: والحد في الحبس الذي هو إكراه ما يجيء الاغتمام البين به، وفي الضرب الذي هو إكراه ما يجد منه الألم الشديد، وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه، لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون، ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه، فما رأى أنه أكره أبطل الإقرار، لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس. (ك)

(٢) أي المديد منه. (ك) قيل: إن الحبس المديد ما زاد على يوم.

(٣) أي إن فعل ما دعي إليه، ثم زال الإكراه فهو إلخ. (ع)

(٤) قوله: "قال الله تعالى": ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾، أي بالحرام في الشرع كالربا والغصب، ﴿إلا﴾ أي لكن ﴿أن تكون تجارة﴾، أي تكون الأموال أموال تجارة صادرة عنكم ﴿عن تراض منكم﴾ وطيب نفسه، فلكم أن تأكلوها.

(٥) قوله: "إلا أن تكون تجارة إلخ" فإن قيل: الآية وإن أثبت الحرمة بدون الرضاء لكن مطلق قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع وحرم الربا﴾ يوجب جواز البيع وإن انعدم التراضي. قلنا: البيع لغة مبادلة المال بالمال بالتراضي، والأصل ورود الشرع على وفاق الحقيقة، ولأنه مخصوص فيخص بدون الرضاء.

فإن قيل: هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضي الوجود عند الوجود، ولا يقتضي العدم عند عدمه، كما في قوله تعالى: ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾، قلنا: أول الآية ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾، واستثنى منه التجارة بالتراضي، فيبقى غيره في صدر الكلام، توضيحه أن المستثنى لما كانت بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف التراضي وهو الكره. (ك)

(٦) قوله: "بهذه الأشياء" أي القتل والضرب الشديد والحبس المديد. (نتائج الأفكار)

(٧) وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فتفسد. (ع)

(٨) المراد بالإكراه ههنا معناه اللغوي.

(٩) فإنه لا يكون إكراهًا.

(١٠) قوله: "إلا إذا كان الرجل إلخ" فإن الشرفاء والأجلة من العلماء الكبراء وأصحاب المناصب يستنكفون عن ضرب سوط واحد، وحبس يوم واحد أكثر مما يستنفك غيره من ضرب سياط، وحبس أيام ولهذا قال محمد: ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به. (ع)

(١١) أي فهو إكراه لوجود العلة، وهو فوات الرضاء.

(١٢) قوله: "وكذا الإقرار إلخ" معطوف على قوله: لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي إلى قوله: فتفسد فإنه دليل مستقل في حق فساد الإقرار بالإكراه. (نت)

ثم إذا باع مكرهًا، وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا، وعند زفر لا يثبت[١] لأنه[٢] بيع موقوف على الإجازة، ألا ترى أنه لو أجاز جاز، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك. ولنا: أن ركن البيع[٣] صدر من أهله[٤] مضافًا إلى محله[٥]، والفساد لفقد شرطه وهو التراضي[٦]، فصار[٧] كسائر الشروط المفسدة، فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه[٨]، وأعتقه، أو تصرف فيه تصرفًا لا يمكن نقضه[٩] جاز، ويلزمه[١٠] القيمة[١١] كما في سائر البياعات[١٢] الفاسدة[١٣]، وبإجازة المالك يرتفع المفسد، وهو الإكراه وعدم الرضاء، فيجوز[١٤]، إلا أنه[١٥] لا ينقطع به[١٦] حق استرداد البائع[١٧] وإن[١٨] تداولته الأيدي، ولم يرض البائع بذلك.

---

(١٣) قوله: "لترجح جنبة الصدق إلخ" فلا يكون لاحتمال الكذب اعتبار، ولا ترجيح للصدق حال الإكراه، لأن العقل يعتبر حينئذ احتمال أنه يكذب لدفع المضرة. (أعظمى)

(١٤) فإنه عاقل بالغ ذو دين.

(١) الملك.

(٢) أي لأن بيع المكره.

(٣) أي الإيجاب والقبول. (ع)

(٤) أي العاقل البالغ. (ع)

(٥) أي المال. (ع)

(٦) قوله: "والفساد لفقد شرطه [البيع] وهو التراضي" إذ تأثير فوات شرط الجواز في إفساد العقد كما في الربا، فإن المساواة في الأموال الربوية شرط جواز العقد، فإذا عدم المساواة يفسد العقد، ويثبت الملك للمشتري بالقبض، فهذا مثله. (ك)

(٧) أي فصار الفساد بفقد شرط كفساد بسبب سائر الشروط.

(٨) المشتري.

(٩) كالتدبير والاستيلاد. (عينى)

(١٠) المشتري.

(١١) لا الثمن.

(١٢) قوله: "كما في سائر البياعات [بياعة بالكسر متاع، كالائى فروختنى بياعات جمع. من]" فإن قيل: لو كان بمنزلة البيع الفاسد وجب أن لا يعود جائزًا في الأحوال كلها كما لو باع درهمًا بدرهمين وأشباهه، قلنا: بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث توقفه على إجازة المالك له، والبيع الفاسد من حيث إنه صدر عن المالك مع عدم شرط جوازه، فمن حيث إنه يشبه البيع الموقوف فمن أي وقت أجازه المالك يعود جائزًا، ومن حيث إنه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد القبض عملا بالشبهين. (ك)

(١٣) أي بيع البياعات.

(١٤) بخلاف سائر البياعات فإن المفسد فيه باق. (ع)

(١٥) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: كما في سائر البياعات الفاسدة، فإن فيه إذا باع المشتري ما اشترى بشراء فاسد لم يبق للبائع الأول حق استرداده، وههنا لا ينقطع إلخ. (عناية)

(١٦) أي بسبب الإكراه. (ع)

بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد[١]، وحقه مقدم[٢] لحاجته، أما ههنا الرد لحق العبد[٣]، وهما[٤] سواء، فلا يبطل حق الأول لحق الثانى.

قال: ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعًا فاسدًا[٥] يجعله كبيع المكره[٦]، حتى ينقض بيع المشترى من غيره، لأن الفساد لفوات الرضاء[٧]، ومنهم من[٨] جعله رهنا لقصد المتعاقدين[٩]، ومنهم من جعله باطلا[١٠] اعتبارًا بالهازل، ومشايخ سمرقند جعلوه بيعًا جائزًا مفيدًا لبعض الأحكام[١١] على ما هو المعتاد[١٢] للحاجة إليه.

قال[١٣]: فإن كان قبض الثمن طوعًا فقد أجاز البيع؛ لأنه[١٤] دليل الإجازة كما

---

(١٧) المكره.

(١٨) الواو وصلية.

(١) أى المشترى الثانى.

(٢) على حق الله.

(٣) أى البائع المكرَه.

(٤) أى البائع الأول المكره والمشترى الثانى.

(٥) قوله: "ومن جعل إلخ" ذكر بيع الوفاء فى كتاب الإكراه، وذكر القول بالفساد أو لا يشعر بأن المختار عنده الفساد، ثم إن تفسير الجواز فى قول مشايخ سمر قند بإفادة بعض الأحكام صريح فى أنه ليس جائزًا مطلقًا، لأنه فى قوة الفاسد المفيد لبعض الأحكام. (أعظمى)

قوله: "البيع الجائز المعتاد [أى بسمرقند ونواحيها. ك] إلخ" يريد به بيع الوفاء صورته أن يقول البائع للمشترى: بعت منك هذا العين هكذا على أنى إذا دفعت إليك ثمنك تدفع العين إلىّ. (عناية)

(٦) وعليه الإمام ظهير الدين، والصدر الشهيد حسام الدين.

(٧) كما فى بيع المكره.

(٨) وهو السيد الإمام أبو شجاع والقاضى الإمام على السغدى.

(٩) قوله: "لقصد إلخ" لأنهما وإن سميا بيعًا لكن غرضهما الرهن إذ العبرة للمقاصد والمعانى، فلا يملكه المرتهن، ولا يحل له الانتفاع إلا بإذن مالكه، وهو ضامن لما أكل من ثمره، واستهلك من عينه، والدين ساقط بهلاكه فى يده إذا كان له وفاء بالدين ولا ضمان عليه فى الزيادة إذا هلك بغير صنعه. (ع)

(١٠) قوله: "من جعله باطلا" لأنهما تكلما بلفظ البيع، وليس البيع قصدهما، فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضاء صاحبه، ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه. (ع)

(١١) وهو الانتفاع به دون البيع والهبة. (ع)

(١٢) قوله: "على ما هو المعتاد" يعنى أنهم فى عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشترى، ويرد هو المبيع على البائع من غير امتناع، ولا يكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة، ولهذا سموه بيع الوفاء، لأنه وفى عهده من رد المبيع. (ع)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) أى قبض الثمن طوعًا.

في البيع الموقوف[١]، وكذا إذا سلّم[٢] طائعًا، بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع، لأنه دليل الإجازة، بخلاف ما إذا أكره على الهبة، ولم يذكر الدفع، فوهب[٣] ودفع[٤] حيث يكون باطلا[٥] لأن مقصود المكره الاستحقاق[٦] لا مجرد اللفظ، وذلك في الهبة بالدفع، وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل[٧]، فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع.

قال: وإن قبضه[٨] مكرهًا، فليس ذلك بإجازة، وعليه[٩] رده[١٠] إن كان قائمًا في يده[١١]؛ لفساد العقد[١٢]، قال: وإن هلك المبيع في يد المشترى وهو غير مكره ضمن[١٣] قيمته للبائع، معناه والبائع مكره، لأنه[١٤] مضمون عليه بحكم عقد فاسد[١٥]. وللمكره[١٦] أن يضمّن المكرَه إن شاء؛ لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف[١٧]، فكأنه دفع مال البائع[١٨] إلى المشترى، فيضمن أيهما[١٩] شاء[٢٠]

---

(١) إذا قبض الثمن كان إجازة.

(٢) المبيع إلى المشترى.

(٣) أي كرهًا.

(٤) أي طائعًا.

(٥) قوله: "حيث يكون باطلا [لا جائزًا وإن دفع وسلم طائعًا]" أي فاسدًا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض، فإن تصرف فيه فقد تصرفه وعليه ضمان قيمتها. (عناية)

(٦) أي استحقاق الموهوب له أو المشترى.

(٧) قوله: "على ما هو الأصل" يريد به أن الأصل في البيع أن يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض أو الإجازة من العوارض، فلم يكن الإكراه على البيع إكراهًا على الدفع، فكان الدفع عن اختيار منه، وذا دليل الإجازة، أما الهبة في أصل الوضع، فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض، فكان الإكراه على الهبة إكراهًا على الدفع نظرًا إلى مقصود المكره، وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق، وإزالة الملك ليتضرر به لا صورة العقد. (كفاية)

(٨) أي البائع الثمن.

(٩) البائع.

(١٠) الثمن.

(١١) قوله: "إن كان [الثمن] قائمًا إلخ" وإن كان هالكًا لا يأخذ منه شيئًا، لأن الثمن كان أمانة عند المكره؛ لأنه أخذه بإذن المشترى، والقبض متى كان بإذن المالك، فإنما يجب الضمان إذا قبضه للتملك، وهو لم يقبضه للتملك، لأنه كان مكرهًا على قبضه، فكان أمانة. (كفاية)

(١٢) أي بالإكراه. (ك)

(١٣) المشترى.

(١٤) مبيع.

(١٥) أي البيع بالإكراه.

(١٦) البائع.

كالغاصب، وغاصب الغاصب، فلو ضمّن المكرِهَ رجع على المشترى بالقيمة لقيامه مقام البائع[(١)]، وإن ضمن المشترى[(٢)] نفذ كل شراء كان بعد شراءه[(٣)] لو تناسخته[(٤)] العقود، لأنه[(٥)] ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه، ولا ينفذ[(٦)] ما كان قبله، لأن الاستناد[(٧)] إلى وقت قبضه، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكرَه عقداً[(٨)] منها[(٩)]، حيث يجوز ما قبله وما بعده؛ لأنه[(١٠)] أسقط حقه، وهو[(١١)] المانع[(١٢)] فعاد الكل إلى الجواز، والله أعلم.

فصل[(١٣)]

وإن أكره على أن يأكل الميتة، أو يشرب الخمر، فأكره على ذلك بحبس، أو بضرب[(١٤)] أو قيد لم يحل له[(١٥)] إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه، أو على عضو

(١٧) قوله: "فيما يرجع إلى الإتلاف" أى وإن لم يصلح آلة له من حيث إنه كلام، لأن التكلم بلسان الغير لا يصح. (ك)

(١٨) المكره.

(١٩) أى المشترى والمكره.

(٢٠) فإن المالك يختار فى تضمين أيهما شاء.

(١) قوله: "لقيامه مقام البائع" أى بأداء الضمان لأن المضمون يصير ملكًا للضامن وقت سبب الضمان. (ك)

(٢) أى أحد المشترين. (ك)

(٣) أى شراء هذا المشترى الضامن.

(٤) أى تداولته الأيدى بالبيوع.

(٥) أى لأن هذا المشترى الضامن.

(٦) أى لا ينفذ شراء كان قبل شراء هذا المشترى الضامن.

(٧) أى استناد ملك المشترى. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف إلخ" أى فإن قيل: ما الفرق بين تضمينه مشتريًا وإجازته عقداً منها، حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هناك، أجاب بقوله: لأنه أسقط حقه، يعنى فى صورة الإجازة، وهو إلخ. (ع)

قوله: "ما إذا أجاز إلخ" وبخلاف ما إذا أجاز المالك فى بيع الفضولى واحدا من الأشرية حيث يجوز ما أجازه خاصة، لأنه باع كل واحد منهم ملك غيره، وقد صار لواحد منهم ملك بات بالإجازة، فأبطل الملك الموقوف لغيره، وههنا كل واحد باع ملكه إذ بيع المكره مفيد للملك عند القبض والمانع من نفوذ الكل حق استرداد المالك، فإذا أسقط نفذ الكل. (كفاية)

(٩) أى من هذه العقود المتداولة.

(١٠) المالك المكره.

(١١) أى حقه.

(١٢) من النفاذ.

(١٣) قوله: "فصل" إنما فصل بفصل، لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الإكراه، ومسائل هذا الفصل ليست كذلك، لأنها محظورة قبل الإكراه فى حالة السعة. (نت)

من أعضاءه، فإذا خاف على ذلك[١] وسعه أن يقدم على ما أكره عليه، وكذا[٢] على هذ الدم ولحم الخنزير؛ لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة، كما فى حالة المخمصة[٣]، لقيام المحرم فيما وراءها[٤]، ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس، أو على العضو، حتى لو خيف على ذلك[٥] بالضرب الشديد، وغلب على ظنه ذلك[٦] يباح له ذلك[٧]، ولا يسعه أن يصبر على ما توعد[٨] به.

فإن صبر حتى أوقعوا به[٩] ولم يأكل فهو آثم، لأنه لما أبيح[١٠] كان[١١] بالامتناع معونًا لغيره على إهلاك نفسه، فيأثم كما فى حالة المخمصة[١٢]، وعن أبى يوسف أنه لا يأثم لأنه رخصة[١٣]، إذ الحرمة قائمة، فكان آخذًا بالعزيمة[١٤].

قلنا: حالة الاضطرار مستثنى بالنص[١٥]، وهو[١٦] تكلم بالحاصل بعد الثنيا،

---

(١٤) أى يسير لا يخاف به تلف النفس أو العضو. (ع)

(١٥) أى الإقدام على أن يأكل الميتة أى يشرب الخمر. (ع)

(١) أى النفس أو العضو.

(٢) أى على التفصيل المذكور، وهو أنه إن أكره بحبس، أو ضرب، أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف على النفس أو العضو.

(٣) قوله: "المخمصة [مخمصة: گرسنگى. (من) أى المجاعة الشديدة. رد المحتار]" هو خلو البطن عن الغذاء يقال: رجل خميص البطن إذا كان طاويا خاليا، كذا فى "معالم التنزيل". (ك)

(٤) ضرورة.

(٥) أى النفس أو العضو.

(٦) أى إن تلف النفس أو العضو يحصل بذلك.

(٧) قوله: "يباح له ذلك" أقول فيه إشكال، فإن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر فى علم الأصول، وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس، أو على العضو كان طرف الفعل راجحًا، بل فرضًا، كما صرح به فى كتب الأصول. (نتائج)

(٨) توعد: بيدى ترسانيدن. (من)

(٩) أى قتلوه أو أتلفوا عضوه، ولم يتناول. (ع)

(١٠) قوله: "لأنه لما أبيح إلخ" أى لأنها فى هذه الحالة مباحة على ما بينا، وإهلاكه النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم. (تبيين)

(١١) المكرَه.

(١٢) لو لم يأكل فمات يأثم.

(١٣) قوله: "لأنه رخصة إلخ" يعنى إن الإثم ينتفى عن المضطر، ولا ينكشف الحرمة بالضرورة، قال الله تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾. (ك)

(١٤) هو الحكم المشروع أولا من غير عذر.

(١٥) فى قوله تعالى: ﴿قد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم﴾.

(١٦) أى الاستثناء.

فلا محرم، فكان إباحة لا رخصة[١]، إلا أنه إنما يأثم[٢] إذا علم بالإباحة في هذه الحالة، لأن في انكشاف الحرمة خفاء[٣]، فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام[٤]، أو في دار الحرب[٥].

قال[٦]: وإن أكره - على الكفر بالله تعالى -والعياذ بالله- أو بسب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقيد، أو بحبس، أو ضرب لم يكن ذلك إكراهًا، حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه، أو على عضو من أعضاءه؛ لأن الإكراه بهذه الأشياء[٧] ليس بإكراه في شرب الخمر لما مر[٨]، ففي الكفر وحرمته[٩] أشد[١٠] أولى وأحرى[١١]. قال: فإذا خاف على ذلك[١٢] وسعه أن يظهر ما أمروه به[١٣]، ويورى[١٤]، فإن أظهر ذلك وقلبه[١٥] مطمئن بالإيمان، فلا إثم عليه؛ لحديث عمار بن ياسر حين ابتلى به[١٦]، وقد قال له النبي عليه السلام*: «كيف وجدت قلبك قال

(١) قوله: "لا رخصة" فامتناعه عن التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال، حتى تلفت نفسه أو عضوه، فكان آثما لكنه إنما يأثم إذا علم إلخ. (عناية)

(٢) قوله: "إلا أنه إنما يأثم إلخ" إنما قال: هذا لبيان أن الحكم بالإثم على تقدير الصبر وترك الأكل في مسألتنا هذه ليس على إطلاقه، بل فيما إذا علم بالإباحة في هذه الحالة، وأما إذا لم يعلم بها فلا إثم عليه في تركه لكونه معذوراً بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء. (نت)

(٣) لأنه أمر يختص بمعرفته الفقهاء.

(٤) أي بفروغ الدين.

(٥) فإنه عذر.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) أي القيد والحبس والضرب.

(٨) آنفًا.

(٩) الواو حالية.

(١٠) من حرمة الخمر.

(١١) بأن لا يكون إكراهًا.

(١٢) أي النفس أو العضو.

(١٣) من إجراء كلمة الكفر. (ع)

(١٤) قوله: "ويورى إلخ" التورية أن يظهر خلاف ما يضمر، فجاز أن يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب، وجاز أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل معنيين. (ع)

(١٥) الواو حالية.

(١٦) قوله: "لحديث عمار بن ياسر إلخ" قلت: رواه الحاكم في "المستدرك" في تفسير سورة النحل عن عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه قال: أخذ المشركون عمار بن ياسر فلم يتركوه حتى سب النبي ﷺ، وذكر آلهتهم بخير، ثم تركوه فلما أتى رسول الله ﷺ قال: ما تركت حتى قلت منك، وذكرت آلهتهم بخير قال: فكيف تجد قلبك؟

مطمئنًا بالإيمان فقال عليه السلام فإن عادوا[١] فعد[٢]»، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿إلا من أكره[٣] وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ الآية، ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق[٤]، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه.

قال: فإن صبر حتى قتل، ولم يظهر الكفر كان مأجوراً؛ لأن خبيبا صبر على ذلك[٥]، حتى صلب[٦] وسماه رسول الله عليه السلام: «سيد الشهداء»، وقال فى مثله[٧]: «هو رفيقى فى الجنة»*، ولأن الحرمة[٨] باقية[٩]، والامتناع لإعزاز الدين[١٠] عزيمة، بخلاف ما تقدم[١١] للاستثناء[١٢].

قال: مطمئنًا بالإيمان، قال: فإن عادوا فعد، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٨، والدراية ج٢، الحديث ٨٧٩ ص١٩٧. (نعيم)

(١) أى إلى الإكراه.

(٢) قوله: "فعد" أى إلى طمأنينة القلب لا إلى إجراء كلمة الكفر، والطمأنينة جميعًا لأن أدنى درجات الأمر الإباحة، فيكون إجراء كلمة الكفر مباحًا، وليس كذلك لأن الكفر مما لا ينكشف حرمته. (عناية)

(٣) قوله: "إلا من أكره" ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم﴾، قوله: من مبتدأ أو شرطية، والخبر أو الجواب لهم وعيد شديد دل عليه قوله: ولكن من شرح إلخ، وقوله: صدراً معناه طابت به نفسه، كذا فى "الجلالين".

(٤) قوله: "لا يفوت الإيمان إلخ" لأن الركن الأصلى فيه هو التصديق، وهو قائم حقيقة، والإقرار ركن زائد، وهو قائم تقديراً، لأن التكرار ليس بشرط، وفى الامتناع فوت النفس حقيقة، فكان ما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا، وفوت حق الله توهما، فيسعه الميل إلى إحياء حقه. (ع)

(٥) قوله: "صبر على ذلك إلخ" قلت: غريب، وقتل خبيب فى صحيح البخارى فى مواضع وليس فيه أنه صلب، ولا أن النبى ﷺ سماه سيد الشهداء، ولا أنه قال فيه: هو رفيقى فى الجنة، والمعروف فى قوله عليه السلام: سيد الشهداء أنه فى حمزة، رواه الحاكم فى "المستدرك" وقصة قتله أنه أخذه بنو لحيان، وربطوه، وباعوه فى مكة من بنى الحارث بن عامر بن نوفل، وكان خبيب قتل الحارث يوم بدر، فمكث عندهم أسيراً، ثم خرجوا به من الحرم ليقتلوه، فصلى ركعتين، ثم قام إليه عقبة بن الحارث، فقتله، كذا فى "صحيح البخارى" وغيره. (مل)

(٦) صلبه صلبًا: بردار كشيد او را. (من)

(٧) أى فيه، وكلمة مثل زائدة. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٥٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٨٠ ص١٩٧. (نعيم)

(٨) أى حرمة إجراء كلمة الكفر.

(٩) لتناهى قبح الكفر.

(١٠) قوله: "والامتناع لإعزاز الدين" فإذا بذل نفسه لإعزاز الدين ولإقامة حق الله تعالى، وحق غيره من العباد كان شهيدًا. (تبيين)

(١١) قوله: "بخلاف ما تقدم [من الحرمة]" من أكل الميتة وشرب الخمر فإن الحرمة هناك لم تكن باقية الاستثناء، واعترض عليه بأن إجراء كلمة الكفر أيضًا مستثنى بقوله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ من قوله: ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه﴾، فينبغى أن يكون مباحًا كأكل الميتة وشرب الخمر.

قال(١): وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه، أو على عضو من أعضاءه، وسعه أن يفعل ذلك؛ لأن مال الغير يستباح للضرورة، كما في حالة المخمصة(٢)، وقد تحققت، ولصاحب المال أن يضمن المكره(٣)؛ لأن المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له(٤)، والإتلاف من هذا القبيل(٥).

وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه، ويصبر حتى يقتل فإن قتله كان آثمًا؛ لأن قتل المسلم(٦) مما لا يستباح لضرورة ما، فكذا بهذه الضرورة(٧)، والقصاص على المكره إن كان القتل عمداً.

قال(٨): وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال زفر: يجب على المكره، وقال أبو يوسف: لا يجب عليهما(٩)، وقال الشافعي: يجب عليهما. لزفر أن الفعل من المكره حقيقة(١٠) وحسًا(١١)، وقرر الشرع حكمه(١٢) عليه وهو(١٣) الإثم، بخلاف الإكراه على

وأجيب بأن في الآية تقديمًا وتأخيرًا، وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه، وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم، إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه، وإنما دفع عنه العذاب والعقاب، وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة، لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة، كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض، فإن السبب موجود والحكم متأخر، فجاز أن يكون الغضب منفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب، وهي الحرمة، فلم يثبت إباحته إجراء كلمة الكفر. (م)

(١٢) قوله: "للاستثناء" يعني قوله تعالى: ﴿إلا ما اضطررتم إليه﴾ وأول الآية: ﴿وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾. (كفاية)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) فإنه يباح مال الغير.

(٣) قوله: "أن يضمن المكره" بكسر الراء، إذ في الأفعال يصير الفاعل آلة للحامل. (شرح وقاية)

(٤) أي في الأفعال لا في الأقوال.

(٥) قوله: "والإتلاف من هذا القبيل" إذ المكره يمكن أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه، وقوله: فيما يصلح احتراز عن الأكل والتكلم والوطئ، فإنه فيها لا يصلح آلة له. (عناية)

(٦) بغير حق. (م)

(٧) أي الإكراه.

(٨) أي المصنف.

(٩) أي على المكرَه والمكره.

(١٠) قوله: "حقيقةً وحسًا [لصدوره منه من غير واسطة. ع]" كذا شرعا لأنه يأثم به، وهذا لأن القتل فعل حسي، وقد تحقق من المكره، والأصل في الأفعال أن يؤاخذ بها فاعلها إلا إذا سقط حكم فعله شرعًا، وأضيف إلى غيره، كما في الإكراه على إتلاف مال الغير، فإنه سقط حكمه، وهو الإثم عن الفاعل، وأضيف إلى غيره وههنا لم يسقط حكمه بدليل أنه يأثم إثم القتل، وإثم القتل يكون على القاتل. (تبيين)

(١١) لأنه معاين مشاهد. (م)

(١٢) القتل.

إتلاف مال الغير؛ لأنه سقط[١] حكمه[٢] وهو الإثم، فأضيف[٣] إلى غيره[٤]، وبهذا[٥] يتمسك الشافعي في جانب المكره، ويوجبه[٦] على المكره أيضًا لوجود التسبيب إلى القتل منه، وللتسبيب في هذا[٧] حكم المباشرة[٨] عنده[٩] كما في شهود القصاص[١٠]. ولأبي يوسف أن القتل بقي مقصورًا على المكره من وجه نظرًا إلى التأثيم[١١]، وأضيف[١٢] إلى المكره من وجه نظرًا إلى الحمل[١٣]، فدخلت الشبهة في كل جانب[١٤]. ولهما: أنه محمول على القتل بطبعه إيثارًا لحياته، فيصير آلة للمكره[١٥] فيما يصلح آلة له، وهو القتل بأن يلقيه عليه، ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه[١٦]، فيبقى الفعل مقصورًا عليه في حق الإثم، كما تقول في الإكراه على الإعتاق[١٧]، وفي إكراه المجوسي على ذبح شاة الغير[١٨] ينتقل الفعل إلى المكره في

---

(١٣) أي حكم القتل.

(١) عن المكره.

(٢) الإتلاف.

(٣) الإتلاف.

(٤) أي غير المكره بالفتح.

(٥) أي بدليل زفر.

(٦) الشافعي القصاص.

(٧) أي في القتل. (ك)

(٨) قوله: "حكم المباشرة" فإن السبب العام ينزل منزلة المباشرة في حق وجوب القصاص عنده. (تبين)

(٩) أي عند الشافعي.

(١٠) قوله: "كما في شهود القصاص" فإن الشاهدين او شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه، ثم جاء المشهود به حيا يقتل الشاهدان عنده. (ك)

(١١) فإن الإثم عليه.

(١٢) القتل.

(١٣) أي الإكراه، فإنه حمله على القتل. (ك)

(١٤) والقصاص يندفع بالشبهة. (ع)

(١٥) قوله: "فيصير آلة إلخ" وذلك لأن الآلة هي التي تعمل بطبعها كالسيف فإن طبعه القطع عند الاستعمال في محله، وكالنار فإن طبعها الإحراق، وكالماء، فإن طبعه الإغراق، وإذا كان كذلك ففي الجرى على موجب الطبع مشابهة بالآلة، ولو استعمل القاتل آلته التي هي السيف في شخص ظلمًا، فقتله يجب القصاص على القاتل، فكذا يجب القصاص على المكره ههنا لكون المكره آلة له. (ك)

(١٦) قوله: "ولا يصلح آلة له إلخ" [أي فإن قيل: لو كان آلة لأضيف الإثم إلى المكره كالقتل أجاب عنه بقوله: ولا يصلح إلخ. ع] لأنه أكرهه على أنه يجني على دينه، ولو انتقل ذلك إلى المكره لتحقق خلاف المكره، وبطلان الإكراه، وعود الفعل إلى المحل الأول. (ك)

الإتلاف دون الذكاة[١]، حتى يحرم كذا هذا.

قال[٢]: وإن أكره على طلاق امرأته، أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا خلافًا للشافعي وقد مر[٣] في الطلاق[٤].

قال[٥]: ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد؛ لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف، فانضاف[٦] إليه، فله أن يضمنه موسرًا كان أو معسرًا[٧]، ولا سعاية على العبد؛ لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية[٨]، أو لتعلق حق الغير، ولم يوجد واحد منهما، ولا يرجع المكره على العبد بالضمان[٩] لأنه مؤاخذ بإتلافه[١٠].

قال[١١]: ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان[١٢] قبل الدخول[١٣]، وإن لم يكن فى

---

(١٧) قوله: "كما تقول فى الإكراه على الإعتاق" يعنى أن الإعتاق مقصور على المكره من حيث التلفظ به، وحصول العتق فى المحل حتى كان الولاء له، لأنه لم يصلح آلة للمكره بهذا الاعتبار، ومن حيث إتلاف المالية يضاف إلى المكره حتى يكون ضامنًا للمالية. (ك)

(١٨) قوله: "وفى إكراه المجوسى [أى إكراه المسلم المجوسى] إلخ" أى كذا فى إكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره من حيث الإتلاف حتى يكون ضامنا، ويقتصر على المجوسى فى حق الذكاة حتى يحرم الذبيحة، لأنه صلح آلة للمشير فى حق الإتلاف دون الذكاة، لأن الحرمة يحتاط فيها. (ك)

(١) ذكا الشاة ذكاه گلو بر يد گوسپند را. (من)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) من أن طلاق المكره واقع.

(٤) أى فى فصل من كتاب الطلاق.

(٥) أى القدروى. (عينى)

(٦) الإتلاف.

(٧) قوله: "موسرًا كان أو معسرًا" لأنه ضمان إتلاف فلا يختلف باليسار والإعسار، كذا فى "الكافى" وغيره. (نت)

(٨) قوله: "لأن السعاية إنما تجب للتخريج [وقد خرج. ع] إلى الحرية" كما هو مذهب أبى حنيفة، فإن المستسعى كالمكاتب عنده، أو لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما، لأن عندهما إنما يجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد، وههنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق لأنه لا حق ههنا لغير المعتق، ولا نظير له فى الشرع، ولا يلزم على قولهما إعتاق السفيه المحجور حيث يعتق ويجب السعاية على العبد، لأنه تعلق به حق المحجور نظرًا له، ولا يستوفى حقه من محل آخر بخلاف المكره فإنه غير محجور. وقيل: قوله: لتعلق حق الغير للاحتراز عن المريض إذا أعتق عبده وعليه دين، فهناك يجب السعاية لحق الغرماء، وكذلك الراهن إذا أعتق المرهون، وهو معسر فإنه يجب السعاية على العبد لحق المرتهن. (مل)

(٩) أى بالقيمة.

(١٠) قوله: "لأنه مؤاخذ إلخ" يعنى أن المكره إنما ضمن من حيث إنه جعل متلفا للعبد حكما، فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيئًا. (ع)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) الطلاق.

(١٣) والخلوة الصحيحة.

العقد مسمّى، يرجع على المكره بما لزمه من المتعة[١]؛ لأن ما عليه[٢] كان على شرف[٣] السقوط، بأن جاءت الفرقة من قبلها[٤]، وإنما يتأكد بالطلاق[٥] فكان إتلافًا للمال من هذا الوجه، فيضاف إلى المكره من حيث إنه إتلاف، بخلاف ما إذا دخل بها[٦]؛ لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق[٧].

ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل[٨] جاز استحسانًا[٩]؛ لأن الإكراه مؤثر في فساد العقد[١٠]، والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة[١١]، ويرجع[١٢] على المكره استحسانًا[١٣]؛ لأن مقصود المكره زوال ملكه[١٤] إذا باشر الوكيل، والنذر لا يعمل فيه الإكراه[١٥]؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، ولا رجوع على

(١) قوله: "من المتعة" لا تنقص المتعة عن خمسة دراهم، ولا تزاد على نصف مهر المثل، وهي درع، أي قميص المرأة، وخمار أي ما تخمر به الرأس، أي تغطي وملحفة ما يلحف به من قرنها إلى قدمها. (مجمع الأنهر)

(٢) أي على الزوج أي نصف المهر أو المتعة. (ع)

(٣) شرف بر امر بزرگ رسيدن.

(٤) بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج. (تبيين)

(٥) الإكراه.

(٦) فلو كانت موطوءة، فلا يرجع على المكره بالكسر بما أدى من المهر.

(٧) قوله: "لا بالطلاق" فبقي مجرد إتلاف ملك النكاح، وأنه ليس بمال، فلا يضمن بالمال، لأنه لا مماثلة بين ما هو مال، وما ليس بمال متقوم، وتقومه عند التملك بالنكاح لإظهار خطر المهر، وهذا الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه ألا ترى أن إزالة الملك بغير شهود، وبغير ولي صحيح، فلا حاجة إلى إظهار الخطر عند إتلاف الملك، فلهذا لا يضمن المتلف شيئًا، ولهذا لا يجب على شاهدي الطلاق بعد الدخول ضمانًا عند الرجوع. (ك)

(٨) أي طلق أو أعتق. (ع)

(٩) قوله: "جاز استحسانًا [ونفذ تصرف الوكيل. ك]" والقياس أن لا يصح الوكالة مع الإكراه لأن الأصل أن كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الإكراه، وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الإكراه، لأنهما ينفيان الرضاء والوكالة تبطل بالهزل، فكذا مع الإكراه. (كافي)

(١٠) ألا ترى أن الإكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده.

(١١) قوله: "لا تبطل [أي لا تفسد] إلخ" فإنها من الإسقاطات، إذ الموكل يسقط حقه بالتفويض إليه، فإذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل. (ك)

(١٢) أي المكره بنصف المهر وقيمة العبد. (ك)

(١٣) قوله: "استحسانًا" والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل، فيضاف التلف إليه، كما في الشاهدين إذا شهدا أن فلانًا وكل فلانًا بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا. (ع)

(١٤) قوله: "زوال ملكه" فكان الزوال مقصودة، فيضمن، ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه. (ك)

(١٥) قوله: "والنذر لا يعمل فيه الإكراه [أي يصح النذر مع الإكراه]" أي من حيث منع الصحة لأن الإكراه يفوت الرضاء وفوت الرضاء يؤثر في عدم اللزوم، وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ، فالإكراه يمكن المكره من الفسخ

المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا(١)، فلا يطالب به فيها. وكذا اليمين(٢) والظهار(٣) لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ(٤)، وكذا الرجعة(٥) والإيلاء(٦) والفيء فيه باللسان؛ لأنها تصح مع الهزل والخلع(٧) من جانبه(٨) طلاق(٩) أو يمين(١٠) لا يعمل فيه الإكراه، فلو كان هو(١١) مكرهاً على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام.

قال(١٢): وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد(١٣) عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه

بعد التحقق، فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الإكراه، فيصح النذر مع الإكراه. (عناية)

قوله: "لا يعمل فيه إلخ" حتى لو أكره بوعيد تلف على أن يوجب على نفسه صدقة أو صوماً، أو حجاً ماشياً يتقرب به إلى الله تعالى ففعل لزمه ذلك وكذا إن أكرهه على اليمين بشيء من ذلك أو بغيره لأن النذر مما لا يلحقه الفسخ، لأنه يمين لقوله عليه السلام: «النذر يمين» وهي مما لا يحتمل الفسخ. (ك)

(١) قوله: "لأنه لا مطالب له فيها إلخ" يعني أنه ما وجب عليه حكماً يطالب به في الآخرة ولا يظهر أثره في الدنيا من حيث الإلزام، فلو أوجبنا الضمان لأخذه الحاكم وحبسه، فيكون زائداً على ما أوجبه، وهذا لا يجوز. (كافي)

(٢) قوله: "وكذا اليمين إلخ" أي كذا إذا أكره على يمين، فحلف انعقدت أو على ظهار فظاهر صح لعدم احتمالهما الفسخ، ومالا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الإكراه. (مل)

(٣) سواء كان اليمين على الطاعة، أو على المعصية. (تبيين)

(٤) قوله: "لعدم احتمالهما الفسخ" فإن أكره على إعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعله أجزاه عنها. (ع)

(٥) قوله: "وكذا الرجعة" أي إن أكره على الرجعة ففعل صح، أو على إيلاء فآلى، أو على فيء إليها باللسان ففعل صح، لأنها أي الرجعة والإيلاء والفيء تصح مع الهزل، وما صح مع الهزل لا يجتمع الفسخ.

فإن ترك الفيء إليها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره، لأنه كان متمكناً من القربان في المدة، فإذا لم يفعل كان ذلك رضا عنه بما لزمه من الصداق، وإن أقر بها وكفر لم يرجع على المكره بشيء لأنه أتى بضد ما أكره عليه. (عناية)

(٦) قوله: "والإيلاء" الإيلاء حلف بمنع وطئ الزوجة مدة الإيلاء وهي للحرة أربعة أشهر وللأمة شهران، والفيء هو الرجوع عن الإيلاء الذي هو اليمين والفيء القولي هو أن يقول مثلا: فئت إليها، كذا في "الوقاية" وغيرها. (قمر الأقمار)

(٧) قوله: "والخلع إلخ" أي إذا أكره على أن يخلع امرأته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق، وهو ظاهر، والإكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل، فكذا ببدل، أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الإكراه، فلو كان مكرهاً على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام بإزاء ما سلم لها من البينونة ولا شيء على المكره للزوج، لأنه أتلف عليه ما ليس بمال، وهو النكاح، فلا يضمن. (عناية)

(٨) زوج.

(٩) في المآل.

(١٠) في الحال.

(١١) زوج.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "وجب عليه [أي على الزاني] الحد" لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آلته، وذلك لا يكون إلا بلذة، وذلك دليل الطواعية، بخلاف المرأة فإنها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها، ولا يكون التمكين

السلطان[١]، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يلزمه الحد[٢]، وقد ذكرناه في الحدود.

قال[٣]: وإذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه؛ لأن الردة تتعلق بالاعتقاد[٤]، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنًا بالإيمان لا يكفر، وفي اعتقاده الكفر شك، فلا يثبت البينونة بالشك.

فإن قالت المرأة: قد بنت منك، وقال هو: قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحسانًا[٥]؛ لأن اللفظ[٦] غير موضوع للفرقة[٧]، وهي بتبدل الاعتقاد، ومع الإكراه لا يدل[٨] على التبدل[٩]، فكان القول قوله، بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلمًا، لأنه لما احتمل[١٠] واحتمل رجّحنا الإسلام في

دليل الطواعية. (ع)

(١) قوله: "إلا أن يكرهه السلطان" فإن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه، إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه، ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان، فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له. (ع)

(٢) قوله: "لا يلزمه الحد" لأن الحد للزجر، ولا حاجة مع الإكراه، لأن الانزجار كان حاصلا إلى أن حصل خوف التلف على نفسه، فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة، فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه، وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف، لأنه أمر طبعي ينتشر من النائم من غير اختيار.

وأما تقييد الإكراه بالسلطان فقد قيل: إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب، وقيل: من قبيل اختلاف الحكم، ووجه قولهما أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئًا، وذلك بقدرة المكره على الإيقاع، وخوف المكره الوقوع كما مر، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققًا. (ع)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "لأن الردة إلخ" يجوز إن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال: إن الردة بتبدل الاعتقاد، وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل، وهو الإكراه، والثاني أن يقال: الردة باعتقاد الكفر، وفي اعتقاده الكفر شك، لأنه أمر مغيب لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان، وقيام الإكراه يصرف عن صحة الترجمة، فلا يترتب البينونة على الكفر بالشك. (ع)

(٥) قوله: "استحسانًا" والقياس أن يكون القول لها، حتى يفرق بينهما لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها كالتكلم بالطلاق، فيستوي فيها المكره، والطائع كلفظ الطلاق. (تبيين)

(٦) يعني كلمة الكفر.

(٧) قوله: "غير موضوع للفرقة" يعني لم يظهر فيها ظهوراً بينا من حيث اللفظ حتى يكون صريحًا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث إن اللفظ دليل ترجمة لما في القلب، فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الإكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحًا يقوم لفظه فيه مقام معناه، فلهذا كان القول قوله. (ع)

(٨) هذا اللفظ.

(٩) أي تبدل الاعتقاد.

(١٠) قوله: "لأنه لما احتمل إلخ" أي لأن الشان لما احتمل الإسلام الوجود، واحتمل اللفظ، وتردد بين قصد الوجود وعدمه رجحنا الإسلام في الحالين، وهذا أولى من أن يقال: معناه يحتمل أن يوافق اللفظ الاعتقاد، ويحتمل أن لا يوافق، فرجحنا الإسلام في الحالين. ومن أن يقال: معناه رجحنا الإسلام في حال الإكراه على الردة، وفي حال الإكراه على الإسلام لبعدهما عن الظاهر. (أعظمي)

الحالين؛ لأنه يعلو ولا يعلى[١]. وهذا[٢] بيان الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده، فليس بمسلم[٣]، ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه، ثم رجع[٤] لم يقتل لتمكن الشبهة[٥]، وهي دارئة للقتل. ولو قال[٦] الذي أكره على إجراء كلمة الكفر: أخبرت عن أمر ماضٍ، ولم أكن فعلت[٧] بانت منه حكمًا لا ديانةً، لأنه أقرّ أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه[٨]، وحكم هذا الطائع ما ذكرناه[٩]، ولو قال: أردت ما طلب مني[١٠]، وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانةً وقضاءً، لأنه أقرّ أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصًا[١١] غيره[١٢].

وعلى هذا إذا أكره على الصلاة[١٣] للصليب[١٤]، وسب محمد النبي عليه السلام، ففعل، وقال: نويت به الصلاة لله تعالى، ومحمدًا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة، ولو صلى للصليب وسبّ محمد النبي عليه السلام،

(١) قوله: "لأنه [أي لأن الإسلام] يعلو إلخ" فيجب ترجيحه على ما يقابله من المحتمل الآخر. (أعظمي)

(٢) أي كونه مسلمًا.

(٣) قوله: "فليس بمسلم" كأن هذا إشارة إلى ما قاله الإمام الماتريدي، وهو المنقول عن أبي حنيفة: الإيمان هو التصديق والإقرار باللسان شرط لإجراء الأحكام، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه، فإنهم يجعلون الإقرار ركنًا. (ع)

(٤) عن الإسلام.

(٥) قوله: "لتمكن الشبهة [أي شبهة عدم الارتداد. ع]" لاحتمال عدم الإسلام من الابتداء، فيكون كفره أصيلا لعدم صحة إسلامه. (تبيين)

(٦) أي في جواب قولها: قد بنت منك. (ع)

(٧) أي لم أكن فعلت الكفر في الزمان الماضي، وإنما أخبرت كاذبًا.

(٨) قوله: "لأنه أقر أنه طائع بإتيان مالم يكره عليه" لأنه أكره على إنشاء الكفر، والإخبار غير الإنشاء، وهو طائع فيه، ومن أقر بالكفر فيما مضى طائعًا، ثم قال: عنيت به كذبا لا يصدقه القاضي، لأنه خلاف الظاهر، ويصدق فيما بينه وبين ربه، لأنه نوى ما يحتمله لفظه. (ك)

(٩) إشارة إلى قوله: بانت منه حكمًا لا ديانةً. (ك)

(١٠) أي الإنشاء.

(١١) قوله: "حيث علم لنفسه إلخ" لأنه لما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلي به بأن ينوي ذلك، والضرورة قد اندفعت بهذا الإمكان، فإذا لم يفعل، وأنشأ الكفر كان كمن أجرى كلمة الكفر طائعًا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة. (عناية)

(١٢) أي غير ابتداء الكفر.

(١٣) أي على السجدة للصليب. (ك) قال في "المبسوط": وهذه المسألة تدل على أن السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر. (ك)

(١٤) قوله: "للصليب" في "منتهى الأرب": صليب كأمير چليپاى ترسايان، وفي "المغرب": الصليب شيء مثلث كالتمثال تعبده النصارى.

وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى، وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانةً وقضاءً[١] لما مر[٢]، وقد قررناه زيادة على هذا في "كفاية المنتهى"، والله أعلم.

كتاب الحجر[٣]

قال[٤]: الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة: الصغر، والرق، والجنون[٥]، فلا يجوز[٦] تصرف الصغير إلا بإذن وليه[٧]، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده[٨]، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب[٩] بحال[١٠]. أما الصغر فلنقصان عقله غير أن إذن الولي آية أهليته، والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده[١١]، ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه، والجنون لا يجامعه الأهلية، فلا يجوز تصرفه بحال[١٢]، أما العبد[١٣] فأهل في نفسه، والصبي يرتقب[١٤] أهليته

---

(١) قوله: "بانت منه ديانةً وقضاءً" لأنه يمكنه دفع ما أكره عن نفسه لأنه لما خطر بباله شتم محمد غير النبي، فقد وجد مخرجاً عما ابتلي به، ثم لما ترك ما خطر على باله، وشتم محمداً النبي عليه السلام كان كافراً، لأنه كان غير مضطر في موافقة المكره، وإن لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب أو سب محمداً وقلبه مطمئن بالإيمان لم تبن منكوحته لا قضاء ولا ديانة، لأنه فعل مكرهاً، لأنه تعين ما أكره عليه، ولم يمكنه دفعه عن نفسه، إذ لم يخطر بباله غيره. (ك)

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره. (ع)

(٣) قوله: "كتاب الحجر" أورد الحجر عقيب الإكراه، لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيراً لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح، وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم. (نت)

قوله: "الحجر" ثم الحجر لغةً: المنع مصدر حجر عليه، وشرعاً: منع مخصوص، وهو المنع من التصرف القولي لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر بأي سبب كان. (معراج الدراية)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "الصغر والرق والجنون [والعته داخل في الجنون]" هذه الثلاثة بالاتفاق، وألحق بها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضاً، وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل، والمكاري المفلس، وأما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيداً فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، كذا في الشروح. (نت)

(٦) أي لا ينفذ. (ك)

(٧) للصغير.

(٨) للعبد.

(٩) قوله: "المجنون المغلوب" أما الذي لا يكون مغلوباً، وهو الذي يعقل البيع ويقصده، فإن تصرفه كتصرف الصبي العاقل، كما سيجيء. (عناية)

(١٠) أي الذي لا يفيق أصلاً، في جميع الأحوال. (ك)

(١١) قوله: "كيلا يتعطل إلخ" فإنه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراه، فلحقه ديون، فيأخذ أربابها أكسابه التي هي منفعة المولى، وذلك تعطيل. (عناية)

(١٢) أصلاً.

(١٣) العاقل البالغ.

فلهذا وقع الفرق[١].

قال[٢]: ومن باع[٣] من هؤلاء[٤] شيئًا، أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصد[٥]، فالولى بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه؛ لأن التوقف فى العبد لحق المولى، فيتخير[٦] فيه، وفى الصبى والمجنون نظرًا لهما، فيتحرى[٧] مصلحتهما فيه، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد، فينعقد[٨] موقوفًا على الإجازة[٩]، والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن[١٠] كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه[١١] الذى يصلح وكيلا عن غيره، كما بينا فى الوكالة. فإن قيل: التوقف عندكم فى البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ[١٢] على المباشر، قلنا: نعم، إذا وجد نفاذًا عليه[١٣] كما فى شراء الفضولى[١٤]، وههنا لم يجد نفذا لعدم الأهلية[١٥]، أو لضرر المولى[١٦] فوقّفناه.

قال: وهذه المعانى الثلاثة[١٧] توجب الحجر فى الأقوال[١٨] دون الأفعال[١٩]؛

---

(١٤) ارتقبه: چشم داشت آن را. (من)

(١) بين العبد والصبى، وبين المجنون.

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) وكذا كل تصرف فيه تردد بين النفع والضرر.

(٤) قوله: "من هؤلاء" المراد بهؤلاء الصبى والعبد والمجنون الذى يجن ويفيق، وهو المعتوه لا الذى ذهب عقله، فإن تصرفه لا يصح وإن لحقه الإجازة لعدم الانعقاد. (ك)

(٥) قوله: "وهو يعقل إلخ" المراد بقوله يعقل البيع أن يعرف أن البيع جالب للثمن سالب للمبيع، والشراء بالعكس وبقوله: ويقصده أن يقصد إثبات الحكم، وفيه احتراز عن الهازل فإنه لا يقصد حكمه. (ك)

(٦) المولى.

(٧) تحراه: قصد كرد آن را. (من)

(٨) العقد.

(٩) أى إجازة الولى.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "وهو المعتوه" وهو ناقص العقل، وقيل: هو المدهوش من غير جنون، وفى تفسيره اختلاف كثير، وأحسن ما قيل فيه ما هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يشتم ولا يضرب، كما يفعل المجنون. (تبيين)

(١٢) لا التوقف.

(١٣) أى على المباشر.

(١٤) أى الفضولى إذا اشترى مال إنسان لآخر فإنه ينفذ عليه ولا يتوقف. (ك)

(١٥) فى الصبى والمجنون.

(١٦) فى العبد.

(١٧) أى الصغر والرق والجنون.

لأنه(١) لا مردّ(٢) لها لوجودها(٣) حسًا ومشاهدة، بخلاف الأقوال، لأن(٤) اعتبارها موجودة بالشرع(٥)، والقصد من شرطه(٦).

إلا إذا كان فعلا(٧) يتعلق به(٨) حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص، فيجعل عدم القصد(٩) في ذلك شبهة(١٠) في حق الصبي والمجنون.

---

(١٨) قوله: "في الأقوال" اللام في قوله: الأقوال للتجنس، والمراد بها الأقوال التي تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء فإن هذه الأقوال تتوقف على الإجازة، والأقوال التي يتمحض ضرراً كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فإنه يمكنه الطلاق، فهذه الأقوال باطلة من الأصل، فالحجر في الأولى يوجب التوقف على الإجازة، وفي الثانية يوجب الإعدام من الأصل، وأما الأقوال التي يتمحض نفعًا كقبول الهبة والصدقة والهدية فإنه لا حجر فيها على العموم. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(١٩) أي هذه المعاني الثلاثة لا توجب الحجر في الأفعال. (ف)

(١) قوله: "لأنه لا مرد لها إلخ" فإنه إذا قتل إنسانًا أو قطع يده، أو أراق شيئًا لا يمكن أن يجعل القتل والقطع والإراقة كالعدم لأنه يؤدي إلى أن لا يكون المقتول والمقطوع والمراق مقتولا ومقطوعًا ومراقًا، وهو دخول في السوفسطائية وإنكار الحقائق. (ك)

(٢) مرد بفتحتين وتشديد دال گردانيدن، وقبول نكردن. (م)

(٣) قوله: "لوجودها حسًا ومشاهدةً" ويحصل بها إتلاف، والإتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا إتلاف. (ف)

(٤) قوله: "لأن [أي لأن اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع. ع] اعتبارها موجودة بالشرع" أما الإنشاءات فظاهر إذ التطليق والإعتاق والبيع والهبة ونحوها لا تؤثر في المحل حسًا، وإنما صار المحل محرما ومحرراً ومملوكًا بالشرع، وأما الإخبارات كالأقارير و الشهادات، فموجبها عرفت شرعا لأنها دلالات على المخبر عنه فيجوز أن لا يقع دلالة لأنها تحتمل الصدق والكذب بذاتها. (ك)

(٥) قوله: "بالشرع" فلها مساغ الرد بعدم اعتبار الشرع وجودها، فيصح توقفها. (أعظمي)

(٦) قوله: "والقصد من شرطه" أي القصد شرط اعتبارها موجودة إذ الكلام المعتبر ما يكون موجوداً بصورته ومعناه، ومعنى الكلام لا يوجد إلا بالقصد وهو يكون بالعقل واعتبار الفعل لا يتوقف على القصد، فالنائم إذا انقلب على مال إنسان وأتلفه يضمن وإن عدم القصد. (ك)

قوله: "والقصد من شرطه" أورد عليه في "نتائج الأفكار": بأن الطلاق والإعتاق والعفو عن القصاص والنذر كلها من الأقوال معتبرة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط فيها، ولهذا يقع الطلاق هازلا، انتهى، أقول: هذا ليس بشيء، فإنهم صرحوا باشتراط القصد فيها أيضًا، حتى لا يقع الطلاق بمن يقرأ زوجته الفقه، ويقول مخاطبا إليها على سبيل التمثيل: أنت طالق لعدم قصد الخطاب بالطلاق إليها، نعم لا يشترط قصد مدلولاتها، والمراد بالقصد ههنا هو الأول. (أبو الحسنات عفا الله عنه)

قوله: "من شرطه" أي من شرط ذلك الاعتبار، وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل، فينتفي المشروط به، وأما في العبد فالقصد وإن وجد فيه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره. (عناية)

(٧) قوله: "إلا إذا كان إلخ" استثناء من قوله: لا مرد لها، يعني أن الأفعال إذا وجدت لا مرد لها إلا إذا كان فعلا إلخ. (ف)

(٨) قوله: "يتعلق به" قد يؤثر الحجر في فعل يتعلق به حكم كالبيع بالتعاطي فإنه غير معتبر من الصبي والمجنون مع أن ما يتعلق به حكم لا يندرئ بالشبهات. (ملا إله داد)

(٩) قوله: "فيجعل عدم القصد" أي دليل عدم القصد في ذلك الفعل شبهة في حق الصبي والمجنون كما جعل

قال[١]: والصبي والمجنون[٢] لا يصح[٣] عقودهما ولا إقرارهما؛ لما بينا[٤]، ولا يقع طلاقهما ولا إعتاقهما؛ لقوله عليه السلام[٥]: «كل طلاق واقع إلا طلاق الصبى والمعتوه»*، والإعتاق يتمحض مضرة، ولا وقوف للصبى على المصلحة فى الطلاق بحال لعدم الشهوة[٦]، ولا وقوف للولى على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة، فلهذا لا يتوقفان[٧] على إجازته، ولا ينفذان بمباشرته، بخلاف سائر العقود[٨].

وإن أتلفا[٩] شيئًا لزمهما ضمانه[١٠]؛ إحياء لحق المتلف عليه، وهذا لأن كون الإتلاف موجبًا لا يتوقف على القصد كالذى يتلف بانقلاب النائم[١١] عليه، والحائط المائل[١٢] بعد الإشهاد، بخلاف القولى على ما بيناه[١٣].

دليل عدم القصد بحسب الآلة فى الضرب بالمثقل شبهة فى حق العاقل البالغ فلا يجب القصاص. (أعظمى)

(١٠) دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص. (ع)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "والصبى إلخ" إنما أعاد المسألة تفريعًا على الأصل المذكور أن هذه المعانى الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال، ولينساق القوليات فى موضع واحد. (ع)

(٣) أى لا ينفذ. (ع)

(٤) إشارة إلى قوله: والقصد من شرطه. (ع)

(٥) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الترمذى عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»، انتهى، وأخرج ابن ماجة عن على قال: قال رسول الله ﷺ: «يرفع القلم عن الصغير والمجنون والنائم». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦١، والدراية ج٢، الحديث ٨٨١ ص١٩٨. (نعيم)

(٦) قوله: "ولا وقوف للصبى إلخ" أى الصبى لا وقوف له على المصلحة فى الطلاق بحال أما فى الحال فلعدم الشهوة، وأما فى المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين أخلاقهما، وتنافر طباعهما عند البلوغ حد الشهوة، ولا علم له بذلك والولى وإن أمكن أن يقف على مصلحة فى الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة، فلهذا إلخ. (ع)

(٧) طلاق وإعتاق.

(٨) من البيع والشراء وغيرهما، لإمكان وقوف الولى على المصلحة فيها.

هذا بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور. (ع)

قوله: "لزمهما ضمانه" لما ذكرنا أنهم غير محجورين عليهم فى حق الأفعال إذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع، فيترتب عليه موجبه. (تبيين)

(١١) قوله: "النائم" أى النائم إذا انقلب على رجل فقتله فالنائم ليس من أهل القصد أصلا، وإنما وجبت الكفارة عليه لترك التحرز عن نومه فى موضع يتوهم أن يصير قاتلا. (شامى)

(١٢) قوله: "والحائط [الحائط إذا تلف به شيء ويضمن صاحب الحائط، وإن عدم القصد من صاحبه فى سقوطه. ك] المائل" مال حائط إلى طريق العامة ضمن ربه ما تلف من حيوان أو مال إن طالب ربه بنقضه مكلف مسلم، أو ذمى

قال[١]: فأما العبد[٢] فإقراره نافذ فى حق نفسه؛ لقيام أهليته غير نافذ فى حق مولاه؛ رعاية لجانبه، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته[٣] أو كسبه[٤]، وكل ذلك إتلاف ماله.

قال[٥]: فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية؛ لوجود الأهلية، وزوال المانع، ولا يلزمه فى الحال لقيام المانع[٦]، وإن أقر بحد أو قصاص لزمه فى الحال؛ لأنه مبقي علي أصل الحرية فى حق الدم[٧]، حتى لا يصح إقرار المولى عليه[٨] بذلك[٩]، وينفذ طلاقه؛ لما روينا[١٠]، ولقوله عليه السلام*: «لا يملك العبد[١١] والمكاتب شيئًا إلا الطلاق[١٢]»، ولأنه[١٣] عارف بوجه المصلحة فيه، فكان أهلا، وليس فيه إبطال ملك المولى، ولا تفويت منافعه، فينفذ، والله أعلم.

حر أو مكاتب، وإن لم يشهد ولم ينقضه، كذا فى "الدر المختار".

وقال الشامي: قوله: وإن لم يشهد، أى على طلب النقض، قال الزيلعي: وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند جحوده، أو جحود عاقلته، فكان من باب الاحتياط لا على سبيل الشرط.

(١٣) أى من أن القصد من شرطه. (ك)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "فأما العبد إلخ" معطوف على قوله: والصبى والمجنون لا يصح عقودهما إلخ. (٤)

(٣) العبد.

(٤) العبد.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) وهو حق المولى.

(٧) قوله: "فى حق الدم" لأن الحدود والقصاص من خواص الآدمية، وهو ليس بمملوك من حيث إنه آدمي، وإن كان مملوكًا من حيث إنه مال، ولهذا لا يصح إقرار المولى عليه بهما، فإذا بقى على أصل الحرية فيهما ينفذ إقراره فيهما، لأنه أقر بما هو حقه، وبطلان حق المولى ضمنى. (ك)

(٨) العبد.

(٩) أى بحد أو قصاص.

(١٠) قوله: "لما روينا" أراد به ما ذكر قبيل هذا، وهو كل طلاق واقع إلا طلاق الصبى والمعتوه. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٥، والدراية ج٢، الحديث٨٨٢ ص١٩٨. (نعيم)

(١١) قوله: "لا يملك إلخ" قلت: غريب، وأخرج ابن ماجة فى سننه فى الطلاق عن ابن عباس قال: فأتى النبى ﷺ رجل فقال: يا رسول الله ﷺ إن سيدى زوجنى أمته وهو يريد أن يفرق بينى وبينها، قال: فصعد النبى ﷺ المنبر وقال: «يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ الساق»، انتهى. (ت)

(١٢) قوله: "إلا الطلاق" فإن قيل: قوله عليه السلام: «لا يملك العبد والمكاتب شيئًا إلا الطلاق» يقتضى أن لا يملك الإقرار بالحد والقصاص، قلنا: لما بقى على أصل الحرية فيهما يكون هذا إقرارًا حر لا إقرارًا لعبد. (ك)

(١٣) العبد.

باب الحجر للفساد(١)

قال أبو حنيفة(٢): لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه، وتصرفه في ماله جائز وإن(٣) كان مبذرًا مفسدًا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه(٤)، ولا مصلحة.

وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي: يحجر على السفيه، ويمنع من التصرف في ماله؛ لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل، فيحجر عليه نظرًا له، اعتبارًا بالصبي بل أولى(٥)، لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير، وفي حقه حقيقته، ولهذا منع عنه المال(٦)، ثم هو لا يفيد بدون الحجر، لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده.

ولأبي حنيفة أنه مخاطب(٧) عاقل(٨)، فلا يحجر عليه اعتبارًا بالرشيد، وهذا(٩) لأن في سلب ولايته إهدار آدميته، وإلحاقه بالبهائم، وهو أشد ضررًا من

---

(١) قوله: "باب الحجر للفساد [غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع. ع]" أخر هذا الباب لأن اسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية، وسبب الحجر ههنا مكتسب، والسماء في التأثير أقوى، فكان بالتقديم أولى، ولأن الحجر في الأول متفق عليه، وفي الثاني مختلف فيه، والمتفق عليه أحرى بالتقديم.
ثم اعلم أن تلقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد، مبني على قول أبي يوسف ومحمد، لا على قول أبي حنيفة، فإنه لا يرى الحجر للفساد أصلا. (نتائج)

(٢) قوله: "قال أبو حنيفة إلخ" اعلم أن الحجر عند أبي حنيفة على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والغفلة، وعندهما يجوز بغير الفسق، وعند الشافعي يجوز بالكل، وإنما يصح الحجر عندهما في تصرفات لا تصح مع الهزل والإكراه كالبيع والإجارة والهبة والصدقة، وهو ما يحتمل الفسخ، وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه إجماعًا.
وكذا الأسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص، والسفه هو العمل، بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى، وترك ما يدل عليه الحجى والسفيه من عادته التبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف بتصرفات لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا مثل دفع المال إلى المغنين، وشراء الحمام الطيارة بثمن غال، وأصل المسامحة في التصرفات والبر والإحسان مشروع إلا أن الإسراف حرام كالإسراف في الطعام والشراب. (ك)

(٣) أي بل حجره أولى من الصبي.

(٤) كالإلقاء في البحر والإحراق بالنار. (ع)

(٥) أي بل حجره أولى من الصبي.

(٦) قوله: "ولهذا [أي إذا بلغ سفيها يمنع عنه المال اتفاقًا. ك] منع [أي في الابتداء إجماعًا بطريق النظر. تبيين] إلخ" أجمعوا على أنه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمسًا وعشرين سنة، فإذا بلغ لا يمنع عنه عند أبي حنيفة، وعندهما دام المنع ما دام السفه. (ك)

(٧) قوله: "أنه مخاطب" في هذا الوصف. [illegible] أهلية التصرف، لأن التكليف يقتضي التمكن من الاستيفاء جريًا على موجب التكليف والاستيفاء إنما يكون بالوصول إلى الأموال، وذلك بالتمليك والتملك، وبالعقل يثبت أهلية التمييز. (ك)

(٨) قوله: "عاقل" هذا مستدرك، لأن المخاطب لا يكون إلا عاقلا، وما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة. (نتائج الأفكار)

التبذير، فلا يتحمل الأعلى[١] لدفع الأدنى، حتى لو كان فى الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل[٢]، والمفتىٰ الماجن[٣]، والمكارى المفلس[٤] جاز[٥] فيما يروى عنه[٦]، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى، ولا يصح القياس على منع المال[٧]، لأن الحجر أبلغ منه فى العقوبة[٨]، ولا على الصبى[٩]، لأنه عاجز عن النظر لنفسه[١٠]، وهذا قادر عليه[١١] نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة[١٢]، والجرى على خلافه لسوء اختياره، ومنع المال[١٣] مفيد[١٤] لأن غالب السفه فى الهبات

---

(٩) أى عدم الحجر.

(١) قوله: "فلا يتحمل الأعلى" أى الحجر لدفع الأدنى، وهو التبذير، وهذا لأن نعمة المال نعمة زائدة، وإطلاق اللسان نعمة أصلية، لأن الآدمى إنما فارق سائر الحيوانات باعتبار قوله فى التصرفات. (ك)

(٢) قوله: "على المتطبب الجاهل [فإنه يفسد أبدانهم]" إنه يسقى الناس فى أمراضهم دواء مهلكًا، وهو يعلم ذلك أو لا يعلم. (ك)

(٣) قوله: "والمفتى الماجن [ماجن: مرد شوخ چشم بيباک در قول وفعل. من]" الماجن الذى لا يبالى ما صنع، وما قيل له، ومصدره المجون، والمجانة اسم منه، والفعل من باب طلب، كذا فى "المغرب"، وفى "الذخيرة": المفتى الماجن هو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة بأن يعلم المرأة حتى ترتد، فتبين من زوجها، ويعلم الرجل أن يرتد، فيسقط عنه الزكاة، ثم يسلم، ولا يبالى أن يحرم حلالا، أو يحل حرامًا، فضرره متعد إلى العامة. (ك)

(٤) قوله: "والمكارى [مكارى: بكرايه دهنده. من] المفلس" هو الذى يتقبل الكراء، ويواجر الإبل، وليس له إبل، ولا غيرها يحمل عليه، ولا مال يشترى به الدواب، والناس يعتمدون عليه، ويدفعون الكراء إليه، ويتصرف هو ما أخذ منهم فى حاجته، وإذا جاء أوان الخروج يخفى هو نفسه فيذهب أموال الناس، وربما يصير ذلك سببًا لتقاعدهم عن الخروج إلى الحج والغزو، وفساد هذا الشخص متعدٍّ أيضًا. (ك)

(٥) قوله: "جاز فيما يروى" فإن إلحاق الضرر الخاص لدفع الضرر العام جائز أما ضرر المحجور المختلف فيه غير متعد، بل يقتصر عليه، فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء، فجواز الحجر فى حق هؤلاء لا يدل على جواز الحجر فى المختلف فيه. (ك)

(٦) الإمام الأعظم.

(٧) قوله: "ولا يصح القياس إلخ" جواب عن قولهما، ولهذا منع عنه المال، تقريره أن منع المال منه إنما هو بطريق العقوبة عليه، لكنه زجرا له، على التبذير والحجر أبلغ منه فى العقوبة، لما ذكرنا، فلا يقاس عليه. (ع)

(٨) قوله: "لأن الحجر إلخ" أى لأن الحجر عن التصرف أبلغ من منع المال من يده فى العقوبات، لأن نعمة اليد على المال نعمة زائدة، وإطلاق اللسان، واعتبار البيان نعمة أصلية، فجواز إلحاق ضرر يسير، وهو المنع عن المال بتفويت نعمة زائدة لا يستدل به على جواز إلحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الأصلية. (ك)

(٩) جواب عن قولهما، اعتبارًا بالصبى. (ع)

(١٠) قوله: "لأنه عاجز إلخ" يعنى أن الصبى لما كان يعجز عن النظر لنفسه مست الحاجة إلى صيرورة الغير ولياله، فيصير الصبى موليًا عليه، والمولى عليه لا يلى التصرف، أما السفيه فقادر على النظر لنفسه، لأنه أعطى له آلة القدرة من العقل والبلوغ وإن كان يعدل عن سنن العقل. (ك)

(١١) أى على النظر لنفسه.

(١٢) من العقل والحرية والبلوغ.

والتبرعات والصدقات، وذلك يقف على اليد[1].

قال: وإذا حجر[2] القاضى عليه، ثم رفع[3] إلى قاضى آخر، فأبطل حجره وأطلق عنه جاز[4]؛ لأن الحجر منه[5] فتوى، وليس بقضاء، ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له، والمقضى عليه، ولو كان قضاء[6]، فنفس القضاء مختلف فيه، فلا بد من الإمضاء[7]، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضى الحاجر، أو إلى غيره، فقضى ببطلان تصرفه[8]، ثم رفع إلى قاضٍ آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء[9] به، فلا يقبل النقض بعد ذلك[10].

---

(١٣) جواب عن قولهما: ثم هو لا يفيد. (ك)

(١٤) بدون الحجر. (ك)

(١) قوله: "وذلك يقف على اليد" أى لا يملك إلا بالقبض، فإذا لم يكن فى يده شيء يمتنع عن ذلك، وإن فعل لم ينفذ. (ع)

(٢) تفريع على مسألة الحجر. (ع)

(٣) أى حكمه. (ع)

(٤) وكان الواجب أن لا يجوز، لأن قضاءه لاقى مجتهداً فيه ونقضه باطل. (ع)

(٥) قوله: "لأن الحجر منه إلخ" هذا جواب عما يقال: تصرف المحجور بالسفه بحكم القاضى ينبغى أن لا ينفذ أصلا عند أبى حنيفة، ولا يكون لقاض آخر أن يبطل الحجر، لأن القضاء الأول لاقى محل الاجتهاد، فلا يقبل النقض لما عرف. فأجاب بأن القضاء منه يكون فتوى، وليس بقضاء، وهو على قول محمد ظاهر، لأنه كان محجوراً قبل قضاءه، حتى كان مفسداً لماله. وعند أبى يوسف وإن كان يحتاج فيه إلى حكم حاكم لكن هذا قضاء من وجه، لأنه يثبت بقضاءه ما لم يكن ثابتًا، ولكنه فتوى من وجه، لأنه لم يوجد شرائط القضاء، وهو المقضى له، والمقضى عليه، والدعوى والإنكار، حتى لو وجد الدعوى والإنكار، بأن تصرف بعد الحجر، فرفع إلى قاض، وجرت الخصومة بينه وبين عاقده، فقضى القاضى عليه بإبطال التصرف، وصح الحجر، فإنه يصير متفقًا عليه، فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك، ونظيره القاضى إذا قضى بجواز بيع أم الولد قبل وجود الخصومة فى ذلك لا يصير متفقًا عليه، لأنه فتوى، وبعد الخصومة صار متفقًا عليه. (ك)

(٦) قوله: "ولو كان قضاء إلخ" يعنى ولئن سلمنا أن حجر القاضى قضاء بأن يجعل السفيه مقضياً له من حيث إن الحجر ما ثبت إلا نظراً له، والقضاء بالحجر يقع عليه، فيجعل مقضياً عليه، فإذا وجد المقضى له والمقضى عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاء، ولكن نفس القضاء مختلف فيه، وقضاء القاضى بالمختلف إنما يرفع الخلاف إذا لم يكن نفس القضاء مختلفًا، فلا بد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء. (ك)

(٧) أى إمضاء الحجر أى إمضاء القضاء.

(٨) وصحة الحجر. (ع)

(٩) أى إمضاء الحجر أى إمضاء القضاء.

(١٠) قوله: "فلا يقبل النقض إلخ" لأن فى نقضه نقض لقضاء أمضى، وهذا ظاهر فى عين ما وقع الإمضاء له ثانيًا، أما فى نوعه فلا، كما إذا قضى قاض بعدم النفقة فى المبتوتة، ثم رفع هذا القضاء إلى قاضٍ آخر نفذه، ولا يجوز نقضه لقاضٍ أصلا. أما إذا رفع نوعه بأن جاءت امرأة أخرى مدعية للنفقة عند قاضٍ يراها، فله أن يقضى برأيه، وإلا يلزم عدم صحة قضاء قاض فى مسألة خلافية عمل فيها قاض برأيه، قضاء صحيحًا ابتداء، أو بعد الإمضاء، وهو باطل قطعًا، لأنا نحكم فيما بيننا على خلاف ما يحكم به الشافعية فى ما بينهم مع اتحاد نوع الحادثة، ومن ظن أنه يجب التنفيذ مطلقًا،

ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد[١] لم يسلم إليه ماله، حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه[٢]، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله، وإن لم يؤنس[٣] منه الرشد.

وقالا: لا يدفع إليه ماله أبداً[٤]، حتى يؤنس رشده، ولا يجوز تصرفه فيه؛ لأن علة المنع السفه، فيبقى ما بقى العلة، وصار كالصبا. ولأبى حنيفة أن منع المال عنه[٥] بطريق التأديب[٦]، ولا يتأدب بعد هذا[٧] ظاهراً وغالباً، ألا ترى أنه قد يصير جداً فى هذا السن[٨]، فلا فائدة للمنع، فلزم الدفع، ولأن[٩] المنع[١٠] باعتبار أثر الصبا[١١]، وهو فى أوائل البلوغ، وينقطع بتطاول الزمان، فلا يبقى المنع، ولهذا قال أبو حنيفة: لو بلغ رشيدا ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه، لأنه[١٢] ليس بأثر الصبا.

فقد أخطأ خطأ لا يخطئ مثله سفيه. (ملا عبد السلام أعظمى)

(١) أى سفيهاً. (ع)

(٢) لأنه لا يحجر عنده. (ع)

(٣) آنس الشيء: ديد آن را ودانست، ومنه: ﴿آنست منه رشداً﴾ أى علمته. (من)

(٤) أى زماناً طويلا.

(٥) قوله: "أن منع المال إلخ" أى لا نسلم أن علة المنع هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب، فإذا لم يبق المحل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها، فانتفت العلة بانتفاء أحد جزئيها، وهو قصد التأديب، فلزم انتفاء المعلول الذى هو المنع أيضاً بعدها، فوجب الدفع. (نتائج)

(٦) قوله: "بطريق التأديب" أى بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له عن التبذير والعقوبات مشروعة بالأسباب الحسية، فأما إهدار القول فى التصرفات بمعنى حكمى، والعقوبات بهذا الطريق غير مشرعة كالحدود، ولا يدخل عليه إسقاط شهادة القاذف، فإنه متمم حده عندنا، لأنا نقول: إنما كان كذلك لكونه تابعاً لما هو حسى، وهو إقامة الحد لا مقصوداً بنفسه. (ك)

(٧) أى خمسة وعشرين.

(٨) قوله: "ألا ترى أنه قد يصير إلخ" وذلك لأن أدنى مدة البلوغ فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة، ثم يولد له ابن لستة أشهر، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، ثم يبلغ ابنه باثنى عشر سنة، ثم يولد له ابن لستة أشهر، فيصير جداً بعد خمس وعشرين سنةً، ولو فرضنا مقام الابن البنت تصير جدة فى اثنين وعشرين سنةً، لأن أدنى مدة بلوغ البنت تسع سنين، لكن هذا الذى ذكره عام فى الذكور والإناث، ولما صار جداً صار فرعه أصلا، فكان الجد متناهيا فى الأصالة، فإذا لم يونس رشده فى سن تناهت أصالته عرفنا أنه انقطع رجاء التأديب منه، فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك إذ المنع كان للتأديب، وهو لم يبق محلا للتأديب فى حق ماله. (ك)

(٩) دليل آخر.

(١٠) أى منع المال.

(١١) قوله: "باعتبار أثر الصبا إلخ" لأن أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا، وبقاء أثره كبقاء عينه، فإذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق أثر الصبا وحدث ضرب من الرشد لا محالة، لأنه حال كمال لبه. (ك)

(١٢) أى هذا السفه.

ثم لا يتأتى التفريع[(١)] على قوله[(٢)]، وإنما التفريع على قول من يرى الحجر، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائدة الحجر عليه، وإن كان فيه مصلحة[(٣)] أجازه الحاكم، لأن ركن التصرف[(٤)] قد وجد[(٥)]، والتوقف للنظر له، وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه، كما فى الصبى الذى يعقل البيع ويقصده[(٦)]. ولو باع قبل حجر القاضى جاز عند أبى يوسف؛ لأنه لا بد من حجر القاضى عنده[(٧)]، لأن الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره[(٨)]، فلا بد من فعل القاضى[(٩)]، وعند محمد لا يجوز لأنه يبلغ محجوراً عنده[(١٠)]، إذ العلة هى السفه[(١١)] بمنزلة الصبا[(١٢)]. وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً[(١٣)]، ثم صار سفيهاً، وإن أعتق عبداً[(١٤)] نفذ عتقه عندهما[(١٥)]، وعند الشافعى لا ينفذ.

---

(١) قوله: "ثم لا يتأتى التفريع إلخ" أراد أن التفريع الذى ذكره القدورى فى "مختصره" بقوله: فإذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول أبى حنيفة، وإنما التفريع على قول من يرى الحجر. (ع)

(٢) الإمام.

(٣) قوله: "وإن كان فيه [أى فى نفاذ بيعه] مصلحة" بأن كان بمثل القيمة، أو كان البيع رابحاً، وكان الثمن باقياً فى يده أجاز، وإن كان الثمن أقل من القيمة، أو كان البيع خاسراً، أو لم يبق فى يده لم يجز، لأن فيه ضرراً به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فى يده شىء من البدل. (ع)

(٤) الإيجاب والقبول.

(٥) قوله: "قد وجد" وذلك يوجب الجواز، ورد بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفه ليس بأهل، وأجيب بأنه أهل، لأن الأهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم. (ع)

(٦) فإنه إذا باع فالولى بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه.

(٧) أبى يوسف.

(٨) قوله: "دائر بين إلخ" لأنه لما نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر، فبقى ملكه كما كان، ففى إبقاء الملك له نظر، وفى إهدار قوله ضرر ومثل هذا لا يرجح أحد الجانبين منه إلا بقضاء القاضى. (ك)

(٩) لأنه مرجح. (ع)

(١٠) قوله: "لأنه يبلغ محجوراً عنده إلخ" والفرق لمحمد بين حجر السفيه حيث لا يتوقف على القضاء، وبين حجر المديون حيث يتوقف على قضاء القاضى هو أن حجر السفيه لمعنى فيه، وهو سوء اختياره لا لحق الغير، فأشبه الجنون، وثم ينحجر بنفس الجنون، ولا يتوقف على القضاء، كذا ههنا.

وأما الحجر بسبب الدين ليس بمعنى فيه بل لحق الغرماء، حتى لا يتلف حقهم بتصرفه، فيتوقف على قضاء القاضى، لأن له ولاية عليه، فيعمل حجره، فأما الغريم فلا ولاية له، فلا يجوز حجره. (ك)

(١١) وهو موجود قبل القضاء، فيترتب عليه حكمه. (ع)

(١٢) فلا حاجة إلى فعل القاضى.

(١٣) قوله: "وعلى هذا الخلاف إذا بلغ إلخ" فعند أبى يوسف لا يصير محجوراً حتى يقضى القاضى، وعند محمد يصير محجوراً للسفه. (ع)

(١٤) المحجور بسبب السفه يعنى بعد الحجر. (ع)

والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر، وما لا فلا، لأن السفيه في معنى الهازل[١] من حيث إن الهازل[٢] يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى، ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله، فكذلك السفيه، والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل[٣]، فيصح[٤] منه.

والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر[٥] بسبب الرق[٦]، حتى لا ينفذ بعده[٧] شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق والإعتاق لا يصح من الرقيق، فكذلك من السفيه، وإذا صح[٨] عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته، لأن الحجر لمعنى النظر، وذلك في رد العتق، إلا أنه متعذر[٩]، فيجب رده[١٠] برد القيمة كما في الحجر على المريض[١١].

وعن محمد أنه لا يجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقًا لمعتقه، والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتِق[١٢].

---

(١٥) قوله: "عندهما" وكذا عند أبي حنيفة، فلم يخص قولهما بالذكر احترازًا عن قوله، لأن عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ التصرفات. (عناية)

(١) قوله: "لأن السفيه في معنى الهازل إلخ" فإن قيل: إن السفيه لما كان بمنزلة الهازل، والهازل إذا أعتق عبده لا يجب السعاية على العبد، فينبغي أن يكون السفيه كذلك، قلنا الحجر على السفيه للنظر، والنظر في السعاية، ولا كذلك الهازل، لأنه ليس بمحجور. (ك)

(٢) قوله: "من حيث إن الهازل إلخ" فيه أن هذا التعليل إنما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل، والصحيح أن يقال: لقصده اللعب، به دون ما وضع الكلام له، لا لنقصان في العقل، والجواب أن قصده اللعب بالكلام، وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى، فلا فرق بينهما. (ع)

(٣) فإنه يصح إعتاق الهازل.

(٤) العتق.

(٥) قوله: "بمنزلة الحجر إلخ" قلنا: ليس السفه كالرق، لأن حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه، حتى إن تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالإقرار بالحدود والقصاص، وههنا لا حق لأحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه، فيكون نافذًا. (عناية)

(٦) في أنه لا يزيل الخطاب. (ع)

(٧) الحجر.

(٨) الإعتاق.

(٩) لعدم قبوله الفسخ. (ع)

(١٠) العتق.

(١١) قوله: "كما في الحجر على المريض" فإنه لأجل النظر لغرماءه وورثته، فإذا أعتق المريض عبدًا وجب عليه السعاية لغرماءه أو لورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين، ولا مال له سواه لمعنى النظر. (ع)

(١٢) كما في إعتاق أحد الشريكين، فإنه يسعى للساكت. (ع)

ولو دبر عبده جاز؛ لأنه[١] يوجب حق العتق[٢]، فيعتبر بحقيقته[٣] إلا أنه لا يجب السعاية ما دام المولى حيًا[٤]؛ لأنه[٥] باقٍ على ملكه، وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى[٦] في قيمته مدبرًا، لأنه عتق بموته وهو[٧] مدبر[٨]، فصار كما إذا أعتقه[٩] بعد التدبير.

ولو جاءت جاريته[١٠] بولد فادعاه، يثبت نسبه منه، وكان الولد حرًا، والجارية أم ولد له؛ لأنه محتاج إلى ذلك[١١] لإبقاء نسله[١٢]، فألحق بالمصلح[١٣] في حقه[١٤].

وإن لم يكن معها ولد، وقال: هذه أم ولدي[١٥] كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها، وإن مات[١٦] سعت في جميع قيمتها، لأنه كالإقرار بالحرية[١٧] إذ ليس لها شهادة الولد، بخلاف الفصل الأول[١٨]، لأن الولد شاهد لها، ونظيره المريض[١٩] إذا

---

(١) أي لأن التدبير.

(٢) قوله: "حق العتق" أي حقًا من حقوق العتق، وهو امتناع البيع، فيشبه حقيقة العتق، فيعتبر بها. (أعظمي)

(٣) قوله: "فيعتبر بحقيقته [العتق]" أي أنه لما ملك إنشاء حقيقة العتق، فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى إلا أنه لا يجب إلخ. (ع)

(٤) قوله: "إلا أنه لا يجب إلخ" مستثنى من قوله: فيعتبر بحقيقته، أي بحقيقة إعتاق المحجور بسبب السفه يجب السعاية، ولا يجب السعاية على مدبره في التدبير ما دام المولى حيًا، لأنه بعد صحة التدبير مال مملوك له يستخدمه، ولا يمكن إيجاب نقصان التدبير عليه،، لأنه لما بقي على ملكه والمولى لا يستوجب على ملكه دينًا تعذر إيجاب نقصان التدبير عليه، ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير، ولا يجب المال. (كفاية)

(٥) العبد.

(٦) العبد.

(٧) الواو حالية.

(٨) فتجب السعاية بقدر قيمة المدبر.

(٩) المحجور.

(١٠) المحجور.

(١١) الاستيلاد.

(١٢) قوله: "لإبقاء نسله" وإبقاءه من الحوائج الأصلية، فإن حياة الإنسان ببقاء الولد بعد موته. (ع)

(١٣) الرشيد.

(١٤) استيلاد.

(١٥) فالدعوة حينئذ دعوة تحرير. (ع)

(١٦) بعد هذه الدعوة. (ع)

(١٧) فصار كأنه قال: أنت حرة، فيمتنع بيعها، وتسعى في قيمتها بعد موته. (ع)

(١٨) أي ما إذا كان معها ولد.

(١٩) قوله: "ونظيره المريض إلخ" المريض المديون إذا ادعى ولد جاريته، أي قال لأمته: هذه أم ولدي إن كان معها

ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل[١].

قال[٢]: وإن تزوج امرأة جاز نكاحها؛ لأنه لا يؤثر فيه الهزل[٣]، ولأنه من حوائجه الأصلية، وإن سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها؛ لأنه[٤] من ضرورات النكاح، وبطل الفضل[٥]؛ لأنه لا ضرورة فيه، وهو التزام بالتسمية، ولا نظر له فيه، فلم تصح الزيادة، فصار كالمريض مرض الموت[٦].

ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف[٧] في ماله؛ لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل، وكذا إذا تزوج بأربع نسوة[٨]، أو كل يوم واحدة[٩]، لما بينا[١٠]. قال[١١]: يخرج الزكاة من مال السفيه؛ لأنها واجبة عليه، وينفق[١٢] على أولاده وزوجته، ومن تجب نفقته عليه من ذوى أامه؛ لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه، والإنفاق على ذى الم واجب عليه حقًا لقرابته، والسفه لا يبطل حقوق الناس[١٣]، إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة إليه[١٤] ليصرفها[١٥] إلى مصرفها؛ لأنه لا

ولد تسعى فى قيمتها للغرماء، وإن لم يكن معها سعت فى جميع قيمتها للغرماء، وهذا لأنه إذا كان معها ولد، فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها فى إبطال حق الغير، فكذلك فى دفع حكم الحجر عن تصرفه.

بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد، لأنه لا شاهد لها ههنا، فإقراره لها بحق العتق بمنزلة إقراره بحقيقة الحرية، فلا يقدر على بيعها بعد ذلك، ويسعى فى قيمتها بعد موته كما لو أعتقها. (ك)

(١) يعنى يكون معها ولد أولم يكن. (ع)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) فلا يؤثر فيه السفه.

(٤) مهر المثل.

(٥) الزائد.

(٦) قوله: "فصار كالمريض مرض الموت" فى لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل، وسقوط الزيادة إلا أن الزيادة فى المريض يعتبر من الثلث، وههنا غير معتبرة أصلا. (عناية)

(٧) أى نصف المسمى إلى مقدار مهر المثل.

(٨) قوله: "وكذا إذا تزوج إلخ" يعنى يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن فى عقد واحد، أو فى كل يوم واحدة، ثم طلقها، أو فعل ذلك مراراً، فإنه يصح تسميته فى مقدار مهر المثل، ويبطل الزيادة. (عناية)

(٩) قوله: "أو كل يوم واحدة" يعنى لو تزوج كل يوم واحدة، ثم طلقها، هكذا يفعل مراراً من غير حصر فإنه يصح تسميته فى مقدار مهر المثل، ويبطل الزيادة. (ك)

(١٠) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأنه من ضرورات النكاح. (ك)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) من ماله.

(١٣) قوله: "لا يبطل حقوق الناس" لكن لا يسمع قوله فى القرابة حتى يقيم البينة عليها، وعسرة القريب لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه، فلا يلزم شيئاً إلا فى الولد، فإن الزوجين إذا تصادقا على النسب قبل قولهما،

بد من نيته، لكونها عبادة لكن يبعث أمينا معه كيلا يصرفه فى غير وجهه.

وفى النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفها[1] لأنها ليست، بعبادة، فلا يحتاج إلى نيته، وهذا[2] بخلاف ما إذا حلف أو نذر[3]، أو ظاهر حيث لا يلزمه المال، بل يكفّر يمينه وظهاره بالصوم[4]، لأنه[5] مما يجب بفعله، فلو فتحنا هذا الباب، يبذر أمواله بهذا الطريق، وإلا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله[6].

قال[7]: فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها؛ لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه، ولا يسلم القاضى النفقة إليه، ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج كيلا يتلفها فى غير هذا الوجه.

ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانًا[8] لاختلاف العلماء[9] فى وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج[10].

ولا يمنع من القران[11]؛ لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما، فلا يمنع

لأن كل واحد منهما فى تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب، والسفه لا يؤثر فى منع الإقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من إثبات عسرة المقر له، والإقرار بالزوجية صحيح، ويجب مهر مثلها والنفقة. (عناية)

(١٤) السفيه.

(١٥) بنفسه.

(١) الأمين.

(٢) أى ما ذكر من ما أوجبه الله تعالى، وما كان من حقوق الناس. (ع)

(٣) أى أوجب على نفسه. (ع)

(٤) قوله: "بل يكفر إلخ" لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات، وعن كل ظهار شهرين متتابعين وإن كان مالكًا للمال حال التكفير. (عناية)

قوله: "يكفر يمينه وظهاره بالصوم" لأن يده مقصورة عن ماله، فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله، وبمنزلة من يكون له دين على إنسان، أو غصب غاصب من يده وهو ما كان يعطيه، فله أن يكفر بالصوم. (كفاية)

قوله: "بالصوم" فإن قيل: التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة، فإنه لا يصح مع القدرة عليها، أجيب بأن الاستطاعة منتفية. (ع)

(٥) أى لأن وجوب الكفارة.

(٦) كالزكاة ونفقة الأقارب.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "استحسانًا" وفى القياس لا يعطى له نفقة السفر، لأن العمرة عندنا تطوع، فصار كما لو أراد الخروج للحج تطوعًا بعد ما حج حجة الإسلام، وجه الاستحسان أن العلماء اختلفوا فى فرضية العمرة، فلا يمنع منها احتياطًا. (ك)

(٩) قوله: "لاختلاف العلماء" العمرة سنة مؤكدة، وقيل: فرض كفاية، وهو قول محمد بن الفضل البخارى، وقيل: واجبة لا فرض عين، كما قال الشافعى. (مجمع الأنهر)

(١٠) فإنه يمنع.

من الجمع بينهما، ولا يمنع من أن يسوق بَدَنَةً[1] تحرزًا عن موضع الخلاف[2]، إذ عند عبد الله بن عمر، لا يجزئه غيرها، وهي جَزور[3] أو بقرة*.

فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب[4]، وأبواب الخير جاز ذلك في ثلاثة[5]؛ لأن نظره فيه[6] إذ هي[7] حالة انقطاعه عن أمواله، والوصية تخلف ثناء أو ثوابًا، وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في "كفاية المنتهى".

قال: ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحًا لماله عندنا، والفسق الأصلي والطارئ سواء. وقال الشافعي: يحجر عليه زجرًا له وعقوبة عليه، كما في السفيه، ولهذا[8] لم يجعل أهلا للولاية[9] والشهادة عنده[10].

ولنا قوله تعالى: ﴿فإن آنستم[11] منهم[12] رشدًا[13] فادفعوا إليهم أموالهم﴾ الآية، وقد أونس[14] نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة[15]، ولأن الفاسق من أهل

(١١) قوله: "من القران" القارن: هو أن يجمع بين إحرام الحج والعمرة في الميقات، أو قبله في أشهر الحج، أو قبلها، ويذكر الحج والعمرة بلسانه عند التلبية، ويقصد بقلبه، أو لم يذكرهما بلسانه وينويهما بقلبه. (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر)

(١) بدنة: شتر وگاؤ قربانى كه بمكه فرستند. (من)

(٢) قوله: "تحرزًا عن موضع إلخ" القارن يلزمه هدى ويجزيه الشاة عندنا، ولكن البدنة فيه أفضل، وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: لا يجزيه إلا بدنة، وهي بقرة أو جزور، فهو إذا ساق البدنة فقد قصد به التحرز عن موضع الخلاف، وأخذ بالاحتياط في أمر الدين، وأراد أن فعله أقرب إلى قول رسول الله ﷺ، فلا يمنع عنه. (ك)

(٣) جزور: شتر كشتنى. (من).

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٥، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٨١ ص١٩٩. (نعيم)

(٤) قوله: "فإن مرض وأوصى إلخ" قيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالبًا يكون في المرض، فإن السفيه الصحيح إذا أوصى بوصيته، فحكمها حكم المريض. (عناية)

(٥) وفي نسخة: ثلث ماله.

(٦) أي في جواز ذلك.

(٧) أي حالة المرض.

(٨) أي للزجر.

(٩) أي ولاية الإنكاح.

(١٠) الشافعي.

(١١) أبصرتم.

(١٢) أي من اليتامى.

(١٣) صلاحًا في دينهم ومالهم. (ج)

(١٤) فإنه رشيد في ماله.

(١٥) قوله: "فيتناوله إلخ" فقوله تعالى: ﴿رشدًا﴾ منكر في موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا

الولاية عندنا لإسلامه[١]، فيكون واليًا للتصرف، وقد قررناه فيما تقدم[٢]، ويحجر القاضي عندهما أيضًا[٣]، وهو قول الشافعي بسبب الغفلة، وهو أن يغبن في التجارات، ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له.

فصل في حد البلوغ[٤]

قال[٥]: بلوغ الغلام بالاحتلام[٦] والإحبال[٧] والإنزال إذا وطئ، فإن لم يوجد ذلك[٨] فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا[٩]: إذا تمّ للغلام والجارية خمس عشرة سنةً فقد بلغا، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهو قول الشافعي، وعنه في الغلام تسع عشرة سنة.

وقيل: المراد أن يطعن[١٠] في التاسع عشرة سنةً، ويتم له ثمانية عشرة سنةً، فلا اختلاف[١١]، وقيل: فيه اختلاف الرواية، لأنه ذكر في بعض النسخ[١٢]، حتى يستكمل تسع عشرة سنةً[١٣]، أما العلامة[١٤] فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل

تعم، فإن وجد رشد ما فقد وجد الشرط، فيجب دفع المال إليه. (نهاية)

(١) قوله: "لإسلامه" أقول: يرد عليه النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله لا محالة، لأن الإسلام فيه أيضًا متحقق بل هو فيه أقوى، فلزم أن يكون من أهل الولاية، فينبغي أن يكون واليا للتصرف أيضًا غير محجور عليه كما ذهب إليه أبو حنيفة. (نتائج الإفكار)

(٢) يعني في أول كتاب النكاح. (ع)

(٣) قوله: "ويحجر إلخ" واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ فإنه ما حجر على حبان ابن منقذ، وكان يغبن في التجارات، بل قال له: «قل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام»، فأثبت له البيع بشرط الخيار وما حجره.
وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ لما أنه يتلف الأموال كالسفيه، فلا يعارضه خبر الواحد. (تاج الشريعة)

(٤) قوله: "في حد إلخ" البلوغ في اللغة: الوصول، وفي الاصطلاح: انتهاء الصغر، ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهاءه، وهذا الفصل لبيان ذلك. (نت)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "بالاحتلام [احتلام: جماع كردن درخواب. من]" الحلم بالضم ما يراه النائم، يقال: حلم واحتلم. (ع)

(٧) أحبله: آبستن گردانيد او را. (من)

(٨) أي واحد من الأشياء المذكورة.

(٩) والفتوى على قولهما. (كافي)

(١٠) أي يدخل، طعن در قاموس بمعنى سير ورفتار آورده. (غياث)

(١١) قوله: "فلا اختلاف" بين الروايتين، لأنه لا يتم له ثماني عشر سنة إلا ويطعن في التاسع عشر سنة. (تبيين)

(١٢) للمبسوط.

(١٣) قوله: "حتى يستكمل إلخ" هذا اللفظ يدل على اختلاف الرواية. (عيني)

والإحبال لا يكون إلاّ مع الإنزال، وكذا الحيض فى أوان الحبل[١]، فجعل كل ذلك علامة البلوغ، وأدنى المدة لذلك[٢] فى حق الغلام اثنا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين[٣]، وأما السن فلهم[٤] العادة الفاشية[٥] فى أن البلوغ لا يتأخر فيهما[٦] عن هذه المدة[٧]. وله[٨] قوله تعالى[٩]: ﴿حتى يبلغ أشده[١٠]﴾ وأشد الصبى ثمانى عشر سنة، هكذا قاله ابن عباس رضى الله عنه، وتابعه القُتَبىّ، وهذا[١١] أقل ما قيل فيه[١٢]، فبنى الحكم عليه للتيقن[١٣] به غير أن الإناث نشوءهن[١٤]، وإدراكهن[١٥] أسرع[١٦]، فنقصنا فى حقهن سنة لاشتمالها[١٧] على الفصول الأربعة[١٨] التى يوافق واحد منها المزاج[١٩] لا محالة.

قال[٢٠]: وإذا راهق[٢١] الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره[٢٢] فى البلوغ فقال:

---

(١٤) أى أما ثبوت البلوغ بالعلامة.

(١) وفى نسخة: الحيض.

(٢) البلوغ.

(٣) لما روى أن عائشة رضى الله عنها بلغت على رأس تسع سنين.

(٤) قوله: "فلهم [أى لأبى يوسف ومحمد والشافعى] إلخ" ولما روى عن أنس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «إذا استكمل المولود خمسة عشر سنة كتب ما له وما عليه، وأقيمت عليه الحدود»، وفيه أن هذا الحديث لم يثبت فسقط الاحتجاج. (عينى)

(٥) الغالبة، فشو آشكار شدن. (كنز)

(٦) أى فى الغلام والجارية.

(٧) أى خمس عشرة سنةً.

(٨) أى لأبى حنيفة.

(٩) قوله: "قوله تعالى" قال الله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشدّه﴾.

(١٠) أى قوته.

(١١) أى قول ابن عباس رضى الله عنه.

(١٢) أى فى تفسير الآية.

(١٣) قوله: "للتيقن [والاحتياط]" أى كون ثمانية عشر سنة فى تفسير الأشد للتيقن لأن بعضهم قالوا: الأشد اثنان وعشرون، بعضهم خمسة وعشرون، وبعضهم ثلاثة وعشرون. (حميدية)

(١٤) نشوء كدخول گواليدن. (من)

(١٥) بلوغهن.

(١٦) من نشوء الذكور وإدراكهم.

(١٧) قوله: "لاشتمالها إلخ" أى زدنا سنة فى حق الغلام لتوافق فصل من فصول السنة مزاجه فيقوى مزاجه. (ك)

(١٨) الربيع، الصيف، الخريف، الشتاء.

(١٩) فيتقوى المزاج.

قد بلغت فالقول قوله، وأحكامه أحكام البالغين، لأنه[١] معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهرًا، فإذا أخبرا به، ولم يكذبهما الظاهر[٢] قبل قولهما فيه، كما يقبل قول المرأة فى الحيض[٣].

باب الحجر بسبب الدين[٤]

قال أبو حنيفة: لا أحجر في الدين، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه، والحجر عليه، لم أحجر عليه؛ لأن فى الحجر إهدار أهليته، فلا يجوز لدفع ضرر خاص[٥].

فإن كان له مال لم يتصرف فيه[٦] الحاكم؛ لأنه[٧] نوع حجر، ولأنه تجارة لا عن تراضٍ، فيكون باطلا بالنص[٨]، ولكن يحبسه[٩] أبدًا[١٠] حتى يبيعه فى دينه إيفاء لحق الغرماء، ودفعًا لظلمه[١١].

وقالا: إذا طلب غرماء المفلس[١٢] الحجر عليه حجر القاضى عليه ومنعه من

(٢٠) أى القدورى. (عينى)

(٢١) أى دنا وقرب.

(٢٢) يعنى لم يعلم ذلك منه.

(١) البلوغ.

(٢) قوله: "ولم يكذبهما الظاهر" إشارة إلى أن الغلام إذا ادعى البلوغ وعمره أقل من اثنى عشر سنة لا يصدق، والجارية إذا ادعته وعمرها أقل من تسع سنين لا تصدق. (عينى)

(٣) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتها، فالقول قولها إلا إذا كذبها الظاهر.

(٤) قوله: "باب الحجر إلخ" ثم إن الحجر بسبب الدين كان مشروطًا بطلب الغرماء، فكان فيه وصف زائد، فصار بالنظر إلى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد، فلا جرم آثر تأخيره عنه. (نتائج)

(٥) أى ضرر الغرماء.

(٦) بيعًا وغيره.

(٧) أى لأن تصرف الحاكم.

(٨) قوله: "بالنص" قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾، أى بالحرام شرعًا كالغصب والربا، ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾.

(٩) أى الحاكم.

(١٠) أى زمانًا طويلا ممتدًا.

(١١) أى المديون لأن المماطلة ظلم.

(١٢) قوله: "غرماء المفلس" ليس المراد بالمفلس فى قوله: إذا طلب غرماء المفلس الحجر معناه الحقيقى، بل المراد به إما من يدعى الإفلاس، فيتناول للغنى أيضًا إذ الظاهر أن المديون الذى لا يؤدى دينه يدعى الإفلاس، وإن كان غنيًا فى نفسه، وإما من حاله حال المفلس، ولا شك أن الغنى الذى لا يؤدى دينه حاله فى عدم أداء الدين حال المفلس، فلا يلزم تخصيص المسألة بما هو مفلس حقيقة. (نت)

البيع والتصرف والإقرار[١]، حتى لا يضر بالغرماء؛ لأن الحجر على السفيه إنما جوزناه نظرًا له، وفي هذا الحجر نظر للغرماء، لأنه عساه يلجئ ماله[٢]، فيفوت حقهم[٣]، ومعنى قولهما منعه[٤] من البيع أن يكون[٥] بأقل من ثمن المثل، أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء، والمنع لحقهم فلا يمنع منه[٦].

قال: وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرماءه بالحصص عندهما؛ لأن البيع مستحق عليه[٧] لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله[٨]، فإذا امتنع ناب القاضي منابه، كما في الجب والعنة[٩]. قلنا: التلجئة موهومة[١٠]، والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك[١١]، بخلاف الجب والعنة[١٢]، والحبس لقضاء الدين[١٣] بما يختاره من الطريق كيف وإن صح البيع[١٤] كان الحبس إضرارًا بهما

---

(١) قوله: "والتصرف إلخ" أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع، والإقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضًا غير واضح. (نتائج)

(٢) قوله: "لأنه عساه يلجئ إلخ" بأن يواضع أحدًا على أن يقر له بالمال عند الناس، ولا يطالبه ذلك الرجل بالمال، فيفوت حق الغرماء، أو يبيع ماله تلجئة من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده. (ك)

قوله: "يلجئ" ألجأه إلى كذا وألجاه اضطره وأكرهه والتلجئة أن يلجئك إلى أن تأتي أمرًا باطنه خلاف ظاهره، كذا في "المغرب". وقال في "نور الأنوار": حاصل التلجئة أن يلجئ شيء إلى أن يأتي أمرًا باطنًا، بخلاف ظاهره، فيظهر بحضور الخلق أنهما يعقدان البيع لأجل مصلحة دعت إليه، ولم يكن في الواقع بينهما بيع.

(٣) الغرماء.

(٤) الحاكم.

(٥) البيع.

(٦) أي من البيع ثمن المثل.

(٧) أي على المديون.

(٨) أي لأجل البيع. (ع)

(٩) قوله: "كما في الجب [المجبوب الذي قطع ذكره وخصيتاه. (مجمع الأنهر] والعنة" المجبوب إذا أبى أن يفارق امرأته ناب القاضي منابه في التفريق والعنين بعد مضي المدة إذا أبى أن يفارق امرأته ناب القاضي منابه أيضًا في التفريق. (ك)

قوله: "والعنة" العنين من لا يقدر على الجماع مطلقًا مع وجود الآلة، أو يقدر على الثيب دون البكر. (مجمع الأنهر)

(١٠) لأنه احتمال مرجوح، فلايهدر به أهلية الإنسان. (ع)

(١١) قوله: "ليس بطريق متعين إلخ" فإنه يمكنه الإيفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس، فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه. (عناية)

(١٢) قوله: "بخلاف الجب إلخ" فإن التفريق هناك متعين، لأنه لا يمكنه الإمساك بالمعروف، فتعين عليه التسريح بالإحسان، فلما امتنع عن التسريح بالإحسان مع عجزه عن الإمساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق. (عناية)

(١٣) قوله: "والحبس إلخ" جواب عن قولهما حتى يحبس لأجله تقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين بما يختاره من الطرق التي ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله. (عناية)

(١٤) قوله: "كيف وإن إلخ" أي كيف صح البيع، ولو صح البيع كان الحبس ظلمًا، لأنه إضرار بهما بتأخير حق

بتأخير حق الدائن، وتعذيب المديون، فلا يكون[١] مشروعًا.

قال: وإن كان دينه دراهم، وله دراهم قضى القاضي بغير أمره، وهذا بالإجماع، لأن للدائن حق الأخذ[٢] من غير رضاه[٣]، فللقاضي أن يعينه، وإن كان دينه دراهم، وله دنانير، أو على ضد ذلك[٤] باعها القاضي في دينه، هذا عند أبي حنيفة استحسانًا[٥]، والقياس[٦] أن لا يبيعه، كما في العروض[٧]، ولهذا[٨] لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرًا. وجه الاستحسان أنهما[٩] متحدان في الثمنية[١٠] والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف[١١]، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين، بخلاف العُروض، لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها[١٢]، أما النقود فوسائل فافترقا[١٣].

ويباع في الدين النقود ثم العروض، ثم العقار يبدأ بالأيسر، فالأيسر، لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون، ويترك عليه دَست[١٤] من ثياب بدنه، ويباع الباقي؛ لأن به[١٥] كفاية، وقيل: دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له

الدائن، وتعذيب المديون، فلم يكن مشروعًا لكنه مشروع بالإجماع، فلم يصح البيع. (ع)

(١) الحبس.

(٢) من جنس حقه.

(٣) المديون.

(٤) أي دينه دنانير وله دراهم.

(٥) قوله: "استحسانًا" كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس إنما هو قول أبي حنيفة فقط، وأما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس. (نت)

(٦) عند أبي حنيفة.

(٧) فإنها لا تباع.

(٨) عند اختلاف جنس حقه.

(٩) الدراهم والدنانير.

(١٠) قوله: "متحدان في الثمنية" ولهذا يضم أحدهما في الآخر في الزكاة. (تبيين)

(١١) قوله: "ولاية التصرف إلخ" الولاية تقتضي الإيجاب والإلزام، وهو أنسب بحال القاضي، فيجب رعاية الاتحاد في حقه دون الغريم، إذ ليس له ولاية على المديون، فيناسب حاله رعاية الاختلاف. (أعظمي)

(١٢) فلا يبيعها القاضي.

(١٣) فلا يتعلق الغرض بصورها، فيتصرف القاضي فيها.

(١٤) قوله: "دَسْت" قال في "إحمال الحسنى": الدست دست جامه، وفي "مؤيد الفضلاء": دست يک عدد، وفي "غياث اللغات": دست يک چيز تمام چون يک دست جامه ويکک دست سلاح.

(١٥) أي بالدست الواحد.

من ملبس.

قال[١] : فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون[٢] ؛ لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين، فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك[٣] لأنه مشاهد[٤] لا مرد له، ولو استفاده مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه، لأن حقهم لم يتعلق به لعدم وقت الحجر.

قال[٥] : وينفق على المفلس[٦] من ماله وعلى زوجته وولده الصغار، وذوى أامه ممن يجب نفقته عليه ؛ لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء، ولأنه حق ثابت لغيره، فلا يبطله الحجر، ولهذا[٧] لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة[٨] للغرماء.

قال[٩] : فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول: لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين[١٠] التزمه بعقد كالمهر والكفالة، وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب[١١]، فلا نعيدها إلى أن قال[١٢] : وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله[١٣] لوجوب النظرة[١٤]

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) التي وقع بها الحجر.

(٣) قوله: "بخلاف الاستهلاك" أي بخلاف ما إذا استهلك المحجور عليه قبل قضاء الدين مال إنسان حيث يكون المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف، لأن فعله أعني الاستهلاك مشاهد محسوس، فلا يرد لأن الحجر لا يصح في الفعل الحسي. (عيني)

(٤) قوله: "لأنه [بخلاف الإقرار فإن سببه محتمل. ع] مشاهد إلخ" وذكر في حجر "الذخيرة" ولو كان سبب وجوب الدين ثابتًا عند القاضي بعلمه أو بشهادة شهدوا على الاستقراض أو الشراء بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر. (كفاية)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "على المفلس" المراد منه المعنى المجازي المديون، فإن حمله على المعنى الحقيقي ينافيه قوله الآتي: من ماله، كذا في "نتائج الأفكار". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٧) أي لعدم إبطال الحجر حقًا ثابتًا للغير.

(٨) برابر.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) وفي كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع.

(١١) أي الهداية.

(١٢) قوله: "إلى أن قال" متعلق بقوله: قال: فإن لم يعرف إلخ يعني قال القدوري في "مختصره": فإن لم يعرف للمفلس مال إلى أن قال: وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له، وقوله: خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله: وكذلك إن أقام إلخ، وقوله: لوجوب النظرة إلخ تعليل لذلك. (نتائج)

إلى الميسرة[(١)].

ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته، وإن لم يكن[(٢)] أخرجه تحرزاً عن هلاكه[(٣)]، والمحترف فيه[(٤)] لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح[(٥)] ليضجر[(٦)] قلبه، فينبعث على قضاء دينه، بخلاف ما إذا كانت له جارية، وفيه[(٧)] موضع يمكنه فيه وطئها لا يمنع عنه، لأنه قضاء إحدى الشهوتين[(٨)]، فيعتبر[(٩)] بقضاء الأخرى.

قال[(١٠)]: ولا يحول بينه[(١١)] وبين غرماءه بعد خروجه من الحبس، بل يلازمونه، ولا يمنعونه من التصرف والسفر؛ لقوله عليه السلام[(١٢)]: «لصاحب الحق يد ولسان»*، أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي[(١٣)].

قال[(١٤)]: ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم[(١٥)] بالحصص[(١٦)]؛ لاستواء حقوقهم

---

(١٣) قوله: "يعني خلى إلخ" ذكر في أدب القاضي حكماً من هذا الباب، وعطف عليه قوله: وكذلك إن أقام البينة ففسر ذلك الحكم بقوله: يعني خلى سبيله مراد من قوله: وكذلك إن أقام البينة. (حميدية)

(١٤) زمان دادن.

(١) فراخي وتوانگرى.

(٢) أى له خادم.

(٣) قوله: "تحرزاً عن إلخ" لأنه لا يجوز إهلاكه لمكان الدين، وعن أبي يوسف أنه لا يخرجه من السجن في غير هذه الصورة أيضاً، لأن الهلاك لو كان إنما يكون بسبب المرض، وأنه في الجبس وغيره سواء. (عناية)

(٤) أى في الحبس.

(٥) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول بعضهم: لا يمنع عن الاكتساب في السجن، لأن فيه نظراً للجانبين لجانب المديون أنه ينفق على نفسه وعياله، ولرب الدين أنه إذا فضل منه شيء يصرف ذلك إليه. (ع)

(٦) قوله: "ليضجر" ضجر منه، وبه ضجراً: محركة ناليد وپتيد وبى قرارى نمود، وملول شد. (من)

(٧) الحبس.

(٨) أى شهوة البطن وشهوة الفرج.

(٩) أى يقاس.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "ولا يحول بينه [المديون المفلس]" حال بينهما حائل شد ميان آن هردو. (من)
قوله: "ولا يحول بينه إلخ" أى لا يمنعهم من أن يدوروا معه. (ع)

(١٢) قوله: "لقوله عليه السلام: [قلت رواه الدارقطني في سننه". ت] لصاحب إلخ" فوجه التمسك به هو أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذى يكون بعد [illegible] عن السجن وقبله. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٦، والدراية ج ٢، الحديث٨٨٣ ص١٩٩. (نعيم)

(١٣) أى الطلب.

(١٤) القدورى.

فى القوة.

وقالا[١]: إذا فلّسه الحاكم[٢] حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا؛ لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح، فيثبت العسرة، ويستحق النَظِرة[٣] إلى الميسرة[٤]، وعند أبى حنيفة لا يتحقق القضاء بالإفلاس، لأن مال الله تعالى غادٍ[٥] ورائح[٦]، ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهرا، فيصلح للدفع[٧] لا لإبطال حق الملازمة.

وقوله[٨]: إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار[٩] تترجح على بينة الإعسار[١٠] لأنها أكثر إثباتًا[١١]، إذ الأصل هو العسرة، وقوله[١٢]: فى الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه[١٣] يدور معه أينما دار، ولا يجلسه فى موضع لأنه حبس فيه[١٤].

ولو دخل[١٥] فى داره لحاجته[١٦] لا يتبعه بل يجلس[١٧] على باب داره إلى أن

---

(١٥) قوله: "يقسم بينهم إلخ" أى يأخذ كل واحد منهم حصته من الدين، وهذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره، أو أخذ القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره، أما المديون فى حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك فى فتاوى النسفى. (عناية)

(١٦) أى بقدر حصة كل واحد منهم من الدين. (نت)

(١) الصاحبان.

(٢) تفليس حكم نمودن قاضى بر إفلاس كسى. (من)

(٣) تاخير كردن وزمان دادن. (من)

(٤) توانگرى وفراخى. (من)

(٥) غدا عليه غدواً: آمد او را بامداد. (من)

(٦) راح روحًا: شبا نگاه شد بجاى. (من)

(٧) أى لدفع الحبس. (حميدية)

(٨) أى قول القدورى.

(٩) قوله: "إلى أن بينة اليسار [آسانى وتوانگرى. من] إلخ" اليسار اسم للإيسار من اليسر، أى الغنى والإعسار مصدر، أى الفقر، وفى بعض النسخ: على بينة العسار بمعنى الإعسار، قال فى "المغرب": وهو خطأ. (ع)

(١٠) قوله: "الإعسار" إعسار نيازمند شدن وتنگدست گرديدن. (من)

(١١) قوله: "أكثر إثباتًا" لأنها تشهد بالوجود، والآخرى بالنفى والبينة المثبتة أولى من النافية. (تبيين)

(١٢) أى قول القدورى.

(١٣) غريم تفسير للملازمة. (ع)

(١٤) قوله: "لأنه حبس فيه" وهو ليس بمستحق عليه، وعن محمد أنه قال: للمدعى أن يجلسه فى مسجد حيه أو بيته، لأنه ربما يطوف فى الأسواق والسكك بغير حاجة، فيتضرر المدعى. (ع)

يخرج، لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة، ولو اختار المطلوب والحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب؛ لأنه[١] أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه، إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بيّن، بأن لا يمكنه من دخوله داره، فحينئذ يحبسه دفعًا للضرر عنه.

ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها؛ لما فيها من الخلوة بالأجنبية، ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها.

قال[٢]: ومن أفلس[٣] وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه[٤] فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه، وقال الشافعي: يحجر القاضي[٥] على المشتري بطلبه[٦]، ثم للبائع خيار الفسخ، لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن، فيوجب ذلك[٧] حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع[٨].

وهذا لأنه عقد معاوضة[٩]، وقضيته[١٠] المساواة، وصار كالسلم[١١]. ولنا أن

(١٥) المديون.

(١٦) قوله: "لحاجته [كغذاء وغائط]" وعن هذا قيل: إن أعطاه الغداء وأعدله موضعًا لأجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب. (عناية)

(١٧) الغريم.

(١) أي لأن خيار الطالب.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "ومن أفلس" يقال: أفلس الرجل إذا لم يبقَ في يده مال كان دراهمه صارت فلوسًا كما يقال: أخبث الرجل إذا صار أصحابه خبثًا، وأقطف إذا صارتْ دابته قطوفًا. (بناية)

(٤) أي من ذلك الرجل.

(٥) من التصرف كالبيع ونحوه.

(٦) أي بطلب البائع الحجر عليه.

(٧) هذا العجز.

(٨) فإنه يوجب حق الفسخ.

(٩) قوله: "وهذا [بيع] لأنه إلخ" بيان لصحة القياس ههنا، ومداره على تحقق العلة الجامعة، وهو كون البيع عقد معاوضة. (مل)

(١٠) وفي نسخة: من قضيته.

(١١) قوله: "وصار كالسلم" فإنه إذا انقطع المسلم فيه يثبت خيار الفسخ لرب السلم مع أنه عجز عن تسليم شيء هو غير مستحق عليه بالعقد، لأن المسمى بالعقد الدين في الذمة، وبانقطاع المسلم فيه عن أيدي الناس ثبت العجز عن العين، وهو غير مستحق بالعقد، فكذا إذا عجز المشتري بالإفلاس عن تسليم العين يوجب حق الفسخ للبائع، وإن لم يكن العين مستحقًا بالعقد. (ك)

الإفلاس[١] يوجب العجز عن تسليم العين[٢]، وهو غير مستحق بالعقد[٣]، فلا يثبت حق الفسخ[٤] باعتباره[٥]، وإنما المستحق[٦] وصف[٧] فى الذمة[٨] أعنى الدين، وبقبض العين[٩] يتحقق بينهما[١٠] مبادلة[١١]، هذا هو الحقيقة، فيجب اعتبارها إلا فى موضع التعذر[١٢] كالسلم، لأن الاستبدال ممتنع، فأعطى للعين حكم الدين، والله أعلم.

كتاب المأذون[١٣]

الإذن[١٤] هو الإعلام لغةً، وفى الشرع: فكّ الحجر[١٥]، وإسقاط الحق[١٦]

(١) أى إفلاس المشترى.

(٢) المنقودة من الدراهم والدنانير. (ع)

(٣) قوله: "وهو غير مستحق إلخ" توضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن، وهو يملك به دينًا فى الذمة، وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله، فلا فرق بين المفلس والمليء. (عناية)

(٤) قوله: "فلا يثبت [للبائع] إلخ" أى العجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ، لأنه لم يكن طريقًا متعينًا لدفع ضرره، والوصول إلى حقه لجواز أن يظهر له مال لم يكن له علم به أو يحدث له مال بسبب، بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع، لأنه عجز عن تسليم المستحق بالعقد، وبخلاف السلم، لأنه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد حكمًا، لأن العين فى باب السلم أعطى له حكم الدين الواجب فى الذمة، لأن الاستبدال فيه ممتنع شرعًا، فكان عجز المسلم إليه كعجز البائع عن تسليم المبيع، فيوجب حق الفسخ. (ك)

(٥) أى اعتبار هذا الإفلاس.

(٦) بالعقد. (ك)

(٧) أعنى الدين. (ع)

(٨) أى ذمة المشترى.

(٩) قوله: "وبقبض العين [إذا قبض البائع] إلخ" جواب عما يقال: لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا يبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة. وتقريره أن قضاء الدين واجب، وذلك بالوصف الثابت فى الذمة غير متصور، وجعل الشارع العين بدلا عنه، فإذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث إنه يثبت لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وصف، فيلتقيان قصاصًا هذا هو الحقيقة، أى تحقق المبادلة هو الحقيقة فى قضاء الدين، فيجب اعتباره ما لم يتعذر. وفيما نحن فيه غير متعذر لمكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد، وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم، فإنه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس سلمك» فيجب أن يجعل العين فى مقابلة ما فى الذمة عين ما فى الذمة، وكان العجز عنه عجزًا عما أوجبه العقد، وذلك يوجب الفسخ. (عناية)

(١٠) أى بين البائع والمشترى.

(١١) حكمية. (ك)

(١٢) أى تعذر المبادلة.

(١٣) قوله: "كتاب" إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر لظاهر المناسبة، إذ الإذن يقتضى سبق الحجر، فلما رتبا وجودًا، رتبا أيضًا ذكرًا. (نت)

(١٤) قوله: "الإذن" هو الإعلام لم أرقط فى كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجيء الإذن بمعنى الإعلام وإنما

عندنا[١]، والعبد بعد ذلك[٢] يتصرف لنفسه بأهليته، لأنه بعد الرق بقى أهلا للتصرف[٣] بلسانه الناطق، وعقله المميّز وانحجاره عن التصرف لحق المولى؛ لأنه ما عهد[٤] تصرفه إلا موجبًا لتعلق الدين برقبته أو كسبه، وذلك[٥] مال المولى، فلا بد من إذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه، ولهذا[٦] لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى[٧]، ولهذا[٨] لا يقبل التوقيت[٩]، حتى لو أذن لعبده يومًا كان مأذونًا أبدا حتى يحجر عليه، لأن الإسقاطات لا تتوقف[١٠].

ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة[١١]، كما إذا رأى عبده يبيع ويشترى فيسكت، يصير مأذونًا عندنا، خلافًا لزفر والشافعى[١٢]، ولا فرق بين أن يبيع عينًا مملوكًا للمولى أو الأجنبى بإذنه، أو بغير إذنه بيعًا صحيحًا أو فاسدًا، لأن كل من رآه يظنه مأذونًا له فيها فيعاقده[١٣]، فيتضرر به[١٤] لو لم يكن مأذونًا له، ولو لم يكن المولى

المذكور فيها كون الإذن بمعنى الإعلام، ولعلهم تسامحوا فى التفسير، فعبروا عن معنى الإذن من إذن له فى الشىء إذنا، أى أباحه، كما صرح به فى القاموس بما يلازمه عادة من الإعلام. (نت)

(١٥) الثابت بالرق. (ك)

(١٦) قوله: "وإسقاط الحق [كالتفسير لقوله: فك الحجر] إلخ" وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة، وأنه يمنع تعلق حق الغير بها، وأنه بالإذن أسقط حقه، فعاد متصرفا بالمالكية الأصلية وأهليته نفسه. (ك)

(١) إشارة إلى خلاف الشافعى رح، فإن الإذن عنده توكيل وإنابة.

(٢) الإذن.

(٣) فكلامه معتبر شرعًا. (ك)

(٤) إذ لا مال له.

(٥) أى رقبته وماله.

(٦) أى لأجل أن العبد يتصرف بعد ذلك لنفسه.

(٧) ولو كان إنابة لرجع بالثمن على المولى كالوكيل. (حميدية)

(٨) أى لكونه إسقاطًا.

(٩) قوله: "لا يقبل [الإذن] التوقيت" فإنه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الأصلية، وإنها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على أنه إسقاط لحق المولى لا غير، والإسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق. (عناية)

(١٠) قوله: "لا تتوقت" فإن قيل: لو كان إسقاطًا لما كان للمولى ولاية الحجر بعده، لأنه أسقط حقه، والساقط لا يعود. قلنا: بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق، فكان فى الحجر امتناع عن الإسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لا لأن الساقط لا يعود. (ك)

(١١) قوله: "يثبت بالدلالة" أما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى، فلا ينهاه، ويصير مأذونًا له فى التجارة عنده إلا فى البيع الذى صادفه السكوت، وأما فى الشراء فيصير مأذونًا. (بدائع)

(١٢) قوله: "خلافًا لزفر والشافعى" قالا: السكوت يحتمل الرضاء، وقلة الالتفات إلى تصرفه لعلمه بكونه مهجور، وفرط الغيظ، والمحتمل لا يكون حجة، قلنا: جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان والسكوت فى موضع الحاجة إلى البيان بيان. (عناية)

راضيًا به لمنعه دفعًا للضرر عنهم.

قال[١]: وإذا أذن المولى لعبد في التجارة إذنًا عامًّا جاز تصرفه في سائر التجارات[٢]، ومعنى هذه المسألة أن يقول له: أذنت لك في التجارة، ولا يقيده[٣]، ووجهه أن التجارة اسم عام[٤] يتناول الجنس، فيبيع ويشتري ما بدا له من أنواع الأعيان، لأنه[٥] أصل التجارة[٦].

ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير، فهو جائز[٧]؛ لتعذر الاحتراز عنه، وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة خلافًا لهما، هما يقولان: إن البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع[٨] حتى اعتبر[٩] من المريض من ثلث ماله، فلا ينتظمه الإذن كالهبة[١٠].

وله أنه[١١] تجارة، والعبد متصرف بأهلية نفسه، فصار[١٢] كالحر، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون[١٣].

---

(١٣) قوله: "فيعاقده" اعتمادًا على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده نهاه عنه، ويؤد به عليه. (نت)

(١٤) قوله: "فيتضرر به" أي فيما إذا لحقته ديون، ثم قال المولى ليس بمأذون يتأخر الديون إلى ما بعد العتق، ولا يدري متى يعتق، وهل يعتق أم لا، فيكون فيه إتواء حقهم، فإذا رآه يبيع ويشترى ولم ينهه يثبت إذنه إذ لو لم يكن راضيًا به لمنعه دفعا للضرر عنهم حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف. (ك)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) بالاتفاق.

(٣) قوله: "ولا يقيده" أي ولا يقيد الإذن بنوع من التجارة، أما لو قيد بنوع منها بأن يقول: أذنت لك في التجارة في البحر يكون مأذونًا أيضًا عندنا في جميع أنواع التجارات، خلافًا لزفر والشافعي، فكان فائدة ذكر معنى المسألة نفي الخلاف، لا أن يكون مأذونًا في جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوع منها. (ك)

(٤) قوله: "اسم عام" لأنه محلى بالألف واللام، وهما لاستغراق الجنس حيث لم يسبقه معهود يتقيد به فيستغرق جنس التجارات. (ك)

(٥) البيع والشراء.

(٦) والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها. (ع)

(٧) بالاتفاق.

(٨) قوله: "بمنزلة التبرع إلخ" فإن البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود، إذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الإتلاف، فكان بمنزلة التبرع، ولهذا اعتبر من المريض من الثلث، وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الإذن بالمقصود. (ع)

(٩) أي البيع بالغبن الفاحش.

(١٠) قوله: "كالهبة" أي المحاباة وهي أن يبيع عبدا قيمته مائتان بمائة مثلا والهبة كالوصية إذا كان في مرض الموت، فيعتبر من الثلث، كذا في مجمع الأنهر.

(١١) قوله: "وله أنه" أي أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر، فيملكه العبد المأذون، لأنه بعد الإذن كالحر يتصرف بأهلية نفسه، كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة، وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون. (ع)

(١٢) بعد الإذن.

ولو حابى[١] في مرض موته يعتبر من جميع ماله[٢] إذا لم يكن عليه دين، وإن كان فمن جميع ما بقى[٣]؛ لأن الاقتصار[٤] فى الحر على الثلث لحق الورثة، ولا وارث للعبد[٥]، وإذا كان الدين محيطًا بما في يده يقال للمشترى[٦]: ادّ جميع المحاباة، وإلا فاردد البيع، كما فى الحر[٧]. وله أن يسلم ويقبل السلم[٨]؛ لأنه[٩] تجارة، وله أن يؤكل بالبيع والشراء؛ لأنه قد لا يتفرغ بنفسه[١٠].

قال[١١]: ويرهن ويرتهن؛ لأنهما من توابع التجارة، فإنهما إيفاء واستيفاء، ويملك أن يتقبل[١٢] الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت؛ لأن كل ذلك من صنيع التجارة. ويأخذ الأرض مزارعة[١٣]، لأن فيه تحصيل الربح، ويشترى طعامًا، فيزرعه فى أرضه؛ لأنه يقصد به الربح، قال عليه السلام: «الزارع يتاجر ربه».

وله أن يشارك شركة عنان[١٤]، ويدفع المال مضاربة ويأخذها؛ لأنه من عادة التجار، وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافًا للشافعى، وهو يقول: لا يملك العقد على نفسه[١٥]، فكذا على منافعه، لأنها تابعة لها.

---

(١٣) قوله: "وعلى هذا إلخ" أي على هذا الخلاف الصبى إذا أذن أبواه فى التجارة أن يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبى حنيفة رح. (ع)

(١) أى العبد المأذون محاباة فروگذاشت كردن. (من)

(٢) وإن زادت المحاباة من ثلث ماله. (ع)

(٣) قوله: "فمن جميع ما بقى [بعد أداء الدين]" يعنى يؤدى دينه أولا، فما بقى بعد قضاء الدين يكون كله محاباة. (ع)

(٤) فى بيع المحاباة.

(٥) قوله: "ولا وارث للعبد" لا يقال: إن المولى بمنزلة الوارث، لأنه رضى بسقوط حقه بالإذن، فصار كالوارث إذا أسقط حقه فى الثلثين فإنه ينفذ تصرف المريض فى الكل. (ك)

(٦) قوله: "يقال [وبطل المحاباة] إلخ" لأنه لزمه زيادة فى الثمن لم يرض هو به، فيخير لذلك. (ك)

(٧) إذا حابى فى مرض موته.

(٨) قوله: "وله أن يسلم إلخ" أى وللمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه. (ك)

(٩) بيع سلم.

(١٠) فجاز الاستعانة بغيره.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى يستأجرها. (ك)

(١٣) قوله: "مزارعة" المزارعة عقد على الزرع ببعض الخارج، وهى فاسدة عند الإمام، وعندهما جائزة، وبقولهما يفتى بتعامل الناس. (مجمع الأنهر)

(١٤) قوله: "شركة عنان [قد مر بيان شركة العنان وشركة المفاوضة، فارجع إليه]" وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لأنها تنعقد على الوكالة والكفالة، والكفالة لا تدخل تحت الإذن فلو فعل ذلك كانت عنانًا، لأن فى المفاوضة عنانًا وزيادة، فصحت بقدر ما يملك المأذون وهو الوكالة. (ع)

ولنا أن نفسه رأس ماله(١)، فيملك التصرف فيها إلا إذا كان(٢) يتضمن إبطال الإذن كالبيع، لأنه(٣) ينحجر به(٤) والرهن، لأنه يحبس به(٥)، فلا يحصل مقصود المولى، أما الإجارة لا ينحجر(٦) به، ويحصل به المقصود، وهو الربح، فيملك(٧).

قال(٨): فإن أذن له في نوع منها(٩) دون غيره فهو مأذون في جميعها(١٠)، وقال زفر والشافعي: لا يكون مأذونًا إلا في ذلك النوع، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر(١١). لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى، لأنه(١٢) يستفيد الولاية من جهته، ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد، ولهذا يملك حجره، فيتخصص بما خصه كالمضارب(١٣). ولنا أنه إسقاط الحق(١٤)، وفك الحجر على ما

---

(١٥) كبيع نفسه وهبتها ورهنها.

(١) قوله: "رأس ماله" لأن المولى أذن له بالاكتساب، ولم يدفع إليه مالا، وما هو رأس المال للمأذون له، فهو يملك التصرف فيه ضرورة، فالمأذون له يملك التصرف في نفسه إلا إذا إلخ. (ع)

(٢) أي التصرف في نفسه.

(٣) العبد المأذون.

(٤) البيع.

(٥) الرهن.

(٦) العبد المأذون.

(٧) الإجارة.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) كالبر مثلا. (ع)

(١٠) أي في جميع أنواع التجارة.

(١١) قوله: "إذا نهاه إلخ" أي إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما إذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها، والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع، أو سكت عنه يكون مأذونًا في جميع التجارات خلافًا لزفر والشافعي رح، كما ذكر في "الإيضاح". (نت)

(١٢) أي لأن العبد المأذون.

(١٣) قوله: "كالمضارب" وإن قيدت المضاربة ببلد معين بأن يقول رب المال للمضارب: دفعته مضاربة في الكوفة مثلا، أو سلعة، أي متاع معين، بأن قال: دفعته مضاربة في الكرباس مثلا، أو وقت معين بأن قال: دفعته مضاربة بالصيف مثلا، أو عامل معين بأن قال: دفعته مضاربة لفلان، فليس له أي للمضارب أن يتجاوز مما عينه المالك، لأن المضاربة توكيل. (مجمع الأنهر)

(١٤) قوله: "أنه إسقاط إلخ" أقول لقائل أن يقول: إن أريد أنه إسقاط الحق بجملته، وفك الحجر برمته فهو مم كيف، ولو كان كذلك لصح هبته وإقراضه ونحوهما من التبرعات، وليس كذلك قطعًا، وإن أريد أنه إسقاط الحق، وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى إذ لا يلزم منه إسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونًا له في جميعها كما هو المدعى. (نت)

بيناه[١]، وعند ذلك[٢] يظهر مالكية العبد، فلا يتخصص بنوع دون نوع، بخلاف الوكيل[٣]، لأنه يتصرف فى مال غيره، فتثبت له الولاية من جهته، وحكم التصرف[٤] وهو الملك[٥] واقع للعبد، حتى كان له[٦] أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه.

قال[٧]: وإن أذن له فى شيء بعينه[٨]، فليس بمأذون[٩]؛ لأنه استخدام، ومعناه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة[١٠] أو طعام رزقًا لأهليه، وهذا لأنه لو صار مأذونًا ينسد عليه باب الاستخدام[١١]، بخلاف ما إذا قال: أدّ إلى الغلة[١٢] كل شهر كذا، أو قال: أدّ إلى ألفًا وأنت حر؛ لأنه طلب منه المال، ولا يحصل[١٣] إلا

---

(١) فى أول كتاب المأذون. (ع)

(٢) قوله: "وعند ذلك [الإسقاط] إلخ" يعنى أن العبد له مالكية التصرفات كالحر لكنه لا يظهر مالكيته لرعاية حق المولى فيكون محجوراً عن التصرفات، ويكون الإذن فك الحجر لا إثبات المالكية، فإذا وقع الإذن فى نوع خاص منها يظهر المالكية العامة، ولا ينفع تخصيصه، لأن العموم الذى هو لازم المالكية ينافى التخصيص، ولو كان الإذن إثبات مالكية يختص بما خصص به المولى. (أعظمى)

(٣) قوله: "بخلاف الوكيل إلخ" يجوز أن يكون جوابًا عن قوله: كالمضارب، لأن المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته، لأنه يتصرف فى مال غيره. (ع)

(٤) قوله: "وحكم التصرف إلخ" جواب لقوله: ويثبت الحكم للمولى، وهو ممانعة بالسند، أى لا نسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى، بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة بغير إذن المولى، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه، وموضعه أصول الفقه. (عناية)

(٥) أى ملك اليد. (ك)

(٦) العبد.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) مثل أن يقول: اشتر هذا الثوب بعينه، أو ثوبًا للكسوة. (ع)

(٩) قوله: "فليس بمأذون" كلام المصنف يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعى والشخصى والإذن بالأول إذن دون الثانى. (ع)

(١٠) قوله: "للكسوة" قيد به لأنه إنما يكون استخدامًا، إذا أمر بتصرف واحد، أما إذا قال: اشتر لى ثوبًا وبعه يكون مأذونًا. (ك)

(١١) قوله: "ينسد إلخ" فإن كل من علم أنه لو أذن لمملوكه فى شراء بقل أو جمد بفلس، أو ما أشبه ذلك يصير مأذونًا فى التجارة، وبعد ذلك يصح إقراره على نفسه بديون التجارة بحيث يتوى بذلك رقبته وكسبه، فيمتنع عن استخدام مملوكه فى ذلك، فيفوت عليه مقاصده فى الاستخدام، فلهذه الضرورة جعلنا الإذن فى بعض الصور إذنًا فى التجارة وفى بعضها جعلناه استخدامًا، فالفاصل بينهما أنه إذا أذن له بعقود متكررة مرة بعد أخرى يعلم أن مراده الربح، فيجعل ذلك إذنًا فى التجارة، كما إذا قال: اشتر لى ثوبًا، وبعه، لأنه أمره بعقود متكررة، وكذا لو قال: بع ثوبى هذا واشتر بثمنه كذا يصير مأذونًا فى التجارة، وإذا أذن له بعقد واحد لا يجعل ذلك إذنًا فى التجارة، بل يعتبر استخدامًا كما إذا قال: اشتر لى ثوبًا لكسوة لأنه أمره بعقد واحد، فلا يكون هذا إذنًا فى التجارة، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل. (ك)

(١٢) غلة –بالفتح– در آمد چيزى از حبوب ونقود وجزآن وآمد كرايه مكان ومزد غلام، وما حصل زمين. (من)

بالكسب، أو قال له: اقعد صباغًا أو قصارًا[١]، لأنه أذن[٢] بشراء ما لا بد منه لهما، وهو نوع، فيصير[٣] مأذونًا في الأنواع.

قال[٤]: وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز، وكذا بالودائع، لأن الإقرار من توابع التجارة[٥]، إذ لو لم يصح[٦] لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته، وإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر[٧]، بخلاف الإقرار بما يجب من المال[٨] لا بسبب التجارة، لأنه كالمحجور في حقه[٩].

قال[١٠]: وليس له أن يتزوج، لأنه ليس بتجارة، ولا يزوج مماليكه، وقال أبو يوسف: يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها[١١]، فأشبه إجارتها[١٢].

ولهما أن الإذن[١٣] يتضمن التجارة، وهذا[١٤] ليس بتجارة، ولهذا لا يملك تزويج العبد[١٥]، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون[١٦] والمضارب والشريك شركة

---

(١٣) المال.

(١) گازر.

(٢) دلالة.

(٣) العبد.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "توابع التجارة" أما الديون والودائع فظاهر، فإن البائع قد لا يقبض الثمن، فيكون دينًا، أو يقبض فيودع عنده، وأما بالغصوب فلأن الغصب يوجب الملك عند الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة، ومن ملك التجارة ملك توابعها، لأنه لو لم يملكها لأدى ذلك إلى انتفاء التجارة. (عناية)

(٦) الإقرار.

(٧) قوله: "كما في الحر [والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهما من المال والكسب. ع]" دين صحة المريض ما لزمه في مرضه مرض الموت بسبب معروف كبدل ملكه بالاستقراض أو بالشراء، وعاينها الشهود، أو أهلك مالا، أو تزوج بمهر مثلها وعاينها الناس سواء، ويقدمان على ما أقر به في مرضه، ولو كان المقر به وديعة. (مجمع الأنهر)

(٨) قوله: "بما يجب إلخ" كما لو أقر بجناية على حر أو عبد، أو مهر وجب عليه بنكاح جائز، أو فاسد، أو شبهه، فإن إقراره باطل لا يؤاخذ به حتى يعتق، لأن فك الحجر إنما ظهر في حق التجارة، وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة، فصار إقراره فيها، وإقرار المحجور سواء.

(٩) أي في حق ذلك المال.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) وهو المقصود بالإذن. (ع)

(١٢) [الأمة] فإنها تجوز للمأذون.

(١٣) أن الإذن" أي سلمنا أن الإذن لتحصيل المال لكن لا مطلقًا بل على وجه يكون من صنيع التجار. (ع)

(١٤) أي تزويج الأمة.

عنان[١] والأب والوصي.

قال[٢]: ولا يكاتب؛ لأنه ليس بتجارة إذ هي مبادلة المال بالمال، والبدل فيه[٣] مقابل بفك الحجر[٤]، فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى[٥] ولا دين عليه[٦]؛ لأن المولى قد ملكه[٧] ويصير العبد نائبًا عنه، ويرجع الحقوق[٨] إلى المولى، لأن الوكيل في الكتابة سفير.

قال: ولا يعتق على مال؛ لأنه لا يملك الكتابة[٩]، فالإعتاق أولي، ولا يقرض؛ لأنه تبرع محض كالهبة، ولا يهب بعوض، ولا بغير عوض، وكذا لا يتصدق؛ لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء[١٠]، أو ابتداء[١١]، فلا يدخل تحت

(١٥) قوله: "ولهذا لا يملك إلخ" توضيح بما ليس بواضح لعرائة عن تحصيل المال بالكلية، بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة. (ع)

(١٦) قوله: "وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون إلخ" يعني أن هؤلاء يملكون تزويج العبد بالاتفاق لا تزويج الأمة عندهما، خلافًا لأبي يوسف، قال في "النهاية" في هذه الرواية نظر، لأنه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن للأب والوصي أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الأب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب، وللمكاتب أن يزوج أمته، لأنه اكتساب لاستفادته المهر، وما ذكره في المكاتب أصح، لأنه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتيمية ومختصر الكافي، وأحكام الصغار، وقال بعض الشارحين: يحمل على أن في المسألة روايتين. (ع)

(١) وقد مر بيان شركة العنان، فارجع هناك.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) أي في الكتابة.

(٤) وهو ليس بمال. (ع)

(٥) قوله: "إلا أن يجيزه المولى" فحينئذ يجوز إذا لم يكن عليه دين، لأن هذا عقد له مجيز حال وقوعه، فيتوقف على الإجازة، ويكون الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، وبيانه أن كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة، فيملك الإجازة. (ك)

(٦) قوله: "ولا دين [الواو حالية] عليه" قيد به لأنه لو كان عليه دين كثير أو قليل فكتابته باطلة، وإن أجازه المولى، لأن المولى بالإجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد، وقيام الدين عليه يمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثر، كما لو أخذه من يده وعليه دين، وإذا لم يكن على العبد دين وكاتب عبده فأدى المكاتب جميع الكتابة قبل إجازة المولى لم يعتق، لأن ما أخذ ملك رقيقه والمكاتبة غير نافذة.

وإن كان المولى أجاز الكتابة وعلى العبد دين محيط فهذا والأول سواء في قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن المولى لا يملكه فلا ينفذ إجازته، وأما عندهما فالمكاتب حر والمولى ضامن بقيمته للغرماء. (ك)

(٧) الكتابة.

(٨) قوله: "ويرجع الحقوق" وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز، وثبوت الولاء بعد العتق إلى المولى، لأن الوكيل في الكتابة سفير لكونها إسقاطًا، فكان قبض البدل إلى من نفذ العتق من جهته. (ع)

(٩) قوله: "لا يملك الكتابة" مع أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، فأولى أن لا يملك الإعتاق على مال، لأنه إعتاق في الحال. (ك)

(١٠) كما في الهبة بغير العوض.

الإذن بالتجارة. قال: إلا أن يهدى اليسير من الطعام[١]، أو يضيف[٢] من يطعمه؛ لأنه من ضرورات التجارة استجلاباً[٣] لقلوب المجاهزين[٤]، بخلاف المحجور عليه، لأنه لا إذن له أصلا، فكيف يثبت ما هو من ضروراته.

وعن أبى يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت[٥] يومه، فدعا بعض رفقاءه على ذلك الطعام، فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر، لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى، قالوا: ولا بأس للمرأة أن تتصدق[٦] من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف[٧] ونحوه، لأن ذلك[٨] غير ممنوع عنه في العادة.

قال: وله أن يحط[٩] من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار؛ لأنه من صنيعهم، وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب[١٠] ابتداء، بخلاف ما إذا حط من غير عيب، لأنه تبرع محض بعد تمام العقد، فليس من صنيع التجار، ولا كذلك[١١] المحاباة[١٢] فى الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه[١٣]، وله أن يؤجل فى دين قد وجب له؛ لأنه[١٤] من عادة التجار.

---

(١١) كما فى الهبة على العوض.

(١) يشير إلى أن إهداء غير المأكولات لا يصح أصلا. (ع)

(٢) قوله: "أو يضيف" أى ضيافة يسيرة، والضيافة اليسيرة معتبرة بمال التجارة، قال محمد ابن مسلمة: إن كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم، واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيراً، وإن كان مال تجارة عشرة مثلا، فاتخذ ضيافة بمقدا دانق، فكذلك يكون كثيراً عرفًا. (ع)

(٣) قوله: "استجلاباً" استجلبه خواست كشيدن شدن چيزى از جاى. (من)

(٤) قوله: "لقلوب المجاهزين [مجاهز تاجر مالدار وغنى. من]" المجاهز هو الغنى من التجار فكأنه أريد المجهز، وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع، أو يسافر به فحرف إلى المجاهز، كذا فى "المغرب". (عناية)

(٥) بالضم: خورش باندازه قوام بدن إنسان. (من)

(٦) أو بدون انضمام رأى الزوج.

(٧) كأمير نان گرده. (من)

(٨) أى التصدق بالشيء اليسير.

(٩) إذا باع ووجد المشترى فيه عيباً.

(١٠) أى بالفسخ.

(١١) قوله: "ولا كذلك المحاباة إلخ" يمكن أن يكون جوابًا عن سؤال مقدر، تقريره أن يقال: كيف جوزتم محاباة المأذون مع أن فيها حطًا من الثمن. (عينى)

(١٢) محاباة فروگذاشت كردن. (من)

(١٣) إشارة إلى قوله: استجلاباً لقلوب المجاهزين. (ك)

(١٤) التأجيل.

قال[١]: وديونه متعلقة برقبته[٢] يباع للغرماء[٣] إلا أن يفديه المولى[٤]، وقال زفر والشافعي: لا يباع[٥] ويباعكسبه في دينه[٦] بالإجماع.

لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال[٧] قد كان له، وذلك[٨] في تعليق الدين بكسبه[٩]، حتى إذا فضل شيء منه[١٠] على الدين يحصل له لا بالرقبة[١١] بخلاف دين الاستهلاك[١٢]، لأنه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن[١٣] ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى، فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك[١٤]، والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا[١٥]

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "وديونه إلخ" أي إذا وجب الديون على المأذون بالتجارة، أو بما هو في معناه، فإن كان له كسب بيع بدينه بالإجماع، وإن لم يكن له كسب يتعلق برقبته يباع للغرماء. (ع)

(٣) قوله: "يباع إلخ" أي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضى المولى، فإن قيل: ما وجه البيع على قول أبي حنيفة، وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين، وبيع القاضي العبد بغير رضى مولاه حجر عليه.
أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لأنه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء، وحجر المحجور غير متصور. (نت)

(٤) قوله: "إلا أن يفديه المولى" أي يؤدي جميع الديون ولم يرد به أداء قيمته، وهذا لأن حق الغرماء هو الدين، فإذا استوفاه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع. (ك)
قوله: "إلا أن يفديه إلخ" إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً لأن اختيار الفداء من الغائب غير متصور، لأن الخصم في رقبة العبد هو المولى، فلا يجوز البيع إلا بحضرته، أو حضرة نائبه، بخلاف الكسب فإنه لا يحتاج فيه إلى حضور المولى، لأن العبد خصم فيه. (ع)

(٥) قوله: "لا يباع" لأن الدين يتعلق بالكسب لا بالرقبة عندهما. (تبيين)

(٦) قوله: "ويباع إلخ" وأبو حنيفة إنما لا يرى الحجر على الحر المكلف، فأما العبد فيرى الحجر عليه، ألا ترى أن المولى يحجره، فكذا جاز حجر القاضي عليه ببيع الكسب عليه. (ك)

(٧) أي العبد.

(٨) قوله: "وذلك [أي غرض المولى]" أي تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان في تعلق الدين بكسبه لا بالرقبة. (ك)

(٩) العبد.

(١٠) الكسب.

(١١) معطوف على قوله: بكسبه.

(١٢) قوله: "بخلاف دين الاستهلاك [أي إذا استهلك شيئًا يباع فيه ويتعلق الدين برقبته]" فإنه يباع فيه، لأنه لا تعلق له بالإذن، فإن وجوبه بالجناية، وقبل الإذن يباع بدين الاستهلاك، فكذا بعده. (ك)

(١٣) قوله: "لا يتعلق بالإذن" ولهذا لو كان محجوراً عليه بيع بذلك، وليس الكلام في ذلك، وإنما الكلام فيما يتعلق بالإذن. (ع)

(١٤) فإنه يتعلق برقبة العبد.

(١٥) قوله: "وهذا [إشارة إلى ظهور وجوب ذلك الدين في حق الولي لا غير. نتائج]" إشارة إلى دفع الضرر،

لأن سببه[١] التجارة، وهى داخلة تحت الإذن، وتعلق الدين برقبته[٢] استيفاء حامل[٣] على المعاملة، فمن هذا الوجه صلح غرضًا للمولى، وينعدم الضرر فى حقه[٤] بدخول المبيع فى ملكه[٥]، وتعلقه بالكسب[٦] لا ينافى تعلقه بالرقبة، فيتعلق بهما، غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة. وقوله فى الكتاب[٧]: ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة، أو بما هو فى معناها كالبيع والشراء[٨] والإجارة[٩] والاستئجار، وضمان المغصوب والودائع[١٠] والأمانات[١١] إذا جحدها وما يجب من[١٢] العقر[١٣] بوطئ المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء[١٤]، فيلحق به[١٥].

وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة، لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف، فمسببه داخل تحته، وإذا كان داخلا تحته كان ملتزما، ولو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرارًا، لأن الكسب قد لا يوجد. (٨)

(١) أى سبب هذا الدين الواجب.

(٢) وقوله: "وتعلق الدين إلخ" جواب عن قولهما إن غرض المولى من الإذن تحصيل مال إلخ، وبيانه أن الدين إذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان حاملا على المعاملة، فيكثر المعاملة، ويزداد الربح، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، فإن خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضًا للمولى. (ع)

(٣) أى حامل للغير على معاملة المأذون. (ك)

(٤) قوله: "وينعدم الضرر إلخ" أى فإن قيل: لا يصلح أن يكون غرضا لأنه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا أجاب عنه بقوله: وينعدم إلخ والمراد بالديون ما وجب بالتجارة، وذلك لا يكون إلا بعد دخول مبيع، أو ما هو فى معناه فى ملك المولى، ودخوله فى ملكه يقابل ما يفوته، والظاهر أن يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد، لأن الشراء بغبن فاحش نادر. وقيل: معنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشترى الديون التى على العبد بالعبد، ولو لم تكن مساوية بقيمته كان ذلك شراء بغبن فاحش، وهو نادر مع أنه لو لم تكن ساوته لاختار أداء الديون دون بيع العبد. (مل)

(٥) الذى وجب بسببه الدين على العبد.

(٦) قوله: "وتعلقه [دين] إلخ" جواب عما يقال: أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة. (ع)

(٧) أى مختصر القدورى. (ع)

(٨) قوله: "كالبيع والشراء" ونظير قوله: دين وجب بالتجارة، وقوله: والإجارة والاستئجار إلى آخره نظير قوله: أو بما هو فى معناها، وصورة وجوب الدين بالبيع هو أن يبيع، ويستحق المبيع والثمن ملك فى يده. (ك)

(٩) قوله: "والإجارة" بأن يستعجل الأجرة ثم هلك المستأجر قبل تمام المدة. (ك)

(١٠) قوله: "والودائع إلخ" الوديعة أخص لأن الودع الترك وهو أن يترك الشىء فى يد الغير قصداً، والأمانة ما يقع فى يد الغير، ولو لا عن قصد كما إذا هبت الريح على ثوب وألقته فى حجر رجل. (حميدية)

(١١) قوله: "والأمانات إلخ" ذكر الأمانات بعد ذكر الودائع، لأن الأمانة أعم من الوديعة ومن أنواع الأمانات مال المضاربة والعارية والبضاعة، ومال الشركة، وهذه الأشياء عند الجحود بها ينقلب غصبًا، فكان الضمان الواجب بهذه الأشياء ضمان غصب، لأن الأمين يصير غاصبًا للأمانة بالجحود. (ك)

(١٢) بيان ما.

(١٣) تقدم بيان العقر، فارجع.

قال[١] : ويقسم ثمنه بينهم بالحصص[٢] لتعلق حقهم بالرقبة، فصار كتعلقها[٣] بالتركة، فإن فضل شيء من ديونه[٤] طولب به[٥] بعد الحرية، لتقرر الدين في ذمته، وعدم وفاء الرقبة به، ولا يباع[٦] ثانيًا؛ كيلا يمتنع البيع[٧]، أو دفعًا للضرر عن المشترى[٨].

ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل[٩] قبل لحوق الدين أو بعده، ويتعلق[١٠] بما يقبل من الهبة، لأن المولى إنما يخلفه[١١] في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد، ولم يفرغ. ولا يتعلق[١٢] بما انتزعه المولى من يده قبل الدين؛ لوجود شرط الخلوص[١٣] له، وله أن يأخذ[١٤] غلة مثله[١٥] بعد الدين؛ لأنه لو لم يمكن منه يحجر عليه، فلا

---

(١٤) قوله: "لاستناده إلى الشراء" فإنه لو لا الشراء لوجب عليه الحد، ولم يجب عليه العقر، وسواء ثبت بإقراره أو بالبينة. (ك)

(١٥) أى بالشراء.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "ويقسم ثمنه [أى إذا باع القاضى العبد]إلخ" أى إن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم فى الثمن بقدر حصته كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء. (عناية)

(٣) الديون.

(٤) العبد.

(٥) العبد.

(٦) العبد.

(٧) قوله: "كيلا يمتنع إلخ" يعنى أن المشترى إذا علم أن العبد الذى اشتراه يباع فى يده ثانيًا بدون اختياره كما فى حق الولى بالإذن فى التجارة يمتنع عن شراءه، فيمتنع البيع الأول حينئذ، فيتضرر الغرماء، فلذلك قلنا: إنه لا يباع ثانيًا. (ك)

(٨) قوله: "أو دفعًا للضرر إلخ" فإن المشترى لم يأذن له فى التجارة فلم يكن راضيًا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه، بخلاف المولى الأول، فإنه أذن له فى التجارة، فكان ملتزمًا بإذنه ضرر البيع على نفسه. (كفاية)

(٩) الكسب.

(١٠) الدين.

(١١) العبد.

(١٢) الدين.

(١٣) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حل أخذ المولى ذلك. (عناية)

(١٤) قوله: "وله أن يأخذ [كما كان يأخذ قبل ذلك. ع] إلخ" أى للمولى أن يأخذ الغلة وهى الضريبة التى يضرب المولى على العبد كل شهر مع قيام الدين عليه استحسانًا، والقياس أن لا يجوز لأن الدين مقدم على حق المولى فى الكسب. وجه الاستحسان أن فى ذلك نفع الغرماء لأن حقهم يتعلق بمكاسبه، ولا يحصل المكاسب إلا ببقاء الإذن فى التجارة، ولو منعناه عن أخذ الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكتساب. (كفاية)

(١٥) قوله: "غلة مثله" الغلة كل ما يحصل من ريع الأرض أو كراءها أو أجرة غلام أو نحو ذلك. (عناية)

يحصل الكسب[١]، والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها[٢]، وتقدم حقهم.

قال[٣]: فإن حجر عليه[٤] لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه؛ لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه[٥]، وقد بايعوه على رجاء ذلك[٦]، ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر.

ولو بايعوه جاز[٧] وإن[٨] بايعه الذي علم بحجره، ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره، فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل[٩]، ويبقى العبد مأذونًا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إذ لم يعلم بالعزل[١٠]، وهذا لأنه يتضرر به[١١] حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق، وما رضي به، وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعًا، أما إذا لم يعلم به[١٢] إلا العبد، ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه.

قال[١٣]: ولو مات المولى أو جن[١٤]، أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون

---

(١) فيتضرر الغرماء.

(٢) الزيادة.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) المولى.

(٥) قوله: "لما لم يتعلق برقبته إلخ" لأن العبد إن اكتسب شيئًا أخذه المولى، وإن لحقه دين أقام البينة أنه قد حجر عليه، فيتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم. (عناية)

(٦) أي تعلق حقهم برقبته وكسبه. (ع)

(٧) لأن الإذن لا يتجزى ابتداء فكذا بقاء. (ع)

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "كما في تبليغ الرسالة [فإن المعتبر الشيوع] إلخ" فإن الذمي إذا أسلم ولم يعلم بوجوب الصلاة حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار الإسلام والحربي إذا أسلم في دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لأن حكم الخطاب غير منتشر في دار الحرب. (كفاية)

(١٠) فيبقى وكيلا.

(١١) أي بالانحجار بدون العلم.

(١٢) أي بالإذن.

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) جنونًا مطبقًا، وقد تقدم في الوكالة تعريفه. (ع)

محجوراً عليه؛ لأن الإذن غير لازم، وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء[١] هذا هو الأصل[٢]، فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء، وهي تنعدم بالموت والجنون[٣]، وكذا باللحوق[٤]، لأنه موت حكمًا حتى يقسم ماله بين ورثته[٥]. قال[٦]: وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه[٧]، وقال الشافعي: يبقى مأذونًا، لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن[٨]، فكذا لا ينافي البقاء، وصار كالغصب[٩]. ولنا أن الإباق حجر دلالة، لأنه[١٠] إنما يرضى بكونه[١١] مأذونًا على وجه يتمكن[١٢] من تقضية دينه بكسبه، بخلاف[١٣] ابتداء الإذن، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح، بخلافها، وبخلاف الغصب، لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر. قال[١٤]: وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها، خلافًا لزفر، وهو يعتبر البقاء[١٥] بالابتداء[١٦].

---

(١) قوله: "يعطى لدوامه حكم الابتداء" لأنه إذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية الفسخ في كل ساعة، فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد، فإذا كان كذلك فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء كما يشترط للابتداء. (كفاية)

(٢) أي الأمر الكلي.

(٣) قوله: "وهي تنعدم إلخ" الطلاق والإذن يشتركان في كونهما إسقاطًا، ولهذا لا يتوقتان بالتوقيت ويفترقان في اللزوم وعدمه، ولهذا يبقى الطلاق بعد الجنون دون الإذن لأن لبقاء الإذن حكم الابتداء بخلاف بقاء الطلاق. (أعظمي)

(٤) بدار الحرب.

(٥) باللحوق.

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "صار محجوراً عليه" وإن عاد العبد من الإباق هل يعود الإذن لم يذكره محمد، والصحيح أنه لا يعود. (عناية)

(٨) قوله: "لا ينافي ابتداء الإذن" فإن المولى إذا أذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذونًا فلأن لا ينافي بقاءه أولى، لأن البقاء أسهل من الابتداء. (عناية)

(٩) قوله: "وصار كالغصب" معناه لو أذن المولى العبد المغصوب يصح، فلو غصب العبد المأذون لا يبطل الإذن فهنا كذلك، وذكر في "الذخيرة" أنه إن بقي للمالك إمكان الأخذ بأن الغاصب مقرًا، أو كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الإذن، لأنه إذا بقي له إمكان الأخذ كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته قائمة، فيصح الإذن فكذلك يبقى الإذن وإن لم يبق للمالك إمكان الأخذ بأن كان الغاصب جاحداً ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الإذن لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته، فيمنع بقاء الإذن أيضًا. (كفاية)

(١٠) المولى.

(١١) العبد.

(١٢) المولى.

(١٣) فإنه يجوز.

(١٤) أي القدوري. (عيني)

ولنا أن الظاهر[١] أنه يحصنها[٢] بعد الولادة، فيكون[٣] دلالة الحجر عادة، بخلاف الابتداء، لأن الصريح قاض على الدلالة، ويضمن المولى قيمتها[٤] إن ركبتها ديون لإتلافه محلا تعلق به حق الغرماء إذ به[٥] يمتنع البيع، وبه[٦] يقضي حقهم. قال[٧]: وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها[٨] فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة، ولا منافاة بين حكميهما[٩] أيضًا، والمولى ضامن لقيمتها[١٠] لما قررناه في أم الولد[١١].

قال[١٢]: فإذا حجر على المأذون فإقراره جائز[١٣] فيما في يده[١٤] من المال[١٥] عند أبي حنيفة، ومعناه أن يقر[١٦] بما في يده أنه أمانة لغيره، أو غصب منه، أو يقر بدين عليه، فيقضي[١٧] مما في يده.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز إقراره، لهما أن المصحح لإقراره إن كان هو

(١٥) قوله: "وهو يعتبر إلخ" فإن المولى لو أذن لأم ولده جاز، فكذا إذا استولدها بعد الإذن وهو القياس. (عناية)

(١٦) أي لو أذن أم ولد جاز.

(١) قوله: "أن الظاهر أنه إلخ" أي الظاهر أن الإنسان يحصن أم ولده، ولا يرضى بخروجها، واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة، فيكون حجراً دلالة، ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء. (ع)

(٢) إحصان: نگهداشتن. (كنز)

(٣) الاستيلاد.

(٤) أم ولد.

(٥) أي بالاستيلاد.

(٦) أي بالبيع.

(٧) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٨) قوله: "أكثر من قيمتها" إنما قيد بكونها أكثر من قيمتها ليظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها. (عيني)

(٩) أي التدبير والإذن.

(١٠) مدبرة.

(١١) قوله: "لما قررناه في أم الولد" وهو قوله: لإتلافه محلا تعلق به حق الغرماء. (ك)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "فإقراره [لغير مولاه] جائز" بخلاف ما إذا بيع المأذون فإنه لا يجوز إقراره فيما في يده بالإجماع. (ك)

(١٤) قوله: "فيما في يده" قيد به لأنه لا يصح إقراره فيما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار. (ك)

(١٥) قوله: "من المال" قيد به لأنه لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر بالإجماع. (ك)

(١٦) قوله: "ومعناه إلخ" إنما فسره بذلك لأن مطلق الإقرار منه ما كان مضموناً كالديون والغصوب لا الأمانات فبين أن المراد به التعميم. (ع)

(١٧) الدين.

الإذن فقد زال بالحجر، وإن كان اليد فالحجر أبطلها، لأن يد المحجور[١] غير معتبرة[٢]، وصار كما[٣] إذا أخذ المولى كسبه[٤] من يده قبل إقراره، أو ثبت حجره بالبيع[٥] من غيره، ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر[٦].

وله: أن المصحح هو اليد، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده[٧] واليد[٨] باقية[٩] حقيقة[١٠]، وشرط بطلانها بالحجر حكمًا فراغها[١١] عن حاجته، وإقراره دليل تحققها[١٢]، بخلاف[١٣] ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار، لأن يد المولى ثابتة حقيقةً وحكمًا[١٤]، فلا تبطل بإقراره، وكذا ملكه ثابت في رقبته[١٥]، فلا يبطل[١٦] بإقراره[١٧] من غير رضاه، وهذا بخلاف ما إذا باعه[١٨]، لأن

---

(١) قوله: "لأن يد المحجور إلخ" ورد بأنا لا نسلم أن يده غير معتبرة فإنه لو استودع المحجور وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسألة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء، وأجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه، وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد. (عناية)

(٢) قوله: "غير معتبرة" أي فيما هو من كسبه، أو فيما عرف أنه من مال المولى، وإذا لم يكن كذلك فيده معتبرة. (ك)

(٣) قوله: "وصار كما إذا أخذ إلخ" بيان لإبطال الحجر يده بمسائل متفق عليها فإن المولى إذا انتزع ما في يده لا يسمع إقرار العبد فيه بالاتفاق، وكذا إذا باع العبد من غيره يثبت الحجر. (م)

(٤) بعد الحجر حيث لا يسمع إقراره.

(٥) أي ببيع مولاه إياه من غيره، فإنه لا يصح إقراره أيضًا. (عيني)

(٦) قوله: "ولهذا لا يصح إقراره إلخ" يعني إذا أقر بعد الحجر بمال لا يصح هذا الإقرار في حق الرقبة حتى لا يباع العبد بهذا الإقرار بالاتفاق. (عيني)

(٧) بعد حجره عليه قبل إقراره. (تبيين) لزوال المصحح. (م)

(٨) أي يد العبد.

(٩) بعد الحجر.

(١٠) فإن الكلام في الإقرار بما في يده. (م)

(١١) أي فراغ ما في يده من الإكساب.

(١٢) قوله: "وإقراره دليل إلخ" يعني أن مطلق إقراره دليل تحقق الحاجة حملا لحالة المقر على الصلاح، فإن قيل: لو كان إقراره دليل تحققها فصح بما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار أجاب بقوله: بخلاف إلخ. (م)

(١٣) أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها. (م)

(١٤) قوله: "ثابتة حقيقة إلخ" أما حقيقة فلأن الكلام فيما انتزعه من يده، وأما حكما فلأن النزع كان قبل ثبوت الدين، فلا يبطل يده بإقراره لأنه إقرار بما ليس في يده وهو باطل. (م)

(١٥) العبد.

(١٦) الملك.

(١٧) العبد.

(١٨) قوله: "وهذا بخلاف ما إذا باعه إلخ" أي بخلاف إقراره بعد ما باعه المولى من غيره، لأن الدخول في ملك

العبد قد تبدل[١] بتبدل الملك على ما عرف[٢]، فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك[٣]، ولهذا لم يكن خصمًا فيما باشره قبل البيع[٤].

قال[٥]: وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته[٦] لم يملك المولى ما في يده، ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة.

وقالا: يملك ما في يده ويعتق[٧] وعليه قيمته[٨]؛ لأنه وجد سبب الملك في كسبه[٩] وهو ملك الرقبة[١٠]، ولهذا يملك إعتاقه[١١]، ووطء الجارية المأذون لها، وهذا[١٢] آية كماله، بخلاف الوارث، لأنه يثبت الملك له[١٣] نظرًا للمورث، والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته أما ملك المولى[١٤] ما ثبت نظرًا للعبد[١٥].

غيره صار كعين آخر لما عرف أن تبدل الملك كتبدل العين، فصار إقراره كإقرار عبد آخر، فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما أخرجه من يده. (تبيين)

(١) بالبيع.

(٢) إشارة إلى حديث بريرة رضي الله عنها. (ع)

(٣) قوله: "فلا يبقى ما ثبت إلخ" مراده بما ثبت بحكم الملك يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقةً، وشرط بطلانها بالحجر حكمًا إلخ، ولما كان تبدل الملك فيما إذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الأول من يده الحكمية بخلاف ما نحن فيه، فإن اليد فيه باقية حقيقةً وحكمًا ما لم تفرغ عن حاجته. (نت)

قوله: "ما ثبت إلخ" أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الإذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الإذن. (غن)

(٤) قوله: "ولهذا لم يكن إلخ" توضيح لتبدل العبد فإن العبد إذا باشر شيئًا قبل البيع لم يكن خصمًا فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره، ولو لا تبدله لكان خصمًا لصدور المباشرة عنه حقيقةً. (ع)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "تحيط بماله إلخ" كما إذا أذن لعبد، فاشترى عبدًا يساوي ألفًا، والمأذون أيضًا يساوي ألفًا وعليه ألفا درهم. (ع)

(٧) ما أعتقه المولى.

(٨) أي قيمة المعتق للغرماء لتعلق حقهم به. (ع)

(٩) المأذون.

(١٠) أي رقبة المأذون، فإن ملك الأصل علة لملك الفرع. (ع)

(١١) المأذون.

(١٢) قوله: "وهذا" أي المذكور من ملك الإعتاق، وحل وطء الأمة آية كمال ملك الرقبة، فكان سبب الملك في الكسب موجودًا على الكمال، فيملكه وينفذ فيه إعتاقه، فإن قيل: سلمنا ذلك لكن المانع متحقق، وهو إحاطة الدين، فإنها تمنع عن ذلك كما في التركة إذا استغرقها الديون فإنها تمنع إعتاق الوارث.

أجاب بقوله: بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظرا للمورث بإيصال ماله إلى أقرب الناس إليه، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب، ولا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركته بل النظر في ضده، أي في ضد ثبوت الملك للوارث، وهو قضاء الدين لأنه فرض عليه، والميراث صلة، وإذا كان سبب الملك النظر، وقد فات ففات الملك، ولا عتق في غير الملك. (ع)

(١٣) فإن صرف أكسابه إلى أقرب الناس إليه نظر في حقه كيلا يتعطل سعيه في دار الدنيا. (ك)

وله أن الملك للمولى إنما يثبت خلافة[١] عن العبد عند فراغه عن حاجته[٢]، كملك الوارث على ما قررناه[٣]، والمحيط[٤] به الدين مشغول بها فلا يخلفه[٥] فيه[٦]، وإذا عرف[٧] ثبوت الملك[٨] وعدمه فالعتق فريعته، وإذا نفذ[٩] عندهما يضمن[١٠] قيمته للغرماء لتعلق حقهم به. قال: وإن لم يكن الدين محيطاً[١١] بماله[١٢]

---

(١٤) قوله: "أما ملك إلخ" أي ملك المولى كسب عبده ليس باعتبار نظر العبد، بل باعتبار أن يستحيل وقوع الملك له مع قيام الرق فيه، وهذا المعنى قائم بعد الإذن، وثبوت الدين. (ك)

(١٥) حتى يراعى نظر العبد بعدم العتق حتى يقضى دينه. (عناية)

(١) قوله: "إنما يثبت خلافة إلخ" لما أن الكسب في الأصل ملك الكاسب، وإنما يخلفه غيره بعد فراغه عن حاجته، ولهذا لو امتنع المولى من الإنفاق عليه أمر العبد بالكسب والإنفاق على نفسه، وما فضل من حاجته يرد على المولى. وما قالا: إنه وجد سبب الملك في كسبه وهو قيام ملك الرقبة ينتقض بالمكاتب فإن ملك الرقبة موجود، ولا يملك المولى أكسابه، والمأذون بمنزلة المكاتب فجاز أن لا يملك ذلك لمانع، وهو حاجته إلى قضاء دينه لأنه لما صار بمنزلة الحر في حق التصرف، واليد، والحر المديون لا يستحق وارثه بتركته لحاجته إلى قضاء الدين، فكذا ههنا. (ك)

(٢) قوله: "عن العبد" فإن قيل: المولى كيف يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة، والعبد ليس بأهل لملك المال، وشرط الخلافة تصور الأصل، قلنا: العبد ليس بأهل لملك مستقر لكنه أهل لملك ينتقل إلى غيره، إذا فرغ عن حاجته، وهذا لأن العبد من حيث أنه آدمي بمنزلة الحر، ومن حيث إنه مال مملوك كالبهيمة، ولو كان حراً مطلقاً لملك المال ملكاً مستقراً، ولو كان مملوكاً مطلقاً كالبهيمة لم يملك أصلا، فقلنا: بأنه يملك ملكاً منتقلا عملا بالشبهين. (ك)

(٣) قوله: "على ما قررناه" يعني في مسألة تعلق الدين بكسبه. (ع)

(٤) أي المال الذي أحاط به الديون.

(٥) قوله: "فلا يخلفه إلخ" يعني كما إن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة، فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى، لأن الخلافة في الموضعين لانعدام أهلية الملك في المال فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق، لأن المالكية عبارة عن القدرة، والموت والرق ينافيان ذلك، ومنافاة الموت أظهر، والميت جعل كالمالك حكماً لقيام حاجته إلى قضاء ديونه، فكذلك الرقيق. (ع)

(٦) أي في هذا المال.

(٧) قوله: "وإذا عرف إلخ" أي إذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه فمن قال: بثبوت الملك نفذ العتق، ومن لم يقل به أبطله. (ع)

(٨) أي ملك المولى في كسب العبد.

(٩) العتق.

(١٠) المولى.

(١١) قوله: "وإن لم يكن إلخ" الظاهر أن مراده إذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه في قولهم جميعاً كما صرح به في الكافي، وسائر الكتب المعتبرة، إلا أنه اكتفى بذكر قوله بماله، ولم يذكر رقبته بناء على ما ذكرنا من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلق الدين برقبته، وإذا لم يحط الدين بماله يتعين عدم إحاطتها برقبته، فلم يحتج إلى ذكر الثاني بعد ذكر الأول وما وقع في عامة الكتب من قبيل التصريح بما عليم التزاماً بمجرد الاحتياط. (نت)

(١٢) قوله: "بماله" هذه هي الصورة الثانية، كما إذا أذن لعبد فاشترى عبداً يساوي ألفاً، والمأذون أيضاً يساوي ألفاً، وعليه خمس مائة، وأما الصورة الثالثة أي أحاط بماله دون رقبته كما إذا أذن بعد فاشترى عبداً يساوي ألفاً، والمأذون أيضاً يساوي ألفاً، وعليه ألف درهم فحكمها أن المولى إذا أعتق العبد المشتري فعتقه جائز بالاتفاق، كذا نقل في "غاية

جاز عتقه في قولهم جميعًا[١]، أما عندهما فظاهر، وكذا عنده لأنه[٢] لا يعرى عن قليله، فلو جعل مانعًا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن، ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه.

قال[٣]: وإن باع من المولى شيئًا[٤] بمثل قيمته جاز، لأنه[٥] كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه.

وإن باعه بنقصان[٦] لم يجز؛ لأنه متهم[٧] في حقه[٨]، بخلاف ما إذا حابى[٩] الأجنبي عند أبي حنيفة، لأنه لا تهمة فيه[١٠]، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث[١١] بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده[١٢]، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه[١٣]، حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته[١٤]، أما حق الغرماء تعلق بالمالية[١٥] لا

البيان". وقال في "نتائج الأفكار": إن في جواز عتقه على رأي الإمام أبي حنيفة رح إشكالا، فإن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته، والمال الذي أحاط به الدين مشغول بحاجته، فلا يخلفه فيه، فلا يثبت فيه الملك، فكيف يجوز إعتاقه، فتأمل. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(١) ويملك المولى كسبه. (ع)

(٢) أي لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين. (ع)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "وإن باع إلخ" إذا باع العبد المأذون المديون شيئًا من إكسابه من المولى بمثل قيمته جاز، وإن لم يكن مديونًا لا يجوز. (ك)

(٥) أي لأن المولى.

(٦) سواء كان كثيرًا أو قليلا. (ع)

(٧) قوله: "لأنه متهم في حق مولاه بميله إليه عادة. (ع)

(٨) النقصان.

(٩) محاباة يسيرة أو كثيرة، فإنه لا يجوز.

(١٠) قوله: "لأنه لا تهمة فيه" فإن قيل: التهمة قد تكون موجودة أجيب بأنه موهوم حيث إنه لم ينشأ عن دليل. (ع)

(١١) قوله: "وبخلاف إلخ" معطوف على قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رح على أن يكون معنى الكلام، وهاتان المسألتان أعني قول القدوري، وإذا باع من المولى شيئًا بمثل قيمته جاز، وقوله: وإن باعه بنقصان لم يجز ملابستان، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المرتب، أي المسألة الثانية ملابسة، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي والمسألة الأولى ملابسة بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته، لا أن كلتا المسألتين ملابستان بكلا الخلافين. (نت)

(١٢) الإمام أبي حنيفة.

(١٣) أي بعين ذلك الشيء المبيع، أي عين مال الميت. (ع)

(١٤) قوله: "حتى كان إلخ" يعني إذا كان الدين مستغرقًا للتركة، ورضي بعض الورثة بأن يدفع التركة إلى الغرماء كان للباقي من الورثة أن يستخلص التركة لنفسه بأداء قيمة التركة. (ن)

(١٥) لا بعينه.

غير[١]، فافترقا[٢].

وقالا: إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة[٣]، وإن شاء نقض البيع، وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش[٤] سواء[٥]، ووجه ذلك[٦] أن الامتناع[٧] لدفع الضرر من الغرماء، وبهذا يندفع الضرر عنهم، وهذا[٨] بخلاف البيع من الأجنبى بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة، والمولى يؤمر به[٩]، لأن البيع باليسير منها[١٠] متردد بين التبرع[١١]، والبيع لدخوله[١٢] تحت تقويم المقومين، فاعتبرناه تبرعًا فى البيع[١٣] مع المولى للتهمة غير تبرع[١٤] فى حق الأجنبى لانعدامها[١٥]. وبخلاف ما إذا باع من الأجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى، ولا إذن فى البيع مع الأجنبى، وهو آذن بمباشرته بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء، وهذان الفرقان[١٦] على أصلهما[١٧].

---

(١) فلا ضرر لهم فى البيع.

(٢) أى العبد والمريض. (نت)

(٣) بإيصال الثمن إلى تمام القيمة. (ع)

(٤) قوله: "وعلى المذهبين [أى مذهب أبى حنيفة وصاحبيه. ع] إلخ" اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوى المحاباة اليسيرة والكثيرة. (ع)

(٥) قوله: "سواء" إذا باع من المولى شيئًا بنقصان لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله فاحشًا كان الغبن أو يسيرًا، وعندهما جاز البيع، فاحشًا كان الغبن أو يسيرًا، ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن وبين أن ينقض البيع. (ك)

(٦) أى وجه الجواز مع التخيير. (ك)

(٧) عن البيع بالنقصان. (ع)

(٨) أى الذى ذكرنا من الجواز والتخيير. (ع)

(٩) أى بإزالة المحاباة.

(١٠) قوله: "منها" أى من المحاباة، وفى بعض النسخ منهما، أى من المولى والأجنبى. (مل)

(١١) قوله: "متردد بين التبرع إلخ" أما التبرع فللنقصان عن الثمن فى قدر المحاباة، وأما البيع فلدخوله إلخ. (عناية)

(١٢) أى لدخول اليسير من المحاباة.

(١٣) فيجوز بخيار.

(١٤) فيجوز بلا خيار.

(١٥) التهمة.

(١٦) قوله: "وهذان الفرقان" أى الفرق بين المولى والأجنبى فى حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالتها دون الأجنبى. والفرق بينهما فى المحاباة الكثيرة حيث لا يجوز عندهما مع الأجنبى أصلا، ويجوز مع المولى، ويؤمر بالإزالة. (ع)

(١٧) قوله: "على أصلهما" لأن أبا حنيفة رحمه الله لما لم يجوز البيع من المولى لا بالغبن اليسير ولا بالغبن الفاحش لا يحتاج إلى هذين الفرقين، وإنما يحتاج إلى فرق واحد، وهو جواز بيع العبد من الأجنبى بالغبن الفاحش، وعدم الجواز من

قال[1] : وإن باعه المولى شيئًا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع ؛ لأن المولى أجنبى عن كسبه[2] إذا كان عليه دين على ما بيناه، ولا تهمة فى هذا البيع، ولأنه[3] مفيد فإنه يدخل فى كسب العبد ما لم يكن فيه، ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة، فإن سلم إليه[4] قبل قبض الثمن بطل الثمن، لأن حق المولى فى العين من حيث الحبس، فلو بقى بعد سقوطه[5] يبقى[6] فى الدين، ولا يستوجبه المولى على عبده، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضًا[7]، لأنه يتعين، وجاز أن يبقى حقه[8] متعلقًا بالعين.

قال: وإن أمسكه[9] فى يده حتى يستوفى الثمن جاز؛ لأن البائع له حق الحبس فى المبيع، ولهذا كان أخص به[10] من سائر الغرماء، وجاز أن يكون للمولى[11] حق[12] فى الدين، إذا كان يتعلق بالعين[13].

المولى والفرق ما ذكر فى الكتاب. (ك)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "لأن المولى إلخ" هذه النكتة على قول أبى حنيفة رح، والنكتة الثانية وهو قوله: ولأنه مفيد على قولهما، أو على قول الكل. (ك)

(٣) أى لأن هذا البيع.

(٤) أى سلم المولى المبيع إلى العبد.

(٥) قوله: "فلو بقى [أى حق المولى] إلخ" تقريره أن حق المولى ثابت فى العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية الدين بعد البيع والثابت فى العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به، فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك فى الدين لكونه فى مقابل العين والمولى لا يستوجبه على عبده حتى لو أتلف شيئًا من ماله لم يضمن. (ع)

(٦) حق المولى.

(٧) قوله: "بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا" لأن المولى يستوفيه وهو أحق به من الغرماء، لأنه ملكه بعينه بالعقد، ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد عبد كما لو أودع عند عبده شيئًا، أو غصبه منه. (ع)

(٨) المولى.

(٩) أى إن أمسك المولى المبيع.

(١٠) قوله: "أخص [أى قبل القبض] به" اشترى شيئًا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن فالبائع أسوة للغرماء، ولو لم يقبضه المشترى فإن البائع أحق به اتفاقا، كذا فى الدر المختار، وقال فى رد المحتار: قوله: فإن البائع أحق به الظاهر إن المراد أنه أحق بحبسه عنده حتى يستوفى الثمن من مال الميت أو يبيعه القاضى، ويدفع له الثمن، فإن وفى بجميع دين البائع فبها، وإن زاد ودفع الزائد لباقى الغرماء وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقى له، وليس المراد بكونه أحق به أنه يأخذه مطلقًا إذ لا وجه لذلك، لأن المشترى ملكه، وانتقل بعد موته إلى ورثته، وتعلق به حق غرماءه.

(١١) قوله: "وجاز أن يكون إلخ" أى فإن قيل: على هذا التقرير استوجب المولى دينا فى ذمة للعبد حتى حبس المبيع لأجله، وهو لا يستوجبه على ما قلتم آنفا، أجاب عنه بقوله: وجاز إلخ. (ع)

(١٢) على العبد.

(١٣) قوله: "إذا كان [الدين] يتعلق بالعين [المبيع]" كالمكاتب فإن المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين تعلق

ولو باعه[١] بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة[٢]، أو ينتض البيع، كما بينا فى جانب العبد، لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء.

قال[٣]: وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون[٤] فعتقه جائز؛ لأن ملكه فيه باقٍ والمولى ضامن لقيمته[٥] للغرماء، لأنه أتلف[٦] ما تعلق به حقهم بيعًا واستيفاء من ثمنه، وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق، لأن الدين فى ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضمانًا، فبقي الباقي عليه كما كان.

فإن كان[٧] أقل من قيمته ضمن[٨] الدين لا غير؛ لأن حقهم[٩] بقدره[١٠] بخلاف ما إذا أعتق المدبر[١١] وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون؛ لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما[١٢] استيفاء بالبيع، فلم يكن المولى متلفا حقهم[١٣]، فلا يضمن[١٤] شيئًا.

قال[١٥]: فإن باعه المولى[١٦]، وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه[١٧]،

برقبته، وهذا لأن البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع، ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن، فإذا كان اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هى، وبالدين من حيث تعلقه بالعين. (ع)

(١) المولى.

(٢) قوله: "يؤمر [العبد] بإزالة إلخ" قال فى "النهاية". هذا على رواية صاحب "المبسوط"، وأما على رواية صاحب الكتابة، وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام، فإن هذا البيع لا يجوز عند أبى حنيفةرح أصلا كما فى جانب العبد. (ع)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "وعليه ديون" لزمته بسبب التجارة أو الغصب، أو جحود الوديعة أو إتلاف المال. (عناية)

(٥) قوله: "ضامن لقيمته" بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به. (عناية)

(٦) وضمان الإتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه. (ع)

(٧) الدين.

(٨) المولى.

(٩) الغرماء.

(١٠) الدين

(١١) فلا ضمان على المولى.

(١٢) لأنه لا يجوز بيعهما.

(١٣) بالعتق.

(١٤) المولى.

(١٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٦) قوله: "فإن باعه إلخ" معناه باعه بثمن لا يفى بديونهم بدون إذن الغرماء والدين حال. (عناية)

(١٧) قوله: "وغيبه" قيد بقوله: وغيبه لأن الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم أن يبطلوا البيع إلا أن يقضى المولى ديونهم، فإذا لم يقدروا على العبد، فإن شاء إلخ. (عينى)

فإن شاء الغرماء[١] ضمنوا البائع قيمته، وإن شاءوا ضمنوا المشترى؛ لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضى المولى دينهم، والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم، والمشترى[٢] بالقبض والتغييب، فيخيرون فى التضمين[٣]، وإن شاءوا[٤] أجازوا البيع وأخذوا الثمن؛ لأن الحق لهم[٥] والإجازة اللاحقة كالإذن[٦] السابق، كما فى المرهون[٧]. فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة[٨]، فيكون حق الغرماء فى العبد، لأن سبب الضمان[٩] قد زال وهو البيع والتسليم، صار كالغاصب إذا باع[١٠] وسلم[١١] وضمن[١٢] القيمة، ثم رد[١٣] عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا.

قال[١٤]: ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين[١٥] فللغرماء أن يردوا البيع[١٦] لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء[١٧] من رقبته، وفى كل واحد منهما

(١) قوله: "فإن شاء إلخ" هذا الخيار إذا كان الثمن أقل من القيمة، أما إذا كان أكثر أو مساويًا فلا خيار لهم. (تاج الشريعة)

(٢) أى المشترى متلف حقهم بالقبض.

(٣) قوله: "فيخيرون إلخ" ثم إن ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع لأن استرداد القيمة منه كاسترداد العبد لو ظفروا به وإن ضمنوا البائع قيمته، تم البيع الذى جرى بين البائع والمشترى لزوال المانع. (ك)

(٤) هذا يدل على أن البيع كان موقوفًا. (عينى)

(٥) قوله: "لأن الحق لهم" فلهم الإجازة، والإجازة اللاحقه كالإذن السابق، ولو كان البيع بإذنهم لم يكن هناك ضمان. (ع)

(٦) قوله: "كالإذن" فإن قيل: يشكل بما إذا كفل رجل عن غيره بغير إذنه، ثم أذن المكفول له لا يرجع الكفيل عليه، قلنا: لأنه لا يحتاج إلى الإذن، فلا يؤثر الإذن فيها، ولا كذلك ههنا، فإن البيع يتوقف لزومه على إجازة الغرماء. (ك)

(٧) قوله: "كما فى المرهون" يعنى أن الراهن إذا باع المرهون بدون إجازة المرتهن، ثم أجازه المرتهن جاز البيع، لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء. (ع)

(٨) قوله: "فللمولى أن يرجع [على الغرماء] إلخ" معناه إذا قبله بقضاء لأن القاضى إذا رده فقد فسخ العقد بينهما، فعاد إلى الحال الأول، وهو ظاهر. (ع)

(٩) أى سبب وجوب الضمان على المولى.

(١٠) المغصوب.

(١١) إلى المشترى.

(١٢) المالك.

(١٣) المغصوب.

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٥) قوله: "وأعلمه بالدين" أى أعلم البائع المشترى بأن هذا العبد الذى أبيعك مديون، وفائدة هذا الإعلام سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازمًا فيما بين البائع والمشترى، وإن لم يكن لازمًا فى حق الغرماء. (ك)

فائدة فالأول[1] تام مؤخر[2]، والثانى[3] ناقص معجل، وبالبيع يفوت هذه الخيرة، فلهذا لهم أن يردوه. قالوا[4]: تأويله[5] إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم[6].

قال: فإن كان البائع غائبًا[7]، فلا خصومة بينهم[8]، وبين المشترى معناه إذا أنكر الدين[9]، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: المشترى خصم ويقضى لهم بدينهم، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارًا، ووهبها[10] وسلمها[11] وغاب[12]، ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافًا له، وعنهما[13] مثل قوله فى مسألة الشفعة.

لأبى يوسف أنه يدعى الملك لنفسه، فيكون خصمًا لكل من ينازعه[14]، ولهما

---

(١٦) إذا لم يكن فى ثمنه وفاء بديونهم. (ك)

(١٧) من العبد.

(١) الاستسعاء.

(٢) أى إلى زمان الاستسعاء. (ك)

(٣) الاستيفاء من رقبته.

(٤) المشايخ.

(٥) قوله: "تأويله إلخ" فى هذا اللفظ نوع نظر إذ كان من حقه أن يقال، وتأويله إذا باع بثمن لا يفى بديونهم كما هو المذكور فى جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الإسلام، ومأذون "الجامع الصغير" لقاضى خان، والذخيرة، وذلك لأنه إذا لم يكن فى البيع محاباة، ولكن الثمن إذا كان لا يفى بديونهم كان لهم أن يردوا البيع لفوات حقهم فى الاستسعاء فيما بقى من ديونهم على العبد.

اللهم إلا أن يرد بقوله: فإن وصل ولا محاباة فى البيع ضاء الغرماء بأخذهم الثمن، فإنهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع، فينسد حينئذ باب الرد. (نهاية)

(٦) قوله: "ليس لهم إلخ" أى ليس للغرماء حق نقض البيع إذا وصل إليهم الثمن والبيع بمثل القيمة وإن لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم. (ك)

(٧) قوله: "فإن كان البائع إلخ" أما إذا كان المشترى غائبًا والبائع حاضرا، فلا خصومة بينهم وبين البائع فى رقبة العبد بلا خلاف، حتى يحضر المشترى، لأن الملك واليد للمشترى، وإبطال ذلك بدون حضوره لا يمكن فيه فما لم يبطل ملك المشترى لا يكون الرقبة محلا لحق الغرماء، إلا أن لهم أن يضمنوا البائع قيمته، لأن بالبيع والتسليم صار مفوتًا محل حقهم. (كفاية)

(٨) الغرماء.

(٩) قيد بالإنكار لأن المشترى إذا أقر بدينهم وصدقهم فى الدعوى كان لهم أن يرد البيع بلا خلاف. (ع)

(١٠) لرجل.

(١١) إلى الموهوب له.

(١٢) المشترى الواهب.

(١٣) فى رواية ابن سماعة.

أن الدعوى يتضمن فسخ العقد، وقد[١] قام[٢] بهما[٣]، فيكون الفسخ قضاء على الغائب[٤]. قال[٥]: ومن قدم مصراً فقال: أنا عبد لفلان، فاشترى وباع[٦] لزمه[٧] كل شيء من التجارة؛ لأنه إن أخبر بالإذن، فالإخبار دليل عليه، وإن لم يخبر فتصرفه[٨] جائز إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره، والعمل بالظاهر[٩] هو الأصل في المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس[١٠]، إلا أنه لا يباع[١١] حتى يحضر مولاه؛ لأنه لا يقبل قوله[١٢] في الرقبة[١٣]، لأنها خالص حق المولى، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بيناه[١٤].

فإن حضر وقال: هو مأذون بيع في الدين؛ لأنه ظهر الدين في حق المولى، وإن قال: هو محجور فالقول قوله[١٥]؛ لأنه متمسك بالأصل.

---

(١٤) فيما في يده.

(١) الواو حالية.

(٢) العقد.

(٣) أي بالبائع والمشتري.

(٤) وهو لا يجوز.

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) أخبر أن مولاه أذن له أو لم يخبر.

(٧) قوله: "لزمه [أي فحكمه حكم المأذون]" وهذا استحسان، والقياس أن لا يقبل قوله، لأنه أخبر عن شيئين: أحدهما: أخبر أنه مملوك، وهذا إقرار منه على نفسه، والثاني: أخبر أنه مأذون في التجارة، وهذا إقرار على المولى، وإقراره عليه ليس بحجة. (ف)

(٨) أي فتصرفه دليل عليه. (ك)

(٩) قوله: "والعمل بالظاهر إلخ" والظاهر أنه مأذون له، لأن عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب المحرم، فوجب حمله عليه لوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح ما أمكن. (تبيين)

(١٠) قوله: "كيلا يضيق الأمر إلخ" توضيحه أن للناس حاجة في قبوله، لأن الإنسان يبعث الأحرار والعبيد في التجارة، فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة، وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى. (ف)

(١١) قوله: "إلا أنه [العبد] إلخ" استثناء من قوله: لزمه كل شيء، ومعناه أنه إذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه. (ف)

(١٢) قوله: "لا يقبل قوله إلخ" لأن بيع الرقبة ليس من لوازم الإذن في التجارة، ألا يرى أنه إذا أذن المدبر، وأم الولد، ولحقهما الدين لا يباعان، وهما مأذون لهما بخلاف الكسب فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن في التجارة، لأنه حق العبد. (ك)

(١٣) أي في حق بيع الرقبة. (نتائج)

(١٤) قوله: "على ما بيناه [في وسط كتاب المأذون. ع]" وهو ما ذكر قبل هذا، ويتعلق دينه بكسبه إلى أن قال: لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد. (ك)

فصل[١]

وإذا أذن[٢] ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون[٣] إذا كان يعقل البيع والشراء، حتى ينفذ تصرفه.

وقال الشافعي لا ينفذ لأن حجره لصباه[٤]، فيبقى ببقاءه[٥]، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي[٦] التصرف[٧] عليه، ويملك حجره، فلا يكون واليا للمنافاة[٨]، فصار كالطلاق والعتاق[٩]، بخلاف الصوم والصلاة[١٠]، لأنه لا يقام بالولي، وكذلك[١١] الوصية[١٢] على أصله[١٣]، فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه، أما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ههنا.

ولنا أن التصرف المشروع[١٤] صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية، فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات[١٥]، والصبا سبب الحجر[١٦] لعدم

(١٥) قوله: "فالقول قوله" وعلى الغرماء البينة، لأن دعواه الإذن كدعوة الإعتاق. (ع)

(١) قوله: "فصل" لما فرغ عن بيان أحكام إذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام إذن الصبي والمعتوه، وقدم الأول لكثرة وقوعه. (نت)

(٢) هذا كلام القدوري.

(٣) قوله: "كالعبد المأذون" في نفوذ وعدم التقييد بنوع دون نوع، وصيرورته مأذونًا بالسكوت، وصحة إقراره بما في يده وغير ذلك. (ع)

(٤) قوله: "لصباه" بخلاف حجر الرقيق فإنه ليس للرق نفسه بل لحق المولى، وهو يسقط بإذنه لكونه راضيًا بتصرفه. (ع)

(٥) بعد الإذن.

(٦) في حال كون الصبي مأذونًا.

(٧) في ماله.

(٨) قوله: "للمنافاة" لأن كونه مولى عليه سمة العجز، وكونه واليًا آية القدرة، وهما متضادان، فلا يجتمعان. (ك)

(٩) قوله: "فصار كالطلاق والعتاق" لا يصحان منه وإن أذن له المولى. (ع)

(١٠) أي الصوم النفل والصلاة النافلة، لأنهما لا يقامان بالولي فيصحان منه. (ع)

(١١) قوله: "أي الوصية بأعمال البر.

(١٢) فإن وصية الصبي جائزة عند الشافعي.

(١٣) قوله: "على أصله" أصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه يصح تصرف الصبي فيه بنفسه، وما يتحقق من الولي فلا يصح مباشرة الصبي فيه، لأن تصرفه بنفسه بسبب الضرورة والضرورة تندفع بما يتصرف فيه الولي. (ك)

(١٤) قوله: "ولنا أن إلخ" إما أنه تصرف مشروع فلأن الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي، وإما أنه صدر من أهله، فلأنه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب، ويعلم الغبن اليسير من الفاحش، والأهلية لهذا التصرف بكونه كذلك، وأما إنه في محله فلكون المبيع مالا متقومًا، وأما الولاية الشرعية فلأنه صدر بإذن وليه، والولي يملك هذا التصرف، فكذا من أذن له، ألا يرى أن الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الإذن به فصدوره من الصبي لا يكون من ولاية شرعية وإن أذن الولي بذلك. (ع)

الهداية[١] لا لذاته، وقد ثبت نظراً إلى إذن الولى، وبقاء ولايته لنظر الصبى[٢]، لاستيفاء المصلحة بطريقين[٣]، واحتمال تبدل الحال[٤]، بخلاف الطلاق[٥] والعتاق، لأنه ضار محض، فلم يؤهل[٦] له، والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل[٧] له قبل الإذن[٨] والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر، فيجعل[٩] أهلا له[١٠] بعد الإذن لا قبله، لكن قبل الإذن يكون موقوفًا منه[١١] على إجازة الولى لاحتمال، وقوعه نظراً[١٢] وصحة التصرف فى نفسه[١٣].

وذكر الولى فى الكتاب[١٤] ينتظم الأب والجد[١٥] عند عدمه[١٦]، والوصى والقاضى والوالى[١٧]، بخلاف صاحب الشرط[١٨]؛ لأنه ليس إليه تقليد القضاة،

---

(١٥) قد مر تحقيق الخلافيات، فارجع.

(١٦) قوله: "والصبا [جواب عن قول الشافعي] سبب الحجر" جواب عن قوله، لأن حجره لصباه، وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبى لذاته بل بالغير، وهو عدم الهداية فى أمور التجارة، فصار كالعبد فى كون حجره لغيره، وهو حق المولى، فإذا أذن له المولى زال ذلك الغير، لأنه علم أنه لو لم يكن هاديًا فى أمور التجارة لما أذن له المولى، فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد. (ع)

(١) أى فى أمور التجارة. (ك)

(٢) قوله: "وبقاء ولايته إلخ" جواب عن قول الشافعي، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولى التصرف إلخ. (ك)

(٣) أى بمباشرة وليه له، وبمباشرته لنفسه. (ع)

(٤) قوله: "واحتمال تبدل الحال" فإن حال الصبى يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها، فبقينا ولاية الولى ليتدارك ذلك. (ع)

(٥) جواب عن قوله: وصار كالطلاق والعتاق. (ع)

(٦) أهله ذلك إيهالا كرد او را شائسته وسزا وار آن. (من)

(٧) الصبى.

(٨) وكذا بعده.

(٩) الصبى.

(١٠) لأن نقصان رأيه ينجبر برأى الولى. (ع)

(١١) قوله: "يكون [البيع أو الشراء] موقوفًا إلخ" فإن قيل: إذا باع شيئًا بأضعاف يكون نافعًا محضًا كقبول الهبة، فيجب نفوذه بلا توقف، أجيب بأن المعتبر فى ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقًا. (ع)

(١٢) أى نفعا للصبى.

(١٣) لكونه صادراً من الأهل فى المحل.

(١٤) أى مختصر القدورى.

(١٥) قوله: "ينتظم الأب والجد إلخ" ليس المراد به الترتيب لأن وصى الأب مقدم على الجد، وترتيبه وليه هو الأب، ثم وصى الأب، ثم الجد أب الأب، ثم وصيه، ثم القاضى أو وصيه، ثم الوالى. (ع)

(١٦) الأب.

(١٧) قوله: "والوصى والقاضى إلخ" أما الأم أو وصى الأم فلا يصح منهم الإذن له فى التجارة لأنه غير ولى فى

والشرط أن يعقل كون البيع سالبًا للملك، جالبًا للربح. ج6 31 B

والتشبيه بالعبد المأذون[١] يفيد أن ما يثبت فى العبد من الأحكام يثبت فى حقه[٢]، لأن الإذن فك الحجر، والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدًا كان أو صبيًا، فلا يتقيد تصرفه[٣] بنوع دون نوع، ويصير[٤] مأذونًا بالسكوت[٥] كما فى العبد، ويصح إقراره[٦] بما فى يده من كسبه، وكذا[٧] بموروثه فى ظاهر الرواية[٨]، كما يصح إقرار العبد، ولا يملك تزويج عبده[٩]، ولا كتابته[١٠]، كما فى العبد والمعتوه[١١] الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبى يصير مأذونًا بإذن الأب والجد والوصى دون غيرهم[١٢] على ما بيناه[١٣]، وحكمه حكم الصبى[١٤]، والله أعلم.

التصرفات مطلقًا، بل هو كالأجنبى إلا فيما يرجع إلى حفظه، ولهذا لا يملك بيع عقاره، وإنما جاز بيع وصى الأم العروض التى ورثها الصغير من الأم بطريق التحصين والحفظ على الأم الميتة، وعلى الصغير لا لأنه تجارة حتى لو اشتر شيئًا آخر لليتيم لا يجوز، وليس فى الإذن تحصين وحفظ. (ك)

(١٨) قوله: "بخلاف صاحب الشرط" فى "المغرب": الشرط بالسكون، والحركة خيار الجند، وأول كتبية يحضر الحرب والمجمع شرط، وصاحب الشرطة فى باب الجمعة يراد به أمير البلدة كأمير بخارا، وكان الوالى أكبر من صاحب الشرط، لأن للوالى تقليد القضاء، فلذلك ثبت ولاية إذن الصبى للوالى دون صاحب الشرط. (ك)

قوله: "الشرط" شرطه بالضم چاوش شحنه وسرهنگ آن شرط جمع وهم أول كتيبة تشهد الحرب وتتهيأ للموت وبياؤه كوتوال شرطى مثله سموا بذلك لأنهم أعلموا أنفسهم بعلامات يعرفون بها. (من)

(١) أراد به قوله: فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون. (نت)

(٢) أى فى حق الصبى. (نت)

(٣) الصبى بالإذن.

(٤) الصبى.

(٥) قوله: "بالسكوت" بأن يراه وليه يبيع ويشترى ويسكت. (عينى)

(٦) الصبى.

(٧) يصح إقراره بموروثه.

(٨) قوله: "فى ظاهر الرواية" قيد بظاهر الرواية، لأنه روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يصح إقراره فيما ورثه عن أبيه، لأن صحة إقراره فى كسبه لحاجته إلى ذلك فى التجارات حتى لا يمتنع الناس عن المبايعة معه خوفا عن توى أموالهم، ولهذا ملكه، وإن لم يملك الولى الإقرار عليه، ووجه الظاهر أنه بانضمام رأى الولى التحق بالبالغ، وكل واحد من المالين ملكه فارغ عن حاجة الغير، فيصح إقراره فيهما. (ك)

(٩) قوله: "ولا يملك تزويج عبده" فيه إجماع، وفى تزويج أمته خلاف أبى يوسف، فإنه يجوز عنده. (ك)

(١٠) قوله: "ولا كتابته" وإنما لم يملكها مع أن الأب والوصى يملكانها، لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر، فيتحقق فى الكتابة النظر، وأما تصرف الصبى بعد الإذن مقيد بالتجارة، والكتابة ليست بتجارة. (ك)

(١١) قوله: "والمعتوه" المعتوه الناقص العقل، وقيل: المدهوش من غير جنون، وقيل: مختلط الأقوال والأفعال.

(١٢) قوله: "دون غيرهم" أى من الأقارب كالأخ والعم وفائدة هذا التقييد أنه يصير مأذونًا بإذن القاضى، كما مر فى حق الصبى. (ك)

كتاب الغصب[(١)]

الغصب في اللغة: عبارة عن أخذ الشيء[(٢)] من الغير على سبيل التغلب[(٣)] للاستعمال فيه[(٤)] بين أهل اللغة. وفي الشريعة: أخذ مال[(٥)] متقوم[(٦)] محترم[(٧)] بغير إذن المالك على وجه يزيل يده[(٨)]، حتى كان[(٩)] استخدام العبد[(١٠)] وحمل الدابة[(١١)] غصبًا دون الجلوس على البساط[(١٢)]، ثم إن كان مع العلم[(١٣)] فحكمه المأثم[(١٤)] والمغرم[(١٥)]، وإن كان بدونه[(١٦)] فالضمان؛ لأنه حق العبد، فلا يتوقف على قصده،

---

(١٣) قوله: "على ما بيناه" أشار به إلى قوله: وذكر للولي في الكتاب ينتظم إلخ. (عيني)

(١٤) قوله: "وحكمه حكم الصبي" هذا إذا بلغ معتوها، فأما إذا بلغ عاقلا ثم عته فأذن له الأب في التجارة قال أبو البلخي: لا يصح قياسًا، وهو قول أبي يوسف، ويصح استحسانًا، وهو قول محمد رحمهما الله. (ع)

(١) قوله: "كتاب الغصب" المناسبة بين كتاب الغصب وكتاب المأذون أن المأذون يتصرف في الشيء بالإذن الشرعي، والغاصب يتصرف لا بإذن شرعي، فكان بينهما مناسبة المقابلة إلا أنه قدم كتاب المأذون لأنه مشروع، والغصب ليس بمشروع. (غن)

(٢) يعني مالا أو غيره يقال: غصب زوجة فلان أو ولده. (ك)

(٣) تغلب بچيزگى تمام دست يافتن بر چيزى، يقال: تغلب عليه، أي استولى عليه قهراً. (من)

(٤) أي في المعنى المذكور.

(٥) قوله: "أخذ مال [خمراً كان أو غيره] إلخ" ثم لا بد أن يزاد على هذا التعريف على سبيل الجهر ليخرج السرقة. (شرح وقاية)

(٦) احتراز عن الخمر. (ع)

(٧) احتراز عن غصب مال الحربي في دار الحرب. (ك)

(٨) قوله: "على وجه يزيل يده" أي إن كان في يده أو يقصر يده إن لم يكن في يده كما إذا غصب من يد المرتهن أو المستأجر، أو المودع، فإن الغاصب قصر يد المالك عن ماله في هاتيك الصور. (نت)

(٩) قوله: "حتى كان إلخ" إيضاح لقوله: على وجه يزيل يده، لأنه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه، وذلك يوجب زوال يد المالك عنه دون الجلوس على البساط، لأنه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال، فلم يكن الغاصب مزيلا يده، وعلى قول الشافعي إزالة يد المالك عن المغصوب ليس بشرط بل إثبات يد العدوان عليه كاف لتحقق الغصب. وثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب مثل ولد المغصوبة، وثمرة البستان فإنها ليست بمضمونة عندنا لانعدام حد الغصب الذي ذكرنا. (ك)

(١٠) أي عبد الغير.

(١١) أي الحمل على الدابة، أي دابة الغير.

(١٢) قوله: "دون الجلوس إلخ" فإن الجلوس عليه ليس بتصرف، فلهذا لا يرجع به على المتعلق به عند التنازع، فلم يصر في يده والبسط فعل المالك، فيبقى يد المالك فيه ما بقي أثر فعله. (زيلعي)

(١٣) بأنه ملك المغصوب منه.

(١٤) قوله: "فحكمه المأثم إلخ" أقول: هذا إنما يتم فيما إذا هلك المغصوب في يد الغاصب، وأما إذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب. (نت)

(١٥) قوله: "والمغرم" مغرم كمكرم آنچه اداء آن لازم باشد وتاوان. (من)

ولا إثم لأن الخطأ موضوع[١].

قال[٢]: ومن غصب شيئًا له مثل[٣] كالمكيل والموزون، فهلك في يده فعليه مثله. وفي بعض النسخ[٤] فعليه ضمان مثله[٥]، ولا تفاوت بينهما، وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل[٦] ما اعتدى عليكم﴾، ولأن المثل[٧] أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية[٨]، فكان أدفع للضرر. قال[٩]: فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يوم الغصب، وقال محمد: يوم الانقطاع[١٠].

لأبي يوسف[١١] أنه لما انقطع[١٢] التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب[١٣]، إذ هو الموجب. ولمحمد أن الواجب المثل في الذمة، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع، فيعتبر قيمته يوم الانقطاع.

ولأبي حنيفة أن النقل[١٤] لا يثبت بمجرد الانقطاع، ولهذا لو صبر[١٥] إلى أن

---

(١٦) قوله: "وإن كان بدونه" بأن ظن أن المأخوذ ماله أو اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لأن الضمان إنما يجب جبرا لحقه بتفويته وحقه مرعى وإن كان الآخذ معذوراً لجهله وعدم قصده. (ك)

(١) قوله: "لأن الخطأ موضوع" لقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان»، والمراد المأثم. (كفاية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) أي له مثل صورة ومعنى.

(٤) أي نسخ القدوري.

(٥) أي ضمان هو مثله.

(٦) والمثل إذا أطلق ينصرف إلى ما هو مثل صورة ومعنى. (ع)

(٧) أي المثل صورة ومعنى. (ع)

(٨) قوله: "لما فيه من مراعاة إلخ" فإن الحنطة مثل الحنطة جنسا ومالية، لأن مالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة، لأن الجودة ساقط العبرة في الربويات، فكان أدفع للضرر فإن الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام أن يتداركه بما هو مثله صورة ومعنى. (ع)

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٠) عن السوق الذي يباع فيه. (نت) أي عن الأسواق لامن دور الأمراء.

(١١) قوله: "لأبي يوسف إلخ" قدم قول أبي يوسف رح في التعليل ولم يوسط كما هو حقه لرعاية بيان الأقوال الثلاثة بحسب ترتب الزمان، فإن الأوقات من هذه الأقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع، ثم يوم الخصومة، فإيراد الأقوال على ترتيب هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف، ثم بقول محمد، ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله. (ن)

(١٢) قوله: " أنه لما انقطع إلخ" أقول: قول أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات، وقلتها، وفي المعدوم هذا متعذر، أو متعسر، ويوم الانقطاع لا ضبط له، وأيضًا لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذ لم يوجد من المالك طلب. (شرح وقاية)

(١٣) أي الغصب.

يوجد[١] جنسه له ذلك، وإنما ينتقل[٢] بقضاء القاضي، فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء، بخلاف[٣] ما لا مثل له، لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب[٤] كما وجد، فيعتبر قيمته عند ذلك.

قال[٥]: وما لا مثل له[٦] فعليه قيمته يوم غصبه، معناه[٧] العدديات المتفاوتة[٨]، لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس، فيراعى في المالية وحدها دفعًا للضرر بقدر الإمكان، أما العددي المتقارب[٩] فهو كالمكيل[١٠]، حتى يجب مثله لقلة التفاوت، وفي البر المخلوط بالشعير القيمة، لأنه لا مثل له.

قال: وعلى الغاصب رد العين المغصوبة، معناه ما دام قائمًا لقوله عليه السلام[١١]: «على اليد ما أخذت حتى ترد»*، وقال عليه السلام: «لا يحل لأحد[١٢] أن يأخذ متاع أخيه لاعبًا ولا جادًا[١٣] فإن أخذه فليرده عليه»**،

---

(١٤) إلى القيمة.

(١٥) قوله: "ولهذا لو صبر إلخ" أى لو كانت القيمة ثابتة بمجرد القيمة لكان يجبر على قبول القيمة لو أتى بها الغاصب، ولا يمكن له من الصبر إلى مجيء أوان المثل، وحيث لم يجبر ولنا ذلك على أن إيجاب المثل إنما يثبت بالقضاء. (ك)

(١) فى السنة الآتية.

(٢) إلى القيمة.

(٣) جواب عن قياس أبى يوسف.

(٤) أى الغصب.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى ما لا مثل له صورة ومعنى بل له مثل معنى فقط.

(٧) أى معنى قوله: لا مثل له. (ع)

(٨) مثل الدواب والثياب كالرمان والسفرجل والبطيخ. (ك)

(٩) كالجوز والبيض. (ك)

(١٠) قوله: "كالمكيل [أى كالمكيل من جنس واحد. نت]" قيل: وإنما اقتصر فى المكيل، ولم يقل: والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثلى وهو الذى فى تبعيضه ضرر كالمصنوع من القمقم والطست، وليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير. (ع)

(١١) قوله: "لقوله عليه السلم: على إلخ" قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سمرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٨٨٤ ص٢٠٠. (نعيم)

(١٢) قوله: "لا يحل إلخ" قلت: أخرجه أبو داود فى كتاب الأدب فى باب المزاح، والترمذى فى أول الفتن عن زيد أبى السائب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادًا ولا لاعبًا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه». (ت)

(١٣) قوله: "لاعبًا ولا جادًا" بتوسط حرف العطف، كذا فى "المبسوط" ومعناه ظاهر، والرواية فى المصابيح لاعبا

ولأن اليد حق مقصود[١]، وقد فوتها[٢] عليه[٣]، فيجب إعادتها[٤] بالرد إليه[٥] وهو[٦] الموجب الأصلى على ما قالوا، ورد القيمة مخلص خلفًا، لأنه[٧] قاصر إذ الكمال فى رد العين والمالية، وقيل: الموجب الأصلى القيمة ورد العين مخلص، ويظهر ذلك فى بعض الأحكام[٨].

والواجب الرد فى المكان الذى غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن، فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم[٩]، حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها، أو تقوم بينة، ثم قضى عليه ببدلها[١٠]؛ لأن الواجب رد العين، والهلاك بعارض، فهو يدعى أمرًا عارضًا، خلاف الظاهر، فلا يقبل قوله، كما إذا ادعى الإفلاس، وعليه[١١] ثمن متاع، فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه، فإذا علم الهلاك سقط عنه رده، فيلزمه رد

جادا بدون توسط حرف العطف بينهما، أى لا يريد سرقته ولكن يريد إدخال الغيظ على أخيه، فهو لا عب فى مذهب السرقة جاد فى إدخال الغيظ على أخيه. (ك)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٧، والدراية ج٢، الحديث ٨٨٥ ص٢٠٠. (نعيم)

(١) قوله: "حق مقصود" بدليل جواز إذن العبد فى التجارة، فإنه لا حكم للشراء فى حقه سوى التصرف باليد لا سيما إذا كان مديونًا، فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى فى التصرف، فعلم أن اليد حق مقصود. (ع)

(٢) اليد.

(٣) المالك.

(٤) اليد.

(٥) أى رد العين.

(٦) أى رد العين.

(٧) رد القيمة.

(٨) قوله: "ويظهر ذلك فى بعض إلخ" فإنه لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان، ولو لا أن الموجب الأصلى القيمة لما صح الإبراء، لأن الإبراء عن العين لا يصح، ولو كفل بالمغصوب يصح، ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين.

ولو غصب جارية قيمتها ألف وله ألف نقد وحال عليه الحول فإنه لا يجب الزكاة على هذا الألف لأنه صار مديونًا، ولا يجب الزكاة على المديون قيل: والأول هو الصحيح، لأن الموجب الأصلى لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن رد العين إن قدر على القيمة، لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل، وليس كذلك.

والجواب عن مسألة الإبراء أن ما هو بعرضة أن يوجد، فله شبهة الوجود فى الحال، والقيمة كذلك فكان الإبراء صحيحًا عن ذلك الوجه، وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة، والمغصوب منها، وقد تقدم فى الكفالة، وعن مسألة الزكاة ما ذكرنا فى مسألة الإبراء. (مل)

(٩) قوله: "حبسه الحاكم [وهذا إذا لم يرضَ المالك بالقضاء بالقيمة. ع]" ليس بحبسه حد مقدر، بل هو مفوض إلى رأى القاضى كحبس الغريم فى الدين. (تبيين)

(١٠) قوله: "ثم قضى عليه ببدلها" بما اتفقا عليه من القيمة، أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة. (ع)

(١١) الواو حالية.

بدله، وهو القيمة. قال(١): والغصب فيما ينقل(٢) ويحول(٣)؛ لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه(٤) دون غيره، لأن إزالة اليد بالنقل(٥)، وإذا غصب(٦) عقاراً(٧) فهلك في يده(٨) لم يضمنه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يضمنه، وهو قول أبي يوسف الأول، وبه قال الشافعي، لتحقق إثبات اليد(٩)، ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين(١٠) على محل واحد في حالة واحدة، فتحقق الوصفان(١١) وهو(١٢) الغصب على ما بيناه(١٣)، فصار كالمنقول(١٤)، وجحود الوديعة(١٥).

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "فيما ينتقل إلخ" أي كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار، وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد، وقيل: التحويل هو النقل من مكان، والإثبات في مكان آخر، كما في حوالة الباذنجان، والنقل يستعمل بدون الإثبات في مكان آخر. (ع)

(٣) تحويل: بر گردانيدن. (م)

(٤) المنقول.

(٥) ولا نقل في العقار. (ع)

(٦) قوله: "وإذا غصب إلخ" أقول كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله: فإذا غصب إلخ، لأن هذه المسألة متفرعة على ما سبق من الأصل، فينبغي أن يظهر علامة التفريع في اللفظ والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في "مختصر القدوري"، فبدلها المصنف بالواو في "البداية" و "الهداية"، ثم أقول المراد بالغصب في قوله: وإذا غصب إلخ هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي، وقال بعض الفضلاء "إطلاق لفظ الغصب ههنا مجاز على سبيل المشاكلة. (نتائج)

(٧) العقار الضيعة وقيل: كل مال له أصل كالدار والضيعة. (مغرب)

(٨) قوله: "فهلك [بغير صنعه] في يده" بأن غلب السيل على الأرض، فبقيت تحت الماء، أو غصب دارا فهدمت بآفة سماوية، أو جاء سيل فذهب بالبناء. (ك)

(٩) قوله: "لتحقق إلخ" هذا التعليل لقول محمد رح، وعند الشافعي رح يتحقق الغصب بإثبات اليد المبطلة، وتعليل قول محمد على هذا الوجه يدل على أن لا خلاف بين علمائنا الثلاثة في حد الغصب لأنه إزالة اليد المتحقة وإثبات اليد المبطلة، لا كما ظنه البعض أن حده عند محمد إثبات يد العدوان كما قاله الشافعي رح، إذ لو كان كذلك لاتفق جوابهما في زوائد المغصوب. (ك)

(١٠) قوله: "لاستحالة اجتماع اليدين" أي من جنس واحد، وإنما قيدنا بهذا احترازاً عما إذا آجر داره من رجل فإنها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان. (ع)

(١١) أي إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب. (ع)

(١٢) أي تحقق الوصفين. (ع)

(١٣) في صدر كتاب الغصب.

(١٤) في تحقق الوصفين.

(١٥) قوله: "وجحود الوديعة" أي في العقار فإنه إذا كانت وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنًا بالاتفاق، فالقول بالضمان في هذه الصورة، وقد ثبت أن جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود به تناقض

ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة[١] يد المالك بفعل[٢] في العين، وهذا[٣] لا يتصور في العقار، لأن يد المالك لا تزول[٤] إلا بإخراجه عنها[٥] وهو[٦] فعل فيه لا في العقار، فصار كما إذا بعّد المالك عن المواشي[٧]، وفي المنقول النقل فعل فيه، وهو الغصب، ومسألة الجحود ممنوعة[٨]، ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك[٩]. قال[١٠]: وما نقص[١١] منه[١٢] بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً[١٣]؛ لأنه إتلاف والعقار يضمن به[١٤]، كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين، ويدخل فيما قاله[١٥] إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله[١٦]، فلو غصب داراً وباعها وسلمها، وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب[١٧] هو الصحيح[١٨].

ظاهر. (ع)

(١) الباء للمصاحبة.

(٢) أي بسبب ذلك.

(٣) أي هذا المجموع. (ع)

(٤) من العقار.

(٥) أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار. (ع)

(٦) الإخراج.

(٧) قوله: "كما إذا بعد المالك عن المواشي" فإن ذلك لا يكون غصباً حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن، كذا في "المبسوط". (ك)

(٨) قوله: "ممنوعة" فإنه ذكر في المختلفات أن الوديعة لو كانت عقاراً لا تضمن. (ع)

(٩) أي للحفظ الملتزم.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) الغاصب.

(١٢) العقار وذلك بأن هدم شيئاً، أو انهدم بسكناه. (ك)

(١٣) قوله: "ضمنه في قولهم جميعاً" أما على قول محمد والشافعي ظاهر، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلأنه إتلاف والعقار يضمن به. (ع)

(١٤) قوله: "يضمن [أي بالإتلاف] به" لأن الإتلاف يتحقق فيه كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين، وجاز أن لا يضمن بالغصب، ويضمن بالإتلاف كالحر. (ك)

(١٥) أي فيما قاله القدوري في "مختصره" وهو قوله: وما نقص إلخ. (ك)

(١٦) قوله: "بسكناه وعمله" بأن كان عمله الحدادة أو القصارة فوهن جدار الدار بذلك وانهدم كان مضموناً عليه، وإنما قيد الانهدام بسبب سكناه وعمله في الضمان، لأنه إذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسبب سكناه وعمله لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في العقار عندهما، والحكم يبتنى على السبب، كذا في غصب "المبسوط". (ك)

(١٧) قوله: "على الاختلاف إلخ" فلا يضمن البائع المالك شيئاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأن البيع

قال[١] : وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان[٢] ؛ لأنه أتلف البعض ، فيأخذ رأس ماله[٣] ، ويتصدق بالفضل . قال[٤] : وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يتصدق بالفضل ، و سنذكر الوجه من الجانبين[٥] .

قال : وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله ، أو بغير فلعه ضمنه ، وفي أكثر نسخ "المختصر"[٦] : وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد[٧] لما سبق[٨] أن الغصب فيما ينقل ، وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق[٩] إذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب رد القيمة[١٠] ، أو يتقرر بذلك السبب[١١] ، ولهذا[١٢] تعتبر قيمته يوم الغصب[١٣] . وإن نقص[١٤] في يده[١٥] ضمن النقصان[١٦] ؛ لأنه دخل جميع

والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما خلافًا لمحمد، وإنما قيد بقوله: ولا بينة له، لأن إقرار البائع بالغصب في حق المشترى باطل، فإذا لم يكن للمالك بينة لم يتحقق الغصب، وأما إذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه، ويأخذها عن المشترى فلا يضمن البائع بالاتفاق. (ع)

(١٨) قوله: "هو الصحيح" يحتمل أن يكون احترازًا عن قول بعضهم بأن في مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق. (ع)

(١) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٢) قوله: "وإن انتقص إلخ" واختلفوا في تفسير النقصان قال نصير بن يحيى: ينظر بكم يستأجر هذه الأرض قبل الاستعمال وبعده، فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان، وقال محمد بن سلمة: يعتبر ذلك بالشراء، يعني أنه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال، وبكم تباع بعده، فينتقص بها ما تفاوت من ذلك، فيضمنه، وهو الأقيس، لأن العبرة بقيمة العين دون المنفعة، وذكر في النهاية أن محمد بن سلمة رجع إلى قول نصير. (تبيين)

(٣) قوله: "فيأخذ [الغاصب] رأس ماله" وهو البذر، وما أنفق وقدر ما غرم من النقصان، وصورته إذا غصب أرضًا وزرع فيها كرًا، فأخرجت أربعة أكرار، ونقصها الزراعة ما يبلغ قيمته كرًا ولحقه من المؤن ما يبلغ كرًا، فأخذ منه ضمان النقصان، فإنه يتصدق بكر لأنه زرع كرًا ولحقته مؤنة كر، وضمن قدر قيمة كر ففضل الخارج عن رأس ماله بكر، فتصدق به، لأنه ربح ما لم يملك، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يتصدق به، لأن المنهى ربح ما لم يضمن، وهو قد ضمن. (ك)

(٤) أي المصنف.

(٥) أي في هذا الفصل في مسألة من غصب عبدًا فاستغله إلخ. (ك)

(٦) أي مختصر القدوري. (عيني)

(٧) من لفظ الغاصب.

(٨) عن قريب.

(٩) على الهلاك.

(١٠) قوله: "تجب رد القيمة" على رأى من يرى أن الموجب الأصلي في الغصب رد العين، ورد القيمة مخلص خلفًا. (ع)

(١١) قوله: "أو يتقرر بذلك إلخ" يعني على رأى من يرى أن الأصل هو القيمة ورد العين خلف عنه. (ع)

(١٢) أي لكون الغصب السابق هو السبب. (ع)

(١٣) قوله: "ولهذا تعتبر قيمته إلخ" أقول: فيه شيء وهو أن الظاهر أن مسألتنا هذه تعم المثلي وغير المثلي من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها مع أن قوله: ولهذا تعتبر قيمته إلخ لا يتمشى في صورة المثلي على قول أبي

أجزاءه[١] فى ضمانه بالغصب، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته، بخلاف[٢] تراجع[٣] السعر، إذا ردّ فى مكان الغصب[٤]؛ لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء، وبخلاف المبيع[٥]؛ لأنه ضمان عقد[٦] أما الغصب فقبض، والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف. قال[٧]: ومراده غير الربوى[٨]، أما فى الربويات[٩] لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل، لأنه يؤدى إلى الربا.

قال: ومن غصب[١٠] عبداً فاستغله[١١]، فنقصته الغلة[١٢]، فعليه النقصان لما

حنيفة ومحمد رحمهما الله، إذ قد تقرر فيما مر أن المعتبر فى هاتيك الصورة عند أبى حنيفة رح قيمته يوم الخصومة، وعند محمد قيمته يوم الانقطاع، فلم يتم التقريب لكون المسألة اتفاقية. (نت)

(١٤) قوله: "وإن نقص [المغصوب] إلخ" سواء كان ذلك النقصان فى بدنه بأن كانت جارية فاعورّت، أو كانت شابة فصارت عنده عجوزاً، أو ناهدة الثديين، فانكسر ثديها، أو لم يكن فى بدنه كما لو غصب عبداً محترفاً فنسى ذلك عند الغاصب، أو كان قارئاً فنسى القرآن. (كفاية)

(١٥) الغاصب.

(١٦) قوله: "ضمن النقصان" هذا إذا لم ينجبر نقصانه بوجه من الزيادة، أما إذا انجبر نقصانه مثل إن ولدت المغصوبة عند الغاصب فردهما، وفى قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئاً عندنا خلافاً لزفر. (عناية)

(١) وأوصافه.

(٢) متعلق بقوله: فما تعذر رد عينه إلخ.

(٣) تراجع باز گشتن، أى اختلاف السعر.

(٤) قوله: "إذا رد [المغصوب] إلخ" إنما قيد به لأن تراجع السعر إذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب، فللمالك الخيار بين أخذ القيمة فى هذا المكان وبين الانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان، فيسترده. (ك)

(٥) قوله: "وبخلاف المبيع إلخ" عطف على قوله: بخلاف تراجع السعر يعنى فى تراجع السعر لا يجب للنقصان، وفى المبيع بأن نقص فى يد البائع لا يجب النقصان. (حميدية)

(٦) قوله: "لأنه ضمان عقد إلخ" يعنى إذا نقص شيء من قيمة المبيع فى يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشترى لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشترى بسبب نقصان الوصف، وإن فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فأعورت فى يد البائع، فصارت تساوى خمسين كان المشترى مخيراً بين إمضاء البيع وفسخه. فلو اختار البيع ووجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد، والأوصاف لا تضمن به، أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل وهو القبض، وهذا لأن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزاءها وصفاتها، فكانت مضمونة. (عناية)

(٧) المصنف.

(٨) قوله: "ومراده إلخ" أى مراد القدورى بقوله: وإن نقص فى يده ضمن النقصان غير الربوى، أما فى الربويات كما إذا غصب حنطة، فعفنت عنده أو إناء فضة فانكسر عنده، فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدى إلى الربا، لكن صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه، ولا شيء له غيره، وإن شاء أخذ مثله إن كان من ذوات الأمثال، وقيمته إن كان من ذوات القيم، فإن كان الإناء من فضة أخذ قيمته من الذهب، وإن كان الإناء من ذهب أخذ قيمته من الفضة، كذا فى "نتائج الأفكار" وغيرها. (مل)

(٩) التى فيها الوصف التى لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا. (نت)

(١٠) هذا لفظ الصدر الشهيد فى "شرح الجامع الصغير". (عيني)

بينا[١]، ويتصدق[٢] بالغلة. قال[٣]: وهذا عندهما[٤] أيضًا، وعنده[٥] لا يتصدق بالغلة، وعلى هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار[٦]. لأبى يوسف أنه حصل فى ضمانه وملكه[٧]، أما الضمان فظاهر[٨]، وكذلك الملك فى المضمون، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندًا إلى وقت الغصب عندنا. ولهما أنه حصل بسبب خبيث[٩]، وهو التصرف فى ملك الغير، وما هذا حاله فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل، والملك المستند[١٠] ناقص، فلا ينعدم به الخبث.

فلو هلك العبد فى يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان؛ لأن الخبث لأجل المالك[١١]، ولهذا لو أدى إليه[١٢] يباح له[١٣] التناول، فيزول الخبث بالأداء إليه، بخلاف ما إذا باعه[١٤]، فهلك فى يد المشترى، ثم استحق

---

(١١) أى فآجره وقبض الأجرة فصار مهزولا فى العمل. (ع)

(١٢) قوله: "الغلة" الغلة كل ما يحصل من ريع أرض أو كراءها، أو أجرة غلام، أو نحو ذلك. (مغرب)

(١) قوله: "لما بينا" أراد به قوله: لأنه دخل جميع أجزاءه فى ضمانه بالغصب. (ك)

(٢) الغاصب.

(٣) أى المصنف.

(٤) أى أبى حنيفة ومحمد.

(٥) أبى يوسف.

(٦) فعندهما يتصدق الأجرة وعند أبى يوسف لا.

(٧) قوله: "أنه [غلة] حصل إلخ" أقول: فيه نوع تأمل، لأن الذى حصل فى ضمانه وملكه إنما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب، لأن الكلام فيما إذا نقصه الغلة، فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل، والظاهر أن الغلة، أى الأجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط، فما وجه القول بأنه لا يتصدق. (نت)

(٨) لأن المغصوب دخل فى ضمان الغاصب. (عناية)

(٩) قوله: "أنه حصل بسبب خبيث" أى سلمنا أنه حصل فى ملكه وضمانه لكنه حصل بسبب خبيث، فإن قيل: التصرف فى ملكه مستند، فأين يكون الخبث، فأجاب بقوله: والملك المستند ناقص يعنى لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه، ولهذا يظهر فى حق القائم دون الفائت. (ع)

(١٠) إلى وقت الغصب.

(١١) قوله: "لأن الخبث لأجل المالك" هذا جواب سؤال ذكر فى "المبسوط" حيث قال: فإن قيل: القيمة دين فى ذمته، وهذه الغلة ملكه، ولكن هى واجب التصدق لخبثها، ومن قضى دينه بمال الصدقة كان عليه أن يتصدق بمثله.
قلنا: نعم، ولكن التصدق بهذا لم يكن حتمًا عليه ألا ترى أنه لو سلم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك، وليس على الغاصب شىء آخر، فهو بما صنع يصير مسلمًا إلى المالك، ثم يصير المالك مبرئًا عن ذلك القدر من القيمة لما يقبضه، فيزول الخبث بهذا الطريق، فلا يلزمه التصدق. (ك)

(١٢) أى لو سلم الغلة مع العبد إلى المالك. (ع)

(١٣) وإن كان غنيًا.

وغرمه[١] ليس له[٢] أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه[٣]، لأن الخبث[٤] ما كان لحق المشترى[٥] إلا إذا كان[٦] لا يجد غيره[٧]، لأنه[٨] محتاج إليه[٩]، فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه، فلو أصاب مالا[١٠] يتصدق بمثله إن كان غنيًا وقت الاستعمال[١١]، وإن كان فقيرًا، فلا شيء عليه لما ذكرنا[١٢].

قال[١٣]: ومن غصب ألفًا، فاشترى بها جارية فباعها بألفين، ثم اشترى بألفين جارية[١٤]، فباعها بثلاثة آلاف درهم، فإنه يتصدق بجميع الربح.

وهذا عندهما[١٥]، وأصله أن الغاصب والمودع إذا تصرف في المغصوب، أو الوديعة، وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافًا لأبي يوسف، وقد مرت الدلائل[١٦]، وجوابهما[١٧] في الوديعة أظهر[١٨]؛ لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل

---

(١٤) قوله: "بخلاف ما إذا باعه [وقبض الثمن] إلخ" أي الغاصب باع المغصوب وأخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشترى يضمن المالك المشترى قيمته، ورجع المشترى على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه، ثم لا يستعين الغاصب في أداء الثمن بالغلة، لأن الخبث في الغلة ما كان لحق المشترى، فلا يزول بالوصول إلى يده بخلاف الأول فإن الخبث لحق المالك، فيزول بوصول الغلة إلى يده. (ك)

(١) المشترى.

(٢) أي البائع.

(٣) المشترى.

(٤) في الغلة.

(٥) بل لحق المستحق.

(٦) البائع.

(٧) أي غير الغلة.

(٨) الغلة.

(٩) البائع.

(١٠) لبائع الغاصب.

(١١) قوله: "إن كان غنيًا وقت الاستعمال [أي وقت استهلاك الثمن. ك]" أي وقت الصرف إلى حاجة نفسه بأن يكون غنيًا، ولا يجد غير ذلك بأن كان ابن السبيل، كذا في "نتائج الأفكار" وغيره. (مل)

(١٢) أنه محتاج إليه.

(١٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٤) قوله: "ثم اشترى إلخ" وإنما كرر الشراء في وضع المسألة تنبيها على تحقق الخبث، وإن تداولته الأيدي. (ع)

(١٥) الطرفين.

(١٦) أي في المسألة التي قبل هذا، وهي مسألة من غصب عبدًا فاستغله إلخ. (ك)

(١٧) الطرفين.

(١٨) من جوابهما في الغصب.

التصرف[١] لانعدام سبب الضمان، فلم يكن التصرف فى ملكه[٢].

ثم هذا[٣] ظاهر فيما يتعين[٤] بالإشارة، أما فيما لا يتعين[٥] كالثمنين[٦]، فقوله فى الكتاب[٧]: اشترى بها[٨] إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن، أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها، أو نقد منها وأشار إلى غيرها، أو أطلق إطلاقًا، ونقد منها يطيب له، وهكذا[٩] قال الكرخى، لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث.

وقال مشايخنا: لا يطيب له قبل أن يضمن[١٠]، وكذا بعد الضمان بكل حال[١١]، وهو المختار[١٢] لإطلاق الجواب[١٣] في "الجامعين"[١٤] و"المبسوط".

قال[١٥]: وإن اشترى بالألف[١٦] جاريةً تساوى ألفين فوهبها، أو طعامًا فأكله لم يتصدق بشىء[١٧]، وهذا قولهم جميعًا، لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس[١٨].

---

(١) كما كان استناد الملك عند أداء الضمان فى الغصب.

(٢) فكان الربح خبيثًا. (ع)

(٣) أى عدم طيب الربح. (ك)

(٤) كالعروض.

(٥) بالإشارة.

(٦) أى كالدراهم والدنانير. (ك)

(٧) أى الجامع الصغير. (ع)

(٨) المراد بالاشتراء بها الإشارة إليها فالمعنى إذا أشار إليها ونقد إلخ، كذا فى "نتائج الأفكار".

(٩) أى هذا التفصيل.

(١٠) قوله: "لا يطيب الربح له إلخ" وحاصله أنه متى استفاد بالحرام ملكًا من طريق الحقيقة أو الشبهة يثبت الخبث ولا يثبت فى الدراهم إلا الشبهة لأنه إذا أشار لم يتعين إلا فى حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر، وإذا نقد استفاد به سلامة المشترى، فإذا أشار ولم ينقد استفاد بالإشارة جواز العقد لمعرفة النقد أنه دينار جيد أو ردىء، والمقدار وإذا نقد ولم يشر استفاد بها سلامة، فإما أن يصير عنها عوضًا فلا، فثبت أنه لا يثبت إلا الشبهة وقد استوت الوجوه فى الشبهة، فاستوت فى الخبث. (ك)

(١١) أى فى الوجوه كلها.

(١٢) قوله: "وهو المختار" قال فى الذخيرة: قال مشايخنا: الفتوى اليوم على قول الكرخى لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس، وعلى هذا تقرر رأى الصدر الشهيد وشمس الأئمة السرخسى. (نت)

(١٣) بقوله: يتصدق بجميع الربح.

(١٤) الصغير والكبير.

(١٥) أى محمد. (عينى)

(١٦) المغصوب.

(١٧) بل يرد عليه مثل ما غصب. (ع)

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب[١]

قال[٢]: وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب[٣]، حتى زال اسمها[٤]، وأعظم منافعها[٥] زال ملك المغصوب منه عنها[٦]، وملكها الغاصب وضمنها، ولا يحل له الانتفاع بها، حتى يؤدى بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها، أو طبخها[٧]، أو حنطة فطحنها[٨]، أو حديداً[٩] فاتخذه سيفًا، أو صفراً[١٠] فعمله آنية[١١]. وهذا كله[١٢] عندنا وقال الشافعي: لا ينقطع حق المالك، وهو رواية عن أبى يوسف غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان[١٣] عنده؛ لأنه يؤدى إلى الربا[١٤]، وعند الشافعي يضمنه[١٥].

---

(١٨) قوله: "لأن الربح إنما يتبين إلخ" لأن الربح فضل، والفضل إنما يكون بعد المساواة والمساواة إنما يتحقق عند التجانس، ولا تجانس، فلا تساوى فلا فضل. (ك)

(١) قوله: "فصل فيما يتغير إلخ" لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل، أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله. (ع)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "بفعل الغاصب" احتراز عما إذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زبيبًا بنفسه أو خلا، أو الرطب تمرًا، فإن المالك فيه بالخيار إن شاء أخذ، وإن شاء تركه وضمنه. (ع)

(٤) قوله: "حتى زال اسمها" احتراز عما إذا غصب شاة وذبحها لأنه فات أعظم المقاصد وهو الدر والنسل، ولكن لم يزل اسم الشاة، لأنه يقال: شاة مذبوحة. (ك)

(٥) قوله: "وأعظم منافعها" كما إذا غصب حنطة وطحنها، لأن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تزول بالطحن وهى جعلها بذراً وهريسةً وكشكًا وغيرها. (ك)

(٦) قوله: "زال ملك إلخ" أى يجب القيمة فى الشاة إذا طبخها وشواها على الغاصب، وفى الحنطة المثل ويزول ملك المغصوب منه على وجه لو أبى المالك أخذ القيمة، وأراد اللحم مشويا لم يكن له ذلك، لأن الملك قد زال، كذا فى "الإيضاح". (ك)

(٧) قوله: "وشواها [شوى اللحم شيًا بريان كرد گوشت را. من] أو طبخها" وفيه إشارة إلى أن الذبح وحده لا يزيل الملك، بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة. (ع)

(٨) فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقًا. (ع)

(٩) آهن.

(١٠) قوله: "أو صفراً" صفر بالضم روئين كه بهندى كانسى گويند، كذا فى "الغياث"، وقال فى البرهان: وآن مس باقلعى گذاخته.

(١١) الإناء وعاء الماء. (مغرب)

(١٢) قوله: "وهذا كله" أى زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا. (ع)

(١٣) أى نقصان الوصف كما إذا عفنت. (نت)

(١٤) قوله: "لأنه يؤدى إلى الربا" لأن الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن، وهذا لأن عمل الطحن فى تفريق الأجزاء لا فى إحداث ما لم يكن موجودا، وتفريق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع فى الثوب

وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه[١] لكنه يباع[٢] في دينه، وهو أحق به من الغرماء بعد موته. للشافعي أن العين[٣] باقٍ، فيبقى على ملكه، وتتبعه الصنعة[٤]، كما إذا هبت الريح في الحنطة[٥] وألقتها[٦] في طاحونة الغير فطحنت[٧]، ولا معتبر بفعله[٨]؛ لأنه محظور[٩]، فلا يصلح[١٠] سببًا للملك على ما عرف[١١]، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا، وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة[١٢] وسلخها[١٣] وأربها[١٤]. ولنا أنه أحدث[١٥] صنعة متقومة[١٦]، فصيّر حق المالك هالكًا من وجه[١٧]، ألا ترى أنه تبدل الاسم[١٨] وفات معظم المقاصد، وحقه في الصنعة قائم من كل

والذبح والسلخ في الشاة. والدليل على بقاء عين الحنطة فيه جريان الربا بينهما، ولا يجرى الربا إلا باعتبار المجانسة، فلما ثبت الجنسية بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ الحنطة، ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئًا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لأداءه إلى الربا، فكذلك ههنا. (ك)

(١٥) قوله: "يضمنه [النقصان]" لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز. (ع)

(١) ويملك الغاصب.

(٢) مغصوب.

(٣) المغصوبة.

(٤) الحادثة.

(٥) فيبقى ملك المالك.

(٦) فإن الدقيق يكون لمالك الحنطة. (ع)

(٧) قوله: "فطحنت" أي بفعل الماء أو الهواء من غير صنع أحد. (تبيين)

(٨) قوله: "ولا معتبر إلخ" جواب إشكال مقدر هو أن يقال: فيما ذكرت من الاستشهاد ولم يوجد فيه الفعل، وفي المتنازع فيه وجد الفعل. (ك)

(٩) ممنوع شرعًا.

(١٠) فعله.

(١١) قوله: "على ما عرف" أي في الأصول من أن الفعل المحظور لا يصلح سببًا للنعمة وهو الملك. (ع)

(١٢) قوله: "وصار كما إذا ذبح إلخ" فإن فعل الغاصب فيه موجود، وليس سببًا للملك لكنه محظورًا. (عناية)

(١٣) قوله: "وسلخها [سلخ سلخًا بالفتح پوست باز كرده. من] إلخ" فإن قيل: بالسلخ والتاريب يزول اسم الشاة، فكان ينبغي أن ينقطع حق المالك بعد التاريب، قلنا: بالذبح لا يفوت اسم العين يقال: شاة مذبوحة، وشاة حية وبالسلخ والتاريب لايفوت ما هو المقصود بالذبح بل يتحقق ذلك المقصود، فلا يكون ذلك دليل تبدل العين، فبقيت مملوكة لصاحبها. (ك)

(١٤) أي جعلها عضوًا عضوًا. (ع)

(١٥) احترز به عن الحدوث. (ك)

(١٦) قوله: "صنعة متقومة" لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقًا. (عناية)

(١٧) قوله: "فصير [أي هذا الإحداث] إلخ" احتراز عما إذا صبغ الثوب المغصوب أصفر أو أحمر، فإنه لا ينقطع حق المالك مع أنه أحدث صنعة متقومة، ولكن لم يكن هالكا من وجه، ألا ترى أنه لم يتبدل اسم الثوب، ولم يفت أعظم المقاصد. (ك)

وجه، فيترجح[١] على الأصل[٢] الذى هو فائت من وجه، ولا نجعله[٣] سببًا للملك من حيث إنه محظور[٤]، بل من حيث إنه إحداث الصنعة[٥]، بخلاف الشاة[٦] لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ، وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة[٧]، ويتفرع عليه غيرها، فاحفظه. وقوله: ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها استحسان، والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله، وهكذا عن أبى حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث رحمه الله، ووجه ثبوت الملك[٨] المطلق للتصرف[٩] ألا ترى أنه لو وهبه[١٠]، أو باعه جاز[١١]. وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام[١٢]: «فى الشاة المذبوحة المصلية[١٣] بغير رضا صاحبها أطعموها

(١٨) قوله: "ألا ترى أنه تبدل الاسم إلخ" فتبدل الاسم دليل على المغايرة صورة، وتبدل المقصود دليل على المغايرة معنى، وإذا ثبت المغايرة بينهما، وقد ثبت الثانى، فيكون الأول مستهلكًا، ضرورة أن الشىء الواحد يستحيل أن يكون شيئين. فإذا هلك الأول بفعله صار ضامنا مثله، والدقيق حادث بفعله، فيكون ملكًا له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه، والعين هالكة من وجه، فصارت الصنعة راجحة فى الوجود، وترجح الأصل يرجع إلى الحال والرجحان فى الذات أحق من الحال. وأما قول أبى يوسف جريان الربا بينهما، دليل على بقاء المجانسة، فقلنا: بين الدقيق والحنطة شبهة من حيث أن عمل الطحن صورة فى تفريق الأجزاء، وباب الربا يبنى على الاحتياط، فلبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا. (ك)

(١) أى حق الغاصب.

(٢) أى حق المالك.

(٣) أى فعل الغاصب، جواب عن قوله: ولا معتبر بفعله إلخ. (ع)

(٤) من جهة أنه تفويت يد المالك عن المحل.

(٥) المتقومة.

(٦) قوله: "بخلاف الشاة إلخ" جواب عن قوله: وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة، وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم، واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق، يقال: شاة مذبوحة مسلوخة، كما يقال شاة حية. فإن قيل: الكلام فيه بعد التأريب، ولا يقال: شاة ماروبة بل يقال: لحم ماروب فقد حصل الفعل، وتبدل الاسم، ولم ينقطع حق المالك. أجيب بأنه كذلك إلا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها، ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود من الذبح بل يحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبدل العين، فبقيت مملوكة لصاحبها، بخلاف الطبخ بعده، فإنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها، أن يأخذها. (ع)

(٧) قوله: "هذا الوجه إلخ" أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك، وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب، فإنه إذا غصب دقيقًا، فخبزه وغزلا فنسجه، أو قطنًا فغزله أو سمسمًا فعصره ينقطع حق المالك. (ك)

(٨) للغاصب.

(٩) من غير توقف على رضى غيره. (ع)

(١٠) الغاصب.

(١١) فكذا يجوز له الانتفاع.

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام فى الشاة إلخ" رواه أبو داود فى سننه فى أول البيوع عن رجل من الأنصار قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ فى جنازة، فرأيت رسول الله ﷺ وهو على القبر يوصى الحافر أوسع من قبل رجليه أوسع من

الأسارى[1]»*، أفاد الأمر[2] بالتصدق زوال ملك المالك[3]، وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء[4]، ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب[5]، فيحرم قبل الإرضاء حسمًا[6] لمادة الفساد، ونفاذ بيعه[7] وهبته مع الحرمة[8] لقيام الملك، كما في الملك الفاسد[9]. وإذا أدى البدل يباح له، لأن حق المالك صار موفى بالبدل، فحصلت مبادلة بالتراضي، وكذا إذا أبرأه[10] لسقوط حقه به[11]، وكذا[12] إذا أدى[13] بالقضاء أو ضمنه الحاكم[14]، أو ضمنه المالك[15] لوجود الرضاء منه؛ لأنه[16] لا

قبل رأسه، فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجيء بالطعام، فوضع يده، ووضع القوم فأكلوا ورسول الله ﷺ يلوك لقمة في فيه، قال: إني أجد شاة أخذت بغير إذن أهلها، فأرسلت المرأة يا رسول الله أني أرسلت بالبقيع اشترى شاة، فلم أجد، فأرسلت إلى جار لي قد اشترى شاة أرسل إلي بثمنها، فلم يوجد فأرسلت إلى امرأته، فأرسلت بها إلي، فقال عليه السلام: أطعمه الأسارى. (ت)

(١٣) أي المشوية صلى اللحم صليًا -بالفتح- بريان كرد گوشت را. (من)

(١) جمع أسير كأمير مقيد.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٨، والدراية ج٢، الحديث٨٨٦ ص٢٠٠. (نعيم)

(٢) قوله: "أفاد الأمر إلخ" فإن قيل: إنما يتصدق عندكم بالربح لا بالأصل المضمون، فيكون الحديث متروك الظاهر، فلا يصح الاحتجاج. قلنا: روى عن محمد أنه يتصدق بالأصل، فبقي الباقي على ظاهره، وهو حرمة الانتفاع، كذا في "الأسرار". (ك)

(٣) مع كون المالك معلومًا. (ع)

(٤) أي إرضاء الغاصب المالك.

(٥) بفعل في المغصوب.

(٦) قطعًا.

(٧) جواب عن قوله: ألا ترى أنه إلخ.

(٨) أي مع حرمة البيع والهبة.

(٩) قوله: "كما في الملك إلخ" فإنه لو وهب، أو باع المملوك بالملك الفاسد ينفذ بيعه وهبته مع أنه يحرم.

(١٠) المالك.

(١١) أي بالإبراء.

(١٢) أي وكذا يباح الانتفاع إذا أدى البدل بقضاء القاضي. (عيني)

(١٣) الغاصب.

(١٤) قوله: "أو ضمنه الحاكم [بأن كان المغصوب مال اليتيم أو مال الوقف]" قيل: معناه أن يكون المغصوب منه من كان القاضي وليًا له، وفيه أنه لا يساعده قوله الآتي، لأنه لا يقضى إلا بطلبه، فإن من كان القاضي وليا له لا يلزم منه الطلب لقضاء القاضي له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب، كما إذا كان اليتيم صغيرًا جدًا.

اللهم إلا أن يقال: أن طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي وليًا له، فإنه نائب منابه، وقيل: معناه قضى الحاكم بالضمان من غير أن يقع أداء البدل من الغاصب. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(١٥) قوله: "أو ضمنه المالك" قيل: معناه أخذ المالك الضمان بغير رضا الغاصب، وبغير القضاء، والمراد بقوله فيما قبل: وإذا أدى البدل إلخ أداءه برضاه، فلا يلزم الاستدراك.

6ج
32
B

يقضى إلا بطلبه. وعلى هذا الخلاف[١] إذا غصب حنطة فزرعها، أو نواة فغرسها غير أن عند أبي يوسف يباح الانتفاع[٢] فيهما[٣] قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه[٤]، بخلاف ما تقدم[٥] لقيام العين فيه من وجه، وفى الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده[٦] خلاف لهما[٧]، وأصله[٨] ما تقدم[٩].

قال: وإن غصب[١٠] فضة أو ذهبًا، فضربها دراهم أو دنانير، أو آنية[١١] لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله، فيأخذها ولا شيء للغاصب، وقالا: يملكها الغاصب وعليه مثلها؛ لأنه أحدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك هالكًا من وجه، ألا ترى[١٢] أنه كسره، وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال[١٣] فى المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك.

وله: أن العين باق من كل وجه[١٤] ألا ترى أن الاسم[١٥] باقٍ، ومعناه الأصلى

وقيل: معناه طلب المالك الضمان من الغاصب، ولم يؤدِّ الغاصب بعد، وقيل: معناه تراضى المالك والغاصب على مقدار من الضمان، أى بعض منه. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(١٦) القاضى.

(١) أى ملكها الغاصب عندنا خلافًا للشافعى. (ك)

(٢) بالغصب.

(٣) قوله: "فيهما" أى فى الحنطة التى زرعها والنواة التى غرسها. (ك)

(٤) قوله: "من كل وجه" لأن الحنطة صارت قصيلا والنواة صارت نخلا. (عينى)

(٥) إشارة إلى قوله: كمن غصب شاة وذبحها إلخ. (عناية)

(٦) أبى يوسف.

(٧) طرفين.

(٨) قوله: "وأصله" أى أصل وجوب التصدق بالفضل عندهما خلافًا لأبى يوسف ما مر عند قوله: من غصب عبدًا فاستغله إلخ وأراد بالأصل الدليل المذكور. (غاية البيان)

(٩) قبل هذ الفصل. (ع)

(١٠) هذا لفظ القدورى. (عينى)

(١١) الإناء وعاء الماء. (مغرب)

(١٢) بيان لقوله: صيرت حق المالك هالكًا من وجه. (ك)

(١٣) قوله: "والتبر لا يصلح إلخ" بيان لفوات بعض المقاصد وهو أنه كان قبل الكسر والصنعة سلعة تتعين بالتعين، وقد فات هذ المعنى. (ك)

قوله: "والتبر" التبر ما كان غير مضروب من الذهب والفضة، وعن الزجاج وهو كل جوهر قبل أن يستعمل كالنحاس والصفر وغيرهما، وبه يظهر صحة قول محمد: الحديد ينطلق على المضروب والتبر، أى وغير المضروب. (مغرب)

(١٤) فلم ينقطع حق المالك. (ع)

(١٥) أى اسم الذهب والفضة. (ك)

الثمنية وكونه موزونًا، وأنه باق حتى يجرى فيه الربا باعتباره[١]، وصلاحيته لرأس المال[٢] من أحكام الصنعة دون العين، وكذا الصنعة[٣] فيها غير متقومة مطلقًا[٤]، لأنه لا قيمة[٥] لها عند المقابلة بجنسها.

قال[٦]: ومن غصب ساجة[٧]، فبنى عليها زال ملك المالك عنها، ولزم الغاصب قيمتها، وقال الشافعي رحمه الله: للمالك أخذها والوجه عن الجانبين قدمناه[٨]، ووجه[٩] آخر لنا فيه[١٠] أن فيما ذهب إليه إضرارًا بالغاصب[١١] بنقض بناءه الحاصل من غير خلف[١٢]، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة[١٣]، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته[١٤]، أو عبده، أو أدخل اللوح

(١) قوله: "باعتباره [أى باعتبار كونه موزونًا]" وبه فارق الحديد والصفر، فإن الصنعة هناك تخرجه من الوزن، وأن يكون مال الربا حتى لو باع قمقمة بقمقمتين يدا بيد يجوز. (ك)

(٢) قوله: "وصلاحيته [جواب عن قولهما: والتبر لايصلح. عناية] إلخ" أى غاية ما فى الباب أنه بعد الضرب صلح رأس مال الشركة والمضاربة، وهذه الصلاحية راجعة إلى صنعه لا إلى العين، فلم يوجب حدوثها تبدلا فى العين، فلم يكن العين هالكة أصلا. (غن)

(٣) جواب عن قولهما: أحدث صنعة معتبرة إلخ. (م)

(٤) قوله: "غير متقومة مطلقًا" أى ليست متقومة فى كل الأحوال، بل فى بعضها إذا كسر إناء فضة أو ذهب يضمن قيمته من خلاف جنسه، وإن وجده صاحبه مكسورًا، ورضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح. (ك)

(٥) وإنما يتقوم عند المقابلة بخلاف جنسها. (م)

(٦) هذه عبارة القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "ومن غصب ساجة" -بالجيم- وهى الخشبة العظيمة جدًا والخشبة المنحوتة المهيأة للأساس ونحوه، كذا فى "المغرب". (ك)

(٨) قوله: "قدمناه" أى فى أول هذا الفصل فى قوله: وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب. (ك)

(٩) أى دليل.

(١٠) أى فى تعليل هذه المسألة. (م)

(١١) قوله: "إضرارًا بالغاصب إلخ" يعنى لا بد فى هذا من إلحاق الضرر بأحدهما، أما فى حق الغاصب بنقض بناءه، وأما فى حق المالك بانقطاع حقه عن الساجة، وضرر المالك مجبور بالقيمة، وفيه ضرر نقل المالية من العين إلى القيمة بدون اختياره، إلا أن فى الإضرار بالغاصب إهدار حقه، وفى قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة توفير المالية، ونقل حقه لا إهدار حقه، ودفع الضرر واجب بحسب الإمكان، فضرر النقل دون ضرر الإبطال. (ك)

(١٢) خلف -بالتحريك- آنكه سپس كسى يا چيزى رفته آيد. (من)

(١٣) قوله: "مجبور بالقيمة" ولا ريب فى أن الضرر المجبور دون الضرر المحض، فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى. (نت)

(١٤) قوله: "فصار كما إذا خاط إلخ" فإن قيل: عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث إن فيه تلف الناس لا لأن الغاصب ملك ذلك بما صنع، فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط.

قلنا: يثبت فى كل واحد منهما حق المالك وغيره، وجعل حق غيره أولى، لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر

المغصوب في سفينته[١].

ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: إنما لا ينقض[٢] إذا بنى في حوالى الساجة[٣]، أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض لأنه[٤] متعد فيه وجواب الكتاب[٥] يرد ذلك[٦] وهو الأصح[٧]. قال[٨]: ومن ذبح شاة غيره[٩]، فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه[١٠] قيمتها وسلمها إليه[١١]، وإن شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور[١٢]، وكذا إذا قطع يدهما[١٣] هذا هو ظاهر الرواية[١٤].

المالك، فكانا متساويين. (عناية)

(١) قوله: "أو أدخل اللوح [بالفتح تخته وتخته' كشتى] إلخ" فليس للمالك أن ينزع اللوح بوجه منها بشرط أن تكون السفينة في لجة البحر، وإنما قيدنا بذلك لأنها إذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنده، فلا يصح الاستشهاد. (مل)

(٢) لأنه غير متعدّ فيه.

(٣) قوله: "إذا بنى في حوالى الساجة" بأن جعل الساجة في وسط الجدار للأحكام لا للبناء كما في الايوانات والأبنية المرتفعة. (ك)

قوله: "حوالى [گرداگرد چيزى]" در حقيقت حوالى بفتح لام ودر آخر ألف مقصورة بصورة ياست ودر استعمال عبارات عربى هميشة مضاف باشد بسوى يكى از ضمائر درين حالت ألف آخرش بطور ألف لفظ على بياى تحتانى تبديل بايد لام حواليه را مفتوح بايد خواند، ومكسور خواند غلط ست. (غياث)

(٤) بغير أمره.

(٥) قوله: "وجواب الكتاب [أي مختصر القدوري، يعنى قوله: فبنى عليها. ع]" حيث أفاد لا ينقض البناء مطلقًا من غير تفصيل. (ك)

(٦) أي قول الكرخي.

(٧) قوله: "وهو الأصح" لأنه تغير عما كان عليه، لأن الساجة قبل الترك يصلح لطبخ القدور، وأبواب الدور، وبعد التركيب لا يصلح لشيء منها إلا بعد النقض، وقيام الشيء بمنافعها يكون، فلما فاتت منافعها من وجه صارت هالكة من وجه. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) بغير أمره.

(١٠) الغاصب.

(١١) الغاصب.

(١٢) قوله: "وكذا الجزور [جزور: شتر كشتنى]" وهو ما أعد للذبح من الإبل من الجزر، وهو القطع يقع على الذكر والأنثى، وإنما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة، وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان، بأن يقال: النقصان بالذبح في الشاة إنما كان بسبب تفويت صلاحيته للدر والنسل المطلوبين منها، فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان في الجزور بالذبح بل يستحق أجر المثل لجزارته على المالك، لأنه حقق مقصوده فيها، فكان زيادة لا نقصانًا، فدفع تلك الشبهة بقوله: وكذا الجزور، وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان، فكان للمالك الخيار، لأنه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الأسمان، وتبقيتها إلى زمان يحصل مقاصده فيه. (نتائج)

(١٣) قوله: "إذا قطع يدهما [أي إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه، وإن شاء ضمنه نقصانها]" لأن قطع اليد أو

ووجهه أنه[١] إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر[٢] والنسل وبقاء بعضها، وهو اللحم، فصار كالخرق[٣] الفاحش في الثوب، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم، فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها[٤] لوجود الاستهلاك من كل وجه[٥]، بخلاف[٦] قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لأن الآدمي يبقى منتفعًا به بعد قطع الطرف.

قال[٧]: ومن خرق ثوب غيره خرقًا يسيرًا ضمن نقصانه، والثوب لمالكه؛ لأن العين قائم من كل وجه، وإنما دخله عيب، فيضمنه.

وإن[٨] خرق خرقًا[٩] كثيرًا تبطل عامة منافعه، فلمالكه أن يضمنه[١٠] جميع قيمته؛ لأنه استهلاك من هذا الوجه[١١]، فكأنه[١٢] أحرقه.

قال[١٣]: معناه يترك الثوب عليه[١٤]، وإن شاء[١٥] أخذ الثوب وضمنه النقصان؛

الرجل كالذبح في الحكم، فله الخيار المذكور في الذبح. (مجمع الأنهر)

(١٤) قوله: "هذا هو ظاهر الرواية" احترز به عما روي الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يضمنه شيئًا في ذبح الشاة إذا أخذها لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة من حيث التقريب إلى الانتفاع باللحم، وما ذكره في ظاهر الرواية أصح، لأنه نقصان باعتبار تفويت بعض الأغراض. (كفاية)

(١) ذبح.

(٢) شير.

(٣) فإنه إن شاء ضمن الغاصب جميع قيمة الثوب والثوب يأخذه الغاصب، وإن شاء ضمن النقصان.، سيجيء بيان الخرق الفاحش.

(٤) قوله: "للمالك أن يضمنه إلخ" أي الواجب ههنا جميع القيمة إذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما إذا كان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان. (كفاية)

(٥) فإنه إما ينتفع بها بما هو المقصود منها من الركوب والحمل وغيرهما. (ع)

(٦) متعلق بقوله: للمالك أن يضمنه إلخ. (ع)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) هذه عبارة القدوري.

(٩) قوله: "خرقًا كثيرًا" اختلف المتأخرون في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش، فقيل: إن أوجب نقصان ربع القيمة فصاعدًا فهو فاحش، وإن كان دون ذلك فهو يسير. وقيل: إن أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش، وما دونه يسير، وقيل: الفاحش ما لا يصلح بعده لثوب ما، واليسير ما يصلح بعده لثوب ما.

وقيل: إن كان لا يخل لمنفعة اللبس فهو يسير، وإن كان يخل لمنفعة اللبس لكن يمكن إصلاحه بالخياطة لمنفعة اللبس يكون فاحشًا، وأشار في القدوري إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع، قيل: معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما. (مل)

(١٠) الغاصب.

(١١) أي من وجه بطلان عامة منافعه.

(١٢) الغاصب.

لأنه[١] تعييب من وجه من حيث إن العين باقٍ، وكذا بعض المنافع قائم، ثم إشارة الكتاب[٢] إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين[٣]، وجنس المنفعة[٤] ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يدخل فيه النقصان[٥]، لأن[٦] محمدًا رحمه الله جعل في "الأصل"[٧] قطع الثوب نقصانًا فاحشًا، والفائت[٨] به بعض المنافع.

قال[٩]: ومن غصب[١٠] أرضًا فغرس فيها، أو بنى قيل له[١١]: اقلع البناء والغرس[١٢] وردها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام[١٣]: «ليس لعرق ظالم حق[١٤]»*، ولأن ملك صاحب الأرض باقٍ، فإن الأرض لم تصر مستهلكة،

---

(١٣) أي المصنف. (عيني)

(١٤) الغاصب.

(١٥) المالك.

(١) خرق كثير.

(٢) أي مختصر القدوري.

(٣) قوله: "ما يفوت به بعض العين" قيل: يعني من حيث الظاهر والغالب، إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزاءه، وجنس المنفعة يعني لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه. (ع)

(٤) قوله: "وجنس المنفعة [بأن كان يصلح للقباء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للقميص مثلا. ك]" أي كل المنفعة على سبيل سلب العموم لا عموم السلب. (أعظمي)

(٥) يعني من حيث المالية بسبب فوت الجودة. (ع)

(٦) أي إنما كان ذلك صحيحاً دون غيره لأن محمداً إلخ. (ع)

(٧) قوله: "جعل في "الأصل" [أي المبسوط] إلخ" في "المبسوط" ذكر محمد رحمه الله في كتاب الغصب إذا غصب الغاصب ثوبًا وقطعه قميصًا فقبل أن يخيطه جاء المالك فهو بالخيار إن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان، وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه جميع القيمة والثوب بعد ما قطع قميصًا بقى صالحًا للقميص، وإن لم يبقَ صالحًا للقباء، وقد اعتبره خرقًا فاحشًا حيث خير المالك. (ك)

(٨) الواو حالية.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) الغصب ههنا على المعنى اللغوي.

(١١) قوله: "قيل له: اقلع إلخ" كان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلا، فقال: إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذ، وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها. (ع)

(١٢) قوله: "والغرس" يروى بفتح الغين وكسرها جميعًا، فالأول مصدر بمعنى المفعول والثاني اسم ما يغرس من الشجر والنخل. (غن)

(١٣) أخره أبو داود عن سعيد بن زيد في الخراج.

(١٤) قوله: "ليس لعرق ظالم" بتنوين عرق على وجه الصفة والموصوف، ذكر في المغرب أي الذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الأرض غرسًا ليستوجبها وصف الغرس بالظلم الذي هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز

والغصب[١] لا يتحقق[٢] فيها[٣]، ولا بد للملك من سبب[٤]، فيؤمر[٥] الشاغل بتفريغها، كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه[٦].

فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك[٧]، فللمالك أن يضمن له قيمة البناء، وقيمة الغرس مقلوعًا[٨]، ويكونان له[٩]؛ لأن فيه نظرًا لهما، ودفع الضرر عنهما، وقوله: قيمته مقلوعًا معناه قيمة بناء، أو شجر يؤمر بقلعه[١٠]؛ لأن[١١] حقه فيه إذ لا قرار له فيه، فيقوم الأرض[١٢] بدون الشجر والبناء، ويقوم وبها[١٣] شجر أو بناء لصاحب[١٤] الأرض أن يأمره بقلعه، فيضمن فضل ما بينهما[١٥].

قال[١٦]: ومن غصب ثوبًا، فصبغه أحمر أو سويقًا، فلته[١٧] بسمن فصاحبه بالخيار إن شاء[١٨] ضمنه قيمة ثوب أبيض، ومثل السويق وسلمه للغاصب[١٩]، وإن

حسن، وفي الأوضح أنه في بعض الرويات على الإضافة. (ك)

قوله: "لعرق" والعرق -بالكسر- رق الشجر، وقوله: ليس لعرق ظالم حق، أي لذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الأرض غرسًا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظالم الذى هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٦٩، والدراية ج٢، الحديث٨٨٧ ص٢٠١. (نعيم)

(١) أى شرعًا.

(٢) لعدم النقل.

(٣) أرض.

(٤) وليس السبب ههنا حتى يملك الغاصب.

(٥) الغاصب.

(٦) فيؤمر الفراغ.

(٧) أى البناء أو الغرس.

(٨) أى مأمورًا بقلعه. (ك)

(٩) أى لمالك الأرض.

(١٠) قوله: "ويؤمر بقلعه" يعنى ليس معنى قوله: مقلوعًا أن يقلع ثم يقوم بل يقوما وهما قائمان بقيمة ما لو كانا مقلوعين. (غاية البيان)

(١١) أى لأن حق الغاصب فى بناء أو شجر يؤمر بقلعه. (ك)

(١٢) قوله: "فيقوم الأرض إلخ" يعنى يكون قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا، ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر، فيضمن صاحب الأرض خمسة دنانير الغاصب، فيسلم الأرض، وكذا البناء له. (ع)

(١٣) الواو حالية.

(١٤) صفة لقوله: شجر أو بناء.

(١٥) هو قيمة الشجر أو البناء المأمور مالكه بقلعه. (ك)

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) لت: تر كردن وپيوستن. (كنز اللغات)

شاء أخذهما، وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما.

وقال الشافعي رحمه الله: في الثوب لصاحبه أن يمسكه[١]، ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساحة[٢] بنى فيها، لأن التمييز ممكن[٣] بخلاف السمن في السويق، لأن التمييز متعذر.

ولنا ما بينا[٤] أن فيه رعاية الجانبين، والخيرة لصاحب الثوب[٥] لكونه صاحب الأصل[٦]، بخلاف الساحة بنى فيها لأن النقض[٧] له[٨] بعد النقض[٩]، أما الصبغ فيتلاشى[١٠]، وبخلاف ما إذا انصبغ[١١] بهبوب الريح، لأنه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب[١٢]، فيتملك صاحب الأصل الصبغ.

قال أبو عصمة[١٣] في أصل المسألة[١٤]: وإن شاء رب الثوب باعه، ويضرب[١٥]

---

(١٨) المالك.

(١٩) أي الثوب المصبوغ والسويق الملتوت.

(١) ثوب.

(٢) قوله: "اعتباراً بفصل الساحة [ساحت ناحية وكشادگی ميان سرايها. من]" كما أن في فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم يتضرر الأرض به، فكذلك ههنا لأن في كل منها شغل ملك الغير بملكه. (ع)

(٣) يعني بالعصر. (ع)

(٤) يعني في مسألة الساجة بالجيم بقوله: ووجه آخر لنا. (ع)

(٥) قوله: "والخيرة إلخ" جواب عما يقال: لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ إن شاء سلم الثوب إلى مالكه، وضمنه قيمة صبغه، وإن شاء ضمن قيمة ثوب أبيض. (ع)

(٦) قوله: "لكونه صاحب الأصل" والصبغ صفته فيكون كالتابع له، والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ. (ع)

(٧) أي المنقوض كالخشب والآجر.

(٨) غاصب.

(٩) أي فك التركيب.

(١٠) قوله: "فيتلاشى" أي بالغسل ولم يحصل للغاصب منه شيء فلم يؤمر الغاصب بقلع صبغه كيلا يفوت حقه أصلاً. (ك)

(١١) الثوب.

(١٢) أي بالقيمة.

(١٣) المروزي.

(١٤) قوله: "في أصل المسألة" يعني في قوله: ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر إلخ، واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ، وإن كان مسألة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسألة، فقيده بذلك تصحيحاً للنقل. (عناية)

(١٥) يأخذ.

بقيمته أبيض، وصاحب الصبغ[١] بما زاد الصبغ فيه، لأن له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة، وعند امتناعه[٢] تعين[٣] رعاية الجانبين في البيع.

ويتأتى هذا[٤] فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه، وقد ظهر بما ذكرنا[٥] الوجه[٦] في السويق[٧]، غير أن السويق من ذوات الأمثال، فيضمن مثله، والثوب من ذوات القيم، فيضمن قيمته. وقال في "الأصل"[٨]: يضمن قيمة السويق، لأن السويق يتفاوت بالقلي[٩]، فلم يبقَ مثليًا، وقيل: المراد منه المثل سمّاه به لقيامه مقامه[١٠]، والصفرة كالحمرة، ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما زيادة، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان[١١].

وقيل: إن كان ثوبًا ينقصه السواد فهو نقصان، وإن كان ثوبًا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة، وقد عرف في غير هذا الموضع[١٢]. ولو كان ثوبًا ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهمًا، فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد رحمه الله[١٣] أنه ينظر

---

(١) أي يضرب صاحب إلخ.

(٢) عن التملك.

(٣) لأنه طريق إيصال حق كل واحد منهما إلى صاحبه. (ك)

(٤) قوله: "ويتأتى هذا" أي يتأتى قول أبي عصمة فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه أيضًا، وقوله: فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه أظهر لأنه إذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ على كره منه، فعند امتناعه عن تملك الثوب وتعذر تضمينه جبراً تعين البيع طريقًا للوصول إلى حقه إذا لم يرضَ صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة، فأما في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ لا يتعين البيع طريقًا للوصول إلى حقه، لأن له تضمين الغاصب بالثوب الأبيض. (ك)

(٥) في مسألة الصبغ والانصباغ. (ع)

(٦) قوله: "الوجه إلخ" أي الجواب والتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ والانصباغ أما حكمه في الغصب فقد ذكر أن صاحب السويق بالخيار إن شاء ضمنه مثل السويق، وإن شاء أخذها وغرم السمن.

وأما حكم السويق والسمن في الاختلاط بغير فعل أحد فقد ذكر في "الإيضاح": أن السمن لو اختلط بالسويق كان السويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ، لأن السويق أصل والسمن كالتابع له، فإنه يقال: سويق ملتوت، وأما العسل والسمن فكلاهما أصلان. (ك)

(٧) سواء خلط بالسمن أو اختلط.

(٨) أي المبسوط.

(٩) قلي: بريان كردن. (كنز)

(١٠) أي مقام المغصوب.

(١١) قوله: "وقيل: هذا اختلاف عصر إلخ" فإنه أجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني أمية فإنهم كانوا يمنعون عن لبس السواد، وهما أجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد. (ك)

(١٢) أي في "شرح مختصر الكرخي".

(١٣) في رواية هشام.

إلى ثوب يزيد[١] فيه الحمرة، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه[٢] وخمسة دراهم، لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ[٣].

فصل[٤]

ومن غصب عينا فغيّبها[٥]، فضمّنه المالك قيمتها ملكها[٦]، وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا يملكها، لأن الغصب عدوان محض[٧]، فلا يصلح سببًا للملك كما[٨] في المدبر.

ولنا أنه[٩] ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك، فيملكه[١٠] دفعًا للضرر عنه[١١]، بخلاف المدبر، لأنه غير قابل للنقل[١٢] لحق المدبر، نعم، قد يفسخ التدبير بالقضاء[١٣]، لكن البيع بعده[١٤] يصادف القنّ[١٥].

(١) ولا ينقص قيمته به.

(٢) رب الثوب من الغاصب.

(٣) قوله: "جبرت إلخ" فإن صاحب الثوب استوجب نقصان قيمة الثوب عشرة واستوجب الصبغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص، فيرجع عليه بما بقي من النقصان وهي خمسة. (عيني)

(٤) قوله: "فصل" لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة يتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية. (نتائج)

(٥) قوله: "فغيّبها [أي جعل الغاصب المغصوب غائبًا. مجمع الأنهر]" فالمالك بالخيار إن شاء صبر إلى أن يوجد، وإن شاء ضمنه قيمتها فإن اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها. (ع)

(٦) الغاصب.

(٧) قوله: "عدوان [ظلم] محض" أي ما فيه وجه إباحة، فلا يصلح سببًا للمالك لأنه حكم مشروع فيستدعي سببًا مشروعًا والتعدي لا يكون مشروعًا، لأن أدنى درجاته أن يكون مباحًا والتعدي لا يكون مباحًا. (ك)

(٨) أي كما لو غصب مدبرًا، وغيبه وضمن قيمته فإنه لا يملك بالاتفاق. (ع)

(٩) قوله: "أنه ملك إلخ" يعني أن المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله يعني يدا ورقبة، وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته، ودخل في ملك صاحب البدل دفعًا للضرر عن مالك البدل بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك، والمدبر ليس كذلك. (ع)

(١٠) الغاصب.

(١١) أي عن الغاصب.

(١٢) من ملك إلى ملك.

(١٣) قوله: "نعم، قد يفسخ إلخ" جواب عما يقال: لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل فإن مولاه لو باعه، وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع، ويفسخ التدبير إذا خاصمه المشتري بالتسليم. وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه، فحينئذ كان البيع مصادفًا للقن لا للمدبر، فيجوز بيعه لمصادفته القن، بهذا الطريق، وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير. (ملخصًا من الحواشي)

(١٤) الفسخ.

(١٥) قوله: "يصادف القن [فإنه بفسخ القاضي يعود إلى الرق. ك]" والكلام في امتناع النقل مع بقاء التدبير. (أعظمي)

قال[١] : والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه ؛ لأن المالك يدعي الزيادة ، وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ، إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك[٢] ؛ لأنه أثبته بالحجة الملزمة .

قال[٣] : فإن ظهرت العين ، وقيمتها[٤] أكثر مما ضمن ، وقد ضمنها بقول المالك ، أو ببينة أقامها ، أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب[٥] ؛ لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار .

قال[٦] : فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض ؛ لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة ، وأخذه[٧] دونها[٨] لعدم الحجة[٩] ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه[١٠] في هذا الفصل الأخير[١١] ، فكذلك الجواب[١٢] في ظاهر الرواية ، وهو الأصح[١٣] ، خلافًا لما قاله الكرخي رحمه الله : إنه لا خيار له[١٤] لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعطِ له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا[١٥] .

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "إلا أن يقيم المالك إلخ" فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لا تقبل بينته، بل يحلف عن دعواه، لأن بينته تنفى الزيادة، والبينة على النفى لا تقبل.

قال بعض مشايخنا: ينبغى أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت. (عناية)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "وهو للغاصب" أى العين المغصوبة للغاصب، وإنما ذكر الضمير الراجع إلى المؤنث على تأويل الشيء المغصوب. (غاية البيان)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "وأخذه إلخ" أى فإن قيل: أخذه القيمة، وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضا، فكانت كالمسألة الأولى أجاب بقوله: وأخذه دونها، أى أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا، لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة، وهى عدم الحجة، فلا يدل على رضاه، بخلاف المسألة المتقدمة، لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره. (عناية)

(٨) الزيادة.

(٩) البينة.

(١٠) أى دون ما ضمنه.

(١١) أى ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه. (ك)

(١٢) قوله: "فكذلك الجواب" أى فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض. (غن)

(١٣) أى ظاهر الرواية.

(١٤) قوله: "أنه لا خيار له [فى استرداده، إذ لا ضرر]" لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله. (كافى)

قال[١] : ومن غصب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه، وإن أعتقه[٢] ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه؛ لأن الملك[٣] الثابت فيه[٤] ناقص لثبوته مستنداً[٥]، أو ضرورةً، ولهذا يظهر في حق الأكساب[٦] دون الأولاد[٧]، والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب[٨].

قال[٩] : وولد المغصوبة ونماؤها[١٠]، وثمرة البستان المغصوبة أمانة في يد الغاصب إن هلك، فلا ضمان عليه[١١] إلا أن يتعدى فيها، أو يطلبها مالكها، فيمنعها إياه.

وقال الشافعي رحمه الله: زوائد المغصوب مضمونة متصلةً[١٢] كانت أو منفصلةً[١٣] لوجود الغصب، وهو إثبات اليد[١٤] على مال الغير بغير رضاه، كما في

(١٥) قوله: "والخيار لفوات الرضاء" وجاز أن يكون قيمته مثل ما ضمنه عند المتقومين، ولا يكون مثله عنده، فلا يرضى به بدلا، وقد لا يرضى الإنسان بزوال العين. (كافي)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) قوله: "وإن أعتقه [غاصب] إلخ" قيد بإعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازاً عن إعتاق المشترى من الغاصب، ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين في رواية يصح إعتاقه، وهو الأصح، وفي رواية لا يصح. (ع)

(٣) أي ملك الغاصب.

(٤) المغصوب.

(٥) قوله: "لثبوته مستنداً" أي إلى وقت الغصب فإن المغصوب يصير ملكاً للغاصب عند أداء الضمان بقضاء القاضي عليه، أو بتراضيهما من وقت الغصب. (مصفى)

قوله: "مستنداً" والثابت بطريق الاستناد ثابت من وجه دون وجه، أو ضرورة إذ الدليل يأبى ثبوت الملك بالغصب لكونه عدواناً والملك نعمة، وإنما يثبت الملك له ضرورة القضاء بالضمان لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد، والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه، ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد، لأن الملك يثبت شرطاً للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة، وهو بعد الانفصال ليس بتبع، فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب، لأنه بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً، وثبوت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع سواء ثبت في المتبوع مقصوداً بسببه أو شرطا لغيره. (كافي)

(٦) أي أكساب المغصوب فإنها للغاصب.

(٧) أي أولاد المغصوب فإنها للمالك.

(٨) فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه. (ع)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) كالسمن والجمال.

(١١) قوله: "فلا ضمان عليه" وأما الغلة الحاصلة من المغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه، وإن استهلكها لما أنها عوض عن منافع المغصوب، ومنافع المغصوب غير مضمونة عندنا، فكذا بدلها. (ك)

(١٢) كالسمن والجمال. (ك)

(١٣) كالولد.

(١٤) هذا هو حد الغصب عند الشافعي.

الظبية[١] المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون[٢] مضمونًا عليه[٣].

ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه[٤]، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة[٥]، حتى يزيلها الغاصب، ولو اعتبرت[٦] ثابتة على الولد لا يزيلها، إذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه، وكذا إذا تعدى فيه، كما قال في "الكتاب"[٧]، وذلك[٨] بأن أتلفه[٩]، أو ذبحه فأكله، أو باعه وسلمه[١٠]، وفي الظبية[١١] المخرجة[١٢] لا يضمن ولدها إذا هلك[١٣] قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع، وإنما يضمنه[١٤] إذا هلك بعده لوجود المنع[١٥] بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع[١٦]، وعلى هذا[١٧] أكثر مشايخنا رحمهم

(١) قوله: "في الظبية" ومن أخرج ظبية الحرم حلالا أو محرمًا فولدت، ماتا، أي الظبية والولد ضمنهما لأنه كان واجبا عليه أن يرده إلى مأمنه، وهذا صفة شرعية، فتسرى إلى الولد. (مجمع الأنهر)

(٢) الولد.

(٣) قوله: "مضمونًا عليه [إن قتل الحلال صيد الحرم فعليه قيمته. مجمع]" لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن هناك منع من الخروج. (ع)

(٤) في أول كتاب الغصب. (ع)

(٥) قوله: "ما كانت ثابتة [لحدوثها عند الغاصب] إلخ" واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه، وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في "الإسرار". وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبًا في الأمة، فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير، كذا في "العناية"، وكثير من الشروح. (نت)

(٦) قوله: "ولو اعتبرت" أي لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الولد تبعا لملك الأم، فإنه ما أزال اليد إذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه. (ك)

(٧) مختصر القدوري حيث قال: إلا أن يتعدى فيها.

(٨) تعدى.

(٩) الغاصب.

(١٠) قوله: "أو باعه وسلمه" إنما ذكر التسليم لأن التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده، كما لو باع الوديعة وسلمها فإنه يكون ضامنًا، فإن قيل: فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد.

قلنا: بل فيه تفويت يده، لأنه كان متمكنًا من أخذه من الغاصب، وقد زال بيعه وتسليمه، فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنًا، كذا في "المبسوط". (ك)

(١١) جواب عن قوله: كما في الظبية المخرجة. (عناية)

(١٢) من الحرم.

(١٣) الولد.

(١٤) ولد الظبية.

(١٥) لا لكون الأم مضمونة.

(١٦) قوله: "وهو الشرع" لأن الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الأصل مع ولده إلى مأمنه، فوجد

الله .

ولو أطلق الجواب، فهو ضمان جناية[١]، ولهذا يتكرر بتكررها[٢]، ويجب[٣] بالإعانة[٤] والإشارة[٥]، فلأن يجب[٦] بما هو فوقها[٧] وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى.

قال[٨]: وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب[٩]، فإن كان في قيمة الولد وفاء به[١٠] جبر[١١] النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب.

وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا ينجبر النقصان بالولد، لأن الولد ملكه[١٢] فلا يصلح[١٣] جابرا لملكه كما في ولد الظبية[١٤]، وكما إذا هلك الولد قبل الرد[١٥]، أو

المنع منه بعد الطلب وهو سبب للضمان. (ك)

(١٧) أي على هذا التفصيل.

(١) قوله: "ولو أطلق الجواب إلخ" يعني لو قيل: لوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده فهو ضمان جناية، أي إتلاف لأن الضمان في صيد الحرم ضمان إتلاف معنى الصيدية حكمًا، لأنه كان صيداً آمنا في الحرم، وذلك في تنفره، وبعده عن أيدينا فإثبات اليد عليه يكون إتلافًا لمعنى الصيدية حكمًا، وقد تحقق ذلك في الولد بإثبات اليد عليه، فأما الأموال فمحفوظة بالأيدي، وإنما يجب الضمان فيها بتفويت الأيدي لا بإثبات اليد عليها. (كافي)

(٢) قوله: "ولهذا [متفرع على قوله: فهو ضمان جناية. نت] يتكرر إلخ" أي يتعدد بتعدد الجناية، كما إذا اشترك محرمان في قتل صيد الحرم فعلى كل واحد منهما الجزاء كاملا. وقيل: يتكرر الجزاء بتكرر الجناية، وهو أنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد من الحرم، ثم أرسله في الحرم، ثم أخرج ذلك الصيد عن الحرم يجب ضمان آخر. ويحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم. (ك)

(٣) الجزاء بالنص.

(٤) قوله: "بالإعانة [على الاصطياد]" إن دل المحرم على الصيد من قتله سواء كان القاتل محرمًا، أو حلالا فعليه الجزاء، كذا في المعدن. (مجمع البركات)

(٥) إلى الصيد.

(٦) الجزاء.

(٧) أي فوق الإعانة والإشارة.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "وما نقصت الجارية إلخ" أي ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب، فلو غصبها فولدت عنده، فمات الولد فعليه رد الجارية، ورد نقصان الولادة الذي يثبت فيها بسبب الولادة، لأن الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزاءها وقد فات جزء مضمونًا عليه، كما لو فات كلها، فإن ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية، وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئًا، وقال زفر إلخ. (ع)

(١٠) أي بالنقصان.

(١١) وفي نسخة: انجبر.

(١٢) المالك.

ماتت الأم[١] وبالولد[٢] وفاء، وصار كما إذا جز صوف شاة غيره[٣]، أو قطع قوائم شجر غيره، أو خصى[٤] عبد غيره، أو علمه الحرفة فأضناه[٥] التعليم.

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد[٦] وهو الولادة[٧]، أو العلوق على ما عرف[٨]، وعند ذلك لا يعد نقصانًا[٩]، فلا يوجب ضمانًا، وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت[١٠]، ثم سمنت أو سقطت ثنيتها[١١]، ثم نبتت[١٢]، أو قطع يد المغصوب فى يده[١٣]، وأخذ[١٤] أرشها، وأداه[١٥] مع العبد يحتسب عن نقصان

---

(١٣) الولد.

(١٤) قوله: "كما فى ولد الظبية" أى المخرجة من الحرم إذا نقصت قيمتها بسبب الولادة، وقيمة ولدها تساوى ذلك النقصان فإنه لا ينجبر بها، بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما إلى الحرم. (عناية)

(١٥) فلا يكون الولد جبرًا للنقصان.

(١) أى الأمة بالولادة، فعليه قيمة الأم. (ك)

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "كما إذا جز [جز -بالفتح وتشديد زاء- بريدن موى پشم. م] صوف شاة غيره" ونبت مكانه آخرًا، أو قطع قوائم شجرا لغير، فنبت قوائم أخرى مكانها، أو خصى عبد غيره، فزادت قيمته بسبب الخصاء، أو علمه الحرفة فأضناه التعليم، فإنه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم، ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه. (ع)

(٤) خصى خايه كشيده، خصاه خصاء بالكسر والمد خصى كرد او را. (من)

(٥) إضناء: لاغر كردن. (كنز اللغات)

(٦) قوله: "واحد" وإذا اتحد سبب الزيادة والنقصان امتنع ظهور النقصان فامتنع الضمان كالبيع فإنه يزيل المبيع عن ملكه ويدخل الثمن فى ملكه فلا يعد نقصانًا حتى لو شهد شاهدان ببيع شيء بمثل القيمة، ثم رجعا لم يضمنا شيئًا. (ك)

(٧) قوله: "وهو الولادة إلخ" أى عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله سبب النقصان الولادة، لأنها وجبت فوات جزء من مالية الأصل، وحدوث مالية الولد لأنه وإن كان موجودًا قبل الانفصال لم يكن مالا، حتى لم يجز بيعه وهبته، وإنما صار ما لا مقصودًا بالانفصال.

وعند أبى حنيفة رحمه الله سبب النقصان العلوق ويظهر ذلك فى ما إذا غصب جارية، فحبلت عند الغاصب فردها فماتت بالولادة فعندهما لا يضمن، لأن سبب الهلاك الولادة، وكان ذلك فى يد المالك، ويضمن عند أبى حنيفة رحمه الله، لأن سببه العلوق، وكان عند الغاصب وقوله: على ما عرف إشارة إلى هذا. (ك)

(٨) يعنى فى طريقة الخلاف. (عناية) الطريقة فى الخلاف والجدل مصنفة للمتقدمين والمتأخرين.

(٩) قوله: "لا يعد" لأن السبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفًا عن النقصان. (عناية)

(١٠) هزل هزلا -بالفتح ويضم- لا غر گرديد. (من)

(١١) ثنية: دندان پيشن. (كنز)

(١٢) الثنية.

(١٣) الغاصب.

(١٤) الغاصب.

(١٥) إلى المالك.

القطع[١]، وولد الظبية[٢] ممنوع[٣]، وكذا إذا ماتت الأم[٤] وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ الولادة لا تفضى إليه غالبًا[٥].

وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة[٦]، فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء[٧] لا يعدّ زيادة[٨]، لأنه غرض[٩] بعض الفسقة[١٠]، ولا اتحاد فى السبب[١١] فيما وراء ذلك من المسائل، لأن سبب النقصان القطع والجز، وسبب الزيادة النمو، وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم.

قال[١٢]: ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها[١٣]، وماتت فى

---

(١) ولم يعتبر النقصان لكونه إلى خلف. (ع)

(٢) شروع فى الجواب عن قولهما.

(٣) قوله: "ممنوع" أى لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد بل ينجبر نقصان الظبية بالولادة بقيمة الولد، فلا يرد نقضًا، ولئن سلم فهذا الولد لا يصلح أن يكون خلفًا عن الجزء الفائت لأنه مضمون بنفسه، فلم يجز أن يؤدى به ضمان غيره، بخلاف مسألتنا. (مل)

(٤) قوله: "وكذا إذا ماتت إلخ" أى الأم إذا ماتت بالولادة وبقيمة الولد وفاء بنقصان الولادة، فلا نسلم أنه لا ينجبر قيمتها بقيمة الولد، بل نقول: ينجبر فى رواية، فلا يرد نقضا، وهذا المنع على رواية وهى غير ظاهر الرواية، وأما تخريج الرواية الثانية وهى ظاهر الرواية، أى أنه لا ينجبر فهو إن كلامنا فيما إذا كان سبب الزيادة والنقصان واحدًا، وههنا ليس كذلك فإن الولادة سبب الزيادة، وليست بسبب لموت الأم إذ الولادة لا تفضى إلى الموت غالبًا، فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان، فلم ينجبر. (مل)

(٥) لا يقال: إنها أفضيت إليه فى هذه الصورة، لأنا نقول: الأصل هو النظر إلى أوضاع أسباب التصرفات لا إلى إفرادها. (ك)

(٦) قوله: "لأنه لا بد إلخ" يعنى الواجب عليه رد الأصل بالصفة التى أخذها وما ردها بتلك الصفة، وإنما يكون الجبر لوردها مع الولد الذى هو خلف عن النقصان، فإذا لم يرد الولد الذى هو خلف عن النقصان لا يبرأ. (كفاية)

قوله: "لا بد من رد أصله" أى أصل الولد وهو نقصان الجارية، فكذا لا بد من رد خلفه، أى خلف الأصل، وهو الولد ولم يوجد بالموت وانتشار هذا الضمير مرخص لعدم الاشتباه، أو يكون المعنى لا بد من رد أصل الحق للبراءة، فكذا لا بد من رد خلفه. (أعظمى)

(٧) على فعال.

(٨) قوله: "لا يعد زيادة" أى فى المالية لأنها إنما يتحقق لرغبته عامة الناس، وهى ليست بمرغوبة عند العامة، وإنما هى رغبة بعض الجهال لظنهم أن الخصى كالمحرم. (كفاية)

(٩) وهى اللواطة وإدخاله على النساء وهو أيضًا فسق. (أعظمى)

(١٠) فلم يكن له اعتبار فى الشرع. (ع)

(١١) قوله: "ولا اتحاد فى السبب إلخ" قيل: المذكور جواب المستشهد بها، وأصل نكتة الخصم هو أن الولد ملك المولى، فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع فى ملكه، فهو على حاله. أجيب: بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله: لا يعد نقصانًا، فإذا لم يكن نقصانًا لم يحتج إلى جابر، فإطلاق الجابر عليه توسع فى العبارة، فإن قيل: الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفًا عن المضمون؟ فالجواب ما أشار إليه المصنف من عدم نقصان ليضمنه. (ع)

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

نفاسها[١]، يضمن قيمتها يوم علقت، ولا ضمان عليه في الحرة[٢]، هذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يضمن في الأمة أيضاً[٣].

لهما أن الرد قد صح[٤]، والهلاك بعده[٥] بسبب حدث في يد المالك[٦] وهو الولادة، فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت[٧] في يد الغاصب، ثم ردها[٨] فهلكت[٩]، أو زنت في يده، ثم ردها، فجلدت[١٠] فهلكت[١١] منه، وكمن اشترى جارية قد حبلت[١٢] في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن.

وله أنه غصبها و ما[١٣] انعقد فيها سبب التلف وردت، وفيها[١٤] ذلك[١٥]، فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه، فلم يصح الرد، وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جناية، فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها[١٦]، بأن كانت الجناية خطأ

(١٣) قوله: "فحبلت ثم ردها" هكذا في عامة النسخ، والغرض أن الحبل كان موجوداً وقت الرد، وفي بعض النسخ فزنى بها، ثم ردها فحبلت، وهكذا في "الجامع الصغير" كما نقل عنه صاحب "العناية"، واختار هذه النسخة صاحب "الكفاية"، فالمعنى أي ردها فتبين أنها حبلى. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(١) قوله: "وماتت [عند المولى] في نفاسها" قيد بالموت في نفاسها ليكون الموت في أثر الولادة. (ك)

(٢) أي زنى بها رجل بكراهتها فحبلت وماتت في نفاسها. (ع)

(٣) أي إذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها. (ع)

(٤) قوله: "قد صح" لأنه أوصل الحق إلى المستحق وصحة الرد يوجب البراءة عن الضمان، فإن قيل: لا نسلم أن الرد صح لأنه هلكت بسبب كان عند الغاصب أجاب بقوله: والهلاك إلخ. (ع)

(٥) رد.

(٦) قوله: "بسبب حدث [لا بسبب كان عند الغاصب. ع] إلخ" أقول: يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ههنا سبباً للهلاك وقد صرح فيما مر أنها ليست بسبب للموت حيث قال: وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ لا تفضي إليه غالباً، فكان بين الكلامين تدافع، فليتأمل في التوجيه. (نت)

(٧) حُمّ مجهولا: تپ كرد او. (من)

(٨) المحمومة.

(٩) عند المولى فلا ضمان.

(١٠) عند المولى، جلده جلداً: تازيانه زد او را. (من)

(١١) فلا ضمان.

(١٢) ولم يعلم المشتري بالحمل. (ع)

(١٣) الواو حالية.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) أي سبب التلف.

(١٦) إلى ولي الجناية.

يرجع[١] على الغاصب بكل القيمة، كذا هذا، بخلاف الحرة لأنها لا تضمن[٢] بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد، وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم[٣]، وما ذكرناه[٤] شرط صحة الرد[٥]، والزنا سبب لجلد مؤلم[٦]، لا جارح ولا متلف، فلم يوجد السبب[٧] في يد الغاصب.

قال[٨]: ولا يضمن الغاصب[٩] منافع[١٠] ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله[١١]، فيغرم النقصان.

وقال الشافعي رحمه الله: يضمنها، فيجب أجر المثل، ولا فرق في المذهبين[١٢] بينهما إذا عطلها أو سكنها.

---

(١) المالك.

(٢) فإنها ليست بمال.

(٣) قوله: "في فصل الشراء إلخ" هذا جواب عن قولهما، وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع قيل: هو ممنوع، ولئن سلم فنقول: ليس على البائع هناك الرد، ولكن عليه التسليم، لأنه يسلم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد، وهو أنه مال متقوم، وقد وجد ذلك لأنه سلمه كما وقع عليه العبد، لأن العقد يرد على العين لا على الأوصاف.
ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن، وبموتها في النفاس لا ينعدم التسليم، والواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك إنما يتحقق في الرد كما قبض، لأن الأوصاف داخلة في الغصب، ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فإنه يضمن النقصان، وإذا دخلت الأوصاف في الغصب يكون الرد بدونها رداً فاسداً. (ك)

(٤) قوله: "وما ذكرناه" أي حاصل ما ذكرناه، وهو أن يردها كما غصب. (نهاية)

(٥) قوله: "شرط صحة إلخ" أي الرد على الوجه الذي أخذ شرط صحة الرد فحيث غصبها، ولم يوجد فيها سبب التلف وهو الحبل وردت، وفيها ذلك لم يوجد شرط صحة الرد فلم يصح الرد. (مل)

(٦) قوله: "والزنا إلخ" جواب عن قولهما: أو زنت في يده إلخ وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب إنما يوجب الجلد المولم لا الجارح، ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان هذا غير ما وجب في يد الغاصب، فلا يضمن. (ع)

(٧) قوله: "فلم يوجد السبب" أي سبب التلف أو الجرح في يد الغاصب، ثم لو وجد الجلد المتلف في يد المالك كان سببا حادثا حدث في يد المالك فلا يضمن الغاصب، وبخلاف الحمى فإن الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية، وذا لا يحصل بذلك الحمى عند الغاصب، وهي غير موجبة لما كان بعده، أما الحمل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب الأم الولادة فما يحدث به يكون مضافاً إلى السبب الأول. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ولا يضمن الغاصب" وقد صرح في معتبرات الفتاوى أن منافع الغصب مضمونة عندنا في الوقف، ومال اليتيم وما كان معدا للإجارة. (نت)

(١٠) قوله: "منافع" المنافع كركوب الدابة والحمل عليها والزوائد كالنسل للدابة واللبن لها والثمرة للشجرة. (نور الأنوار)

(١١) قوله: "إلا أن ينقص باستعماله" إنما ذكر الاستعمال لما أن الظاهر أن النقصان إنما يحصل بالاستعمال لأن الغالب أن الغاصب إنما يغصب للاستعمال. (ك)

(١٢) قوله: "ولا فرق في المذهبين" أي في حق الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضمان فيهما عند الشافعي رحمه الله. (ك)

وقال مالك رحمه الله: إن سكنها يجب أجر المثل، وإن عطلها لا شيء عليه، له أن المنافع أموال متقومة(١)، حتى تضمن بالعقود(٢)، فكذا بالغصوب.

ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه(٣)، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى، فيملكها دفعًا لحاجته، والإنسان لا يضمن ملكه كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها، لأنه لا بقاء لها، ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان(٤).

وقد عرفت هذه المآخذ(٥) في المختلف(٦)، ولا نسلم أنها متقومة(٧) في ذاتها،

---

(١) قوله: "أموال متقومة" وهذا لأن المال اسم لما هو غيرنا مخلوق لمصالحنا، والمنافع بهذه الصفة ولهذا تصلح صداقا والأعيان إنما كانت أموالا باعتبار ما يتعلق بها من المنافع، ولهذا يقل مالية العين إذا قل الانتفاع به، فإذا كانت الأعيان أموالا باعتبار منافعها، فلأن يكون المنافع أموالا بنفسها أولى، وهي متقومة لأن التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس، ولهذا يبدلون الأعيان لأجلها فاستحال أن تكون متقومة بنفسها. (ك)

(٢) كعقد الإجارة.

(٣) قوله: "لحدوثها [وهذا لأنها حدثت بفعله وكسبه في يده. ك] إلخ" أي لأن المنافع حادثة في إمكانه أي في تصرفه، وقدرته وكسبه، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى، وما حدث في إمكان الرجل فهو ملكه دفعًا للحاجة كما يملك سائر الأشياء المملوكة له لدفع الحاجة، فإن الملك لا يثبت للعبد إلا للحاجة إلى إقامة التكاليف على أنه قال عليه السلام: «كل الناس أحق بكسبه»، فثبت أن المنافع حاصله في ملك ذلك الرجل، والإنسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غصبها واستهلاكها، لأنها أعراض لا تبقى، وما لا يبقى لا يتصور غصبه واستهلاكه وإتلافه، لأن إتلاف الشيء أو غصبه إنما يرد في حال بقاءه، فلما لم يكن المنافع باقية استحال إتلافها وغصبها، ولئن سلمنا تحقق غصبها وإتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الأعيان، وأما ضمانها بالمنافع فهو مما لم يقل به أحد. (مل)

(٤) قوله: "لسرعة فنائها إلخ" أي لأن المنافع أعراض لا تبقى وقتين، والعين يبقى أوقاتًا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم، وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والإجماع، قال الله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى﴾ ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾، ولهذا لا يضمن الجيد بالرد. (ك)

(٥) قوله: "هذه المآخذ" أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم وهي ما ذكره أولا بقوله: إنها حصلت على ملك إلخ، وثانيًا أنه لا يتحقق غصبها وإتلافها، ثالثًا أنها لا تماثل الأعيان. (غن)

(٦) أي في مختلف الرواية لأبي الليث رحمه الله.

(٧) قوله: "ولا نسلم إنها متقومة إلخ" أي ما قال الشافعي رحمه الله: إن المنافع أموال متقومة، قلنا: لا نسلم ذلك لأن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة لا عن الانتفاع بالإتلاف، لأن الأكل والشرب لا يسمى تمولا، لأن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والادخار لوقت الحاجة، فالمنافع لا تبقى وقتين، لأنها أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول. ولئن سلمنا أن لها حكم المال ليس لها صفة التقوم، لأن التقوم لا يسبق الوجود لأن التقوم إنما يكون بعد الأحرار، ألا ترى أن الصيد و الحشيش غير متقوم قبل الإحراز، وإن كان عينا والإحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين، فلا يكون متقومًا، وإنما يثبت حكم التقوم للمنفعة شرعًا عند ورود العقد عليها باعتبار إقامة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة، فبطلت المقايسة، لأن للرضاء أثر في إيجاب الأصول والفضول جميعًا، فالمال يجب بالشرط مقابلا بغير مال، ويجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف وشيء من ذلك لا يثبت بالعدوان، وكل قياس لا يقوم إلا بوصف به يقع الفرق بين

بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد، ولم يوجد العقد، إلا[1] أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين.

فصل[2] في غصب ما لا يتقوم

قال[3]: وإذ أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن، فإن أتلفهما لمسلم لم يضمن.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يضمنهما للذمي أيضًا، وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمي على ذمي[4]، أو باعهما[5] الذمي من الذمي.

له أنه سقط تقومهما[6] في حق المسلم فكذا في حق الذمي لأنهم اتباع لنا في حق الأحكام[7]، فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان[8].

ولنا أن التقوم باقٍ في حقهم[9]، إذ الخمر لهم كالخل لنا[10]، والخنزير لهم كالشاة لنا[11]، ونحن أمرنا[12] بأن نتركهم وما يدينون[13]، والسيف موضوع، فيتعذر

الأصل والفرع فهو باطل. (ك)

(١) لكن.

(٢) قوله: "فصل" لما فرغ عن بيان غصب ما يتقوم وهو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم هل يجب الضمان أم لا؟. (غن)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) فيضمن عندنا لا عنده.

(٥) جاز البيع عندنا خلافًا له. (ع)

(٦) خمر وخنزير.

(٧) قوله: "لأنهم أتباع لنا إلخ" لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» كما صرح به في "الكافي". (نت)

(٨) أي ما يضمن به.

(٩) قوله: "أن التقوم باقٍ إلخ" تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين في الأمم الماضية، وكذلك في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام، وورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين، فكانا حرامًا عليهم وبقيا حلالا على الكفار، كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة، ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين، فبقي حلالا في حق الكفار، ألا ترى إلى خطاب الله تعالى إلى المؤمنين في سورة المائدة بقوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾، المؤمن هو الذي يفلح، وقال تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾. (غن)

(١٠) قوله: "كالخل لنا" دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور؟ فقالوا: نعشرها، فقال: لا تفعلوا، وولوهم مبيعها وخذوا العشر من أثمانها، فقد جعلها مالا متقومًا في حقهم حيث جوز بيعها، وأمر بأخذ العشر من ثمنها، ولم يفعل ذلك إلا لتدينهم بذلك. (عناية)

(١١) قوله: "كالشاة لنا" في ديانتهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم مع ديانتهم، فيكون تقومهما ثابتًا في حقهما نظرا إلى ديانتهما، ولا يمكننا العمل بديانتنا لأنه يتضمن الإلزام، ولا إلزام بالسيف والسيف موضوع، فيتعذر الإلزام، فتعين

الإلزام، وإذ بقى التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم، فيضمنه[١] بخلاف الميتة[٢] والدم، لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين تمولهما[٣] إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن[٤] كان[٥] من ذوات الأمثال، لأن المسلم ممنوع عن تمليكها[٦] لكونه إعزازاً لها، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين، لأن الذمى غير ممنوع[٧] عن تمليك الخمر وتملكها.

وهذا[٨] بخلاف الربا[٩]، لأنه مستثنى عن عقودهم[١٠]، وبخلاف العبد المرتد[١١] يكون للذمى لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له[١٢] لما فيه من الاستخفاف

العمل بديانتهم. (أعظمى)

(١٢) قوله: "ونحن أمرنا إلخ" يعنى لا نجادلهم على الترك والسيف موضوع يعنى لا يجبرون على الترك بالإلزام بالسيف لعقد الذمة، وحينئذ تعذر الإلزام على ترك التدين، فبقى التقوم فى حقهم، وإذا بقى إلخ. (عناية)

(١٣) قوله: "وما يدينون [أى ما يعتقدون]" ونوقض بما إذا مات المجوسى من ابنتين إحداهما امرأته، فإنها لا تستحق بالزوجية شيئًا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها فى جميع الأديان، إذا لم يوجد مانع، ولم يوجد فى ديانتهم، ثم لم نتركهم وما يدينون، وأجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم، فلا بد له من بيان. (نهاية)

(١) الغاصب.

(٢) قوله: "بخلاف الميتة [جواب للمقيس عليه للشافعى رحمه الله، ولم يذكر فى الكتاب. ع]" والمراد بالميتة هى التى ماتت حتف أنفها حتى لو ماتت بالضرب، أو بالخنق يضمنه المسلم عند أبى حنيفة رحمه الله، خلافًا لمحمد رحمه الله. (ك)

(٣) قوله: "لا يدين تمولهما" أى إعزازهما، وادخارهما حتى يثبت التقوم. (أعظمى)

(٤) الواو وصلية.

(٥) الخمر.

(٦) قوله: "عن تمليكهما" وإن استهلكها بعض الذميين لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه. (عناية)

(٧) فيجرى الضمان بينهما بالمثل. (أعظمى)

(٨) قوله: "وهذا [أى قوله: ونحن أمرنا بأن نتركهم إلخ. عناية]" أى هذا الذى ذكرنا من كون الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها بخلاف الربا، فإنه ممنوع عنه لأن الربا مستثنى إلخ. (غن)

(٩) قوله: "بخلاف الربا" فإنا نتعرض لهم فى إبطال عقود الربا لأنا لا نضمن لهم ترك التعرض فى ذلك مع قول رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد». (كافى)

(١٠) قوله: "مستثنى إلخ" فلا يشمله عقد الذمة الموجب لترك التعرض فيما يدينونهم، وأيضًا أخذ الربا ليس بديانة منهم، إذ لم يجز الربا فى دين من الأديان خصوصًا أهل الكتاب، قال الله تعالى فى حقهم: ﴿وأخذهم الربا وقد نهوا عنه﴾، فإن قيل: قوله عليه السلام: «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد» يقتضى انتفاء عقد الذمة بأخذ الربا.

قلنا: يجب تأويله بأنه ليس بيننا وبينه العمل بموجب العهد فى حق ترك التعرض عليه جميعًا بينه وبين الأدلة الدالة على حرمة القتال عند قبول الجزية. (أعظمى)

(١١) قوله: "وبخلاف العبد المرتد [فإنه يقتل. (ك)]" فإن المسلم إذا أتلفه لا يضمن شيئًا، إن كان اعتقاد الذمى أن العبد المرتد مال متقوم، وهو أيضًا فى الحقيقة مقيس عليه للشافعى رحمه الله. (ع)

(١٢) أى للعبد المرتد. (ك)

بالدين، وبخلاف متروك التسمية[١] عامداً إذا كان لمن يبيحه[٢]، لأن ولاية المحاجة ثابتة.

قال[٣]: فإن غصب من مسلم خمراً فخللها، أو جلد ميتة فدبغه، فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء، ويأخذ جلد الميتة، ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه.

والمراد بالفصل الأول إذا خلّلها بالنقل[٤] من الشمس إلى الظل، ومنه إلى الشمس، وبالفصل الثاني إذا دبغه بماله قيمة كالقرظ[٥] والعفص[٦] ونحو ذلك.

---

(١) قوله: وبخلاف متروك التسمية إلخ" يتعلق بقوله: أمرنا بأن نتركهم إلخ يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى، وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمة عامداً لأنه مال متقوم فى اعتقاد الشافعي رحمه الله.

ووجه الجواب ما قال: إن ولاية المحاجة ثابتة، والدليل الدال على حرمته قائم، فلم يعتبر اعتقادهم فى إيجاب الضمان هذا ما قالوا: ولقائل أن يقول: لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة فإن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قرر، فالجواب أن الدليل هو قوله عليه السلام: «اتركوهم وما يدينون» وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف فى حق المجتهدين. (عناية)

قوله: "وبخلاف متروك التسمية عامداً" يعنى إذا أتلف حنفى متروك التسمية عمداً، وهو مباح عند الشافعية لا يجب ضمانه، لأنه وإن كان حلالا فى زعم الشافعية لكن ولاية المحاجة ثابتة معهم، فإن قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق﴾ صريح فى أن متروك التسمية عمداً حرام، فلا يعتبر اعتقاد الشافعية فيه.

لا يقال: ظاهره يقتضى أن لا يحل متروك التسمية سهوا أيضاً، لأنا نقول السهو عن الشيء فى حكم ذكره لعدم القصد فيه، فلم يصر متروك التسمية حقيقة بخلاف متروك التسمية عمداً. واعترض عليه من قبل الشافعية بأنكم خصصتم النص بالعامد، وأخرجتم الناسى فلنا أن تخرج العامد قياساً عليه. وأجيب عنه بأنه لو خرج العامد والناسى كلاهما بقى النص بلا مدلول، وهذا مردود بأن الشافعية حملوا هذا النص على الميتة، فلا يبقى النص بلا مدلول، والحق فى الجواب أن يقال: قياس العامد على الناسى قياس مع الفارق، فإن من ترك اسم الله عمداً يصدق عليه أنه لم يذكر اسم الله عليه، ومن تركه سهواً لايقال: إنه تركه أو لم يذكره، لأن تركه فى حكم ذكره.

وههنا بحث وهو أن ولاية المحاجة وإن كانت ثابتة لكنا لا نقطع بخطأ مذهب الشافعية فى هذه المسألة كيف، والحق دائر بين مذاهب المجتهدين، وكلهم آخذون عن ينبوع الشريعة فبأيهم اقتديتم اهتديتم، غاية ما فى الباب أن يكون دليل مذهبنا فى هذه المسألة أرجح وأقوى، ولو لا يستلزم كون مذهبهم خطأ قطعا خصوصا إذا كان مذهب الخصم مثبتاً بدليل شرعى عنده، وإن كان باطلا عندنا فثبوت ولاية المحاجة لا يستلزم أن لا يجب الضمان.

وأمثال هذه المسألة مبسوطة فى مواضعها ومفصلة فى تصانيفى، ومن ههنا ظهر أن ما فى الدر المختار والأشباه وغيره أنا إذا سألنا عن مذهبنا أجبنا بأنه صواب يحتمل الخطأ، وإذا سألنا عن مذهب مخالفنا أجبنا بأنه خطأ يحتمل الصواب ليس بصحيح لكونه مخالفاً للمعقول، والمنقول، ولما بسطوه فى علم الأصول فتعرف. (مولانا محمد عبد الحيء، دام فيضه)

(٢) قوله: "إذا كان لمن يبيحه" وهو الشافعي، ومن تابعه، يعنى لو أتلف متروك التسمية عمداً على قول الشافعي رحمه الله لا يضمن فإن ولاية الإلزام بالمحاجة، والدليل ثابتة، وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية عمداً حرام ليس بمال، فلهذا لا يعتبر اعتقادهم فى إيجاب الضمان. (ك)

(٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٤) أى بغير خلط شيء. (ع)

(٥) قوله: "كالقرظ [بفتحتين: ورق السلم. ع]" قرظ -بفتح قاف وسكون را وظا معجمة- ماهيت آن گفته

والفرق أن هذا التخليل[١] تطهير له[٢] بمنزلة غسل الثوب النجس، فيبقى[٣] على ملكه[٤] إذ لا يثبت المالية به، وبهذا الدباغ[٥] اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ فى الثوب، فكان بمنزلته، فلهذا يأخذ الخل بغير شىء، ويأخذ الجلد، ويعطى ما زاد الدباغ فيه.

وبيانه أنه ينظر إلى قيمته[٦] ذكيًا غير مدبوغ، وإلى قيمته مدبوغًا، فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبسه[٧] حتى يستوفى حقه كحق الحبس[٨] فى المبيع.

قال[٩]: وإن استهلكهما[١٠] ضمن الخل[١١]، ولم يضمن الجلد عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا: يضمن[١٢] الجلد مدبوغًا، ويعطى[١٣] ما زاد الدباغ فيه، ولو هلك[١٤] فى يده[١٥] لا يضمنه بالإجماع.

اند ثمر نوعى از ام غيلان ست كه اقاقيا عصاره آن وصمغ عربى صمغ آن است درخت آن خار دارد بعضى بزرگ سلم گويند وساق درخت آن قوى وچوب آن صلب واهل هند وبنگاله پاله گرد ژى وچهكڑه ازان ميسازند براى صلابت آن واز برگ وثمر آن باغت اديم وپوست حيوانات مى نمايند، وآن را جلود القرظ مى نامند. (مخزن الأدويه)

(٦) قوله: "والعفص" عفص -بفتح عين وسكون فا وصاد مهمله- بفارسى مازو وبهندى مازو پهل نامند وآن ثمر درختيست بسيار شبيه ببلوط. (مخزن الأدوية)

(١) أى بلا إلقاء شىء.

(٢) قوله: "تطهير له" وهذا لأن نجاسة الخمر قابلة للزوال لأنها باعتبار الخمرية وقد زالت من غير أن يقوم بها شىء من ملكه، فصار التخليل كغسل الثوب النجس، ومن غصب ثوبًا نجسًا وطهره لا يزول الثوب عن ملك المالك به كذا ههنا. (كفاية)

(٣) الخمر.

(٤) المالك.

(٥) أى بما له قيمة.

(٦) قوله: "إلى قيمته [جلد] ذكيًا [مذبوحًا] إلخ" لأنه لا يكون لجلد الميتة قيمته فتقوم ذكيًا لذلك. (ك)

(٧) الجلد.

(٨) لاستيفاء الثمن.

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) الغاصب.

(١١) إجماعا.

(١٢) الغاصب.

(١٣) المالك.

(١٤) الجلد.

أما الخل [١] فلأنه لما بقى على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف [٢]، ويجب مثله، لأن الخل من ذوات الأمثال.

وأما الجلد [٣] فلهما أنه [٤] باقٍ على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه [٥]، وهو مال متقوم، فيضمنه [٦] مدبوغًا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه، كما إذا غصب ثوبًا فصبغه ثم استهلكه يضمنه [٧] ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه، ولأنه [٨] واجب الرد [٩]، فإذا فوته [١٠] عليه يخلفه قيمته كما فى المستعار [١١]، وبهذا [١٢] فارق الهلاك بنفسه.

وقولهما: يعطى [١٣] ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس [١٤]، أما عند اتحاده يطرح عنه [١٥] ذلك القدر، ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الأخذ منه [١٦] ثم

---

(١٥) الغاصب.

(١) أى أما ضمان الخل عند الاستهلاك.

(٢) قوله: "و [الواو حالية] هو مال متقوم إلخ" فإن العصير كان مالا متقومًا له فإذا صار خمرًا صار غير متقوم، ولكونه غير متقوم لا يزول ملكه عنه، ولهذا لو غصب خمر إنسان فللمالك أن يستردها فعلم أن الملك لا يفتقر إلى التقوم، فإذا زالت صفة النجاسة عاد متقومًا كما كانت لا أن التقوم يثبت الآن. (ك)

(٣) أى أما حكم الجلد عند الاستهلاك فعلى الخلاف فلهما إلخ.

(٤) الجلد.

(٥) قوله: "حتى كان له [المالك] إلخ" قال القدورى: يعنى إذا غصب الجلد من منزله فأما إذا ألقاه صاحبه فى الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه، وعن أبى يوسف أن له أن يأخذه فى هذه الصورة أيضًا. (ك)

(٦) الغاصب.

(٧) أى يضمن الغاصب الثوب المصبوغ.

(٨) دليل آخر.

(٩) يعنى أن الجلد لو كان قائمًا وجب على الغاصب الرد. (عناية)

(١٠) الغاصب.

(١١) قوله: "كما فى المستعار" يعنى أن المستعار واجب الرد فإذا فوت المستعير بالاستهلاك يجب عليه القيمة، وإذا فات فلا، فكذا هـ[illegible] واجب الرد، فإذا فوته وجب عليه قيمته، وإذا هلك فلا. (غاية البيان)

(١٢) قوله: "وبهذا [أى التفويت] فارق [إتلاف]" أى الاستهلاك الهلاك لأنه لا تفويت منه هناك، كذا قيل.

(١٣) المالك.

(١٤) قوله: "محمول على اختلاف الجنس [فإن القاضى يقضى بما يشترى به فى الأسواق ويباع. ك]" يعنى أن القاضى قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة، ويأخذ ما زاد الدباغ، أما إذا قومها بالدراهم أو الدنانير فيطرح عنه إلخ. (عناية)

(١٥) أى عن ضمان الجلد.

(١٦) الغاصب.

الرد عليه[١].

وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب[٢]، وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقومًا فيه، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى ما زاد الدباغ فيه، فكان[٣] حقًا له، والجلد تبع له[٤] فى حق التقوم، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه، فكذا[٥] التابع، كما إذا هلك من غير صنعه[٦]، بخلاف وجوب الرد[٧] حال قيامه[٨]، لأنه يتبع الملك، والجلد غير تابع للصنعة[٩] فى حق الملك لثبوته[١٠] قبلها وإن[١١] لم يكن متقومًا، بخلاف الذكى والثوب[١٢]؛ لأن التقوم فيهما كان ثابتًا قبل الدبغ والصبغ، فلم يكن[١٣] تابعًا للصنعة.

ولو كان[١٤] قائمًا، فأراد المالك أن يتركه على الغاصب[١٥] فى هذا الوجه، ويضمنه قيمته[١٦].

قيل: ليس له ذلك[١٧]، لأن الجلد[١٨] لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب، لأن

(١) الغاصب.

(٢) أى الدباغة.

(٣) التقوم.

(٤) أى لصنع الغاصب.

(٥) لئلا يلزم مخالفة التبع أصله. (ع)

(٦) قوله: "كما إذا هلك من غير صنعه" فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمونة، فكذا الجلد وإلا فالقبض موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك. (عناية)

(٧) جواب عن قولهما: ولأنه واجب الرد.

(٨) الجلد.

(٩) قوله: "والجلد غير تابع إلخ" والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والأصل فيه الصنعة وهى غير مضمونة فكذا ما يتبعها، والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع، فوجب رده ويتبعه الصنعة. (عناية)

(١٠) الصنعة.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "بخلاف الذكى [المذبوح] والثوب" جواب عن قولهما: كما إذا غصب ثوبا وأقحم الذكى استظهاراً لأن التقوم فى الذكى والثوب كان ثابتًا إلخ. (عناية)

(١٣) التقوم.

(١٤) الجلد المدبوغ بما له قيمة.

(١٥) أى فى الوجه الذى دبغه بشىء متقوم.

(١٦) أى بعد أن صار مالا متقوما بالدباغة. (نت)

(١٧) أى بلا خلاف. (غن)

(١٨) قوله: "لأن الجلد" أقول: تعليل القول الاتفاقى بقوله: لأن الجلد لا قيمة له مشكل عندى فإنه لا يتمشى

له[١] قيمة، وقيل: ليس له ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما له ذلك، لأنه إذا تركه عليه[٢]، وضمنه عجز الغاصب[٣] عن رده، فصار كالاستهلاك[٤]، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه[٥].

ثم قيل[٦]: يضمنه[٧] قيمة جلد مدبوغ، ويعطيه ما زاد الدباغ فيه، كما فى الاستهلاك[٨]، وقيل: يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ[٩]، ولو دبغه[١٠] بما لا قيمة له كالتراب والشمس، فهو[١١] لمالكه بلا شيء، لأنه بمنزلة غسل الثوب[١٢]، ولو استهلكه الغاصب[١٣] يضمن قيمته مدبوغًا[١٤]، وقيل: طاهرًا[١٥] غير مدبوغ، لأن

على أصل الأمامين، إذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم، فيضمنه مدبوغًا بالاستهلاك، ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه إلخ، والتعليل المذكور ههنا صريح فى خلاف ذلك كما ترى. (نت)

(١) أى للثوب.

(٢) قوله: "لأنه إذا تركه [دليل أن فى المسألة خلافًا لا دليل المتخالفين. عناية] إلخ" أى لم يأخذه برد قيمة الدباغ إليه وضمنه قيمة الجلد الذكى عجز الغاصب إلخ. (ك)

(٣) قوله: "عجز الغاصب" فإن العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان لأمر من جهة الغاصب، فإن المالك إنما تركه عليه، وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ما له قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه إعطاء ما يقابل ذلك الزائد، وهو لا يقدر على إعطاءه، أو لا يهمه ذلك فكان السبب الأصلى لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه، ألا يرى أنه لو دبغه بما لا قيمة له، فكان هو لمالكه بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه، وتضمينه القيمة أصلا. (نت)

(٤) قوله: "فصار كالاستهلاك إلخ" وفيه نظر لأن العجز فى الاستهلاك لأمر من جهة الغاصب، وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز تضمين فى صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك. (م)

(٥) قوله: "على ما بيناه" من الدليل لأبى حنيفة ولصاحبيه فى استهلاك قبل هذا. (غاية البيان)

(٦) يعنى لما كان عندهما للمالك ولاية التضمين اختلف المشايخ على قولهما. (غن)

(٧) والكلام فيما إذا دبغه بشيء له قيمة. (ك)

(٨) يعنى مسألة الاستهلاك التى تقدم ذكرها أن عنده لا يضمن، وعندهما يضمن. (ك)

(٩) قوله: "وقيل: يضمنه إلخ" أقول ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فإن قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هى قيمة جلد ذكى غير مدبوغ بعينها. (نت)

(١٠) الجلد.

(١١) الجلد.

(١٢) وهو لا يزيل ملك المالك. (م)

(١٣) وعليه الجمهور. (كافى)

(١٤) قوله: "يضمن قيمته إلخ" وإنما كان الضمان فى قولهم جميعًا لأنه صار مالا على ملك صاحبه، ولا حق للغاصب فيه، وكانت المالية والتقوم جميعًا حقًا للمالك فيضمن بالاستهلاك، واختلفوا فى كيفية الضمان، فقيل ضمن قيمته مدبوغًا إلخ. (م)

(١٥) ذكى.

وصف الدباغة هو الذى حصله، فلا يضمنه.

وجه الأول وعليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد[١]، فلا تفرد عنه، وإذا صار الأصل مضمونًا عليه، فكذا صفته، ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيها، قالوا[٢]: عند أبى حنيفة رحمه الله صار ملكًا للغاصب، ولا شىء له عليه[٣].

وعندهما أخذه المالك و أعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد، ومعناه ههنا[٤] أن يعطى مثل وزن الملح من الخل.

وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه، فهو على ما قيل[٥]، وقيل: فى دبغ الجلد، ولو استهلكها لا يضمنها عند أبى حنيفة رحمه الله خلافًا لهما، كما فى دبغ الجلد، ولو خللها بإلقاء الخل فيها، فعن محمد رحمه الله أنه إن صار خلا من ساعته[٦] يصير ملكًا للغاصب، ولا شىء عليه، لأنه استهلاك[٧] له وهو[٨] غير متقوم، وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا، فهو بينهما على قدر كيلهما، لأنه خلط الخل بالخل[٩] فى التقدير، وهو على أصله ليس باستهلاك[١٠].

وعند أبى حنيفة رحمه الله هو للغاصب فى الوجهين[١١]، ولا شىء عليه، لأن نفس الخلط استهلاك عنده، ولا ضمان فى الاستهلاك[١٢]؛ لأنه أتلف ملك[١٣] نفسه.

---

(١) فإنه حصلت الدباغة بغير ما له قيمة.

(٢) قوله: "قالوا" يشير إلى أن ثمة قولا آخر وهو ما قيل: إن هذا والأول سواء، لأن الملح صار مستهلكًا فيه. (ع)

(٣) لأنه استهلاك. (ك)

(٤) أى معنى إعطاء ما زاد الملح.

(٥) قوله: "فهو على ما قيل" وقيل بتكرار، قيل: إشارة إلى القولين المذكورين فيه، يعنى قيل: ليس له ذلك بالاتفاق، وقيل: ليس له ذلك عند أبى حنيفة. (ع)

(٦) أى من ساعة الإلقاء.

(٧) قوله: "لأنه استهلاك" لأن الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك إلى عين حقه بواسطة ذلك [illegible] مل، لأن إعدام الذوات ليس فى قدرة البشر، ولا كذلك إذا تخللت بعد ساعته، لأنها بالإلقاء لم تصر مستهلكة [illegible] ءها على حالها. (ك)

(٨) الواو حالية.

(٩) أى بالخل الكائن فى التقدير، وإن كان حال الخلط خمراً.

(١٠) قوله: "وهو على أصله إلخ" يعنى أن أصل محمد رحمه الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله أيضًا إن خلط الشىء بجنسه ليس باستهلاك عندهما، وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما، فإن أتلفه فقد أتلف خل نفسه وغيره، فيضمن خل المغصوب منه. (ع)

(١١) قوله: "فى الوجهين" يعنى ما إذا صارت خلا من ساعة أو بعد ضمان. (ع)

وعند محمد رحمه الله لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول[١] لما بينا[٢]، ويضمن في الوجه الثاني[٣]، لأنه أتلف ملك غيره، وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب[٤] على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها[٥] بغير شيء، لأن الملقى[٦] يصير مستهلكًا في الخمر، فلم يبق متقوما، وقد كثرت فيه أقوال المشايخ[٧]، وقد أثبتناها في "كفاية المنتهى".

قال[٨]: ومن كسر لمسلم بربطًا[٩]، أو طبلا، أو مزمارًا[١٠]، أو دفًا، أو أراق[١١] له سكرًا، أو منصفا فهو ضامن، وبيع هذه الأشياء جائز، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يضمن، ولا يجوز بيعها، وقيل: الاختلاف[١٢] في الدف والطبل الذي يضرب للهو، فأما طبل الغزاة[١٣] والدف

---

(١٢) قوله: "ولا ضمان في الاستهلاك" أي في استهلاك الخمر بخلط الخل، لأن خمر المسلم لا يضمن. (غن)

(١٣) أي الخل.

(١) قوله: "في الوجه الأول" أي فيما إذا صار خلا من ساعة. (ك)

(٢) قوله: "لما بينا" أي أنه يصير ملكًا للغاصب ولا شيء عليه. (ك)

(٣) أي ما إذا صار خلا بعد ساعة.

(٤) قوله: "أجروا جواب الكتاب" يعني "الجامع الصغير" وهو قوله: لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء معناه أن بعضهم حملوه على الوجه الأول، وهو التخليل بغير شيء كما تقدم، وبعضهم أجروه على إطلاقه، وقالوا: للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلهما، وهو التخليل بغير شيء، والتخليل بصب الخل والتحليل بإلقاء الملح فيها، فإن الملقى يصير إلخ. (م)

(٥) قوله: "في الوجوه كلها" أي في الوجوه الثلاثة وهي التخليل بغير شيء والتخليل بإلقاء الملح، والتخليل بصب الماء فيه. (غن)

(٦) الخل والملح.

(٧) قوله: "وقد كثرت فيه إلخ" بعضم قالوا: المخلوط ههنا مشترك بالإجماع لأن عنده إنما ينقطع حق المالك بالاستهلاك إذا ضمنه بالخلط كالمكيل والموزون إذا غصبه، وخلط بمثله من ملك نفسه، فإذا لم يكن مضمونًا عليه لا ينقطع، ووجود الاستهلاك كعدمه فبقي مشتركًا كالمكيل إذا اختلط بنفسه بمكيل آخر بغيره. (ك)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) قوله: "بربطًا [عود]" بربط ساز يست معروف كه آنرا عود نيز گويند، كذا في "المنتخب"، ودر مؤيد الفضلاء آورده نوعى از مزامير كه درو تارهاى افريشمى بندند، وآن خرو تراز باب ست، وفي "منتهى الأرب": بربط كجعفر عود كه آن را مى نوازند، معرب بربط باست ضافت يعنى سينة ربط.

(١٠) بالكسر: ناى كه مى نوازند. (م)

(١١) أي صب. (م)

(١٢) بينه وبينهما.

الذى[١] يباح ضربه فى العرس[٢] يضمن بالإتلاف من غير خلاف، وقيل: الفتوى فى الضمان[٣] على قولهما.

والسكر اسم للنئ[٤] من ماء الرطب[٥] إذا اشتد[٦]، والمنصف[٧] ما ذهب نصفه بالطبخ، وفى المطبوخ[٨] أدنى طبخة، وهو الباذق عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان فى التضمين والبيع.

لهما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر[٩]، ولأنه فعل ما فعل آمرًا بالمعروف، وهو بأمر الشرع[١٠]، فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام[١١].

ولأبى حنيفة رحمه الله أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من[١٢] وجوه الانتفاع، وإن صلحت لما لا يحل[١٣]، فصار كالأمة المغنية، وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار، فلا يوجب سقوط التقوم، وجواز البيع، والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم، وباللسان إلى غيرهم، وتجب قيمتها غير صالحة[١٤] للهو، كما فى الجارية المغنية، والكبش[١٥] النطوح[١٦]

---

(١٣) جمع غازى.

(١) احتراز عما يكون مع الجلاجل.

(٢) أى مجلس النكاح، عرس -بالضم وبفتحتين- نكاح كردن. (م)

(٣) أى لا يضمن.

(٤) الخام.

(٥) أى عصير الرطب غير مطبوخ.

(٦) المراد بالاشتداد الصلاحية للإسكار. (ع)

(٧) قوله: "والمنصف" اعلم أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلاثة على قسمين أحدهما: المطبوع أدنى طبخة وهو المسمى بالباذق، والآخر المنصف، وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، وكل واحد منهما حرام عندنا. (نت)

(٨) قوله: "وفى المطبوخ" قال فى القاموس: الباذق -بكسر الذال وفتحها- ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة، فصار شديداً. (نت)

(٩) فإنه مال غير متقوم.

(١٠) أى الأمر بالمعروف.

(١١) قوله: "كما إذا فعل إذن الإمام" يعنى لو فعل بأمر نائب الشرع وهو الإمام لا يضمن فإذا فعله بأمر الشرع أولى، وعن شريح رحمه الله أن رجلين اختصما إليه فى طنبور فلم يلتفت إليهما حتى قاما من عنده.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لو كنت أنا فإن كان خصومتهما، وهو فى أيديهما، أو فى يد أحدهما كسرته وعزرتهما، وإن كسره أحدهما والآخر يطلب الضمان ضربت الذى كسره جبرا أوجعت الآخر عقوبة. (كفاية)

(١٢) بيان ما.

(١٣) من أنواع الانتفاع.

(١٤) قوله: "غير صالحة" ففى البربط يضمن الخشب الصالح للاستعمال، وكذا الباقى، وفى سكر ونحوه يضمن

والحمامة(١) الطيارة والديك(٢) المقاتل، والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور، كذا هذا.

وفى السكر والمنصف تجب قيمتهما، ولا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه، وإن كان لو فعل جاز(٣)، وهذا بخلاف ما إذا أتلف على نصرانى صليبًا(٤) حيث يضمن قيمته صليبًا، لأنه مقر على ذلك(٥).

قال(٦): ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت فى يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا: يضمن قيمتهما، لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق، ومالية أم الولد غير متقومة عنده، وعندهما متقومة، والدلائل ذكرناها(٧) فى كتاب العتاق من هذا الكتاب.

قيمته صالحًا لكونه خلا وغيره. (مجمع الأنهر)

(١٥) قوله: "والكبش" كبش ب-الفتح وشين معجمة- گوسپند نر يعنى ميش نر شاخدار جنگى از" منتخب ولطائف". (غياث)

(١٦) نطح -بالفتح- شاخ زدن گاؤ و گوسفند وجز آن. (م)

(١) حمامة -بالفتح- كبوتر وهر مرغ طوق دار. (م)

(٢) الخروس.

(٣) لوجود أصل المالية والتقوم.

(٤) قوله: "صليبًا" فى "المغرب": الصليب شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى، وفى "المنتخب": صليب چوبيست كه ترسايان دارند بدين شكل +، وبفارسى آن را چليپا گويند.

(٥) أى على دينه.

(٦) أى محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة. (عينى)

(٧) قوله: "ذكرناها" قبيل باب عتق أحد العبدين حيث قال: وجه قولهما أنها منتفع به وطئًا وإجارة واستخدامًا، وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعًا لا يسقط تقومها كما فى المدبر، ولأبى حنيفة رحمه الله أن التقوم بالإحراز وهى محرزة للنسب لا للتقوم، والإحراز للتقوم تابع بخلاف المدبر. (مل)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة[١]

الشفعة مشتقة من الشفع، وهو الضم، سميت[٢] بها؛ لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع.

قال[٣]: الشفعة واجبة[٤] للخليط[٥] فى نفس المبيع، ثم للخليط فى حق المبيع[٦] كالشرب والطريق، ثم للجار[٧]، أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء، وأفاد الترتيب[٨]، أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام*: «الشفعة لشريك لم يقاسم[٩]» ولقوله عليه الصلاة والسلام**: «جار الدار أحق بالدار[١٠] والأرض ينتظر له[١١] وإن[١٢] كان غائبًا إذا كان طريقهما

(١) قوله: "كتاب الشفعة" وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه فى كل منهما، والحق تقديمها عليه؛ لكونها مشروعة دونه، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق فى البياعات، والأشربة، والإجارات، والشركات، والزراعات أوجب تقديمها، وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشترى، وشرطها كون المبيع عقاراً. (عناية)

هى تملك البقعة بما قام على المشترى بالشركة أوالجوار. (ك)

(٢) أى الشفعة المصطلحة فى الشرع.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) أى ثابتة.

(٥) أى الشريك. (ع)

(٦) قوله: "ثم للخليط فى حق المبيع [أى ما يستحقه المبيع ويكون تابعًا له وآلة للانتفاع به] إلخ" وهو الشريك الذى قاسم وبقيت له شركة فى الطريق والشرب الخاصين، وإنما قيدنا بذلك؛ لأنهما إذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة على ما يأتى. (عناية)

(٧) أى الملاصق.

(٨) قوله: "وأفاد الترتيب" صورته: منزل بين اثنين فى سكة غير نافذة، باع أحد الشريكين نصيبه، فالشريك الملاصق فى المنزل أحق بالشفعة فإن سلم، فأهل السكة أحق فإن سلموا، فالجار: وهوالذى على ظهر المنزل، وباب داره فى سكة أخرى. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٢، والدراية ج٢، الحديث٨٨٨ ص٢٠٢. (نعيم)

(٩) قوله: "الشفعة [أى يثبت الشفعة] إلخ" قلت غريب، وأخرج مسلم عن جابر قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط». (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٨٩ ص٢٠٢. (نعيم)

(١٠) قوله: "جار الدار إلخ" قلت :هو مركب من حديثين، فصدر الحديث أخرجه أبو داود أن النبى ﷺ قال: «جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض»، وآخره أخرجه أصحاب السنن الأربع عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ:

واحداً»[1]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بسقبه[2] قيل يارسول الله ما سقبه قال شفعته»*، ويروى: «الجار أحق بشفعته[3]»**، وقال الشافعي: لا شفعة بالجوار؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة فيما لم يقسم[4] فإذا وقعت الحدود[5] وصرفت الطرق[6] فلا شفعة»***، ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس[7]؛ لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه، وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم، وهذا[8] ليس في معناه؛ لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل[9] دون

«الجار أحق بالشفعة ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» (ت)

قوله: "جار الدار" في هذا الحديث صنعة العكس، وهو من صنائع علم البديع، ونظيره قولهم: عادات السادات سادات العادات، وكلام الإمام إمام الكلام، وكلام الملوك ملوك الكلام. (عبد)

(١١) قوله: "ينتظر إلخ" يعني يكون على شفعته مدة غيبته، إذ لا تاثير للغيبة في أبطال حق تقرر سببه، قيل: معناه أحق به عرضاً عليه للبيع، ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار إذا كان غائباً.

وأجيب: بأنه ﷺ جعله أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده، وقوله: ينتظر تفسير لبعض ما يشمله كلمة أحق، وهو كونه على شفعته مدة الغيبة. (ع)

(١٢) الواو وصلية.

(١) قوله: "إذا كان طريقهما واحداً إلخ" المراد به جار هو شريك في الطريق، ويثبت الحكم في الشرب دلالة؛ لأن الشفعة إنما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلطة، وقد وجدت في الشرب. (كافي)

(٢) قوله: "الجار أحق بسقبه [سقب -بفتحتين- نزديک شدن، وبمنزل نزديك.م] إلخ" قلت أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع مولى النبي ﷺ أنه سمع النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «الجار أحق بسقبه»

وقوله: قيل: يا رسول الله! ليس في الحديث، وفي "معجم الطبراني": قيل لعمرو بن الشريد: ما السقب؟ قال: الجوار. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٧٤، والدراية ج٢ الحديث ٨٩٠ ص ٢٠٢. (نعيم)

(٣) رواه الترمذي عن جابر. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٥، والدراية ج٢ تحت الحديث ٨٩٠ ص٢٠٢. (نعيم)

(٤) قوله: "الشفعة فيما لم يقسم [أخرجه البخاري عن جابر بن عبد الله. ت] إلخ" ووجه الاستدلال أن اللام للجنس؛ لعدم المعهود، كقوله عليه السلام: «الأئمة من قريش»، فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم، يعني إذا كان قابلا للقسمة، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده، وأنه قال: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه، وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم، والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم، فلا شفعة فيه. (ع)

(٥) هذا داخل في الحديث.

(٦) أي جعل لكل قسم طريق على حدة. (كافي)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص ١٧٥، والدراية ج٢ الحديث ٨٩١ ص٢٠٣. (نعيم)

(٧) قوله: "معدول به عن سنن [بفتحتين روش وطريق. م] القياس إلخ" فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا، لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم، فلا يلحق به غيره قياساً أصلا، لا دلالة إذا لم يكن في معناه من كل وجه. (ع)

(٨) قوله: "وهذا" أي الجار، يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع؛ لأن ثبوت الشفعة وحق الأخذ

الفرع. ولنا ما روينا[١]، ولأن ملكه[٢] متصل بملك الدخيل[٣] اتصال تأبيد وقرار[٤]، فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال[٥] اعتبارًا[٦] بمورد الشرع[٧].

وهذا[٨] لأن الاتصال على هذه الصفة[٩] إنما انتصب سببًا فيه[١٠]؛ لدفع ضرر الجوار[١١]، إذ هو مادة المضار على ما عرف، وقطع هذه المادة بتملك الأصل[١٢] أولى؛ لأن الضرر فى حقه بإزعاجه[١٣] عن خطة آباءه أقوى[١٤]، وضرر القسمة[١٥]

ثمة لدفع ضرر مؤنة القسمة؛ إذ لو لم يأخذه لطالبه المشترى القسمة، فيلحقه مؤنة القسمة، وهذا لا يوجد فى الجار. (مل)

(٩) قوله: فى الأصل [أى فى فصل الشركة. ك] إلخ" أى فيما لم يقسم، ولا مؤنة عليه فى الفرع وهو المقسوم، ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس فى الجار وحده، بل فيه وفى الشريك فى حق المبيع؛ لأنه مقسوم أيضًا، وفيما لم يحتمل القسمة كالبير والحمام. (ع)

(١) قوله: "ولنا ما روينا [من قوله عليه السلام: «الجار أحق بسقبه»] إلخ" أى من الأحاديث المذكورة، فإن قيل: المراد بالجار فى الحديث المذكور الشريك، قلت: هل هذا إلا مجاز، ولا دليل عليه، وقال الإمام الحلوانى: ترك الشافعية العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته، وهم سموا أنفسهم بأصحاب الحديث، وكيف يراد بالجار الشريك.

وقد أخرج ابن أبى شيبة عن عمرو بن الشريد عن أبيه قال: قلت: يارسول الله! أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار، قال: «الجار أحق بسقبه ما كان» (سقاية)

(٢) أى ملك الجار.

(٣) قوله: "بملك الدخيل إلخ" أى المشترى، وسماه دخيلا؛ لأنه ليس بأصيل فى الجوار، والأصيل هو الجار.(ب)

(٤) قوله: اتصال تأبيد وقرار [احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية. عناية] إلخ" ذكر القرار احتراز عن المشترى شراء فاسدًا؛ فإنه لا قرار له، إذ الواجب النقض، دفعًا للفساد. (ع)

(٥) قوله: "عند وجود المعاوضة بالمال إلخ" احترز به عن الإجارة والدار المرهونة والمجعولة مهرًا. (عينى)

(٦) أى إلحاقا بالدلالة بمورد الشرع، وهو ما لا يقسم. (ع)

(٧) أى الخليط فى نفس المبيع.

(٨) جواب عن قوله: وهذا ليس فى معناه.

(٩) أى اتصال التأبيد والقرار.

(١٠) أى فى مورد الشرع. (ع)

(١١) قوله: "لدفع ضرر إلخ" أى لدفع ضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام، حتى لا يثبت للمستأجر والمستعير؛ إذ هو مادة المضار من حيث إيقاد النار، وإعلاء الجدار، ومنع ضوء النهار، وإثارة الغبار، ولا يندفع ذلك إلا بتملك أحدهما على الآخر، فرجح الأصيل على الدخيل بأن يدفع ضرره بتحويل الصفقة إلى نفسه؛ إذ لا ضرر للدخيل بأن يعود إلى رأس ماله، وإنما عدم ربحا قصده. (كافى)

(١٢) قوله: "وقطع هذه المادة بتملك الأصل [الشفيع] إلخ" جواب إشكال، وهو أن يقال: الشفيع أن يتضرر بالدخيل، فالدخيل أيضًا يتضرر بتملك الشفيع ماله . (عينى)

(١٣) إزعاج: جنبانيدن وبرخيزانيدن. (م)

(١٤) قوله: "خطة" خطه -بالكسر وتشديد طاء- زمينى كه براى بنياد عمارت گرد او خط كشند وحد پيدا كرده باشند. (م)

مشروع لا يصلح علة (١) لتحقيق ضرر غيره(٢).

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام(٣): «الشريك(٤) أحق من الخليط(٥) والخليط أحق من الشفيع»*، فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار، ولأن الاتصال بالشركة(٦) في المبيع أقوى؛ لأنه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق؛ لأنه شركة في مرافق(٧) الملك، والترجيح يتحقق بقوة السبب، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحًا(٨).

قال(٩): وليس للشريك في الطريق والشرب، والجار شفعة مع الخليط في الرقبة؛ لما ذكرنا أنه مقدم.

---

(١٥) قوله: "وضرر القسمة إلخ" جواب عن قول الشافعي لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل عند بيع أحد الشريكين، فهو جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة، ولم يذكر الجواب عن الاستدلا ل بالحديث؛ لأنه في حيز التعارض. (مل)

(١) قوله: "لا يصلح علة إلخ" يعني أن ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعًا، وما وجب شرعًا وصار حقًا عليه لا يصلح علة؛ لتحقق ضرر المشتري بتملك ماله بغير رضاه، وإنما المرفوع ضرر ليس بحق عليه شرعًا. (ك)

(٢) وهو التملك على المشتري بغير رضاه.

(٣) قال الشيخ ابن حجر: لم أجده. (سقاية)

(٤) قوله: "الشريك إلخ" قلت: غريب، ذكر ابن الجوزي في "التحقيق" وقال: إنه حديث لا يعرف، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من الجار، والجار ممن سواه.

وأخرج ابن أبي شيبة عن ابراهيم النخعي قال: الشريك أحق بالشفعة، فإن لم يكن شريك فالجار، والخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه. (ت)

(٥) قوله: "أحق من الخليط إلخ" أي الشريك راجح في حق الشفعة بالنسبة إلى الخليط؛ فلذا يتقدم على الخليط، وإن كان للخليط استحقاق معه، بخلاف الابن وابن ابن آخر؛ لأن شرط استحقاقه عدم الابن، فههنا لو أسقط الابن حقه في التركة لا يثبت لابن الابن حق فيها مع وجود الابن، والحاصل أن الشريك حاجب للخليط في الحكم، والابن حاجب لابن ابن آخر في السبب. (أعظمي)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٦، والدراية ج٢ الحديث٨٩٢ ص٢٠٣. (نعيم)

(٦) قوله: "ولأن الاتصال [دليل عقلي على الترتيب] إلخ" صورة الاجتماع على ما في بعض شروح "الوقاية" أن يكون دار مشتركة بين رجلين، وفي الدار منزل مشترك بين أحدهما وبين ثالث، وباب الدار في سكة غير نافذة، وعلى ظهر المنزل دار لرجل وبابه في سكة أخرى، فباع الشريك في المنزل حصة من المنزل، فالشريك الآخر في المنزل أحق من الشريك في الدار. والشريك في الدار أحق من الشركاء في السكة؛ لأنه شريك في الطريق الأخص، فإن ساحة الدار ممر أهل المنزل، فإن سلم هو فالشريك في السكة أحق من الجار الملاصق؛ لأنه شريك في الطريق الأعم، فإن سلم فالشفعة حينئذ للجار. (سقاية لعطشان الهداية، من تصانيف مولانا محمد عبد الحليم أدخله الله دار النعيم)

(٧) منافع.

(٨) لأن القسمة أمر مشروع، كما مر آنفًا.

(٩) أي القدوري. (عيني)

قال: فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق، فإن سلم أخذها الجار[١]؛ لما بينا من الترتيب، والمراد بهذا[٢] الجار الملاصق، وهو الذي على ظهر[٣] الدار المشفوعة، وبابه في سكة أخرى[٤]. وعن أبي يوسف[٥] أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى؛ لأنهم محجوبون به[٦]، ووجه الظاهر: أن السبب[٧] قد تقرر في حق الكل، إلا أن للشريك[٨] حق التقدم، فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض[٩]، والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها، كما في منزل معين من الدار[١٠]، أوجدار معين[١١] منها[١٢]، وهو مقدم على الجار في المنزل[١٣]، وكذا[١٤] على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي

---

(١) قوله: "أخذها الجار إلخ" لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع؛ ليمكنه الأخذ إذا سلم الشريك، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك. (ع)

(٢) الجار.

(٣) أو جنبها، احترز به عن الجار المقابل. (ك)

(٤) قوله: "وبابه في سكة أخرى إلخ" احتراز عما إذا كان بابه في سكة غير نافذة في هذه الدار. (ك)

(٥) في غير ظاهر الرواية. (ع)

(٦) فلا فرق إذ ذاك بين الأخذ والتسليم.

(٧) أي الاتصال.

(٨) في الرقبة.

(٩) قوله: "بمنزلة دين الصحة إلخ" أي كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة، فإنه إذا أسقط حقهم بالإبراء، كانت التركة لغرماء المرض لديونهم؛ لأن سبب استحقاقهم ثابت. (نهاية)

(١٠) مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت، وفي بيت منها شركة. (ع)

(١١) قوله: "أو جدار معين [أي مع أرضه؛ لأن الشركة في البناء المجرد لا يوجب الشفعة. ك] إلخ" صورته: أن يكون أرض بين رجلين غير مقسومة، فبنيا في وسط الأرض جدارا، ثم اقتسما الباقي، وامتاز حصة كل منهما عن الآخر، وبقي الجدار وما تحته من الأرض ملصقا مشتركا، فإذا باع أحدهما أرضه، فالآخر جار شريك في بعض المبيع.
أما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الجدار، وخطا خطا في وسط الأرض، ثم أعطى كل واحد منهما شيئا حتى بنيا جدارا، فكل منهما جار لصاحبه شريك في البناء، لا في الرقبة، كذا في "الذخيرة"، وبه تبين أن المراد بالشركة في الجدار أن يكون شركة في أرضه أيضا؛ لأن الشركة في البناء المجرد لا يوجب الشفعة. (سقاية)

(١٢) دار.

(١٣) قوله: "وهو مقدم على الجار إلخ" أي الشريك في منزل معين من الدار أوجدار معين منها مقدم على الجار في المنزل، في "المغني": ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق أن لا يكون شريكا في الأرض التي هي تحت الحائط، الذي هو مشترك بينهما، أما إذا كان شريكا فيه لا يكون مؤخرا، بل يكون مقدما.
وصورة ذلك: أن يكون أرض بين اثنين غير مقسومة، بنيا في وسطها حائطا، ثم اقتسما الباقي، فيكون الحائط وما تحت الحائط من الأرض مشتركا بينهما، فكان هذا الجار شريكا في بعض المبيع، أما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الحائط، وخطا خطا في وسطها، ثم أعطى كل واحد منهما شيئا حتى بنيا حائطا، فكل واحد منهما جار لصاحبه في الأرض،

يوسف[١]؛ لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة[٢]. ثم لا بد أن يكون الطريق، أو الشرب خاصًا، حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه[٣]، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذًا، والشرب الخاص أن يكون نهرًا لا تجرى فيه السفن[٤]، وما تجرى فيه فهو عام، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد. وعن أبى يوسف أن الخاص أن يكون نهرًا يسقى منه قراحان، أو ثلاثة[٥]، وما زاد على ذلك فهو عام. وإن كانت سكة[٦] غير نافذة ينشعب منها سكة غير نافذة، وهي[٧] مستطيلة، فبيعت دار في السفلي[٨] فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا[٩]، وإن بيعت[١٠] في العليا فلأهل السكتين[١١]، والمعنى[١٢] ما ذكرنا في كتاب "أدب القاضي"[١٣]، ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه، فهو على قياس الطريق[١٤] فيما بيناه[١٥].

شريك فى البناء لا غير، والشريك فى البناء لا غير يوجب الشفعة. (ك)

(١٤) أى كما هو مقدم على الجار فى المنزل، كذلك هو مقدم على الجار في بقية الدار. (ك)

(١) والرواية الأخرى أنه والجار سواء فى بقية الدار. (ع)

(٢) لأن كل الدار واحد.

(٣) أى فى الخاص.

(٤) قيل: أريد به أصغر السفن. (ك)

(٥) قوله: "قراحان [أو بستانان أو ثلاثة. ك] إلخ" القراح من الأرض كل قطعة على حالها، ليس فيها شجر ولا بناء، وفى "الذخير": وعامة المشايخ على أن الشركاء فى النهر إذا كانوا لا يحصون، فهو نهر كبير، وإن كانوا يحصون فهو نهر صغير. لكن اختلفوا بعد هذا فى حد ما لا يحصى وما يحصى، بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة، وبعضهم بمائة، وبعضهم بأربعين، وبعض مشايخنا قالوا: أصح ماقيل فيه أنه مفوض إلى رأى كل مجتهد فى زمانه، إن رآهم كثيرًا كانوا كثيرًا، وإن رآهم قليلا كانوا قليلا. (ك)

(٦) مستطيلة.

(٧) الواو حالية.

(٨) المنشعبة.

(٩) قوله: "دون أهل العليا إلخ" لأنه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور، وليس لهم أن يفتحوا فيها بابًا، فكانت كالمملوكة لأهلها، بخلاف السكة الواحدة إذا بيعت دار فى أقصاها، كانت الشفعة بين أهل السكة الواحدة، وإن لم يكن لأهل الأعلى حق المرورفى الأقصى؛ لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق فيها واحد، فللكل فيها شركة من أول السكة إلى آخرها، إلا أن شركة البعض أكثر، والترجيح لا يقع بالكثرة على ما عرف. (ك)

(١٠) دار.

(١١) لأن لأهل السفلى حق المرور فيها. (كافى)

(١٢) وجه.

(١٣) قوله: "ما ذكرنا إلخ" وهو قوله لأن فتحه للمرور، ولا حق لهم فى المرور، وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان، فكل من له ولاية فتح الباب فى سكة، فله استحقاق الشفعة فى تلك السكة، ومن لا فلا. (ع)

(١٤) قوله: "فهو على قياس إلخ" فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق، فلذلك قال على قياس الطريق،

قال(١): ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة، ولكنه شفيع جوار؛ لأن العلة هي الشركة في العقار، وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار، إلا أنه جار ملازق.

قال(٢): والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار(٣)؛ لما بينا(٤).

قال(٥): وإذا اجتمع الشفعاء، فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم، ولا يعتبر اختلاف الأملاك(٦). وقال الشافعي: هي على مقادير الأنصباء؛ لأن الشفعة من مرافق الملك، ألا يرى أنها لتكميل منفعته، فأشبه الربح(٧) والغلة(٨) والولد والثمرة(٩).

ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق(١٠)، وهو الاتصال، فيستوون في الاستحقاق، ألا يرى(١١) أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة(١٢)، وهذا آية

يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر، لا لأهل النهر الصغير؛ كما ذكرنا الحكم في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى. (ك)

(١٥) يعني قوله فإن كانت سكة غير نافذة إلخ. (ع)

(١) أي المصنف. (عيني)

(٢) أي محمد في بيوع "الجامع". (عيني)

(٣) قوله: "والشريك في الخشبة إلخ" تاويله إذا كان له حق وضع الخشبة تكون على الحائط من غير أن يملك شيئًا من رقبة الحائط؛ لأنه إذا كان هكذا فله حق الشغل لا غير، فكان جارًا لا شريكًا. (كافي)

(٤) قوله: "لما بينا إلخ" أن العلة هي الشركة في العقار، فبالشركة في الخشبة لا يكون شريكًا في الدار. (ك)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "ولا يعتبر إلخ" بيانه دار بين ثلاثة: لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، وللآخر سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه، وطلب الآخران الشفعة، قضى بالشقص المبيع بينهماعند الشافعي أثلاثًا بقدر ملكهما، وإن باع صاحب السدس نصيبه قضى بينهما أخماسًا، وإن باع صاحب الثلث قضى بينهما أرباعًا، وعندنا قضى بينهما نصفان في الكل، وكذلك على أصلنا إذا بيعت ولها جاران، جار من ثلاثة جوانب، والآخر من جانب واحد، وطلبا الشفعة فهو بينهما نصفان. (ك)

(٧) قوله: "فأشبه الربح إلخ" فإن الشريكين إذا اشتريا شيئًا بخمسة عشر درهما مثلا، ولم يشترطا شيئًا، ومال أحدهما خمسة ومال الآخر عشرة، ثم باعاه، فربحا ثلاثة درهم، فالدرهمان لصاحب العشرة، والدرهم الواحد لصاحب الخمسة؛ لأن الربح تبع المال فكان بينهما على قدر رأس مالهما. (ن)

(٨) قوله: "والغلة [أي غلة العقار المشترك بين اثنين أثلاثًا يكون أثلاثًا. عيني) إلخ" -بالفتح- در آمد ہر چیزے از حبوب ونقود وجز آن وآمد كرايه مكان ومزد غلام وما حصل زمين. (من)

(٩) قوله: "والولد والثمرة" أى اشبه الولد من الجارية المشتركة، أو البهيمة المشتركة يكون الملك فيه لكل واحد بقدر الملك في الأم، وكذلك ثمرة النخل المشتركة. (عيني)

(١٠) قوله: "استووا إلخ" وذلك لأن سبب استحقاق الشفعة إما الجوار أوالشركة، وقد استووا في أصل ذلك؛ فإن صاحب القليل شريك لصاحب الكثير، وجار لاتصال ملكه بالبيع كصاحب الكثير. (ن)

(١١) سند على الاستواء.

(١٢) قوله: "استحق كل الشفعة إلخ" يعنى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه، كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل

كمال السبب، وكثرة الاتصال[١] تؤذن بكثرة العلة[٢]، والترجيح بقوة في الدليل[٣] لا بكثرته[٤]، ولا قوة ههنا[٥]؛ لظهور الأخرى بمقابلته، وتملك ملك غيره[٦] لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه[٧]، بخلاف الثمرة وأشباهها[٨].

ولو أسقط بعضهم حقه[٩]، فهي للباقين في الكل على عددهم، لأن الانتقاص[١٠] للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم، وقد انقطعت[١١]، ولو كان البعض غُيَّباً[١٢] يقضى بها بين الحضور على عددهم، لأن الغائب لعله لا يطلب[١٣]. وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر[١٤] يقضى له بالنصف، ولو حضر ثالث، فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقًا للتسوية، فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف؛ لأن قضاء القاضي بالكل

بالاتفاق، كما لو باع صاحب القليل كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع؛ لما أن ملك كل جزء علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة، فإنما اجتمع في حق صاحب الكثير علل، وفي حق صاحب القليل علة واحدة، والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل. ألا ترى أن أحد المدعيين لو أقام شاهدين، والآخر عشراً فهما سواء، وكذلك لو أن رجلا جرح رجلا جراحة واحدة، وجرحه آخر عشر جراحات، فمات استويا في حكم القتل. (ك)

(١) قوله: "وكثرة الاتصال إلخ" جواب عما يقال: الاتصال سبب الاستحقاق، وصاحب الكثير أكثر اتصالا، فأنى يتساويان. (عيني)

(٢) لأن الاتصال بكل جزء علة.

(٣) قوله: "والترجيح بقوة في الدليل إلخ" كالشريك يرجح على الجار، وكجزّ الرقبة مع جرح الآخر؛ فإن حكم القتل يضاف إلى الجازّ لا إلى الجارح بالاتفاق. (ك)

(٤) قوله: "لا بكثرته إلخ" لأن ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحا؛ لأن عند ظهور الترجيح كان المرجوح مدفوعاًبالراجح، وههنا حق صاحب القليل لا يبطل أصلا، فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة. (نهاية)

(٥) كما في الشاهدين وعشرة شهود. (عيني)

(٦) جواب عما قاله الشافعي: من أن الشفعة من مرافق الملك. (عيني)

(٧) قوله: "لا يجعل ثمرة [لأنه لا يتولد من ملكه] إلخ" أي القدرة على التملك لا تعد من ثمرات الملك، كالأب له أن يتملك جارية ابنه، ولا يعد من ثمرات ملكه. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف الثمرة واشباهها إلخ" فإنها متولدة من العين، فيتولد بقدر الملك، أما تملك ملك غيره فلا يتولد من ملكه، فكيف يجعل كالثمرة واللبن والولد. (ك)

(٩)قوله: "ولو أسقط بعضهم إلخ" يعني وإذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه، فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده، فإن كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون أنصباءهم كما تقدم. (ع)

(١٠) في حق أحد.

(١١) بالتسليم.

(١٢) جمع غائب.

(١٣) فلا يترك حق الحاضرين بالشك.

(١٤) وطلب.

للحاضر يقطع حق الغائب(١) عن النصف بخلاف ما قبل القضاء.

قال(٢): والشفعة تجب بعقد البيع، ومعناه بعده(٣) لا أنه هو السبب(٤)؛ لأن سببها(٥) الاتصال على ما بيناه(٦). والوجه فيه(٧) أن الشفعة(٨) إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار، والبيع يعرفها(٩)، ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه(١٠)، حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع(١١)، وإن(١٢) كان المشترى يكذبه.

قال(١٣): وتستقر(١٤) بالإشهاد(١٥)، ولا بد من طلب المواثبة(١٦)؛ لأنه(١٧) حق

---

(١) قوله: "يقطع إلخ" لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه، والمقضى عليه في قضية لا يصير مقضياً له فيها. (ع)

(٢) في "المختصر". (عناية)

(٣) أي ليس الباء للسببية.

(٤) قوله: "لا أنه هو السبب إلخ" وقيل البيع هو السبب، بدليل أن الشفيع لو أسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح؛ لكونه إسقاطا قبل وجود سببه، وهو البيع، ولو كان السبب الاتصال يصح، وجوابه: أنه إنما لم يصح لفقد شرطه، وهو البيع؛ لأن السبب لا يكون سبباً إلا عند وجود شرطه، كما في الطلاق المعلق. (زيلعي)

(٥) قوله: "لأن سببها [شفعة] إلخ" اعترض عليه بأن سبب ثبوت الشفعة لو كان هو الاتصال، لكان ينبغي أن يبطل الشفعة لو سلم الشفيع الشفعة قبل البيع، وليس كذلك إجماعاً، وأجيب بأن البيع شرط، فتسليم الشفعة قبله ككفارة اليمين قبل الحنث، فلا يجوز. (سعاية لعطشان الهداية)

(٦) في مبدأ كتاب الشفعة.

(٧) أي في الوجوب بعد البيع.

(٨) قوله: "أن الشفعة إلخ" يعني أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار، ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع عليه، وله دليل ظاهر، وهو البيع، فيقام مقامه، والحاصل أن الاتصال بالملك سبب، والرغبة عن الملك شرط، والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذوه وإن كذبه المشتري.

ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له، أو وهب وسلم،؛ فإن الرغبة عنه قد عرفت، وليس للشفيع الشفعة، وأجيب: بأن في ذلك ترددا؛ لبقاء الخيار للبائع، بخلاف الخيار، فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية، فعومل به كما زعمه، والهبة لا تدل على ذلك، إذ غرض الواهب المكافأة، ولهذا كان له الرجوع، فلا ينقطع عنه حقه بالكلية. (ع)

(٩) الرغبة.

(١٠) بائع.

(١١) لثبوت البيع بإقرار البائع، وإن لم يثبت ملك المشترى. (كافي)

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) القدوري. (عيني)

(١٤) شفعة.

(١٥) هذا طلب الإشهاد.

(١٦) قوله: "ولا بد من إلخ" أي من طلب الشفعة على المسارعة قضى في الطلب إلى المواثبة لتلبسه بها. (ع)

(١٧) شفعة.

ضعيف يبطل بالإعراض، فلا بد من الإشهاد[١] والطلب؛ ليعلم بذلك رغبته[٢] فيه دون اعراضه عنه، ولأنه[٣] يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضى، ولا يمكنه[٤] إلا بالإشهاد.

قال[٥]: وتملك بالأخذ إذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم؛ لأن الملك للمشترى قد تم، فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضى أوقضاء القاضى، كما فى الرجوع فى الهبة[٦].

وتظهر فائدة هذا[٧] فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين[٨]، أو باع داره المستحق بها الشفعة، أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم[٩]، أو تسليم المخاصم لا تورث عنه فى الصورة الأولى[١٠]، وتبطل شفعته فى الثانية[١١]، ولا يستحقها فى الثالثة[١٢]؛ لانعدام الملك له، ثم قوله[١٣]: تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه[١٤] إن شاء الله تعالى، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

---

(١) أى لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه. (ع)

(٢) شفيع.

(٣) شفيع.

(٤) إثبات.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) فإنه يحتاج إلى التراضى، أو قضاء القاضى.

(٧) قوله: "وتظهر فائدة هذا إلخ" أى فائدة توقف الملك فى الدار المشفوعة بعد الطلبين على تسليم المشترى الدار إلى الشفيع، أوحكم الحاكم. (ك)

(٨) أى طلب المواثبة وطلب الإشهاد.

(٩) متعلق بالمسائل الثلاث.

(١٠) قوله: "فى الصورة الأولى إلخ" وهى ما إذا مات الشفيع بعد الطلبين؛ لأنه لم يملكها المورث، فكيف تورث عنه. (نهاية)

(١١) قوله: "فى الثانية إلخ" أى فى الصورة الثانية، وهى ما إذا باع داره المستحق بها الشفعة؛ لأن سبب الأخذ بالشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة، وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعة قبل أن يأخذها، فلم يبق السبب قبل أن يثبت الحكم، فلا يثبت الحكم. (نهاية)

(١٢) قوله: "ولا يستحقها إلخ" أى لا يستحق الدار التى بيعت بالشفعة فى الصورة الثالثة، وهى ما إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة؛ لأنه لم يملك المشفوعة، فكيف يملك بها غيرها، والله أعلم. (نهاية)

(١٣) أى قول القدورى. (ع)

(١٤) فى باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب.

باب[١] طلب الشفعة والخصومة فيها

قال[٢]: وإذا علم الشفيع بالبيع[٣] أشهد في مجلسه[٤] ذلك على المطالبة، اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه، طلب المواثبة[٥]، وهو أن يطلبها كما علم[٦]، حتى لو بلغ الشفيع البيع، ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة؛ لما ذكرنا[٧].

ولقوله عليه الصلاة والسلام[٨]: «الشفعة لمن واثبها»*، ولو أخبر بكتاب، والشفعة في أوله أو في وسطه، فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته، وعلى هذا عامة المشايخ، وهو رواية عن محمد. وعنه[٩] أن له مجلس العلم، والروايتان في "النوادر"، وبالثانية أخذ الكرخي؛ لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل، كما في المخيرة[١٠].

ولو قال[١١] بعد ما بلغه البيع: الحمد لله، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، أو قال:

---

(١) قوله: "باب" لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه. (ن)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "بالبيع إلخ" أي بيع المالك ملكه المتصل بملك الشفيع، بإخبار رجل عدل أو رجلين، أو رجل وامرأتين. (سعاية)

(٤) أي في مجلس العلم.

(٥) قوله: "طلب المواثبة إلخ" سميت به تبركًا بلفظ الحديث: «الشفعة لمن واثبها» أي لمن طلبها على وجه السرعة، والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة؛ لأن من يثب هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيه. (ك)

(٦) قوله: "كما علم إلخ" أي على فور علمه بالبيع من غير توقف، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن، والطلب صحيح من غير إشهاد، والإشهاد لمخافة الجحود، فينبغي له أن يطلب حتى إذا حلفه المشتري، أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع. وذكر في "شر[illegible]" [illegible] ذلك، أي يطلب وإن لم يكن عنده أحد؛ لئلا تسقط فيما بينه وبين الله تعالى. (ك)

(٧) قوله: "لما ذكرنا" وهو قوله لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض إلخ، وقال ابن أبي ليلى: إن طلب إلى ثلاثة أيام فله الشفعة، وقال سفيان: له مهلة يوم حين سمع، وقال شريك: هو على شفعته ما لم يبطلها صريحًا أو دلالةً، بمنزلة سائر الحقوق المستحقة. (كفاية)

(٨) قوله: "ولقوله عليه السلام" «الشفعة لمن واثبها» قلت غريب، وأخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" من قول شريح: إنما الشفعة لمن واثبها. (ت)

قوله: "ولقوله عليه السلام إلخ" قال الشيخ ابن حجر: لم أجده، وقال العيني: هذا ليس بحديث، نعم، قد روى ابن ماجة مرفوعًا الشفعة كحل العقال، وقال في المنافع: أي البعير إذا حل عقاله، ولم يؤخذ من ساعته ذهبت. (سقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٦، والدراية ج٢ الحديث٨٩٣ ص٢٠٣. (نعيم)

(٩) محمد.

(١٠) قوله: "كما في المخيرة إلخ" فإن لها الخيار ما دامت في مجلسها، والجامع حاجة الرأي والتأمل، ولأن الشرع أوجب له حق التملك ببدل، ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع، كان له خيار القبول مادام في مجلسه، فهذا مثله. (ن)

(١١) قوله: "ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله إلى قوله لا تبطل شفعته [ذكر هذا تفريعًا على مسألة القدوري. عيني]" هذا على رواية أن له مجلس العلم. (كفاية)

سبحان الله، لا تبطل شفعته؛ لأن الأول حمد على الخلاص من جواره[١]، والثانى تعجب منه لقصد إضراره[٢]، والثالث لافتتاح كلامه[٣]، فلا يدل شيء منه على الإعراض. وكذا[٤] إذا قال: من ابتاعها وبكم بيعت؛ لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن، ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض، والمراد بقوله فى الكتاب[٥] "أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة" طلب المواثبة والإشهاد فيه ليس بلازم، إنما هو لنفى التجاحد[٦]. والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخى، ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة، كما لو قال: طلبت الشفعة، أو أطلبها، أو أنا طالبها؛ لأن الاعتبار للمعنى[٧].

وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان، أو رجل وامرأتان، أو واحد عدل عند أبى حنيفة. وقالا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد، حرا كان أو عبدا، صبيا كان أو امرأة إذا كان الخبر حقا[٨]، وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل، وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم[٩]، وهذا بخلاف المخيرة[١٠] إذا أخبرت عنده[١١]؛ لأنه ليس فيه إلزام حكم[١٢]، وبخلاف ما إذا أخبره

---

(١) البائع، أى من سوء جواره مع الأمن من الضرر الدخيل بالشفعة. (كافى)

(٢) أى إضرار البائع للشفيع.

(٣) كما هو عرف بعض الناس. (كافى)

(٤) أى ليس هذا إعراضاً.

(٥) أى القدورى.

(٦) قوله: "إنما هو لنفى التجاحد إلخ" يعنى ربما يجحد الخصم، فيحتاج إلى الشهود، وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، والإشهاد فى ذلك ليس بشرط. (عناية)

(٧) قوله: "لأن الاعتبار للمعنى" ظاهر قوله طلبت الشفعة إخبار عن الطلب فى الزمان الماضى، وإنه كذب، والكذب لا عبرة به، فكأنه لم يطلب، وكذا إذا قال: أطلبها؛ لأنه عدة، إلا أنه فى العرف يراد بهذه الألفاظ الطلب للحال، لا الخبر عن أمر ماض أو مستقبل. (ك)

(٨) أى فى ظنه.

(٩) قوله: "وقد ذكرناه إلخ" إشارة إلى ما ذكره فى آخر فصل القضاء بالمواريث، وهو من فصول "كتاب أدب القاضى"، وأراد بأخواته المولى إذا أخبر بجناية عبده، والشفيع، والبكر، والمسلم الذى لم يهاجر إلينا. (ع)

(١٠) قوله: "وهذا بخلاف المخيرة إلخ" يعنى أن المخبر إذا أخبر المرأة أن زوجها خيرها فى نفسها، صارت مخيرة، سواء كان المخبر عدلا أو غير عدل، حتى لو أختارت نفسها فى مجلسها يقع الطلاق وإلا فلا، ولا يشترط فى المخبر أحد شطرى الشهادة، بخلاف الشفيع حيث شرط فيه أبو حنيفة أحد شطرى الشهادة، وهو العدد والعدالة. (ن)

(١١) أى عند أبى حنيفة. (نهاية)

(١٢) قوله: ليس فيه إلزام حكم إلخ" بل هو إبقاء ما كان على ما كان، وفى حق الشفيع إلزام، حيث يلزمه سوء ضرر الجوار.

المشترى[١]؛ لأنه خصم فيه والعدالة غير معتبرة فى الخصوم.

والثانى طلب التقرير والإشهاد، لأنه[٢] محتاج إليه لإثباته عند القاضى على ما ذكرنا[٣]، ولا يمكنه الإشهاد[٤] ظاهراً على طلب المواثبة؛ لأنه على فور العلم بالشراء، فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير، وبيانه[٥] ما قال فى الكتاب[٦].

ثم ينهض[٧] منه يعنى من المجلس، ويشهد على البائع إن كان المبيع فى يده، معناه لم يسلم إلى المشترى، أو على المبتاع[٨] أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا؛ لأن كل واحد منهما[٩] خصم فيه؛ لأن للأول اليد وللثانى الملك.

وكذا يصح الإشهاد عند المبيع؛ لأن الحق متعلق به، فإن سلم البائع المبيع[١٠] لم يصح الإشهاد عليه[١١]؛ لخروجه[١٢] من أن يكون خصماً؛ إذ لا يد له ولا ملك، فصار كالأجنبى. وصورة هذا الطلب أن يقول[١٣]: إن فلانا اشترى هذه الدار، وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك.

وعن أبى يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده؛ لأن المطالبة لا تصح إلا فى معلوم، والثالث: طلب الخصومة والتملك، وسنذكر كيفيته[١٤] من بعد إن شاء

---

(١) قوله: "وبخلاف ما إذا أخبره إلخ" حيث لا يشترط فى المشترى أيضاً أحد شطرى الشهادة، يعنى أن المخبر بالشفعة إذا كان هو المشترى، وقال للشفيع: قد اشتريت دار فلان، فلم يطلب الشفيع الشفعة، بطلت شفعته، وإن لم يكن المشترى عدلاً؛ لأن المشترى خصم فى هذا، والعدالة فى الخصوم ليس بشرط. (مل)

(٢) شفيع.

(٣) قبيل هذا الباب.

(٤) قوله: "ولا يمكنه [شفيع] الإشهاد إلخ" حتى لو أمكنه ذلك، وأشهد عند طلب المواثبة، بأن بلغه البيع بحضرة الشهود، والمشترى أو البائع حاضر، أو كان عند العقار يكفيه، ويقوم ذلك مقام الطلبين. (زيلعى)

(٥) أى بيان هذا الطلب.

(٦) أى القدورى.

(٧) أى يقوم. (ك)

(٨) قوله: "أو على المبتاع إلخ" أى المشترى أطلق هذا، ولم يقيد بكون الدار فى يد المشترى؛ لأن هذا لا يتفاوت، فإن الطلب عند المشترى صحيح، سواء كانت الدار فى يد المشترى، أو فى يد البائع، هذا كله من "الذخيرة". (ن)

(٩) البائع والمشترى.

(١٠) إلى المشترى.

(١١) قوله: "لم يصح الإشهاد عليه إلخ" كذا ذكره القدورى والناطفى، وذكر شيخ الإسلام أنه يصح استحساناً. (ت)

(١٢) البائع.

(١٣) الشفيع.

الله تعالى.

قال[١]: ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب[٢] عند أبي حنيفة، وهو رواية عن أبي يوسف. وقال محمد: إن تركها[٣] شهراً بعد الإشهاد[٤] بطلت، وهو قول زفر، معناه[٥] إذا تركها[٦] من غير عذر. وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته؛ لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختياراً، دل ذلك على إعراضه وتسليمه. وجه قول محمد: إنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري؛ لأنه لا يمكنه التصرف[٧] حذار نقضه من جهة الشفيع، فقدرناه بشهر؛ لأنه آجل، وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان[٨]. ووجه قول أبي حنيفة: وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى، أن الحق متى ثبت، واستقر[٩] لا يسقط إلا بإسقاطه، وهو التصريح بلسانه، كما في سائر الحقوق[١٠].

وما ذكر من الضرر[١١] يشكل[١٢] بما إذا كان[١٣] غائبًا، ولا فرق في حق المشتري

---

(١٤) عن قريب في هذا الباب.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) يريد به الطلب الثالث، وهو طلب الخصومة. (ف)

(٣) قوله: "إن تركها شهراً إلخ" قال شيخ الإسلام: الفتوى اليوم على هذا، لتغير أحوال الناس في الإضرار بالغير. (زيلعي)

(٤) قوله: "شهراً إلخ" وبرواية ثلاثة أيام؛ لأنها هي التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع.(ت)

(٥) قوله: "معناه إذا إلخ" وإنما قال معناه إذا تركها من غير عذر؛ لأنهم أجمعوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك، ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته، وإن طالت المدة. (ف)

(٦) شفعة.

(٧) بالبناء وغيره.

(٨) قوله: "في الأيمان إلخ" قال في باب اليمين في تقاضي الدراهم، ما دون الشهر يعد قريبًا، والشهر وما زاد عليه يعد بعيداً، ولهذا يقال: عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر.

(٩) بالإشهاد.

(١٠) فإنها بعد الثبوت لا تسقط إلا بالإسقاط.

(١١) قوله: "وما ذكر من الضرر إلخ" جواب عن قول محمد يعني أن الشفيع إذا كان غائبًا لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر، فكما لا تبطل وهو غائب، لا تبطل وهو حاضر. (عناية)

(١٢) قوله: "يشكل إلخ" فإن قيل لا يشكل؛ لأن حالة الغيبة إنما لا تبطل دفعًا لضرر الشفيع، ودفع ضرر الشفيع مقدم على ضرر المشتري، وفيما إذا كان حاضراً لا يتحقق ضرر الشفيع؛ لتمكنه من الأخذ، قلنا: لما لم تبطل شفعته حالة الغيبة رعاية لحقه، وهو ضعيف، وعسى أن لا يطلب الشفعة، فههنا قد تقوى حقه وتقرر بالطلبين فلأن لا تبطل بالطريق الأولى. (ك)

بين الحضر والسفر[١]. ولو علم أنه لم يكن فى البلدة قاضٍ لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضى فكان عذرًا.

قال[٢]: وإذا تقدم الشفيع إلى القاضى[٣]، فادعى الشراء[٤] وطلب الشفعة، سأل القاضى المدعى عليه، فإن اعترف بملكه الذى يشفع به[٥]، وإلا كلفه بإقامة البينة[٦]؛ لأن اليد ظاهر محتمل، فلا تكفي لإثبات الاستحقاق.

قال[٧]: يسأل القاضى المدعى[٨] قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها؛ لأنه ادعى حقا فيها، فصار كما إذا ادعى رقبتها[٩]، وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها[١٠]، فإن قال: أنا شفيعها[١١] بدار لى

(١٣) الشفيع.

(١) قوله: "ولا فرق إلخ" أى لا فرق في لزوم الضرر على المشترى من أن يكون الشفيع حاضرا أو غائبًا، ثم لا يعتبر الضرر فيما إذا كان غائبًا حيث لم يبطل حق الشفعة بتاخير هذا الطلب، وهو طلب الخصومة فيما إذا كان غائبًا بالاتفاق، فيجب أن لا يبطل أيضًا فيما إذا كان الشفيع حاضرا، وأخر طلب الخصومة. (نهاية)

(٢) أي القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "وإذا تقدم الشفيع إلخ" هذا كيفية طلب الخصومة التى كان وعدها قبل هذا، فادعى الشراء وطلب الشفعة. (نهاية)

(٤) قوله: "فادعى الشراء إلخ" وصورة ذلك أن يقول الشفيع للقاضى، أن فلانًا اشترى دارًا، وبين مصرها ومحلتها وحدودها، وأنا شفيعها بدار لى، وبين حدودها، فمره بتسليمها إلى، وإنما يبين هذه الأشياء؛ لأن الدعوى إنما تصح في المعلوم، وإعلام العقار بهذه الأشياء. (نهاية)

(٥) فيها.

(٦) قوله: "وإلا كلفه إلخ" أى إن أنكر أن يكون شفيعها، بأن كان المدعى ادعى الشفعة بسبب الجوار، والمدعى عليه أنكر أن تكون الدار بجنب الدار المشتراة، وأن تكون الدار التى بجنب الدار المشتراة ملك المدعى، فالقول قوله، وإن كانت تلك الدار في يد المدعى. وعلى المدعى أن يقيم البينة على أن تلك الدار ملكه؛ لأن اليد محتملة، يحتمل أن يكون يد ملك، ويحتمل أن تكون يد إجارة أو عارية، والمحتمل لا يصلح حجة، وأقصى ما فيه، أن الظاهر أن يده يد ملك، ولكن الظاهر يكفى لإبقاء ما كان على ما كان، ولا يكفى لاستحقاق أمر لم يكن، وحاجة الشفيع إلى الاستحقاق على المشترى، والظاهر لا يكفى لذلك. (نهاية)

(٧) المصنف. (عينى)

(٨) شفيع.

(٩) دار.

(١٠) قوله: "لاختلاف أسبابها إلخ" فإن بعضهم قالوا: تثبت الشفعة للجار المقابل، وهو قول شريح ذكره فى "المبسوط" إذا كان أقرب بابًا، وعندنا الشفعة على مراتب، فلا بد أن يبين سببها؛لينظر القاضى أن ما زعمه سببًا هل هو سبب، وبعد أن يكون سببًا هل هو محجوب بغيره. (نهاية)

(١١) قوله: "فإن قال أنا إلخ" أى بين سببًا صالحًا، ولم يكن محجوبًا بغيره، سأله أنه متى علم، وكيف صنع حين علم؛ لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل عليه، فلا بد من كشف ذلك، فإذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان، وعند من أشهد، وهل كان الذى أشهد عليه أقرب من غيره أم لا، فإذا بين ذلك كله، ولم يخل بشىء من

تلاصقها الآن، تم دعواه على ما قاله الخصاف، وذكر فى الفتاوى تحديد هذه الدار التى يشفع بها أيضًا، وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد[١].

قال[٢]: فإن عجز عن البينة استحلف[٣] المشترى بالله[٤] ما يعلم أنه مالك للذى ذكره مما يشفع به، معناه بطلب الشفيع[٥]؛ لأنه ادعى عليه معنى[٦]، لو أقر به لزمه، ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم[٧].

فإن نكل أوقامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها، وثبت الجوار، فبعد ذلك سأله القاضى، يعنى المدعى عليه، هل ابتاع أم لا؟ فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع: أقم البينة؛ لأن الشفة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة.

قال[٨]: فإن عجز عنها استحلف المشترى بالله ما ابتاع، أو بالله ما استحق عليه فى هذه الدار شفعة من الوجه الذى ذكره، فهذا[٩] على الحاصل، والأول على السبب، وقد استوفينا الكلام فيه فى الدعوى، وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله[١٠]، وإنما يحلفه على البتات؛ لأنه استحلاف على فعل نفسه، وعلى ما فى يده أصالة، وفى مثله يحلف على البتات.

قال[١١]: وتجوز المنازعة فى الشفعة وإن[١٢] لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس

شروطه، أتم دعواه وأقبل على المدعى عليه. (زيلعى)

(١) قوله: "بالتجنيس [هما معًا اسم كتاب واحد فى الفتاوى للمصنف. ن] إلخ" فيه بيان ما استنبطه المتأخرون، ولم ينص عليه المتقدمون. (كشف الظنون)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) القاضى.

(٤) وكان المدعى عليه المشترى، وكان المبيع فى يده.

(٥) متعلق باستحلف.

(٦) فإذا انكره لزم اليمين. (ع)

(٧) قوله: "فيحلف على العلم إلخ" هذا قول أبى يوسف، وعن محمد يحلف على البتات؛ لأن المدعى يدعى عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب، وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره، وهو ينكره، وهناك يحلف على البتات، كذا ههنا. (ك)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى الحلف الثانى حلف على الحاصل.

(١٠) قوله: و ذكرنا الاختلاف إلخ" وهو ما ذكره فى فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى، بقوله "فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه" إلى ما قال: وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وأما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك على السبب. (ك)

(١١) أى القدورى. (عينى)

القاضي، فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن؛ وهذا ظاهر رواية "الأصل"[١]. وعن محمد أنه لا يقضى[٢] حتى يحضر الشفيع الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأن الشفيع عساه يكون مفلسًا، فيتوقف القضاء على إحضاره[٣] حتى لا يتوى[٤] مال المشترى. وجه الظاهر[٥] أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء[٦]، ولهذا لا يشترط تسليمه[٧]، فكذا لا يشترط إحضاره[٨].

وإذا قضى له[٩] بالدار، فللمشترى أن يحبسه حتى يستوفى الثمن، وينفذ القضاء عند محمد أيضًا[١٠]؛ لأنه فصل مجتهد فيه[١١]، ووجب عليه الثمن فيحبس فيه[١٢]. فلو أخر[١٣] أداء الثمن بعد ما قال[١٤] له: ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته؛ لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي.

قال[١٥]: وإن أحضر[١٦] الشفيع البائع والمبيع في يده، فله أن يخاصمه في

---

(١٢) الواو وصلية.

(١) قوله: "وهذا ظاهر رواية الأصل [مبسوط] إلخ" إنما قال هذا ظاهر رواية الأصل، ولم يقل هذا رواية الأصل؛ لأنه لم يصرح في الأصل هكذا، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضى بالشفعة من غير إحضار الثمن؛ لأنه قال للمشترى أن يحبس الدار، حتى يستوفى الثمن منه، أو من ورثته إن مات. (ع)

(٢) بالشفعة.

(٣) ثمن.

(٤) أي لا يهلك.

(٥) أي ظاهر الرواية.

(٦) قوله: "إنه لا ثمن له عليه إلخ" يعني لا ثمن للمشترى على الشفيع قبل قضاء القاضي بالشفعة للشفيع، فكيف يطلب المشترى الثمن من الشفيع قبل الوجوب، فلا بد من قضاء القاضي له بالشفعة، حتى يتمكن المشترى من مطالبة الثمن عن الشفيع، إلى هذا أشار في "المبسوط". (نهاية)

(٧) أي تسليم الثمن قبل القضاء.

(٨) ثمن.

(٩) أي للشفيع.

(١٠) وإن كان عنده أنه لا يقضى حتى يحضر الثمن.

(١١) قوله: "لأنه فصل إلخ" يعني أن عند محمد لا يقضى بالشفعة قبل إحضار الثمن، ومع هذا لو قضى بها قبل الإحضار ينفذ القضاء عنده أيضًا؛ لوقوعه في محل مجتهد فيه. (مل)

(١٢) قوله: "فيحبس إلخ" أي يحبس المبيع في يد المشترى، حتى يأخذ الثمن. (نهاية)

(١٣) الشفيع.

(١٤) القاضي.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) إلى الحاكم. (ع)

الشفعة؛ لأن اليد له(١) وهي يد مستحقة، ولا يسمع القاضي البينة(٢) حتى يحضر المشترى، فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع، ويجعل العهدة عليه؛ لأن الملك للمشترى واليد للبائع، والقاضي يقضي بهما(٣) للشفيع، فلا بد من حضورهما(٤). بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع؛ لأنه صار أجنبيا إذ لا يبقى له يد ولا ملك.

وقوله: "فيفسخ البيع بمشهد منه" إشارة إلى علة أخرى(٥)، وهي أن البيع في حق المشترى إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه، ثم وجه هذا الفسخ المذكور(٦) أن ينفسخ في حق الإضافة(٧)؛ لامتناع قبض المشترى بالأخذ بالشفعة(٨)، وهو يوجب الفسخ، إلا أنه يبقى(٩) أصل البيع(١٠) لتعذر انفساخه؛ لأن

(١) قوله: "لأن اليد له إلخ" وهي يد مستحقة أي معتبرة، كيد المالك، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن، ولو هلك في يده هلك من ماله، وإنما قال ذلك احترازاً عن يد المودع والمستعير، ومن له يد كذلك، فهو خصم من ادعى عليه. (عناية)

(٢) على البائع. (عناية)

(٣) أي باليد والملك.

(٤) أي حضور البائع والمشترى.

(٥) قوله: إلى علة أخرى إلخ" فيكون اشتراط حضور المشترى معلولا بعلتين، بعلة أنه يصير مقضيا عليه في حق الملك؛ لأنه ذكر قبل هذا بقوله؛ لأن الملك للمشترى واليد للبائع، والقاضي يقضي بهما للشفيع، فلا بد من حضورهما، وبعلة أنه يصير مقضيًا عليه في حق الفسخ، كما ذكره ههنا بقوله ليقضى بالفسخ عليه، والقضاء على الغائب لا يجوز ملكًا أو فسخًا، فلا بد من حضوره. (ن)

(٦) وهو قوله فيفسخ البيع بمشهد منه.

(٧) قوله: "أن ينفسخ في حق الإضافة إلخ" أي إضافة العقد إلى المشترى، فكأنه جدد العقد وأضافه إلى الشفيع، فكان البائع باعها من الشفيع. فإن قيل: فعلى هذا لا يكون أخذاً بالشفعة، بل بالشراء من البائع، ولهذا يرجع بالعهدة عليه، قلنا: نعم! لكنه يسمى أخذا بالشفعة نظرا إلى الظاهر. (أعظمى)

قوله: "في حق الإضافة إلخ" فإن قول البائع للمشترى "بعت" إيجاب للبائع، وقوله منك إضافة إليه، فإذا أخذ الشفيع بالشفعة كان ذلك البيع أضيف إلى الشفيع، بعد أن كان مضافًا إلى المشترى، فينتقض البيع في حق الإضافة، لا أنه ينتقض أصل العقد، كما إذا رمى سهمًا إلى إنسان فتقدم عليه غيره، فأصابه، فالرمي في نفسه لم يتبدل، ولكن الإرسال والتوجيه على الأول، قد انقطع بتخلل هذا الثاني، فخرج من أن يكون مقصوداً بالرمي، فكذا ههنا تحولت الصفقة إليه، كان العقد من الابتداء وقع معه. (كافي)

(٨) قوله: "لامتناع إلخ" تعليل لقوله أن ينفسخ في حق الإضافة، يعني ينتفي قبض المشترى بسبب أخذ الشفيع الدار من البائع لا محالة، فلما انتفى قبضه وجب القول بالفسخ؛ لكنه لم يمكن الفسخ من الأصل، لئلا يتعذر الشفعة، فقيل بالانفساخ من حيث الإضافة. (عن)

(٩) قوله: "إلا أنه يبقى إلخ" أي ليس المراد أنه ينتقض البيع أصلا؛ لأنه لو انفسخ من الأصل لم يكن للشفعة وجود؛ لأن الشفعة تقتضي سابقية وجود البيع. (عن)

الشفعة بناء عليه، ولكنه تتحول الصفقة إليه، ويصير كأنه هو المشترى منه، فلهذا يرجع بالعهدة على البائع[١]. بخلاف ما إذا قبضه المشترى فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه؛ لأنه تم ملكه بالقبض، وفى الوجه الأول[٢] امتنع قبض المشترى، وإنه[٣] يوجب الفسخ، وقد طولنا الكلام فيه في "كفاية المنتهى" بتوفيق الله تعالى.

قال[٤]: ومن اشترى دارًا لغيره، فهو الخصم للشفيع؛ لأنه هو العاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد، فيتوجه عليه.

قال[٥]: إلا أن يسلمها إلى الموكل؛ لأنه لم يبقَ له يد ولا ملك، فيكون الخصم هو الموكل، وهذا؛ لأن الوكيل كالبائع من الموكل[٦] على ما عرف، فتسليمه[٧] إليه[٨] كتسليم البائع إلى المشترى، فتصير الخصومة معه[٩]. إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل[١٠]، فيكتفى بحضوره فى الخصومة قبل التسليم[١١]، وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب، فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت فى يده؛ لأنه عاقد، وكذا[١٢] إذا كان البائع وصيًا لميت[١٣] فيما يجوز بيعه[١٤]؛ لما ذكرنا[١٥].

---

(١٠) الذى صدر من البائع.

(١) قوله: "فلهذا إلخ" أى فلتحول الصفقة إليه يرجع بالعهدة على البائع؛ لأنه تابع كما كان، ولو كان بعقد جديد كانت على المشترى. (ع)

(٢) أى فيما إذاكان فى يد البائع.

(٣) أى أن امتناع قبض المشترى.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) لأنه يجرى بينهما مبادلة حكمية كما عرف.

(٧) وكيل.

(٨) موكل.

(٩) موكل.

(١٠) قوله: "إلا أنه [وكيل] مع ذلك إلخ" فإن قيل لو كان الوكيل كالبائع، والموكل كالمشترى يشترط حضورهما، كما شرط ثمة. قلنا: أنه نائب عن الموكل، فكان حضوره كحضور الموكل فى الخصومة قبل التسليم، بخلاف البائع مع المشترى، فإنه لا يكتفى بحضرة البائع حتى يحضر المشترى؛ لأن البائع ليس بنائب عن المشترى. (كافى)

(١١) قوله: "فيكتفى بحضوره [وكيل] إلخ" أى بخلاف البائع مع المشترى، فإنه لا يكتفى بحضرة البائع، حتى يحضر المشترى؛ لأن البائع ليس بنائب عن المشترى، وكان هذا جواب لسؤال يرد على قوله، وهذا لأن إلخ، وهو أن يقال لو كان هو كالبائع والموكل كالمشترى يشترط حضورهما كما شرط ثمة، فأجاب بأن الوكيل مع ذلك قائم مقام الموكل، فيكتفى بحضوره قبل التسليم إلى الموكل. (كفاية)

(١٢) أى يكون الخصم للشفيع هو الوصى.

(١٣) قوله: "إذا كان البائع وصيًا لميت" فيما يجوز بيعه قيد به؛ لأنه لا يجوز بيع الوصى ولا شرئه، إلا بما يتغابن

قال[١] : وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها ، فله خيار الرؤية ، وإن وجد بها عيبًا ، فله أن يردها ، وإن[٢] كان المشترى شرط البرائة منه[٣] ؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء. ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال ، فيثبت فيه الخياران[٤] ، كما في الشراء ، ولا يسقط[٥] بشرط البراءة من المشترى ، ولا برؤيته[٦] ؛ لأنه[٧] ليس بنائب عنه ، فلا يملك[٨] إسقاطه.

فصل في الاختلاف[٩]

قال[١٠] : وإن اختلف الشفيع والمشترى في الثمن ، فالقول قول المشترى ؛ لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه[١١] عند نقد الأقل ، وهو[١٢] ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان ؛ لأن الشفيع إن كان يدعى عليه[١٣] استحقاق الدار[١٤] ، فالمشترى لا يدعى عليه[١٥] شيئًا لتخيره بين الترك والأخذ ، ولا نص ههنا[١٦] ، فلا

الناس، فلا يجوز فيما لا يتغابن الناس في مثله؛ لأن ولاية الوصى نظرية، ولا نظر في الغبن الفاحش، فلا يجوز ذلك. (ن)

(١٤) قوله: "فيما يجوز بيعه إلخ" ذكر في الباب الأول من شفعة "المبسوط"، البائع إذا كان وصيًا للميت، إلا أن الورثة كبار كلهم، وليس على الميت دين، ولم يوص بشيء يباع فيه الدار، لم يجز بيع الوصى؛ لأن الملك للورثة، وهم متمكنون من النظر لأنفسهم، وإن كان فيهم صبى صغير جاز بيع الوصى في الدار جميعًا. وكذلك إن كان عليه دين، أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو استحسان، ذهب إليه أبو حنيفة، وفي القياس لا يجوز بيعه، إلا في نصيب الصغير خاصة، أو بقدر الدين والوصية، ثم فيما جاز بيعه كا ن للشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة إذا كانت في يده. (ك)

(١٥) من أنه هو العاقد.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الواو وصلية.

(٣) عيب.

(٤) أى خيار الرؤية وخيار العيب.

(٥) الخيار.

(٦) المشترى .

(٧) مشترى.

(٨) المشترى.

(٩) قوله: "فصل في الاختلاف إلخ" لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع و المشترى في الثمن، وهو الأصل، شرع في بيا ن مسائل الاختلاف بينهما فيه. (ن)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) مشترى.

(١٢) مشترى.

(١٣) مشترى.

(١٤) عند نقد أقل الثمنين.

يتحالفان. قال[١]: ولو أقاما البينة، فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: البينة بينة المشترى؛ لأنها أكثر إثباتًا، فصار كبينة البائع[٢]، والوكيل[٣]، والمشترى[٤] من العدو[٥]. ولهما أنه لا تنافى بينهما[٦]، فيجعل[٧] كأن الموجود بيعان[٨]، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء، وهذا بخلاف البائع مع المشترى[٩]؛ لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول.

وههنا الفسخ[١٠] لا يظهر فى حق الشفيع، وهو التخريج لبينة الوكيل؛ لأنه كالبائع والموكل[١١] كالمشترى منه، كيف[١٢]؟ وإنها[١٣] ممنوعة على ما روى عن

(١٥) لأنه لا يجب له على الشفيع شيء، حتى يحلف الشفيع. (نهاية)

(١٦) قوله: "ولا نص ههنا إلخ" إنما النص فى حق البائع والمشترى مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك، فوجب اليمين لذلك فى الطرفين، ولم يوجد الإنكار ههنا فى طرف الشفيع، فلم يكن فى معنى ما ورد فيه النص، فلذلك لم يجب التحالف ههنا، وإن كان الشفيع والمشترى بمنزلة البائع والمشترى، ولكن لمعنى فارق بينهما، لم يكن ورود النص بالتحالف هناك بمنزلة الورود ههنا. (ن)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "كبينة البائع إلخ" أى مع المشترى، يعنى لو اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن، وأقاما البينة كانت البينة بينة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة. (ك)

(٣) قوله: "والوكيل إلخ" أى كبينة الوكيل مع بينة الموكل، فإن الوكيل بالشراء مع الموكل إذا اختلفا فى مقدار الثمن، وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل؛ لأنها تثبت الزيادة. (ك)

(٤) قوله: "والمشترى من العدو إلخ" أى وكبينة المشترى من العدو مع بينة المولى القديم، فإن المشترى من العدو الحربى مع المولى القديم إذا اختلفا فى ثمن المأثور، وأقاما البينة كانت البينة بينة المشترى من العدو، لما فيه من إثبات الزيادة. (ن)

(٥) قوله: "من العدو" صورتش آن است كه مسلمانى براى تجارت داخل دار حرب بامان كافر گرديد، وخريده آورد بنده زيد را مثلا از دست كافرى كه بغاوت برده بود بدار حرب وخواست مالك قديم اعنى زيد كه بنده خودرا ازان مرد تاجر ببهائى كه او خريده است بآن بگيرد واختلاف واقع شد ميان زيد وآن مرد تاجر در مقدار بهاى آن وهر دو بينه آوردند برمدعاى خويش پس معتبر بينه تاجر ست كه اثبات زياده ميكند. (ترجمه)

(٦) قوله: "أنه لا تنافى بينهما إلخ" أى بين البينتين فى حق الشفيع؛ لجواز تحقق البيعين مرة بألف، وأخرى بألفين على ما شهد عليه البينتان، وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر فى حق الشفيع لتأكد حقه، فجاز أن يجعلا موجودين فى حقه، وله أن يأخذ بأيهما شاء. (ع)

(٧) يعنى يجعل فى حق الشفيع كان الشرائين ثابتان. (كافى)

(٨) ولو اشترى مرتين، مرة بألف ومرة بألفين، كان للشفيع أن يأخذ بأيهما شاء. (كافى)

(٩) قوله: "وهذا بخلاف البائع إلخ" فإن العمل بالبينتين ثمه غير ممكن، فالعقد الثانى لا يتصور إلا بانفساخ الأول فى حقهما، فصرنا إلى الترجيح بالزيادة، وههنا الفسخ لا يتصور فى حق الشفيع، فأمكن اعتبار البيعين فى حقه، فلا يصار إلى الترجيح. (كافى)

(١٠) فإن الفسخ يكون بين العاقدين، والشفيع ثالثهما.

(١١) فلا يمكن توالى العقدين بينهما إلا بانفساخ الأول، فتعذر التوفيق. (عناية)

(١٢) أى كيف يصح القياس.

محمد[١]. وأما المشترى[٢] من العدو، فقلنا: ذكر فى "السير الكبير" أن البينة بينة[٣] المالك القديم فلنا: أن نمنع، وبعد التسليم[٤] نقول: لا يصح الثانى هنالك إلا بفسخ الأول، أما ههنا فبخلافه؛ ولأن بينة الشفيع ملزمة[٥] وبينة المشترى غير ملزمة، والبينات للإلزام.

قال[٦]: وإذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن، أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشترى؛ وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به، وإن كان على ما قال المشترى فقد حط البائع بعض الثمن، وهذا الحط يظهر فى حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى[٧]؛ ولأن التملك على البائع بإيجابه[٨]، فكان القول قوله[٩] فى مقدار الثمن ما بقيت مطالبته، فيأخذ الشفيع بقوله[١٠].

قال: ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان[١١] ويترادان[١٢]، وأيهما نكل ظهر أن

---

(١٣) الواو حالية.

(١) قوله: "على ما روى عن محمد إلخ" فإن ابن سماعة روى عن محمد أن البينة بينة الموكل؛ لأن الوكيل صدر منه إقراران بحسب ما يوجبه البينتان، فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء، فأما فى ظاهر الرواية فقلنا: الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى، ولهذا يجرى التحالف بينهما عند الاختلاف فى الثمن. (ك)

(٢) أى المشترى من العدو والمالك القديم إذا اختلفا.

(٣) لأنها ملزمة. (زيلعى)

(٤) أى لئن سلمنا أن البينة للمشترى، فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر إذ لا يصح إلخ. (ع)

(٥) قوله: "ولأن بينة إلخ" ما مر كان طريقة لأبى حنيفة فى هذه المسألة، حكاها محمد، وهذه طريقة ثانية حكاها أبويوسف، وبيانه أنه إذا قبلت بينة الشفيع، وجب على المشترى تسليم الدار إليه بألف، شاء أو أبى، وإذا قبلت بينة المشترى لا يجب على الشفيع شيء، ولكنه يتخير إن شاء أخذ وإن شاء ترك؛ والملزم من البينتين مرجح، وبه فارق بينة البائع مع المشترى؛ لأن كل واحد من البينتين هناك ملزمة. وكذلك بينة الوكيل مع الموكل، وكل واحد منهما ملزمة، فلذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة، وفى مسألة المشترى من العدو على هذه الطريقة، البينة بينة المولى القديم؛ لأنها ملزمة، وبينة المشترى غير ملزمة، كذا فى الباب الأول من شفعة المبسوط. (ك)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) فى مبدأ الفصل الآتى.

(٨) قوله: "ولأن التملك [أى تملك الشفيع] إلخ" هذا وجه آخر، وإنما كان التملك على البائع بإيجابه؛ لأنه لو لم يقل "بعت" لا يثبت للشفيع شيء، ألا يرى أنه لو أقر بالبيع وأنكره المشترى يثبت له حق الأخذ. (عناية)

(٩) بائع.

(١٠) بائع.

(١١) البائع والمشترى إن لم يكن بينة.

(١٢) للحديث المعروف. (ع)

الثمن ما يقوله الآخر، فيأخذها الشفيع بذلك، وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف[(١)]، ويأخذها الشفيع بقول البائع؛ لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع[(٢)]. قال[(٣)]: وإن كان[(٤)] قبض الثمن أخذ[(٥)] بما قال المشتري إن شاء، ولم يلتفت إلى قول البائع؛ لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد، وخرج هو من البين، وصار هو كالأجنبي، وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع، وقد بيناه[(٦)].

ولو كان نقد الثمن غير ظاهر[(٧)]، فقال البائع: بعت الدار بألف، وقبضت الثمن، يأخذها الشفيع بألف؛ لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع، تعلقت الشفعة به[(٨)]، فبقوله بعد ذلك: قبضت الثمن يريد إسقاط[(٩)] حق الشفيع[(١٠)]، فيرد عليه[(١١)]، ولو قال: قبضت الثمن، وهو ألف لم يلتفت إلى قوله[(١٢)]؛ لأن بالأول -وهو الإقرار بقبض الثمن- خرج من البين، وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن.

فصل فيما يوخذ به المشفوع[(١٣)]

قال[(١٤)]: وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن[(١٥)] يسقط ذلك عن الشفيع،

---

(١) سابقًا.

(٢) قوله: "لأن فسخ البيع [كما لو رد عليه بعيب بقضاء قاض. كافي] إلخ" يعني أن الفسخ وإن كان بالقضاء لا يظهر في حق الشفيع؛ لأن القاضي نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم، ولأن الفسخ مقرر لحق الشفيع لا رافع، ولهذا ينفسخ العقد الذي جرى بين البائع والمشتري بالأخذ بالشفعة. (ك)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) بائع.

(٥) الشفيع.

(٦) عن قريب بقوله: "وإن اختلف الشفيع والمشتري إلخ.

(٧) أي غير معلوم، والمسألة بحالها.

(٨) قوله: "تعلقت الشفعة به [أي بالبيع بذلك المقدار. ع] إلخ" لأنه أخبر عن الثمن في حال له ولاية البيان، فبني الحكم عليه، ثم بقوله قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع في الأخذ بما قاله فيرد عليه، بخلاف ما إذا أقر باستيفاء الثمن أولا؛ لأنه بذلك خرج من البين، فلم يقبل بيانه، وقد خرج من البين. (ك)

(٩) أي عن نفسه.

(١٠) المتعلق بإقراره من الثمن. (ع)

(١١) هذا القول.

(١٢) قوله: لم يلتفت [ويأخذ بما قال المشتري. ع] إلى قوله إلخ" وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع إذا كان في يد البائع، فأقر بقبض الثمن، وزعم أنه ألف، فالقول قوله؛ لأن التملك يقع على البائع، فيرجع إلى قوله. (ع)

(١٣) قوله: "فصل إلخ" لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل؛ لأنه المقصود من حق الشفعة، شرع في بيان ما يؤخذ به، وهو التبع؛ لأن الذي يؤخذ به المشفوع هو الثمن. (نهاية)

(١٤) أي القدوري. (عيني)

وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع ؛ لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد، فيظهر فى حق الشفيع ؛ لأن الثمن ما[١] بقى[٢].

وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع[٣] عليه بذلك القدر[٤]، بخلاف حط الكل[٥] ؛ لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال[٦]، وقد بيناه في البيوع[٧].

وإن زاد المشترى[٨] للبائع لم تلزم الزيادة فى حق الشفيع[٩] ؛ لأن فى اعتبار الزيادة ضررًا بالشفيع ؛ لاستحقاقه[١٠] الأخذ بما دونها[١١].

بخلاف الحط ؛ لأن فيه[١٢] منفعة له[١٣]، ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول، لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول ؛ لما بينا[١٤] كذا هذا.

قال[١٥] : ومن اشترى دارًا بعرض[١٦] أخذها الشفيع بقيمته[١٧] ؛ لأنه من ذوات

(١٥) قوله: "بعض الثمن إلخ" حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان فى باب المرابحة دون الشفعة؛ لأن فى المرابحة ليس فى إلزام الزيادة إبطال حق مستحق، بخلاف الشفعة، فإن الزيادة فيها إبطال حق يثبت للشفيع بإقرار. (ع)

(١) أى الذى بقى. (نهاية)

(٢) والشفيع يأخذ بالثمن.

(٣) الشفيع.

(٤) إن كان الشفيع أوفاه الثمن. (زيلعى)

(٥) فيجب الشفعة بكل الثمن.

(٦) قوله: "لأنه لا يلتحق إلخ" وذلك لأن حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد، فإما أن يصير العقد هبة، ولا شفعة للشفيع فى الهبة، أو يصير بيعًا بلا ثمن، فيكون فاسدًا، ولا شفعة فى البيع الفاسد، فيؤدى إلى إبطال حق الشفيع. (ك)

(٧) فى فصل قبيل الربا. (ع)

(٨) فى الثمن.

(٩) وإن كانت الزيادة تلتحق بأصل العقد أيضًا. (زيلعى)

(١٠) شفيع.

(١١) زيادة.

(١٢) أى فى الأخذ بالحط.

(١٣) شفيع.

(١٤) قبل هذا الفصل.

(١٥) أى القدورى (عينى)

(١٦) أى متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا. (ع)

(١٧) قوله: "بقيمته إلخ" أى بقيمة العرض عندنا، وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار، دفعا للضرر عن المشترى بوصول قيمة ملكه إليه، ولنا أن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشترى، والمثل نوعان، كامل وهو المثل صورة ومعنى، وقاصر وهو المثل معنى، فإن اشتراها بمكيل أو موزون، أخذها بمثله لقدرته على المثل الكامل؛ لأنهما من ذوات الأمثال.

القيم، وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله؛ لأنهما من ذوات الأمثال، وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما تملكه، فيراعى بالقدر الممكن[١]، كما في الإتلاف[٢]، والعددى المتقارب من ذوات الأمثال.

وإن باع عقاراً بعقار، أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر؛ لأنه[٣] بدله، وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته، قال[٤]: وإذا باع بثمن مؤجل، فللشفيع الخيار[٥] إن شاء أخذها بثمن حال، وإن شاء صبر، حتى ينقضى الأجل، ثم يأخذها، وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل. وقال زفر: له ذلك، وهو قول الشافعي في القديم؛ لأن كونه[٦] مؤجلا وصف في الثمن[٧]، كالزيافة والأخذ بالشفعة به، فيأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف[٨]. ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع، أو المبتاع، وليس الرضا به[٩] في حق المشترى رضا به في حق الشفيع[١٠]؛ لتفاوت الناس في الملاءة[١١]، وليس الأجل وصف الثمن[١٢]؛ لأنه حق المشترى، ولو كان[١٣] وصفًا له لتبعه، فيكون[١٤] حقًا

وإن اشتراها بعرض أخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل الكامل؛ لأنه من ذوات القيم، ولئن كان بيع الشيء بالقيمة فهو في حال البقاء، فصار كما لو استحق أحد العبدين، ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء، لا وقت الأخذ بالقيمة. (ك)

(١) فإن كان له مثل صورة ملكه به، وإلا فالمثل من حيث المالية، وهو القيمة. (ع)

(٢) قوله: "كما في الإتلاف إلخ" فإنه عند تعذر أداء العين يرد المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا مثل له. (ن)

(٣) لأن كل واحد منهما بدل الآخر.

(٤) أي القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "فللشفيع الخيار إلخ" قال في "الذخيرة": هذا إذا كان الأجل معلوما، فأما إذا كان مجهولا نحو الحصاد والدياس وأشباه ذلك، فقال الشفيع: أنا أعجل الثمن وآخذها، لم يكن له ذلك؛ لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد، وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد. (نهاية)

(٦) ثمن.

(٧) يقال: دين مؤجل ودين حال. (نهاية)

(٨) قوله: "كما في الزيوف إلخ" فللشفيع حق الأخذ بالثمن الذي يملك به المشترى بصفة، كما لو اشترى بألف زيوف، يأخذ الشفيع بالزيوف. (كافى)

(٩) قوله: "وليس الرضاء به [أي بالأجل] إلخ" دليل آخر، تقريره: أنه لا بد في الشفعة من الرضاء؛ لكونها مبادلة، ولا رضاء في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل؛ لأن الرضاء به في حق المشترى ليس برضاء في حق الشفيع؛ لتفاوت الناس في الملاءة. (ع)

(١٠) قوله: رضاء به إلخ "وليس من لوازم العقد، فاشتراطه في حق المشترى لايكون اشتراطًا في حق الشفيع، كالخيار والبراءة من العيوب. (زيلعى)

(١١) بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم، ملؤ الرجل ملاءة توانگر ومالدار ونيكو معامله گرديد.

(١٢) قوله: "وليس الأجل إلخ" جواب عن قول زفر، يعنى أن وصف الشيء يتبعه لا محالة، وهذا ليس كذلك، فإن

للبائع كالثمن، وصار كما إذا اشترى شيئًا بثمن مؤجل، ثم ولاه[١] غيره، لا يثبت الأجل[٢] إلا بالذكر، كذا هذا. ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى؛ لما بينا من قبل[٣]، وإن أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان؛ لأن الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع، فبقى موجبه[٤]، فصار كما إذا باعه بثمن حال، وقد اشتراه مؤجلا[٥]، وإن اختار الانتظار[٦] له ذلك؛ لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية.

وقوله فى "الكتاب"[٧]: وإن شاء صبر حتى ينقضى الأجل مراده الصبر عن الأخذ، أما الطلب عليه فى الحال، حتى لو سكت عنه[٨] بطلت شفعته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافًا لقول أبى يوسف الآخر[٩]؛ لأن حق الشفعة[١٠] إنما يثبت بالبيع[١١]، والأخذ[١٢] يتراخى عن الطلب، وهو متمكن من الأخذ فى الحال بأن يؤدى الثمن حالا، فيشترط الطلب عند العلم بالبيع.

الثمن حق البائع، والأجل حق المشترى على البائع، فكيف يكون الأجل صفة للثمن. (مل)

(١٣) الأجل.

(١٤) الأجل.

(١) أى باعه بالتولية.

(٢) فى حقه.

(٣) قوله: "لما بينا إلخ" أى فى أواخر باب طلب الشفعة، وهو أن البيع انفسخ فى حق المشترى، وقام الشفيع مقام المشترى فى حق إضافة العقد إليه، وبانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشترى. (ك)

(٤) الرجوع.

(٥) فالبائع الأول يرجع على الثانى بالثمن المؤجل.

(٦) أى إلى انقضاء الأجل.

(٧) أى القدورى.

(٨) طلب.

(٩) قوله: "خلافًا لقول أبى يوسف الآخر إلخ" وكان أبو يوسف يقول أولا كقولهما، ثم رجع عنه وقال: لا تبطل شفعته بالتأخير إلى حلول الأجل؛ لأن الطلب ليس بمقصود لعينه، بل للأخذ، وهو فى الحال لا يتمكن من الأخذ، فلا فائدة فى طلبه فى الحال، فسكوته لا يكون دليل الإعراض عن الأخذ، بل لأنه لم ير فيه فائدة.
وجوابه: إنا لا نسلم أن المقصود به الأخذ ولئن كان، فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ فى الحال، بل هو متمكن منه، بأن يؤدى الثمن حالا. (مل)

(١٠) دليل للطرفين.

(١١) أى عند العلم به. (ع)

(١٢) بالشفعة.

قال(١): وإن اشترى ذمى(٢) بخمر أو خنزير داراً، وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير؛ لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم، وحق الشفعة يعم المسلم والذمى، والخمر لهم كالخل لنا، والخنزير كالشاة، فيأخذ(٣) فى الأول بالمثل والثانى بالقيمة.

قال(٤): وإن كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير(٥)، أما الخنزير فظاهر(٦)، وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم فى حق المسلم، فالتحق(٧) بغير المثلى، وإن كان شفيعها مسلمًا وذميًا، أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر، والذمى نصفها بنصف مثل الخمر اعتباراً للبعض بالكل، فلو أسلم الذمى(٨) أخذها بنصف قيمة الخمر؛ لعجزه عن تمليك الخمر، وبالإسلام يتأكد حقه(٩) لا أن يبطل، فصار كما إذا اشتراها بكرّ من رطب(١٠)، فحضر الشفيع بعد انقطاعه(١١)، يأخذها بقيمة الرطب(١٢)، كذا هذا.

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "أو اشترى ذمى [من ذمى داراً، أو بيعةً، أو كنيسةً] إلخ" قوله:ذمى احتراز عن المسلم، فإن شراء المسلم بما ذكر فاسد لا شفعة فيه، وقوله بخمر أو خنزير احتراز عما إذا اشترى الذمى بميتة أو دم، فإن الشراء بهما باطل لا شفعة فيه، أو عن الشراء بما هو متقوم عند الكل، فإن الحكم لا يختلف فيه بين المسلم والذمى.

وقوله: وشفيعها ذمى احترز به عن المرتد، فإن المرتد لا شفعة له، سواء قتل فى ردته، أو مات، أو لحق بدار الحرب، ولا لورثته؛ لأن الشفعة لا تورث، وأما الحربى المستأمن فى وجوب الشفعة له وعليه فى دار الإسلام سواء بمنزله الذمى؛ لأنه من جملة المعاملات، وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه فى دارنا، فيكون بمنزلة الذمى فى ذلك. (ك)

(٣) الشفيع.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "بقيمة الخمر والخنزير إلخ "لا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام الخنزير، فوجب أن يحرم على المسلم تمليكه، بخلاف قيمة الخمر على ما عرف فى موضعه؛ لأنا نقول: إنما يحرم عليه تمليكها إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير، أما إذا كانت بدلا عن غيره فلا، وهى ههنا بدل عن الدار، وطريق معرفة قيمة الخمر و الخنزير الرجوع إلى ذمى أسلم، أو فاسق تاب، فإن وقع الاختلاف فى ذلك، فالقول قول المشترى، بمثل ما إذا اختلف الشفيع والمشترى فى مقدار الثمن. (مل)

(٦) فإنه من ذوات القيم.

(٧) الخمر.

(٨) بعد ثبوت حق الشفعة له.

(٩) قوله: " وبالإسلام [أى بإسلام الشفيع] إلخ" ولو أسلم أحد المتعاقدين، والخمر غير مقبوضة انتقض البيع؛ لأن الإسلام يمنع قبضها، ولكن لا تبطل الشفعة؛ لأنها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه. (زيلعى)

(١٠) قوله: "كما إذا اشتراها إلخ" وكذا كل ما يكون الثمن مثليًا، فانقطع قبل الأخذ بالشفعة، فإنه يأخذه بقيمته للتعذر. (زيلعى)

(١١) عن السوق.

فصل[١]

قال[٢]: وإذا بنى المشترى فيها، أو غرس، ثم قضى للشفيع بالشفعة، فهو بالخيار، إن شاء أخذها بالثمن[٣]، وقيمة البناء والغرس[٤] وإن شاء كلف المشترى قلعه[٥]، وعن أبى يوسف أنه لا يكلف القلع، ويخير بين أن يأخذ بالثمن، وقيمة البناء و الغرس، وبين أن يترك، وبه قال الشافعى، إلا أن عنده له أن يقلع، ويعطى قيمة البناء[٦]. لأبى يوسف أنه محق فى البناء[٧]؛ لأنه بناه على أن الدار ملكه، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان، وصار كالموهوب له[٨] والمشترى شراءً فاسداً، وكما إذا زرع المشترى؛ فإنه لا يكلف القلع[٩]، وهذا[١٠] لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين[١١] بتحمل الأدنى، فيصار إليه.

ووجه ظاهر الرواية أنه بنى فى محل تعلق به حق متأكد للغير[١٢] من غير تسليط

---

(١٢) وإن كان مثليًا.

(١) قوله: "فصل" الأصل فى المشفوع عدم التغير، والتغير بالزيادة، أو النقصان بفعل نفسه، أو بفعل الغير عارض، فكان جديراً بالتأخير فى فصل على حدة. (ع)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) الذى اشتراه به المشترى. (ع)

(٤) درخت در زمين نشانده شده. (م)

(٥) فيأخذ الأرض فارغة.

(٦) قوله: "ويعطى قينة البناء [أى نقصان البناء الذى حصل بالقلع] إلخ" أى يضمن أرش النقصان والبناء للمشترى، فالحاصل أن عند أبى يوسف إن شاء أخذه بقيمة البناء، والغرس قائمين على الأرض غير مقلوعين، وإن شاء ترك. وعند الشافعى له خيارات ثلاث: اثنان ما قاله أبويوسف، والآخر أن له أن يقلع البناء، ويضمن أرش النقصان، والتفاوت بين قول الشافعى وبين قولهما فى الأمر بالقلع، أن عنده يضمن نقصان القلع، وعندهما لا يضمن نقصانه، وذكر فى التنبيه لأصحاب الشافعى، أن للشفيع أن يقلع، والمقلوع للمشترى ويضمن الشفيع أرش القلع. (ك)

(٧) والمحق بالبناء لا يكلف القلع. (ع)

(٨) قوله: "وصار كالموهوب له إلخ" يعنى أن الموهوب له إذا بنى فى الأرض الموهوبة ليس للواهب أن يقلع بناءه، ويرجع فى الأرض؛ لأنه بناه فى ملكه، وكذلك المشترى شراء فاسداً عند أبى حنيفة، وكما أذا زرع المشترى ثم جاء الشفيع، فإنه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع. (ك)

(٩) أى قلع البناء. (ك)

(١٠) أى ما قلنا: إنه لا يكلف القلع. (ع)

(١١) قوله: "دفع أعلى الضررين [وهو ضرر المشترى، وهو القلع من غير عوض يقابله. ع] إلخ" بيانه أنه اجتمع ههنا ضرران؛ لأنه فى تكليف المشترى القلع ضرر، لا جابر له، ولو أوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الأخذ، يلزمه ضرر زيادة الثمن، إلا أن له جابرا؛ لأنه يدخل فى مقابلته فى ملكه عوض، وهو البناء والضرر ببدل أهون من الضرر بغير بدل، فيصار إليه. (ك)

من جهة من له الحق[١]، فينقض[٢] كالراهن[٣] إذا بنى[٤] فى المرهون، وهذا[٥] لأن حقه أقوى من حق المشترى[٦]؛ لأنه يتقدم عليه، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته[٧].

بخلاف الهبة[٨] والشراء الفاسد عند أبى حنيفة؛ لأنه حصل[٩] بتسليط من جهة من له الحق؛ ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف[١٠]، ولهذا لا يبقى بعد البناء[١١]، وهذا الحق[١٢] يبقى، فلا معنى لإيجاب القيمة[١٣] كما فى الاستحقاق[١٤]، والزرع[١٥] يقلع قياسًا، وإنما لا يقلع استحسانًا؛ لأن له نهاية معلومة، ويبقى بالأجر، وليس فيه[١٦] كثير ضرر[١٧]، وإن أخذه بالقيمة[١٨] يعتبر قيمته مقلوعًا[١٩]، كما بيناه

---

(١٢) بحيث لا يقدر المشترى على إسقاطه جبراً. (ع)

(١) قوله: من غير تسليط من جهة إلخ" احتراز عن الموهوب له والمشترى بالشراء الفاسد، فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع. (ع)

(٢) والبناء والغرس.

(٣) ينقض بناء المرتهن.

(٤) المرتهن.

(٥) أى النقض.

(٦) قوله: لأن حقه أقوى إلخ" فلا مساوات بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر؛ لأن الترجيح إنما يصار إليه عند التساوى. (زيلعى)

(٧) كما إذا جعل المشترى الأرض مسجدا أو مقبرة. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف [أى بخلاف بناء الموهوب له، والمشترى بالشراء الفاسد] الهبة إلخ" متصل بقوله: من غير تسليط من جهة من له الحق، وإنما قيد بقوله: "عند أبى حنيفة" لأن عدم استرداد البائع فى الشراء الفاسد إذا بنى المشترى فى المشترى، إنما هو قوله، وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء، كالشفيع فى ظاهر الرواية.. (ع)

(٩) فلا ينقض.

(١٠) ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوى. (ع)

(١١) قوله: ولهذا لا يبقى [هذا الحق] إلخ" فيه نظر؛ لأن الاسترداد بعد البناء فى البيع الفاسد، إنما لا يبقى على مذهب أبى حنيفة، فالاستدلا ل به لا يصح، والجواب أنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما. (عناية)

(١٢) أى حق الشفعة.

(١٣) قوله: فلا معنى إلخ" راجع إلى أول الكلام، يعنى إذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع؛ لأن الشفيع بمنزلة المستحق، والمشترى إذا بنى أو غرس ثم استحق، رجع المشترى بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق، فكذا ههنا. (عناية)

(١٤) يقلع المستحق.

(١٥) جواب عن قوله: وكما إذا زرع المشترى. (ع)

(١٦) أى فى عدم قلعه.

(١٧) بالتأخير.

فى الغصب.

ولو[1] أخذها الشفيع، فبنى فيها أو غرس، ثم استحقت[2] رجع بالثمن[3]؛ لأنه تبين أنه أخذه[4] بغير حق[5]، ولا يرجع[6] بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذها منه، ولا على المشترى إن أخذها منه، وعن أبى يوسف أنه يرجع[7]؛ لأنه متملك عليه[8] فنزلا منزلة البائع والمشترى.

والفرق على ما هو المشهور[9] أن المشترى مغرور[10] من جهة البائع، ومسلط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى؛ لأنه مجبور عليه.

قال[11]: وإذا انهدمت الدار، أو احترق بناءها، أو جف شجر البستان بغير فعل أحد[12]، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن؛ لأن البناء والغرس تابع، حتى دخلا فى البيع من غير ذكر، فلا يقابلهما شىء من الثمن[13] ما لم يصر

---

(١٨) قوله: "وإن أخذه إلخ" معطوف على مقدر دل عليه التخيير، وتقريره أن الشفيع بالخيار، إن شاء كلف القلع وإن شاء أخذه بالقيمة، فأن كلفه فذاك وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً. (عناية)

(١٩) أى مستحق القلع.

(١) هذا لفظ القدورى. (عينى)

(٢) فكلف المستحق الشفيع القلع، فقلع. (زيلعى)

(٣) قوله: "بالثمن إلخ" لا غير أخذه من البائع، أو المشترى. (عناية)

(٤) الثمن.

(٥) لأن الأرض لم تكن فى ملكه. (زيلعى)

(٦) أى بما نقص بالقلع. (زيلعى)

(٧) بقيمة البناء والغرس أيضاً. (ع)

(٨) قوله: لأنه متملك عليه إلخ" أى لأن الشفيع متملك على من أخذ منه فينزل الشفيع، ومن أخذ منه منزلة البائع والمشترى إذا بنى واستحقت، فإنه يرجع بقيمة البناء على البائع، ووجه المشهور أن حق الرجوع بقيمة البناء إنما يثبت لرفع الغرور، والبائع التزم السلامة للمشترى عن الاستحقاق، فصار المشترى مغروراً من جهة البائع، ولا غرور فى حق الشفيع؛ لأنه يملك صاحب اليد جبراً بغير اختيار منه فلا يرجع. (ك)

(٩) قوله: والفرق على ما هو المشهور [من الرواية] إلخ" فى أن المشترى عند ظهور الاستحقاق يرجع على بائعه بقيمة البناء، والشفيع لا يرجع على المشترى.

(١٠) على البناء والغرس. (ع)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى بآفة سماوية.

(١٣) قوله: "فلا يقابلهما إلخ" لأن قيام البناء بالأرض كقيام الوصف بالموصوف، فكان بمنزلة العين فى الجارية، والعين وصف وفوات الوصف لا يسقط شيئاً من الثمن، إذا كان بآفة سماوية؛ لأن الثمن بمقالة الأصل دون الوصف.
فإن قيل: الطرف أنما جعل وصفا من العبد ونحوه؛ لأنه لا يجوز إيراد العقد عليه مقصودا، أما ههنا إيراد العقد على

مقصودًا[١]، ولهذا جاز بيعها[٢] مرابحة[٣] بكل الثمن فى هذه الصورة، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ[٤] الباقى بحصته؛ لأن الفائت بعض الأصل.
قال[٥]: وإن شاء ترك؛ لأن له[٦] أن يمتنع عن تملك الدار بماله، قال[٧]: وإن نقض المشترى[٨] البناء، قيل للشفيع إن شئت، فخذ العرصة بحصتها[٩]، وإن شئت فدع؛ لأنه صار مقصودًا بالإتلاف، فيقابله شيء من الثمن[١٠]، بخلاف الأول؛ لأن الهلاك بآفة سماوية، وليس للشفيع أن يأخذ النقض[١١]؛ لأنه صار مفصولا[١٢] فلم يبقَ تبعًا. قال[١٣] ومن ابتاع أرضًا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها، ومعناه إذا ذكر الثمر فى البيع؛ لأنه لا يدخل[١٤] من غير ذكر وهذا الذى ذكره استحسان.
وفى القياس لا يأخذه؛ لأنه ليس بتبع، ألا يرى أنه لا يدخل فى البيع من غير ذكر، فأشبه المتاع[١٥] فى الدار، وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعًا للعقار، كالبناء فى الدار، وما كان مركبًا فيه[١٦]، فيأخذه الشفيع.

البناء مقصوداً جائز، فيجب أن يعتبر أصلا كالعرصة، ويجب بمقابلته شى ء من الثمن، قلنا: إنما يجوز إيراد العقد على البناء بشرط القلعى، وعند ذلك يصير أصلا، أما إيراد العقد عليه وهو تبع، لا يجوز؛ لأنه بمنزلة العين من العبد. (ك)

(١) بالإتلاف على ما سيجىء.

(٢) أرض.

(٣) من غير بيان.

(٤) الشفيع.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) شفيع.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) ونقض الأجنبى كنقض المشترى.

(٩) قوله: "بحصتها إلخ" فيقسم الثمن على قيمة الأرض، وقيمة البناء يوم وقع الشراء، فيأخذ الأرض بحصتها من الثمن. (ك)

(١٠) قوله: "فيقابله إلخ" فإذا كان له حصة من الثمن، يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد عليهما، بخلاف المسألة الأولى، وهو ما إذا انهدم بنفسه، وكان النقض باقيًا، حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة؛ لأنه صار له قيمة بالحبس. (زيلعى)

(١١) بالضم: بناء شكسته باز گرديده. (من)

(١٢) فكان منقولا وليس فيه شفعة. (ع)

(١٣) أى القدورى . (عينى)

(١٤) فى البيع.

(١٥) حيث لا يدخل فى بيع الدار من غير ذكر.

(١٦) كالأبواب والمفاتيح والأغلال والسلم والأغلاق المركبة. (ك)

قال[١]: وكذلك إن ابتاعها[٢]، وليس فى النخيل ثمر، فأثمر فى يد المشترى[٣]، يعنى يأخذه[٤] الشفيع؛ لأنه مبيع تبعًا؛ لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع[٥]. قال[٦]: فإن جدّه المشترى[٧]، ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر فى الفصلين جميعًا[٨]؛ لأنه[٩] لم يبقَ تبعًا للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه. قال فى "الكتاب"[١٠]: وإن جدّه المشترى سقط عن الشفيع حصته قال رضى الله تعالى عنه[١١]: وهذا جواب الفصل الأول[١٢]؛ لأنه[١٣] دخل فى البيع مقصودًا، فيقابله شيء من الثمن. أما فى الفصل الثانى[١٤] يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن؛ لأن الثمر لم يكن موجودًا عند العقد، فلا يكون مبيعًا إلا تبعًا[١٥] فلا يقابله شيء من الثمن، والله أعلم.

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب[١٦]

قال[١٧]: الشفعة واجبة فى العقار[١٨]، وإن[١٩] كان مما لا يقسم[٢٠]، وقال

(١) أى المصنف. (عينى)

(٢) أرض.

(٣) قوله: "فأثمر فى يد المشترى إلخ" قيد بقوله فى يد المشترى؛ لأنه إذا أثمر فى يد البائع قبل القبض، ثم قبضه المشترى، له حصة من الثمن، كما إذا كان موجودًا فى وقت الشراء. (ك)

(٤) ثمر.

(٥) قوله: "على ما عرف إلخ" فإن الجارية المبيعة إذا ولدت ولدا قبل قبض المشترى، يسرى حكم البيع إلى الولد، حتى يكون الولد ملك المشترى أيضًا كالأم. (نهاية)

(٦) أى المصنف. (عينى)

(٧) قطعه، جد: بريدن خرما از خرما بن. (من)

(٨) قوله: "فى الفصلين جميعًا إلخ" أى فى فصل ما إذا كان فى النخيل ثمر حين وقع الشراء، ثم جده المشترى، وفى فصل ما إذا لم يكن على النخيل ثمر حين وقع الشراء على الأرض والنخيل، ثم أثمر النخيل، ثم جده المشترى ثم جاء الشفيع. (نهاية)

(٩) ثمر.

(١٠) يعنى مختصر القدورى. (ع)

(١١) أى المصنف. (عينى)

(١٢) قوله: "جواب الفصل الأول إلخ" وهو ما إذا ابتاع أرضًا، وعلى نخلها ثمر. (نهاية)

(١٣) ثمر.

(١٤) قوله: أما فى الفصل الثانى إلخ" وهو ما إذا ابتاعها، وليس فى النخيل ثمر، فأثمر فى يد المشترى. (نهاية)

(١٥) أى فلا يدخل عند الأخذ فى المبيع لا تبعًا. (زيلعى)

(١٦) قوله: "باب ما تجب إلخ" ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب، بعد ذكر نفس الوجوب مجملا؛ لأن التفصيل أبدًا يحتاج إليه إذا شق ذكر الإجمال. (نهاية)

الشافعي: لا شفعة فيما لا يقسم[١]؛ لأن الشفعة إنما وجبت دفعًا لمؤنة القسمة، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام[٢]: «الشفعة في كل شيء عقار أو ربع[٣]»* إلى غير ذلك من العمومات، ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك، والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر[٤]، وإنه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم، وهو الحمام، والرحي[٥]، والبئر، والطريق.

قال[٦]: ولا شفعة في العروض والسفن؛ لقوله عليه الصلاة والسلام[٧]: «لا شفعة إلا في ربع أو حائط[٨]»**، وهو[٩] حجة على مالك في إيجابها في السفن؛ ولأن الشفعة إنما وجبت[١٠] لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام، والملك في المنقول لا يدوم[١١] حسب دوامه في العقار[١٢]، فلا يلحق[١٣] به، وفي بعض نسخ

---

(١٧) أي القدوري. (عيني)

(١٨) قوله: "واجبة [ثابتة] في العقار إلخ" وهو كل ما له أصل من دار أوضيعة، والربع الدار حيث كانت في المصر أو القرى. (ك)

(١٩) الواو وصلية.

(٢٠) قوله: "مما لا يقسم إلخ" أي مما لا يحتمل القسمة، أي لو قسم قسمة حسية لا ينتفع به كالحمام. (نهاية)

(١) قوله: "وقال الشافعي إلخ" الخلاف بيننا وبينه راجع إلى أصل، وهو أن من أصل الشافعي أن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة، وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة، وعندنا لدفع ضرر التأذي، بسوء المجاورة على الدوام، وذلك فيما لا يحتمل القسمة، موجود لاتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأبيد والقرار. (ك)

(٢) قوله: ولنا قوله عليه السلام إلخ" قلت: روى اسحاق بن راهويه في "مسنده" عن أبن عباس عن رسول الله ﷺ قال: «الشريك شفيع والشفعة في كل شيء»، انتهى. (تخريج زيلعي)

(٣) بالفتح: منزل. (مؤيد الفضلاء)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٧، والدراية ج٢ الحديث٨٩٤ ص٢٠٣. (نعيم)

(٤) في أوائل كتاب الشفعة.

(٥) المواد بالرحي بيت الرحى. (ع)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) رواه جابر عنه عليه السلام، كذا قال الزيلعي في تخريجه.

(٨) في "المغرب" الحائط البستان، وأصله ما أحاطه. (ك)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٨، والدراية ج٢ الحديث٨٩٥ ص٢٠٣. (نعيم)

(٩) حديث.

(١٠) على خلاف القياس. (زيلعي)

(١١) لأن المنقول يشترى ويباع عادة على حسب الحاجة، ولا كذلك العقار.

(١٢) قوله: "حسب دوامه إلخ" الحسب بسكون السين وفتحها في معنى القدر، واختار الجوهري الفتح وقال: إنما يسكن في ضرورة الشعر. (ع)

"المختصر"[١]، ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة، وهو صحيح مذكور في "الأصل"[٢]؛ لأنه لا قرار له[٣]، فكان نقليًا، وهذا بخلاف العلو[٤]، حيث يستحق بالشفعة، ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه[٥]؛ لأنه بماله من حق القرار[٦] التحق بالعقار.

قال: والمسلم والذمي في الشفعة سواء[٧] للعمومات؛ ولأنهما يستويان في السبب والحكمة[٨]، فيستويان في الاستحقاق، ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى، والصغير والكبير[٩]، والباغي والعادل، والحر والعبد، إذا كان مأذونًا، أو مكاتبًا[١٠]. قال[١١]: وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة؛ لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورةً[١٢] أو قيمةً[١٣]

---

(١٣) المنقول.

(١) أي مختصر القدوري.

(٢) مبسوط.

(٣) للبناء أو النخيل.

(٤) قوله: "وهذا بخلاف العلو إلخ" يتعلق بقوله: "ولا شفعة في البناء" والعلو مجرد بناء، فكان ينبغي أن لا يكون فيه شفعة إلا أنه التحق بالعقار. (ك)

(٥) قوله: "إذا لم يكن طريق العلو فيه إلخ" أي في السفل، وهذا لبيان أن استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة، وليس هو لنفي الشفعة إذا كان له طريق في السفل، بل إذا كان له طريق في السفل، كان استحقاق صاحب العلو الشفعة في السفل، بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار، حتى إنه يكون مقدمًا على الجار.
كما لو بيع العلو وكان لذلك العلو طريق في دار رجل، صار صاحب الدار التي فيها الطريق أولى من صاحب الدار التي عليها العلو؛ لما مر أن الشريك في الطريق مقدم على الجار. (ك)

(٦) أي حق قرار وسكونة بر سبيل دوام.

(٧) قوله: "سواء إلخ" قال ابن أبي ليلى: لا شفعة للذمي، ويقول: لأن الأخذ بالشفعة رفق شرعي، فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة، وهو الكافر، ولكن نأخذ بما قضى به شريح، قد تأيد ذلك بإمضاء عمر رضي الله تعالى عنه. (ن)

(٨) وهي دفع ضرر سوء الجوار. (ع)

(٩) قوله: "والصغير والكبير [وكذلك تثبت الشفعة عندنا للعنين أيضًا. ك] إلخ" وهذا عندنا، وقال ابن أبي ليلى: إنه لا شفعة للصغير؛ لأن وجوبها لدفع ضرر التأذي لسوء المجاورة وذلك عن الكبار دون الصغار؛ ولأن الصغير في الجوار تبع، فهو في معنى المستعير والمستاجر. ولكنا نقول: سبب الاستحقاق يتحقق في حق الصغير، وهو الشركة أو الجوار من حيث اتصال ملكه بالمبيع على وجه التأبيد، فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به أيضًا، ثم هو محتاج إلى الأخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه، وإن لم يكن محتاجًا إلى ذلك في الحال. (نهاية)

(١٠) قوله: "إذا كان [العبد] مأذونًا إلخ" وهذا إذا كان بائع الدار غير المولى، فالمسألة مجرية على عمومها، أما إذا كان البائع مولى العبد والعبد شفيعها، فللعبد الشفعة إذا كان عليه دين، وإلا فلا، وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها، فإن لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى؛ لأن بيع العيد وقع له، وإن كان عليه دين فله الشفعة؛ لأن بيعه كان لغرماءه. (ك)

(١١) أي القدوري. (عيني)

على ما مر[١].

قال[٢]: ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها[٣]، أو يخالع المرأة بها[٤]، أو يستأجر بها[٥] داراً أو غيرها[٦]، أو يصالح بها[٧] عن دم عمد، أو يعتق عليها عبداً[٨]؛ لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال؛ لما بينا[٩]، وهذه الأعواض ليست بأموال، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع[١٠].

وعند الشافعي تجب فيها الشفعة؛ لأن هذه الأعواض متقومة عنده[١١]، فأمكن الأخذ بقيمتها[١٢] إن تعذر[١٣] بمثلها، كما في البيع بالعرض[١٤]، بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً، وقوله[١٥]: "يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهراً، أو ما يضاهيه"[١٦]؛ لأنه لا شفعة[١٧] عنده[١٨] إلا فيه[١٩].

---

(١٢) إن كان من ذوات الأمثال.

(١٣) إن كان من ذوات القيم.

(١) قوله: "على ما مر" أي في فصل ما يؤخذ به المشفوع، في قوله: "ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته". (ك)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) أي جعلت مهراً.

(٤) أي جعلت بدل الخلع.

(٥) أي جعلت أجرة.

(٦) قوله: "أو غيرها إلخ" أي غير دار من عبد أو حانوت. (ع)

(٧) أي جعلت بدلا في الصلح.

(٨) أي جعلت بدلا في الإعتاق.

(٩) أي قوله: لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه.

(١٠) قوله: "خلاف المشروع إلخ" لأن الشفيع لا يقدر على تمليك هذه الأشياء للمشتري، حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به. (ع)

(١١) قوله: "متقومة عنده [شافعي] إلخ" لأن التقوم حكم شرعي، والشرع جعل هذه الأشياء مضمونة بهذه الأعواض، وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء، ألا ترى أن الشرع جعل المهر قيمة البضع، وكذا المنافع عنده متقومة كالأعيان، فإذا جعل الدار عوضاً عن البضع أو نحوه، وقد تعذر على الشفيع الأخذ به، فله أن يأخذ بقيمته، كما لو اشترى بعبد. (كافي)

(١٢) قوله: "فأمكن الأخذ بقيمتها إلخ" وهو مهر المثل، وأجر المثل في التزوج والخلع والإجارة وقيمة الدار، والعبد في الصلح والإعتاق. (ع)

(١٣) الأخذ.

(١٤) فإنه يأخذ الشفيع بقيمة العرض.

(١٥) أي قول الشافعي. (ن)

ونحن نقول[١]: أن تقوم منافع البضع فى النكاح وغيرها[٢] بعقد الإجارة ضرورى، فلا يظهر فى حق الشفعة[٣]، وكذا الدم والعتق غير متقوم[٤]؛ لأن القيمة ما يقوم مقام غيره فى المعنى الخاص المطلوب[٥]، ولا يتحقق فيهما[٦].

وعلى هذا[٧] إذا تزوجها بغير مهر، ثم فرض لها الدار مهراً؛ لأنه بمنزلة المفروض فى العقد فى كونه مقابلا بالبضع، بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل[٨]، أو بالمسمى؛ لأنه مبادلة مال بمال[٩]، ولو تزوجها على دار[١٠] على أن ترد[١١] عليه

(١٦) قوله: "أو ما يضاهيه إلخ" أى ما يضاهى المهر، كبدل الخلع والأجرة، أى إذا جعل شقصاً من داره بدل الخلع أو الأجرة. (نهاية)

(١٧) حيث لا يرى شفعة الجوار. (ف.)

(١٨) شافعى.

(١٩) أى فى الشركة.

(١) جواب عن جعل هذه الأعراض متقومة. (ف)

(٢) قوله: "أن تقوم إلخ" يعنى أن تقوم منافع البضع بالعقود ضرورى، فلا يظهر فى حق الشفعة، وهذا لأن المال ليس بمثل للمستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى، فلم يصلح قيمته له؛ لأن قيمة الشىء ما يقوم مقامه لاتحادهما فى المعنى الخاص، وهذا المعنى لا يتحقق بين المال وبين المستحق بعقد النكاح.

غير أن الشرع جعل ملك النكاح مضمونا بالمهر إبانة لخطره وإعظاما لقدره، وصونا لهذا العقد عن التشبه بالإباحة، فظهر تقومه فى حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة، فلا يظهر معنى التقوم فى حق الشفيع.

وكذا المنافع ليست بأموال عندنا؛ ولهذا لا يضمن بالغصب والإتلاف على مامر فى الغصب، وإنما يظهر تقومها فى العقد للضرورة، فلا يظهر فى غيره، فهذه هى الحجة فى الثلاثة الأول. (ك)

(٣) قوله: "فلا يظهر [التقوم] فى حق الشفعة إلخ" لأن ماثبت بالضرورة يقتصر عليها، ولا ضرورة فى حق الشفيع، فلا تكون متقومة فى حقه، فيكون المأخوذ بمقابلتها بمنزلة منزلة الموهوب بلا عوض. (زيلعى)

(٤) قوله: "وكذا الدم والعتق إلخ" إنما أفردهما؛ لأن تقومهما أبعد؛ لأنهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم. (ف)

(٥) قوله: "فى المعنى الخاص [وهو المالية] إلخ" [لا فى غيره كالجوهرية والجسمية. ع] فإن قيل: الدار تضمن بالقيمة، والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى، وكذا الثوب، المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد يضمن بالقيمة.

قلنا: بل المعنى الخاص المطلوب منهما المالية، ألا ترى أن من أتلف ثوب إنسان أو قلع بناء دار إنسان يضمن قيمتها، ولا كذلك إلا باعتبار المالية، وقد لا يكون الدار للسكنى، والثوب للبس. (ك)

(٦) قوله: "ولا يتحقق فيهما إلخ" أى لا يتحقق المعنى الخاص، وهو المالية فى الدم والعتق؛ لأن العتق إسقاط وإزالة، والدم ليس إلا حق الاستيفاء، وليس من جنس ما يتمول به ويدخر، وأما إيجاب الدية فلصيانته عن الإهدار. (مل)

(٧) أى لا شفعة فيه.

(٨) قوله: "بخلاف ما إذا باعها [الدار] إلخ" يعنى تجب الشفعة، فإن قيل: كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل، قلنا: جاز أن يكون معلوما عندهما، ولأنه جهالة فى الساقط، فلا يفضى إلى المنازعة، فلا يفسد البيع. (كفاية)

(٩) قوله: "لأنه مبادلة مال بمال إلخ" لأن ما أعطاها من العقار بدل عما فى ذمته من المهر. (زيلعى)

(١٠) هذه من مسائل الأصل. (عينى)

(١١) الزوجة.

ألفًا، فلا شفعة في جميع الدار[١] عند أبي حنيفة.

وقالا: تجب في حصة الألف[٢]؛ لأنه مبادلة مالية في حقه[٣]، وهو[٤] يقول: معنى البيع فيه تابع[٥]، ولهذا ينعقد بلفظ النكاح، ولا يفسد بشرط النكاح فيه[٦]، ولا شفعة في الأصل[٧]، فكذا في التبع؛ ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة، حتى إن المضارب إذا باع داراً[٨]، وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح؛ لكونه تابعًا فيه.

قال[٩]: أو يصالح عليها بإنكار[١٠]، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة، قال[١١]: هكذا ذكر في أكثر نسخ "المختصر"[١٢]. والصحيح: أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله: أو يصالح عليها؛ لأنه إذا صالح[١٣] عنها[١٤] بإنكار بقي الدار في يده[١٥]، فهو[١٦] يزعم أنها لم تزل عن ملكه، وكذا إذا صالح عنها بسكوت؛ لأنه[١٧] يحتمل

---

(١) أي في شيء من الدار.

(٢) يقسم قيمة الدار على مهر المثل والألف. (ع)

(٣) في حق ما يحض الألف. (ع)

(٤) إمام.

(٥) والمقصود النكاح.

(٦) قوله: ولايفسد بشرط النكاح إلخ" ولو كان البيع أصلا يفسد، كما لو قال بعت منك هذه الداربألف على أن تزوجني نفسك. (عيني)

(٧) نكاح.

(٨) قوله: إذا باع داراً إلخ" صورته إذا كان رأس المال ألفا، فاتجر المضارب وربح ألفا، ثم اشترى بالألفين داراً، ورب المال شفيعها بالجوار، ثم باعها بالألفين، فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار أن الربح تبع لرأس المال، وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال؛ لأن البيع كان لرب المال؛ لأن المضارب وكيل لرب المال في حصته، وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل، فكذا في حصة الربح. (ن)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) قوله: "أو يصالح عليها إلخ" عطف القدوري قوله: "أو يصالح عليهما بإنكار" على قوله: أو يعتق عليها عبدا من الصور التي لا تجب فيها الشفعة، وليس بصحيح. (ع)

(١١) أي المصنف.

(١٢) أي مختصر القدوري.

(١٣) على المال.

(١٤) دار.

(١٥) المدعى عليه.

(١٦) المدعى عليه.

(١٧) المدعى عليه.

أنه بذل المال افتداء ليمينه، وقطعًا لشغب[١] خصمه، كما إذا أنكر[٢] صريحًا.

بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار؛ لأنه[٣] معترف بالملك للمدعى، وإنما استفاده[٤] بالصلح فكان مبادلة مالية، أما إذا صالح عليها بإقرار، أو سكوت، أو إنكار وجبت الشفعة فى جميع ذلك؛ لأنه[٥] أخذها[٦] عوضًا عن حقه فى زعمه، إذا لم يكن من جنسه[٧]، فيعامل بزعمه.

قال[٨]: ولا شفعة فى هبة؛ لما ذكرنا[٩] إلا أن تكون بعوض مشروط[١٠]؛ لأنه بيع انتهاء ولا بد من القبض[١١]، وأن لا يكون الموهوب، ولا عوضه شائعًا؛ لأنه هبة ابتداء، وقد قررناه فى كتاب الهبة[١٢].

بخلاف ما إذا لم يكن العوض[١٣] مشروطًا فى العقد[١٤]؛ لأن كل واحد منهما[١٥] هبة مطلقة، إلا أنه أثيب[١٦] منها[١٧]، فامتنع الرجوع.

---

(١) شغب -بالفتح وبفتحتين- برآنگيختن فتنه وفساد وتباهى. (م)

(٢) المدعى عليه.

(٣) مدعى عليه.

(٤) المدعى عليه.

(٥) أى لأن المدعى.

(٦) دار.

(٧) قوله: "إذا لم يكن من جنسه [من جنس حقه. ك] إلخ" أى إذا لم يكن الصلح على بعض المدعى به؛ لأنه حينئذٍ يكون آخذًا عين حقه فى زعمه فلا شفعة. (ك)

قوله: "إذا لم يكن من جنسه" أى إذا لم يكن العوض من جنس حقه، وقيد بذلك؛ لأنه إذا كان من جنس حقه كان آخذًا حقه، فليس فيه معاوضة، فلا يجب الشفعة. (عناية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "لما ذكرنا" يريد به قوله: "ولأن الشفعة شرعت فى المبادلة المالية" وقوله: بخلا ف الهبة؛ لأنه لا عوض فيها رأسًا. (ك)

(١٠) وقت العقد.

(١١) قوله: "ولا بد من القبض إلخ" وهذا عندنا خلافًا لزفر؛ فإنه إذا وهب لرجل دارًا على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة، للشفيع ما لم يتقابضا، وبعد التقابض تجب للشفيع فيهما الشفعة.

وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض، وهو بناء على ما بيناه فى كتاب الهبة، أن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء، وعندنا هبة ابتداء، وبمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين. (ك)

(١٢) أن الهبة بشرط العوض تبر ع ابتداء، معاوضة انتهاء. (ع)

(١٣) قوله: "بخلاف إلخ" يعنى لا تثبت الشفعة حينئذ أصلا، لا فى الموهوب، ولا فى العوض إن كان العوض دارًا. (ع)

(١٤) ولكن عوض.

(١٥) أى الموهوب وعوضه.

قال[١]: ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع؛ لأنه[٢] يمنع زوال الملك عن البائع، فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة؛ لأنه زال المانع عن الزوال[٣]، ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح[٤]؛ لأن البيع يصير سببًا لزوال الملك عند ذلك[٥]. وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة؛ لأنه[٦] لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق، والشفعة تبتنى عليه[٧] على ما مر[٨]، وإذا أخذها[٩] في الثلث وجب البيع لعجز المشترى عن الرد[١٠]، ولا خيار للشفيع؛ لأنه[١١] يثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع، وإن بيعت دار إلى جنبها[١٢]، والخيار لأحدهما[١٣]، فله الأخذ بالشفعة. أما للبائع[١٤] فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها[١٥]، وكذا إذا كان للمشترى، وفيه إشكال[١٦] أوضحناه في البيوع[١٧] فلا نعيده.

---

(١٦) عوض.

(١٧) دار.

(١) أي القدورى (عينى)

(٢) أي لأن خيار البائع.

(٣) أي عن زوال الملك عن البائع.

(٤) قوله: "وفي الصحيح إلخ" احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيع؛ لأنه هو السبب. (ع)

(٥) أي سقوط الخيار.

(٦) أي لأن خيار الشرط للمشترى.

(٧) أي على زوال ملك البائع.

(٨) قوله: "على ما مر إلخ" أي في أوائل كتاب الشفعة في قوله: "والشفعة تجب بعقد البيع" إلى أن قال والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار. (ك)

(٩) قوله: "وإذا أخذها [أي إذا أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار] في الثلث إلخ" إنما قيد بالثلث، لتكون المسألة على الاتفاق. (كفاية)

(١٠) قوله: "وجب البيع إلخ" أي تقرر البيع الذي جرى بين البائع والمشترى بشرط الخيار، وإنما ذكر هذا؛ لأن المشترى بشرط الخيار لو رد المبيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق، بل انفسخ من الأصل، فحينئذٍ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة؛ لأن هذا ليس ما قاله، بل انفساخ من الأصل، فكان السبب منعدمًا في حقه من الأصل. (ك)

(١١) أي لأن خيار الشرط.

(١٢) أي إلى جنب الدار المبيعة.

(١٣) أي لأحد المتعاقدين من البائع أو المشترى. (ع)

(١٤) أي إما إذا كان الخيار للبائع.

(١٥) قوله: "لبقاء ملكه [في مدة الخيار] إلخ" فله أن يأخذها بالشفعة ويسقط خياره، ولا يلزم البيع؛ لأن الأخذ بالشفعة نقض منه المبيع؛ لأنه أراد بذلك الاستبقاء؛ إذ لا يجب الشفعة إلا لدفع ضرر على الدوام. (زيلعى)

وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع[١]، بخلاف ما إذا اشتراها[٢]، ولم يرَها حيث لا يبطل خياره[٣] بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة؛ لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال، فكيف بدلالته[٤]، ثم إذا حضر شفيع الدار[٥] الأولى له أن يأخذها دون الثانية[٦]؛ لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية.

قال[٧]: ومن ابتاع داراً شراءً فاسداً[٨]، فلا شفعة فيها، أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع، وبعد القبض لاحتمال الفسخ[٩]، وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفى إثبات حق الشفعة تقرير الفساد، فلا يجوز[١٠]، بخلا ف ما إذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح[١١]؛ لإنه صار أخص به تصرفا، وفى البيع

---

(١٦) قوله: "وفيه إشكال إلخ" هذه الحوالة فى حق الإشكال غير رابحة، بل فيه جواب الإشكال لا الإشكال، وهو قوله: ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضى، لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك إلى أن قال: وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبى حنيفة خاصّة.

وإنما الإشكال الذى ذكره البلخى فإنه يدعى بهذا مناقضة على أبى حنيفة، فيقول: إذا كان من أصله أن المشترى بخيار الشرط لا يملك المبيع فى مدة الخيار، واستحقاق الشفعة باعتبار الملك، ولهذا لا يستحقه المستأجر المستعير، فكيف يثبت للمشترى الشفعة فى هذه الدار، ولكن عذره ما بيناه، وهو أن المشترى بخيار الشرط صار أحق بها مع خياره، وذلك يكفى لثبوت حق الشفعة، كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داره. (نهاية)

(١٧) قوله: "أوضحناه" أى أجبنا عنده فلا يرد ما فى النهاية، أو يقال: أن فى بيوع هذا الكتاب توضيح لجواب الإشكال، فيتضح الإشكال أيضاً ضمناً، فصح قوله: أوضحناه، والله أعلم.

(١) قوله: وإذا أخذها إلخ" أى وإذا أخذ المشترى بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة، كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول، فيسقط خياره لما ذكرنا فى طريق البائع. (عناية)

(٢) مشترى.

(٣) أى خيار الرؤية.

(٤) وهو أخذ ما بيع بجنبها شفعة.

(٥) التى اشتراها المشترى بشرط الخيار.

(٦) التى أخذها المشترى بطريق الشفعة.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "شراء فاسداً إلخ" تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسداً ابتداء؛ لأن الفساد إذا كان بعد انعقادها صحيحاً، فحق الشفعة باقٍ على حاله، ألا ترى أن النصرانى إذا اشترى من نصرانى داراً بخمر، ولم يتقابضا حتى أسلما فإنه يفسد البيع، وحق الشفيع فى الشفعة باق؛ لأن فساده بعد وقوعه صحيحاً. (م)

(٩) قوله: "لاحتما ل الفسخ إلخ" لأن كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه، والنقض مستحق حقاً لله تعالى، وفى إثبات الشفعة إسقاط حق الفسخ، وفيه تقرير الفساد، فلا يجوز لإفضاءه إلى التناقض. (ك)

(١٠) يعنى الأخذ بالشفعة.

(١١) قوله: "بخلا ف [حيث يثبت له الشفعة مع احتمال الفسخ] إلخ" جواب عما يقال: احتمال الفسخ فى البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشترى قائم، ولم يمنع حق الشفعة.

الفاسد ممنوع عنه[١].

قال[٢]: فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة[٣] لزوال المانع، وإن بيعت دار بجنبها[٤]، وهي في يد البائع[٥] بعد، فله[٦] الشفعة لبقاء ملكه، وإن سلمها إلى المشترى فهو شفيعها؛ لأن الملك له[٧]، ثم إن سلم البائع[٨] قبل الحكم بالشفعة له، بطلت شفعته كما إذا باع[٩]، بخلاف ما إذا سلم بعده[١٠]؛ لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط، فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه.

وإن استردها[١١] البائع من المشترى قبل الحكم بالشفعة له، بطلت[١٢] لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة، وإن استردها بعد الحكم[١٣] بقيت الثانية[١٤] على ملكه؛ لما بينا[١٥].

وتقرير الجواب أن ذلك المشترى صار أخص بالمبيع تصرفًا، حيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة، وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داره، وفي الفاسد المشترى ممنوع عن التصرف فيه. (عناية)

(١) قوله: "ممنوع عنه [تصرف]" واعترض بأنا لا نسلم أنه ممنوع عن التصرف، بل له أن يبيع بيعًا صحيحًا، ولا يبقى لبائعه حق النقض، وفيه تقرير الفساد أيضًا، وأجيب بأنا لا نسلم أن له ذلك، بل هو منهي عنه، وقد يترتب على المحظور بعض الأحكام كالوطئ حالة الحيض، فإنه يحلل المرأة على زوجها الأول، وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشارع ممتنع، وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك، والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف إلى الشرع. (ع)

(٢) أي المصنف. (عيني)

(٣) قوله: "فإن سقط حق الفسخ إلخ" بأن باع المشترى من آخر وجبت الشفعة؛ لأن امتناع حق الشفعة إنما كان لثبوت حق الفسخ، فإذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة، و للشفيع أن يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور، أو ينقض البيع الثاني، ويأخذه بالبيع الأول بقيمته. (ك)

(٤) أي بجنب الدار المبيعة بيعًا فاسدًا.

(٥) أي الدار المبيعة بيعًا فاسدًا.

(٦) أي للبائع.

(٧) قوله: "لأن الملك له" ولا يؤدي إلى تقرير الفساد؛ لأن الفسخ ممكن بعد الأخذ، ولا فساد في المأخوذة. (ت)

(٨) قوله: "ثم إن سلم البائع" الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشترى قبل الحكم بالشفعة للبائع، بطلت الشفعة؛ لزوال ما كان يستحقها به. (ع)

(٩) أي باع رجل دارًا قبل الحكم بالشفعة له، بطلت شفعته.

(١٠) أي بعد الحكم بالشفعة.

(١١) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد.

(١٢) شفعة المشترى.

(١٣) بالشفعة للمشترى.

(١٤) أي التي أخذها المشترى بالشفعة. (غن)

(١٥) قوله: "لما بينا" أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها، بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط. (ع)

قال[١] : وإذا اقتسم الشركاء العقار، فلا شفعة لجارهم بالقسمة ؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز، ولهذا يجرى فيه[٢] الجبر[٣]، والشفعة ما شرعت إلا فى المبادلة المطلقة[٤].

قال[٥] : وإذا اشترى دارًا، فسلم الشفيع الشفعة، ثم ردها المشترى بخيار رؤية، أو شرط، أو بعيب بقضاء قاضٍ، فلا شفعة للشفيع ؛ لأنه[٦] فسخ من كل وجه[٧]، فعاد إلى قديم ملكه[٨]، والشفعة فى انشاء العقد[٩]، ولا فرق فى هذا[١٠] بين القبض[١١] وعدمه.

وإن ردها بعيب بغير قضاء، أو تقايلا البيع، فللشفيع الشفعة؛ لأنه[١٢] فسخ فى حقهما[١٣]؛ لولايتهما على أنفسهما، وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع، وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى، والشفيع ثالث، ومراده الرد بالعيب بعد القبض[١٤]؛ لأن قبله فسخ[١٥] من الأصل[١٦]، وإن[١٧] كان بغير قضاء

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) أى فى هذه القسمة.

(٣) أى جبرالقاضى، وإن لم يرضَ واحد من الشركاء.

(٤) وهى المبادلة من كل وجه. (زيلعى)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) لأن هذا الرد.

(٧) فلا يمكن أن يجعل عقداً جديداً. (زيلعى)

(٨) بائع.

(٩) لا فى الاستمرار والبقاء على ما كان. (زيلعى)

(١٠) فيما إذا كان الرد بالقضاء. (ع)

(١١) أى الرد بعد القبض أو قبله.

(١٢) أى لأن هذا الرد.

(١٣) متعاقدين.

(١٤) قوله: "ومراده [أى من الرد بعيب بغير قضاء] الرد إلخ" أى مراد القدورى من قوله: "وإن ردها بعيب بغير قضاء" وقيل: معنى قول صاحب "الهداية" ومراده هذا، أى مراد القدورى فى قوله أو بعيب بقضاء قاض.

وفيه نظر؛ لأنه يناقض قول صاحب الهداية هناك ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه، كذا قال صاحب "العناية". (مل)

(١٥) قوله: "لأن قبله [قبض] إلخ" أى قبل القبض فسخ من كل وجه وإن كان بغير قضاء؛ لعدم تمام الملك، ولهذا ينفرد الراد به من غير أن يحتاج به إلى رضاء صاحبه أو قضاء قاض. (ك)

(١٦) قوله: فسخ من الأصل [فلا شفعة] إلخ" وإنما يستقيم هذا على قول محمد؛ لأن بيع العقار عنده لا يجوز قبل القبض، كما فى المنقول، فلا يمكن حمله على البيع، وهذا لأن الرد بالعيب بغير قضاء إقالة، وهى بيع عند أبى يوسف مطلقًا، ما لم يتعذر جعلها بيعًا فيجعل فسخا. وعند أبى حنيفة وإن كان فسخا فى حقهما، ولكنه بيع جديد فى حق

على ما عرف[١].

وفي "الجامع الصغير": ولا شفعة في قسمة، ولا خيار رؤية، وهو بكسر الراء، ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية؛ لما بيناه[٢]، ولا تصح الرواية[٣] بالفتح[٤] عطفًا على الشفعة؛ لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية، وخيار الشرط؛ لأنهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا[٥]، وهذا المعنى موجود في القسمة[٦]، والله سبحانه أعلم.

باب[٧] ما تبطل به الشفعة

قال[٨]: وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع[٩]، وهو[١٠] يقدر على ذلك[١١] بطلت شفعته[١٢]؛ لإعراضه عن الطلب، وهذا[١٣] لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار، وهي[١٤] عند القدرة.

غيرهما فأمكن جعله بيعًا في حق الشفيع، فلا يفرق، هذا بين أن يكون بعد القبض أو قبله. (زيلعي)

(١٧) الواو وصلية.

(١) في آخر باب خيار الرؤية من أن الصفقة مع خيار العيب بعد القبض، وإن كانت لا تتم قبله.

(٢) من أنه فسخ من كل وجه.

(٣) قوله: "ولا تصح الرواية إلخ" قال في "الكافي": صححها شمس الأئمة، وقال: لا يثبت خيار الرؤية في القسمة، سواء كانت برضاء أو بقضاء، وبه قال بعض المشايخ. (زيلعي)

(٤) ومعناه حينئذ أن خيار الرؤية لا يثبت في القسمة. (زيلعي)

(٥) أي في عقد.

(٦) قوله: "موجود في القسمة إلخ" لما فيها من معنى المبادلة، والمبادلة أغلب في غير المكيل والموزون، فيجوز فيها خيار الرؤية، ولا يجوز في المكيل والموزون؛ لأن معنى الإفراز فيها هو الأغلب، ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير إذن صاحبه. (زيلعي)

(٧) قوله: "باب" ولا شك أن البطلان يقتضي الثبوت سابقًا إما صورةً أو معنًى، فلذلك ذكر هذا الباب بعد ما ذكر ما يثبت به الشفعة. (نهاية)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "الإشهاد [طلب المواثبة. ك]" يعني طلب المواثبة، وإنما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا، أن الإشهاد ليس بشرط، وترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله. (ع)

(١٠) الواو حالية.

(١١) بأن لم يأخذ أحد فمه، أو لم يكن في الصلاة. (ك)

(١٢) قوله: "بطلت شفعته إلخ" فإن قلت: ذكر أن ترك الإشهاد ههنا يبطل الشفعة، وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الإشهاد ليس بلازم، فكيف وجه التوفيق بينهما.

قلت: يحتمل بأن يريد بهذا الإشهاد نفس طلب المواثبة، ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الإشهاد في حق علم القاضي، سمى هذا الطلب إشهادًا. (نهاية)

(١٣) أي اشتراط القدرة. (ع)

وكذلك[١] إن أشهد في المجلس[٢]، ولم يشهد على أحد المتبايعين، ولا عند العقار، وقد أوضحناه فيما تقدم[٣].

قال: وإن صالح من شفعته على عوض[٤] بطلت شفعته[٥]، ورد العوض؛ لأن حق الشفعة ليس[٦] بحق متقرر في المحل[٧]، بل هو مجرد حق التملك، فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط، فبالفاسد أولى، فيبطل الشرط ويصح الإسقاط. وكذا[٨] لو باع شفعته بمال؛ لما بينا[٩]، بخلاف القصاص[١٠]؛ لأنه حق متقرر[١١]، وبخلاف الطلاق والعتاق؛ لأنه اعتياض عن

---

(١٤) أي حالة الاختيار.

(١) أي بطلت شفعته.

(٢) أي طلب طلب المواثبة وترك طلب التقرير والإشهاد. (ع)

(٣) في باب طلب الشفعة والخصومة فيها.

(٤) قوله: "على عوض" إشارة إلى أن الصلح إن كان على بعض الدار صح، ولم تبطل الشفعة، لأن ذلك على وجهين: أحدهما: أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن، وفيه الصلح جائز لفقد الأعراض.
والثاني: أنه يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن، والصلح فيه لا يجوز؛ لأن حصته مجهولة، وله الشفعة لفقد الأعراض. (عناية)

(٥) قوله: "بطلت شفعته" أما بطلان الشفعة فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل؛ لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه، وأما رد العوض فلأن حق الشفعة إسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط، يعني الشرط الملائم، وهو أن يتعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال، مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار، على إن أجرتنيها، أو أعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال أولى.
والفاصل بين الملائم وغيره إن ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالإجارة والإعارة والتولية ونحوها فهو ملائم؛ لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه، وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملائم؛ لأنه إعراض عن لازم الأخذ وإذا لم يتعلل بالشرط، وقد وجد الإسقاط، بطل الشرط وصح الإسقاط. (ع)
قوله: "بطلت" هذا إذا كان بعد البيع، وأما قبل البيع فلا؛ لأن إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح، وبعده تسقط بالإسقاط، علم بالسقوط أو لم يعلم؛ لأنه لا يعذر بالجهل في دار الإسلام. (زيلعي)

(٦) نيست مر شفيع راحقي وملكي ثابت در محل متناز ع فيه. (ع)

(٧) قوله: "بحق متقرر" كحق الاصطياد في الصيد، والحق المتقرر كالملك في المملوك. (أعظمي)

(٨) يعني أنها تبطل. (ع)

(٩) قوله: "لما بينا" من أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل، حتى يصح الاعتياض عنه، فكان إعراضا، وقيل: هذا إذا باع من البائع أو المشتري؛ لأنه إعراض عن الشفعة، أما إذا باع من الأجنبي يبطل العوض، ولا يبطل الشفعة؛ لأنه تحقيق الشفعة وتقريرها. (مل)

(١٠) قوله: "بخلاف القصاص [فإن الصلح عنه يجوز]" أي فإن قيل: حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه، كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير أموال، والاعتياض عنها صحيح.
أجاب عنه بقوله: بخلاف القصاص؛ لأنه حق متقرر، والفاصل بين المتقرر وغيره أن ما يتغير بالصلح عما كان قبله، فهو متقرر، وغيره غير متقرر، واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص، فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص،

ملك في المحل[١].

ونظيره إذا قال[٢] للمخيرة: اختاريني بألف، أوقال العنين لامرأته: اختاري ترك الفسخ بألف، فاختارت[٣] سقط الخيار[٤]، ولا يثبت العوض[٥]، والكفالة بالنفس[٦] في هذا[٧] بمنزلة الشفعة في رواية[٨]. وفي أخرى[٩]: لا تبطل الكفالة[١٠] ولا يجب المال، وقيل: هذه رواية في الشفعة[١١]، وقيل: هي[١٢] في الكفالة خاصة، وقد عرف[١٣] في موضعه[١٤].

قال: وإذا مات الشفيع[١٥] بطلت شفعته[١٦]، وقال الشافعي: تورث عنه[١٧].

وبالصلح حصل له العصمة في دمه، فكان حقًا متقررًا، وأما في الشفعة فإن المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد، فلم يكن حقًا متقررًا. (ع)

(١١) قوله: "لأنه [قصاص] حق متقرر إلخ" في المحل، ولهذا يستوفيه وينفرد به، ألا ترى أن للولي أن يقتله بغير قضاء ولا رضاء، ولو لا ذلك لما تمكن من ذلك. (زيلعي)

(١) أي الاعتياض عن الطلاق والعتاق.

(٢) الزوج.

(٣) أي فاختارت المخيرة الزوج، ومرأة العنين ترك الفسخ. (ع)

(٤) الذي كان للمخيرة.

(٥) قوله: "ولا يثبت العوض إلخ" لأنه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد، فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل، وهو لا يجوز. (ع)

(٦) أي صالح الكفيل بالنفس وأعطى شيئًا للمكفول له على أن يترك المطالبة من الكفيل.

(٧) أي في بطلان الكفالة والعوض. (ع)

(٨) قوله: "في رواية" أي رواية أبي حفص، قيل وعليه الفتوى، ووجهه أن حق الكفيل في الطلب، وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه. (ع)

(٩) وهي رواية أبي سليمان. (ن)

(١٠) قوله: "لا تبطل الكفالة" والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط إلا بتمام الرضا، ولهذا لا يسقط بالسكوت، وتمام الرضا إنما يتحقق إذا وجب المال، فأما حق الشفعة فليس كذلك؛ لأنه ينسقط بالسكوت بعد العلم به. (ع)

(١١) قوله: "هذه رواية إلخ" أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضًا، حتى لا يسقط الشفعة بالصلح على مال، ولا يجب المال. (ع)

(١٢) أي هذه الرواية المذكورة. (ع)

(١٣) يعني لا يبطل الكفالة بالصلح على مال، وتبطل الشفعة بالصلح على مال. (ع)

(١٤) أي في "المبسوط". (ع)

(١٥) أي بعد طلب الشفعة وإثباتها بطلبين. (ع)

(١٦) وليس لورثته أن يأخذوها. (ع)

(١٧) قوله: "تورث عنه" فإن عنده كما تورث الأملاك، فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال، وما لا يعتاض في ذلك، سواء بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث، فإن حاجة الوارث كحاجة المورث، ونحن نقول: مجرد

قال رضي الله تعالى عنه[١]: معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة، أما إذا مات بعد قضاء القاضي[٢] قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته، وهذا نظير الاختلاف[٣] في خيار الشرط[٤]، وقد مر في البيوع، ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره، ويثبت الملك للوارث بعد البيع، وقيامه وقت البيع، وبقاءه للشفيع إلى وقت القضاء شرط[٥]، فلا يستوجب الشفعة بدونه[٦].

وإن مات المشترى لم تبطل[٧]؛ لأن المستحق باقٍ[٨]، ولم يتغير سبب حقه، ولا يباع[٩] في دين المشترى ووصيته، ولو باعه القاضي[١٠]، أو الوصى، أو أوصى المشترى فيها بوصية، فللشفيع أن يبطله، ويأخذ الدار[١١]؛ لتقدم حقه، ولهذا ينقض[١٢] تصرفه[١٣] في حياته.

قال[١٤]: وإذا باع الشفيع[١٥] ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت

الراى والمشية لا يجرى فيه الإرث؛ لأنه لا يبقى بعد موته ليخلف الوارث فيه، والثابت له بالشفعة مجرد المشية بين أن يأخذ أو يترك. (ك)

(١) أى المصنف.

(٢) بالشفعة.

(٣) قوله: "وهذا نظير الاختلاف إلخ" أى لا يورث خيار الشرط عندنا، وعند الشافعي يورث، فكذلك فى الشفعة، ووجه الالحاق به ما ذكره فى الإيضاح أن الثابت للشفيع حق أن يتملك، فظهر أثر هذا الحق فى أن يتخير بين أن يأخذ وبين أن لا يأخذ، والإرث لا يجرى فى الخيار. (ك)

(٤) فإنه إذا مات من له الخيار بطل خياره، وقال الشافعي: يورث عنه.

(٥) لاستحقاق الشفعة.

(٦) وقد زال ملك الميت عند الأخذ، وحدث ملك الوارث بعد البيع. (زيلعى)

(٧) الشفعة.

(٨) قوله: "لأن المستحق باقٍ" بخلاف موت الشفيع، فإن السبب الذى كان يأخذ به الشفعة يزول بموته، وهو ملكه، وقيام السبب إلى وقت الأخذ شرط، ولهذا لو باع ملكه قبل أن يأخذ المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، فكذا إذا زال بموته، والثابت للوارث جواراً، أو شركة حادثة بعد البيع، فلا يستحق به الشفعة. (ك)

(٩) قوله: "ولا يباع فى دين" يعنى لا يقدم دين المشترى ووصيته على حق الشفيع؛ لأن حق الشفيع مقدم على حق المشترى. (ع)

(١٠) فى دين المشترى الميت.

(١١) المبيعة.

(١٢) قوله: "ولهذا [لتقدم حق الشفيع] ينقض إلخ" تصرفه فى حياته، أى حتى المسجد والمقبرة والوقف. (ت)

(١٣) مشترى.

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) بيعًا باتًا.

شفعته[١]؛ لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك، وهو الاتصال بملكه، ولهذا[٢] يزول به[٣]، وإن[٤] لم يعلم بشراء المشفوعة[٥]، كما إذا سلم صريحًا[٦]، أو أبرأ عن الدين[٧]، وهو لا يعلم به، وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له؛ لأنه[٨] يمنع الزوال، فبقي الاتصال.

قال[٩]: ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له، ووكيل المشترى إذا ابتاع فله الشفعة. والأصل[١٠] أن من باع أو بيع له لا شفعة له، ومن اشترى، أو ابتيع له فله الشفعة؛ لأن الأول[١١] بأخذ المشفوعة يسعى[١٢] فى نقض ما تم من جهته[١٣]، وهو البيع، والمشترى لا ينقض شراءه بالأخذ بالشفعة؛ لأنه مثل الشراء[١٤]، وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع[١٥]، وهو الشفيع[١٦]، فلا شفعة له[١٧].

---

(١) قوله: "بطلت شفعته إلخ" فإن بقاء ما يشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة، وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط. (عناية)

(٢) أى ولأن زوال السبب مبطل. (ع)

(٣) أى ببيع ما يشفع به. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) لأن العلم بالمسقط ليس بشرط الصحة للإسقاط. (ع)

(٦) قوله: "كما إذا سلم صريحًا" أى إذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع، وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز، سواء كان المشترى حاضرًا أو غائبًا؛ لأنه إسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق. (ك)

قوله: "كما إذا سلم صريحًا أو أبرأ عن الدين" وطولب بالفرق بينهما، وبين ما إذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشترى، أو استأجرها منه، فإن علم بالشراء سقطت، وإلا فلا ، وأجيب بأن المساومة والإجارة لم توضعا للتسليم، وإنما تسقط بهما لدلالتهما على رضاء الشفيع، والرضى بدون العلم غير متحقق، بخلاف التسليم الصريح والإبراء. (عناية)

(٧) قوله: "أبرأ عن الدين" يعنى لو أبرأ رب الدين المديون، وهو لا يعلم بأن له عليه دينًا يصح الإبراء. (ك)

(٨) أى لأن الخيار للشفيع البائع يمنع زوال ملكه عن المبيع.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) أى الأمر الكلى.

(١١) أى من باع أو بيع له. (ك)

(١٢) قوله: "يسعى فى نقض" أما البائع فلأنه بائع حقيقة، وأما الوكيل فتمام البيع به أيضًا؛ لأنه لولا توكيله لما جاز بيعه. (ك)

(١٣) قوله: "فى نقض" لأن البيع تمليك، والأخذ بالشفعة تملك، وكذا البيع يوجب التسليم، والأخذ ينافيه. (ت)

(١٤) قوله: "لأنه مثل الشراء [فلا يصير ساعيًا فى نقض ما تم منه. ك]" أى فى كونه رغبة فى المشفوعة، والشفعة إنما تبطل بالرغبة عنها. (ع)

(١٥) قوله: "وكذلك" أى كوكيل البائع، لو ضمن المشترى بالدرك رجلا عن البائع، وهو الشفيع، فلا شفعة له؛ لأن تمام البيع إنما كان من جهته من حيث إنه لم يرض المشترى إلا بضمانه، فكان الأخذ بالشفعة سعيًا فى نقض ما تم من جهته. (ع)

جـ7 4 B

وكذلك إذا باع، وشرط الخيار لغيره، فأمضى المشروط له الخيار البيع، وهو الشفيع[١]، فلا شفعة له؛ لأن البيع تم بإمضاءه[٢]، بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشترى[٣].

قال[٤]: وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلّم[٥]، ثم علم أنها بيعت بأقل، أو بحنطة، أو شعير قيمتها ألف، أو أكثر[٦]، فتسليمه باطل، وله الشفعة؛ لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن فى الأول[٧]، ولتعذر الجنس الذى بلغه، وتيسر ما بيع به فى الثانى؛ إذ الجنس[٨] مختلف. وكذا كلّ مكيل، أو موزون، أو عددى متقارب[٩]، بخلاف[١٠] ما إذا علم[١١] أنها بيعت بعرض قيمته ألف، أو أكثر؛ لأن الواجب فيه القيمة[١٢]، وهى دراهم أو دنانير، وإن بان[١٣] أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف، فلا شفعة له، وكذا إذا كانت[١٤] أكثر، وقال زفر رحمه الله[١٥]: له الشفعة

---

(١٦) أى الضامن.

(١٧) لأن ضمان الدرك تقرير للبيع، فكان ضامنًا منه كالبائع. (ك)

(١) أى المشروط له بالخيار.

(٢) فإن تمام البيع بإجازة من شرط له البائع الخيار. (ك)

(٣) قوله: "بخلاف إلخ" أى لو اشترى المشترى الخيار للشفيع، فأمضى الشفيع البيع، لم يبطل شفعته، يريد به إذا طلب الشفعة قبل الإجازة؛ لأنه بمنزلة المشترى من وجه؛ لأنه وكيل عن المشترى فى الإجازة، والمشترى من كل وجه كان له الشفعة، فكذا المشترى من وجه. (غن)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) الشفعة.

(٦) أو أقل، كذا فى "النهاية".

(٧) قوله: "إنما سلم لاستكثار إلخ" فإذا ظهر الأقل من ذلك بطل تسليمه، قال فى "النهاية": كأنه قال: سلمته إن كان الثمن ألفًا لتسليم مشروط ينتفى بانتفاء شرطه، بخلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف، فإن مستكثر الألف أكثر استكثارًا للأكثر، فكان التسليم صحيحًا. (ع)

(٨) أى لا اختصاص بالحنطة والشعير.

(٩) لكونه فى معنى المكيل. (ع)

(١٠) حيث لا يبطل تسليمه. (ك)

(١١) أى ثانيًا.

(١٢) قوله: "لأن الواجب فيه [أى فيما إذا باع بعرض] إلخ" فصار كما لو قيل: بيعت بألف فسلم، ثم ظهر أكثر من ذلك، ولو كان قيمة العرض أقل من ذلك لم يصح التسليم. (ع)

(١٣) أى ثانيًا.

لاختلاف[١] الجنس[٢]، ولنا أن الجنس متحد[٣] في حق الثمنية[٤].

قال[٥]: وإذا قيل له: إن المشترى فلان، فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة؛ لتفاوت الجوار[٦]، ولو علم[٧] أن المشترى هو مع غيره، فله أن يأخذ نصيب غيره؛ لأن التسليم لم يوجد فى حقه[٨]، ولو بلغه شراء النصف فسلم، ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة؛ لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة، وفى عكسه[٩] لا شفعة فى ظاهر الرواية[١٠]؛ لأن التسليم في الكل تسليم فى أبعاضه.

فصل[١١]

قال[١٢]: وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع منها فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له؛ لانقطاع الجوار، وهذه حيلة[١٣]، وكذا إذا وهب[١٤] منه هذا المقدار وسلمه

(١٤) أى قيمة الدنانير.

(١٥) قوله: "وقال زفر إلخ" وذكر الاختلاف فى الأسرار بين علمائنا الثلاثة، قال: إذا قبل الشفيع الشراء بألف درهم فسلّم، فإذا بدنانير تساوى ألفًا كان له أن يطلب عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: بطلت شفعة استحسانًا؛ لأنه جنس واحد فى حق التجارات وضمانها.
وجه القياس أن الإنسان قد يتيسر عليه الشراء بأحدهما دون الآخر، والرضاء بأحدهما لا يدل على الرضا بالآخر، وإن كان الجنس واحداً، فإنه لو رضى بدراهم جياد، فإذا هى غلته كان له الطلب. (ك)

(١) بدليل حل التفاضل. (كافى)

(٢) أى جنس الدرهم تخيف جنس الدينار.

(٣) ولهذا يضم فى الزكاة. (كافى)

(٤) وكلامنا فيها.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره. (ع)

(٧) ثانيا.

(٨) غير.

(٩) قوله: "وفى عكسه" أى لو أخبر بشراء الكل فسلم، ثم ظهر أنه اشترى النصف، فلا شفعة، قال: شيخ الإسلام: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف، ثم ظهر أنه اشترى النصف بألف، فأما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف، ثم ظهر أنه اشترى النصف بخمسمائة، يكون على شفعته .(ن)

(١٠) قوله: "فى ظاهر الرواية" احتراز عما روى عن أبى يوسف على عكس هذا؛ لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع، وقد يكون له حاجة إلى النصف، ليتم به مرافق ملكه، ولا يحتاج إلى الجميع. (ع)

(١١) قوله: "فصل" لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الأحوال، علم تلك الأحوال فى هذا الفصل؛ لأنه يحتمل أن يكون الجار فاسقًا يتأذى به، وفى استعمال الحيلة؛ لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار، فاحتيج إلى بيانه. (ن)

(١٢) القدورى. (عينى)

(١٣) لإسقاط الشفعة.

إليه؛ لما بينا[١].

قال[٢]: وإذا ابتاع منها[٣] سهما[٤] بثمن، ثم ابتاع بقيتها، فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني[٥]؛ لأن الشفيع[٦] جار فيهما، إلا أن المشتري في الثاني شريك[٧]، فيتقدم عليه، فإن أراد الحيلة[٨] ابتاع السهم بالثمن[٩] إلا درهما مثلا، والباقي بالباقي[١٠]، وإن ابتاعها[١١] بثمن، ثم دفع إليه ثوبًا عوضًا عنه[١٢]، فالشفعة بالثمن دون الثوب؛ لأنه[١٣] عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار.

وقال[١٤]: وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة، فيباع[١٥] بأضعاف قيمته، ويعطى بها ثوب[١٦] بقدر قيمته، إلا أنه لو استحقت المشفوعة[١٧]، يبقى كل الثمن

---

(١٤) أي وهب المالك المشتري.

(١) إشارة إلى قوله: "لانقطاع الجوار".

(٢) القدوري. (عيني)

(٣) دار.

(٤) كالثلث.

(٥) قوله: فالشفعة [مبتدأ] للجار [خبر] إلخ" وفي "المستصفى شرح النافع" للعلامة النسفي، تأويل المسألة إذا بلغه بيع سهم منها فرده، أما إذا بلغه البيعان فله الشفعة، وتعليل هذه المسألة بقوله: "لأن الشفيع جار فيهما، إلا أن المشتري في الثاني شريك، فيقدم عليه؛ ليقتضي الإطلاق، وعلى هذا عبارة عامة الكتب. (ك)

قوله: "فالشفعة" أي همسايه شفيع مى شود در حصه كه اول خريد آن را نه در بقيه خانه. (فارسى)

(٦) الجار.

(٧) قوله: "إلا أن المشتري في الثاني شريك إلخ" لأنه حين اشترى الباقي كان شريكًا بشراء الجزء الأول، واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة؛ لكونه في ملكه بعد، فيتقدم على الجار. (م)

(٨) قوله: "فإن أراد الحيلة إلخ" وهذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع، والأول إلى الإبطال. (غن)

(٩) أي بكل الثمن.

(١٠) قوله: "والباقي بالباقي" فلا يرغب الجار في الأول لكثرة الثمن، ولا حق له فيما بقي؛ لأنه صار شريكًا، وهو مقدم على الجار. (ك)

(١١) دار.

(١٢) ثمن.

(١٣) أي لأن دفع الثوب.

(١٤) أي المصنف. (عيني)

(١٥) المبيع.

(١٦) أي ببدل أضعاف قيمته.

(١٧) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: وهذه حيلة أخرى، يعني أنها حيلة عامة، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار. (عناية)

على مشترى الثوب[١]؛ لقيام البيع الثانى[٢]، فيتضرر به[٣]. والأوجه أن يباع[٤] بالدراهم[٥] الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف[٦]، فيجب رد الدينار لا غير[٧]. قال[٨]: ولا تكره الحيلة فى إسقاط الشفعة عند أبى يوسف، وتكره عند محمد؛ لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر، ولو أبحنا الحيلة[٩] ما دفعناه.

ولأبى يوسف أنه منع عن إثبات الحق، فلا يعد ضرراً[١٠]، وعلى هذا الخلاف الحيلة[١١] فى إسقاط الزكاة.

مسائل متفرقة[١٢]

قال[١٣]: وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، وإن اشتراها[١٤] رجل من خمسة أخذها[١٥] كلها، أو تركها.

---

(١) أى بائع الدار.

(٢) أى بيع الثوب.

(٣) قوله: "فيتضرر به [البائع]" أى يتضرر مشترى الثوب الذى هو بائع الدار، برجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن الذى هو أضعاف قيمة الدار، ولا يتمكن البائع من رد الثوب، إلا برضاء المشترى، فعسى لا يرضاه. (ع)

(٤) قوله: "والأوجه أن يباع إلخ" تقريره: إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم، يبيعها بعشرين ألفًا، ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقى عشرة دنانير مثلا، فلو أراد الشفيع أن يأخذها، يأخذها بعشرين ألفًا، فلا يرغب فى الشفعة ولو استحقت الدار على المشترى، لا يرجع المشترى بعشرين ألفًا، إنما يرجع بما أعطاه؛ لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار، فيبطل الصرف. (ع)

(٥) فيكون صرفًا بما فى ذمته من الدراهم. (زيلعى)

(٦) قوله: "يبطل الصرف [للافتراق قبل القبض. زيلعى]" زيرا چه تقابض بدلين كه شرط است در بيع صرف يافته نشد درين صورت بجهت آنكه معلوم گرديد كه واجب نبود بر مشترى بهاى خانه كه بعوض آن دينار خريده بود.

(٧) قوله: "فيجب رد الدينار لا غير "لأنه تبين أنه لم يكن فى ذمة المشترى ألف ثمن الدار، فلم يصر قابضا فى المجلس؛ لكونه فى ذمته، فيبطل الصرف، فلا يلزمه إلا رد الدينار، فصار كمن اشترى من آخر ديناراً بعشر دين، ثم تصادقا أن لا دين عليه، فإنه يرد الدينار كذا ههنا. بخلاف ما إذا دفع الثوب بمقابلة ما فى ذمته من الثمن، وهو أضعاف قيمة الثوب، فلو استحقت الدار المشفوعة يرجع المشترى بثمن الثوب على بائع الدار؛ لأن باستحقاق الدار المشفوعة لا يبطل المبايعة التى جرت بين مشترى الدار وبائعه فى الثوب، ويثبت باستحقاق الدارلمشتريها الرجوع على البائع، فيتضرر بذلك بائع الدار، ولا يقال: باستحقاق الدار المشفوعة، يعلم أن بيع الثوب كان بلا ثمن، فيكون البيع فاسداً، فلا يتضرر مشترى الثوب؛ لأنه لا يطالب بثمن الثوب؛ لأنا نقول: البيع يحتاج إلى ذكر الثمن لا إلى وجوده، ولهذا قلنا: لو باع عبدا بما عليه من الدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فى العبد. (ك)

(٨) أى القدورى (عينى)

(٩) فى دفعه.

(١٠) قوله: "فلايعد ضرراً" لأنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو مشروع، وإن كان غيره يتضرر فى ضمنه. (ت)

(١١) فإنه لا يكره عند أبى يوسف، وعند محمد رح يكره. (عينى)

(١٢) قوله: "مسائل متفرقة" ذكر مسائل متفرقة فى آخر الكتاب، كما هو المعهود فى ذلك. (ع)

(١٣) أى محمد فى "الجامع". (عينى)

والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري[١]، فيتضرر به[٢] زيادة الضرر، وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم، فلا تتفرق الصفقة. ولا فرق في هذا[٣] بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده، هو الصحيح[٤]، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم[٥] إذا نقد ما عليه، ما لم ينقد الآخر حصته، كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين[٦]. بخلاف ما بعد القبض، لأنه سقطت يد البائع، وسواء سمى لكل بعض ثمنا، أو كان الثمن جملة؛ لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن[٧]، وههنا تفريعات ذكرناها في "كفاية المنتهي"[٨].

قال[٩]: ومن اشترى نصف دار غير مقسوم، فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري[١٠] أو يدع؛ لأن القسمة من تمام القبض[١١]؛ لما فيها من تكميل الانتفاع، ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة، والشفيع لا ينقض القبض[١٢]،

(١٤) دار.

(١٥) الشفيع.

(١) قوله: "تتفرق الصفقة" فلا يملك لما فيه من تبعيض ملكه، وإنه في الأعيان المجتمعة عيب. (عن)

(٢) قوله: "فيتضرر به [أي بتفرق الصفقة عليه] زيادة الضرر إلخ" فإن أخذ الملك منه ضرر، وضرر التشقيص زيادة على ذلك، والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل، فلا يشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً. (ع)

(٣) قوله: ولا فرق في هذا" أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما، إذا كان قبل قبض المشتري الدار أو بعده. (ع)

(٤) قوله: "هو الصحيح" وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فرق فقال: إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك، وبعد القبض له ذلك؛ لأنه متى أخذ نصيب أحدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفرق اليد، بخلاف ما بعد القبض؛ لأنه لم يبق يد البائع، ويقع التملك على المشتري، وقد أخذ منه جميع ملكه، فلا تفريق. (ك)

(٥) مشتريين.

(٦) قوله: بمنزلة أحد المشتريين" يعني أن أحد المشتريين إذا نقد ما عليه من الثمن، ليس له أن يأخذ نصيبه من الدار حتى ينقد الآخر ما عليه من الثمن، فكذلك ههنا لما نقد الشفيع نصيب أحدهم ليس له أن يأخذ نصيبه من الدار ما لم ينقد الآخرون بقية الثمن إذا كانت الدار غير مقبوضة. (غاية البيان)

(٧) قوله: "لتفرق الصفقة" حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحداً، والبائع اثنين، واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة، كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة؛ لأنه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك. (عناية)

(٨) وقد ذكرها الكرخي في "مختصره". (عيني)

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) قوله: "أخذ الشفيع إلخ" وليس له أن ينقض القسمة، بأن يقول للمشتري: ادفع إلى البائع حتى آخذ منه، سواء كانت القسمة بحكم القاضي، أو بغيره. (ع)

(١١) لما عرف أن قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص. (ك)

وإن[١] كان له نفع فيه[٢] بعود العهدة على البائع، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه[٣]. بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة، وقاسم المشترى[٤] الذى لم يبع[٥] حيث يكون للشفيع نقضه[٦]؛ لأن العقد[٧] ما وقع مع الذى قاسم، فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هوحكم العقد[٨]، بل هو تصرف بحكم الملك، فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه[٩] وهبته[١٠].

ثم إطلاق الجواب فى الكتاب[١١] يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أىّ جانب كان[١٢]، وهو المروى عن أبى يوسف؛ لأن المشترى لا يملك إبطال حقه بالقسمة. وعن أبى حنيفة أنه[١٣] إنما يأخذه[١٤] إذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها؛ لأنه[١٥] لا يبقى جاراً فيما يقع فى الجانب الآخر.

قال[١٦]: ومن باع داراً وله عبد مأذون[١٧] عليه دين[١٨]، فله الشفعة، وكذا إذا

---

(١٢) قوله: "الشفيع لا ينقض القبض "أى إذا قبض المشترى المبيع يأخذ الشفيع من المشترى، ولا يملك أن ينقض قبض المشترى المبيع، فيرده إلى البائع ويأخذ منه؛ لتكون العهدة عليه، فكذا لا ينقض قسمته؛ لأنها من تمام القبض. (ك)

قوله: "لا ينقض القبض [ليعيد الدار إلى البائع. ع]" وهذا لأن القبض بجهة البيع له حكم البيع، فكما لا يملك نقض البيع الأول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته. (زيلعى)

(١) الواو وصلية.

(٢) أى فى نقض القبض.

(٣) قبض.

(٤) قوله: "وقاسم المشترى إلخ" أى قاسم المشترى مع الشريك الذى لم يبع كان للشفيع نقضه؛ لأن هذه القسمة لم تجز بين العاقدين، فلا يمكن جعلها قبضا بحكم العقد، فجعلت مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة. (كافى)

(٥) مفعول لقاسم.

(٦) قسمة.

(٧) بيع.

(٨) قوله: "فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هوحكم إلخ" لأن القسمة مع غير العاقد ليس من تمام القبض المستحق بالعقد، إنما هو تصرف باشره بحكم الملك. (كافى)

(٩) مشترى.

(١٠) مشترى.

(١١) قوله: "ثم إطلاق الجواب فى الكتاب [أى فى "الجامع الصغير". ع]" وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى. (ك)

(١٢) أى بجواره أو غيره.

(١٣) شفيع.

(١٤) نصف.

(١٥) شفيع.

(١٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

كان العبد هو البائع، فلمولاه الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة تملّك بالثمن، فينزل منزلة الشراء[١]، وهذا لأنه مفيد؛ لأنه يتصرف للغرماء، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين[٢]؛ لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له[٣].

قال[٤]: وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز[٥] عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر رحمهم الله تعالى: هو على شفعته إذا بلغ.

قالوا[٦]: وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما[٧] شراء دار بجوار دار الصبي، فلم يطلبا الشفعة[٨]، وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل[٩] بطلب الشفعة[١٠] في رواية كتاب الوكالة[١١]، وهو الصحيح[١٢]. لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان[١٣] إبطاله كديته وقوده[١٤]؛ ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضراراً به.

---

(١٧) وهو شفيعها. (كافى)

(١٨) يحيط برقبته. (زيلعى)

(١) قوله: "فينزل منزلة الشراء" لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وشراء أحدهما من صاحبه يجوز إذا كان على العبد دين؛ لأنه يفيد ملك اليد، فكذا الأخذ بالشفعة. (كافى)

(٢) فليس لمولاه الشفعة.

(٣) قوله: "ولا شفعة لمن إلخ" بخلاف ما إذا اشترى؛ لأنه ابتيع له، ومن ابتاع أو ابتيع له لا يبطل شفعته. (ت)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) قوله: "وتسليم الأب والوصي إلخ" قد ذكرنا أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير؛ لاستواءهم في سببه، فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامهم شرعاً في استيفاء حقوقه، وهو الأب، ثم وصيه، ثم جده أبو أبيه، ثم وصيه، ثم الوصي الذي نصبه القاضي، فإن لم يكن أحد من هؤلاء، فهو على شفعته إذا أدرك، فإن ترك هؤلاء الطلب بعد الإمكان، أو سلم بعد الطلب سقطت. (ع)

(٦) المشايخ.

(٧) الأب والوصي.

(٨) أي تركا.

(٩) قوله: "وعلى هذا الخلاف تسليم إلخ" فيصح التسليم، لكن عند أبي حنيفة إذا كان في مجلس القاضي؛ لأن الوكيل بطلبها يقوم مقام الموكل في الخصومة، ومحلها مجلس القاضي، وعند أبي يوسف فيه وفي غيره؛ لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً، وعند محمد وزفر حينئذ لا يصح منه التسليم أصلا. (ع)

(١٠) الباء متعلق بالوكيل لا بالتسليم. (نهاية)

(١١) من "المبسوط".

(١٢) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عما روى أن محمداً مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة، خلافاً لأبي يوسف. (ع)

(١٣) الأب والوصي.

(١٤) أي إذا كان دية الصغير وقوده على رجل لا يملكان إبطاله.

ولهما أنه في معنى التجارة[١] فيملكان[٢] تركه، ألا ترى أن من أوجب بيعًا للصبي صح رده من الأب والوصي، ولأنه دائر بين النفع والضرر[٣]، وقد يكون النظر في تركه؛ ليبقى الثمن على ملكه[٤]، والولاية نظرية فيملكانه[٥]، وسكوتهما كإبطالهما[٦]؛ لكونه[٧] دليل الإعراض، وهذا[٨] إذا بيعت بمثل قيمتها[٩]، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه[١٠]، قيل: جاز التسليم بالإجماع[١١]، لأنه تمحض نظرا، وقيل: لا يصح بالاتفاق[١٢]؛ لأنه[١٣] لا يملك الأخذ، فلا يملك التسليم كالأجنبي[١٤]، وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة[١٥] كثيرة. فعن أبي حنيفة[١٦] أنه لا يصح التسليم منهما أيضًا[١٧]، ولا رواية عن أبي يوسف، والله أعلم.

---

(١) قوله: "أنه [أي أن الأخذ بالشفعة] في معنى التجارة" بل عينها، ألا ترى أنه مبادلة المال بالمال. (ت)

(٢) الأب والوصي.

(٣) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود . (نهاية)

(٤) قوله: "ليبقى الثمن" فيحمل على أن يكون الترك أنفع بإبقاء الثمن على ملك الصغير، فيملكه كالأخذ، بخلاف القود وأختيه، فإنه إبطال بغير عوض، وههنا إبطال بعوض يقابله، وهو الثمن، فلا يعد ضرراً. (زيلعي)

(٥) ترك.

(٦) قوله: "وسكوتهما [الأب والوصي] إلخ" لما كان ما ذكر من الدليل مختصاً بالتسليم، أردفه بقوله: وسكوتهما إلخ. (ع)

(٧) سكوت.

(٨) أي هذا الخلاف.

(٩) أو الغبن اليسير من المثل. (ع)

(١٠) أي بغبن فاحش. (ع)

(١١) من غير خلاف بين زفر ومحمد رحمهما الله تعالى. (ع)

(١٢) هذا هو الأصح. (ك)

(١٣) أي لأن الأب والوصي.

(١٤) فيكون الصبي على حقه إذا بلغ. (ع)

(١٥) محاباة: فروگذاشت كردن. (من)

(١٦) قوله: "فعن أبي حنيفة أنه لا يصح التسليم إلخ" وإذا لم يصح التسليم عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضاً؛ لأنهما لم يريا تسليمهما فيما إذا بيعت بمثل الثمن، فأن لا يريا إذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى، وإنما خص قول أبي حنيفة بالذكر؛ لأن المحابات الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة، ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير. ولكن قال: لا يصح التسليم في هذا؛ لأن تصرفهما في مال إنما يكون بالتي هي أحسن، وليس تركهما ههنا كذلك، ولهذا المعنى أيضاً خص قول أبي يوسف بقوله: "ولا رواية عن أبي يوسف" لأنه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها. (ع)

(١٧) الأب والوصي.

كتاب القسمة[١]

قال[٢]: القسمة[٣] في الأعيان المشتركة مشروعة؛ لأن النبي عليه السلام باشرها[٤] في المغانم والمواريث، وجرى التوارث بها من غير نكير *، ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة[٥]، لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له، وبعضه كان لصاحبه، فهو يأخذه عوضًا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه، فكان مبادلةً وإفرازًا[٦]. والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات[٧]، لعدم التفاوت[٨]، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه[٩] حال غيبة صاحبه، ولو اشترياه[١٠] فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن. ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض[١١] للتفاوت[١٢]، حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر، ولو

---

(١) قوله: "كتاب القسمة" أورد القسمة عقيب الشفعة؛ لأن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع، فإن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه، باع ووجب عنده الشفعة، وقدم الشفعة؛ لأن بقاء ما كان على ما كان أصل. (منح الغفار)

(٢) أي المصنف. (عيني)

(٣) قوله: "القسمة" وهي في اللغة: اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء، وفي الشريعة: جمع النصيب الشائع في مكان معين، وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص، وركنه ما يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المزروعات والعد في المعدودات، وشرطها أن لا يفوت منفعته بالقسمة، ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما. (ع)

(٤) قوله: "باشرها [ولقوله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم . (زيلعي)، كما هو مشحون في كتب الحديث]" أما قسمته في الغنائم فقد ذكرناها في كتاب السير، وأما قسمته في المواريث فقد أخرجه النسائي والبخاري والحاكم وأبو داود والترمذي. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٨، والدراية ج٢، الحديث٨٩٦ ص٢٠٤. (نعيم)

(٥) قوله: "ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة" سواء كانت في ذوات الأمثال، أو في غير ذوات الأمثال. (ع)

(٦) قوله: "فكان مبادلةً وإفرازًا" لأنه ما من جزء إلا وهو مشتمل على النصيبين، فكان ما يأخذ كل واحد منهما نصف ملكه، ولم يستفد من صاحبه، فكان إفرازًا، والنصف الآخر كان لصاحبه، فصار له عوضًا عما في يد صاحبه فكان مبادلة. (ك)

(٧) والعدديات المتقاربة. (زيلعي)

(٨) قوله: "لعدم التفاوت" أي بين أبعاض المكيلات والموزونات؛ لأن ما يأخذه مثل حقه صورةً ومعنًى، فأمكن أن يجعل عين حقه، ولهذا جعل عين حقه في القرض وقضاء الدين. (كافي)

(٩) ولو كانت مبادلة يشترط رضاه. (كافي)

(١٠) أي مكيلا أو موزونًا.

(١١) قوله: "هو الظاهر إلخ" فإن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل، لما ترك على صاحبه بيقين، فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكمًا. (ع)

(١٢) قوله: "للتفاوت" أي بين أبعاضها، فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ حقه. (كافي)

اشترياه[١]، فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة، إلا أنها إذا كانت من جنس واحد[٢]، أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد، والمبادلة مما يجرى فيه الجبر، كما فى قضاء الدين[٣].

وهذا[٤] لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فيجب على القاضى إجابته[٥]، وإن كانت أجناسًا مختلفة[٦] لا يجبر القاضى[٧] على قسمتها؛ لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد[٨]، ولو تراضوا عليها[٩] جاز؛ لأن الحق لهم.

قال[١٠]: وينبغى للقاضى أن ينصب قاسمًا[١١] يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر؛ لأن القسمة من جنس عمل القضاء[١٢] من حيث أنه يتم به قطع المنازعة، فأشبه رزق القاضى[١٣]؛ ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة، فتكون كفايته فى مالهم[١٤] غُرما بالغنم.

---

(١) أى غير المكيل والموزون.

(٢) قوله: "إلا أنها [أى حيوانات والعروض] إلخ" جواب سؤال يرد على قوله: ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض، وفى "المغنى": فإن قيل: لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآبى عليها، أى فى غير ذوات الأمثال، وبالإجماع يجبر. قلنا: يجبر على هذه المبايعة باعتبار حق مستحق للغير، ألا ترى أن المشترى يجبر على تسليم الدار إلى الشفيع، وإن كان التسليم إليه مبايعة، وإنما يجبر لحق الشفيع. (ك)

(٣) قوله: "كما فى قضاء الدين" فإن المقبوض ليس عين الدين، وإنما هو بدل منه، والمديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضى الدين، فجريان الجبر لا ينفى المبايعة. (مل)

(٤) إشارة إلى قوله: أجبر القاضى على القسمة إلخ. (عن)

(٥) فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره. (ع)

(٦) كالغنم والبقر الإبل.

(٧) الآبى.

(٨) قوله: "لتعذر المعادلة إلخ" لأن القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة، والتراضى فى التجارة شرط بالنص. (ع)

(٩) قسمة.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) فاعل من قسم يقسم من ضرب يضرب. (عينى)

(١٢) قوله: "من جنس عمل القضاء" وليست القسمة بقضاء على الحقيقة، حتى لا يفرض على القاضى مباشرتها، وإنما الذى يفرض عليه جبر الآبى على القسمة، إلا أن لها شبها بالقضاء من حيث إنها يستفاد بولاية القضاء، حتى ملك القاضى جبرًا لآبى، ولم يملك الأجنبى ذلك، فمن حيث إنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث إنها تشبه القضاء يستحب أن يأخذ الأجر عليها. (ك)

(١٣) أى رزق القاسم.

قال[١] : فإن لم يفعل نصب قاسمًا يقسم بالأجر، معناه بأجر على المتقاسمين؛ لأن النفع لهم على الخصوص، ويقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة، والأفضل أن يرزقه من بيت المال؛ لأنه أرفق بالناس[٢]، وأبعد عن التهمة[٣].

ويجب أن يكون[٤] عدلا مأمونًا[٥] عالمًا بالقسمة؛ لأنه[٦] من جنس عمل القضاء؛ ولأنه لا بد من القدرة، وهي بالعلم، ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة. ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد، معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه؛ لأنه لا جبر على العقود؛ ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله، ولو اصطلحوا[٧] فاقتسموا جاز، إلا إذا كان فيهم صغير، فيحتاج إلى أمر القاضي؛ لأنه لا ولاية لهم عليه[٨].

قال: ولا يترك القُسَّام[٩] يَشتركون[١٠]؛ كيلا تصير الأجرة غالية[١١] بتواكلهم[١٢]، وعند عدم الشركة يتبادر[١٣] كل منهم إليه[١٤] خيفة الفوت، فيرخص

---

(١٤) كالقضاة والمقاتلة والمفتيين. (زيلعى)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "لأنه أرفق بالناس إلخ" لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال، لايميل بأخذ الرشوة إلى البعض. (ع)

(٣) قوله: "وأبعد عن التهمة" أى تهمة الميل إلى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة. (ك)

(٤) قاسم.

(٥) قوله: "عدلا مأمونًا" ذكر الأمانة بعد العدالة، وإن كانت من لوازمها؛ لجواز أن تكون غير ظاهر الأمانة. (ك)

(٦) قسمة.

(٧) قوله: "ولو اصطلحوا إلخ" أى الشركاء لا يرفع الأمر إلى القاضى، بل اقتسموا بأنفسهم باصطلاحهم فهو جائز؛ لأن فى القسمة معنى المعاوضة، فيثبت بالتراضى، كما فى سائر المعاوضات، كذا فى أدب القاضى. (نهاية)

(٨) قوله: "لأنه لا ولاية لهم عليه" أى صغير، وتصرفه لا ينفذ. (زيلعى)

(٩) قوله: ولا يترك القسام [جمع القاسم (ن)، أى يمنعهم القاضى من الاشتراك. زيلعى] إلخ" أى لا يخلى القاضى القاسمين المعينين بأنفسهم على رأيهم فى الاشتراك، بحيث لا يتجاوز أمر القسمة عنهم إلى غيرهم؛ لأنه لو عينهم فى الاستئجار لعل القسام يكلفون زيادة على أجر المثل، فيتضرر بها المتقاسمون، بل يقول القاضى لكل واحد من المتقاسمين استبدانت بالقسمة من غير مشاركة الآخر.

فكان كل واحد منهم ماذونًا ومجازًا بالقسمة من جانب القاضى، فحينئذٍ يتسارع كل من القسام إلى ما تيسر من الأجر، فيقسم الأموال المشتركة بأرخص الأجور كيلا يفوت منه ذلك وإن قل، فلا يتضرر به المتقاسمون. (نهاية)

(١٠) أى فى الأجرة والقسمة.

(١١) فيضرر الناس. (زيلعى)

(١٢) التواكل هو أن يتكل بعضهم على بعض. (نهاية)

(١٣) يتسارع.

(١٤) قسمة.

الأجر[١]. قال[٢]: وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: على قدر الأنصباء؛ لأنه مؤنة الملك[٣]، فيتقدر بقدره[٤]، كأجرة الكيّال والوزّان[٥]، وحفر البير المشتركة، ونفقة المملوك المشترك.

ولأبي حنيفة أن الأجر مقابل بالتمييز[٦]، وإنه لا يتفاوت[٧]، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر، فتعذر اعتباره، فيتعلق الحكم بأصل التمييز. بخلاف حفر البئر؛ لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت[٨].

والكيل والوزن إن كان للقسمة، قيل: هو على الخلاف[٩]، وإن لم يكن[١٠] للقسمة، فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت[١١]، وهو العذر[١٢] لو

---

(١) رخص –بالضم– ارزانى وارزان شدن. (م)

(٢) القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "لأنه [أجرة] مؤنة الملك إلخ" ولأن المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم من الانتفاع بنصيبه ومنفعة صاحب الكثير أكثر، فيكون مؤنة عليه أكثر. (زيلعى)

(٤) ملك.

(٥) قوله: "كأجرة الكيال [فإن هذه كلها على قدر الأنصباء] إلخ" يعنى إذا استأجروا الكيّال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم، فالأجرة على قدر الأنصباء، وكذلك الوزّان والحافر. (ع)

(٦) قوله: "أن الأجر إلخ" تحقيقه أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشى على الحدود؛ لأنه لو استعان فى ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه، فدل على أن الأجرة فى مقابلة القسمة، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل؛ لأن الحساب يدق بتفاوت الأنصباء ويزداد دقه بقلة الأنصباء، فلعل تميز نصيب القليل أشق، ويجوز أن يعسر عليه تميز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه، فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة، فيتعلق الحكم بأصل التمييز. (ع)

(٧) لأن تمييز الأقل من الأكثر كتمييز الأكثر من الأقل. (ك)

(٨) بالقلة والكثرة.

(٩) قوله: "قيل هو على الخلاف [فلا يصح القياس، فإن المكيل والموزون يقسم بذلك، والكيّال والوزّان بمنزلة القسام. ك] إلخ" يعنى إذا استأجروا رجلا لكيل الحنطة المشتركة بينهم، أو لذرع ثوب مشترك بينهم، إن كان الاستئجار لأجل القسمة فالمسألة على الخلاف. (نهاية)

(١٠) قوله: "وإن لم يكن [الكيل والقسمة] للقسمة إلخ" بأن اشتريا مكيلا أو موزونًا وأمرًا أمينًا، بأن يكيله ليصير الكل معلوم القدر، فالأجر بقدر الأنصباء. (ع)

(١١) بالقلة والكثرة.

(١٢) قوله: "وهو العذر إلخ" [وإلى صحة رواية الإطلاق مال الإمام شمس الأئمة سرخسى. ك] أى العذر هو أن الأجرة مقابل بعمل الكيل والوزن لو أطلق، ولا يفصل أى لو أريد إجراء المسألة على الإطلاق من غير أن يفصل أنه للقسمة أولا. (ك)

قوله: "وهو العذر إلخ" أى التفاوت هو العذر أى الجواب عن قياسهما على أجرة الكيال والوزان، لو كان الأجرة تجب ثمة مطلقًا بلا تفصيل على قدر الأنصباء، فإن كيل الكثير أشق وأصعب لامحالة من القليل، وكذلك الوزان بخلاف القسام، فإن القسمة إفراز، والشريكان فيه سواء، فإذا أفرز القليل أفرز الكثير لا محالة، ولا بالعكس. (عن)

أطلق[١] ولا يفصل[٢]، وعنه[٣] أنه على الطالب[٤] دون الممتنع لنفعه[٥] ومضرة الممتنع. قال[٦]: وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار، أو ضيعة[٧]، وادعوا أنهم ورثوها[٨] عن فلا ن لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة، حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته.

وقال صاحباه: يقسمها باعترافهم، ويذكر[٩] في كتاب القسمة[١٠] أنه[١١] قسمها بقولهم، وإن كان المال المشترك ما سوى العقار[١٢]، وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعًا، ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم.

لهما أن اليد دليل الملك[١٣]، والإقرار إمارة الصدق، ولا منازع لهم فيقسمه بينهم، كما في المنقول الموروث، والعقار المشترى، وهذا لأنه لا منكر[١٤] ولا بينة إلا على المنكر، فلا يفيد[١٥] إلا أنه يذكر[١٦] في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم؛ ليقتصر عليهم ولا يتعداهم[١٧].

(١) وإلى صحة رواية الإطلاق مال الإمام شمس الأئمة سرخسي. (ك)

(٢) تأكيد وبيان.

(٣) أي عن أبي حنيفة. (ن)

(٤) أي أن الأجر كله. (ع)

(٥) قوله: "دون الممتنع لنفعه [طالب] إلخ" روى الحسن عن أبي حنيفة أن الأجر على الطالب للقسمة دون الممتنع، وقال صاحباه: عليهما. له أن الطالب للقسمة أنما يطلبها لمنفعة نفسه، والممتنع إنما يمتنع لضرر يلحقه بها، فلا معنى لإيجاب الأجرة على من لا منفعة له. (ك)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: " وفي أيديهم داراً أو ضيعة [زمين] إلخ" قيد بهما لأنه إذاكان في أيديهم عروض أو شيء مما ينقل، قسم بإقرارهم بالاتفاق. (ك)

(٨) قوله: "وادعوا أنهم ورثوها [وطلبوا قسمة. ع] قيد به؛ لأنهم لو ادعوا الشراء من غائب قسم بينهم بإقرارهم بالاتفاق. (ك)

(٩) القاضي.

(١٠) أي الكتاب الذي يكتب القاضي. (ع)

(١١) القاضي.

(١٢) أي منقولا.

(١٣) قوله: "لهما أن إلخ" يعني أن الامتناع عن القسمة إما أن يكون لشبهة في الملك، أو لتهمة في دعواه أو لمنازع للمدعي في دعواه، وكل من ذلك لا يتحقق؛ لأن اليد إلخ. (ع)

(١٤) لما قالوا.

(١٥) إقامة البينة.

(١٦) القاضي.

وله أن القسمة قضاء على الميت، إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت[١] الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها[٢]، ويقضى ديونه منها، بخلاف ما بعد القسمة، وإذا كانت[٣] قضاء على الميت، فالإقرار ليس بحجة عليه[٤]، فلا بد من البينة، وهو مفيد[٥]؛ لأن بعض الورثة ينتصب[٦] خصمًا عن المورث، ولا يمتنع ذلك بإقراره كما فى الوارث[٧]، أو الوصى المقر بالدين، فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره، بخلاف المنقول[٨]؛ لأن فى القسمة نظرًا للحاجة إلى الحفظ. أما العقار فمحصن[٩] بنفسه ولأن المنقول مضمون على من وقع فى يده[١٠]، ولا كذلك العقار عنده[١١]. وبخلاف المشترى[١٢]؛ لأن المبيع لا يبقى على ملك[١٣] البائع وإن[١٤] لم

---

(١٧) قوله: "ليقتصر [التقسيم] عليهم [أى حكم القاضى] ولا يتعداهم إلخ" وذلك لأن حكم القسمة بالبينة، بخلاف حكم القسمة بالإقرار؛ لأن حكم القسمة بالبينة يتعدى إلى الغير، حتى لو ادعت أم ولد هذا الميت أو مدبره العتق، فالقاضى يقضى لهما بالعتق، ولا يكلفهما إقامة البينة على الموت، وحكم القسمة بالإقرار لا يتعدى، ألا ترى أنه لا يقضى بالعتق فى هاتين الصورتين، إلا ببينة تقوم على الموت. (ك)

(١) فى التركة.

(٢) قوله: "تنفذ وصاياه فيها [زيادة] إلخ" وعن هذا قالوا: إذا أوصى بجارية لإنسان، فولدت قبل القسمة، تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلاث، كأنه أوصى بهما. (ع)

(٣) أى القسمة.

(٤) ميت.

(٥) جواب عن قولهما فلا يفيد. (ع)

(٦) قول: "لأن بعض الورثة ينتصب [لأنه لما لم يعتبر إقراره عليه يجعل كالعدم. ك] خصمًا [منكرًا] عن المورث إلخ" بأن يجعل أحد الحاضرين مدعيًا والآخر مدعى عليه، فإن قيل: كل منهم يدعى ما يدعى صاحبه، والمقر لا يصلح خصمًا للمدعى عليه. أجاب بقوله: ولا يمتنع ذلك أى كونه خصمًا بسبب إقراره، لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصمًا، كما فى الوارث إلخ. (عناية)

(٧) قوله: "كما فى الوارث إلخ" أى كما لو ادعى رجل دينًا على الميت وقدم وارثًا من ورثته إلى القاضى، فأقر له الوارث بحقه، فأراد الطالب أن يقيم البينة عند القاضى على حقه، ليكون حقه فى جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة، فإن القاضى يقبل بينته ويحكم له بدينه فى جميع مال الميت؛ لأن المدعى يحتاج إلى إثبات الدين فى حقه وحق غيره، وكذا الوصى إذا أقر بالدين تقبل البينة عليه، مع إقراره لبطلان إقراره. (ك)

(٨) جواب عن قولهما، كما فى المنقول الموروث. (ع)

(٩) محفوظ.

(١٠) قوله: "مضمون على من وقع فى يده إلخ" بعد القسمة، ففى القسمة جعله مضمونًا، وفى ذلك نظر للميت، بخلاف العقار عند أبى حنيفة، فإنه لا يصير مضمونًا على من وقع فى يده عنده. (ع)

(١١) لأن غصب العقار لا يتحقق عنده. (كافى)

(١٢) جواب عن قولهما: والعقار المشترى. (عناية)

(١٣) بعد البيع والتسليم. (ك)

يقسم، فلم تكن القسمة قضاء على الغير[١].

قال[٢]: وإن ادّعوا الملك، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه[٣] بينهم؛ لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير؛ لأنهم ما أقروا بالملك لغيرهم، قال[٤]: هذه رواية كتاب القسمة[٥]. وفي "الجامع الصغير": أرض ادعاها رجلان، وأقاما البينة أنها في أيديهما، وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما؛ لاحتمال أن تكون لغيرهما، ثم قيل: هو قول أبي حنيفة خاصة[٦]، وقيل: هو قول الكل، وهو الأصح؛ لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه[٧]، وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه، ولا ملك[٨]، فامتنع الجواز.

قال[٩]: وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة[١٠] وعدد الورثة، والدار في أيديهم[١١]، ومعهم وارث غائب، قسمها القاضي بطلب الحاضرين، وينصب[١٢] وكيلا يقبض نصيب الغائب، كذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيًا يقبض نصيبه؛ لأن فيه نظرًا للغائب والصغير[١٣]، ولا بد من إقامة البينة في هذه

---

(١٤) الواو وصلية

(١) بخلاف الإرث.

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) القاضي.

(٤) أي المصنف. (عيني)

(٥) قوله: هذه رواية كتاب القسمة [من المبسوط] يعني القسمة فيما بينهم من غير إقامة البينة. (ع)

(٦) قوله: "هو قول أبي حنيفة [أي ما في الجامع الصغير] إلخ" وعندهما يقسم بينهما؛ لأنهما يقسمان في الميراث بلا بينة، ففي هذا أولى. (ع)

(٧) قوله: "لأن قسمة الحفظ إلخ" يعني أن القسمة نوعان: قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، قسمة لحق اليد لأجل الحفظ والصيانة، والثاني في العقار غير محتاج إليه؛ لأنه محفوظ بنفسه، فتعين قسمة الملك، وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك، ولا ملك بدون البينة، فامتنع الجواز. (ع)

(٨) بدون البينة.

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) أي وفاة المورث.

(١١) قوله: "والدار في أيديهم [أي في أيدي الحضور. ك] إلخ" والضمير في قولهم في أيديهم ذكر بلفظ الجمع، و إن كان راجعًا إلى التثنية؛ لأن في التثنية معنى الجمع. (غن)

(١٢) القاضي.

(١٣) قوله: "لأن فيه نظرًا للغائب والصغير إلخ" أي بظهور نصيبهما مما في يد الغير، فإنه بالقسمة يعزل نصيب الغائب، فكان هذا محض نظر في حق الغائب والصغير. (ك)

الصورة[١] عنده أيضًا[٢]، خلافًا لهما كما ذكرناه من قبل[٣].

ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم[٤]، والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة، حتى يرد[٥] بالعيب، ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث[٦]، أو باع[٧]، ويصير مغرورًا بشراء المورث[٨]، فانتصب أحدهما[٩] خصمًا عن الميت فيما في يده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ[١٠]، ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه، فلا يصلح الحاضر خصمًا عن الغائب فوضح الفرق. وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه[١١] لم يقسم[١٢]، وكذا[١٣] إذا كان في يد مودعه[١٤]، وكذا[١٥] إذا كان في يد الصغير؛ لأن القسمة قضاء على الغائب[١٦]، والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر[١٧] عنهما، وأمين الخصم[١٨] ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه،

---

(١) يعني فيما إذا كان معهما صبي عند أبي حنيفة إلخ"، كما إذا كان معهما غائب. (عناية)

(٢) قوله: "عنده [أبي حنيفة] أيضًا" بل أولى؛ لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير، بقولهم: وعندهما يقسمها بينهم بإقرارهم، ويعزل حق الغائب والصغير، ويشهد أنه قسمها بإقرار الكبار الحضور، فإن الصغير أو الغائب على حجته. (كافي)

(٣) قوله: "كما ذكرنا من قبل" يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة، حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته، وقال صاحباه: يقسمها باعترافهم. (عناية)

(٤) وإن أقاموا البينة على الشراء. (ع)

(٥) عن المورث.

(٦) لف ونشر مرتب.

(٧) المورث.

(٨) قوله: "ويصير مغرورًا إلخ" صورته اشترى المورث جارية ومات، واستولدها الوارث، ثم استحقت، يكون الولد حرا بالقيمة، ويرجع الوارث بها وبالثمن على البائع كالمورث. (ع)

(٩) وارثين.

(١٠) جديد. (كافي)

(١١) أي من العقار.

(١٢) وإن قامت البينة ما لم يحضر الغائب. (ك)

(١٣) أي لا يقسم.

(١٤) غائب.

(١٥) أي لا يقسم.

(١٦) بإخراج شيء مما كان في يده عن يده. (ك)

(١٧) أي نائب.

(١٨) أي المودع.

جـ7 5 B

والقضاء من غير خصم لا يجوز، ولا فرق في هذا الفصل[١] بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح[٢]، كما أطلق[٣] في الكتاب[٤].

قال[٥]: وإن حضر وارث واحد لم يقسم، وإن[٦] أقام البينة؛ لأنه لا بد من حضور خصمين؛ لأن الواحد[٧] لا يصلح مخاصِمًا ومخاصَمًا[٨]، وكذا مقاسِمًا ومقاسَمًا، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا[٩].

ولو كان الحاضر صغيراً وكبيراً[١٠]، نصب القاضي عن الصغير وصيًا[١١]، وقسم إذا أقيمت البينة، وكذا إذا حضر وارث كبير، وموصى له[١٢] بالثلث فيها[١٣]، فطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه؛ لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه، وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه.

---

(١) قوله: "في هذا الفصل" إشارة إلى قوله: وإن كان العقار في يد الوارث الغائب، أو شيء منه لم يقسم. (ك)

(٢) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما ذكر في "المبسوط"، وإن كان شيء من العقار في يد الصغير، أو الغائب لايقسمها بإقرار الحضور، حتى يقوم البينة على أصل الميراث؛ لأنها قامت لإثبات ولاية القاضي في تركة الميت فتقبل. (مل)

(٣) وهو قوله لم يقسم من غير ذكر إقامة البينة على الإرث. (ك)

(٤) أي الجامع الصغير.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "لأن الواحد لا يصلح إلخ" فالحاضر إن كان خصمًا عن نفسه، فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب، وإن كان خصمًا عنهما فما ثمه من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة. (عناية)

(٨) قوله: لا يصلح مخاصمًا ومخاصمًا" وهذا عند أبي حنيفة؛ لأنه يحتاج إلى إقامة البينة، وقوله: مقاسمًا ومقاسمًا هذا عندهما؛ لأنه لا يحتاج إلى إقامة البينة عندهما، وعن أبي يوسف أن القاضي ينتصب عن الغائب خصمًا، ويسمع البينة عليه، ويقسم الدار. (ك)

(٩) آنفًا.

(١٠) هذا ذكره تفريعًا على مسألة القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "نصب القاضي إلخ" وإنما ينصب القاضي عن الصغير وصيًا إذاكان حاضرًا، أما إذا كان غائبًا فلا ينصب عنه وصيًا؛ لأن القاضي لا ينصب الخصم عن الغائب إلا لضرورة، ومتى كان المدعى عليه صبيًا، لو وقع العجز عن جوابه لم يكن عجزًا عن إحضاره، فلا ينصب القاضي خصمًا عنه في حق الحضرة، فلم يصح الدعوى؛ لأنها لا تصح من غير مدعى عليه حاضر.

ولا كذلك إذا حضر؛ لأن الدعوى يصح عليه لكونه حاضرًا، إلا أنه عجز عن الجواب، فينصب خصمًا يجيب عنه، بخلاف الدعوى على الميت؛ لأن إحضاره وجوابه لا يتصور، فينصب واحدًا في الأمرين جميعًا. (ك)

(١٢) ولو حضر الموصى له وحده لا يسمع بينته، ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت. (زيلعي)

(١٣) أي في الدار.

فصل فيما يقسم وما لا يقسم[١]

قال[٢]: وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع[٣] بنصيبه قسم بطلب أحدهم[٤]؛ لأن القسمة حق لا زم فيما يحتملها[٥] عند طلب أحدهم، على ما بيناه من قبل[٦]. وإن كان ينتفع أحدهم، ويستضر به الآخر لقلة نصيبه، فإن طلب صاحب الكثير قسم، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم؛ لأن الأول منتفع به[٧]، فاعتبر طلبه[٨]، والثاني متعنت في طلبه[٩] فلم يعتبر، وذكر الجصاص على قلب هذا[١٠]، لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره، والآخر يرضى بضرر نفسه.

وذكر الحاكم الشهيد في "مختصره": أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي، والوجه اندرج[١١] فيما ذكرناه[١٢]. والأصح المذكور في الكتاب[١٣] وهو الأول، وإن كان[١٤] كل واحد منهما[١٥] يستضر لصغره[١٦] لم يقسمها إلا بتراضيهما؛ لأن الجبر

(١) قوله: "فيما يقسم" لماتنوعت مسائل القسمة على هذين النوعين: أي ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما. (ن)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) بعد القسمة.

(٤) جبراً على من أبى. (ع)

(٥) قسمة.

(٦) قوله: "على ما بيناه من قبل" إشارة إلى قوله: إذاكانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد، و المبادلة مما يجرى فيه الجبر كقضاء الدين إلخ". (نهاية)

(٧) أي صاحب الكثير.

(٨) قوله: "فاعتبر طلبه إلخ "لأنه طالب لأن يخصه بالانتفاع بملكه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، وهذا منه طلب الحق والإنصاف، وإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه، والقاضي نصب ناظراً لإيصال الحقوق إلى أهلها ودفع المظالم، ولا يعتبر تضرر الآخر؛ لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره، فلا يمكن من ذلك، وإن لحقه بالمنع ضرر. (زيلعي)

(٩) قوله: "والثاني [أي صاحب القليل] متعنت [أي عادم النفعة، وفي "منتهى الأرب": متعنت طلبگار خوارى كسى، يقال: جاءه متعنتا أي طالبًا ذلته] في طلبه" أي متعنت في طلب القسمة، والقاضي يجيب المتعنت بالرد وتعذر الانتفاع بنصيبه لقلة نصيبه، لا لمعنى من جهة صاحب الكثير. (ك)

(١٠) قوله: "على قلب هذا" أي لو طلب صاحب القليل قسم، ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم، وذكر في بعض نسخ الخصاف مكان الجصاص، والأصح هو الجصاص؛ لأن الأول قول الخصاف. (عناية)

(١١) قوله: "والوجه اندرج إلخ" لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين، ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر. (عناية)

(١٢) قوله: "فيما ذكرناه" وهو ما ذكر لأن الأول منتفع به، فاعتبر طلبه، وقوله: والآخر يرضى بضرر نفسه. (ك)

(١٣) قوله: "والأصح المذكور في الكتاب [أي القدوري. ع] لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه، وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم، وفي صاحب القليل ذلك. (زيلعي)

(١٤) هذا لفظ القدوري. (عيني)

على القسمة لتكميل المنفعة، وفى هذا تفويتها[١] ويجوز بتراضيهما؛ لأن الحق لهما، وهما أعرف بشأنهما[٢]، أما القاضي فيعتمد الظاهر.

قال[٣]: ويقسم[٤] العروض إذا كانت[٥] من صنف واحد؛ لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود، فيحصل التعديل في القسمة، والتكميل فى المنفعة.

ولا يقسم[٦] الجنسين بعضها فى بعض[٧]؛ لأنه لا اختلاط بين الجنسين، فلا تقع القسمة تمييزاً، بل تقع معاوضة، وسبيلها التراضي دون جبر القاضي.

ويقسم[٨] كل موزون ومكيل، كثير أو قليل، والمعدود المتقارب، وتبر الذهب والفضة[٩]، وتبر الحديد والنحاس[١٠]، والإبل بانفرادها، والبقر والغنم.

ولا يقسم شاة وبعيراً[١١] وبرذوناً[١٢] وحماراً، ولا يقسم[١٣] الأواني؛ لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة[١٤].

---

(١٥) منهما.

(١٦) أى لصغر نصيبه.

(١) قوله: "وفى هذا تفويتها" فيعود على موضوعه بالنقض؛ وهذا لأن الطالب للقسمة متعنت وهو يريد إدخال الضرر على غيره مع ذلك، فلا يجيبه الحاكم إليه؛ لأنه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضره. (زيلعى)

(٢) قوله: "وهما أعرف بشأنهما" ولكن القاضي لا يباشر ذلك، وإن طلبوا منه؛ لأن القاضى لا يشتغل بما لا فائدة فيه، لا سيما إذا كان فيه إضرار وإضاعة للمال؛ لأن ذلك حرام، ولا يمنعهم من ذلك؛ لأن القاضى لا يمنع من أقدم على إتلاف ماله فى الحكم، وهذا من جملته. (زيلعى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) القاضى أى جبراً. (ك)

(٥) كالثياب مثلا. (ع)

(٦) القاضى، هذا لفظ القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "بعضها فى بعض" بأن جمع نصيب أحدهما فى الإبل، ونصيب الآخر فى البقر. (عينى)

(٨) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدورى. (عينى)

(٩) تبر –بالكسر– طلاء نقره پيش ازانكه بگدازند وچون گداختند ذهب وفضه گويند، وبعضى گفته اند تبر زر خالص. (م)

(١٠) مثلثة عن أبى العباس الكواشى مس. (من)

(١١) قوله: "ولا يقسم شاة إلخ" أى لا يقسم جبراً فى هذه الأشياء قسمة جمع، بأن يجمع نصيب أحد الورثة فى الشاة خاصة، ونصيب الآخر فى البعير خاصة، بل يقسم الشاة بينهم جميعاً على ما يستحقون، وكذلك فى البعير وغيره؛ لأن الأجناس إذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع لبعض المنفعة لا تكميلا. (ك)

(١٢) اسپى كه مادر وپدرش عربى نباشد يا يكى ازان عربى نباشد.

(١٣) أى جبراً.

(١٤) قوله: " التحقت بالأجناس" وإن كان أصلها واحداً كالإجانة والقمقمة، والطست المتخذة من الصفر مثلا،

ويقسم الثياب الهروية؛ لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبًا واحدًا[١]؛ لاشتمال القسمة على الضرر؛ إذ هى لا تتحقق إلا بالقطع[٢]. ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما؛ لما بينا[٣]، بخلاف ثلاثة أثواب[٤] إذا جعل ثوب بثوبين[٥]، أو ثوب وربع ثوب بثوب، وثلاثة أرباع ثوب[٦]؛ لأنه قسمة البعض[٧] دون البعض وذلك جائز[٨].

وقال أبو حنيفة: لا يقسم[٩] الرقيق[١٠] والجواهر؛ لتفاوتهما، وقالا[١١]: يقسم الرقيق[١٢]؛ لاتحاد الجنس، كما فى الإبل والغنم ورقيق المغنم. وله أن التفاوت فى الآدمى فاحش؛ لتفاوت المعانى الباطنة[١٣]، فصار كالجنس المختلف بخلاف

وكذلك الأثواب المتخذة من القطن إذا اختلفت بالصنعة، كالقباء والجبة والقميص، لا يقسم القاضى جبراً بعضها فى بعض. (ك)

(١) أى عند طلب أحد الشركاء دون الآخر. (ك)

(٢) وفى قطعه إتلاف جزء منه، فلا يفعله القاضى مع كراهة بعض الشركاء. (ك)

(٣) قوله: "لما بينا" أى لأنه لاتتحقق إلا بالقطع؛ لأنه لا يمكن التعديل إلا بالقطع أو بزيادة دراهم مع الأوكس، ولا يجوز إدخال الدراهم فى القسمة جبراً؛ لأن القسمة حق فى الملك المشترك، والشركة بينهما فى الثياب، فلو أدخل فى القسمة الدراهم، يقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح. (ك)

(٤) اختلفت قيمتها.

(٥) قوله: "ثوب بثوبين" يعنى إذاكان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين، وأراد أحدهما القسمة، وأبى الآخر يقسم القاضى بينهما، ويعطى أحدهما ثوبًا، والآخر ثوبين. (عناية)

(٦) إذا كانت بين اثنين.

(٧) قوله: "لأنه قسمة البعض إلخ" أى لأنه يصير قسمة بعض المشترك دون البعض؛ لأن كل واحد منهما يتفرد بثوب، ويبقى الشركة فى ثوب، وذلك جائز إذا لم يكن ضده، مثل أن يقسم الضيعة ويترك النهر على الشركة، وهو قسمة بعض الملك دون البعض. (كافى)

(٨) قوله: وذلك جائز" لأنه تيسر عليهما التمييز فى بعض المشترك، ولو تيسر ذلك فى الكل، قسم الكل عند طلب بعض الشركاء، فكذلك فى البعض. (م)

(٩) أى جبراً إلا بالتراضى. (كافى)

(١٠) إذا كان بين اثنين.

(١١) قوله: "قالا: ويقسم [أى يجبرهما على القسمة. م] إلخ" هذا الخلاف فيما إذا كان الرقيق وحدهم، وليس معهم شيء آخر من العروض، وهم ذكور فقط، أو إناث فقط. وأما إذا كانوا مختلطين من الذكور والإناث لا يقسم بالإجماع؛ لأن الذكور والإناث من بنى آدم جنسان على ما عرف، وإن كان مع الرقيق شيء آخر جازت القسمة فى الرقيق؛ تبعاً لغيرهم بالإجماع. ويجبرهم القاضى لطلب البعض، وكم من شيء يدخل تبعا، وإن لم يجز دخوله قصداً كبيع الشرب، والطريق يدخل فى بيع الأرض تبعا، ولا يجوز بيعه وحده. (زيلعى)

(١٢) أى يجبرهما على القسمة. (م)

(١٣) قوله: "لتفاوت المعانى الباطنة [كالذهن والكياسة. ك]" لأن من العبيد من يصلح للأمانة، ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغير ذلك من الصنائع كالكتابة، ومنهم من لا يصلح لشيء منها، فلا يمكن جمع نصيب كل واحد فى واحد؛ لتعذر الإفراز والتمييز، فلا يكون قسمة، وإنما هى مبادلة ولا جبر عليها. (زيلعى)

الحيوانات؛ لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان[١]، ومن الحيوانات جنس واحد[٢] بخلاف المغانم[٣]؛ لأن حق الغانمين في المالية، حتى كان للإمام بيعها[٤] وقسمة ثمنها[٥]، وههنا يتعلق بالعين والمالية[٦] جميعًا فافترقا. فأما الجواهر فقد قيل: إذا اختلف الجنس لا يقسم[٧] كاللآلي[٨] واليواقيت، وقيل: لا يقسم[٩] الكبار منها[١٠]؛ لكثرة التفاوت، ويقسم[١١] الصغار لقلة التفاوت، وقيل: يجري الجواب على إطلاقه[١٢]؛ لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق. ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة، أو ياقوتة، أو خالع عليها[١٣] لا تصح التسمية، ويصح ذلك[١٤] على عبد، فأولى أن لا يجبر على القسمة.

قال[١٥]: ولا يقسم حمام، ولا بئر، ولا رحى[١٦]، إلا أن يتراضى الشركاء، وكذا الحائط بين الدارين؛ لأنها[١٧] تشتمل على الضرر في الطرفين، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعًا به انتفاعًا مقصودًا، فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي؛ لما بينا[١٨].

---

(١) حتى إذا اشترى شخصًا على أنه عبد فإذا هي أمة لم يجز الشراء، بخلاف سائر الحيوانات. (كافي)

(٢) فلا يجوز القياس عليه. (زيلعي)

(٣) جواب عن قولهما: ورقيق المغنم. (ع)

(٤) غنائم.

(٥) غنائم.

(٦) وليس للإمام أن يبيع ملك غيره إلا بإذن صاحبه. (زيلعي)

(٧) جبرًا.

(٨) جمع لؤلؤ -بالضم- مرواريد. (من)

(٩) جبرًا.

(١٠) جواهر.

(١١) جبرًا.

(١٢) أي لا يقسم جبرًا.

(١٣) أي على لؤلؤة أو ياقوتة.

(١٤) أو التزوج أو الخلع.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) قوله: "ولا يقسم إلخ" الأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما، بأن يبقى نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعًا به انتفاع ذلك الجنس، وفي قسمة الحمام والبير والرحي ضرر لهما، أو لأحدهما، فلا يقسم إلا بالتراضي. (ع)

(١٧) أي لأن هذه القسمة.

(١٨) قوله: "لما بينا" إشارة إلى ما ذكر في أوائل هذا الفصل، فإن كان كل واحد يستضر به لصغره لم يقسمها، إلا بتراضيهما. (ك)

قال[١] : وإذا كانت دور مشتركة[٢] في مصر واحد قسم[٣] كل دار على حدتها[٤] في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وقالا : إن كان الأصلح لهم[٥] قسمة بعضها في بعض قسمها[٦] ، وعلى هذا الخلاف[٧] الأقرحة[٨] المتفرقة المشتركة. لهما أنها جنس واحد اسمًا وصورةً نظرًا إلى أصل السكنى ، وأجناس معنى نظرًا إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى ، فيفوض الترجيح إلى القاضي[٩] ، وله أن الاعتبار للمعنى ، وهو المقصود . ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافًا فاحشًا ، فلا يمكن التعديل في القسمة ، ولهذا[١٠] لا يجوز[١١] التوكيل بشراء دار ، وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية ، كما هو الحكم فيهما[١٢] في الثوب ، بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت[١٣] بيوتها ؛ لأن في قسمة كل بيت على حدة ضررًا ، فقسمت الدار قسمة واحدة . قال[١٤] : تقييد[١٥] الوضع[١٦] في الكتاب[١٧] إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) متلازمة كانت أو متفرقة. (ع)

(٣) بينهم.

(٤) ولم يجمع نصيب أحدهم في دار إلا أن يتراضوا على ذلك. (كافي)

(٥) قوله: "إن كان الأصلح لهم إلخ" أي جمع كرده شود خانها بمنزلهٔ يكخانه وجمع كرده شود حصهاى يكى را در يک خانه ازان خانها حتى كه خواهد شد آن خانه مرآن يكى را. (ترجمة)

(٦) في رأي القاضي. (زيلعي)

(٧) قوله: "وعلى هذا الخلاف إلخ" أي عندهما للقاضي أن يقسم بعضها في بعض، كما في الدور، وعند أبي حنيفة يقسم كل قراح على حدة؛ لأنها تتفاوت فيما هو المقصد منها من الغلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك، بمنزلة تفاوت الدور والأجناس المختلفة. (ك)

(٨) القراح الأرض البارزة التي لم يختلط بها شيء. (عن)

(٩) قوله: "فيفوض إلخ" فإن كان الأول قسم كما في الغنم والثياب الهروية، وإن مال إلى الثاني لا يقسم. (كافي)

(١٠) أي للاختلاف الفاحش.

(١١) للجهالة.

(١٢) قوله: "كما هو الحكم فيهما" أي في الوكالة والتسمية في المهر في الثوب، أي لو وكل رجلا بشراء دار لا يصح التوكيل، كما لو وكله بشراء ثوب، وكذا لو تزوج امرأة على دار لا يصح التسمية، كما لو تزوج على ثوب. (ك)

(١٣) وفي نسخة: أخلفت.

(١٤) أي المصنف. (عيني)

(١٥) أي بكون الدار في مصر واحد.

(١٦) أي وضع المسألة. (ك)

(١٧) أي القدوري. (عيني)

مصرين لا تجمعان فى القسمة عندهما، وهو رواية هلال عنهما.

وعن محمد: أنه يقسم[١] إحداهما فى الأخرى، والبيوت[٢] فى محلة، أو محال تقسم قسمة واحدة؛ لأن التفاوت[٣] فيما بينها يسير[٤]، والمنازل المتلازقة[٥] كالبيوت والمتباينة[٦] كالدور؛ لأنه[٧] بين الدار والبيت على ما مر[٨] من قبل، فأخذ شبها من كل واحد.

قال[٩]: وإن كانت داراً وضيعة[١٠]، أو داراً وحانوتاً[١١] قسم كل واحد منهما على حدة؛ لاختلاف الجنس، قال رضى الله تعالى عنه[١٢]: جعل[١٣] الدار والحانوت جنسين، وكذا ذكر الخصاف[١٤]، وقال[١٥]: فى إجارات "الأصل"[١٦] أن إجارة منافع الدار بالحانوت[١٧] لا تجوز[١٨]، وهذا يدل على أنهما جنس واحد[١٩]، فيجعل فى

---

(١) أى تجمعان فى القسمة.

(٢) سواء كانت متباينة أو متلازقة. (ك)

(٣) فى القسمة على حدة ضرر. (زيلعى)

(٤) ولهذا تواجر بأجرة واحدة فى كل محلة. (ك)

(٥) قوله: " والمنازل المتلازقة [وفى نسخة: المتلاصقة] إلخ " أى المنازل إن كانت مجتمعة فى دار واحدة، متلازقًا بعضها فى بعض تقسم قسمة واحدة، وإن كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة، كان فى محال أو فى محلة؛ لأن المنزل فوق البيت ودون الدار، فإنها تتفاوت فى معنى السكنى، ولكن دون التفاوت فى الدور، فالتحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلازقة، وبالدور إذا كانت متباينة، وقالا: فى الفصول كلها ينظر القاضى إلى أعدل الوجوه، فمضى القسمة على ذلك. مل)

(٦) ولو كان بعضها فى أدنى الدار وبعضها فى أقصاها. (ع)

(٧) أى لأن المنزل.

(٨) فى باب الحقوق من كتاب البيوع. (ع)

(٩) القدورى. (عينى)

(١٠) زمين.

(١١) دكان.

(١٢) أى المصنف. (عينى)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "وكذا ذكر الخصاف" وإنما خص الخصاف بالذكر؛ لأن هذه المسألة لم تذكر فى كتاب محمد، ولا ذكرها الطحاوى، ولا الكرخى. (ع)

(١٥) محمد.

(١٦) مبسوط.

(١٧) قوله: " أن إجارة المنافع إلخ " أى إجارة منافع الدار بمنافع الحانوت لا تجوز، أما لو جعل عين الحانوت أجرة لمنافع الدار فتجوز، وإنما لا يجوز جعل منافع الحانوت أجرة لمنافع الدار. (ن)

المسألة[١] روايتان، أو تبنى حرمة الربا هنالك[٢] على شبهة المجانسة[٣].

فصل في كيفية القسمة[٤]

قال[٥]: وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه[٦]؛ ليمكنه حفظه ويعدله[٧] يعني يسويه على سهام القسمة[٨]، ويروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره، ويذرعه[٩] ليعرف قدره، ويقوم البناء لحاجته إليه[١٠] في الآخرة، ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه، حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق فتنقطع المنازعة[١١]، ويتحقق معنى القسمة على التمام، ثم يلقب نصيبًا[١٢] بالأول، والذى يليه بالثاني والثالث على هذا[١٣]، ثم يخرج القرعة[١٤]، فمن خرج اسمه أولا، فله

---

(١٨) لشبهة الربا.

(١٩) قوله: "وهذا يدل على أنهما [الدار والحانوت] جنس واحد" بما عرف أن إجارة السكنى بالسكنى لا تجوز، فكذا إجارة أرض للزراعة بزراعة أرض أخرى لا تجوز. (كفاية)

(١) في مسألة الأصل.

(٢) أي في إجارات الأصل. (ك)

(٣) قوله: "على شبهة المجانسة" توضيحه أنه لو كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفتين رواية واحدة، فتحمل حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة بين منافع الدار ومنافع الحانوت، باعتبار اتحاد منفعتهما، وهو أصل السكنى. وذكر في "الكافي": أن هذا مشكل، فإنه يؤدى إلى اعتبار شبهة الشبهة، فإن الجنس إذا اتحد كان النساء حراما عندنا، وفي ذلك شبهة الربا، فلما اعتبرت شبهة الجنسية، كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة، والمعتبر في باب الربا هي الشبهة دون النازل عنها، ويمكن أن يقال: لا إشكال فيه؛ لأن المراد من شبهة المجانسة الشبهة الثابته بالمجانسة، كذا قيل، تدبر. (مل)

(٤) قوله: "فصل في كيفية القسمة" لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم، احتاج إلى بيان كيفية المقسم فيما يقسم؛ لأن الكيفية صفة، فتتبع جواز أصل القسمة الذى هو الموصوف. (ن)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "وينبغي للقاسم إلخ" أي إذا شرع القاسم في القسمة، ينبغي أن يصور ما يقسمه، بأن يكتب على كاغذه أن فلانًا نصيبه كذا، وفلانًا كذا؛ ليمكنه حفظه إذا أراد رفع ذلك الكاغذ إلى القاضي؛ ليتولى الأقراع بينهم بنفسه. (ع)

(٧) ويقدر البيوت والصفة وغيرهما بالذرعان.

(٨) أي يقسمه على سهام القسمة، وتفصيله ما يجيء في قول الشارح: والأصل إلخ.

(٩) ويصور الذرعان على الكاغذ بقلم الجدول، فيكون كل ذراع بشكل لبنة.

(١٠) قوله: "لحاجته إليه [تقويم] إلخ" إذ البناء يقسم على حدة، فربما يقع في نصيب أحدهم شيء منه، فيكون عالما بقيمتها. (ع)

(١١) بالإفراز.

(١٢) من أي جانب شاء. (زيلعي)

(١٣) إلى أن يفرغ السهام ويكتب أساميهم. (ع)

(١٤) قوله: "ثم يخرج القرعة [إذا أمر القاضي القاسم بالإقراع، وإلا يقرع القاضي] إلخ" بأن يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقات، ثم يطوى كل بطاقة بعينها، ويجعلها في قطعة من طين، ثم يدلكها بين كفيه، حتى تصير

السهم الأول[١]، ومن خرج ثانيًا، فله السهم الثاني.

والأصل: أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء، حتى إذا كان الأقل ثلثًا جعلها أثلاثًا، وإن كان سدسًا جعلها أسداسًا؛ ليمكن القسمة، وقد شرحناه مشبعًا[٢] في "كفاية المنتهى" بتوفيق الله تعالى.

وقوله في الكتاب[٣]: "ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه" بيان الأفضل، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره[٤] بتفصيله إن شاء الله تعالى، والقرعة[٥] لتطييب القلوب[٦] وإزاحة تهمة الميل[٧]، حتى لو عيّن[٨] لكل منهم نصيبًا من غير اقتراح جاز[٩]؛ لأنه[١٠] في معنى القضاء، فيملك الإلزام.

قال[١١]: ولا يدخل في القسمة[١٢] الدراهم والدنانير[١٣] إلا بتراضيهم؛ لأنه لا

مستديرة فيكون شبه البندقة. (ك)

(١) قوله: "فمن خرج إلخ" قال الإمام مولانا حميد الدين: صورته أرض بين جماعة، لأحدهم سدسها، ولآخر نصفها، ولآخر ثلثها، يجعلها ستة أسهم، ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول، والذي يليه بالثاني، والثالث على هذا، ويكتب أساميهم ويجعلها قرعة. فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول، فإن كان ذلك يفي بسهمه، بأن كان صاحب السدس فله الجزء الأول، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه، وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول واللذان يليانه. (ن)

(٢) إشباع: بسيار وافر نمودن. (من)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) عن قريب في هذا الفصل.

(٥) قوله: "والقرعة إلخ" جواب الاستحسان والقياس يأباها؛ لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة، وذلك قمار. (ع)

(٦) قوله: "لتطييب القلوب" يعني أنه لا يحصل الاستحقاق بالقرعة؛ لأن الاستحقاق كان ثابتًا قبله، وكان للقاضي ولاية إلزام كل واحد النصيب، وإنما يصار إليه لتطييب قلوب الشركاء، وهذا ليس بقمار. (زيلعي)

(٧) إلى أحد الشركاء.

(٨) القاضي.

(٩) قوله: "جاز" فإن القاسم لو قال: إنما عدلت في القسمة، فخذ أنت هذا الجانب، وأنت هذا الجانب، كان مستقيما، إلا أنه ربما يتهم في ذلك. (ع)

(١٠) قسمة.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "ولا يدخل [أي لا يدخل الدراهم التي ليست في الشركة؛ ليجبر بها نقصان الأنصباء. ك] في القسمة إلخ" يعني إذا كان القسمة بين الأشخاص في عقار، فأصاب أحدهما أكثر، فيعطي بإزاء الزيادة دراهم لصاحبه لا يجوز إلا بالتراضي. (عيني)

(١٣) قوله: "الدراهم والدنانير" صورته: دار بين جماعة، فأرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء، فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنه يجعل عوض البناء من الأرض، ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاء البناء من الدراهم، إلا إذا تعذر إلخ، فحينئذ للقاضي ذلك. (كافي)

شركة فى الدراهم، والقسمة من حقوق[١] الاشتراك؛ ولأنه يفوت به التعديل[٢] فى القسمة؛ لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم[٣] الآخر فى ذمته[٤]، ولعلها لا تسلم له[٥]، وإذا كان أرض وبناء، فعن أبى يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة؛ لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم[٦]، وعن أبى حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة؛ لأنه هو الأصل فى الممسوحات.

ثم يرد من وقع البناء فى نصيبه[٧]، أو من كان نصيبه أجود دراهم[٨] على الآخر حتى يساويه، فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له فى المال[٩]، ثم يملك[١٠] تسمية[١١] الصداق[١٢] ضرورة التزويج[١٣]، وعن محمد أنه[١٤] يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه[١٥] من[١٦] العرصة[١٧]، وإذا بقى فضل. ولا يمكن تحقيق التسوية بأن كان لا تفى العرصة بقيمة البناء، فحينئذ يرد للفضل دراهم؛ لأن الضرورة فى هذا القدر، فلا يترك الأصل[١٨] إلا بها[١٩]، وهذا يوافق

---

(١) توابع.

(٢) المراد فى القسمة. (ع)

(٣) الواو حالية.

(٤) أى وقت القسمة. (ك)

(٥) قوله: "ولعلها لا تسلم له" أى لا يصل إليها، وليس بين ما يصل الرجل إليه فى الحال، وما لا يصل معادلة، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة. (عناية)

(٦) لأن تعديل البناء لا يمكن بالمساحة. (زيلعى)

(٧) من الأرض.

(٨) بمقابلة البناء.

(٩) فى مال أخته الصغيرة.

(١٠) أخ.

(١١) أى للأخ ولاية تسمية الصداق.

(١٢) مهر.

(١٣) قوله: "ضرورة التزويج" أى لأجل ضرورة صحة النكاح؛ لأن النكاح ليس بمشروع بلا مهر. (عينى)

(١٤) أى أن من وقع البناء فى نصيبه.

(١٥) قيمة.

(١٦) بيان ما.

(١٧) قوله: "العرصة [صحن]" عرصة -بالفتح- كشادگى ميان خانه. (م)

(١٨) وهو القسمة بالمسامحة. (زيلعى).

(١٩) ضرورة.

رواية "الأصل"(١).

قال: فإن قسم بينهم، ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر، أو طريق لم يشترط في القسمة، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه(٢)، ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر؛ لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة(٣) من غير ضرر، وإن لم يمكن فسخت القسمة(٤)؛ لأن القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف(٥)، بخلاف البيع(٦) حيث لا يفسد في هذه الصورة(٧)؛ لأن المقصود منه(٨) تملك العين وإنه يجامع تعذراً لانتفاع في الحال(٩)، أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول(١٠) كذلك الجواب(١١)؛ لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز، وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر، وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره(١٢) من غير ضرر، فيصار إليه(١٣). بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل؛ لأنه أمكن تحقيق معنى البيع، وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره. وفي الوجه الثاني(١٤) يدخل(١٥) فيها(١٦)،

(١) قوله: "وهذا يوافق رواية الأصل [مبسوط]" فإنه قال فيه يقسم الدارمزارعة، ولا يجعل لأحدهما على الآخر فضل من الدراهم وغيرها، كذا في بعض الشروح. (عناية)

(٢) أي عن نصيب الآخر.

(٣) وهو الإفراز والتمييز.

(٤) بأن لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر. (ف)

(٥) لنفي ضرر الاختلاط. (زيلعي)

(٦) قوله: "بخلاف البيع" فإنه إذا باع داراً أو أرضاً، ولا يتمكن المشتري من الاستطراق، ولا من تسييل الماء، ولم يذكر الحقوق، فإنه لا يفسد. (ف)

(٧) أي فيما إذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق، أو من تسييل الماء. (زيلعي)

(٨) بيع.

(٩) قوله: " وأنه يجامع" أي البيع يجامع تعذر الانتفاع في الحال، كمن اشترى حجشا صغيرا، أو أرضاً سبخة، فإنه يجوز وإن كان لا ينتفع به المشتري، فأما القسمة فالمقصود منها إيصال كل واحد منها إلى الانتفاع بنصيبه، وإذا لم يكن له مفتح إلى الطريق ولا مسيل ماء، فهذه قسمة وقعت على الضرر فلا يجوز. (ك)

(١٠) أي فيما إذا أمكن صرف الطريق والمسيل عنه. (ك)

(١١) قوله: "كذلك الجواب" أي ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر مع ذكر الحقوق، ثم المراد من ذكر الحقوق أن يقول: هذا لك بحقوقه، وأما إذا قال: هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه، فإنه يثبت هذه الحقوق. (ك)

(١٢) آخر.

(١٣) قوله: "فيصار إليه" إلا إذا قال له خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله، فحينئذٍ لا يصرف عنه، لأنه أثبت له بأبلغ وجوه الإثبات. (زيلعي)

(١٤) أي فيما إذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه. (ك)

لأن القسمة لتكميل المنفعة(١)، وذلك بالطريق والمسيل، فيدخل عند التنصيص باعتباره(٢)، وفيها(٣) معنى الإفراز، وذلك(٤) بانقطاع التعلق على ما ذكرنا، فباعتباره(٥) لا يدخل(٦) من غير تنصيص. بخلاف الإجارة حيث يدخل(٧) فيها(٨) بدون التنصيص(٩)؛ لأن كل المقصود الانتفاع، وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق، فيدخل من غير ذكر.

ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة(١٠)، إن كان يستقيم لكل واحد طريق(١١) يفتحه(١٢) في نصيبه، قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم(١٣)؛ لتحقق الإفراز بالكلية دونه(١٤)، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم؛ ليتحقق(١٥) تكميل المنفعة فيما وراء الطريق.

ولو اختلفوا في مقداره(١٦) جعل(١٧) على عرض باب الدار وطوله(١٨)؛ لأن

---

(١٥) المسيل والطريق.

(١٦) قسمة.

(١) قوله: "لأن القسمة إلخ" يعني أن معنى الإفراز لما كان مراعى في القسمة، كان ينبغي أن لا يدخل الطريق والمسيل اللذان في نصيب صاحبه، وإن ذكر الحقوق في القسمة؛ لأنه حينئذ لا يحصل الانقطاع والإفراز من كل وجه، لكن في القسمة وإن كان معنى الإفراز، ففيها معنى تكميل المنفعة، فاعتبر كلاهما بهذا الطريق. (ك)

(٢) قوله: فيدخل [الطريق والمسيل] عند التنصيص [أي ذكر الحقوق] إلخ" تقريره أن في القسمة تكميلا وإفرازا، والحقوق بالنظر إلى التكميل تدخل وإن تذكر، وبالنظر إلى الإفراز لا تدخل وإن ذكرت؛ لأن دخولها ينافي الإفراز، فقلنا: يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه إعمالا للوجهين بقدر الإمكان. (ع)

(٣) قسمة.

(٤) إفراز.

(٥) إفراز.

(٦) أي الطريق والمسيل الذي في نصيب الآخر. (ك)

(٧) الطريق أو الشرب.

(٨) في الإجارة. (ك)

(٩) أي ذكر الحقوق.

(١٠) قوله: "ولواختلفوا [أي الشركاء] إلخ" فقال بعضهم: لا ندع طريقا مشتركا بيننا، بل نقسم الكل، وقال بعضهم: بل ندع ينظر القاضي فيه إن كان يستقيم إلخ. (عناية)

(١١) موصوف.

(١٢) صفة.

(١٣) أي يترك للجماعة. (ع)

(١٤) أي من غير رفع الطريق. (ع)

(١٥) المجهول.

(١٦) قوله: ولو اختلفوا [أي في مقدار الطريق، أي في سعته وضيقه. كافي] في مقداره إلخ" فقال بعضهم: يجعل

الحاجة تندفع به[١]. والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة ؛ لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ، ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثًا جاز ، وإن[٢] كان أصل الدار نصفين ؛ لأن القسمة على التفاضل جائزة[٣] بالتراضي .

قال[٤] : وإذا كان[٥] سفل[٦] لا علو عليه ، وعلو لا سفل له ، وسفل له علو ، قوم كل واحد على حدته[٧] ، وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك .

قال رضي الله تعالى عنه[٨] : هذا عند محمد ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : إنه يقسم بالذرع ، لمحمد أن السفل يصلح[٩] لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء ، أو سردابًا[١٠] ، أو إصطبلا أو غير ذلك ، فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة .

سعة الطريق أكثر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء، وقال بعضهم غير ذلك، ثم المراد من طول الطريق هو الطول من حيث الأعلى لا طوله من حيث المشي

هكذا ذكره شيخ الاسلام في "مبسوطه"، وقال: ولم يرد محمد بذكر الطول الذى هو ضد العرض، لأن ذلك الطول أى الذى هو ضد العرض، إنما يكون إلى حيث ينتهون بها إلى الطريق الأعظم. (مل)

(١٧) طريق.

(١٨) لأن باب الدارطريق متفق عليه، والمختلف يرد إلى المتفق عليه. (كافى)

(١) قوله: "لأن الحاجة تندفع به" فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك، وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى، هى أن أحد الشركاء إذا أراد أن يشرع جناحًا فى نصيبه، إن كان فوق طول الباب كان له ذلك؛ لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم، فكان بانيًا على خالص حقه، وإن كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك؛ لأن قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيًا على الهواء المشتركة، وهو لا يجوز من غير رضاء الشركاء.

وإن كان المقسوم أرضًا يرفع من الطريق مقدار مايمر به ثور واحد؛ لأنه لا بد للزراعة من ذلك، ولا يجعل مقدار ما يمر به ثوران معًا، وإن كان يحتاج إلى ذلك؛ لأنه كما يحتاج إليه يحتاج إلى العجلة، فيؤدى إلى ما لا يتناهى، كذا فى "النهاية". (ع)

(٢) الواو وصلية.

(٣) فى غير أموال الربوية. (زيلعى)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(٥) قوله: "وإذا كان إلخ" صورة المسألة أن يكون العلو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر، وسفل مشتركًا بينهما وعلوه لآخر، وبيت كامل مشتركًا بينهما، والكل فى دار واحدة أو فى دارين وتراضيا على القسمة، وطلبًا من القاضى القسمة، وانما قيدنا بذلك لئلا يقال: تقسيم العلو من السفل قسمة واحدة، إن كانت البيوت متفرقة لا يصح. (ع)

(٦) قوله: "سفل" أى سفل مشترك بين رجلين لا علو عليه، أو عليه علو لآخر. (كفاية)

(٧) قوله: "قوم كل واحد إلخ" فإن كان قيمتها سواء كان ذراع بذراع، وإن كان قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر يجب ذراع بذراعين، وعلى هذا الحساب. (ع)

(٨) أى المصنف.

(٩) فصارا كالجنين. (زيلعى)

(١٠) بالكسر: خانه زير زمين، معرب سردابه: ته خانه. (م)

وهما يقولان : إن القسمة بالذرع هى الأصل ؛ لأن الشركة فى المذروع ، لا فى القيمة ، فيصار إليه[١] ما أمكن ، والمراعى التسوية[٢] فى السكنى ، لا فى المرافق[٣] ، ثم اختلفا[٤] فيما بينهما فى كيفية القسمة بالذرع ، فقال أبو حنيفة : ذراع من سفل بذراعين من علو. وقال أبو يوسف : ذراع بذراع ، قيل : أجاب كل منهم[٥] على عادة أهل عصره ، أو أهل بلده فى تفضيل السفل على العلو ، واستواءهما وتفضيل السفل[٦] مرة ، والعلو أخرى ، وقيل : هو اختلاف معنى[٧].

ووجه قول أبى حنيفة : إن منفعة السفل تربو[٨] على منفعة العلو بضعفه ؛ لأنها تبقى بعد فوات العلو ، ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل.

وكذا السفل فيه منفعة البناء[٩] والسكنى ، وفى العلو السكنى لا غير ؛ إذ لا يمكنه[١٠] البناء على علوه إلا برضاء صاحب السفل ، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل . ولأبى يوسف أن المقصود أصل السكنى ، وهما[١١] يستويان فيه ، والمنفعتان[١٢] متماثلتان ؛ لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر[١٣] على أصله[١٤].

ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما[١٥] ، فلا يمكن

(١) أى إلى الأصل.
(٢) وهى حاصلة فى العلو والسفل.
(٣) توابع ومنافع.
(٤) أبوحنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى.
(٥) قوله: " قيل: أجاب كل منهم إلخ" أى أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة فى تفضيل السفل على العلو، وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد فى التسوية بين العلو والسفل فى منفعة السكنى، ومحمد على ماشاهد من اختلاف العادات فى البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى. (ع)
(٦) ولذا يقسم بالقيمة.
(٧) أى بحسب معنى الفقهى لا بحسب العادة.
(٨) أى تزيد.
(٩) بغير رضاء صاحب العلو.
(١٠) أى صاحب العلو.
(١١) علو وسفل.
(١٢) أى منفعة العلو والسفل.
(١٣) قوله: "لأن لكل واحد منهما أن يفعل إلخ" حتى كان لصاحب العلو أن يبنى إذا لم يضر لصاحب السفل، ولصاحب السفل أن يحضر إذا لم يضر لصاحب العلو. (زيلعى)
(١٤) أى على أصل أبى يوسف.

التعديل إلا بالقيمة، والفتوى اليوم على قول محمد، وقوله: لا يفتقر إلى التفسير.

وتفسير قول أبي حنيفة في مسألة[١] الكتاب[٢]: أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون[٣] وثلث ذراع من البيت الكامل[٤]؛ لأن العلو مثل نصف السفل[٥]، فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو المجرد[٦]، ومعه ثلاثة وثلاثون[٧] وثلث ذراع من العلو[٨]، فبلغت[٩] مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع؛ لأن علوه مثل نصف سفله[١٠]، فبلغت مائة ذراع، كما ذكرنا[١١]، والسفل المجرد ستة وستون وثلثان؛ لأنه ضعف العلو، فيجعل بمقابلة مثله.

---

(١٥) علو وسفل.

(١) المذكورة.

(٢) القدوري.

(٣) قوله: "ثلاثة وثلاثون إلخ" لأن الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أزوع من العلو المجرد، فإذا ضربت الثلاثة في ثلا ثة وثلاثين وثلث ذراع، يكون مائة، فيستوي ثلا ثة وثلا ثون وثلاث ذراع من البيت الكامل، مع مائة ذراع من العلو المجرد. (غن)

(٤) أي المشتمل على العلو والسفل. (كافي)

(٥) قوله: "لأن العلو مثل نصف السفل [فإن ذراعا من سفل بذراعين من علو عند أبي حنيفة] إلخ" فثلاثة وثلاثون وثلث من علو البيت الكامل يكون بمقابلة مثله من العلو المجرد، وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل البيت الكامل يكون بمقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد. (كافي)

(٦) المجرد.

(٧) قوله: "ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع إلخ" لأن الذراع الواحد من البيت الكامل إنما كان في تقدير ذراعين، أحدهما من السفل والآخر من العلو. (نهاية)

(٨) الذي في البيت الكامل.

(٩) أي تقديرًا، أذرع البيت الكامل.

(١٠) قوله: "لأن علوه مثل نصف سفله [فإن ذراعا من سفل بذراعين من علو عند أبي حنيفة] إلخ" لأن كل ذراع من البيت الكامل بمقابلة ذراع ونصف من السفل، وهذا معنى قوله: لأن علوه مثل نصف سفله، فإذا ضربت الواحد والنصف في ستة وستين وثلثي ذراع، يكون مائة لا محالة، فيستوي الستة والستون والثلثان من البيت الكامل مع مائة ذراع من السفل المجرد. (عن)

قوله: "لأن علوه إلخ" فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل. (ك)

(١١) قوله: "فبلغت" أي الأذرع التي تقدر من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد، فبلغ المائة؛ لأنه أخذ من البيت الكامل ستة وستون ذراعا، وثلثا ذراع بمقابلة مثلها من السفل المجرد، ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو ثلاثة وثلثون وثلث ذراع؛ لأن لهذا العدد من البيت الكامل أعني ستة وستين وثلثي ذراع علوا، وهو يقدر بنصف هذا، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث، فكان المجموع مائة، وكانت هذه المائة من البيت الكامل بمقابلة مائة من السفل المجرد. (ن)

جـ7
6
F

وتفسير قول أبي يوسف: أن يجعل بإزاء خمسين ذراعًا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد، أو مائة ذراع من العلو المجرد؛ لأن السفل والعلو عنده سواء، فخمسون ذراعًا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل، وخمسون منها علو.

قال[١]: وإذا اختلف المتقاسمون[٢]، وشهد القاسمان قبلت شهادتهما[٣]، قال رضى الله تعالى عنه[٤]: هذا الذى ذكره قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد: لا تقبل، وهو قول أبى يوسف أولاً، وبه قال الشافعى، وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما، وقاسما القاضى وغيرهما سواء.

لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما، فلا تقبل، كمن علق عتق عبده بفعل غيره، فشهد ذلك الغير على فعله[٥]، ولهما أنهما[٦] شهدا على فعل غيرهما[٧]، وهو الاستيفاء والقبض، لا على فعل أنفسهما؛ لأن فعلهما التمييز، ولا حاجة إلى الشهادة عليه، أو لأنه لا يصلح مشهودًا به[٨]؛ لما أنه غير لازم[٩]، وإنما يلزمه[١٠] بالقبض والاستيفاء، وهو[١١] فعل الغير، فتقبل الشهادة عليه.

وقال الطحاوى: إذا قسما[١٢] بالأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ؛ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجِرا عليه، فكانت شهادة صورة،

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: وإذا اختلف المتقاسمون [بأن قال أحدهم: بعض نصيبى فى يد صاحبى، وأنكر الآخرون ذلك. نهاية] إلخ" ذكره القدورى ولم يذكر خلافا، فكأنه مال إلى قول الخصاف، فإنه ذكر قول محمد كقولهما. (ع)

(٣) قوله: "وشهد القاسمان إلخ" أى إذا كان قسمت الدار أوالأرض بين الورثة أو المشترين، فأنكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه، فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة أنه يستوفى نصيبه قبلت شهادتهما. (ك)

(٤) أ المصنف. (عينى)

(٥) لايقبل قوله.

(٦) شاهدان.

(٧) أى المتقاسمين.

(٨) قوله: "أو لأنه لا يصلح مشهودًا به" أى فعلهما الذى هو التمييز لا يصلح مشهودًا به؛ لكونه غير لازم؛ لصحة الرجوع قبل القبض. (غن)

(٩) قوله: "لما أنه غير لازم" قيل: لأن الرجوع صحيح قبل القبض، وهو صحيح إن كانت القسمة بتراضيهما، أما إذا كان القاضى، أو نائبه يقسم، فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك، بعد خروج بعض السهام. (ع)

(١٠) أى إنما يلزم فعل القاسم لكل واحد.

(١١) أى القبض والاستيفاء.

(١٢) القاسمان.

ودعوى معنى فلا تقبل، إلا أنا نقول: هما[١] لا يجرّان بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنماً[٢] لاتفاق الخصوم على إيفاءهما العمل المستأجر عليه، وهو التمييز، وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة.

ولو شهد قاسم واحد لا تقبل؛ لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير، ولو أمر القاضى أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين فى دفع الضمان عن نفسه، ولا يقبل[٣] فى إلزام الآخر إذا كان[٤] منكرًا، والله أعلم.

باب[٥] دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها[٦]

قال[٧]: وإذا ادّعى أحدهم الغلط[٨] وزعم[٩] أن مما أصابه شيئًا فى يد صاحبه، وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء[١٠]، لم يصدق على ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها[١١]، فلا يصدق إلا بحجة.

فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء[١٢]، فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعى، فيقسم بينهما على قدر أنصباءهما؛ لأن النكول حجة فى حقه خاصة، فيعاملان[١٣] على زعمهما، قال رضى الله تعالى عنه[١٤]: ينبغى أن لا تقبل دعواه أصلا[١٥] لتناقضه، وإليه أشار من بعد[١٦].

---

(١) أى القاسمان.

(٢) نفعا ومالا.

(٣) قول الأمين.

(٤) الآخر.

(٥) قوله: "باب" لما كان الغلط والاستحقاق من العوارض التى عسى أن تكون، وعسى أن لا تكون، أخر ذكره. (ن)

(٦) قسمة.

(٧) أى القدورى (عينى)

(٨) فى القسمة.

(٩) قال.

(١٠) أى والحال أنه أقر أنه استوفى نصيبه.

(١١) كالمدعى إذا ادعى لنفسه خيار الشرط. (ع)

(١٢) قوله: " استحلف الشركاء" لأنهم لو أقروا لزمهم، فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول، فمن حلف لا سبيل عليه، ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى، ولا تحالف لوجود التناقض فى دعواه. (ع)

(١٣) الناكل والمدعى.

(١٤) أى المصنف.

(١٥) قوله: "ينبغى أن لا تقبل دعواه أصلا " يعنى وإن أقام البينة لتناقضه؛ لأنه أشهد على نفسه أى أقر بالاستيفاء، وهو عبارة عن قبض الحق بكمال، فكان الدعوى بعد ذلك تناقضاً. (ع)

وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه، فالقول قول خصمه مع يمينه[١]؛ لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر، وإن قال: أصابني إلي موضع كذا فلم يسلمه إليّ، ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء، وكذبه شريكه[٢] تحالفا وفسخت القسمة؛ لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فصار نظير الاختلاف[٣] في مقدار المبيع، على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم[٤].

ولو اختلفا في التقويم[٥] لم يلتفت إليه[٦]؛ لأنه دعوى الغبن، ولا معتبر به[٧] في البيع، فكذا في القسمة؛ لوجود التراضي، إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي، والغبن فاحش؛ لأن تصرفه[٨] مقيد بالعدل.

ولو اقتسما داراً[٩]، وأصاب كل واحد طائفة، فادعى أحدهما بيتاً في يد

---

(١٦) قوله: "وإليه أشار من بعد" وهو قوله: وإن قال أصابني إلى موضع كذا، فلم يسلم إلى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء تحالفا، ففي هذا إشارة إلى أنه لا تقبل دعواه فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء؛ لأن عدم التحالف عند الإشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى، إلا أن التناقض مانع لصحة الدعوى، ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى.

ألا ترى أنه يجرى التحالف عند صحة الدعوى؛ لوجود موجب التحالف، وهو الاختلا ف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فكان هو نظير الاختلاف في مقدار المبيع. (ك)

(١) إذاكا ن العجز عن إقامة البينة.

(٢) أي قال لم يصبك إلى موضع كذا.

(٣) بين المتعاقدين.

(٤) في كتاب الدعوى في باب التحالف.

(٥) قوله: "ولو اختلفا في التقويم إلخ" صورته: اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة، والآخر خمس وأربعون شاة ، ثم ادعى صاحب الأوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته في ذلك. (عيني)

(٦) قوله: لم يلتفت إليه إلخ" لواختلفا في التقويم، فلا يخلو إما أن يكون يسيراً أو فاحشًا لا يدخل تحت تقويم المتقومين، فإن كان الأول لم يلتفت إلى دعواه، سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لأن الاحتراز عن مثله عسير جدا،وإن كان الثاني فإن كانت القسمة بقضاء القاضي تفسخ عند الكل؛ لأن التراضي منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد، وإن كانت بالتراضي لم يذكره محمد هذا الفصل في الكتاب.

وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن في البيع لا تصح؛ لأنه لا فائدة فيه، فإن البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش، ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة، وإذا ظهر في القسمة غبن فاحش، كان شرط جواز القسمة فائتا، فيجب نقضها.

والصدر الشهيد حسام الدين كان يأخذ بالقول الأول، وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني، كذا في "الذخيرة،" وفي "فتاوى قاضي خان": جعل القول الأخير أولى.

(٧) فإنه إذا اشترى شيئًا بثمن معلوم ثم ادعى الغبن لا تسمع.

(٨) القاضي.

(٩) قوله: "ولو اقتسما داراً إلخ" هذه المسألة عين مسألة أول الباب، إلا أنها أعيدت لبناء مسائل أخرى عليها. (ك)

الآخر أنه مما أصابه بالقسمة، وأنكر الآخر، فعليه إقامة البينة؛ لما قلنا[١].

وإن أقاما البينة يوخذ ببينة المدعي؛ لأنه[٢] خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد، وإن كان قبل الإشهاد[٣] على القبض تحالفا وترادا[٤]، وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة[٥]، يقضي لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه؛ لما بينا[٦].

وإن قامت لأحدهما بينة قضى له[٧]، وإن لم تقم[٨] لواحد منهما تحالفا[٩]، كما في البيع[١٠].

فصل[١١]

قال[١٢]: وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة، ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه، وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة.

قال رضى الله تعالى عنه[١٣]: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه[١٤]، وهكذا ذكر في "الإسرار"[١٥].

---

(١) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: لم يصدق على ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها. (ع)

(٢) المدعى.

(٣) أى الإقرار بالقبض.

(٤) أى القسمة.

(٥) قوله: "وكذا إذا اختلفا فى الحدود [بأن قال أحدهما: هذا الحد لى قد دخل فى نصيبه، وقال الآخر: هذا الحد لى قد دخل فى نصيبه كافى] إلخ" قيل: صورته دار اقتسمها رجلان، فأصاب أحدهما جانب منه، وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه، وأصاب الآخر جانب، وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه، فادعى كل واحد منهما أن البيت الذى فى يد صاحبه، داخل فى حده، وأقاما البينة، يقضى لكل واحد بالجزء الذى فى يد صاحبه. (ع)

(٦) قوله: "لما بينا" وهو قوله: لأنه خارج، وبينة الخارج تترجح على بينة ذى اليد. (ع)

(٧) أى لمن قام له البينة.

(٨) البينة.

(٩) وبعد التحالف يرد القسمة.

(١٠) وقد مر قبل.

(١١) لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق. (ع)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) أى المصنف.

(١٤) قوله: "وذكر [القدورى] الاختلاف فى استحقاق إلخ "فيه نظر، فإن قول القدورى "وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه" ليس بنص فى ذلك؛ لجواز أن يكون قوله: بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض. (ع)

(١٥) قوله: "وهكذا ذكر فى الإسرار" أى ذكر الاختلاف فى الإسرار فى استحقاق بعض بعينه، كذا ههنا، وهذا وقع سهوا؛ لأن وضع المسألة فى الإسرار فى استحقاق بعض شائع، والمذكور فيه دار بين رجلين اقتسماها نصفين، ثم استحق النصف من نصيب أحدهما شائعا، لم يبطل القسمة عند أبى حنيفة، ولكن يخير المستحق عليه، إن شاء رد الباقى

والصحيح أن الاختلاف[١] فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما، فأما فى استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع، ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاتفاق، فهذه ثلاثة أوجه[٢]، ولم يذكر قول محمد.

وذكره[٣] أبو سليمان مع أبى يوسف، وأبو حفص مع أبى حنيفة، وهو الأصح[٤]. لأبى يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما، والقسمة بدون رضاه[٥] باطلة، كما إذا استحق بعض شائع[٦] فى النصيبين، وهذا[٧] لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة[٨]، وهو الإفراز؛ لأنه[٩] يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعًا.

بخلاف المعين[١٠]، ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم[١١] باستحقاق جزء شائع فى نصيب أحدهما، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء، بأن كان النصف المقدم مشتركًا بينهما وبين ثالث[١٢]، والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه[١٣]،

واقتسم ثانيًا، وإن شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق، ولم ينقض. (كفاية)

(١) بين الشيخين.

(٢) قوله: "فهذه ثلاثة أوجه" والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه، ففى استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعًا لا ينقض القسمة بالاتفاق، وفى استحقاق بعض شائع فى النصيبين ينقض القسمة بالاتفاق، وفى استحقاق بعض شائع فى أحد الطرفين لا ينقض القسمة عند أبى حنيفة، خلافا لأبى يوسف، وهى مسألة الكتاب. (عن)

(٣) يعنى محمد مع أبى يوسف على رواية أبى سليمان، ومع أبى حنيفة على رواية أبى حفص. (عناية)

(٤) أى كون محمد مع أبى حنيفة.

(٥) شريك ثالث.

(٦) فتنقض القسمة.

(٧) أى كون استحقاق بعض شائع فى نصيب أحدهما بمنزلة استحقاق بعض شائع فى النصيبين.

(٨) قوله: "ينعدم معنى القسمة" وهو الإفراز، أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فظاهر، وكذا فى نصيب الآخر؛ لأنه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا، بخلا ف المعين؛ لأن باستحقاق بعض معين، يبقى الإفراز فيما وراء ذلك البعض. (كفاية)

(٩) أى لأن استحقاق جزء شائع.

(١٠) لأن وراء المستحق يبقى مفرزا بينهما، ليس لثالث فيه حق نصيب شائع. (كافى)

(١١) لأنه لا يوجب الشيو ع فى نصيب الآخر. (عناية)

(١٢) قوله: "بأن كان النصف إلخ" أى لواحد منهم نصف، والنصف الآخر بين اثنين على السوية، والمؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضًا، فاقتسم الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر، ويأخذ الآخر ما بقى من ذلك، وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر، فيكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان جميع الدار؛ لأن حقهما بعد نصيب الثالث ثلا ثة أربا ع جميع الدار. (ك)

(١٣) أى فى النصف المؤخر.

فاقتسما على أن لأحدهما مالهما من[١] المقدم، وربع المؤخر[٢] يجوز، فكذا[٣] في الانتهاء[٤]، وصار كاستحقاق شيء معين[٥].

بخلاف الشائع في النصيبين[٦]؛ لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين، أما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا، وصورة المسألة[٧]: إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار، والآخر الثلثين من المؤخر، وقيمتهما سواء[٨] ثم استحق النصف المقدم[٩]، فعندهما إن شاء نقض القسمة[١٠] دفعًا لعيب التشقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من[١١] المؤخر؛ لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف[١٢] ما في يده[١٣]، فإذا استحق النصف[١٤] يرجع بنصف النصف[١٥]، وهو الربع اعتبارًا للجزء بالكل[١٦] أيضًا. ولو باع صاحب المقدم نصفه[١٧]، ثم استحق النصف الباقي شائعًا رجع بربع ما في يد الآخر عندهما، لما ذكرنا[١٨]، وسقط[١٩]

---

(١) بيان ما.

(٢) مفرزًا. (زيلعي)

(٣) أي بالطريق الأولى(ع)، أي ما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى. (ك)

(٤) بعد ظهور المستحق.

(٥) في عدم انتفاء معنى الإفراز. (ع)

(٦) قوله: "بخلاف الشائع في النصيبين" لأن معنى الإفراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض في الكل، ولهذا لا يجوز القسمة ابتداء على هذا الوجه، فكذا بقاء؛ لأنه إلخ. (زيلعي)

(٧) أي مسألة الكتاب لا المستشهد بها. (عناية)

(٨) قوله: "وقيمتهما سواء" بأن يكون قيمة الدار ألفا ومأتي درهم مثلا، وقيمة الثلث المقدم ست مائة درهم، وقيمة ما بقي مثله. (عناية)

(٩) أي نصف الثلث المقدم. (عناية)

(١٠) قوله: فعندهما إن شاء إلخ" يعني أن القسمة لم تنفسخ، وإذا لم تنفسخ القسمة فهو بالخيار إن شاء إلخ. (مل)

(١١) بيان ما.

(١٢) أي ثلث مائة. (عناية)

(١٣) آخر.

(١٤) أي نصف المقدم.

(١٥) قوله: "رجع بنصف النصف إلخ" فيصير في يد كل من الشريكين أربع مائة وخمسون درهمًا، والمجموع تسعمائة، وهو ثلاثة أرباع ألف ومأتين. (ع)

(١٦) وقيمته مائة وخمسون. (ع)

(١٧) أي النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما. (ع)

(١٨) قوله: "لما ذكرنا [آنفًا]" يعني من قوله: "لأنه لو استحق كل المقدم، رجع بنصف ما في يده" إلى قوله: اعتبارًا للجزء بالكل. (عناية)

خيار[١٩] ببيع البعض، وعند أبي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه؛ لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده[٢]، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه[٣]، وهو[٤] مضمون بالقيمة، فيضمن النصف نصيب صاحبه. قال[٥]: ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة[٦]؛ لأنه يمنع وقوع الملك للوارث[٧]، وكذا[٨] إذا كان[٩] غير محيط؛ لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم؛ لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم.

ولو أبرأه[١٠] الغرماء بعد القسمة، أو أداه[١١] الورثة من مالهم، والدين محيط، أو غير محيط جازت القسمة[١٢]؛ لأن المانع قد زال[١٣].

ولو ادعى[١٤] أحد المتقاسمين ديناً[١٥] في التركة صح دعواه[١٦]؛ لأنه لا

---

(١٩) فلا يقدر على نقض القسمة.

(١) في فسخ القسمة. (ع)

(٢) فيقسمان الباقي بعد الاستحقاق. (ع)

(٣) قوله: "والمقبوض إلخ" جواب عما يقال: ينبغي أن ينقض البيع؛ لأنه بناء على القسمة الفاسدة، والبناء على الفاسد فاسد، ووجهه أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة، وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك، فنفذ البيع فيه، وهو مضمون بالقيمة، لتعذر الوصول إلى عين حقه، لمكان البيع، فيضمن نصف صاحبه. (ع)

(٤) أي في النصف المقدم.

(٥)قوله: "قال المصنف" ذكر هذه المسألة تفريعًا على مسألة القدوري، وهي من مسائل الأصل، ولكن ينبغي أن لا يذكر في أول المسألة، قال: لأنها غير مذكورة في البداية. (عناية)

(٦) إذا لم يؤد الورية الدين، ولم يبرئه الغرماء. (ك)

(٧) قوله: " لأنه يمنع وقوع الملك للوارث [لأن الدين مقدم على الميراث والقسمة. ك] إلخ" حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد، وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق عليه. (عناية)

(٨) أي يرد القسمة.

(٩) الدين.

(١٠) ميت.

(١١) دين.

(١٢) أي تبين جوازها. (ع)

(١٣) قوله: "لأن المانع قد زال" بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة، وقالت الورثة: نحن نقضي حقهما، فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث والموصى له؛ لأن حقهما في عين التركة، فلا ينتقل إلى المالية إلا برضاهما. (ع)

(١٤) بعد القسمة. (ع)

تناقض[١]؛ إذ الدين يتعلق بالمعنى[٢]، والقسمة تصادف الصورة، ولو ادعى عينًا بأى سبب كان[٣] لم يسمع؛ للتناقض، إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركًا.

فصل في المهايأة[٤]

المهايأة جائزة استحسانًا[٥] للحاجة إليه، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع[٦]، فأشبه القسمة، ولهذا يجرى فيه جبر القاضى[٧]، كما يجرى فى القسمة، إلا أن القسمة أقوى منه فى استكمال المنفعة؛ لأنه[٨] جمع المنافع فى زمان واحد، والتهايؤ جمع على التعاقب، ولهذا[٩] لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى؛ لأنه[١٠] أبلغ فى التكميل[١١]، ولو وقعت فيما يحتمل

---

(١٥) على الميت. (ع)

(١٦) قوله: "صح دعواه" ولقائل أن يقول: إن لم تكن دعوى باطلة لعدم التناقض، فتكون باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان له أن ينقض القسمة، ذلك سعي فى نقض ما تم من جهته، والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة، فلا يلزم ذلك. (ع)

(١) فى الدعوى بالأقدام على القسمة.

(٢) أى بمالية التركة. (ع)

(٣) أى الوديعة أو الغصب أو الإجارة.

(٤) قوله: "فصل فى المهايأة" لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع فى بيان أحكام قسمة الأعراض؛ لكونها فرعًا عليها وكان التوجه إلى الباب أولى؛ لأن الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منها، ويجوز أن يقال: إنها فصل من كتاب القسمة.

والمهايأة مفاعلة من الهيئة، وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء، والتهايؤ تفاعل فيها، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة ويختارها، وأما المهاياة بإبدال الهمزة ألفًا فغلة وهي فى عرف الفقهاء عبارة عن قسمة ا لمنافع. (مل)

(٥) قوله: " جائزة استحسانًا" وأما القياس فيأبى جواز المهايأة؛ لأنها مبادلة المنفعة بجنسها، إذ كل واحد من الشريكين فى نوبته ينتفع بملك شريكه عوضًا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته، ولكنا تركنا القياس، وجوزناها بقوله تعالى: ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾. (ن)

(٦) قوله: "إذ يتعذر الاجتماع إلخ" أى يتعذر الاجتماع على عين واحد فى الانتفاع بها، فكانت المهايأة جمعًا للمنافع فى زمان واحد، كالقسمة جمع النصيب الشائع فى مكان معين، فجرت المهايأة مجرى القسمة. (زيلعى)

(٧) قوله: "ولهذا يجرى إلخ" أى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره، ولم يطلب القسمة يجبره القاضي، كما يجبر إن أبى فى القسمة عند اتحاد الجنس. (عينى)

(٨) قسمة.

(٩) أى لكون القسمة أقوى. (ع)

(١٠) قسمة.

(١١) أى تكميل المنفعة.

القسمة، ثم طلب أحدهما القسمة، يقسم وتبطل المهايأة؛ لأنه[١] أبلغ، ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما؛ لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم[٢]، فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف.

ولو تهايئا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة[٣] وهذا طائفة[٤]، أو هذا علوها وهذا سفلها جاز؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة[٥]، فكذا المهايأة، والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء[٦] لا مبادلة[٧]، ولهذا لا يشترط فيه[٨] التأقيت[٩]، ولكل واحد[١٠] أن يستغل[١١] ما أصابه بالمهايأة، شرط ذلك في العقد أو لم يشترط؛ لحدوث المنافع على ملكه.

ولو تهايئا في عبد واحد على أن يخدم هذا يومًا وهذا يومًا جاز، وكذا هذا في البيت الصغير؛ لأن المهايأة قد تكون في الزمان، وقد تكون من حيث المكان، والأول متعين ههنا، ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما[١٢]، يأمرهما القاضي[١٣] بأن يتفقا[١٤]؛ لأن التهايؤ في المكان أعدل[١٥] وفي الزمان

(١) قسمة.

(٢) لجواز أن يطلب الورثة المهايأة. (م)

(٣) أي ناحية من الدار. (ك)

(٤) أي ناحية أخرى من الدار. (ك)

(٥) أي، تقسيم النواحي.

(٦) قوله: "والتهايؤ في هذا الوجه" إنما قيد بقوله: في هذا الوجه، وهو أن يسكن هذا في جانب من الدار، ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان وحد؛ لأنه إذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل إفرازاً لا مبادلة، وأما إذا كان التهايؤ في زمانين في مكان واحد، لايمكن جعله إفرازاً، بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الآخر في نوبته، فكان مبادلة لا إفرازاً. (ك)

(٧) قوله: "لا مبادلة" لأنه لو كان مبادلة لما صح؛ لأنها لا تجوز في الجنس الواحد لشبهة الربا. (زيلعي)

(٨) قوله: "ولهذا لا يشترط إلخ" إيضاح أنه إفراز؛ لأنه لو كان مبادلة يشترط التأقيت، كما في الإجارة؛ لأنه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض، فيلتحق بالإجارة حينئذ، فيشترط التأقيت. (ك)

(٩) وفي نسخة أخرى: التوقيت.

(١٠) قوله: "ولكل واحد إلخ" ابتداء كلام لنفي قول من قال أنهما إذا تهايئا، ولم يشترطا الإجارة في أول العقد لم يملك أحدهما، أن يستغل ما أصابه. (م)

(١١) قوله: "أن يستغل [أي يعطي بالأجرة]" استغلال: غله آوردن خواستن ومزدوری گرفتن، يقال: استغل المستغلات أي أخذ غلتها. (من)

(١٢) قوله: "في محل يحتملهما" كالدار مثلا، بأن يطلب أحدهما أنه يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها، والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهراً، وصاحبه شهراً آخر. (عناية)

(١٣) لأن لكل منهما مزية، ولا ترجيح لأحدهما. (م)

أكمل[١]، فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق.

فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية[٢] نفيًا[٣] للتهمة، ولو تهايئا فى العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد، والآخر الآخر جاز عندهما ؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما[٤] جبرًا من القاضى وبالتراضى، فكذا المهايأة، وقيل عند أبى حنيفة لا يقسم القاضى[٥]، وهكذا روى عنه[٦]؛ لأنه لا يجرى[٧] فيه الجبر عنده، والأصح أنه يقسم[٨] القاضى عنده أيضًا، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت[٩]، بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتًا فاحشًا على ما تقدم[١٠].

ولو تهايئا فيهما[١١] على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانًا للمسامحة في إطعام المماليك[١٢]، بخلاف شرط الكسوة[١٣]؛ لأنه لا يسامح فيها، ولو تهايئا فى دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارًا جاز، ويجبر القاضى عليه[١٤]، أما عندهما فظاهر[١٥]؛ لأن الدارين عندها كدار واحدة، وقد قيل[١٦]: لا

---

(١٤) على شيء. (كافى)

(١٥) قوله: "أعدل" لأن كل واحد منهما ينتفع فى زمان واحد. (كافى)

(١) لأنه ينتفع بجميع الدار. (كافى)

(٢) قوله: "فإن اختاراه من حيث الزمان إلخ" إنما قيد الاختيار من حيث الزمان ولم يطلق؛ لأن التسوية فى المكان ممكن فى الحال، بأن يسكن هذا بعضها والآخر بعضها، أما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن إلا أن يمضى مدة أحدهما، ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة، فيقرع نفيًا للتهمة وتطييبًا للقلوب. (ك)

(٣) وتطييبًا لقلوبهما.

(٤) بأن يكون هذا العبد لهذا، والآخر للآخر.

(٥) قوله: "وقيل عند أبى حنيفة لا يقسم [بالمهايأة على هذا الوجه] القاضى" أى قيل نظرًا إلى أصل الإمام من غير رواية عنه. (مل)

(٦) روى الخصاف عن أبى حنيفة.

(٧) لاختلاف الجنس.

(٨) جبرًا بطلب أحدهما، بالمهايأة على هذا الوجه.

(٩) فكان الجنس متحدًا.

(١٠) فى فصل ما يقسم وما لا يقسم.

(١١) عبدين.

(١٢) قوله: "للمسامحة إلخ" لأن العادة جرت بالمسامحة فى إطعام المماليك، فلا يفضى الجهالة إلى المنازعة، ونظيره استجار الظئر بطعامها وكسوتها؛ لأن الجهالة لا تفضى إلى المنازعة؛ لجريان العادة بالمسامحة لأجل الولد، بخلاف كسوة المملوك؛ لأنه لا يسامح فيها عادة. (زيلعى)

(١٣) على من يأخذه.

(١٤) إن طلب أحدهما وأبى الآخر.

يجبر عنده اعتباراً بالقسمة[١].

وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا[٢] بالجبر؛ لما قلنا، وبالتراضى؛ لأنه بيع السكنى بالسكنى، بخلاف قسمة رقبتهما؛ لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز. وجه الظاهر[٣] أن التفاوت يقل فى المنافع[٤]، فيجوز[٥] بالتراضى، ويجرى فيه جبر القاضي، ويعتبر إفرازاً، أما يكثر التفاوت في أعيانهما فاعتبر مبادلة[٦]، وفى الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب[٧] عند أبى حنيفة، وعندهما يجوز اعتباراً بقسمة الأعيان[٨].

وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين، فإنهم بين حاذق[٩] وأخرق[١٠]، والتهايؤ[١١] فى الركوب فى دابة واحدة على هذا الخلاف[١٢]؛ لما قلنا[١٣]، بخلاف العبد[١٤]؛ لأنه يخدم باختياره، فلا يتحمل زيادة على طاقته، والدابة تحملها[١٥]،

---

(١٥) قوله: "أما عندهما فظاهر" وكذا عنده؛ لأن التفاوت يقل فى المنافع، فيجوز بالتراضى، ويجرى فيه جبر القاضى، ويعتبر إفرازاً كالأعيان المتقاربة، بخلاف القسمة؛ لأنه يكثر التفاوت فى أعيانهما، فالتحقت بالأجناس المختلفة، فصارت مبادلة. (كافى)

(١٦) وهو قول الكرخى. ك)

(١) فإن فى القسمة ههنا ليس جبر لاختلاف الأجناس.

(٢)قوله: أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا" أى لا بطريق الجبر ولا بطريق التراضى، أما بالجبر فلما قلنا: وهو قوله: اعتباراً بالقسمة وبالتراضى؛ لأنه بيع السكنى بالسكنى، وهو غير جائز على ما مر فى الإجارات، وجواب ظاهر الرواية عن هذا ما ذكر أن الحرمة عند وجود أحد وصفى علة الربا ثابتة بالنص بخلاف القياس، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه، وهو البيع،، والمهايأة إفراز من وجه ومبادلة من وجه، فيعمل فيها بقضية القياس. (ك)

(٣) أى وجه ظاهر الرواية لأبى حنيفة.

(٤) فكأنها جنس واحد.

(٥) المهايأة المذكورة.

(٦) ولا جبر فى المبادلة.

(٧) أى يركب هذا هذه الدابة، وهذا هذه الأخرى.

(٨) فالقسمة على هذه الوجه جائزة.

(٩) زيرک واستاد درکارى.

(١٠) بالفتح: نادان.

(١١) بحسب الزمان.

(١٢) بين الإمام وصاحبيه.

(١٣) آنفًا من قولهما: اعتباراً إلخ، وقوله: إن الاستعمال إلخ.

(١٤) فإن التهايؤ فيه زمانًا من حيث الخدمة جاز.

(١٥) أى الزيادة على الطاقة.

وأما التهايؤ فى الاستغلال[١] يجوز فى الدار الواحدة فى ظاهر الرواية، وفى العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز[٢].

ووجه الفرق[٣]: هو أن النصيبين[٤] يتعاقبان فى الاستيفاء، والاعتدال ثابت فى الحال[٥]، والظاهر بقاءه[٦] فى العقار، وتغيره[٧] فى الحيوانات؛ لتوالى أسباب التغير عليها، فتفوت المعادلة[٨]، ولو زادت الغلة[٩] فى نوبة أحدهما عليها فى نوبة الآخر، فيشتركان فى الزيادة؛ ليتحقق التعديل، بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع، فاستغل[١٠] أحدهما فى نوبته زيادة؛ لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل، وهو المنافع، فلا تضره زيادة الاستغلال[١١] من بعد، والتهايؤ على الاستغلال[١٢] فى الدارين جائز أيضًا فى ظاهر الرواية[١٣]؛ لما بينا[١٤]. ولو فضل غلة[١٥] أحدهما لا يشتركان فيه، بخلاف الدار الواحدة[١٦]، والفرق أن فى الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء[١٧]، وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول، فاعتبر قرضًا[١٨]، وجُعِل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه، فلهذا

---

(١) أى يستغل هذا شهراً وهذا شهراً.

(٢) بالاتفاق.

(٣) قوله: "وجه الفرق" أى بين جواز التهايؤ فى الاستغلال، فى دار واحدة وعدمه فى العبد الواحد والدابة الواحدة.

(٤) حال الاستغلال.

(٥) بين الشريكين.

(٦) اعتدال.

(٧) اعتدال.

(٨) قوله: "فتفوت المعادلة" لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال، والظاهر أن عمله فى الزمان الثانى لا يكون كما كان فى الأول؛لأن القوى الجسمانية تتكاسل.

(٩) أى فى الدار الواحدة.

(١٠) فلا شركة.

(١١) قوله: "فلا تضره إلخ" لأن بالتفاوت فى الغلة لا يتبين فوات المعادلة فى المنافع، فإن الشيئين قد يستويان ثم يختلفان فى البدل عند العقد. (زيلعى)

(١٢) بأن يستغل هذا داراً وهذا داراً أخرى.

(١٣) قوله: "فى ظاهر الرواية" احتراز عما روى عن أبى حنيفة فى "الكيسانيات": أنه لا يجوز؛ لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين، وهى عنده فى الدارين لا يجوز للتفاوت.

(١٤) إشارة إلى قوله: والاعتدال ثابت فى الحال. (ك)

(١٥) فى نوبة أحدهما.

(١٦) فإن فيه الشركة حين الفضل كما مر آنفًا.

(١٧) قوله: "لاتحاد زمان إلخ" فإن كل واحد منهما يصل إلى الغلة فى الوقت الذى يصل إليه صاحبه. (كافى)

يرد عليه حصته من الفضل، وكذا يجوز[١] في العبدين عندهما اعتباراً بالتهايؤ[٢] في المنافع[٣]، ولا يجوز[٤] عنده؛ لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه[٥]، من حيث الزمان في العبد الواحد، فأولى أن يمتنع الجواز[٦]، والتهايؤ في الخدمة[٧] جوز ضرورة،[٨] ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها[٩]؛ لكونها عيناً؛ ولأن الظاهر[١٠] هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان[١١].

ولا يجوز[١٢] في الدابتين عنده خلافاً لهما، والوجه ما بيناه في الركوب[١٣]. ولو كان نخل، أو شجر، أو غنم بين اثنين[١٤]، فتهايئا على أن يأخذ كل

---

(١٨) قوله: "فاعتبر قرضاً إلخ" لأنه أقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني، ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في إجارة نصيب صاحبه، فإذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركا. (كافي)

(١) التهايؤ على الاستغلال.

(٢) فإنه يجوز على ما مر.

(٣) أي في الاستخدام الخالي عن الاستغلال. (ك)

(٤) أي التهايؤ على الاستغلال في العبدين.

(٥) قوله: "أكثر [لأنه قد يكون في أحدهما كياسة وحذاقة. ع] منه [من التفاوت. ك] إلخ" فيحصل العبد في شهر واحد من الغلة ما لا يحصل الآخر في سنة، فأولى أن يمتنع، وتقريره: أن التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق، ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز. (ع)

(٦) قوله: "فأولى أن يمتنع الجواز" وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدين؛ لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه، فيجوز كما في الخدمة. وأجيب بأن التفاوت يمنع عن رجحان معنى الإفراز، بخلاف الخدمة؛ لما بينا من وجه الأصح، أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت. (ع)

(٧) قوله: "والتهايؤ في الخدمة [في العبدين. جواب عن قولهما اعتباراً بالتهايؤ في المنافع] إلخ" هذا جواب إشكال يرد على قوله؛ لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر، وهو أن يقال: لو قال التعليل بالتفاوت في أعيان الرقيق معلولا عليه لما جاز ذلك في الاستخدام.

فأجاب: بأن في الاستخدام ضرورة؛ لأنه لا يمكن قسمتها، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها؛ لكونها عيناً. (ك)

(٨) أي ضرورة أن المنافع لا تبقى، فتعذر قسمتها. (ع)

(٩) قوله: "لإمكان قسمتها إلخ" فيستغلانه على طريق الشركة، ثم يقسمان ما حصل من الغلة، ولقائل أن يقول: استدل على جواز التهايؤ في المنافع بقوله من قبل؛ لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة، وفي ذلك توارد علتين مستقلين على حكم واحد بالشخص، وهو باطل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تتمة هذا التعليل؛ لأن علة الجواز تعذر القسمة، وقلة التفاوت جميعاً، إلا أن كل واحد منهما علة مستقلة.

(١٠) وجه آخر لإبطال القياس. (عناية)

(١١) قوله: "فلا يتقاسان" أي فلا يعادلان؛ لأنه يتغير بالاستقلال كما ذكرنا في العبد، فيحصل التفاوت بخلاف الدارين؛ لأن الظاهر عدم التغيير في العقار. (زيلعي)

(١٢) التهايؤ على الاستغلال.

(١٣) وهو قوله اعتباراً بقسمة الأعيان، وله أن الاستعمال إلخ. (ع)

(١٤) قوله: "ولو كان نخل الخ" أي لو كان نخل أو شجر بين شريكين، فتهايئا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها لم يجز، وكذا لو كان غنم بين اثنين، فاتفقا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يرعاها، وينتفع بألبانها لم يجز. (كافي)

واحد منهما طائفة يستثمرها[١] أو يرعاها، ويشرب ألبانها لا يجوز؛ لأن المهايأة فى المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها[٢]، وهذه[٣] أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها. والحيلة[٤] أن يبيع حصته[٥] من الآخر[٦]، ثم يشترى كلها بعد مضى نوبته[٧]، أو ينتفع باللبن[٨] بمقدار معلوم[٩] استقراضًا لنصيب صاحبه[١٠]، إذ قرض المشاع جائز، والله أعلم بالصواب.

كتاب[١١] المزارعة[١٢]

قال[١٣]: أبو حنيفة: المزارعة بالثلث[١٤] والربع باطلة، اعلم أن المزارعة لغةً: مفاعلة من الزرع[١٥]، وفى الشريعة: هى عقد على الزرع ببعض الخارج، وهى فاسدة عند أبى حنيفة[١٦].

---

(١) من الشجر، أو النخل، أو الغنم.

(٢) قوله: "فيتعذر قسمتها إلخ" بخلاف لبن بنى آدم، حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين، فتهايئا على أن يرضع إحداها ولد أحدهما، والأخرى ولد الآخر جاز؛ لأن لبن بنى آدم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع. (زيلعى)

(٣) أى الثمر واللبن.

(٤) فى الجواز.

(٥) من الشجر، أو االغنم، أو النخل.

(٦) وذلك الآخر ينتفع فى نوبته بكل الشجر والغنم والنخل، ثم يشترى.

(٧) قوله: "ثم يشترى كلها" أى كل النخل والشجر والغنم، فيحل لكل واحد منهما ما تناوله؛ لأنه حصل الثمر أو اللبن على ملك المشترى. (عينى)

(٨) قوله: " أو ينتفع باللبن إلخ" فإذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن مثل تلك المدة، بعضه من نصيب صاحبه فى هذه المدة، وبعضه مما أقرضه فى المدة الماضية، ولكن ينبغى أن يزن اللبن، أو يكيله فى المدة حتى يتحقق المساواة فى الاستيفاء، ولا يكون الربا؛ لأن اللبن يزيد وينقص فى المدة. (عينى)

(٩) كيلا أو وزنًا.

(١٠) من حليب كل يوم إلى أجل معلومة.

(١١) لما كان الخارج فى عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة، ذكر المزارعة بعدها. (ن)

(١٢) سببه سبب المعاملات.

(١٣) هذا لفظ القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "بالثلث [وكذا بالنصف والخمس والسدس وغير ذلك من المقادير]" إنما قيد بالثلث والربع؛ ليتبين محل النزاع؛ لأنه لو لم يعين أصلا، أو عين دراهم مسماة، كانت فاسدة بالإجماع. (عناية)

(١٥) قوله: "مفاعلة من الزرع" وهى تقتضى فعلا من الجانبين كالمناظرة والمقابلة، وفعل الزرع يوجد من أحد الجانبين، وإنما سمى بها بطريق التغليب، كالمضاربة مفاعلة من الضرب. (ك)

(١٦) قوله: "وهى فاسدة إلخ" والحيلة للجواز عنده أن يستأجر العامل بأجر معلوم إلى مدة معلومة، فإذا مضت المدة يعطيه ببعض الخارج عوضًا عما وجب له من الأجرفى ذمة صاحب البذر، فيجوز ذلك بتراضيهما، كما فى سائر

وقالا: هى جائزة؛ لما روى[١]: «أن النبى عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع»*، ولأنه عقد شركة بين المال والعمل، فيجوز اعتبارًا بالمضاربة[٢]. والجامع دفع الحاجة، فإن ذا المال قد لا يهتدى إلى العمل[٣]، والقوى عليه لا يجد المال، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما، بخلاف دفع الغنم[٤]، والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد[٥]؛ لأنه لا أثر هناك[٦] للعمل فى تحصيلها[٧]، فلم يتحقق شركة. وله ما روى[٨] أنه عليه السلام نهى عن المخابرة، وهى المزارعة[٩]**؛ ولأنه استئجار ببعض ما يخرج[١٠] من عمله[١١]، فيكون فى معنى قفيز الطحان[١٢]؛ ولأن الأجر مجهول أو معدوم[١٣]، وكل ذلك مفسد[١٤]،

الديون. (زيلعى)

(١) أخرجه الجماعة إلا النسائى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٧٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٩٧ ص٢٠٤. (نعيم)

(٢) فإنه عقد شركة بين الجانبين، بمال من أحدهما وعمل من الآخر.

(٣) قوله: "فإن ذا المال إلخ" أى فإن الإنسان قد يكون له أرض المزارعة، ولا يهتدى إليها، وقد يكون مهتديًا، ولا يكون له أرض، فمست الحاجة إلى انعقاده؛ لينتظم مصلحتهما، ويحصل مقصودهما من الربح، كما فى المضاربة، فإن ذا المال لا يهتدى إلى العمل، والقوى عليه لا يجد المال، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما. (ك)

(٤) إلى رجل.

(٥) قوله: "بنصف الزوائد" أى بنصف الأولاد والإبريسم، فإن تلك الزوائد تتولد من العين، ولا أثر لعمل الرأى والحافظ فيها، وإنما يحصل الزيادة بالعلف والسقى، والحيوان يباشرهما باختياره، فلم يتحقق الشركة. (كافى)

(٦) قوله: "لأنه لا أثر [وأما ههنا فلعمل المزارع تاثير فى تحصيل الخارج.ك] هناك إلخ" لأنه تخلل فعل فاعل مختار، وهو أكل الحيوان فيضاف إليه، وإذا كان مضافًا إليه لايضاف إلى غيره، وهو العامل، فلم يتحقق فيه شركة. (ع)

(٧) زوائد.

(٨) أخرجه مسلم عن جابر. (ت)

(٩) قوله: "وهى المزارعة" من الخبير، وهو الإكار لمعالجته الخبار، وهى الأرض الرخوة، وقيل: من الخبرة، وهى النصيب. (ك)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٠، والدراية ج٢، الحديث ٨٩٨ ص٢٠٤. (نعيم)

(١٠) قوله: "ولأنه استئجار إلخ" والدليل على أنه استئجار هو أنه لا يصح بدون ذكر المدة، وذلك من خصائص الإجارات، فكان هذا استجارًا ببعض ما يخرج منه، فيكون فى معنى قفيز الطحان، وقد نهى النبى عليه السلام عن قفيز الطحان، وهو أن يستأجر رجلا ليطحن له كذا من حنطة، بقفيز من دقيقها. (ك)

(١١) أجير.

(١٢) كشداد: آسيابان. (من)

(١٣) قوله: "ولأن الأجر مجهول" أى على تقدير وجود الخارج، فإنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة، أو أقل منه أو أكثر، أو معدوم على تقدير عدم الخارج بالآفة. (ع)

(١٤) أى جهالة الأجرة، أو عدمها.

ومعاملة النبى عليه السلام أهل خيبر[١] كان خراج مقاسمة[٢] بطريق المن والصلح[٣]، وهو جائز[٤]. وإذا فسدت[٥] عنده فإن سقى الأرض وكربها[٦] ولم يخرج شيء منه فله[٧] أجر مثله؛ لأنه فى معنى إجارة فاسدة، وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض، وإن كان البذر من قبله[٨]، فعليه[٩] أجر مثل الأرض، والخارج فى الوجهين[١٠] لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه[١١]، وللآخر الأجر كما فصلنا[١٢]، إلا أن الفتوى على قولهما؛ لحاجة الناس إليها[١٣] ولظهور تعامل الأمة بها[١٤]، والقياس يترك بالتعامل، كما فى الاستصناع[١٥].

ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط: أحدها: كون الأرض صالحةً للزراعة؛ لأن المقصود لا يحصل بدونه[١٦].

---

(١) قوله: ومعاملة النبى إلخ" ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة؛ لظهور فساده، فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعى إلى فرع، هو نظير وههنا ليس كذلك؛ لأن معنى الإجارة فيها أغلب، حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة. (ع)

(٢) قوله: "كان خراج مقاسمة" الخراج نوعان: خراج وظيفة، وهو أن يوظف الإمام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما يطيق أراضيهم، والثانى خراج مقاسمة، وهو أن يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جزءً شائعًا، والدليل عى ذلك أنه عليه السلام لم يبين لهم المدة، ولو كانت مزارعة لبينها؛ لأن المزارعة لا تجوز عند من يجيزها إلا ببيان المدة . (زيلعى)

(٣) قوله: "بطريق المن والصلح" لأنه لو أخذ الكل لجاز، فإنه عليه السلام ملكه غنيمة، وكان ما ترك فى أيديهم فضلا، ولم يبين مدة معلومة، وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا ببيان المدة، فلم يكن الحديث حجة لمن جوزها. (ع)

(٤) أى خراج المقاسمة بطريق المن والصلح. (ع)

(٥) المزارعة.

(٦) كرب: شوريدن خاک براى كاشتن. (م)

(٧) أى للعامل.

(٨) عامل.

(٩) عامل.

(١٠) أى فيما إذا كان البذر من قبل العامل، أو من قبل صاحب الأرض. (ع)

(١١) قوله: "لأنه نماء ملكه" نوقض بمن غصب بذراً فزرعه؛ فإن الزرع له، وإن كان نماء ملكه لصاحب البذر، وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله، فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى، والمزارع عامل بأمر غيره، فيجعل العمل مضافًا إلى الآمر. (ع)

(١٢) قوله: "كما فصلنا" وهو قوله: هذا إذاكان البذر من قبل صاحب الأرض، وإن كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض. (ك)

(١٣) مزارعة.

(١٤) مزارعة.

(١٥) جوز بالتعامل والقياس يأباه، وقد مر.

والثاني: أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد[(١)]، وهو[(٢)] لا يختص به[(٣)]، لأن عقدًا ما لا يصح إلا من الأهل.

والثالث: بيان المدة[(٤)]؛ لأنه[(٥)] عقد على منافع الأرض[(٦)]، أو منافع العامل[(٧)]، والمدة هي المعيار[(٨)] لها[(٩)] لتعلم[(١٠)] بها[(١١)].

والرابع: بيان من عليه البذر قطعًا للمنازعة، وإعلامًا للمعقود عليه[(١٢)]، وهو منافع الأرض أو منافع العامل.

والخامس: بيان نصيب من لا بذر من قبله؛ لأنه يستحقه عوضًا بالشرط، فلا بد أن يكون معلومًا، وما لا يعلم لا يستحق شرطًا بالعقد.

والسادس: أن يخلي رب الأرض بينها[(١٣)] وبين العامل، حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية.

والسابع: الشركة في الخارج بعد حصوله[(١٤)]؛ لأنه ينعقد شركة في الانتهاء، فما يقطع هذه الشركة كان مفسدًا للعقد[(١٥)].

---

(١٦) أي دون صلاحية الزراعة.

(١) أي لا يكون مجنونًا، ولا صغيرًا لا يعقل.

(٢) أي هذا الشرط الثاني.

(٣) أي بالمزارعة.

(٤) قوله: "بيان المدة إلخ" بأن يقول: إلى سنة، أو سنتين، أو ما أشبه ذلك، وإن بين وقتا لا يتمكن فيه من الزراعة فسدت المزارعة، فصار ذكره ولا ذكره سواء، وكذلك إذا بين مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالبًا؛ لأنه يصير في معنى اشتراط العقد إلى ما بعد الموت. (ك)

(٥) مزارعة.

(٦) أي إذا كان البذر من قبل العامل. (ك)

(٧) أي إذا كان البذر من قبل رب الأرض.

(٨) بمنزلة الكيل أو الوزن. (ع)

(٩) أي للمنافع.

(١٠) أي المنافع.

(١١) أي بالمدة.

(١٢) قوله: "وإعلامًا للمعقود إلخ" لأن المعقود عليه يختلف باختلافه، فإن البذر إن كان من قبل العامل، فالمعقود عليه منفعة الأرض، وإن كان من قبل رب الأرض فالمعقود عليه منفعة العامل، ولا بد من بيان المعقود عليه؛ لأن الجهالة تؤدي إلى المنازعة بينهما. (ك)

(١٣) أرض.

(١٤) قوله: "الشركة في الخارج بعد حصوله [خارج] إلخ" يعني ينبغي أن لا يشترط فيه مقدار معين لأحدهما، إذ يجوز أن لا يخرج من الأرض إلا ذلك القدر، فلم تبق شركة على ذلك التقدير، ومن شرطها بقاء الشركة. (ك)

والثامن: بيان جنس البذر[١]؛ ليصير الأجر معلومًا.

قال[٢]: وهي عندهما على أربعة أوجه[٣]: إن كانت الأرض والبذر لواحد، والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة، لأن البقر آلة العمل، فصار كما إذا استأجر خياطًا ليخيط بإبرة الخياط[٤].

وإن كانت الأرض لواحد، والعمل والبقر والبذر لواحد جازت؛ لأنه استئجار الأرض[٥] ببعض معلوم[٦] من الخارج، فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة[٧].

وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد، والعمل من الآخر جازت؛ لأنه[٨] استأجره للعمل بآلة المستأجر، فصار كما إذا استأجر خياطًا ليخيط ثوبه بإبرته[٩]، أو طيانًا ليطيّن[١٠] بمره[١١].

وإن كانت الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر، فهي باطلة، وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضًا؛ لأنه لو شرط البقر والبذر عليه[١٢] يجوز، فكذا[١٣] إذا شرط وحده، وصار كجانب العامل[١٤].

---

(١٥) قوله: "كان مفسداً إلخ" لأنه إذا شرط فيها مايقطع الشركة في الخارج، تبقى إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم. (ع)

(١) قوله: "بيان جنس البذر إلخ" لأنه جزء من الخارج، فلا بد من بيانه؛ ليعلم أن الخارج من أى نوع، ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى؛ لأنه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير. (ع)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "وهي [المزارعة] عندهما إلخ" المراد المزارعة المستعملة بين الناس لا المزارعة الصحيحة؛ لأنها على ثلاثة أوجه، ولا الفاسدة؛ لأنها كذلك على ثلاثة أوجه، ولا مطلق المزارعة؛ لأنها على ستة أوجه. (ك)

(٤) قوله: "فصار كما إذا استأجر خياطًا ليخيط بإبرة [إبرة -بالكسر- سوزن] إلخ" فالأجر كله بإزاء الخياطة دون الإبرة، فكذا ههنا يكون الخارج بإزاء العمل دون البقر، فلم يكن مستأجرا لبقر ببعض الخارج فيصح. (ك)

(٥) أى استأجر العامل الأرضَ من رب الأرض.

(٦) كالنصف أو الثلث.

(٧) فى الذمة.

(٨) أى رب الأرض.

(٩) أى إبرة صاحب الثوب. (ن)

(١٠) تطيين بگل اندودن. (م)

(١١) أى بمر صاحب الطين، مره -بالفتح- كلند وبيل يا دستهٔ آن. (من)

(١٢) أى على رب الأرض.

(١٣) أى إذا شرط البقر وحده. (ك)

وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض؛ لأن منفعة الأرض قوة في طبعها[١] يحصل بها النماء، ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل، كل ذلك بخلق الله تعالى، فلم تتجانسا[٢] فتعذر[٣] أن تجعل[٤] تابعة لها[٥].

بخلاف جانب العامل؛ لأنه تجانست المنفعتان[٦] فجعلت[٧] تابعة لمنفعة العامل، وههنا وجهان آخران[٨] لم يذكرهما[٩].

أحدهما: أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر، فإنه لايجوز[١٠]؛ لأنه يتم شركة بين البذر والعمل[١١]، ولم يرد به الشرع[١٢].

والثاني: أن يجمع بين البذر والبقر[١٣]، وإنه لا يجوز أيضًا؛ لأنه لا يجوز عند الانفراد[١٤]، فكذا عند الاجتماع، والخارج في الوجهين[١٥] لصاحب البذر في

---

(١٤) قوله: "وصار كجانب العامل" فإنه لما جاز أن يكون البذر مع البقر مشروطًا على العامل، جاز أن يكون البقر مشروطًا عليه بدون البذر. (كافي)

(١) قوله: "لأن منفعة الأرض إلخ" تقريره: أن منفعة الأرض قوة تؤثر لا بالاختيار، ومنفعة البقر قوة تؤثر بالاختيار، فلم تتجانسا، وهذا القدر لا يمنع جعل أحدهما تابعة للأخرى، فإن الجوهر والعرض جنسان مع أنه يجعل العرض تابعًا للجوهر في البيع، فزاد قوله: كل ذلك بخلق الله تعالى، أي كل منهما مستقل ولا يضاف أحدهما إلى الأخرى. فلا يصلح للتبعية، فلا يجعل تابعًا. بخلاف منفعة البقر والعامل؛ لأنهما جنس واحد عامل بالاختيار مع أن فعل البقر يضاف إلى العامل، فيصلح للتبعية فجعل تابعًا لمنفعة العامل، وظهر بما ذكرنا أن معنى قوله: كل ذلك بخلق الله تعالى؛ ليس بيان أن الحوادث بخلق الله تعالى لبيان دفع توهم كون المصنف من المعتزلة، وليس له دخل في الدليل، كما هو في الكفاية والعناية، بل لهذا القول دخل في الدليل. (أعظمي)

(٢) قوله: "تتجانسا [المنفعتان] إلخ" الضابطة في معرفة التجانس ما فهم من كلامه، وهو أن ما صدر فعله من القوة الحيوانية فهو جنس، وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر. (ع)

(٣) قوله: "فتعذر إلخ" فبقى البقر مقصودا بالاستيجار ببعض الخارج، ولم يرد به الشرع. (غن)

(٤) منفعة البقر، فشرط البقر على صاحب الأرض مفسد للإجارة. (زيلعي)

(٥) أي لمنفعة الأرض.

(٦) لأن البقر آلة العمل. (كافي)

(٧) منفعة البقر.

(٨) وهما فاسدان.

(٩) القدوري. (ع)

(١٠) وعن أبي يوسف أنه يجوز للتعامل. (كافي)

(١١) قوله: "لأنه يتم شركة إلخ" فإن صاحب البذر مستأجر للأرض، والتخلية بين المستأجر، والمستأجر شرط، فانعدمت التخلية ههنا؛ لأن الأرض تكون في يد العامل. (عيني)

(١٢) قوله: "ولم يرد به الشرع" أي لم يرد بجوازه دليل الشرع من نص، أو إجماع، أو قياس، فيبقى على أصل الحرمة. (أعظمي)

(١٣) بأن يكون البذر والبقر لأحدهما، والباقي للآخر. (ن)

رواية[1]، اعتباراً بسائر المزارعات الفاسدة، وفى رواية لصاحب الأرض، ويصير مستقرضاً للبذر قابضًا له[2] لاتصاله[3] بأرضه.

قال[4]: ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة؛ لما بينا[5]، وأن يكون الخارج شائعًا بينهما؛ تحقيقًا لمعنى الشركة، فإن شرطا لأحدهما قفزانًا[6] مسمّاة، فهى باطلة؛ لأن به[7] تنقطع الشركة؛ لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر، فصار كاشتراط دراهم معدودة[8] لأحدهما في الضاربة.

وكذا[9] إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره[10]، ويكون الباقى بينهما نصفين؛ لأنه[11] يؤدى إلى قطع الشركة فى بعض معين، أو فى جميعه، بأن لم يخرج[12] إلا قدر البذر، فصار كما إذا شرطا[13] رفع الخراج والأرض[14] خراجية، وأن يكون الباقى[15] بينهما لأنه معين، بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشرالخارج

---

(١٤) قوله: "عند الانفراد" أى انفراد البذر والبقر، بأن كان من أحدهما البقرلا غير، أو البذر لا غير. (ن)

(١٥) أى هذين الوجهين المذكورين آنفًا.

(١) قوله: "لصاحب البذر" وذكر فى "المبسوط" بعد ما ذكر هذا، فقال: بقى إشكال، وهو أنه أوجب لصاحب الأرض أجر مثل أرضه، ولم يسلم صاحب الأرض ههنا الأرض إلى صاحب البذر، فكيف يستوجب عليه أجر مثله.
ولكنا نقول: صارت منفعته أى منفعة العامل ومنفعة الأرض كلها مسلمة إلى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكمًا، وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئًا؛ لأن عمل العامل بأمره فى إلقاء بذره كعمله بنفسه، فيستوجب أجر المثل عليه فى الوجهين. (ك)

(٢) بذر.

(٣) بذر.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "لما بينا" يعنى قوله: فى بيان شروطها، والثالث بيان المدة؛ لأنه عقد على منافع الأرض إلخ. (ع)

(٦) قفيز كأمير پيمانه است بقدر هشت مكوك، قفزان كعثمان جمع.

(٧) بهذا الشرط.

(٨) فالمضاربة فاسدة.

(٩) أى باطلة.

(١٠) أى لا يدخل فى القسمة.

(١١) لأن هذا الشرط.

(١٢) من الأرض.

(١٣) وصار "كما إذا شرطا [فهو فاسد] رفع الخراج إلخ" أى إذا كان الخراج خراج وظيفة، بأن تكون دراهم مسماة بحسب الخارج، أو قفزانًا معلومة، وأما إذا كان خراج مقاسة وهو جزء من الخارج مشاعًا، نحو الثلث والربع، فإنه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط. (عناية)

(١٤) الواو حالية.

لنفسه أو للآخر، والباقي بينهما؛ لأنه[١] معين مشاع، فلا يؤدى إلى قطع الشركة[٢]، كما إذا شرطا[٣] رفع العشر وقسمة الباقي بينهما، والأرض[٤] عشرية.

قال[٥]: وكذلك[٦] إن شرطا ما على المأذيانات والسواقى[٧]، معناه لأحدهما؛ لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة؛ لأنه لعله لا يخرج[٨] إلا من ذلك الموضع، وعلى هذا[٩] إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة، ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى.

وكذا[١٠] إذا شرطا لأحدهما التبن، وللآخر الحب؛ لأنه عسى أن يصيبه[١١] آفة، فلا ينعقد الحب، ولا يخرج إلا التبن، وكذا[١٢] إذا شرطا التبن نصفين، والحب لأحدهما بعينه؛ لأنه يؤدى إلى قطع الشركة فيما هو المقصود، وهو الحب، ولوشرطا الحب نصفين، ولم يتعرضا للتبن صحت؛ لاشتراطهما الشركة فيما هو[١٣] المقصود.

ثم التبن يكون لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه، وفى حقه[١٤] لا يحتاج إلى الشرط، والمفسد هو الشرط[١٥]، وهذا سكوت عنه.

---

(١٥) بعد رفع الخراج.

(١) أى العشر.

(٢) قوله: "فلا يؤدى [فإنه دال على بقاء تسعة أعشار] إلخ" وهو يصلح حيلة للوصول إلى رفع البذر. (ت)

(٣) فإنه يجوز.

(٤) الواو حالية.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى لا يجوز.

(٧) قوله: "على المأذيانات إلخ" المأذيانات فارسى معرب، أصغر من النهر، وأعظم من الجدول، والسواقى جمع الساقية: وهى فوق الجدول دون النهر، كذا فى "المغرب"، فعلى هذا يكون المأذيانات والساقية من الألفاظ المترادفة، وقال فى الغريبين، السواقى دون المأذيانات. وقال الخطابى فى "شرح السنن": والمأذيانات الأنهار معربة، وقال أحمد بن مظفر الرازى فى فوائده لمختصر القدورى: المأذيانات معربة، وهى الأنهار العظام، سميت بذلك؛ لأنها تتولد منها الأنهار الصغار، والسواقى الأنهار الصغار؛ لأنها كالسقيانات. (غاية البيان)

(٨) الزرع.

(٩) أى لا يجوز.

(١٠) أى لا يجوز.

(١١) زرع.

(١٢) أى لا يجوز.

(١٣) أى الحب.

(١٤) أى فى حق صاحب البذر.

وقال مشايخ بلخ: التبن بينهما أيضًا[١]، اعتبارًا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان[٢]؛ ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل[٣].

ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت؛ لأنه حكم العقد[٤]، وإن شرطا التبن للآخر[٥] فسدت؛ لأنه شرط[٦] يؤدى إلى قطع الشركة، بأن لا يخرج[٧] إلا التبن، واستحقاق غير صاحب البذر[٨] بالشرط[٩].

قال[١٠]: وإذا صحت المزارعة، فالخارج على الشرط[١١]؛ لصحة الالتزام، وإن لم تخرج الأرض شيئًا، فلا شيء للعامل؛ لأنه[١٢] يستحقه شركة[١٣]، ولا شركة فى غير الخارج، وإن كانت[١٤] إجارة[١٥]، فالأجر مسمّى، فلا يستحق غيره، بخلاف ما إذا فسدت[١٦]؛ لأن أجر المثل فى الذمة، ولا تفوت الذمة بعدم الخارج.

---

(١٥) قوله: "والمفسد هو الشرط" أى المفسد هو الشرط الفاسد، وهو الشرط الذى لا يلايم العقد، وهو أن يشترط التبن بغير صاحب البذر، وهما سكتا من ذكر الشرط الفاسد، والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون مفسدًا. (ك)

(١) قوله: "وقال مشايخ بلخ إلخ" والجواب عما قال مشايخ بلخ: إن الأصل فيها عدم الجواز؛ لأنها تثبت مع المنافى، فبقدر ما وجد المجوز يعمل به، وما لم يوجد فلا.

(٢) قوله: "اعتبارًا للعرف" فإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب (ع)

(٣) قوله: "والتبع يقوم" أى يثبت بشرط الأصل، وقد وجد شرائط صحة الشركة فى الأصل، وهو الحب؛ لأنهما اشترطا فيه الشركة، فتثبت الشركة فى التبن أيضًا تبعًا للحب، كالإمام إذا دخل المصر ونوى الإقامة يصير الجندى مقيما، وإن لم يكن فى موضع الإقامة، وكذا المولى مع العبد. (ك)

(٤) قوله: "لأنه حكم العقد إلخ" يعنى لو أنهما سكتا عن ذكر التبن، كان التبن لصاحب البذر؛ لأنه موجب العقد، فإذا نصا عليه فإنما صرحا بما هو موجب العقد، فلا يتغير به وصف العقد، فكان وجود الشرط وعدمه سواء. (ع)

(٥) أى غير صاحب البذر.

(٦) مخالف لمقتضى العقد، وهو يؤدى إلخ.

(٧) بأن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب. (ك)

(٨) مبتدأ.

(٩) خبر.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "فالخارج على الشرط" فإن العقد إذا كان صحيحًا يجب فيه المسمّى، وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمّى. (ع)

(١٢) عامل.

(١٣) يعنى فى الانتهاء. (ع)

(١٤) قوله: "وإن كانت إلخ" يعنى فإن قيل: كانت المزارعة إجارة ابتداء، فلا بد من الأجرة، أجاب عنه بقوله: وإن كانت أى المزارعة إجارة إلخ. (ع)

(١٥) أى ابتداءً. (ن)

قال[١]: وإذا فسدت[٢]، فالخارج لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه واستحقاق الآخر[٣] بالتسميه[٤]، وقد فسدت فبقي النماءكله لصاحب البذر.

قال[٥]: ولو كان البذر من قبل رب الأرض[٦]، فللعامل أجر مثله، لا يزاد[٧] على مقدار ما شرط له من الخارج؛ لأنه رضى بسقوط الزيادة، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى .وقال محمد: له أجر مثله بالغًا ما بلغ؛ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب عليه قيمتها[٨]؛ إذ لا مثل لها[٩] وقد مر فى الإجارات[١٠]. وإن كان البذر من قبل العامل، فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه؛ لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها[١١]، وقد تعذر[١٢] ولا مثل لها[١٣]، فيجب رد قيمتها[١٤]، وهل يزاد على ما شرط له من الخارج، فهو على الخلاف[١٥] الذى ذكرناه[١٦].

---

(١٦) مسمى.

(١) أى القدورى.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا فسدت [إجارة] إلخ" يعني إن كانت فاسدة، فلا فرق بين أن تخرج الأرض، وأن لا تخرج الأرض فى وجوب أجر المثل للعامل، فإن أخرجت شيئًا، فالخارج لصاحب البذر. (ع)

(٣) مبتدأ.

(٤) خبر.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) والمزارعة فاسدة.

(٧) أجر مثل.

(٨) منافع.

(٩) منافع.

(١٠) قوله: "وقد مر فى الاجارات" قال صاحب "النهاية": وفى هذا الذى ذكره من الحوالة نوع تغير؛ لأنه ذكر فى باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجارات فى مسألة، ما إذا استأجر حمارًا ليحمل طعامًا منه بقفيز منه، فالإجارة فاسدة، ثم قال: ولا يجاوز بالأجر قفيز؛ لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى ومن أجر المثل، وهذا بخلا ف ما إذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الأجربالغًا ما بلغ عند محمد؛ لأن المسمى هناك غير معلوم، فلم يصح الحط.

فمن هذا الذى ذكره فى الإجارة يعلم، أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ فى الإجارة الفاسدة، كما هو قولهما إلا فى الشركة فى الاحتطاب، ثم ذكر ههنا، وقال محمد: له أجر مثله بالغا ما بلغ إلى أن قال: وقد مرت فى الإجارات، وذلك يدل على أن مذهبه فى جميع الإجارات الفاسدة يبلغ الأجر بالغا ما بلغ، وليس كذلك. وأجيب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة فى الاحتطاب؛ لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج، وهذه حوالة بلا تغير. (ع)

(١١) منافع.

(١٢) الرد.

(١٣) منافع.

(١٤) منافع.

(١٥) بين الشيخين وبين محمد.

ولو جمع بين الأرض[١] والبقر حتى فسدت المزارعة، فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر، هو الصحيح[٢]؛ لأن له مدخلا في الإجارة[٣]، وهي[٤] إجارة معنى. وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه[٥]؛ لأن النماء حصل في أرض مملوكة له، وإن استحقه[٦] العامل أخذ[٧] قدر بذره، وقدر أجر الأرض[٨] وتصدق بالفضل؛ لأن النماء يحصل من البذر[٩]، ويخرج من الأرض، وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثًا فيه[١٠]، فما سلم له[١١] بعوض طاب له[١٢]، وما لا عوض له تصدق به[١٣].

قال[١٤]: وإذا عقدت المزارعة، فامتنع صاحب البذر من العمل[١٥] لم يجبر

---

(١٦) آنفًا.

(١) أى كانت الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر.

(٢) قوله: "هو الصحيح" وقيل يغرم له مثل أجر الأرض مكروبة، فأما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال، فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسداً، ووجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد، إذ المنافع لا تقوم إلا بالعقد، والأصح أن عقد المزارعة من جنس الإجارة، لما مر، ومنافع البقر يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد، فيجب أجر المثل، كما يجب أجر مثل الأرض. (كافى)

(٣) قوله: لأن له" أى للبقر مدخلا فى الإجارة لجواز إيراد عقد الإجارة عليه، والمزارعة إجارة معنى، فينعقد المزارعة عليه فاسداً، أو يجب أجر المثل. (ع)

(٤) مزارعة.

(٥) خارج.

(٦) لبذره، خارج.

(٧) عامل.

(٨) أى قدر ما غرم من أجر مثل الأرض. (كافى)

(٩) قوله: "لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض" أى فهو محتاج إليهما، فكان الخبث شديدا، فأورث وجوب التصدق وعمل العامل، وهو القاء البذور وفتح الجداول، ليس بذلك المثابة؛ لجواز حصول النماء بدونه عادة. كما إذا هبت الريح فألقت البذر فى أرض، وأمطر السماء فكان ما تمكن بالعمل شبهة الخبث، فلم يورث وجوب التصدق، وهذا هو الفارق بين خبث تمكن فى منفعة الأرض، فأوجب التصدق بالفضل، وبين خبث تمكن فى عمل العامل فلم يوجب ذلك. (ع)

(١٠) ملك.

(١١) عامل.

(١٢) عامل.

(١٣) العامل.

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) قوله: "فامتنع صاحب البذر" أى قبل إلقاء البذر، وأما بعد إلقاءه فيجبر؛ لأن عقد المزارعة يكون لازما من الجانبين بعد إلقاء البذر. (ك)

عليه[١]؛ لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه[٢]، فصار كما إذا استأجر أجيرًا ليهدم داره[٣]، وإن امتنع الذى ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل؛ لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر[٤]، والعقد لا زم بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة[٥]، فيفسخ به المزارعة.

قال: ولو امتنع رب الأرض والبذر[٦] من قبله، وقد[٧] كرب المزارع الأرض، فلا شيء له[٨] فى عمل الكراب، قيل: هذا[٩] فى الحكم، فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل[١٠]؛ لأنه غرّه[١١] فى ذلك.

قال: وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة[١٢]؛ اعتبارًا بالإجارة، وقد مر الوجه فى الإجارات[١٣]، فلو كان دفعها[١٤] فى ثلاث سنين، فلما نبت الزرع فى السنة الأولى ولم يستحصد[١٥] حتى مات رب الأرض ترك الأرض فى يد المزارع[١٦]

(١) عمل.

(٢) وهو إلقاء البذر على الأرض، ولا يدرى هل يخرج أم لا؟ (زيلعى)

(٣) ثم ندم فلا يجبر. (عينى)

(٤) قوله: "لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر [سوى ما التزم بالعقد؛ لأنه التزام إقامة العمل، وهو قادر عليها. ع] لأنه التزم إقامة العمل، وهو قادر على إقامة العمل، كما التزمه بالعقد، وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه، فأما إذا امتنع صاحب البذر من العمل، ففى إلزام موجب العقد إياه ضرر فيما لم يتناوله العقد؛ لأن البذر ليس بمعقود عليه، وفى إلقاءه فى الأرض أتلافه، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٥) قوله: "إلا إذا كان عذر إلخ" كالمرض المانع للعامل عن العمل، أو الدين الذى لا وفاء به عنده إلا ببيع الأرض، فيفسخ به المزارعة. (ع)

(٦) والواو حالية.

(٧) والواو حالية.

(٨) أى للمزارع.

(٩) أى الجواب. (ع)

(١٠) قوله: "يلزمه استرضاء العامل" يعنى بأن يعطى العامل أجر مثل عمله؛ لأنه إنما استعمل بإقامة العمل ليزرع، فيحصل له نصيبه من الخارج، فإذا أخذ الأرض بعد ما أقام هذه الأعمال من كرب الأرض، وحفر الأنهار كان هو غارًا للعامل ملحقًا للضرر به، والغرور مدفوع، فينبغى أن يطلب رضاه (ك)

(١١) عامل.

(١٢) قوله: "وإذا مات أحد المتعاقدين إلخ" واعلم أنه أراد بقوله: "وإذا مات أحد المتعاقدين" ما بعد الزرع؛ لأن الذى يكون قبله مذكور فيما يليه، ولم يفصل بين ما نبت الزرع أو لم ينبت؛ ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله: "فلما نبت الزرع إلخ" ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته، ولعله تركه ذلك اعتمادًا على دخوله فى إطلاق أول المسألة. (ع)

(١٣) قوله: "وقد مر الوجه فى الإجارات" وهو قوله: لأنه لو بقى العقد صار المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز. (ك)

(١٤) الأرض مزارعة.

(١٥) يقال: استحصد الزرع، وأحصد بمعنى إذا حان له أن يحصد.

حتى يستحصد الزرع، ويقسم على الشرط، وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين؛ لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مرعاةً للحقين[١]، بخلا ف السنة الثانية والثالثة؛ لأنه ليس فيه ضرر[٢] بالعامل فيحافظ فيهما على القياس[٣].

ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب[٤] الأرض، وحفر الأنهار، انتقضت المزارعة[٥]؛ لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع، ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل؛ لما نبينه إن شاء الله تعالى[٦].

وإذا فسخت المزارعة بدين فادح[٧]، لحق صاحب الأرض، فاحتاج إلى بيعها فباع جاز[٨]، كما في الإجارة، وليس للعامل أن يطالبه[٩] بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء؛ لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوم بالخارج، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء. ولو نبت الزرع[١٠]، ولم يستحصد لم تبع الأرض في الدين[١١]، حتى يستحصد الزرع؛ لأن في البيع إبطال حق المزارع، والتاخير أهون من الإبطال، ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه بالدين؛ لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو[١٢] ظالمًا[١٣]، والحبس جزاء الظلم.

---

(١٦) قوله: "ترك الأرض إلخ" أي يبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد، ولايثبت إجارة مبتدأة، حتى لا يجب الأجر على المزارع. (ك)

(١) حق المزارع وحق الورثة. (كافي)

(٢) أي في نقض المزارعة في هاتين السنتين.

(٣) قوله: "فيحافظ إلخ" أي فيحافظ في السنة الثانية والثالثة على وجه القياس، حيث تبطل المزارعة، بخلا ف السنة الأولى؛ فإنه لا تيطل المزلرعة فيها استحسانًا. (غن)

(٤) العامل.

(٥) قوله: "انتقضت المزارعة" بخلا ف المسألة الأولى، حيث بقي بإرضاءه؛ لأنه كان مغرورًا من جهته بالامتناع باعتباره، ولم يوجد ذلك ههنا؛ لأن الموت يأتي بدون اختياره. (زيلعي)

(٦) إشارة إلى قوله بعد هذا؛ لأن المنا فع إنما تتقوم بالعقد إلخ. (غن)

(٧) قوله: "وإذا فسخت المزارعة بدين فادح [فدحه الأمر أثقله. مغرب] إلخ" هذا القول والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية "الزيادات"؛ فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضاء؛ لأنها في معنى الإجارة، وعلى رواية كتاب المزارعة، والإجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك. (ع)

(٨) الفسخ. (ع)

(٩) سواء كان البذر من العامل أو من رب الأرض، كذا في "العناية".

(١٠) والدين على رب الأرض ثقيل.

(١١) قوله: "لم تبع الأرض في الدين إلخ" ولا كذلك لو زرع الأرض، ولم ينبت بعد؛ لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم؛ لأن التبذير استهلاك. (زيلعي)

(١٢) رب الأرض.

قال(١): وإذا انقضت مدة المزارعة، والزرع لم يدرك، كان على المزارع أجر مثل نصيبه(٢) من الأرض إلى أن يستحصد(٣)، والنفقة على الزرع عليهما(٤) على مقدار حقوقهما، معناه حتى يستحصد(٥)؛ لأن في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين(٦)، فيصار إليه، وإنما كان العمل(٧) عليهما؛ لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة، وهذا عمل في المال المشترك(٨). وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض(٩)، والزرع بقل حيث يكون العمل فيه(١٠) على العامل؛ لأن هناك(١١) أبقينا العقد في مدته، والعقد يستدعي العمل على العامل، أما ههنا(١٢) العقد قد انتهى، فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد، فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه.

فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه(١٣)، وأمر القاضي فهو متطوع؛ لأنه لا ولاية له عليه(١٤)، ولو أراد رب الأرض(١٥) أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك؛ لأن

---

(١٣) بالمماطلة (زيلعى)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "على المزارع أجر مثل نصيبه [أي يبقى الزرع وكان على المزارع إلخ] إلخ" حتى لو كانت المزارعة بالنصف، كان عليه أجر مثل نصف الأرض؛ لأن المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة، لم يبق للعامل حق منفعة الأرض، وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك. (زيلعي)

(٣) الزرع.

(٤) قوله: "والنفقة على الزرع عليهما [مزارع ورب الأرض] إلخ" وهي مؤنة الحفظ والسقي وكرى الأنهار عليهما على مقدار نصيبهما، حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب. (ع)

(٥) قوله: "معناه" أي معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما، يريد أن النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع. (ك)

(٦) قوله: "تعديل النظر من الجانبين [رب الأرض ومزارع] إلخ" فإنا لو أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به، وإن أبقينا بلا أجر تضرر رب الأرض، فأبقيناه بالأجر، وفيه تعديل النظر من الجانبين. (ع)

(٧) أي النفقة.

(٨) قوله: وهذا عمل في المال المشترك إلخ" فيكون العمل عليهما، وهو قبل انتهاء المدة كان على العامل خاصة، فالعمل بعد الانتهاء يكون باعتبار الشركة في الزرع. (ملا محمد ولي قدس سره)

(٩) قوله: "وهذا بخلاف إلخ" فإنه يبقى الزرع بلا أجر، ولا اشتراك في النفقة، ولا اشتراك في العمل. (ع)

(١٠) قوله: "حيث يكون العمل فيه" مسألة الموت مخالفة لمسألة انقضاء المدة في الأحكام الثلث، وهي وجوب أجر الأرض، والاشتراك في النفقة والاشتراك في العمل، حيث لم يجز أجر مثل نصيبه من الأرض على العامل. (ك)

(١١) أي في مسألة الموت.

(١٢) أي في مسألة انقضاء المدة.

(١٣) قوله: "فإن أنفق [ذكره تفريعًا على مسألة القدوري. عيني] أحدهما بغير إذن صاحبه، وأمر القاضي إلخ"، أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع؛ لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره، وبغير أمر من يلي عليه. (ك)

فيه إضراراً بالمزارع، ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا، قيل لصاحب الأرض: اقلع الزرع فيكون[1] بينكما، أو أعطِه قيمة نصيبه، أو أنفق أنت على الزرع، وارجع بما تنفقه في حصته؛ لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه[2]؛ لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى[3] نظر له، وقد ترك النظر لنفسه، ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات[4]؛ لأن بكل ذلك يستدفع[5] الضرر،

ولو مات المزارع بعد نبات الزرع، فقالت ورثته: نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع، وأبى رب الأرض، فلهم ذلك؛ لأنه لا ضرر على رب الأرض، ولا أجر لهم بما عملوا؛ لأنا أبقينا العقد نظرا لهم[6]، فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل؛ لما بينا[7]، والمالك على الخيارات الثلاثة[8]؛ لما بينا[9].

قال[10]: وكذلك أجرة الحصاد[11] والرفاع[12] والدياس[13] والتذرية عليهما[14]

---

(١٤) قوله: "لأنه لا ولا ية له [أى لأحدهما على صاحبه] عليه" ولا هو مضطر إلى ذلك؛ لأنه يمكنه أن ينفق بأمر القاضى، فصار هذا نظير ترميم الدار المشتركة. (زيلعى)

(١٥) بعد انقضاء المدة.

(١) زرع.

(٢) قوله: "لا يجبر عليه" أى بعد مضى المدة لانتهاء العقد، فبقى الزرع مشتركاً بينهما، فيخير رب الأرض بين هذه الخيارات. (كافى)

(٣) تنهية: بپايان رسانيدن چيزى را.

(٤) الثلث.

(٥) رب الأرض.

(٦) قوله: "نظراً لهم" فقاموا مقامه، وهو لا يستحق الأجر فكذا هم. (زيلعى)

(٧) قوله: "لما بينا" وهو قوله: لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى نظراً له إلخ. (ك)

(٨) قوله: "والمالك على الخيارات الثلاثة [المذكورة] إلخ" لكن فى هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة، يرجع بكلها، إذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد. (ك)

(٩) وهو قوله: لأن بكل ذلك يستدفع إلخ.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "وكذلك أجرة الحصاد [حصاد -بالفتح- درودن. م] إلخ" يعنى كما أن النفقة عليهما فيما إذا انقضت مدة المزارعة، والزرع لم يدرك، كان أجرة الحصادوالرفاع والدياس والتذرية عليهما. (غن)

(١٢) قوله: "والرفاع [برداشتن بندهاى درديده]" -بالفتح والكسر- هو أن يرفع الزرع إلى البيدر، والتذرية: تمييز الحب من التبن بالريح، والبيدر: موضع الطعام الذى يداس فيه. (مل)

(١٣) قوله: "والدياس [كوفتن]" والدياسة فى الطعام أن يوطأ بقوائم الدواب، الدياس صيقل السيف، واستعمال الفقهاء إياه موضع الدياسة تسامح أو وهم. (مغرب)

(١٤) قوله: "والتذرية عليهما [مزارع ورب الأرض]" ذرت الريح التراب تذرية، برداشت باد خاك را، پرانيد

بالحصص، فإن شرطاه فى المزارعة على العامل فسدت[١]، وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة[٢]، وهو انقضاء المدة، والزرع لم يدرك، بل هو عام فى جميع المزارعات. ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهى الزرع لحصول المقصود، فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد[٣]، فيجب مؤنته عليهما، وإذا شرط فى العقد ذلك ولا يقتضيه[٤]، وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد[٥] كشرط الحمل والطحن على العامل[٦]. وعن أبى يوسف أنه يجوز[٧] إذا شرط ذلك على العامل للتعامل، اعتباراً بالاستصناع، وهو اختيار مشايخ بلخ[٨]، قال شمس الأئمة السرخسى: هذا هو الأصح فى ديارنا.

فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقى والحفظ، فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما فى ظاهر الرواية[٩]، كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه[١٠]، وما[١١] كان[١٢] بعد القسمة فهو عليهما[١٣]، والمعاملة[١٤] على قياس هذا[١٥] ما كان قبل إدراك الثمر من السقى والتلقيح

وبرد. (من)

(١) قوله: "فإن شرطاه" أى كون أجرة الحصاد والدياس والرفاع والتذرية فى المزارعة على العامل. (ع)

(٢) وهذا الحكم [أى كون أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما. ك] إلخ" لما كان القدورى ذكر هذه المسألة عقيب انقضاء المدة والزرع، لم يدرك كان توهم اختصاصها بذلك، فقال المصنف: هذا الحكم ليس بمختص إلخ. (ع)

(٣) الواو حالية.

(٤) قوله: "ولا [الواو حالية] يقتضيه [العقد] إلخ" لأن العقد يقتضى عمل المزارعة، وهذه الأشياء ليست من أعمال المزرعة. (زيلعى)

(٥) قوله: "يفسد العقد" والأصل أن اشتراط ماليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما، ومثله يفسد الإجارة، فكذا المزارعة؛ لأن فيها معنى الإجارة. (ع)

(٦) قوله: "كشرط الحمل" أى حمل الحنطة ونحوها إلى منزل رب الأرض. (عينى)

(٧) المزارعة.

(٨) قوله: "وهو اختيار مشايخ بلخ" وهم يزيدون على هذه الرواية، ويقولون: يجوز شرط التنقية والحمل إلى منزله على العامل للتعامل. (زيلعى)

(٩) على الاشتراك على قدر الحصص.

(١٠) آنفاً.

(١١) كالحمل إلى البيت.

(١٢) منه.

(١٣) قوله: "فهو عليهما" لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر، فكان التدبير فى ملك واحد منهما إليه. (ع)

(١٤) أى المساقاة. (ع)

(١٥) أى على هذه الوجوه.

والحفظ[١]، فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك كالجداد[٢] والحفظ فهو عليهما[٣]، ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق؛ لأنه لا عرف فيه، وما كان بعد القسمة فهو عليهما[٤]؛ لأنه مال مشترك ولا عقد[٥].

ولو شرط الحصاد فى الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه، ولو أرادا قصل[٦] القصيل[٧]، أو جدّ[٨] التمر بسراً، أو التقاط الرطب، فذلك عليهما؛ لأنهما أنهيا العقد لما عزما على القصل والجداد بسراً، فصار كما بعد الإدراك، والله أعلم.

كتاب المساقاة[٩]

قال أبو حنيفة: المساقاة بجزء من الثمر باطلة[١٠]، وقالا: جائزة إذا ذكر مدة معلومة، وسمى جزء من الثمرة مشاعاً، والمساقاة هى المعاملة[١١] فى الأشجار، والكلام فيها كالكلام فى المزارعة[١٢].

---

(١) قوله: "والتلقيح [تلقيح: كشن دادن خرما را. م]" تلقيح النخل إدخال شيء من فحولها فى أناثها، كتلقيح الحيوانات. (مل)

(٢) وهو بالدال المهملة القطع من جد النخل خدمه، أى قطع ثمرة جداداً. (ن)

(٣) بالاشتراك.

(٤) قوله: "وما كان بعد القسمة" كالحمل إلى البيت والطحن، فهو على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة؛ لأن بالقسمة يتميز ملك أحدهما عن الآخر، فيكون التدبير فى ملك واحد منهما إليه. (كافى)

(٥) قوله: "لأنه مال مشترك" سماه مشتركاً بعد القسمة باعتبار ما كان، وقيل: باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما، ألا ترى أن نصيب كل واحد منهما إذا كان معيناً فى قرية، يقال لهم: شركاء فى القرية. (ع)

(٦) بالفتح: بريدن. (م)

(٧) قوله: "قصل [سبزه بريده شد. م]" يقال: لكل زرع بعد النبات قبل الإدراك. (غن)

(٨) قطع.

(٩) قوله: "كتاب المساقاة [مفاعلة من السقى، وهى معاملة فى الأشجار ببعض الخارج منها]" لا يخفى مناسبتها مع المزارعة، وهى المشاركة فى الخارج، ثم مع كثرة القائلين بجوازها، وورود الأحاديث فى معاملة النبى ﷺ أهل خيبر، قدمت المزارعة عليها لشدة الحاجة إلى معرفة أحكامها وكثرة فروعها ومسائلها، كما أفاده فى "النهاية". (در المختار)

(١٠) قوله: "المساقاة [أى مشاعاً] إلخ" ثم معنى المساقاة لغة وشرعاً، ما هو مذكور فى الصحاح وغيره، أن المساقاة أن تستعمل رجلا فى نخيل أو كروم أو غيرهما؛ ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمره. (ن)

(١١) بلغة أهل المدينة. (ع)

(١٢) قوله: "والكلام فيها إلخ" أى وشرائطها هى الشرائط التى ذكرت فى المزارعة، وفى "فتاوى قاضى خان"، وشرائطها منها بيان نصيب العامل، فإن بينا نصيب العامل، وسكتا عن نصيب الدافع جاز استحساناً، كما قلنا فى المزارعة. ومنها الشركة فى الخارج، كما فى المزارعة، ومنها التخلية بين الأشجار والعامل، ومنها بيان الوقت، فإن سكتا عن الوقت جاز استحساناً، ويقع العقد على أول ثمرة تكون فى تلك السنة، فإن لم يخرج فى تلك السنة ثمرة ينتقض المعاملة. (ك)

وقال الشافعي: المعاملة جائزة[١]، ولا يجوز المزارعة إلا تبعًا للمعاملة[٢]؛ لأن الأصل في هذا[٣] المضاربة، والمعاملة أشبه بها[٤]؛ لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل[٥]، وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر، بأن شرط رفعه[٦] من رأس الخارج يفسد، فجعلنا المعاملة أصلا وجوّزنا المزارعة تبعًا لها كالشرب[٧] في بيع الأرض[٨]، والمنقول في وقف العقار[٩].

وشرط المدة قياس فيها؛ لأنها إجارة معنى كما في المزارعة[١٠]، وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز، ويقع على أول ثمر يخرج[١١]؛ لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم، وقلما يتفاوت[١٢]، ويدخل فيها ما هو المتيقن[١٣]، وإدراك البذر[١٤] في أصول الرطبة[١٥] في هذا بمنزلة إدراك الثمار؛ لأن له نهاية معلومة، فلا

(١) قوله: "وقال الشافعي: المعاملة جائزة" إلى قوله والمنقول في وقف العقار من كلمات الشافعي. (ن)

(٢) قوله: "إلا تبعًا للمعاملة" بأن يكون بين النخيل والكرم أرض بيضاء يسقى بماء النخيل، وقد أخذ النخيل مع الأرض معاملة جاز، حتى لو كانت الأرض تسقى بماء على حدة لا يجوز. (عيني)

(٣) أي في جواز المزارعة والمساقاة.

(٤) من المزارعة.

(٥) شجر.

(٦) بذر.

(٧) هو النصيب من الماء.

(٨) يجوز بيعه تبعًا لبيع الأرض.

(٩) قوله: "والمنقول في وقف العقار" فإنه يصير وقفًا تبعًا للعقار، ولا يجوز وقفه بانفراده. (عيني)

(١٠) ولا بد في الإجارة من بيان المدة على ما مر.

(١١) أي في السنة الأولى.

(١٢) فالجهالة يسيرة.

(١٣) وهو أول الثمرة.

(١٤) قوله: "وإدراك البذر [معناه دفع أصول الرطبة لإدراك البذر بمنزلة دفع الأشجار لإدراك الثمار. ن]" إلخ" معناه لو دفع رطبة قد انتهى جزازها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله من رزق فهو بينهما نصفان جاز، إذا كان البذر مما يرغب فيه وحده؛ لأنه يصير في معنى ثمر الشجر،
وهذا لأن إدراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين، فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين، والبذر إنما يحصل بعمل العامل، فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحًا، والرطبة لصاحبها. (ع)

(١٥) قوله: "في أصول الرطبة" أي معامله نمايند دو شخص برين وجه كه سپرد كند مالك بيخهاى رطبه أعني سپست را كه در زمين مذكور ست بديگرى تا آب دهد آنرا وعمل كند دران حتى كه تخم آرد وپخته شود آن تخم وآنچه از تخم حاصل شود مشترك باشد ميان آنها وتعين مدت نكند پس اين معامله جائز است وواقع شود بر اول تخميكه بظهور برآيد وپخته گردد وزيرا چه تخم بمنزله ثمر است. (ترجمه)
قوله: "بالرطبة" بالفتح: الأسفست، وفي كتاب العشر: البقول غير الرطاب، فإنما البقول مثل الكراث ونحو ذلك،

يشترط بيان المدة. بخلاف الزرع؛ لأن ابتداءه يختلف كثيرًا خريفًا[١] وصيفًا وربيعًا، والانتهاء بناء عليه، فتدخله الجهالة.

وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسًا[٢] قد علق[٣]، ولم يبلغ[٤] الثمر معاملة حيث لا يجوز[٥] إلا ببيان المدة[٦]؛ لأنه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتًا فاحشًا.

وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رطبة[٧] على أن يقوم عليها[٨]، أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة؛ لأنه ليس لذلك نهاية معلومة؛ لأنها تنمو ما تركت في الأرض[٩]، فجهلت المدة[١٠]، ويشترط[١١] تسمية الجزء مشاعًا؛ لما بينا في المزارعة[١٢]، إذ شرط جزء معين يقطع الشركة[١٣].

والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان وما يجرى مجراه، والأول هو المذكور فيما عندى من كتب اللغة فحسب. (مغرب)

(١) قوله: "يختلف إلخ" فإن من الناس من يزرع في الخريف، ومنهم من يزرع في الربيع، ومنهم من يزرع في الصيف، وإذا كان ابتداء العمل مما يتقدم ويتأخر عرفًا، كان الانتهاء، كذلك فكانت المدة مجهولة، فلا يجوز. (ك)

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا دفع إليه" أى إذا دفع الرجل إلى الرجل غرس شجر، أو، كرم، أو نخل، قد علق على أن يقوم عليه، ويسقيه ويصلحه، فما أخرج الله من ذلك الغرس من الثمر، فهو بينهما نصفان، فهذه معاملة فاسدة. (غن)

(٣) فى الأرض (كافى) أى نبت ولم يبلغ حد الأثمار. (ك)

(٤) أى لم يبلغ الغرس الأثمار. (ك)

(٥) قوله: "لا يجوز" هذا لأنه لا يدرى متى يحمل الشجر، وقد يتفاوت الأشجار فى الحمل بحسب قوة الأرض وضعفها، فلا بد من بيان المدة. (غن)

(٦) قوله: "إلا ببيان المدة" بأن يذكر سنين معلومة؛ لأنه لا يدرى فى كم يحمل الشجر والنخل والكرم الثمر، فالأشجار تتفاوت في ذلك بتفاوت مواضعها من الأرض بالقوة والضعف، فإن بينا مدة معلومة، صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلومًا، فيجوز، وإن لم يبينا ذلك لا يجوز. (ك)

(٧) ثابتة فى الأرض. (ك)

(٨) قوله: "على أن يقوم عليها [ويسقيها حتى يذهب أصولها، وينقطع نباتها على أن الخارج بينهما. فى الكلام إيجاز مخل. ع]" أى حتى يذهب أصولها ينقطع نباتها، أى حينئذ لا يجوز، أما إذا دفع النخيل، أو أصول الرطبة على أن يقوم عليها معاملة مطلقًا، فيجوز إذا كان للرطبة معلوم، ويقع المعاملة فى النخيل على أول ثمرة يخرج، وفى الرطبة على أول جزة يجز.

وأما إذا لم يكن للرطبة جزاز معلوم فلا يجوز، سواء قيد بذهاب أصولها أو أطلق، أو لم يذكر شيئًا، هو المراد من قوله: أو أطلق فى الرطبة؛ لأن فى كل منها جهالة المدة فى الرطبة، بخلاف النخيل؛ فإنه لو قيد بقوله: دفعتكها معاملة إلى أن يذهب أصولها فلا يجوز، وإن أطلق على ذلك فهو جائز، فيقع المعاملة على أول ثمر يخرج فى تلك السنة. (ك)

(٩) قوله: "لأنها تنموا ما تركت [أى مادام تركت] إلخ" دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما، حتى يذهب أصولهما؛ لأنه لا نهاية لذلك، فكان غير معلوم. (ع)

(١٠) قوله: "فجهلت المدة" لأن الرطبة مما يزداد طولا، بطول المدة، فمتى لم يكن وقت الجزازة معلومًا كان مدة المعاملة مجهولة، بخلاف الثمر؛ لأن لإدراكه وقتًا معلومًا إذا بلغ ذلك، لا يزداد بعد ذلك وإن طال الزمان، أما الرطبة بخلافها. (ك)

(١١) متعلق بقوله: وسمى جزء من الثمر مشاعًا. (غن)

وإن سمّيا في المعاملة وقتًا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها[١] فسدت المعاملة، ؛لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج، ولو سمّيا مدة قد يبلغ الثمر فيها، وقد يتأخر عنها جازت؛ لأنا لا نتيقن بفوات المقصود، ثم لو خرج في الوقت المسمى، فهو على الشركة؛ لصحة العقد، وإن تأخر فللعامل أجر المثل؛ لفساد العقد؛ لأنه تبين الخطأ في المدة المسمّاة، فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء[٢].

بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا؛ لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحًا[٣]، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه.

قال[٤]: وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب، وأصول الباذنجان. وقال الشافعي في الجديد[٥]: لا تجوز إلا في الكرم والنخل؛ لأن جوازها[٦] بالأثر، وقد خصّمهما وهو حديث خيبر[٧]*.

ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت[٨]، وأثر خيبر لا يخصهما[٩]؛ لأن أهلها[١٠] كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضًا[١١]، ولو كان كما زعم[١٢]، فالأصل في

---

(١٢) من أنه لو شرط لأحدهما قفزانًا مسماة، فهي باطلة؛ لأن به ينقطع الشركة؛ لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر.

(١٣) في الخارج.

(١) أي في تلك المدة.

(٢) أي أنه لا يخرج الثمر في هذه المدة.

(٣) وموجبه الشركة في الخارج. (كافي)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) أي في قوله الجديد.

(٦) معاملة.

(٧) فإنه لما افتتح خيبر أقر رسول الله ﷺ اليهود على أن يعملوا فيها على نصف ما يخرج فيها من ثمر أو زرع.

* راجع كتاب المزارعة في نصب الراية ج٤ ص١٧٩، وأيضًا في الدراية ج٢، الحديث٨٩٧ ص٢٠٤. (نعيم)

(٨) وعموم العلة يقتضي عموم الحكم. (ع)

(٩) النخل والكرم.

(١٠) خيبر.

(١١) قوله: "يعملون في الأشجار إلخ" روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما، أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع، رواه البخاري ومسلم وجماعة أخرى، وهذا مطلق، فلا يجوز تقييده ببعض الأشجار دون بعض. (زيلعي)

(١٢) قوله: ولو كان كما زعم إلخ" أي لو كان الأمر كما زعم، من كون عمل أهل خيبر مقتصرا على النخيل والكرم، فلا يقتضي هذا اقتصار حكم الشرع على المورد؛ لأن الأصل في المنصوص التعليل، فيمنع الأصل المذكور اقتصار

النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله[١].

وليس لصاحب الكرم[٢] أن يخرج العامل من غير عذر؛ لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد، وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر[٣]؛ بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر[٤]، على ما قدمناه[٥].

قال[٦]: فإن دفع نخلا فيه تمر مساقاة، والتمر يزيد بالعمل جاز، وإن كانت[٧] قد انتهت لم يجز، وكذا على هذا إذا دفع[٨] الزرع وهو بقل جاز، ولو استحصد[٩] وأدرك لم يجز؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التناهي، والإدراك فلو جوزناه[١٠] لكان استحقاقًا بغير عمل، ولم يرد به الشرع[١١]، بخلاف ما قبل ذلك[١٢] لتحقق الحاجة إلى العمل. قال[١٣]: وإذا فسدت المساقاة، فللعامل أجر مثله؛ لأنه[١٤] في معنى الإجارة الفاسدة، وصارت كالمزارعة إذا فسدت، قال[١٥]: وتبطل[١٦] المساقاة بالموت؛ لأنها في معنى الإجارة، وقد بيناه فيها[١٧]، فإن

الحكم على المورد. وإنما الاقتصار فيما لم يعلل، أي يكون مخالفًا للقياس لا سيما الأصل الذى عند الشافعي؛ فإن هذا الأصل عنده حجة موجبة، أما عندنا فلا يجوز العمل بهذا الأصل إلا بقدر قيام الدليل، على أن هذا النص معلل في الحال، فلا يجوز العمل بهذا الأصل بدون قيام هذا الدليل عندنا، لكنه يكفي في منع اقتصار الحكم على المورد. (أعظمي)

(١) فإن بابه أوسع عنده؛ لأنه يرى التعليل بالعلة القاصرة. (م)

(٢) ذكره تفريعًا على مسألة القدوري. (عيني)

(٣) ولا ينفرد واحد منهما بفسخه إلا بعذر، كسائر الإجارات. (ك)

(٤) قوله: "بالإضافة إلى صاحب البذر" لأن في إبقاء البذر في الأرض إتلاف ملكه، فله أن لا يرضى به، وههنا لا يحتاج رب الكرم في إبقاء العقد إلى إتلاف شيء من ماله، فيلزم العقد من الجانبين. (كافي)

(٥) قوله: "على ما قدمناه" إشارة إلى ما قال في كتاب المزارعة: وإذا عقدت المزارعة، فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه إلخ. (م)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) تمر.

(٨) مساقاة.

(٩) الزرع.

(١٠) ههنا.

(١١) لأنها جوزت بالأثر، فيما يكون أجر مثل العامل بعض الخارج. (م)

(١٢) أي ما قبل التناهي والإدراك. (ك)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) معاملة.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) قوله: "وتبطل" لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث.

مات رب الأرض والخارج بسر، فللعامل أن يقوم عليه، كما كان يقوم قبل ذلك[١] إلى أن يدرك التمر؛ وإن كره[٢] ذلك ورثة رب الأرض استحسانًا[٣]، فيبقى العقد دفعًا للضرر عنه[٤] ولا ضرر فيه على الآخر[٥].

ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر[٦] بين أن يقتسموا البسر على الشرط، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر، حتى يبلغ[٧] فيرجعوا بذلك في حصة العامل من التمر[٨]؛ لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم، وقد بينا نظيره في المزارعة[٩].

ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن[١٠] كره رب الأرض؛ لأن فيه النظر من الجانبين، فإن أرادوا أن يصرموه[١١] بسرًا، كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة[١٢] التي بيناها[١٣].

وإن ماتا جميعًا فالخيار لورثة العامل؛ لقيامهم مقامه[١٤]، وهذا خلافة في حق

(١٧) قوله: "فيها" أى فى الإجارات من أنه إذا مات أحد المتعاقدين، وقد عقد الإجارة لنفسه، انفسخت الإجارة.

(١) موت.

(٢) قوله: "وإن [الواو وصلية] كره ذلك ورثة إلخ" أى ليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحسانًا؛ لأن فى منعه إلحاق الضرر، فيبقى العقد دفعًا للضرر عنه، ولا ضرر على الورثة. (زيلعى)

(٣) قوله: "استحسانًا" وأما فى القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما، وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل أنصافًا إن شرطا أنصافًا؛ لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج، والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين. (ع)

(٤) عامل.

(٥) ورثة صاحب الأرض.

(٦) أى صاحب الأرض.

(٧) التمر.

(٨) قوله: "فيرجعوا إلخ" وفى رجوعهم فى حصة إشكال، وكان ينبغى أن يرجعوا عليه بجميعه؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، وكان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط، يؤدى إلى أن العمل يجب عليهما، حتى يستحق المؤنة بحصته فقط، وهذا خلف؛ لأنه يؤدى إلى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المساقاة، وهذا الإشكال وارد فى المزارعة أيضًا. (زيلعى)

(٩) قبيل كتاب المساقاة.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) يقطعوه.

(١٢) قوله: "بين الخيارات الثلاثة إلخ" أى إن شاءوا جزوا البسر، فقسموه على الشرط، وإن شاءوا أعطوه نصف قيمة البسر، وصار البسر كله بينهم، وإن شاءوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ، ويرجعوا بالنفقة فى حصة العامل من الثمر، كما فى المزارعة. (ك)

(١٣) آنفًا.

مالى[٣][١]، وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، لا أن يكون وراثة في الخيار، فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه، كان الخيار فى ذلك إلى ورثة رب الأرض على ما وصفنا[٢].

قال: وإذا انقضت[٣] مدة المعاملة، والخارج بسر أخضر، فهذا والأول سواء[٤]، وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر[٥]؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره[٦].

بخلاف المزارعة فى هذا[٧]؛ لأن الأرض يجوز استئجارها[٨]، وكذلك العمل كله على العامل ههنا[٩]، وفى المزارعة فى هذا[١٠] عليهما؛ لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل، وههنا لا أجر، فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهاءها[١١].

---

(١٤) قوله: "لقيامهم مقامه إلخ" وكان له فى حياته هذا الخيار بعد موت رب الأرض، فكذا يكون لورثته بعد موته. (كافى)

(١) قوله: "وهذا [أى الخيار الثابت لورثة العامل. عن] خلافة فى حق مالىّ" إنما قاله جوابا لسوال مقدر، بأن يقال: خيار الشرط لا يورث عندكم؛ لأنه عوض لا يقبل النقل، فكيف يثبت هذا الخيار لهم، فقال: هذه خلافة فى حق مالى إلخ. (غن)

(٢) أى الخيارات الثلاثة التى مرت.

(٣) أى فيما إذا لم يمت واحد منهما.

(٤) قوله: "فهذا [أى انقضاء المدة] والأول [أى صورة الموت. ع] سواء [فى خيار العامل]" والعامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل، وإن شاء خير بين الخيارات الثلاثة. (ع)

(٥) قوله: "لكن بغير أجر" أى على العامل فى معاملة نصيبه، من الثمرة التى بقيت على الشجر، بعد انقضاء المدة. (ك)

(٦) قوله: "لايجوز استئجاره [على ما مر فى الإجارة]" حتى لو اشترى ثمارا على الأشجار، ثم استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك، لا يجب عليه أجر. (ك)

(٧) أى فيما إذا انقضت مدة المزارعة. (ك)

(٨) قوله: "يجوز استئجارها" فإن من اشترى زرعًا فى أرض، ثم استأجر الأرض مدة معلومة جاز، ووجب المسمى، وإن استأجرها إلى وقت إدراك الزرع وجب أجر المثل. (ك)

(٩) قوله: "وكذلك العمل إلخ" أى إذا ظهر هذا الفرق يبتنى عليه فرق آخر، وهو أن العمل هناك عليهما بحسب ملكهما فى الزرع؛ لأن رب الأرض لما استوجب الأجر على العامل، لا يستوجب عليه العمل فى نصيبه بعد انتهاء المدة، وههنا العمل على العامل فى الكل؛ لأنه لا يستوجب رب النخل عليه أجراً بعد انقضاء المدة، كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة، فيكون العمل كله على العامل إلى وقت الإدراك، كما قبل انقضاء المدة. (ك)

(١٠) أى فيما إذا انقضت مدة المزارعة.

(١١) مدة

قال[١]: وتفسخ[٢] بالأعذار؛ لما بينا في الإجارات[٣]، وقد بينا وجوه العذر فيها[٤]، ومن جملتها أن يكون العامل سارقًا يخاف عليه سرقة السعف[٥] والثمر قبل الإدراك؛ لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به.

ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه[٦] عن العمل؛ لأن في إلزامه استئجار الإجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه، فيجعل ذلك عذراً، ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً؟ فيه روايتان[٧]: وتأويل إحداهما أن يشترط العمل بيده، فيكون عذراً من جهته[٨].

ومن دفع أرضًا[٩] بيضاء[١٠] إلى رجل سنين معلومة، يغرس فيها شجراً على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك؛ لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا[١١] قبل الشركة لا بعمله[١٢].

وجميع الثمر والغرس لرب الأرض، وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل؛ لأنه في معنى قفيز الطحان، إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله[١٣]، وهو نصف البستان فيفسد، وتعذر رد الغراس[١٤] لاتصالها[١٥] بالأرض، فيجب

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) المساقاة.

(٣) من أنه عجز العاقد عن المضي في موجب العقد، إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد.

(٤) قوله: "وقد بينا وجوه العذر فيها [أي في الإجارة. ع]" يريد به قوله: ولنا أن المنافع غير متقومة، وهي المعقود عليها، فصارت العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض إلخ. (ع)

(٥) شاخ خرما يا برگ آن. (م)

(٦) مرض.

(٧) قوله: "فيه روايتان" في إحدهما لا يكون عذراً، ويجبر على ذلك؛ لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر، وهو ما يلحقه به ضرر، وههنا ليس كذلك، وفي الأخرى عذر، وتأويله: أن يشترط عليه العمل بنفسه، فإذا ترك العمل كان ذلك عذراً، أما إذا دفع إليه النخيل على أن يعمل فيه بنفسه وبإجراءه، فعليه أن يستخلف غيره، فلا يكون ترك العمل عذراً في فسخ المعاملة. (عناية)

(٨) لأنه تعذرعليه استيفاء المعقود عليه. (ك)

(٩) هذا من مسائل الأصل، ذكره تفريعاً على مسألة القدوري. (عيني)

(١٠) ليس فيها شجر. (ع)

(١١) وهو الأرض. (ع)

(١٢) عامل.

(١٣) قوله: "إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله [عامل]" لأنه استأجر أجيراً ليجعل أرضاً بستاناً بآلات الأجير، على أن يكون أجرته نصف البستان الذي يظهر بعمله. (زيلعي)

قيمتها وأجر مثله؛ لأنه لا يدخل في قيمة الغراس[١]؛ لتقومها بنفسها[٢]، وفي تخريبها[٣] طريق آخر[٤] بيناه في "كفاية المنتهى"، وهذا أصحهما[٥]، والله أعلم.

كتاب الذبائح[٦]

قال[٧]: الذكاة شرط حل الذبيحة[٨]؛ لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾[٩]، ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر، وكما يثبت[١٠] به الحل، يثبت به الطهارة في المأكول وغيره، فإنها تنبئ عنها[١١]، ومنه قوله عليه السلام[١٢]: «ذكاة

---

(١٤) بالكسر: نهال نشانده شد. (م)

(١٥) قوله: "لاتصالها [إنما أنث الضمير الراجع إليه على تأويل الأغراس. غن] إلخ" فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر، بل يكون يعطيه خشبة، ولم يكن مشروطًا، بل المشروط تسليم الشجر. (ع)

(١) قوله: "لأنه [أجر المثل] لا يدخل في قيمة الغراس" وقد انتفى بعمله أجر، وهو نصف الأرض، ونصف الخارج، ولم يحصل شيء. (زيلعي)

(٢) قوله: "لتقومها بنفسها" أي لأنها أعيان متقومة بنفسها لا مجانسته بينها وبين عمل العامل؛ لأنه يتقوم بالعقد لا قيمة له بنفسه. (ع)

(٣) أنث الضمير الراجع إلى اجر المثل بتأويل الأجرة. (غن)

(٤) قوله: "طريق آخر [أي طريق الشراء] وهو أن يكون مشتريًا نصف الغراس منه بنصف الأرض، والغراس مجهولة فلا يجوز. (ك)

(٥) قوله: "وهذا أصحهما" يعني المذكور في "الهداية" أصحهما؛ لأنه نظير من استأجر صبّاغًا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه، على أن يكون نصف المصبوغ للصابغ في أن الغراس آلة يجعل الأرض بها بستانًا، كالصبغ للثوب، وإذا فسدت الإجارة، بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض، وهي متقومة، فيلزمه قيمته، كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله. (ع)

(٦) قوله: "كتاب الذبائح" ذكرها بعد المساقاة؛ لأن في كل منهما إصلاح ما لا ينتفع به بالأكل في الحال للانتفاع في المآل، كذا نقل في "رد المحتار".

والذبائح هي جمع ذبيحة، وهي اسم ما يذبح، كالذبح -بالكسر- والذبح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج، والذكاة الذبح، اسم من ذكى الذبيحة تزكية إذا ذبحها. (مل)

(٧) أي المصنف، كذا قال العيني.

(٨) قوله: "الذكاة [ذكا الشاة ذكاةً: گلو بريد گوسفند را. من] إلخ" يعني أن الذبح شرط لكل ما يؤكل لحمه من الحيوان؛ لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ بعد قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم﴾ إلخ، استثنى من الحرمة المذكى، فيكون حلالا، والمرتب على المشتق معلول بصيغة المشتق منه؛ لكنه لما كان الحل ثابتًا بالشرع جعلت شرطًا. (ع)

(٩) وحكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله. (ك)

(١٠) في المأكول. (ع)

(١١) أي لغة طهارة.

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام" قلت: غريب، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن ابن الحنفية وأبي قلابة قال: إذا جفت الأرض فقد ذكت. (ت)

الأرض يبسها[(١)]»*، وهى اختيارية كالجرح فيما بين اللبة[(٢)] واللحيين[(٣)]، واضطرارية: وهى الجرح فى أى موضع كان من البدن.

والثانى كالبدل عن الأول[(٤)]؛ لأنه لا يصار إليه[(٥)]، إلا عند العجز عن الأول، وهذا آية البدلية[(٦)]. وهذا لأن الأول[(٧)] أعمل فى إخراج الدم، والثانى[(٨)] أقصر فيه، فاكتفى به[(٩)] عند العجز عن الأول، إذ التكليف بحسب الوسع، ومن شرطه[(١٠)] أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد[(١١)]، إما اعتقاداً كالمسلم[(١٢)]، أو دعوى كالكتابى[(١٣)]، وأن يكون حلالا خارج الحرم، على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

قال[(١٤)]: وذبيحة المسلم والكتابى حلال؛ لما تلونا[(١٥)]، ولقوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم[(١٦)]﴾، ويحل إذا كان يعقل التسمية[(١٧)] والذبيحة[(١٨)]

---

(١) قوله: "ذكاة الأرض يبسها" أى طهارة الأرض أى إذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت، كما بالذكاة تطهر الذبيحة وتطيب، كذا فى "الصحاح" و "المغرب".

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨١، وانظر فى الدراية ج٢ ص٢٠٥ تحت كتاب الذبائح. (نعيم)

(٢) لبة: سر سينه. (من) اللبة المنحر من الصدر. (مغرب)

(٣) اللحى العظم الذى عليه الأسنان. (مغرب) لحى بالفتح جارى ريش از مردم وهما لحيان. (من)

(٤) قوله: "كالبدل عن الأول" إنما قال كالبدل؛ لأن الإبدال يعرف بالنص ولم يرد فيه، وقد وجدت فيه إمارة البدلية، فقال كالبدل. (ع)

(٥) ثانى.

(٦) قوله: "وهذا آية البدلية" لكنه لما اختلف محل كل واحد منهما، لم يجزم بكونه بدلا للاختيارية، فجعلت شبهة للبدل. (أعظمى)

(٧) اختيارى.

(٨) اضطرارى.

(٩) ثانى.

(١٠) ذبح.

(١١) ملة سماوية. (زيلعى)

(١٢) قوله: "أما اعتقاداً" والظاهر أنه مفعول له، أى كونه صاحب دين التوحيد؛ لأجل اعتقاده أو لأجل الدعوى. (أعظمى)

(١٣) قوله: "كالكتابى [فإنه يدعى التوحيد. ك]" ثم إنما يحل ذبيحة الكتابى فيما إذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير أو اسم المسيح، وأما إذا ذكر ذلك فلا يحل، كما لا يحل ذبيحة المسلم إذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى؛ لقوله تعالى: ﴿وما أهل به لغير الله﴾، فحال الكتابى فى ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم. (ك)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ لأن الخطاب عام. (غن)

(١٦) قوله: "وطعام الذين إلخ" والمراد به مذكاهم؛ لأن مطلق الطعام غير المذكى يحل من أى كافر كان، ولا يشترط فيه أن يكون من أهل الكتاب. (زيلعى)

ويضبط[١]، وإن[٢] كان[٣] صبيًا أو مجنونًا[٤] أو امرأة، أما إذا كان لا يضبط، ولا يعقل التسمية، والذبحة لا تحل؛ لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص، وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا[٥]، والأقلف[٦] والمختون سواء؛ لما ذكرنا[٧]، وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي[٨]؛ لأن الشرط قيام الملة على ما مر[٩].

قال[١٠]: ولا تؤكل ذبيحة المجوسي؛ لقوله عليه السلام: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نساءهم ولا آكلي ذبائحهم[١١]»*، ولأنه[١٢] لا يدعي التوحيد، فانعدمت الملة اعتقادًا ودعوى.

---

(١٧) قوله: "إذا كان [الذابح] يعقل إلخ" أي يعقل أن التسمية محللة، ويعقل أن الذبح لإخراج الدم المسفوح، وضبط الذبح أن يقدر على فرى الأوداج. (أعظمي)

(١٨) بكسر الذال، نوع من الذبح. (غن)

(١) أي يقدر على فرى الأوداج ويحسن القيام به.. (ك)

(٢) الواو وصلية.

(٣) الذابح.

(٤) قال في "النهاية": أي معتوهًا؛ لأن المجنون لا قصد له، ولا بد منه. (ع)

(٥) يعني قوله: إذا كان يعقل التسمية والذبحة ويضبط. (ع)

(٦) ختنه نا كرده.

(٧) قوله: "لما ذكرنا" قيل أراد به الآيتين المذكورتين، وفيه نظر؛ لأن عادته في مثله لما تلونا، وقيل: أراد به قوله؛ لأن حل الذبيحة يعتمد الملة، وهذا ليس بمذكور في الكتاب، والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية، وإلى قوله؛ ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر، وعادته في مثله ذلك. وقيل: إنما ذكر الأقلف احترازًا عن قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه: إنه يقول: شهادة الأقلف وذبيحته لا تجوز. (ع)

(٨) قوله: "والتغلبي" عطف على العربي، من عطف الخاص على العام؛ لأن بني تغلب قوم فلاحون، يسكنون بعرب الروم. (عيني)

قوله: "والتغلبي" بنو تغلب قوم من مشركي العرب، طالبهم عمر رضي الله تعالى عنه بالجزية فأبوا، فصولحوا على أن يعطوا الصدقة مضاعفة فرضوا. (مغرب)

(٩) قوله: "لأن الشرط قيام الملة، على ما مر [آنفًا]" فيه نظر؛ لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط، ويمكن أن يجاب عنه، بأنه شرط في معنى العلة. (ع)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "سنوا بهم [أي اسلكوا بهم على طريق أهل الكتاب في إعطاء الأمان بأخذ الجزية] إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وأخرج عبد الرزاق عن الحسن بن محمد بن علي: «أن النبي ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليه الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نساءهم ولا آكلي ذبائحهم»، انتهى (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨١، والدراية ج٢، الحديث ٨٩٩ ص٢٠٥. (نعيم)

(١٢) مجوسي.

قال[١]: والمرتد؛ لأنه لا ملة له؛ فإنه لا يقر على ما انتقل إليه، بخلاف الكتابى إذا تحول إلى غير دينه[٢]؛ لأنه يقر عليه[٣] عندنا، فيعتبر ما هو عليه عند الذبح[٤]، لا ما قبله[٥]. قال[٦]: والوثني؛ لأنه لا يعتقد الملة، قال[٧]: والمحرم يعنى من الصيد[٨]، وكذا لا يؤكل ما ذبح فى الحرم من الصيد، والإطلاق فى المحرم ينتظم الحل والحرم، والذبح فى الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم وهذا؛ لأن الذكاة فعل مشروع، وهذا الصنيع محرم[٩]، فلم تكن ذكاة بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد، أو ذبح فى الحرم غير الصيد صح؛ لأنه فعل مشروع؛ إذ الحرم لا يؤمن الشاة[١٠]، وكذا لا يحرم ذبحه[١١] على المحرم.

قال[١٢]: وإن ترك[١٣] الذابح التسمية عمداً، فالذبيحة ميتة لا تؤكل، وإن تركها ناسيًا أكل[١٤]، وقال الشافعي: أكل فى الوجهين[١٥].

وقال مالك: لا تؤكل فى الوجهين[١٦]، والمسلم والكتابى فى ترك التسمية

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "إذا تحول إلى غير دينه" قيل: معناه إلى غير دينه من أديان أهل الكتاب، ويحتمل أن يكون معناه أنه يخالف المرتد، فى أنه يقر على ما انتقل إليه، ولو كان من غير دين أهل الكتاب. (أعظمى)

(٣) على ما تحول إليه.

(٤) قوله: "عند الذبح" حتى لو تمجس يهودى أو نصرانى لم يحل صيده ولا ذبيحته، بمنزلة ما لو كان مجوسيًا فى الأصل، وإن تهود مجوسى، أو تنصر يؤكل صيده وذبيحته، كما لو كان عليه فى الأصل. (ك)

(٥) ذبح.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) هذا القيد لا بد منه؛ لأنه تحل ذبيحة المحرم من الأهلى. (عينى)

(٩) أى ذبح المحرم والذبح فى الحرم.

(١٠) ونحوها من النعم. (عينى)

(١١) أى ذبح غير الصيد.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "وإن ترك" اعلم أن صورة ترك التسمية عامداً أن يعلم أن التسمية شرط، وتركها مع ذكرها، وأما لو تركها من لم يعلم باشتراطها فهو فى حكم الناسى، كذا ذكره فى الحقائق. (سقاية لعطشان الهداية من تصانيف مولانا محمد عبد الحليم، أدخله الله دار النعيم)

(١٤) قوله: "وإن تركها ناسيًا إلخ" والأخرس عاجز عن الذكر، فيكون معذوراً، ويقوم الملة مقامه، كالناسى بل أولى؛ لأنه ألزم. (زيلعى)

(١٥) أى العمد والنسيان.

(١٦) أى العمد والنسيان.

سواء، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية[١] عند إرسال البازى والكلب وعند الرمى، وهذا[٢] القول من الشافعى مخالف للإجماع؛ فإنه لا خلاف فيمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية عامدًا، وإنما الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا.

فمن مذهب ابن عمر رضى الله تعالى عنهما، أنه يحرم، ومن مذهب على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم أنه يحل، بخلاف متروك التسمية عامدًا[٣]؛ ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله تعالى: إن متروك التسمية عامدًا لا يسع فيه الاجتهاد، ولو قضى القاضى بجواز بيعه[٤] لا ينفذ؛ لكونه[٥] مخالفًا للإجماع.

له قوله عليه السلام[٦]: «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمّى أو لم يسم»[٧]*، ولأن التسمية لو كانت شرطًا للحل لما سقطت بعذر النسيان[٨] كالطهارة[٩] فى باب الصلاة، ولو كانت شرطًا[١٠] فالملة أقيمت مقامها[١١]، كما فى الناسى. ولنا الكتاب: وهو قوله تعالى[١٢]: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾

---

(١) قوله: "ترك التسمية" يشترط التسمية على المذبوح فى الذبح، وفى الصيد يشترط عند الإرسال والرمى على آلته؛ لأن الطاعة بحسب الطاقة والمقدور. (ع)

(٢) أى حل متروك التسمية عامدًا.

(٣) فإنه يحرم بالاتفاق.

(٤) أى بيع متروك التسمية عامدًا.

(٥) قضاء.

(٦) سوى بين التسمية وعدمها، والشرط لا يكون كذلك. (ع)

(٧) قوله: "المسلم يذبح على اسم الله إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وفى معناه أحاديث: منها ما أخرجه الدارقطنى ثم البيهقى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قال: «المسلم يكفيه اسمه فإن نسى أن يسمّى حين يذبح فليسم وليذكر اسم الله ثم ليأكل»، انتهى (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٢، والدراية ج٢، الحديث ٩٠٠ ص٢٠٦. (نعيم)

(٨) قوله: "لما سقطت بعذر النسيان" فإن التسمية لو كانت من شرائط الحل، كانت مأمورًا بها، وفى المأمور لا فرق بين النسيان والعمد فى العمل، كقطع الحلقوم والأوداج والتكبير والقراءة فى الصلاة، وإنما يقع الفرق فى المزجور كالأكل والشرب في الصوم؛ لأن موجب النهى الانتهاء، والناسى يكون منتهيًا اعتقادًا، فأما موجب الأمر الائتمار، والتارك ناسيًا أو عامدًا لا يكون مؤتمرًا. والجواب أنا لا نسلم الملازمة، فإنها تقتضى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما إذا كان على الناسى هيئة مذكرة، كالأكل فى الصلاة، والجماع فى الإحرام، وههنا هيئة توجب النسيان، وهى ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال، فليس هيئة مذكرة موجودة. (سل)

(٩) فإنها شرط لم يجز صلاة من نسى الطهارة. (عن)

(١٠) أى سلمنا أنها شرط، لكن الملة إلخ.

(١١) تسمية.

(١٢) وهو قوله تعالى: إلخ" وجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير، وصلة

الآية، نهى وهو[١] للتحريم، والإجماع وهو ما بينا[٢].

والسنة: وهو حديث عدى بن حاتم الطائى رضى الله تعالى عنه[٣]، فإنه عليه السلام قال فى آخره[٤]: «فإنك إنما سمّيت على كلبك ولم تسمّ على كلب غيرك»* علل[٥] الحرمة بترك التسمية.

ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا[٦]؛ إذ لا فصل فيه، ولكنا نقول[٧]: فى اعتبار ذلك[٨] من الحرج ما لا يخفى؛ لأن الإنسان كثير النسيان، والحرج مدفوع[٩]، والسمع[١٠] غير مجرى على ظاهر؛ إذ لو أريد[١١] به لجرت المحاجة[١٢] وظهر الانقياد[١٣]، وارتفع الخلاف فى الصدر الأول[١٤]، والإقامة فى حق الناسى[١٥]،

على تدل على أن المراد به الذكر باللسان، يقال: ذكر عليه إذا ذكر باللسان، وذكره إذ ذكر بالقلب، وقوله: ﴿ولا تأكلوا﴾ عام مؤكد بمن الاستغراقية التى تفيد التاكيد. وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص، فهو غير محتمل للخصوص، فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً، إلا أن الشرع جعل الناسى ذاكراً؛ لعذر كان من جهته، وهو النسيان. (ع)

(١) نهى.

(٢) قوله: "وهو ما بينا" يريد به ما ذكر فى التشنيع بقوله؛ فإنه لاخلاف فيمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية إلخ. (ع)

(٣) قوله: "وهو حديث عدى بن حاتم إلخ" أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن عدى بن حاتم، قلت: يارسول الله! إنى أرسل كلبى وأسمى، فقال: «إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل فإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه». قلت: إنى أرسل كلبى أجد معه كلباً آخر، لا أدرى أيهما أخذه، فقال: «لا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب آخر»، انتهى(ت)

(٤) حين سأله عدى عما إذا وجد مع كلبه كلباً آخر. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٤، والدراية ج٢، الحديث١٠٩ ص٢٠٦. (نعيم)

(٥) عليه السلام.

(٦) قوله: "يحتج إلخ" استدل مالك بظاهر قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ فإن فيه النهى بأبلغ وجه، وهو تاكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية، وهو بإطلاقه يقتضى الحرمة من غير فصل. (ع)

(٧) لدفع قول مالك على سبيل المعارضة. (أعظمى)

(٨) أى حرمة متروك التسمية ناسياً.

(٩) قوله: "والحرج مدفوع" لقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم فى الدين فى الحرج﴾. (ع)

(١٠) قوله: "والسمع [جواب عن قول مالك. (ك) حاصله أن النص مؤول بالحمل على العامد. أعظمى] إلخ" وهو قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ ليس المراد منه العموم ظاهراً، ولهذا اختلفت الصحابة فى متروك التسمية ناسياً، ولم يحتج من قال بحرمته بالآية. (غن)

(١١) ظاهر.

(١٢) بين السلف.

(١٣) لأن ظاهر ما يدل عليه الألفاظ لا يدل على أهل اللسان. (ع)

(١٤) زمن الصحابة.

وهو[١] معذور لا يدل عليها فى حق العامد ولا عذر[٢]، وما رواه محمول على حالة النسيان[٣]. ثم التسمية فى ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح[٤]، وهو على المذبوح، وفى الصيد تشترط عند الإرسال والرمى، وهو على الآلة؛ لأن المقدور له فى الأول[٥] الذبح، وفى الثانى[٦] الرمى، والإرسال دون الإصابة[٧]، فيشترط[٨] عند فعل يقدر عليه، حتى إذا أضجع شاه، وسمى فذبح غيرها[٩] بتلك التسمية لا يجوز[١٠]، ولو رمى إلى صيد، وسمى وأصاب غيره حل[١١]، وكذا فى الإرسال، ولو أضجع شاة وسمى، ثم رمى بالشفرة[١٢]، وذبح[١٣] بأخرى أكل[١٤]، ولو سمى على سهم، ثم رمى بغيره صيدًا لا يؤكل[١٥].

قال[١٦]: ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئًا غيره، وأن يقول عند الذبح: اللهم تقبل من فلان، وهذه ثلاث مسائل: إحداها: أن يذكر موصولا لا معطوفًا فيكره[١٧]، ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال[١٨].

---

(١٥) قوله: "والإقامة [أى إقامة الملة] فى حق الناسى إلخ" جواب عن تنزل الشافعى بقوله: ولو كانت شرطًا إلخ. (مل)

(١) الواو حالية.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله:"وما رواه محمول" أى الشافعى، وهو قوله صلى الله عليه السلام: «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمّى أو لم يسمّ». (ك)

(٤) قوله: "تشترط عند الذبح إلخ" والمعتبر أن يقع الذبح عقيب التسمية قبل أن يتبدل المجلس، حتى إذا سمى، ثم اشتغل بعمل آخر من كلام قليل، أو شرب، أو شرب ماء، أو أكل لقمة، أو تحديد شفرة، ثم ذبح يحل، وإن كان كثيراً لا؛ لأن إيقاع الذبح بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن إلا بحرج عظيم، فأقيم المجلس مقام الاتصال، فالعمل القليل لا يقطع المجلس، والكثير يقطع. (زيلعى)

(٥) ذكاة الاختيار.

(٦) أى الصيد.

(٧) إلى الصيد.

(٨) تسمية.

(٩) شاة.

(١٠) لفقد التسمية على المذبوح.

(١١) لوجود التسمية على الآلة.

(١٢) كارد. (م)

(١٣) أى ذبح تلك الشاة بشفرة أخرى.

(١٤) لوجود التسمية على المذبوح.

(١٥) لفقد الآلة التى سمى عليها.

(١٦) لم يوجد فى النسخة الصحيحة لفظة قال، وهى من مسائل "الجامع الصغير". (عينى)

ونظيره أن يقول: بسم الله، محمدٌ رسول الله[١]؛ لأن الشركة لم توجد، فلم يكن الذبح واقعًا له[٢]، إلا أنه يكره لوجود القرآن صورة[٣]، فيتصور بصورة المحرم.

والثانية: أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة، بأن يقول: بسم الله واسم فلان، أو يقول: بسم الله وفلان، أو بسم الله ومحمد رسول الله -بكسر الدال-[٤]، فتحرم الذبيحة؛ لأنه أهل به لغير الله[٥].

والثالثة: أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى، بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده[٦]، وهذا لا بأس به؛ لما روى عن النبى ﷺ[٧] أنه قال: بعد الذبح «اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ»*.

والشرط هو الذكر الخالص المجرد[٨] على ما قال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه[٩]: جردوا التسمية، حتى لو قال[١٠] عند الذبح: اللهم اغفر لى، لا يحل؛ لأنه

---

(١٧) قوله: "فيكره [هذا الذكر]" قال العينى: أى فيكره هذا الفعل ولا تحرم الذبيحة، وما فى بعض شروح "الهداية" من أن هذا الكلام من التنازع، فالأعمال للثانى، والإضمار للأول عجيب جدًا. (سقاية لعطشان الهداية، من تصانيف مولانا محمد عبد الحليم، أدخله الله دار النعيم.)

(١٨) أى محمد فى الكتاب. (سقاية)

(١) قوله: "محمدٌ [بالرفع] رسول الله" إن قال بالخفض لا يحل ذكره فى النوازل، وقال بعضهم: إذا كان يعرف النحو. (زيلعى)

(٢) أى لغير الله.

(٣) قوله: لوجود القرآن صورة" ومن هذا النوع أن يقول: اللهم تقبل من فلان؛ لأن الشركة لم توجد، ولم يكن الذبح واقعًا عليه؛ إلا أنه يكره؛ لما ذكرنا. (زيلعى)

(٤) قوله: "بكسر الدال" وإن رفعه يحل؛ لأنه كلام مبتدأ، وإن نصبه اختلفوا فيه، وعلى هذا القياس لو سمى آخر مع اسم الله تعالى. (ك)

(٥) قوله: "لأنه أهل به إلخ" أهل المعتمر أى رفع صوته بالتلبية، وما أهل به لغير الله أى نودى عليه بغير اسم الله. (ديوان)

(٦) أى بعد أن يضجع الذبيحة.

(٧) قوله: "لما روى" أخرجه الحاكم فى "المستدرك" عن أبى رافع، أن رسول الله ﷺ كان إذا ضحى اشترى كبشين أملحين أقرنين، فإذا خطب وصلى ذبح أحد الكبشين بنفسه بالمدية، ثم يقول: «اللهم هذا عن أمتى جميعًا من شهد لك بالتوحيد، وشهد لى بالبلاغ، ثم أتى بآخر فذبحه وقال: اللهم هذا عن محمد وآل محمد، ثم يطعمهما المساكين، ويأكل هو وأهله منهما. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٤، والدراية ج٢، الحديث ٩٠٢ ص٢٠٦. (نعيم)

(٨) عن دعاءه وغرضه.

(٩) قلت: غريب.

دعاء وسؤال، ولو قال: الحمد لله، أو سبحان الله، يريد التسمية(١) حل، ولو عطس عند الذبح، فقال: الحمد لله، لا يحل في أصح الروايتين؛ لأنه يريد به الحمد لله على نعمة، دون التسمية(٢)، وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله: بسم الله والله أكبر(٣)، منقول عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما(٤) في قوله تعالى(٥): ﴿فاذكروا(٦) اسم الله عليها صواف(٧)﴾.

قال(٨): والذبح(٩) بين الحلق واللبة، وفي "الجامع الصغير"(١٠): لا بأس بالذبح في الحلق كله، وسطه وأعلاه وأسفله.

والأصل فيه قوله عليه السلام(١١): «الذكاة ما بين اللبة واللحيين(١٢)»(١٣)*،

---

(١٠) بدل بسم الله، إشارة إلى أنه لو قدمه، أو أخره لا بأس به. (ع)

(١) قوله: "التسمية" أي ذكر الله في افتتاح الفعل.

(٢) قوله: "دون التسمية" بخلاف الخطبة حيث يجوز عنها؛ لأن المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقا؛ لقوله تعالى: ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾. (زيلعي)

(٣) قوله: "وهو قوله بسم الله والله أكبر" وذكر الحلواني المستحب بلا واو، وبالواو يكره؛ لأنه يقطع فور التسمية. (زيلعي)

(٤) قوله: منقول عن ابن عباس [رواه الحاكم في "المستدرك" عن ابن عباس. ت] إلخ" ولقد حجر المصنف على نفسه، ففيه حديث مرفوع أخرجه الأئمة الستة في كتبهم في الضحايا عن قتادة عن أنس، أن النبي ﷺ كان يضحي بكبشين أملحين أقرنين يذبحهما بيده، ويسمي ويكبر ويضع رجله على صفاحهما.

وفي لفظ لمسلم والبخاري ويقول: بسم الله والله أكبر -انتهى- إلا أن يكون أراد الاستدلال بالقرآن مفسرًّا بقول صحابي، فيكون حسنًا. (ت)

(٥) أي في تفسير قوله تعالى.

(٦) عند نحرها. (جلالين)

(٧) قوله: "صواف [أي قائمة على ثلث معقولة اليد اليسرى. جلالين]" أي قياما على ثلث قوائم، قد صفت رجليها ويدها اليمنى وأخرى معقولة فينحرها، وهذا على سبيل الندب، ويجوز نحرها وذبحها مضجعة على جنبها كالبقر. (حاشية جمل بر جلالين)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) أي موضع الذكاة ما بين إلخ.

(١٠) قوله: "وفي الجامع الصغير [إنما أعاد لفظ الجامع الصغير؛ لأن فيه بيان أن محل الذبح الحلق، وليس ذلك في قوله: الذبح بين الحلق واللبة. ك] إلخ" أتى بلفظ الجامع الصغير؛ لأن فيه بيانًا ليس في رواية القدوري، وذلك لأن في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة، وليس بينهما مذبح غيرهما، فيحمل على ما يدل عليه لفظ "الجامع الصغير". (ع)

(١١) قوله: "والأصل [دليل] فيه إلخ" بين روايتي "المبسوط" و"الجامع الصغير" اختلاف من حيث الظاهر؛ لأن رواية "المبسوط" تقتضي الحل فيما إذا وقع الذبح فوق العقدة قبل الحلق؛ لأنه وإن كان قبل العقدة، فهو بين اللبة واللحيين فيحل. ورواية "الجامع الصغير" تقتضي أن لا يحل؛ لأن على روايته محل الذبح الحلق، فلما وقع الذبح قبل العقدة لم يكن الحلق محل الذبح فلا يجوز، فكانت رواية "الجامع الصغير" مقيدة لإطلاق رواية "المبسوط"، فكان المراد من

ولأنه[1] مجمع المجرى والعروق[2]، فيحصل بالفعل فيه إنهار[3] الدم على أبلغ الوجوه، فكان حكم الكل سواء[4].

قال: والعروق التى تقطع فى الذكاة أربعة، الحلقوم[5]، والمرىء[6]، والودجان[7]؛ لقوله عليه السلام[8]: «أفر[9] الأوداج بما شئت»*، وهى اسم جمع[10]، وأقله الثلاث[11] فيتناول[12] المرىء والودجين[13]، وهو حجة على الشافعى فى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء؛ إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة[14] إلا بقطع الحلقوم، فيثبت قطع الحلقوم[15] باقتضاءه، وبظاهر ما ذكرنا[16] يحتج مالك، ولا يجوز الأكثر

إطلاق رواية "المبسوط"، بأن الذكاة ما بين اللبة واللحيين المقيد، وهو أن تقع الذكاة فى الحلق بعد أن تكون ما بين اللبة واللحيين. وقد صرح فى ذبائح "الذخيرة" بأن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها؛ لأنه ذبح فى غير المذبح؛ لأن المذبح هو الحلقوم. (ن)

(١٢) رأس الصدر الذقن. (غن)

(١٣) قلت: غريب بهذا اللفظ، ورواية "المبسوط" على ظاهر هذا القول.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٥، والدراية ج٢، الحديث٩٠٣ ص٢٠٧. (نعيم)

(١) حلق.

(٢) أى مجمع المجرى أى مجرى الطعام ومجرى النفس.

(٣) روان كردن آب وجز آن. (م)

(٤) أى الأعلى والأسفل والوسط.

(٥) ناى گلو.

(٦) بالهمزة.

(٧) دو شه رگ.

(٨) قلت: غريب. (ت)

(٩) الفرى القطع للاصلاح، والإفراء الإفساد، وهو ههنا أليق. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٥، والدراية ج٢، الحديث٩٠٤ ص٢٠٧. (نعيم)

(١٠) قوله: "وهى اسم جمع" فإن قلت: الأوداج جمع، وليس باسم جمع وبينهما فرق، كما عرف فى موضعه، قلت: المراد بالاسم مفهومه اللغوى، أى لفظ جمع ولا يريد به نحو القوم والرهط. (عينى)

(١١) قوله: "وأقله الثلث" فإن قيل: الجمع المحلى بالألف واللام يصير للجنس، ويلغو فيه معنى الجمع، كقوله تعالى: ﴿لا يحل لك النساء﴾، قلنا: إنما يصار إلى الجنس إذا لم يكن ثمة معهود، وههنا العروق التى يرد عليها الذبح معهودة معلومة، فلا يصار إلى الجنس، ولا يلغو صيغة الجمع. (ك)

(١٢) منطوقًا.

(١٣) أى بطريق التغليب. (ك)

(١٤) مرىء وودجين.

(١٥) قوله: "فيثبت قطع إلخ" وإنما قال أن النص يتناول المرىء من حيث اللفظ والحلقوم بطريق الاقتضاء؛ لأن قطع مجرى النفس أبلغ فى حصول المقصود من قطع مجرى العلف، وقد فسر المصنف المرىء بمجرى النفس.

منها[١]، بل يشترط قطع جميعها[٢].

وعندنا إن قطعها[٣] حل الأكل، وإن قطع أكثرها، فكذلك[٤] عند أبي حنيفة.

وقالا: لا بد من قطع الحلقوم والمرئى وأحد الودجين، قال رضى الله تعالى عنه[٥]: هكذا ذكر القدورى الاختلاف فى "مختصره".

والمشهور فى كتب مشايخنا رحمهم الله تعالى أن هذا قول أبى يوسف وحده[٦]، وقال[٧] فى "الجامع الصغير": وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل، وإن قطع الأكثر من الأوداج[٨]، والحلقوم قبل أن يموت أكل، ولم يحك[٩] خلافًا، فاختلفت الرواية فيه[١٠].

والحاصل أن عند أبى حنيفة إذا قطع الثلاث أى ثلاث كان يحل، وبه كان يقول أبو يوسف أولا، ثم رجع إلى ما ذكرنا[١١].

وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد، وهو رواية عن أبى حنيفة؛ لأن كل فرد منها[١٢] أصل بنفسه؛ لانفصاله عن غيره، ولورود الأمر بفريه[١٣]، فيعتبر أكثر كل

واحتج الشافعى بأنه جمع الأوداج، وما ثمة إلا الودجان، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به انزهاق الروح، وهو بقطع الحلقوم والمرىء؛ لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما، وهو ضعيف لفظًا ومعنى، أما لفظًا؛ فإن الأوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرىء أصلا، وأما معنى؛ فلأن المقصود إصالة الدم النجس، وهو إنما يحصل بقطع مجراه. (مل)

(١٦) قوله: "بظاهر [أى بظاهر دلالة اللفظ، وبما يقتضيه. ع] ما ذكرنا [حيث شرط قطع الكل. كافى]" أى بظاهرما ذكرنا من اشتراط قطع الأربعة الثابت بدلالة اللفظ يحتج مالك حيث لا يجوز الأكثر من الأربعة أى الثلاثة، بل يشترط قطع جميع الأربعة، كذا قال العينى فى "البناية"، وقال أبى وأستاذى نور الله مرقده فى "السقاية لعطشان الهداية": فما فى بعض الشروح، وبظاهر ما ذكرنا من الحديث، وهو قطع الثلاثة يحتج مالك، ولا يجوز الأكثر منها – انتهى – فشطط. (المولوى محمد عبد الحى)

(١) أربعة.

(٢) أى مالك.

(٣) أربع.

(٤) أى الثلث أى ثلث كان.

(٥) أى المصنف.

(٦) أى لا بد من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين.

(٧) أى محمد.

(٨) أى الأكثر من كل ودج وحلقوم.

(٩) محمد.

(١٠) أى فى قطع الأكثر من الحلقوم والأوداج.

(١١) قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين. (حميدية)

(١٢) أربعة.

فرد[١] منها[٢]. ولأبى يوسف أن المقصود من قطع الودجين إنهار[٣] الدم، فينوب أحدهما عن الآخر؛ إذ كل واحد منهما مجرى الدم، أما الحلقوم فيخالف المرىء، فإنه مجرى العلف والماء[٤]، والمرىء مجرى النفس[٥]، فلا بد من قطعهما[٦].

ولأبى حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل فى كثير من الأحكام، وأى ثلاث قطعها، فقد قطع الأكثر منها[٧]، وما هو المقصود يحصل بها[٨]، وهو إنهار الدم المسفوح، والتوجيه[٩] فى إخراج الروح؛ لأنه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين، فيكتفى به[١٠] تحرزًا عن زيادة التعذيب، بخلاف ما إذا قطع النصف[١١]؛ لأن الأكثر باقٍ، فكأنه لم يقطع شيئًا احتياطًا[١٢] لجانب الحرمة.

قال[١٣]: ويجوز الذبح بالظفر[١٤] والسن والقرن[١٥] إذا كان[١٦] منزوعًا[١٧]،

---

(١٣) فرى -بالفتح- شگافتن چيزى. (م)

(١) فإن الأكثر يقوم مقام الكل.

(٢) أربعة.

(٣) إسالة.

(٤) قوله: "فإنه مجرى العلف [خورش ستور وجز آن.(ص) هذا ليس بجيد، والحق عكسه] والماء إلخ" قيل: هذا عكس، بل الحلقوم مجرى النفس، والمرىء مجرى العلف، وهكذا فى "الإيضاح".
وذكر فى "المغرب" المرىء مجرى الطعام والشراب، وذكر فى "تاج الأسامى": المرىء: راه گذر آب. (ن)

(٥) دم.

(٦) وبهذا الدليل يخرج جواب مالك.

(٧) أربعة.

(٨) أى بالثلاث.

(٩) يقال: موت وحى وذكاة وحية أى سريعة، والقتل بالسيف أوحى أى أسرع، كذا فى "المغرب".

(١٠) أى بالأكثر.

(١١) قوله: "بخلاف ما إذا قطع إلخ" يريد به لما كان الرجحان لجانب التحريم، كان للنصف الباقى حكم الأكثر، ويحتمل أن يريد أن الأكثر من الثلث القائم مقام الأربع باق؛ فإنه إذا ترك الإثنين غير مقطوع يكون الباقى أكثر ما شرط قطعه للحل، وهو الثلث.
فإن قيل: المقطوع أيضا أكثر ما شرط قطعه للحل، قلنا: اعتبار الأكثر فى المتروك أولى من اعتبار الأكثر فى المقطوع ترجيحا للمحرم، ويمكن أن يقال: المراد الأكثر من الواحد باق فيحرم؛ لأن المرخص ترك الواحد لا غير. (ك)

(١٢) قوله: "لم يقطع شيئًا احتياطًا [دليل لبقاء الأكثر] إلخ" هذا جواب عن النقض بمنع وجود العلة تقديرا، وتقرير النقض أنه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس فقط مثلا، وقطع أحد الودجين مع أنه لا يحل، وتقرير الجواب: أن العلة لم توجد حكمًا احتياطًا لجانب الحرمة، مع وجود التعارض ظاهراً بين نصف المقطوع وغير المقطوع، فرجحنا المحرم احتياطًا. (اعظمى)

(١٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

حتى لا يكون بأكله بأس، إلا أنه يكره هذا الذبح، وقال الشافعي: المذبوح ميتة؛ لقوله عليه السلام: «كل ما أنهر الدم[١] وأفرى[٢] الأوداج ما خلا الظفر والسن[٣] فإنها مُدى الحبشة[٤]»*، ولأنه[٥] فعل غير مشروع، فلا يكون ذكاة، كما إذا ذبح بغير المنزوع[٦]. ولنا قوله عليه السلام[٧]: «أنهر الدم بما شئت»[٨] ويروى: «أفر الأوداج بما شئت»[٩]**، وما رواه[١٠] محمول على غير المنزوع؛ فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك؛ ولأنه آلة جارحة[١١]، فيحصل به ما هو المقصود، وهو إخراج الدم، وصار[١٢] كالحجر والحديد، بخلاف[١٣] غير المنزوع[١٤]؛ لأنه يقتل بالثقل[١٥]،

(١٤) ناخن. (م)

(١٥) شاخ. (م)

(١٦) كل واحد.

(١٧) أي بر كنده از موضع خود. (ترجمه)

(١) قوله: "قوله عليه السلام كل [أي كل مذبوح ما أنهر إلخ] ما أنهر [أي الإنهار الإسالة] الدم إلخ" قلت: هو ملفق من حديثين، فروى الأئمة الستة من حديث رافع بن خديج قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فقلت: يا رسول الله! إنا نكون في المغازي، فلا تكون معنا مدى، فقال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنًا أو ظفرًا وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة»، انتهى. والثاني: ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن رافع ابن خديج قال: سألت رسول الله ﷺ عن الذبح بالليطة فقال: «كل ما أفرى الأوداج إلا سنًا أو ظفرًا»، انتهى. (ت)

(٢) قوله: "وأفرى" الفرى القطع للإصلاح، والإفراء للإفساد بكسر الهمزة ههنا أليق. (ك)

(٣) استثناهما بالإطلاق عما يجوز أكله، فيتناول الحرمة المنزوع والقائم. (ع)

(٤) قوله: "فإنها مدى [جمع مدية وهو السكين. غن] الحبشة إلخ" فإنهم لا يقلمون الأظفار، ويحدون الأسنان، ويقاتلون بالخدش والعض. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٦، والدراية ج ٢، الحديث ٩٠٥ ص٢٠٧. (نعيم)

(٥) الذبح بالظفر والسن والقرن.

(٦) فلا يحل اتفاقًا.

(٧) قوله: "ولنا قوله عليه السلام إلخ" وهو بإطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره، وإنما تركنا غير المنزوع، بما رواه الشافعي، فإن فيه دلالة على ذلك، وهو قوله عليه السلام «فإنها مدى الحبشة» وهذا معنى قوله: وما رواه إلخ. (ع)

(٨) رواه النسائي، كذا في التخريج.

(٩) قد مرت هذه الرواية.

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٧، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٠٥ ص٢٠٧. (نعيم)

(١٠) الشافعي.

(١١) قوله: "ولأنه [أي الظفر والسن والقرن] آلة إلخ" جواب عن الدليل المعقول للشافعي، وتقريره: إنا لا نسلم أن إنهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع، فإنه آلة إلخ. (ع)

(١٢) أي الظفر والسن والقرن.

(١٣) قوله: "بخلاف" أي بخلاف غير المنزوع؛ فإنه يوجب الموت بالثقل مع الحدة، فتصير الذبيحة في معنى

فيكون[١] فى معنى المنخنقة[٢]، وإنما يكره[٣]؛ لأن فيه استعمال جزء الآدمى[٤]؛ ولأن فيه إعساراً على الحيوان، وقد أمرنا فيه بالاحسان[٥].

قال[٦]: ويجوز الذبح بالليطة[٧] والمروة[٨] وكل شىء أنهر الدم[٩]، إلا السن القائم، والظفر القائم، فإن المذبوح بهما ميتة؛ لما بينا[١٠]، ونص محمد فى "الجامع الصغير" على أنها ميتة؛ لأنه وجد فيه نصّاً[١١]، وما لم يجد فيه نصّاً يحتاط فى ذلك، فيقول فى الحل لا بأس به، وفى الحرمة يقول: يكره أو لم يؤكل.

قال[١٢]: ويستحب أن يحد الذابح شفرته[١٣]؛ لقوله عليه السلام[١٤]: «إن الله كتب الاحسان[١٥] على كل شىء فإذا قتلتم فأحسنوا القِتلة[١٦] وإذا ذبحتم فأحسنوا

المنخنقة. (على القارى)

(١٤) أى المتصلين بموضعهما. (مجمع الأنهر)

(١٥) قوله: "لأنه يقتل إلخ" أى لأنه قتل وتخنق وليس بذبح، ففى الذبح الانقطاع بحدة الآلة. (ن)

(١) المذبوح بغير المنزوع.

(٢) قوله: "المنخنقة" أى الميتة خنقًا، يقال: خنقه إذا عصر حلقه حتى يموت، ومطاوعه انخنق واختنق، كذا فى "حاشية الجمل".

(٣) هذا الفعل.

(٤) وفيه إهانته.

(٥) وهو فيما قوله عليه السلام: «فإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة. (ن)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "بالليطة [ليطة پوست نى. ص] إلخ" الليطة قشر القصب، والمروة الحجر الذى فيه حدة، وفى "الجوهرة" المروة واحدة، وهى حجارة أبيض براقة، أقول: قد صححها بعض شراح الوقاية بكسر الميم ولم نجده فى المعتبرات من اللغات، وقد أوردها صاحب الدستور فى الميم المفتوحة، كذا قاله أخى زاده. (منح الغفار)

(٨) المروة حجر أبيض رقيق، وهى كالسكاكين يذبح بها. (مغرب)

(٩) أسال.

(١٠) إشارة إلى قوله: لأنه يقتل بالثقل، فيكون فى معنى المنخنقة. (ع)

(١١) حديثًا.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) بالفتح كارد. (م)

(١٤) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" أخرجه الجماعة إلا البخارى عن شداد بن أوس عنه عليه السلام. (ت)

(١٥) أى أوجب عليكم. (على قارى)

(١٦) قوله: "القتلة [قتله قتلا والقتلة المرة، وبالكسر الهيئة والحالة. مغرب]" الذبحة والقتلة كلاهما بكسر الأول، وهى الهيئة والحالة، وفى "المغرب": "إذا ذبحتم فأحسنوا الذبيحة" خطأ، وإنما الصواب الذبحة، انتهى. فما فى بعض الشروح من تفسير القتلة بالمقتول والذبحة بالمذبوح فسخيف، كذا أفاد أبى أستاذى رحمه الله تعالى فى "السقاية". (مولانا محمد عبد الحى رحمه الله تعالى)

الذبحة[1]»*، وليحد أحدكم شفرته وليرح[2] ذبيحته.

ويكره أن يضجعها[3]، ثم يحد الشفرة؛ لما روى عن النبى عليه السلام[4]: «أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات[5] هلا حددتها[6] قبل أن تضجعها»**.

قال: ومن بلغ بالسكين النخاع[7]، أو قطع الرأس كره له ذلك، وتؤكل ذبيحته، وفى بعض النسخ[8] قطع مكان بلغ، والنخاع عرق أبيض فى عظم الرقبة.

أما الكراهة فلما روى عن النبى عليه السلام***: «أنه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت»[9]، وتفسيره ما ذكرناه[10]، وقيل: معناه أن يمد رأسه[11] حتى يظهر مذبحه.

وقيل: أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب، وكل ذلك[12] مكروه، وهذا لأن فى جميع ذلك، وفى قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة، وهو

---

(١) قوله: وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبيحة خطأ، إنما الصواب الذبحة؛ لأن المراد الحال والهيئة. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٧، والدراية ج٢، الحديث٩٠٦ ص٢٠٧. (نعيم)

(٢) إراحة: آسايش دادن. (م)

(٣) إضجاع: بر پهلو خوابانيدن.

(٤) رواه الحاكم فى "المستدرك"، كذا فى "التخريج" للزيلعى.

(٥) قوله: "لقد أردت [كأن الشاة تموت إذا رأت تحديد الذابح شفرته مرة وبالذبح مرة أخرى] أن تميتها إلخ" قيل: إنما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح، أن التحديد لذبحه، وليس كذلك؛ لأن المذبوح لا عقل له، وهو مع كونه سوء أدب ساقط؛ لأن الوهم فى ذلك كاف، وهو موجود فيه، والعقل يحتاج إليه لمعرفة الكليات، وما نحن فيه ليس كذلك. (ع)

قوله: "لقد أردت إلخ" ذكر فى "المبسوط" فى هذه المسألة: أنها تعرف ما يراد بها، كما جاء فى الخبر أبهمت البهائم إلا عن أربعة، خالقها ورازقها وحتفها وفسادها، فإذاكانت تعرف ذلك، وهو يحد الشفرة بين يديها، كان فيه زيادة إيلام غير محتاج إليه. (ك)

(٦) حد السكين: تيز كرد كارد را بسنگ يا بسوهان. (عن)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٨، والدراية ج٢، الحديث ٩٠٧ ص٢٠٧. (نعيم)

(٧) قوله: "النخاع [حرام مغز]" بالكسر والفتح والضم لغةٌ فيه، وفسره المصنف بأنه عرق أبيض فى عظم الرقبة ونسبه صاحب "النهاية" إلى السهو، وقال: هو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب، ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق، وهى شرايين وأوتار، وما ثمة شىء يسمى بالخيط أصلا. (عناية)

(٨) أى نسخ القدورى. (عينى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٨، والدراية ج٢، الحديث٩٠٨ ص٢٠٨. (نعيم)

(٩) قلت: غريب، وبمعناه روى الطبرانى فى "معجمه". (ت)

(١٠) أى بلوغ السكين إلى النخاع.

(١١) مذبوح.

(١٢) أى المد والكسر والنخع والقطع.

منهى عنه[١]* . والحاصل أن ما فيه زيادة إيلام لا يحتاج إليه فى الذكاة مكروه، ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح[٢]، وأن تنخع[٣] الشاة قبل أن تبرد يعنى تسكن من الاضطراب وبعده[٤] لا ألم، فلا يكره النخع والسلخ[٥]، إلا أن الكراهة[٦] لمعنى زائد، وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده، فلا يوجب التحريم، فلهذا قال[٧]: تؤكل ذبيحته.

قال[٨]: وإن ذبح الشاة من قفاها[٩]، فبقيت حية حتى قطع العروق[١٠] حل؛ لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره[١١]؛ لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة، فصار كما إذا جرحها، ثم قطع الأوداج، وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل؛ لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها.

قال[١٢]: وما استأنس من[١٣] الصيد فذكاته الذبح، وما توحش من النعم[١٤] فذكاته العقر[١٥] والجرح؛ لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر[١٦]، والعجز متحقق فى الوجه الثانى[١٧] دون الأول[١٨].

---

(١) بلسان النبى ﷺ.

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٩، والدراية ج٢ تحت الحديث٩٠٨ ص٢٠٨. (نعيم)

(٢) قوله: "ويكره أن يجر إلخ" وكذا لو ذبحها موجهًا لغير القبلة يكره ويؤكل؛ لأن السنة أن يستقبل القبلة. (ت)

(٣) أى يكسر عنقها.

(٤) سكون.

(٥) پوست باز كردن.

(٦) قوله: "إلا أن الكراهة" أى كراهة هذا الفعل، أى حرمته لمعنى زائد أى عارض، فلا يوجب هذا التحريم تحريم المذبوح، ولو قال: "إلا أن النهى لمعنى فى غيره" لكان أظهر. (غظمى)

(٧) القدورى.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قفا كعصا: پس سر وپس گردن. (من)

(١٠) كلها أو أكثرها.

(١١) قوله: "ويكره" أى يكره هذا الذبح؛ لأن فيه زيادة الألم، وما فى بعض الشروح: "ويكره أكلها" فشطط؛ لأنه لا ينطبق عليه الدليل. (سقاية)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) بيان ما.

(١٤) بيان ما.

(١٥) عقره عقرًا جرحه، وعقر الناقة بالسيف ضرب قوائمها. (مغرب)

(١٦) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما ذكر فى أول الذبائح، وهو قوله: "والثانى كالبدل من الأول". (غاية البيان)

وكـذا مـا تردّى[١] من النعم فى بئـر ووقع العَجـز عن ذكـاة الاخـتـيـار؛ لما بينا[٢]، وقال مالك: لا يحل بذكاة الاضطرار فى الوجهين[٣]؛ لأن ذلك نادر[٤].

ونحن نقول: المعتبر حقيقة العجز، وقد تحقق[٥]، فيصار إلى البدل[٦]، كيف؟ وإنا لا نسلم الندرة[٧]، بل هو غالب، وفى الكتاب[٨] أطلق فيما توحش من النعم.

وعن محمد: أن الشاة إذا ندت[٩] فى الصحراء فذكاتها العقر، وإن ندت فى المصر لا تحل بالعقر؛ لأنها لا تدفع عن نفسها، فيمكن أخذها فى المصر فلا عجز.

والمصر وغيره سواء فى البقر والبعير؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما[١٠]، فلا يقدر[١١] عن أخذهما وإن نَدّا[١٢] فى المصر فيتحقق العجز، والصيال[١٣] كالند إذا كان لا يقدر على أخذه، حتى لو قتله المصول عليه وهو[١٤] يريد الذكاة حل أكله.

قال[١٥]: والمستحب[١٦] في الإبل النحر[١٧]، فإن ذبحها جاز ويكره، والمستحب

---

(١٧) أى ما توحش من النعم.

(١٨) أى ما استأنس من الصيد.

(١) أى سقط. (غن)

(٢) قوله: "لما بينا" من أن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز. (ك)

(٣) أى فيما توحش من النعم وفيما تردى فى بير. (ك)

(٤) ولا عبرة للنادر فى الأحكام. (كافى)

(٥) العجز.

(٦) أى ذكاة الاضطرار.

(٧) أى ندرة التوحش والتردى.

(٨) أى القدورى. (ك)

(٩) هربت، الند: راه يافتن ستور پراگنده.

(١٠) قوله: "لأنهما يدفعان عن أنفسهما" لأن البقر يدفع بقرنه والبعير بشفره ونابه، ويخاف القتل منهما، فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيهما. (عينى)

(١١) أحد.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) بالكسر: بر يک ديگر حمله كردن. (م)

(١٤) الواو حالية، أى المصول عليه.

(١٥) أى القدورى. (عينى)

(١٦) ويسن. (كنز)

(١٧) قوله: "النحر [النحر قطع العروق عند الصدر، والذبح قطعها تحت اللحيين. ع]" أى قطع عروقها الكائنة فى أسفل عنقها عند صدورها؛ لأن موضع النحر عنها لا لحم عليه، وما سوى ذلك من الحلق عليه لحم غليظ، فالنحر أسفل من الذبح. (مجمع الأنهر)

فى البقر والغنم الذبح، فإن نحرهما جاز ويكره[١]، أما الاستحباب فيه؛ لموافقة السنة المتوارثة[٢]؛ ولاجتماع العروق[٣] فيها[٤] فى المنحر، وفيهما[٥] فى الذبح، والكراهة لمخالفة السنة، وهى لمعنى فى غيره[٦]، فلا يمنع الجواز والحل، خلافًا لما يقوله مالك: إنه لا يحل.

قال[٧]: ومن نحر ناقةً، أو ذبح بقرةً، فوجد فى بطنها جنينًا ميتًا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر[٨]، وهذا عند أبى حنيفة، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى[٩]: إذا تم خلقته أكل[١٠]، وهو قول الشافعى؛ لقوله عليه السلام[١١]: «ذكاة الجنين[١٢] ذكاة أمه[١٣]»*، ولأنه جزء من الأم حقيقةً؛ لأنه يتصل بها[١٤] حتى يفصل[١٥] بالمقراض، ويتغذى

---

(١) أى فعله، لا المذبوح. (عينى)

(٢) قوله: "لموافقة السنة المتوارثة" قال الله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة﴾، و ﴿فديناه بذبح عظيم﴾، و ﴿فصل لربك وانحر﴾ فى التفسير أى وأنحر الجزور. (زيلعى)

(٣) قوله: "ولاجتماع إلخ" أى لأن موضع النحر من البقر ما لا لحم عليه، وما سوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ وعروقها مجتمع فى المنحر، فكان فى الإبل أسهل، فأما فى البقر والغنم، فالذبح أيسر؛ لاجتماع العروق فى المذبح. (كافى)

(٤) إبل.

(٥) بقر وغنم.

(٦) أى فى غير الذبح، وهو ترك السنة. (ع)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) مو برآوردن عضو. (م) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان. (ع)

(٩) قوله: "وقال أبو يوسف ومحمد إلخ" وفى "المبسوط": قال أبو يوسف ومحمد والشافعى: يؤكل، إلا أنه روى عن محمد إنما يؤكل إذا أشعر وتمت خلقته. (ن)

(١٠) وإن لم يتم خلقته لا يؤكل. (ك)

(١١) أخرجه الترمذى عن الخدرى. (ت)

(١٢) قوله: "ذكاة الجنين إلخ" أى ذكاة الأم نائبة عن ذكاة الجنين، كما يقال: لسان الوزير لسان الأمير، وبيع الوصى بيع اليتيم. (ك)

(١٣) قوله: "ذكاة أمه" والجواب عن هذا الحديث أنه لا يصح الاستدلال به، فإنه روى ذكاة أمه بالنصب والرفع، فإن كان منصوبا، فلا إشكال؛ فإنه للتشبيه، وإن كان مرفوعا فكذلك؛ لأنه أقوى من التشبيه من الأول، عرف ذلك فى علم البيان، وقيل: مما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين، كما فى قوله: وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى أن عظم الساق منك دقيق. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٨٩، والدراية ج٢، الحديث٩٠٩ ص٢٠٨. (نعيم)

(١٤) أم.

(١٥) وقت التوالد. من أمه يقطع سرته.

بغذاءها[١]، ويتنفس بتنفسها[٢]، وكذا حكمًا حتى يدخل فى البيع الوارد على الأم، ويعتق بإعتاقها[٣]، وإذا كان جزءً منها، فالجرح فى الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته، كما فى الصيد[٤].

وله أنه أصل فى الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها[٥]، وعند ذلك يفرد بالذكاة، ولهذا يفرد[٦] بإيجاب الغُرة[٧]، ويعتق بإعتاق مضاف إليه، وتصح الوصية له وبه، وهو حيوان دموى، وما هو المقصود من الذكاة، وهو التميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم؛ إذ هو[٨] ليس بسبب لخروج الدم عنه، فلا يجعل تبعًا فى حقه[٩].

بخلاف الجرح فى الصيد؛ لأنه سبب لخروجه[١٠] ناقصًا، فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر، وإنما يدخل فى البيع[١١] تحريًا لجوازه[١٢] كى لا يفسد[١٣] باستثناءه، ويعتق بإعتاقها[١٤]؛ كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق.

---

(١) أم.

(٢) أم.

(٣) أم.

(٤) قوله: "كما فى الصيد" فإنه إذا لم يوجد القدرة على ذكاة الاختيار، اكتفى بذكاة الاضطرار، وهى الجرح فى أى موضع كان. (عينى)

(٥) أم.

(٦) قوله: "يفرد" يعنى إذا تلفت الأم وفات الجنين من ذلك، يضمن التالف دية الأم وغرة الجنين، ولو كان جزء الأم لكان بمنزلة اليد والرجل، ولا يجب فى هذه الأعضاء شيء بعد إيجاب الدية. (عينى)

(٧) أى عبد أو أمة قيمته خمسمأة درهم، كما نطق به الحديث، وسيجيء فى الجنايات.

(٨) أى جرح الأم.

(٩) لأنه لا يحصل المقصود بذكاة أمه، وهو إخراج دمه. (زيلعى)

(١٠) دم.

(١١) الوارد على الأم.

(١٢) بيع.

(١٣) قوله: "كى لا يفسد[البيع]" فإنه لو لم يدخل فى بيع الأم، كان ذلك بمنزلة استثناء الولد من بيع الأم وإنه مفسد بيع الأم، فيدخل الولد فى بيع الأم، تحريًا لجواز بيع الأم. (ك)

(١٤) قوله: "ويعتق باعتقها[أم]" أى أن عتقه عند اعتاق الأم بطريق السراية عن الأم، والسراية مخصوصة بالصفات الشرعية، وكونه مذكى من الصفات الحقيقة وقائم مقام ذكاة الاختيار ما هو خلف عنه، وهو ما يفيد مقصودها بوصف المقصود عنها فى افادته، وهو الجرح المدمى. ولهذا لو أصاب السهم الظلف أو القرن، فمات لا يحل؛ لعدم الجرح، وأما قولهم: أنه يتغذى بغذاء الأم، قلنا: لا نسلم، بل يبقيه الله تعالى فى بطن الأم من غير غذاء، أو يوصل الله تعالى الغذاء إليه كيف شاء. (ك)

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل[١]

قال[٢]: ولا يجوز أكل ذى ناب[٣] من السباع، ولا ذى مخلب[٤] من الطيور؛ لأن النبى عليه السلام[٥]: «نهى عن أكل كل ذى مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع»*، وقوله: من السباع ذكر عقيب النوعين[٦]، فينصرف إليهما[٧]، فيتناول سباع الطيور والبهائم، لا كل ما له مخلب، أو ناب[٨].

والسبع[٩] كل مختطف منتهب جارح قاتل عادٍ عادة[١٠] ومعنَى التحريم -والله أعلم- كرامة بنى آدم؛ كيلا يَعدو شىء[١١] من هذه الأوصاف الذميمة إليهم

(١) قوله: "فصل إلخ" لما ذكر أحكام الذبائح و ما يتعلق بها، ذكر فى هذا الفصل المأكول منها وغير المأكول؛ إذا المقصود الأصلى من شرعية الذبح هو التوسل إلى الأكل، وقدم الذبائح؛ لأنه ذكر فى "المبسوط": أن شرط حل التناول فيما يحل من الحيوانات الذكاة؛ لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ فالشرط يقدم على المشروط. (ن)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) الناب من الأسنان ما يلى الرباعيات. (ك)

(٤) بالكسر چنگال مرغ. (م) المخلب للطير كالظفر للإنسان. (ك)

(٥) قوله: "لأن النبى عليه السلام إلخ" أخرج مسلم عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى ناب من السبع وعن كل ذى مخلب من الطير» انتهى (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٢، والدراية ج٢، الحديث ٩١٠ ص٢٠٩. (نعيم)

(٦) أى ذى مخلب وذى ناب.

(٧) قوله: "فينصرف إليهما" أى إلى النوعين المذكورين فى الحديث، لا إلى أحدهما، وإذا انصرف إليهما صار تقرير الحديث كأنه قال: «نهى عن أكل ذى مخلب من سباع الطير ونهى عن أكل كل ذى ناب من السباع»، فيكون المحرم بهذا الحديث كل ذى مخلب من سباع الطير، لا كل طير له مخلب، وكل ذى ناب من السباع، لا كل حيوان له ناب. (غاية البيان)

(٨) قوله: "لا كل ما له مخلب إلخ" فالحمامة لها مخلب، والبعير له ناب، والبقر كذلك، وقالوا: المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما، بأن يصيد بهما، فذو الناب من السباع الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البرى والأهلى، وذو المخلب من الطير الصقر والبازى والنسر والعقاب والشاهين.

والمؤثر فى الحرمة الإيذاء، فهو طوراً يكون بالناب، وتارة يكون بالمخلب أو الخبث، وهو قد يكون خلقة كما فى الحشرات والهوام، وقد يكون بعارض كما فى الجلالة. (ك)

(٩) قوله: "والسبع كل مختطف إلخ" إنما عد هذه الأوصاف ليبتنى عليها قوله: كيلا يعدوا شىء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم، ولما كان اسم السبع شاملا على القبيلتين، فسر السبع بالوصفين، أى الاختطاف والانتهاب. (مل)

(١٠) قوله: "كل مختطف [اختطاف: ربودن. م] منتهب [انتهاب: غارت كردن] جارح قاتل عاد عادة [من عدا عليه عدواناً. ع] إلخ" الفرق بين الاختطاف والانتهاب، أن الاختطاف من فعل الطيور، والانتهاب من فعل سباع البهائم، قال فى "المبسوط": فالمراد بذى الخطفة ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبازى والعقاب، ومن ذى النهبة ما ينهب بنابه من الأرض، كالأسد والذئب. (ع)

(١١) قوله: "كيلا يعدو [عدو -بالفتح -دويدن. م] شىء إلخ" لما أن للغذاء من الأثر فى ذلك، قال عليه الصلا

بالأكل[١]، ويدخل فيه الضبع والثعلب[٢]، فيكون الحديث حجة على الشافعي في إباحتهما[٣]، والفيل ذو ناب فيكره، واليربوع[٤] وابن عرس[٥] من السباع الهوام[٦]، وكرهوا أكل الرَّخم والبغاث[٧]، لأنهما يأكلان الجيف[٨].

قال[٩]: ولا بأس بغراب الزراع؛ لأنه يأكل الحب ولا يأكل الجيف، وليس من سباع الطير، قال: ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف[١٠]، وكذا الغداف[١١]، قال أبو حنيفة: لا بأس[١٢] بأكل العقعق[١٣]؛ لأنه يخلط[١٤]، فأشبه الدجاجة[١٥]، وعن أبي يوسف: أنه يكره؛ لأنه غالب أكله الجيف.

والسلام: «لا يرضع لكم الحمقاء، فإن اللبن يغذى. (ك)

(١) أى بسبب الأكل.

(٢) قوله: "ويدخل فيه [أى في السبع] الضبع [بفارسى كفتار. مخزن] والثعلب [روباه]" لأن لهما نابًا يقاتلان بنابه، فلا يؤكل لحمهما كالذئب. (ك)

(٣) قوله: "فيكون الحديث حجة إلخ" وما روى أنه عليه السلام أباح أكلها محمول على الابتداء. (ت)

(٤) موش دشتى.

(٥) راسو.

(٦) من السباع الهوامّ [بالتشديد. غن] إلخ" هى جمع هامة، وهى الدابة من دواب الأرض. (غن)

(٧) قوله: "وكرهوا أكل الرخم [ويسمى الرخمة آكل العظم. غرر الأفكار] والبغاث [مرغى است تيره رنگ] إلخ" الرخم جمع رخمة، وهى طائر أبلق، يشبه النسر فى الخلقة، يقال له: الأنوق، والبغاث ما يصيد من صغار الطير وضعافه كالعصافير ونحوها، الواحدة بغاثة، وفى أوله الحركات الثلث. (ك)

(٨) جيفة -بالكسر- مردار بوگرفته. (م)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) قوله: "الأبقع [أبقع جانور سياه وسفيد، وغراب أبقع زاغ بيشه. م] إلخ" أما الغراب الأبقع والأسود، فهو أنواع ثلاثة: نوع: يلتقط الحب ولا يأكل الجيف، وليس بمكروه، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف، وهو الذى سماه المصنف الأبقع الذى يأكل الجيف، وأنه مكروه، ونوع منه يخلط بأكل الحب مرةً والجيف أخرى، ولم يذكره فى الكتاب، وهو غير مكروه عند أبى حنيفة، ومكروه عند أبى يوسف. (ع)

(١١) قوله: "وكذا الغداف [كغراب زاغ سياه. من] هو غراب القيظ، ويكون ضخمًا وافى الجناحين، والفاختة تؤكل، وكذلك الدبسى بضم الدال، وكذلك الخطاف، وأما الخفاش فقد ذكر فى بعض المواضع أنه يؤكل، وقد ذكر فى بعضها أنه لا يؤكل؛ لأنه له نابا. (ن)

قوله: "وكذا الغداف" وربما سموا النسر الكثير الريش غدافًا، وقال ابن فارس الغداف الغراب الضخم. (حياة الحيوان)

(١٢) وهو الأصح. (ع)

(١٣) قوله: "العقعق [عكه]" وزان جعفر طائر نحو الحمامة طويل الذنب، فيه بياض وسواد، وهو نوع من الغربان، يتشاءم به ويعقعق بصوت يشبه العين العين والقاف. (رد المحتار)

(١٤) الجيف بالحب فى الأكل.

(١٥) وقد أكلها رسول الله ﷺ، كذا فى "النهاية".

قال[١]: ويكره أكل الضبع والضب[٢] والسلحفاة[٣] والزنبور والحشرات[٤] كلها، أما الضبع فلما ذكرنا[٥]، وأما الضب* فلأن النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله تعالى عنها حين سألته عن أكله[٦]، وهو حجة على الشافعي[٧] في إباحته، والزنبور من المؤذيات، والسلحفاة من خبائث الحشرات، ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء، وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب؛ لأنه[٨] منها[٩].

قال[١٠]: ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال[١١]؛ لما روى خالد ابن الوليد رضي الله تعالى عنه[١٢]: «أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير»**، وعن علي رضي الله تعالى عنه[١٣]: «أن النبي عليه السلام أهدر[١٤] المتعة وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر»***.

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) بفارسي سوسمار، وبهندي گوه. (مخزن)

(٣) سنگ پشت، وبهندي كچهوا. (مخزن)

(٤) صغار دواب الأرض.

(٥) وهو قوله: ويدخل فيه الضبع وهو ذو ناب. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٥، والدراية ج٢، الحديث ٩١١ ص٢٠٩. (نعيم)

(٦) قوله: "نهى عائشة إلخ" قلت: غريب، وأخرج أبو داود في الأطعمة أن رسول الله ﷺ «نهى عن أكل لحم الضب»، انتهى. (ت)

(٧) قوله: "وهو [حديث] حجة على الشافعي" فإن قيل: يعارضه حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ سئل عن الضب، فقال: «لم يكن من طعام قومي، فأجد نفسي تعافه، فلا أحله ولا أحرمه»، وحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: أكل الضب على مائدة رسول الله ﷺ، وفي الآكلين أبو بكر رضي الله تعالى عنه. وأجيب بأن الأصل أن الحاظر والمبيح إذا تعارضا، يرجح الحاظر على المبيح، أو مؤول بما قبل التحريم. (ع)

(٨) ضب.

(٩) أي من الحشرات.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) خچرها.

(١٢) أخرجه ابن ماجة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٦، والدراية ج٢، الحديث ٩١٢ ص٢١٠. (نعيم)

(١٣) قوله: "وعن علي رضي الله تعالى عنه إلخ" قلت: أخرجه البخاري ومسلم عن علي ابن أبي طالب رضي الله تعالى عنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الإنسية». (ت)

(١٤) أبطل.

*** راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٧، والدراية ج٢، الحديث ٩١٣ ص٢١٠. (نعيم)

قال[١]: ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رح، وهو قول مالك، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى: لا بأس بأكله؛ لحديث جابر رضي الله تعالى عنه[٢] أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية وأذن[٣] في لحوم الخيل يوم خيبر»*.

ولأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿والخيل[٤] والبغال والحمير لتركبوها وزينة[٥]﴾ خرج مخرج الامتنان[٦]، والأكل من أعلى منافعها، والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم[٧]، ويمتن بأدناها[٨]؛ ولأنه[٩] آلة إرهاب[١٠] العدوّ، فيكره أكله احترامًا له، ولهذا يضرب[١١] له بسهم في الغنيمة[١٢]؛ ولأن في إباحته تقليل آلة الجهاد.

وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله تعالى عنه[١٣]، والترجيح للمحرم. ثم قيل: الكراهة عنده كراهة تحريم، وقيل: كراهة تنزيه، والأول[١٤]

---

(١) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٢) قلت: أخرجه البخاري في غزوة خيبر. (ت)

(٣) تأذين: دستوري دادن كسى را بكارى. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٨، والدراية ج٢، الحديث ٩١٤ ص٢١١. (نعيم)

(٤) أي خلق الخيل الآية.

(٥) أي لتتزينوا بها زينة. (بيضاوي)

(٦) قوله: "خرج [هذا القول] إلخ" يعني أن هذه الآية سيقت لبيان المنة، وقد من علينا بالركوب ولم يبين الأكل، ولو كان مأكولا لكان الأولى بيان منفعة الأكل؛ لأنه أعظم وجوه المنافع؛ لأن فيه بقاء النفوس، ولا يليق بحكمة الحكيم العدول عن بيان أعظم المنافع إلى بيان الأدنى عند إظهار المنة، وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما. (ك)

(٧) قوله: "والحكيم [الله] لا يترك إلخ" وقد اعترض بأنه ترك ذكر الحمل عليه؛ فينبغي أن لا يحمل عليه، وهو فاسد، فإن الكلام في أن ترك أعلى النعم والذهاب إلى ما دونه دليل حرمة الأعلى، والحمل ليس كذلك. (ع)

(٨) نعَم.

(٩) فرس.

(١٠) ترسانيدن.

(١١) قالوا: ضرب في ماله سهمًا أي جعل. (مغرب)

(١٢) فإن للراجل سهمًا، وللفارس سهمين.

(١٣) قوله: "معارض إلخ" قلت: يشير إلى حديث خالد المتقدم: «أنه عليه السلام نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير» وهذا فيه نظر؛ فإن حديث جابر رضي الله تعالى عنه صحيح، وحديث خالد متكلم فيه، كيف؟ وقد قال الواقدي: إن خالدًا أسلم بعد فتح خيبر، فلم يشهد خيبر، فتدبر. (مل)

(١٤) قوله: "والأول" يعني كون الحرمة للتحريم أصح؛ لأنه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة لو قلت في شيء: أنا أكرهه، فما رأيك فيه، قال: التحريم. (ع)

أصح[١]، وأما لبنه فقد قيل: لا بأس به[٢]؛ لأنه ليس في شربه[٣] تقليل آلة الجهاد.

قال[٤]: ولا بأس بأكل الأرنب[٥]؛ لأن النبي عليه السلام أكل منه[٦] حين أهدي إليه مشويًا*، وأمر الصحابة رضي الله تعالى عنهم بالأكل منه، ولأنه ليس من السباع، ولا من أكلة الجيف، فأشبه الظبي.

قال[٧]: وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه، طهر جلده ولحمه[٨] إلا الآدمي والخنزير؛ فإن الذكاة لا تعمل فيهما، أما الآدمي فلحرمته وكرامته[٩]، والخنزير لنجاسته كما في الدباغ[١٠]. وقال الشافعي: الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك؛ لأنه يؤثر في إباحة اللحم[١١] أصلا[١٢]، وفي طهارته[١٣]، وطهارة الجلد تبعًا، ولا تبع بدون الأصل، وصار كذبح المجوسي[١٤]. ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة، وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم، فإذا زالت[١٥] طهر كما في الدباغ[١٦]،

---

(١) قوله: "أصح" قال العيني أشار صاحب الهداية به إلى اختياره، انتهى. وقال ابن ملك في "شرح مجمع البحرين": ذكر الإمام الإسبيجابي أن الصحيح هو أنه مكروه تنزيها، وقال محمود بن إلياس في "شرح النقاية": هو ظاهر الرواية. (سقاية لعطشان الهداية)

(٢) وروى الحسن عن أبي حنيفة الكراهة في سوره. (ك)

(٣) وهذا يخالف التعليل السابق؛ لحرمة لحمه من قبح ترك الامتنان بالأعلى. (أعظمي)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) أرنب -بالفتح- خرگوش. (م)

(٦) قوله: "أكل إلخ" لما في البخاري عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال: أنفجنا أرنبًا بمر الظهران، فسعى القوم فغلبوا، فأدركتها فأخذتها فأتيت بها طلحة فذبحها، وبعث بوركها أو قال: بفخذها إلى رسول الله ﷺ فقبله، قلت وأكل منه، قال وأكل منه. وفي "سنن النسائي" عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ بأرنب قد شواها، فوضعها بين يديه، فأمسك رسول الله ﷺ فلم يأكل، وأمر القوم أن يأكلوا، وزاد في لفظه قال: إني لو اشتهيتها أكلتها. (شرح نقاية من علي القاري)

* راجع نصب الراية ج٤ ص١٩٩، والدراية ج٢، الحديث ٩١٥ ص٢١١. (نعيم)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "طهر جلده ولحمه" وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه، والجلد يطهر، وهو الصحيح. (ت)

(٩) وعزته.

(١٠) فإن كل إهاب إذا دبغ فقد طهر؛ إلا جلد الآدمي والخنزير.

(١١) قوله: لأنه يؤثر إلخ" أي لأن الذكاة تؤثر في إباحة اللحم قصدًا، وفي طهارة اللحم تبعًا، وفوات الأصل يدل على فوات التبع، فصار كذبح المجوسي. (مل)

(١٢) أي بطريق الأصالة.

(١٣) لحم.

(١٤) فإنه لا يؤثر في حل المذبوح، فكذا في طهارة جلده ولحمه.

وهذا[١] حكم مقصود فى الجلد[٢] كالتناول[٣] فى اللحم، وفعل المجوسى[٤] إماتة فى الشرع[٥]، فلا بد من الدباغ، وكما يطهر لحمه يطهر شحمه، حتى لو وقع فى الماء القليل لا يفسده خلافًا له[٦]، وهل يجوز الانتفاع به[٧] فى غير الأكل، قيل: لا يجوز اعتباراً بالأكل، وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك[٨] الميتة، والزيت غالب لا يؤكل، وينتفع به فى غير الأكل.

قال[٩]: ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك، وقال مالك وجماعة من أهل العلم: بإطلاق جميع ما فى البحر[١٠]، واستثنى بعضهم[١١] الخنزير والكلب والإنسان. وعن الشافعى أنه أطلق ذلك كله، والخلاف فى الأكل والبيع واحد[١٢]، لهم قوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ من غير فصل[١٣]، وقوله عليه السلام فى البحر[١٤]: «هو الطهور مائه والحل ميتته[١٥]»*، ولأنه لا دم فى هذه الأشياء[١٦]؛

---

(١٥) الرطوبات والدماء السيالة.

(١٦) يطهر الجلد بالدباغ بإزالة الرطوبات.

(١) أى طهارة الجلد.

(٢) وليس تبعًا، كما ذكر الشافعى.

(٣) مقصود.

(٤) جواب عن قوله: وصار كذبح المجوسى.

(٥) قوله: "إماتة فى الشرع" لأنه ليس على الوجه المشروع، واختلفوا فى أن الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرد الذبح، أو الذبح مع التسمية، قال بعضهم: مجرد الذبح، وقال بعضهم: بل الذبح مع التسمية؛ لأن المطهر هو الذكاة، وهى عبارة عن الذبح مع التسمية. (ك)

(٦) شافعى.

(٧) أى بشحمه.

(٨) بفتحتين: چربى گوشت.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) أى كل ما فى البحر حلال.

(١١) من حيوان الماء.

(١٢) وينبغى أن يجوز بيعه لطهارته. (زيلعى)

(١٣) أى بين صيد وصيد. (ك)

(١٤) اخرجه أصحاب السنن الأربعة عن أبى هريرة، كذا قال الزيلعى.

(١٥) من غير فصل بين ميتة وميتة. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠١، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩١٥ ص٢١١. (نعيم)

(١٦) البحرية.

إذ الدموى لا يسكن الماء، والمحرم هو الدم، فأشبه السمك.

ولنا قوله تعالى[١]: ﴿ويحرم[٢] عليهم الخبائث﴾، وما سوى السمك خبيث[٣]، ونهى رسول الله عليه السلام[٤] عن دواء يتخذ فيه الضفدع[٥]*، ونهى[٦] عن بيع السرطان[٧]**، والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد، وهو مباح فيما لا يحل، والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك، وهو حلال مستثنى من ذلك[٨]؛ لقوله عليه السلام[٩]: «أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال»***.

قال[١٠]: ويكره أكل الطافى منه[١١]، وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى: لا بأس به؛ لإطلاق ما روينا[١٢]؛ ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل[١٣] بالحديث[١٤].

---

(١) قوله: "ولنا قوله تعالى إلخ" وروى جابر أنهم أصابهم جوع شديد في الغزو، فألقى البحر ميتًا، يقال له: العنبر، فأكلنا منه نصف شهر، فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ، فقال ﷺ: «كلوا رزقًا أخرجه الله لكم أطعمونا إن كان معكم» الحديث. ولنا أنه لا يدل على مرادهم؛ فإنه قال: فجعنا جوعًا شديدًا، فألقى البحر حوتًا ميتًا لم نر مثله، يقال له: العنبر، هكذا روى البخارى ومسلم وأحمد، وهذا يدل على أنه كان سمكًا، وإن لم يكن سمكًا، فهو فى حال المخمصة، وفيها يحل الميتة والخنازير، فما ظنك بصيد البحر، وهو طاهر بالإجماع. (زيلعى)

(٢) رسول.

(٣) أى يستخبثه الطبع. (ك)

(٤) لما سأل الطبيب أن يجعلها فى دواء، كذا رواه أبو داود.

(٥) غوك.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠١، والدراية ج٢، الحديث٩١٦ ص٢١٢. (نعيم)

(٦) قلت: غريب جداً.

(٧) بفتحتين: خرچنگ.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠١، والدراية ج٢ تحت الحديث٩١٦ ص٢١٢. (نعيم)

(٨) أى من سائر الميتات. (ك)

(٩) قوله: "لقوله عليه السلام: أحلت إلخ" فإن قيل: هذا الخبر مخالف لقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم﴾ قلنا: هذا الخبر مشهور مؤيد بالإجماع، فيجوز تخصيص الكتاب به، والدم المحلى بالألف واللام معهود على ما ذكر فى آية أخرى ﴿أو دمًا مسفوحًا﴾، فينصرف إلى المعهود، ولا يثبت التعارض بين الكتاب والخبر. (ك)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠١، والدراية ج٢، الحديث٩١٧ ص٢١٢. (نعيم)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "الطافى" هو اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا، والمراد من السمك الطافى، هو الذى يموت فى الماء حتف أنفه ويعلو. (ع)

(١٢) وهو الحل ميتته. (ك)

(١٣) وهذا الاستدلال بالنظر إلى لفظ ميتة.

ولنا ما روى جابر رضى الله عنه عن النبى عليه السلام أنه قال: «ما نضب عنه الماء فكلوا[١] وما لفظه[٢] الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا»*.

وعن جماعة من الصحابة[٣] مثل مذهبنا[٤]، وميتة البحر ما لفظه البحر[٥]؛ ليكون موته مضافًا إلى البحر[٦]، لا ما مات فيه[٧] من غير آفة.

قال[٨]: ولا بأس بأكل الجريث[٩] والمارماهى[١٠] وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة، وقال مالك: لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه ويشويه[١١]؛ لأنه صيد البر، ولهذا يجب على المحرم بقتله[١٢] جزاء[١٣] يليق به، فلا يحل[١٤] إلا بالقتل كما فى سائره[١٥].

والحجة عليه ما روينا[١٦]، وسئل على رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض**وفيها الميت وغيره، فقال: "كله كلّه"[١٧]، وهذا عد من فصاحته[١٨]،

(١٤) المذكور آنفًا.

(١) قوله: "ما نضب [نضب أى ذهب (غن)، النضوب -بالضم- فرو شدن آب در زمين. م] إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وقد روى عن جابر بن عبد الله عن النبى ﷺ قال: «كلوا ما حسر عنه البحر وما ألقاه، وما وجدتموه طافيًا فوق الماء ميتًا فلا تأكلوه»، وأخرجه ابن عدى فى "الكامل"، كذا قال الزيلعى فى "تخريجه". (مل)

(٢) أى رماه.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠٢، والدراية ج٢، الحديث ٩١٨ ص٢١٢. (نعيم)

(٣) قوله: "وعن جماعة من الصحابة" وهم علي وابن عباس وأبو هريرة وابن عمر رضى الله تعالى عنهم مثل مذهبنا، وأنه باب لا يعرف قياسًا، فثبت أنهم قالوه سماعًا. (ك)

(٤) أى كراهة أكل الطافى. (ت)

(٥) جواب عن استدلال الشافعى.

(٦) أى أماته البحر.

(٧) بحر.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "بأكل الجريث" -بكسر المعجمة وتشديد المهملة- قال فى "القاموس": كسكيت هو سمك أسود، كذا قاله العينى، وقال الوانى: نوع من السمك مدور كالترس أبو السعود. (رد المحتار)

(١٠) سمك فى صورة الحية، وأفردهما بالذكر للخفاء، وخلاف محمد. (در مختار)

(١١) بريان نمايد.

(١٢) جراد.

(١٣) إن قتل قملة، أو جرادة تصدق بما شاء، ولم يقدر الصدقة فى ظاهر الرواية. (مجمع الأنهر)

(١٤) جراد.

(١٥) أى كسائر حيوان البر. (كافى)

(١٦) قوله: "والحجة عليه ما رويناه" يعنى قوله عليه السلام: «أحلت لنا ميتتان ودمان» إلخ (ع).

ودل على إباحته وإن[١] مات حتف أنفه[٢].

بخلاف السمك إذا مات من غير آفة[٣]؛ لأننا خصصناه بالنص الوارد فى الطافى، ثم الأصل[٤] فى السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ، وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لايحل كالطافى، وتنسحب[٥] عليه فروع كثيرة، بيناها فى "كفاية المنتهى"[٦].

وعند التأمل يقف المبرز عليها[٧]، منها إذا قطع بعضها، فمات يحل أكل ما أبين وما بقى؛ لأن موته بآفة، و ما أبين من الحى[٨]، وإن[٩] كان ميتا فميتته حلال، وفى الموت بالحر والبرد روايتان[١٠]، والله أعلم بالصواب.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠٥ أشاربقوله: سئل على عن الجراد إلخ، والدراية ج٢، الحديث٩١٩ ص٢١٣. (نعيم)

(١٧) قوله:" فقال: كله كله" قلت: غريب بهذا اللفظ، وقد روى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن على رضى الله تعالى عنه قال: الحيتان والجراد ذكى كله، انتهى. (ت)

(١٨) على.

(١) والواو وصلية.

(٢) قوله:" حتف أنفه [من غير سبب حادث]" حتف بالفتح مرگ حتوف جمع مات فلان حتف أنفه مرد بر فراش بدون قتل، وضرب، وغرق، وحرق، قيل: هذا فى الآدمى، ثم عم فى كل حيوان إذا مات بغير سبب.

(٣) فإنه لا يحل.

(٤) قوله:" ثم الأصل" فى بعض الشروح السمك الميتة يحل إذا مات بغير سبب، وأما إذا مات بسبب فلا يحل، انتهى. وهذا غلط فاحش. (سقاية لعطشان الهداية لمولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٥) تتفرع، انسحاب: كشيده شدن. (من)

(٦) قوله: بيناها فى كفاية المنتهى إلخ" وهى أنه لو وجد فى بطن السمك سمكة أخرى، فإنها تؤكل؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وكذا إن قتلها شيء من طير الماء وغيره، وكذلك إن ماتت فى جب ما؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وكذلك إن جمعها فى حظيرة، فلا يستطيع الخروج منها، وهو يقدر على أخذها من غير صيد؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد، فلا خير فى أكلها؛ لأنه لم يصر لموتها سبب.

ولا بأس بأكل سمكة يصيدها المجوسى؛ لأنها تحل من غير تسمية؛ فإن المسلم إذا أخذ السمكة وترك عليها التسمية عمداً يحل، وما يحل بدون التسمية، فالمجوسى وغير المجوسى فيه سواء. (ن)

(٧) أى الفائق على الأقران.

(٨) دفع دخل وهو أن ما أبين من الحى ميت فلا يكون حلالا.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) قوله:" روايتان" أحدهما: أنها تؤكل؛ لأنها ماتت بسبب حادث، فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس، والأخرى: أنها لا تؤكل؛ لأن الحر والبرد صفتان من صفات الزمان، وليسا من أسباب الموت فى الغالب، وأطلق القدورى الروايتين ولم ينسبهما إلى أحد، وذكر شيخ الإسلام أنه على قول أبى حنيفة: لا يحل، وعلى قولهما: يحل. (ع)

ج7
10
B

كتاب الأضحية[١]

قال[٢]: الأضحية واجبة[٣] على كل حر مسلم مقيم موسر[٤] في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده[٥] الصغار، أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى.

وعنه: أنها سنة، ذكره في "الجوامع"[٦]، وهو قول الشافعي، وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة: واجبة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: سنة مؤكدة، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف.

وجه السنة قوله عليه السلام[٧]: «من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره[٨] وأظفاره شيئًا»*، والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب، ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر؛ لأنهما لا يختلفان في الوظائف المالية[٩] كالزكاة[١٠]، وصار كالعتيرة[١١].

(١) قوله: "كتاب الأضحية [أورد الأضحية عقيب الذبائح؛ لأن التضحية ذبح خاص، والخاص بعد العام. ع]" هو في اللغة: اسم ما يذبح في يوم الأضحى، وهو أفعولة، وكان أصله أضحوية، اجتمعت الواو والياء، وسبقت إحداهما بالسكون، فقلبت الواو ياء، وأدغمت الياء وكسرت الحاء؛ لتناسب الياء، ويجمع على أضاحي بتشديد الياء.

قال الأصمعي: وفيها أربع لغات: بضم الهمزة وكسرها، وضحية بفتح الضاد كهدية وهدايا وأضحاة، وجمعه أضحى كأرطاة وأرطى، وقال الفراء: الأضحى مذكر ومؤنث. وفي الشريعة: عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص في يوم مخصوص وهو يوم الأضحى. وسبب وجوب الأضحية الوقت، وهو أيام النحر، والغناء الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر شرط وجوبها، كذا في "النهاية" وغيرها. (مل)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "الأضحية إلخ" اعلم أن القربة المالية نوعان: نوع بطريق التمليك كالصدقات، ونوع بطريق الإتلاف كالإعتاق، وفي الأضحية اجتمع المعنيان، فإنها تقرب بإراقة الدم وهو إتلاف، ثم بالتصدق باللحم، وهو تمليك. (ك)

(٤) وإن كان حاجًا في منى. (منح الغفار)

(٥) بضم الواو وسكون اللام: جمع ولد. (عيني)

(٦) اسم كتاب في الفقه، صنفه أبو يوسف. (ع)

(٧) قوله: "قوله عليه السلام: «من أراد» إلخ" قلت: أخرجه الجماعة إلا البخاري عن أم سلمة عن النبي ﷺ قال: «من رأى هلال ذي الحجة منكم وأراد أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره»، انتهى. (ت)

(٨) أي لا يأخذ المضحي من شعر نفسه وأظفاره. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠٦، والدراية ج٢، الحديث ٩٢٠ ص٢١٣. (نعيم)

(٩) قوله: "في الوظائف [وظيفه چيزى كه براى كسى مقرر كرده باشد] المالية" قيد بالمالية احترازًا عن البدنية كالصلاة والصوم، فإنهما يختلفان فيها؛ لأن المسافر يلحقه المشقة في أدائها. (ع)

(١٠) فإنها واجبة عليهما.

(١١) قوله: "وصار كالعتيرة" في "المغرب": العتيرة ذبيحة في رجب، يتقرب بها أهل الجاهلية، والمسلمون في

ووجه الوجوب قوله عليه السلام: «من وجد سعة[١] ولم يضحِّ فلا يقربن مصلانا»*، ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب[٢]؛ ولأنها قربة يضاف إليها وقتها.

يقال: يوم الأضحى، وذلك يؤذن بالوجوب؛ لأن الإضافة للاختصاص[٣]، وهو بالوجود[٤]، والوجوب هو المفضى إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس، غير أن الأداء يختص بأسباب[٥] يشق على المسافر استحضارها، ويفوت[٦] بمضى الوقت، فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة.

والمراد[٧] بالإرادة فيما روى -والله أعلم- ما هو[٨] ضد السهو[٩] لا التخيير[١٠]، والعتيرة[١١] منسوخة[١٢]، وهى شاة تقام فى رَجَبٍ[١٣] على ما قيل[١٤].

صدر الإسلام ثم نسخ، يعنى أن العتيرة لما لم تجب على المسافر، لا تجب على المقيم، فكذا الأضحية، لما لم تكن واجبة على المسافر لا تكون واجبة على المقيم. والجامع كون كل واحد منهما، قربة يتقرب بها إلى الله تعالى، وصار قوله كالزكاة لبيان الطرد، وقوله: كالعتيرة لبيان العكس، والعكس مؤكد ومرجح للعلة. (كفاية)

(١) قوله: "من وجد سعة [بالفتح والكسر: فراخى وتوانگوى. م] إلخ" قلت: أخرجه ابن ماجة فى "سننه" عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠٧، والدراية ج٢، الحديث ٩٢١ ص٢١٣. (نعيم)

(٢) قوله: "لا يلحق إلخ" اعترض عليه بقوله ﷺ: «من ترك سنتى لم تنله شفاعتى»، وأجيب: بأنه محمول على الترك اعتقاداً، أو الترك أصلا؛ فإن ترك السنة أصلا حرام، ولذا يجب المقاتلة مع جماعة تركوا الأذان، و إن كان الأذان سنة؛ لأن إحياء السنة واجب. (مل)

(٣) قوله: "لأن الإضافة للاختصاص" أى لاختصاص المضاف بالمضاف إليه، والاختصاص إنما يثبت إذا وجد المضاف إليه لا محالة، وإنما يوجد المضاف إليه لا محالة، إذا كان واجبا بالنظر إلى الجنس، أى جنس المكلفين؛ لجواز أن يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب، ولايجتمعون على ترك الواجب، ولا يصح الإضافة باعتبار جواز الأداء فيه، فالصوم يجوز فى سائر الشهور، والمسمّى بشهر الصوم رمضان. (ك)

(٤) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقًا به فضلا عن القصاص. (ع)

(٥) قوله: "يختص بأسباب [وشروط] إلخ" يعنى أن المسافر يلحقه زيادة مشقة فى إقامة هذه القربة؛ لأنه لا بد من شراء ما يصلح للأضحية، فربما يجد ذلك، وربما لا يجد، ومتى وجد واشترى، احتاج إلى حفظها إلى أن يجيء وقتها، ويتعسر عليه ذلك حالة السفر، ثم بعد الذبح يحتاج إلى إصلاح السقط وغير ذلك؛ ليأكل، أو يطعم غيره، ويتعسر عليه ذلك أيضًا، فسقطت عن المسافر دفعًا للحرج. (غن)

(٦) الأداء.

(٧) جواب عما تمسك به الشافعى من الحديث.

(٨) فالمعنى من قصد التضحية التى هى واجبة إلخ كقول من قال: من أراد الصلاة فليتوضأ. (ع)

(٩) أى العمد والقصد.

(١٠) فإنه ينافى الوجوب. (ك)

(١١) جواب عما استشهد بها. (عناية)

وإنما اختص الوجوب بالحرية[١]؛ لأنها[٢] وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك والمالك هو الحر، وبالإسلام لكونها قربة[٣]، وبالإقامة؛ لما بينا[٤]، واليسار[٥]؛ لما روينا[٦] من اشتراط السعة، ومقداره ما يجب به صدقة الفطر، وقد مر في الصوم[٧]، وبالوقت[٨] وهو يوم الأضحى؛ لأنها[٩] مختصة به، وسنبين مقداره[١٠]، إن شاء الله تعالى.

وتجب عن نفسه؛ لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه[١١]، وعن ولده الصغير؛ لأنه في معنى نفسه[١٢]، فيلحق به كما في صدقة الفطر[١٣]، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى.

وروى عنه[١٤] أنه لا يجب عن ولده[١٥]، وهو ظاهر الرواية[١٦]، بخلاف صدقة

---

(١٢) قوله: "منسوخة [والقياس على المنسوخ لا يجوز. عن]" روى الأئمة الستة في كتبهم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا فرع ولا عتيرة» انتهى، والفرع أول النتاج كان ينتج لهم فيذبحوه لطواغيتهم. (ت)

(١٣) غير منصرف.

(١٤) قوله: "على ما قيل" فيه إشارة إلى الخلاف في تفسير العتيرة، وفي "الإيضاح": العتيرة هي ما كان الرجل إذا ولدت له الناقة أو الشاة ذبح أول ولدها فأكل وأطعم، وقيل: ينذر العرب، فيقول: إذا بلغ شياءه كذا وكذا، فعليه أن يذبح من كل عشر منها في رجب كذا. (كفاية)

(١) قوله: "وإنما اختص إلخ" بيان الشرائط المذكورة في أول الباب. (عناية)

(٢) أضحية.

(٣) والكافر ليس بأهل لها.

(٤) قوله: "لما بينا" وهو قوله: غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها. (ك)

(٥) معطوف على الإقامة.

(٦) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله: «من وجد سعة ولم يضحّ» الحديث. (عناية)

(٧) في باب صدقة الفطر.

(٨) معطوف على اليسار.

(٩) أضحية.

(١٠) أي مقدار الوقت. (ع)

(١١) قوله: "على ما بيناه [أي في صدقة الفطر]" قال في باب صدقة الفطر: والأصل في الوجوب رأسه، وهو يمونه، ويلي عليه، فيلحق به ما هو في معناه، كأولاده الصغار؛ لأنه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه؛ لقيام الولاية والمؤنة.

(١٢) لأنه يلي نفسه وماله. (ك)

(١٣) قوله: كما في صدقة الفطر [فإنها تجب عن نفسه وعن ولده الصغير]" وهذا لأن كل واحد منهما قربة مالية تعلقت بيوم العيد، فكانا نظيرين من هذا الوجه. (ك)

(١٤) أي عن أبي حنيفة. (ك)

الفطر؛ لأن السبب هناك[١] رأس يمونه[٢] ويلى عليه، وهما موجودان فى الصغير[٣]، وهذه قربة محضة[٤].

والأصل فى القرب أن لا تجب على الغير، بسبب الغير، ولهذا[٥] لا تجب[٦] عن عبده، وإن[٧] كان يجب عنه[٨] صدقة الفطر، وإن كان للصغير مال يضحى عنه أبوه، أو وصيّه[٩] من ماله[١٠] عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى.

وقال محمد وزفر والشافعى رحمهم الله تعالى: يضحى من مال نفسه لا من مال الصغير، فالخلاف[١١] فى هذا كالخلاف[١٢] فى صدقة الفطر.

وقيل: لا يجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعًا[١٣]؛ لأن هذه القربة تتأدى بالإراقة[١٤]، والصدقة بعدها[١٥] تطوع فلا يجوز ذلك[١٦] من مال الصغير، ولا

---

(١٥) قوله: "لا يجب عن ولده" يعنى سواء كان صغيراً أو كبيراً، إذا لم يكن له مال. (ع)

(١٦) والفتوى على ظاهر الرواية، كذا فى "فتاوى قاضى خان".. (ك)

(١) أى فى صدقة الفطر.

(٢) قوله: "يمونه" مانه مونًا -بالفتح- ومؤنة قيام در زيد بر نفقة وكفالت عيال وبرداشت بار ايشان. (من)

(٣) فإن الأب يمون رأس الصغير ويلى عليه.

(٤) قوله: "وهذه [أضحية]" أى الإراقة صارت قربة من العبد إلى الرب من غير شائبة، ولا كذلك التصدق بالمال؛ لأنه كما يتقرب به إلى الله تعالى، يتقرب به إلى العباد، فلا يكون قربة محضة. (نهاية)

(٥) الأصل.

(٦) الأضحية اتفاقًا.

(٧) الواو وصلية.

(٨) أى عن عبده.

(٩) أب.

(١٠) أى من مال الصغير.

(١١) وفى نسخة: والخلاف.

(١٢) قوله: "كالخلاف" قال فى باب صدقة الفطر: إن كان لهم أى للصغار مال يؤدى من مالهم عند أبى حنيفة وأبى يوسف، خلافًا لمحمد؛ لأن الشرع أجراه مجرى المؤنة، فأشبه النفقة.

(١٣) قوله: "لا يجوز التضحية إلخ" أى ليس للأب أن يفعله من ماله؛ لأنه إن كان المقصود الإتلاف، فالأب لا يملك إتلاف مال ولده كالإعتاق، وإن كان المقصود التصدق باللحم بعد الإراقة، فذلك تطوع، ومال الصبى لا يحتمل صدقة التطوع، كذا فى "المبسوط". (كافى)

(١٤) قوله: "لأن القربة إلخ" أى لأن الواجب فى الأضحية إراقة الدم، والصدقة بعدها تطوع، وذلك فى مال الصغير، ولا يقدر الصغير فى العادة أن يأكل جميعها، ولا يجوز البيع فلذلك لم يجب. (عن)

(١٥) إراقة.

(١٦) تطوع.

يمكنه أن يأكل كله، والأصح أن يضحى من ماله[١]، ويأكل منه ما أمكنه[٢]، ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه[٣].

قال[٤]: ويذبح عن كل واحد منهم شاة، أو يذبح بقرة أو بدنة[٥] عن سبعة، والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد[٦]؛ لأن الإراقة واحدة وهى القربة؛ إلا أنا تركناه[٧] بالأثر، وهو ما روى عن جابر رضى الله تعالى عنه أنه قال: «نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة»[٨]*، ولا نص فى الشاة، فبقى على أصل القياس.

وتجوز عن خمسة، أو ستة، أو ثلاثة[٩]، ذكره محمد فى "الأصل"[١٠]؛ لأنه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم أولى، ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما، لا نص فيه، وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز[١١] عن الكل[١٢]؛ لانعدام وصف القربة فى البعض[١٣]، وسنبينه[١٤] إن شاء الله تعالى.

وقال مالك: تجوز عن أهل بيت واحد، وإن[١٥] كانوا أكثر من سبعة، ولا تجوز عن أهل بيتين، وإن[١٦] كانوا أقل منها[١٧]؛ لقوله عليه السلام[١٨]:

---

(١) قوله: "والأصح أن يضحى من ماله" أى من مال الصغير، ويأكل أى الصغير من الأضحية التى هى من ماله ما أمكنه، ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه، كالغربال والمنخلة. (عناية)

(٢) أى من المضحى.

(٣) أى ببقاء عينه، كالثوب ومتاع البيت. (ك)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) شتر.

(٦) أى البقرة والبدنة.

(٧) قياس.

(٨) قلت: أخرجه الجماعة إلا البخارى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٠٩، والدراية ج٢، الحديث٩٢٢ ص٢١٣. (نعيم)

(٩) ذكره تفريعًا على مسألة القدورى. (عينى)

(١٠) مبسوط.

(١١) قوله: "وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز" كما إذا مات وترك ابنا وامرأة وبقرة، فضحيا بها يوم العيد لم يجز؛ لأن نصيب المرأة أقل من السبع، فإذا لم يجز فى نصيبها، لم يجز فى نصيب الابن أيضًا. (ع)

(١٢) قوله: "لا يجوز عن الكل" أى كما لا يجوز من صاحب الكثير، لا يجوز من صاحب القليل. (غاية البيان)

(١٣) الذى هو أقل من السبع.

(١٤) لعل مراده: وإذا أراد أحدهم بنصيبه اللحم لم يجز عن الباقين إلخ. (ك)

(١٥) الواو وصلية.

«على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة»* .

قلنا : المراد منه -والله أعلم- قيم أهل البيت(٢) ؛ لأن اليسار له ، يؤيده ما يروى على كل مسلم(٣) في كل عام أضحاة وعتيرة(٤) ، ولو كانت البدنة(٥) بين اثنين نصفين تجوز في الأصح(٦) ؛ لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعًا له ، وإذا جاز على الشركة ، فقسمة اللحم بالوزن ؛ لأنه موزون ، ولو اقتسموا جزافًا(٧) لا يجوز ، إلا إذا كان معه شيء(٨) من الأكارع(٩) والجلد اعتبارًا بالبيع(١٠) .

ولو اشترى بقرة(١١) يريد أن يضحي بها عن نفسه ، ثم أشرك فيها ستة معه جاز

---

(١٦) الواو وصلية.

(١٧) سبعة.

(١٨) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربع عن ابن سليم قال: «كنا وقوفًا مع رسول الله ﷺ بعرفات فقال يا أيها الناس على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة أتدرون ما العتيرة هي التي يقول الناس إنها الرجبية» انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢١٠، والدراية ج٢، الحديث٩٢٣ ص٢١٤. (نعيم)

(٢) منتظم وصاحب.

(٣) قوله: "يؤيده ما يروى [قلت: روايته غريبة] على كل مسلم إلخ" هذا محكم، وقوله عليه الصلاة والسلام: «على كل أهل بيت» محتمل، فحملناه على المحكم. (ك)

(٤) قوله: "أضحاة" الأضحاة بالفتح لغةً: الأضحية لا جمع الأضحية، كما في بعض الشروح؛ فإن جمع الأضحية الضحايا. (سقاية)

(٥) ذكره تفريعًا عى مسألة القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "في الأصح" هذا احتراز عن قول بعض المشايخ؛ فإنهم قالوا: لا يجزيهما؛ لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع، ونصف السبع لا يجوز في الأضحية، فإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي.

وقال بعضهم: يجوزوبه أخذ الفقيه أبو الليث، والصدر الشهيد رحمهما الله تعالى؛ لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعًا، وجه ذلك أن نصف السبع وإن لم يكن أضحية، فهي قربة تبعًا للأضحية، كما إذا ضحى شاة، فخرج من بطنها جنين حي؛ فإنه يجب عليه أن يضحيه، وإن لم يجز تضحيته ابتداء. (ك)

(٧) تخمين وقياس كردن در بيع وشراء وجز آن. (م)

(٨) قوله: "إلا إذا كان معه شيء [حتى يصرف الجنس إلى خلافه. عيني] إلخ" يعني إذا كان مع أحدهما بعض الأكارع، ومع الآخر الجلد، أو بعض الأكارع، أو مع أحدهما بعض الأكارع والجلد، حتى يصرف الجنس إلى خلاف الجنس فيجوز، كما في البيع، أي في بيع الجنس مع الجنس جزافًا، إذا كان مع أحدهما أو مع كل واحد منهما شيء من خلاف الجنس فيجوز. (ك)

(٩) قوله: "من الأكارع [كراع بالضم پاچه گوسفند وگاو وجز آن. م]" الأكارع جمع أكرع، وأكرع جمع كراع، والكراع في الغنم والبقر بمنزلة الظلف في الفرس والبعير، وهوالساق يذكر ويؤنث، وفي المثل أعطى العبد كراعا، فطلب ذراعًا؛ لأن الذراع في اليد، وهو أفضل من الكراع في الرجل. (عيني)

(١٠) لأن القسمة فيها معنى المبادلة. (زيلعي)

استحسانًا، وفي القياس لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه أعدها للقربة، فيمتنع عن بيعها تمولا، والإشراك هذه صفته[١].

وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها، ولا يظفر بالشركاء وقت البيع، وإنما يطلبهم[٢] بعده[٣]، فكانت الحاجة إليه ماسة، فجوزناه دفعًا للحرج وقد أمكن[٤]؛ لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع[٥]، والأحسن أن يفعل ذلك[٦] قبل الشراء؛ ليكون أبعد عن الخلاف، وعن صورة الرجوع في القربة، وعن أبي حنيفة أنه يكره الإشراك بعد الشراء؛ لما بينا[٧].

قال[٨]: وليس على الفقير والمسافر أضحية؛ لما بينا[٩]، وأبو بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين[١٠]*، وعن علي**: "ليس على المسافر جمعة ولا أضحية"[١١].

قال[١٢]: ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح، حتى يصلي الإمام العيد، فأما أهل السواد[١٣]، فيذبحون بعد الفجر. والأصل[١٤] فيه قوله عليه السلام: «من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته[١٥] ومن

---

(١١) هذه من مسائل الأصل، ذكره تفريعًا على مسألة القدوري. (عيني)

(١) قوله: "والإشراك هذه صفته" أي البيع بطريق التمول. (ك)

(٢) شركاء.

(٣) بيع.

(٤) أي دفع الحرج بهذا الإشراك.

(٥) قوله: لا يمتنع البيع [ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها، فاشترى مثلها لم يكن به بأس]" فإن من اشترى شاة للتضحية، فوجدها عجفاء فيبيعها ليشتري سمينة يجوز، فكذا الإشراك. (مل)

(٦) إشراك.

(٧) قوله: "لما بينا" أراد به قوله: لأنه أعدها للقربة، فيمنع عن بيعها إلخ. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "لما بينا" من اشتراط اليسار والإقامة. (غن)

(١٠) قلت: غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١١، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٢٣ ص٢١٤. (نعيم)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢١١، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٢٣ ص٢١٤. (نعيم)

(١١) قلت: غريب. (ت)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) ديهاى شهر. (م)

ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه[١] وأصاب سنة المسلمين»*.

وقال عليه السلام**: «إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة[٢] ثم الأضحية» غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة[٣]، وهو المصري دون أهل السواد؛ ولأن التأخير لاحتمال التشاغل به[٤] عن الصلاة، ولا معنى للتأخير في حق القروي، ولا[٥] صلاة عليه، وما رويناه[٦] حجة على مالك والشافعي رحمهما الله تعالى في نفي الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام.

ثم المعتبر في ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز[٧]، كما[٨] انشق الفجر ولو كان على العكس[٩] لا يجوز، إلا بعد الصلاة.

وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر[١٠]، فيضحي بها كما طلع الفجر، وهذا[١١] لأنها تشبه الزكاة من حيث إنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر، كالزكاة[١٢] بهلاك النصاب، فيعتبر[١٣] في الصرف[١٤] مكان المحل[١٥]؛

---

(١٤) دليل.

(١٥) قوله: "من ذبح إلخ" قلت: أخرجه البخاري ومسلم عن البراء بن عازب قال: «ضحى خالي أبو بردة قبل الصلاة فقال رسول الله ﷺ تلك شاة لحم فقال يارسول الله إن عندي جذعة من المعز فقال ضح بها ولا تصلح لغيرك ثم قال من ضحى قبل الصلاة فإنما ذبح لنفسه ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين»، انتهى. (زيلعي)

(١) نسك -بالضم- عبادت كردن وقرباني كردن، وبضمتين: قربانيها. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١١، والدراية ج٢، الحديث ٩٢٤ ص٢١٥. (نعيم)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٢، والدراية ج٢، الحديث ٩٢٥ ص٢١٥. (نعيم)

(٢) قوله: "إن أول نسكنا إلخ" قلت: أخرجه البخاري ومسلم بمعناه عن البراء بن عازب قال: قال رسول الله ﷺ: «إن أول ما نبدأ به في يومنا هذا أن نصلي ثم نرجع فننحر». (تخريج زيلعي)

(٣) قوله: "في حق من عليه إلخ" لأن النص ورد في حق من عليه الصلاة؛ ولايجوز إلحاق غيره به؛ لعدم الجامع. (أعظمي)

(٤) أي بالذبح.

(٥) الواو حالية.

(٦) قوله: "وما رويناه إلخ" أراد به قوله عليه الصلاة والسلام: «ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه»، وهو لعمومه يتناول ما قبل نحر الإمام وما بعده. (ك)

(٧) قبل الصلاة.

(٨) الكاف ههنا للمفاجأة، لا للتشبيه، كما في كما خرجت رأيت زيداً.

(٩) أي الأضحية في المصر والمضحي في القرى.

(١٠) قوله: "أن يبعث بها إلخ" قالوا: هذا إذا خرج مقدار ما يباح للمسافر قصر الصلاة في ذلك المكان، يجوز الذبح قبل الصلاة و إلا فلا. (قاضي خان)

(١١) أي المعتبر في ذلك إلخ.

لإمكان الفاعل اعتباراً بها.

بخلاف صدقة الفطر[١]؛ لأنها لا تسقط بهلاك المال[٢]، بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر، ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد[٣]، ولم يصلّ أهل الجبّانة[٤] أجزأه استحسانًا[٥]؛ لأنها صلاة معتبرة، حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم[٦]، وكذا على[٧] هذا عكسه[٨]، وقيل: هو جائز[٩] قياسًا واستحسانًا[١٠].

قال[١١]: وهي جائزة في ثلاثة أيام: يوم النحر، ويومان بعده، وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده؛ لقوله عليه السلام[١٢]: «أيام التشريق[١٣] كلها أيام ذبح»*.

---

(١٢) تسقط.

(١٣) الأداء. (زيلعي)

(١٤) أى فى الإراقة. (ك)

(١٥) أى المال. (ك)

(١) حيث يعتبر فيها مكان الفاعل.

(٢) قوله: "لأنها لا تسقط إلخ" فكان محلها الذمة، فاعتبر فيها مكان المؤدى؛ لإمكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى. (كفاية)

(٣) قوله: "ولو ضحى [هذا من مسائل الأصل. عينى] إلخ" معناه أن يخرج الإمام بالناس إلى الجبانة، ويستخلف من يصلى بالضعفاء فى الجامع، هكذا فعله على رضى الله تعالى عنه حين قدم الكوفة. (ع)

(٤) عيد گاه در صحرا. (من)

(٥) قوله: "أجزأه استحسانًا" والقياس أن لا يجوز؛ لأنها عبادة دارت بين الجواز وعدمه، فينبغى أن لا يجوز احتياطًا، وهذا؛ لأنها من حيث كونها بعد الصلاة تجوز، ومن حيث كونها قبل الصلاة التى تؤدى فى الجبانة لا تجوز. (ك)

(٦) قوله: "أجزأتهم" يعنى يعنى لايجب عليهم الذهاب إلى الجبانة، ولولم تكن معتبرة لوجب عليهم الذهاب إليها. (ك)

(٧) أى على القياس والاستحسان. (ك)

(٨) أى صلى أهل الجبانة ولم يصل أهل المسجد.

(٩) قوله: "هو جائز" ولو صلى الإمام ثم تبين أنه صلى بغير طهارة، تعاد الصلاة دون الأضحية؛ لأن من العلماء من قال: لا يعيد الصلاة إلا الإمام وحده، فكان للاجتهاد فيه مساغ، فجعلناه عذرا فى حق جواز التضحية تحريا للجواز، وصيانة لأضاحيهم عن الفساد. (زيلعى)

(١٠) قوله: "قياسًا واستحسانًا" لأن المسنون فى العيد الخروج إلى الجبانة، فأهل الجبانة هو الأصل، وقد صلوا، فيجوز قياسًا واستحسانًا، وقيل: بل الاستحسان والقياس فيهما. (كافى)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: رواه أحمد فى "مسنده" وابن حبان فى "صحيحه" فى النوع الثالث والأربعين من القسم الثالث من حديث عبد الرحمن بن أبى حسين عن جبير بن مطعم عن النبى ﷺ قال: «كل أيام التشريق ذبح، وعرفة كلها موقف» إلى آخره، ورواه البزار فى "مسنده"، وقال ابن أبى حسين، لم يلقَ جبير بن مطعم. (ت)

(١٣) سميت أيام التشريق بها؛ لأن الأضاحى تشرق فيها أى تقدد فى الشمس. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٢، والدراية ج٢، الحديث٩٢٦ ص٢١٥. (نعيم)

ولنا ما روى[١] عن عمر[٢] وعلى وابن عباس رضى الله تعالى عنهم أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة، أفضلها أولها، وقد قالوه سماعًا[٣]؛ لأن الرأى لا يهتدى إلى المقادير، وفى الأخبار تعارض، فأخذنا بالمتيقن[٤]، وهو الأقل، وأفضلها أولها كما قالوا، أو لأن فيه[٥] مسارعة إلى أداء القربة، وهو الأصل إلا لمعارض[٦].

ويجوز الذبح فى لياليها[٧]، إلا أنه يكره؛ لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل[٨]، وأيام النحر ثلاثة، وأيام التشريق ثلاثة، والكل يمضى بأربعة، أولها[٩] نحر لا غير، وآخرها[١٠] تشريق لا غير، والمتوسطان نحر وتشريق، والتضحية فيها[١١] أفضل من التصدق بثمن الأضحية؛ لأنها تقع واجبة، أو سنة، والتصدق تطوع محض[١٢] فتفضل عليه؛ ولأنها تفوت بفوات وقتها، والصدقة تؤتى بها فى الأوقات كلها، فنزلت منزلة الطواف[١٣]، والصلاة فى حق الآفاقى.

---

(١) قلت: غريب جداً. (ت)

(٢) قوله: "عن عمر" قال الشيخ ابن حجر: أما عن عمر فلم أرَه، وأما عن على فذكره مالك فى "الموطأ" بلاغًا، وأما عن ابن عباس فلم أره. (سقاية)

(٣) منه ﷺ.

(٤) احتياطًا.

(٥) أى فى اختيار الأول.

(٦) قوله: "وهو الأصل" أى الأصل المسارعة إلى أداء القربة إلا لمعارض، كما فى الإسفار بالفجر، والإبراد بالظهر ونحوه، وهو قوله عليه السلام: «أسفروا وأبردوا». (ك)

(٧) قوله: "فى لياليها" أى فى ليالى أيام النحر، والمراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير، فلا يدخل الليلة الأولى، وهى ليلة العاشر من ذى الحجة، ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر؛ لأن وقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر، على ما ذكر فى الكتاب، وهو اليوم العاشر، ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثانى عشر، فلا يجوز فى ليلة النحر البتة؛ لوقوعها قبل وقتها، ولا فى ليلة التشريق المحض لخروجه، وإنما جازت فى الليل؛ لأن الليالى تبع للأيام، وأما الكراهة فلما ذكره فى الكتاب. (ع)

(٨) قوله: "لاحتمال الغلط" أى فى المذبح، أو فى الشاة فى أنها له، أو لغيره، أو بذبح شاة، فإن فيها بعض الشرائط. (كفاية)

(٩) العاشر.

(١٠) الثالث عشر.

(١١) قوله: "والتضحية فيها" أى فى أيام النحر أفضل من التصدق بثمن الأضحية، أما فى حق الموسر؛ فلأنها تقع واجبة فى ظاهر الرواية، أو سنة فى أحد قولى أبى يوسف، والتصدق بالثمن تطوع محض، ولا شك فى أفضلية الواجب أو السنة على التطوع، وأما فى حق المعسر؛ فلأن فيها جمعا بين التقرب بإراقة الدم، والتصدق والإراقة قربة تفوت بفوات هذه الأيام، ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل، وهذا الدليل يشمل الغنى والفقير. (عناية)

(١٢) وإن كان يسقط عنه الواجب.

ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر، إن كان أوجب على نفسه[١]، أو كان فقيراً، وقد[٢] اشترى الأضحية[٣] تصدق بها حية[٤]، وإن كان غنياً[٥] تصدق بقيمة شاة، اشترى أو لم يشترِ؛ لأنها واجبة على الغنى[٦]، وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا[٧]، فإذا فات الوقت[٨] يجب عليه التصدق[٩] إخراجاً له عن العهدة، كالجمعة تقتضي بعد فواتها ظهراً[١٠]، والصوم بعد العجز فدية[١١].

قال[١٢]: ولا يضحي[١٣] بالعمياء[١٤]، والعوزاء[١٥]، والعرجاء[١٦] التى لا تمشى إلى المنسك[١٧] ولا العجفاء[١٨]؛ لقوله عليه السلام[١٩]: «لا تجزئ فى

(١٣) قوله: فنزلت منزلة إلخ" فإن الطواف فى حق الآفاقى لفواته أفضل من صلاة التطوع، بخلاف المكى؛ فإن الصلاة فى حقه أفضل. (عناية)

(١) قوله: "إن كان [سواء كان الموجب غنياً أو فقيراً. عناية] أوجب [بالنذر] إلخ" أى شاة بعينها بأن يكون فى ملكه شاة، فيقول: أضحى بهذه أو يقول: لله على أن أضحى بهذه، أو يقول: على أن يضحى بهذه. (كفاية)

(٢) الواو حالية.

(٣) أى اشترى شاة بنية الأضحية. (ك)

(٤) قوله: "تصدق بها حية" وإن ذبح لا يجوز له التناول من لحمها، بل يتصدق بلحمها، وفضل ما بين قيمتها مذبوحة، وغير مذبوحة، كذا فى الأوضح. (ك)

(٥) ولم يوجب على نفسه. (م)

(٦) عينها أو لم يعينها. (عناية)

(٧) قوله: "عندنا" وروى الزعفرانى عن أصحابنا رحمهم الله تعالى أنه لا يجب، وهو قول الشافعى؛ لأن القرب إنما يلزم بالشروع أو بالنذر ولم يوجد واحد، وإنا نقول الشراء من الفقير مقروناً بنية الأضحية بمنزلة النذر. (ك)

(٨) أى وقت التقرب بالإراقة. (عناية)

(٩) بالعين أو القيمة.

(١٠) قوله: "كالجمعة إلخ" والجامع بينهما أن قضاء ما وجب عليه فى الأداء بجنس غير جنس الأداء. (ك)

(١١) يقتضى.

(١٢) القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "ولا يضحى إلخ" هذا بيان ما لا يجوز التضحية به، والأصل فيه أن العيب الفاحش مانع، واليسير غير مانع؛ لأن الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب، واليسير ما لا أثر له فى لحمها، وللعوراء أثر فى ذلك؛ لأنه لا يبصر بعين واحد من العلف ما يبصر من العينين، وقلة العلف تورث الهزال. (م)

(١٤) عمى –بفتحتين– رفتن بينائى چشم.

(١٥) عور –بالفتح وبفتحتين– يک چشم شدن.

(١٦) لنگ.

(١٧) أى المذبح. (زيلعى)

(١٨) عجف –بالضم والكسر– لاغرى ستور. (م)

(١٩) قلت: أخرجه الترمذى، ورواه مالك أيضاً، كذا قال الزيلعى.

الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها[١] والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي»[٢]*.

قال[٣]: ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب، أما الأذن، فلقوله عليه السلام[٤]: «استشرفوا العين والأذن»** أي اطلبوا سلامتهما، وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود، فصار كالأذن.

قال[٥]: ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها، وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز؛ لأن للأكثر حكم الكل بقاءً وذهابًا[٦]؛ ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه، فجعل عفواً، واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر.

ففي "الجامع الصغير" عنه[٧]: وإن قطع من الذنب أو الأذن، أو العين، أو الألية[٨] الثلث، أو أقل أجزأه، وإن كان أكثر[٩] لم يجزه؛ لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة، فاعتبر قليلا، وفيما زاد[١٠] لا تنفذ[١١] إلا برضاهم، فاعتبر كثيراً. ويروى عنه الربع[١٢]؛ لأنه يحكى[١٣] حكاية الكمال على ما مر في الصلاة[١٤]، ويروى الثلث[١٥]؛ لقوله عليه السلام[١٦] في حديث الوصية[١٧]: «الثلث

---

(١) قوله: "البين عرجها [عرج بفتحتين لنگ شدن]" هي أن لايمكنها المشي برجلها العرجاء، وإنما تمشي بثلث قوائم، حتى لو كانت تضع الرابعة على الأرض وضعًا خفيفًا يجوز، ذكره خواهر زاده. (ك)

(٢) قوله: "لا تنقي" أي ليس لها نقي، وهو المخ من شدة العجف. (ك)

قوله: "لا تنقي" النقي المخّ، ومنه نهى أن يضحى بالعجفاء التي لا تنقي، أي ليس لها نقي من شدة عجفها. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٣، والدراية ج٢، الحديث٩٢٧ ص٢١٥. (نعيم)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أخرجه الطبراني، كذا قال الزيلعي.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٤، والدراية ج٢، الحديث ٩٢٨ ص٢١٦. (نعيم)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "بقاءً وذهابًا" أي بقاء الأكثر كبقاء الكل، وذهاب الأكثر كذهاب الكل. (ك)

(٧) أي عن أبي حنيفة.

(٨) ألية: سرين يا پيه و گوشت سرين. (من)

(٩) من الثلث.

(١٠) على الثلث.

(١١) وصية.

(١٢) قوله: "ويروى عنه [أي عن أبي حنيفة] الربع" يعني إذا كان الذاهب الربع لا يجوز؛ لأن الربع له حكم الكمال، وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة. (ن)

(١٣) كمافي مسح الرأس.

والثلث كثير »*.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا بقى الأكثر من النصف أجزأه، اعتبارًا للحقيقة[٢] على ما تقدم[٣] فى الصلاة، وهو اختيار الفقيه أبى الليث.

وقال: أبو يوسف: أخبرت بقولى أبا حنيفة فقال: قولى هو قولك، قيل: هو رجوع منه إلى قول أبى يوسف[٤]، وقيل: معناه قولى قريب من قولك[٥]، وفى كون النصف مانعًا روايتان[٦] عنهما، كما فى انكشاف العضو عن أبى يوسف.

ثم معرفة المقدار فى غير العين متيسر، وفى العين قالوا: تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة[٧] يومًا، أو يومين، ثم يقرب العَلَف[٨] إليها قليلا قليلا، فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان، ثم تشد عينها الصحيحة، وقرب إليها العلف قليلا قليلا، حتى إذا رأته من مكان أعلم عليه، ثم ينظر إلى التفاوت ما بينهما[٩]، فإن كان[١٠] ثلثًا فالذاهب الثلث، وإن كان نصفًا فالنصف.

---

(١٤) قوله: "على ما مر فى الصلاة [فى باب شروط الصلاة]" من أن الكشف فى عدم جواز الصلاة مقدر بربع العورة، وتقدير النجاسة بربع الثوب. (عينى)

(١٥) قوله: "ويروى الثلث" يعنى إذا كان الذاهب الثلث لا يجوز، وإن كان أقل من الثلث يجوز. (ن)

(١٦) أخرجه الأئمة الستة. (ت)

(١٧) أى أوص الثلث.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٥، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٢٨ ص٢١٦. (نعيم)

(٢) قوله: "اعتباراً للحقيقة" فإن القليل والكثير من أسماء المقابلة، فما دون النصف قليل حقيقة. (مل)

(٣) قوله: "على ما تقدم [فى باب شروط الصلاة]" قال المصنف فى باب شروط الصلاة: فإن صلت، وثلث ساقها، أو ربعها مكشوف تعيد الصلاة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وإن كان أقل من الربع لا تعيد.

وقال أبو يوسف: لا تعيد إن كان أقل من النصف، وفى النصف عنه روايتان: فاعتبر الخروج عن حد القلة، أو عدم الدخول فى ضده.

(٤) قوله: "هو رجوع منه إلخ" يعنى كان يقول أولا: إن الثلث قليل، والكثير ما زاد على الثلث، ثم رجع وقال: الكثير النصف وما زاد على النصف، كما هو قولهما. (ك)

(٥) قوله: "قولى قريب إلخ" أى قولى، وهو أن الأكثر من الثلث مانع لا ما دونه، أقرب إلى قولك الذى هو أن الأكثر من النصف، إذا بقى أجزاه بالنسبة إلى قول من يقول: إن الربع والثلث مانع. (ع)

(٦) قوله: "روايتان [أى عن أبى يوسف ومحمد]" فى رواية: مانع؛ لأن القليل عفو، والنصف ليس بقليل؛ لأن ما يقابله ليس بكثير، وفى رواية: غير مانع؛ لأن المانع هو الكثير، والنصف غير كثير؛ لأن ما يقابله ليس بقليل. (عينى)

(٧) اعتلاف: علف خوردن.

(٨) بفتحتين: خورش ستور وجزء آن. (م)

(٩) مكانين.

(١٠) تفاوت.

قال[١]: ويجوز أن يضحى بالجماء، وهى التى لا قرن[٢] لها؛ لأن القرن لايتعلق به مقصود[٣]، وكذا مكسورة القرن[٤]؛ لما قلنا[٥]، والخصى؛ لأن لحمها أطيب، وقد صح[٦] أن النبى ﷺ ضحى بكبشين[٧] أملحين[٨] موجوئين*.

والثولاء[٩]، وهى المجنونة، وقيل: هذا إذا كانت تعتلف؛ لأنه لا يخل بالمقصود، أما إذا كانت لا تعتلف لا تجزئه، والجرباء[١٠] إن كانت سمينة جاز؛ لأن الجرب[١١] فى الجلد، ولا نقصان فى اللحم، وإن كانت مهزولة[١٢] لا تجوز؛ لأن الجرب فى اللحم فانتقص.

وأما الهتماء[١٣] وهى التى لا أسنان لها، فعن أبى يوسف أنه يعتبر فى الأسنان الكثرة والقلة، وعنه إن بقى ما يمكن الاعتلاف به أجزأه؛ لحصول المقصود، والسكاء[١٤] وهى التى لا أذن لها خلقة لا تجوز، إن كان هذا[١٥]؛ لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فعديم الأذن أولى[١٦].

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) شاخ.

(٣) قوله: "لا يتعلق به مقصود" ألا يرى أن التضحية بالإبل جائزة، ولا قرن له. (عناية)

(٤) أى يجوز.

(٥) من أن القرن لا يتعلق به مقصود.

(٦) قوله: "وقد صح إلخ" روا ابن ماجة فى سننه عن عائشة وأبى هريرة، أن النبى ﷺ كان إذا أراد أن يضحى اشترى كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوئين. (ت)

(٧) أحدهماعن نفسه، والآخر عن أمته، كبش -بالفتح- گوسفند. (م)

(٨) قوله: "أملحين" كبش أملح فيه ملحة، وهى بياض يشوبه شعرات سود، وهى من لون الملح والوجاء، على فعال، نوع من الخصاء، وهو أن يضرب العروق بحديدة، ويطعن فيها من غير إخراج الخصيتين، يقال: كبش موجوء إذا فعل به ذلك. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٥، والدراية ج٢، الحديث٩٢٩ ص٢١٦. (نعيم)

(٩) الثولاء من الشاة وغيرها: المجنونة، وقولهم فى تفسيرها: التى بها ثؤلول غلط. (مغرب)

(١٠) جرب -بفتحتين- كر كين شدن. (م)

(١١) خارش.

(١٢) لاغر.

(١٣) هتم -بالفتح- شكستن دندان از بُن. (م)

(١٤) خردى گوش چنانكه بلند وظاهر نه باشد. (م)

(١٥) قوله: "إن كان هذا [أى إن كان الشان هذا. أعظمى]" يعنى أنه لا يكون هذا، وإن وقع نادراً لا يجوز. (كفاية)

وهذا الذى ذكرنا إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء، ولو اشتراها[١] سليمة ثم تعيبت بعيب مانع[٢]، إن كان غنيًا فعليه غيرها[٣]، وإن كان فقيرًا تجزئه هذه؛ لأن الوجوب على الغنى بالشرع ابتداء، لا بالشراء، فلم تتعين[٤] به[٥]، وعلى الفقير بشراءه بنية الأضحية، فتعينت[٦]، ولا يجب عليه ضمان نقصانه، كما فى نصاب الزكاة[٧].

وعن هذا الأصل[٨] قالوا: إذا ماتت المشتراة للتضحية، على الموسر مكانها أخرى، ولا شيء على الفقير، ولو ضلت، أو سرقت، فاشترى أخرى[٩]، ثم ظهرت الأولى فى أيام النحر، على الموسر ذبح إحداهما، وعلى الفقير ذبحهما[١٠].

ولو أضجعها فاضطربت، فانكسر رجلها[١١] فذبحها أجزأه استحسانًا عندنا، خلافًا لزفر والشافعى رحمهما الله تعالى[١٢]؛ لأن حالة الذبح ومقدماته[١٣] ملحقة بالذبح، فكأنه[١٤] حصل به[١٥] اعتبارًا[١٦] وحكمًا، وكذا لو تعيبت فى هذه الحالة[١٧]

---

(١٦) قوله: "أولى [بعدم الجواز]" ولا يجوز الجلالة التى تأكل العذرة، ولا تأكل غيرها. (زيلعى)

(١) أضحية.

(٢) عن التضحية.

(٣) قوله: "عليه غيرها" لأن الواجب فى ذمته بصفة الكمال، فلا يتأدى بالناقص. (كافى)

(٤) أى الشاة المشتراة.

(٥) أى بالشراء.

(٦) يعنى هذه الشاة المشتراة للأضحية. (ع)

(٧) قوله: "كما فى نصاب الزكاة" فإنها إذا انتقص النصاب الذى وجب فيه الزكاة بعد الحول، ينتقص الواجب بقدره، ولا يضمن رب المال النقصان إن لم يكن بفعله، والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعًا المال لا الذمة؛ فإنه يسقط الوجوب بهلاك ذلك المال المعين فيهما جميعًا، فكذا فى النقصان ينتقص الواجب بقدره من غير ضمان. (مل)

(٨) قوله: "وعن هذا الأصل" يعنى كون الوجوب على الغنى بالشرع لا بالشراء، وعلى الفقير بالعكس. (مل)

(٩) للتضحية.

(١٠) قوله: "وعلى الفقير إلخ" لأن الوجوب على الفقير بالشراء بنية الأضحية، والشراء قد تعدد، فيتعدد الوجوب، وعلى الغنى بإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب إلا أضحية واحدة، كذا فى "الفتاوى الظهيرية". (نهاية)

(١١) قوله: "فانكسر رجلها" من باب ذكر الخاص وإرادة العام؛ فإنه إذا أصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضطجاع للذبح، كان الحكم كذلك. (ع)

(١٢) قوله: "خلافًا لزفر والشافعى" لأنها صارت معيبة قبل الذبح، فلم تجز تضحيته. (عينى)

(١٣) ذبح.

(١٤) عيب.

(١٥) ذبح.

(١٦) شرعًا.

فانفلتت[١]، ثم أخذت من فوره، وكذا بعد فوره عند محمد خلافًا لأبي يوسف[٢]؛ لأنه[٣] حصل بمقدمات الذبح.

قال[٤]: والأضحية من الإبل[٥] والبقر والغنم؛ لأنها عرفت شرعًا، ولم تنقل التضحية بغيرها[٦] من النبي عليه السلام، ولا من الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

قال[٧]: ويجزئ من ذلك كله الثنى فصاعداً إلا الضأن[٨]، فإن الجذع منه[٩] يجزئ؛ لقوله عليه السلام[١٠]: «ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن»*، وقال عليه السلام[١١]: «نعمت الأضحية الجذع من الضأن»**، قالوا: وهذا إذا كانت[١٢] عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان[١٣] يشتبه[١٤] على الناظر من بعيد.

---

(١٧) أى حالة الذبح.

(١) فلت بالتحريك رهائى، يقال: مالك منه فلت أى لا تنفلت منه. (من)

(٢) قوله: "خلافًا لأبى يوسف" وجه قول أبى يوسف أنه متى أخذ من فوره، فالفعل الذى حدث منه كان من أسباب هذا الذبح، فصار ملحقا بحقيقة الذبح، فأما إذا انقطع الفور فالفعل الذى حصل به العيب خرج من أن يكون سببًا من أسباب هذا الذبح الذى وجد بعد الفور، فصار بمنزلة مالوحدث العيب بسبب آخر، ووجه قول محمد أن الفائت بأسباب الذبح كالفائت بالذبح. (غن)

(٣) دليل محمد.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "من الإبل" وقالت الظاهرية: يجوز التضحية بكل حيوان وحشى أو إنسى، وكل طائر يؤكل لحمه، لحديث أبى هريرة مرفوعا مثل المهجر إلى الجمعة كمثل من يهدى بدنة، ثم كمن يهدى بقرة، ثم كمن يهدى شاة، ثم كمن يهدى دجاجة، ثم كمن يهدى بيضة، والعصفور قريب إلى البيضة، والجواب عنه أن المراد به بيان قدر الثواب، لا أنه يجوز التضحية به. (سقاية لعطشان الهداية)

(٦) أى بغير الإبل والبقر والغنم، وأما بهذه الثلاثة، فقد ثبت أنه ﷺ ضحى بها، كذا قال الزيلعى.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) ضأن –بالفتح– ميش، خلاف معز. (من) هو ما له ألية منحم. (رد المحتار)

(٩) ضأن.

(١٠) أخرجه مسلم عن جابر. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٦، والدراية ج٢، الحديث ٩٣٠ ص٢١٦. (نعيم)

(١١) أخرجه الترمذى عن أبى هريرة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٦، والدراية ج٢، الحديث ٩٣١ ص٢١٧. (نعيم)

(١٢) الجذع.

(١٣) جمع ثنى.

(١٤) أنه ثنى أو جذع. (غن)

والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر فى مذهب الفقهاء[١]، وذكر الزعفرانى أنه[٢] ابن سبعة أشهر، والثنى منها[٣] و من المعز[٤] ابن سنة، ومن البقر ابن سنتين، ومن الإبل ابن خمس سنين، ويدخل فى البقر الجاموس[٥]؛ لأنه من جنسه، والمولود بين الأهلى والوحشى يتبع الأم؛ لأنها هى الأصل فى التبعية[٦]، حتى إذا نزا[٧] الذئب على الشاة يضحى بالولد.

قال[٨]: وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها، فمات أحدهم قبل النحر، وقالت الورثة[٩] اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم، وإن كان شريك الستة نصرانيًا، أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم.

ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة؛ لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة[١٠] وإن[١١] اختلفت جهاتها، كالأضحية والقران[١٢] والمتعة[١٣] عندنا؛ لاتحاد المقصود، وهو القربة، وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الأول؛ لأن التضحية عن الغير عرفت قربة، ألا ترى أن النبى عليه السلام ضحى عن أمته* على ما روينا من قبل[١٤].

---

(١) قوله: "فى مذهب الفقهاء" قيد بقوله فى مذهب الفقهاء؛ لأن عند أهل اللغة الجذع من الثنايا ما تمت له سنة، كذا فى "النهاية". (عناية)

(٢) جذع.

(٣) ضأن.

(٤) معز بالفتح، بر خلاف ضأن. (من)

(٥) گاؤ ميش.

(٦) قوله: "لأنها هى الأصل فى التبعية" لأنه جزءها، ولهذا يتبعها فى الرق والحرية؛ وهذا لأن المنفصل من الفحل هو الماء، فإنه غير محل لهذا الحكم، والمنفصل من الأم هو الحيوان، وهو محل. (ع)

(٧) نزو: برجستن نر بر ماده. (م)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى الكبار منهم. (ك)

(١٠) قوله: "لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة"؛ لأن النص ورد على خلاف القياس فى ذلك، فإن قيل: النص ورد فى الأضحية، فكيف جوزتم مع اختلاف جهة القرب من الأضحية والقران والمتعة.
قلنا: اعتمد على ذلك زفر، ولم يجوزه عند اختلافها، لكنا نقول: إذا كانت الجهات قربا اتحد معناها، من حيث كونها قربة، فجاز الإلحاق، بخلاف ما إذا كان بعضها غير قربة، فإنه ليس فى معناه. (غن)

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "والقران" وهو أن يهل بحج وعمرة من الميقات أو قبله فى أشهر الحج أو قبلها، ويقول: بعد الصلاة اللهم إنى أريد الحج والعمرة، فيسرهما لى وتقبلهما منى. (تنوير الأبصار)

(١٣) قوله: "والمتعة [فإن فى القران والمتعة يجب الدم شكرًا]" والمتعة هو أن يفعل العمرة أو أكثر أشواطها فى أشهر الحج عن إحرام بها قبلها أو فيها. (تنوير الأبصار)

ولم يوجد[1] في الوجه الثاني ؛ لأن النصراني ليس من أهلها[2] ، وكذا قصد اللحم ينافيها[3] ، وإذا لم يقع البعض قربة ، والإراقة لا تتجزأ في حق القربة لم يقع[4] الكل أيضًا ، فامتنع الجواز ، وهذا الذي ذكره[5] استحسان ، والقياس أن لا يجوز[6] ، وهو رواية عن أبي يوسف ؛ لأنه تبرع بالإتلاف[7] ، فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت[8] .

لكنا نقول : القربة قد تقع عن الميت كالتصدق[9] ، بخلاف الإعتاق ؛ لأن فيه إلزام الولاء على الميت[10] ، ولو ذبحوها عن صغير في الورثة[11] ، أو أم ولد جاز ؛ لما بينا[12] ، أنه قربة[13] ولو مات واحد منهم[14] فذبحها الباقون بغير إذن الورثة لا يجزئهم ؛ لأنه لم يقع بعضها[15] قربة ، وفيما تقدم وجد الإذن من الورثة ، فكان قربة . قال[16] : ويأكل من لحم الأضحية[17] ، ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر[18] ؛

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٨، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٣١ ص٢١٧. (نعيم)

(١٤) رواه ابن ماجة عن عائشة.

(١) هذا الشرط.

(٢) قربة.

(٣) قربة.

(٤) أي قربة.

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) الوجه الأول.

(٧) أي لأن إجازة الورثة بالذبح على الميت، أي من الوارث عن الميت.

(٨) أي إذا أعتق الوارث عن الميت لا يجوز؛ لأنه تبرع بالإتلاف.

(٩) بأن أوصى لها.

(١٠) قوله: "لأن فيه إلزام إلخ "لأن الولاء لمن أعتق، وليس للوارث الإلزام على الميت، بخلاف الأضحية عنه، فإنها جازت لعدم الإلزام. (عيني)

(١١) قوله: "ولو ذبحوها إلخ" أي لو كان فيهم صبي، وضحى عنه أبوه، أو كان أحد الشركاء أم ولد، وضحى عنها مولاها جاز؛ لأن الصبي أهل للقربة، وكذا أم الولد. (كافي)

(١٢) قوله: "لما بينا إلخ" يشير إلى وجه الاستحسان، وفي القياس لا يجوز؛ فإن الإراقة لا تتجزى، وبعض الإراقة صار نفلا أو لحمًا، فصار الكل كذلك؛ لأن الأب لا يجب عليه أن يضحي عن ولده الصغير، إذا لم يكن له مال على ظاهر الرواية، فكان الأب متطوعًا، وكذا نصيب أم الولد يكون تطوعًا، ونصيب الميت انقلب تطوعًا أيضًا؛ لأنه لما مات ولم يتعرض، لم يجب على الورثة أن يضحوا عنه، وإذا لم يجب عليهم، كانوا متطوعين عن الميت. (غن)

(١٣) مالية فتجوز عن الغير. (ك)

(١٤) أي من الشركاء.

(١٥) وهو نصيب الميت.

لقوله عليه السلام[1]: «كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادّخروا»*، ومتى جاز أكله وهو[2] غني، جاز أن يؤكل[3] غنيًا، ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث[4]؛ لأن الجهات ثلاث: الأكل والادّخار، لما روينا[5]، والإطعام؛ لقوله تعالى: ﴿وأطعموا القانع والمعتر[6]﴾، فانقسم عليها[7] أثلاثًا.

قال[8]: ويتصدق بجلدها[9]؛ لأنه جزء منها، أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت، كالنطع[10] والجراب[11] والغربال[12] ونحوها[13]؛ لأن الانتفاع به غير محرم، ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع به في البيت بعينه، مع بقاءه استحسانًا، وذلك مثل ما ذكرنا[14]؛ لأن للبدل حكم المبدل، ولا يشترى به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه

---

(١٦) أي القدوري . (عيني)

(١٧) قوله: "ويأكل من لحم إلخ" هذا في الأضحية الواجبة والسنة سواء، إذا لم تكن واجبة بالنذر، وإن وجبت بالنذر، فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئًا، ولا أن يطعم غيره من الأغنياء، سواء كان الناذر غنيًا أو فقيرًا؛ لأن سبيلها التصدق، وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته، ولا أن يطعم الأغنياء، ولو أكل فعليه قيمة ما أكل. (زيلعي)

(١٨) ادّخار: ذخيره كردن.

(١) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" أخرج أبو داود عن نبشة الهذلي قال: قال رسول الله ﷺ: «إنا كنا نهيناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلث لكي تسعكم وجاء الله السعة فكلوا وادخروا». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٨، والدراية ج٢، الحديث ٩٣٢ ص٢١٧. (نعيم)

(٢) الواو حالية.

(٣) آكله الشيء إيكالا: داد او را اين چيز تا بخورد، ومنه: «لعن الله آكل الربا ومؤكله». (من)

(٤) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(٥) يعني قوله عليه السلام: «فكلوا منها وادّخروا». (ع)

(٦) قوله: "القانع والمعتر" القانع وهو الراضي بما عنده، وبما يعطى من غير سؤال، والمعتر المعترض للسؤال، كذا في "الكشاف"، كذا قال العيني، وقال في "العناية": القانع هو السائل من القنوع لا من القناعة، والمعتر هو الذي يتعرض السؤال ولا يسأل. (مل)

(٧) جهات.

(٨) القدوري. (عيني)

(٩) أضحية.

(١٠) بالفتح والكسر وفتحتين: بساط. (م)

(١١) جراب بالفتح والكسر: انبان وتوشه دان.

(١٢) بالكسر: پرويزن. (م)

(١٣) كالدلو والسفرة والقراب. (عيني)

(١٤) قوله: "وذلك مثل ماذكرنا" يعني كالنطع والجراب والغربال والقدر والقصعة؛ لأنه لو دبغه وانتفع به في بيته يجوز، فكذا إذا اشترى به ما ينتفع به في بيته؛ لأن للبدل حكم المبدل. (ك)

كالخل والأبازير[١]، اعتباراً بالبيع بالدراهم، والمعنى فيه[٢] أنه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح[٣].

ولو باع الجلد، أو اللحم بالدراهم، أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه تصدق بثمنه[٤]؛ لأن القربة انتقل إلى بدله، وقوله عليه السلام[٥]: «من باع جلد أضحية فلا أضحية له»* يفيد كراهة البيع، أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم؛ ولا يعطى[٦] أجرة الجزّار[٧] من الأضحية؛ لقوله عليه السلام لعلى رضى الله تعالى عنه[٨]: «تصدق بجلالها[٩] وخطامها[١٠] ولا تعطِ أجر الجزار منها شيئًا»**، والنهي عنه نهي عن البيع أيضًا، لأنه في معنى البيع[١١].

ويكره أن يجز[١٢] صوف أضحيته[١٣]، وينتفع به قبل أن يذبحها؛ لأنه التزم

---

(١) قوله: "والأبازير [التوابل جمع أبزار -بالفتح-. (ع) توابلى كه در طعام مى كنند. م]" جمع الأبزار وهو خلط القدر كالأرز والحمص ونحوها. (ك)

(٢) قوله: "والمعنى [الوجه]" أي المعنى في عدم اشتراء ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاك، أنه تصرف على قصد التمول، وهو قد خرج عن جهة التمول. فإذا تمولته بالبيع وجب التصدق؛ لأن هذا الثمن حصل بفعل مكروه، فيكون خبيثا، فيجب التصدق. (عيني)

(٣) قوله: "في الصحيح" احتراز عما قيل: إنه ليس في اللحم إلا الأكل، أو الإطعام، فلو باع بشيء لا يجوز أصلا، سواء باعه بشيء ينتفع به بعينه، أو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه.

والصحيح ما قال شيخ الإسلام، أن اللحم بمنزلة الجلد، إن باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز، وروى ابن سماعة عن محمد أنه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه. (مل)

(٤) قوله: "تصدق بثمنه" لأن معنى التمول سقط عن الأضحية، فإذا تمولها بالبيع، انتقلت القربة إلى بدله، فوجب التصدق. (كافى)

(٥) [رواه الحكم في "المستدرك" في تفسير سورة الحج. (ت)] دفع دخل هو أنه لا يجوز بيعه لقوله عليه السلام: «من باع» إلخ.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٨، والدراية ج٢، الحديث ٩٣٣ ص٢١٨. (نعيم)

(٦) المضحي.

(٧) قصاب.

(٨) أخرجه الجماعة إلا الترمذي عن علي. (ت)

(٩) جل -بالضم- پوشش ستور. (م)

(١٠) خطام -بالكسر- زمام. (م)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢١٩، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٣٣ ص٢١٨. (نعيم)

(١١) قوله: "لأنه في معنى البيع" لأن كل واحد منهما معارضة؛ لأنه إنما يعطى الجزار بمقابلة جزره، والبيع مكروه، فكذا ما هو بمعناه. (ك)

(١٢) قوله: "يجز [يقطع]" يقال: جز الصوف وجز النخل إذا صرمه، والجزاز كالجداد بالفتح والكسر، إلا أن

إقامة القربة بجميع أجزاءها، بخلاف ما بعد الذبح[١]؛ لأنه أقيمت القربة بها[٢]، كما في الهدى، ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف[٣].

قال[٤]: والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يحسن الذبح[٥]، وإن كان لا يحسنه، فالأفضل أن يستعين بغيره، وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدها بنفسه؛ لقوله عليه السلام[٦] لفاطمة رضى الله تعالى عنها: «قومى فاشهدى أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب»*.

قال[٧]: ويكره أن يذبحها الكتابى؛ لأنه[٨] عمل هو قربة، وهو ليس من أهلها، ولو أمره فذبح جاز؛ لأنه من أهل الذكاة، والقربة أقيمت بإنابته ونيته، بخلاف ما إذا أمر المجوسى[٩]؛ لأنه[١٠] ليس من أهل الذكاة، فكان إفساداً[١١].

قال[١٢]: وإذا غلط رجلان[١٣]، فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر، أجزئ

الجداد خاص فى النخل، والجزاز فيه وفى الزرع والصوف والشجر، وقد فرق محمد بينهما، فذكر الجداد قبل الإدراك، والجزاز بعده، وهو إن ثبت حسن. (مغرب)

(١٣) هذا من مسائل الأصل ذكره تفريعاً.

(١) فإنه يجوز.

(٢) قوله: "لأنه أقيمت القربة بها" لأن القربة بالذبح، والانتفاع بعد إقامة القربة مطلق كالأكل. (كافى)

(٣) قوله: "ويكره أن يحلب لبنها فينتفعَ [بالنصب. عينى] بها كما فى الصوف" أى كما يكره له الانتفاع بصوفها؛ وهذا لأن اللبن يتولد من عينها، وقد جعلها للقربة، فلا تصرف شيئاً منها إلى منفعة نفسه قبل أن يبلغ محلها؛ ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينتقص اللبن فلا يتأذى به.

إلا أن هذا إنما يقع إذا كان بقرب من أيام النحر، وأما إذا كان بالبعد فلا يفيد هذا؛ لأنه ينزل ثانياً وثالثاً بعد ما ينتقص، ولكن ينبغى أن يحلبها، ويتصدق باللبن، كالهدى إذا عطب قبل أن يبلغ محله، فإن عليه أن يذبحه، ويتصدق بلحمه، كذا فى "المبسوط". (كفاية)

(٤) ليس فى النسخ الصحيحة: قال، أى القدورى. (عينى)

(٥) لأن الأولى فى القرب أن يتولاها بنفسه. (زيلعى)

(٦) رواه الحاكم فى "المستدرك" عن عمران بن حصين. (ت)

* راجع نصب الراية ج[illegible] ص٢١٩، والدراية ج٢، الحديث ٩٣٤ ص٢١٨. (نعيم)

(٧) أى القدورى، وليس فى النسخ الصحيحة: "قال". (عينى)

(٨) ذبح.

(٩) فإنه لايحل ذبحه.

(١٠) المجوسى.

(١١) أى ذبحه أو أمره.

(١٢) أى القدورى، وليس فى النسخ الصحيحة: "قال". (عينى)

(١٣) قوله: "وإذا غلط رجلان إلخ" هذا شرط؛ لأنه ذكر فى النوادر ابن سماعة عن محمد لو تعمد الرجل فذبح

عنهما، ولا ضمان عليهما، وهذا استحسان.

وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه، لا يحل له ذلك، وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الأضحية في القياس، وهو قول زفر، وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح، وهو قولنا.

وجه القياس أنه ذبح[١] شاة غيره بغير أمره، فيضمن كما إذا ذبح[٢] شاة اشتراها[٣] القصاب، وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح؛ لتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها في أيام النحر[٤].

ويكره أن يبدل بها غيرها[٥]، فصار المالك مستعينًا[٦] بكل من يكون أهلا للذبح آذنًا له دلالة[٧]؛ لأنها[٨] تفوت بمضى هذه الأيام، وعساه[٩] أن يعجز عن إقامتها لعوارض، فصار كما إذا ذبح شاة[١٠] شد القصاب رجلها.

فإن قيل: يفوته أمر مستحب[١١]، وهو أن يذبحها بنفسه، أو يشهد الذبح، فلا يرضى به. قلنا: يحصل له[١٢] به مستحبان آخران صيرورته مضحيًا[١٣] لما عينه، وكونه معجلا به[١٤] فيرتضيه.

أضحية رجل عن رجل، لم يجز عن صاحب الأضحية، ولو أن صاحب الأضحية ضمن الذابح قيمته في العمد جازت الأضحية عن الذابح. (غن)

(١) والتضحية قربة فلا يتأدى بنية غيره. (زيلعى)

(٢) فيضمن.

(٣) لا للأضحية.

(٤) قوله: "حتى وجب عليه [أى على مالكها] أن يضحى بها بعينها في أيام النحر" هذا في نذر الغنى، وشراء الفقير. (ك)

(٥) قوله: "ويكره أن يبدل بها غيرها" أى إذا كان غنيًا. (ك)

(٦) أى لما تعينت للذبح فصار إلخ.

(٧) قوله: "آذنًا له [أى إذنا لكل من هو أهل للذبح بالذبح] دلالةً [وهى كالصريح]" الإذن دلالة كالإذن صريحًا، كما في شرب ماء السقاية وذبح شاة، شد القصاب رجلها للذبح؛ لأن الشاة تعينت للذبح بشد الرجل، فيكون راضيًا بالذبح دلالة، مع أنه ربما يعرض له مانع من الذبح، كذا هذا. (كفاية)

(٨) أى الأضحية.

(٩) أى المالك.

(١٠) فلا ضمان.

(١١) أى يفوت المالك.

(١٢) أى للمالك.

(١٣) أى باعتبار نائبه.

ولعلمائنا رحمهم الله تعالى من هذا الجنس مسائل استحسانية، وهى أن من طبخ لحم غيره، أو طحن حنطته، أو رفع جرته[١] فانكسرت، أو حمل على دابته، فعطبت[٢] كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنًا.

ولو وضع المالك اللحم فى القدر[٣]، والقدر على الكانون[٤] والحطب تحته، أو جعل الحنطة فى الدروق[٥]، وربط الدابة عليه[٦]، أو رفع الجرة، وأمالها إلى نفسه، أو حمل على دابته، فسقط[٧] فى الطريق، فأوقد هو[٨] النار فيه فطبخه، أو ساق الدابة[٩] فطحنها[١٠]، أو أعانه[١١] فى رفع الجرة، فانكسرت فيما بينهما، أو حمل[١٢] على دابته ما سقط فعطبت[١٣]، لا يكون[١٤] ضامنًا فى هذه الصور استحسانًا؛ لوجود الإذن دلالةً.

إذا ثبت هذا، نقول فى مسألة الكتاب[١٥]: ذبح كل منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحًا، فهى خلافية زفر بعينها، ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا[١٦]، فيأخذ[١٧] كل واحد منهما مسلوخة[١٨] من صاحبه، ولا يضمنه[١٩]؛ لأنه[٢٠] وكيله

---

(١٤) والتعجيل أفضل وأحب. (غن)

(١) جرة: سبو. (من)

(٢) هلكت الدابة.

(٣) ديگ.

(٤) آتش دان.

(٥) دورق [كجعفر سبوى گوشه دار وپيمانه شراب وآن سه رطل يا چهار رطل بغداديست. من] فى "ديوان الأدب": الدورق مكيال الشراب، وقال ابن دريد: وأما الدورق الذى يستعمل، فأعجمى معرب، كذا فى "الجمهرة"، والمراد به ههنا هو الدلو التى يحطون فيها الحنطة عند الطحن ينزل منها الحنطة إلى قطب الرحى. (غن)

(٦) الدروق.

(٧) المحمول.

(٨) رجل.

(٩) سوق -بالفتح- راندن. (م)

(١٠) حنطة.

(١١) رجل.

(١٢) رجل.

(١٣) الدابة.

(١٤) ذلك الرجل.

(١٥) أى القدورى المذكورة.

(١٦) آنفًا.

فيما فعل دلالة.

فإن كانا قد أكلا، ثم علما[1] فليحلل[2] كل واحد منهما صاحبه، ويجزئهما؛ لأنه[3] لو أطعمه[4] في الابتداء يجوز، وإن[5] كان غنيًا، فكذا له أن يحلله في الانتهاء، وإن تشاحا[6]، فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه، ثم يتصدق بتلك القيمة؛ لأنها بدل عن اللحم، فصار كما لو باع أضحيته[7]، وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه، كان اللحم له، ومن أتلف لحم أضحية غيره[8]، كان الحكم ما ذكرناه[9].

ومن غصب شاة، فضحى بها ضمن قيمتها[10]، وجاز عن أضحيته؛ لأنه ملكها بسابق الغصب[11]، بخلاف ما لو أودع شاة[12]، فضحى بها[13]؛ لأنه[14] يضمنه بالذبح، فلم يثبت الملك له[15] إلا بعد الذبح، والله أعلم.

---

(١٧) أى على حكم الاستحسان.
(١٨) شاة مسلوخة.
(١٩) صاحب.
(٢٠) صاحب.
(١) بالغلط.
(٢) تحليل: حلال گردانيدن. (م)
(٣) أى كل واحد.
(٤) صاحب.
(٥) الواو وصلية.
(٦) قوله: "تشاحا" تشاح باهم ديگر حريصى كردن بر كارى تا فوت نشود يقال: تشاح الرجلان على الأمر أى لا يريدان أن يفوتهما. (من)
(٧) قوله: "فصار كما لو باع إلخ" يعنى أنه باع أضحيته، واشترى بثمنها غيرها، فلو كان غيرها أنقص من الأولى، تصدق بما فضل على الثانية، ولو لم يشتر به حتى مضت أيام النحر، تصدق بثمنها كله. (ع)
(٨) قوله: "ومن أتلف إلخ" متصل بقوله وأن تشاحا، يعنى إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه، ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرنا، وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه. (عناية)
(٩) قوله: "كان الحكم ما ذكرنا" وهو أنه يجب الضمان، ويتصدق آخذ الضمان. (حميدية)
(١٠) قوله: "ومن غصب شاة إلخ" ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه، فإن ضمنه المالك قيمتها يجوز عن الذابح، دون المالك؛ لأنه ظهر أن الإراقة حصلت على ملكه. (زيلعى)
(١١) قوله: "لأنه ملكها [بعد الضمان ملكًا مستندًا]" يعنى فكانت التضحية واردة على ملكه. (ع)
(١٢) فلا يجوز.
(١٣) أى المودع.
(١٤) المودع.
(١٥) مودع.

كتاب الكراهية[١]

قال رضى الله تعالى عنه[٢]: تكلموا فى معنى المكروه، والمروى عن محمد نصًا أن كل مكروه[٣] حرام، إلا أنه لما لم يجد فيه نصًا قاطعًا[٤] لم يطلق عليه لفظ الحرام[٥]، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف: أنه إلى الحرام أقرب[٦]، وهو يشتمل على فصول منها:

فصل في الأكل والشرب

قال أبو حنيفة: يكره لحوم الأتن وألبانها[٧]، وأبوال الإبل، وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأبوال الإبل.

وتأويل قول أبى يوسف[٨]: إنه لا بأس بها للتداوى، وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم فى الصلاة، والذبائح فلا نعيدها، واللبن متولد من اللحم، فأخذ حكمه[٩].

قال[١٠]: ولا يجوز الأكل والشرب والادّهان والتطيب فى آنية[١١] الذهب والفضة للرجال والنساء؛ لقوله عليه السلام[١٢] فى الذى يشرب فى إناء الذهب

---

(١) قوله: "كتاب الكراهية [هى ضد الرضاء والإرادة لغة، وفى الشرع ما هو المذكور فى الكتاب]" أورد الكراهية بعد الأضحية؛ لأن عامة مسائل كل واحد منهما لم تخل من أصل أو فروع ترد فيه الكراهة، ألا ترى أن فى وقت الأضحية فى ليالى أيام النحر، وفى التصرف فى الأضحية بجز الصوف وحلب اللبن وغيرها من المسائل، كيف تحققت الكراهة، وفى كتاب الكراهية أيضًا. (ن)

(٢) أى المصنف.

(٣) أى حكمًا.

(٤) قوله: "إلا أنه لما لم يجد [محمد] إلخ" أى إذا وجد نصًا يثبت القول فى المنصوص بالتحريم، أو التحليل، وفى غير المنصوص يقول فى الحل لا بأس، وفى الحرمة أكره أو لم يؤكل. (غن)

(٥) فمنكر الحرام كافر دون منكر المكروه.

(٦) فى أن تاركهما يستحق العقاب بالنار.

(٧) قوله: "لحوم الأتن [أتان -بالفتح- ماده خر، أتن فبضمتين جمع. م]" خص الأتن مع شمول الكراهة لحم سائر الحمر، ليستقيم عطف الألبان عليه. (ك)

(٨) قوله: "وتأويل قول أبى يوسف إلخ" والاحتياج إلى التأويل إلى قوله: وأما على قول محمد: فظاهر؛ لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده، نجس عند أبى حنيفة و أبى يوسف. (مل)

(٩) قوله: "فأخذ حكمه" يرد عليه لبن الخيل على قول أبى حنيفة فى رواية هذا الكتاب، حيث جعل لبنه حلالا مما لا بأس به، وأكل لحمه محرمًا مع أن لبن الخيل متولد من لحمه، فلا بد من زيادة قيد، وهو أن يقال بعد قوله: فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما؛ لما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد، ولا يوجد ذلك فى اللبن، فكان شربه مما لا بأس به. (ع)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) جمع إناء نحو حمار وأحمرة. (ت)

والفضة: «إنما يجرجر[١] فى بطنه نار جهنم[٢]»*، وأتى أبو هريرة[٣] بشراب فى إناء فضة، فلم يقبله، وقال: نهانا عنه رسول الله ﷺ، وإذا ثبت هذا فى الشرب، فكذا فى الادّهان ونحوه[٤]؛ لأنه فى معناه[٥]؛ ولأنه تشبه[٦] بزى[٧] المشركين، وتنعم بتنعم المترفين[٨] والمسرفين.

وقال فى "الجامع الصغير": يكره، ومراده التحريم، ويستوى فيه الرجال والنساء؛ لعموم النهى**، وكذلك الأكل بملعقة[٩] الذهب والفضة والاكتحال بميل[١٠] الذهب والفضة، وكذلك ما أشبه ذلك كالمكحلة[١١]، والمرآة[١٢] وغيرهما؛ لما

---

(١٢) أخرجه مسلم عن أم سلمة. (ت)

(١) قوله: "إنما يجرجر [جرجرة بفتح هر دو جيم گردانيدن چيزى، وگردانيدن صوت در خنجر. م]" الجرجرة بانگ كردن دريختن، فعلى الأول قولنا: نار جهنم -بالرفع- وعلى الثانى -بالنصب-. (حميدية)

(٢) قوله: "نار جهنم" فى "المغرب": هذا محفوظنا من الثقات بنصب الراء، ومعناه: يرددها من جرجر الفحل إذا ردّد صوته فى خنجرته، وتفسير الأزهرى يجرجر أى يحدر يعنى يرسل، وأما ما فى الفردوس من رفع النار، وتفسير يجرجر بيصوت، فليس بذلك. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٠، والدراية ج٢ ص٢١٨، الحديث ٩٣٥. (نعيم)

(٣) قوله: "وأتى أبو هريرة إلخ" قلت: غريب عن أبى هريرة، وهو فى الكتب الستة عن حذيفة، من رواية عبد الرحمن ابن أبى ليلى قال: استقى حذيفة، فسقاه مجوسى فى إناء من فضة، فقال: إنى سمعت من رسول الله ﷺ يقول: «لا تلبسوا الحريرة ولاالديباج ولا تشربوا فى آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا فى صحافها فإنها لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة». (ت)

(٤) من التطيب.

(٥) قوله: "لأنه فى معناه" لأن كلا منهما استعمال لها، والمحرم هو الاستعمال، قيل: صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة، ويصب الدهن به على الرأس، وأما إذا أدخل يده فيها، وأخذ الدهن، ثم صبه على الرأس لايكره. قال صاحب "النهاية": كذا ذكره صاحب "الذخيرة" فى "الجامع الصغير"، وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة، فإن الكحل لا بد أن ينفصل عنها حين الاكتحال، ومع ذلك فقد ذكره فى المحرمات. (ع)

(٦) وقال عليه السلام: «من تشبه بقوم فهو منهم».

(٧) زى -بالكسر- پوشش وهيئت.

(٨) قوله: "المترفين [إتراف: بسيار نعمت دادن وگمراه گردانيدن نعمت كسى را. م]" أى المنعمين، يقال: أترفه أى نعمه وأترفه النعمة أى أطعمته، كذا فى "الديوان". (غن)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٠، والدراية ج٢ ص٢١٨، الحديث ٩٣٦. (نعيم)

(٩) بالكسر: چمچه.

(١٠) بالكسر: ميل سرمه. (م)

(١١) سرمه دان، وقلم ودوات. (در مختار) المكحلة بضمتين وعاء الكحل. (مغرب)

(١٢) قوله: "والمرآة [آئينه]" قال أبو حنيفة: لا بأس بحلقة المرآة من الفضة إذا كانت المرآة حديدا، وقال أبو يوسف: لا خير فيه. (تاترخانية، رد المحتار)

ذكرنا[١].

قال[٢]: ولا بأس باستعمال آنية الرصاص[٣] والزجاج[٤] والبلور والعقيق[٥].

وقال الشافعي: يكره؛ لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به، قلنا: ليس كذلك؛ لأنه ما كان من عادتهم[٦] التفاخر بغير الذهب والفضة.

قال[٧]: ويجوز الشرب في الإناء المفضّض[٨] عند أبي حنيفة[٩]، والركوب على السرج المفضّض، والجلوس على الكرسي المفضّض، والسرير المفضّض إذا كان يتقي موضع الفضة، ومعناه يتقي موضع الفم.

وقيل: هذا[١٠] وموضع اليد في الأخذ، وفي السرير والسرج[١١] موضع الجلوس، وقال أبو يوسف: يكره ذلك، وقول محمد: يروى مع أبي حنيفة، ويروى مع أبي يوسف. وعلى هذا الخلاف الإناء المضبب بالذهب والفضة[١٢]، والكرسي المضبب بهما، وكذا إذا جعل ذلك[١٣] في السيف والمشحذ[١٤] وحلقة المرآة[١٥]، أو

---

(١) قوله: "لما ذكرنا" إشارة بذلك إلى قوله تشبه بزى المشركين. (غاية البيان)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "الرصاص" بالفتح: ارزيز وآن دو قسم است سفيد كه آن را قلعى گويند وسياه كه آن را سرب گويند. (منتخب)

(٤) شيشه. (م)

(٥) قوله: "والبلور [سنگى است معروف. م] والعقيق [العقيق كأمير: خرز أحمر. (رد المحتار) [مهره ايست سرخ ومخطط كه از جانب يمن آرند. م]" ويجوز استعمال الأوانى من الصفر؛ لما روى عن عبد الله ابن بريدة أنه قال: أتانا رسول الله ﷺ فأخرجنا له ماء فى تور من صفر فتوضأ، رواه البخارى وأبو داود وغيرهما. (زيلعى)

(٦) مشركين.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "فى الإناء المفضّض [أى المرصع بالفضة يعنى سيم كوفته]" أى المزوق بفضة، كذا فى "الدرالمختار"، وقال فى رد المحتار نقلا عن "القاموس": يقال: لكل منقش ومزين مزوق. (مل)

(٩) قوله: "عند أبي حنيفة" روى أن هذه المسألة وقعت فى مجلس أبى جعفر الدوانقى وأبو حنيفة وأئمة عصره حاضرون، فقالت الأئمة: يكره، وأبو حنيفة ساكت، فقيل له: ما تقول، فقال: إن وضع فاه فى موضع الفضة يكره، وإلا فلا، فقيل له: من أين ذلك، فقال: أرأيت لو كان فى إصبعه خاتم فضة، فشرب من كفه أيكره ذلك فوقف الكل، وتعجب أبو جعفر من جوابه. (زيلعى)

(١٠) أى يتقى موضع الفم وموضع اليد أيضًا.

(١١) يتقى.

(١٢) قوله: "المضبب [تضبيب ضباب ساختن، برائى درد ضباب الباب آهن مسمار در، كذا فى "منتهى الأرب"]" أى المشدد، يقال: باب مضبب أى مشدود بالضباب جمع الضبة، وهى الحديدة العريضة التى يضبب بها، ومنه ضبب أسنانه بالفضة إذا شدها بها، وفى "الذخيرة" الذهب العريض، أو الفضة العريضة يجعل على وجه الباب، وما أشبه ذلك.

جعل المصحف مذهّبًا، أو مفضّضًا[١]، وكذا الاختلاف فى اللجام والركاب[٢] والثفر[٣] إذا كان مفضّضًا، وكذا الثوب فيه كتابة بذهب، أو فضة[٤] على هذا[٥]، وهذا الاختلاف فيما يخلص[٦]، فأما التمويه[٧] الذى لا يخلص[٨]، فلا بأس به بالإجماع[٩]. لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء، فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة. ولأبى حنيفة أن ذلك[١٠] تابع، ولا معتبر بالتوابع، فلا يكره[١١] كالجبة المكفوفة[١٢] بالحرير[١٣]، والعلم فى الثوب[١٤]، ومسمار الذهب فى الفص[١٥].

قال[١٦]: ومن أرسل أجيرًا له مجوسيًا أو خادمًا[١٧]، فاشترى لحمًا فقال:

---

(١٣) قوله: "وكذا [أى على هذا الخلاف] إذا إلخ" أى لو جعله أى التفضيض فى نصل سيف وسكين، أو فى قبضتهما، أو لجام، أو ركاب، ولم يضع يده موضع الذهب الفضة. (درمختار)

(١٤) المشحذ المسن -بالكسر- سنگى كه بآن كارد وتيغ تيز كنند. (م)

(١٥) قوله: "وحلقة المرآة" والمراد حلقة المرآة التى تكون حوالى المرآة لا ما يأخذ المرآة بيدها، فذلك مكروه اتفاقًا. (ك)

(١) قوله: "أو جعل المصحف إلخ" قال فى "غرر الأفكار": يجتنب فى المصحف ونحوه موضع الأخذ وفى السرج ونحوه موضع الجلوس، وفى الركاب موضع الرجل، وفى الإناء موضع الفم، وقيل:و موضع الأخذ أيضًا، ويجتنب فى النصل والقبضة واللجام موضع اليد، فالحاصل أن المراد الاتقاء بالعضو الذى يقصد به الاستعمال. (رد المحتار)

(٢) بالكسر: چيزيكه بر زين بندند تا پاى دران نهند.

(٣) الثفر -بفتحتين- ما يجعل تحت ذنب الدابة. (ع)

(٤) قوله: "وكذا الثوب إلخ" سيأتى أن المنسوج بذهب يحل إن كان مقدار أربع أصابع، تأمل. (رد المحتار)

(٥) الخلاف.

(٦) يخلص [بالإذابة. غن] أى جدا كردن طلا ونقره بغير عمل ممكن باشد.

(٧) ملمع ساختن، اى چيزى را از زر ونقره اندود كردن. (م)

(٨) بالإذابة. (غن)

(٩) لأنه مستهلك، فلا عبرة ببقاءه لونا. (رد المحتار)

(١٠) أى التفضيض ونحوه إذا لم يستعمل بخصوصه.

(١١) فإن كلها يجوز لأنه تابع.

(١٢) قوله: "كالجبة المكفوفة [كف دو پاره دوختن جامه را بر يک ديگر]" يقال: ثوب مكفوف لما كف جيبه وأطراف كميه بشيء من الديباج، وقد صح أن النبى ﷺ لبس جبة أطرافها من الديباج. (ك)

(١٣) أى سنجاف از حرير باشد.

(١٤) قوله: "والعلم [نقش ونگار] فى الثوب" علم الثوب رقمه، وهو الطراز، كما فى "القاموس"، والمراد به ما كان من خالص الحرير نسجا، أو خياطة. (رد المحتار)

(١٥) قوله: مسمار [ميخ] الذهب فى الفص [نگينه].

(١٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

اشتريته من يهودى، أو نصرانى، أو مسلم وسعه أكله ؛ لأن قول الكافر مقبول فى المعاملات[(١)] ؛ لأنه خبر صحيح ؛ لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب[(٢)]، والحاجة ماسة إلى قبوله ؛ لكثرة وقوع المعاملات، وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه[(٣)]، معناه[(٤)] إذا كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم ؛ لأنه لما قبل قوله فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة.

قال[(٥)] : ويجوز أن يقبل فى الهدية[(٦)] والإذن[(٧)] قول العبد والجارية والصبى ؛ لأن الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء، وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب[(٨)] فى الأرض، والمبايعة فى السوق، فلولم يقبل قولهم يؤدى إلى الحرج. وفى "الجامع الصغير" : إذا قالت جارية لرجل : بعثنى مولاى إليك هدية، وسعه أن يأخذها[(٩)] ؛ لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها، أو نفسها ؛ لما قلنا[(١٠)].

قال[(١١)] : ويقبل فى المعاملات قول الفاسق[(١٢)]، ولا يقبل فى الديانات إلا قول

---

(١٧) أى خادمًا مجوسيًا.

(١) قوله: "مقبول إلخ" لا يقال: كان ينبغى أن لا يقبل قوله؛ لأنه إخبار بأن هذا لحم حلال والحل والحرمة من الديانات، ولا يقبل فى الديانات إلا قول العدل، والمجوسى ليس بعدل؛ لأنا نقول: إنه إخبار بالشراء من يهودى، أو نصرانى، أومسلم، وإنه من المعاملات، وإنما يثبت الحل فى ضمنه.

وكذلك لو قال: اشتريته من غيرهم إثبات الحرمة فيه ضمني، فلما قبل قوله فى الشراء يثبت ما فى ضمنه ؛ لأنه كم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا، كوقف المنقول ضمنًا بغير المنقول، وكبيع الشرب وغيره. (كفاية)

(٢) لأن الكذب حرام فى الأديان كلها.

(٣) يعنى إذا قال الأجير المجوسى: اشتريته من مجوسى كان حرامًا. (غن)

(٤) أى معنى قول محمد. (عينى)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى قال العبد، أو الجارية، أو الصبى: إن هذه هدية أرسلها بيدى فلان.

(٧) قوله: "والإذن [فى التجارة]" أى قال العبد، أوالجارية، أو الصبى: إنه أذن لى فى التجارة.

(٨) أى السفر.

(٩) جارية.

(١٠) قوله: "لما قلنا [إشارة إلى قوله: لأن الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء. ك]" إشارة إلى قوله: فلو لم يقبل قولهم يؤدى إلى الحرج. (من)

(١١) أى القدورى. (عنبى)

(١٢) قوله: "ويقبل في المعاملات إلخ" وأصله أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز، حرًا كان أو عبدًا، مسلما كان أو كافرا، كبيرًا كان أو صغيرًا؛ لعموم الضرورة، فإن الإنسان قلما يجد المستجمع بشرائط العدالة ليعامله، أو يستخدمه، ويبعثه إلى وكلاءه ونحو ذلك، ولا دليل مع السامع سوى الخبر.

العدل[١]، ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس، فلو شرطنا شرطًا زائدًا[٢] يؤدى إلى الحرج، فيقبل قول الواحد فيها[٣]، عدلا كان أو فاسقًا، كافرًا كان أو مسلمًا، عبدًا كان أو حرًا، ذكرًا كان أو أنثى؛ دفعًا للحرج.

أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات، فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط، فلا يقبل فيها إلا قول المسلم العدل؛ لأن الفاسق متهم[٤]، والكافر لا يلتزم الحكم، فليس له أن يلزم[٥] المسلم.

بخلاف المعاملات؛ لأن الكافر لا يمكنه المقام فى ديارنا إلا بالمعاملة، ولا يتهيأ له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها، فكان فيه ضرورة[٦] فيقبل، ولا يقبل فيها[٧] قول المستور[٨] فى ظاهر الرواية.

وعن أبى حنيفة أنه يقبل قوله فيها[٩] جريًا على مذهبه[١٠] أنه يجوز القضاء به، وفى ظاهر الرواية[١١] هو والفاسق فيه سواء، حتى يعتبر فيهما[١٢] أكبر الرأى.

قال[١٣]: ويقبل فيها[١٤] قول العبد والحر والأمة إذا كانوا عدولا؛ لأن عند العدالة

ولأن المعاملات ليس فيها إلزام، واشتراط العدالة للإلزام، فلا معنى لاشتراطها فيها؛ لأن الحال فيها حال مسالمة لاحال منازعة؛ ولأن المعاملات يكثر إلخ، فإذا قبل فيها قول المميز، وكان فى ضمن قبوله فيها قبوله فى الديانات يقبل فى الديانات ضمنًا ضرورة، وكم من شيء لا يصح قصدا يضح ضمنًا؛ ولأن كل معاملة لا تخلو عن ديانة، فلو لم يثبت فيها فى ضمن المعاملات لأدى إلى الحرج، بخلاف الديانات المقصودة. (زيلعى)

(١) المسلم.

(٢) كالعدالة.

(٣) أى فى المعاملات.

(٤) قوله: "لأن الفاسق متهم" لأنه يرتكب الكبائر، فجاز أن يرتكب الكذب. (كافى)

(٥) الحكم.

(٦) أى فى قبول قوله فى المعاملات.

(٧) أى فى الديانات. (ع)

(٨) وهو الذى لم يعلم عدالته ولا فسقه. (ك)

(٩) ديانات.

(١٠) قوله: "جريًا على مذهبه أنه يجوز القضاء" أى يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى الشاهد عند أبى حنيفة إذا لم يطعن الخصم، والصحيح أن المستور كالفاسق لا يكون خبره حجة، حتى تظهر عدالته. (ك)

(١١) قوله: "وفى ظاهر الرواية إلخ" وظاهر الرواية أصح؛ لأنه لا بد من أحد شطرى الشهادة، وقد سقط اعتبار العدد، فبقى اعتبار العدالة. (عناية)

(١٢) قوله: "حتى يعتبر فيهما" أى فى الفاسق والمستور إذا أخبرا بنجاسة الماء. (عناية)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) ديانات.

الصدق راجح، والقبول لرجحانه[١]، فمن المعاملات ما ذكرنا[٢]، و منها التوكيل، ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء، حتى إذا أخبره[٣] مسلم مرضى[٤] لم يتوضأ به ويتيمم، ولو كان المخبر[٥] فاسقًا، أو مستورًا تحرى، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به.

وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط، ومع العدالة يسقط احتمال الكذب[٦]، فلا معنى للاحتياط بالإراقة، أما التحرى فمجرد ظن[٧]، ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم؛ لترجح جانب الكذب بالتحرى، وهذا[٨] جواب الحكم، فأما فى الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء؛ لما قلنا[٩].

ومنها الحل والحرمة[١٠]، إذا لم يكن فيه زوال الملك، وفيها تفاصيل وتفريعات، ذكرناها فى "كفاية المنتهى".

قال[١١]: ومن دُعى إلى وليمة[١٢]، أو طعام، فوجد ثمة لعبًا، أو غناء[١٣]، فلا

(١) صدق.

(٢) كالشراء والإذن.

(٣) بنجاسة الماء.

(٤) عدل.

(٥) بنجاسة الماء.

(٦) قوله: "مع العدالة إلخ" يعنى إذا أخبر عدل بنجاسة الماء يتيمم من غير إراقة الماء؛ لسقوط احتمال الكذب مع العدالة، وأما التحرى إلخ. (كفاية)

(٧) فلا بد فيه من الاحتياط بالإراقة.

(٨) أى الوضوء وعدم التيمم.

(٩) إشارة إلى قوله: أما التحرى فمجرد ظن، فكان فيه احتمال الخطاء، وإن لم يترجح أحد الجانبين، فالأصل هو الطهارة. (ك)

(١٠) قوله: "ومنها الحل والحرمة إلخ" يقبل فيهما خبر الواحد العدل إذا لم يتضمن زوال الملك، كالإخبار بحرمة الطعام والشراب، يقبل قول العدل، فلا يحل الأكل ولا الطعام؛ لأنها حق الله، فيثبت بخبر الواحد، ولا يخرج عن ملكه؛ لأن بطلان الملك لا يثبت بخبره، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك.

وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل، كما إذا أخبر رجل، أو امرأة عدل للزوجين، بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة لا يقبل، بل لا بد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين؛ لأن الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور، فكان متضمنًا لزوال الملك.

فإن قيل: قد تقدم قوله؛ لأنه لما قبل قوله أى قول المجوسى فى الحل، أولى أن يقبل فى الحرمة، وهو يدل على أن العدالة فى الخبر بالحل والحرمة غير شرط، فكان كلامه متناقضًا، وأجيب: بأن ذلك كان ضمنًا، وكم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا، فلا تناقض؛ لأن المراد ههنا ما كان قصدًا. (عناية)

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٢) الوليمة قيل: طعام العرس. (ع)

بأس بأن يقعد ويأكل، قال أبو حنيفة: ابتليت بهذا مرة فصبرت، وهذا لأن إجابة الدعوة سنة، قال عليه السلام: «من لم يجب الدعوة[١] فقد عصى أبا القاسم»*، فلا يتركها[٢] لما اقترنت بها من البدعة[٣] من غيره، كصلاة الجنازة واجبة الإقامة[٤]، وإن[٥] حضرتها نياحة[٦]، فإن قدر[٧] على المنع منعهم[٨]، وإن لم يقدر يصبر.

وهذا إذا لم يكن[٩] مقتدى، فإن كان[١٠] ولم يقدر على منعهم يخرج، ولا يقعد؛ لأن في ذلك شين الدين[١١]، وفتح باب المعصية على المسلمين[١٢]، والمحكى عن أبي حنيفة في "الكتاب[١٣]" كان قبل أن يصير مقتدى، ولو كان ذلك[١٤] على المائدة[١٥] لا ينبغي أن يقعد، وإن[١٦] لم يكن مقتدى؛ لقوله تعالى: ﴿فلا تقعد بعد

---

(١٣) الغناء بالكسر السماع. (ع)

(١) قوله: "من لم يجب الدعوة إلخ" قلت: أخرج مسلم بمعناه في النكاح عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها ويدعى إليها من يأباها ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢١، والدراية ج٢ ص٢١٨، الحديث٩٣٧. (نعيم)

(٢) دعوت.

(٣) بيان ما.

(٤) قوله: "كصلاة الجنازة" قيل عليه أنه قياس السنة على الفرض، وهو غير مستقيم؛ فإنه لايلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة السنة.

وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب؛ لورود الوعيد على تاركها، قال عليه السلام: «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»، ويجوز أن يقال: وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة. (ع)

(٥) الواو وصلية.

(٦) بالكسر: زارى كردن. (م)

(٧) المدعو.

(٨) قوله: "منعهم إلخ" ليكون عملا بقوله عليه السلام: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده» الحديث. (ع)

(٩) المدعو.

(١٠) مقتدى.

(١١) قوله: لأن في ذلك [قعود] شين الدين [بالفتح عيب. م]" لأن المقتدى إمام في الدين، وفعل إمام الدين على خلاف الدين استخفاف بالدين في نظر الناظرين. (أعظمى)

(١٢) قوله: "وفتح باب المعصية إلخ" فإنه ربما يعتقد البعض الحل حين يراه ساكتا، يصنع ذلك بين يديه، فيكون فيه فتح باب المعصية على المسلمين. (كافي)

(١٣) أي الجامع الصغير. (عيني)

(١٤) أي هذا إذا كان الغناء واللعب في ذلك المنزل لا المائدة، ولو كان ذلك إلخ".

(١٥) مائدة خوان آراسته بطعام، فإذا لم يكن عليه طعام فهي خوان. (من)

الذكرى مع القوم الظالمين﴾[١].

وهذا كله بعد الحضور، ولو علم[٢] قبل الحضور لا يحضر؛ لأنه لم يلزمه حق الدعوة[٣]، بخلاف ما إذا هجم عليه[٤]؛ لأنه قد لزمه[٥]، ودلت المسألة[٦] على أن الملاهى كلها حرام[٧]، حتى التغنى بضرب القضيب[٨]، وكذا[٩] قول أبى حنيفة[١٠]: ابتليت؛ لأن الابتلاء بالمحرم يكون[١١].

فصل في اللبس[١٢]

قال[١٣]: لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء؛ لأن النبى عليه السلام نهى[١٤] عن لبس الحرير[١٥] والديباج، وقال: «إنما يلبسه من لا خلاق له فى

---

(١٦) الواو وصلية.

(١) أى تذكر النهى. (طحطاوى)

(٢) المدعو اللعب والغناء.

(٣) قوله: لأنه لم يلزمه حق الدعوة" لأن إجابة الدعوة إنما يلزم إذا كانت الدعوة على وجه السنة، وهذا إذا كانوا لا يتركون بحضوره، وإن كانوا يتركون احتشاماً له واحتراماً له يحضر؛ لأن حضوره يكون من باب النهى عن المنكر. (ك)

(٤) قوله: "بخلاف ما إذا هجم [هجوم ناگاه برسر چيزى در آوردن. م] عليه" أى أتى بغتة على اللعب، أو الغناء من غير علم بذلك حين دعى إلى الوليمة. (مل)

(٥) ولم يلتزمه.

(٦) قوله: ودلت المسألة إلخ" لأن محمدا أطلق اسم اللعب والغناء بقوله: فوجد ثم اللعب والغناء؛ فاللعب وهو اللهو حرام بالنص، قال عليه السلام: «لهو المؤمن باطل إلا فى ثلاث تأديبه فرسه»، وفى رواية: «ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله»، وهذا الذى ذكره ليس من هذه الثلاث، فكان باطلا، ثم الكلام فى الغناء.

قال بعضهم: دلت المسألة على أن مجرد الغناء والاستماع إليه معصية؛ لقوله عليه السلام: «استماع الملاهى معصية والجلوس عليه فسق والتلذذ بها من الكفر»، وإنما قال ذلك على سبيل التشدد، وإن سمع بغتةً، فلا إثم عليه، ويجب عليه أن يجتهد كل الجهد، حتى لا يسمع. (ك)

(٧) قوله: "على أن الملاهى إلخ" ومن ذلك ضرب النوبة للتفاخر، فلو للتنبيه، فلا بأس به، كما إذا ضرب فى ثلاثة أوقات لتذكير ثلث نفخات الصور المناسبة بينهما، فبعد العصر للإشارة إلى نفخة الفزع، وبعد العشاء إلى نفخة الموت، وبعد نصف الليل إلى نفخة البعث. (در مختار)

(٨) كأمير: شاخ درخت. (من) عنى به خشب الحارس. (ك)

(٩) معطوف على قوله: دلت المسألة. (ع)

(١٠) أى دال على أن الملاهى إلخ.

(١١) قوله: "لأن الابتلاء بالمحرم [لا بغير المحرم] يكون" قال مشايخنا: استماع القرآن بالإلحان معصية، والتالى والسامع آثمان. (كافى)

(١٢) لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية، ذكر تفصيل ما يحتاج إليه الإنسان، وقدم اللبس لكثرة الحاجة إليه. (ع)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

(١٤) قوله: "نهى عن لبس إلخ" قلت: هما حديثان: الأول: أخرجه الجماعة عن حذيفة قال: سمعت رسول الله

الآخرة»*، وإنما حل للنساء[٢] بحديث آخر[٣]، وهو ما رواه عدة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم، منهم على رضى الله تعالى عنه، أن النبى ﷺ خرج[٤] وبإحدى يديه حرير، وبالأخرى ذهب، وقال: «هذان محرمان على ذكور أمتى حلال لإناثهم»**.

ويروى حل لإناثهم[٥]، الا أن القليل عفو، وهو مقدار[٦] ثلاثة أصابع[٧] أو أربعة كالأعلام[٨] والمكفوف[٩] بالحرير؛ لما روى***: «أنه عليه السلام[١٠] نهى عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة»[١١] أراد الأعلام، وعنه عليه السلام: «أنه كان يلبس جبة مكفوفة[١٢] بالحرير»****.

ﷺ يقول: «لا تلبسوا الحريرة ولا الديباج». والثانى: أخرجه البخارى ومسلم أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنهما رأى حلة سيراء عند باب المسجد، فقال: يارسول الله! لو اشتريت هذه فلبستها يوم الجمعة وللوفد إذا قدموا عليك، فقال رسول الله ﷺ: «إنما يلبس الحرير فى الدنيا من لا خلا ق له فى الآخرة». (مل)

(١٥) قوله: "الحرير [معرب ديبا. م]" الإبريسم المطبوخ، سمى الثوب المتخذ منه حريراً، وفى جمع التفاريق الحرير ما كان مصمتًا، أو لحمته حريراً، والديباج الثوب الذى سداه ولحمته إبريسم، وعندهم اسم للمنقش. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٢، والدراية ج٢ ص٢١٨، الحديث٩٣٨. (نعيم)

(٢) قوله: وإنما حل للنساء إلخ" لما ذكر الحرمة والحل، فاستدل على الحرمة بقوله عليه السلام: «إنما يلبسه من لا خلا ق له فى الآخرة»، وهو عام فى الذكر والأنثى، لزم أن يقول: وإنما حل للنساء بحديث آخر. (عناية)

(٣) قوله: "بحديث آخر [متأخر عن الأول]" الدليل دل على أن مقتضى الحل للإناث متأخر، وهو استعمال الإناث من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، وهذا آية قاطعة على تأخره. (ك)

(٤) قوله: خرج وبإحدى يديه إلخ" رواه الطبرانى فى "معجمه" عن عبد الله بن عمرو قال: خرج النبى ﷺ وفى إحدى يديه ثوب من حرير، وفى الأخرى ذهب، فقال: «إن هذين محرم على ذكور أمتى حل لإناثهم»، انتهى. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٢، والدراية ج٢ ص٢١٩، الحديث٩٣٩. (نعيم)

(٥) قوله: "ويروى إلخ "وقال بعض الفقهاء: هو حرام عليهن لعموم النهى. (ك)

(٦) فى العرض.

(٧) أى مضمومة لا منثورة.

(٨) قوله: "كالأعلام" علم الثوب رقمه، وهو الطراز كما فى القاموس، والمراد به ما كان من خالص الحرير نسجا أو خياطة. (رد المحتار)

قوله: "كالأعلام" وفى "السير الكبير": أن العلم حلال مطلقًا، سواء كان صغيراً أو كبيراً، ومن الناس من حرم ذلك؛ لعموم النهى. (ك)

(٩) أى سنجاف دوخته شده.

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٥، والدراية ج٢ ص٢٢٠، الحديث٩٤٠. (نعيم)

(١٠) قلت: أخرجه مسلم عن عمر بن الخطاب.

(١١) كذا قال أبو عثمان: كذا قال الزيلعي.

قال[١]: ولا بأس بتوسده[٢]، والنوم عليه عند أبي حنيفة، وقالا: يكره[٣]، وفي "الجامع الصغير": ذكر قول محمد وحده، ولم يذكر قول أبي يوسف، وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ، وكذا الاختلاف في ستر الحرير[٤]، وتعليقه على الأبواب، لهما العمومات[٥]؛ ولأنه من زِيّ الأكاسرة[٦] والجبابرة، والتشبه بهم حرام. وقال عمر رضي الله تعالى عنه*: "إياكم وزِيّ الأعاجم[٧]"، وله ما روى[٨]: «أنه عليه السلام جلس على مِرفقة[٩] حرير» **وقد كان على بساط[١٠] عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما مِرفقة[١١] حرير[١٢]***؛ ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام، فكذا القليل من اللبس[١٣] والاستعمال، والجامع كونه

(١٢) أي مكفوفة الجيب والكمين، كذا رواه أبو داود.

**** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٦، والدراية ج٢ ص٢٢٠، الحديث٩٤١. (نعيم)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) توسد: بالش كردن چيزى را. (م)

(٣) يعني للرجل والمرأة جميعاً بخلاف اللبس. (ك)

(٤) پرده، أي في تعليقه على الجدر. (ك)

(٥) قوله: "لهما العمومات" يريد به قوله: نهى عن لبس الحرير، وقوله: إنما يلبسه من لا خلا ق له في الآخرة. (ع)

(٦) قوله: "زِيّ [بالكسر: جامه ولباس] الأكاسرة إلخ" الأكاسرة جمع كسرى -بفتح الكاف وكسرها- وهو اسم كل من ملك فارس من العجم، والجبابرة جمع جبار، وهو المتكبر. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٦ تحت الحديث السابع، والدراية ج٢ ص٢٢٠، الحديث٩٤٢. (نعيم)

(٧) هذا تحذير.

(٨) قلت: غريب جداً. (ت)

(٩) بكسر الميم: وسادة الاتكاء.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٧، والدراية ج٢ ص٢٢٠ تحت الحديث٩٤٢. (نعيم)

(١٠) فراش.

(١١) بالكسر: بالش، وسادة الاتكاء. (ك)

(١٢) رواه ابن سعد في "الطبقات". (ت)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٧ تحت الحديث الثامن، والدراية ج٢ ص٢٢٠ تحت الحديث٩٤٢. (نعيم)

(١٣) قوله: "فكذا القليل إلخ" فإن قيل: الجلوس على كرسي الفضة لا يحل، و لا يحل افتراشه، وقد حل القليل منه، وهو لبس الخاتم، قلنا: ما أطلقنا القليل إلا ليكون نموذجا، فإذا انقلب مقصودا بقي حراماً كالخمر، وهذا ؛ لأن الحرير لباس أهل الجنة، قال الله تعالى: ﴿ولباسهم فيها حرير﴾ فوجب إطلاق القليل منه، وهو العلم، والقليل من لبسه وهو الافتراش؛ ليكون نموذجًا إلى ذلك الكثير الكامل.

فأما الفضة فلا يكون لباساً في الدار الآخرة، وإنما يكون منها الكرسي ونحوها، فلو أطلقناه لصار عينها مطلقًا، عين الشيء لا يصلح نموذجًا. (ك)

نموذجًا[١] على ما عرف.

قال[٢]: ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما؛ لما روى الشعبي رحمه الله تعالى أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب*؛ ولأنه فيه ضرورة، فإن الخالص منه أدفع[٣] لمعَرّة[٤] السلاح، وأهيب في عين العدو لبريقه[٥]. ويكره عند أبي حنيفة؛ لأنه لا فصل فيما روينا[٦]، والضرورة اندفعت بالمخلوط، وهو الذي لحمته[٧] حرير، وسَدَاه[٨] غير ذلك، والمحظور لا يستباح إلا لضرورة[٩]، وما رواه محمول عل المخلوط[١٠].

قال[١١]: ولا بأس بلبس ما سَدَاه حرير ولُحمته غير حرير، كالقطن والخزّ[١٢] في الحرب وغيره؛ لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم[١٣] كانوا يلبسون الخزّ**، والخز

---

(١) قوله: "كونه نموذجًا [نمونه]" النموذج –بفتح النون– معرب بمعنى الأنموذج، بضم الهمزة، يعني أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة؛ ليرغب في تحصيل سبب يوصل إليه. (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٧، والدراية ج٢ ص٢٢١، الحديث٩٤٣. (نعيم)

(٣) أي دافع ترست محنت وسختي سلاح را، وهيبت پيدا ميكند در چشم عدو. (ترجمه)

(٤) معرة –بالفتح وتشديد راء– أي شدته شر وضرر. (م)

(٥) بريق درخشيدن. (م)

(٦) يريد به قوله عليه السلام: «هذان محرمان على ذكور أمتي». (ع)

(٧) بانا، پودجامه.

(٨) تانا، تارجامه خلاف پود. (م)

(٩) قوله: "والمحظور لايستباح إلا لضرورة" مرتبط بالمقدمة السابقة عليها، وهي قوله: والضرورة اندفعت بالمخلوط، والمعنى أن المحظور لا يستباح إلا لضرورة، والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك، فلا مجال لاستباحة الخالص منه، فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف متقدمة في المعنى، إلا أنها أخرها في الذكر؛ لكون مساس المقدمة الأولى بدليلهما العقلي أكثر، وتاثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر. (نت)

(١٠) قوله: "وما رواه محمول إلخ" أقول: فيه نظر؛ لأن ما رواه ترخيص النبي ﷺ في لبس الحرير والديباج في الحرب، والحمل على المخلوط إن صح في الحرير لا يصح في الديباج؛ لأن الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرًا، قال في "المغرب" الديباج الذي سداه ولحمته إريسم. (نت)

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٢) قوله: "والخزّ [هو اسم دابة سمي المتخذ من وبره خزًا. مصفى]" هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان يكون في الماء. (ك)

قوله: "والخز" خز در اصل دابهٔ بحريست بعد ازان جامه كه از ريشم آن بافند، نيز گويند. (م)

(١٣) كأنس وعمران بن حصين وغيرهما، كذا قال الزيلعي.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٢٧ تحت الحديث التاسع، والدراية ج٢ تحت الحديث٩٤٣ ص٢٢١. (نعيم)

مُسْدى بالحرير[١]؛ ولأن الثوب[٢] إنما يصير ثوبًا بالنسج، والنسج باللحمة، فكانت هى المعتبرة[٣] دون السَّدى، وقال أبو يوسف[٤]: أكره ثوب القَزّ[٥] يكون بين الفرو[٦] والظهارة[٧]، ولا أرى بحشو القز[٨] بأسًا؛ لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس[٩].

قال[١٠]: وما كان لحمته حريرًا، وسداه غير حرير لا بأس به فى الحرب للضرورة، ويكره في غيره؛ لانعدامها[١١]، والاعتبار للحمة على ما بينا[١٢]، قال[١٣]: ولا يجوز للرجال التحلّى[١٤] بالذهب؛ لما روينا[١٥]، ولا

(١) أسدى الثوب: بافت جامه را. (من)

(٢) قوله: "ولأن الثوب إلخ" أى الثوب يصير للحمة؛ لأنه إنما يصير ثوبًا بالنسج، والنسج بتركيب اللحمة، فكانت اللحمة كالوصف الأخير، فيضاف الحكم إليه. (بدائع)

(٣) قوله: "هى المعتبرة" لما عرف أن العبرة فى الحكم لآخر وصفى العلة. (ك)

(٤) قوله: "وقال أبو يوسف" گفت است أبو يوسف كه ميان تهى از جامئى قز كه نوعى از ابريسم ست مكروه است. (ترجمة)

(٥) ثوب القز -بالفتح وتشديد زاى- ابريشم جام. (م)

(٦) پوستين.

(٧) ابره، نقيض البطانة. (ديوان)

(٨) بالفتح: چيرى كه بالش وجز آن بدان آگنده كنند. (م)

(٩) قوله: "لأن الثوب إلخ" أى لأن الثوب إذا كان بين الثوبين فهو ملبوس، ولبس الحرير لا يجوز للرجال، فأما الحشو فليس بملبوس. (ك)

(١٠) أى محمد.عينى)

(١١) ضرورة.

(١٢) قوله: "على ما بينا" إشارة إلى قوله: لأن الثوب إنما يصير ثوبًا بالنسج. (ع)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "ولا يجوز للرجال التحلى" [التزين] أقول: قد جرى الرواج بين العوام كالأنعام، بل الخواص كالعوام، استعمال النعال المغقة بنقوش الذهب والفضة، وقد سئلت عنه كثيرًا، فاجبته، بأن النعال أيضًا من جملة الثياب الملبوسة، ولهذا يقال له فى الفارسية پاپوش، فحكمه حكمها.

فمقدار الحرير والذهب والفضة الذى يجوز استعماله فى الثياب كالعمامة والقميص وغيرها يجوز استعمال ذلك القدر فيه أيضًا، وهو مقدار أربعة أصابع على طرف الثوب، والنقوش المتفرقة فى الوسط، على ما هو مبسوط فى محله.

وسئل عن هذه المسألة بعض من قبلنا فى سنة ١٢٣٦، فأفتى بأن النعل الكذائى من جملة الحلى، فيحرم استعماله على الرجال والنساء، ولا يخفى عليك ما فيه، فاستقم ولا تزل، وزيادة التحقيق فى هذا البحث فى رسالتى "غاية المقال فيما يتعلق بالنعال" فارجع إليها. (مولوى محمد عبد الحى رحمه الله تعالى)

(١٥) قوله: لما روينا" من قوله عليه السلام: «هذان حرامان على ذكور أمتى» فإن قيل: قوله عليه السلام: «هذان حرامان على ذكور أمتى»؛ لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى: ﴿قل من حرم زينة الله التى أخرج﴾ الآية

بالفضة؛ لأنها في معناه(١)، إلا بالخاتم(٢) والمنطقة(٣) وحلية(٤) السيف من الفضة؛ تحقيقًا لمعنى النموذج(٥) والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد، كيف؟ وقد جاء في إباحة ذلك آثار(٦).

وفي "الجامع الصغير"(٧): ولا يتختم إلا بالفضة، وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر(٨) حرام، ورأى رسول الله ﷺ(٩) على رجل خاتم صفر،

ولا يقيده؛ لأن التقييد نسخ، فالجواب أنه مشهور متفق عليه، تلقته الأمة بالقبول، فجاز التقييد به. (ع)

(١) ذهب.

(٢) قوله: "إلا بالخاتم" وفي "الاختيار": من أن يكون الخاتم على قدر مثقال فما دونه، وفي "رد المحتار" قدر درهم، والمنطقة في عيون الأثر لأبي الفتح اليعمري، ويقال له: ابن سيد الناس، إن النبي ﷺ كان له منطقة من أديم مبثور، أي مقشور ثلث حلقها وإبزيمها وطرفها فضة، والإبزيم الذي في رأس المنطقة ونحوها، كذا في شرح "النقاية" لعلي القاري. وفي "رد المحتار" عامة عبارتهم مطلقة، لكن في "القنية" لا بأس باستعمال منطقة حلقتاها فضة، ولا بأس إذا كان قليلا، وإلا فلا، وفي "الظهيرية" وعن أبي يوسف لا بأس بأن يجعل في أطراف سيور اللجام والمنطقة الفضة، ويكره أن يجعل جميعه أو عامته الفضة، فتأمل، انتهى. وحلية السيف والشرط أن لايضع يده على موضع الفضة، كذا في "رد المحتار" وفي لفظ "النسائي" كان نعل سيف رسول الله ﷺ من فضة، وقبيعة سيفه وما بين ذلك حلق من فضة، والقبيعة بالقاف فموحدة، ثم ياء تحتية، ثم مهملة على وزن سفينة مع على طرف مقبض السيف من فضة، أو حديد، كذا في شرح "النقاية" وفي "العالمگيرية": إذا كان في فصل السيف، أو في قبضة السيف فضة، قال أبو حنيفة: إن أخذ من السكين موضع الفضة يكره، وإلا فلا، وقال أبو يوسف: يكره مطلقًا، انتهى، وفي "رد المحتار": ويجتنب في النصل والقبضة واللجام موضع اليد، انتهى. "من الفضة" أي لا من الذهب كذا في "رد المحتار" قال في "العالمگيرية": وفي "السير": لا ينبغي أن يحلى السيف بذهب وإن كان في الحرب؛ لأن الحلية لا ينتفع في الحرب، وإنما هي للزينة، قال عفا الله عنه، فإذا كان هذا في السيف، ففي حمائله أولى، كذا في "التمرتاشي"، انتهى.

وقال القهستاني في شرح "النقاية" ناقلا عن "فتاوى قاضي خان": لا بأس بحليتا المنطقة والسلاح، وحمائل السيف بالفضة في قولهم، ويكره ذلك بالذهب عند البعض، هذا إذا خلص من الفضة أو الذهب، وإلا فلا بأس به عند الكل، انتهى. وفي "العالمگيرية" ولا بأس بتموية السلاح بالذهب والفضة، كذا في "السراجية" انتهى، وفي "مجمع البركات" أما التموية الذي لا يخلص منه الذهب والفضة لا بأس به، انتهى. (مل)

(٣) كمربند.

(٤) زيور.

(٥) نمونه.

(٦) قوله: "وقد جاء إلخ" أخرج الأئمة الستة إلا ابن ماجة عن أنس أن رسول الله ﷺ أراد أن يكتب إلى بعض الأعاجم، فقيل له أنهم لايقرأون كتابًا إلا بخاتم، فاتخذ خاتما من فضة، ونقش فيه "محمد رسول الله"، فكان في يده حتى قبض، وفي يد أبي بكر حتى قبض، وفي يد عمر حتى قبض، وفي يد عثمان حتى سقط منه في "بير أريس"، ثم أمر بها فنزجت، فلم يقدر عليه، انتهى. وفي لفظ "النسائي كان سيف رسول الله ﷺ من فضة، وقبيعة سيفه فضة، انتهى، وفي كتاب "عيون الأثر" للشيخ أبي الفتح أنه كان للنبي ﷺ منطقة من أديم طرفها فضة. (مل)

(٧) آتى بلفظ "الجامع الصغير" لأداة الحصر فيه. (ع)

(٨) وآن مس با قلعى گداخته. (برهان) صفر -بالضم- بمعنى روئين، كه بهندى كانسى گويند. (غياث اللغات)

(٩) أخرجه الترمذي.

فقال[١] : «ما لى أجد منك رائحة الأصنام ورأى على آخر خاتم حديد[٢] فقال[٣] ما لى أرى عليك حِليَةَ[٤] أهل النار»*، ومن الناس من أطلق[٥] فى الحجر الذى يقال له: يشب[٦]؛ لأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر، وإطلاق الجواب[٧] فى الكتاب[٨] يدل على تحريمه.

والتختم بالذهب على الرجال حرام؛ لما روينا[٩]، وعن على رضى الله تعالى عنه[١٠] : «أن النبى عليه السلام نهى عن التختم بالذهب»**؛ ولأن الأصل فيه[١١] التحريم، والإباحة ضرورة الختم أو النموذج، وقد اندفعت بالأدنى، وهو الفضة والحلقة هى المعتبرة؛ لأن قوام الخاتم بها، ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر، ويجعل الفص إلى باطن كفه[١٢]، بخلاف النسوان؛ لأنه[١٣] تزين فى حقهن، وإنما يتختم القاضى والسلطان؛ لحاجته إلى الختم، فأما غيرهما فالأفضل أن يترك لعدم الحاجة إليه.

---

(١) فأمره فرمى به.

(٢) قوله: "ورأى على آخر إلخ" ليس كذلك بل هو رجل واحد كما هو فى حديث رواه أبو داود والترمذى والنسائى، من أنه جاءه رجل إلى النبى ﷺ وعليه خاتم من حديد، فقال: «ما لى أرى عليك حلية أهل النار»، ثم جاء وعليه خاتم من شبه، وفى رواية الترمذى من صفر، فقال: «ما لى أجد منك ريح الأصنام»، كذا قال الزيلعى. (مل)

(٣) فأمره فرمى. (كف)

(٤) زيور. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٤، والدراية ج٢ ص٢٢٣، الحديث٩٤٥. (نعيم)

(٥) قوله: "ومن الناس من أطلق [أى أباح] إلخ" وإليه مال شمس الإئمة السرخسى؛ فإنه قال: والأصح أنه لا بأس به كالعقيق، فإنه عليه السلام كان يتختم بالعقيق، وقال: «تختموا بالعقيق فإنه مبارك». (ك)

(٦) بالفتح: معرب يشم. (م) حجر يضرب إلى الصفرة. (مضمرات)

(٧) وهو قوله: ولا يتختم إلا بالفضة. (ك)

(٨) يعنى الجامع الصغير. (ع)

(٩) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله: «هذان حرامان» الحديث، ومن الناس من جوز التختم بالذهب؛ لما روى عن البراء بن عازب، أنه لبس خاتم ذهب؛ ولأن النهى عن استعمال الذهب والفضة سواء، فلما حل التختم بالفضة لقلته؛ولكونه نموذجا وجعل كالعلم فى الثوب، فكذا فى الآخر، والجواب أنه منسوخ بحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ «نهى عن ذلك». (ك)

(١٠) رواه الجماعة إلا البخارى. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٥، والدراية ج٢ ص٢٢٣، الحديث٩٤٦. (نعيم)

(١١) تختم.

(١٢) لأن النبى ﷺ فعل كذلك. (كف)

(١٣) تختم.

قال[١]: ولا بأس بمسمار[٢] الذهب يجعل فى جحر[٣] الفص، أى فى ثقبه[٤]؛ لأنه تابع كالعلم في الثوب، فلا يعد لابسًا له.

قال[٥]: ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة، وهذا عند أبى حنيفة، وقال محمد: لا بأس بالذهب أيضًا، وعن أبى يوسف مثل قول كل منهما[٦].

لهما[٧] أن عرفجة بن أسعد أصيب أنفه[٨] يوم الكُلاب[٩]، فاتخذ أنفًا من فضة فأنتن[١٠]، فأمره النبى عليه السلام[١١] بأن يتخذ أنفًا من ذهب*.

ولأبى حنيفة أن الأصل فيه التحريم، والإباحة للضرورة، وقد اندفعت بالفضة وهى الأدنى، فبقى الذهب على التحريم، والضرورة فيما روى لم تندفع فى الأنف دونه[١٢] حيث أنتن.

قال[١٣]: ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير[١٤]؛ لأن التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الألباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها.

قال[١٥]: وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق؛ لأنه نوع تجبر وتكبر، وكذا[١٦] التى يمسح بها الوضوء[١٧]، أو يمتخط بها[١٨]، وقيل: إذا كان عن حاجة لا

---

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) ميخ. (م)

(٣) سوراخ.

(٤) ثقبه -بالفتح- سوراخ. (م)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) قوله: "وعن أبى يوسف إلخ" يعنى اختلاف المشايخ فى قول أبى يوسف، فمنهم من ذكر قوله مع أبى حنيفة، هكذا ذكر الكرخى، وذكر فى "الأمالى" قوله مع قول محمد. (ع)

(٧) صاحبين.

(٨) اصابه درد مند ومصيبت زده كردن. (من)

(٩) قوله: "يوم الكلاب" هو -بضم الكاف وتخفيف اللام- اسم ماء، وقيل: اسم وادٍ بين الكوفة والبصرة، وكانت فيه واقعة عظيمة للعرب. (مل)

(١٠) إنتان: ناخوش شدن. (من)

(١١) أخرجه أبو داود. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٥، والدراية ج٢ ص٢٢٤، الحديث٩٤٧. (نعيم)

(١٢) قوله: "لم تندفع فى الأنف دونه" أى دون الذهب أى لم تندفع الضرورة فى الأنف بدون اتخاذه من الذهب. (ك)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) وذلك لأن الصبى يجب أن يعود ما يجوز فى الشريعة، دون ما لا يجوز؛ ليألف ذلك. (غن)

(١٥) أى محمد. (عينى)

يكره، وهو الصحيح[١]، وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر، وصار[٢] كالتربع[٣] فى الجلوس.

ولا بأس بأن يربط الرجل فى إصبعه، أو خاتمه الخيط للحاجة، ويسمى ذلك الرتم[٤] والرتيمة[٥]، وكان ذلك من عادة العرب، قال قائلهم: شعر:

لا ينفعنك اليوم إن همّت[٦] بهم كثرة ما توصى وتعقاد الرتم[٧]

وقد روى أن النبى عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك[٨]*؛ ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح، وهو التذكر عند النسيان.

---

(١٦) أى يكره.

(١٧) أى الماء الذى يتوضأ فيه.

(١٨) أى يؤخذ بها المخاط، وهو ماء الأنف، امتخاط: بينى پاک کردن.

(١) قوله: "وهو الصحيح" لأن عامة المسلين استعملوا هذا فى عامة البلدان؛ لدفع الأذى، وما رآه المسلون حسنًا، فهو عند الله حسن. (ع)

(٢) فإنه مكروه؛ لأنه من عادة الجبابرة إلا لحاجة كالتفكر، وغيره.

(٣) بچار زانو نشستن. (من)

(٤) بالفتح: رشته كه بجهت ياد داشت بانگشت بندند. (غياث)

(٥) قوله: "والرتيمة" رتيمه كسفينه بمعنى رتمه است، جمع آن رتائم ورتام است. ورتمه بالفتح: رشته كه بر انگشت بندند جهت ياد دادن چيزى كه گفته باشند رتم جمع، كذا فى "منتهى الأرب".

(٦) قوله: "همت" أى اگر قصد زن بود بزنا پس چه فائده از كثرت وصيت وبستن رتم أعنى در انگشت يادر انگشترى آن زن براى ياد داشتن وصيتهاى تو، واين قول ابو الليث است. (ترجمه)

(٧) قوله: "وتعقاد الرتم [بفتحتين: ضرب من الشجر]" الرتم نوع من الشجر، وكان الرجل إذا أراد فى السفر عمد إلى هذا الشجر، فقعد بعض أغصانه ببعض، فإذا رجع من سفره وأصابه على تلك الحالة، قال: لم تخنى امرأتى، وإن أصابه وقد انحل قال: قد خانتنى هى ومعنى البيت هل ينفعنك اليوم إن همت امرأتك أن تخونك وصيتك بها، وإقامتك من يحفظها وتعقادك الشجر، قوله: إن همت بهم أى بشيء تريده، يعنى أنها إذا كانت عفيفة حفظت نفسها، وإن لم تكن كذلك، فلا حيلة فيها، كذا قال أبو محمد يوسف بن الحسن، والتعقاد مصدر بمعنى العقد على وزن تفعال، كالتلعاب والتهداب. والبيت برواية الثقاة من أهل اللغة هل ينفعنك اليوم بلفظ هل، وهو القياس فى كلام العرب والفقهاء، أوردوا في كتبهم بحرف ا لنفى، وليس ذلك بقياس؛ لأن نون التاكيد لاتدخل فى النفى إلا نادرًا فى الشعر، كذا فى "غاية البيان". وفى "الكفاية": أن هذا هو المشهور، والمروى عن الثقات إلا أن أبا الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة، وفى "المغرب": الرتمة خيط التذكر يعقد بالإصبع، وكذا الرتيمة، قال الشاعر شعرا:

إذا لم تكن حاجاتنا فى نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم. (مل)

(٨) قوله: "بذلك" يعنى بربط الخيط في الإصبع، ليذكره الحاجة، وقال الزيلعى: هذا غريب، وروى أبو يعلى فى "مسنده" والطبرانى فى "معجمه الوسط" أن النبى ﷺ كان يربط الخيط فى إصبعه لتذكر الحاجة، ولكن فى رواة هذه الرواية كلامًا. (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٨، والدراية ج٢ ص٢٢٤، الحديث٩٤٨. (نعيم)

فصل[١] في الوطئ[٢] والنظر والمس

قال[٣]: ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها[٤]؛ لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها[٥]﴾، قال[٦] على وابن عباس رضى الله تعالى عنهما[٧]: ما ظهر منها الكحل والخاتم *، والمراد موضعهما[٨]، وهو الوجه والكف، كما أن المراد بالزينة المذكورة مواضعها[٩].

ولأن فى ابتداء الوجه والكف ضرورة؛ لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذا وإعطاء وغير ذلك، وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها[١٠].

وعن أبى حنيفة أنه[١١] يباح؛ لأن فيه بعض الضرورة[١٢]، وعن أبى يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعيها[١٣] أيضًا؛ لأنه قد يبدو[١٤] منها[١٥] عادةً.

---

(١) قوله: "فصل إلخ" مسائل النظر أربعة، نظر الرجل إلى امرأة، ونظرها إليه، ونظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة، والأول على أربعة أقسام: نظره إلى الأجنبية الحرة، ونظره إلى من تحل له من الزوجة والأمة، ونظره إلى ذوات محارمه، ونظره إلى أمة الغير. (عناية)

(٢) قوله: "فى الوطء" الظاهر أن المراد بالوطئ ما فى مسألة العزل المذكورة فى آخر هذا الفصل، وإلا فليس ذكر الوطئ فيه.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "إلا إلى وجهها إلخ" القياس أن لا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية من قرنها إلى قدمها، وإليه أشار قوله عليه السلام: «المرأة عورة مستورة»، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع، وهو ما استثناه فى الكتاب بقوله: "إلا إلى وجهها وكفيها" للحاجة والضرورة، وكان ذلك استحسانًا؛ لكونه أرفق بالناس. (عناية)

(٥) قوله: "إلا ما ظهر منها" أى إلا ما جرت العادة والجبلة على ظهوره، وقوله: "الكحل والخاتم" يعنى موضع الزينة، وهو العين، وموضع الخاتم، وهو الإصبع؛ وهذا إطلاق اسم الحال على المحل، والمراد بالعين الوجه، وبالإصبع اليد، وهو إطلا ق اسم البعض على الكل. (مصفى)

(٦) أى فسر ذلك على وابن عباس.

(٧) قوله: "وابن عباس" أخرج البيهقى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما، وأما الرواية عن على فغريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٩ تحت فصل فى الوطء والنظر والمسّ، والدراية ج٢ ص٢٢٤ تحت الحديث ٩٤٨. (نعيم)

(٨) هذا قول المصنف.

(٩) إطلاقًا لاسم الحال على المحل. (ك)

(١٠) أجنبية.

(١١) أى النظر إلى قدم الأجنبية.

(١٢) قوله: "لأن فيه بعض الضرورة" لأنها تحتاج إلى إبداء قدمها إذا مشت حافية أو متنعلة، وربما لا تجد الخف فى كل وقت. (كافى)

(١٣) أجنبية.

(١٤) الذراع فى الخبز والطبخ وغسل الثياب. (كف)

قال[١] : فإن كان لا يأمن الشهوة[٢] لا ينظر إلى وجهها[٣] إلا لحاجة[٤] ؛ لقوله عليه السلام[٥] : «من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية[٦] عن شهوة صب في عينيه الآنك[٧] يوم القيامة»* ، فإن خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزاً عن المحرم، وقوله: لا يأمن يدل على أنه[٨] لا يباح إذا شك في الاشتهاء، كما إذا علم[٩] ، أو كان أكبر رأيه ذلك.

ولا يحل له أن يمس وجهها[١٠] ولا كفها[١١] ، وإن[١٢] كان يأمن الشهوة ؛ لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى[١٣] ، بخلاف النظر ؛ لأن فيه بلوى، والمحرم قوله عليه السلام[١٤] : «من مسّ كف امرأة ليس منها بسبيل[١٥] وضع على كفه جمرة[١٦]

(١٥) أجنبية.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "قال فإن كان إلخ" أي قال القدوري في "مختصره" أي هذا الذي قلنا من جواز النظر إلى وجه الأجنبية وكفها فيما إذا أمن الشهوة، فإذا لم يأمن الشهوة لم يحل النظر إلى وجهها. (غاية البيان)

(٣) أجنبية.

(٤) قوله: "إلا لحاجة [وإن كان شهوة]" كان دعي إلى الشهادة عليها، أو أراد تزويجها، أو كانت أمة أراد شراها، كذا قال الولوالجي في فتاواه. (مل)

(٥) قوله: "لقوله عليه السلام من نظر إلخ" قال الزيلعي: قلت: غريب، والمعروف من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون، صب في أذنه الآنك يوم القيامة، أخرجه البخاري في "صحيحه"، فالأولى أن يستدل بما في "العناية": أنه قال عليه الصلاة والسلام لعلي رضى الله تعالى عنه: «لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والثانية عليك»، ويعني بالثانية أن ينظرها عن شهوة، وبما في "غاية البيان" من أنه روى أصحاب السنن عن ابن عباس عن النبي ﷺ: «إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزناء أدرك ذلك لا محالة فزنا العينين النظر وزنا اللسان النطق والنفس تتمنى وتشتهى والفرج يصدق ذلك ويكذبه». (مل)

(٦) قوله: "من نظر إلخ" هكذا ذكر شمس الأئمة الحديث في "شرح الكافي" ولكن في صحته نظر، والمحاسن جمع الحسن ضد القبح على خلاف القياس، وكأنه جمع محسن، كذا قال الجوهري، والآنك الأسرب، وأفعل من أبنية الجمع، ولم يجئ عليه الواحد إلا آنك، كذا في "الصحاح". (غن)

(٧) الأسرب: سيسه.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٣٩، والدراية ج٢ ص٢٢٥، الحديث٩٤٩. (نعيم)

(٨) اى النظر إلى الوجه.

(٩) أي كما لا يباح إذا علم أي تيقن، أو كان إلخ أي ظن.

(١٠) أجنبية.

(١١) أجنبية.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) سختي.

(١٤) قلت: غريب. (ت)

يوم القيامة»*، وهذا[٢] إذا كانت شابة[٣] تشتهى[٤].

أما إذا كانت[٥] عجوزًا[٦] لا تشتهى، فلا بأس بمصافحتها ومس يدها؛ لانعدام خوف الفتنة[٧]، وقد روى[٨] أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعًا[٩] فيهم، وكان يصافح العجائز**، وعبد الله بن الزبير رضى الله تعالى عنه[١٠] استأجر عجوزًا لتمرضه[١١]، وكانت تغمز[١٢] رجليه وتفلى رأسه[١٣]***، وكذا إذا كان شيخًا[١٤] يأمن على نفسه وعليها[١٥]؛ لما قلنا[١٦]،

---

(١٥) قوله: ليس منها بسبيل" أى ليس له فيها شرعًا سبيل، بأن لم تكن مملوكة له، ولا منكوحته. (مولانا ظهور الله)

(١٦) بالفتح اخگرهاى آتش جمرة واحد. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٠، والدراية ج٢ ص٢٢٥ تحت الحديث٩٤٩. (نعيم)

(٢) أى عدم الحل.

(٣) أجنبية.

(٤) اشتهاه: خواست آن را وآرزدى وى نمود ودوست داشت. (عن)

(٥) قوله: "أما إذا كانت إلخ" قال بعض المتأخرين: بيان حرمة مس الوجه والكف تختص بما إذا كانت مشتهاة، أما إذا كانت عجوزًا لا تشتهى، فلا بأس بمسها، انتهى.

أقول: لم يذكر فى الكتاب ولا فى غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية، شابة كانت أو عجوزًا، وإنما المذكور ههنا، وفى سائر الكتب عدم البأس بمس كفها عجوزًا، نعم ظاهر الدليل العقلى، وهو انعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم، لكن لا مجال لاختراع المسألة بمجرد ذلك بدون أن تذكر فى الكتب نقلا. (نت)

(٦) بالفتح: زن پير، وعامه عجوزة بزيادتى تا گويند. (م)

(٧) قوله: "لانعدام خوف الفتنة [الزناء]" فإن قلت هذا تعليل فى مقابلة النص، وهو ما ذكر فى الكتاب، من مس كف امرأة ليس منها بسبيل، وضع على كفه جمرة يوم القيامة، قلت: المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها، أما إذا انزوى الخاطر عن لقاءها فلا. (تاج الشريعة)

(٨) قلت: غريب.

(٩) استرضاع: شير دهى خواستن، يقال: استرضعه أى طلب مرضعة. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٠ تحت الحديث الخامس، وانظر فى الدراية ج٢ص٢٢٥ تحت الحديث٩٤٩. (نعيم)

(١٠) قلت: غريب.

(١١) يقال: مرضه أى قام عليه فى مرضه. (غن) تمريض نيک خدمت كردن بيمار را. (م)

(١٢) غمز: سخت افشردن. (كن)

(١٣) فلى رأسه: جست سپش را در سر او. (من)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٠ تحت الحديث الخامس، وانظر فى الدراية ج٢ص٢٢٥ تحت الحديث٩٤٩. (نعيم)

(١٤) قوله: "وكذا [أى يحل] إذا كان إلخ" لأن الشيخ الكبير لم يبقَ له إربة كالصغير. (عينى)

(١٥) أجنبية.

(١٦) إشارة إلى قوله: لانعدام الفتنة.

وإن كان لا يأمن عليها[١] لا تحل مصافحتها؛ لما فيه من التعريض[٢] للفتنة، والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسّها[٣] والنظر إليها؛ لعدم خوف الفتنة[٤].

قال[٥]: ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها[٦]، وللشاهد إذا أراد الشهادة[٧] عليها النظر إلى وجهها، وإن[٨] خاف أن يشتهى؛ للحاجة[٩] إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة، ولكن ينبغى أن يقصد به أداء الشهادة، أو الحكم عليها، لا قضاء الشهوة، تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه[١٠]، وهو قصد القبيح، وأما النظر[١١] لتحمل الشهادة إذا اشتهى، قيل: يباح، والأصح أنه لا يباح؛ لأنه يوجد[١٢] من لا يشتهى، فلا ضرورة، بخلاف حالة الأداء[١٣].

ومن أراد أن يتزوج امرأة، فلا بأس بأن ينظر إليها[١٤]، وإن[١٥] علم أنه يشتهيها؛ لقوله عليه السلام فيه[١٦]: «أبصرها فإنه أحرى[١٧] أن يؤدم[١٨] بينكما»*؛ ولأن

---

(١) قوله: "وإن كان لا يأمن عليها إلخ" أقول: الضمير فى عليها للمرأة، ووجه تخصيص ذكر عدم الأمن عليها هو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن عليها، فإنه إذا لم تحل مصاحبتها عند عدم الأمن عليها؛ لما فيه من تعريض الغير الفتنة، فلأن لا تحل مصافحتها عند عدم الأمن على نفسه أولى؛ لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه. (نتائج الأفكار)

(٢) پيش آوردن كسى را بر كارى. (م)

(٣) قوله: "يباح مسها إلخ" لأنه ليس لبدنها حكم العورة، ولا فى النظر والمس خوف الفتنة. (ك)

(٤) الزناء.

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٦) أجنبية.

(٧) عند القاضى.

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "للحاجة [والضرورة تبيح المحذورات. كافى]" ألا ترى أن شهود الزناء لهم أن ينظر، وإلى موضع العورة على قصد تحمل الشهادة. (كافى)

(١٠) قوله: "تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه" لأنه إن لم يمكنه التحرز فعلا، فقد أمكنه التحرز منه قلبا. (ك)

(١١) إلى الوجه.

(١٢) لتحمل الشهادة.

(١٣) قوله: "بخلاف حالة الأداء" فقد التزم هذه الأمانة بالتحمل، وهو متعين لأداءها. (ك)

(١٤) قوله: "فلا بأس إلخ" ولا ينبغى أن يمس شيئًا من ذلك، إن كانت ممن تشتهى؛ لأن المس أغلظ من النظر؛ لأن الشهوة فيه أكثر، فمنع منه من غير حاجة، كذا فى "شرح الأقطع". (غن)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" روى الترمذى فى جامعه بإسناده إلى مغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة، فقال النبى ﷺ: «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما، قال فى "الفائق": الأدم والإيدام الإصلاح والتوفيق من أدم الطعام،

مقصوده إقامة السنة، لا قضاء الشهوة، ويجوز[١] للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها[٢] للضرورة[٣].

وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل، فإن لم يقدروا[٤] يستر كل عضو منها[٥] سوى موضع المرض، ثم ينظر[٦] ويغض[٧] بصره ما استطاع؛ لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، وصار كنظر الخافضة والختّان[٨].

وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان[٩] من الرجل؛ لأنه مداواة[١٠] ويجوز للمرض، وكذا للهُزال الفاحش[١١]، على ما روى عن أبي يوسف؛ لأنه أمارة المرض.

قال[١٢]: وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه[١٣]، إلا إلى ما بين سرته[١٤]

وهو إصلاحه بالإدام، وجعله موافقا للطاعم. (غن)

(١٧) قوله: "فإنه أحرى إلخ" فإن الإبصار أولى بالإصلاح، وإيقاع الألفة والوفاق. (ك)

(١٨) قوله: "أن يؤدم" أصله بأن يؤدم، فحذفت الباء، وحذفها مع أن وإن كثير (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٤٠، والدراية ج٢ ص٢٢٥، الحديث ٩٥٠. (نعيم)

(١) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (غن)

(٢) وإن كان تحت السرة إلى الركبة.

(٣) قوله: "للضرورة [كذا قال الولوالجي]" لأن للضرورة تاثيراً في إباحة المحرمات، بدليل إباحة الميتة والخمر عند الضرورة، وخشية التلف. (غاية البيان)

(٤) قوله: "فإن لم يقدروا [أهل المرأة]" أي لم يجدوا امرأة تداويها وخافوا على المرأة أن تهلك، أو يصيبها بلاء، أو دخلها من ذلك وجع غير محتملة، ولم يكن للعلاج بد من الرجل. (غن)

(٥) أجنبية.

(٦) الطبيب.

(٧) غض -بالفتح وتشديد ضاد- چشم خوابانيدن. (م)]

(٨) قوله: "كنظر الخافضة والختّان [أي نظر الطبيب إلى موضع لا يحل النظر إليه. غن]" والختان يعني أنهما ينظران إلى العورة؛ لأجل الضرورة؛ لأن الختان سنة، وهو من جملة الفطرة في حق الرجال، لا يمكن تركها، وهو مكرمة للنساء أيضاً، والخفض للجارية كالختن للغلام، وجارية مخفوضة أي مختونة. (ك)

(٩) حقنه كردن. (م)

(١٠) يحصل به إسهال الفضلات والأخلاط الروية. (غن)

(١١) قوله: "وكذا للهزال [بالضم: لاغرى] الفاحش" إذا قيل له: إن الحقنة تزيل مالك من الهزال، فلا بأس بأن يبدى ذلك المرضع للمحتقن، على ما روى عن أبي يوسف رح، وهذا صحيح؛ لأن الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسل. (ك)

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٣) هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم. (عناية)

إلى ركبته(١)؛ لقوله عليه السلام*: «عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته»(٢)، ويروى(٣) ما دون سرته(٤) حتى يجاوز ركبتيه، وبهذا(٥) ثبت أن السرة ليست بعورة(٦)، خلافًا لما يقوله أبو عصمة(٧) والشافعي رحمهما الله تعالى(٨).

والركبة عورة، خلافًا لما قاله الشافعي: والفخذ عورة، خلافًا لأصحاب الظواهر(٩)، وما دون السرة(١٠) إلى منبت الشعر عورة(١١)، خلافًا لما يقوله الإمام أبو بكر(١٢) محمد بن الفضل الكماري(١٣) معتمدًا فيه العادة(١٤)؛ لأنه لا معتبر بها(١٥) مع

---

(١٤) ناف.

(١) زانو.

* تقدم في "شروط الصلاة" من حديث على عند الدارقطني، راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٢.

(٢) أخرجه الدارقطني وغيره.

(٣) هذه الرواية تدل على أن كلمة إلى في الرواية السابقة بمعنى مع.

(٤) أي ما تحت سرته.

(٥) أي بالرواية الأخيرة.

(٦) فلا بأس بالنظر إليها.

(٧) قوله: "خلافًا لما يقوله أبو عصمة" هو سعد بن معاذ المروزي؛ فإنه يقول: إن السرة أحد حدى العورة، فيكون من العورة كالركبة، وقوله: والشافعي بالعطف على أبي عصمة في إثبات أن السرة عورة عندهما، كأنه وقع سهواً بوجهين، أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة في إثبات أن السرة عورة، بقوله: إنه أحد حدى العورة، فيكون عورة كالركبة. وهذا التعليل إنما يستقيم لمن يقول: بأن الركبة عورة، والشافعي لا يقول: بكون الركبة من العورة، والثاني أن الشافعي عدل في إثبات أن الركبة ليست بعورة بقوله: إنما حد للعورة، فلا يكون من العورة كالسرة؛ لأن الحد لا يدخل في الحدود، وهو تنصيص على أن السرة ليست بعورة، وهذان التعليلان في "المبسوط"، ولكن في الإسرار نوع إشارة إلى أن الشافعي جعل السرةمن العورة ولم يجعل الركبة من العورة. (نهاية)

(٨) قوله: "والشافعي" في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي: إحداها: أن السرة عورة والركبة ليست بعورة، كما هو مدلول كلام المصنف ههنا، والثانية: أنهما ليستا بعورتين، كما يفهم من وجيز الشافعية، والثالثة: أنهما عورتان. (نت)

(٩) قوله: "خلافًا لأصحاب الظواهر [فإنهم قالوا:ا الفخذ ليس بعورة. عن]" ولأصحاب الظواهر قوله تعالى: ﴿فلما ذاقا الشجرة بدت لهما سوآتهما﴾، والمراد بالسوءة العورة الغليظة، والجواب أن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه. (مل)

(١٠) أي ما تحت السرة.

(١١) من العانة. (غن)

(١٢) فإنه لا يجعل غير الفرجين والفخذين عورة.

(١٣) قوله: "الكماري" بضم الكاف وتخفيف الميم، بعدها الألف وبعدها الراء المكسورة، وفي آخرها ياء ساكنة، اسم قرية ببخارا، ينسب إليها الشيخ محمد بن فضل الكماري. (غن)

(١٤) قوله: "معتمداً فيه العادة" لأن الإزار قد ينحط في العمل إلى ذلك الموضع، فكان فيه ضرورة، فأبيح النظر إلى

النص[١] بخلافه.

وقد روى أبو هريرة رضى الله تعالى عنه[٢] عن النبى ﷺ أنه قال[٣]: «الركبة من العورة[٤]»*، وأبدى الحسن[٥] بن على رضى الله تعالى عنهما سرته، فقبلها أبو هريرة رضى الله تعالى عنه[٦]، وقال عليه السلام[٧] لجرهد[٨]: «وأرِ[٩] فخذك أما علمت أن الفخذ عورة»**، ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق[١٠]، فاجتمع المحرم و المبيح، وفى مثله يغلب المحرم.

وحكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ، وفى الفخذ أخف منه فى السوءة[١١]، حتى إن كاشف الرقبة ينكر عليه برفق[١٢]، وكاشف الفخذ يعنّف[١٣] عليه، وكاشف السوءة يؤدب إن لج[١٤]، وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل، يباح

ذلك للتعامل. (غن)

(١٥) قوله: "لأنه لا معتبر إلخ" جواب عن قول محمد ابن فضل الكمارى، ومتعلق بقوله، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة. (ع)

(١) أى مع ورود النص بخلاف التعامل.

(٢) قوله: "وقد روى إلخ" جواب عن قول الشافعى، ودليل على كون الركبة عورة. (ع)

(٣) قوله: "أنه قال الركبة إلخ" قلت: غريب من هذا حديث أبى هريرة، وقد تقدم فى شروط الصلاة من حديث على عند الدارقطنى، وفيه ضعف. (ت)

(٤) جواب عن قول أبى عصمة والشافعى، أخرجه أحمد فى "مسنده" عن عسير بن إسحاق. (نت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٢، والدراية ج٢ ص٢٢٥ تحت الحديث ٩٥٠. (نعيم)

(٥) لالتماس أبى هريرة.

(٦) دليل لما قلنا: من أن الفخذ عورة.

(٧) جواب عن قول أهل الظواهر.

(٨) قوله: "لجرهد" روى أبو داود عن عبد الرحمن بن جرهد أنه قال: كان جرهد من أصحاب الصفة، أنه قال: جلس رسول الله ﷺ عندنا، وفخذى منكشفة، فقال: «أما علمت أن الفخذ عورة»، انتهى.
وأخرج عبد الرزاق أن النبى ﷺ مر به، وهو كاشف عن فخذيه، فقال النبى ﷺ: «غطّ فخذك فإنها من العورة». (ت)

(٩) موارة: نهفتن چيزى را. (من)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٢، والدراية ج٢ ص٢٢٦، الحديث ٩٥٢. (نعيم)

(١٠) دليل معقول على كون الركبة عورة. (ع)

(١١) قوله: "فى السوءة" قال فى "ديوان الأدب": السوءة العورة، وأراد بها ههنا العورة الغليظة، وهو الفرجان؛ لأن حرمتها مجمع عليها، وفيما سوى ذلك اختلاف كما ذكرنا. (غن)

(١٢) نرمى.

(١٣) تعنيف: سرزنش كردن ودرشتى نمودن. (م) إن لج ولا يضرب. (غن)

(١٤) لج لجاجًا: ستيهيد وپيكار كردن. (من)

المس[١]؛ لأنهما[٢] فيما ليس بعورة سواء[٣].

قال[٤]: ويجوز للمرأة[٥] أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه[٦] إذا أمنت الشهوة؛ لاستواء الرجل والمرأة فى النظر إلى ما ليس بعورة، كالثياب والدواب[٧].

وفى كتاب الخنثى من "الأصل"[٨] أن نظر المرأة إلى الأجنبى بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه[٩]؛ لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ، فإن كان[١٠] فى قلبها شهوة، أو أكبر رأيها أنها تشتهى، أو شكّت فى ذلك[١١]، يستحب لها أن تغض بصرها، ولو كان الناظر هو الرجل إليها[١٢]، وهو بهذه الصفة[١٣] لم ينظر، وهذا[١٤] إشارة إلى التحريم.

ووجه الفرق[١٥] أن الشهوة عليهن غالبة، وهو كالمتحقق اعتباراً[١٦]، فإذا اشتهى الرجل[١٧] كانت الشهوة موجودة فى الجانبين[١٨]، ولا كذلك إذا اشتهت المرأة؛ لأن

(١) يعنى إذاكان المس من غير شهوة، وبه صرح فى "التحفة". (غن)

(٢) أى النظر والمس. (ع)

(٣) قوله: "سواء [كما يجوز النظر إليه يجوز مسه بغير شهوة. غن]" أقول: لقائل أن يقول: استواءهما ممنوع كيف؟ وقد مر أن وجه الأجنبية وكفيها ليس بعورة، ويحل للرجل أن ينظر إليها إذا أمن الشهوة، ولكن لا يجوز له أن يمسها وإن أمن الشهوة، فلم يستو النظر، ويمكن أن يقال: المراد أنهما سواء ما لم يرد النص على خلاف ذلك. (نت)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٥) الحرة الأجنبية. (غن)

(٦) أى جميع بدنه ما خلا تحت السرة إلى الركبة. (غن)

(٧) قوله: "كالثياب والدواب" يعنى يحل النظر إلى الدابة والثوب للرجل والمرأة. (حميدية)

(٨) المبسوط.

(٩) قوله: "بمنزلة إلخ" يعنى على تلك الرواية لا ينظر المرأة من الرجل إلى ظهره وبطنه. (غن)

(١٠) بيان فائدة قوله: إذا أمنت إلخ.

(١١) الاشتهاء.

(١٢) مرأة.

(١٣) قوله: "وهو [الواو حالية" بهذه الصفة [أى صفة الشهوة]" أى كان فى قلبه شهوة، أو كان أكبر رأيه أنه يشتهى أو شك فى الاشتهاء. (غن)

(١٤) أى قوله: لم ينظر. (غن)

(١٥) قوله: "ووجه الفرق" أى بين الرجل والمرأة، حيث كان نظر الرجل حراماً وغض بصرها مستحبًا. (غن)

(١٦) أى الغالب.

(١٧) قوله: "فإذا اشتهى إلخ" يعنى أنه لو كان الناظر بشهوة هو الرجل؛ فلأن النساء أكثر شهوة من الرجال، فكثرة الشهوة من جانبها يثبت اشتهاءها من حيث الاعتبار، وقد وجد من جانب الرجل حقيقة الاشتهاء، والاشتهاء من الجانبين

الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة[١] واعتبارًا[٢]، فكانت من جانب واحد، والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد.

قال[٣]: وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل[٤]؛ لوجود المجانسة، وانعدام الشهوة غالبًا[٥]، كما فى نظر الرجل إلى الرجل، كذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن[٦]، وعن أبى حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه[٧]، بخلاف نظرها إلى الرجل[٨]؛ لأن الرجال يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال، والأول[٩] أصح[١٠].

قال[١١]: وينظر الرجل[١٢] من أمته التى تحل له[١٣]، وزوجته إلى فرجها، وهذا[١٤] إطلاق[١٥] فى النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة، والأصل فيه قوله

أكثر إفضاء فى الوقوع إلى الحرام من الاشتهاء من جانب واحد وأما إذا كان الناظر بشهوة هى المرأة فالاشتهاء أن تحقق من جانبها من حيث الحقيقة لم يعتبر ثابتا من جانب الرجل، ومجرد الشهوة من أحد الجانبين فى سببيته ما هو حرام دون الشهوة من الجانبين، فلهذا قلنا: بالاستحباب فى جانب المرأة، وبالحرمة فى جانب الرجل. (غن)

(١٨) قوله: "من الجانبين" فى جانبه حقيقة؛لأنه هو المفروض، وفى جانبها اعتبارًا لقيام الغلبة مقام الحقيقة. (ع)

(١) لأنه غير ناظر إليها. (ك)

(٢) لعدم غلبة الشهوة. (ك)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم. (ع)

(٥) والغالب كالمتحقق. (ع)

(٦) قوله: "قد تحققت [أى فى الحمام] إلخ" فإن العرف الظاهر فى جميع البلدان بناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا، وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجل؛ لأن المقصود تحصيل الزينة، والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل، ويتمكن الرجل من الاغتسال فى الأنهار والحياض، والمرأة لا تتمكن من ذلك، وإلى هذا أشار فى "المبسوط". (ع)

(٧) قوله: "كنظر الرجل إلخ" فلا يجوز لها أن تنظر من المرأة إلى الظهر والبطن، فى هذه الرواية. (زيلعى)

(٨) فإنه يجوز لها النظر إلى جميع بدن الرجل، إلا ما بين السرة إلى الركبة.

(٩) أى ما قال القدورى.

(١٠) لأن نظر الجنس أخف. (ع)

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٢) قوله: "وينظر الرجل إلخ" هذا هو القسم الثانى من أقسام نظر الرجل إلى المرأة، والتسامح فى رعاية الترتيب فى كلام المصنف ظاهر. (ع)

(١٣) قوله: "التى تحل له" قيد بالحل؛ لأن إباحة النظر إلى جميع بدن أمته مبنية على حل الوطئ، وفيما لا يحل من أمته كأمته المجوسية، وأمته التى هى أخته من الرضاعة، كان الحكم فى النظر كأمة الغير. (نهاية)

(١٤) أى قول القدورى.

(١٥) إجازة.

عليه السلام[١]: «غض بصرك إلا عن أمتك وامرأتك»*، ولأن ما فوق ذلك[٢] من المسيس[٣] والغشيان[٤] مباح، فالنظر أولى[٥].

إلا أن الأولى[٦] أن لا ينظر كل واحد منهما[٧] إلى عورة صاحبه؛ لقوله عليه السلام: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع[٨] ولا يتجردان تجرد العَير[٩]»**، ولأن ذلك[١٠] يورث النسيان لورود الأثر[١١]، وكان ابن عمر رضى الله تعالى عنهما يقول: الأولى[١٢] أن ينظر[١٣]، ليكون أبلغ فى تحصيل معنى اللذة***.

قال[١٤]: وينظر الرجل من ذوات محارمه[١٥] إلى الوجه، والرأس[١٦]،

---

(١) قوله: قوله عليه السلام إلخ" أخرج أصحاب السنن الأربعة، أبو داود فى الحمام، والترمذى فى الاستيذان، والنسائى فى عشرة النساء، وابن ماجة فى النكاح عن معوية بن جيدة، قلت: يا رسول الله عوراتنا ماناتى منها، وما نذر، قال: «احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٥، والدراية ج٢ ص٢٢٧، الحديث٩٥٣. (نعيم)

(٢) النظر.

(٣) بيان ما.

(٤) الجماع، غشى فلانة غشيانًا -بالكسر- كائيد آن را وفرد گرفت او را بمجامعت. (من)

(٥) بالجواز.

(٦) والأدب.

(٧) زوج زوجة.

(٨) قوله: "إذا أتى أحدكم إلخ" روى الطبرانى فى "معجمه" عن أبى أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجردان تجرد العيرين». (ت)

(٩) قوله: "تجرُّد العَير [عَير -بالفتح- خر اہلی باشد یا وحشی، واکثر بگور خر استعمال نمایند. من]" وهو الحمار الوحشى، وإنما قيد به؛ لأن فى الأهلى نوع ستر من الأقتاب والثفر. (ك)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٦، والدراية ج٢ ص٢٢٨، الحديث٩٥٤. (نعيم)

(١٠) أى النظر إلى العورة.

(١١) قوله: "لورود الأثر" قلت: غريب، وقد ورد أنه يورث العمى، أخرجه ابن عدى فى "الكامل" عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا جامع أحدكم زوجته فلا ينظر إلى فرجها فإن ذلك يورث العمى»، انتهى. (ت)

(١٢) قوله: "الأولى إلخ" روى عن أبى يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته، وتمس هى فرجه ليتحرك عليها، هل ترى بذلك بأسا، قال: لا، وأرجو أن يعظم الأجر. (ع)

(١٣) إلى فرج امرأته عند الوقاع. (غن)

*** انظر فى نصب الراية ج٤ ص٢٤٨ تحت الحديث الحادى والعشرين، وفى الدراية ج٢ ص٢٢٨ تحت الحديث ٩٥٤. (نعيم)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٥) قوله: "وينظر الرجل من ذوات محارمه [قال فى "المغرب": المحرم الحرام والحرمة. نت]" من أمه وابنته البالغة

والصدر[١]، والساقين، والعضدين[٢].

ولا ينظر إلى ظهرها[٣] وبطنها وفخذها[٤]، والأصل[٥] فيه[٦] قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن[٧]﴾ الآية، والمراد[٨] -والله أعلم- مواضع الزينة، وهي ما ذكرنا في الكتاب.

ويدخل في ذلك[٩] الساعد[١٠] والأذن والعنق والقدم؛ لأن كل ذلك مواضع الزينة[١١]، بخلاف الظهر والبطن والفخذ؛ لأنها ليست مواضع الزينة؛ ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان[١٢] واحتشام[١٣]، والمرأة في بيتها في ثياب

وأخته ومن كان ذات رحم محرم منه، ومن كل محرم من رضاع أو نكاح أو وطئ، وكذلك ما حرم بوطئ أبيه، أو ابنه، أو نكاح ابنه، وإن لم يكن بينهما رحم. فإن كان ينظر إلى شيء من ذلك بشهوة، فليس له أن ينظر إلى ذلك، وكذلك إن كان أكبر ظنه أنه إن نظر يشتهي، فينبغي له أن يغض بصره، وإن أمن على نفسه فلا بأس. (مختصر كرخي)

(١٦) الشعر.

(١) والثدي.

(٢) بازو، عضد: بازو كه ميان مرفق وكف باشد. (من) والذراع، والكف، والقدم.

(٣) قوله: "ولا ينظر إلى ظهرها [وإلى ما بين سرتها حتى يجاوز الركبة. غ] إلخ" لا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئاً من ذلك، والوجه فيه إن الله تعالى سمى الظهار في كتابه ﴿منكراً من القول وزوراً﴾، وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته: كظهر أمي، فلولا إن ظهرها محرم عليه نظراً لما سمى الظهار ﴿منكراً من القول وزوراً﴾، وإذا ثبت ما في الظهر ثبت في البطن والجنب. (محيط)

(٤) وجنبها. (محيط)

(٥) الدليل.

(٦) أي في جواز ما جاز. (ع)

(٧) ﴿أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بني إخوانهن أو بني أخواتهن﴾ الآية.

(٨) قوله: والمراد إلخ" من قبيل ذكر الحال وإرادة المحل مبالغة في النهي عن الإبداء؛ لأن إبداء ما كان منفصلا إذا كان منهيا عنه، فإبداء المتصل أولى. (عناية)

(٩) أي في موضع الزينة المدلول عليها بالزينة.

(١٠) قوله:الساعد" ساعد بكسر عين مهملة، در "صراح" و"منتخب" بمعنى باز ونوشته است ودر استعمال فارسيان ما بين كف دست وآرنج را گويند. (غياث)

(١١) قوله: "لأن كل ذلك إلخ" أما الرأس فلأنه موضع التاج، والإكليل والشعر موضع العقاص، والأذن موضع القرط، والعنق والصدر والثدي مواضع القلادة، والعضد موضع الدملوج[بازو بند. مهذب] والساعد موضع السوار، والساق موضع الخلخال، والكف موضع الخاتم والخضاب، والقدم موضع الخضاب. (مل)

(١٢) قوله: "من غير استئذان إلخ" الدخول في بيت الأجنبي من غير استئذان حرام، والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه، ويكفي في التأدي إلى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعض بلا استئذان، وإن كان ذلك مما لم يمدح في حكم الشرع، والحرج مدفوع شرعاً. (نت)

(١٣) شرم داشتن.(م)

مهنتها[١] عادةً، فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج.

وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة، فقلما تشتهى، بخلاف ما وراءها[٢]؛ لأنها لا تنكشف عادة، والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب، كالرضاع والمصاهرة[٣]؛ لوجود المعنيين[٤] فيه[٥]، وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح[٦] في الأصح[٧]؛ لما بينا[٨].

قال[٩]: ولا بأس بأن يمس ماجاز أن ينظر إليه منها[١٠]؛ لتحقق الحاجة إلى ذلك[١١] فى المسافرة[١٢]، وقلة الشهوة للمحرمية، بخلاف وجه الأجنبية وكفّيها، حيث لا يباح المس وإن[١٣] أبيح النظر[١٤]؛ لأن الشهوة متكاملة[١٥]، إلا[١٦] إذا كان يخاف[١٧] عليها[١٨]، أو على نفسه الشهوة، فحينئذٍ لا ينظر ولا يمس؛ لقوله عليه

---

(١) قوله: "فى ثياب مهنتها" قال فى "الفائق": قال الأصمعى: المهنة -بفتح الميم- هى الخدمة، ولا يقال: مهنة -بكسر الميم-. (غاية البيان)

(٢) أى ما وراء مواضع الزينة. (غن)

(٣) قوله: "والمصاهرة [مصاهرت داماد خسرى كردن. من]" كزوجة الأب والجد وإن علا، وزوجة الابن وإن سفل. (قاضى خان)

(٤) وهما الضرورة وقلة الرغبة.(ك)

(٥) أى فيما كان بسبب، أى فى المحرم.(ك)

(٦) بالكسر: زنا كردن. (م)

(٧) قوله: "فى الأصح" متعلق بقوله: أو سفاح؛ لأن اختلاف المشايخ فى المصاهرة بالزناء لا في المصاهرة بالنكاح؛ لأنهم قالوا جميعًا، إذا كان محرمًا بسبب مباح أو شبهة يجوز الخلوة والمسافرة معها، وإذاكان محرمًا بالزناء فلا تسافر معه عند بعضهم، وإليه ذهب القدورى، ونأخذ به؛ لأنها أثبتناحرمة المصاهرة بحيث لا يجوز نكاح أم المزنية وبنتها احتياطًا، والاحتياط أن لا يسافر، ولا يخلو معه. (غن)

(٨) قوله: "لما بينا" إشارة إلى ما ذكره بقوله: فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج، وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة. (ك)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) أى من ذوات محارمه.

(١١) المس.

(١٢) قوله: "فى المسافرة" لأنه فى المسافرة يحتاج إلى إركابها وإنزالها وخدمتها، فلو لم يجز المس أدى إلى الحرج، فجاز المس أيضًا للحرج، وقلة الرغبة. (غن)

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) إلى وجهها وكفها.

(١٥) قوله: "لأن الشهوة إلخ" فإن الشهوة بين الأجانب، والأجنبيات متكاملة، فلو جوزنا المس لأدى إلى الفساد غالبا. (غن)

(١٦) استثناء من قوله: ولا بأس إلخ. (ع)

السلام: «العينان تزنيان[١] وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش»*، وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب.

ولا بأس[٢] بالخلوة والمسافرة بهن[٣]؛ لقوله عليه السلام: «لا تسافر المرأة[٤] فوق ثلاثة أيام ولياليها[٥] إلا ومعها زوجها أوذورحم محرم منها»**، وقوله عليه السلام: «ألا لا يخلُون رجل بامرأة[٦] ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان»***، والمراد إذا لم يكن[٧] محرمًا[٨]، فإن احتاجت[٩] إلى الإركاب[١٠] والإنزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها، ويأخذ ظهرها وبطنها[١١] دون ما تحتهما إذا أمنا الشهوة.

---

(١٧) بالقطع أو الظن.

(١٨) أي على ذوات المحارم.

(١) قوله: "العينان إلخ" قلت أخرجه مسلم في كتاب القدر عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال: «كتب على ابن آدم نصيبه من الزنا مدرك ذلك لا محالة فالعينان زناهما النظر والأذنان زناهما الاستماع واللسان زناه الكلام واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والقلب يهوى ويتمنى ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٨، والدراية ج٢ ص٢٢٩، الحديث٩٥٥. (نعيم)

(٢) قوله: "ولا بأس إلخ" ولو كان أكبر رأيه أنه لو خلا بها، أو سافر بها، أن يشتهيها لم يحل له ذلك؛ لأن الغالب ملحق بالقطعي احتياطًا. (غن)

(٣) أي ذوات المحارم.

(٤) قوله: "لا تسافر المرأة إلخ" قلت أخرجه مسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ «لا تسافر المرأة فوق ثلاث إلا ومعها زوجها أو ذو رحم منها. (ت)

(٥) قوله: "فوق ثلاثة أيام إلخ" كلمة فوق ههنا صلة، فإن حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام أيضًا، وكان نظيره قوله تعالى: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾. (ك)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٩، والدراية ج٢ ص٢٢٩، الحديث٩٥٦. (نعيم)

(٦) قوله: "ألا لا يخلون إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وقد روى من حديث عمرو بن عمرو بن جابر ابن سمرة وعامر بن ربيعة، وليس فيه قوله: ليس منها بسبيل، وهو محل الاستدلال. (ت)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٤٩، والدراية ج٢ ص٢٢٩، الحديث٩٥٧. (نعيم)

(٧) قوله: "والمراد [أي المراد من قوله: ليس منها بسبيل. ك] إذا لم يكن إلخ" أقول: لقائل أن يقول كون المراد إذا لم يكن محرمًا ليس بأجلى من أصل المسألة؛ لجواز أن يكون المراد إذا لم يكن زوجها، ولئن سلم كون المراد ذلك، فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لايستفاد من هذا الحديث، إلا بطريق مفهوم المخالفة، وهو ليس بحجة عندنا. (نت)

(٨) لأن المحرم بسبيل منها.

(٩) ذوات المحارم.

(١٠) أي إركاب ذوات الأرحام.

(١١) قوله: "ويأخذ ظهرها إلخ" ولا يجوز النظر إلى الظهر والبطن وما تحت السرة من ذوات المحارم؛ لأنه لا ضرورة إلى ذلك، فإن كان عليها ثياب إن كانت رقيقة يحكى ما تحتها، لم يجز النظر إليها؛ لأنها عورة، والنظر إلى

فإن خافها على نفسه، أو عليها تيقنًا، أو ظنًا، أو شكًا، فليجتنب ذلك[١] بجهده[٢]، ثم إن أمكنها[٣] الركوب بنفسها يمتنع[٤] عن ذلك[٥] أصلا، وإن لم يمكنها[٦] يتكلف[٧] بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها، وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان.

قال[٨]: وينظر الرجل[٩] من مملوكة[١٠] غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه[١١]؛ لأنها تخرج لحوائج مولاها، وتخدم أضيافه[١٢]، وهي[١٣] في ثياب مهنتها، فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب، كحال المرأة داخله في حق محارم الأقارب، وكان عمر رضي الله تعالى عنه[١٤] إذا رأى جارية متقنّعة[١٥] علاها[١٦] بالدرة، وقال: "ألقي عنك الخمار يا دفار[١٧]، أتتشبهين بالحرائر؟"*، ولا يحل النظر إلى بطنها[١٨] وظهرها، خلافًا لما يقوله محمد بن مقاتل[١٩]: إنه

العورة حرام، وإن كانت ثخينةً جاز ذلك؛ لأنه يقع النظر على الثياب دون العورة، ويجوز المس من وراء الثياب لما بينا أنه يحتاج إلى ذلك. (غن)

(١) المس.

(٢) قوله: "بجهده [جهد -بالفتح وبضم- توانائى وكوشش ورنج. م]" الجهد -بالضم والفتح- الاجتهاد، وعن الفراء بالضم الطاقة، وبالفتح المشقة. (مطول)

(٣) ذوات المحارم.

(٤) الرجل.

(٥) المس.

(٦) ذوات المحارم.

(٧) الرجل.

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) هذا آخر الأقسام. (ع)

(١٠) إذا كانت بالغةً تشتهى مثلها. (غن)

(١١) قوله: "إلى ما يجوز" أي شعرها وصدرها وعضدها وثديها وقدمها وساقها. (مختصر كرخي)

(١٢) أي أضياف المولى.

(١٣) الواو حالية.

(١٤) قلت: غريب بهذا اللفظ، وقال البيهقي: والآثار بذلك عن عمر صحيحة، كذا في تخريج الزيلعي.

(١٥) تقنعت المرأة: پوشيد زن قناع. (من)

(١٦) علوته بالسيف: زدم آن را. (من) أي ضرب علاوتها أي رأسها. (ك)

(١٧) دفار كقطام داه. (من)

* انظر في نصب الراية ج٤ ص ٢٥٠ تحت الحديث الرابع والعشرين، وفي الدراية ج ٢ في بدء الصفحة ٢٣٠ تحت الحديث ٩٥٧. (نعيم)

يباح[١] إلا إلى ما دون السرة إلى الركبة؛ لأنه لا ضرورة كما فى المحارم، بل أولى لقلة الشهوة فيهن[٢]، وكمالها فى الإماء[٣]، ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد[٤]؛ لتحقق الحاجة، والمستسعاة كالمكاتبة[٥] عند أبى حنيفة على ما عرف[٦].

وأما الخلوة بها[٧] والمسافرة معها، فقد قيل: يباح[٨]، كما فى المحارم، وقد قيل: لا يباح[٩]؛ لعدم الضرورة[١٠] فيهن، وفى الإركاب والإنزال[١١] اعتبر محمد فى "الأصل"[١٢] الضرورة[١٣] فيهن[١٤]، وفى ذوات المحارم مجرد الحاجة[١٥].

قال: ولا بأس بأن يمس ذلك[١٦] إذا أراد الشراء، وإن[١٧] خاف أن يشتهى، كذا

---

(١٨) وما بين السرة منها إلى أن يجاوز الركبة. (مخ)

(١٩) قوله: "لما يقوله محمد بن مقاتل" مستدلا بقول ابن عباس رضى الله تعالى عنه: من أراد أن يشترى جارية فلينظر إليها إلا موضع المئزر. (زيلعى)

(١) أى النظر.

(٢) المحارم.

(٣) جمع أمة أي كنيزگ.

(٤) لكمال الرق. (غن)

(٥) قوله: "والمستسعاة" إذا أعتق المولى بعض مملوكه عتق ذلك القدر ويسعى فى بقية قيمته لمولاه، والمستسعى كالمكاتب، إذ هو مالك يداً لا رقبةً، وهذا كله عند أبى حنيفة على ما عرف فى كتاب العتاق.

(٦) وعندهما حرة عليها دين. (غن)

(٧) أى الخلوة بأمة الغير والسفر بها. (غن) يعنى إذا أمن بذلك على نفسه وعليها. (ع)

(٨) وإليه مال شمس الأئمة. (عناية)

(٩) وإليه مال حاكم الشهيد. (ع)

(١٠) قوله: "لعدم الضرورة" يعني أن الإباحة فى الأمة باعتبار الضرورة، ولا ضرورة للأجنبى فى حق الخلوة والسفر بها. (غن)

(١١) قوله: "وفي الإركاب إلخ" يعني إذا لم تقدر الأمة الأجنبية على الركوب والنزول إلا بمشقة وضرر يلحقها، فحينئذٍ يركبها وينزل بها الأجنبي، وفى ذوات المحارم اعتبر مجرد الحاجة، يعنى يركبها وينزل بها بمجرد حاجة ذات الحرم إلى الركوب والنزول، سواء كان فى ركوب نفسها أو نزولها ضررا أو لا. (غاية البيان)

(١٢) أى المبسوط.

(١٣) قوله: "الضرورة" أى الضرورة التي لا يدفع لها، يعنى إذا خاف الهلاك على الأمة، بأن كانت فى الضيافى، فلو لم يكن يركبها ينقطع عن القافلة ويهلك، وأما الحاجة أن تكون المرأة فى البلد أو القرية، ولها حاجة أن تمشى إلى المزرعة. (ك)

(١٤) أى فى الأماء للغير.

(١٥) أى اعتبر نفس الحاجة لا الضرورة. (ك)

(١٦) أى المواضع التى يجوز النظر إليها. (ن)

ذكره فى "المختصر[١]" وأطلق[٢] أيضًا فى "الجامع الصغير" ولم يفصل[٣]، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: يباح النظر فى هذه الحالة[٤]، وإن[٥] اشتهى للضرورة، ولايباح المس إذا اشتهى[٦]، أو كان أكبر رأيه ذلك؛ لأنه نوع استمتاع[٧]، وفى غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة[٨].

قال[٩]: وإذا حاضت الأمة لم تعرض[١٠] فى إزار واحد[١١]، ومعناه بلغت[١٢]، وهذا موافق لما بينا؛ أن الظهر والبطن منها عورة[١٣]. وعن محمد أنها إذا كانت تشتهى، ويجامع مثلها فهي كالبالغة[١٤]، لا تعرض في إزار واحد لوجود الاشتهاء.

قال[١٥]: والخصى[١٦] فى النظر إلى الأجنبية كالفحل؛ لقول عائشة رضى

---

(١٧) الواو وصلية.

(١) أى مختصر القدورى. (عينى)

(٢) محمد.

(٣) قوله: "ولم يفصل إلخ" أى لم يفصل فى جواز المس من الأمة الأجنبية ما يجوز النظر إليه بين الاشتهاء وعدمه؛ لأنه قال فى أصل "الجامع الصغير": محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يريد شراء جارية، فلا بأس بأن يمس ساقها وصدرها وذراعها، وينظر إلى ذلك كله مكشوفا، إلى ههنالفظ محمد فيه، فدل على جواز مس من يريد الشراء بالاشتهاء؛ لأن إطلاق اللفظ يشمل ذلك.

وإنما جاز مس هذه المواضع التى يحل النظر إليها؛ لأن النظر إنما جاز إليها لمساس الحاجة؛ لأن الأمة تحتاج إلى الخروج فى الحوائج والأخذ والإعطاء وتكليف التيسر يؤدى إلى الحرج، فمست الحاجة إلى إباحة النظر، وكذلك يقع الحاجة إلى المس وذلك غرض صحيح، فحل المس. (غن)

(٤) أى حالة الشراء.

(٥) الواو وصلية.

(٦) بل يكره ذلك.

(٧) قوله: "لأنه نوع استمتاع" لأن المس بشهوة جماع معنى، والجماع حقيقة حرام، وإن أراد الشراء، فكذلك الجماع معنى، بخلاف النظر بشهوة، فإنه ليس بجماع أصلا. (غن)

(٨) وإن كان عن شهوة يكره. (غن)

(٩) أى قال محمد فى "الجامع". (غن)

(١٠) على البيع.

(١١) قوله: "لم تعرض [على البيع. (غن) يعنى تومر بلبس القميص.عينى] فى إزار" المراد بالإزار ما يستر ما بين السرة والركبة. (غن)

(١٢) قوله: "ومعناه بلغت" لأن الحيض رديف البلوغ، فأراد به المردوف كناية. (غن)

(١٣) والنظر إلى العورة حرام.

(١٤) أى المشتهاة.

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٦) قوله: "والخصى [منزوع الخصيتين] إلخ" خصاه نزع خصيته يخصيه خصاء على فعال، والإخصاء فى

الله تعالى عنها[١]*: الخصاء مثلة[٢]، فلا يبيح ما كان حرامًا قبله؛ ولأنه فحل يجامع[٣]، وكذا المجبوب[٤]؛ لأنه يسحق[٥] وينزل[٦]، وكذا المخنث في الرديء من الأفعال[٧]؛ لأنه فحل فاسق، والحاصل أنه يوخذ فيه[٨] بمحكم كتاب الله المنزل فيه[٩]، والطفل الصغير مستثنى بالنص[١٠].

قال[١١]: ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها، وقال مالك: هو كالـمَحرَم[١٢]، وهو أحد قولي الشافعي؛ لقوله تعالى[١٣]:

معناه خطأ، وأما الخصى كما في حديث الشعبي على فعل فقياس، وإن لم نسمعه، والمفعول خصى على فعيل، والجمع خصيان. (ك)

(١) قوله: "لقول عائشة إلخ" قلت: غريب، وأخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس قال: "خصاء البهائم مثلة، وأخرج عبد الرزاق في "مصنفه" عن شهر بن حوشب: "الخصاء مثلة". (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥٠ تحت الحديث الرابع والعشرين، والدراية ج٢ ص٢٢٩ تحت الحديث ٩٥٧. (نعيم)

(٢) قوله: "الخصاء إلخ" روى ذلك عن عائشة رضى الله تعالى عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الإرسال، وقوله: "فلا يبيح ما كان حرامًا قبله" من كلام عائشة كما يدل عليه تقرير الثقات في عامة المعتبرات. (نت)

(٣) قوله: "ولأنه فحل إلخ" ولأن الخصى في الأحكام مثل الشهادة والمواريث كالفحل، وقطع الآلة منه كقطع عضو آخر، ومعنى الفتنة لا يفوت بالخصاء؛ فإنه قد يجامع، وقيل: هو أشد الناس جماعا؛ لأن آلته لا تفتر. (كف)

(٤) مقطوع الذكر والخصيتين. (عيني)

(٥) سحق بالفتح: سودن. (م)

(٦) قوله: "وينزل [المنى. عناية]" ولهذا لو جاءت امرأته بولد يثبت نسبه، فصار هو والفحل بمنزلة واحدة. (غن)

(٧) قوله: "في الرديء إلخ" قيد بالرديء من الأفعال، وهو أن يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذي في أعضاءه لين وفي لسانه تكسر بأصل الخلقة، ولا يشتهي النساء، ولا يكون مجيبًا في الردى من الأفعال، فأنه قد رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى: ﴿أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال﴾ قيل: هو المخنث الذي لا يشتهي النساء، وقيل: هو المجبوب الذي جف ماءه.

وقيل: المراد منه الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء، إنما همته بطنه، وفي هذا كلام أيضًا؛ فإنه إذا كان شابًا ينحى عن النساء، وإنما ذلك إذا كان شيخا كبيراً قد ماتت شهوته، فحينئذ يرخص في ذلك. (ن)

(٨) أي في كل واحد من الأصناف الثلاثة المارة، أعني الخصي والمجبوب والمخنث. (نت)

(٩) قوله: "بمحكم كتاب الله المنزل فيه" وهو قوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ إلخ، قال شمس الأئمة: إن قوله تعالى: ﴿أو التابعين﴾ إلخ من المتشابه، وقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا﴾ إلخ محكم، فنأخذ بالمحكم ونقول: كل من كان من الرجال، فلا يحل لها أن تبدى موضع الزينة الباطنة بين يديه، ولا يحل له أن ينظر إليها. (ك)

(١٠) قوله: مستثنى بالنص" وهو قوله تعالى: ﴿أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء﴾ أي لم يطلعوا ولم يعرفوا العورة، ولا يميزون بينها وبين غيرها. (٦)

(١١) أي القدوري في "مختصره" (غن)

(١٢) قوله: "هو [مملوك] كالـمَحرَم" بل هو محرم، ألا ترى أنه لا يجوز أن يتزوجها، قلنا: لا نسلم؛ لأن حرمة النكاح بينهما موقتة، فصارت كالمزوجة بالغير، وأخت زوجته، ولهذا لا يجوز أن يسافر معها، ولوكان محرمًا جاز. (ت)

(١٣) قوله: "لقوله تعالى إلخ" وذلك؛ لأن كلمة ما عامة، تتناول الذكور والإناث، فيحل لمن أبدأ مواضع زينتهن

﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾، ولأن الحاجة[١] متحققة لدخوله[٢] عليها من غير استئذان.

ولنا أنه[٣] فحل غير محرم ولا زوج، والشهوة متحققة لجواز النكاح[٤] فى الجملة[٥]، والحاجة قاصرة؛ لأنه[٦] يعمل[٧] خارج البيت[٨]، والمراد بالنص الإماء[٩]، قال سعيد[١٠] والحسن[١١] وغيرهما[١٢]: لا تغرنكم سورة النور[١٣]، فإنها فى الإناث دون الذكور*.

قال[١٤]: ويعزل عن أمته بغير إذنها، ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها؛ لأنه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها[١٥]، وقال[١٦] لمولى أمة: «اعزل عنها إن

إلى مماليكهن. (غن)

(١) قوله: "ولأن الحاجة إلخ" أى المولاة قد تحتاج إلى خدمة العبد، وهو يدخل عليها بلا استئذان، وهى كاشفة شعرها وقدمها، فلو لم يجز النظر لأدى إلى الحرج. (غن)

(٢) مملوك.

(٣) مملوك.

(٤) دليل لعدم المحرمية.

(٥) أى إذا أعتق المملوك.

(٦) مملوك.

(٧) عادةً.

(٨) لا داخل البيت.

(٩) قوله: "والمراد[جواب عن استدلال مالك والشافعى. ع] بالنص [أى قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ ع] إلخ" والمراد من قوله تعالى: ﴿أو نسائهن﴾ الحرائر المسلمات؛ لأنه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدى مشركة أو كتابية، كذا عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه، والظاهر أنه عنى بنساءهن من فى صحبتهن من الحرائر ونساء، كلهن سواء فى حل نظر بعضهن إلى بعض. (ك)

(١٠) قوله: قال سعيد" أى سعيد بن المسيب، وهكذا فى "الكشاف"، وفى "النهاية": أطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة إلى أبيه؛ فيصح تناوله للسعيدين، أى سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، وتبعه صاحب "العناية" و "الكفاية"، وتعقبه صاحب "غاية البيان"، بأنه يلزم حينئذٍ أن يكون للمشترك عموم فى موضع الإثبات، وهو فاسد.

أقول: إن المراد بالتناول فى قولهم: التناول على سبيل البدل، وهو جائز فى المشترك، وإنما الممنوع فيه عندنا التناول على سبيل الشمول والعموم كما هو مصرح فى الأصول. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(١١) البصرى. (غن)

(١٢) سمرة بن جندب. (ك)

(١٣) قوله: "لا تغرنكم" قلت: غريب بهذا اللفظ، وبمعناه ما رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن سعيد ابن المسيب قال: ﴿لا يغرنكم﴾ آية، إلا ما ملكت أيمانكم، إنما عنى به الأماء، ولم يعن به العبيد، وحدث عبد الأعلى عن الحسن أنه كره أن يدخل المملوك على مولاته بغير إذنها. (ت)

* انظر فى نصب الراية ج ٤ ص ٢٥١ تحت الحديث الرابع والعشرين، وفى الدراية ج ٢ ص ٢٢٩ تحت الحديث ٩٥٧. (نعيم)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٥) رواه ابن ماجة عن عمر بن الخطاب. (ت)

شئت[١]» *، ولأن الوطئ حق الحرة قضاء للشهوة، وتحصيلا للولد، ولهذا تخير في الجب[٢] والعنة[٣]، ولا حق للأمة في الوطئ[٤]، فلهذا[٥] لا ينقص[٦] حق الحرة بغير إذنها[٧]، ويستبد[٨] به[٩] المولى، ولو كانت تحته أمة غيره، فقد ذكرناها في النكاح[١٠].

فصل في الاستبراء و غيره[١١]

قال[١٢]: ومن اشترى جارية[١٣]، فإنه لا يقربها، ولا يلمسها، ولا يقبلها، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها.

والأصل[١٤] فيه قوله عليه السلام في سبايا أوطاس[١٥]: «ألا لا توطأ الحبالى[١٦]

---

(١٦) النبي عليه السلام.

(١) رواه أبو داود عن جابر. كذا في "غاية البيان"

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٥١، والدراية ج٢ ص٢٣٠، الحديث٩٥٨. (نعيم)

(٢) قوله: "في الجب [أي إذا كان الزوج مجبوبًا أو عنينًا خيرت في الفسخ]" المجبوب: هو الذي استوصل ذكره وخصيتاه من الجب وهو القطع، كذا في "العناية".

(٣) قوله: "والعنة" العنين فعيل من "عن": إذا عرض، فإن ذكره يسترخي، فيعن يمينا وشمالا، ولا يقصد المأتى منها، والفقهاء يذكرون في مصدره العنة، ولم يوجد ذلك في كتب اللغة، والعنين هو الذي لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة، وإن كان يصل إلى الثيب، دون الأبكار، أو إلى بعض النساء دون البعض. (مجمع البركات)

(٤) فلم يتوقف العزل على رضاها. (غن)

(٥) أي فلأجل أن الوطئ حق الحرة، ولا حق للأمة في الوطئ. (غن)

(٦) الزوج. (غن)

(٧) بأن يعزل عنها. (غن)

(٨) يتفرد.

(٩) أي بالعزل. (غن)

(١٠) قوله: "فقد ذكرناها في النكاح" وهو قوله: إذا تزوج أمته فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة وعن أبي يوسف ومحمد أن الإذن إليها. إلخ. (ك)

(١١) قوله: "فصل في الاستبراء [هو طلب براءة الرحم عن الولد. غن] إلخ" الوطئ المقيد نفسه بعد الوطئ المطلق نفسه، فأخر ما يتعلق بالوطئ المقيد، وهو الاستبراء بما يتعلق بالوطئ المطلق. (نت)

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) قوله: "ومن اشترى إلخ" في إطلاق هذه المسألة نظر؛ فإن من اشترى جارية كانت تحت نكاحه، أو كانت تحت نكاح غيره، ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها ذلك المشتري وقبضها، أو كانت معتدة الغير، فانقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها، لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور، كما صرحوا به. (نتائج الأفكار)

(١٤) دليل.

(١٥) قوله: "في سبايا [أخرج الدار قطني عن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ أن توطأ حامل حتى تضع، أو

حتى يضعن حملهن ولا الحَيالى[١] حتى يستبرئن بحيضة»*، أفاد وجوب الاستبراء على المولى[٢]، ودل على السبب في المسبية[٣]، وهو استحداث الملك واليد[٤]، لأنه هو الموجود في مورد النص[٥].

وهذا[٦] لأن الحكمة[٧] فيه التعرف عن براءة الرحم؛ صيانةً[٨] للمياه المحترمة[٩] عن الاختلاط[١٠]، والأنساب عن الاشتباه، وذلك[١١] عند حقيقة الشغل[١٢]، أو توهم الشغل بماء محترم[١٣]، وهو أن يكون الولد ثابت النسب[١٤]،

حائل حتى تحيض.انتهى.ت] إلخ" السبايا جمع سبية: وهى جارية تسبى، وأوطاس: اسم موضع على ثلاث مراحل من مكة، ولرسول الله ﷺ غزوة مشهورة به، وهى غزوة حنين. (غن)

(١٦) جمع حبلى: زن حامله.

(١) قوله: "ولا الحيالى [حائل نا زاينده از هر حيوان. من] إلخ" الحيالى جمع حائل، وهى التى لا حمل لها - على خلا ف القياس- للازدواج بالحبالى، وهى جمع حبلى، ويستبرئن -بالهمزة لا غير- من استبراء الجارية، وهو طلب براءة رحمها من الحمل بحيضة أو ما قام مقامها. (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥٢، والدراية ج٢ ص٢٣٠، الحديث٩٥٩ . (نعيم)

(٢) قوله: "أفاد [هذا الحديث] وجوب إلخ" لأن النهى عن الوطئ مع الملك، وهو المطلق الحاضر يدل على وجوب الاستبراء؛ لأنه لو لم يجب لما منع المالك عن استيفاء حقه، والنفى أبلغ عن النهى. (ك)

(٣) أى السبب الكائن فى المسبية.

(٤) قوله: "وهو استحداث إلخ" لا يقال: الوجه كونها مسبية؛ لأنه إضافة، والإضافة لا مدخل لها فى العلة؛ لأن لو اعتبر ذلك انسد باب القياس، وأنه مفتوح بالنصوص، فلم يبقَ ههنا إلا كونها مملوكة رقبة ويدا، وهو المؤثر كما ذكر فى الكتاب. (تاج الشريعة)

(٥) قوله: "لأنه هو الموجود [الصالح للسببية. أعظمى] إلخ" يعنى أن الموجود فى مورد النص وهو قوله: ألا لا توطأ الحبالى ليس إلا استحداث الملك واليد، فيكون هو السبب، ولما منع الشرع عن الوطئ مع الملك لا يخلو عن حكمة، وهى صيانة الماء عن الخلط بماء غيره، ولا يجوز أن يكون الحكمة موجبة؛ لأن الحكمة معقبة والعلة سابقة. (ك)

(٦) أى وجوب الاستبراء.

(٧) أى الفائدة.

(٨) قوله: "صيانةً إلخ" أورد عليه صاحب "الإصلاح" و"الإيضاح" حيث قال: يرد عليه أنهم ينكرون انعلاق الولد من مائين؛ لعدم امكان الاختلاط بينهما، انتهى. أقول: ليس هذا بشىء، إذ ليس المراد بالاختلاط المذكور فى قولهم صيانة إلخ، الاختلاط الحقيقى، بل المراد به الاختلاط الحكمى، وهو أن لا يتبين الولد من أى ماء انعلق، يرشد إليه قول المصنف: "والأنساب عن الاشتباه". ويفصح عنه قول "الكافى" فى تعليل الاختلاط، إذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رحمها، فلا يدرى أن الولد منه، أو من غيره، والذى ينكرونه أنما هو اختلاط المائين اختلاطًا حقيقيا. (نت)

(٩) المعززة.

(١٠) بماء آخر.

(١١) أى الصيانة.

(١٢) كما فى الحبالى.

(١٣) قوله: "بماء محترم" إنما قيده بماء محترم وإن كان الحكم فى غير المحترم كذلك؛ فإن الجارية إذا كانت حاملا

ويجب[١] على المشترى، لا على البائع[٢]، لأن العلية الحقيقة إرادة الوطئ[٣]، والمشترى هو الذى يريده دون البائع، فيجب عليه، غير أن الإرادة أمر مبطن[٤]، فيدار الحكم على دليلها، وهو التمكن من الوطئ[٥]. والتمكن إنما يثبت بالملك واليد، فانتصب[٦] سببًا، وأدير الحكم عليه[٧] تيسيرًا، فكان السبب[٨] استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد، وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك[٩] كالشراء والهبة، والوصية والميراث والخلع والكتابة[١٠] وغير ذلك[١١]. وكذا يجب[١٢] على المشترى من مال الصبى[١٣]، ومن المرأة، ومن المملوك[١٤]، وممن لا يحل له وطئها[١٥]، وكذا[١٦] إذا كانت المشتراة بكرًا لم توطأ؛ لتحقق السبب[١٧]، وإدارة الأحكام على

من الزنا لا يحل وطئها؛ لأنه إخراج الكلام مخرج أوضاع الشرع؛ لأن وضع الشرع أن لا يكون إلا فى الحلال. (تاج)

(١٤) قوله: "وهو" أى المحترم بأن يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة أن، كما هو القياس على ما عرف فى علم النحو، وكون الولد ثابت النسب، إنما يتحقق بأن يكون الأمة من قبل فى ملك الغير نكاحا، أو يمينا. (نت)

(١) الاستبراء.

(٢) لأنه معرض. (تاج الشريعة)

(٣) لأنه إذا أراد الوطئ، وجب عليه الاستبراء. (غن)

(٤) أى مخفى، والتبطين فى الأصل: جامه را استر كردن، كذا فى "تاج البيهقى".

(٥) فإن صحيح المزاج إذا تمكن أراد. (ع)

(٦) التمكن، أى قام.

(٧) التمكن.

(٨) قوله: "فكان السبب [وهذا فى المسببية وتعدى. إلخ]" أى العلة لصدق تعريفها عليه، وهى الباعث للشارع على الحكم لحكمة، واستحداث الملك كذلك. (أعظمى)

(٩) حتى وجب عليه الاستبراء بأى سبب كان. (غن)

(١٠) قوله: "والخلع [بأن جعل الأمة بدل الخلع، أو بدل الكتابة] والكتابة" يعنى إذا خالع امرأته على جارية، أو كاتب عبده على جارية لايحل للزوج والمولى وطئ الجارية قبل الاستبراء. (غن)

(١١) قوله: "وغير ذلك [كالصدقة]" كما إذا تصدق على الفقير بجارية يجب الاستبراء على الفقير، كما إذا آجر داره على جارية إلى سنة، لا يحل وطئ المؤجر قبل الاستبراء. (غن)

(١٢) الاستبراء.

(١٣) قوله: "من مال الصبى ومن المرأة ومن المملوك" يعنى إذا باع أب الصبى أو وصيه جارية الصبى، يجب على المشترى الاستبراء، وكذا إذا اشترى جاريته من مولاتها يجب الاستبراء، ولا يحل الوطئ قبله. (غن)

(١٤) بأن يشترى جارية من عبده المأذون، وعليه دين مستغرق. (عينى)

(١٥) قوله: "وممن لايحل له إلخ" بأن كانت الجارية أخت البائع من الرضاع، أو كان البائع وطئ أمها، أو وطئها أبوه أو ابنه. (ك)

(١٦) أى يجب الاستبراء. (غن)

(١٧) هو استحداث الملك واليد.

الأسباب دون الحِكَم[١] لبطونها[٢]، فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل[٣].

وكذا لا يجتزأ[٤] بالحيضة[٥] التى اشتراها فى أثناءها، ولا بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء، أو غيره[٦] من أسباب الملك قبل القبض، ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض، خلافًا لأبى يوسف[٧]؛ لأن السبب[٨] استحداث الملك واليد[٩]، والحكم لا يسبق السبب. وكذا لا يجتزأ بالحاصل[١٠] قبل الإجازة فى بيع الفضولى، وإن كانت[١١] فى يد المشترى، ولا بالحاصل[١٢] بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها[١٣] شراءً صحيحًا لما قلنا[١٤].

ويجب[١٥] فى جارية للمشترى فيها شقص[١٦]، فاشترى الباقى؛ لأن السبب قد تم الآن[١٧]، والحكم يضاف إلى تمام العلة، ويجتزأ بالحيضة التى حاضتها بعد

---

(١) جمع حكمة: وهى ههنا تعرف براءة الرحم.

(٢) البطون: نهان شدن، ودرميان جيزى شدن. (تاج)

(٣) قوله: "عند توهم الشغل [بالماء]" فإن قلت: كيف يتصور توهم الشغل فى المشتراة من مال الصبى ومن المرأة، وفى المشتراة البكر، قلت: يحتمل أن يكون جارية الصبى والمرأة موطوءة بشبهة، فيثبت النسب من الواطئ، فيثبت توهم الشغل، وأما البكر فإن الرجل قد يجامعها، فيسبق الماء، فتحبل مع بقاء البكارة، فيثبت توهم الشغل أيضًا بهذا الطريق. (غن)

(٤) اجتزاء –بزاى معجمه– بس كردن. (م)

(٥) أى إذا اشترى الأمة وهى حائض، فظهرت من تلك الحائضة لا يجتزأ بها. (غن)

(٦) كالهبة والصدقة.

(٧) قوله: "خلافًا لأبى يوسف [فإن عنده يجتزأ بها، يفهم من "العناية" و "النهاية" أن خلاف أبى يوسف فى الصورة الأولى من هذه الصور الثلاث]" فإن عنده يجتزى بتلك الحيضة للتيقن بفراغ الرحم، كما لو طلقها قبل الدخول، لايجب العدة بذلك. (ك)

(٨) دليل لعدم الاجتزاء.

(٩) واليد مفقود فى هذه الصور.

(١٠) أى بالاستبراء الحاصل. (غن)

(١١) الجارية.

(١٢) قوله: "ولا بالحاصل إلخ" لأن العلة لم توجد وهى الملك واليد، وحكم الشىء لا يسبق عليه، فكان الاستبراء الحاصل قبل السبب كان لم يكن. (غن)

(١٣) جارية.

(١٤) قوله: "لما قلنا [دليل لعدم الاجتزاء]" إشارة إلى قوله: لأن السبب استحداث الملك واليد، والحكم لا يسبق السبب. (غن)

(١٥) الاستبراء.

(١٦) پاره.

(١٧) قوله: "لأن السبب إلخ" أى لأن السبب لحل الوطئ، وهو ملك الرقبة قد تم الآن، أى بعد ما ملك جميع

القبض[١]، وهى[٢] مجوسية، أو مكاتبة، بأن كاتبها[٣] بعد الشراء، ثم اسلمت المجوسية، أو عجزت المكاتبة لوجودها[٤] بعد السبب، وهو استحداث الملك واليد؛ إذ هو مقتضٍ للحل[٥] والحرمة[٦] لمانع[٧]، كما فى حالة الحيض[٨].

ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة[٩]، أو ردت[١٠] المغصوبة، أو المؤاجرة[١١]، أو فكت المرهونة[١٢]؛ لانعدام السبب، وهو استحداث الملك واليد، وهو سبب متعين، فأدير الحكم عليه وجوبًا وعدمًا، ولها[١٣] نظائر كثيرة كتبناها فى "كفاية المنتهى"[١٤]. وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطئ حرم الدواعى[١٥]؛ لإفضائها إليه[١٦] أو لاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع[١٧] بخلاف الحائض، حيث لا تحرم الدواعى فيها[١٨]؛ لأنه لا

رقبتها، وملك بعض الرقبة بمنزلة بعض العلة، وثبوت الحكم عند كمال العلة. (كف)

(١) قوله: "ويجتزأ إلخ" قال الكرخى فى "مختصره" وإذا اشترى الرجل أمة مجوسيةً، أو كانت مسلمةً، فكاتبها قبل أن يستبرأها، ثم حاضت المكاتبة فى حال كتابتها، أو أسلمت المجوسية، أجزأت تلك الحيضة من الاستبراء، إلى ههنا لفظ الكرخى، وذلك لأن الحيضة وجدت بعد سبب الاستبراء، وحرمة الوطئ لا يمنع من الاعتداد بالحيضة عن الاستبراء، كمن اشترى جارية محرمة، فحاضت فى حال إحرامها. (غن)

(٢) الواو حالية.

(٣) المشترى.

(٤) حيضة.

(٥) أى حل الوطئ.

(٦) أى حرمة الوطئ.

(٧) أى كونها مجوسية أو مكاتبة.

(٨) أى كما أن الحرمة فى حالة الحيض لمانع.

(٩) قوله: "الآبقة" يعنى التى أبقت فى دار الإسلام، ثم رجعت إلى مولاها، فإن أبقت إلى دار الحرب، ثم عادت إليه بوجه من الوجوه، فكذلك عند أبى حنيفة؛ لأنهم لا يملكونها فلم يحدث الملك، وعندهما يجب عليها الاستبراء؛ لأنهم ملكوها. (عن)

(١٠) إلى المالك.

(١١) آجره إيجاراً ومؤاجرةً: بكرايه داد او را. (من)

(١٢) فكّ: از گرو بيرون آوردن گرد شد را. (م)

(١٣) أى لهذه المسألة.

(١٤) قوله: "نظائر كثيرة إلخ" منها إذا كاتب أمة، ثم عجزت، وردت فى الرق لا يلزم الاستبراء، وكذلك إذا باعها على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وسلم إلى المشترى، ثم أبطل البيع فى مدة الخيار، ومنها لا يلزمه الاستبراء إذا أودعها، ثم استردها. (ك)

(١٥) من القبلة واللمس وغيرهما.

(١٦) الوطئ.

يحتمل الوقوع[١] فى غير الملك؛ ولأنه زمان نفرة، فالإطلاق[٢] فى الدواعى لا يفضى إلى الوطئ.

والرغبة فى المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات[٣]، فتفضى إليه[٤]، ولم يذكر الدواعى فى المسبية[٥].

وعن محمد أنها لا تحرم[٦]؛ لأنها لا تحتمل وقوعها فى غير الملك؛ لأنه لو ظهر بها[٧] حبل لا تصح دعوة الحربي، بخلاف المشتراة على ما بينا[٨].

والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل؛ لما روينا[٩]، وفى ذوات الأشهر[١٠] بالشهر؛ لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض، كما في المعتدة[١١].

وإذا حاضت في أثناءه بطل الاستبراء بالأيام؛ للقدرة علي الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى العدة[١٢]، فإن ارتفع حيضها[١٣] تركها حتى إذا تبين[١٤] أنها

---

(١٧) قوله: "على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع" فصارت أم ولده، فيظهر أن الدواعى حصلت فى ملك غيره. (كف)

(١٨) أى فى حال الحيض.

(١) فى الحائضة.

(٢) إباحة.

(٣) قوله: "أصدق [أكمل] الرغبات" لتوفر رغبته فيها، ما لم يحصل مقصوده منها. (كف)

(٤) الوطئ.

(٥) قوله: "ولم يذكر [يعنى فى ظاهر الرواية. ع] إلخ" استشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الأصل، وهو المسبية إلى الفرع، وهو غيرها بتغير حيث حرمت الدواعى فى غير المسبية دونها، ويمكن أن يجاب عنه: بأن التعدية ههنا بطريق الدلالة، ولا يبعد أن يكون للاحق دلا لة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه، والدليل ههنا، أن حرمة الدواعى فى هذا الباب مجتهد فيه، لم يقل بها الشافعى وأكثر الفقهاء، فلما كان علتها فى المسبية أمراً واحداً، وهو الإفضاء لم تعتبر، ولما كان فى غيرها أمران: الإفضاء والوقوع فى غير الملك تعاضدا، فاعتبرت. (م)

(٦) فى المسبية.

(٧) المسبية.

(٨) قوله: "على ما بينا" إشارة إلى قوله: أو لاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع. (نتائج الأفكار)

(٩) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله: ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن. (غن)

(١٠) كالآئسة والصغيرة.

(١١) قوله: "كما فى المعتدة" أى كما أن الشهر يقوم مقام الحيض فى حق المعتدة إذا كانت من ذوات الأشهر. (مل)

(١٢) قوله: "كما فى العدة" أى إذا كانت عدتها بالأشهر، فرأت الدم فى خلالها يجب الاعتداد بالحيض. (عينى)

(١٣) قوله: "فإن ارتفع حيضها" أى امتد طهرها فى أوان الحيض لا يطأها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل، جامعها؛ لأن المقصود تعرف براءة الرحم، وقد حصل بمضى مدة تدل على أن الحبل لو كان لظهر. (ع)

قوله: "فإن ارتفع" أى من ابتاع جارية ممن تحيض، فقبضها فارتفع حيضها لأمر حمل يعلم أنه بها، فإن محمدا روى

ليست بحامل وقع عليها[1] وليس فيه[2] تقدير في ظاهر الرواية، وقيل: يتبين بشهرين أو ثلاثة[3].

وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام[4]، وعنه شهران[5] وخمسة أيام اعتبارًا بعدة الحرة، والأمة في الوفاة، وعن زفر سنتان[6]، وهو رواية عن أبي حنيفة.

قال[7]: ولا بأس بالاحتيال[8] لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف، خلافًا لمحمد، وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة[9].

والمأخوذ[10] قول أبي يوسف فيما إذا علم، أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك، وقول محمد فيه إذا قربها، والحيلة إذا لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء، ثم يشتريها.

ولو كانت[11] فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء، أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به[12]، ثم يشتريها[13] ويقبضها أو يقبضها[14]، ثم يطلق الزوج[15]؛ لأن عند

عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: تركها أي لا يطوها حتى إلخ. (مختصر طحاوى)

(١٤) قوله: "حتى إذا تبين إلخ" فإن الحال إذا مضت مدة ظهر علامات حملها بانتفاخ جوفها، ونزول لبنها، فإذا مضت المدة ولم يبين الحمل، فالظاهر أنها غير حامل، فصار كما لو استبرأها بحيضة، فحل وطئها. (غن)

(١) قوله: "وقع [أي جامع بها] عليها" أي تمتع بها من قولهم وقع الطير على اللحم، وتفسير الوقوع بالجماع تفسير بأحد أنواع التمتع. (أعظمى)

(٢) أي في التبين المذكور.

(٣) هذا أصح لظهور الحبل في ذلك غالبا. (ع)

(٤) قوله: "أربعة إلخ" فإن أربعة أشهر وعشرا أقصى ما يقع به الاستبراء بالشهور، فإذا مضت ولم يظهر الحمل، حل الوطئ، ووجه الرواية الأخرى عنه، أن هذا القدر يعتبر في الحرة، فأما الأمة فأقصى ما يعتبر استبراءها بالشهور، شهران وخمسة أيام في عدة الوفات، فإذا مضت جاز الوطئ. (غن)

(٥) قوله: "شهران وخمسة أيام" هذا هو القول المرجوع إليه والفتوى عليه؛ لأنه متى صلحت للتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح في الإماء، فلأن يصلح للتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين، وهو دونه أولى. (ك)

(٦) قوله: "سنتان" لأنه أكثر مدة يبقى الولد في البطن. (كف)

(٧) أي المصنف. (عيني)

(٨) حيله ساختن. (م)

(٩) قوله: "وقد ذكرنا الوجهين" أي وجهي قول أبي يوسف وقول محمد يعني بسبيل الإشارة، فما قالا في الشفعة: وهو أن هذا منع عن وجوب الاستبراء ورفع لثبوته، فلا يلزم الاحتيال في الإسقاط عند أبي يوسف، ووجه قول محمد أن الاستبراء إنما يجب صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط، وصيانة للإنسان عن الاشتباه، فلو جاز الاحتيال في الاسقاط، يلزم الاختلاط، والاشتباه فيكره. (عن)

(١٠) أي المعمول.

(١١) أي تحت المشتري حرة.

وجود السبب[١]، وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن[٢] فرجها حلالا له[٣] لا يجب الاستبراء، وإن[٤] حل[٥] بعد ذلك[٦]؛ لأن المعتبر أوان وجود السبب، كما إذا كانت معتدة الغير[٧].

قال[٨]: ولا يقرب المظاهر[٩]، ولا يلمس ولا يقبل، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة، حتى يكفر؛ لأنه لما حرم الوطئ[١٠] إلى أن يكفر حرم الدواعي[١١] للإفضاء إليه؛ لأن الأصل[١٢] أن سبب[١٣] الحرام[١٤] حرام[١٥]، كما في الاعتكاف والإحرام،

---

(١٢) قوله: "ممن يوثق به [وثق به: اعتماد كردن بر آن. (من) أي يعتمد عليه، ولا يخاف عليه أن لا يطلقها. غن]" لأنه إذا لم يوثق به ربما لا يطلقها، فلا يحصل المقصود، وفي فتاوى "قاضي خان" وإذا اشترى جارية، وأراد أن يزوجها قبل القبض، وخاف أنه لو زوجها من عبده أو أجنبي، ربما لا يطلقها الزوج، فالحيلة له أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده؛ ليطلقها متى شاء. (ك)

(١٣) في الصورة الأولى.

(١٤) في الصورة الثانية.

(١٥) قوله: "ثم يطلق الزوج" يعني بعد القبض؛ لأنه إن طلقها قبل القبض كان على المشتري الاستبراء، إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد؛ لأنه إذا طلقها قبل القبض فإذا قبضها، والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد، صار كأنه اشتراها في هذه الحالة، وليست في نكاح ولا عدة، فيلزم الاستبراء. (ع)

(١) أي سبب وجوب الاستبراء.

(٢) لوجود زوجها.

(٣) المشتري.

(٤) الواو متصلة.

(٥) بالطلاق.

(٦) أي وجود السبب.

(٧) قوله: "كما إذا كانت إلخ" يعني إذا اشترى أمة معتدة، وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض، لا يجب الاستبراء؛ لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري، فلما لم يجب الاستبراء وقت استحداث الملك، لم يجب بعده؛ لعدم تجدد السبب. (نهاية)

(٨) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(٩) قوله: "المظاهر إلخ" هذه المسألة ليست من مسائل الاستبراء، لكنها مذكورة في "الجامع الصغير" استطرادًا، فإن الكلام لما إنساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعي، وفي هذه المسألة حرمة الدواعي ذكرها، ويجوز أن يقال: صدر الفعل بالاستبراء وغيره، وهذه من غيره. (ع)

(١٠) لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾. (غن)

(١١) من المس والنظر إلى الفرج بشهوة.

(١٢) أي القاعدة الكلية.

(١٣) دواعي.

(١٤) الوطئ.

وفى المنكوحة إذا وطئت بشبهة[١].

بخلاف حالة الحيض والصوم[٢]؛ لأن الحيض يمتد شطر عمرها[٣]، والصوم يمتد شهراً فرضًا، وأكثر العمر نفلا، ففى المنع عنها بعض الحرج، ولا كذلك ما عددناها لقصور مُدَدها[٤]، وقد صح: «أن النبى عليه السلام كان يقبل وهو صائم[٥] ويضاجع نساءه وهن حيض[٦]»*.

قال[٧]: ومن له أمتان أختان، فقبّلهما بشهوة[٨]، فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها، ولا يمسها بشهوة، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة، حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها. وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطئًا[٩]؛ لإطلاق قوله تعالى[١٠]: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾، ولا يعارض بقوله تعالى[١١]: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ لأن الترجيح للمحرم[١٢].

---

(١٥) قوله: "حرام" لأنه لو كان السبب حلالا، كان المسبب أيضًا حلالا؛ لأن المقصود من مشروعيته السبب، هو المسبب، كما فى الاعتكاف لما حرم الوطئ حرم الدواعى أيضًا، والإحرام لما حرم الوطئ حرم الدواعى أيضًا، وفى المنكوحة إذا وطئت بشبهة حرم وطئها قبل انقضاء العدة، فكذلك حرم الدواعى. (غن)

(١) فلا يحل للزوج الأول الوطئ والدواعى قبل العدة.

(٢) فإن فيها يحرم الوطئ ولا يحرم الدواعى. (غن)

(٣) قوله: "يمتد شطر [نصف] عمرها" أى قريبًا من شطر عمرها، وهو عشرة أيام فى كل شهر، فكان قريبًا من خمسة عشر يوما، وهى نصف الشهر. (ك)

(٤) المدة -بالضم- پاره از روزگار. (من)

(٥) هذا حديث، رواه الأئمة الستة عن عائشة. (ت)

(٦) قوله: "ويضاجع [هذا حديث آخر إلخ" أخرجه الأئمة الستة عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يأمر إحدانا إذا كانت حائضًا أن تتزر ثم يضاجعها. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥٣، والدراية ج٢ص٢٣٣، الحديث٩٦٢. (نعيم)

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (غن)

(٨) قوله: "فقبلهما [قيد بذلك؛ لأنه إذا لم تكن بشهوة لا يكون معتبرا عناية] إلخ" لأنه إذا لم يقبلهما أصلا، كان له أن يقبل، ويطأ أيهما شاء، سواء كان اشتراهما معا، أو اشتراهما على التعاقب، وإن قبل واحدة منهما فله أن يطأ المقبلة دون الأخرى، وإذا لم يكن التقبيل بشهوة صار كأنه لم يقبلهما أصلا. (ن)

(٩) وعقدا. (زيلعى)

(١٠) قوله: "لإطلاق إلخ" والمراد الجمع بينهما وطئًا وعقداً؛ لأنه معطوف على المحرمات وطئًا وعقداً. (زيلعى)

(١١) قوله: "ولا يعارض إلخ" فإن قلت: الأصل فى الدلائل الجمع، وأمكن ههنا بأن يحمل قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا﴾ على النكاح، وقوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ على ملك اليمين، قلت: المعنى الذى يحرم الجمع بين الأختين نكاحا وجد ههنا، وهو قطعية الرحم، فيثبت الحكم ههنا أيضًا؛ ولأن قوله: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ مخصوص

وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي[(١)] لإطلاق النص؛ ولأن الدواعي إلى الوطئ بمنزلة الوطئ في التحريم، على ما مهدناه من قبل[(٢)]، فإذا قبلهما فكأنه[(٣)] وطئهما، ولو وطئهما ليس له أن يجامع إحداهما[(٤)]، ولا أن يأتي بالدواعي فيهما، فكذا إذا قبلهما. وكذا إذا مسهما بشهوة، أو نظر إلى فرجهما بشهوة؛ لما بينا[(٥)]، إلا أن يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها[(٦)]، لأنه لما حرم عليه فرجها[(٧)] لم يبقَ جامعًا.

وقوله: بملك أراد به ملك يمين، فينتظم التمليك بسائر أسبابه[(٨)] بيعًا أو غيره[(٩)]، وتمليك الشقص[(١٠)] فيه كتمليك الكل؛ لأن الوطئ يحرم به، وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها، وكذا الكتابة[(١١)] كالإعتاق[(١٢)] في هذا[(١٣)] لثبوت

إجماعا، فإن أمه وأخته من الرضاع والأمة المجوسية حرام، فلا يعارض ما ليس بمخصوص، وهو المحرم للجمع. (تاج الشريعة)

(١٢) قوله: "لأن الترجيح للمحرم" عن علي رضي الله تعالى عنه أنه سئل عن تحريم الجمع بين الأختين وطئًا، فقال: أحلتهما آية أي قوله تعالى: ﴿أوما ملكت أيمانكم﴾، وحرمتهما آية، أي قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾، فالتحريم أولى. (كف)

(١) من القبلة والمس وغيرهما.

(٢) إشارة إلى قوله؛ لأن الأصل أن سبب الحرام حرام.

(٣) لأنه قد باشر حرامًا، فنزل منزلة وطئهما. (غن)

(٤) لأنه يصير جامعا بينهما في الحكم، المراد بالنص وهو قضاء الشهوة. (غن)

(٥) من أن الدواعي إلى الوطئ بمنزلة الوطئ.

(٦) أخرى.

(٧) أخرى.

(٨) الملك.

(٩) كالخلع والصدقة والهبة والصلح والمهر.

(١٠) بعض.

(١١) قوله: "وكذا [كلمة كذا زائدة. ع] الكتابة إلخ" يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع الاستدراك في كلمة كذا، وهو أن مراد المصنف، وكذا أي ككون إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق الكل، فيصير المقصود من كلمة كذا ههنا، هو التشبيه بما قبله، كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله.
وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها، هو التشبيه أيضًا بما قبله، فكأنه قال: وأيضًا الكتابة كالإعتاق في هذا، والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد، كما يرشد إليه قوله: لثبوت حرمة الوطئ بذلك كله. (نت)

(١٢) قوله: "كالإعتاق" وفي "المبسوط": هذا الجواب مشكل؛ لأنها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى، حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز، ولم يحل فرجها لغيره، فكان ينبغي أن لا يحل له وطئ الأخرى، ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة، ولهذا يلزمه العقر بوطئها، فكان وطئه إياها في غير ملكه، حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة، وقد سقطت العقوبة، فيجب الغرامة، فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها، فيحل له أن يطأ الأخرى. (ك)

(١٣) أي أنه يحل وطئ الأخرى. (ك)

حرمة الوطئ بذلك كله[١]. وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى؛ لأنها لا تخرج بها[٢] عن ملكه[٣]، وقوله: أو نكاح، أراد به النكاح الصحيح، أما إذا زوج إحداهما نكاحًا فاسدًا لا يباح له[٤] وطئ الأخرى، إلا أن يدخل الزوج بها فيه[٥]؛ لأنه تجب العدة عليها[٦]، والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم.

ولو وطئ إحداهما حل له وطئ الموطوءة دون الأخرى؛ لأنه يصير جامعا بوطئ الأخرى، لا بوطئ الموطوءة، وكل امرأتين[٧] لا يجوز الجمع بينهما[٨] نكاحًا فيما ذكرناه بمنزلة الأختين[٩].

قال[١٠]: ويكره[١١] أن يقبل الرجل فم الرجل، أو يده، أو شيئًا منه، أو يعانقه، وذكر الطحاوى[١٢] أن هذا قول أبى حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا بأس بالتقبيل والمعانقة[١٣]؛ لما روى[١٤]: «أن النبى عليه

(١) وإن كان العتق يتجزأ عند أبى حنيفة. (زيلعى)

(٢) أى بهذه الأفعال.

(٣) قوله: "لأنها لا تخرج إلخ" أقول: كان الظاهر فى التعليل ههنا أن يقول: لأنه لا يثبت بها حرمة الوطئ؛ فإن مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضى أن لا تحل له الأخرى؛ لأنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضًا، مع أنه إذا كاتب إحداهما تحل له الأخرى. وحمل الملك فى قوله عن ملكه على ملك الوطئ، كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى، إذا المستعمل فى اللغة والعرف حل الوطئ لا ملك الوطئ، وإنما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح. (نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار)

(٤) أى للمولى.

(٥) أى فى النكاح الفاسد. (غن)

(٦) الدخول يوجب العدة، والعدة أثرها فى التحريم كالنكاح الصحيح، فإذا دخل المتزوج بنكاح فاسد حل له وطئ الأخرى. (غن)

(٧) أمتين.

(٨) قوله: "لا يجوز الجمع بينهما إلخ" كل شخصين لو جعل أحدهما ذكرًا، والآخر أنثى أيهما كان جاز النكاح بنيهما جاز الجمع بينهما إذا كانتا أنثيين، وإن كان لا يجوز النكاح بينهما لا يجوز الجمع بينهما إذا كانتا أنثيين. (شرح الطحاوى)

(٩) قوله: "بمنزلة الأختين" وهذا كما إذا كانت إحداهما عمة الأخرى، أو خالتها لا يجوز الجمع بينهما بالحديث المشهور، بمنزلة الجمع بين الأختين فى قضاء الشهوة، فإذا قبلهما، أو لمسهما، أو نظر إلى فرجهما بشهوة لا يجوز له وطئ واحدة منهما، حتى حتى يحرم فرج الأخرى عليه بوجه من الوجوه. (غن)

(١٠) أى محمد فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) ورخص بعض المتأخرين تقبيل يد العالم، أو المتورع على سبيل التبرك. (ك)

(١٢) فى "شرح الآثار". (غن)

(١٣) وهذا أجود. (مختصر طحاوى)

(١٤) أخرجه الحاكم فى "المستدرك" عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه. (ت)

السلام عانق جعفراً رضى الله تعالى عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه[١]»* . ولهما ما روى** : «أن النبى عليه السلام نهى عن المكامعة[٢] - وهى المعانقة[٣]- وعن المكاعمة[٤] -وهى التقبيل-» .

وما رواه محمول على ما قبل التحريم، ثم قالوا[٥] : الخلاف فى المعانقة فى إزار واحد، وأما إذا كان عليه[٦] قميص أو جبة، فلا بأس بها[٧] بالإجماع، وهو الصحيح .

قال[٨] : ولا بأس بالمصافحة ؛ لأنه هو المتوارث[٩] ، وقال عليه السلام : «من صافح أخاه المسلم[١٠] وحرك يده تناثرت[١١] ذنوبه»*** .

---

(١) قوله: "وقبل بين عينيه" وذلك يوم فتح خيبر، وقال: لا أدرى بما ذا أسر، بفتح خيبر أم بقدوم جعفر، وعانق زيد بن حارثة، وكان أصحاب رسول الله ﷺ يفعلون ذلك، وفى "الكافى": كان الأعراب يقبلون أطراف النبى ﷺ.(ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥٤، والدراية ج٢ص٢٣١، الحديث ٩٦٠ . (نعيم)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥٦، والدراية ج٢ص٢٣٢، الحديث ٩٦١ . (نعيم)

(٢) قوله: "نهى عن [هم خوابگى كردن دو مرد باهم. من] إلخ" قلت: رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن أبى ريحانة صاحب النبى عليه السلام قال كان رسول الله ﷺ «ينهى عن مكامعة أو مكاعمة المرأة المرأة ليس بينهما شيء وعن مكامعة أو مكاعمة الرجل الرجل ليس بينهما شيء»، انتهى.

قال أبو عبيدة: والمكاعمة أن يلثم الرجل فاه صاحبه، مأخوذ من "كعام البير" وهى أن يشد فاه إذا هاج، والمكامعة أن يضاجع الرجل صاحبه فى ثوب واحد، ولذلك قيل: لزوج المرأة كميع، انتهى. (ت)

(٣) قوله: "وهى المعانقة" تفسير المكاعمة بالمعانقة فيه نظر؛ لأنه قال فى "ديوان الأدب" وغيره كامع امرأته ضاجعها، وكامع المرء قبلها، وقال فى "الفائق": نهى النبى ﷺ عن المكامعة، والمكامعة أى عن ملاعبة الرجل الرجل ومضاجعته إياه، لا يستر بينهما. (غن)

(٤) مكاعمة: بوسه دادن، ودهان در دهان گرفتن وقت بوسه. (من)

(٥) قوله: "ثم قالوا إلخ" الشيخ أبو منصور وفق الأحاديث، فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة، وعبر عنه المصنف بقوله فى إزار واحد، فإنه سبب يفضى إليها، فأما على وجه البر والكرامة إذا كان عليه قميص أو جبة، فلا بأس به. (ع)

(٦) الرجل.

(٧) معانقة، وكذا التقبيل إذا لم يكن على وجه الشهوة، بل على وجه المبرة لا بأس به. (غن)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (غن)

(٩) أى السنة القديمة فى البيعة وغير ذلك. (زيلعى) توارث از يک ديگرى ميراث گرفتن. (تاج)

(١٠) قوله: "من صافح إلخ" قلت روى الطبرانى فى "معجمه" عن حذيفة بن اليمان عن النبى ﷺ قال: «إن المؤمن إذا لقى المؤمن فسلم عليه وأخذه بيده فصافحه تناثرت خطاياهما، كما يتناثر ورق الشجر». (ت)

(١١) تناثر: پراگنده گشتن. (من)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٥٩، والدراية ج٢ص٢٣٣، الحديث ٩٦٣ . (نعيم)

فصل في البيع[١]

قال[١]: ولا بأس ببيع السرقين[٢]، ويكره بيع العذرة[٣]، وقال الشافعي: لا يجوز بيع السرقين أيضًا؛ لأنه نجس العين، فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ.

ولنا أنه منتفع به؛ لأنه يلقى في الأراضي؛ لاستكثار الريع[٤]، فكان مالا[٥]، والمال محل للبيع، بخلاف العذرة؛ لأنه لا ينتفع بها إلا مخلوطًا[٦]، ويجوز بيع المخلوط[٧]، هو المروي عن محمد، وهو الصحيح، وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح[٨]، والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة[٩].

قال[١٠]: ومن علم بجارية أنها لرجل، فرأى آخر يبيعها، وقال[١١]: وكلني صاحبها، فإنه يسعه أن يبتاعها، ويطأها؛ لأنه[١٢] أخبر بخبر صحيح[١٣]، لا منازع له، وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان[١٤]؛ لما مر من قبل[١٥].

وكذا[١٦] إذا قال[١٧]: اشتريتها منه، أو وهبها لي، أو تصدق بها علي؛ لما

---

(١) قوله: "فصل في البيع" أخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطئ؛ لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان، وهذا لأن ما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم. (ع)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) بالكسر: معرب سرگين.

(٣) وهي رجيع الآدمي. (ك) عذرة كفرحة: پليدى. (من)

(٤) بالفتح: دخلى كه از كشت حاصل شود. (م)

(٥) قوله: "فكان مالا" لأن المال ما يتمول أي يدخر لوقت الحاجة، وقد يتمول المسلمون السرقين، وانتفعوا به من غير نكير من أحد من السلف. (غن)

(٦) بالتراب الغالب. (غن) لا بنفسها.

(٧) قوله: "ويجوز بيع المخلوط" لأن المخلوط مال عندنا، يجوز بيعه، ونجاسة العين تمنع الأكل، ولا تمنع الانتفاع، فجاز بيع ذلك؛ لوجود الانتفاع. (غن)

(٨) وعن أبي حنيفة لا بأس بالانتفاع بالعذرة الخالصة. (كافي)

(٩) قوله: "بمنزلة زيت إلخ" يعني أن الزيت المخلوط بالنجاسة يجوز بيعه، ويجوز الانتفاع به بالاستصباح اتفاقًا، فكذا العذرة مخلوطة بالزيت الغالب يجوز بيعها قياسًا عليه، والجامع كونها منتفعا بها؛ لأن الناس ينتفعون بها. (غن)

(١٠) أي في "الجامع الصغير". (نت)

(١١) الآخر.

(١٢) الآخر.

(١٣) لأنه صدر من عقل ودين مع اعتقاد حرمة الكذب. (ع)

(١٤) أي بعد أن كان مميزًا عاقلا، سواء كان حرًا أو عبدًا مسلمًا، أو كافرًا رجلا أو امرأة. (ك)

(١٥) قوله: "لما مر من قبل" يعني في فصل الأكل والشرب في قوله من أرسل أجيرًا له مجوسيًا، وهذا لأن خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة، دفعًا للحرج. (ع)

قلنا[١]، وهذا إذا كان ثقة[٢]، وكذا إذا كان[٣] غير ثقة، وأكبر رأيه أنه صادق؛ لأن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر[٤].

وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض[٥] لشيء من ذلك[٦]؛ لأن أكبر الرأى يقام مقام اليقين، وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان[٧]، ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان، وأنه وكله[٨] ببيعها، أو اشتراها[٩] منه[١٠]، والمخبر ثقة قبل قوله، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه؛ لأن إخباره حجة فى حقه[١١]، وإن لم يخبره[١٢] صاحب اليد بشيء.

فإن كان[١٣] عرفها[١٤] للأول لم يشترها[١٥] حتى يعلم انتقالها إلى ملك

---

(١٦) أى يقبل قوله.

(١٧) الآخر.

(١) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له. (ع)

(٢) قوله: "وهذا [أى قبول قوله] إذا كان [الآخر] ثقةً إلخ" مراد المصنف بقوله: إذا كان ثقة إذا كان عدلا، وبقوله: إذا كان غير ثقة إذا كان غير عدل، وتعليله بقوله: لأن عدالة المخبر فى المعاملات إلخ، دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل، بالثقة العدل، ولا تناقض بين ذلك، بين قوله: على أى وصف كان أصلا؛ فإن المستفاد من قوله: على أى وصف كان عموم الأوصاف، لا عموم الجزئيات.

وقد نبه بقوله: وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب إلخ، على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة فى الحكم السابق، ولا ضير فيه، فإن كلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد فى أن يفيد التفصيل ما لا يفيده الإجمال. (نت)

(٣) الآخر.

(٤) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما قال فى فصل الأكل والشرب، أن قول الواحد قبل فى المعاملات دفعاً للحرج. (غن)

(٥) يقصد. (غن)

(٦) أى الاشتراء والوطئ.

(٧) قوله: "وكذا إذا لم يعلم إلخ" يعنى هذا الذى قلنا فى ما إذا رأى الجارية فى يد فلان، فعلم أنها له، ثم رأها فى يد غيره يبيعها، وقال: وكلنى إلخ، وكذا إذا لم يعلم إلخ. (غاية البيان)

(٨) فلان.

(٩) أى صاحب اليد.

(١٠) فلان.

(١١) قوله: "إخباره [صاحب اليد] حجة فى حقه" أى فى حق نفسه فيما يرجع إليه، وهو قوله: ليس لى ولكن لفلان، ولكن غير حجة فى حق غيره فيما يرجع إليه، وهو قوله: وكلنى أو اشتريت منه، فلا بد من حجة، وهو أكبر الرأى. (مل)

(١٢) أى الذى يريد الشراء.

(١٣) أى الذى يريد الشراء.

(١٤) جارية.

الثاني[١]؛ لأن يد الأول دليل ملكه، وإن كان لا يعرف ذلك، له أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقًا؛ لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل[٢]، ولم يعارضه معارض، ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر[٣]، إلا أن يكون مثله لايملك مثل ذلك[٤]، فحينئذٍ يستحب له أن يتنزه[٥].

ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة[٦] من ذلك، لاعتماده الدليل[٧] الشرعي[٨]، وإن كان الذي[٩] أتاه بها[١٠] عبدًا أو أمةً لم يقبلها[١١] ولم يشترها حتى يسأل؛ لأن المملوك لا ملك له، فيعلم أن الملك فيها لغيره.

فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو[١٢] ثقة[١٣] قبل[١٤]، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي[١٥]، وإن لم يكن له رأي لم يشترها[١٦]؛ لقيام الحاجر، فلا بد من دليل.

قال: ولو أن امرأة[١٧] أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها، أو طلقها

---

(١٥) من صاحب اليد.

(١) البائع.

(٢) قوله: في حق الفاسق والعدل" أي في حق الناس كافة؛ لأن اليد دليل الملك شرعًا، والفاسق والعادل في هذا سواء، حتى إذا نازعه غيره فالقول له، فيحل لمن رآه في يده أن يشهد له بالملك. (ك)

(٣) اليد.

(٤) قوله: "لا يملك [مبيع] مثل ذلك" كدرة مثلا في يد فقير لا يملك شيئًا، أو رأى كتابًا في يد جاهل، ولم يكن في آبائه من هو أهل لذلك، فيظن كل واحد أنه سارق لذلك العين، فكان التنزه عن شراءه أفضل. (ك)

(٥) عن الشراء.

(٦) گنجائش ودسترس وطاقت. (م)

(٧) أي اليد.

(٨) وهو أن اليد دليل الملك. (غن)

(٩) قوله: "وإن كان الذي أتاه إلخ" أي إذا أتي عبدًا وجارية بجارية، فأراد بيع الجارية، فلا يشتري حتى يسأل إلخ. (غن)

(١٠) جارية.

(١١) أي إذا تركها عنده، أو وهبها منه. (ك)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) أي المخبر.

(١٤) لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات. (غن)

(١٥) قوله: "أكبر الرأي" فإن كان أكبر رأيه أنه صادق صدقه، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يعرض بشيء من ذلك. (غن)

(١٦) قوله: "لم يشترها" أي لم يعرض لشيء منه لوجود المانع للملك، وهو الرق، وهو معنى قوله لقيام الحاجر - بالراء المهملة- لأن الرق حاجر عن التصرف أي مانع عنه، فما لم يوجد نوع دليل لم يعمل بمجرد اليد. (غن)

ثلاثًا، أو كان[1] غير ثقة، وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق، ولا تدرى أنه كتابه أم لا، إلا أن أكبر رأيها أنه حق، يعنى بعد التحرى، فلا بأس بأن تعتد[2] ثم تتزوج[3]؛ لأن القاطع[4] طارئ ولا منازع[5].

وكذا لو قالت لرجل، طلقنى زوجى وانقضت عدتى، فلا بأس أن يتزوجها[6]، وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث: انقضت عدتى، وتزوجت بزوج آخر، ودخل بى، ثم طلقنى وانقضت عدتى، فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول[7]، وكذا لو قالت جارية[8]، كنت أمة لفلان فأعتقنى[9]؛ لأن القاطع طارئ.

ولوأخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدًا، أو كان الزوج حين تزوجها مرتدًا، أو أخاها[10] من الرضاعة، لم يقبل[11] قوله[12]، حتى يشهد بذلك رجلا ن، أو رجل وامرأتان.

وكذا[13] إذا أخبره مخبر[14] أنك تزوجتها، وهى[15] مرتدة، أو أختك من

---

(١٧) قوله: "ولو أن امرأة إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها إلى قوله: وإذاباع المسلم خمرًا من مسائل كتاب الاستحسان، ذكرها ههنا تفريعًا على مسألة "الجامع الصغير". (غن)

(١) المخبر.

(٢) قوله: "فلا بأس إلخ" لأن القاطع إذا كان طاريا، لا منازع للمخبر به، يقبل قول الواحد، فإن كان ثقة لا يحتاج إلى غيره، وإن لم يكن لا بد من انضمام راى المخبر له. (ع)

(٣) قوله: "ثم تتزوج" هذا فى الإخبار، وأما فى الشهادة فلا يصح، وإن كان الشاهد اثنين حيث لا يقضى القاضى بالفرقة؛ لأنه قضاء على الغائب. (ك)

(٤) قوله: "لأن القاطع [للزوجية]" أى قاطع النكاح طار على النكاح السابق، ويمكن الجمع بينهما، ولا مناز ع، فيصح العمل به. (أعظمى)

(٥) لأن صحة النكاح لا تمنع ما يطر. (زيلعى)

(٦) إذا غلب على ظنه صدقها. (غن)

(٧) قوله:فلا بأس [لأنها أخبرت عن أمر لا منازع لها فيه، فيقبل خبرها. غن] إلخ" أى إذا كانت ثقة، أو وقع فى قلبه أنها صادقة. (كف)

(٨) قوله: "وكذا لو كانت جارية إلخ" جارية لا تعبر عن نفسها فى يد رجل يدعى أنها له، فلما كبرت لقيها رجل، فقالت: إن سيدى قد أعتقنى، حل له أن يتزوجها، ولو قالت: أنا حرة الأصل لا يحل له ذلك؛ لما بين، أن الخبر الأول فى غير موضع المناز ع، والثانى فى موضع المنازعة، فلا يقبل. (غن)

(٩) حل له أن يتزوجها، لأن إلخ. (كف)

(١٠) أى أو كان الزوج أخاها.

(١١) أى لم يسعها أن تتزوج بزوج آخر، وإن غلب على ظنها صدقه. (غن) لأنه أخبر بفساد مقارن على ما سيجىء.

(١٢) مخبر.

(١٣) يعنى لم يعتبر إخباره.

الرضاعة لم يتزوج بأختها[١] وأربع سواها، حتى يشهد بذلك عدلان؛ لأنه أخبر[٢] بفساد مقارن[٣]، والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده، فيثبت المنازع[٤] بالظاهر.

بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة، فأخبر الزوج أنها ارتضعت[٥] من أمه[٦] أو أخته[٧]، حيث يقبل قول الواحد فيه؛ لأن القاطع طار، والإقدام الأول[٨] لا يدل على انعدامه[٩]، فلم يثبت المنازع[١٠] فافترقا، وعلى هذا الحرف يدور الفرق[١١].

ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعى أنها له، فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر، فقال أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها؛ لتحقق المنازع، وهو ذو اليد، بخلاف ما تقدم[١٢].

---

(١٤) وإن كان المخبر عدلا. (غن)

(١٥) الواو حالية.

(١) يعني لم يعتبر إخباره.

(٢) قوله: "لأنه [مخبر] أخبر إلخ" أي لأن هذا خبر في موضع المنازعة؛ لأن الظاهر من حال العاقد أنه يدعى صحة عقده، وهذا يدعى فساده، فلا يقبل، إلا إذا شهد عنده شاهدان عدلان على ذلك، فحينئذ يقبل. (غن)

(٣) للعقد.

(٤) قوله: "فيثبت المنازع إلخ" فالحاصل إنا لم نقبل خبر الواحد في موضع المنازعة؛ لحاجتنا إلى الإلزام، وقبلنافي موضع المسألة لعدمه. (كفاية)

(٥) أي بعد النكاح.

(٦) زوج.

(٧) زوج.

(٨) على العقد.

(٩) ارتضاع.

(١٠) قوله: "فلم يثبت المنازع إلخ" اعترض عليه ، بأنه إن قبل خبر الواحد في إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه، فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول، وهو أن ملك الزوج فيها ثابت، والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد، وأجيب: بأن ذلك إذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك، بل باستصحاب الحال، وخبر الواحد أقوى منه. (ع)

(١١) قوله: "يدور الفرق [أي بين قبول قول الواحد وعدم قبوله. غن]" وهو أن المفسد إذا كان طاريا يثبت بخبر الواحد العدل، وإن كان مقارنا، فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان. (ك)

(١٢) قوله: بخلاف ما تقدم [أراد به قوله: أنها لو قالت: كمن أمة لفلان، فأعتقني حيث يقبل قولها.عيني]" وهو أنه قالت: أعتقني مولاى، يقبل لعدم المعارض أما في قوله: أنا حرة الأصل، يوجد معارض مقارن؛ لأن كونها حرة الأصل ينافي الملك عليها، أما في قولها: أعتقني لم يوجد المعارض؛ لأن كونها مملوكة لا ينافي الإعتاق في وقت آخر، فيقبل

قال[١]: وإذا باع المسلم خمرا، وأخذ ثمنها، وعليه دين، فإنه يكره لصاحب الدين[٢] أن يأخذ منه[٣]، وإن كان البائع نصرانيًا، فلا بأس به[٤].

والفرق أن البيع في الوجه الأول[٥] قد بطل؛ لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم، فبقي الثمن على ملك المشترى، فلا يحل[٦] أخذه من البائع[٧]، وفي الوجه الثاني[٨] صح البيع؛ لأنه[٩] مال متقوم في حق الذمي، فملكه البائع[١٠]، فيحل الأخذ منه.

قال[١١]: ويكره الاحتكار[١٢] في أقوات الآدميين[١٣] والبهائم، إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله، وكذلك التلقي[١٤]، أما إذا كان لا يضر، فلا بأس به.

والأصل[١٥] فيه[١٦] قوله عليه السلام[١٧]: «الجالب مرزوق[١٨] والمحتكر ملعون[١٩]»*، ولأنه تعلق به[٢٠] حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم،

حتى إذا قال المولى: ما أعتقتها، لا يثبت العتق لوجود المعارض. (حميدية)

(١) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) قوله: "فإنه يكره إلخ" روى عن محمد أنه قال: هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي، فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر، طاب له ذلك بقضاءه. (ع)

(٣) أي دينه.

(٤) أي بأخذ الدين منه.

(٥) أي إذا كان البائع مسلمًا.

(٦) للدائن؛ لأنه لم يملكه البائع. (غن)

(٧) المسلم.

(٨) أي إذا كان البائع نصرانيًا.

(٩) خمر.

(١٠) النصراني.

(١١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٢) قوله: ويكره الاحتكار" هو افتعال من حكر أي حبس، والمراد حبس الأقوات متربصًا للغلاء. (ع)

(١٣) التي اشتراها المحتكر في مصر وحبس.

(١٤) قوله: "وكذلك التلقي [پيش رفتن بملاقات. م]" صورة التلقي أن يخرج من البلد إلى القافلة التي جاءت بالطعام، واشترها خارج البلد، وهو يريد حبسها ويمتنع عن بيعها، ولم يترك حتى يدخل القافلة البلد. (كف)

(١٥) دليل.

(١٦) أي في كراهة الاحتكار. (غن)

(١٧) أخرجه ابن ماجة عن عمر بن الخطاب. (ت)

(١٨) قوله: "الجالب إلخ" قال الفقيه أبو الليث: أراد بالجالب الذي يشترى الطعام للبيع، فيجلبه إلى بلد فيبيعه وهو مرزوق؛ لأن الناس ينتفعون به، فيناله بركة دعاء المسلمين، والمحتكر يشترى الطعام للمنع، ويضر بالناس. (عيني)

وتضييق الأمر عليهم، فيكره إذا كان يضر بهم ذلك، بأن كانت البلدة صغيرة. بخلاف ما إذا لم يضر، بأن كان المصر كبيراً؛ لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره، وكذا التلقى على هذا التفصيل[١]؛ لأن النبى عليه السلام نهى[٢] عن تلقى الجلب[٣]، وعن تلقى الركبان*.

قالوا[٤]: هذا إذا لم يلبس[٥] المتلقى على التجار سعر[٦] البلدة، فإن لبس، فهو[٧] مكروه فى الوجهين[٨]؛ لأنه غادر[٩] بهم[١٠]، وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة[١١] والشعير[١٢] والتبن[١٣] والقتّ[١٤] قول أبى حنيفة[١٥].

---

(١٩) قوله: ملعون" قيل: اللعن على نوعين: أحدهما: ألطرد من رحمة الله، وذلك لا يكون إلا للكافر، والثانى: الإبعاد عن درجة الأبرار ومقام الصالحين، وهو المراد ههنا؛ لأن عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الإيمان بارتكاب كبيرة. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦١، والدراية ج٢ ص٢٣٤، الحديث٩٦٤ . (نعيم)

(٢٠) أى بالقوت.

(١) يعنى إن أضر بأهل البلدة يكره، وإلا فلا.

(٢) قوله: "نهى عن تلقى إلخ" قلت: هما حديثان: فالأول أخرجه مسلم عن أبى هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن تلقى الجلب»، انتهى، والثانى أخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تتلقوا الركبان». (ت)

(٣) ازجائى بجاى بردن بجهت فروختن، كذا فى "المنتخب"، والمراد منه المجلوب.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦١، والدراية ج٢ ص٢٣٤، الحديث٩٦٥ . (نعيم)

(٤) قوله: "قالوا: هذا" أى قال المشايخ: إن هذا الجواب أى الكراهة فيما إذا كان اضر بأهل البلدة، وعدم الكراهة فيما لم يضر بهم فيما إذا اشترى المتلقى بلا تلبيس السعر على التجار، أما إذا لبسه عليهم، فإنه مكروه إلخ. (غن)

(٥) أى لم يخف.

(٦) نرخ.

(٧) تلقى.

(٨) أى سواء أضر بأهل البلد أو لم يضر. (ك)

(٩) بتلبيس السعر. (ك) غدره وبه غدراً بيوفائى كرد. (من)

(١٠) تجار.

(١١) گندم.

(١٢) جو.

(١٣) بالكسر كاه.

(١٤) قوله: والقتّ" بالفتح: اسپست تر يا اسپست خشک، كذا فى "منتهى الأرب"، وفى "اللباب": اليابس من الأسفست، وفى "البرهان القاطع": اسپست گياهى باشد بغايت نرم، وأملس كه چارپايان را خوردن آن فربه سازد.

(١٥) وهو قول محمد أيضاً، وعليه الفتوى. (ك)

وقال أبو يوسف: كل ما أضر بالعامة حبسه، فهو احتكار، وإن[١] كان ذهبًا أو فضةً أو ثوبًا، وعن محمد[٢] أنه قال: لا احتكار فى الثياب[٣]، فأبو يوسف اعتبر[٤] حقيقة الضرر، إذ هو المؤثر فى الكراهة، وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهودة المتعارف[٥]. ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكاراً لعدم الضرر، وإذا طالت[٦] يكون احتكاراً مكروهًا؛ لتحقق الضرر، ثم قيل: هى[٧] مقدرة[٨] بأربعين يومًا؛ لقول النبى عليه السلام[٩]: «من احتكر طعامًا أربعين ليلة قد برئ من الله وبرئ الله منه»[١٠]*.

وقيل: بالشهر[١١]؛ لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير آجل، وقد مر[١٢] فى غير موضع، ويقع التفاوت فى المأثم[١٣] بين أن يتربص العزة[١٤] وبين أن يتربص[١٥] القحط -و العياذ بالله- وقيل: المدة للمعاقبة فى الدنيا[١٦]، أما يأثم وإن[١٧]

---

(١) الواو وصلية.

(٢) فى رواية هشام.

(٣) قوله: "لا احتكار إلخ" فإن الحاجة اللازمة الدائمة فى الأقوات دون غيرها، والثياب لا يقف قيام الأبدان وبقاء الحيات عليها، وقوت الحيوان ماكان قوامه به من المأكول، وقال القدورى فى "شرح مختصر الكرخى": وأما قول محمد: إن حبس الأرز ليس باحتكار، فهو محمول على البلاد التى لا يتقوتون به، أما فى الموضع الذى هو قوتهم مثل طبرستان فهو احتكار. (غاية البيان)

(٤) فإن الضرر يلحق بحكرة هذه الأشياء، كالحنطة والنهى عن الحكرة عام بلا فصل. (غن)

(٥) وهو بحبس الأقوات.

(٦) المدة.

(٧) أى المدة الطويلة.

(٨) أى مدة الاحتكار التى يمنع منها. (غن)

(٩) رواه أحمد فى "مسنده" عن ابن عمر رضى الله عنهما. (ت)

(١٠) أى خذله والخذلان ترك النصرة عند الحاجة. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٢، والدراية ج٢ ص٢٣٤، الحديث٩٦٦ . (نعيم)

(١١) قوله: "وقيل: بالشهر" أى قال بعض مشايخنا: هى مقدرة بالشهر، ولم يجعل التقدير فى الحديث لازما؛ لأن المعنى فى المنع عن الاحتكار هو الضرر، والضرر يلحق فى كثير المدة دون قليلها، وما دون الشهر قليل، ولهذا سقط الصوم بالجنون شهرا، بخلاف ما دونه، وكذا إذا جن الوكيل أو الموكل جنونًا مطلقًا، بطلت الوكالة، وحده شهر عند أبى يوسف، ولو قال: لأقضين دينه عن قريب، فهو على ما دون الشهر؛ لأن الشهر وما زاد عليه بعيد، ولهذا كان الشهر، أو فى الأجل فى السلم، وما دونه فى حكم الحال. (غن)

(١٢) فى السلم وغيره، أى قلة ما دون الشهر و كثرة ما فوقه.

(١٣) قوله: "ويقع التفاوت إلخ" أراد أن إثم من يتربص القحط أعظم من إثم من يتربص عزة الطعام، وهى الغلاء.(ب)

(١٤) ينتظر.

قلت: المدة، والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة[١].

قال[٢]: ومن احتكر غلة[٣] ضيعته[٤]، أو ما جلبه من بلد آخر، فليس بمحتكر، أما الأول فلأنه[٥] خالص حقه، لم يتعلق به حق العامة، ألا ترى أن له أن لا يزرع[٦]، فكذلك له أن لا يبيع.

وأما الثانى فالمذكور[٧] قول أبى حنيفة؛ لأن حق العامة[٨] إنما يتعلق بما جمع فى المصر، وجلب[٩] إلى فنائها.

وقال أبو يوسف: يكره لإطلاق ما روينا[١٠]، وقال محمد: كل ما يجلب[١١] منه إلى المصر فى الغالب فهو بمنزلة فناء المصر، يحرم الاحتكار فيه[١٢]؛ لتعلق حق العامة به[١٣]، بخلاف ما إذا كان البلد[١٤] بعيداً لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر؛ لأنه لم يتعلق به حق العامة.

قال[١٥]: ولا ينبغى للسلطان أن يسعر[١٦] على الناس؛ لقوله عليه السلام: «لا

---

(١٥) ينتظر.

(١٦) قوله: "المدة للمعاقبة إلخ" يعنى ضرب المدة لأجل المعاقبة فى الدنيا، يعنى يهدد الإمام المحتكر. (عينى)

(١٧) الواو وصلية.

(١) قوله: "غير محمودة" هذا إذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد الإضرار بالناس، أما إذا لم يكن شيء من ذلك فهو محمود؛ لأن الكاسب صديق الله. (ك)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) محاصل.

(٤) ضيعة –بالفتح– زمين. (من)

(٥) أى ما حصل من غلة ضيعته.

(٦) أرضه.

(٧) أى الكراهة فيما جلبه من بلد آخر.

(٨) وأهل المصر.

(٩) من بلد آخر.

(١٠) أى قوله عليه السلام: «المحتكر ملعون».

(١١) أى كل موضع يجلب إلخ.

(١٢) أى فيما يجلب من ذلك الموضع.

(١٣) أى بما يجلب من ذلك الموضع.

(١٤) الذى جلب منه.

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٦) تسعير: نرخ نهادن. (م)

7ـج
15
B

تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق[١]»*، ولأن الثمن حق العاقد، فإليه تقديره، فلا ينبغى للإمام أن يتعرض لحقه، إلا إذا تعلق به[٢] دفع ضرر العامة على ما نبين[٣]. وإذا رفع إلى القاضى هذا الأمر[٤]، يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته[٥] وقوت أهله على اعتبار السعة[٦] فى ذلك[٧]، وينهاه عن الاحتكار، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه[٨] وعزره، على ما يرى زجرًا له؛ دفعًا للضرر عن الناس.

فإن كان أرباب الطعام يتحكمون[٩]، ويتعدون عن القيمة تعديًا فاحشًا[١٠]، وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير. فحينئذٍ لا بأس به[١١]، بمشورة[١٢] من أهل الراى والبصيرة، فإذا فعل ذلك[١٣]، وتعدى رجل عن ذلك، وباع بأكثر منه[١٤] أجازه القاضى[١٥]، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة؛ لأنه لا يرى الحجر[١٦] على الحر[١٧]، وكذا عندهما[١٨]، إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم.

---

(١) قوله: "لقوله عليه السلام: «لا تسعروا» إلخ" أخرجه أبو داود والترمذى فى البيوع، وابن ماجة فى التجارات عن أنس قال: قال الناس: يا رسول الله! غلى السعر، فسعر لنا، فقال رسول الله ﷺ: «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق وإنى لأرجو أن القى الله وليس أحد منكم يطالبنى بمظلمة من دم ولا مال». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٢، والدراية ج٢ ص٢٣٤، الحديث٩٦٧ . (نعيم)

(٢) تعلق به [بالتسعير] فيسعر حينئذ.

(٣) قوله: "على ما نبين" والبيان فى قوله: ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا، بأن يبيعوا نصف ما يباع به، كما إذا باعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين. (كفاية)

(٤) أى الاحتكار.

(٥) قوت -بالضم- خورش باندازه قوام بدن انسان. (من)

(٦) گنجائش، أى سعة المحتكر.

(٧) أى فى قوته وقوت أهله.

(٨) قوله: "مرة أخرى" وفى "الجامع الصغير": فإن رفع إليه مرة أخرى وغطه وهدده، فإن رفع إليه مرة ثالثة، فحينئذ حبسه. (كفاية)

(٩) على المسلمى، نتحكم: حكومت نمودن بر كسى.(م)

(١٠) قوله: "تعديًا فاحشًا" بأن يبيعوا قفيزا بمأة، وهو يشترى بخمسين، فيمنعون منه دفعًا للضرر عن المسلمين. (ع)

(١١) أى بالتسعير.

(١٢) شورى -بالضم والقصر- كنكاش و كنكاش كردن، مشوره مثله، وهى مفعلة لا مفعولة. (من)

(١٣) التسعير.

(١٤) مما عينه القاضى.

(١٥) قوله: "أجازه القاضى [يعنى لا ينقضه]" وذلك لأنه إذا لم يكن على قوم بأعيانهم لا يكون ذلك حجرا، بل يكون قبول فى ذلك. (غن)

(١٦) أى المنع عن التصرفات.وفى إبطال البيع يتحقق الحجر على الحر.

ومن باع منهم بما قدره الإمام صح[١]؛ لأنه غير مكره على البيع، وهل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه[٢]، قيل: هو على الاختلاف[٣]، الذى عرف فى بيع مال المديون، وقيل: يبيع بالاتفاق[٤]؛ لأن أبا حنيفة يرى الحجر[٥]؛ لدفع ضرر عام، وهذا كذلك[٦].

قال[٧]: ويكره بيع السلاح فى أيام الفتنة، معناه[٨] ممن يعرف أنه من أهل الفتنة؛ لأنه[٩] تسبيب إلى المعصية[١٠]، وقد بيناه فى السير[١١]، وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك[١٢]؛ لأنه يحتمل أن لا يستعمله فى الفتنة، فلا يكره بالشك.

قال[١٣]: ولا بأس ببيع العصير[١٤] ممن يعلم أنه يتخذه خمراً؛ لأن المعصية لا تقام بعينه، بل بعد تغييره[١٥]، بخلاف بيع السلاح فى أيام الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعينه[١٦]. قال[١٧]: ومن آجر بيتاً[١٨]؛ ليتخذ فيه بيت نار، أو كنيسة[١٩]، أو

---

(١٧) البالغ العاقل. (زيلعى)

(١٨) قوله: "وكذا عندهما" أى كذا هو ظاهر عندهما؛ لأنهما وإن رأيا الحجر ولكن على حر معين، أو قوم بأعيانهم، أما على قوم مجهولين فلا، وههنا كذلك، فلا يصح. (عينى)

(١) قوله: "ومن باع منهم" كلمة من للبيان، وليس بصلة لباع، أى من باع، وهو من المحتكرين شيئًا مما احتكره بما قدره الإمام يصح، ولا يكون للبائع حق الفسخ، كما يكون للمكره. (مل)

(٢) إن امتنع عن البيع بالكلية. (زيلعى)

(٣) قوله: "هو على الاختلاف" يعنى أن فيه اختلاف المشايخ، قال بعضهم: لا يبيع على مذهب أبى حنيفة ويبيع على مذهبهما، كما فى بيع مال المديون المفلس إذا امتنع عن البيع، وقيل: يبيع بالاتفاق. (غن)

(٤) وإليه ذهب القدورى. (غن)

(٥) كالحجر على الطبيب الجاهل ونحوه. (كف)

(٦) أى هذا الحجر دفع ضرر عام.

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٨) أى المراد منه البيع ممن إلخ .

(٩) بيع.

(١٠) قال الله تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾. (غن)

(١١) أى المسألة مرت فى آخر كتاب السير. (غن)

(١٢) أى بالبيع منه.

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "العصير" عصير: شيره انگور وجز آن وهر چه افشرده باشند. (م)

(١٥) أى استحالته إلى الخمر. (غن)

بيعة[١]، أو يباع فيه الخمر بالسواد[٢]، فلا بأس به، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: لا ينبغي أن يكريه[٣] لشيء من ذلك؛ لأنه إعانة على المعصية، وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت، ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم[٤]، ولا معصية فيه[٥]، وإنما المعصية بفعل المستأجر[٦]، وهو مختار[٧] فيه، فقطع نسبته[٨] عنه[٩].

وإنما قيده بالسواد لأنهم[١٠] لا يمكنون من اتخاذ البيع[١١] والكنائس، وإظهار بيع الخمور والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها[١٢]، بخلاف السواد، قالوا: هذا كان في سواد الكوفة؛ لأن غالب أهلها أهل الذمة، فأما في سوادنا فأعلام

---

(١٦) قوله: "لأن المعصية إلخ" فوزان من يتخذه خمرا بيع الحديد من أهل الفتنة، فكلاهما لا يكره، ووزان بيع السلاح من أهل الفتنة بيع الخمر؛ لأن الفساد يقع بعين المبيع، ولكن بيع الخمر بعينه لا يجوز أصلا؛ لأنها ليست بمتقومة في حق المسلم، وبيع السلاح منهم يجوز، ويكره؛ لأن السلاح مال متقوم، والكراهة للمعصية المجاورة. (غن)

(١٧) أي في آخر "الجامع الصغير". (غن)

(١٨) بكرايه داد.

(١٩) قوله: "كنيسه" كسفينه كليساى ترسايان ياجهودان يا كليساى ديگر كفار. (من)

(١) قوله: "أو بيعة [بالكسر كليساى ترسايان. من]" هي كنيسة النصارى. (معالم التنزيل)

(٢) القرى أي بيتا كائنا بالسواد.

(٣) إكراء: بكراية دادن. (من)

(٤) أي تسليم البيت إلى المستأجر نفع أولا.

(٥) أي في الإجارة.

(٦) قوله: "وإنما المعصية بفعل المستأجر [أي في الصور الثلاث لا في الصورة الرابعة، فإنها ليست بمعصية، فالأمر فيها هين] إلخ" اتخاذ بيت النار والكنيسة والبيعة معصية للذمي أيضا، فإنهم مخاطبون بالإيمان بلا خلاف، واتخاذها ينافي الإيمان، فكان معصية قطعا، وبيع الخمر ليس معصية للكافر، فإن خطاب التحريم غير نازل على الكفار، فقول المصنف إنما المعصية بفعل المستأجر إلخ محمول على التغليب. (نتائج)

(٧) ليس بمكره.

(٨) قوله: "فقطع نسبته إلخ" فصار كبيع الجارية ممن لا يستبرئها، أو يأتيها من دبرها، أو بيع الغلام من اللوطي، الدليل عليه أنه لو آجره للسكنى جاز، وهو لا بد له من عبادته فيه. (زيلعي)

(٩) أي عن المكري.

(١٠) أي الكفار.

(١١) فيمنعون من اتخاذ ذلك.

(١٢) قوله: "لظهور شعائر [أعلام الإسلام] الإسلام إلخ" لأن عامة شعائر الإسلام من الجمع والأعياد والجماعات وإقامة الحدود، وغير ذلك تختص بالأمصار، ففي إحداث الكنائس والبيع ونحوه ذلك استخفاف بالمسلمين، بخلاف السواد. (غن)

قوله: "شعائر" أصلها من الإشعار وهو الإعلام، واحدتها شعيرة، وكل ما كان معلما لقربات تتقرب به إلى الله تعالى من صلاة ودعاء وذبيحة، فهو شعيرة. (معالم التنزيل)

الإسلام فيها ظاهرة، فلا يمكنون[١] فيها[٢] أيضًا، وهو الأصح[٣].

قال[٤]: ومن حمل لذمي خمرًا، فإنه يطيب له الأجر، عند أبي حنيفة[٥]. وقال أبو يوسف ومحمد[٦]: يكره له ذلك؛ لأنه[٧] إعانة على المعصية[٨]، وقد صح: «أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرًا[٩] حاملها والمحمول إليه»*. له أن المعصية في شربها، وهو فعل فاعل مختار، وليس الشرب من ضرورات الحمل[١٠]، ولا يقصد به[١١]، والحديث محمول على الحمل[١٢] المقرون بقصد المعصية.

قال[١٣]: ولا بأس[١٤] ببيع بناء بيوت مكة، ويكره بيع أرضها، وهذا[١٥] عند أبي حنيفة. وقالا[١٦]: لا بأس ببيع أرضها أيضًا، وهذا رواية عن أبي حنيفة؛ لأنها[١٧] مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي[١٨] بها[١٩]، فصار كالبناء[٢٠].

---

(١) قوله: "فلا يمكنون" [الكفار] فيمنعون منها.

(٢) أي في القرى.

(٣) قوله: "وهو الأصح" وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي فخر الإسلام علي البزدوي، وعند البقلي: لا يمنعون عن ذلك في السواد. (غن)

(٤) في "الجامع الصغير".

(٥) قياسًا.

(٦) استحسانًا.

(٧) حمل.

(٨) قال الله تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾.

(٩) قوله: "لعن إلخ" أخرجه أبو داود في "سننه" عن ابن عمر يقول: قال رسول الله ﷺ: «لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه، وآكل ثمنها»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٣، والدراية ج٢ ص٢٣٥، الحديث٩٦٨ . (نعيم)

(١٠) أي لوازمه؛ لأن الحمل قد يكون للتخليل، وقد يكون لغيره. (غن)

(١١) قوله: "ولايقصد به" أي لا يقصد الحامل بالحمل شرب الذمي، بل مقصوده تحصيل الأجرة. (ك)

(١٢) أي على الحمل لقصد المعصية، وهو شرب الخمر، ولا كلام لنا فيه فإن ذلك مكروه. (غن)

(١٣) أي محمد في "الجامع الغير". (غن)

(١٤) اتفاقًا.

(١٥) أي كراهة بيع الأرض.

(١٦) وبه أخذ الطحاوي في "شرح الآثار".

(١٧) أرض مكة.

(١٨) قوله: "لظهور اختصاص الشرعي" أراد بالاختصاص الشرعي التوارث في الأرض، وقسمتها في المواريث. (ب)

ولأبى حنيفة قوله عليه السلام*: «ألا إن مكة حرام[٢] لا تباع رباعها[٣] ولا تورث[٤]»؛ ولأنها[٥] حرة محترمة[٦]؛ لأنها فناء الكعبة[٧]، وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها[٨] حتى لا ينفر[٩] صيدها، ولا يختلى[١٠] خلاها ولا يعضد[١١] شوكها[١٢]، فكذا في حق البيع.

بخلاف البناء؛ لأنه خالص ملك البانى[١٣]، ويكره إجارتها أيضًا[١٤]؛ لقوله عليه السلام: «من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربا[١٥]»**، ولأن أراضى مكة تسمى السوائب[١٦] على عهد رسول الله ﷺ، من احتاج إليها سكنها، ومن استغنى

---

(١٩) أرض مكة.

(٢٠) أى بيع الأرض كبيع البناء.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٥، والدراية ج٢ ص٢٣٥، الحديث ٩٦٩. (نعيم)

(٢) قوله: "ألا إن مكة إلخ" روى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن مجاهد قال: قال رسول الله ﷺ: «مكة حرام حرمها الله لا يحل بيع رباعها ولا إجارة بيوتها» انتهى. (ت)

(٣) قوله: "رباعها" الرباع جمع ربع، وهو الدار بعينها حيث كانت، والمحلة والمنزل، كذا فى "القاموس". (نت)

(٤) قوله: "تورث" وراثة: وارث شدن، ورث الشيء من أبيه وورث أباه ما لا فعل ازان. (تاج اللغة)

(٥) أراضى مكة.

(٦) الحرة الكريمة، وسحابة حرة كريمة المطر. (ديوان)

(٧) گردا گرد

(٨) أى فى أراضى مكة.

(٩) تنفر: زمانيدن. أى لا يزعج من موضعه ولا يخوف. (عينى)

(١٠) اختلى الخلى: درد دوبر كند گياه تر را. (من)

(١١) أى لا يقطع.

(١٢) شوک خار. (م)

(١٣) قوله: "لأنه خالص ملك البانى" ألا ترى أنه لو بنى فى المستأجر، أو فى الوقف، صار البناء ملكًا له وجاز بيعه. (ت) قوله: "ملك البانى" قال ابن الجوزى في "التحقيق": بيع رباع مكة مبنى على أنها إن فتحت عنوةً، فتكون وقفًا على المسلمين، فلا يجوز بيعها، وإن فتحت صلحًا، فهى باقية على أهلها فيجوز، انتهى. (ت)

(١٤) قوله: "ويكره إجارتها [أرض مكة] إلخ" وروى هشام عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أنه كره إجارة بيوت مكة فى الموسم ورخص فى غير الموسم؛ لأن أهل الموسم لهم ضرورة إلى النزول، والمقيم لا ضرورة له إلى النزول. (غن)

(١٥) قوله: "من آجر إلخ" قلت: غريب من هذا اللفظ، وروى محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار" عن عبد الله عمرو عن النبى ﷺ قال: «من أكل من أجور بيوت مكة فإنما يأكل نارًا»، انتهى. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٦، والدراية ج٢ ص٢٣٦، الحديث ٩٧٠. (نعيم)

(١٦) قوله: "تسمى السوائب [جمع سائبة هى شيء لا ولاية عليه لا حد. كف]" قلت: رواه ابن ماجة فى سننه فى الحج عن علقمة قال: توفى رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وما يدعى رباع مكة إلا السوائب من احتاج سكن ومن

عنها أسكن غيره*. ومن وضع[٢] درهمًا[٣] عند بقال يأخذ منه[٤] ما شاء[٥]، يكره له ذلك[٦]؛ لأنه ملكه قرضًا[٧] جر به نفعًا، وهو[٨] أن يأخذ منه ما شاء حالا فحالا، ونهى[٩] رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعًا، وينبغي أن يستودعه، ثم يأخذ منه ما شاء جزء فجزء؛ لأنه وديعة، وليس بقرض، حتى لو هلك لا شيء على الآخذ[١٠]، والله أعلم.

مسائل متفرقة

قال[١١]: ويكره التعشير والنقط[١٢] في المصحف[١٣]؛ لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه**: "جردوا القرآن"[١٤]، ويروى "جردوا المصاحف"، وفي

استغنى أسكن، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٦٨، والدراية ج ٢ ص٢٣٧، الحديث ٩٧١ . (نعيم)

(٢) ذكر هذه المسألة تفريعًا. (غن)

(٣) قوله: "ومن وضع إلخ" معنى المسألة أن رجلا فقيرًا له درهم يخاف لو كان في يده يهلك، أو يصرف إلى حاجة، لكن حاجته إلى المعاملة مع البقال أمس من غيرها، كما في شرى التوابل والملح والكبريت، وليس له فلوس حتى يشتري بها ما سنح له من الحاجة كل ساعة، فيعطي الدرهم البقال لأن يأخذ منه ما يحتاج إليه مما ذكرنا بحسابه جزءً فجزءً حتى يستوفي ما يقابل الدرهم، وهذا الفعل منه مكروه؛ لأنه حاصل هذا الفعل راجع إلى أن يكون قرضا فيه جر نفع، وهو مكروه. (ك)

(٤) حال

(٥) قوله: "يأخذ منه إلخ" هذا خارج مخرج الشرط، يعني وضعه بشرط أن يأخذه منه ما شاء، وإذا وضعه ولم يشترط شيئًا فهو وديعة، إن هلك لم يضمن شيئًا منها. (ع)

(٦) من التوابل والبقول وغير ذلك.

(٧) قوله: "لأنه ملكه" أي الدراهم، فقد أقرضه إياه، وقد شرط أن يأخذ منه ما يريد حالا فحالا، وله في ذلك نفع، وهو بقاء درهم وكفاية الحاجات، فيصير قرضا جرنفعا، وهو منهي عنه، فإن القرض تمليك الشيء بمثله، فإذا جر نفعا صار كأنه استزاد فيه الربوا، فلا يجوز. لأن القرض تبرع، وجر المنفعة يخرجه عن موضعه، وإنما يكره إذا كانت المنفعة مشروط في العقد، وإذا لم تكن مشروطة فيه، يكون المقترض متبرعًا بها، فصار كالرجحان الذى دفعه ﷺ في بدل القرض، وقد روى عن ابن عمر أنه كان يستقرض، فإذا خرج عطاءه أعطاه أجود مما أخذ منه. (مل)

(٨) نفع.

(٩) مر الحديث في آخر كتاب الحوالة.

(١٠) بقال.

(١١) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(١٢) أي إظهار الإعراب.

(١٣) قوله: "ويكره التعشير إلخ" التعشير جعل العواشر في المصحف، وهو كناية عن العلامة عند منتهى عشر آيات. (ع)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص٢٦٩ تحت عنوان "مسائل متفرقة"، وفي الدراية ج ٢ ص٢٣٧ تحت الحديث ٩٧١ . (نعيم)

التعشير والنقط ترك التجريد، ولأن التعشير يخل[١] بحفظ الآى[٢]، والنقط بحفظ الإعراب اتّكالا[٣] عليه، فيكره، قالوا[٤]: فى زماننا لا بد للعجم من دلا لة[٥]، فترك ذلك إخلال بالحفظ، وهجران القرآن فيكون حسنًا.

قال: ولا بأس بتحلية المصحف[٦]؛ لما فيه من تعظيمه[٧]، وصار كنقش المسجد، وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه[٨] من قبل[٩]، قال[١٠]: ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام، وقال الشافعي: يكره ذلك.

وقال مالك: يكره فى كل مسجد، للشافعي قوله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس[١١] فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا[١٢]﴾، ولأن الكافر لا يخلو عن

---

(١٤) قوله: "جردوا القرآن" واختلفوا فى تفسيره، فقيل: المراد عن نقط المصاحف، فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف، وقيل: هو أمر بتعليم القرآن وحده، وترك الأحاديث، وقالوا: هذا باطل، وقيل: إنه حث على أن لا يتعلم بشيء من كتب الله غير القرآن؛ لأن غيره إنما يؤخذ من اليهود والنصارى، وليسوا بمامونين عليها. (ع)

قوله: "جردوا" رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" فى الصلاة فى فضائل القرآن، ورواية جردوا المصاحف غريبة. (ت)

(١) قوله: والتعشير يخلّ إلخ" يعنى أن التعشير أمر غير مفيد، إلا التقصير فى حفظ الآيات ومعرفتها، وكذلك النقط يبطل الاجتهاد فى حفظ القرآن ومعرفته اعتمادًا على الخط. (غن)

(٢) ومعرفتها.

(٣) اعتمادًا.

(٤) قوله: "قالوا: فى زماننا إلخ" قال فخر الإسلام البزدوى فى شرح "الجامع الصغير": قال مشايخنا: هذا فى زمانهم لأهل بلدانهم، فأما فى زماننا لأهل بلداننا، فالنقطة حسن، وهو أمر لا بد منه؛ لأنه ليس فى وسع العجم معرفة الإعراب من غير دلا لة على ذلك، فيؤدى تركه إلى هجران القرآن، وإلى الإعراض عن حفظه، وإلى تكليف العجم إلى معرفة ما ليس فى وسعه، فلذلك صار حسنًا، وقد استحسنه المسلمون من بعد، وما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن، وكفى بالعجز عذرا. (غن)

(٥) قوله: "لا بد للعجم إلخ" لأن العجم لا يمكنه التعليم والتلاوة إلا بالنقط، وعلى هذا كتبت أسامى السور وعدد الآى، فهو وإن كان إحداثًا فهو بدعة حسنة، وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان، كذا ذكره الإمام التمرتاشى. (كفاية)

(٦) حل –بالفتح– بيرانه زيور، يقال: سيف محلى شمشير بآرايش، وكذلك لجام محلى. (من)

(٧) قرآن.

(٨) نقش مسجد.

(٩) فى آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة فى فصل أوله، ويكره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء. (نت)

(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) هو مصدر، ومعناه ذوو أنجاس. (غن)

(١٢) يعنى العام الذى حج فيه أبو بكر رضى الله تعالى عنه بالناس ونادى على كرم الله وجهه ببراءة، وهو سنة تسع من الهجرة. (معالم التنزيل)

جنابة[١]؛ لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها، والجنب يجنب[٢] المسجد، وبهذا[٣] يحتج مالك، والتعليل بالنجاسة عام[٤]، فينتظم المساجد كلها.

ولنا ما روى: «أن النبي عليه السلام أنزل[٥] وفد[٦] ثقيف في مسجده وهم كفار[٧]»*؛ ولأن الخبث[٨] في اعتقادهم[٩]، فلا يؤدي إلى تلويث[١٠] المسجد[١١]، والآية محمولة على الحضور[١٢] استيلاء واستعلاء[١٣]، أو طائفين عراة، كما كانت عادتهم في الجاهلية،

قال[١٤]: ويكره استخدام الخصيان؛ لأن الرغبة في استخدامهم حث[١٥] الناس

---

(١) قوله: "ولأن الكافر إلخ" أقول: لا يذهب عليك أن هذا الدليل لو تم لدل على أن لا يدخل الكافر شيئًا من المساجد، ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد، فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه، وإنما كان مناسبًا لمذهب مالك. (نت)

(٢) أي دور داشته مى شود از مسجد.

(٣) أي بدليل الشافعي.

(٤) قوله: "والتعليل بالنجاسة إلخ" يعني علل بأن المشرك إنما يجنب عن المسجد الحرام لكونه نجسًا، فلا تفصيل بين مسجد ومسجد. (ك)

(٥) أخرجه أبو داود في "سننه" في كتاب الخراج. (ت)

(٦) جمع وافد برسولى آينده. (من) حي من قيس.

(٧) الواو حالية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٧٠، والدراية ج٢ ص٢٣٧، الحديث ٩٧٢ . (نعيم)

(٨) قوله: "ولأن الخبث [الخبث أي النجاسة المذكورة في الآية هو الخبث في اعتقادهم. زيلعي] إلخ" دليل آخر عقلي يتضمن الجواب عن أن يقال: كيف أنزل النبي ﷺ وفد ثقيف في مسجده، وهم كفار، وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا، كما حكي أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة، فقال الصحابة: قوم أنجاس، فقال عليه السلام: «ليس على الأرض من نجاستهم شيء وإنما نجاستهم على أنفسهم»، ويرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص، وهو قوله تعالى: ﴿فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم﴾، والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الأصول، فأجاب المصنف عنه بقوله: والآية محمولة على الحضور إلخ. (نت)

(٩) كفار.

(١٠) آلوده كردن. (م)

(١١) قوله: "فلا يؤدي إلخ" فإن قيل: الجنب ممنوع عن دخول المسجد الحرام وإن لم يؤدي إلى التلويث، قلنا: لأن أعضاءه نجسة، وإدخال النجاسة في المسجد لا يجوز، وأما الكافر فأعضاءه طاهرة من النجاسة، ولهذا لا يجب عليه الغسل بالإسلام. (ك)

(١٢) أي حضور المسجد الحرام.

(١٣) قوله: "استيلاء إلخ" أي مستولين على أهل الإسلام، مستعلين من حيث التدبير والقيام بعمارة المسجد؛ لأن قبل الفتح كانت الولاية والاستعلاء لهم، ولم يبق ذلك بعد الفتح. (كف)

(١٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

على هذا الصنيع[١]، وهو مثلة[٢] محرمة[٣].

قال[٤]: ولا بأس[٥] بإخصاء البهائم[٦]، وإنزاء الحمير على الخيل؛ لأن في الأول منفعة للبهيمة والناس[٧]، وقد صح: «أن النبي عليه السلام[٨] ركب البغلة[٩]»*، فلو كان هذا الفعل[١٠] حرامًا لما ركبها، لما فيه[١١] من فتح بابه.

قال[١٢]: ولا بأس بعيادة[١٣] اليهودي والنصراني[١٤]؛ لأنه نوع بر[١٥] في حقهم وما نهينا عن ذلك[١٦]، وقد صح أن النبي عليه السلام[١٧] عاد يهوديًا مرض بجواره**.

---

(١٥) برانگيختن.

(١) قوله: "حث الناس" فإنه لو لا استخدام الناس إياهم لما أخصاهم الذين يخوصونهم. (غن)

(٢) أي تغيير خلق الله.

(٣) في الدين بالحديث.

(٤) القدوري. (عيني)

(٥) قوله: ولا بأس بإخصاء إلخ" هذا لفظ القدوري، يقال: خصاه يخصيه خصاء -بالكسر والمد- من باب عصاه يعصيه إذا نزع خصيته وهو المشهور عند أهل اللغة، وقد وردت الرواية في كتب محمد والطحاوي بلفظ الإخصاء أيضاً من المنشعبة. (غن)

(٦) بهيمة: چارپا.

(٧) قوله: "منفعة البهيمة" فإن فيه سمنها ويطيب به لحمها، وقد روى أن رسول الله ﷺ ضحى بكبشين أملحين موجوئين» وهما المرضوض خصاهما. (مل)

(٨) أخرجه البخاري ومسلم في الجهاد. (ت)

(٩) خچر.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٠، والدراية ج٢ ص٢٣٨، الحديث ٩٧٣. (نعيم)

(١٠) أي إنزاء الحمير على الخيل.

(١١) ركوب.

(١٢) أي في "الجامع الصغير"، وهذه من الخواص. (غن)

(١٣) بيمار پرسى.

(١٤) قوله: "اليهودي إلخ" ونص محمد في المجوسي على أنه لا بأس بعيادته، ولكن المشايخ اختلفوا فيه، منهم من قال: لا بأس به؛ لأنهم من أهل الذمة كاليهود والنصارى، وقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن المجوس أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى. ألا ترى أنه لا يجوز ذبيحة ا لمجوسي ونكاحهم؛ بخلا ف اليهود والنصارى، واختلفوا في عيادة الفاسق أيضاً، والأصح أنه لا بأس به؛ لأنه مسلم، والعيادة من حقوق المسلمين، كذا قال فخر الدين قاضي خان في "شرح الجامع الصغير". (غن)

(١٥) نكوئى، ولعله يكون سببا لإسلامهم.

(١٦) البر.

(١٧) رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار" و ابن حبان في "صحيحه". (ت)

قال[١]: ويكره أن يقول الرجل في دعاءه**: أسألك بمعقد[٢] العز من عرشك[٣]، وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز. ولا ريب في كراهية الثانية؛ لأنه من القعود[٤] وكذا الأولى[٥]؛ لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش[٦]، وهو[٧] محدث، والله تعالى بجميع صفاته قديم. وعن أبي يوسف أنه لا بأس به[٨]، وبه أخذ الفقيه[٩] أبو الليث؛ لأنه مأثور[١٠] عن النبي عليه السلام.

روى[١١] أنه كان من[١٢] دعاءه[١٣]: اللهم إني أسألك بمقعد العز من عرشك، ومنتهى الرحمة من كتابك، وباسمك الأعظم وجدك الأعلى[١٤]، وكلماتك التامة، ولكنا نقول: هذا خبر واحد، وكان الاحتياط في الامتناع.

ويكره أن يقول في دعاءه: بحق فلان[١٥]، أو بحق أنبياءك[١٦] ورسلك؛ لأنه لا حق للمخلوق على الخالق.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧١، والدراية ج٢ ص٢٣٨، الحديث ٩٧٤. (نعيم)

(١) أي في "الجامع الصغير"، وهذه من الخواص. (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٢، والدراية ج٢ ص٢٣٩، الحديث ٩٧٥. (نعيم)

(٢) مقعد كمجلس بتنگاه گره. (من)، مصدر ميمي إذ ظرف.

(٣) كلمة من ههنا لابتداء الغاية، أو للبيان.

(٤) قوله: "لأنه من القعود" فلا يشكل كراهيته؛ لأنه وصف الله تعالى بما هو باطل، وهو القعود، وهو التمكن على العرش، ذلك قول المجسمة، وهو قول باطل. (غن)

(٥) يكره.

(٦) قوله: "لأنه يوهم إلخ" فيتوهم أن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به، ولا يزال موصوفا به. (كف)

(٧) عرش، والواو حالية.

(٨) أي بالأول.

(٩) في "شرح الجامع الصغير".

(١٠) منقول.

(١١) رواه البيهقي في كتاب الدعوات الكبير عن ابن مسعود. (ت)

(١٢) بعض.

(١٣) نبي.

(١٤) الجد عظمة الله تعالى. (ديوان)

(١٥) قوله: "بحق فلان إلخ" ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله أن يفعل كذا، لا يجب على ذلك الغير أن يأتي بذلك الفعل شرعًا، وإن كان الأولى أن يأتي. (كف)

(١٦) والبيت والمشعر الحرام. (زيلعي)

قال[(١)]: ويكره اللعب بالشطرنج والنرد[(٢)] والأربعة عشر[(٣)]، وكل لهو؛ لأنه إن قامر بها، فالميسر حرام بالنص[(٤)]، وهو اسم لكل قمار، وإن لم يقامر بها، فهو عبث ولهو[(٥)]، وقال عليه السلام*: «لهو المؤمن باطل[(٦)] إلا الثلاث وتأديبه لفرسه ومناضلته[(٧)] عن قوسه وملاعبته مع أهله[(٨)]».

وقال بعض الناس: يباح اللعب بالشطرنج؛ لما فيه من تشحيذ[(٩)] الخواطر[(١٠)] وتذكية الأفهام[(١١)]، وهو محكى عن الشافعي.

لنا قوله عليه السلام[(١٢)]: «من لعب بالشطرنج[(١٣)] والنردشير فكأنما غمس[(١٤)] يده فى دم الخنزير»**؛ ولأنه نوع لعب[(١٥)] يصد[(١٦)] عن ذكر الله وعن الجمع

---

(١) أى فى "الجامع الصغير"، وهو من الخواص. (غن)

(٢) قوله: "والنرد [نرد بالفتح نام بازى ست در مقابله شطرنج. غث]" نرد بالفتح بازيى است معروف، ارد شيرين بابك آنرا وضع كرده لا جرم، نرد شير نيز نامندش. (من)

(٣) قيل شىء يستعمله اليهود. (ك)

(٤) قال الله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾.

(٥) وهو حرام.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٣، والدراية ج٢ ص٢٣٩، الحديث ٩٧٦. (نعيم)

(٦) قوله: "لهو المؤمن إلخ" رواه الحاكم فى "المستدرك" فى الجهاد عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «كل شىء من لهو الدنيا باطل إلا ثلاثة انتضالك بقوسك وتاديبك فرسك وملاعبتك أهلك فإنهن من الحق» مختصر، وقال: حديث صحيح على شرط مسلم، انتهى. (ت)

(٧) قوله: "مناضلته [ناضله رماه. ديوان]" منازلة تير اندازى كردن باهم، ونبرد نمودن در تير اندازى. (من)

(٨) بازى كردن.

(٩) تيز كردن كارد وشمشير وجز آن.

(١٠) قلوب.

(١١) تيز كردن آتش.

(١٢) قوله: "ولنا قوله إلخ" وروى عن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه أنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فقال: ما هذه التماثيل التى انتم لها عاكفون، وروى مثل هذا عن عمر أيضا، حين مر بقوم يلعبون بالشطرنج وقد شبه عملهم بعمل عبادة الأوثان. (غن)

(١٣) قوله: "من لعب إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، والحديث فى مسلم، وليس فيه ذكر الشطرنج أخرجه عن بريدة قال: قال رسول الله ﷺ: «من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده فى لحم خنزير ودمه»، انتهى. (ت)

(١٤) فرو برد. (من)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٤، والدراية ج٢ ص٢٤٠، الحديث ٩٧٧. (نعيم)

(١٥) أى غالبا، وأما منفعته فمغلوبة، والعبرة للغالب. (غن)

والجماعات، فيكون حرامًا؛ لقوله عليه السلام: «ما ألهاك[(١)] عن ذكر الله فهو ميسر»*، ثم إن قامر به[(٢)] تسقط عدالته[(٣)]، وإن لم يقامر[(٤)] لا تسقط؛ لأنه[(٥)] متأول فيه. وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرًا لهم[(٦)]، ولم يرَ أبو حنيفة به[(٧)] بأسًا؛ ليشغلهم عما هم فيه.

قال[(٨)]: ولا بأس بقبول هدية[(٩)] العبد التاجر، وإجابة دعوته، واستعارة دابته[(١٠)]، وتكره كسوته[(١١)] الثوب وهديته الدراهم والدنانير، وهذا[(١٢)] استحسان، وفي القياس كل ذلك باطل؛ لأنه تبرع، والعبد ليس من أهله[(١٣)].

وجه الاستحسان أنه عليه السلام[(١٤)] قبل هدية سلمان رضى الله تعالى عنه[(١٥)] حين كان عبدًا**، وقبل هدية بريرة رضى الله تعالى عنها[(١٦)]، وكانت

(١٦) باز مى دارد أى صاحبه.

(١) قوله: "ماألهاك [أى ما أشغلك] إلخ" قلت: غريب مرفوعا، رواه أحمد فى "كتاب الزهد" من قول القاسم بن محمد قال: «كل ما ألهى عن ذكر الله وعن الصلاة فهو ميسر»، انتهى، رواه البيهقى فى "شعب الإيمان" فى الباب الحادى والأربعون عن عبد الله بن عمر أنه قال للقاسم بن محمد: هذه النرد ذكرتها، فما بال الشطرنج، قال: ما ألهى عن ذكر الله وعن الصلاة فهو الميسر، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٥، والدراية ج٢ ص٢٤٠، الحديث٩٧٨ . (نعيم)

(٢) أى اللاعب بالشطرنج.

(٣) ولم يقبل شهادته. (غن)

(٤) ولم يصده ذلك عن الصلاة. (كافى)

(٥) لأن الشافعى قال بإباحته.

(٦) أى على اللاعبين.

(٧) أى بالسلام عليهم. (غن)

(٨) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٩) هدية يسيرة.

(١٠) أو ثوبه.

(١١) أى تمليكه. (ك)

(١٢) أى قبول هديه وغيره.

(١٣) قوله: "ليس من أهله" لقوله تعالى: ﴿عبدًا مملوكًا لا يقدر على شيء﴾ لأن ما فى يده مملوك للمولى، فلا يملك التصرف إلا بقدر ملكه، وأنه ملك التجارة دون التبرعات. (مل)

(١٥) رواه الحاكم فى "المستدرك" عن بريدة رضى الله تعالى عنه.

(١٤) اشتراه أبو بكر وأعتقه.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٧٥، والدراية ج٢ ص٢٤٠، الحديث٩٧٩ . (نعيم)

(١٦) قوله: "وقبل هدية بريرة الخ" بريرة كانت مكاتبة لبنى هلال واستعانت فى كتابتها من عائشة رضى الله تعالى

مكاتبة*، وأجاب رهط[٢] من الصحابة[٣] رضى الله تعالى عنهم دعوة مولى أبى أسيد[٤] وكان عبداً**. ولأن فى هذه الأشياء[٥] ضرورة، لا يجد التاجر بداً منها[٦]، ومن ملك شيئًا يملك ما هو من ضروراته[٧]، ولا ضرورة فى الكسوة[٨]، وإهداء الدراهم[٩]، فبقي على أصل القياس.

قال[١٠]: ومن كان في يده لقيط[١١] لا أب له[١٢]، فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة

عنها فقالت عائشة: إن شاء أهلك اشتريتك منهم، وأعتقتك والولاء لى، فقالوا: لا نرضى إلا أن يكون الولاء لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: «الولاء لمن أعتق»، فاشتريت وأعتقت، وكان الناس يتصدقون عليها وهى تهدى لعائشة وغيرها، ودخل عليها رسول الله ﷺ، فقدمت إليه رطبا، والقدرة تغلى من اللحم، فقال: ألم تجعلى لنا نصيبنا من اللحم، فقالت: هو لحم تصدق على، فقال «لك صدقة ولنا هدية».

وروى حديث بريرة البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجة كلهم عن عائشة رضى الله تعالى عنها، وألفاظهم متقاربة، وقال الزيلعى: لم أجد فى شيء من طرق الحديث أن الهدية وقعت حين كانت مكاتبة، ولكن روى عبد الرزاق فى "مصنفه" فى الطلاق عن عروة أنها ابتاعتها مكاتبة على ثمانية أواقٍ، ولم تعطِ من كتابتها شيئًا، انتهى. (مولوى محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٨١، والدراية ج٢ ص ٢٤١، الحديث ٩٨٠ . (نعيم)

(٢) وفيهم أبو ذر.

(٣) قوله: "وأجاب إلخ" قلت: غريب، وفيه حديث مرفوع أخرجه الترمذى وابن ماجة عن أنس ابن مالك قال: كان رسول الله ﷺ يعود المريض ويتبع الجنائز ويجيب دعوة المملوك. (ت)

(٤) قوله: "ودعوة مولى أبى أسيد[الساعدى] إلخ" قال الفقيه أبو الليث وغيره فى "شروح الجامع الصغير": روى عن أبى سعيد مولى أبى أسيد قال: أعرست وأنا عبد، فدعوت رهطا من أصحاب رسول الله ﷺ، وفيهم أبو ذر فأجابونى. (غن)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٨٢ تحت الحديث السابع والأربعين، وانظر الحديث٩٨١ فى الدراية ج٢ص٢٤٢. (نعيم)

(٥) الهدية والضيافة وغيرهما.

(٦) قوله: "لا يجد التاجر إلخ" لأن من فتح دكانًا للتجارة يجتمع عنده جمع من الناس فلا يخلوا من أن يطلب أحدهم شربة ماء أو نحوه، فلو امتنع ينسب إلى البخل، فلا يجتمعون إليه، فينسد باب التجارة، فصار هذا من ضروراته. (ك)

(٧) ولوازمه.

(٨) أى تمليك الثوب.

(٩) والدنانير أى الكسوة وإهداء الأثمان

(١٠) فى "الجامع الصغير". (من)

(١١) قوله: "لقيط اللقيط" لغة ما يلقط أى ما يرفع من الأرض فعيل بمعنى مفعول، وشرعًا مولود طرحه أهله خوفًا من العيلة، أو فراراً من التهمة. (درر شرح غرر)

(١٢) قوله: "لا أب له" هذا قيد احترازى عن اللقيط الذى كان له أب حاضر، فإنه لا يجوز ممن كان فى يده، ومثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة، او الصدقة له على موجب ما مر فى كتاب الهبة، من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب؛ لتفويض الأب أمورها إلية دلالة بخلاف الأم.

وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح؛ لأن تصرف هؤلاء

له[١]، وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة[٢]، نوع هو من باب الولاية[٣]، لا يملكه إلا من هو ولى[٤]، كالإنكاح والشراء والبيع لأموال القنية[٥]؛ لأن الولى هو الذى قام مقامه بإنابة الشرع.

ونوع آخر[٦] ما كان من ضرورة حال الصغار، وهو شراء ما لا بد للصغير منه[٧] وبيعه، وإجارة الأظآر[٨]، وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والأم والملتقط[٩] إذا كان فى حجرهم[١٠]، وإذا ملك هؤلاء هذا النوع[١١]، فالولى أولى به[١٢]، إلا أنه لا يشترط فى حق الولى أن يكون الصبى فى حجره.

ونوع ثالث[١٣] ما هو نفع محض، كقبول الهبة والصدقة والقبض، فهذا يملكه

للضرورة لا بتفويض الأب، ومع حضرة الأب لا ضرورة، انتهى، إذ لا شك أن الملتقط دخل فى كلية قوله، وكل من يعولها غيرها، فلزم أن يملك قبض الهبة للصغيرة التى كانت فى يده، ولا أب لها، فتبصر. (نتائج)

(١) أى للقيط.

(٢) ليس المقصود الحصر.

(٣) قوله: "هو من باب الولاية" ومن هذا النوع ما هو متردد يحتمل أن يكون نفعا، ويحتمل أن يكون ضررا كالإجارة والبيع للاسترباح لا يملكه، إلا الأب والجد ووصيهما سواء، كان فى أيديهم أو لا، وأما الإنكاح فيجوز من كل عصبة، ذى رحم عند عدمهم عند أبى حنيفة ، ولا يجوز من غيرهم. (زيلعى)

(٤) كالأب والجد والأخ والعم على ترتيب الولاية.

(٥) القنية أصل مال للنسل لا للتجارة. (ك)

(٦) وذلك مثل النفقة والكسوة؛ لأنه لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير، وهو مدفوع. (زيلعى)

(٧) كالطعام والكسوة. (غن)

(٨) قوله: "وإجارة الأظآر [ظئر بالكسر شير ده بچه غير. من]" وفى بعض النسخ: وإجارة الصغار، والأولى هى الصحيحة؛ لأن إجارة الصغار ليست من ضرورات حال الصغار لا محالة، ولذا لم يذكر الصدر الشهيد وفخر الدين قاضى خان فى شرحيهما، وأما إجارة الأظآر فمن ضروريات حال الصغير.

وأيضًا يلزم حينئذٍ التناقض على رواية هذا الكتاب، أعنى الجامع الصغير؛ لأنه صرح فيه أن الملتقط لا يجوز له أن يؤاجر اللقيط، نعم على رواية القدورى يجوز ذلك لحفظ الصبى عن الضياع، ولا كلام لنا فيه، وفى بعض النسخ وإجارة الأظآر للصغار وهى أوضح، وهذا ما فى "غاية البيان".

وقال فى "العناية": إن فى أكثر النسخ: وإجارة الصغار، وفى "الكفاية": أنه موافق لرواية "الجامع الصغير" للإمام المختار فى لفظ فخر الإسلام على البزدوى، وحينئذٍ فقد قيل: فى تأويله أن معنى قوله: وإجارة الصغار تسليمهم فى الصناعة، ولهذا عد من أنواع الضرورة، تدبر. (مل)

(٩) أى آخذ اللقيط.

(١٠) حجر كنار مردم. (م)

(١١) الثانى.

(١٢) بأن يملك هذا النوع.

(١٣) ونوع رابع وهو ضرر محض كالطلاق والعتاق، فلا يملكه عليه أحد. (زيلعى)

الملتقط، والأخ والعم والصبى بنفسه إذا كان[١] يعقل؛ لأن اللائق بالحكمة[٢] فتح باب مثله[٣] نظرا للصبى، فيملك بالعقل[٤] والولاية[٥] والحجر[٦]، وصار[٧] بمنزلة الإنفاق.

قال: ولا يجوز للملتقط[٨] أن يؤاجره[٩]، ويجوز للأم أن تؤاجر ابنها إذا كان[١٠] فى حجرها، ولا يجوز[١١] للعم[١٢]، لأن الأم تملك إتلاف منافعه باستخدامه[١٣]، ولا كذلك الملتقط والعم.

ولو أجر الصبى نفسه لا يجوز[١٤]؛ لأنه[١٥] مشوب[١٦] بالضرر إلا إذا فرغ من العمل؛ لأن عند ذلك[١٧] تمحض نفعًا[١٨]، فيجب المسمى[١٩]، وهو نظير العبد المحجور[٢٠] يؤاجر نفسه قد ذكرناه[٢١].

---

(١) الصبى.

(٢) مصلحت.

(٣) قوله: "فتح باب إلخ" أى لأنه لما كان نفعا محضا كان تحقق معناه فى فتح باب الإصابة من كل وجه من وجه الولاية، ومن وجه العول والنفقة، ومن جهة العقل والتميز؛لأن العلل كلها موجودة، وليس فى ذلك مدافعة الحكم. (غن)

(٤) للصبى العاقل.

(٥) للولى.

(٦) لمن يعوله.

(٧) لكونه نفعًا محضاً.

(٨) لأن الملتقط ليس له ولاية عليه. (غن)

(٩) لقيط.

(١٠) الابن.

(١١) إجارة.

(١٢) يعنى وإن كان فى حجره. (ع)

(١٣) أى بلا عوض فلان يتلف بالعوض أولى. (عن)

(١٤) قوله: "لا يجوز [أى لا يلزم. ك]" وذلك لأن عقد الصبى إنما يصح فيما هو نفع محض، وليس فى لزوم العقد منفعة خالصة؛ لأنه مشوب بالضرر. (غن)

(١٥) الإجارة.

(١٦) مخلوط.

(١٧) الفراغ.

(١٨) قوله: "تمحض [الإجارة] فيجب [على المستأجر]" محض خالص كردن دوستى وخير خواهى را. (من)

(١٩) استحسانًا لأنه انقلب نفعًا محضاً. (غن)

(٢٠) قوله:وهو نظير العبد المحجور [الغير المأذون] لايصح إجارته نفسه، قياسًا لانعدام الإذن، وقيام الحجر، ومع هذا لو آجر نفسه وفرغ من العمل، يصح استحسانًا؛ لأنه انقلب نفعًا محضاً. (غاية البيان)

قال[١]: ويكره[٢] أن يجعل الرجل فى عنق عبده الراية[٣]، ويروى الداية[٤]، وهو طوق الحديد[٥] الذى يمنعه من أن يحرك رأسه، وهو معتاد بين الظلمة؛ لأنه عقوبة أهل النار، فيكره كالإحراق بالنار، ولا يكره أن يقيده؛ لأنه سنة المسلمين فى السفهاء، وأهل الدعارة[٦]، فلا يكره فى العبد تحرزًا عن إباقه وصيانةً لماله.

قال[٧]: ولا بأس بالحقنة يريد به التداوى[٨]؛ لأن التداوى مباح بالإجماع[٩]، وقد ورد بإباحته الحديث[١٠]*. ولا فرق[١١] بين الرجال والنساء، إلا أنه لا ينبغى أن يستعمل المحرم[١٢] كالخمر ونحوها؛ لأن الاستشفاء بالمحرم حرام[١٣].

قال[١٤]: ولا بأس برزق القاضى[١٥]؛ لأنه عليه السلام بعث عتاب ابن

---

(٢١) فى باب إجارة العبد. (غن)

(١) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٢) قوله: "ويكره إلخ" قالوا هذا كان فى زمانهم عند قلة الإباق، وأما فى زماننا فلا بأس به لغلبة الإباق، خصوصا فى الهنود، كذا ذكره الإمام قاضى خان. (ك)

(٣) قوله: "الراية" بالراى المهملة: غل يجعل فى عنق العبد من الحديد علامة على أنه آبق، والداية بالدال ليس بشىء وهو غلط من الكاتب والخواص. (غن)

(٤) بالدال غلط كذا فى "المغرب".

(٥) المسمر بمسمار عظيم. (غن)

(٦) قوله: "وأهل الدعارة [بالفتح والكسر تباهي وفسق. من]" الداعر الخبيث المفسد، ومصدره الدعارة، وهو من قولهم: عود وعراى أى كثير الدخان. (غن)

(٧) أى قال فى "الجامع الصغير": وهى من الخواص. (غن)

(٨) إذ لو أريد التسمين لا يباح. (ك)

(٩) قوله: "مباح إلخ" والأمر بالتوكيل محمول على التوكل عند اكتساب الأسباب، ثم التوكل بعده على الله دون الأسباب، قال الله تعالى لمريم: ﴿وهزى إليك بجذع النخلة﴾ مع قدرته على أن يرزقها من غير هز، ذكره فخر الإسلام. (ع)

(١٠) قوله: بإباحته الحديث" قلت يشير إلى حديث تداووا، أخرجه اصحاب السنن الأربعة عن أسامة قال: قالوا: يا رسول الله! أ نتداوى، فقال: تداووا؛ فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء، غير السام والهرم. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص٢٨٣ تحت الحديث السابع والأربعين، والحديث ٩٨٢ فى الدراية ج ٢ص٢٤٢، . (نعيم)

(١١) ولا فرق فى جواز التداوى.

(١٢) قوله: "إلا أنه لا ينبغى إلخ" فى "التهذيب" يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوى إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاءه فيه، ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه، وإن قال الطبيب: يتعجل شفاءك به فيه وجهان. (ك)

(١٣) قوله: "لأن الاستشفاء بالمحرم حرام" قيل: إذا لم يعلم أن فيه شفاء، أما إذا علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر، يجوز الاستشفاء به، ومعنى قول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم، يحتمل أن عبد الله قال ذلك فى داء عرف له دواء آخر غير المحرم؛ لأنه يستغنى بالحلال عن الحرام، ويجوز أن يقال: يكشف الحرمة عند الحاجة، فلا يكو ن الشفاء بالحرام، وإنما يكون بالحلال. (عناية)

أسيد[١] إلى مكة وفرض له[٢]، وبعث عليًا إلى اليمن وفرض له*؛ ولأنه محبوس لحق المسلمين، فتكون نفقته فى مالهم، وهو مال بيت المال[٣]، وهذا[٤] لأن الحبس من أسباب النفقة، كما فى الوصى[٥].

والمضارب إذا سافر[٦] بمال المضاربة، وهذا[٧] فيما يكون كفاية[٨]، فإن كان شرطًا، فهو حرام؛ لأنه استئجار على الطاعة، إذ القضاء طاعة، بل هو أفضلها[٩]، ثم القاضى إذا كان فقيرًا فالأفضل[١٠]، بل الواجب[١١] الأخذ[١٢]؛ لأنه لا يمكنه[١٣]

(١٤) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٥) قوله: "ولا بأس برزق القاضى" أى إذ قلد السلطان رجلا القضاء لا بأس بأن يعين له رزقا بطريق الكفاية، لا أن يشترط ذلك فى ابتداء التقليد. (ع)

(١) قوله: "بعث عتاب إلخ" قال الزيلعى: إنه روى الحاكم فى "المستدرك" فى كتاب الفضائل أنه استعمل رسول الله ﷺ عتاب بن أسيد على مكة، وتوفى رسول الله ﷺ وهو عامل عليها، وقد ورد فى الأحاديث أن النبى عليه السلام بعث عليا فى اليمن، ولم يذكر فى شيء من الأحاديث، أنه عليه السلام فرض عتابًا، أو عليا، فتأمل.
لكن فكر العينى متعقبًا على الزيلعى أنه أخرج البيهقى عن الزهرى، قال: رزق رسول الله ﷺ عتاب ابن أسيد حين استعمله على مكة أربعين أوقية فى كل سنة. (مل)

(٢) قوله: "وفرض له" أى فرض أربعين أوقية فى السنة، والأوقية بالتشديد أربعون درهما، وتكلموا أنه عليه السلام من أى مال رزقه، ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال، فإن الدواوين وضعت فى زمن عمر رضى الله تعالى عنه، فقيل: إنما رزقه من الفيء مما أفاء الله، وقيل: من المال الذى أخذ من نصارى بنى نجران، ومن الجزية التى أخذها من مجوس هجر، وعن أبى بكر رضى الله تعالى عنه أنه كان يأخذ كل يوم درهما وثلثى درهم، وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه كان يأخذ كفايته. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٨٥، والدراية ج٢ ص٢٤٢، الحديث ٩٨٣. (نعيم)

(٣) قوله: "وهو مال بيت المال" قالوا: وهذا إذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق، فأما إذا كان حرامًا جمع بباطل لم يحل أخذه بحال؛ لأن سبيل الحرام والغصب رده إلى أهله، وليس ذلك بمال عامة المسلمين. (غن)

(٤) أى ثبوت الرزق لأجل الحبس.

(٥) قوله: "كما فى الوصى" فإنه يحبس نفسه لأجل العمل لليتيم، فنفقته فى ماله، قال الله تعالى: ﴿ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف﴾، وفى "صحيح البخارى" قالت عائشة رضى الله تعالى عنها: يأكل الوصى بقدر عمالته، كذا قال الزيلعى. (مل)

(٦) وخرج من بلده، فله نفقته.

(٧) أى الجواز.

(٨) قوله: فيما [أى فى رزق يكون إلخ] يكون كفاية" يعنى إذا أخذ القاضى رزقه على وجه الكفاية، بأن تقلد القضاء ابتداء من غير شرط، ثم رزقه الوالى كفاية؛ لاحتباسه بالقضاء عن الكسب، أما إذا أخذ على الشرط بأن قال فى ابتداء القضاء: إنما أقبل القضاء أن يرزقنى الوالى، كذا فى كل شهر، أو فى كل سنة بمقابلة قضائى بين الناس، وإلا فلا أقبل، فهو باطل؛ لأنه استئجار على الطاعة فلا يجوز. (ك)

(٩) طاعة.

(١٠) ولم ينقل عن محمد أن القاضى هل يأخذ الرزق فى يوم العطلة اختلف المتأخرون فيه، والصحيح أنه يأخذ.

إقامة فرض القضاء إلا به[١]، إذ الاشتغال بالكسب يقعده[٢] عن إقامته.

وإن كان غنيا، فالأفضل الامتناع[٣] على ما قيل، رفقًا[٤] ببيت المال، وقيل: الأخذ[٥] وهو الأصح؛ صيانة للقضاء عن الهوان[٦]، ونظرًا لمن يولى بعده[٧] من المحتاجين[٨]؛ لأنه[٩] إذا انقطع زمانًا يتعذر إعادته[١٠].

ثم تسميته رزقًا يدل على أنه بقدر الكفاية[١١]، وقد جرى الرسم بإعطاءه[١٢] فى أول السنة؛ لأن الخراج يؤخذ فى أول السنة، وهو[١٣] يعطى منه، وفى زماننا الخراج يؤخذ فى آخر السنة، والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية، هوالصحيح.

ولو استوفى[١٤] رزق سنة[١٥]، وعزل قبل استكمالها، قيل: هو على اختلاف معروف[١٦] فى نفقة المرأة[١٧]، إذا ماتت فى السنة بعد استعجال نفقة السنة، والأصح

(خزانة الروايات)

(١١) على القاضى.

(١٢) من بيت المال.

(١٣) القاضى.

(١) أى بالأخذ.

(٢) القاضى.

(٣) عن الآخذ.

(٤) بالفتح: نفع رساندن بكسى. (م)

(٥) أى الأفضل الأخذ وإن كان غنيًا.

(٦) خوار گرديدن. (من)

(٧) القاضى الغنى.

(٨) بيان من.

(٩) رزق.

(١٠) قوله: "يتعذر إلخ" لأن متولى أمور بيت المال يحتج عليه بعدم جرى العادة فيه منذ زمان، فيتضرر القاضى الفقير. (عينى)

(١١) أى ما يكفيه وأهله فى كل زمان. (الدر المختار)

(١٢) الرزق.

(١٣) رزق.

(١٤) أى القاضى فى أول السنة. (غن)

(١٥) مستقبلة.

(١٦) قوله: "على اختلاف معروف إلخ" يعنى على قول محمد يجب رد حصة ما بقى من السنة، وعلى قول أبى يوسف: لا يجب. (ع)

(١٧) قوله: "فى نفقة" إذا عجل لها نفقة السنة، ثم مات أو ماتت قبل مضى المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها

أنه يجب الرد. قال[١]: ولا بأس بأن تسافر الأمة وأم الولد[٢] بغير محرم[٣]؛ لأن الأجانب فى حق الإماء فيما يرجع إلى النظر، والمس بمنزلة المحارم[٤] على ما ذكرنا من قبل[٥]، وأم الولد أمة لقيام الملك فيها، وإن[٦] امتنع بيعها[٧]، والله أعلم بالصواب.

كتاب[٨] إحياء الموات[٩]

قال: الموات ما لا ينتفع به من الأراضى[١٠]؛ لانقطاع الماء عنه، أو لغلبة

بشىء فيه قول أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد: يحتسب لها نفقة ما مضى، وما بقى للزوج إن كان قائما، وقيمته إن كان مستهلكا، وهو قول الشافعى؛ لأنه استعجلت عوضا عما تستحقه بالاحتباس، وقد بطل الاستحقاق بالموت، فيبطل له العوض بقدره،وهو القياس.

ولهما أنه صلة، وقد اتصل بها القبض، ولا رجوع فى الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها، كما فى الهبة، وهذا بالاستحسان، وبه يفتى، كذا فى "الدر المختار"، ولو هلكت النفقة من غير استهلاك لا يسترد شىء منها بالاجماع، كذال فى العناية، وغيرها. (مل)

(١) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٢) وكذا المكاتبة؛ لأنها مملوكة رقبة، وكذا معتقة البعض عند أبى حنيفة. (زيلعى)

(٣) قوله: "ولا بأس بأن تسافر إلخ" قالوا: هذا فى زمانهم لغلبة أهل الصلاح، فأما فى زماننا فلا لغلبة أهل الفساد. (كف)

(٤) فى حق الحرائر. (غن)

(٥) قوله: "على ماذكرنا" إشارة إلى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله: وأما الخلوة بها والمسافرة معها، فقد قيل: يباح كما فى المحارم. (عن)

(٦) متصلة.

(٧) لاستحقاقها الحرية. (غن)

(٨) قوله: "كتاب" مناسبة هذا بكتاب الكراهية يجوز أن يكون من حيث إن فى مسائل هذا الكتاب ما يكره، وما لا يكره. (ع)

(٩) قوله: "إحياء الموات" مشروعيته بقوله ﷺ: «من أحيى أرضًا ميتة فهى له» إحياء الأرض عبارة عن جعلها بحيث ينتفع به، وسببه تعلق البقاء المقدور، وحكمه تملك المحيى ما أحياه. (عناية)

(١٠) قوله: "الموات ما لا ينتفع [هذا قول القدورى فى "مختصره". عينى] إلخ "هذا تحديد لغوى، ويزاد عليه فى الشرع أشياء بيانها فى قوله فما كان منها عاديا إلخ" هذا ما فى "الكفاية" تبعا لتاج الشريعة، وقال فى "نتائج الأفكار": هذا ليس بتام، فإن قيد أن لا يكون له مالك معتبر فى معناه اللغوى أيضًا.

قال فى "الصحاح": والموات -بالفتح- ما لا روح فيه، والموات أيضًا الأرض التى لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد، انتهى، فعلى تقدير أن يجعل ما فى الكتاب تفسيرًا للمعنى اللغوى يكون تفسيرًا بالأعم لصدقه على ماله مالك معروف، لكن لا ينتفع به لأحد من الأمور المذكورة.

أقول: لا بأس بكون التفسير أعم، فإن القدماء جوزوا التعريف بالأعم كما هو مشحون فى كتب الميزان على أن أكثر تعاريف اللغة تعريفات لفظية، وهى تجوز بالأعم، إلا أن يقال: إن هذا مبنى على كون ما فى الكتاب تعريفًا له فى اللغة، والقادح يقدح فيه، تأمل. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقده)

الماء عليه، أو ما أشبه ذلك[١] مما يمنع الزراعة، سمي بذلك[٢] لبطلان الانتفاع به[٣]، قال[٤]: فما كان منها عاديًا لا ما لك له[٥]، أو كان مملوكًا فى الإسلام[٦] لا يعرف مالك بعينه.

وهو[٧] بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر[٨]، فصاح[٩] لا يسمع الصوت فيه[١٠]، فهو موات، قال رضى الله تعالى عنه[١١]: هكذا ذكره القدورى، ومعنى العادى[١٢] ما قدم خرابه[١٣].

والمروى عن محمد أنه يشترط أن لا يكون مملوكًا لمسلم أو ذمى مع انقطاع الارتفاق[١٤] بها[١٥]؛ لتكون ميتة مطلقًا[١٦]، فأما التى هى مملوكة لمسلم أو ذمى لا

---

(١) بأن غلب عليه الرمال أو صارت سبخة. (ع)

(٢) أى الموت.

(٣) فشبهت بالحيوان الذى بطلت منافعه. (عناية)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٥) أى قديم الخراب.

(٦) قوله: "أوكان مملوكًا [فى دار الإسلام] إلخ" هذا قول بعض المشايخ، وقال بعضهم: الأراضى المملوكة أن انقرض أهلها، فهى كاللقطة. (ع)

(٧) الواو حالية.

(٨) قوله: "بحيث إذا وقف [وعن أبى يوسف فى رواية أخرى أن البعد قدر غلوة. ك] إلخ" فى "الذخيرة": الفاصل بين القريب والبعيد مروى عن أبى يوسف قال: يقوم رجل جهورى الصوت من أقصى العمرانات على مكان عال، وينادى بأعلى صوته، فأى الموضع الذى لا يسمع صوته فيه يكون بعيدًا. (ك)

(٩) أى بأعلى صوته. (زيلعى)

(١٠) قوله: "لا يسمع الصوت" وإن كان يسمع فلا؛ لأنه فناء العامر فينتفعون به؛ لأنهم يحتاجون إليه، لرعى مواشيهم وطرح حصائدهم، فلم يكن انتفاعهم منقطعًا عنه ظاهرًا، فلا يكون مواتًا. (زيلعى)

(١١) أى المصنف.

(١٢) قوله: "ومعنى العادى إلخ" سماها عاديًا على أنها خربت على عهد عادة، وفى العادات الظاهرة ما يوصف بطول مضى الزمان عليه ينسب إلى عاد، فمعناه ما تقدم خرابه فيما يعلم أنه لاحق، لا حد فيه. (ك)

(١٣) قوله: "قدم خرابه [خراب ويران شدن]" فلا يعرف له مالك، لا أن يكون منسوبًا إلى عاد، لأن جميع أرض الموات لم يكن لعاد، وإنما كنى بذلك عن القديم؛ لأن عادا كان فى قديم الأيام. (غن)

(١٤) انتفاع.

(١٥) أرض.

(١٦) قوله: "لتكون" أى الأرض ميتة مطلقًا؛ لأن النبى ﷺ ذكر الميتة على الإطلاق، ومطلق الاسم أبدًا ينصرف إلى الكامل، والكامل من المسمى أن لا يكون الأرض مملوكًا لأحد، فإن كان مملوكًا لمسلم أو ذمى، وصار خرابا، وانقطع عنها الماء، وارتفاق الناس بها من حيث المرعى والاحتطاب، فإنه لا يكون ميتة، حتى لا تملك بإذن الإمام عندهم جميعًا. لأن ما كان مملوكًا لمسلم أو ذمى لا يزول الملك عنها بخراب، وبانقطاع الماء عنها والمرافق، بل تصير

تكون مواتًا، وإذا[1] لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين[2]، ولو ظهر له مالك ترد عليه، ويضمن الزارع نقصانها[3]، والبعد عن القرية على ما قال[4]، شرطه أبو يوسف؛ لأن الظاهر أن ما يكون قريبًا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه، فيدار الحكم عليه[5]. ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها[6] حقيقة، وإن[7] كان قريبا من القرية، كذا ذكره الإمام المعروف بـ "خواهر زاده"[8]، وشمس الأئمة السرخسي اعتمد على ما اختاره أبو يوسف[9].

ثم من أحياه بإذن الإمام ملكه[10]، وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة، وقالا: يملكه؛ لقوله عليه السلام[11]: «من أحيى أرضًا ميتة فهي له»*، ولأنه مال مباح سبقت يده[12] إليه، فيملكه كما في الحطب والصيد[13]. ولأبي حنيفة قوله عليه السلام[14]: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه به[15]»**وما روياه[16] يحتمل

لوارثه إن عرف، وإن لم يعرف يرثه جماعة المسلمين، فيكون مملوكًا، والميتة لا تكون مملوكة لأحد.

ولهذا اقتضى إطلاق اسم الميتة أن لا يكون مملوكًا لمسلم، ولا لذمي، وإذا لم يكن الأرض مملوكًا لمسلم، ولا لذمي، وانقطع عنها مرافق الناس، إلا أن الماء لا ينقطع عنها لا تكون ميتة، وإذا انقطع عنها الماء، ولم تكن مملوكة لأحد، إلا أنه لا ينقطع مرافق الناس منها، بأن كان ينتفع بها أهل مصر أو قرية، لا تكون ميتة لهذا. (غن)

(١) من تتمة قول محمد. (ك)

(٢) كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا، فلا يكون لأحد أن يملكه على التخصيص. (ك)

(٣) إن نقصت بالزراعة.

(٤) القدوري.

(٥) قوله: "فيدار الحكم عليه" أي على القرب الذي هو دليل الارتفاق، فالحاصل أن عند أبي يوسف يدار الحكم على القرب والبعد، وعند محمد على حقيقة الارتفاق وعدمه. (غن)

(٦) أرض.

(٧) الواو وصلية.

(٨) في شرح كتاب الشرب. (غن)

(٩) وهو أن ما قرب من العامر لا يكون مواتًا. (غن)

(١٠) هذا من مسائل مختصر القدوري. (غن)

(١١) أخرجه أبو داود في الخراج والترمذي في الأحكام. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٨٨، والدراية ج٢ ص٢٤٤، الحديث ٩٨٤. (نعيم)

(١٢) محي.

(١٣) فإن من احتطب حطبًا في المفازة فهو له، ومن اصطاد صيدًا فهو له. (مل)

(١٤) قلت: رواه الطبراني، وفيه ضعف من حديث معاذ. (ت)

(١٥) أي فيما يحتاج فيه إلى رأي الإمام، وهو من المباحات.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٠، والدراية ج٢ ص٢٤٤ تحت الحديث ٩٨٤. (نعيم)

أنه أذن لقوم لا نصب[١] لشرع، ولأنه مغنوم[٢]؛ لوصوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل[٣] والركاب[٤]، فليس لأحد أن يختص به[٥] بدون إذن الإمام، كما في سائر الغنائم[٦]. ويجب فيه العشر[٧]؛ لأن ابتداء توظيف[٨] الخراج على المسلم لا يجوز، إلا إذا سقاه بماء الخراج؛ لأنه حينئذٍ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء، فلو أحياها[٩] ثم تركها فزرعها غيره، فقد قيل: الثاني أحق بها؛ لأن الأول ملك استغلالها لا رقبتها[١٠]، فإذا تركها كان الثاني أحق بها.

---

(١٦) الصاحبان.

(١) قوله: "يحتمل أنه إذن إلخ" تقريره أن المشروعات على نوعين: أحدهما نصب الشرع، والآخر إذن بالشرع، فالأول كقوله عليه السلام: «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف» والآخر كقوله عليه السلام: «من قتل قتيلا فله سلبه» أي للإمام أن يأذن للغازي بهذا القول، وكان ذلك منه عليه السلام إذنا لقوم معين، فيجوز أن يكون قوله عليه السلام: «من أحيى أرضًا مواتًا فهي له» من ذلك القبيل.

وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل، وما ذكره أبو حنيفة مفسر لا يقبله، فكان راجحًا، وفيه وجه آخر، وهو أن قوله عليه السلام «من أحيى أرضًا ميتة فهي له» يدل على السبب، فإن الحكم إذا ترتب على المشتق يدل على علّية المشتق منه لذلك الحكم، وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا بإذن الإمام، وقوله عليه السلام: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه يدل على ذلك». (ع)

(٢) قوله: "ولأنه" أي ولأن الموات مغنوم؛ لأنه كان في أيدي المشركين، ثم صار في أيدي المسلمين بإيجاف إلخ. (ب)

(٣) إيجاف: راندن ستور بشتاب. (م)

(٤) الخيل والركاب شتران سواري.

(٥) قوله: "فليس لأحد إلخ" وقياسهما على الحشيش والصيد لا يصح، لأن الإمام لا يملك أن يفرد واحدا دون أحد بذلك، حتى إن لو أمر واحدًا أن يأخذ شيئًا من الحشيش، أو صيدًا بعينه من بر، أو بحر لا يملكه المأمور قبل الأخذ والاصطياد، وإن غيره لو أخذ، كان أولى به منه.

بخلاف الموات؛ لأن المأمور بالإحياء يملكه بنفس الأمر قبل الإحياء، إذا خط له خطة، فيكون أولى من غيره، ولأن الإمام يملك الأرضين الموات، لأنه لو باعها جاز، ولا يملك الصيد، ولهذا لو باع الصيد في البر لم يجز، فظهر الفرق بين المقيس والمقيس عليه، كذا ذكره الطحاوي في "شرح الآثار". (عن)

(٦) يعني قبل القسمة. (غن)

(٧) قوله: "ويجب فيه [بعد الإحياء. ذكره تفريعًا على مسألة القدوري. غن] إلخ" وإذا ملك أرض الموات بإذن الإمام أو بغير إذنه على الاختلاف، فزرعها، فإنه ينظر إن زرعها بماء السماء، فهي أرض العشر، وإن زرعها بماء نهر من أنهار المسلمين فعلى قول أبي يوسف حكمها حكم تلك الأراضي التي فيها ذلك، إن كانت من أرض الخراج فهي من أرض الخراج، وإن كانت من أرض العشر فهي من أرض العشر.

وعند محمد: إن كان الماء الذي ساقه إليها من مياه الأنهار العظام، كالنيل والفرات وما أشبهها، فهي من أرض العشر، وإن كان ذلك الماء من نهر حفره الإمام من ماء الخراج، فهي أرض خراج، به أخذ الطحاوي. (شرح الطحاوي للإمام الإسبيجابي)

(٨) مقرر كردن، روز مره كردن بر كسي. (من)

(٩) ذكرها تفريعًا على مسألة المختصر أيضًا. (غن)

(١٠) قوله: ملك استغلالها [أي أخذ منافعها، في "المنتخب" استغلال غلة گرفتن وغلة آوردن خواستن] وإليه ذهب

والأصح أن الأول ينزعها من الثاني ؛ لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث[١] ؛ إذ الإضافة فيه بلام التمليك، وملكه لا يزول بالترك، ومن أحيى أرضًا ميتة[٢]، ثم أحاط الأحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب[٣]. فعن محمد أن طريق الأول فى الأرض الرابعة ؛ لتعينها[٤] لتطرقه[٥] وقصد الرابع إبطال حقه[٦].

قال[٧] : ويملكه[٨] الذمى بالإحياء كما يملكه المسلم ؛ لأن الإحياء سبب الملك إلا أن عند أبى حنيفة إذن الإمام مَن شرطه[٩]، فيستويان[١٠] فيه[١١]، كما فى سائر أسباب الملك[١٢]، حتي الاستيلاء على أصلنا[١٣].

قال[١٤] : ومن حجر أرضًا[١٥]، ولم يعمرها ثلاث سنين، أخذها الإمام ودفعها

الفقيه أبو القاسم أحمد البلخى قياسا على من جلس فى موضع يباح له الانتفاع به، فإذا قام عنه وأعرض بطل حقه. (ع)

(١) قوله: "على ما نطق به [أى من أحيا أرضا ميتة فهى له] إلخ" لقائل أن يقول: الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح، وأما على مذهب أبى حنيفة ففيه نظر؛ لأنه حمله على كونه إذنا شرعا، فكيف يصح الاستدلال به، والجواب أنه وإن كان إذنا لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعا، ألا يرى أن من قال له الإمام: "من قتل قتيلا فله سلبه" ملك سلبه من قتله. (عينى)

(٢) ذكرها على التفريع أيضًا ولم يذكرها ولا ما سبقها محمد فى الكتاب.

(٣) ولو كان معًا فتعيين الطريق على الإمام

(٤)قوله: "لتعينها لتطرقه [أول] إلخ" لأنه حين سكت عن الأول والثانى والثالث، صار الباقى طريقا له، فإذا أحياه الرابع فقد أحيى طريقه من حيث المعنى، فيكون له فيه طريق. (ك)

(٥)قوله: "لتطرقه" تطرق بفتح أول وثانى وضم راء مهملة مشددة، راه كردن وراه يافتن. (غث)

(٦) أول.

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٨) موات.

(٩) الملك.

(١٠) الذمى والمسلم.

(١١) الملك.

(١٢) من الشراء والميراث والشفعة وغيرها.

(١٣) قوله: "حتى الاستيلاء [أما الشافعى: فلا يقول بتملك الكافر أموالنا لو استولى علينا]" أى إنا نملك مال الكافر بالاستيلاء، فكذا الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء، فكذا ههنا. (كف)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٥) قوله: "ومن حجر أرضًا ولم يعمرها [تعمير آباد ساختن. م] إلخ" اعلم أن الاحتجار هو الصحيح، يقال: احتجرت الأرض إذا ضربت عليها منارا، وأعلمت علما فى حدودها للحيازة، كذا فى "المغرب".

وقد ذكر الفقهاء فى معناه التحجير والتحجر أيضًا، ومعناه الإعلام، بأنه قصد إحياء الموات بوضع الحجر ونحوه حوله، واشتقاقه حينئذ من الحجر بفتحتين، أن من الحجر بسكون الجيم، فالمعنى إعلام موضع ا لموات بحجر الغير عن

إلى غيره، لأن الدفع إلى الأول[١] كان ليعمرها، فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج، فإذا لم يحصل[٢] يدفعه[٣] إلى غيره؛ تحصيلا للمقصود.

ولأن التحجير ليس بإحياء ليملكه به؛ لأن الإحياء إنما هو العمارة والتحجير الإعلام[٤]، سمي به[٥]؛ لأنهم كانوا يعلمونه[٦] بوضع الأحجار[٧] حوله، أو يعلمونه لحجر غيرهم عن إحيائه[٨]، فبقي غير مملوك، كما كان، هو الصحيح[٩].

وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله تعالى عنه[١٠]: "ليس لمتحجر[١١] بعد ثلاث سنين حق" *، ولأنه إذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه إلى وطنه، وزمان يهيئ أموره فيه، ثم زمان يرجع فيه إلى ما يحجره[١٢]، فقدرناه بثلاث سنين[١٣]؛ لأن ما دونها من الساعات والأيام والشهور لا يفي بذلك[١٤]، وإذا لم

إحياءه، فإن من أعلم في موضع من الموات علامة، فكأنه منع الغير من إحياء ذلك الموضع، كذا في "غاية البيان" و "الكافي". (مل)

(١) قوله: "لأن الدفع" أقول: لا يتم هذا التعليل؛ لأنه اقتضى أن يأخذه الإمام، ويدفعها إلى الغير بعد الإحياء أيضًا، إذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلا لمنفعة المسلمين من حيث العشر والخراج. (نتائج الأفكار)

(٢) النفع.

(٣) الإمام.

(٤) إعلام -بالكسر- آگاه گردانيدن ونشان كردن. (م)

(٥) الإعلام.

(٦) الموات.

(٧) على الجوانب الأربع.

(٨) قوله: "أو يعلمونه" أي أو يعلمون الموات بشيء آخر سوى الأحجار يمنع غيرهم عن إحيائه. (كفاية)

(٩) أي أن التحجير ليس بإحياء، هو الصحيح؛ لأن الإحياء جعلها صالحة للزراعة. (زيلعي)

(١٠) قلت: رواه أبو يوسف في "كتاب الخراج" عن سعيد بن المسيب. (ت)

(١١) وفي بعض النسخ: محتجر، وصححه بعض الشراح. (عظمى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٠ تحت الحديث الثاني من كتاب إحياء الموات، وذكر أثر عمر رضي الله عنه في الدراية ج٢ ص٢٤٤ تحت الحديث ٩٨٤. (نعيم)

(١٢) فيحييه.

(١٣) قوله: "فقدرناه إلخ" فيجعل له من المدة للرجوع إلى وطنه سنة؛ لأن دار الإسلام من أدناها إلى أقصاها يقطع في سنة، فلعله إنما تحجر في أقصى طريق دار الإسلام، وبلده في الطرف الآخر من دار الإسلام، ولإصلاح أموره سنة، وللرجوع إلى ذلك سنة، فلا ينبغي أن يشتغل إحياء ذلك الموضع غيره إلى ثلاث سنين، ولكن ينتظره ليرجع، وبعد مضي المدة الظاهر أنه قد بدا له، وأنه لا يريد الرجوع إليها، فيجوز لغيرها إحياءها. (كف)

(١٤) قوله: "لا يفي بذلك" أي عموما حتى يشمل جميع المحتجرين. (زيلعي)

يحضر بعد انقضاءها[١]، فالظاهر أنه تركها.

قالوا[٢]: هذا كله ديانة، فأما إذا أحياها غيره قبل مضى هذه المدة[٣] ملكها؛ لتحقق الإحياء منه دون الأول[٤]، فصار كالاستيام[٥]، فإنه يكره، ولو فعل يجوز العقد.

ثم التحجير قد يكون بغير الحجر، بأن غرز[٦] حولها أغصانًا يابسة[٧]، أو نقى الأرض[٨]، وأحرق ما فيها من الشوك[٩]، أو خضد[١٠] ما فيها من الحشيش[١١]، أو الشوك وجعلها حولها، وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة[١٢]؛ ليمتنع الناس من الدخول، أو حفر من بئر ذراعًا، أو ذراعين، وفى الأخير ورد الخبر[١٣]، ولو كربها[١٤] وسقاها. فعن محمد أنه إحياء، ولو فعل أحدهما[١٥] يكون تحجيرًا، ولو حفر أنهارها، ولم يسقها يكون تحجيرًا، وإن كان سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين[١٦]، ولو حوطها[١٧]، أو سنمها[١٨]، بحيث يعصم الماء[١٩] يكون

(١) ثلاث سنين.

(٢) مشايخ.

(٣) ثلاث سنين.

(٤) فإن الاحتجار ليس بإحياء، وإنما هو بمنزلة الاستيام. (غن)

(٥) أى الاستيام على سوم الغير.

(٦) غزر –بالفتح– خلانيدن بسوزن ومثل آن. (تج)

(٧) غصن شاخ درخت.

(٨) تنقية: پاک كردن. (م)

(٩) خار.

(١٠) بريد، أى قطع كما فى قوله تعالى: ﴿فى سدر مخضود﴾. (غن)

(١١) گياه خشک. (م)

(١٢) قوله: "من غير أن يتم [مسناة بند آب. (من) أى بلند نمايد إحاطه خاک را. ترجمه] المسناة" هو ما بنى للسيل ليرد الماء. (عناية)

(١٣) قوله: "وفى الأخير ورد الخبر" قلت: قال السغناقى فى الشرح الأخير: هو حفر البئر، ورد فيه الخبر، وهو قوله عليه السلام: «من حفر من بئر مقدار زراع فهو متحجر»، وهذا الحديث ما رأيته ولا أعرفه ولم أر من ذكره. (تخريج الزيلعى)

(١٤) كرب –بالفتح– شوريدن خاك براى كاشتن. (م)

(١٥) الكراب والسقى.

(١٦) فأشبه الكراب والسقى. (غن)

(١٧) أى جعلها ذا حائط، تحويط ديوار ساختن. (من)

إحياء؛ لأنه من جملة البناء[١]، وكذا إذا بذرها[٢].

قال[٣]: ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر[٤]، ويترك مرعى[٥] لأهل القرية ومطرحًا لحصائدهم[٦]؛ لتحقق حاجتهم إليها حقيقةً[٧]، أو دلالةً على ما بيناه[٨]، فلا يكون[٩] مواتًا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر، وعلى هذا قالوا[١٠]: لا يجوز أن يقطع الإمام[١١] ما لا غنى بالمسلمين عنه، كالملح[١٢] والأبار التى يستقى[١٣] الناس منها؛ لما ذكرنا[١٤].

قال[١٥]: ومن حفر بئرًا فى برية[١٦]، فله حريمها[١٧]، ومعناه إذا حفر فى أرض

---

(١٨) قوله: "أو سنمها [أى جعل لها السنام مأخوذ من سنام البعير]" أراد بالتسنيم جعل المسناة. (غن)
قوله: "أو سنمها" خر پشته وكوهاندار كردن چيزى را، فى منتهى الأرب سنم القبر خرب پشته كرد قبر را، خلاف تسطيح.

(١٩) قوله: "بحيث يعصم الماء" أى يحفظ عن السيلان إلى غيرها. (عينى)

(١) فيكون إحياء

(٢) بذر –بالفتح– تخم كاشتن. (م)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) آباد. (م)

(٥) چراگاه.

(٦) قوله: "لحصائدهم الحصائد" جمع حصيد وحصيدة، وهى الزرع المحصود، ومطرح الحصائد: هو الموضع الذى يلقى فيه الزرع المحصود للكدس. (غن)

(٧) تند محمد.

(٨) قوله: "على ما بيناه [عند أبى يوسف]" إشارة إلى ما ذكره فيما مر، بقوله: والبعد عن القرية على ما قاله: شرطه أبو يوسف؛ لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع، ارتفاق أهلها عنه، فيدار الحكم عليه، ومحمد اعتبر ارتفاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة، وإن كان قريبًا من القرية. (نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار)

(٩) ما قرب من العامر.

(١٠) قوله: "وعلى هذا [أى على تعلق الحق] إلخ" استدل ما افتقر إليه الناس، كالملح والآبار التى يسقى الناس منها، لا يجوز قطع منفعتهم بالإقطاع من أحد، فكذا لا يجوز احياء ما تعلق به حق العامة، كما فى النهر والطريق. (ت)

(١١) قوله: "لا يجوز أن يقطع [عطا كند] الإقطاع فى الأصل: بخشيدن كسى را پاره از زمين خراج، يقال: أقطعه قطيعة] إلخ" أى ليس للإمام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه، يعنى إذا كانت أجمة، أو غيضة، أو بحر يشربون منه، ومملحة لأهل البلدة، فليس للإمام أن يقطع ذلك لأحد، يقال: أقطعه السلطان أرضًا كذا، أى أعطاها ليحييها. (عن)

(١٢) أى كمعادن الملح.

(١٣) استقاء بر كشيدن آب از چاه. (من)

(١٤) إشارة إلى قوله: لتحقق حاجتهم إليها. (ع)

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٦) منسوب إلى البر، وجمعه البرارى. (عظمى)

موات بإذن الإمام عنده أو بإذنه، و بغير إذنه عندهما ؛ لأن حفر البئر إحياء[١].

قال[٢]: فإن كانت للعطن[٣]، فحريمها أربعون ذراعًا[٤]؛ لقوله عليه السلام[٥]: «من حفر بئرًا فله مما حولها أربعون ذراعًا عطنًا[٦] لماشيته»*، ثم قيل: أربعون من كل الجوانب[٧]، والصحيح أنه من كل جانب[٨]؛ لأن في الأراضي رخوة، ويتحول الماء إلى ما حفر دونها[٩]، وإن كانت للناضح[١٠]، فحريمها ستون ذراعًا[١١]، وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة أربعون ذراعًا.

لهما قوله عليه السلام: «حريم العين[١٢] خمس مائة ذراع[١٣] وحريم بئر العطن

---

(١٧) گردا گرد خانه وچاه وجز آن. (م) حتى لا يكون لآخر أن يحفر في حريمها بئرًا، أو يحدث شيئًا. (غن)

(١) قوله: "لأن حفر البئر إحياء" لأنه يصير منتفعا به، فإذا كان إحياء فقد ملكها، ومن ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته، والحريم من ضرورات الانتفاع بالبئر فيملكه. (عيني)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "فإن كانت [البئر] للعطن إلخ" وهي التي ينزح الماء منها باليد، والعطن مناخ الإبل ومبركها حول الماء، وبئر النازح هي التي ينزح الماء منها بالبعير، والنازح هو البعير، كذا في "الكفاية"، وفي "شرح الوقاية": بئر العطن البئر التي يناخ الإبل حولها ويسقى، وبئر النازح البئر التي يستخرج ماءها بالبعير ونحوه. (مل)

(٤) قوله: "فحريمها إلخ" بئر العطن هي بئر الماشية التي يستقي الرجل منها للماشية، ولا يستقى منها الزرع، وكل بئر يستقى منها الزرع بالإبل فهي بئر النازح. (عيني)

(٥) قوله: "لقوله عليه السلام" أخرجه ابن ماجة عن عبد الله بن معقل أن النبي ﷺ قال: «من حفر بئرًا فله أربعون ذراعًا عطنًا لماشيته»، وروى أحمد في "مسنده" عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «حريم البئر أربعون ذراعًا من جوانبها كلها لإعطان الإبل والغنم». (ت)

(٦) عطن: خوابگاه شتر گرد حوض وآرامگاه گوسفند وبز نزديک آب. (م) ليس صفة لبئر حتى يكون مخصصًا، وإنما هو بيان الحاجة إلى الأربعين. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٩١، والدراية ج٢ ص٢٤٥، الحديث ٩٨٥. (نعيم)

(٧) قوله: "أربعون من كل الجوانب" يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع، بظاهر قوله عليه السلام، من حفر بئرًا إلخ" فإنه بظاهره لجميع الجوانب الأربع، والصحيح أنه من كل جانب؛ لأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الأولى، كيلا يحفر أحد في حريمه بئرًا أخرى، فيتحول إليها ماء بئره، وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من جانب بيقين، فإن الأراضي تختلف بالصلابة والرخاوة، وفي أربعين ذراعًا من كل جانب بيقين يندفع الضرر. (ع)

(٨) أي أربعون ذراعًا من كل جانب، إلا أن يتجاوز الحبل أربعين، فيكون له إلى ما يتناهى إليه الحبل. (طحاوي)

(٩) أي دون أربعين ذراعًا من كل جانب.

(١٠) هو البعير الذي يسقى عليه. (غن)

(١١) من كل جانب من جوانبها إلا أن يكون الحبل يتجاوز الستين، فيكون له إلى منتهى حبلها. (طحاوي)

(١٢) چشمه.

(١٣) قلت: غريب. (ت)

أربعون ذراعًا وحريم بئر الناضح ستون ذراعًا[١]»*، ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء[٢]، وقد يطول الرشاء[٣] وبئر العطن للاستقاء منه بيده، فقلت الحاجة[٤]، فلا بد من التفاوت[٥]، وله ما روينا[٦] من غير فصل[٧]، والعام المتفق على قبوله[٨] والعمل به أولى عنده[٩] من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به. ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم[١٠]؛ لأن عمله[١١] فى موضع الحفر والاستحقاق به[١٢]، ففيما اتفق[١٣] عليه الحديثان تركناه، وفيما تعارضا فيه حفظناه[١٤]؛ ولأنه قد يستقى من العطن بالناضح[١٥]، ومن بئر الناضح باليد[١٦]،

(١) هذا رواه بتمامه أبو يوسف فى "كتاب الخراج" عن الزهرى مرفوعًا.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٢، والدراية ج٢ ص٢٤٥، الحديث٩٨٦. (نعيم)

(٢) بركشيدن آب از چاه.

(٣) الحبل.

(٤) فى بئر العطن.

(٥) بين بئرى العطن والناضح.

(٦) أى قوله عليه السلام: «من حفر بئرًا» إلخ. (ك)

(٧) أى بين بئر العطن وبئر الناضح.. (ك)

(٨) قوله: "والعام المتفق إلخ" أراد بالعام المتفق من حفر بئرًا إلخ" وأراد بالخاص المختلف حريم العين إلخ، فإن قلت ليس الحديث السابق عاما، فإنه مقيد ومخصوص بالعطن، قلت: إنما قلنا: إنه عام؛ لأن قوله من حفر بئرًا ليس بمقيد ببئر دون بئر، فيشمل بئر الناضح و بئر العطن جميعًا، فيكون قوله:فله مما حولها إلخ، جزاء وحكما لحفر البئر مطلقًا أية بئر كانت. فثبت هذا الحكم فى بئر الناضح، كما يثبت فى بئر العطن عملا بعمومه، أما قوله: عطنًا لماشيته ليس بتقييد؛ لأنه إنما ذكر بياناً لما يصلح له حريم البئر فى غالب الأحوال وهو قوله مبركًا ومناخًا، للماشية، وحريم بئر الناضح أيضًا يصلح مبركًا للماشية. (غن)

(٩) قوله: "أولى عنده" [إمام أعظم] ولهذا رجح قوله عليه السلام: «ما أخرجت الأرض ففيه العشر» على قوله عليه السلام: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»، وعلى قوله: «ليس فى الخضروات صدقة»، كذا فى "الكفاية".

ولقائل أن يقول: إن هذا الدليل منقوض بما إذا كانت البئر عينًا، فإن حريمها خمسمائة ذراع إجماعًا كما يأتى مع أن ما رواه من قوله عليه السلام: «من حفر بئرا» إلخ لا يفصل، والعام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف فيه فيلزم أن يكون حريمها أيضًا أربعون ذراعًا عنده، كذا فى نتائج الأفكار. (مل)

(١٠) قوله: "ولأن القياس إلخ" مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر فى الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف فى قبوله يعنى لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر تساقطا فيما تعارضا فيه، وهو ما وراء الأربعين، حفظنا القياس فيه. (نت)

(١١) أى عمل صاحب البئر.

(١٢) ففى موضع الحفر استحقاقه. (ع) أى استحقاق الحريم حاصل بالعمل.

(١٣) وهو الأربعون. (ك)

(١٤) قوله: "وفيما تعارضا [أى على سبيل التنزل] فيه" وهو ما وراء الأربعين؛ لأن العام ينفيه، والخاص يثبته، وإنما

فاستوت الحاجة فيهما، ويمكنه أن يدير البعير[1] حول البئر، فلا يحتاج إلى زيادة مسافة.

قال[2]: وإن كانت عينًا فحريمها خمس مائة ذراع[3]؛ لما روينا[4]؛ ولأن الحاجة فيه[5] إلى زيادة مسافة؛ لأن العين تستخرج للزراعة، فلا بد من موضع يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء، ومن موضع يجرى فيه إلى الزراعة، فلهذا يقدر بالزيادة، والتقدير بخمسمائة بالتوقيف[6]، والأصح أنه خمس مائة ذراع[7] من كل جانب، كما ذكرنا فى العطن.

والذراع هو المكسرة[8]، وقد بيناه من قبل[9]، وقيل: إن التقدير فى العين

قلنا ذلك؛ لأن للعام موجبين: أحدهما: أن يكون الحريم أربعين.

والثانى: أن لا يكون زائدا حيث ذكر بكلمة من، وهى للتبعيض والتمييز يمتنع عليه الزيادة. (ك)

قوله: "وفيما أى فيما فيه الاختلاف فى الأحاديث، فإن دفع أنه كيف التعارض، فإن الأول متفق على قبوله، والثانى مختلف فيه، فترجح الأول، والتعارض يقتضى المساواة. (مل)

(١٥) قوله: "ولأن [جواب عما قالا: أى ينزح الماء، فبئر الناضح والعطن من المعنى كبئر واحدة. غن] إلخ" أقول: هذا التعليل ضعيف جدا؛ لأنهم صرحوا بأن المراد من بئر العطن ما يسقى منه باليد، ومن بئر الناضح ما يسقى منه بالبعير، فكيف يتم أن يقال: قد يسقى من بئر العطن بالناضح، ومن بئر الناضح باليد، ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال: فاستوت الحاجة فيهما. (نت)

(١٦) قوله: "ومن البئر الناضح إلخ" عندهم بئر الناضح أن يشد الحبل فى وسط البئر، ويشد الدلو فى الطرف الآخر من الحبل، ثم يساق، فإذا ساق مقدار الحبل يقع الدلو فى رأس البئر، فيؤخذ الماء، فإذا كان بئر الناضح عندهم على هذا التفسير يمكنه نرخ الماء باليد، ويمكن فى العطن الناضح أيضًا، فاستويا. (عينى)

(١) جواب عما قالا.

(٢) أى فى "مختصر القدورى". (غن)

(٣) قوله: "وإن كانت عينًا [چشمه] إلخ" من حفر عينًا فى أرض موات، وملكها بما يملك به مما ذكرنا، فله حريمها، وهو خمسمائة ذراع من كل جانب من جوانبها. (مختصر طحاوى)

(٤) وهو قوله عليه السلام: «حريم العين خمس مائة ذراع». (ك)

(٥) أى فى حريم العين.

(٦) على السماع من الشارع ﷺ.

(٧) أى اختلف المشايخ أنها من كل الجوانب أو من كل جانب، كما اختلفوا فى حريم البئر، والصحيح أنها من كل جانب. (غن)

(٨) قوله: "هو المكسرة" فى المغرب الذراع هو المكسرة ست قبضات، وهى ذراع العامة، وهى ذراع الكرباس، وهو أقصر من ذراع المساحة التى هى ذراع الملك؛ لأن ذراع المساحة سبع قبضات مع رفع الإبهام فى كل مرة، والقبضة أربعة أصابع، والإصبع ست شعيرات، بطون بعضها ملاصقة بظهور بعض.

والشعيرة ست شعرات من شعر البرذون، وإنما وصفت بالمكسرة؛ لأنها نقضت من ذراع الملك بقبضة، وهو بعض الأكاسرة لا الكسرى الأخير، وهذا هو اختيار خواهر زاده، وبعضهم اختاروا ذراع المساحة؛ لأنها اليق بالممسوحات. (مل)

(٩) قوله: "وقد بيناه من قبل" قال بعض الشارحين: أى بين الوجه فى أن خمس مائة يعتبر من كل جانب؛ لأنه لم

والبئر بما ذكرناه[١] فى أراضيهم لصلابة بها، وفى أراضينا رخاوة فيزداد[٢]، كيلا يتحول الماء إلى الثانى فيتعطل الأول.

قال[٣]: فمن أراد أن يحفر فى حريمها منع منه[٤]؛ كيلا يؤدى إلى تفويت حقه، والإخلال به، وهذا[٥] لأنه[٦] بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به، فليس لغيره أن يتصرف فى ملكه. فإن احتفر آخر بئرًا فى حد حريم الأولى للأول[٧] أن يصلحه[٨] ويكبسه[٩] تبرعًا، ولو أراد أخذ الثانى فيه، قيل: له أن يأخذه بكبسه[١٠]؛ لأن إزالة جناية حفره به[١١]، كما فى الكُناسة[١٢] يُلقيها[١٣] فى دار غيره، فإنه[١٤] يؤخذ برفعها، وقيل: يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه، كما إذا هدم جدار غيره[١٥]، وهذا هو الصحيح[١٦]، ذكره فى "أدب القاضى" للخصاف.

يذكر بيان الذراع المكسرة فيما تقدم، قلت: لا نسلم أنه لم يذكرها؛ لأنه ذكر ذراع الكرباس، وهى الذراع المكسرة فى كتاب الطهارة فى باب الماء الذى يجوز به الوضوء، واختيارها توسعة الأمر على الناس؛ لأنها أقصر. (غن)

(١) أى بالأربعين فى البئر والخمس مائة فى العين. (غن)

(٢) قوله: "فيزداد [أى على الأربعين وخمس مائة إذا احتيج إلى ذلك. غن] إلخ" أقول: فيه إشكال؛ إذ المقادير مما لا مدخل للرأى فيه أصلا، وإنما مداره النص من الشارع، كما صرحوا عليه، واتفقوا عليه، والذى ثبت فى البعض فيما نحن فيه ما ذكر، وما قيل: لا غير، فيصير الزيادة عليه عملا بالرأى فيما هو من المقادير، وهو لا يجوز، فليتأمل فى الدفع. (نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "فى حريمها" أى فى حريم العين التى أحياها الأول، أو فى حريم البئر التى أحياها، منع الثانى منه؛ لأنه ربما يذهب ماء البئر الأولى، أو ينقص، ففى الأول فوات حقه، وفى الثانى الإخلال بحقه، وكلاهما لا يجوز؛ لأن فيه ضررا به. (غن)

(٥) المنع.

(٦) أى الحافر.

(٧) أى حافر العين.

(٨) قوله: "أن يصلحه ويكبسه" من باب أعجبنى زيد وكرمه، فيكون العطف للتفسير، فإن الإصلاح بالكبس. (ع)

(٩) كبس بخاک اینباشتن چاه وجوى. (م)

(١٠) قوله: "له أن يأخذه بكبسه" أى يأمر الثانى بكبس البئر التى حفرها. (عينى)

(١١) أى بالكبس.

(١٢) بالضم: آنچه بجاروب رفته باشند. (م)

(١٣) تعديًا. (غن)

(١٤) أى الملقى.

(١٥) قوله: "إذا هدم إلخ" حيث يضمنه نقصان الهدم ثم يبنيه بنفسه. (ع)

(١٦) أى القول الأخير.

وذكر طريق معرفة النقصان[١]، وما عطب[٢] في الأولى[٣]، فلا ضمان فيه؛ لأنه[٤] غير معتد إن كان[٥] بإذن الإمام فظاهر، وكذا إن كان[٦] بغير إذنه[٧] عندهما، والعذر لأبي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيراً[٨]، وهو[٩] بسبيل منه بغير إذن الإمام، وإن[١٠] كان لا يملكه بدونه[١١].

وما عطب في الثانية ففيه الضمان[١٢]، لأنه معتد فيه[١٣] حيث حفر في ملك غيره[١٤]، وإن حفر الثاني[١٥] بئراً وراء[١٦] حريم الأولى، فذهب ماء البئر[١٧] الأولى

(١) قوله: ذكر [الخصاف] طريق معرفة النقصان" وهو أن يقوم الأولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن النقصان بينهما. (ع)

(٢) عطوب: هلاک شدن.

(٣) قوله: "وما عطب [عطوب: هلاک شدن. م] إلخ" أي لا ضمان فيما عطب من البئر الأولى، سواء أحياها بإذن الإمام، أو بغير إذنه جميعاً، وهذا لا يشكل على قولهما؛ لأن له أن يحفره بدون إذن الإمام، ولهذا يملك البئر في الحالتين، فإذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعديا، فلا يضمن ما تولد من حفره، كما لو حفره في داره، وكذالك لا إشكال على قول أبي حنيفة، إن كان حفره بإذن الإمام، فأما إذا كان حفرها بلا إذن الإمام بقي إشكال على قوله.

وحله أن يقال له: ولاية التحجير بلا إذن الإمام، وإن لم يكن له الإحياء بغير إذنه، فيجعل حفره بغير إذن الإمام تحجيراً لا إحياء، فإذا كان كذلك فقد فعل ما له فعله، فلا يكون متعديا فلا يضمن. (غن)

(٤) الحافر.

(٥) الحفر.

(٦) الحفر.

(٧) الإمام.

(٨) قوله: "أنه يجعل إلخ" يعني يجعل الحفر التام بغيرإذن الإمام بمنزلة من حفر بئراً نحو ذراع بإذنه، وثم يكون ذلك تحجيراً، ولم يثبت له الملك بذلك القدر، وكذلك الحفر التام بدون إذن الإمام؛ لأن في الحفر التام وإن وجدت العلة لكن الشرط وهو إذن الإمام لم يوجد، فلم يعمل العلة عملها، فلا يثبت الملك، فيبقى تحجيراً، وبالتحجير لا يكون متعديا، فلا يضمن بالاتفاق. (ك)

(٩) الحافر.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) أي بدون إذن الإمام.

(١٢) على الثاني.

(١٣) أي في الحفر.

(١٤) قوله: "حيث حفر إلخ" أقول: في التعليل قصور؛ لأنه لا يتمشى فيما إذا حفر الأول بغير إذن الإمام على أصل أبي حنيفة، فإنه يجعل الحفر هناك تحجيراً، كما مر آنفاً.

وبمجرد التحجير لا يعتبر البئر الأولى، ولا حريمها ملكاً للمحجر فلا يصدق هناك عل أصله أن يقال: إن الثاني حفر في ملك غيره، فالأولى في التعليل أن يقال: لأنه متعد فيه، حيث حفر في حق غيره، إذ لا شك أن الحق يثبت بالتحجير، كما يثبت بالإحياء.ولهذا لايقدر الإمام أن يأخذها من يد المحجر، ويدفعها إلى غيره، إذا إذا حجر أرضاً، ولم يعمرها ثلاث سنين، كما مر، فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة أيضاً على أصل أئمتنا الثلاثة جميعاً. (نت)

فلا شيء عليه ؛ لأنه غير معتد فى حفرها[١] ، وللثانى الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول[٢] لسبق ملك الحافر الأول فيه[٣] .

والقناة[٤] لها حريم بقدر ما يصلحها ، وعن محمد أنه بمنزلة البئر فى استحقاق الحريم ، وقيل : هو عندهما ، وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الأرض ؛ لأنه نهر فى التحقيق ، فيعتبر بالنهر الظاهر ، قالوا : وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فواره[٥] ، فيقدر حريمه بخمس مائة ذراع .

والشجرة تغرس فى أرض موات لها حريم أيضاً[٦] ، حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجراً فى حريمها ؛ لأنه يحتاج إلى حريم له ، يجد[٧] فيه ثمره ، ويضعه فيه ، وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب ، به ورد الحديث[٨] .

---

(١٥) هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعًا. (غن)

(١٦) أى خارج.

(١٧) وعرف أن ذهاب ذلك من حفر الثانى. (كف)

(١) قوله: "لأنه [أى الحافر الثانى] غير معتد [والماء تحت الأرض غير مملوك لأحد فلا يكون له المخاصمة بسببه. زيلعى] إلخ" لأن له أن يحفر بئرًا خارج حريم الأول، والحافر سبب، فإذا لم يكن متعديا فى التسبيب لا يكون عليه ضمان. (غن)

(٢) الذى هو حريم البئر الأول. (غن)

(٣) أى فى الجانب الأول.

(٤) قوله: "والقناة [القناة مجرى الماء تحت الأرض. ع] إلخ" ذكرها تفريعًا، وهى من مسائل الأصل، يعنى إذا خرج قناة فى أرض موات، فهى بمنزلة البئر، فلها من الحريم ما للبئر، كذا قال فى "الأصل"، ولم يزد هذا، وقال فى الشامل: القناة لها حريم مفوض إلى رأى الإمام؛ لأنه لا نص فى الشرع، وقال المشايخ: هذا الذى ذكره فى "الأصل" قولهما، عند أبى حنيفة لا حريم لها إلخ.

وقال أبو يوسف فى "كتاب الخراج": واجعل للقناة من الحريم ما لم يسنح على وجه الأرض مثل ما جعل على الأرض بالآبار، فإذا ظهر الماء وسنح على وجه الأرض، جعلت حريمه كحريم النهر. (غن)

قوله: "والقناة" قال شارح المواقف: إن لم يجعل مسيل فهو البئر، وإن جعل فهو القناة، ونسبته إلى الآبار كنسبة العيون السيالة إلى الراكدة، وفى شرح النصاب القناة كاريز، وكاريز آنرا گويند كه بزير زمين آب پوشيده بجاى ازجاى رود،وفى البرهان القاطع كاريز جوى آبى را گويند، كه در زير زمين بكنند، تا آب ازان روان شود. (مل)

(٥) بسيار جوش زننده.

(٦) قوله: "والشجرة إلخ" ذكرها تفريعًا على مسألة المختصر، قال شيخ الإسلام خواهر زاده فى "شرح كتاب الشرب": لم يذكره محمد فى الكتاب، أى فى "الأصل". (غن)

(٧) الجد: بريدن خرما از خرما بن. (من) الجد فى الأصل: القطع، ومنه جد النخل أى قطع ثمره جدادًا. (مغرب)

(٨) قوله: "به ورد الحديث [روى أبو داود فى "سننه" فى آخر الأقضية: «أنه عليه السلام جعل حريم الشجر خمسة أذرع»]" فإن رجلا غرس شجرة فى أرض فلاة، فجاء آخر، فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته، فشكا صاحب الشجرة الأولى إلى النبى ﷺ، فجعل له النبى ﷺ من الحريم خمسة أذرع، وأطلق الآخر فيما وراء ذلك، وهذا

قال[١]: وما ترك الفرات[٢]، أو الدجلة[٣] وعدل[٤] عنه الماء، ويجوز عوده إليه لم يجز إحياؤه؛ لحاجة العامة إلى كونه نهراً[٥]، وإن كان لا يجوز أن يعود إليه، فهو كالموات[٦] إذا لم يكن حريمًا لعامر؛ لأنه ليس فى ملك أحد؛ لأن قهر الماء يدفع قهر غيره[٧]، وهو اليوم[٨] في يد الإمام.

قال[٩]: ومن كان له نهر[١٠] فى أرض غيره، فليس له حريم عند أبى حنيفة إلا أن يقيم بينة على ذلك[١١].

وقالا: له مُسنّاة النهر[١٢] يمشى عليها ويلقى عليها طينه[١٣]، قيل: هذه المسألة بناء على أن من حفر نهراً فى أرض موات بإذن الإمام لا يستحق الحريم عنده،

حديث صحيح مشهور، كذا فى "مبسوط شيخ الإسلام". (ك)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) أى نهر الكوفة.

(٣) نهر البغداد.

(٤) أى ميل كرد وبر گشت.

(٥) قوله: "لحاجة العامة إليه" لأن الفرات والدجلة ملك لجماعة المسلمين، فإذا جاز عود الماء إليه لم ينقطع الحكم الأول، وكان الماء لم يذهب عنه. (غن)

(٦) فقد صار ذلك الموضع كسائر الأراضى التى لا ينتفع بها، وليس لها مالك معين، فهو موات يقف إحياءها على إذن الإمام وعلى أن لا يكون بقرب العامر. (غن)

(٧) قوله: "لأن قهر [غلبة] الماء إلخ" الإحياء شرطه أن يكون الأرض فى قهر الإمام، فإذا عدل عنه ولم يجز عوده فات قهر الماء، فصار فى قهر الإمام، فيجوز إحياءه إذا لم يكن حريما بعامر. (ك)

(٨) بعد عدول الماء.

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) أى له نهر وفى جوانبه أرض غيره.

(١١) قوله: "إلا أن يقيم بينة [أى على أن الحريم ملكه والمسناة له] إلخ" قال فى شرح الطحاوى: ولو أن نهرا لرجل، وأرضًا على شط النهرلرجل آخر، فتنازعا فى المسناة، فإن كان بين الأرضين وبين النهر حائل كالحائط ونحوه كان المسناة لصاحب النهر بالإجماع، وإن لم يكن بينهما حائل.

قال أبو حنيفة: هى لصاحب الأرض، ولصاحب النهر فيها حق تسييل الماء، حتى إن صاحب الأرض إذا أراد رفعها كان لصاحب النهر منعه عن ذلك، ولصاحب الأرض أن يغرس فيها؛ لأن الملك له، وليس لصاحب النهر منعه عن ذلك.

وقال صاحباه: المسناة ملك لصاحب النهر، وقال شيخ الإسلام خواهر زاده فى شرح فى كتاب الشرب: وإنما يظهر ثمرة الخلاف، فى أن الغرس والزراعة لمن يكون، فعلى قول أبى حنيفة: لرب الأرض، وعلى قولهما لصاحب النهر. (غن)

(١٢) قوله: "وقالا له إلخ" ذكر فى "كشف الغوامض": أن الاختلاف فى نهر كبير لا يحتاج إلى كريه فى كل حين، أما الأنهار الصغار التى يحتاج إلى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق، هكذا ذكر فى "النهاية"، وظاهر كلام المصنف ينافيه. (ع)

(١٣) عند الكرخى. (زيلعى)

وعندهما يستحقه(١)؛ لأن النهر لا ينتفع به(٢) إلا بالحريم لحاجته إلى المشى(٣) لتسييل الماء، ولا يمكنه المشى عادة فى بطن النهر، وإلى إلقاء الطين، ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج، فيكون له الحريم، اعتبارًا بالبئر(٤).

وله أن القياس يأباه(٥) على ما ذكرناه(٦)، وفى البئر عرفناه بالأثر(٧)، والحاجة إلى الحريم(٨) فيه(٩) فوقها إليه(١٠) فى النهر؛ لأن الانتفاع بالماء فى النهر ممكن(١١) بدون الحريم(١٢)، ولا يمكن(١٣) فى البئر إلا بالاستقاء(١٤)، ولا استقاء إلا بالحريم، فتعذر الإلحاق(١٥).

ووجه البناء(١٦) أن باستحقاق الحريم(١٧) تثبت اليد عليه اعتبارًا تبعًا للنهر،

---

(١) قوله: "وعندهما يستحقه" فيثبت له الحريم كالبئر، ثم لم يذكر قدر الحريم على قولهما فى الأصل، بل قالا: له من الحريم قدر ما لا يستغنى عنه النهر، وكذلك لم يقدر فى "الجامع الصغير" أيضًا، وقال خواهر زاده فى "مبسوطه": قالوا: قد ذكر فى "النوادر" فى تقدير الحريم خلاف بينهما، فعلى قول محمد: يمسح بطن النهر، ثم يجعل من كل جانب نصف بطن أرض النهر، وقال أبو يوسف: من كل جانب مقدار بطن النهر، وذكر أبو الليث الخلاف بخلاف هذا. (غن)

(٢) قوله: "لا ينتفع [فالظاهر شاهد لصاحب النهر. غن] إلخ" لأن قوام النهر بالحافتين، وصاحب النهر لا يستمسك الماء إلا بهما، فكان هو المستعل لهما، فكان أولى. (غن)

(٣) قوله: "لحاجته إلخ" أى صاحب نهر محتاج است باينكه مشى كند بركناره آن براى روان كردن آب وقتيكه بند شود بسبب چيزى. (ترجمه)

(٤) قوله: "اعتبارًا بالبئر" يعنى بجامع الاحتباس، فإن استحقاق الحريم للحاجة، فهى موجودة فى النهر، كهى فى البئر والعين، فتعدى الحكم منها إليه. (ع)

(٥) أى ثبوت الحريم.

(٦) قوله: "على ما ذكرناه [أى فى بئر الناضح]" وهو قوله: لأن القياس يأبى استحقاق الحريم؛ لأن عمله فى موضع الحضر أى الاستحقاق بالعمل، وهو الحفر، ولا عمل فى غير موضع الحفر فلا يستحق. (ك)

(٧) قوله: "عرفناه بالأثر [الذى تقدم]" فكان الحكم معدولا به عن القياس فى الأصل، فلا يصح تعديته. (ع)

(٨) جواب عن قولهما: بأن صاحب النهر يحتاج إلى الحريم.

(٩) أى فى البئر.

(١٠) الحريم.

(١١) ويمكنه نقل التراب إلى الموضع آخر، ويمكنه المرور فى النهر. (غن)

(١٢) قوله: "ممكن" غير أنه يلحقه بعض الحرج فى نقل الطين، والمشى فى وسطه. (عينى)

(١٣) الانتفاع.

(١٤) آب بر كشيدن ازچاه.

(١٥) قوله: "فتعذر الإلحاق [أى إلحاق النهر بالبئر]" إذ شرط القياس أن يكون الفرع نظير الأصل، ألا ترى أن من بنى قصرا فى الصحراء لا يستحق لذلك حريمًا، وإن كان يحتاج إليه، لا لقاء الكناسة؛ لأنه يمكنه الانتفاع بدون الحريم، فلا يقاس على البئر. (زيلعى)

(١٦) قوله: "ووجه البناء إلخ" أى وجه بناء مسألة المختصر على مسألة من حفر نهرا على المذهبين، أن باستحقاق

والقول لصاحب اليد[(١)]، وبعدم استحقاقه تنعدم[(٢)] اليد، والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره إن شاء الله تعالى[(٣)].

وإن كانت مسألة مبتدأة[(٤)]، فلهما أن الحريم في يد صاحب النهر، باستمساكه الماء به[(٥)]، ولهذا[(٦)] لا يملك صاحب الأرض نقضه، وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى، أما صورة فلاستواءهما[(٧)]، ومعنى من حيث صلاحيته للغرس[(٨)] والزراعة.

والظاهر شاهد لمن في يده[(٩)] ما هو أشبه به، كاثنين تنازعا في مصراع[(١٠)] باب ليس في يدهما[(١١)]، والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه، والقضاء في موضع الخلاف[(١٢)] قضاء ترك[(١٣)].

الحريم يثبت اليد لصاحب النهر عليه عندهما اعتبارًا لا حقيقة، كما يثبت اليد على النهر حقيقة، والقول في المنازعة لصاحب اليد، وعند أبي حنيفة لما لم يثبت استحقاق الحريم لا يثبت اليد أيضًا عليه، فكان الظاهر شاهدا لصاحب الأرض، فالقول لمن يشهد له الظاهر. (ع)

(١٧) أي عندهما.

(١) أي عند أبي حنيفة.

(٢) فيقيم البينة على الحريم.

(٣) وهو قوله: إنه أشبه بالأرض صورة ومعنى. (ك)

(٤) قوله: "وإن كانت مسألة إلخ" هذا إشارة إلى قول أهل التحقيق من مشايخنا حيث قالوا: هذه مسألة ابتدائية، لا بناء على مسألة من حفر نهرا في أرض موات؛ لأن ثمه للنهر حريما بالاتفاق، وإنما الخلاف ههنا فيما إذا يعرف أن المسناة في يد من هي. (غن)

(٥) قوله: "باستمساكه الماء إلخ" أي لاستمساك الماء في النهر، وإلقاء الطين عليه، والاستعمال يد، فباعتبار أنه في يده جعل القول قوله، كما لو تنازعا في ثوب واحد هما لابسه. (كف)

(٦) لكون الحريم لصاحب النهر

(٧) قوله: "فلاستواءهما [أي لاستواء الحريم والأرض. (غن) بخلاف النهر. كف]" يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم يكن المسناة مرتفعة على الأرض، وأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهو لصاحب النهر؛ لأن الظاهر ارتفاعه لإلقاء طينه. (ع)

(٨) بالفتح: درخت نشاندن. (م)

(٩) وهو صاحب الأرض.

(١٠) پله دروازه.

(١١) ذلك المصراع.

(١٢) أي في مسألة من كان له نهر في أرض غيره. (ع)

(١٣) قوله: "قضاء ترك" يعني ليس قضاء ملك واستحقاق، فالمراد بقضاء الترك أن يترك في يد صاحب الأرض عنده، وفي يد صاحب النهر عندهما، فعنده لو أقام صاحب النهر على الحريم، والمسناة بينة، يقضى له بها، فلو كان القضاء قضاء ملك، واستحقاق لم يقض له؛ لأن المقضي عليه في حادثة لا يكون مقضيا له في تلك الحالة أبدًا. (مل)

ولا نزاع فيما به استمساك الماء[١]، إنما النزاع فيما وراءه مما[٢] يصلح للغرس، على أنه إن كان[٣] مستمسكًا به ماء نهره، فالآخر[٤] دافع به الماء عن أرضه[٥]. والمانع[٦] من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل، ولآخر عليه جذوع لا يتمكن[٧] من نقضه، وإن[٨] كان ملكه.

وفي "الجامع الصغير"[٩]: نهر لرجل إلى جنبه مسناة، ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها، وليست المسناة في يد أحدهما[١٠]، فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة، وقالا: هي لصاحب النهر حريمًا لملقى طينه وغير ذلك. وقوله: وليست المسناة[١١] في يد أحدهما، معناه ليس لأحدهما عليه[١٢] غرس[١٣]، ولا طين ملقى، فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف[١٤]، أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك[١٥]، فصاحب الشغل أولى[١٦]؛ لأنه صاحب يد. ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه، فهو من مواضع الخلاف أيضًا[١٧]، وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده[١٨]، وعندهما لصاحب النهر، وأما إلقاء الطين فقد قيل: إنه على

(١) قوله: "ولا نزاع إلخ" جواب عن قولهما: إن الحريم في يد صاحب النهر بإمساك الماء. (ع)

(٢) بيان ما.

(٣) صاحب النهر.

(٤) أي صاحب الأرض.

(٥) قوله: "فالآخر دافع إلخ" فاستويا من هذا الوجه، وترجح صاحب الأرض بما ذكره. (زيلعي)

(٦) جواب عن قولهما: ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه. (ع)

(٧) ذلك الرجل، رعاية لصاحب الجذوع. (كفاية)

(٨) الواو وصليه.

(٩) قوله: وفي الجامع الصغير إلخ" إنما أورد رواية الجامع الصغيرلينكشف موضع الخلاف، أي أن الخلاف فيما إذا لم يكن الحريم في يد أحد. (ك)

(١٠) أي صاحب النهر وصاحب الأرض.

(١١) بند آب.

(١٢) أي على المسناة بتأويل الحريم. (ع)

(١٣) درخت در زمين نشانده شد.

(١٤) قوله: "موضع الخلاف" وهو أن يكون الحريم موازيا للأرض، لا فاصل بينهما، وأن لا يكون مشغولا بحق أحدهما. (كف)

(١٥) أي الغرس، أو الطين الملقى.

(١٦) بالاتفاق. (ك)

(١٧) قوله: "فهو من مواضع الخلاف [بين الإمام وصاحبيه] إلخ" فعنده الأشجار لرب الأرض، وعندهما لرب النهر. (كف)

(١٨) قوله: "إن ولاية إلخ" فإنه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرف النهر لصاحب الأرض،

الخلاف[١]، وقيل[٢]: إن لصاحب النهر ذلك[٣] ما لم يفحش. وأما المرور فقد قيل: يمنع صاحب النهر عنده، وقيل[٤]: لا يمنع للضرورة، قال الفقيه أبو جعفر[٥]: آخذ بقوله في الغرس[٦]، وبقولهما: في إلقاء الطين. ثم عن أبي يوسف أن حريمه[٧] مقدار نصف بطن النهر[٨] من كل جانب، وعن محمد[٩] مقدار بطن النهر من كل جانب، وهذا[١٠] أرفق بالناس[١١].

فصول في مسائل الشرب[١٢]

فصل في المياه[١٣]:

وإذا كان لرجل نهر أو بئر، أو قناة، فليس له أن يمنع شيئًا من الشفة[١٤]، والشفة

ولصاحب النهر حريم عندهما، ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الأرض عنده، ولصاحب النهر عندهما، إذ لا شك أن ولاية الغرس في موضع لمن يستحق ذلك الموضع. (نت)

(١) أي عنده لا يلقى صاحب النهر الطين على الحريم، وعندهما هما يلقى.

(٢) وهو الصحيح. (كف)

(٣) قوله: "إن لصاحب إلخ" فالحريم لأيهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور وإلقاء الطين، ولا يغرس إلا المالك؛ لأنه يبطل حقه. (زيلعي)

(٤) وهوالأشبه.

(٥) الهندواني.

(٦) قوله: "آخذ بقوله إلخ" أي آخذ بالقولين جميعًا آخذ بقول أبي حنيفة في أن الملك لصاحب الأرض، وآخذ بقولهما في أن لصاحب النهر إلقاء طينه على الحافتين، ولصاحب الأرض أن يغرس ما لا يمنع إلقاء الطين على الحافتين، كذا ذكر الفقيه أبو الليث. (غن)

(٧) أي النهر.

(٨) وهو اختيار الطحاوي.

(٩) وهو اختيار الكرخي. (زيلعي)

(١٠) أي قول محمد.

(١١) أي أرباب النهر.

(١٢) قوله: "الشرب" في "المغرب": الشرب بالكسر النصيب من الماء، وفي الشريعة: عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للمزارع والدواب.

قال الإمام نجم الدين: وبضم الشين فعل الشارب وهو المصدر من حد علم، وبفتحها المصدر أيضًا، ويكون جمع شارب أيضًا، كالصاحب والصحب. (منافع)

(١٣) قوله: "فصل في المياه" مسائل هذه الفصول كلها من ههنا إلى كتاب الأشربة ليست بمذكورة في البداية؛ لأنها ليست في "الجامع الصغير" و "مختصر القدوري"، وإنما ذكرها شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" في شرح "كتاب الشرب".

ثم لما ذكر إحياء الموات ذكر عقيبها مسائل الشرب؛ لأن الإنسان إذا أحيى مواتًا احتاج لا محالة إلى الماء، فذكر الشرب وهو النصيب من الماء بعد ذلك، وقدم فصل الماء على فصل كرى الأنهار؛ لأن الماء هو الأصل، فقدم لأصالته. (غن)

(١٤) قوله: "الشفة" أصل الشفة شفهه، ولهذا تقول في تصغيرها: شفيهة، وفي جمعها شفاه، والتصغير والتكسير

الشرب لبني آدم والبهائم.

اعلم أن المياه أنواع: منها ماء البحار(١)، ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة، وسقى الأراضي، حتى إن من أراد أن يكرى(٢) نهرًا منها إلى أرضه، لم يمنع من ذلك، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع(٣) بالشمس والقمر والهواء، فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء.

والثانى ماء الأودية العظام(٤)، كجيحون وسيحون(٥) ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الإطلاق وحق سقى الأراضى، بأن أحيى واحد أرضًا ميتة، وكرى منه نهرا ليسقيها، إن كان(٦) لا يضر بالعامة، ولا يكون النهر فى ملك أحد؛ لأنها(٧) مباحة فى الأصل، إذ قهر الماء يدفع قهر غيره(٨).

يردان الأشياء إلى أصولها، وحذفت الهاء تخفيفا، يقال: هم أهل الشفة، أى لهم حق الشرب بشفاههم وأن يسقوا بماءهم. (غن)

(١) بحر: جوى بزرگ ودرياى شور. (غن)

(٢) أى يحفر.

(٣) قوله: "كالانتفاع إلخ" لأن هذا الماء ليس لأحد فيه حق على الخصوص، فإن ذلك الموضع غير داخل تحت قهر أحد؛ لأن قهر الماء يمنع قهر غيره. (ك)

(٤) قوله: "ماء الأدوية [وادى رود]" هى جمع الوادى على غير القياس، وأصل التركيب يدل على الجرى، والخروج فسمى الوادى به؛ لأن الماء يدى فيه أى يجرى ويسيل، فكان فيه إطلاق اسم الحال على المحل، كذا فى الصحاح وغيره. (ك)

(٥) قوله: "كجيحون وسيحون إلخ" فى الكفاية أن جيحون نهر خوارزم، وسيحرن نهرالترك، ودجلة بغير حرف التعريف نهر بغداد، والفرات نهر الكوفة، وقال العلى القارى فى شرح "المشكاة": إن سيحون نهر الهند وجيحون نهر بلخ، كذا قال القرطبى فى تفسيره عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه.

وقال النووى: إن سيحان وجيحان غير سيحون وجيحون، واتفقوا على أن جيحون بالواو نهر خراسان، وقيل: سيحون نهر بالهند. وفى "صحيح مسلم": عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «سيحان وجيحان والفرات والنيل كل منهما أنهار الجنة»، والنيل نهر مصر، وإنما جعل الأنهار الأربعة من أنهار الجنة لما فيها من العذوبة والهضم، ولتضمنها البركة الآلهية وتشرفها بورود الأنبياء عليها وشربهم عنها.

وقال القاضى عياض: معنى كون هذه الأنهار من الجنة أن الإيمان عم ببلادها، وإن الأجسام المتغذية بماءها صائرة إلى الجنة، والأصح أنها على ظاهرها، وأن لها مادة من الجنة مخلوقة؛ لأنها موجودة اليوم عند أهل السنة، وفى الخبر عن كعب الأحبار رضى الله تعالى عنه نهر إلنيل نهر العسل ونهر دجلة نهر اللبن ونهر الفرات نهر الخمر ونهر سيحان نهر الماء فى الجنة. وقال الشيخ محى الدين بن العربى فى "الفتوحات" فى الباب الثانى وثلاث مائة من "الفتوحات المكية": فأهل الكشف يرون نهر النيل والفرات وسيحان وجيحان نهر عسل وماء خمر ولبن، كما هو فى الجنة، فإن النبى ﷺ أخبر أن هذه الأنهار من الجنة، ومن لم يكشف الله عن بصره، وبقى فى عمى حجابه لا يدرك ذلك، كذا فى "سبحة المرجان". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٦) أى كرى النهر.

(٧) الأودية.

(٨) قوله: "يدفع قهر إلخ" فلا يكون محرزًا، والملك بالإحراز، وإذا لم يكن مملوكًا لأحد كان لكل أحد أن ينتفع به. (ت)

وإن كان[١] يضر بالعامة، فليس له ذلك؛ لأن دفع الضرر عنهم واجب، وذلك[٢] فى أن يميل الماء إلى هذا الجانب، إذا انكسرت ضفته[٣]، فيغرق القرى والأراضى، وعلى هذا[٤] نصب الرحى[٥] عليه[٦]؛ لأن شق النهر للرحى كشقه للسقى به، والثالث إذا دخل الماء فى المقاسم[٧]، فحق الشفة ثابت[٨].

والأصل فيه[٩] قوله عليه السلام[١٠]: «الناس شركاء فى ثلاث فى الماء[١١]

---

(١) أى كرى النهر.

(٢) أى الضرر.

(٣) قوله: "إذا انكسرت ضفته [ضفة –بالكسر وتشديد الفاء– كناره جو وكناره دريا. م]" أى ضفة النهر وهى حافته، ورواها صاحب "المغرب" –بكسر الضاد وفتحها– جميعًا، وفى الديوان بالكسر جانب النهر، وبالفتح جماعة الناس. (غن)

(٤) يعنى إذا كان لايضر بالناس العامة جاز، وإلا فلا. (غن)

(٥) آسيا. (م)

(٦) نهر.

(٧) أى دخل فى قسمة قوم يقسمه الإمام فيما بينهم. (غن)

(٨) قوله: "فحق الشفة إلخ" فالناس شركاء فى حق الشفة بسقى أنفسهم ودوابهم فى ذلك، وإن نفد الماء كله وليس لأهله أن يمنعوا أحداً من الشفة. (ك)

(٩) أى فى ثبوت حق الشفة.

(١٠) قوله: " قوله عليه السلام" أخرجه أبو داود فى "سننه" فى البيوع وابن ماجة فى "سننه" فى الأحكام. (ت)

(١١) قوله: "فى الماء" يريد به الماء الذى لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والأنهار، والمراد بالشركة شركة الإباحة لا شركة ملك، فمن سبق فى أخذ شيء من ذلك فى وعاء أو غيره، وأحرزه فهو أحق به، وهو ملك له دون ما سواه، فخرج من أن يكون مباحا كالصيد إذا أحرز، فلا يجوز لأحد أن ينتفع به إلا بإذنه.

وشرط الجواز الانتفاع به أن لا يضر بالعامة بأن يميله بالكرى، أو نصب الرحى، فليس له ذلك؛ لأن الانتفاع بالمباح لا يجوز، إلا إذا كان لا يضر لأحد، كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء، كذا قال الزيلعي والإتقاني. (مل)

قوله: "فى الماء إلخ" قلت: روى من حديث رجل، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث ابن عمر، فحديث الرجل، أخرجه أبو داود فى سننه فى البيوع عن جرير بن عثمان عن حبان عن رجل من الصحابة قال: غزوت مع رسول الله ﷺ، فسمعته يقول: «المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار».

ورواه أحمد فى "مسنده"، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" فى الأقضية، وأسند ابن عدى فى الكامل عن أحمد وابن معين أنهما قالا فى جرير: ثقة، وذكره عبد الحق فى أحكامه من جهة أبى داود، وقال: لا أعلم روى عن حبان الأجرير بن عثمان، وقد قيل: فيه مجهول، وقال البيهقى فى "المعرفة": وأصحاب النبى ﷺ كلهم ثقات، وترك ذكر أسماءهم فى الإسناد، لا يضر إن لم يعارضه ما هو أصح منه.

وأما حديث ابن عباس فأخرجه ابن ماجة فى "سننه" عن عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء فى ثلاث الماء والكلاء والنار».

وقال عبد الحق فى أحكامه: قال البخارى: عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب منكر الحديث، وضعفه أيضاً أبو زرعة، وقال فيه: أبو حاتم ذاهب الحديث، وأقره ابن القطان عليه.

وأما حديث ابن عمر فرواه الطبرانى فى "معجمه" حدثنا الحسين بن إسحاق التسترى حدثنا يحيى الحمانى حدثنا قيس بن الربيع عن زيد عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء فى ثلاث الماء والكلأ والنار».

والكلأ[١] والنار[٢]»*، وأنه ينتظم الشِرب[٣]، والشـرب خص منه الأول[٤]، وبقى الثانى، وهو الشفة، ولأن البئر ونحوها[٥] ما[٦] وضع للإحراز، ولا يملك

---

(١) قوله: "والكلأ" أما الشركة فى الكلأ: فعلى أوجه: بعضها أعم من بعض، فالأعم منها أن يكون الحشيش فى أراضي لا تكون مملوكة لأحد يكون الناس فى ذلك شركاء فى الرعى والاحتشاش، ليس لأحد أن يمنع إنسانًا من ذلك، وهى كالشركة فى ماء البحار.

وشركة أخرى أخص من هذه، هو أن يكون الكلأ فى أرض مملوكة نبت بنفسه، لا بإنبات صاحب الأرض، فلا يملك صاحبه بكونه فى أرضه، بل للناس فيه شركة حتى لو أخذه إنسان وقطعه وأحرزه، صار ملكا له.

إلا أن لصاحب الأرض أن يمنعه من الدخول فى أرضه لأجل الكلأ، فإن كان يجد المريد الكلأ فى موضع آخر غير مملوك لأحد قريب من ذلك الأرض، يقال له: خذ من ذلك، وإن لم يجد، يقال لصاحب الأرض: إما أن تعطيه بيدك، أو ائذن له حتى يأخذ حقه.

وأما الحشيش الذى أنبته صاحب الأرض، بأن سقى أرضه وكربها، فأنبت الحشيش فيها لدوابه، فهو أحق بذلك، وليس لأحد أن ينتفع به إلا برضاه؛ لأنه حصل بكسبه، والكسب للمكتسب.

والشجر إذا نبت فى أرض إنسان، يكون لصاحب الأرض، والشجر ما له ساق نحو السوس والشوك والحشيش ما لا ساق له إذا نبت، بل ينبسط على وجه الأرض كالإذخر ونحوه، كذا فى "غاية البيان" و"الكفاية". (مل)

قوله: "والكلأ" قال الخطابى: معناه الكلأ الذى نبت فى موات الأرض يرعاه الناس، ليس لأحد أن يختص به دون أحد، ويحجره عن غيره، قال: وقوله: «والنار»، فسره بعض أهل العلم بالحجارة التى توقد النار، يقول: لا يمنع أحد أن يأخذ منها حجرا يوقد به النار.

فأما التى يوقدها الإنسان، فله أن يمنع غيره من أخذها، وقال بعضهم: له أن يمنع من يريد أن يأخذ منها جذوة من الحطب الذى قد احترق، فصار حجرا، وليس له أن يمنع من أراد أن يستصبح فيها مصباحا، أو أدنى منها يشتغل بها؛ لأن ذلك لا ينقض من عينها شيئًا.

وقال في "النهاية": أراد بالكلأ المباح الذى لا يختص بشيء، وبالماء ماء العيون والأنهار التى لا مالك لها، وأراد بالنار الشجر الذى يحتطبه الناس من المباح فيوقدونه، وذهب بعضهم إلى أن الماء لا يملك، ولا يصح بيعه مطلقًا، وذهب آخرون إلى العمل بظاهر الحديث، والصحيح هو الأول. (مرقاة الصعود إلى سنن أبى داود للسيوطى)

(٢) قوله: "والنار" أما الشركة فى النار فهو أن الرجل إذا أوقد نارًا فى مفازة، فإن هذه النار تكون مشتركًا بينه وبين الناس أجمع، حتى لو جاء إنسان وأراد أن يستضئ بضوء هذه النار، أو أراد أن يخيط ثوبًا له حول النار، أو يصطلى بها فى زمان البرد، أو أن يتخذ منه سراجًا، ليس لمن أوقد النار أن يمنع الغير من ذلك، إلا أن يكون أوقد النار فى موضع مملوك له، فإن له أن يمنعه من الانتفاع بملكه لا بالنار.

وإذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر، فليس له ذلك؛ لأنه ملك صاحبه؛ لأن ذلك حطب أو فحم، أحرزه الذى أوقد النار، فإن أخذ من ذلك الجمر نظر، فإن كان ذلك مما له قيمة إذا جعله صاحبه فحمًا، كان له أن يسترده منه، وإن لم يكن له قيمة لم يكن له أن يسترده؛ لأن الناس لا يمنعون هذا القدر عادة، والمانع يكون متعنتًا، والمتعنت ممنوع شرعًا من التعنت، كذا فى "العناية" و"الكفاية" و"غاية البيان". (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٤، والدراية ج٢ص٢٤٦، الحديث٩٨٧. (نعيم)

(٣) هو نصيب من الماء، وفى الشريعة: هو نوبة الماء سقيًا للمزارع. (ع)

(٤) قوله: "خص [لوجود الضرر] منه الأول [أى الشرب -بالكسر-]" أى الشرب بالإجماع؛ لأنه يجوز بيعه تبعًا للأرض بالاتفاق، ومقصودًا فى رواية. (ك)

(٥) كالحوض.

المباح بدونه كالظبى[١] إذا تكنس[٢] فى أرضه.

ولأن فى إبقاء الشفة ضرورة؛ لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء[٣] إلى كل مكان[٤]، وهو[٥] محتاج إليه لنفسه وظهره[٦]، فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم[٧]، فإن أراد رجل أن يسقى بذلك[٨] أرضًا أحياها، كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه، أضر بهم أو لم يضر؛ لأنه حق خالص لهم، ولا ضرورة، ولأنا لو أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب.

والرابع: الماء المحرز فى الأوانى، وأنه صار مملوكًا له بالإحراز، وانقطع حق غيره عنه[٩]، كما فى الصيد المأخوذ[١٠]، إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرًا إلى الدليل، وهو ما رويناه[١١]، حتى لو سرقه إنسان فى موضع يعز وجوده[١٢]، وهو[١٣] يساوى نصابًا[١٤] لم تقطع يده[١٥].

---

(٦) نافية.

(١) فهو لمن أخذه.

(٢) كناس -بالكسر- خوابگاهى آهو. (صراح) أى دخل فى الكناس.

(٣) من وطنه لذهابه ويابه.

(٤) قوله: "لأن الإنسان إلخ" يعنى أن الإنسان قد يحتاج إلى المشقة فى الجهاد والحج والتجارة، ولا يمكنه أن يحمل مع نفسه ما يحتاج إليه لنفسه ولدوابه كما يمكنه حمل الطعام مع نفسه، فلو لم يثبت له حق الشفة من كل ماء يرد عليه انقطع الإسفار، وتعطل الحج والجهاد، وهذا لا وجه به. (غن)

(٥) الواو حالية.

(٦) أى مركبه. (غن)

(٧) وهو مدفوع.

(٨) أى بالماء الذى دخل فى القسمة.

(٩) حق الشفة كان أو غيره.

(١٠) فهو لمن أخذه.

(١١) وهو قوله عليه السلام: «الناس شركاء فى الثلاث» إلخ الحديث. (ع)

(١٢) عزيز وأرجمند وكمياب باشد.

والواو حلية.

(١٤) أى نصاب السرقة.

(١٥) قوله: "لم تقطع [لشبه الشركة] يده إلخ" فإن قلت: فعلى هذا ينبغى أن لا يقطع السارق نظرا إلى قوله تعالى: ﴿خلق لكم ما فى الأرض جميعًا﴾ قلت: مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد، كما فى قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ وقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ ولا تجوز الزائد على الأربع، فكذا معنى الآية -والله أعلم- خلق لكل واحد منكم ما وقع فى يده، لا كل الأشياء، وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاما. (تاج الشريعة)

ولو كان البئر أو العين، أو الحوض، أو النهر فى ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه، إذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء فى غير ملك أحد، وإن كان لا يجد[١]، يقال لصاحب النهر[٢]: إما أن تعطيه الشفة، أو تتركه، يأخذه بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته[٣]، وهذا مروى عن الطحاوى.

وقيل: ما قاله[٤]: صحيح فيما إذا احتفر فى أرض مملوكة له، أما إذا احتفرها[٥] فى أرض موات، ليس له أن يمنعه؛ لأن الموات كان مشتركًا، والحفر لإحياء حق مشترك[٦]، فلا يقطع الشركة فى الشفة، ولو منعه عن ذلك[٧]، وهو[٨] يخاف على نفسه، أو ظهره[٩] العطش، له أن يقاتله بالسلاح؛ لأنه[١٠] قصد إتلافه بمنع حقه، وهو[١١] الشفة، والماء فى البئر مباح غير مملوك.

بخلاف الماء المحرز فى الإناء[١٢]، حيث يقاتله[١٣] بغير السلاح[١٤]؛ لأنه قد

---

(١) ماء آخر.

(٢) قوله: "يقال إلخ" لأن له حق الشفة فى الماء الذى فى حوضه عند الحاجة. (كف)

(٣) أى جانبه.

(٤) أى الطحاوى.

(٥) أى البئر وغيرها.

(٦) وهو العشر والخراج. (ك)

(٧) قوله: "ولو منعه إلخ" أى لو منعه صاحب النهر، أو العين، أو الحوض، أو البئر الذى فى ملكه عن الدخول فيه، وهو يخاف العطش يقاتل بالسلاح إذا لم يجد ماء آخر فى قريب منه؛ لأن الماء فى النهر والعين لم يصر ملكًا لمالكها؛ لأنه لم يوجد منه إحراز، فبقى مشتركًا بين الناس.

فإذا منع غيره من الاستقاء منه منع حقه، من منع حقا مستحقًا لغيره كان لصاحب الحق أن يقاتل المانع لحقه بالسلاح؛ ليصل إلى حقه، كما لو منع طعامًا مشتركا بينه وبين المانع كان له أن يقاتل المانع بالسلاح، والأصل فى ذلك ما روى عن النبى ﷺ: «أنه من قتل دون ماله فهو شهيد». (غن)

(٨) الواو حالية.

(٩) أى مركبه.

(١٠) المانع.

(١١) حق.

(١٢) قوله: "بخلاف الماء المحرز إلخ" أى إذا منع ماء محرزا، بأن أحرزه فى قربة أو جب ونحوه، حتى انقطع شركة الغير عنه، وكان المريد للماء مضطرا إلى ذلك، فإنه يقاتله بما دون السلاح،ولا يقاتله بالسلاح؛ لأنه لم يمنع حقه؛ لأنه انقطعت الشركة بالإحراز، وإنما منع ملكه.

ومن منع ملكه عن المضطر كان للمضطر أن يقاتله بما دون السلاح من العصا وغير ذلك، كما لو منع طعاما مملوكًا له من المضطر، وهذا؛ لأنه لم يمنع ملك غيره عنه، وإنما ترك إحياء نفس، وهو قادر على إحيائها.

ومن ترك إحياء نفس قدر على إحيائها كان مرتكبا معصية، ومن ارتكب معصية، فالسبيل أن ينهى عن ذلك بالقول، فإذا لم ينته بالقول، يقاتل بما دون السلاح، ولا يقاتل بالسلاح؛ لأن قتل النفس بغير حق من أكبر الكبائر. (غن)

ملكه، وكذا الطعام[١] عند إصابة المخمصة، وقيل: فى البئر ونحوها[٢] الأولى أن يقاتله بغير سلاح بعصًا[٣]؛ لأنه[٤] ارتكب معصية، فقام ذلك[٥] مقام التعزير له.

والشفة[٦] إذا كان يأتى على الماء كله[٧]، بأن كان[٨] جدولا صغيراً[٩]، وفيما يرد من الإبل، والمواشى كثرة ينقطع الماء بشربها، قيل: لا يمنع منه؛ لأن الإبل لا يردها فى كل وقت[١٠]، فصار كالمياومة، وهو سبيل فى قسمة الشرب، وقيل: له أن يمنع[١١] اعتباراً بسقى المزارع والمشاجر[١٢].

والجامع[١٣] تفويت حقه، ولهم[١٤] أن يأخذوا الماء منه[١٥] للوضوء وغسل الثياب فى الصحيح[١٦]؛ لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه، كما قيل[١٧] يؤدى إلى

---

(١٣) إذا كان فيه فضل عن حاجته. (زيلعى)

(١٤) بنحو العصا.

(١) أى يقاتل مانعه بغير السلاح.

(٢) كالحوض والنهر.

(٣) قوله: "الأولى أن إلخ" فيه إشارة إلى أنه يجوز أن يقاتله بالسلاح حيث جعل الأولى أن لا يقاتله، فيكون موافقًا؛ لما ذكره. (زيلعى)

(٤) أى مانع الماء.

(٥) أى المقاتلة بغير السلاح.

(٦) أى شرب الناس والمواشى إذا كان يفنى الماء ويستأصله، بأن كان إلخ. (غن)

(٧) أى ينعدم ويهلك الماء كله.

(٨) الماء.

(٩) جوى خرد. (م)

(١٠) قوله: "فى كل وقت [أى يوم]" ففى اليوم الذى لا يرد الإبل يكون الماء لصاحب الجدول، ويصير ذلك كالمياومة فيما بينه وبين صاحب الشفة، وقت لصاحب الإبل ووقت لصاحب الجدول، وهذا هو السبيل فى الماء المشترك، إذا كان لا يصل إلى كل واحد منهم حقه، فيجعل بينهم بالنوبة. (غن)

(١١) أى يمنع منه كما يمنع من سقى المزارع والمشاجر. (غن)

(١٢) مشجر بالفتح روئيدن گاه درخت. (من)

(١٣) بين المقيس والمقيس عليه.

(١٤) أى لأهل الشفعة.

(١٥) أى من الجدول الصغير. (غ)

(١٦) قوله: "فى الصحيح [عند بعضهم يتوضأ فى النهر، ويغسل الثياب فيه. ك]" إشارة إلى اختلاف المشايخ، فإن منهم من قال: لا يجوز أن يأخذوا الماء منه للوضوء، والغسل للثياب؛ لأن الشركة تثبت فى حق الشفة لا غير، والصحيح جوازه، دفعا للحرج. (عناية)

(١٧) أى فى الجدول الصغير.

الحرج، وهو[١] مدفوع.

وإن أراد أن يسقى شجرًا، أو خضرًا[٢] فى داره حملا بجراره[٣] له ذلك فى الأصح[٤]؛ لأن الناس يتوسعون فيه، ويعدون المنع من الدناءة، وليس له أن يسقى أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته إلا بإذنه نصًّا[٥].

وله[٦] أن يمنع من ذلك[٧]؛ لأن الماء متى دخل فى المقاسم[٨] انقطعت شركة الشرب[٩] بواحدة[١٠]؛ لأن فى إبقاءه قطع شرب صاحبه[١١]؛ ولأن المسيل حق صاحب النهر، والضفة تعلق بها حقه، فلا يمكنه التسيل فيه[١٢]، ولا شق الضفة، فإن أذن له صاحبه[١٣] فى ذلك[١٤] أو أعاره، فلا بأس به؛ لأنه حقه، فتجرى فيه الإباحة كالماء المحرز فى إناءه[١٥].

فصل فى كرى الأنهار[١٦]

قال رضى الله تعالى عنه[١٧]: الأنهار ثلاثة: نهر غير مملوك لأحد[١٨]، ولم

---

(١) حرج.

(٢) سبزه زاد كوچک. (ترجمه) تراه سبز وجاى سبزه ناک. (من)

(٣) جره سبوى.

(٤) قوله: "له ذلك فى الأصح" احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ، أنهم قالوا: ليس له ذلك، إلا بإذن صاحب النهر. (ع)

(٥) أى صراحة.

(٦) أى لذى النهر وغيره.

(٧) أى من سقى أرضه ونخله. (ع)

(٨) أى دخل فى قسمة رجل بعينه فى المقاسم أى كان الماء مقسومًا بين قوم.

(٩) قوله: "انقطعت إلخ" أى بالقسمة انقطت الشركة فى الشرب، وإنما بقيت فى حق الشفة لا غير، وهو يأخذ الماء للشرب، لا للشفة فليس له ذلك. (غن)

(١٠) أى بالكلية.

(١١) أى صاحب النهر وغيره.

(١٢) قوله: "فلا يمكنه إلخ" أى لا يمكن غير صاحب النهر التسييل فى ذلك المسيل. (غن)

(١٣) أى صا حب النهر وغيره.

(١٤) أى سقى الأرض والشجر.

(١٥) فإنه تجرى فيه الإباحة.

(١٦) قوله: "فصل فى كرى [الكرى الحفر. ع] الأنهار" لما ذكر مسائل الشرب شرع فى كرى الأنهار؛ لأنه ربما يحتاج من له الشرب إلى الكرى، فشرع ببيان أن مؤنة الكرى على من يكون فى النهر، فبين أنواع النهر أولا، ثم بين كريه على ما يجب، وأخر هذا الفصل؛ لأن وجوب الكرى أمر زائد، إذ يوجد النهر، ولا يجب الكرى على المنتفعين به، كما فى النهر العام. (غن)

(١٧) أى قال المصنف.

يدخل ماءه في المقاسم بعد[١]، كالفرات ونحوه[٢]، ونهر مملوك دخل ماءه تحت القمسة، إلا أنه عام[٣].

ونهر مملوك دخل ماءه في القسمة، وهو خاص[٤]، والفاصل بينهما[٥] استحقاق الشفعة[٦] به[٧] وعدمه[٨].

فالأول[٩]: كريه على السلطان من بيت مال المسلمين؛ لأن منفعة الكرى لهم[١٠]، فتكون مؤنته عليهم، ويصرف إليه[١١] من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات، لأن الثاني[١٢] للفقراء، والأول[١٣] للنوائب[١٤].

---

(١٨) وهو عام من كل وجه. (ك)

(١) قوله: "ولم يدخل ماءه إلخ" أي لا يقسم ماءه، ولا يمكن ذلك كجيحون والفرات ونحوه، فإنه لا يمكن قسمة ماءه بأن يكون يومًا لقوم، ويومًا لآخرين. (ك)

(٢) مثل جيحون وغيره من الأنهار العظام.

(٣) أي من وجه وخاص من وجه. (ك)

(٤) قوله: "وهو خاص [من كل وجه]" تكلموا في النهر الخاص، قال بعضهم: إن كان النهر لعشرة فما دونها، أو عليه قرية واحدة يعني ماءه فيها، فهو خاص يستحق به الشفعة، وإن كان النهر لما فوق العشرة، فهو عام، وقال بعضهم: إن كان النهر لما دون الأربعين، فهو نهر خاص، وإن كان لأربعين فهو نهر عام.

وقال بعضهم: جعلوا الحد الفاصل في المائة، وبعضهم في الألف، وأصح ما قيل فيه: إنه يفوض إلى رأي المجتهد، حتى يختار من الأقاويل أي أي قول شاء، كذا في "فتاوى قاضي خان".

وقيل: الخاص ما لا يجرى فيه السفن، وما يجرى فيه، فهو عام، وعن أبي يوسف الخاص أن يكون نهرًا ليسقى منه قراحان أو ثلاثة، وما وراء ذلك، فهو عام. (ك)

(٥) أي بين العام والخاص من كل وجه.

(٦) قوله: "استحقاق الشفعة [أي ما يستحق صاحبه به الشفة، فهو خاص، وما لا يستحق به الشفعة، فهو عام. كف] إلخ" فالخاص من النهر ما لو بيعت أرض على هذا النهر كان لجميع أهل النهر حق الشفعة، فيحتاج إلى أن يذكر الحد الفاصل بين الشركة العامة والخاصة في الشفعة. (غن)

(٧) الضمير في "بـ" راجع إلى النهر. (غن)

(٨) قوله: "وعدمه" قال في كتاب الشفعة: الشرب الخاص أن يكون نهرًا لا يجرى فيه السفن، وما يجرى فيه السفن، فهو عام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وعن أبي يوسف أن الشرب الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان، أو ثلاثة، وما زاد على ذلك، فهو عام.

(٩) أي النهر الذي هو غير مملوك لأحد. (غن)

(١٠) أي للمسلمين.

(١١) أي إلى كريه.

(١٢) أي العشور والصدقات.

(١٣) أي الخراج والجزية.

(١٤) نائبة مصيبت وكار دشوار، نوائب جمع أي نوائب المسلمين، وقد مر ذكر النوائب في كتاب الكفالة.

فإن لم يكن في بيت المال شيء[١]، فالإمام يجبر الناس على كريه[٢] إحياء لمصلحة العامة، إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم، وفي مثله[٣] قال عمر رضي الله تعالى عنه[٤]: "لو تركتم[٥] لبعتم أولادكم"*، إلا أنه[٦] يخرج له[٧] من كان[٨] يطيقه[٩]، ويجعل مؤنته[١٠] على المياسير[١١] الذين لا يطيقونه[١٢] بأنفسهم. وأما الثاني[١٣]: فكريه على أهله، لا على بيت المال؛ لأن الحق لهم، والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص، ومن أبى[١٤] منهم يجبر على كريه دفعًا للضرر العام[١٥]، وهو ضرر بقية الشركاء، وضررًا لآبي خاص[١٦]، ويقابله عوض، فلا يعارض به[١٧].

(١) أي مال. (غن)

(٢) إذا احتيج إلى الكرى. (غن)

(٣) قوله: "وفي مثله" أي روي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه أخبر في مثل هذا، فكلموه في ذلك، فقال: "لو تركتم لبعتم" إلخ. (غن)

(٤) قلت: غريب.

(٥) أي ما كلفتم.

* راجع أثر عمر رضي الله عنه في نصب الراية ج ٤ ص٢٩٤ تحت الحديث الخامس في فصل في كرى الأنهار، والدراية ج٢ص٢٤٦ تحت الحديث٩٨٧. (نعيم)

(٦) الإمام

(٧) أي للكرى.

(٨) أي الكرى.

(٩) أي الذي يقدر على العمل.

(١٠) قوله: "ويجعل [الإمام] مؤنة إلخ" كما يفعل في تجهيز الجيوش؛ لأنه يخرج من كان يطيق القتال، ويجعل مؤنته على الأغنياء، كذا ههنا. (ك)

(١١) جمع موسر كمحسن: توانگر وفراخ دست. (عن)

(١٢) أي الكرى.

(١٣) أي النهر المملوك الذي دخل في القسمة، وهو عام. (غن)

(١٤) أي من الكرى. (غن)

(١٥) قوله: "دفعًا للضرر إلخ" لأنهم يتضررون لولم يجبر الآبي لأنهم يحتاجون إلى كرى نصيبه، ولا يقال: إذا أجبر يلحق الضرر بالأبي أيضًا حيث يحتاج إلى إنفاق مال في كرى نصيبه؛ لأنا نقول: ضرر العامة أعلى من ضرر الآبي، فيحتمل الضرر الأدنى؛لدفع الضرر الأعلى؛ ولأن ضرر الآبي بعوض، وهو سقيه أرض نفسه، وضررالعامة لا عوض له، فلا يستوي الضرران، وهذا معنى قوله: فلا يعارض به، أي فلا يعارض الضرر العام بالضررالخاص، بل يغلب جانب الضرر العام. (غن)

(١٦) في الجبر.

(١٧) قوله: "فلا يعارض به" أي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص، بل يغلب جانب الضرر العام، فيجعل

ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق[١]، وفيه[٢] ضرر عام كغرق الأراضى وفساد الطرق، يجبر الابى[٣]، وإلا فلا[٤]، لأنه موهوم، بخلاف الكرى[٥] لأنه معلوم. وأما الثالث: وهو الخاص من كل وجه، فكريه على أهله؛ لما بينا[٦]، ثم قيل: يجبر الآبى[٧]، كما فى الثانى، وقيل[٨]: لا يُجبر؛ لأن كل واحد من الضررين خاص[٩]، ويمكن دفعه[١٠] عنهم بالرجوع[١١] على الآبى بما أنفقوا فيه، إذا كان[١٢] بأمر القاضى، فاستوت[١٣] الجنبتان، بخلاف ما تقدم[١٤].

ولا يجبر لحق الشفة[١٥]، كما إذا امتنعوا جميعًا[١٦]، ومؤنة كرى النهر المشترك

ضرراً، ويجب السعى فى إعدامه، وإن بقى الضرر الخاص مع أن ذلك الضرر فى الخاص مجبور بعوض يقابله، وهو حصته من الشرب. (ك)

(١) انفجار، انبثق: دريد بند آب. (غن)

(٢) الواو حالية.

(٣) أى عن تحصين النهر.

(٤) أى وإن لم يكن فيه ضرر عام.

(٥) أى لا يشبه التحصين الكرى؛ لأنه معلوم، فيجبر الآبى لا محالة. (غن)

(٦) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن الحق لهم، والمنفعة تعود إليهم إلخ. (عناية)

(٧) قوله: "يجبر الآبى [القائل: أبو بكر الإسكاف] إلخ" فإنه توجه ههنا ضرران: ضرر الآبى وهو إنفاق الملك فى كرى نصيبه، حتى تمكنوا من سقى أراضيهم.

وضرر الآبى بعوض، فإنه يسقى أرضه، وضرر أصحابه بغير عوض، ولا شك أن ما كان من الضرر بغير عوض أكبر الضررين، فيجب دفعه؛ لتحمل الضرر الأدنى، كما فى الآبى عن كرى النهر العام. (غن)

(٨) قوله: "وقيل: لا يُجبر [وبه أخذ. عن]" وهو قول أبى بكر بن سعيد البلخى، كذا فى "فتاوى قاضى خان". (ك)

(٩) قوله: "لأن كلّ واحد من الضررين [أى ضرر الآبى وضرر غيره من الشركاء] إلخ" يعنى أن ضرر الآبى وضرر أصحابه تقابلا واستويا، فيترك ما كان على ما كان؛ لما تعذر دفع أحدهما بالآخر، كما فى الحائط بين اثنين إذا انهدم أو انهدم علو وسفل، فأراد أحد أن يبنى وأبى الآخر، لا يجبر الآبى، ويقال للآخر: أين أنت إن شئت.

وإنما قلنا: باستواء الضررين؛ لأن كل واحد بعوض، أما عوض ضرر الآبى إذا أجبر على الكرى فظاهر، وأما عوض ضرر أصحابه، فلأنهم يمكنهم أن يرفعوا الأمر إلى القاضى، حتى يأذن لهم فى حفر نصيبه من الشرب يستوفوا من نصيب الآبى من الشرب قدر ما يبلغ قيمته ما أنفقوا من نصيبه، فإذا استوى الضرران، وجب ترك ما كان. (غن)

(١٠) ضرر.

(١١) بقدر حصة الآبى.

(١٢) الإنفاق.

(١٣) فى الخصوص.

(١٤) قوله: "بخلاف ما تقدم [وهو الإجبار فى النهر الثانى]" أى بخلاف الآبى فى كرى النهر المملوك العام، حيث يجبر الآبى على الكرى؛ لأن الضررين ما استويا، بل ضرر الشركاء أكثر الضررين على ما بينا. (غن)

(١٥) قوله: "ولاجبر [دفع دخل، هذا هو ظاهر المذهب، وقال بعض المتأخرين: يجبر الإمام على الكرى؛ لحق الشفة

عليهم من أعلاه(١)، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه(٢)، وهذا عند أبي حنيفة(٣).
وقالا: هي عليهم جميعًا(٤) من أوله(٥) إلى آخره(٦) بحصص الشرب والأرضين؛ لأن لصاحب الأعلي حقًا في الأسفل؛ لاحتياجه إلى تسييل(٧) ما فضل

في النهر، كذا في "الكفاية"] سوال درينجا نيز مجتمع است در ضرر كه يكى ازان ضررعام است، وآن ضرر كسانيكه حق آنها خوردن آب است، پس بايد كه جبر كرده شود برآنكه ابا كند از كندن نهر خاص، نيز بجهت دفع ضرر عام جواب جبر نيست بجهت حق خوردن آب، چنانچه اگر بمه باز مانند جبر نمى كنند حاكم برآنها. (ترجمه)

(١٦) قوله: "كما إذا امتنعوا جميعًا" أي لو امتنعوا جميعًا عن الكرى لا يجبرون على الكرى لحق أصحاب الشفة. (غن)

(١)قوله: "ومؤنة إلخ" وضع المسألة في النهر الخاص، وبيان ذلك ماقال في "التحفة": إن النهر إذاكان بين عشرة، لكل واحد منهم أرض، فإن الكرى من فوهة النهر إلى أن يتجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم، على كل واحد منهم العشر، فإذا تجاوز شرب الأول خرج هو من الكرى، ويكون الكرى على الباقين تسعة أسهم، فإذا جاوز شرب الثاني سقط عنه النفقة، ويكون الكرى على الباقين ثمانية أسهم، وعلى هذا الترتيب، وقالا: المؤنة بينهم على عشرة أسهم من أول النهر إلى آخره. (غن)

قوله: "ومؤنه كرى النهر إلخ" اختلفوا في مؤنة كرى النهر المشترك، هل يجب عليهم جميعًا أم لا، فقال الإمام أبوحنيفة: لا يجب عليهم جميعًا، بل تجب المؤنة على من هو في أرضه، فإذا جاوز أرضه، رفع منه مصرف الكرى، واستدل عليه بأن الغرض الأعلى من كرى النهر هو الانتفاع بالسقي، وقد حصل ذلك له، إذا جاوز أرضه، فلا يلزمه إلا ما يتم به غرضه، لا ما يتم به غرض الآخر، فإن تبرع فذلك أمر آخر، وليس بلازم.

وقال أبو يوسف ومحمد: مؤنة كرى المشترك عليهم جميعًا، تقسم عليهم من أوله إلى آخره، بحصص الشرب والأرضين؛ لأن الانتفاع وإن كان يتعلق بأرضه فقط، لكن لصاحب الأعلى حقا في الأسفل أيضًا؛ لاحتياج صاحب الأعلى إلى تسييل ما فضل من ماءه، فإن الماء إذا فضل وسد أسفله مثلا يقع به الضرر البين، فكان انتفاعه موقوفا عل كرى الموضع الأسفل، فكان عليه كرى الأعلى والأسفل جميعًا.

وقس عليه الأسفل، فإنه إن لم يحصل كرى الأعلى لا يصل إلى أسفله الماء، فيتضرر به، فيكون عليه كرى الأسفل والأعلى جميعًا، وإذا كان هذا هكذا، فيكون مؤنة الكرى منقسمة على صاحب الأعلى والأسفل كلهم على طبق حصصهم؛ لأن انتفاع كل متعلق بانتفاع الآخر، فكان في كرى كل جزء انتفاع كل منهم، فينقسم عليهم.

وأجاب عنه أبو حنيفة بأن صاحب الأعلى لا يتوقف انتفاعه على كرى الأسفل؛ لأنه يمكن أن يسيل ما فضل من ماءه إلى جانب آخر من غير حاجة إلى الأسفل، فيكون كرى الأسفل منحصرا انتفاعه في أصحاب الأسفل، ولا يتوقف غرض صاحب الأعلى عليه، فلا وجه لوجوب مؤنة كريه على صاحب الأعلى نعم مؤنة كرى ما في أرضه واجبة عليه؛ لكون مقصوده لا يحصل إلابه.

وهذا تقرير حسن من جانب الإمام، ولهذا أخذ أكثر الفقهاء بقوله في هذه المسألة: وأفتوا عليه لقوة دليله، فإن الاعتبار في الفتوى في ما لا نقل فيه هو قوة الدليل، فافهم. (مولوي محمد عبد الحي دام فيضه)

(٢) أي مصرف الكرى.

(٣) بقول أبي حنيفة أخذوا بالفتوى. (ك)

(٤) مؤنة الكرى.

(٥) نهر.

(٦) نهر.

(٧) قوله: "لاحتياجه إلى تسييل إلخ" فإنه إذا سد عليه فاض الماء على زرعه، وأفسد زرعه، فتبين أن كل واحد ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره، فلهذا يستوون في استحقاق الشفة، وإذا استووا في الغنم، وجب أن يستووا في الغرم. (ت)

من الماء فيه[١].

وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى[٢]، وقد حصل[٣] لصاحب الأعلى، فلا يلزمه إنفاع غيره[٤]، وليس على صاحب المسيل عمارته[٥]، كما إذا كان له مسيل على سطح غيره، كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده[٦] من أعلاه، ثم إنما يرفع عنه[٧] إذا جاوز أرضه كما ذكرنا[٨].

وقيل: إذا جاوز فوهة[٩] نهره، وهو مروى عن محمد، والأول أصح؛ لأن له رأيًا[١٠] فى اتخاذ الفوهة من أعلاه[١١] وأسفله[١٢]، فإذا جاوز الكرى أرضه[١٣] حتى سقط عنه مؤنته، قيل: له أن يفتح الماء[١٤]؛ ليسقى أرضه؛ لانتهاء الكرى فى حقه، وقيل: ليس له ذلك[١٥] ما لم تفرغ شركاءه، نفيا لاختصاصه[١٦]، وليس على أهل

---

(١) أى فى الأعلى.

(٢) قوله: "أن المقصد من القرى إلخ" يعنى أن الكرى إنما يجب لسقى الأرض، ألا ترى أنه إذا كانت الأراضى يمكن سقيها بدون الكرى، لا يجب الكرى، والذى جاوز الكرى أرضه لأمكنه سقى أرضه، ولم يبقَ له حاجة، فلا يجب الكرى عليه بعد ذلك. (غن)

(٣) انتفاع بالسقى.

(٤) الصواب نفع غيره؛ لأن الإنفاع فى معنى النفع غير مسموع. (ك)

(٥) قوله: "وليس على صاحب إلخ" أى ليس على من هو فى أعلى النهر عمارة أسفل النهر بسبب حق تسييل الماء له، وهذا جواب عن قولهما؛ لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه، قلنا: مع ذلك لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه.

ألا ترى أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره، ثم هو متمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كرى أسفل النهر، بأن يسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عن الماء، فعرفنا أن الحاجة المعتبرة فى إلزام مؤنة الكرى الحاجة إلى سقى الأراضى. (ك)

(٦) نهر.

(٧) الكرى.

(٨) فى تقدير المسألة.

(٩) قوله: "إذا جاوز [دهانه. من] فوهة" اى هرگاه تجاوز كند كندن، از دهانه نهر كه مرمر وى راست، پس موزنه كندن ساقط مى شود ازان مرد. (ترجمه)

(١٠) قوله: "لأن له رأيا" [فلعله يبدل الفوهة] اى زيرا چه آن مرد را در تعيين نمودن موضع دهانه از بالاى نهر وپائين نهر اختيار است. (ترجمه)

(١١) نهر.

(١٢) نهر.

(١٣) هذه المسألة فرع مسألة الكرى. (غن)

(١٤) من أصل فوهة النهر.

(١٥) أى فتح الماء.

الشفة من الكرى شيء؛ لأنهم لا يحصون[١]، ولأنهم أتباع[٢].

فصل في الدعوى[٣] والاختلاف والتصرف فيه[٤]

ويصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانًا[٥]؛ لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا[٦]، وقد يبيع الأرض[٧]، ويبقى الشرب، له وهو مرغوب فيه[٨]، فيصح فيه الدعوى، وإذا كان نهر لرجل[٩] يجري في أرض غيره، فأراد صاحب الأرض أن لا يجرى النهر[١٠] في أرضه ترك على حاله؛ لأنه مستعمل له بإجراء ماءه، فعند الاختلاف يكون القول قوله. فإن لم يكن في يده[١١]، ولم يكن جاريا، فعليه البينة إن

---

(١٦) قوله: "نفيًا لاختصاصه" أي بالانتفاع بالماء دون شركاءه، وللتحرز عن هذا الخلاف جرى الرسم أن يؤخذ في الكرى من أسفل النهر، أو يترك بعض النهر من أعلاه، حتى يفرغ من أسفله. (كف)

(١) قوله: "لأنهم لا يحصون [فكانوا مجهولين]" ومؤنة الكرى لا يستحق على قوم لا يحصون؛ ولأن أهل الشفة جميع أهل الدنيا، فلا يمكن جمعهم في الكرى. (ك)

(٢) قوله: "ولأنهم أتباع" والمؤنة على الأصول دون الأتباع، ألاترى أن المؤنة في القتيل الموجود في المحلة على أصحاب الخطة، دون المشترين والسكان. (ك)

(٣) قوله: "فصل في الدعوى [أي دعوى الشرب] إلخ" لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب، ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب. (نت)

(٤) أي في الشرب.

(٥) قوله: "استحسانًا" والقياس أن لا يصح؛ لأن المدعي يطلب من القاضي أن يقضي له بالملك فيما يدعيه، إذا ثبت دعواه بالبينة، والشرب لا يحتمل التمليك بغير أرض، فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين. (نت)

(٦) ووصية.

(٧) بدون الشرب.

(٨) قوله: "وهو مرغوب فيه [ينتفع به]" فإذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه بالبينة. (زيلعي)

(٩) قوله: "وإذا كان إلخ" أي نهر يجري إلى بستان رجل، أو أرضه يجري في أرض غيره، فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه، أي قال صاحب الأرض: لا أدعك يأيها الرجل! لتجري الماء إلى بستانك، وهذا النهر لي، وليس لك حق فيه، وقال ذلك الرجل: إنه حق لي.

فإن كان النهر يجري وقت المنازعة يقضي بالنهر لذلك الرجل، لا لصاحب الأرض، وليس لصاحب الأرض منعه من الإجراء، وهذا معنى قوله: ترك على حاله؛ لأنه أي لأن ذلك الرجل مستعمل له أي للنهر يسوق الماء إليه بإجراء ماءه، ولا استعمال لصاحب الأرض، وإنما للنهر اتصال بملكه لا غيره.

فمتى تنازعا في شيء أحدهما مستعمل لذلك، والآخر متعلق به، فيقضي بذلك للمستعمل، فإنه صاحب اليد، فعند الاختلاف بين ذلك الرجل وصاحب الأرض يكون القول قوله، أي قول ذلك الرجل، فيترك النهر على حاله، كذا في "غاية البيان" وغيرها. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(١٠) أي ليس لصاحب الأرض أن يمنع من ذلك. (غن)

(١١) قوله: "فإن لم يكن إلخ" إعلم أن كون أشجار الرجل في جانبي النهر وسائر تصرفاته علامة أن يكون هذا

هذا النهر له، أو أنه قد كان له مجراه[١] فى هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها، فيقضى له[٢]؛ لإثباته بالحجة ملكًا له، أو حقًّا مستحقًّا فيه، وعلى هذا المصَبّ[٣] فى نهر، أو على سطح[٤]، أو الميزاب، أو الممشى فى دار غيره، فحكم الاختلاف فيها نظيره فى الشرب[٥].

وإذا كان نهر بين قوم[٦]، واختصموا فى الشرب، كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم؛ لأن المقصود[٧] الانتفاع بسقيها[٨]، فيتقدر[٩] بقدره، بخلاف

النهر له، وجريان ماءه فيه علامة أن يكون له مجراه فى هذا النهر، فقوله: فإن لم يكن فى يده إشارة إلى انتفاء العلامة الأولى، وقوله: لم يكن جاريا، إشارة إلى انتفاء العلامة الثانية، ويصير معنى مجموع كلامه، فإن لم يوجد شيء من العلامتين. ولهذا قال المصنف: ولم يكن جاريًا بكلمة الواو إشارة إلى انتفاءهما، فعليه أى على المدعى وهو ذلك الرجل البينة أن هذا النهر له، إن كان يدعى رقبة النهر، أو أنه قد كان له مجراة أى موضع الإجراء، والمراد حق التسييل فى هذا النهر يسوقه إلى أرضه، ليسقيها إن كان يدعى حق الإجرار فى هذا النهر، فيقضى له أى لذلك الرجل لإثباته بالحجة ملكا له أى فيما إذا أقام البينة، أن هذا النهر له، أو حقا مستحقا فيه، أى فى النهر، يعنى فيما إذا أقام البينة أن له مجراه فى هذا النهر، فتأمل، كذا فى "نتائج الأفكار" وغيره. (مولانا محمد عبد الحليم نورالله مرقده)

(١) اى بودى را حق جارى كردن آب. (ترجمة)

(٢) بالنهر.

(٣) قوله: "وعلى هذا المصب [يعنى موضع اجتماع ما يفضل من الماء] إلخ" قال شيخ الإسلام خواهر زاده فى أواخر "شرح كتاب الشرب": رجل له مجرى ماء إلى بستانه فى بستان غيره، أو مجرى متزاب فى دار قوم، أو ممشى فى دار قوم، قد كان يأخذ إلى منزله، فقال صاحب البستان أو الدار: لا أدعك لتجرى الماء إلى بستانك، ولا أدعك تمشى فى دارى، وقال صاحب البستان والمتزاب: وللمشى أنه حق لى.

فإن كان الماء يجرى إلى بستانه وقت المنازعة، أو كان ماشيًا فى داره وقت المنازعة، فالقول قول صاحب قول البستان؛ لأن صاحب البستان مستعمل له، والآخر متعلق، لأن ملكه متصل به، فيقضى بذلك للمستعمل، إلا أن يقيم الآخر بينة على ما ادعى. وإن لم يكن الماء جاريا ولا كان ماشيًا فيها وقت المنازعة، فالقول قول صاحب الدار؛ لأن صاحب البستان غير مستعمل للجرى، ولا كان المجرى متصلا بملكه، حتى يجعل أيضًا ملكه؛ لتعلقه بملكه، ومتى تنازعا فى شيء أحدهما متعلق به، والآخر لا تعلق له به، فالمتعلق أولى. وهذا إذا لم يقم لأحدهما بينة، فإن أقام صاحب البستان البينة على أن له طريقا فى داره، أو مجرى ماءه إلى بستانه يقضى له بذلك؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة. (غن)

(٤) أى المصب على السطح، وهو مجرى الماء على السطح. (عينى)

(٥) قوله: "فحكم الاختلاف إلخ" أى حكم اختلاف المتخاصمين أو المدعيين فيها، أى فى هذه المذكورات من المصب والمتزاب والممشى نظيره، أى نظير الاختلاف فى الشرب. (غن)

(٦) قوله: "وإذاكان إلخ" أى نهر بين قوم، لهم عليه أرضون ، ولا يعرف كيف أصله بينهم، فاختلفوا فيه، واختصموا فى الشرب، فالشرب تقسم بينهم على قدر أراضيهم.

قال فى "الأجناس": وحكى عن أبى على الدقاق صاحب "كتاب الحيض" أنه يكون بينهم على قدر حاجتهم، وفائدته أنه إذا كان لأحدهم عشرة أجرته، وللآخر عشرة، إلا أن أرضه لا تكتفى لها للزراعة مقدار أن يأخذه، فعلى ما قاله محمد، الماء بينهم نصفان، وعلى قول الدقاق له أخذ الماء وزيادة، وهذا إذا لم يعلم كيف كان الشرب بينهم، فأما إذا علم يقسم على ما كان. (غن)

(٧) من الشرب.

الطريق[١]؛ لأن المقصود التطرق[٢]، وهو فى الدار الواسعة، والضيقة على نمط واحد، فإن كان الأعلى[٣] منهم لا يشرب[٤]، حتى يسكر[٥] النهر لم يكن له ذلك[٦]؛ لما فيه[٧] من إبطال حق الباقين، ولكنه يشرب[٨] بحصته.

فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر، حتى يشرب بحصته، أو اصطلحوا على أن يسكر[٩] كل رجل منهم فى نوبته جاز؛ لأن الحق لهم[١٠]، إلا أنه إذا تمكن من ذلك[١١] بلوح[١٢] لا يسكر بما ينكبس به النهر[١٣] من غير تراضٍ؛ لكونه إضراراً بهم[١٤].

---

(٨) قوله: "لأن المقصود إلخ" معارض بأنهم قد استووافى إثبات اليد على الماء الذى فى النهر، والمساواة فى اليد توجب المساواة فى الاستحقاق. وأجيب: بأن إثبات اليد على الماء إنما هو بالانتفاع بالماء، ومن له عشرة أقطاع لا يكون إنتفاعه مثل انتفاع من له قطعة واحدة، فلا يتحقق التساوى فى إثبات اليد. (ع)

(٩) فحاجة صاحب الأرض الكثيرة إلى الشرب أكثر من حاجة صاحب الأرض القليلة. (غن)

(١) قوله: "بخلاف الطريق [فإنه يحكم بينهم أن الطريق بينهم على السواء] إلخ" أى طريق مشترك بين جماعة، ولا يعرف كيف أصله بينهم اختلفوا فى ذلك، فإنه يقسم بينهم على عدد الرؤوس، لا على قدر أملاكهم، حتى يعطى لصاحب القليل ما يعطى لصاحب الكثير، وفى الشرب يعطى لصاحب الكثير أكثر مما يعطى لصاحب القليل، هذا إذا لم يعلم مقدار حقهم، وإذا علم يقسم على ما كان فى الأصل. (غاية البيان)

(٢) راه يافتن.

(٣) قوله: "فإن كان الأعلى إلخ" قال فى "الأجناس": قال أبو عمرو الطبرى: وهو تلميذ محمد ابن شجاع، أراد محمد بهذا، إذا كان نصيب صاحب أعلى النهر لا يكفيه بجميع أرضه حتى يسكر النهر، فينساق كل الماء إليه، ليس له ذلك، إلا أن يكون صاحب الأرض الأعلى من بقعة لا يصل الماء إليها، إلا أن يتخذ فى النهر سكر، وأرباب الأرضين مقرون أن مشربها من هذا النهر، فهذا لا بد من أن يجعل فيه سكر، حتى يرتفع الماء إليها، والسكر حبس الماء من الجريان. (غن)

(٤) قوله: "لا يشرب [لارتفاع أرضه، وقلة الماء] إلخ" أى لا يمكنه أن يسقى أرضه بتمامها إلا بالسكر، وهو من سكرت النهر سكراً إذا سددته. (عينى)

(٥) سكر بالفتح: بستن آب.

(٦) أى السكر.

(٧) أى فى السكر. (عناية)

(٨) يعنى من غير سكر. (ع)

(٩) أى يحبس الماء.

(١٠) قوله: "لأن الحق لهم" أى لأن المانع حقهم، وقد زال بتراضيهم. (زيلعى)

(١١) أى السكر.

(١٢) أو عود، أو باب، أو خشب. (ع) لوح -بالفتح- هر چه پهن باشد از استخوان وجوب وتخته. (م)

(١٣) قوله: ينكبس [كالطين ونحوه]" الكبس: بخاك اپناشتن چاه وجوى، والانكباس اپناشته شدن.

(١٤) بمنع ما فضل عن السكر عنهم إلا إذا رضوا بذلك.

وليس لأحدهم أن يكرى منه نهراً[١] أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضاء أصحابه؛ لأن فيه كسر ضفة[٢] النهر، وشغل موضع مشترك بالبناء[٣]، إلا أن يكون رحى، لا يضر بالنهر، ولا بالماء، ويكون موضعها[٤] فى أرض صاحبها[٥]؛ لأنه تصرف فى ملك نفسه، ولا ضرر فى حق غيره[٦].

ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من[٧] كسر ضفته[٨]، وبالماء أن يتغير[٩] عن سننه[١٠] الذى كان يجرى عليه، والدالية والسانية[١١] نظير الرحى، ولا يتخذ[١٢] عليه جسراً[١٣] ولا قنطرة[١٤] بمنزلة طريق خاص[١٥] بين قوم، بخلاف ما إذا كان لواحد

---

(١) قوله: "وليس لأحدهم أن يكرى إلخ" سواء كان يكرى من النهر لأرض كان شربها من هذا النهر، أو كان يكرى نهر الأرض لا شرب لها من هذا النهر. (غن)

(٢) بالكسر وتشديد ف كناره جو وكناره دريا. (م) وحافة النهر مشترك بينه وبين غيره. (غن)

(٣) على حافة النهر. (غن)

(٤) قوله: "ويكون موضعها [الذى يضع عليه الرحى] إلخ" صورته أن يكون حافتا النهر، وبطن النهر ملكا له، ولغيره حق إجراء الماء، فواضع الرحى يتصرف فى خالص ملكه، وإذا لم يضر بإجراء الماء لا يمنع من ذلك، وإن أضر يمنع، كعبد بين شريكين كاتبه أحدهما. (غن)

(٥) قوله: "فى أرض صاحبها" بأن يكون بطن النهر مملوكًا له، وللآخر حق التسييل. (عينى)

(٦) قوله: "ولا ضرر إلخ" والمانع من الانتفاع بالماء مع بقاءه على حالهم متعنت قاصد للإضرار لغيره، لا دافع الضرر عن نفسه، فلا يلتفت إلى تعنته. (زيلعى)

(٧) بيان ما.

(٨) نهر.

(٩) قوله: "أن يتغير إلخ" بأن يكرى نهرا من هذا النهر، ويعرج الماء حتى يصل إلى الرحى المملوكة فى أرضه، فيدير رحاه، ثم يجرى من النهر إلى أسفله، ففيه ضرر بالشركاء بقطع الماء عن سننه، فيتأخر وصول حقهم إليهم. (غن)

(١٠) بفتحتين: روش وطريق.

(١١) قوله: "والدالية إلخ" الدالية جذع طويل مركب، تركيب مداق الأرز، وفى رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها، والسانية البعير يسنى عليه أى يستقى من البئر. (ك)

قوله: "والدالية إلخ" تنه دراز كه در سر آن يك طرف رسن از برگ خرما مانند آن بندند دو طرف ديگر دلو ونحو آن بسته بدان آبپاشى نمايند. (منتهى الأرب)

(١٢) قوله: "ولا يتخذ عليه إلخ" أى ليس له أن يتخذ على النهر جسرا، ولا قنطرة إلا برضاهم؛ لأنه لا بد من وضع الجذوع على حافتى النهر، وهو مشترك بينهم، وليس لأحد الشريكين أن يحدث حدثا فى مكان مشترك إلا بإذن صاحبه. (غن)

(١٣) قوله: "جسر إلخ" الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والألواح، والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر، ويكون موضوعًا ثابتًا ولا يرفع. (ك)

(١٤) هو ما يكون مركبًا، والجسر هو خلافها مثل أن يشد السفن. (درر شرح غرر)

(١٥) قوله: "طريق [أى لا يجوز أن يتصرف أحد فيه إجراء الماء]" فليس لأحد منهم أن يبنى ولا يفتح بابًا فيه

نهر خاص يأخذ من نهر خاص[١] بين قوم، فأراد أن يقنطر عليه، ويستوثق[٢] منه له ذلك، أو كان مقنطرة مستوثقًا، فأراد أن ينقض ذلك.

ولا يزيد ذلك في أخذ الماء[٣]، حيث يكون له ذلك؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه وضعًا ورفعًا[٤]، ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء، ويمنع[٥] من أن يوسع فم النهر[٦]؛ لأنه يكسر ضفة[٧] النهر[٨]، ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء، وكذا[٩] إذا كانت[١٠] القسمة بالكوى[١١]، وكذا[١٢] إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر، فيجعلها في أربعة أذرع منه[١٣]؛ لاحتباس الماء فيه، فيزداد دخول الماء فيه[١٤].

بخلاف ما إذا أراد أن يُسَفِّل[١٥] كواه، أو يرفعها،[١٦] حيث يكون له ذلك في

من دار أخرى، ولا يسيل فيه ماء، ولا يشرع فيه مقزابًا، ولا كنيفًا، أضر بهم أو لم يضر. (غن)

(١) أراد بالنهر الخاص بين قوم أن يكون بحال يجرى فيه الشفعة. (غن)

(٢) أى يسد جانبى القنطرة من النهر.

(٣) قوله: "ولا يزيد إلخ" أى لا يزيد نقض القنطرة فى دخول الماء فى النهر الخاص، وإن كان يزيد فى أخذ الماء منع منه لحق الشركاء. (مل)

(٤) قوله: "لأنه يتصرف [ولا يضر بغيره] إلخ" لأنه يضع لخشب، ولآجرعلى خالص ملكه، وأنه محتاج إلى ذلك؛ لأنه متى لم يستوثق رأس نهره زعم أن يغلبه الماء، فإذا كان ما يفعله محتاجًا إليه، وهو تصرف فى خالص ملكه، لم يمنع عن ذلك. (غن)

(٥) ذلك الواحد.

(٦) الخاص لذلك الواحد.

(٧) أى حافة النهر الذى يأخذ منه الماء.

(٨) الخاص بين قوم، فيضر بالشركاء.

(٩) أى لا يكون له أن يوسع الكوة.

(١٠) قوله: "وكذا إلخ" أى همچنين منع كرده شود، اگر خواهد كه كشاده كند كوه خود را اعنى روزن آب را در صورتيكه قسمت كرده باشند آب را بكوه أعنى قسمت كرده باشد برين وجه كه هر يكى رالوحى باشد بر لب نهر ودران روزنى باشد وهر قدر آب كه آزان روزن در آيد نصيب اوست. (ترجمه)

(١١) قوله: "بالكوى" الكوة ثقب البيت، والجمع كوى كبدرة وبدر، وقد يضم الكاف فى المفرد والجمع، ويستعار الكوى لمفاتيح الماء والجداول، فيقال: كوى النهر، كذا فى "المغرب". (غن)

(١٢) أى لا يكون له ذلك. (غن) أى خواهد كه بردارد از آب نهر آن لوح را كه دران روزنست. (ترجمة)

(١٣) قوله: "فيجعلها إلخ" هذا التقدير اتفاقى، والعبرة للاحتباس، وصورة هذا إذا كانت الألواح التى فيها الكوة فى فم النهر أراد أن يؤخرها عن فم النهر، فيجعلها فى وسط النهر، ويدع فوهة النهر بغير لوح، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(١٤) قوله: "فيزداد [فيضر بأصحابه؛ لأنه أخذ الماء أكثر من حقه. غن] إلخ" أى الماء يدخل فى رأس النهر، ويحتبس وينخنق، فيجتمع الماء، فيدخل فى الكوى أكثر مما كان يدخل لوكان الكوى فى ضفة النهر أول؛ لأن الماء فى ضفة النهر لا يكون مجتمعًا. (غن)

(١٥) تسفيل به نشيب آوردن (من)، أى پست كند كوه را يا بلند سازد.

الصحيح[١]؛ لأن قسمة الماء فى الأصل باعتبار سعة[٢] الكوة[٣] وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة، فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة، ولو كانت القسمة[٤] وقعت بالكوى، فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك[٥]؛ لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه. ولو كان لكل منهم كوى مسماةٌ[٦] فى نهر خاص، ليس لواحد أن يزيد كوة، وإن[٧] كان لا يضر بأهله؛ لأن الشركة خاصة[٨]، بخلاف ما إذا كانت الكوى[٩] فى النهر الأعظم[١٠]؛ لأن لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء، فكان له أن يزيد فى الكوى بالطريق الأولى.

وليس لأحد من الشركاء فى النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى، ليس لها[١١] فى ذلك[١٢] شربٌ؛ لأنه إذا تقادم[١٣] العهد يستدل به على أنه حقه[١٤].

وكذا[١٥] إذا أراد أن يسوق شربه فى أرضه الأولى[١٦]، حتى ينتهى إلى هذه الأرض الأخرى[١٧]؛ لأنه يستوفى زيادة على حقه، إذ الأرض الأولى تنشف[١٨]

(١٦) قوله: "إذا أراد أن يسفل إلخ" أى أراد أن يضع الكوة أعمق عما كانت هى فى ذلك الموضع، أو يرفعها يعنى إلى وجه الأرض. (كفاية)

(١) فإنه تصرف فى خالص ملكه، وليس فيه ضرر لأحد.

(٢) گنجائش.

(٣) روزن خانه. (من)

(٤) أى قسمة النهر الذى بين قوم الذى يأخذ من النهر العظيم.

(٥) قوله: "ليس له ذلك" يعنى إذا لم يرضَ الشركاء بذلك، فإذا رضوا كان له ذلك. (غاية البيان)

(٦) أى معدودة. (ك)

(٧) الواو وصلية.

(٨) وأحداث التصرف فيما هو مشترك لا يجوز إلا بالإذن من الشركاء. (غن)

(٩) فلا يمنع أحد أن يزيد فى الكوى إذا لم يضر بغيره. (غن)

(١٠) الذى لم يدخل فى المقاسم (غن) كدجلة والفرات. (ك)

(١١) أى لهذه الأرض.

(١٢) نهر.

(١٣) تقادم: ديرينه شدن. (من)

(١٤) قوله: "يستدل به إلخ" لأنهم يتنازعون فى الشرب، فيقضى له بشرب الأرضين جميعًا، إذا لم يعلم حقيقة الحال؛ لأن الشرب على مقدار الأراضى إذا لم يعلم حقيقة الحال. (غن)

(١٥) قوله: "وكذا [أى ليس له] إذا أراد إلخ" ذكر خواهر زاده، إذا ملأ الأرض الأولى من الماء، وسد فوهة النهر، له أن يسقى الأرض الأخرى من هذا الماء، لأنه حينئذ لم يستوف زيادة على حقه، وإن لم يسد فوهة النهر ليس له ذلك. (ك)

(١٦) أى التى لها شرب. (ك)

(١٧) التى لا شرب لها. (ك)

بعض الماء قبل أن يسقى الأخرى، وهو نظير[١] طريق مشترك[٢] إذا أراد أحدهم أن يفتح فيه[٣] بابًا إلى دار أخرى ساكنها[٤] غير ساكن هذه الدار التى مفتحها فى هذا الطريق.

ولو أراد الأعلى من الشريكين فى النهر الخاص[٥]، وفيه[٦] كوى بينهما[٧] أن يسد بعضها؛ دفعًا لفيض الماء عن أرضه، كيلا تنز[٨]، ليس له ذلك؛ لما فيه من الضرر بالآخر[٩].

وكذا[١٠] إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفةً بينهما[١١]؛ لأن القسمة بالكوى تقدمت، إلا أن يتراضيا[١٢]؛ لأن الحق لهما، وبعد التراضى لصاحب الأسفل[١٣] أن ينقض ذلك[١٤]، وكذا[١٥] لورثته من بعده؛ لأنه إعارة الشرب[١٦]، فإن مبادلة الشرب

---

(١٨) أى تشرب وتجذب. (غن)

(١) قوله: "وهو نظير إلخ" وجه كونه نظيراً هو أنه يزيد فى الشرب ما ليس منه له حق ويزيد فى الطريق من المارة من ليس له حق المرور، يعنى إذا كان له داران متلازقان، وهو يسكن إحدهما، والأخرى ليسكنها غيره، وممر الدار التى هو يسكنها فى طريق مشترك، وأراد أن يفتح بابا للدار الأخرى إلى هذا ليس له ذلك. (ك)

(٢) بين قوم.

(٣) طريق.

(٤) قوله: "ساكنها غير إلخ" بخلاف إذا كان ساكن الدارين واحداً حيث لا يمنع؛ لأن المارة لا تزداد، وله حق المرور ويتصرف فى خالص ملكه وهو الجدار. (كف)

(٥) قوله: "ولو أراد الأعلى إلخ" أى نهر بين الرجلين، له خمس كوى من النهر الأعظم، وأحد الرجلين أرضه فى أعلى هذا النهر، والآخر أرضه فى أسفل النهر، فقال صاحب الأعلى: أريد أن أسد بعض هذه الكوى. (كف)

(٦) الواو حالية.

(٧) شريكين.

(٨) نزت الأرض: تر درآيد آب از زمين (تج) يعنى تا زياده آب جذب نكند زمين او. (ترجمة)

(٩) قوله: "لما فيه من الضرر بالآخر" بسد الكوى، وهو فعل صاحب الأعلى وليس لأحد الشريكين أن يتصرف فى المشترك على وجه يلحق الضرر شريكه، وضرر النز لا يلحقه بفعل صاحب الأسفل، بل يكون أرضه فى أعلى النهر وبمقابلة هذا الضرر له منفعة إذا قل الماء. (ك)

(١٠) أى ليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى. (ك)

(١١) قوله: "أن يقسم الشرب إلخ" وهو أن يقول لشريكه، إجعل لى نصف الشهر ولك نصفه، فإذا كان فى حصتى سددت ما بدا لى منها، وأنت فى حصتك فتحت كلها، فليس له ذلك؛ لأن القسمة قد تمت بينهما مرة، فلا يكون لأحدهما أن يطالب بقسمة أخرى، وفى القسمة الأولى الانتفاع بالماء يستدام، وفيما يطلب هذا به يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء فى بعض المدة، ربما يضر ذلك لصاحب الأسفل. (كفاية)

(١٢) بإطال قسمة الكوى.

(١٣) أى جاز لصاحب إلخ.

(١٤) أى التقسيم بالمناصفة.

بالشرب باطلة[١]، والشرب مما يورث[٢]، ويوصى بالانتفاع بعينه[٣].

بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك[٤]، يعنى بهذه العقود حيث لا تجوز العقود إما للجهالة[٥]، أو للغرر[٦]، أو لأنه ليس بمال متقوم[٧]، حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره[٨]، وإذا بطلت العقود، فالوصية بالباطل باطلة.

وكذا لا يصلح[٩] مسمّى[١٠] فى النكاح، حتى يجب[١١] مهر المثل[١٢]، ولا فى الخلع[١٣] حتى يجب رد ما قبضت من الصدَاق[١٤] لتفاحش الجهالة[١٥]، ولا يصلح

---

(١٥) أى جاز لهم أن ينقضوا ذلك.

(١٦) قوله: "لأنه إعارة إلخ" أى لأن كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من النهر؛ لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة، فإن بيع الشرب بالشرب باطل، وإذا كانت عارية فللمعير أن يرجع متى شاء. (ك)

(١) قوله: "باطلة" لأنه بيع الجنس بالجنس نسيئة؛ لأن ماء الغد لا يكون موجوداً اليوم، والجنس بانفراده يحرم النساء، ولأنه بيع المعدوم بالمعدوم؛ لأن الماء معدوم فى النهر فى الحال؛ ولأنه مجهول القدر؛ ولأن معاوضة الشرب بمال معلوم لا يجوز، فبمجهول أولى؛ ولأنه فيه غررا، فإنه مجهول، لا يدرى أن الماء يجرى فى الوقت الثانى أم لا؟ (ك)

(٢) قوله: "مما يورث [وقد يملك بالإرث ما لا يملك بغيره من أسباب الملك (ك) وإن كان بغير أرض. غن]" بناء على أن الورثة خلف الميت، فيقومون مقامه فى إملاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته، وصدقته لا يستلزم عدم جواز ذلك، ألا ترى أن القصاص والدين والخمر تملك بالإرث، وإن لم تملك بالبيع ونحوه، والوصية أخت الميراث. (ع)

(٣) قوله: "بالانتفاع إلخ" قيد الإيصاء بالانتفاع بعين الشرب احترازا عن الإيصاء ببيع الشرب، فإن ذلك باطل على ما ذكر فى الكتاب.

(٤) قوله: "والوصية بذلك" أى بخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته، فإن ذلك لا يصح، كما لا يصح بيعه وهبته. (ك)

(٥) قوله: "للجهالة [فإنه غير معلوم القدر]" فإنه لا يصير معلوما إلا بالإشارة، أو بالكيل، أو الوزن، ولم يوجد شيء منها، فكان مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة. (عينى)

(٦) فإنه لا يدرى أن الماء يجيء، أو ينقطع. (زيلعى)

(٧) فإن الشرب عبارة عن النصيب من الماء، والماء لا يملك قبل الإحراز. (غن)

(٨) قوله: "حتى لا يضمن [رجل، ولو كان مملوكًا يضمن] إذا سقى إلخ" أى من لا شرب له من هذا النهر، إذا سقى أرضه بشرب غيره لا يضمن، وهذا على رواية الأصل، واختار فخر الإسلام أنه يضمن، كذا فى "الكفاية" و "الكافى" و"الخلاصة". فلا يرد أن ما قال صاحب "الهداية" ههنا: يناقض ما قال: سابقا فى باب بيع الفاسد، من أن الشرب يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا فى رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ؛ لأنه حظ من الماء، ولهذا يضمن بالإتلاف، وله قسط من الثمن اهـ فإن كلاميه فى المقامين مبناهما على الروايتين، تدبر. (مولانا محمد عبد الحليم)

(٩) الشرب.

(١٠) أى مهراً.

(١١) قوله: "حتى يجب إلخ" يعنى إذا تزوج الرجل امرأة على شرب بغير أرض فالنكاح جائز، وليس لها من الشرب شيء؛ لأن الشرب بدون الأرض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة. (ك)

(١٢) لو جعل الشرب مهرا.

(١٣) قوله: "ولا فى الخلع [أى لا يصلح بدل الخلع] إلخ" يعنى لو اختلعت امرأة من زوجها على شرب بغير

بدل الصلح عن الدعوى[١]؛ لأنه[٢] لا يملك بشيء من العقود[٣].

ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته[٤] بدون أرض، كما في حال حياته[٥]، وكيف يصنعُ[٦] الإمام، الأصح أن يضمه إلى أرضٍ[٧]، لا شرب لها فيبيعهما بإذن صاحبها، ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب بدونه، فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين[٨]، وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضًا بغير شرب، ثم يضم الشرب إليها[٩] وباعهما، فيصرف الثمن إلى ثمن الأرض، والفاضل[١٠] إلى قضاء الدين. وإذا سقى الرجل أرضه، أو مخرها[١١] ماءً أي ملاها، فسال من ماءها في أرض رجل، فغَرَّقها[١٢]، أو نَزَّت أرضُ جاره من هذا الماء، لم يكن عليه ضمانها؛ لأنه غير متعدّ فيه[١٣]، والله أعلم.

أرض كان باطلا، لا يكون له من الشرب شيء، ولكن الخلع صحيح، وعليها أن ترد المهر الذي أخذت؛ لأنها اختلعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوب فيه، فتصير غارة بهذه التسمية، والغرور في الخلع يلزمها رد ما قبضت، كما لو اختلعت على ما في بيتها من المتاع، فإذا ليس في بيتها شيء. (ك)

(١٤) كابين. (م)

(١٥) فالمسمّى مجهول المقدار، فإن الماء مما يزداد وينقص، وجهالة مقدار المسمى يمنع صحة التسمية. (غن)

(١) قوله: "ولا يصلح [الشرب] إلخ" يعني إذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه، إذا لم يكن عن قصاص، فإن كان عن قصاص، فعلى القاتل الدية، وأرش الجراحة. (ع)

(٢) الشرب.

(٣) قوله: "لأنه لا يملك إلخ" يعني إذا ادعى رجل قبل رجل دعوى في أرض، أو دار، أو كرم، فصالحه من دعواه على شرب بغير أرض، فإن الصلح باطل؛ لأن الصلح إذا وقع على خلاف جنس الحق كان فيه معنى البيع، وبيع الشرب بلا أرض لا يجوز، فكذا لا يجوز الصلح على الشرب من غير أرض. (غن)

(٤) أي موت صاحب الشرب.

(٥) قوله: "كما في حال حياته" فإن بيع الشراب في حال حياته لا يجوز بقدر الدين، فكذا لا يجوز بعد وفاته. (غن)

(٦) في أداء الدين.

(٧) قوله: "الأصح أن يضم إلخ" قيل: يتخذ حوضا، ويجمع فيه ذلك الماء في كل نوبة، ثم يبيعا الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم، فيقضي به الدين. (ك)

(٨) قوله: "فيصرف إلخ" فإن كان تشترى مع الشرب بمائة وخمسين، وبدون الشرب تشترى بمائة، يعرف أن قيمة الشرب خمسون درهما، فيصرف الخمسون إلى الدين. (عيني)

(٩) أي إلى هذه الأرض المشتراة.

(١٠) أي يصرف الفاضل من ثمن الأرض.

(١١) مخر آب در زمين رها كردن. (م) قال في "الصحاح": يقال: مخرت الأرض إذا أرسلت فيها الماء. (غن)

(١٢) يا نمناك گرديد زمين همسايه. (ترجمة)

(١٣) قوله: "لأنه غير متعد فيه [أي في السقي والمخر. غن]" وهذا لأن كون الفعل علة للشيء إنما يعرف بالأثر اللازم له، والأثر اللازم بفعله اجتماع الماء في أرضه، وإنما صارت أرض جاره ذات نز بالشرب والاجتذاب، وهو أمر

كتاب الأشربة[١]

سُمِّيَ بها[٢]، وهي[٣] جمع شراب؛ لما فيه[٤] من بيان حكمها[٥].

قال[٦]: الأشربة المحرمة أربعة: الخمر وهي عصير العنب[٧]، إذا غلا واشتد[٨]، وقذف بالزبد[٩]. والعصير[١٠] إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه، وهو الطلاء[١١] المذكور في "الجامع الصغير". ونقيع التمر[١٢] وهو السكر، ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلا. أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع: أحدها: في بيان مائيتها[١٣]، وهي النِّيُّ[١٤] من ماء العنب إذا صار مسكراً، وهذا عندنا، وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم[١٥]. وقال بعض الناس[١٦]: هو اسم لكل مسكر، لقوله

اتفاقي، قد يكون وقد لا يكون، فلا يضاف إلى فعله، إلا أنه لو لا فعله لما حصل هذا الفساد، فصار فعله في حق هذا الأثر سببا محضا.

والمسبب إنما يضمن إذا تعدى كحافر البئر وواضع الحجر، وفعله في أرضه مباح، فلم يضمن، قالوا: هذا إذا سقى أرضه سقيًا معتاداً، تتحمل أرضه عادة، أما إذا سقى لا تتحمل أرضه فيضمن؛ لأنه أجرى الماء إلى أرض جاره تقديراً. (ك)

(١) قوله: "كتاب الأشربة" ذكر كتاب الأشربة بعد الشرب لمناسبته بينهما في الاشتقاق، وهو اشتراك اللفظين في المعنى الأصلي، والحروف الأصول، ولكن قدم الشرب؛ لأنه حلال، والأشربة فيها حرام كالخمر. (غن)

(٢) قوله: "سمّي [أي سمي بهذا الكتاب] بها" أي سمي هذا الكتاب بالأشربة، أي أضيف إليها، والحال أن الأشربة جمع شراب، وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات، سواء كان حراماً أو حلالا، وفي استعمال أهل الشرع اسم؛ لما كان حراماً فيه؛ لما فيه إلخ. (نت)

(٣) الواو حالية.

(٤) كتاب.

(٥) كما سمّي كتاب البيوع والحدود، ولما فيه من بيان أحكامها.

(٦) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٧) شيره انگور وجز آن وهر چه افشرده باشد. (م)

(٨) قوله: "إذا غلا واشتد [بفتحتين: غليان جوشيدن وجوش زدن]" والمراد بالاشتداد الصلاحية للإسكار. (ع)

(٩) زبد محركة كفك آب وشيره وجز آن. (من)

(١٠) أي عصير العنب.

(١١) بالكسر والمد.

(١٢) قوله: "ونقيع [نقيع آب ميوه كه تر كرده باشند]" يقال: أنقع الزبيب، أو التمر في الجابية ألقاه فيها؛ ليبتل، ويخرج منه الحلاوة في الماء، واسم الشراب نقيع. (غن)

(١٣) المائية هي الماهية، والماهية ما به الشيء هو هو كماهية الإنسان، وهي حيوان ناطق. (غن)

(١٤) بالكسر وتشديد الياء: نا پخته وخام. (م)

(١٥) أي الفقه. (أعظمي)

(١٦) قيل: يريد به مالكًا والشافعي. (ع)

عليه السلام[(١)]: «كل مسكر خمر»*، وقوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين[(٢)]»**، وأشار[(٣)] إلى الكرمة[(٤)] والنخلة؛ ولأنه مشتق[(٥)] من مخامرة[(٦)] العقل، وهو موجود فى كل مسكر.

ولنا أنه[(٧)] اسم خاص[(٨)] بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه[(٩)]، ولهذا[(١٠)] اشتهر استعماله فيه وفى غيره غيره؛ ولأن حرمة الخمر قطعية[(١١)]، وهى فى غيرها ظنية، وإنما سمّى[(١٢)] خمراً[(١٣)] لتخمره[(١٤)]، لا لمخامرته العقل، على أن ما ذكرتم[(١٥)] لا ينافى كون الاسم خاصًا فيه، فإن النجم مشتق من النجوم[(١٦)]، وهو الظهور، ثم هو اسم

---

(١) قلت: أخرجه مسلم. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٩٥، والدراية ج٢ ص٢٤٧، الحديث٩٨٨ . (نعيم)

(٢) قوله: " الخمر من هاتين إلخ" قلت: أخرجه الجماعة إلا البخارى عن يزيد بن عبد الرحمن عن أبى هريرة قال: قال ﷺ: «الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة» انتهى، وفى لفظ لمسلم الكرمة والنخلة. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٥، والدراية ج٢ ص٢٤٧، الحديث٩٨٩ . (نعيم)

(٣) عليه السلام.

(٤) درخت انگور. (م)

(٥) قوله: "ولأنه مشتق إلخ" مثل هذا يجوز كما ذكر فى الوجه أنه من المواجهة، واليم من اليمم. (ك)

(٦) [يقال: خامره أى خالطه. (غن)

(٧) لفظ الخمر.

(٨) قوله: "اسم خاص إلخ" أقول: لمانع أن يمنع إطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للنى من ماء العنب إذا صار مسكراً، ألا ترى أنه قال فى "قاموس اللغة": الخمر ما اسكر من عصير العنب، أو عام، وقال: والعموم أصح؛ لأنها حرمت، وما بالمدينة خمر عنب، وما كان شرابهم، إلا البسر والتمر، انتهى. (نت)

(٩) أشار إلى النى من ماء العنب إلخ. (ع)

(١٠) قوله: "ولهذ [أى لكونه خاصًا فيه] إلخ" إيضاح لكون الاسم خاصا أى اشتهر استعمال الخمر فى النى من ماء العنب، إذا صار مسكراً، أو اشتهر فى غير العنب غير اسم الخمر، كالنبيذ والنقيع والسكر. (غن)

(١١) قوله: "ولأن حرمة الخمر قطعية" يعنى لا يصلح أن يصرف تحريمها إلا إلى عين ثبت الحرمة فى تلك العين قطعا، وغير النى ليست بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه، (أى حلة وحرمة). (ك)

(١٢) قوله: "وإنما [جواب عن قولهما: لأنه مشتق إلخ] سمى إلخ" أى إنما سمى النى من ماء العنب خمراً؛ لتخمره أى لتغيره واشتداده، وهذا المعنى غير موجود فى غيره، فلم يكن خمراً، لا لمخامرته العقل، أى ليست التسمية لمخامرته العقل، أى ستره، حتى يوجد وجه التسمية فى غير النى من ماء العنب أيضًا، فيكون خمراً. (نت)

(١٣) قوله: "خمراً" ناميده شد شراب باسم خمر بسبب مخامرة آن عقل را، اى مخالطة آن يا بسبب خمر آن عقل را اى پوشيدن آن عقل را. (ثم)

(١٤) قوله: "لتخمره" أى لشدته وقوته ليست لغيرها، حتى سميت أم الخبائث. (ك)

(١٥) من أنه مشتق من مخامرة العقل.

(١٦) يقال: نجم أى ظهر. (ك)

خاص للنجم[١] المعروف، لا لكل ما ظهر، وهذا كثير النظير[٢].

والحديث الأول[٣]: طعن فيه يحيى بن معين[٤]، والثاني[٥]: أريد به بيان الحكم[٦]، إذ هو اللائق بمنصب الرسالة، والثاني في حد[٧] ثبوت هذا الاسم[٨]، وهذا الذي ذكره في الكتاب[٩] قول أبي حنيفة.

وعندهما إذا اشتد صار خمراً، ولا يشترط القذف بالزبد؛ لأن الاسم يثبت به[١٠]، وكذا المعنى المحرم بالاشتداد، وهو المؤثر في الفساد.

ولأبي حنيفة أن الغَلَيان بداية الشدة[١١]، وكمالها بقذف الزبد، وسكونه إذ

---

(١) قوله: "هو اسم خاص للنجم المعروف" المراد أنه اسم خاص للظاهر المخصوص، وهو جنس الكواكب؛ لا أنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكواكب، هو الثريا؛ لأن معنى الظهور إنما لوحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعاً لجنس الكواكب، لا في مرتبة كونه علما له. (نت)

(٢) قوله: "وهذا كثير النظير" كالقارورة مشتق من القرار، ولا يستعمل في الكوز، وإن وجد فيه القرار، وأنظاره كثيرة. (ع)

(٣) أراد به قوله عليه السلام: «كل مسكر خمر». (غن)

(٤) قوله: "طعن فيه إلخ" [لم أجده في شيء من كتب الحديث. ت] روي عن يحيى بن معين، أنه قال: الأحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله ﷺ.

أحدها: قوله عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، والثاني: «من مس ذكره فليتوضأ»، والثالث: «كل مسكر خمر»، وكان يحيى بن معين إماماً حافظاً متقناً، حتى قال أحمد بن حنبل رحمه الله: "كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين، فليس بحديث". (ع)

(٥) قوله: "والثاني [وهو قوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين». غن] أريد به بيان الحكم" وهو الحرمة؛ لأن نقيع التمر حرام، لا بيان الحقيقة؛ لأن النبي عليه السلام مبعوث لبيان الأحكام، لا لبيان الحقائق، بأن يقول: هذا حجر، وهذا شجر؛ لأن كل واحد يعلم ذلك من آحاد الناس. (غن)

(٦) لا بيان اللغة والوضع.

(٧) أي مرتبة.

(٨) أي اسم الخمر.

(٩) هو ما ذكر في "القدوري" بقوله: وهو عصير العنب إذا غلا واشتد، وقذف بالزبد.

(١٠) قوله: "لأن الاسم يثبت به [أي بالاشتداد]" أي بكونه مخامرا للعقل، وهو الاشتداد، فيكفي الاشتداد، وفيه أنه مصادرة على المطلوب؛ لأن مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد، ولا يقبله أبو حنيفة، بل يقول: باشتراط القذف بالزبد.

وكذا المعنى المحرم، وهو الإسكار يحصل بالاشتداد، وهو أي ذلك المعنى المحرم أي الاسكار المؤثر في الفساد أي في إيقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى، فأما الغليان والقذف بالزبد فيرق ويصفو، ولا تأثير لهما في إحداث صفة السكر، وفيه أن هذا يشعر بكون حرمة الخمر معلولة، وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام، غير معلول بالسكر، نعم! إنما يلائم قول من قال: إنها معلولة بالسكر، كما ذكره المصنف فيما بعد، فتدبر. (مولانا عبد الحليم)

(١١) قوله: "ولأبي حنيفة إلخ" أي لأبي حنيفة أن الخمر هي التي من ماء العنب إذا غلا، ومطلق الغليان ينصرف إلى الكامل، وكماله بأن يصير أعلاه أسفل، وذلك بقذف الزبد، فقبل ذلك يكون ناقصاً، والناقص موجود من وجه دون

به[١] يتميز الصافى من الكدر[٢]، وأحكام الشرع قطعية[٣]، فتناط بالنهاية[٤] كالحد، وإكفار المستحل وحرمة البيع، وقيل[٥]: يؤخذ فى حرمة الشرب[٦] بمجرد الاشتداد احتياطًا.

والثالث: أن عينها حرام غير معلول[٧] بالسكر[٨]، ولا موقوف عليه، ومن الناس من أنكر حرمة عينها، وقال: إن السكر منها حرام[٩]؛ لأن به يحصل الفساد، وهو الصد[١٠] عن ذكر الله تعالى، وهذا[١١] كفر؛ لأنه جحود الكتاب، فأنه سماه[١٢] رجسًا[١٣]، والرجس ما هو محرم العين[١٤]، وقد جاءت السنة متواترة[١٥]، أن النبى عليه السلام حرم الخمر، وعليه انعقد الإجماع.

ولأن قليله يدعو إلى كثيره، وهذا من خواص الخمر[١٦]، ولهذا تزداد لشاربه

وجه، والإباحة كانت ثابتة بيقين، فلا يزول بالشك، وأحكام الخمر مقطوع بها، فلا يصح إثباتها بما فيه شبهة، والأصل فى الحدود اعتبار الكمال فى سببها، كحد الزناء والسرقة؛ لأن فى النقصان شبهة العدم، والحدود تندرى بالشبهات. (غن)

(١) قوله: "إذ به" أى بقذف الزبد يتميز الصافى من الكدر؛ لأن أسفله يصير أعلاه، فيميز فائقه من كدره. (ب)

(٢) بكسر دال: تيره.

(٣) أى الأحكام الثابتة فى الخمر قطعية. (ك)

(٤) نوط -بالفتح- درآويختن. (م)

(٥) أى قال بعض المشائخ.

(٦) فى وجوب الحد على الشارب بقذف الزبد. (زيلعى)

(٧) أى ليس أن يكون حرامًا لكونه مسكرًا، ولهذا لا يتوقف على السكر، بل قطرة منها حرام. (ك)

(٨) ولا بالإسكار.

(٩) قوله: "وقال: إن السكر إلخ" السكر حرام فى جميع الأديان، وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى، لئلا نقع فى الخطر، ونحن مشهود لنا بالخيرية. (عناية)

(١٠) -بالفتح وتشديد دال- باز داشتن. (م)

(١١) إنكار حرمة العين.

(١٢) الله.

(١٣) قوله: "رجسًا [پليدى. من]" قال الله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان﴾. (ك)

(١٤) دليله قوله تعالى: ﴿ولحم خنزير﴾، فإنه رجس، ولحمه حرام نجس عينا بلا شبهة، فكذا الخمر. (غن)

(١٥) قوله: "وقد جاءت السنة [أخرجها أصحاب الصحاح وغيرها] إلخ" معناه جاء عن النبى ﷺ فى الخمر أحاديث، كلها تدل على حرمة الخمر، وكل واحد منها، وإن لم يبلغ حد التواتر، فالقدر المشترك بينها متواتر، كشجاعة على رضى الله تعالى عنه، وجود حاتم، ويسمى هذا تواتر المعنى. (ع)

(١٦) قوله: "وهذا" أى دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر، بخلاف غيرها من الأشربة، ففيها من الغلظ ما لا يدعو قليلها إلى كثيرها، فقد قيل ما من طعام وشراب إلا ولذته فى الابتداء تزيد على اللذة التى فى الانتهاء إلا الخمر،

اللذة بالاستكثار منه، بخلاف سائر المطعومات[١]، ثم هو[٢] غير معلول عندنا، حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات.

والشافعي يعديه إليها[٣]، وهذا بعيد؛ لأنه[٤] خلاف السنة المشهورة[٥]، وتعليل لتعدية الاسم[٦]، والتعليل في الأحكام، لا في الأسماء.

والرابع: أنها نجسة نجاسة غليظة، كالبول؛ لثبوتها بالدلائل القطعية[٧]، على ما بيناه، والخامس: أنه يكفر مستحلها[٨]؛ لإنكاره الدليل القطعي.

والسادس: سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها[٩]، ولا يجوز بيعها؛ لأن الله تعالى[١٠] لما نجسها فقد أهانها، والتقوم يشعر بعزتها[١١].

وقال عليه السلام[١٢]: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها»*،

ولهذا يزداد حرصه على شربها إذا أصاب شيئًا، وإذا كان قليلها داعيا إلى الكثير كان محرمًا كالكثير. (كف)

(١) قوله: "بخلاف سائر المطعومات" لو قال: سائر المسكرات، أو قال: بخلاف سائر المشروبات، لكان أولى؛ لأنه يريد الفرق بين الخمر وسائر المسكرات، لا بينها وبين سائر المطعومات؛ لأنه ساق كلامه في جواب الشافعي، وقد عدى الشافعي حكم الخمر إلى سائر المسكرات لا إلى سائر المطعومات. (غن)

(٢) أي حرمة الخمر. أي النص الوارد في الخمر. (ك)

(٣) قوله: "يعديه إليها" أي جعل الحرمة الثابتة في الخمر معلومة بالمخامرة، فعدى حكمها إلى غيرها من المسكرت، حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياساً على الخمر. (ك)

(٤) قوله: "لأنه [أي لأن تعليل الشافعي. غن] خلاف إلخ" الحق عندي أن تعليلها بالإسكار ينافي حرمة عينها؛ لأن قليلها ليس بسكر، فيلزم أن لا يكون حراماً؛ لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالإسكار، وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم أيضًا كالمخامرة ونحوها، فالظاهر أنه لا ينافي حرمة عينها. (نت)

(٥) فإنه قال عليه السلام: «حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب». (كف)

(٦) قوله: "وتعليل لتعدية الاسم" فإنه يثبت اسم الخمر لسائر الأشربة بمعنى المخامرة، ثم يثبت حكم الخمر في سائر الأشربة، فهذا تعليل لتعدية الاسم، والتعليل لتعدية الأحكام لا الأسماء؛ لأن وضع اللغة ليس بقياس، وإنه توقيفي. (ك)

(٧) قوله: "لثبوتها بالدلائل [من الكتاب والإجماع والسنة] إلخ" أقول: فيه شيئ، وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بيناه فيما مر آنفًا، إنما هو حرمتها لا نجاستها نجاسة غليظة، نعم! واحد من تلك الدلائل، وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة، فإنه مسماها رجسًا، والرجس هو القذر على ما بيناه، فالأولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال: وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم؛ لأنها سميت رجساً بالنص القطعي. (نت)

(٨) قوله: "يكفر مستحلها" وذلك لأنه أنكر الكتاب والسنة والإجماع؛ لأن حرمتها تثبت قطعا بهذه الأشياء. (غن)

(٩) هذا لا يدل على إباحة إتلافها. (ع)

(١٠) قوله: "لأن الله تعالى إلخ" أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل ينتقض بالسرقين، فإنه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه عندنا، كما مر. (نت)

(١١) قوله: "والتقوم إلخ" معنى قولنا أن الشيئ متقوم، أنه مما يجب إبقاءه إما بعينه، أو بماليته، وهي القيمة القائمة مقامه، فيكون ذلك إشعاراً بعزته. (ك)

(١٢) رواه في "كتاب الآثار". (غن)

واختلفوا في سقوط ماليتها[١]، والأصح أنه مال[٢]؛ لأن الطباع تميل إليها وتضن[٣] بها، ومن كان له على مسلم دين، فأوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه، ولا لمديون أن يؤديه؛ لأنه ثمن بيع باطل، وهو غصب في يده[٤]، أو أمانة[٥] على حسب ما اختلفوا فيه[٦] كما في بيع الميتة[٧]، ولو كان الدين على ذمي فإنه يؤديه من ثمن الخمر، والمسلم الطالب يستوفيه؛ لأن بيعها فيما بينهم[٨] جائز.

والسابع: حرمة الانتفاع بها[٩]؛ لأن الانتفاع بالنجس حرام[١٠]؛ ولأنه واجب الاجتناب، وفي الانتفاع به اقتراب.

والثامن: أن يحد شاربها، وإن[١١] لم يسكر منها؛ لقوله عليه السلام[١٢]: «من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاقتلوه»*، إلا أن حكم القتل قد انتسخ[١٣]، فبقي الجلد مشروعًا، وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم[١٤]، وتقديره ما ذكرناه في ا لحدود[١٥].

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٩، والدراية ج٢ ص٢٤٨ تحت الحديث٩٨٩ . (نعيم)

(١) قوله: "في سقوط إلخ" ثم هل يباح إتلاف الخمر، نقل عن الإمام مجد الدين أنه قال: والصحيح أنه لا يباح الإتلاف إلا لغرض صحيح، كما إذا كانت عند فاسق يشربها غالبًا لو تركت عنده، - ى لو كانت عند صالح لا يباح الإتلاف، فإنها مملوكة له، وفي بقاءها فائدة التخليل. (غن)

(٢) قوله: "والأصح أنه مال" وذلك لأن المال ما يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل والمنع والخمر بهذه المثابة، فيكون مالا، ولكنها ليست بمتقومة لما قلنا. (غن)

(٣) ضن -بالكسر وتشديد نون- بخيلى كردن. (ن)

(٤) لأنه أخذ بغير إذن الشرع. (ك)

(٥) لأنه أخذ برضاء صاحبه . (ك)

(٦) قوله: "على حسب ما اختلفوا فيه" أي في ثمن البيع الباطل، فمذهب الشيخ أبي سعيد البردعي أنه مضمون، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وذهب الشيخ أبو نصر أحمد أنه أمانة، وقد مر تمام ذلك في البيع الفاسد. (غن)

(٧) فإنه باطل.

(٨) أهل الذمة.

(٩) قوله: "الانتفاع بها" يريد به التداوي بالاحتقان، وسقى الدواب والإقطار في الإحليل. (م)

(١٠) قوله: "لأن الانتفاع إلخ" أقول: انتقاض هذا التعليل بالسرقين أظهر مما مر. (نت)

(١١) الواو وصلية.

(١٢) رواه ابوداود في "سننه"، كذا قال ابن الهمام في "فتح القدير" في باب حد الشرب.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٩، والدراية ج٢ ص٢٤٨ تحت الحديث٩٨٩ . (نعيم)

(١٣) قوله: "قد انتسخ إلخ" أي بقوله عليه السلام: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث» الحديث. (ك)

(١٤) قوله: "وعليه [أي على الجلد. ت] انعقد إلخ" وذلك لأن الصحابة رضي الله عنهم في خلافة عمر رضي الله

جـ7 19 B

والتاسع: أن الطبخ لا يؤثر فيها[١]؛ لأنه للمنع من ثبوت الحرمة، لا لرفعها بعد ثبوتها[٢]، إلا أنه لا يحد فيه[٣] ما لم يسكر منه على ما قالوا[٤]؛ لأن الحد بالقليل فى النى خاصة لما ذكرناه[٥]، وهذا قد طبخ.

والعاشر: جواز تخليلها، وفيه خلاف الشافعى، وسنذكره من بعد[٦] إن شاء الله تعالى، هذا هو الكلام فى الخمر.

وأما العصير[٧] إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه، وهو المطبوخ أدنى طبخة، ويسمى الباذق[٨]، والمنصف[٩]: وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، فكل ذلك حرام عندنا[١٠] إذا غلا واشتد، وقذف بالزبد، أو إذا اشتد على الاختلاف[١١].

وقال الأوزاعى: إنه مباح، وهو قول بعض المعتزلة؛ لأنه مشروب طيب، وليس بخمر.

تعالى عنه أجمعوا على وجوب الحد على من شرب الخمر ثمانين، إذا كان حرًا، وقد مر بيانه مستوفى فى كتاب الحدود، فإن شربها إنسان لخوف العطش المهلك لا بأس به، كما لو شرب البول. (غن)

(١٥) قوله: "ما ذكرناه" حيث قال فى باب حد الشرب وحد الخمر والسكر فى الحر ثمانون سوطًا لإجماع الصحابة رضى الله عنهم، وإن كان عبدا فحده أربعون؛ لأن الرق منصف.

(١) قوله: "لا يؤثر فيها" أى فى الخمر بعد أن صار خمرًا، يعنى أن الخمر إذا طبخت حتى ذهب ثلثاه لا يحل. (ب)

(٢) قوله: "لا لرفعها" لأن أثر الطبخ فى إزالة صفة الإسكار، والخمر حرام وموجب للحد بعينها لا للإسكار. (عينى)

(٣) أى فى المطبوخ.

(٤) قوله: "على ما قالوا" قال شيخ الإسلام خواهر زاده: لم يذكر محمد أنه إذا شرب بعد الطبخ، ولم يسكر هل يجب عليه الحد، ثم قال: يجب أن لا يجب عليه الحد؛ لأنه ليس بخمر لغة، فإن الخمر لغة هو النى من ماء العنب، وهذا ليس بنىّ. (عناية)

(٥) وهو ما ذكره أن قليله يدعو إلى كثيره. (ك)

(٦) فى آخر الباب. (غن)

(٧) أى عصير العنب.

(٨) قوله: "ويسمى الباذق" قال فى "القاموس": الباذق -بكسر الذال وفتحها- ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة، فصار شديداً، وقال فى "المغرب" الباذق من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديداً. (نت)

(٩) قوله: "والمنصّف" مرفوع لا غير معطوف على المطبوخ فى قوله، وهو المطبوخ أدنى طبخة، والمعنى أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه على قسمين، أحدهما المطبوخ أدنى طبخة، وهو المسمى بالباذق، والآخر المنصف، وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، وكل واحد منهما حرام عندنا، والطلاء عام للباذق والمنصف. (نت)

(١٠) قوله: "حرام عندنا" عن داود بن أبى هند قال: قلت لسعيد بن المسيب: الطلاء الذى أحله عمر رضى الله تعالى عنه للناس ما هو؟ قال: هو الذى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه، وكتب إلى الأنصار، وكان ذلك بحضرة من الصحابة من غير نكير، فدل ذلك على أن حد الإباحة ذهب ثلثيه، فما دون ذلك على التحريم. (غن)

(١١) الذى مر بين الإمام وصاحبيه، أى إذا غلا واشتد، وقذف بالزبد عند الإمام أبى حنيفة، وعندهما إذا اشتد. (ك)

ولنا أنه رقيق ملذ مطرب[١]، ولهذا يجتمع عليه الفساق، فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به.

وأما نقيع التمر وهو السكر[٢]، وهو النى[٣] من ماء التمر[٤] أى الرطب، فهو حرام مكروه[٥].

وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح؛ لقوله تعالى: ﴿تتخذون[٦] منه سكرًا ورزقًا حسنًا﴾ امتن[٧] علينا به، وهو[٨] بالمحرم لا يتحقق.

ولنا إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم[٩]، ويدل عليه ما رويناه من قبل[١٠]، والآية محمولة على الابتداء[١١]، وكانت الأشربة مباحة كلها.

وقيل: أراد به التوبيخ[١٢] معناه[١٣] -والله أعلم- تتخذون منه سكرًا وتدعون[١٤] رزقًا حسنًا.

---

(١) بنشاط در آرنده. (م)

(٢) السكر -بفتحتين- عصير الرطب إذا اشتد. (مغرب)

(٣) بالكسر وتشديد ياء: نا پخته وخام. (م)

(٤) قوله: "أى الرطب" قال جمهور الشراح: إنما فسر التمر بالرطب؛ لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر، وهو حلال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف على ما سيجيء، انتهى.
أقول فيه نظر، لأن الذى كان اسمه نبيذ التمر، وكان حلالا عند أبى حنيفة وأبى يوسف إنما هو ما اتخذ من التمر، وطبخ أدنى طبخة، كما صرح به فى المعتبرات، وسيجيء فى الكتاب، والذى ذكر ههنا إنما هو نقيع التمر إذا لم يطبخ، كما أفصح عنه بقوله، وهو النى إلخ، ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا، فلا حاجة إلى تفسير التمر بالرطب. (نت)

(٥) قوله: "فهو حرام مكروه" إشارة إلى أن حرمة نقيع التمر ليست كحرمة الخمر؛ لأن حرمة الخمر قطعية قوية، وهذه اجتهادية ضعيفة. (غن)

(٦) قوله: "تتخذون" قال الله تعالى: ﴿ومن ثمرات النخيل والأعناب﴾ يعنى ولكم عبرة فيما نسقيكم ونرزقكم من ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرًا، والكناية فى منه، عائدة إلى محذوفة، أى ما تتخذون منه سكرًا ورزقًا حسنًا، كذا فى "معالم التنزيل".

(٧) الله تعالى.

(٨) امتنان.

(٩) يعنى على تحريم السكر وهو النى من ماء التمر. (ت)

(١٠) قوله: "عليه ما رويناه" يعنى قوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين»، وأشار إلى الكرمة والنخلة. (ع)

(١١) قوله: "محمولة على الابتداء" لأنها مكية، وحرمة الخمر بالمدينة، هذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان، كما قال الخصم، وقيل: أراد به التوبيخ، معناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرًا حرامًا، وتدعون رزقًا حسنًا. (ع)

(١٢) لا الامتنان.

(١٣) ففى الآية إضمار.

(١٤) أى تتركون. (ك)

وأما نقيع الزبيب[١]، وهو النى[٢] من ماء الزبيب، فهو حرا إذا اشتد[٣] وغلا[٤]، ويتأتى فيه خلاف الأوزاعى، وقد بينا المعنى من قبل[٥]، إلا أن حرمة هذه الأشربة[٦] دون حرمة الخمر، حتى لا يكفر مستحلها[٧]، ويكفر مستحل الخمر؛ لأن حرمتها اجتهادية، وحرمة الخمر قطعية، ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر.

ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة فى رواية،[٨] وغليظة فى أخرى، ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة، ويجوز بيعها[٩]، ويضمن متلفها عند أبى حنيفة. خلافا لهما[١٠] فيهما[١١]؛ لأنه مال متقوم[١٢] وما شهدت دلالة قطعية، بسقوط تقومها، بخلاف الخمر[١٣]، غير أن عنده تجب قيمتها[١٤] لا مثلها على ما عرف[١٥]، ولا ينتفع بها[١٦] بوجه من الوجوه؛ لأنها محرمة[١٧].

---

(١) قوله: "وأما نقيع الزبيب إلخ" وإنما قيد بنقيع الزبيب؛ لأن نبيذ الزبيب، وهو الذى طبخ أدنى طبخة، يحل شربه إلى سكر عند أبى حنيفة وأبى يوسف، كالثلث العنبى عندهما، وعند الأوزاعى وشريك يباح نبيذ الزبيب، وإنما يحرم القدح المسكر. (غن)

(٢) خام.

(٣)وقذف بالزبد. (زيلعى)

(٤) أى غلا بنفسه لا بالنار. (غن)

(٥) وهو قوله: ولنا أنه رقيق ملذ مطرب. (ك)

(٦) أى عصير العنب التى ذهب منها بالطبخ أقل من ثلثه، ونقيع التمر ونقيع الزبيب. (من)

(٧) قوله: "حتى لا يكفر إلخ" لقائل أن يقول: من هذه الأشربة نقيع التمر، وهو السكر، وقد قال المصنف سابقًا: إن حرمته تثبت بإجماع الصحابة وإجماع الأمة، سيما إجماع الصحابة دليل قطعى، فينبغى أن يكفر جاحده، ويمكن أن يجاب عنه: بأن نقل الإجماع قد لا يكون بالتواتر، فلا يفيد مثل ذلك الإجماع القطع، لعدم القطع فى طريق نقله إلينا، كما تقرر فى الأصول. (نت)

(٨) ففى رواية الغليظة تمنع ما زاد على الدرهم، وفى رواية الخفيفة لا تمنع إلا الكثير الفاحش. (غن)

(٩) لكنه يكره. (ن)

(١٠) يعنى أن أبا يوسف ومحمد لا يجوزان بيع هذه الأشربة، ولا بضمان متلفها. (غن)

(١١) أى فى البيع والضمان. (ك)

(١٢) قوله: "لأنه مال متقوم إلخ" فيه نظر أما أولا، فلأنهم صرحوا بأن معنى تقوم المال إباحة الانتفاع به شرعا، وسيجئ التصريح عن قريب، بأن هذه الأشربة مما لا ينتفع به بوجه من الوجوه، فكيف يتصور التقوم فيها، وأما ثانيًا فلأن الدلالة القطعية إنما تعتبر فى حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل، وما نحن فيه من العمليات، فينبغى أن يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن. (نت)

(١٣) فإنه لا يجوز بيع الخمر ولا يضمن متلفها. (غن)

(١٤) كما إن أتلف المسلم خمر الذمى. (ع)

(١٥) قوله: "على ما عرف" أى أن المسلم ممنوع عن التصرف فى الحرام، فلا يكون مأمورًا بإعطاء المثل. (ك)

وعن أبي يوسف[١] أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين.

وقال في "الجامع الصغير"[٢]: وما سوى ذلك من الأشربة، فلا بأس به، قالوا[٣]: هذا الجواب على هذا العموم[٤] والبيان لا يوجد في غيره[٥]، وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة[٦] والشعير[٧] والعسل والذرة[٨] حلال عند أبي حنيفة، ولا يحد شاربه عنده، وإن[٩] سكر منه، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم.

ومن ذهب عقله بالبنج[١٠] ولبن الرماك[١١]، وعن محمد أنه حرام[١٢]، ويحد شاربه إذا سكر منه ويقع طلاقه[١٣] إذا سكر منه كما في سائر الأشربة المحرمة.

---

(١٦) كما في الخمر.

(١٧) قوله: "لأنها محرمة" أقول: في التعليل بحث، إذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به، ألا يرى أن السرقين نجس العين محرمة التناول قطعاً، مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى في الأراضي لاستكثار الريع، ولهذا يجوز بيعه، كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية. (نت)

(١) قوله: "وعن أبي يوسف [والمشهور عن أبي يوسف أن بيعه لا يجوز، كذا في "غاية البيان"] إلخ" أقول: لا يذهب عليك، أن حق هذه الرواية أن تذكر قبل قوله، ولا ينتفع به بوجه من الوجوه من شعب جواز بيع الأشربة، وقوله ولا ينتفع بها إلخ مسألة مستقلة، دخلت في البين. (نتائج)

(٢) قوله: "وقال في "الجامع الصغير" إلخ" أورد رواية "الجامع الصغير"، وهو قوله: وما سوى ذلك من الأشربة، أي ما سوى المذكور، وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء، وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في "الجامع الصغير"، لا يوجد في غيره. (عناية)

(٣) أي فخر الإسلام وغيره في خروج "الجامع الصغير". (ع)

(٤) أي هذا الحكم أي لا بأس.

(٥) أي في غير "الجامع الصغير".

(٦) گندم.

(٧) جو.

(٨) بالضم وفتح راء: غله ايست معروف كه آنرا جوارى گويند. (م)

(٩) الواو متصلة.

(١٠) قوله: "ومن ذهب عقله بالبنج [اجوائن خراسانى]" قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه: أكل قليل سقمونيا والبنج مباح للتداوي، وما زاد على ذلك إذا يقتل، أو يذهب العقل، فهو حرام. (غن)

(١١) قوله: "ولبن الرماك [جمع رمكة: ماديان اسپ]" قلت: الذي يفعله ترك مصر من لبن الرماك ينبغي أن يكون حراماً؛ لأنهم يأخذون اللبن الخالص من الرمكة، ويتركون أياماً، حتى يشتد جدا، ويخلطون به السكر، ويشربونه للهو والطرب، ويسكرون منه كما يسكر أحدنا من غيره من السكرات، وربما يضيفون إليه أشياء آخر، ويسكرون منه كالخمر. (عيني)

(١٢) والفتوى على قول محمد، كذا ذكر الإمام المحبوبي. (ن)

(١٣) زجراً له.

وقال فيه أيضاً[١]: وكان أبو يوسف يقول: ما كان من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام[٢] ولا يفسد[٣]، فإني أكرهه، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة[٤]، وقوله الأول مثل قول محمد: إن كل مسكر حرام؛ إلا أنه تفرد[٥] بهذا الشرط[٦].

ومعنى قوله: يبلغ يغلي ويشتد[٧]، ومعنى قوله: ولا يفسد لا يحمض[٨]، ووجهه[٩] أن بقاء هذه المدة[١٠] من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته، فكان آية حرمته، ومثل ذلك مروى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما[١١].

وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذى ذكرناه[١٢] فيما يحرم أصل شربه، وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله تعالى، وأبو يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة، فلم يحرم كل مسكر، ورجع عن هذا الشرط أيضاً[١٣].

---

(١) أى فى "الجامع الصغير"

(٢) أى يغلى ويشتد.

(٣) أى لا يحمض.

(٤) قوله: "ثم رجع إلى قول أبي حنيفة" يعنى قال: مثل ما قال أبوحنيفة فى نبيذ التمر والزبيب: إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إلى السكر. (غن)

(٥) قوله: "إلا أنه تفرد إلخ" فالحاصل أن أبا يوسف كان يقول أولا: مثل قول محمد: إن كل مسكر حرام؛ لكنه وحده شرط أن لا يفسد بعد ما يبلغ عشرة أيام.

فهاتان مسألتان: إحداهما: أن كل مسكر حرام عند محمد و أبى يوسف أولا، ثم رجع إلى قول أبى حنيفة.

والثانية: أن الأشربة نحو السكر، ونقيع الزبيب إذا غلا واشتد حرام عندهما، وعند أبى يوسف كذلك، ولكن بشرط أن يبقى بعد عشرة أيام، ولا يفسد أى لا يحمض، ثم رجع إلى قولهما. (كف)

(٦) أى بشرط أن لا يفسد بعد عشرة أيام. (غن)

(٧) غليان -بفتحتين- جوشيدن وجوش زدن. (م)

(٨) حمض حموضة: ترش مزه گرديد.

(٩) أى وجه شرط عشرة أيام.

(١٠) أى عشرة أيام. (من)

(١١) قوله: "ومثل ذلك مروى [قلت: غريب] إلخ" روى عن ابن عباس أنه قال: كل نبيذ يفسد بعد إبانة، فلا بأس به، وكل نبيذ يزداد جودة على طول الترك بعد إبانة، فلا خير فيه، فالإبانة عندهم عشرة، يريد أن كل نبيذ يفسد أى يحمض عند إبانة، فلا بأس بشربه؛ لأنه قبل إبانة كان حلواً، وعند إبانة صار خلاًّ، ما إذا لم يحمض عند إبانة، ولكن غلا واشتد، وزاد مرارة لا يحل شربه عندهم. (غن)

(١٢) قوله: "على الحد الذى ذكرناه" وهو الغليان والشدة والقذف بالزبد فيما يحرم أصل شربه، وهو الخمر، وفيما يحرم السكر منه، وهو نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة، يعنى كما أن الخمر لا يثبت الأوان يثبت على هذا الحد من الغليان والاشتداد، والقذف بالزبد، لايثبت كون السكر من هذين الشرابين حراماً، إلا بثبوت هذا الحد فيهما، وهو الغليان والاشتداد، والقذف بالزبد. (كفاية)

(١٣) وهو شرط أن لا يفسد بعد عشرة أيام. (غن)

وقال في "المختصر"[١]: ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال، وإن[٢] اشتد[٣] إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكر من غير لهو ولا طرب[٤]، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد والشافعي حرام[٥]، والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي[٦]، ونذكره إن شاء الله تعالى.

قال[٧]: ولا بأس بالخليطين[٨]؛ لما روى عن ابن زياد أنه قال: سقاني ابن عمر[٩] شربة ما كدت أهتدى إلى أهلي، فغدوت إليه من الغد، فأخبرته بذلك، فقال: ما زدناك على عجوة[١٠] وزبيب، وهذا من الخليطين، وكان مطبوخاً؛ لأن المروى[١١] عنه[١٢] حرمة نقيع الزبيب، وهو النيّ منه.

وما روى: «أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب[١٣] والزبيب والرطب والرطب والبسر»* محمول على حالة الشدة[١٤]، وكان ذلك في

(١) قوله: "وقال في المختصر" أي مختصر القدوري: وهو عطف على قوله، في أول كتاب الأشربة، قال: الأشربة المحرمة أربعة. (غن)

(٢) الواو وصلية.

(٣) وغلا وقذف بالزبد. (غن)

(٤) شادماني.

(٥) قليله أو كثيره.

(٦) قوله: "والكلام فيه إلخ" أي حكم نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة حكم العصير من ماء العنب، إذا طبخ وذهب ثلثاه، والكلام في مثلث العنب يجيء بعد هذا، والجواب ههنا مثل الجواب ثمة. (غن)

(٧) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "ولا بأس بالخليطين" وهو عبارة عن نقيع التمر ونقيع الزبيب يخلطان، فيطبخ بعد ذلك أدنى طبخة ويترك إلى أن يغلي ويشتد. (غن)

(٩) قوله: "سقاني ابن عمر [رواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار". ت] إلخ" وابن عمر كان معروفاً بالزهد والفقه بين الصحابة، فلا يظن به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه، أو يشربه ما كان حراماً، وهذا يفيد أن المتخذ من العجوة والزبيب حلال وإن اشتد وصار مسكراً؛ لأن الذي سقاه كان مسكراً، ألا ترى إلى قوله: ما كدت أهتدى إلى أهلي. (ك)

(١٠) نوع من أجود التمر. (غن)

(١١) قلت: غريب. (ت)

(١٢) أي عن ابن عمر.

(١٣) قوله: "نهى عن الجمع إلخ" أخرج البخاري ومسلم وباقي الستة عن جابر عن النبي ﷺ: «أنه نهى أن ينبذ الزبيب والتمر جميعاً ونهى أن ينبذ البسر والرطب جميعاً» انتهى، وفي لفظ فيه لمسلم أن النبي ﷺ قال: «لا تنبذوا الرطب والزبيب جميعاً ولكن انبذوا كل واحد على حدة»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٠٠، والدراية ج٢ ص٢٤٩، الحديث ٩٩٠. (نعيم)

الابتداء[١].

قال[٢]: ونبيذ العسل والتين[٣] ونبيذ الحنطة والذرة[٤] والشعير[٥] حلال وإن[٦] لم يطبخ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى إذا كان من غير لهو وطرب؛ لقوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين[٧]»*، وأشار إلى الكرمة والنخلة، خص[٨] التحريم بهما.

والمراد بيان الحكم[٩] ثم قيل: يشترط الطبخ فيه[١٠]؛ لإباحته، وقيل: لا يشترط، وهو المذكور في الكتاب[١١]؛ لأن قليله لا يدعو إلى كثيرة[١٢] كيف ما

---

(١٤) قوله: "محمول على حالة الشدة" أي العسرة والقحط، حيث كره للأغنياء الجمع بين النعمتين، بل يستحب أن يأكل أحدهما ويؤثر الآخر على جاره، حتى لا يشبع هو وجاره جائع، وما روينا من الإباحة محمول على حالة السعة بين الناس، حيث أباح الجمع بين النعمتين، هكذا روى عن ابراهيم النخعي، كذا في "مبسوط شيخ الإسلام". (ك)

(١) قوله: "وكان ذلك [يعني النهي عن الخليطين. ت] في الابتداء" أي النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان للمسلمين ضيق وشدة. (ع)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) انجير.

(٤) قوله: والذرة [جواري]" بالضم وتشديد راء: نام غله كه آنرا ارزن گويند، وبمعنى غله زرت كه آن را بهندى جوار گويند. (غث)

(٥) وإن اشتد وغلا.

(٦) الواو وصلية.

(٧) قد مر هذا الحديث في أول كتاب الأشربة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٥، والدراية ج٢ ص٢٤٧، الحديث ٩٨٩. (نعيم)

(٨) صلّى الله عليه وسلّم.

(٩) قوله: "والمراد بيان الحكم [لا بيان اللغة]" وهو حرمة ما يتخذ من ثمرها، فيكون ما وراءهما مباحًا بالنصوص العامة. (ك)

(١٠) قوله: "ثم قيل يشترط الطبخ فيه [أدنى طبخة]" أي في كل واحد من هذه الأنبذة المتخذة من العسل والتين والحنطة هو الذرة والشعير؛ لأن الأشربة المتخذة من هذه الأشياء بمنزلة نقيع التمر والزبيب، والطبخ شرط فيهما للإباحة، فكذا ههنا. (غن)

(١١) قدوري.

(١٢) قوله: "لأن قليله إلخ" أقول هذا التعليل منظور فيه، فإن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط فيه الطبخ للإباحة بلا خلاف، مع أن قليل ذلك أيضًا لا يدعوا إلى كثيره، كيف ما كان، فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر، كما مر.

فالظاهر في التعليل ما في "غاية البيان": وهو أن حال هذه الأشربة دون نقيع التمر والزبيب، فإن نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصله للخمر شرعا، فإن أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال ﷺ: «الخمر من هاتين الشجرتين»، وقد شرط أدنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر، فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة في هذه الأشربة؛ ليظهر نقصان هذه الأشربة عن نقيع التمر والزبيب. (نت)

كان[١]، وهل يحد في المتخذ[٢] من الحبوب[٣] إذا سكر منه؟ قيل[٤]: لا يحد[٥]، وقد ذكرنا الوجه[٦] من قبل. قالوا: والأصح أنه يحد، فإنه روى عن محمد[٧] فيمن سكر من الأشربة، أنه يحد من غير تفصيل، وهذا[٨] لأن الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة، بل فوق ذلك.

وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد، فهو على هذا[٩]، وقيل: إن المتخذ من لبن الرماك[١٠] لا يحل عند أبي حنيفة اعتباراً بلحمه؛ إذ هو[١١] متولد منه.

قالوا: والأصح أنه يحل؛ لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه، فلا يتعدى إلى لبنه.

قال[١٢]: وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه، وبقي ثلثه حلال وإن[١٣] اشتد[١٤]، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد ومالك والشافعي: حرام[١٥]، وهذا الخلاف فيما إذا قصد به التقوى[١٦]، أما إذا قصد به

(١) أي مطبوخاً كان أو غير مطبوخ.

(٢) عند الشيخين.

(٣) كالبر والشعير والذرة وغيرها.

(٤) القائل: الفقيه أبو جعفر.

(٥) عند الشيخين.

(٦) قوله: "وقد ذكرنا الوجه" إشارة إلى ما ذكر أن السكران منه بمنزلة النائم، ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك، وهذا لأن النص ورد بالحد في الخمر، وهذا ليس في معناه، فلو وجب الحد فيه لكان بطريق القياس، وذا لا يجوز. (ك)

(٧) قوله: "فإنه روى عن محمد إلخ" هذا لا يناسب، فإن الكلام على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، والمذكور سابقا قولهما، فالتفريع على قولهما.

وأما محمد: فيخالفهما في أصل المسألة، حيث لا يقول: بحل المتخذ من الحبوب، إذا اشتد وغلا، فيجوز أن يقول بالحد إذا سكر منه، وأما هما فيقولان يحل ذلك، فيكون المروى عن محمد حجة في حقهما، ولذا ترك صاحب "الكافي" هذا التعليل، واكتفى بما ذكره المصنف فيما بعد، بقوله: وهذا لأن الفساق إلخ. (نت)

(٨) أي الحد.

(٩) أي قيل: يحد، وقيل: لا يحد، يعني إذا سكر. (غن)

(١٠) ماديان اسپ.

(١١) لبن.

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٣) والواو وصلية.

(١٤) وغلا.

(١٥) قليله وكثيره. (غن)

(١٦) -توانا شدن- على الطاعة.

التلهّى لا يحل بالاتفاق.

وعن محمد مثل قولهما[١]، وعنه أنه كره ذلك[٢]، وعنه أنه توقف فيه[٣].

لهم فى إثبات الحرمة قوله عليه السلام*: «كل مسكر خمر[٤]»، وقوله عليه السلام**: «ما أسكر كثيره فقليله حرام[٥]»، ويروى عنه عليه السلام[٦]: «ما أسكر الجرة[٧] منه فالجرعة[٨] منه حرام»***، ولأن المسكر يفسد العقل، فيكون حرامًا قليله وكثيره كالخمر.

ولهما قوله عليه السلام****: «حرمت الخمر لعينها[٩]»ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب، خص السكر بالتحريم[١٠] فى غير الخمر، إذ العطف

---

(١) الشيخين.

(٢) قوله: "وعنه أنه كره ذلك" أقول: فيه ضرب إشكال، وهو أنه قد مر فى أول كتاب الكراهية أن كل مكروه حرام عند محمد، وقوله ههنا: وعنه أنه كره ذلك، بعد أن صرح فيما قيل: إنه حرام عند محمد ومالك والشافعى، يقتضى المغايرة بين قول محمد بحرمته، وبين قوله بكراهته، فينافى ما تقرر فى أول الكراهة.

ويمكن أن يقال: إن المراد بالكراهة فى قول المصنف ههنا، وعنه أنه كره ذلك، هو الكراهة التنزيهية، وهى مغايرة للحرمة على قول الكل، فيندفع التنافى بين المقامين. (نت)

(٣) قال: لا أحرمه ولا أبيحه. (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٢٩٥، والدراية ج٢ ص٢٤٧، الحديث ٩٨٨. (نعيم)

(٤) «فقليله وكثيره حرام»، تقدم فى أول الباب. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٠١، والدراية ج٢ ص٢٥٠، الحديث ٩٩١. (نعيم)

(٥) أخرجه النسائى وابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. (ت)

(٦) قوله: "ويروى عنه عليه السلام ما اسكر إلخ" هذه رواية غريبة، ولكن معناها فى حديث عائشة: «ما أسكر»، الفرق فملء الكف منه حرام، أخرجه أبو داود والترمذى. (ت)

(٧) جرة: سبو. (من)

(٨) قوله: "فالجرعة" جرعة -بالضم- مقدار يک آشاميدن از آب وشراب وجز آن. (م)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٠٥ تحت الحديث الثامن، والدراية ج٢ ص٢٥٠ تحت الحديث ٩٩١. (نعيم)

**** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٠٦، والدراية ج٢ ص٢٥١، الحديث ٩٩٢. (نعيم)

(٩) قوله: "حرمت الخمر إلخ" أخرجه العقيلى عن عبد الرحمن بن بشر الغطفانى عن أبى اسحاق عن الحرب عن على قال: سألت رسول الله ﷺ عن الأشربة عام حجة الوداع، فقال: «حرم الله الخمر بعينها والسكر من كل شراب»، انتهى. قال: وعبد الرحمن هذا مجهول فى رواية، والنسب وحديثه غير محفوظ، إنما يروى هذا عن ابن عباس مرقوفًا، اهـ. (ت)

(١٠) قوله: "خص [ﷺ] السكر إلخ" تقريره: أنه ﷺ أطلق الحرمة فى الخمر حيث قال: حرمت الخمر لعينها، فاقتضى أن يكون قليلها وكثيرها حرامًا، بخلاف غيرها من الأشربة، فإنه خص السكر بالتحريم فيها، حيث قال: والسكر من كل شراب بواو العطف، ولا شك أن المعطوف غير المعطوف عليه، فيكون ما نحن فيه من الشراب غير الخمر، لا يكون حرامًا إلا بالسكر. (عينى)

للمغايرة[١]؛ ولأن المفسد هو القدح[٢] المسكر[٣]، وهو حرام عندنا[٤]، وإنما يحرم القليل[٥] منه[٦]؛ لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير[٧]، فأعطى[٨] حكمه[٩]، والمثلث لغلظه لا يدعو[١٠]، وهو فى نفسه غذاء، فبقى على الإباحة. والحديث الأول[١١] غير ثابت[١٢] على ما بيناه[١٣]، ثم هو محمول على القدح الأخير[١٤]، إذ هو المسكر حقيقة، والذى[١٥] يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ، حتى يرق، ثم يطبخ طبخة، حكمه حكم المثلث؛ لأن صب الماء لا يزيده إلا ضعفًا.

بخلاف ما إذا صب الماء على العصير[١٦]، ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل، لأن

---

(١) قوله: "إذ العطف إلخ" هذا العطف للمغايرة بين الخمر وغيرها فى حرمة العين، وإلا لم يحسن؛ إذ المناسب أن يقال: حرمت المسكرات بعينها، والسكر منها. (أعظمى)

(٢) قوله: "ولأن المفسد" أى للعقل هو القدح المسكر، وهو حرام عندنا فيما سوى الأشربة المحرمة لا ما قبله، فإن قلت: القدح الأخير ليس بمسكر على انفراده، بل بما تقدم، فينبغى أن يحرم ما تقدم أيضًا.

قلت: إن الحرام هو المسكر، وإطلاقه على ما تقدم مجاز، وعلى القدح الأخير حقيقة، وهو مراد فلا يكون المجاز مرادًا. (مل)

(٣) المزيل للعقل. (نت)

(٤) قوله: "وهو [القدح المسكر]حرام عندنا" فيحمل عليه، إذا الحكم يضاف إلى الوصف الأخير من علة ذات أوجه، فيقتصر الحرمة عليه. (زيلعى)

(٥) قوله: "وإنما يحرم إلخ" جواب سوال، هو أن يقال: لما كان المفسد هو القدح المسكر دون ما تقدم، وجب أن يكون فى الخمر كذلك. (ع)

(٦) خمر.

(٧) قوله: "لأنه يدعو إلخ" أقول: فيه أنه يقتضى كون حرمة الخمر معللة، وقد صرح فيما سبق أن حرمته غير معلولة عندنا، ويمكن أن يقال: إن هذا الكلام ههنا على التنزل، والمعنى أنه إنما يحرم القليل منه لورود النص فيه، وهو قوله عليه السلام: «حرمت الخمر» الحديث على خلاف القياس، ولو سلم فلأنه يدعو إلخ، تدبر. (مولانا محمد عبد الحليم نورالله موقده)

(٨) الكثير.

(٩) القليل.

(١٠) إلى الكثير.

(١١) أى كل مسكر خمر.

(١٢) قوله: "غير ثابت" قال بعض الفضلاء: كان على المصنف أن يتعرض للحديثين الآخرين، ولم يفعل، كأنه يكتفى بمعارضة ما رواه لهما. (نت)

(١٣) إشارة إلى طعن يحيى بن معين. (غن)

(١٤) جواب بطريق التسليم، يعنى ولئن سلمنا أن الحديث صحيح، فجوابه هذا. (غن)

(١٥) قوله: "والذى" وهذا يسمى أبو يوسفى ويعقوبى، فإن أبا يوسف كثيراً ما كان يستعمل هذا. (ع)

(١٦) أى لا يحل ذلك. (غن)

الماء يذهب أولا للطافته، أو يذهب منهما، فلا يكون[١] الذاهب[٢] ثلثي ماء العنب، ولو طبخ العنب[٣] كما هو ثم يعصر، يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة[٤]. وفي رواية عنه[٥]: لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ، وهو الأصح؛ لأن العصير قائم فيه من غير تغير، فصار كما بعد العصر[٦].

ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر[٧]، أو بين التمر والزبيب[٨]، لا يحل حتى يذهب ثلثاه؛ لأن التمر إن[٩] كان يكتفي فيه بأدنى طبخة، فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه، فيعتبر جانب العنب احتياطًا، وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر؛ لما قلنا[١٠].

ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة، ثم أنقع فيه تمر أو زبيب، إن كان ما أنقع فيه شيئًا يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم

---

(١) قوله: "فلا يكون إلخ" يعني تارة يذهب الماء للطافته أولا، وتارة يذهب العصير والماء معًا، فلو ذهبا معًا يحل شربه، كما يحل شرب المثلث؛ لأنهما لما ذهبا معا، كان الذاهب من العصير أيضًا ثلثين كالماء، وهناك يجوز شربه، لكن لما لم يتيقن بذهابهما معًا، واحتمل ذهاب الماء أولا للطافته.

قلنا: بحرمة شربه احتياطًا؛ لأنه إذا ذهب الماء أولا، كان الذاهب أقل من ثلثي العصير، وهو حرام عندنا على ما مر، وهو الباذق. (ك)

(٢) أي على القطع والثبات. (ك)

(٣) قوله: "ولو طبخ العنب إلخ" هذه المسائل كلها ذكرت تفريعًا على مسألة المختصر، من قوله ولوطبخ العنب، كما هو. (غن)

(٤) وهي رواية الحسن عنه. (ع)

(٥) وهي رواية ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة. (ع)

(٦) قوله: "فصار كما بعد العصر" يعني إذا طبخ ماء العنب بعد عصر، العنب لا يحل ما لم يذهب ثلثاه، فكذا إذا طبخ العنب أولا، ثم عصر ماءه لا يحل بالطبخ بعد ذلك، إلا إذا ذهب ثلثاه. (غن)

(٧) أي ماء العنب.

(٨) قوله: "أو بين التمر والزبيب" قال صاحب "غاية البيان": ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر؛ لأن ماء الزبيب كماء التمر، يكتفي فيهما بأدنى طبخة، وقد صرح بذلك القدوري قبل: هذا وهو قوله: نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال، وإن اشتد انتهى، ولعله لهذا غير صاحب "الكافي" عبارته، فقال: ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر، أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه، انتهى.

ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف: أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهواً من نفس المصنف، أو من الناسخ الأول، إلا أنه يبقى نوع قصور في التعليل، الذي ذكره ههنا عن إفادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال، إذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط، ووجه تاج الشريعة هذه العبارة، بأن هذا على ما روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف، أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ. (نت)

(٩) وصلية.

(١٠) إشارة إلى قوله: فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه. (غن)

يحل، كما إذا صب[١] فى المطبوخ قدح من النقيع، والمعنى[٢] تغليب جهة الحرمة، ولا حد فى شربه؛ لأن التحريم للاحتياط، وهو فى الحد فى درءه[٣]، ولو طبخ الخمر أو غيره[٤] بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل؛ لأن الحرمة قد تقررت، فلا ترتفع بالطبخ.

قال[٥]: ولا بأس بالانتباذ فى الدُبّاء[٦] والحنتَم والمزفّت[٧]؛ لقوله عليه السلام فى حديث فيه طول[٨] بعد ذكر هذه الأوعية: «فاشربوا فى كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئًا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر»*، وقال[٩]: ذلك[١٠] بعد ما أخبر عن النهى عنه[١١]، فكان[١٢] ناسخًا له[١٣]، وإنما ينتبذ فيه[١٤] بعد[١٥] تطهيره[١٦].

---

(١) فلا يحل.

(٢) أى العلة.

(٣) حد.

(٤) قوله: "أو غيره [من الأشربة المحرمة]" أراد بقوله غيره سائر الأشربة المحرمة، كالعصير الذاهب أقل من ثلثيه، ونقيع التمر والزبيب، يعنى إذا اشتد أحد هذه الأشربة، ثم طبخ بعد الاشتداد، فذهب ثلثاه لا يحل؛ لأن النار أثرها فى دفع الحرمة لا فى رفعها، ولكن معن هذا لا يجب الحد فى شربه قبل السكر؛ لأن الخمر هو النى من ماء العنب، وهذا مطبوخ، فلا يكون شاربه شارب الخمر، وقد مر ذلك. (غن)

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٦) قوله: "فى الدباء إلخ" الدباء القرع جمع دباءة، والحنتم جرار حمر، أو حضر، يحمل فيها الخمر إلى المدينة، والواحدة الحنتمة، والمزفت هو الظرف المطلى بالزفت وهو القير. (ع)

(٧) قير اندود.

(٨) قوله: "فى حديث فيه طول" روى محمد فى "كتاب الآثار" عن النبى ﷺ أنه قال: «نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرًا»، فقد أذن محمد فى زيارة قبر أمه، وعن لحوم الأضاحى أن تمسكوها فوق ثلاثة أيام فامسكوها ما بدا لكم وتزودوا، فإنما نهيتكم ليوسع موسعكم على فقيركم، وعن النبيذ فى الدباء والحنتم والمزفت، فاشربوا فى كل ظرف، فإن الظرف لايحل شيئًا ولا يحرمه، ولا تشربوا المسكر، قال أبو عبيد عن الأصمعى: الهجر: الإفحاش فى المنطق. (غاية البيان)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٠٩، والدراية ج٢ ص٢٥٣، الحديث ٩٩٤. (نعيم)

(٩) أى عليه السلام.

(١٠) الحديث.

(١١) قوله: "عن النهى عنه إلخ" اعلم أن هذه الظروف كانت مختصة بالخمر، فإذا حرمت الخمر، حرم النبى عليه السلام استعمال هذه الظروف، إما لأن فى الاستعمال بها تشبها بشرب الخمر، وإما لأن هذه الظروف كانت فيها أثر الخمر، فلما مضت مدة، أباح النبى عليه السلام استعمال هذه الظروف، فإن أثر الخمر قد زال عنها، وأيضًا فى ابتداء تحريم شيء يبالغ ويشدد؛ ليترك الناس مرة، فإذا ترك الناس واستقر الأمر يزول التشدد بعد حصول المقصود. (شرح وقاية)

(١٢) هذا الفعل.

(١٣) للنهى.

فإن كان الوعاء عتيقًا[١] يغسل ثلاثًا فيطهر[٢]، وإن كان جديدًا لا يطهر[٣] عند محمد؛ لتشرب الخمر فيه، بخلاف العقيق.

وعند أبي يوسف يغسل ثلاثًا[٤]، ويجفّف في كل مرة، وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر[٥]. وقيل: عند أبي يوسف يملأ ماء مرة بعد أخرى، حتى إذا خرج الماء صافيًا غير متغير[٦] يحكم بطهارته[٧].

قال[٨]: وإذا تخللت الخمر حلت، سواء صارت خلا بنفسها، أو بشيء يطرح فيها[٩]، ولا يكره تخليلها.

وقال الشافعي: يكره التخليل، ولا يحل الخل الحاصل به، إن كان التخليل بإلقاء شيء فيه[١٠] قولا واحدًا[١١]، وإن كان بغير إلقاء شيء فيه[١٢]، فله في الخل الحاصل به قولان[١٣]. له أن في التخليل اقترابًا من الخمر على وجه التمول، والأمر بالاجتناب[١٤] ينافيه.

---

(١٤) أي في ظرف من هذه الظروف.

(١٥) أي إن كان فيه خمر.

(١٦) قوله: "تطهيره" أي تطهير كل واحد من الدباء والحنتم والمزفت. (غاية البيان)

(١) قوله: "فإن كان الوعاء إلخ" إن انتبذ في هذه الأوعية قبل استعمالها في الخمر، لا إشكال في حله وطهارته، وإن استعمل فيها الخمر، ينظر فإن كان الوعاء عتيقًا إلخ . (زيلعي)

(٢) بالاتفاق بين الصاحبين، سواء غسل متواليًا أو لا.

(٣) أبدًا. (غن)

(٤) الجديد.

(٥) قوله: "وهي مسألة إلخ" أي مسألة تطهير الوعاء مسألة ما لا ينعصر بالعصر، والخلاف فيها مشهور في المختلف. (غاية البيان)

(٦) لونًا، أو طعمًا، أو رائحةً. (زيلعي)

(٧) ولا حاجة إلى أن يجفف كل مرة.

(٨) القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) كالملح والخل. (زيلعي)

(١٠) كالملح وغيره. ((ع)

(١١) قوله: "قولا واحدًا" لأن ما يلقى في الخمر يتنجس بأول الملاقات، وما يكون نجسا لا يفيد الطهارة، بخلاف ما إذا تخللت بنفسها؛ لأنه لم يوجد فيه شيء تنجس بالملاقاة. (زيلعي)

(١٢) بالنقل من ظل إلى شمس، أو إيقاد النار بالقرب منها. (زيلعي)

(١٣) في قول: لا يحل، وفي قول: يحل. (غن)

(١٤) عن الخمر.

ولنا قوله عليه السلام*: «نعم الإدام الخل[٢]» من غير فصل، وقوله عليه الصلاة والسلام: «خير خلّكم خلّ خمركم»**، ولأن بالتخليل يزول الوصف المفسد[٣]، وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة، والتغذى به، والإصلاح مباح[٤]، وكذا الصالح للمصالح[٥] اعتباراً بالمتخلل بنفسه وبالدباغ[٦]، والاقتراب[٧] لإعدام الفساد[٨]، فأشبه الإراقة[٩]، والتخليل أولى[١٠]، لما فيه[١١] من إحراز مال يصير حلالا فى الثانى[١٢]، فيختاره[١٣] من ابتلى[١٤] به. وإذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الإناء، فأما أعلاه وهو الذى نقص منه الخمر[١٥]، قيل: يطهر تبعا، وقيل: لا يطهر؛ لأنه خمر يابس إلا إذا غسل[١٦] بالخل،

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣١٠، والدراية ج٢ ص٢٥٢، الحديث٩٩٣ . (نعيم)

(٢) قوله: "نعم الإدام [نانخورش] الخل" روى جابر عن رسول الله ﷺ أنه سأل أهله الإدم، فقالوا ما عندنا إلا خل، فدعى به، فيجعل يأكل به، ويقول: «نعم الإدام الخل» رواه أحمد ومسلم، والحديث عام يتناول كل ما يطلق عليه اسم الخل. (غن)

** راجع نصب الراية ج٤ ص ٣١١ تحت الحديث الحادى عشر، والدراية ج٢ ص٢٥٢ تحت الحديث٩٩٣ عن رواية جابر مرفوعاً. (نعيم)

(٣) أى إزالة العقل.

(٤) أى إصلاح المفسد.

(٥) قوله: "وكذا الصالح إلخ" أما قوله عليه السلام: «لا يتخذ الخمر خلا»، فمعناه لا تستعملوا الخمر استعمال الخل، أى لا تضعه على الموائد، كما يوضع الخل. (كف)

قوله: "وكذا [أى مباح] الصالح [وهو الخل. ك] للمصالح" [كتسكين الصفراء، وكسر الشهوة والائتدام به. (غن) يجوز أن يكون معناه الخل صالح للمصالح، والصالح للمصالح مباح. (٤)

(٦) أى دباغ جلد الميتة.

(٧) قوله: "والاقتراب" جواب عن قوله أن فى التخليل اقترابًا من الخمر على وجه التمول. (٤)

(٨) أى لإبطال صفة الخمرية. (ك)

(٩) قوله: "فأشبه الإراقة [أى إراقة الخمر]" أى يجوز إراقة الخمر بالإجماع، وفى إراقتها اقترابها لا محالة، فعلم أن ما قاله الخصم ضعيف، فإذا كانت الإراقة جائزة؛ لأنها إعدام المفسد، فالتخليل أولى؛ لأنه إعدام المفسد، وصيانة العين عن التلف. (غن)

(١٠) أى بأن يكون مباحًا من الإراقة. (ك)

(١١) بيان ما.

(١٢) أى المآل، أى الزمان الثانى. (غن)

(١٣) قوله: "فيختاره" أى فيختار التخليل على الإراقة. (ك)

(١٤) أى من ابتلى بالخمر، كما إذا ورث الخمر مثلا. (غن)

(١٥) قبل صيرورته خلا.

فيتخلل[١] من ساعته فيطهر[٢]، وكذا إذا صب منه[٣] الخمر، ثم ملئ[٤] خلا، يطهر في الحال على ما قالوا.

قال[٥]: ويكره شرب دُرديّ[٦] الخمر، والامتشاط به[٧]، لأن فيه أجزاء الخمر[٨]، والانتفاع بالمحرم حرام، ولهذا لا يجوز أن يداوى به[٩] جرحًا، أو دبرة دابة[١٠]، ولا أن يسقى ذميًا، ولا أن يسقى صبيًا للتداوى[١١]، والوبال على من سقاه. وكذا لا يسقيها الدواب[١٢]، وقيل[١٣]: لا تحمل[١٤] الخمر إليها[١٥]، أما إذا قيدت[١٦] إلى الخمر فلا بأس به، كما فى الكلب والميتة[١٧]، ولو ألقى الدردى فى الخل لا بأس به، لأنه يصير خلا[١٨]، لكن يباح حمل الخل إليه لا عكسه؛ لما قلنا[١٩].

قال[٢٠]: ولا يحد شاربه أى شارب الدردى، إن لم يسكر، وقال الشافعى:

---

(١٦) أعلاه.

(١) الخمر الذى هناك.

(٢) أعلاه.

(٣) إناء.

(٤) پر كرده شود.

(٥) أى فى "الجامع الصغير". غن)

(٦) قوله: "دُردِيّ [هو ما يبقى فى أسفله]" بالضم: آنچه بتگ نشيند از مائع همچو روغن زيت وغير آن خلاف صافى. (من)

(٧) قوله: "والامتشاط [موى را شانه كردن. م] به" وإنما خص الامتشاط؛ لأن له تأثيرًا فى تحسين الشعر. (غن)

(٨) وامتشاط المرأة به انتفاع.

(٩) خمر.

(١٠) قوله: "أو دبرة" الدبرة واحد الدبر، والدبر واحد أدبار الإبل، وهو عقر الرجل. (ديوان)
قوله: "أو دبرة" دبره -بفتحتين- ريش شدن ستور. (م)

(١١) قوله: "ولا أن يسقى صبيًا" لأن فيه اقترابًا بالخمر، وهو مأمور بالاجتناب عنه. (عينى)

(١٢) لأنه انتفاع بالخمر، وهو حرام. (غن)

(١٣) القائل الفقيه أبو جعفر. (غن)

(١٤) كيلا يصير حاملا للنجاسة من غير حاجة. (غن)

(١٥) دواب.

(١٦) الدواب، قود -بالفتح- از پيش كشيدن ستور وجز آن. (م)

(١٧) قوله: "كما فى الكلب والميتة" فلا تحمل الميتة إلى الكلب، ولو قيد الكلب إلى الميتة يجوز. (كف)

(١٨) لأن ما فيه من أجزاء الخمر يصير خلا، ولا بأس بتخليل الخمر. (غن)

(١٩) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: كما فى الكلب والميتة. (كفاية)

(٢٠) فى "الجامع الصغير". (غن)

يحد؛ لأنه شرب جزءا من الخمر[١].

ولنا أن قليله لا يدعوا إلى كثيره؛ لما في الطباع من النبوة[٢] عنه، فكان ناقصا[٣]، فأشبه غير الخمر من الأشربة، ولا حد فيها إلا بالسكر، ولأن الغالب عليه الثفل[٤]، فصار كما إذا غلب عليه الماء[٥] بالامتزاج.

ويكره الاحتقان بالخمر[٦]، وإقطارها[٧] في الإحليل[٨]؛ لأنه انتفاع بالمحرم، ولا يجب الحد[٩] لعدم الشرب، وهو السبب[١٠]، ولو جعل الخمر في مرقة[١١]، لا تؤكل لتنجسها بها، ولا حد[١٢] ما لم يسكر منه؛ لأنه أصابه الطبخ[١٣]، ويكره أكل خبز[١٤] عجن عجينه[١٥] بالخمر؛ لقيام أجزاء الخمر[١٦] فيه.

فصل في طبخ العصير[١٧]

الأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار[١٨]، وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن، ويعتبر

---

(١) فيجب الحد. (ع)

(٢) دور شدن. (م)

(٣) والنقصان يورث الشبهة، والحدود تندرئ بالشبهات. (غن)

(٤) قوله: "الثفل [هو ما بقي من أسفله]" بالضم: درديكه بته نشيند، كذا في "القاموس" وفي "الصراح": آنچه بتگ نشيند از هر چيز. (م)

(٥) قوله: "كما إذا غلب عليه [خمر] الماء إلخ" حيث لا يحد إذا كان الماء هو الغالب. (عيني)

(٦) ذكره تفريعًا على مسألة "الجامع الصغير". (غن)

(٧) چكانيدن.

(٨) سوراخ ذكر.

(٩) بهذا العمل.

(١٠) للحد.

(١١) شوربا.

(١٢) إذا شرب من تلك المرقة.

(١٣) فليس بخمر، فإنه هو النيء من ماء العنب.

(١٤) ذكر المسألة أيضًا تفريعًا. (غن)

(١٥) قوله: "عجن [عجين خمير. م]" بالفتح: خمير كردن، وسرشتن هر چيزى. (منتخب)

(١٦) قوله: "لقيام أجزاء الخمر [فهذا الخبز نجس كما لو عجن بالبول. غن]" والعجين النجس لا يطهر بالخبز فلا يحل أكله. (ك)

(١٧) قوله: "فصل في طبخ العصير" لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه، شرع بذكر كيفية طبخ العصير إلى أن يذهب ثلثاه، ثم اعلم أن ما في هذا الفصل ليس بمذكور في "الجامع الصغير" و"مختصر القدوري"، وقد ذكر تفريعًا على ما ذكر قبل هذا، وإنما هو مذكور في "المباسيط". (غن)

(١٨) قوله: "ما ذهب إلخ" أي ما خرج من القدر من شدة الغليان، وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن. (ك)

ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي، بيانه عشرة دوارق[١] من عصير طبخ[٢]، فذهب[٣] دورق بالزبد، يطبخ الباقي، حتى يذهب ستة دوارق، ويبقى الثلاث فيحل؛ لأن الذي يذهب زبدا هو العصير، أو ما يمازجه[٤]، وأيًا ما كان جعل[٥] كان العصير تسعة دوارق، فيكون ثلثها ثلاثة.

وأصل آخر أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ، ثم طبخ بماءه، إن كان الماء أسرع ذهابا لرقته[٦]، ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء[٧]، حتى يذهب ثلثاه؛ لأن الذاهب الأول هو الماء.

والثاني العصير، فلا بد من ذهاب ثلثي العصير، وإن كانا يذهبان معًا تغلى[٨] الجملة، حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها، فيحل؛ لأنه ذهب الثلثان ماءً وعصيرًا، والثلث الباقي ماء وعصير، فصار كما إذا صب الماء فيه[٩] بعد ما ذهب[١٠] من العصير بالغلي ثلثاه.

بيانه عشرة دوارق من عصير، وعشرون دورقًا من ماء، ففي الوجه الأول يطبخ[١١]، حتى يبقى تسع الجملة[١٢]، لأنه ثلث العصير، وفي الوجه الثاني[١٣] حتى

(١) قوله: "عشرة دوارق [دورق -بفتح دال- پيمانه شراب. م]" الدورق مكيال للشراب يسعه أربعة أمناء، وهو أعجمي. (ك)

(٢) قوله: "من عصير [في القدر] إلخ" أي عشرة دوراق عصير صب في قدر، فطبخ فتغلي، وتقذف بالزبد، فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى الزبد جمع من ذلك الزبد قدر دورق يطبخ الباقي. إلخ. (غن)

(٣) بالغليان والقذف بالزبد.

(٤) من الثفل والتراب والدردي. (عيني)

(٥) قوله: "وأيًا ما كان إلخ" أقول: فيه شيء، وهو أن جعل العصير تسعة دوارق، على تقدير أن يكون الذاهب زبدا هو العصير، غير ظاهر، إذ لا يكون حينئذ فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق، وبين الباقي منها في كونهما عصيرًا، فإذا جاز اعتبار بعض منها، وهو الذاهب زبدا في حكم العدم بلا أمر يوجبه، فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضًا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ.

والأظهر في تعليل هذا أن يقال: إن الذي يذهب بالزبد جعل كأن لم يكن؛ لأن الزبد ليس بعصير، فصار كما لو صب فيه دورق من ماء، ولو كان كذلك لم يعتبر الماء، فكذلك هذا. (نت)

(٦) قوله: إن كان الماء إلخ" قال في "النهاية": كان محمد علم أن العصير على نوعين: منه ما لو صب الماء فيه وطبخ يذهب الماء أولا، ومنه ما إذا صب فيه يذهبان فيه معًا، ففصل الجواب فيه تفصيلا. (عناية)

(٧) بيان ما.

(٨) إغلاء: جوشانيدن.

(٩) عصير.

(١٠) فهذا يحل، فكذا هذا.

(١١) قوله: "ففي الوجه الأول" وهو ما إذا كان الماء أسرع ذهابًا. (كف)

يذهب[١] ثلثا الجملة[٢]؛ لما قلنا[٣].

والغلي[٤] بدفعة ودفعات، سواء إذا حصل[٥] قبل أن يصير محرمًا[٦]، ولو قطع عنه النار[٧]، فغلى حتى ذهب الثلثان يحل؛ لأنه أثر النار، وأصل آخر[٨] أن العصير إذا طبخ، فذهب[٩] بعضه[١٠]، ثم أهريق بعضه[١١] كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان، فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه فى الباقى بعد المنصب[١٢]، ثم تقسمه[١٣] على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء، فما يخرج بالقسمة، فهو حلال. بيانه عشرة أرطال عصير طبخ، حتى ذهب رطل، ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله[١٤]، وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقى

---

(١٢) وهو ثلاثة وثلث. (كف)

(١٣) قوله: "وفى الوجه الثانى" أى فيما إذا كان يذهب الماء والعصير معًا يطبخ حتى إلخ.

(١) ويبقى ثلثه أى عشر. (ك)

(٢) أى عشرون.

(٣) قوله: "لما قلنا" من أنه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء، والباقى ثلث العصير وثلث الماء، فهذا وما لو صب الماء فى العصير بعد ما طبخه حتى يذهب ثلثاه سواء. (كفاية)

(٤) بالفتح: جوشيدن ديگ وجز آن. (م) أى جوش دادن شيره. (ترجمه)

(٥) الغلى.

(٦) أى قبل أن يصير العصير محرمًا. (غن)

(٧) قوله: "ولو قطع إلخ" مثاله لو طبخ الرجل عصيرًا، حتى يذهب ثلاثة أخماسه، وبقى خمساه، ثم قطع عنه النار، فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين، فلا بأس بذلك؛ لأنه صار مثلثا بقوة النار، فإن الذى بقى من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو، وما لو صار مثلثًا والنار تحته سواء.

وهذا بخلاف ما برد قبل أن يصير مثلثًا، ثم غلا واشتد، حتى ذهب بالغليان منه شيء، فإنه لا يحل؛ لأن الغليان بعد ما انقطع عنه أثر النار لا يكون إلا بعد الشدة، وحين اشتد صار محرمًا. (ع)

(٨) قوله: "وأصل آخر إلخ" الأصل الأول الذى ذكره فى بيان أن ما ذهب بالزبد لا يعتبر، والأصل الثانى فيما إذا صب فيه الماء، وبيان ذلك مر، وهذا الأصل فى بيان معرفة قدر طبخ البقية بعد إراقة البعض بعد ما ذهب بعضه بالطبخ. (غن)

(٩) بالطبخ.

(١٠) معلومًا.

(١١) معلومًا.

(١٢) أى بعد ريختن بعض. (ترجمه)

(١٣) أى حاصل الضرب.

(١٤) قوله: "تأخذ إلخ" وذلك لأن الرطل الذى ذهب بالطبخ ليس بذاهب حقيقة، بل هو قائم، ولكن تداخل أجزاءه فى أجزاء الباقى، فيزاحمه، فيراجع أجزاء الرطل إلى أجزاء البقية، وهو تسعة أرطال، فيكون مع كل رطل تسع رطل، فإذا أنصب منه ثلاثة أرطال، فقد أنصب ثلاثة أرطال، وثلاثة اتساع رطل، فيكون الباقى ستة أرطال، وستة أتساع رطل، ولو كان هذا حقيقة يطبخ، حتى يبقى رطلان، وتسعاءرطل، كذا ههنا. (ك)

بعد المنصب[١]، وهو ستة، فيكون عشرين، ثم تقسم العشرين على ما بقى بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء، وذلك تسعة، فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان، فعرفت أن الحلال ما بقى منه رطلان وتسعان[٢]، وعلى هذا تخرج المسائل، ولها طريق آخر[٣]، وفيما اكتفينا به كفايةً وهدايةٌ[٤]، إلى تخريج غيرها من المسائل، والله أعلم بالصواب.

كتاب الصيد[٥]

الصيد[٦]: الاصطياد، ويطلق على ما يصاد، والفعل مباح لغير المحرم فى غير الحرم؛ لقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم[٧] فاصطادوا[٨]﴾، ولقوله عز وجل: ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرمًا[٩]﴾.

وقوله عليه السلام لعدى بن حاتم الطائى رضى الله تعالى عنه[١٠]: «إذا أرسلت

---

(١) أى بعد ريختن. (ترجمه)

(٢) لرطل.

(٣) قوله: "ولها طريق آخر" وهو أن الذى ذهب بالطبخ ذاهب من الحرام؛ لأنه إنما يطبخ ليذهب حرامه، ويبقى حلاله، فثلثا عشرة أرطال حرام، وهو ستة أرطال وثلثا رطل، فإذا أهريق ثلثه، فهذا من الحلال والحرام جميعًا؛ لأنه لا تعلق للذاهب حسا بالحلال، أو بالحرام، فكان الذاهب منهما على السواء، فذهب من الحلال ثلثه، وهو رطل وتسع رطل، فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل. (ك)

(٤) قوله: "كفايةً وهدايةٌ" قلت: فيه إيهام لطيف لكتابيه المسمّى أحدهما بـ"كفاية المنتهى"، والآخر بـ"الهداية". (نت)

(٥) قوله: "كتاب الصيد" مناسبة كتاب الصيد بكتاب الأشربة من حيث إن كل واحد من الأشربة والصيد مما يورث السرور، إلا أنه قدم الأشربة لحرمتها؛ اعتباراً بالاحتراز عنها، ومجانبته ومحاسن المكاسب. (عناية)

قوله: "الصيد" هو لغةً: الاصطياد، وقد سمى المصيد صيداً، تسمية بالمصدر، والاصطياد مباح لغير المحرم فى غير الحرم، بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ أمر بالاصطياد، وأدنى درجات الأمر الإباحة. والسنة قوله عليه السلام: «الصيد لمن أخذ»، ففى هذا بيان أن الاصطياد مباح مشروع؛ لأن الملك حكم مشروع، فسببه يكون مشروعًا، ويستوى إن كان الصيد مأكول اللحم، أو غير مأكول اللحم، لما فى اصطياده من تحصيل منفعة جلده أو شعره أو دفع أذاه عن الناس. (ك)

(٦) قوله: "الصيد [هو أخذ الصيد كالاحتطاب أخذ الحطب.نت] إلخ" يعنى أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد، وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو أخذ الحطب، ثم يراد به ما يصاد مجازا؛ إطلاقًا لاسم المصدر على المفعول، وهو الممتنع المتوحش عن الآدمى بأصل الخلقة، مأكولا كان أو غير مأكول. (غاية البيان)

(٧) أى خرجتم عن الإحرام.

(٨) الأمر للإباحة.

(٩) قوله: "ما دمتم حرمًا" التحريم إلى غاية، فاقتضى الإباحة فيما وراء تلك الغاية، كذا قالوا. (نت)

(١٠) قوله: "لعدى بن حاتم إلخ" قلت: أخرجه الأئمة الستة عنه قال: قلت: يا رسول الله! إنى أرسل كلبى وأسمى، فقال: «إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل فإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه»، قلت: إنى أرسل كلبى أجد معه كلبًا آخر، لا أدرى أيهما أخذه، فقال: «لا تأكل فإنما سميت على كلبك ولم تسمّ على كلب آخر»، اهـ.(غن)

كلبك المعلّم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسكه على نفسه وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسمّ على كلب غيرك»* . وعلى إباحته انعقد الإجماع ، ولأنه[١] نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك[٢]، وفيه استبقاء المكلف[٣] ، وتمكنه من إقامة التكاليف[٤] ، فكان مباحًا[٥] بمنزلة الاحتطاب .

ثم جملة ما يحويه الكتاب[٦] فصلان : أحدهما : فى الصيد بالجوارح[٧] ، والثاني : فى الاصطياد بالرمى .

فصل في الجوارح[٨]

قال[٩] : يجوز الاصطياد بالكلب المعلّم والفهد[١٠] والبازى[١١] ، وسائر الجوارح المعلّمة[١٢] . وفي "الجامع الصغير"[١٣] : وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع ، وذى مخلب من الطيور ، فلا بأس بصيده[١٤] ، ولا خير فيما سوى ذلك[١٥] ، إلا أن

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣١٢، والدراية ج٢ ص٢٥٤، الحديث ٩٩٥. (نعيم)

(١) استدلال المعقول. (ع)

(٢) قوله: "بما هو مخلوق لذلك [أى بالصيد الذى هو مخلوق للانتفاع. ك]" لأن ما سوى الآدمى خلق لمصالح الآدمى. (عينى)

(٣) قوله: "وفيه [أى فى الانتفاع بالشيء المخلوق للانتفاع. غن] استبقاء إلخ" لأنه لو لم ينتفع بما فيه نفعة، لهلك، ولا يتمكن من إقامة التكاليف. (عينى)

(٤) قوله: "وتمكنه من إقامة التكاليف" كان ينبغي أن يكون واجبًا كوجوب التكاليف، لكن كونه غير متعين أوجب الإباحة، بخلاف الخروج من الصلاة، فإنه متعين؛ لأنه وسيلة لإقامة فرض آخر، فكان واجبًا. (كفاية)

(٥) تفريع على كونه نوع اكتساب.

(٦) أى كتاب الاصطياد. (ك)

(٧) كالكلاب والفهود والصقور. (ك)

(٨) قوله: "فصل فى الجوارح" قدم فصل الجوارح على فصل الرمى؛ لما أن آلة الصيد ههنا حيوان، وفى الرمى جماد، والفاضل مقدم على المفضول. (ع)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) يوز، المعلّم. (م)

(١١) المعلّم.

(١٢) قوله: "وسائر الجوارح المعلّمة" كالشاهين والباشق والعقاب والصقر. (زيلعى)

(١٣) قوله: "وفى الجامع الصغير إلخ" إنما أورد رواية "الجامع الصغير"؛ لأن رواية القدورى تدل على الإثبات لا غير، ورواية "الجامع الصغير" تدل على الإثبات والنفى جميعًا. (عناية)

(١٤) قوله: "فلا بأس بصيده" إنما ذكر بلفظة لا بأس؛ لأن قوله تعالى: ﴿وما علّمتم من الجوارح﴾ قد خص منه البعض، كالدب والخنزير وغير ذلك، والنص إذا خص منه البعض يكون الباقى منه دون خبر الواحد، فيكون ظنيا، فتمكن

تدرك ذكاته[١]. والأصل فيه[٢] قوله تعالى: ﴿وما علّمتم[٣] من الجوارح مكلّبين[٤]﴾، والجوارح الكواسب[٥] فى تأويل[٦]، والمكلبين المسلطين[٧]، فيتناول الكل بعمومه[٨]، دل عليه ما روينا[٩] من حديث عدى رضى الله تعالى عنه، واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع[١٠] حتى الأسد[١١].

وعن أبى يوسف[١٢] أنه استثنى من ذلك الأسد والدب[١٣]؛ لأنهما لا يعملان لغيرهما، الأسد لعلو همته[١٤]، والدب لخساسته[١٥]، وألحق بهما بعضهم الحدأة[١٦]

فيه الشبهة، فلذلك قال: لا بأس به.

واعلم أن حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط: منها أن يكون الصائد من أهل الذكاة، وذا بأن يعقل الذبح والتسمية، حتى لا يؤكل صيد الصبى والمجنون إذا لم يعقلا الذبح والتسمية، وأن يكون له ملة التوحيد دعوى واعتقاداً كالمسلم، أو دعوى لا اعتقاداً كالكتابى، كما مر فى الذبائح، وأن يكون ما يصطاد به معلّماً، أن يكون جارحاً. (ك)

(١٥) قوله: "ولا خير فيما سوى ذلك" أى لا خير فيما سوى المعلّم من ذى ناب، والمعلّم من ذى مخلب، يعنى إذا أخذ كلب غير معلّم صيداً، فلا خير فيه، إلا أن تدرك إلخ. (عينى)

(١) فيذكيه. (ك)

(٢) أى فى جواز الاصطياد بالمذكورة. (ع)

(٣) قوله: "وما علّمتم من الجوارح" أى وصيد ما علّمتم من الجوارح، وهو عطف على الطيبات، أى أحل لكم الطيبات، وصيد ما علّمتم من الجوارح، وفى معنى الجوارح قولان: أحدهما: أن يكون جارحاً حقيقة بنابه أو مخلبه، فيكون من الجرح بمعنى الجراحة. والثانى: الكواسب، كقوله تعالى: ﴿ويعلم ما جرحتم بالنهار﴾ أى كسبتم، ويمكن حمله عليهما، ويشترط أن يكون من الكواسب التى تجرح ليعمل بالجرح بيقين، والمكلب مؤدب الكلاب ومعلّمها، ثم عم فى كل من أدب جارحة، بهيمة كانت أو طائراً. (ك)

(٤) مؤدبين الكلاب.

(٥) قوله: "الكواسب [للصيد. (غن) من سباع البهائم والطير. ع]" كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازى، سميت بذلك؛ لأنها كواسب بنفسها، يقال: جرح وأجرح إذا كسب. (عينى)

(٦) قوله: "فى تأويل" إنما قيد به؛ لأنها فى تأويل آخر هى التى تجرح من الجراحة. (غن)

(٧) للجوارح على الصيد. (غن)

(٨) قوله: "فيتناول [أى كل السباع] إلخ" لكن لما كان التاديب غالباً فى الكلاب اشتق من لفظه. (ع)

(٩) قوله: "دل عليه إلخ" المعنى دل على تناول الكل من رويناه من حديث عدى، وبينه بقوله، واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد. (نت)

(١٠) قوله: "يقع إلخ" الكلب فى اللغة الحريص على الإهلاك والسبع أيضاً القوى المهلك. (عظمى)

(١١) قوله: "حتى الأسد" ألا ترى أن النبى ﷺ قال فى عتبة بن أبى لهب: «اللهم سلط عليه كلباً من كلابك»، فسلط عليه الأسد فقتله. (غن)

(١٢) متعلق بقوله: فيتناول الكل بعمومه. (ع)

(١٣) خرس.

(١٤) فلا يعمل لغيره. (غن)

(١٥) قلما يعمل لغيره. (غن)

لخساسته، والخنزير مستثنى[١]؛ لأنه نجس العين، فلا يجوز الانتفاع به[٢]، ثم لا بد من التعليم؛ لأن ما تلونا من النص[٣] ينطق باشتراط التعليم[٤] والحديث به[٥] وبالارسال؛ ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له[٦]، فيترسل بإرساله، ويمسكه عليه[٧].

قال[٨]: وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات[٩]، وتعليم البازى أن يرجع[١٠]، ويجيب إذا دعوته، وهو مأثور* عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما[١١]، ولأن بدن البازى لا يحتمل الضرب، وبدن الكلب يحتمله، فيضرب ليتركه[١٢]، ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة[١٣]، والبازى[١٤] متوحش[١٥]

---

(١٦) بروزن عنبة: غليواز.

(١) من عموم الآية.

(٢) كالاصطياد.

(٣) وهو قوله تعالى: ﴿وما علّمتم من الجوارح﴾. (ك)

(٤) قوله: "ينطق إلخ" أقول: فيه شبهة؛ لأن كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم، وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم والإرسال مما لا كلام فيه، وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم، وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم، وباشترط الأثر أيضًا، فليس بظاهر، وإنما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة، وهو ليس بحجة عندنا، في الأدلة الشرعية. (نت)

(٥) أي باشتراط التعليم وبالإرسال.

(٦) أي للمرسل.

(٧) أي يمسك الصيد على صاحبه، لا على نفسه.

(٨) أي القدورى فى "مختصره".

(٩) قوله: "ثلاث مرات" قال فى "كتاب الأصل": إذا أخذ الصيد فلم يأكل، وأخذ الآخر فلم يأكل، ثم صار الثالث فلم يأكل، فهو معلّم، والتعليم عندنا أن يرسل ثلاث مرات، كل مرة يقتل الصيد، ولم يأكل منه. (مختصر كرخى)

(١٠) والأكل منه عفو. (غن)

* انظر نصب الراية ج٤ ص٣١٤ فى "فصل فى الجوارح"، وراجع الدراية ج٢ ص٢٥٤ تحت الحديث ٩٩٥. (نعيم)

(١١) قوله: "وهو مأثور [قلت: غريب. ت] إلخ" وهو ما روى محمد فى "كتاب الآثار" وقال: أخبرنا أبوحنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: «ما أمسك عليك كلبك إن كان عالـمًا فكل فإن أكل فلا تأكل منه فإنما أمسكه على نفسه وأما الصقر والبازى فكل وإن أكل فإن تعليمه إذا دعوته أن يجيبك»، ولا تستطع ضربه حتى تدع الأكل، قال محمد: وبه نأخذ، وهو قول أبى حنيفة، إلى ههنا لفظ "كتاب الآثار". (غن)

(١٢) إذا أكل من الصيد. (نت)

(١٣) فإن حقيقة العلم والجهل فى هذه الحيوانات باطن، لا نقف عليه. (غن)

(١٤) قوله: "والبازى إلخ" قيل: فيه نظر؛ لأن هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر، فإنه متوحش كالبازى، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء، فالمعتمد هو الأول، وليس بوارد، لأنه إنما ذكره فرقًا بين الكلب والبازى لا غير، وذلك صحيح، وإذا أريد الفرق عمومًا، فالمعتمد هو الأول. (ع)

متنفر[١]، فكانت الإجابة آية تعليمه.

أما الكلب فهو ألوف[٢] يعتاد الانتهاب[٣]، فكان آية تعليمه ترك مألوفه، وهو[٤] الأكل والاستلاب[٥]، ثم شرط[٦] ترك الأكل ثلاثًا، وهذا عندهما، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى، لأن فيما دونه مزيد الاحتمال، فلعله[٧] ترك مرة، أو مرتين شبعًا[٨]، فإذا تركه ثلاثًا دل على أنه[٩] صار عادة له. وهذا[١٠] لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار[١١]، وإبلاء الأعذار[١٢]، كما في مدة الخيار[١٣]، وفي بعض قصص الأخيار، ولأن الكثير هو الذي يقع أمارة على العلم[١٤] دون القليل، والجمع هو الكثير، وأدناه الثلاث، فقدر[١٥] بها[١٦]. وعند أبي حنيفة على ما ذكر في "الأصل"[١٧]، لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلّم، ولا يقدر بالثلاث؛ لأن المقادير لا تعرف اجتهادًا، بل نصًا وسماعًا، ولا سمع، فيفوض إلى رأي المبتلى به، كما هو أصله في جنسها[١٨].

---

(١٥) توحش: رميده شدن.

(١) تنفر: رميدن. (م)

(٢) بسيار الفت گيرنده.

(٣) غارت كردن، فإن عادته أكل ما ظفر به، فإذا ترك الأكل، فقد ترك عادته. (غن)

(٤) مألوف.

(٥) استلبه: ربود آن را. (من)

(٦) القدوري

(٧) الفاء للتعليل.

(٨) بالفتح: سيرى وسير شدن از طعام. (م)

(٩) ترك.

(١٠) أي التقدير بالثلاث.

(١١) قوله: "لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار [اختبار: آزمودن]" وفي "المبسوط": فقدرنا ذلك بالثلاث؛ لأنه حسن للاختبار، والأصل فيه قصة موسى عليه السلام مع معلّمه حيث قال في الثالثة، هذا فراق بيني وبينك، وكذا الشرع قدر مدة الخيار بثلاثة أيام للاختبار، وقال عليه السلام: «إذا استأذن أحدكم ثلاثًا فلم يؤذن فليرجع»، وقال عمر رضي الله تعالى عنه: "إذا لم يربح أحدكم في التجارات ثلاث مرات فليتحول إلى غيرها". (ك)

(١٢) قوله: "وإبلاء" أبلاه عذرًا: ظاهر كرد بر وى عذر خود را واو قبول نمود آن را. (من)

(١٣) في البيع.

(١٤) فيعلم منه أنه تعلم.

(١٥) لأنه المتيقن.

(١٦) ثلاث.

(١٧) أي المبسوط.

وعلى الرواية الأولى[١] عنده يحل ما اصطاده ثالثًا[٢]، وعندهما لا يحل[٣]؛ لأنه إنما يصير معلّمًا بعد تمام الثلاث، وقبل التعليم غير معلّم، فكان الثالث صيد كلب جاهل، وصار كالتصرف المباشر[٤] في سكوت المولى، وله أنه[٥] آية تعليمه عنده[٦]، فكان هذا[٧] صيد جارحة معلّمة، بخلاف تلك المسألة؛ لأن الإذن إعلام، ولا يتحقق دون علم العبد، وذلك[٨] بعد المباشرة.

قال[٩]: وإذا أرسل كلبه المعلّم، أو بازيه[١٠]، وذكر اسم الله تعالى عند إرساله، فأخذ الصيد، وجرحه، فمات حل أكله؛ لما روينا من حديث عدى رضى الله تعالى عنه، ولأن الكلب أو البازى آلة، والذبح لا يحصل بمجرد الآلة[١١] إلا بالاستعمال، وذلك[١٢] فيهما بالارسال[١٣]، فنزل[١٤] منزلة الرمى وإمرار السكين، فلا بد من التسمية عنده، ولو تركه[١٥] ناسيًا حل أيضًا على ما بيناه.[١٦]

---

(١٨) قوله: "كما هو أصله" أى أصل أبى حنيفة فى جنسها، أى جنس المقادير، نحو حبس الغريم وحد التقادم، وتقدير ما غلب فى نزح ماء البير المعينة. (ك)

(١) أى التى قدرها بالثلاث، أى رواية القدورى. (غن)

(٢) قوله: "يحل ما اصطاده" يعنى إذا أخذ صيداً فلم يأكل، ثم أخذ ثانيًا فلم يأكل، ثم أخذ ثالثًا، فلم يأكل، يحل أكل الثالث عند أبى حنيفة. (عينى)

(٣) أى أكل الثالث، ويحل أكل ما بعده. (غن)

(٤) قوله: "وصار إلخ" [فإنه لا ينفذ إلا أنه يحصل به الإذن. كف] أى صار كبيع العبد المحجور عليه مال المولى بعلم المولى، وهو ساكت، فإنه يصير مأذونًا له فى التجارة، فلا يلزم ذلك البيع، حتى كان للمولى أن ينقضه إن شاء.(ت)

(٥) قوله: "وله أنه [أى ترك الأكل عند الثلاث] إلخ"" يعنى أن العلم يثبت بالمرة الثالثة، فيكون الصيد الثالث صيد كلب معلّم فيؤكل، بخلاف مسألة المأذون؛ فإن الإذن إعلام للعبد، ولا يحصل له علم إلا بعد المباشرة، وما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور، فلا ينفذ. (غن)

(٦) أى عند الأخذ فى المرتبة الثالثة.

(٧) الثالث.

(٨) قوله: "وذلك" أى علم العبد لا يكون إلا بعد المباشرة، وما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور، فلا ينفذ. (عينى)

(٩) أى القدورفى "مختصره." (غن)

(١٠) المعلّم . (ك)

(١١) قوله: "لا يحصل إلخ" ولهذا لو انقلب الصيد أو الشاة على السكين، وأصاب مذبحهما لا يحل؛ لأن الاستعمال لم يوجد. (غن)

(١٢) استعمال.

(١٣) فالارسال فيهما كاستعمال السكين فى الذبح. (غن)

(١٤) الإرسال.

وحرمة[1] متروك التسمية عامداً فى الذبائح، ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية[2]؛ ليتحقق الذكاة الاضطرارى، وهو الجرح فى أى موضع كان من البدن بانتساب ما وجد[3] من الآلة إليه[4] بالاستعمال[5]، وفى ظاهر قوله تعالى: ﴿وما علّمتم من الجوارح﴾ ما يشير إلى اشتراط الجرح، إذا هو من الجرج بمعنى الجراحة فى تأويل[6]، فيحمل على الجارح الكاسب[7] بنابه ومخلبه ولا تنافى[8]، وفيه أخذ باليقين[9]. وعن أبى يوسف[10]: أنه لا يشترط[11] رجوعًا إلى التأويل الأول[12]، وجوابه ما قلنا[13].

قال[14]: فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل، وإن أكل منه البازى أكل،

---

(١٥) تسمية.

(١٦) قوله: "على ما بيناه وحرمة إلخ" أى بينا ترك التسمية فى الذبائح ناسيًا، وبينا أيضًا حرمة متروك التسمية عامدا. (غن)

(١) روى منصوبًا عطفًا على الضمير المنصوب.

(٢) قوله: "فى ظاهر الرواية" يريد به رواية "الزيادات"، فإنه قال: لو قتل الكلب أو البازى الصيد من غير جرح لا يحل، وأشار فى الأصل أنه يحل، والفتوى على ظاهر الرواية. (ع)

(٣) وهو الجرح. (ك)

(٤) أى إلى الصائد.

(٥) أى بسبب استعمال الصائد تلك الآلة.

(٦) قوله: "فى تأويل" أى فى تأويل سوى التأويل الأول الذى ذكر قبل هذه الصفحة، بقوله والجوارح الكواسب فى تأويل. (ك)

(٧) قوله: "فيحمل إلخ" فإن قيل: فيه جمع بين الحقيقة والمجاز، أو عموم المشترك؛ لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة فى الكواسب أو مجازا، قلنا: لا كذلك، بل الجوارح أخص من الكواسب، فلو كان المراد من الكواسب الجوارح لا يلزم ذلك. (معراج الدراية)

(٨) أى بين التأويلين.

(٩) قوله: "وفيه أخذ باليقين" أى فى الجمع بين التأويلين أخذ باليقين، وذلك لأن النص إذا ورد فيه اختلاف المعانى، فإن كان بينهما تناف، يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه، وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجمع أخذا باليقين، كذا ذكره فخر الإسلام فى الحيض فى قوله تعالى: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله تعالى فى أرحامهن﴾ قيل: أريد الحبل، وقيل: الحيض، والصحيح أنهما مرادان؛ لأنه لا تنافى بينهما، فكذا ههنا لا تنافى بين الكسب والجراحة. (ك)

(١٠) وعن أبى حنيفة، كذا فى "غاية البيان".

(١١) الجرح.

(١٢) قوله: "إلى التأويل الأول [يعنى ما سبق من الكواسب. ع]" وهو أن المرد من الجوارح الكواسب، فيحل صيده بأى وجه كان؛ لعموم النص. (عينى)

(١٣) قوله: "ما قلنا" أراد به قوله: "ولا تنافى وفيه أخذ باليقين". (ك)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

والفرق ما بيناه[١] فى دلالة التعليم، وهو مؤيد بما رويناه[٢] من حديث عدى رضى الله تعالى عنه، وهو حجة على مالك[٣]، وعلى الشافعى فى قوله القديم[٤]: فى إباحة ما أكل الكلب منه[٥].

ولو أنه[٦] صاد صُيُودًا[٧]، ولم يأكل منها، ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد؛ لأنه[٨] علامة الجهل[٩]، ولا ما يصيده بعده[١٠]، حتى يصير معلّمًا على اختلاف الروايات، كما بيناها فى الابتداء[١١].

وأما الصيود التى أخذها من قبل، فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه؛ لانعدام المحلية[١٢]، وما ليس بمحرز بأن كان فى المفازة[١٣]، بأن لم يظفر صاحبه بعد، تثبت الحرمة فيه بالاتفاق، وما هو محرز[١٤] فى بيته[١٥]، يحرم عنده، خلافًا لهما.

---

(١) قوله: "مابيناه إلخ" يعنى أن التعليم شرط فيما يصادبه من الجوارح؛ لقوله تعالى: ﴿وما علّمتم من الجوارح﴾، والتعليم فى الكلب بترك الأكل، وفى البازى بالإجابة، وقد مر بيانه بأتم الوجوه. (غن)

(٢) قوله: "وهو مؤيد إلخ" الضمير راجع إلى مضمون قوله: "فإن أكل منه الكلب، أو الفهد لم يؤكل" ولا شك أنه مويد بحديث عدى، فإنه عليه قال فيه: «وإن أكل منه فلا تأكل» كما قد مر، وكان الأولى على المصنف أن يذكر هذا الكلام عقيب قوله: فإن اكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل؛ لكن الأمر هين بعد وضوح المقصود، ولا يمكن إرجاع الضمير إلى الفرق؛ فإنه لايستفاد من حديث عدى أصلا، كما لا يخفى على من فتح عينيه. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٣) قوله: "وهو حجة على مالك إلخ" فإن قيل: روى أبو ثعلبة الخشنى رضى الله تعالى عنه أنه عليه السلم قال فى صيد الكلب: «وإن أكل منه» وذلك دليل واضح لهما.
قلت: رواية أبى ثعلبة معارضة بحديث عدى، وحديث عدى مرجح على حديث أبى ثعلبة؛ لأنه حديث يحل ما أكل منه الكلب، وحديث عدى يحرم ما أكل الكلب منه، وقد عرف فى أصول الفقه أن المحرم يرجح على المحل عند التعارض، فيجعل ناسخًا له، فوجب العمل بحديث عدى، دون حديث أبى ثعلبة. (نت)

(٤) وفي قوله الجديد -وهو مختار المزنى-: إنه لايباح. (غن)

(٥) صيد.

(٦) ذكرها تفريعًا على مسألة المختصر، وهى من مسائل الأصل. (غن)

(٧) صيد -بالفتح- شكار كردن وشكار. (م)

(٨) أكل.

(٩) أى جهل الكلب.

(١٠) أى لا يؤكل.

(١١) قوله: "كما بيناها فى الابتداء" أرادبه قوله: وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات إلى أن قال: وهذا عندهما، وهو رواية عن أبى حنيفة إلى أن قال: وعلى الرواية الأولى يحل ما اصطاده ثالثًا إلى آخره. (ك)

(١٢) قوله: "لانعدام المحلية" لأن الحكم بالحرمة لا يتصور إلا فى محل قائم، وقد فات المحل بالأكل. (ك)

(١٣) يعنى لم يأخذه الصائد بعد. (ك)

(١٤) قوله: "وما هو محرز إلخ" وأما ما باع المالك مما قدره عن صيوده، فلا شك أن على قولهما: لا ينقض

هما يقولان: إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم، لأن الحرفة[١] قد تنسى[٢]، ولأن فيما أحرزه[٣] قد أمضى الحكم فيه[٤] بالاجتهاد، فلا ينقض باجتهاد مثله؛ لأن المقصود[٥] قد حصل بالأول.

بخلاف غير المحرز؛ لأنه ما حصل المقصود من كل وجه، لبقاءه صيداً من وجه؛ لعدم الإحراز، فحرمناه[٦] احتياطًا، وله أنه[٧] آية جهله من الابتداء؛ لأن الحرفة لا تنسى أصلها[٨]، فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل[٩] للشبع[١٠]، لا للعلم، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود[١١]؛ لأنه[١٢] بالأكل، فصار كتبدل اجتهاد

البيع فيه، وأما على قول أبي حنيفة: ينبغي أن ينقض البيع إذا تصادق البائع والمشترى على كون الكلب جاهلا، والحاصل أن على قولهما: يحكم بجهله مقصورا على وقت الأكل، وعند أبي حنيفة مستنداً. (ك)

(١٥) الصائد

(١) أو قد يشتد غلبة الجوع فيأكل مع علمه. (زيلعى)

(٢) نسيان -بالكسر- فراموش كردن. (م)

(٣) الصائد.

(٤) قوله: "قد أمضى الحكم [أي الحل] إلخ" يعنى إنما حكمنا بإباحة المحرز من الصيود بالاجتهاد؛ لأن ترك الأكل يحتمل أن يكون للعلم، ويحتمل أن يكون للشبع، فصار إباحة المحرز بالاجتهاد، فلو نقض نقض بالاجتهاد، ولأن الأكل أيضاً يحتمل أن يكون عن جهل فى الأصل، ويحتمل أن يكون لشدة الجوع، أو لأنه نسى الآن.

والأصل أن ما أمضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله؛ لأن المقصود قد حصل الآن، ولكن يعمل به فى المستقبل، كما فى سائر المجتهدات، بخلاف ما لم يحرزه؛ لأن الإباحة غيرمحكوم بها بعد من كل وجه، لأنا إنما نحكم بها إذا خرج من الصيدية من كل وجه، وشيء من معناها باق فيه، وهو أنه فى المفازة بعد.

أو نقول: إباحة الأكل إنما يثبت وقت الأكل لعدم الحاجة قبل ذلك، ووقت الأكل بعد الإحراز؛ لأن غير المحرز لا يؤكل، فإن قيل: الصيد اسم للمتوحش المنفرد، ولم يبق من هذا المعنى شيء، قلنا: بقي ما يلازمه، وهو عدم الإحراز على أنا نقول: التنفر والتوحش ليس بلازم للصيد، فإن البيضة صيد باعتبار مآله مع انعدام هذا المعنى فيه، فلأن يكون هذا صيداً باعتبار ماكان بالطريق الأولى. (ك)

(٥) هو الإحراز.

(٦) غير المحرز.

(٧) أكل.

(٨) وترك الأكل أصل هذه الحرفة.

(٩) فى الصيود السابقة.

(١٠) سير شدن از طعام. (م)

(١١) قوله: "وتبدل الاجتهاد إلخ" تحقيقه أن حكم الإباحة فى المحرز إنما يثبت عند الأكل؛ لأنها مبنية على كون الكلب معلمًا، وذلك ثابت بالاجتهاد على ما قالا، فكان وهما واحتمالا، والموهوم يعتبر عند الضرورة، وذلك عند الأكل، فلم تكن الإباحة ثابتة قبله، فلو اعتبر هذا الاجتهاد لا يودى إلى إبطال حكم أمضى بالاجتهاد باجتهاد مثله، بل يودى إلى المنع، فصار كظهور اجتهاد آخر للقاضى قبل القضاء. (ك)

(١٢) أى لأن المقصود إنما يحصل بالأكل. (كف)

القاضي قبل القضاء.

ولو أن صقراً فرّ من صاحبه[١]، فمكث حيناً[٢]، ثم صاد[٣] لا يؤكل صيده؛ لأنه ترك ما صار به عالماً[٤]، فيحكم بجهله، كالكلب إذا أكل من الصيد[٥].

ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل[٦]؛ لأنه ممسك للصيد عليه[٧]، وهذا من غاية علمه، حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه، وأمسك عليه ما يصلح له.

ولو أخذ[٨] الصيد من المعلّم[٩]، ثم قطع منه قطعة، وألقاها إليه، فأكلها يؤكل ما بقي؛ لأنه لم يبقَ صيداً[١٠]، فصار كما إذا ألقى إليه طعاماً غيره، وكذا إذا وثب[١١] الكلب، فأخذه[١٢] منه[١٣]، وأكل منه؛ لأنه ما[١٤] أكل من الصيد، والشرط ترك الأكل من الصيد، فصار كما إذا افترس[١٥] شاته[١٦]، بخلاف ما إذا فعل ذلك[١٧] قبل أن يحرزه[١٨] المالك[١٩]؛ لأنه بقيت[٢٠] فيه جهة الصيدية.

---

(١) ذكرها تفريعاً أيضاً، وهي من مسائل الأصول. (غن)

(٢) أي دعاه ولم يجب. (ك)

(٣) قوله: "ثم صاد" أي ثم عاد إلى صاحبه فصاد، لا يؤكل صيده، وما صاده قبل الرجوع إلى صاحبه، فلا شبهة في أنه لا يؤكل لعدم الإرسال. (كفاية)

(٤) وهو إجابته إلى صاحبه. (غن)

(٥) فيحكم بجهله. (غن)

(٦) ذكره تفريعاً. (غن)

(٧) أي على الصائد.

(٨) الصائد.

(٩) هذه من مسائل الأصول ذكرها تفريعاً. (غن)

(١٠) قوله: "لأنه [أي لأن القطعة على تأويل المقطوع] لم يبقَ صيداً" لأن الصيد اسم لمتوحش غير محرز، وقد زال التوحش بالقتل، وزال عدم إحرازه بالإحراز، فالتحق بسائر أطعمته، وأكله من سائر أطعمته لا يدل على جهله، فههنا كذلك. (ك)

(١١) قوله: "وكذا [هذه أيضاً من مسائل الأصل ذكرها تفريعاً. (غن) أي يؤكل ما بقي. غن] إذا وثب [برجستن]" أي أخذ الرجل الصيد من الكلب، ثم وثب عليه الكلب، فأخذه إلخ" (كف)

(١٢) صيد.

(١٣) صائد.

(١٤) نافية.

(١٥) افتراس: استخوان گردن شكستن. (م)

(١٦) الصائد.

(١٧) أي الوثوب والأكل.

(١٨) صيد.

ولو[1] نهس[2] الصيد، فقطع منه[3] بضعة[4] فأكلها[5]، ثم أدرك الصيد فقتله[6]، ولم يأكل منه لم يؤكل؛ لأنه صيد كلب جاهل[7]، حيث أكل من الصيد

ولو ألقي ما نهسه[8]، واتبع الصيد فقتله، ولم يأكل منه، وأخذه صاحبه، ثم مر بتلك البضعة[9]، فأكلها يؤكل الصيد؛ لأنه لو أكل من نفس الصيد فى هذه الحالة[10] لم يضره، فإذا أكل ما بان[11] منه، وهو[12] لا يحل لصاحبه أولى[13].

بخلاف الوجه الأول[14]؛ لأنه أكل فى حالة الاصطياد، فكان جاهلا ممسكًا لنفسه، ولأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها، وقد يكون حيلة فى الاصطياد؛ ليضعف[15] بقطع القطعة منه، فيدركه، فالأكل قبل الأخذ يدل[16] على الوجه الأول[17]، وبعده على الوجه الثانى[18]، فلا يدل على جهله[19].

---

(١٩) بأن لم يأخذه المالك منه.

(٢٠) باعتبار عدم الإحراز. (كف)

(١) هذه أيضًا من مسائل الأصل، ذكرها تفريعًا. (غن)

(٢) الكلب، نهس –بالفتح– بدندان پيش گزيدن. (م) نهسته الحية لسعته. (ديوان)

(٣) فى ابتاعه إياه. (كف)

(٤) پاره گوشت. (م)

(٥) بضعة.

(٦) أى ذلك الصيد.

(٧) قوله: "لأنه صيد كلب إلخ" لأنه لما أكل القطعة التى تمكن منها، علم أنه غير معلّم، وإن سعيه لنفسه لا للإمساك على صاحبه، وإنما ترك الأكل مما بقى؛ لأنه يشيع بتناول تلك القطعة. (كف)

(٨) قوله: "ولو ألقى [هذه من مسائل الأصل أيضًا ذكرها تفريعًا] ما نهسه" قال فى "الجمهرة": النهس: أخذ الشيء من مقدم فيك، وهو من باب فعل بفتح العين فى الماضى والمضارع جميعًا. (غن)

(٩) البضعة القطعة من اللحم المجتمعة. (ديوان)

(١٠) أى حالة أخذ الصاحب الصيد، وهى بعد إحراز صاحبه وأخذه. (غن)

(١١) جدا شد. (من)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) أن لا يضره.

(١٤) أى ما أكل البضعة حين قطعها. (غن)

(١٥) الصيد.

(١٦) فدل على جهل الكلب. (غن)

(١٧) وهو أنه نهسها ليأكلها. (غن)

(١٨) قوله: "وبعده" أى أكله بعد أخذ صاحبه يدل على الوجه الثانى، وهو أنه نهس البضعة حيلة فى الاصطياد؛ ليضعف الصيد، فكان من غاية حذاقته، فلم يدل على جهله، فيؤكل الصيد. (غن)

قال[١]: وإن أدرك المرسل الصيد حيًا، وجب عليه أن يذكيه[٢]، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل[٣]، وكذا البازى[٤] والسهم؛ لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل؛ إذ المقصود هو الإباحة[٥]، ولم تثبت قبل موته[٦]، فبطل حكم البدل، وهذا إذا تمكن من ذبحه[٧].

أما إذا وقع[٨] فى يده، ولم يتمكن من ذبحه[٩]، وفيه[١٠] من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح، لم يؤكل فى ظاهر الرواية.

وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يحل، وهو قول الشافعى؛ لأنه لم يقدر على الأصل[١١]، فصار كما إذا رأى الماء، ولم يقدر على الاستعمال[١٢].

ووجه الظاهر أنه قدر[١٣] اعتباراً[١٤]؛ لأنه ثبت يده[١٥] على المذبح[١٦]، وهو قائم

---

(١٩) أى الأكل بعد الأخذ.

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) أى يذبحه.

(٣) سواء كان الحياة فيه بينةً أو خفيةً. (غن)

(٤) قوله: "وكذا البازى إلخ" اعلم أن قوله وإن أدرك المرسل، إلى قوله: "حتى مات لم يؤكل" عبارة القدورى فى "مختصره"، وقوله: وكذا البازى والسهم زيادة من المصنف، فأقول: هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جداً عندى.

أما قوله وكذا البازى فظاهر؛ لأن قول القدورى وإن أدرك المرسل إلخ يتناول صيد الكلب وصيد البازى، وليس فيه شيء يقتضى اختصاصه بالأول، فلا حاجة إلى ذكر قوله وكذا البازى، بل لا وجه له.

وأما قوله: والسهم، فلأن حكم مسألة السهم سيجيء فى باب الرمى مفصلا، ألا ترى إلى قوله هناك، فإذا سمى الرجل عند الرمى أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات، وإن أدركه حيًا ذكاه، انتهى، فلا حاجة إلى بيانه ههنا. (نت)

قوله: "وكذا البازى إلخ" يعنى إذا أرسل البازى على الصيد، فجرحه أو رماه بسهم، ثم أدركه حيًا، ولم يذكه، حتى مات، لا يؤكل. (غن)

(٥) أى إباحة الأكل.

(٦) صيد.

(٧) قوله: "وهذا إذا تمكن" أى الذى قلنا من عدم الأكل، فيما إذا أدركه، ولم يذكه فمات، إنما هو فيما إذا تمكن من ذبحه، ولم يذبحه. (غن)

(٨) صيد.

(٩) قوله: "ولم يتمكن من ذبحه" إما لفقد الآلة، أو لضيق الوقت، وفقد الآلة أن لا يجد الآلة أصلا، وضيق الوقت أن تكون الآلة موجودة، إلا أنه لا يبقى من الوقت ما يتمكن فيه من الاشتغال بتحصيل الآلة، والاستعداد للذبح. (ك)

(١٠) الواو حالية.

(١١) أى لم يقدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل؛ إذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح. (عناية)

(١٢) فلا يبطل تيممه.

(١٣) على الأصل.

مقام التمكن من الذبح[1]، إذ لا يمكن اعتباره؛ لأنه لا بد له من مدة، والناس يتفاوتون فيها[2]، على حسب تفاوتهم فى الكياسة[3] والهداية فى أمر الذبح، فأدير الحكم على ما ذكرناه.

بخلاف ما إذا بقى فيه[4] من الحياة مثل ما يبقى فى المذبوح؛ لأنه ميت حكما، ألا ترى أنه لو وقع[5] فى الماء، وهو[6] بهذه الحالة لم يحرم[7]، كما إذا وقع وهو[8] ميت، والميّت[9] ليس بمذبح[10].

وفصل بعضهم فيه تفصيلا[11]، وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل[12]، وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا[13]، خلافًا للشافعى؛ لأنه إذا وقع[14] فى يده لم يبقَ صيداً، فبطل حكم ذكاة الاضطرار، وهذا إذا كان يتوهم

(١٤) وإن لم يقدر حقيقةً. (ع)

(١٥) قوله: "لأنه ثبت يده على إلخ" يعنى أن حكم القدرة على الأصل يدار على الوقوع فى يده حيًا؛ لتعذر الوقوف على حقيقة القدرة والعجز؛ لتفاوت أحوال الناس فى الهداية فى أمر الذبح وعدمها، ولهذا قلنا: إن الحمل إذا سقط، وضاق الوقت عن الذبح فى المذبح، فجرحه فى غير المذبح، حتى مات لا يحل؛ لوجود ما يقوم مقام القدرة على ذكاة الاختيار، وهو حصوله فى يده حيًا. (ك)

(١٦) محل الذبح.

(١) أى ثبوت اليد على المذبح.

(٢) فمنهم من يتمكن فى ساعة، ومنهم من لا يتمكن فى أكثر. (ع)

(٣) كياسة -بالكسر- زيركى وزيرک شدن. (م)

(٤) قوله: "بخلاف ما إذا بقى [بأن بقر بطنه ونحو ذلك. (زيلعى) فإنه يحل وإن لم يذك حتى مات. ع] إلخ" وذكر الصدر الشهيد أن هذا بالإجماع، وقيل: هذا قولهما، وعند أبى حنيفة لا يحل إلا إذا ذكاه بناء على أن الحياة الخفية معتبرة عنده، عندهما غير معتبرة، كما سيجىء. (زيلعى)

(٥) صيد.

(٦) الواو حالية.

(٧) أى فيه حياة كما فى المذبوح. (ع)

(٨) الواو حالية.

(٩) فلا يحرم.

(١٠) أى ليس بمحل الذبح. (ك)

(١١) فيما إذا كانت الحياة فيه فوق ما يكون فى المذبوح. (ع)

(١٢) قوله: "لم يؤكل" لأن التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه. (كف)

(١٣) قوله: "لم يؤكل عندنا" وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل: يحل استحسانًا، وهو قول الشافعى؛ لأنه لم يقدر على الأصل لضيق الوقت، فبقيت ذكاة الاضطرار موجبة للحل، وبالاستحسان أخذ القاضى فخر الدين قاضى خان. (ك)

(١٤) حيًا.

جـ7 21 F

بقاءه[١].

أما إذا شق بطنه[٢]، وأخرج ما فيه، ثم وقع فى يد صاحبه[٣] حل[٤]؛ لأن ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر، كما إذا وقعت شاة فى الماء بعد ما ذبحت، وقيل[٥]: هذا[٦] قولهما.

أما عند أبى حنيفة لا يؤكل[٧] أيضًا، لأنه وقع فى يده حيًا، فلا يحل، إلا بذكاة الاختيار ردًا إلى المتردية[٨] على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

هذا الذى ذكرناه[٩] إذا ترك التذكية، فلو أنه ذكاه[١٠] حل أكله عند أبى حنيفة، وكذا المتردية[١١] والنطيحة[١٢] والموقوذة[١٣]، والذى بقر[١٤] الذئب بطنه، وفيه حياة خفية، أو بينة، وعليه[١٥] الفتوى؛ لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ استثناه مطلقًا من غير فصل[١٦].

---

(١) قوله: "وهذا" أى عدم حل الأكل بدون الذكاة فيما لم يتمكن إما لفقد الآلة، وإما لضيق الوقت إذا كان يتوهم بقاءه أى حيا مع الجرح الذى جرحه الكلب. (مل)

(٢) الكلب المعلّم.

(٣) وهو حى، فلم يذكه، فمات حل.

(٤) لأنه استقر فيه فعل الزكاة قبل وقوعه فى يده، وما بقى إلخ.

(٥) القائل: أبو بكر الرازى.

(٦) أى الحل.

(٧) أى مشقوق البطن.

(٨) قوله: "ردا إلى المتردية" أى قياسًاعليه واعتبارًا به، والمتردية التى تقع فى البير، أو تسقط من الجبل ونحوه، والجامع عدم نوعى الذكاة الاضطرارية والاختيارية، وذلك فى المتردية ظاهر، وكذلك فيما نحن فيه؛ لأنه لما وقع فى يده حيا بطل الذكاة الاضطرارى، ولم يوجد الذكاة الاختيارى، فصار نظير المتردية، فلا يؤكل. (ك)

(٩) أى أنه لا يؤكل عنده إذا شق بطنه، وأخرج فيه. (ع)

(١٠) قوله: "فلو أنه ذكاه إلخ" هذا ليس لبيان الخلاف، بل لبيان الإجماع؛ لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة، فالذكاة وقعت موقعهابالاجماع، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة، فعند أبى حنيفة ذكاته الذبح، وقد وجد، وعندهما حل بلا ذبح. (ك)

(١١) قوله: "المتردية [أى يحل عند أبى حنيفة بالذكاة. ك]" المتردية التى تتردى من مكان عال، أو فى بير فتموت، والنطيحة هى التى تنطحها أخرى فتموت، والموقوذة هى مقتولة بالخشب، قال قتادة: كانوا يضربونها بالعصا، فإذا مات أكلوها. (معالم التنزيل)

(١٢) نطح: شاخ زدن گاو و گوسپند، وأمثال آن. (كنز اللغات)

(١٣) شاة وقيذ گوسپند كشته بچوب. (من)

(١٤) أى شق. (ع)

(١٥) أى على قول أبى حنيفة. (ك)

ج7
21
B

وعند أبي يوسف[١] إذا كان[٢] بحال لا يعيش مثله لا يحل[٣]؛ لأنه لم يكن موته بالذبح. وقال محمد: إن كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل[٤]، وإلا فلا؛ لأنه لا معتبر بهذه الحياة، على ما قررناه[٥].

ولو أدركه[٦] ولم يأخذه[٧]، فإن كان[٨] في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل؛ لأنه صار في حكم المقدور عليه، وإن كان[٩] لا يمكنه ذبحه أكل؛ لأن اليد لم تثبت به[١٠]، والتمكن من الذبح لم يوجد، وإن أدركه فذكاه، حل له؛ لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة، فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع، وإن لم تكن فيه حياة مستقرة. فعند أبي حنيفة ذكاته الذبح، على ما ذكرناه[١١]، وقد وجد، وعندهما لا يحتاج إلى الذبح.

وإذا[١٢] أرسل كلبه المعلّم على صيد[١٣]، وأخذ غيره حل، وقال مالك: لا يحل، لأنه أخذه بغير إرسال؛ إذ الإرسال مختص بالمشار إليه.

ولنا أنه[١٤] شرط غير مفيد[١٥]؛ لأن مقصوده حصول الصيد[١٦]؛ إذ لا يقدر

---

(١٦) قوله: "من غير فصل" أي بين أن يكون للمذبوح حياة خفية أو بينة. (ك)

(١) قوله: "وعند أبي يوسف إلخ" أي عند أبي يوسف لا يحل وإن ذكى المتردية والنطيحة والموقوذة، والذي بقر الذئب بطنه، إذا كان الصيد بحال لا يعيش مثله؛ لأنه موته ليس بالذبح، وعند محمد يحل بالتذكية إذا كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح؛ لأنه حينئذٍ يكون موته بالذبح، وإن لم يكن يعيش أكثر ما يعيش المذبوح لا يحل بالذبح؛ لأنه لا يعتبر تلك الحياة. (غن)

(٢) أي كل واحد من المتردية وغيرها.

(٣) وإذا لم يكن كذلك لا يحل، وإن ذكى.

(٤) بالذكاة.

(٥) إشارة إلى قوله: لأنه ميت حكمًا. (غن)

(٦) قوله: "ولو أدركه [صائد] إلخ" يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذه الصائد، وههنا أدركه، ولم يأخذه. (ع)

(٧) فمات.

(٨) الإدراك.

(٩) أي إن كان الإدراك في وقت لا يمكنه إلخ.

(١٠) إدراك.

(١١) قوله: "على ما ذكرناه" إشارة إلى قوله: لأنه وقع في يده حيًا، فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردًا إلى المتردية، أي قياسًا عليها. (غن)

(١٢) هذه من مسائل "الأصل"، ذكرها بسبيل التفريع. (غن)

(١٣) معين.

(١٤) أي أن أخذ ما عينه عند الإرسال.

على الوفاء به[١]، إذ لا يمكنه تعليمه[٢] على وجه يأخذ ما عينه، فسقط اعتباره[٣].

ولو أرسله على صيد كثير[٤]، وسمى مرة واحدة حالة الإرسال، فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة؛ لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه[٥].

ولهذا تشترط التسمية عنده، والفعل[٦] واحد، فتكفيه تسمية واحدة، بخلاف ذبح الشاتين[٧] بتسمية واحدة؛ لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول، فلا بد من تسمية أخرى، حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى، وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة[٨].

ومن أرسل[٩] فهداً، فكمن[١٠] حتى يستمكن، ثم أخذ الصيد، فقتله يؤكل؛ لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد[١١] لا استراحة، فلا يقطع الإرسال[١٢].

وكذا الكلب أذا اعتاد عادته[١٣]، ولو أخذ الكلب[١٤] صيدا فقتله، ثم أخذ آخر فقتله، وقد أرسله صاحبه أكلا جميعًا، لأن الإرسال قائم لم ينقطع، وهو

---

(١٥) فى حقه ولا فى حق الكلب. (زيلعى)

(١٦) قوله: "لأن مقصوده إلخ" والجميع بالنسبة إلى هذا المقصود سواء، فإن قيل: قد يكون مقصوده صيداً معينا، أجيب: بأنه متعذر، إذ لا يقدر إلخ. (ع)

(١) بأخذ المعين.

(٢) كلب.

(٣) قوله: "فسقط اعتباره [فكان المعتبر الإرسال. غن]" لأن ما لا يدخل تحت القدرة سقط اعتباره، كما قلنا فى البازى: إنه سقط اعتبار ترك الأكل؛ لاستحالة تعليمه، ولا يقال: جاز أن يكون مقصوده المعين، نقول: لو كان مقصوده المعين، كان باعتبار أنه صيد، لا باعتبار أنه هو. (ك)

(٤) هذه من مسائل الأصل أيضًا، ذكرها تفريعًا. (غن)

(٥) قوله: "على ما بيناه" أى فى أوائل كتاب الذبح حيث قال: وفى الصيد يشترط عند الإرسال والرمى. (ك)

(٦) إرسال.

(٧) أى على التعاقب.

(٨) لأن الفعل واحد.

(٩) هذه من مسائل الأصل، ذكرها تفريعًا أيضًا. (غن)

(١٠) قوله: "فكمن [على حسب العادة]" كمن كمونا توارى واستخفى، ومنه الكمين، وأما تكمن فى معنى مكن، فغير مسموع إلا فى السير. (مغرب)

(١١) أى الاصطياد.

(١٢) قوله: "فلا يقطع الإرسال" أى فوره كيف، وقصد صاحبه يتحقق بذلك، وعد ذلك من الخصال الحميدة.(ت)

(١٣) قوله: "إذا اعتاد [عادة الفهد] إلخ" أى صنع كما يصنع الفهد، والفهد إذا أرسل كمن، ولا يتبع الصيد، حتى يستكمن. (غاية البيان)

(١٤) هذه من مسائل "الأصل"، ذكرها تفريعًا. (غن)

بمنزلة ما لو رمي سهمًا إلي صيد، فأصابه وأصاب آخر.

ولو قتل الأول فجثم عليه[١] طويلا[٢] من النهار، ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني؛ لانقطاع الإرسال بمكثه إذ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ، وإنما[٣] كان استراحة، بخلاف ما تقدم[٤].

ولو أرسل بازيه المعلّم[٥] على صيد، فوقع على شيء[٦]، ثم أتبع الصيد فأخذه وقتله، فإنه يؤكل، وهذا إذا لم يمكث زمانًا طويلا للاستراحة، وإنما مكث ساعةً للكمين[٧]؛ لما بينا في الكلب[٨]، ولو أن بازيًا[٩] معلّمًا أخذ صيداً فقتله، ولا يدرى أرسله إنسان أم لا، لا يؤكل؛ لوقوع الشك فى الإرسال[١٠]، ولا تثبت الإباحة بدونه.

قال[١١]: وإذا خنقه الكلب[١٢]، ولم يجرحه[١٣] لم يؤكل؛ لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه[١٤]، وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر[١٥].

---

(١) قوله: "فجثم عليه" جثوم الطائر مثل جلوس الإنسان، من باب ضرب، قولهم: انجثم الليث خطأ. (مغرب)

(٢) أى زمانًا طويلا.

(٣) فإنما أخذ الثانى بلا إرسال، فلا يؤكل. (غن)

(٤) قوله: "بخلاف ما تقدم [أى بخلاف ما إذا مكث للكمين. ك]" وهو قوله: فكمن حتى يتمكن. (ك)

(٥) قوله: "ولو أرسل بازيه إلخ" هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعًا أيضًا، وقد مرت عند قوله: ولو أن صقرًا فر من صاحبه. (غاية البيان)

(٦) قوله: "فوقع على شيء إلخ" من عادة البازى أنه يقع على شيء، وينظر إلى صيده، الثانية من الجانب الذى يتمكن من أخذه، وهو بمنزلة كمين الفهد، فلا ينقطع به فور الإرسال. (كفاية)

(٧) قوله: "وإنما مكث ساعةً للكمين" حتى لا ينقطع فور الإرسال، فأما إذا مكث زمانًا طويلا حتى انقطع فور الإرسال، فإنه لا يؤكل، كذا فى القلب. (غن)

قوله: "للكمين" كمون -بالضم- پنهان شدن، وكمين بروزن امير درآمدن دركارى كه دانسته شود. (تاج اللغات)

(٨) من أن الإرسال قائم.

(٩) هذه من مسائل الأصل، ذكرها تفريعًا. (غن)

(١٠) قوله: "لوقوع الشك فى الإرسال" والإرسال شرط الإباحة بعد وجود التعليم، فإذا لم يعلم أنه كان مرسلا أو لم يكن، لا يثبت ا لإباحة، فلا يؤكل؛ لأنه ميتة لا لأنه مال الغير، كذا فى "غاية البيان"، ولئن علم أنه مرسل، فلا يؤكل إلا بإذن صاحبه، كذا قال الزيلعى. (من)

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٢) خنق بالفتح خفه كردن.

(١٣) فمات.

(١٤) قوله: على ما ذكرناه" أى عند قوله: ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية. (غاية البيان)

(١٥) أى لم يجرح ولم يخنق، ولكنه كسر عضواً.

وعن أبي حنيفة: أنه إذا كسر عضواً فقتله، لا بأس بأكله؛ لأنه[١] جراحة باطنة، فهي كالجراحة الظاهرة.

وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض[٢] سبباً لإنهار الدم[٣]، ولا يحصل ذلك بالكسر، فأشبه التخنيق.

قال[٤]: وإن شاركه[٥] كلب غير معلّم، أو كلب مجوسي، أو كلب لم يذكر عليه اسم الله، يريد به عمداً[٦] لم يؤكل؛ لما روينا[٧] في حديث عدي رضي الله تعالى عنه؛ ولأنه اجتمع المبيح والمحرم، فيغلب جهة الحرمة نصاً[٨]، أو احتياطاً[٩].

ولو رده عليه الكلب الثاني[١٠]، ولم يجرحه معه[١١]، ومات بجرح الأول يكره أكله؛ لوجود المشاركة[١٢] في الأخذ وفقدها في الجرح، وهذا بخلاف ما إذا رده[١٣] المجوسي عليه[١٤] بنفسه[١٥]، حيث لا يكره؛ لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب، فلا تتحقق المشاركة، وتتحقق بين فعلي الكلبين؛ لوجود المجانسة[١٦].

---

(١) أي الكسر.

(٢) أي يقوم.

(٣) أي إنهار بالكسر: روان كردن آب وجز آن. (م)

(٤) أي القدوري في "مختصره". (ك)

(٥) أي شارك الكلب المعلّم في الأخذ والجرح. (ع)

(٦) قوله: "يريد به" أي بعدم ذكر اسم الله عليه عدم ذكره عمدا؛ لأنه إذا ترك ناسياً أكل. (غن)

(٧) في أول هذا الكتاب.

(٨) قوله: "نصاً" كان يشير إلى حديث: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام» وهذا الحديث وجدته موقوفا على ابن مسعود. (ت)

(٩) قوله: "احتياطاً" لأن الحرام واجب الترك، والحلال جائز الترك، فكان الاحتياط في الترك. (ك)

(١٠) قوله: "ولو رده عليه إلخ" أي لو رد الكلب الثاني الصيد على الكلب الأول، يعني إذا كان الصيد يفر من الكلب الأول، فاستقبله كلب آخر غير معلّم، فرده حتى أخذه الكلب الأول، يكره أكله، قيل: كراهة تنزيه، وقيل: كراهة تحريم، وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني. (ك)

(١١) بل إنما جرحه الكلب المعلّم ومات بجرحه. (غن)

(١٢) قوله: "لوجود المشاركة إلخ" فغلب جانب الحل، فأوجب إعانة غير المعلّم الكراهة دون الحرمة؛ لعدم المشاركة في الأخذ والجرح. (ك)

(١٣) صيد.

(١٤) أي على الكلب الأول المعلّم.

(١٥) وأخذ الكلب الصيد وقتله. (غن)

(١٦) قوله: "لوجود المجانسة" يعني أن المجانسة شرط الضم، فلا يضم أحد الفعلين إلى الآخر إذا لم يتجانسا، حتى يصيرا علة واحدة. (أعظمي)

ولو لم يرده[١] الكلب الثاني[٢] على الأول، لكنه اشتد[٣] على الأول حتى اشتد[٤] على الصيد، فأخذه وقتله، لا بأس بأكله؛ لأن فعل الثانى[٥] أثر فى الكلب المرسل دون الصيد[٦]، حيث ازداد به طلبًا[٧]، فكان تبعًا لفعله؛ لأنه بناء عليه، فلا يضاف الأخذ إلى التبع[٨]، بخلاف ما إذا كان رده[٩] عليه؛ لأنه لم يصر تبعًا، فيضاف إليهما.

قال[١٠]: وإذا أرسل المسلم كلبه، فزجره[١١] مجوسى، فانزجر بزجره فلا بأس بصيده[١٢]، والمراد بالزجر الإغراء[١٣] بالصياح[١٤] عليه، وبالانزجار إظهار زيادة الطلب[١٥].

ووجهه[١٦] أن الفعل يرفع بما هو فوقه، أو مثله[١٧]، كما فى نسخ الآى[١٨]، والزجر دون الإرسال؛ لكونه[١٩] بناء عليه.

---

(١) ذكرها تبعًا، وهى من مسائل الأصول. (غن)
(٢) أى غير المعلّم.
(٣) أى عدا، كذا فى "ديوان الأدب". (غن) اشتداد دويدن. (م)
(٤) الأول.
(٥) أى غير المعلّم.
(٦) لأنه لم يرد على الصيد.
(٧) لأن عدوه خلفه، صار مهيجًا له. (غن)
(٨) فلم يوجب الكراهة فى الصيد لعدم المشاركة، والإعانة فى الصيد. (ك)
(٩) الثانى.
(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (غن)
(١١) يقال: زجر الكلب فانزجر أى هيجه فهاج. (غن) أى بانگ برزد تاتيز رود.
(١٢) قوله: "فلا بأس بصيده" أى حل أكله لعدم اعتبار الزجر عند الإرسال؛ لكون الزجر دون الإرسال، ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال، فإنه يجب عليه الجزاء. وأجيب: بأن الجزاء فى المحرم بدلالة النص، فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه، وهو الدلالة، فوجب بالزجر بالطريق الأولى. (عناية)
(١٣) إغراء بالكسر: برانگيختن وبرغلانيدن. (م)
(١٤) بالكسر: آواز بلند. (م)
(١٥) أى طلب الكلب للصيد. (ع)
(١٦) الحل.
(١٧) دون الأدنى. (ع)
(١٨) قوله: "كما فى نسخ الآى" فإن نسخ المحكم إنما يكون بالمحكم، ولا يكون نسخ المحكم بالمجمل. (ك)
(١٩) الزجر.

قال[١]: ولو أرسله مجوسى، فزجره[٢] مسلم فانزجر[٣] لم يؤكل؛ لأن الزجر دون الإرسال، ولهذا لم تثبت[٤] به[٥] شبهة الحرمة، فأولى أن لا يثبت به الحل[٦]، وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم، وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسي.

وإن لم يرسله[٧] أحد، فزجره مسلم فانزجر، فأخذ الصيد[٨]، فلا بأس بأكله؛ لأن الزجر مثل الانفلات[٩]؛ لأنه إن كان دونه من حيث إنه بناء عليه، فهو فوقه من حيث إنه فعل المكلف، فاستويا فصلح ناسخًا[١٠].

ولو أسل المسلم[١١] كلبه على صيد وسمى، فأدركه فضربه ووقذه[١٢]، ثم ضربه[١٣] فقتله أكل.

وكذا إذا أرسل كلبين[١٤]، فوقذه أحدهما، ثم قتله الآخر أكل؛ لأن الامتناع عن الجرح[١٥] بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم، فجعل عفواً[١٦].

---

(١) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٢) أغراه.

(٣) فقتله. (غن)

(٤) قوله: "ولهذا [أى لكون الزجر دونه] لم تثبت إلخ" يعنى إذا أرسل المسلم، فزجر المجوسى لم يثبت شبهة الحرمة، فالأولى أن لا يثبت الحل فيما إذا زجره المسلم بعد إرسال المجوسى؛ لأن الحرمة أسرع ثبوتا؛ لأن مبناها على الاحتياط، فلما لم يؤثر فيما هو أسرع ثبوتا، فلأن لا يؤثر فيما هو أبطأ ثبوتًا، وهو الحل أولى. (كفاية)

(٥) الزجر.

(٦) يعنى بزجر المسلم.

(٧) بأن انفلت من صاحبه.

(٨) فقتله.

(٩) قوله: "مثل الانفلات [فى القوة والضعف (نت) انفلات برستن. تاج]" من حيث إن كل وحد منهما غير مشروط فى حل الصيد بخلاف الإرسال، والقياس أن لا يحل بزجر المسلم؛ لأن زجره ليس بإرسال، وبدون الإرسال لا يحل؛ لأنه شرطه، ووجه الاستحسان أنه لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الإرسال. (ك)

(١٠) قوله: "فصلح ناسخًا" بخلاف الفصل الأول لأن الزجر لا يساوى الإرسال بوجه من الوجوه؛ لأن كل واحد منهما فعل المكلف، والزجر بناء على الإرسال، فكان دونه من كل وجه، فلا يرتفع. (زيلعى)

(١١) ذكرها وما بعدها إلى فصل الرمى تفريعًا. (غن)

(١٢) وقذ -بالفتح:- سست گردانيدن. (م) أى أثخنه وأخرجه حيز الامتناع. (غن)

(١٣) بعد الإثخان ثانيًا. (غن)

(١٤) على الصيد.

(١٥) قوله: "لأن الامتناع إلخ" يعنى لأن هذا المعنى لا يمكن ضبطه من فعل الكلب، ألا ترى أنه لا يمكن أن يعلم ترك الجرح بعد الجرح الأول، فما لم يمكن تعليمه سقط اعتباره، فكأنه قتله بجرح واحد. (غاية البيان)

ولو أرسل[١] رجلان كل واحد منهما كلبًا، فوقذه أحدهما، وقتله الآخر أكل؛ لما قلنا[٢]، والملك للأول؛ لأن الأول أخرجه[٣] عن حد الصيدية[٤]، إلا أن الإرسال من الثانى حصل على الصيد، والمعتبر فى الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم، بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثانى[٥]، بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول.

فصل في الرمي[٦]

ومن سمع حسًا[٧]، ظنه حس صيد[٨] فرماه[٩]، أو أرسل كلبًا، أو بازيًا عليه، فأصاب صيدًا[١٠]، ثم تبين[١١] أنه حس صيد[١٢]، حل المصاب[١٣] أى صيد

(١٦) قوله: "فجعل عفوًا" يشير إلى الجواب عما قيل: الضربة الثانية التى قتل الكلب بها الصيد، إنما حصلت بعد الإثخان الذى أخرجه من الصيدية، فكان الواجب أن لا يحل أكله؛ لأن الصيد إنما هو بعد الإثخان ملحق بالدواجن، فيحل بالذبح، لا بضرب الكلب، وجوابه أنه تعذر رفعه، وما تعذر رفعه يعتبر عفوًا. (كفاية)

(١) على صيد. (غن)

(٢) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله؛ لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم، فجعل عفوًا. (ك)

(٣) صيد.

(٤) وهو الامتناع.

(٥) قوله: "بخلاف ما إذا كان الإرسال [فجرحه الثانى ومات لا يحل. كف] إلخ "حيث لا يحل أكله؛ لأن الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد ذلك بالذبح فى المذبح، فجرح الكلب فى مثله موجب للحرمة، فلما اجتمع فيه الموجب للحرمة، والموجب للحل يغلب فيه الموجب للحرمة. (كفاية)

(٦) قوله: "فصل فى الرمى" لما كانت آلة الاصطياد منقسمًا على قسمين، حيوان وجماد، كما بينا فى أول هذا الكتاب، قدم فصل الحيوان؛ لفضيلته على فضل الجماد؛ لأن الحيوان له روح وفعل اختيارى، والجماد لا روح له، ولا فعل، والآلة ما يستعان به على تحصيل أمر. (غن)

(٧) قوله: "ومن سمع حسًا [أى صوتًا خفيًا. (ك) حس أواز نرم وبدين معنى آمده است حسيس. م] إلخ" هذه المسائل من أول هذا الفصل إلى قوله، وإذا سمى الرجل عند الرمى أكل ليست بمذكورة فى البداية؛ لأنها لم تذكر فى "الجامع الصغير" و "مختصر القدورى"، وإنما ذكرها القدورى فى شرحه لمختصر الكرخي، وذكرها صاحب الهداية فيها تكثيرا للفوائد. (غن)

(٨) أى ظن أن المسموع حس صيد. (ك)

(٩) أى رمى المسموع حسه على ظن أنه صيد. (غن)

(١٠) قوله: "فأصاب صيدًا [ظبيًا مثلا" أى غير الذى سمع صوته؛ لأن النكرة إذا أعيدت نكرة كان الثانى غير الأول. (ك)

(١١) قوله: "ثم تبين إلخ" أى تبين أن المسموع حس صيد يحتاج فى أكله إلى الذبح أو الجرح ويحترز بهذا القيد عما إذا ظنه طير الماء فظهر أنه سمكة أو صيدًا، فظهر أنه جراد، ولم يؤكل المصاب فى رواية، ويؤكل فى أخرى. (ك)

(١٢) قوله: "أنه حس صيد [أى لا حس آدمي أوشاة ونحو ذلك. غن] إلخ" أما إذا لم يعلم أن الحس حس صيد، أو غيره لم يؤكل ما أصابه؛ لأن الخطر والإباحة تساويا، فكان الحكم للخطر. (غن)

(١٣) إن كان مأكولا.

كـان[١] ؛ لأنه قـصـد الاصطيـاد، وعن أبي يوسف[٢] أنه خص من ذلك الخنزير، لتغلظ التحريم[٣]، ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه بخلاف السباع؛ لأنه يؤثر[٤] في جلدها[٥]، وزفر خص منها[٦] ما لا يؤكل لحمه[٧]؛ لأن الإرسال فيه ليس للإباحة[٨].

ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول، فوقع الفعل اصطيادًا، وهو فعل مباح في نفسه[٩]، وإباحة التناول ترجع إلى المحل، فتثبت بقدر ما يقبله لحمًا وجلدًا، وقد لا تثبت[١٠]، إذا لم يقبله، وإذا وقع اصطيادًا، صار كأنه رمى إلى صيد، فأصاب غيره، وإن تبين أنه[١١] حس آدمي، أو حيوان أهلي[١٢] لا يحل المصاب[١٣]؛ لأن الفعل ليس باصطياد[١٤]، والطير الداجن[١٥] الذي يأوى البيوت[١٦]

---

(١) قوله: "أي صيد كان" أي المسموع حسه أي صيد كان يؤكل لحمه أولا. (ك)

(٢) قوله: "وعن أبي يوسف إلخ" أي عن أبي يوسف أن المسموع حسه إذا ظهر خنزيرا لا يحل أكل صيد المصاب. (ع)

(٣) قوله: "لتغلظ التحريم" أي لأن الخنزير مغلظ التحريم لا يجوز الانتفاع به بوجه، والسباع وإن كانت محرمة جاز الانتفاع بها، فإذا رمى إلى صيد، يجوز الانتفاع به، فأصاب المأكول، جاز أكله، وإذا رمى إلى صيد لا يحل الانتفاع به بوجه بحال لم يتعلق برميه حكم الاباحة، فلم يحل ما أصاب به. (غن)

(٤) قوله: "لأنه يؤثر إلخ" أي لأن الاصطياد يؤثر في طهارة جلدها، فإذا أثر الاصطياد في طهارة جلدها جاز أن يؤثر في إباحة لحم ما أصابه. (عيني)

(٥) سباع.

(٦) أي من جملة المسموع حسه. (ع)

(٧) والسباع.

(٨) أي إباحة الأكل، فإذا أصاب غيره لا يحل، فكان هو والآدمي سواء. (ع)

(٩) قوله: "وهو فعل مباح" أي الاصطياد فعل مباح في نفسه، لقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ والاصطياد أخذ الصيد، والصيد اسم لممتنع متوحش في الأصل، فكانت الآية دليلا لعمومها على إباحة عموم الاصطياد، ولأن الاصطياد إذا كان فيما حل أكله كان الغرض منه الأكل، وإن كان فيما لا يحل أكله، كان الغرض منه الانتفاع بجلده، أو شعره، أو دفع أذيته.

وهذا معنى قوله: وإباحة التناول ترجع إلى المحل، فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا، أي يثبت التناول بقدر ما يقبل المحل إن كان يقبل المحل من حيث اللحم يتناول اللحم، وإن كان يقبل تناول الجلد لا اللحم يثبت ذلك، فينتفع بجلده، وإن لم يقبل تناولهما جميعًا، كما في الخنزير فحينئذ يكون الاصطياد لدفع أذيته، فإذا كان الاصطياد مباحًا حل المصاب إذا كان مأكول اللحم، وإن كان لا يحل أكله. (غن)

(١٠) كما إذا كان خنزيراً.

(١١) أي أن الحس المسموع.

(١٢) كالشاة والبقر.

(١٣) قوله: "لا يحل المصاب" لأنه أرسل إلى غير صيد، فلم يتعلق به حكم الإباحة، فصار كأنه رمى إلى آدمي

أهلي[١]، والظبي الموثق[٢] بمنزلته؛ لما بينا[٣].

ولو رمى إلى طائر، فأصاب صيداً، ومرّ الطائر، ولا يدرى وحشي هو أو غير وحشي؟ حل الصيد؛ لأن الظاهر فيه التوحش[٤]، ولو رمى إلى بعير، فأصاب صيداً، ولا يدرى نادّ[٥] هو أم لا؟ لا يحل الصيد؛ لأن الأصل فيه الاستئناس[٦]، ولو رمى إلى سمكة، أو جرادة، فأصاب صيداً، يحل في رواية عن أبي يوسف؛ لأنه صيد، وفي أخرى عنه لا يحل؛ لأنه[٧] لا ذكاة فيهما.

ولو رمى فأصاب المسموع حسه، وقد ظنه[٨] آدميًا، فإذا هو صيد يحل[٩]؛ لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه[١٠].

عالما، فأصاب صيداً، فإنه لا يؤكل. (ع)

(١٤) إذا الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش. (ع)

(١٥) داجن بزد غير آن كه بجاى الفت وانس گرفته باشد. (م)

(١٦) أي يسكنها وينزل فيها. (عيني)

(١) قوله: "أهلي" أي لو أرسل كلبه على طير أهلي، فأصاب صيداً لم يؤكل؛ لأن المرمى إليه لا يجوز صيده بالكلب، وهو كالشاة. (غن)

(٢) قوله: "والظبي الموثق [المشدد بالوثاق، إيثاق بند كردن، يقال: أوثقه فيه أي شده. من]" أي الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوي البيوت. (غن)

(٣) إشارة إلى قوله: لأن الفعل ليس باصطياد. (ع)

(٤) حتى يعلم الاستئناس. (غن)

(٥) قوله: "ناد [ند البعير ندا رميده وپراگنده رفت. من]" يقال: ند البعير ندا وندوداً إذ ذهب على وجهه شارداً، كذا في "الجمهرة". (غن)

(٦) حتى يعلم عدم الاستئناس.

(٧) قوله: "لأنه لا ذكاة فيهما" يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيود من شرطه أن يكون حل أكله مشروطا بالذبح، حتى لو سمع حساً، فظنه صيداً، فرماه فأصاب ظبياً، ثم تبين؛ أن المسموع حسه سمكة لا يؤكل الصيد. (ع)

(٨) الواو حالية.

(٩) قوله: "يحل" فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين التي تقدمت، وهي أن من سمع حساً ظنه صيداً فرماه، فأصاب صيداً، ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي، لا يحل الصيد مع أنه لم يقصد به رمي الآدمي، وفي هذه المسألة قصد رمي الآدمي، ورمي الآدمي ليس باصطياد، وقد حل المصاب. أجيب: بأن الفرق ما أشار إليه المصنف بقوله: لأنه لا معتبر إلخ، وبيانه أن في المسألة الأولى أصاب سهمه غير المسموع حسه، وكان قصده إلى المسموع حسه، والمسموع حسه ليس بصيد، فكان فعله متوجهاً إلى غير الصيد نظرا إلى فعله الذي توجه إلى المسموع حسه، وهو ليس بصيد، فلم يكن فعله اصطياداً، وحل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد، فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد.

وأما ههنا: فسهمه أصاب عين المسموع حسه، وعينه صيد، فكان الفعل واقعاً على الصيد، وهو الاصطياد بحقيقته، فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذي هو اصطياد، والظن إن وقع مخالفاً لحقيقة فعله كان الظن لغواً، فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد. (ع)

(١٠) أي مع تعين كونه صيداً. (ع)

وإذا سمّى الرجل[١] عند الرمى أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات ؛ لأنه ذابح بالرمى ، لكون السهم آلة له ، فتشترط التسمية عنده ، وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة[٢] ، ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه[٣] .

قال[٤] : فإن أدركه حيًا ذكاه[٥] ، وقد بيناها بوجوهها ، والاختلاف فيها[٦] فى الفصل الأول[٧] ، فلا نعيده.

قال[٨] : وإذا وقع السهم بالصيد ، فتحامل[٩] حتى غاب عنه[١٠] ، ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتًا[١١] أكل[١٢] ، وإن قعد عن طلبه ، ثم أصابه ميتًا لم يؤكل ؛ لما روى[١٣] عن النبى عليه السلام[١٤] : «أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامى وقال لعل هوام الأرض قتلته»* .

ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم ، فما[١٥] ينبغى أن يحل أكله ؛ لأن الموهوم

---

(١) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) أى لذكاة الاضطرار. (غن)

(٣) قوله: "على ما بيناه" أى فى فصل الجوارح عند قوله: ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية. (غن)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٥) قوله: "ذكاه" لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود من البدل، فيبطل حكم البدل، وذلك لأن ذكاة الاضطرار بدل من ذكاة الاختيار. (غن)

(٦) قوله: والاختلاف فيها" بالنصب عطفا على الضمير فى قوله بيناه، وهو السماع، ويجوز بالجر عطفًا على قوله: بوجوهها أى بوجوه المسألة. (غن)

(٧) أى فى فصل الجوارح. (غن)

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "فتحامل [تحامل فى الأمر بخود گرفت كار را بمشقت. من]" التحامل فى المشى أن يتكلفه فى مشقة وأعياء، يقال: تحاملت فى المشى ومنه، ربما يتحامل الصيد ويتطير أى يتكلف الطيران، والتحامل أيضًا الظلم، يقال: تحامل على فلان إذا لم يعدل، إلا أن الأول يحمل نفسه على تكلف المشى، والثانى يحمل الظالم على الآخر.

(١٠) أى توارى عن بصره.

(١١) ووجد فيه جراحة سهم لا غير.

(١٢) قوله: "أكل" لأنه إذا لم يقعد عن طلبه، ولم يشتغل بعمل آخر يجعل كأنه مات بمرئى عينا الصائد دفعا للحرج، وهو مدفوع شرعًا؛ لأن الاصطياد يكون غالبًا فى المشاجر والبرارى، وتوارى الصيد فيها غالب، فما لم يقعد عن طلبه حل أكله، دفعًا للضرورة، ولا ضرورة فيما إذا اشتغل بعمل آخر، فلا يؤكل. (غن)

(١٣) قوله: "لما روى إلخ" روى ابن أبى شيبة فى مصنفه عن أبى رزين عن النبى ﷺ فى الصيد يتوارى عن صاحبه، قال: لعل هوام الأرض قتلته. (غن)

(١٤) كذا رواه القدورىّ فى شرحه لمختصر الكرخى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٤، والدراية ج٢ ص٢٥٥، الحديث ٩٩٦. (نعيم)

فى هذا كالمتحقق؛ لما روينا[١]، إلا أنا أسقطنا اعتباره[٢]، ما دام فى طلبه ضرورة أن لا يعرى[٣] الاصطياد عنه، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه، لإمكان التحرز عن توارٍ[٤] يكون بسبب عمله[٥]، والذى رويناه[٦] حجة على مالك فى قوله: إن ما توارى عنه[٧] إذا لم يبت يحل[٨]، فإذا بات ليلة لا يحل[٩].

ولو وجد به جراحةً سوى جراحة سهمه لا يحل[١٠]؛ لأنه موهوم[١١] يمكن الاحتراز عنه[١٢]، فاعتبر محرمًا، بخلاف وهم الهوام، والجواب[١٣] فى إرسال الكلب فى هذا كالجواب فى الرمى فى جميع ما ذكرناه[١٤].

---

(١٥) نافية.

(١) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «لعل هوام الأرض قتلته». (ع)

(٢) قوله: "إلا أنا أسقطنا إلخ" فإن قيل يكون فى إسقاط اعتباره تخصيص العلة؛ إذ العلة منصوصة، وهو قوله عليه السلام: «لعل هوام الأرض قتلته»، وتخصيص العلة لا يجوز.

قلنا: هذا ليس بتخصيص العلة، بل هذا تخصيص النص، وإنه جائز، ولأنا نقول: العلة إنما تكون علة عند تعريته عن الحرج العظيم، وفى اعتباره حرج عظيم، فلا يكون العلة متحققة، فلا يكون تخصيص العلة. (غن)

(٣) لعدم إمكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامى. (نت)

(٤) توارى: پوشيده شدن أى توارى الصيد.

(٥) صائد.

(٦) من الحديث.

(٧) صائد.

(٨) قوله: "إذا لم يبت يحل" يعنى وان رآى فيه أثر سبع، واحتج مالك على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك، وكأنه بنى الأمر على الغالب؛ لأنه إذا بات عنه، فقد قعد عن طلبه غالبًا. (ع)

(٩) ذكرها تفريعًا، وهى من مسائل "الأصل". (غن)

(١٠) قوله "لا يحل" ترك الطلب، أو لم يتركه؛ لأنه ظهر لموته سببان أحدهما يوجب الحل، والآخر يوجب الحرمة، فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعى: يؤكل؛ لأنه ظهر لموته سبب، وهو ما كان معه من الرمى، والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه، قلنا: لما وجد فيه جرح غيره كان القتل موهوما، والموهوم فى هذا كالمتحقق. (ع)

(١١) قوله: "لأنه موهوم إلخ" لأن الصيد قد يخلو عن رمى الغير، فاعتبر محرمًا، بخلاف وهم الهوام، فإن الاحتراز عنه غير ممكن؛ لأن الصيد لا بد أن يقع على الأرض، والأرض لا يخلو عنها، فلا يحل محرمًا إذا لم يقعد عن الطلب. (عناية)

(١٢) قوله: "يمكن الاحتراز عنه" فإن احتمال قتل الهوام لا زم فى كل صيد يغيب عن عين الصائد، فسقط اعتبار ذلك ما دام فى طلبه كيلا ينسد باب الاصطياد؛ لأنه لا يعرى الاصطياد عنه عادة، بخلا ف ما إذا وجد به جراحة سوى جراحة السهم حيث لا يحل؛ لاحتمال الموت بها، وهذا الاحتمال ليس بلازم فى كل ما يغيب عن العين، فلا يسقط عبرته. (ك)

(١٣) أى الحكم.

(١٤) قوله: "كالجواب إلخ" أى إذا أرسل الكلب المعلّم، أو البازى المعلّم، فجرحه فغاب، ثم وجده ميتًا، فإن كان لم يقعد عن طلبه حل إذا لم يكن به جراحة أخرى لم يحل. (غن)

قال[١]: وإذا رمي صيداً، فوقع في الماء[٢]، أو وقع على سطح، أو جبل، ثم تردّى[٣] منه[٤] إلى الأرض لم يؤكل[٥]؛ لأنه المتردية، وهو حرام بالنص[٦]؛ ولأنه احتمل الموت بغير الرمى؛ إذ الماء مهلك، وكذا السقوط من عل[٧]، يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدى رضى الله تعالى عنه[٨]: «وإن وقعت رميتك[٩] فى الماء فلا تأكل فإنك لا تدرى أن الماء قتله أو سهمك»*.

وإن وقع[١٠] على الأرض ابتداء أكل؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، وفى اعتباره سد باب الاصطياد، بخلاف ما تقدم[١١]؛ لأنه يمكن التحرز عنه[١٢]، فصار الأصل[١٣]: أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا، وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطًا، وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه، جرى وجوده[١٤]

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) فمات.

(٣) تردّى: از جاى بلند افتادن. (م)

(٤) أى من السطح، أو الجبل.

(٥)قوله: "لم يؤكل" هذا إذا لم يقع الجرح مهلكًا فى الحال، أما إذا وقع الجرح مهلكًا فى الحال، والحياة التى بقيت فى الصيد مثل الحياة فى المذبوح بعد الذبح، فوقع فى الماء، أو على السطح، أو على الجبل، ثم تردى على الأرض، لم يضر، بل يؤكل على ما قال فى هذا الفصل.

ولهذا لو وقع فى الماء، وبه هذا القدر من الحياة، أو تردى من جبل، أو سطح لا يحرم، وإنما قيد بقوله: ثم تردى منه إلى الأرض؛ لأنه إذا وقع على الجبل ابتداء، أو على السطح، فاستقر عليه، ولم يترد يؤكل. (ك)

(٦) القرآنى.

(٧)قوله: "من عل [بمعنى فوق، أتيته من عل بكسر اللام أو ضمها، أى من فوق. ق]" من الظرف المقطوعة عن الإضافة، مبنى على الضم، فالظاهر أن المضاف إليه إذا حذف نسيًا منسيًا يعرب كقبل وبعد. (أعظمى)

(٨) قوله: "لعدى [ابن حاتم رضى الله تعالى عنه]" أخرج البخارى ومسلم عنه أن النبى ﷺ قال له: «إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فإن وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع فى ماء»، زاد مسلم: «فإنك لا تدرى الماء قتله أم سهمك». (ت)

(٩) رمية –بكسر ميم وتشديد ياء– هر صيد وهر دابه كه باو تيرانداخته شود. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٦، والدراية ج٢ ص٢٥٥، الحديث ٩٩٧. (نعيم)

(١٠) هذا لفظ القدورى.

(١١) وهو ما إذا وقع على جبل ونحوه ثم تردى إلى الأرض. (عينى)

(١٢) قوله: "لأنه يمكن التحرز عنه" والمعنى فيه أنه اجتمع فيه سبب الإباحة وهو الجرح، وسبب الحرمة وهو الوقوع فى الماء لجواز أنه اختنق بالماء، فاجتمع السببان، فلا بد من اعتبار سبب الحرمة إذا كان مما يمكن الاحتراز عنه، والوقوع فى الماء مما يمكن الاحتراز عنه، فإنه قد لا يقع فى الماء، بخلاف السقوط على الأرض؛ لأنه مما لا يمكن الاحتراز عنه، فسقط اعتباره. (غن)

(١٣) أى الأمر الكلى.

مجرى عدمه؛ لأن التكليف بسبب الوسع[١].

فمما يمكن التحرز عنه، إذا وقع على شجر، أو حائط، أو آجرة[٢]، ثم وقع على الأرض، أو رماه، وهو على جبل، فتردى من موضع إلى موضع[٣]، حتى تردى إلى الأرض، أو رماه فوقع على رمح[٤] منصوب[٥]، أو قصبة قائمة[٦]، أو على حرف[٧] آجرة[٨]؛ لاحتمال أن حدّ هذه الأشياء قتله.

ومما لا يمكن[٩] الاحتراز عنه، إذا وقع على الأرض كما ذكرناه[١٠]، أو على ما هو فى معناه كجبل، أو ظهر بيت[١١]، أو لبنة[١٢] موضوعة، أو صخرة[١٣]، فاستقر عليها؛ لأن وقوعه[١٤] عليه[١٥] وعلى الأرض سواء.

وذكر فى "المنتقى"[١٦]: لو وقع على صخرة فانشق بطنه[١٧]، لم يؤكل لاحتمال الموت[١٨] بسبب آخر[١٩]، وصححه[٢٠] الحاكم الشهيد[٢١]، وحمل مطلق المروى فى

---

(١٤) فيعفو.

(١) فيحرم.

(٢) خشت پخته.

(٣) قوله: "فتردى إلخ" قال الكرخى: المتردية التى لا تؤكل أن تقع فوق شيء من السماء، أو من موضع فوقه، ثم وقع من ذلك الموضع إلى موضع آخر، فهذا لا يؤكل وهو المتردد.
وقال القدورى: وهذا صحيح؛ لأن المتردى هو المتردد وذلك؛ لأنه لما اجتمع الحرفان قلبوا أحدهما ياء، كقولهم: تقضى البازى، وإنما هو تقضض، والمتردد وهو أن يقع على شيء ثم على شيء. (غن)

(٤) نيزه.

(٥) نصب –بالفتح– برپا كردن. (م)

(٦) قوله: "أو قصبة قائمة" قصبته محركة كلك وفى دهر چيز كه ميان كاداك باشد چون استخوان. (من)

(٧) بالفتح: كرانه وتيزى هر چيز. (م)

(٨) بالمد وضم جيم: خشت پخته. (م)

(٩) فيحل.

(١٠) آنفًا.

(١١) پشت.

(١٢) خشت خام. (من)

(١٣) سنگ بزرگ. (م)

(١٤) أى الموضوع الذى وقع عليه بمنزلة الأرض. (كف)

(١٥) على كل واحد من الجبل وأخواته.

(١٦) قوله: "وذكر فى المنتقى [تأليف أبى الفضل محمود بن أحمد الشهير بـ"الحاكم الشهيد". كشف الظنون]" يريد بيان ما وقع الاختلاف بين رواية الأصل، وهى قوله: أو صخرة، فاستقرر عليها، وبين رواية "المنتقى".

(١٧) إذا انفلق رأسه.

الأصل[١] على غير حالة الانشقاق.

وحمله شمس الأئمة السرخسي[٢] على ما أصابه حد الصخرة، فانشق بطنه[٣] بذلك، وحمل المروى فى الأصل[٤]، على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها[٥]، وذلك عفو[٦]، وهذا[٧] أصح، وإن كان الطير مائيًا[٨]، فأن كانت الجراحة لم تنغمس فى الماء[٩]، أكل[١٠]، وإن انغمست لا يؤكل[١١]، كما إذا وقع فى الماء[١٢].

قال[١٣]: وما أصابه المعراض[١٤] بعرضه لم يؤكل، وإن جرحه يؤكل؛ لقوله

---

(١٨) قوله: "لاحتمال إلخ" فإن حصول الموت بالانشقاق ظاهر، وبالرمى موهوم متردد، فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم، فيحرم بخلاف ما إذا لم ينشق؛ لأن موته بالرمى هو الظاهر. (زيلعى)

(١٩) غير الرمى.

(٢٠) أى ما ذكر فى "المنتقى".

(٢١) أبو الفضل. (زيلعى)

(١) المبسوط.

(٢) أى ما ذكر فى "المنتقى".

(٣) وهذا سبب لموته سوى الذكاة. (ك)

(٤) المبسوط.

(٥) أرض.

(٦) كما إذا وقع على الأرض وانشق بطنه. (ع)

(٧) قوله: "وهذا" أى ماحمله شمس الأئمة أصح؛ لأن المذكور فى الأصل مطلق، فيجرى على إطلاقه، وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج إلى الفرق بين الجبل والأرض فى الانشقاق، فإنه لو انشق بوقوعه على الأرض أكل، وقد ذكر أنه فى معناه. (عناية)

(٨) يعيش فى الماء ووقع فى الماء بعد الجراحة ومات.

(٩) انغماس بآب فرو رفتن. (م) بأن كانت الجراحة فوق الماء.

(١٠) قوله: "أكل" لأنه علم أنه مات من الجراحة لا من الماء؛ لأنه يعيش فى الماء، فى "الدر المختار" لو الطير مائيا فوقع فيه، فان انغمس جرحه فيه حرم، وإلا حل؛ لأنه لا يحتمل موته بسبب الماء.

وذكر فى "الخانية": إن وقع فى الماء فمات لا يؤكل، لعل أن وقوعه فى الماء قتله، ويستوى فى ذلك طير الماء؛ لأن طير الماء إنما يعيش فى الماء غير مجروح، وهكذا فى "الفتاوى العالمگيرية" ونقله فى "الذخيرة" عن السرخسى، كذا فى "رد المحتار". (مل)

(١١) لاحتمال موته بسبب الماء. (عالمگيريه)

(١٢) اى جانور غير آبى زخمى شده در آب افتد. (ترجمه) أى غير المائى. (ع)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "المعراض [تير بى پر كه تبر گز خوانند] إلخ" المعراض: السهم بلا ريش، يمضى عرضًا، فيصيب بعرضه لا بحده، كذا فى "المغرب". (كفاية)

عليه السلام فيه[١]: «ما أصاب بحده فكل[٢] وما أصاب بعرضه فلا تأكل»*، ولأنه لا بد من الجرح[٣]؛ ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه[٤].

قال[٥]: ولا يؤكل ما أصابه البندقة[٦]، فمات بها؛ لأنها[٧] تدق[٨] وتكسر[٩] ولا تجرح، فصار كالمعراض[١٠] إذا لم يخرق[١١]، وكذلك[١٢] إن رماه بحجر، وكذلك[١٣] إن جرحه[١٤].

قالوا: تأويله[١٥] إذا كان ثقيلا وبه حدة؛ لاحتمال أنه قتله بثقله، وإن كان الحجر خفيفًا، وبه[١٦] حدة[١٧] يحل[١٨]؛ لتعين الموت بالجرح، ولو كان الحجر خفيفًا، وجعله[١٩] طويلا كالسهم، وبه[٢٠] حدة، فإنه يحل؛ لأنه يقتله بجرحه.

---

(١) فى باب المعراض.

(٢) قوله: "ما أصاب إلخ" روى فى صحيح البخارى والسنن مسنداً إلى الشعبى قال: قال عدى بن حاتم: سألت النبى ﷺ عن المعراض، فقال: «إذا أصاب بحده فكل وإذا أصاب بعرضه فلا تأكل فإنه وقيذ». (غاية البيان)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٦، والدراية ج٢ ص٢٥٥، الحديث٩٩٨. (نعيم)

(٣) قوله: "لا بد من الجرح" ودر صورت رسيدن تير گز بعرض آن زخمى شدن صيد يافته نمى شود. (ترجمه)

(٤) فى فصل الجوارح.

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٦) بالضم: غلوله گلين كه اندازند. (م) طينة مدورة يرمى بها. (عناية)

(٧) قوله: "تدق [أى كوفته وشكسته مى گرداند. (ترجمه)" دق -بالفتح وتشديد قاف- كوفتن. (منتخب)

(٨) كسر بالفتح شكستن. (م)

(٩) قوله: "فصار كالمعراض" إذا لم يخرق، أى المعراض إذا لم يخرق لا يؤكل، فكذا فى البندقة، خرق المعراض أى نفذ، وبالراء المهملة تصحيف. (ك)

(١٠) خزق -بالفتح- بهدف رسيدن تير. (بج)

(١١) قوله: "وكذلك [أى لا يؤكل، هذه من مسائل الأصل ذكرها تفريعًا. عن]" لأن الحجر مما يخرق، ولا يجرح. (غن)

(١٢) أى لا يؤكل.

(١٣) أى رماه بحجر وجرحه. (ع)

(١٤) أى تأويل الحرمة حين الجرح.

(١٥) الواو حالية.

(١٦) الواو حالية.

(١٧) تيزى.

(١٨) إن جرحه.

(١٩) الواو حالية.

(٢٠) الواو حالية

ولو رماه بمروة[١] حديدة[٢]، ولم تبضع بضعًا[٣] لا يحل؛ لأنه قتله دقًا، وكذا[٤] إذا رماه بها فأبان[٥] رأسه أو قطع أوداجه[٦]؛ لأن العروق تنقطع بثقل الحجر، كما تنقطع بالقطع، فوقع الشك، أو لعله مات قبل قطع الأوداج.

ولو رماه بعصًا[٧]، أو بعود[٨]، حتى قتله لا يحل؛ لأنه يقتله ثقلا لا جرحًا، اللهم إلا إذا كان[٩] له[١٠] حدة يبضع بضعًا، فحينئذ لا بأس به؛ لأنه بمنزلة السيف والرمح، والأصل[١١] فى هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافًا إلى الجرح بيقين، كان الصيد حلالا، وإذا كان مضافًا إلى الثقل بيقين كان حرامًا[١٢]، وإن وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح، أو بالثقل، كان حرامًا احتياطًا.

وإن رماه بسيف، أو بسكين، فأصابه بحده، فجرحه حل، وإن أصابه بقفا السكين[١٣]، أو بمقبض السيف[١٤] لا يحل؛ لأنه[١٥] قتله دقًا، والحديد وغيره فيه سواء[١٦]، ولو رماه فجرحه، ومات بالجرح إن كان الجرح مُدميًا[١٧]، يحل بالاتفاق.

(١) قوله: "بمروة [بالفتح سنگ سفيد درخشنده]" المروة: حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به. (عناية)

(٢) أى حادة وهى صفة لمروة. (غن)

(٣) بضع –بالفتح– بريدن.

(٤) أى لا يحل.

(٥) جدا كرد.

(٦) قوله: "أوداجه" الودجان: تثنية ودج بفتحتين عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما الحلقوم والمرئى، كذا فى "رد المحتار" نقلا عن القهستانى، وقد يقال: الأوداج تغليبًا على عروق أربعة منها، هذان والثالث اللحلقوم، وهو مجرى النفس على الصحيح، والرابع المرئى، وهو مجرى الطعام والشراب، كذا فى "الدر المختار"، وقيل: إن المرئى مجرى النفس والحلقوم مجرى العلف والماء، وأما الودجان فهما مجرى الدم، كذا قيل.

(٧) بالفتح: چوبيكه بدست گيرند.

(٨) بالضم: چوب. (م)

(٩) قوله: "اللهم إذا إلخ" اللهم كلمة يؤتى بها قبل الاستثناء إذا كان المستثنى عزيزا نادرا كان قصدهم بذلك الاستظهار بمشية الله تعالى فى إثبات كونه، ووجوده إيذانًا بأنه بلغ من الندرة حد الشذوذ. (ك)

(١٠) أى للعصا أو العود.

(١١) أى القاعدة الكلية.

(١٢) حتمًا. (زيلعى)

(١٣) ذكره تفريعًا على مسألة القدورى. (غن)

(١٤) قوله: "أو بمقبض [مقبض –بالفتح– دسته چيزى. م] إلخ" المقبض من السيف –بفتح الميم وكسر الباء– حيث يقبض عليه بمجمع الكف. (غن)

(١٥) أى لأنه يدق ولا يجرح. (غن)

(١٦) قوله: "سواء" أى فى شرح الجرح، يعنى أن الحديد إذا جرح أكل، وإذا لم يجرح لم يؤكل، وكذا غير

وإن لم يكن[١] مُدميًا فكذلك[٢] عند بعض المتأخرين، سواء كان الجراحة[٣] صغيرة أو كبيرة؛ لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ، أو غلظ[٤] الدم.

وعند بعضهم يشترط[٥] الإدماء، لقوله عليه السلام: «ما أنهر الدم[٦] وأفرى الأوداج فكل»*، شرط[٧] الإنهار، وعند بعضهم إن كانت[٨] كبيرة حل[٩] بدون الإدماء، وإن كانت[١٠] صغيرة لا بد من الإدماء[١١]، ولو ذبح شاة[١٢]، ولم يسل منه الدم، قيل: لا تحل[١٣]، وقيل: تحل[١٤].

ووجه القولين دخل فيما ذكرناه[١٥]، وإذا أصاب السهم[١٦] ظِلف[١٧] الصيد،

الحديد كالمعراض والعود إذا جرح أكل، وإذا لم يجرح لم يؤكل. (غاية البيان)

(١٧) إدماء: خون آلوده گردانيدن. (من)

(١) الجرح.

(٢) أي لا يحل، وهو الأصح عندى لأن أصل الجرح كاف فى ذكاة الاضطرار. (غن)

(٣) بالكسر: ريش وزخم. (م)

(٤) خلاف الرقة.

(٥) للحل.

(٦) قوله: "ما أنهر الدم" ملفق من حديثين فقد روى الأئمة الستة من حديث رافع بن خديج قال: كنا مع النبى ﷺ فى سفر، فقلت: يا رسول الله! إنا نكون فى المغازى، فلا يكون معنا مدى، فقال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنًا أو ظفرًا»، وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة.

والثانى رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن رافع بن خديج قال: سألت رسول الله ﷺ عن الذبح بالليطة، فقال: «كل ما أفرى الأوداج إلا سنًا أو ظفرًا»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٦، والدراية ج٢ ص٢٥٥ تحت الحديث٩٩٨. (نعيم)

(٧) صلّى الله عليه وسلّم.

(٨) الجراحة.

(٩) قوله: "حل بدون الإدماء" لأن عدم خروج الدم لعدم الدم، فلا يكون مضرًا. (كف)

(١٠) الجراحة.

(١١) قوله: "لا بد من الإدماء"؛ لأن عدم خروج الدم لضيق المنفذ لا لعدم الدم. (كف)

(١٢) ذكره تفريعًا. (غن)

(١٣) قوله: "قيل: لا تحل" وهو قول أبى القاسم الصفار لانعدام معنى الذكاة، وهو تسييل الدم النجس، وقد قال عليه السلام: «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل». (ك)

(١٤) قوله: "وقيل: تحل" وهو قول أبى بكر الإسكاف، وكان يقول: لا بأس بأكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه السلام: «الذكاة بين اللبة واللحيين»، وقد يحتبس بعض الدم فى العروق بحابس يحبسه، كما إذا أكلت الشاة العناب، وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق، فهذا مثله، كذا فى "المبسوط". (كفاية)

(١٥) قوله: "دخل فيما ذكرنا" وهو قوله: وإن كان مُدميًا فكذلك عند بعض المتأخرين، وعند بعضهم يشترط الادماء إلخ. (مل)

أو قرنه[١]، فإن أدماه حل، وإلا فلا، وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه[٢].

قال[٣]: وإذا رمي صيداً، فقطع عضواً منه[٤] أكل الصيد؛ لما بيناه[٥]، ولا يؤكل العضو.

وقال الشافعي: أكلا إن مات الصيد منه[٦]؛ لأنه[٧] مبان بذكاة الاضطرار، فيحل المبان[٨] والمبان منه، كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار، بخلاف ما إذا لم يمت[٩]؛ لأنه[١٠] ما[١١] أبين بالذكاة.

ولنا قوله عليه السلام: «ما أبين من الحي فهو ميت[١٢]»*، ذكر[١٣] الحي مطلقًا، فينصرف[١٤] إلى الحي حقيقةً وحكمًا، والعضو المبان بهذه الصفة[١٥]؛ لأن المبان منه حي حقيقة؛ لقيام الحياة[١٦] فيه، وكذا[١٧] حكمًا؛ لأنه تتوهم سلامته بعد

---

(١٦) ذكرها تفريعًا أيضًا. (غن)

(١٧) بالكسر: سم شگافته چون سم اسپ وگاو وگوسپند ومانند آن. (م)

(١) قرن بالفتح: شاخ. (م)

(٢) قوله: "بعض ما ذكرناه" يريد به قول أبي القاسم الصغار، فإنه شرط سيلان الدم. (٤)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) فمات.

(٥) قوله: "لما بيناه" من أن الرمى مع الجرح مبيح، فلما قطع العضو كان الجرح موجودًا لا محالة، فيحل. (ك)

(٦) أى من هذا القطع.

(٧) عضو.

(٨) قوله: "فيحل المبان إلخ" وذلك لأن قطع أى عضو كان فى ذكاة الاضطرار كقطع الرأس فى ذكاة الاختيار والرأس يؤكل فى ذكاة الاختيار، فكذا البعض المبان فى ذكاة الاضطرار. (غن)

(٩) قوله: "ما إذا لم يمت إلخ" أى بخلاف ما إذا لم يمت بالقطع الذى حصل به الابانة، واحتيج إلى ذكاة أخرى، لأنا قلنا: مبان حصل بسبب الذكاة، وهذا المبان لم يحصل بسبب الذكاة؛ لأنه لم يحل المبان منه فى هذا القطع حتى يكون الإبانة خاصة بسبب الذكاة، وما أبين من الحى لا بسبب الذكاة، فهو حرام. (غن)

(١٠) لأن العضو.

(١١) نافيه.

(١٢) قوله: "ما أبين من إلخ" أخرج أبو داود والترمذى عن أبى واقد الليثى عن النبى ﷺ قال: «ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٧، والدراية ج٢ص٢٥٦، الحديث٩٩٩. (نعيم)

(١٣) صلّى الله عليه وسلّم.

(١٤) بانصراف المطلق إلى الكامل.

(١٥) يعنى أبين من الحى حقيقةً وحكمًا. (٤)

(١٦) وقت الإبانة.

هذه الجراحة[١]، ولهذا[٢] اعتبره الشرع، حتى لو وقع فى الماء، وفيه[٣] حياة بهذه الصفة يحرم[٤].

وقوله: أبين بالذكاة[٥]، قلنا[٦]: حال وقوعه[٧] لم تقع ذكاة؛ لبقاء الروح فى الباقى، وعند زواله[٨] لا تظهر فى المبان؛ لعدم الحياة فيه، ولا تبعية لزوالها بالانفصال، فصار هذا الحرف[٩] هو الأصل[١٠]، أن المبان من الحى حقيقةً[١١] وحكمًا لا يحل، والمبان من الحى صورةً لا حكمًا يحل، وذلك بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبوح، فإنه حياة صورةً لا حكمًا، ولهذا لو وقع فى الماء، وبه[١٢] هذا القدر[١٣] من الحياة، أو تردّى من جبل[١٤]، أو سطح لا يحرم، فتخرج عليه[١٥]

(١٧) أى حى حكمًا.

(١) أى بعد إبانة هذا العضو. (ع)

(٢) أى لكونه حيًا حقيقةً وحكمًا. (ع)

(٣) الواو حالية.

(٤) قوله: "يحرم" لجواز أن يكون موته بسبب وقوعه فى الماء. (عينى)

(٥) قوله: "وقوله: أبين بالذكاة" ليجيب عنه بقوله قلنا، وتقريره: سلمنا أن ما أبين بالذكاة يحل، ولكن لا ذكاة ههنا؛ لأن هذا الفعل وهو إبانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح فى الباقى على وجه يمكن الحياة بعده، إذ المفروض ذلك، والجرح اعتبر ذكاة إذا مات منه. أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده، ولهذا لو وجده، وفيه من الحياة فوق ما فى المذبوح لا بد من ذبحه، وعند زوال الروح وإن كان ذكاة بالنسبة إلى الصيد، لكنه ليس بذكاة بالنسبة إلى المبان؛ لعدم تاثيره فى موته لفقد الحياة فيه حينئذٍ.

فإن قيل: فليكن ذكاة للمبان بتبعية الأكثر إذا مات من ذلك القطع، أجاب بقوله: ولا تبعية يعنى الأقل يتبع الأكثر إذا لم ينفصل عنه، وههنا قد انفصل، فزالت التبعية. (ع)

(٦) قوله: "قلنا: حال إلخ" يعنى أن حكم الذكاة إنما يظهر فى المحل عند خروج الروح، فإذا أبين طرف منه، والباقى حى لم يقع الفعل ذكاة، فإذا خرج منه الروح، وصار ذكاة لم يظهر فى الجزء المنفصل؛ لأن ظهور حكم الذكاة فى الأجزاء على سبيل التبعية، وقد بطلت بالانفصال. (كف)

(٧) أى فعل الإبانة.

(٨) الروح.

(٩) قوله: "هذا الحرف" أى هذا الوجه العظيم مأخوذ من الحرف بمعنى الجبل العظيم، وأما الحرف بمعنى طرف الشيء، فلا يناسبه. (أعظمى)

(١٠) أى الأمر الكلى. وهو أن إلخ.

(١١) مرتبط بالحى.

(١٢) الواو حالية.

(١٣) أى بقدر ما يكون فى المذبوح.

(١٤) وبه هذا القدر من الحياة.

(١٥) أصل.

المسائل.

فنقول: إذا قطع[١] يدًا، أو رجلا[٢]، أو فخذًا، أو ثلثه[٣] مما يلى القوائم[٤]، أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان، ويحل المبان منه؛ لأنه يتوهم[٥] بقاء الحياة في الباقي، ولو قده[٦] بنصفين، أو قطعه أثلاثًا، والأكثر[٧] مما يلى العجز[٨]، أو قطع نصف رأسه[٩]، أو أكثر منه يحل المبان، والمبان منه؛ لأن المبان منه حي صورةً لا حكمًا، إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح، والحديث[١٠] وإن[١١] تناول السمك، وما أبين منه[١٢]، فهو ميت، إلا أن ميتته[١٣] حلال بالحديث الذى رويناه[١٤].

ولو ضرب[١٥] عنق شاة[١٦]، فأبان رأسها يحل لقطع الأوداج، ويكره هذا

---

(١) قوله: "إذا قطع [الرامى]" لو رمى صيدًا بسيف، فأبان منه عضو، أو مات، أكل الصيد كله، إلا ما بان، وإن لم يكن بان ذلك العضو منه أكل ذلك العضو أيضًا، وإن تعلق ذلك العضو منه بجلده، فإن كان بحيث لا يتوهم اتصاله بعلاج، فهو والمبان سواء، وإن كان بحيث يتوهم ذلك لم يكن ذلك إبانة فيؤكل كله.

وإن قطعه بنصفين طولا يؤكل كله؛ لأن لا يتوهم بقاء الصيد حيا بعد ذلك، وكان ذلك بمنزلة الذبح، وإن قطع الثلث منه مما يلى العجز فأبانه، فإنه يؤكل الثلثان مما يلى الرأس، ولا يؤكل الثلث الذى مما يلى العجز، وإن قطع الثلث مما يلى الرأس، فإنه يؤكل كله؛ لأن ما بين النصف إلى العنق مذبح؛ لأن الأوداج تكون من القلب إلى الدماغ.

أما إذا أبان الثلث مما يلى العجز لم يتم الذكاة؛ لأنه لم يقطع الأوداج، بخلاف ما إذا أبان الثلث مما يلى الرأس؛ لأنه قطع الأوداج، فيتم الذكاة، فيؤكل، ولهذا لو قدّه بنصفين يتم فعل الذكاة بقطع الأوداج، فيؤكل كله، كذا فى "فتاوى قاضى خان". (عالمگيريه).

(٢) أى يد الصيد، أو رجله إلخ.

(٣) صيد.

(٤) يعنى از جائيكه متصل بقوائم ست اعنى دست و پا. (ترجمه)

(٥) أى يتوهم سلامة الباقى بعد مثل هذا القطع. (غن)

(٦) القد: القطع المستاصل، أو المستطيل. (قاموس) والضمير للصيد كما فى "البدائع". (رد المحتار)

(٧) قوله: "والأكثر إلخ" احتراز عما إذا كان الأكثر مما يلى الرأس، فإنه يؤكل الأكثر لا غير، وهذا لأن الأوداج من القلب إلى الدماغ، فإن أبان الثلث مما يلى العجز لم يقع الفعل ذكاة؛ لعدم قطع الأوداج، وإنما وقعت بموته، والجزء مبان عند ذلك، وأما إذا أبان الثلث مما يلى الراس، فقد وقع الذكاة بقطع الأوداج، وحينئذ لم يكن الجزء مبانًا. (عناية)

(٨) بالفتح وكسر جيم وضم آن: سرين وپس هر چيزى. (م)

(٩) طولا أو عوضًا. (بدائع، رد المحتار.)

(١٠) أما ما أبين من الحى إلخ.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) سمك.

(١٣) سمك.

(١٤) وهو: «أحلت لنا ميتتان ودمان». (ك)

(١٥) وسمى. (غن)

الصنيع لإبلاغه[١] النخاعة[٢]، وإن ضربه[٣] من قبل القفا، إن مات قبل قطع الأوداج لا يحل[٤]، وإن لم يمت حتى قطع الأوداج حل.

ولو ضرب صيداً[٥] فقطع يداً أو رجلا، ولم يبنه، إن كان يتوهم الالتئام[٦] والاندمال[٧]، فإذا مات حل أكله[٨]؛ لأنه [٩] بمنزلة سائر أجزاءه، وإن كان لا يتوهم[١٠]، بأن بقى [١١] متعلّقًا بجلده حل ما سواه؛ لوجود الإبانة معنى[١٢]، والعبرة للمعانى.

قال[١٣]: ولا يؤكل صيد المجوسى[١٤] والمرتد والوثنى[١٥]؛ لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه فى الذبائح، ولا بد منها[١٦] فى إباحة الصيد، بخلاف النصرانى واليهودى؛ لأنهما من أهل الذكاة اختياراً فكذا اضطراراً.

قال[١٧]: ومن رمى صيداً فأصابه، ولم يثخنه[١٨] ولم يخرجه عن حيز

---

(١٦) بسيف من طرف الأسفل.

(١) قوله: "لإبلاغه" وقد نهى النبى ﷺ أن ينخم الشاة إذا ذبحت. (غن)

(٢) قوله: "النخاع" النخاع بالضم والفتح مغز مهره پشت كه آن را حرام مغز گويند. (منتخب)
قوله: "النخاع" النخاع خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب. (ن)

(٣) فأبان الرأس. (غن)

(٤) قوله: "لا يحل" لأن الذكاة إنما يحصل إذا قطع الأوداج. (غن)

(٥) ذكرها تفريعًا. (غن)

(٦) باهم ديگر پيوسته شدن وبهم آمدن. (م)

(٧) اندملت القرحة برأت وصلحت. (مغرب)

(٨) قوله: "حل أكله" لأنه لم يوجد الإبانة لا حقيقة ولا اعتبارًا، فيحل كما يحل سائر الأجزاء. (غن)

(٩) فهذا جرح، وليس بإبانة. (كف)

(١٠) الالتئام والاندمال.

(١١) فمات.

(١٢) وإن اتصلت صورة.

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "ولا يؤكل إلخ" وذلك لأن الجرح فى الصيد بمنزلة الذكاة، فمن لم يكن أهلا للذكاة، كهؤلاء فلا يحل صيده، ومن كان أهلا لها حل صيدم كالمسلم غير المحرم واليهودى والنصرانى، والولد الحادث بين اليهودى والمجوسى حل ذبيحته؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين دينا، والكتابى أقرب إلى الإسلام. (غن)

(١٥) وغيرهم من الكفار سوى أهل الكتاب، وفى بعض النسخ: والمحرم. (غن)

(١٦) أى من أهلية الذكاة.

(١٧) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٨) إثخان: سست كردن جراحت كسى را. (م) يقال: أثخنته الجراحة أى أوهنته. (غن)

الامتناع[١]، فرماه آخر فقتله، فهو للثاني ويؤكل[٢]؛ لأنه هو الآخذ[٣]، وقد قال عليه السلام*: «الصيد لمن أخذ[٤]»، وإن كان الأول[٥] أثخنه[٦] فرماه الثانى، فقتله فهو للأول[٧]، ولم يؤكل؛ لاحتمال الموت بالثانى، وهو[٨] ليس بذكاة[٩]، للقدرة على ذكاة الاختيار.

بخلاف الوجه الأول[١٠]، وهذا[١١] إذا كان الرمى الأول بحال ينجو منه الصيد[١٢]؛ لأنه حينئذٍ يكون الموت مضافًا إلى الرمى الثانى.

أما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد، بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى فى المذبوح[١٣]، كما إذا أبان رأسه يحل؛ لأن الموت لا يضاف إلى الرمى الثانى[١٤]؛ لأن وجوده وعدمه بمنزلة.

وإن كان الرمى الأول بحال، لا يعيش منه الصيد إلا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح[١٥]، بأن كان يعيش يوما أو دونه[١٦].

---

(١) قوله: "عن حيز [عن الآخذ]" حيز الحيز كل مكان، وقولهم فى حيز التواتر أى فى جهته ومكانه، وهو مجاز. (مصفى)

(٢) قوله: "ويؤكل" لأن الثانى هو الذى صاده، فإن الثانى قتله قبل أن يخرج الصيد عن حيز الامتناع باصابة الأول، ولم يوجد الحاظر. (غن)

(٣) دليل لقوله: فهو للثانى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٨، والدراية ج٢ص٢٥٦ تحت الحديث٩٩٩. (نعيم)

(٤) قوله: "الصيد لمن أخذ" قال الزيلعى: غريب، وقد روى من سفيان عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة عن النبى ﷺ أنه قال: «الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره»، كذا فى "التذكرة" لأبى عبد الله محمد ابن حمدون. (مل)

(٥) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (ع)

(٦) أى ضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع. (ع)

(٧) قوله: "فهو للأول" وذلك لأن الأول أخرجه من أن يكون صيداً، فصار آخذًا له حكمًا، والصيد لمن أخذ، ولا يؤكل؛ لأنه لما خرج عن حيز الامتناع صار أهليًا، فكان ذكاته كأنه ذكاة الاختيار لا ذكاة الاضطرار، ثم لما رماه الثانى صار كمن رمى شاة فقتلها، فلا يحل. (غن)

(٨) أى الموت بالثانى.

(٩) فإن الصيد خرج بالأول عن الصيدية.

(١٠) فإنه لم يخرج بالأول عن الصيدية.

(١١) أى عدم الأكل.

(١٢) فإذا رماه الثانى فإنه لا يحل؛ لأنه إلخ.

(١٣) بعد الذبح للاضطراب. (غن)

(١٤) بل إلى الرمى الأول.

فعلى قول أبى يوسف : لا يحرم بالرمى الثانى ؛ لأن هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده.

وعند محمد يحرم ؛ لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه ، فصار الجواب فيه[١] ، والجواب فيما إذا كان الأول[٢] بحال يسلم منه الصيد سواء فلا يحل.

قال[٣] : والثانى ضامن لقيمته للأول[٤] ، غير ما نقصته جراحته[٥] ؛ لأنه بالرمى أتلف صيداً مملوكًا له ؛ لأنه ملكه بالرمى المثخن ، وهو[٦] منقوص بجراحته ، وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف.

قال رضى الله تعالى عنه[٧] : تأويله إذا علم[٨] أن القتل حصل بالثانى ، بأن كان الأول[٩] بحال يجوز أن يسلم الصيد منه[١٠] ، والثانى بحال لا يسلم الصيد منه ؛ ليكون القتل كله مضافًا إلى الثانى ، وقد[١١] قتل حيوانًا مملوكًا للأول[١٢] منقوصًا بالجراحة[١٣] ، فلا يضمنه كملا[١٤] ، كما إذا قتل[١٥] عبدًا مريضًا[١٦] .

---

(١٥) فى المذبوح للاضطراب.

(١٦) لولا الذكاة.

(١) قوله: "فصار إلخ" يعنى إذا كان معتبراً على مذهبه، كان الجواب فى هذه المسألة عنده كالجواب فيما إذا كانت الرمية الأولى أثخنته، وكان بحال يتوهم أن يسلم الصيد منها، فمتى رماه الثانى لا يحل، فكذا هذا. (غن)

(٢) أى الرمى الأول.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) أى لقيمته مجروحًا بالجراحة الأولى. (غن)

(٥) أى يستثنى من قيمته ما نقصته جراحة.

(٦) صيد.

(٧) أى المصنف.

(٨) قوله: "إذا علم إلخ" فإن علم أنه مات من الأول، فهو للأول، وعلى الثانى ضمان ما نقصته جراحته؛ لأن الأول قد اصطاده، والفعل من الثانى نقص ملك الأول فيضمن. (ك)

(٩) أى الرمى الأول.

(١٠) بأن أبان الثانى رأسه مثلا. (غن)

(١١) الواو حالية

(١٢) لأن الرمية الأولى لما أثخنته صار مملوكًا للأول. (غن)

(١٣) الأولى.

(١٤) قوله: "كملا" محركة تمام، يقال: أعطاه الحال كملا أى كاملا. (من)

(١٥) فلا يضمن قيمته صحيحًا. (غن)

وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين، أو لا يدرى، قال فى "الزيادات"(١): يضمن الثانى ما نقصته جراحته، ثم يضمن نصف قيمته مجروحًا بجراحتين، ثم يضمن نصف قيمة لحمه، أما الأول(٢): فلأنه جرح حيوانًا مملوكًا للغير، وقد نقصه، فيضمن ما نقصه أولا.

وأما الثانى(٣): فلأن الموت حصل بالجراحتين، فيكون هو متلفًا نصفه، وهو(٤) مملوك لغيره، فيضمن نصف قيمته مجروحًا بالجراحتين؛ لأن الأولى(٥) ما(٦) كانت بصنعه(٧)، والثانية(٨) ضمنها مرة(٩)، فلا يضمنها ثانيًا.

وأما الثالث(١٠): فلأن بالرمى الأول صار بحال يحل(١١) بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى، فهذا(١٢) بالرمى الثانى، أفسد عليه(١٣) نصف اللحم، فيضمنه(١٤)، ولا

---

(١٦) أو شاةً مجروحةً. (زيلعى)

(١) قوله:قال فى "الزيادات" إلخ" بيان لحكم الضمان، ولم يذكر حكم الأكل، وحكمه أنه لا يؤكل؛ لأن إحدى الجراحتين تعلق بها الخطر والأخرى تعلق بها الإباحة، وإنما لم يذكره؛ لأنه يعلم بذلك، وإنما كان حكم صورة الجهالة، وهو أن لا يدرى أن الموت حصل بأيهما، كصورة العلم بذلك؛ لأن كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهراً، فيضاف إليهما، قيل: كان الواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة، وهو فاسد؛ لأن ضمان نقصان الجراحة إنما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة، فكيف يدخل فيه؟(ع)

(٢) وهو ضمان ما نقصته جراحته. (زيلعى)

(٣) وهو ضمان نصف قيمته حيًا. (زيلعى)

(٤) الواو حالية.

(٥) الجراحة الأولى..

(٦) نافيه.

(٧) فلا تكون مضمونًا عليه.

(٨) أى الجراحة الثانية.

(٩) وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولا. (زيلعى)

(١٠) وهو ضمان نصف اللحم. (زيلعى)

(١١) قوله: "صار بحال إلخ" لأن الأول لما أثخنه، وأخرجه من حيز الامتناع صار بمنزلة شاة مملوكة لا يحل بذكاة الاضطرار، ويحل بذكاة الاختيار لو لم يكن رمى الثانى، فهو بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه.

فإن قيل: لم لا يدخل ضمان نصف اللحم فى ضمان نصف قيمته، فإن من أتلف شاة غيره يضمن قيمتها، ولا يضمن لحمها ثانيًا.

قلنا: لما مات الصيد يضمن نصف قيمة الصيد منقوصًا بالجراحتين؛ لأنه يكون متلفًا نصفه حيث أضيف الموت إلى فعلهما، ولكن منقوصًا بالجراحين؛ لأن أحدهما بفعل الغير والأخرى ضمنها مرةً، ثم إنما يضمن قيمة لحم النصف الآخر لا الذى ضمنه مرةً؛ لأن كل الصيد كان منتفعًا فى حق صاحبه بواسطة الذكاة، والثانى برميه، أخرجه عن أن يكون منتفعًا به فى حقه، فعلم أن تكرر الضمان لا يكون بازاء محل واحد، بخلاف المستشهد، وإن لم يعلم بأى الجراحتين مات، فهو كما إذا لو علم بأنه مات منهما، لأن كل واحد من الجراحتين سبب القتل ظاهراً، فيضاف إليهما. (ك)

يضمن النصف الآخر؛ لأنه ضمنه مرة، فدخل ضمان اللحم فيه، وإن كان رماه الأول ثانيًا[١]. فالجواب في حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره[٢]، ويصير كما إذا رمى صيدًا على قُلة[٣] جبل، فأثخنه[٤]، ثم رماه ثانيًا، فأنزله[٥] لا يحل؛ لأن الثاني[٦] محرم، كذا هذا[٧].

قال[٨]: ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل؛ لإطلاق ما تلونا[٩]. والصيد لا يختص بمأكول اللحم، قال قائلهم: شعر:

صيد الملوك أرانب[١٠] وثعالب[١١] وإذا ركبت فصيدي الأبطال[١٢]

ولأن صيده[١٣] سبب للانتفاع بجلده أو شعره، أو ريشه[١٤]، أو لاستدفاع شره، وكل ذلك مشروع، والله أعلم بالصواب.

كتابُ الرهن[١٥]

الرهن[١٦] لغةً: حبس الشيء[١٧] بأيّ سبب كان، وفي الشريعة: جعل الشيء

---

(١٢) أي الثاني.

(١٣) أي على الأول.

(١٤) الثاني.

(١) قوله: "وإن كان رماه إلخ" يعني أن ما تقدم كان فيما إذا كان الرامي الثاني غير الرامي الأول، وهذا فيما إذا رماه الأول ثانيًا، فالجواب في حكم الإباحة إلخ يعني لا في حكم الضمان؛ لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه بفعل نفسه.(ع)

(٢) الأول.

(٣) سر كوه. (م)

(٤) أي أوهنه.

(٥) فرود آورد

(٦) أي الرمي الثاني.

(٧) أي يكون الرمي الثاني محرمًا.

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) أي ﴿إذا حللتم فاصطادوا﴾.

(١٠) أرنب -بالفتح- خرگوش. (م)

(١١) ثعلب: روباه. (م)

(١٢) بالفتح: دليران جمع بطل.

(١٣) أي اصطياد ما لا يؤكل لحمه. (غن)

(١٤) ريش بالكسر: پر مرغ. (م)

(١٥) قوله: "كتاب الر هن [بالفتح: گرو وگرو دادن. م]" مناسبة الرهن بالصيد من حيث إن كل واحد من الرهن والاصطياد سبب مباح لتحصيل المال. (غن)

محبوسًا بحق[١] يمكن استيفاءه[٢] من الرهن[٣] كالديون[٤].

وهو مشروع لقوله تعالى[٥]: ﴿فرهان[٦] مقبوضة﴾، ولما روى: «أنه عليه السلام اشترى[٧] من يهودى طعامًا ورهنه بها[٨] درعه»*، وقد انعقد على ذلك[٩] الإجماع، ولأنه عقد وثيقة[١٠] لجانب الاستيفاء، فيعتبر[١١] بالوثيقة[١٢] فى طرف الوجوب وهى الكفالة.

قال[١٣]: الرهن ينعقد[١٤] بالإيجاب والقبول[١٥]، ويتم بالقبض، قالوا[١٦]:

---

(١٦) قوله:الرهن إلخ" يقال: رهنت الرجل الشىء، ورهنته عنده، واسترهننى كذا فرهنته عنده، وارتهنه أخذه رهنًا، والرهن المرهون، والجمع رهون ورهان ورهن. (مغرب)

(١٧) قوله: "حبس الشىء [أى شىء كان]" قال الله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ أى محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصى. (ك)

(١) قوله: "بحق" إنما قيدنا بالحق؛ لأن الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب أيضًا، والحق يشملهما. (غن)

(٢) احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص. (م)

(٣) بمعنى المرهون. (م)

(٤) قوله: "كالديون" حتى لا يصح الرهن إلا بدين واجب ظاهرًا وباطنًا، فأما بدين معدوم فلا يصح، إذ حكمه ثبوت يد الاستيفاء، والاستيفاء يتلو الوجوب. (ك)

(٥) ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبًا فرهان﴾ إلخ.

(٦) جمع الرهن، كالعباد جمع العبد. (غن)

(٧) قوله: "اشترى [بالمدينة] إلخ" أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة رضى الله تعالى عنها: «أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودى طعامًا إلى أجل ورهنه درعًا له من حديد»، انتهى.
وفى لفظ للبخارى: «ثلاثين صاعًا من شعير»، وأخرج الترمذى عن ابن عباس قال: قبض النبى ﷺ وأن درعه مرهونة عند رجل من يهودى على ثلثين صاعًا من شعير، أخذها رزقًا لعياله. (ت)

(٨) أى بقيمته. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٩، والدراية ج٢ ص٢٥٧، الحديث ١٠٠٠. (نعيم)

(٩) على جوازه.

(١٠) قوله: "لأنه عقد وثيقة [الوثيقة ما يوثق به الشىء، ويؤكد به. غن] إلخ" تقريره: أن للدين طرفين، طرف الوجوب وطرف الاستيفاء؛ لأنه يجب أولا فى الذمة، ثم يستوفى المال بعد ذلك، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالذمة، وهى الكفالة جائزة، فكذلك الوثيقة التى تختص بالمال بالطريق الأولى؛ لأن الاستيفاء هو المقصود، والوجوب وسيلة إليه. (م)

(١١) أى فقياس.

(١٢) لأن الحاجة إلى الوثيقة ماسة من الجانبين.

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) على ذلك عامة المشايخ.

(١٥) قوله: "بالإيجاب إلخ" الإيجاب هو قول الراهن: رهنتك هذا المال بدين لك على وما أشبهه، والقبول هو

الركن الإيجاب بمجرده[(١)]؛ لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة، والقبض شرط اللزوم[(٢)]، على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

وقال مالك: يلزم بنفس العقد[(٣)]؛ لأنه يختص بالمال من الجانبين. فصار كالبيع[(٤)]؛ ولأنه عقد وثيقة[(٥)]، فأشبه الكفالة. ولنا ما تلوناه[(٦)]، والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء[(٧)] يراد به الأمر[(٨)]، ولأنه عقد تبرع[(٩)]؛ لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئًا، ولهذا[(١٠)] لا يجبر عليه، فلا بد[(١١)] من إمضاءه[(١٢)]، كما في الوصية[(١٣)]، وذلك[(١٤)] بالقبض، ثم يكتفى فيه بالتخلية[(١٥)] في

قول المرتهن قبلت. (عيني)

(١٦) قوله: "قالوا [أي قال بعض المشايخ. غن] إلخ" أراد به شيخ الإسلام خواهر زاده، الركن الإيجاب بمجرده؛ لأنه عقد تبرع، وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع، فالرهن يتم بالمتبرع، وأما إنه عقد تبرع؛ فلأن الراهن لا يستوجب بإزاء ما اثبت للمرتهن من اليد شيئًا، ولا نعني بالتبرع إلا كذلك، وأما إن كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع كالهبة والصدقة. (ع)

(١) قوله: "الإيجاب بمجرده" فاختلفوا في القبول، قال بعضهم: إنه شرط، وظاهر ما ذكر في "المحيط" يشير إلى أنه ركن، فإنه قال في الأيمان، الإجارة بدون القبول ليست بإجارة، وكذا الرهن، حتى لا يحنث من حلف لا يؤاجر أو لا يرهن بدون القبول، وهكذا ذكره في "المنتقى". (ك)

(٢) وقال بعض أصحابنا: شرط الجواز. (ك)

(٣) أي بالإيجاب والقبول.

(٤) فلا يشترط فيه القبض. (غن)

(٥) فيلزم بالقبول. (ك)

(٦) قوله: "ولنا ما تلوناه" أي قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ وصف الرهن بكونها مقبوضة، والنكرة إذا وصفت عمت كقوله: والله لا أكلم إلا رجلا كوفيًا، فيقتضي أن يكون كل الرهن مشروعًا بهذه الصفة. (غن)

(٧) قوله: "والمصدر إلخ" ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر؛ لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال، وقوله مقبوضة بالتانيث دال على أنه جمع، وليس بمصدر، وإنما قال: والمصدر المقرون، لأنه تقديره -والله أعلم- فرهن رهان مقبوضة، ووصفها بأنها مقبوضة باعتبار المال. (ك)

(٨) قوله: "يراد به الأمر" نظيره قوله تعالى: ﴿فضرب الرقاب﴾ أي فاضربوها، وقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ أي فليحرر، فكان المصدر فيما تلونا ههنا أيضًا، وهو قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ بمعنى الأمر، أي فارهنوا أو ارتهنوا. (نت)

(٩) دليل معقول على اشتراط القبض. (ع)

(١٠) أي لكونه تبرعا.

(١١) يعني لا بد لثبوت الاستحقاق من الإمضاء. (غن)

(١٢) أي إنفاذ الرهن.

(١٣) قوله: "كما في الوصية" لأنها عقد تبرع لا يستحق إلا بالإمضاء، ولكن إمضاءها بأن لا يرجع إلى الموت عنها صريحًا، أو دلالة. (عيني)

(١٤) أي الإمضاء.

(١٥) قوله: "بالتخلية" أراد بالتخلية رفع الموانع عن القبض، يعني أن الراهن إذا خلا بين المرتهن، والمرهون يعتبر

ظاهر الرواية؛ لأنه قبض بحكم عقد مشروع، فأشبه قبض المبيع.

وعن أبي يوسف: أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل؛ لأنه[١] قبض موجب للضمان[٢] ابتداء بمنزلة الغصب[٣]، بخلاف الشراء[٤]؛ لأنه ناقل للضمان[٥] من البائع إلى المشترى، وليس بموجب ابتداء، والأول[٦] أصح.

قال[٧]: فإذا قبضه المرتهن محوزاً[٨] مفرغًا متميزاً تم العقد[٩] فيه[١٠]؛ لوجود القبض بكماله، فلزم العقد، وما لم يقبضه[١١]، فالراهن بالخيار إن شاء سلمه[١٢]، وإن شاء رجع عن الرهن؛ لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض؛ إذ المقصود لا يحصل قبله[١٣].

قال[١٤]: وإذا سلمه إليه فقبضه، دخل في ضمانه، وقال الشافعي: هو[١٥] أمانة

قابضاً، كما إذا فعل البائع مثل ذلك بالمبيع والمشترى. (غن)

(١) أي قبض الرهن. (ع)

(٢) قوله: "موجب للضمان إلخ" أراد بابتداء الضمان أن لا يكون مضمونًا قبل العقد، والرهن لم يكن مضمونًا على الراهن، حتى يكون الرهن نقلا للضمان، فكان وجوب الضمان على المرتهن ابتداء، كما في الغصب. (ك)

(٣) يعني كما أن المغصوب لا يصير مضمونًا بالتخلية بدون النقل، فكذا المرهون. (كف)

(٤) جواب عن قياس وجه الظاهر. (ع)

(٥) قوله: "لأنه [أي لأن القبض في الشراء] ناقل إلخ" فإن المبيع قبل التسليم إلى المشترى كان مضمونًا على البائع بالثمن، فانتقل المبيع منه إلى المشترى بذلك الضمان على المشترى بالتسليم إليه، فلم يكن مضمونًا ابتداء. (ك)

(٦) قوله: "والأول" أي ظاهر الرواية، وهو ثبوت القبض بمجرد التخلية بدون اشترط النقل أصح؛ لأن الرهن إنما يقبض بجهة استيفاء الدين، ثم أن الراهن إذا خلا بين المرتهن ودينه يعتبر قابضًا، وذلك حقيقة الاستيفاء، فكذا يعتبر قابضاً إذا خلا بينه وبين الرهن، وهو جهة الاستيفاء. (غن)

(٧) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "محوزاً" أي مقسومًا، وهو احتراز عن رهن المشاع، فإنه لا يجوز عندنا، وقوله: مفرغًا أي عن ملك الراهن، وهو احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن، وقوله: متميزاً أي لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة، كما لو رهن الثمر على رأس الشجر دون الشجر؛ لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقة، فصار كالشائع. (كف)

(٩) أي عقد الرهن. (غن)

(١٠) أي في المرهون. (غن)

(١١) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (غن)

(١٢) مرهون.

(١٣) قوله: "لا يحصل قبله" أي قبل القبض؛ لأن الرهن استيفاء الدين حكمًا، والاستيفاء حقيقةً لا يكون بدون القبض، فكذا الاستيفاء حكمًا؛ ولأن المقصود إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه، وذلك إنما يكون بالقبض. (كفاية)

(١٤) أي القدوري في "مختصره".

(١٥) موهون.

في يده، ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه؛ لقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن[(١)] -قالها[(٢)]: ثلاثًا- لصاحبه غنمه[(٣)] وعليه[(٤)] غرمه[(٥)]»*، قال: ومعناه[(٦)] لا يصير[(٧)] مضمونًا بالدين، ولأن الرهن وثيقة بالدين، فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارًا بهلاك الصك[(٨)]، وهذا[(٩)] لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة[(١٠)].

والسقوط[(١١)] بالهلاك يضادّ ما اقتضاه[(١٢)] العقد[(١٣)]، إذ الحق به يصير بعرض[(١٤)] الهلاك، وهو ضد الصيانة، ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق[(١٥)] فرس الرهن عنده: «ذهب حقك[(١٦)]»**، وقوله عليه السلام: «إذا عمي[(١٧)] الرهن[(١٨)]

---

(١) قوله: "لا يغلق الرهن [غلق -بفتحتين- مستحق ومالك شدن گروستاينده گرو را. م] إلخ" أخرجه ابن حبان في "صحيحه" والحاكم في "المستدرك" عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن» والرهن ممن رهنه له غنمه، وعليه غرمه، انتهى.

وقال أبو داود: وقوله: له غنمه وعليه غرمه من كلام سعيد بن المسيب، نقله عنه الزهري، وقال: هذا هو الصحيح، وقوله في الكتاب: قالها: ثلاثًا، لم أجده في شيء من طرق الحديث. (ت)

قوله: "لا يغلق إلخ" قال في الفائق: يقال غلق الرهن غلوقا، إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر على تخليصه كان من أفاعيل الجاهلية، أن الراهن إذا لم يرد ما عليه في الوقت الموقت ملك المرتهن الرهن. (غن)

(٢) أي قال النبي ﷺ هذه الألفاظ.

(٣) زوائد، پير دزى بچيزى دست رنج. (من)

(٤) أي لو هلك لهلك على الراهن. (ك)

(٥) بالضم: تاوان. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣١٩، والدراية ج٢ ص٢٥٧، الحديث ١٠٠١. (نعيم)

(٦) أي معنى قوله: لا يغلق الرهن.

(٧) المرهون.

(٨) معرب چک نامه وقباله.

(٩) أي عدم سقوط الدين.

(١٠) أي صيانة الدين.

(١١) أي سقوط الدين.

(١٢) وهو الصيانة.

(١٣) أي عقد الرهن.

(١٤) پيش آمدن. (ص)

(١٥) نفق -بفتحتين- نيست شدن. (م) يقال: نفقت الدابة إذا هلكت نفوقًا. (غن)

(١٦) قوله: "ذهب حقك [أخرجه أبو داود في "مراسيله" عن عطاء. ت]" وحقه الدين، فيكون ذاهبًا، لا يقال: المراد به ذهب حقك من الإمساك أو من المطالبة برهن آخر؛ لأن الأول مشاهد، فلا حاجة إلى الإخبار عنه، والثاني ليس بحق عنه، ولأنه ذكر الحق منكرًا في أول الحديث، وهو أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه، فنفق عنده، فاختصما إلى النبي ﷺ، فقال للمرتهن «ذهب حقك»، فذكر الحق منكرا، ثم أعاد معرفًا بالإضافة، وفي ذلك يكون الثاني عين

فهو بما فيه»*، معناه: على ما قالوا: إذا اشتبهت[٢] قيمة الرهن[٣] بعد ما هلك وإجماع الصحابة والتابعين رضى الله تعالى عنهم على أن الرهن[٤] مضمون مع اختلافهم[٥] فى كيفيته[٦]، فالقول بالأمانة خرق له، والمراد بقوله عليه السلام[٧]: «لا يغلق الرهن»** على ما قالوا: الاحتباس الكلى.

والتمكّن بأن يصير[٨] مملوكًا له، كذا ذكر الكرخى عن السلف، ولأن الثابت[٩] للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس؛ لأن الرهن ينبئ[١٠] عن

الأول، كذا فى "النهاية". فيه نظر؛ لأن أحدهما كلام الراوى، والآخر كلام النبى عليه السلام، ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة، إلا إذا علم أن المنكر كان واقعًا من المرتهن فى حضرة النبى عليه السلام، ولا يعلم ذلك. (ع)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢١، والدراية ج٢ ص٢٥٧، الحديث١٠٠٢. (نعيم)

(١٧) قوله: "إذا عمى [أى خفى، فى "منتهى الأرب" عمى پوشيده شدن كار بر كسى] إلخ" رواه أبو داود فى "مراسيله" عن الأوزاعى عن النبى ﷺ قال: «الرهن بما فيه» انتهى، قال ابن القطان: مرسل صحيح، وأخرج الطحاوى بسند صحيح عن أبى الزناد قال: أدركت من فقهاءنا الذين ينتمى إلى قولهم، منهم سعيد ابن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم أنهم قالوا: الرهن بما فيه، إذا كان هلك، وعميت قيمته، ويرفع ذلك، منهم الثقة إلى رسول الله ﷺ. (ت)

(١٨) أى المرهون.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢١، والدراية ج٢ ص٢٥٧، الحديث١٠٠٣. (نعيم)

(٢) قوله: "إذا اشتبهت إلخ" يعنى إذا قال الراهن: لا أدرى كم كان قيمة الرهن، وقال المرتهن: كذلك، يكون الرهن بما فيه من الدين، حكى هذا التأويل عن أبى جعفر. (ع)

(٣) المرهون.

(٤) أى المرهون.

(٥) قوله: "مع اختلافهم" قال أبو بكر وعلى رضى الله تعالى عنهما: هو مضمون بالقيمة، وقال عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما: هو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، وقال ابن عباس: هو مضمون بالدين، قلت قيمة أو كثرت، وهو قول شريح. (كف)

(٦) ضمان.

(٧) قوله: "والمراد [جواب عما قال الشافعى] إلخ" يعنى أنه لم يفهم أحد من اللغة من قوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن» نفى الضمان عن المرتهن، وذكر الكرخى عن السلف، كطاوس وابراهيم وغيرهما أنهم اتفقوا على أن المراد لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسًا، لا يمكن فكاكه، بأن يكون مملوكًا للمرتهن.

والدليل عليه ما روى عن الزهرى، أن أهل الجاهلية كانوا يرتهنون، ويشترطون على الراهن أنه إن لم يقض الدين إلى وقت كذا، فالرهن مملوك للمرتهن، فأبطل رسول الله ﷺ ذلك بقوله «لا يغلق الرهن» وقيل لسعيد ابن المسيب: أ هو قول الرجل: إن لم يأت بالدين إلى وقت كذا، فالرهن بيع بالدين، فقال: نعم.

وقوله: "لصاحبه غنمه" الصاحب يحتمل المرتهن، كما يقال للمضارب: صاحب المال، والحمل عليه أولى؛ لأن حقيقة الصحبة له، فيصير كأنه قال للمرتهن غنمه، أى الزوائد يصير رهنًا عنده، وعليه غرمه، أى هلاك الرهن على المرتهن، وإن كان المراد به الراهن، فالمراد من الغرم نفقة الرهن حال قيامه، والكفن حال موته. (ك)

** وقد تقدم فى كتاب الرهن. (نعيم)

(٨) الرهن.

الحبس الدائم، قال الله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة[١]﴾، وقال قائلهم[٢]: شعر:

وفارقتك[٣] برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى[٤] الرهن قد غلقا

والأحكام الشرعيةُ تنعطف[٥] على الألفاظ على وفق الإنباء[٦]؛ ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه[٧]، وذلك[٨] ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود[٩] مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون[١٠] عاجزاً عن الانتفاع به[١١]، فيتسارع[١٢] إلى قضاء الدين لحاجته[١٣]، أو لضجره[١٤]، وإذا كان كذلك[١٥] يثبت الاستيفاء من وجه[١٦]، وقد تقرر[١٧] بالهلاك، فلو استوفاه

---

(٩) دليل معقول على المطلوب. (ع)

(١٠) لغةً.

(١) أى محبوسة (ع) بوبال ما اكتسبت من المعاصى. (ع)

(٢) أى زهير.

(٣) قوله: "وفارقتك [محبوبه، خطاب إلى نفسه]" أى ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع، فذهبت به فاحتبس قلبه عندها على وجه لا فكاك له، وليس فيه ضمان ولا هلاك، فدل على أنه يوجب حبس الرهن بالدين، دائمًا، قيل: الدوام إنما فهم من قوله: لا فكاك له، لا من لفظ الرهن.

وأجيب: بأنه لما دام وتأبد بنفى الفكاك دل على أنه ينبى عن الدوام، إذ لو لم يكن موجبًا لذلك، لما دام بنفى ما يعترضه، بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجبه، فثبت أن اللغة تدل على إنباء الرهن عن الحبس الدائم. (ع)

(٤) صار.

(٥) أى تميل، فيكون لفظ الرهن فى العقد الشرعى منبئًا عن الحبس الدائم. (ع)

(٦) خبر دادن. (م) عن المعانى اللغوية.

(٧) استيفاء.

(٨) أى كونه موصلا إليه. (ع)

(٩) قوله: "ليقع الأمن [أى جحود الراهن الدين] إلخ" معناه أن الحبس يفضى إلى أداء الحق؛ لأن الراهن يخشى إن جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن؛ لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين، فيحتاج إلى إبقاء الأقل لتخليص الأكثر. (ع)

(١٠) الراهن.

(١١) بالمرهون.

(١٢) الراهن.

(١٣) إلى العين.

(١٤) ضجر بفتحتين دل تنگى وبى آرامى از غم. (م) عن المطالبة، بكون الرهن فى يد المرتهن. (غن)

(١٥) أى لماكان موجب الرهن ملك اليد والحبس. (ك)

(١٦) قوله: "يثبت الاستيفاء من وجه" لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة، وقد حصل بعضه. (ع)

(١٧) لانتفاء احتمال النقض. (ع)

ثانيًا[١]، يؤدى إلى الربا[٢].

بخلاف حالة القيام[٣]؛ لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن، فلا يتكرر، ولا وجه إلى استيفاء الباقى بدونه[٤]؛ لأنه لا يتصور[٥]، والاستيفاء يقع بالمالية[٦]، أما العين فأمانة[٧]، حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته[٨]، وكفنه بعد مماته، وكذا قبض الرهن[٩] لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن؛ لأن العين أمانة، فلا ينوب[١٠] عن قبض ضمان.

وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء[١١]، وهذا يحقق الصيانة[١٢]، وإن[١٣] كان

(١) قوله: "فلو استوفاه إلخ" أى لو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيًا أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد، وهو ربا. (ع)

(٢) قوله: "يؤدى [أى إلى تكرار الأداء مما يرجع إلى اليد، وهو معنى الربا. ك] إلى الربا" أقول: لقائل أن يقول: نعم، لو استوفاه ثانيًا أدى إلى الربا، ولكن إذا لم يستوفه ثانيًا أصلا يؤدى إلى ضياع بعض حقه، وهو استيفاء الرقبة، والتأدى إلى ضياع حق المسلم محذور شرعى أيضًا، فالوجه فى ترجيح اختيار هذا المحذور إلى اختيار محذور الربا، فتأمل فى الدفع. (نت)

(٣) قوله: "حالة القيام" أى بخلاف ما إذا كان الرهن قائمًا؛ لأنه ينتقض هذا الاستيفاء أى للدين بالحبس بالرد على الراهن، فلا يتكرر الأداء. (ع)

(٤) قوله: "ولا وجه إلى استيفاء الباقى" أى الباقى بعد الاستيفاء يدا، وهو ملك الرقبة بدونه أى بدون الاستيفاء يدًا، وهذا جواب إشكال، وهو أن يقال: يستوفى المرتهن الدين على وجه لا يؤدى إلى الربا، بأن يستوفيه رقبة لا يدا؛ لأن الاستيفاء يدا تقرر بالهلاك، فبقى من دينه ملك الرقبة، فإذا استوفاه استوفى حقه لا زيادة ولا نقصانًا.

فأجاب بأن استيفاء ملك الرقبة بدون ملك اليد لا يتصور، فلو استوفاه يتكرر الاستيفاء فى حق اليد، وذلك ربا، فثبت العجز من الاستيفاء، وهذا كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فى رجل له على آخر: ألف جياد، فقضاه ألفا زيوفًا، فانفقه رب الدين، ثم علم أنها زيوف، سقط اعتبار جودته؛ لأنها لا يمكن أخذها منفردة، ولا وجه إلى أخذها تبعًا؛ لأنه يصير ربا، فكذا ههنا. (ك)

(٥) فيسقط للضرورة. (زيلعى)

(٦) قوله: "والاستيفاء إلخ" هذا جواب إشكال أيضًا، وهو أن يقال: وجب أن لا يسقط الدين؛ لأن المرتهن لم يستوف شيئًا من حقه أى الدين؛ لأن الاستيفاء يكون من جنس الحق، فأجاب بأنه استوفى من جنسه؛ لأنه يكون مستوفيًا من مالية الرهن لا من عينه؛ لأن الاستيفاء بالعين يكون استبدالا، والمرتهن مستوف لا مستبدل، وباعتبار الاستيفاء من المالية يتجانس الأموال. أما العين أمانة فى يده، وهو بمنزلة الكيس للمالية، فكان الراهن جعل مقدار الرهن فى الكيس وسلمه إلى المرتهن؛ ليستوفى حقه، وعند الهلاك فى يده يتم استيفاءه فى مقدار حقه، إلا أنه لم يصر ملكًا له؛ لأن المالية صفة العين، والأوصاف لا تملك قصدا. (ك)

(٧) عند المرتهن من حيث الصورة.

(٨) على الراهن.

(٩) قوله: "وكذا قبض إلخ" عطف على قوله حتى كانت نفقة الموهون على الراهن، وفيه بيان أن العين أمانة، حتى لا يصير المرتهن قابضًا بنفس الشراء، بل ينبغى أن يقبض ثانيًا. (ك)

(١٠) أى قبض الأمانة.

(١١) قوله: "وموجب العقد إلخ" جواب عما قال الشافعى: الرهن وثيقة بالدين، وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة،

فراغ الذمة [١] من ضروراته كما فى الحوالة [٢].

فالحاصل [٣] أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن [٤] محتبسًا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه، وعنده [٥] تعلق الدين بالعين [٦] استيفاء منه [٧] عينًا بالبيع [٨].

ويخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه [٩]، عددناها [١٠] فى "كفاية المنتهى" جملةً.

منها أن الراهن ممنوع [١١] عن الاسترداد [١٢] للانتفاع؛ لأنه يفوت موجبه [١٣]، وهو الاحتباس [١٤] على الدوام [١٥]، وعنده [١٦] لا يمنع منه، لأنه لا ينافى [١٧] موجبه [١٨]،

والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد. (عناية)

(١٢) قوله: "وهذا يحقق الصيانة" فإنه لما تقرر استيفاء الدين بالهلاك لم يذهب الدين بلا شىء، حتى يفوت معنى الصيانة بل تحقق معنى الصيانة حيث سقط بهلاك الرهن، ولم يسقط مجّانًا. (غن)

(١٣) الواو وصلية.

(١) أى فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن، وتمام الاستيفاء. (ك)

(٢) قوله: "كما فى الحوالة" فإنها توجب الدين فى ذمة المحتال عليه لصيانة حق الطالب، وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته، فلا ينعدم به مقتضى العقد؛ لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا اللوازم الضمنية. (٤)

(٣) قوله: "فالحاصل إلخ" أى حاصل الخلاف فى أن الرهن مضمون، أو أمانة بناء على الخلاف فى حكم الرهن، فمن قال: حكمه أن يكون محتبسًا بالدين جعله مضمونًا على ما قررناه، ومن قال: إنه ليس بمحتبس بالدين، بل حكمه تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينًا بالبيع جعله أمانة. (غن)

(٤) أى المرهون.

(٥) الشافعى.

(٦) المرهون.

(٧) قوله: "استيفاء إلخ" أى لأجل استيفاء حقه من عين الرهن بواسطة البيع. (عينى)

(٨) قوله: "عينًا [لا مالية] إلخ" أى استيفاء منه بعينه بالبيع لا بما يتولد منه؛ لأن تعين عين المبيع لا يقتضى تعين عين أخرى للبيع. (ك)

(٩) الشافعى.

(١٠) أى عده من المسائل التى ذكر تعدادها جملة فى "كفاية المنتهى". (غن)

(١١) قوله: "منها إلخ" ومنها أن رهن المشاع يجوز عنده؛ لأن المشاع قابل للبيع، واستيفاء الدين من ثمنه، وعندنا لا يجوز؛ لأن ملك الحبس يقتضى وجود الحبس، وحبس المشاع وحده لا يتحقق. (غن)

(١٢) أى استرداد المرهون، وكذا عن ركوبه وشرب لبنه. (ك)

(١٣) العقد.

(١٤) عند المرتهن.

(١٥) أى إلى أن يستوفى المرتهن حقه.

(١٦) الشافعى.

(١٧) قوله: "لأنه لا ينافى إلخ" فإذا كان حكم الرهن صيرورة المرتهن أحق به بيعًا بدينه، وعند البيع هو أحق بثمنه،

وهو تعينه[١] للبيع، وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل، إن شاء الله تعالى.

قال[٢]: ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون[٣]؛ لأن حكمه[٤] ثبوت يد الاستيفاء[٥]، والاستيفاء يتلو الوجوب[٦].

قال رضى الله تعالى عنه[٧]: ويدخل على هذا اللفظ الرهن[٨] بالأعيان المضمونة بأنفسها[٩]، فإنه يصح الرهن بها، ولا دين[١٠].

فإذا هلك لا يسقط الدين؛ لأنه أمانة عنده. (ك)

(١٨) عقد.

(١) المرهون.

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "إلا بدين مضمون [سواء كان الدين من الأثمان أو غيرها بأى جهة ثبت. غن]" قيد الدين بالمضمون على وجه التاكيد، و إلا فجميع الديون مضمونة، كذا قال فى "شرح الأقطع"، وقيل: أريد بالدين المضمون ماكان واجباً للحال، أى لا يصح إلا بدين واجب للحال، لا بدين سيجب، واحترز به عن الرهن بالدرك، فإنه لا يصح، وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع.

وقيل احتراز عن بدل الكتابة، فإن الرهن به لا يصح؛ لأن المضمون هو الذى لا يسقط إلا بالأداء، أو الإبراء، وبدل الكتابة ليس كذلك؛ لأنه لسقط بتعجيز النفس، وفى الفتاوى يجوز الرهن ببدل الكتابة. (غن)

(٤) الرهن.

(٥) من الرهن.

(٦) قوله: "والاستيفاء يتلو [أى يتبع] الوجوب" فلا بد من وجوب سابق على الاستيفاء، ليكون الاستيفاء مبنياً عليه، فإن قيل: أليس أنه إذا دفع ثوبا إلى رجل على أن يقرضه عشرة دراهم، صار الثوب رهنًا، وقد حصل الرهن قبل وجوب الدين، وقبل وجود سببه، فلا يكون تاليا للوجوب.

قلنا: لا بل بعد وجود سببه؛ لأن القرض يثبت من حيث الاعتبار سابقًا على الرهن، كما فى قوله أعتق عبدك عنى على ألف درهم، يثبت البيع سابقًا على العتق، فإذا ثبت القرض سابقًا على الرهن، حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار. (ك)

(٧) أى المصنف.

(٨) قوله: "ويدخل [أى يشكل. ع] على هذا اللفظ [أى الذى يدل على الحصر. ع]" أى يشكل على قوله: ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون، الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها أى بمثلها أو بقيمتها، فهى مضمونة بأنفسها، باعتبار أن المثل أو القيمة قائمة مقامها، واحترز به عن الأعيان المضمونة بغيرها، وهى المبيع فى يد البائع، فإنه مضمون بغيره، وهو الثمن.

وفى "المبسوط": الرهن بالأعيان على ثلث أوجه، أحدها الرهن بعين، هو أمانة، وهو باطل؛ لأن موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن، وحق صاحب الأمانة فى العين مقصور عليه، فاستيفاء العين من عين آخر غير ممكن، والثانى الرهن بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع، وهو مضمون بالثمن، وهذا لا يجوز أيضًا.

والثالث الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب، وهو صحيح؛ لأن موجب العقد رد العين إن أمكن، ورد القيمة عند تعذر رد العين، وذلك دين يمكن استيفاءه من مالية الرهن. (كفاية للسيد جلال الدين رحمه الله تعالى عليه.

(٩) كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء. (ع)

(١٠) قوله: "ولا دين" قال فى "غاية البيان": إنه لا يرد على القدورى الاعتراض؛ لأنه لا ينفى صحة الرهن

ويمكن أن يقال[(١)]: إن الموجب الأصلي فيها هو القيمة، ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ، وهو[(٢)] دين، ولهذا تصح الكفالة[(٣)] بها[(٤)]، ولئن كان[(٥)] لا تجب[(٦)] إلا بعد الهلاك، ولكنه تجب[(٧)] عند الهلاك بالقبض السابق، ولهذا تعتبر[(٨)] قيمته[(٩)] يوم القبض[(١٠)]، فيكون[(١١)] رهنًا بعد وجود[(١٢)] سبب وجوبه، فيصح كما في الكفالة[(١٣)]، ولهذا لا تبطل الحوالة[(١٤)] المقيدة به[(١٥)] بهلاكه[(١٦)]، بخلاف

بالاعيان المضمونة بنفسها، بل صرح بصحتها في شرحه لمختصر الكرخي، وإنما اقتصر ههنا على الدين؛ لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين، واكتفى به اعتمادا على ما ذكره في موضع آخر، انتهى.

أقول: إن القدوري ينفي صحة الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها في مختصره يدل عليه صراحة قوله بأداة القصر "ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون نعم!لو قال القدوري و يصح الرهن بالدين لا يفهم منه نفيها، وتصريح القدوري بصحتها في موضع آخر لا يجدي شيئًا في دفع الإشكال الواردعلى لفظ القدوري في "مختصره" والاعتراض إنما هو عليه، كما يشعر به قول المصنف، ويدخل على هذا اللفظ إلخ، تأمل. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده.)

(١) في الجواب.

(٢) قيمته.

(٣) قوله: "ولهذا إلخ" أي ولأن الموجب الأصلي هو القيمة تصح الكفالة بها مع أن الكفالة لا تصح إلا في الديون. (ك)

(٤) أي بالأعيان المضمونة بنفسها. (ن)

(٥) قوله: "ولئن كان [جواب على ما اختاره بعض آخر من المشايخ. عناية] إلخ" يعني أن الموجب الأصلي عند البعض رد العين، ورد القيمة مخلص، فلا يجب القيمة إلا بعد الهلاك، فلئن كان لا تجب القيمة إلا إلخ. (مل)

(٦) القيمة.

(٧) القيمة.

(٨) قوله: "ولهذا [أي لكون الوجوب بالقبض السابق] تعتبر إلخ" أقول: هذا التنوير لا يتم إلا على قول أبي يوسف، فإن المعتبر عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة، وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر بتفصيله في صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها على قول أئمتنا جميعًا، فلا يتم التقريب إلا على قول أبي يوسف. (نت)

(٩) المغصوب.

(١٠) أي يوم قبض الغاصب المغصوب. (ع)

(١١) أي الرهن.

(١٢) أي القبض.

(١٣) فإنها تصح بالأعيان المضمونة بنفسها لوجود سبب وجوبه.

(١٤) قوله: "ولهذا لا تبطل إلخ" يجوز أن يكون توضيحًا من التخريجين، أما على الأول فتقريره: ولكون الموجب الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمونة بنفسه بهلاكه، فلو أحال على الغاصب، فهلك المغصوب لم يبطل الحوالة؛ لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة، كان هلاك العين كالإهلاك؛ لقيام القيمة في ذمته، ورد العين كان مخلصًا، ولم يحصل.وأما على الثاني فتقريره: ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود، فهلاك العين لا يبطل الحوالة، بخلاف الوديعة، فإن الحوالة عليها تبطل بهلاك الوديعة؛ لأنه لاوجوب هناك؛ للقيمة، ولاسبب للوجوب.(ع)

(١٥) أي بالعين المضمونة. (ن)

الوديعة[١].

قال[٢]: وهو مضمون بالأقل[٣] من قيمته ومن الدين[٤]، فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيًا لدينه، وإن كانت قيمة الرهن أكثر[٥] فالفضل أمانة[٦] في يده؛ لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء، وذلك بقدر الدين.

فإن كانت أقل، سقط[٧] من الدين بقدره، ورجع المرتهن[٨] بالفضل؛ لأن الاستيفاء بقدر المالية. وقال زفر: الرهن[٩] مضمون بالقيمة[١٠]، حتى لو هلك الرهن[١١] وقيمته[١٢] يوم الرهن ألف وخمس مائة، والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمس مائة. له حديث علي رضي الله تعالى عنه[١٣] قال: يترادّان الفضل في الرهن[١٤]، ولأن الزيادة على الدين مرهونة؛ لكونها محبوسة به[١٥]، فتكون

---

(١٦) قوله: "بهلاكه" قد ذكرنا أن الحوالة المقيدة بالعين على نوعين: أحدهما عين هو وديعة، والثاني عين هو غصب، ففي الوديعة تبطل الحوالة بهلاكها، وعاد الدين إلى المحيل؛ لأن الوديعة هلكت لا إلى خلف، وفي الغصب لا يبطل الحوالة؛ لأن المغصوب هلك إلى خلف، وهو الضمان، والضمان يقوم مقام المضمون، فيجعل كان المغصوب قائم، فيبقى الحوالة لبقاء ما تقيدت به. (نهاية)

(١) أي تبطل الحوالة المقيدة بها بهلاكها؛ لأنها تفوت لا إلى خلف. (ك)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "بالأقل إلخ" الأقل بالألف واللام، وقوله من قيمته أي يوم القبض ومن الدين، بيان للأقل، أي أيهما كان أقل فهو مضمون به، وصورته: قوله فإن كان قيمة الرهن أكثر إلخ، وبيانه إذا رهن ثوبا، قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه، فإن كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى، وإن كانت قيمته خمسةعشر، فالفضل أمانة عندنا، وعند زفر يرجع الراهن على المرتهن بخمسة؛ لأن الرهن عنده مضمون بالقيمة. (ك)

(٤) قوله: "من قيمته إلخ" ليست من هذه هي التي تستعمل للتفضيل، بل هي لتبيين الأقل، وهو بالتعريف، فكأنه قال: مضمون بأقلهما من الآخر. (غاية البيان)

(٥) من الدين.

(٦) عند المرتهن، لو هلك لا ضمان.

(٧) من الدين.

(٨) على الراهن.

(٩) المرهون.

(١٠) قل الدين أو كثر.

(١١) المرهون.

(١٢) الواو حالية.

(١٣) قوله: "له حديث علي إلخ" قلت: رواه عبد الرزاق في "مصنفه" عن علي رضي الله تعالى عنه قال: يترادان الفضل بينهما في الرهن. (ت)

مضمونة، اعتباراً بقدر الدين.

ومذهبنا مروى(١) عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنهم*، ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء، فلا يوجب(٢) الضمان إلا بالقدر المستوفى، كما فى حقيقة الاستيفاء(٣)، والزيادة مرهونة(٤)، ضرورة امتناع(٥) حبس الأصل(٦) بدونها، ولا ضرورة فى حق الضمان(٧)، والمراد بالتراد(٨) فيما روى حالة البيع(٩)، فإنه روى عنه(١٠) أنه قال: "المرتهن أمين فى الفضل"**.

قال(١١): وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به(١٢)؛ لأن حقه باق بعد الرهن، والرهن لزيادة الصيانة، فلا تمتنع به(١٣) المطالبة، والحبس جزاء الظلم، فإذا

---

(١٤) قوله: "يترادّان إلخ" التراد ما يكون بين اثنين، فلا جرم يرد المرتهن فضل الرهن، كما يرد الراهن فضل الدين.(ب)

(١٥) أى بالدين.

(١) قوله: "مروى إلخ" قلت أخرج البيهقى عن عمر قال فى الرجل يرتهن الرهن، فيضيع قال: إن كان أقل مما فيه رد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين، والرواية عن ابن مسعود غريب. (ت)

* ذكر فى نصب الراية ج٤ ص٣٢٣ تحت الحديث الرابع، وفى الدراية ج٢ ص٢٥٧ تحت الحديث١٠٠٣. (نعيم)

(٢) على المرتهن.

(٣) قوله: "كما فى حقيقة الاستيفاء" مثل ما إذا أوفاه ألفى درهم فى الكيس، وحقه فى ألف، فإنه يصير ضامنا قدر الدين، والزيادة على قدر الدين أمانة، فكذا هذا. (ع)

(٤) جواب عن الدليل العقلى لزفر.

(٥) قوله: "ضرورة إلخ" والثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة، كما إذا رهن عبداً قيمته أكثر من الدين، حيث لا تتميز الزيادة من الأصل، فيثبت له حبس الكل. (ك)

(٦) لأنه لو لم نجعل الزيادة مرهونة أدى إلى الشيوع لعدم انفكاكها. (ع)

(٧) قوله: "ولا ضرورة إلخ" لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن، بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن على ما يجىء إن شاء الله تعالى. (ك)

(٨) قوله: "والمراد [جواب عن حديث على] بالتراد إلخ "توفيقاً بين حديثى على رضى الله تعالى عنه، فإنه روى عنه، المرتهن أمين فى الفضل، فيجب حمل الأول على حالة البيع، يعنى إذا باع المرتهن الرهن بإذن الراهن، يرد ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن، ولو كان الدين زائداً يرد الراهن زيادة الدين. (ع)

(٩) لا فى حالة الهلاك. (ك)

(١٠) قوله: "فإنه روى عنه إلخ" قلت رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن محمد ابن الحنفية عن على قال: إذا كان الرهن أكثر مما رهن به، فهلك، فهو بما فيه؛ لأنه أمين فى الفضل، وإذا كان أقل مما رهن به فهلك، رد الراهن الفضل، انتهى. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢٣ تحت الحديث الرابع، والدراية ج٢ ص٢٥٧ تحت الحديث١٠٠٣. (نعيم)

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٢) إن امتنع.

ظهر مطله[١] عند القاضي يحبسه، كما بيناه على التفصيل[٢] فيما تقدم[٣].

وإذا طلب المرتهن دينه[٤] يؤمر[٥] بإحضار الرهن[٦]؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء، فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء؛ لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك[٧] في يد المرتهن، وهو محتمل.

وإذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين أولا، ليتعين حقه، كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية، كما في تسليم المبيع والثمن، يحضر المبيع، ثم يسلم الثمن أولا.

وإن طالبه بالدين في غير البلد[٨] الذى وقع العقد فيه، إن كان الرهن[٩] مما لا حمل له، ولا مؤنة[١٠]، فكذلك الجواب[١١]؛ لأن الأماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة.

ولهذا[١٢] لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه[١٣] في باب السلم بالإجماع، وإن كان له حمل ومؤنة، يستوفى دينه، ولا يكلف إحضار الرهن[١٤]؛ لأن هذا نقل[١٥]، والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية[١٦]، لا النقل من مكان إلى مكان؛ لأنه يتضرر

---

(١٣) أى بالرهن.

(١) مطل -بفتحتين- درنگ كردن در دادن دام. (م)

(٢) قوله: "كما بيناه على التفصيل إلخ" وهو ما فصل فى فصل الحبس من أدب القاضى بقوله: وهذا أى ترك الحبس إذا ثبت الحق بإقراره؛ لأنه لم يعرف كونه مماطلا، وأما إذا ثبت بالبينة حبسه كما يثبت لظهور المطل بإنكاره. (ك)

(٣) أى فى فصل الحبس من كتاب أدب القاضى. (ك)

(٤) قوله: "وإذا طلب إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها من المسائل من مسائل "الزيادات" إلى قوله: قال: وإن كان الرهن فى يده ذكرها تفريعاً على مسألة "مختصر القدورى". (غن)

(٥) أى أولا ليعلم أنه باق. (زيلعى)

(٦) المرهون.

(٧) أى على تقدير الهلاك.

(٨) والرهن فى ذلك البلد.

(٩) المرهون.

(١٠) مشقت.

(١١) قوله: "فكذلك الجواب" أى يؤمر المرتهن بإحضار الرهن أولا. (غن)

(١٢) أى لكون الأماكن كلها كمكان واحد.

(١٣) أى فيما ليس له حمل ومؤنة.

(١٤) قوله: "ولا يكلف إلخ" ذكر فى بعض الفوائد: ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك إن طلب الراهن ذلك؛ لأن الرهن غائب، فيحتمل هلاكه، وعلى اعتباره لا يجب قضاء الدين، فإذا حلف المرتهن قضى الدين. (ك)

(١٥) أى إحضار الرهن هناك.

به[١] زيادة الضرر، ولم يلتزمه[٢].

ولو سلط الراهن العدل[٣] على بيع المرهون، فباعه بنقد[٤] أو نسيئة جاز؛ لإطلاق الأمر[٥]، فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن[٦]؛ لأنه لا قدرة له[٧] على الإحضار.

وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه[٨]، فباعه ولم يقبض الثمن؛ لأنه[٩] صار دينا بالبيع بأمر الراهن، فصار كأن الراهن[١٠] رهنه وهو دين[١١].

ولو قبضه يكلف إحضاره؛ لقيام البدل مقام المبدل، إلا أن الذى[١٢] يتولى قبض الثمن، هو المرتهن؛ لأنه هو العاقد، فترجع الحقوق إليه، وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين، يكلف[١٣] لاستيفاء نجم[١٤] قد حل لاحتمال الهلاك[١٥].

---

(١٦) أى رفع الممانعة.

(١) قوله: "لأنه يتضرر به [أى بالنقل] إلخ" ولم يعتبر هناك احتمال تكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك؛ لأنه موهوم، فلا يظهر فى مقابلة ضرر متيقن، وهو تأخر حق المرتهن، بخلاف الفصل الأول. (ع)

(٢) أى لم يلتزم المرتهن الضرر فى العقد.

(٣) الثالث.

(٤) قوله: "فباعه بنقد أو نسيئة إلخ" قال القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله تعالى: إذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد، بأن قال: إن المرتهن يطالبنى بدينه ويؤذينى، فبعه، حتى أنجو منه، فباعه بالنسيئة لا يجوز، بمنزلة ما لو قال لغيره: بع عبدى، فإنى أحتاج إلى النفقة. (ك)

(٥) يشير إلى أنه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة. (ع)

(٦) المرهون.

(٧) لأن الرهن بيع بأمر الراهن. (ع)

(٨) يعنى لم يكلف إحضار الرهن. (ع)

(٩) أى لأن الرهن.

(١٠) قوله: "فصار إلخ" لأنه لما باعه بإذنه صار كأنهما تفاسخا الرهن، وصار الثمن رهنًا، بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن، ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لا يسقط شيء من دين المرتهن، فصار كأنه رهنه، ولم يسلم، بل وضعه على يدى عدل، كذا فى "زيادات قاضى خان".

فإن قيل: لو رهن الدين ابتداء لا يصح، قلنا نعم! ولكن يبقى حكم الرهن فى ثمن المرهون؛ لكونه بدلا عن المقبوض، وهو قد كان صالحًا لذلك، ثم يثبت هذا الحكم فى خلفه تبعًا لا مقصودًا. (ك)

(١١) أى والحال أن الرهن دين. (ع)

(١٢) قوله: "إلا أن الذى إلخ" هذا استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين، على تقدير إشكال، وهو أن يقال: لم يصير كان الراهن رهنه، وهو دين، إذ لو كان كذلك، لما كان للمرتهن ولاية قبضة، كما لو كان الرهن فى يد العدل، وله ذلك، فأجاب وقال: ولاية القبض له باعتبار أنه عاقد. (ك)

(١٣) قوله: "يكلف إلخ" [أى المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم، يؤديه الراهن من الدين. ت] هذا إذا ادعى الراهن هلاك الرهن، وأما إذا لم يدع، فلا حاجة إلى إحضار الرهن، إذ لا فائدة فيه. (ك)

ثم إذا قبض الثمن(١) يؤمر بإحضاره، لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين، وهذا بخلاف(٢) ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ، حتى قضى بالقيمة(٣) على عاقلته(٤) فى ثلاث سنين، لم يجبر الراهن على قضاء الدين، حتى يحضر كل القيمة؛ لأن القيمة خلف عن الرهن، فلا بد من إحضار(٥) كلها(٦)، كما لا بد من إحضار كل عين الرهن، وما صارت قيمة بفعله(٧)، وفيما تقدم(٨) صار(٩) دينًا بفعل الراهن(١٠)، فلهذا افترقا.

ولو وضع الرهن(١١) على يد العدل، وأمران يودعه(١٢) غيره، ففعل(١٣) ثم جاء المرتهن يطلب دينه، لا يكلف إحضار الرهن(١٤)؛ لأنه لم يؤتمن(١٥) عليه حيث وضع

---

(١٤) وظيفه. (م)

(١٥) قوله: "لاحتمال الهلاك" ولا ضرر له فى الإحضار، وفيه فراغ قلب الراهن عن وهم الهلاك، ولكن لا يسلم إلى أن يقبض جميع الدين. (كف)

(١) قوله: "ثم إذا قبض الثمن إلخ"يعنى إن باع الرهن وقبض الثمن، فإذا قبضه وجب إحضاره؛ لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين. (ع)

(٢) قوله: "وهذا [أى بيع العدل أو المرتهن الرهن بإذن الراهن بخلاف إلخ] بخلاف إلخ" إشارة إلى قوله: وكذا إذا أمر المرتهن بيعه إلخ، فإنه لا يجبر المرتهن على الإحضار، بل يجبر الراهن على الأداء بدون إحضار شيء، بخلاف ما إذا قتل رجل إلخ، فإن الراهن لا يجبر على قضاء الدين، حتى يحضر المرتهن كل القيمة. (عناية)

(٣) أى بقيمة العبد.

(٤) أى عاقلة القاتل.

(٥) إن كان قائمًا. (غن)

(٦) قيمة.

(٧) قوله: "وما صارت [أى الرهن، أى لم يصر العبد المقتول خطأ قيمة بفعل الراهن واختياره، بل بفعل الأجنبى. غن] قيمة إلخ" يعنى فإن قيل: لم لا يكون القيمة كالثمن ثمه، وهى ليست فى يد المرتهن، فيجبر الراهن على القضاء، كما ثمه، أجاب:بقوله ما صارت قيمة بفعله حتى ينتقل إليها الرهينة، فتصير كالرهن فى يدعدل، بخلاف ما تقدم، فإن الرهن صار دينًا بفعله، فكأنهما تفاسخا، وجعلا الثمن رهنًا ابتداء، كما مر فافترقا. (ع)

(٨) أى فيما إذا باع العدل، أو المرتهن. (ك)

(٩) الرهن.

(١٠) واختياره.

(١١) قوله: ولو وضع الرهن إلخ" أى بعد التخلية ليتحقق الرهن بقبض المرتهن بالتخلية، لكنه لم يوضع على يد المرتهن، بل وضع على يد العدل باتفاق من الراهن والمرتهن.أعظمى)

(١٢) أى أذن بالإيداع.

(١٣) أى وضعه العدل عند غيره وديعة.

(١٤) قوله: "لا يكلف إحضار الرهن" وأمر الراهن بتسليم الرهن؛ لأن الراهن لم يرضَ بيد المرتهن، فلا يلزمه إحضار ما ليس فى يده، ألا ترى أن المرتهن لو أخذه من العدل يكون غاصبًا ضامنًا، فكيف يلزمه إحضار شيء لو أخذه

على يد غيره، فلم يكن تسليمه في قدرته.

ولو وضعه العدل في يد من[١] في عياله[٢]، وغاب وطلب المرتهن دينه، والذي في يده[٣] يقول: أودعني فلان ولا أدرى لمن هو، يجبر الراهن على قضاء الدين؛ لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن؛ لأنه لم يقبض شيئًا[٤].

وكذلك[٥] إذا غاب العدل بالرهن، ولا يدرى أين هو؛ لما قلنا[٦]، ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن، وقال: هو مالى، لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء، حتى يثبت كونه رهنًا؛ لأنه لما جحد فقد توى المال، والتوى[٧] على المرتهن، فيتحقق استيفاء الدين، فلا يملك المطالبة به.

قال[٨]: وإن كان[٩] الرهن[١٠] في يده، ليس عليه[١١] أن يمكّنه[١٢] من البيع، حتى يقضيه الدين؛ لأن حكمه[١٣] الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين على ما بيناه[١٤]. ولو قضاه البعض، فله أن يحبس كل الرهن، حتى يستوفي البقية[١٥]، اعتبارًا بحبس المبيع[١٦]، فإذا قضاه الدين، قيل له: سلم الرهن إليه[١٧]؛ لأنه زال

يصير غاصبًا. (كف)

(١٥) ائتمنه اعتماد كرد او را وامين گرفت، واؤتمن فلانًا مجهولا معتمد عليه شد. (من)

(١) كالزوجة.

(٢) قوله: "في عياله" عيال -بالكسر- أولاد وزن آنكه تكفل وتعهد حال ايشان ومؤنث ايشان بايد نمود ونفقه بايد داد. (منتخب اللغات)

(٣) أي المودع.

(٤) من الرهن. (غن)

(٥) أي أجبر الراهن على قضاء الدين. (غن)

(٦) إشارة إلى قوله لأنه لم يقبض شيئًا. (ك)

(٧) توى كرحى: هلاكى. (من)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "وإن كان إلخ" أي إذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين أن يمكن الراهن من بيعه وأن لا يمكن؛ لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين، وذلك حقه، فله إسقاطه. (ع)

(١٠) المرهون.

(١١) قوله: "ليس عليه إلخ" أي لا يكلف مرتهن معه رهن أن يمكن الراهن من بيع الرهن. (شرح وقاية)

(١٢) الراهن.

(١٣) الرهن.

(١٤) سابقًا في أوائل كتاب الرهن.

(١٥) من الدين.

المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه.

فلو هلك[١] قبل التسليم[٢] استرد الراهن ما قضاه[٣]؛ لأنه صار مستوفيًا[٤] عند الهلاك بالقبض السابق، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء، فيجب رده.

وكذلك[٥] لو تفاسخا الرهن، له[٦] حبسه ما لم يقبض الدين، أو يبرئه[٧]، ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ[٨]؛ لأنه[٩] يبقى مضمونًا ما بقي القبض والدين[١٠].

ولو هلك[١١] في يده سقط الدين، إذا كان به وفاء بالدين؛ لبقاء الرهن، وليس للمرتهن[١٢] أن ينتفع بالرهن، لا باستخدام[١٣]، ولا سكنى[١٤]، ولا

---

(١٦) قوله: "اعتبارًا بحبس إلخ" فإن في البيع إذا قضى بعض الثمن لم يقبض شيئًا من المبيع، فكذا ههنا؛ لأن في ذلك تفريق الصفقة على المرتهن في الحبس. (غن)

(١٧) راهن.

(١) الرهن بعد قضاء الدين. (غن)

(٢) إلى الراهن.

(٣) أي ما أداه إلى المرتهن. (غن)

(٤) قوله: "صار مستوفيًا إلخ" فإن الرهن حقيقة عقد استيفاء باليد والحبس، كما تقدم، وذلك الاستيفاء شيء يتقرر بالهلاك مستندًا إلى وقت القبض، فالقضاء بعد الهلاك استيفاء، فيجب الرد. (عناية)

(٥) ذكره تفريعًا. (غن)

(٦) أي لا ينفسخ بالفسخ، فإن ضمان هذا العقد بالقبض، فيكون انتقاضه بنقض القبض. (غن)

(٧) أي ما لم يبرئ المرتهن الراهن عن الدين. (غن)

(٨) احتراز عما إذا رده على وجه العارية، فإنه لا يبطل الرهن. (ع)

(٩) قوله: "لأنه" أي الرهن يبقى مضمونًا مادام القبض والدين باقيًا، ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان، لفوات القبض، وإن كان الدين باقيًا، وإن أبرأ عن الدين سقط الضمان، وإن كان القبض باقيًا؛ لأن العلة إن كانت ذات وصفين ينعدم الحكم بعدم أحدهما.

فإن قيل: ينبغي أن لا يبقى الرهن مضمونًا بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم؛ لأن حكم الرهن لا يبقى، وليس كذلك، كما مر من الشارح، فكان الكلام متناقضا، أجيب: بأنه بقي احتمال استحقاق الحبس؛ لاحتمال أن يستحق المؤدى، وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه، فكان له استحقاق الحبس، فيوجب بقاء الضمان، وفيه نظر؛ لأن الاحتمال لا يوجب التحقق لا سيما إذا لم ينشأ عن دليل. (عناية)

(١٠) قوله: "يبقى مضمونًا إلخ" وإنما لا يبطل الرهن بمجرد القول بدون الرد؛ لأن حكمه قبل الهلاك ثبوت يد الاستيفاء في حق الحبس، فيعتبر باليد الثابتة بحقيقة الاستيفاء في حق الحبس والملك، وحقيقة الاستيفاء لا ينتقض بمجرد القول دون الرد؛ لأن فعلهما يخالف قولهما، والقول متى خالف الفعل لا يعتبر. (كفاية)

(١١) يعني إذا حبسه بعد التفاسخ فهلك. (ع)

(١٢) قوله: "وليس [ذكره تفريعًا على مسألة المختصر. غن] للمرتهن إلخ" لأن المالك رضي بحبسه لا بانتفاعه، فإذا استعمله بوجه من هذه الوجوه كان غاصبًا، وضمن قيمته بالغة ما بلغت، فإن كان بإذن المالك، فلا ضمان

لبس[١]، إلا أن يأذن له المالك؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع.

وليس له أن يبيع[٢] إلا بتسليط من الراهن، وليس له أن يؤاجر ويعير؛ لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه، فلا يملك تسليط غيره عليه، فإن فعل كان متعديا، ولا يبطل عقد الرهن بالتعدى.

قال[٣]: وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله[٤]. قال رضى الله تعالى عنه[٥]: معناه أن يكون الولد في عياله أيضًا؛ وهذا لأن عينه[٦] أمانة فى يده، فصار[٧] كالوديعة. وإن حفظه بغير من فى عياله[٨]، أو أودعه ضمن[٩]، وهل يضمن الثانى، فهو على الخلاف[١٠]، وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة.

وإذا تعدى المرتهن[١١] فى الرهن ضمنه[١٢] ضمان الغصب بجميع قيمته؛ لأن

عليه؛ لأن الحجر لحقه، وقد رضى به. (غاية البيان)

(١٣) إذا كان عبداً، أو أمةً.

(١٤) إذا كان داراً ونحوها.

(١) إذا كان ثوبا ونحوه.

(٢) فى دينه. (غن)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "وخادمه" كأجيره الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة لا مياومة، والمعتبر فيها المساكنة، ولا عبرة بالنفقة، حتى إن المرأة إذا أودعت وديعة، فدفعت الوديعة إلى زوجها لا تضمن، وإن لم يكن الزوج فى نفقتها؛ لأنهما يسكنان معا. (زيلعى)

(٥) أى المصنف.

(٦) الرهن.

(٧) الرهن.

(٨) والمراد بمن فى عياله أن يساكن معه، سواء كان فى نفقته أولا. (غن)

(٩) قوله: "ضمن" وذلك الأيدى تختلف بالحفظ والأمانة، والمالك لم يأذن له فى ذلك فيضمن، فالرهن بمنزلة الوديعة فى يده، فما لا يجوز للوديعة من التصرف، فإنه لا يجوز فى الرهن، وما جاز فى الوديعة جاز فى الرهن. (غن)

(١٠) قوله: "فهو على الخلاف [ا لمعروف]" يعنى إن فى تضمين المودع الثانى أى مودع المودع خلافًا، فعند أبى حنيفة لا ضمان عليه، وعندهما عليه الضمان كالأول، وعند أبى ليلى لا ضمان على واحد منهما، وقد مرت المسألة مستوفى، بيانها فى الوديعة. (غن)

(١١) قوله: "وإذا تعدى [هذا لفظ القدورى فى "مختصره". غن] إلخ" قال الحاكم الشهيد فى "الكافى": وإن ركب المرتهن الدابة، أو كان الرهن عبداً فاستخدمه، أو ثوبا فلبسه، أو سيفا، فتقلده بلا إذن الراهن، فهو له ضامن. (غن)

(١٢) قوله: "ضمنه إلخ" ثم إن قضى القاضى بالقيمة من جنس الدين يتقاصان بمجرد القضاء، إذا كان الدين حالا، ولا يطالب كل واحد منهما صاحبه إلا بالفضل، وإن كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته، ويكون رهنًا عنده، لأنه بدل

الزيادة على مقدار الدين[١] أمانة[٢]، والأمانات تضمن بالتعدى، فلو رهنه خاتمًا[٣]، فجعله فى خنصره[٤] فهو ضامن؛ لأنه متعد بالاستعمال؛ لأنه غير مأذون فيه، وإنما الإذن بالحفظ، واليمنى واليسرى فى ذلك سواء؛ لأن العادة فيه مختلفة.

ولو جعله فى بقية الأصابع كان رهنًا بما فيه[٥]؛ لأنه لا يلبس كذلك عادة، فكان من باب الحفظ، وكذا الطيلسان[٦] إن لبسه لبسا معتادًا ضمن[٧]، وإن وضعه على عاتقه[٨] لم يضمن[٩]، ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها[١٠] لم يضمن فى الثلاثة[١١]، وضمن فى السيفين؛ لأن العادة جرت بين الشجعان[١٢] بتقلد سيفين فى الحرب، ولم تجر بتقلد الثلاثة، وإن لبس خاتما فوق خاتم، إن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن، وإن كان لا يتجمل بذلك، فهو حافظ، فلا يضمن.

قال[١٣]: وأجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن، وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعى، ونفقة الرهن على الراهن[١٤].

الرهن؛ فيكون له حكم أصله، فإذا حل الأجل أخذ بدينه، وإن قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان الضمان رهنًا عنده، إلا أن يقضيه دينه؛ لأنه بدل الرهن، فأخذ حكمه. (زيلعى)

(١) أى دين المرتهن.

(٢) فى يد المرتهن.

(٣) ذكره بسبيل التفريع على مسألة القدورى. (غن)

(٤) بالكسر وكسر صاد وفتح آن: أنگشت كوچک. (م)

(٥) قوله: "كان رهنًا بما فيه" ولو كان المرتهن امرأة فتختمت به أى إصبع كان ضمنت؛ لأن النساء يتختمن لجميع أصابعهن. (غن)

(٦) طيلسان بالفتح بتثليث اللام عن عياض وغيره: چادر معربست، أصله تالشان. (من)

(٧) لأن هذا استعمال، وليس بحفظ. (غن)

(٨) دوش. (م)

(٩) لأنه ليس بلبس وإنما هو حفظ. (غن)

(١٠) تقلد السيف حمائل شمشير بدوش كشيد. (تج)

(١١) قوله: "لم يضمن [لأنه ليس بلبس] إلخ" ثم ينبغى أن يعرف أن المراد بعدم الضمان فيما يعد حفظًا، لا استعمالا أن لا يضمن ضمان الغصب، لا أنه لا يضمن أصلا؛ لأن مضمون بالدين بهلاكه بما هو الأقل من قيمته ومن الدين، كالخاتم إذا جعله فى إصبع لا يتختم به فى العرف والعادة وكالثوب إذا ألقاه على عاتقه، وبه صرح فى "شرح الطحاوى". (غن)

(١٢) بالضم والكسر: دليران، جمع شجاع. (م)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "على الراهن" فإن أبى فالقاضى يأمر المرتهن بأن ينفق عليه، فإن قضى الدين فللمرتهن أن يحبس

والأصل[١] أن مايحتاج إليه لمصلحة الرهن[٢] وتبقيته، فهو على الراهن، سواء كان في الرهن فضل[٣] أو لم يكن؛ لأن العين باقٍ على ملكه، وكذلك منافعه مملوكة له[٤]، فيكون إصلاحه وتبقيته عليه[٥]؛ لما أنه[٦] مؤنة[٧] ملكه، كما في الوديعة، وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه، وأجرة الراعي في معناه[٨]؛ لأنه علف[٩] الحيوان. ومن هذا الجنس[١٠] كسوة الرقيق[١١] وأجرة ظئر[١٢] ولد الرهن[١٣]، وسقى البستان[١٤]، وكرى[١٥] النهر وتلقيح[١٦] نخيله وجِذاذه[١٧]، والقيام بمصالحه، وكل ما

الرهن، حتى يستوفى النفقة، فإن هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن، في قول زفر، وقال أبو يوسف: النفقة دين على الراهن. (ع)

(١) أى القاعدة الكلية.

(٢) أى غير مصلحة الحفظ.

(٣) على الدين. (م)

(٤) قوله: "وكذلك منافعه مملوكة له" أى الأولاد والثمرات، وسائر ما ينمو، مثل الصوف والشعر وما ينبت من الأشجار في الأرض المرهونة، وسائر منافعه، يريد به أن العين باق على ملكه حقيقةً، وكذا حكمًا؛ لأن منافعه مملوكة، بخلاف المستعير، والموصى له بالخدمة، فإن النفقة عليهما؛ لأنهما نزلا بمنزلة المالك بملك المنفعة، والمرتهن لم يملكها مطلقًا؛ لأنه وإن ملك حبسها وفيه منفعة إضجار الراهن، ليتسارع إلى قضاء الدين، إلا أن منفعة قضاء الدين مشترك بينهما، فلم ينزل منزلة المالك. (ك)

(٥) راهن.

(٦) أى أن الإصلاح.

(٧) بار ومشقت.

(٨) قوله: "وأجرة الراعي في معناه" أى في معنى الإنفاق في الماكل والمشارب؛ لأنه علف الحيوان، أى الأجير سبب علف الحيوان؛ لأنه يوصل إليه به، فأطلق اسم السبب على المسبب، فإن قيل: كما أن الراعي يسوق الدابة إلى العلف، فكذلك يحفظها أيضًا، والحفظ على المرتهن وإن كان العلف على الراهن، ألا ترى أن أجر المربط الذى يأوى إليه الرهن على المرتهن، فيجب أن يكون الأجر عليهما نصفين.

قلنا: الراعي للإعلاف لا للحفظ، ألا ترى أن السارق من المرعى لا يقطع، ومن المناخ يقطع؛ لأن الحفظ تبع، والأجر بإزاء الأصل كالثمن يقابل الرقبة دون الأطراف. (ك)

(٩) خورش.

(١٠) أى من جنس ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته. (ك)

(١١) المرهون.

(١٢) مرضعة.

(١٣) أى الأمة المرهونة.

(١٤) قوله: "وسقى البستان إلخ" أى إن كان الرهن بستانًا فيه شجر، ونخل وكرم، وليس فيه ثمر، وهو مما يثمر، فسقيه وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصالحه على الراهن. (غن)

(١٥) حفر.

(١٦) گشن دادن خرما بن را. (من)

كان لحفظه[١]، أو لرده إلى يد المرتهن[٢]، أو لرد جزء منه[٣]، فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ؛ لأن الإمساك حق له، والحفظ واجب عليه[٤]، فيكون بدله[٥] عليه، وكذلك أجرة البيت[٦] الذى يحفظ الرهن فيه، وهذا فى ظاهر الرواية.

وعن أبى يوسف: أن كراء المأوى[٧] على الراهن بمنزلة النفقة؛ لأنه سعى فى تبقيته، ومن هذا القسم[٨] جعل الآبق[٩]، فإنه على المرتهن؛ لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده[١٠]، فكانت[١١] من مؤنة الرد فيلزمه[١٢]، وهذا[١٣] إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء، وإن كانت قيمة الرهن أكثر[١٤]، فعليه بقدر المضمون، وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه؛ لأنه أمانة فى يده، والرد لإعادة اليد، ويده فى الزيادة يد المالك، إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون[١٥] على المالك.

وهذا بخلاف أجرة البيت[١٦] الذى ذكرناه[١٧]، فإن كلها تجب على المرتهن،

---

(١٧) بريدن خرما از خرما بن. (من)

(١) الرهن.

(٢) قوله: "أو لرده [الرهن] إلخ" ووجهه أنه أبق العبد المرهون، فرده إنسان إلى المرتهن، فالجعل عليه. (ك)

(٣) قوله: "أو لرد جزء منه" بأن يبيض عين الرهن أو يحدث به مرض آخر، فالمداواة على المرتهن؛ لأن رد كل الرهن واجب على المرتهن، فكذلك جزئه، وفى المداواة جفظ الجزء للرد، فيكون على المرتهن، كما فى الكل. (ك)

(٤) قوله: "والحفظ واجب عليه" ولهذا لو شرط الراهن شيئًا للمرتهن على الحفظ لا يصح، ولا يستحقه بخلاف الوديعة، فإن المودع إذا شرط شيئًا على الحفظ يصح. (ك)

(٥) حفظ.

(٦) قوله: "وكذلك [أى على المرتهن] أجرة البيت" لأن الحفظ والإمساك حق له، فكان ما يلزم فيه من الغرم عليه. (غن)

(٧) للبقر والغنم وغيرهما، جائيكه شب و روز يا شب دران كند. (من)

(٨) أى من القسم الذى يجب مؤنته على المرتهن. (ك)

(٩) قوله: "جعل" الجعل ما يجب للعامل على عمله، أى لو أبق العبد المرهون فرد من مدة السفر، فالجعل على المرتهن.

(١٠) الرهن إلى الراهن.

(١١) هذه الإعادة.

(١٢) الجعل.

(١٣) أى كون الجعل على المرتهن.

(١٤) من الدين.

(١٥) الجعل بقدر الزيادة.

(١٦) حال الجعل بخلاف إلخ.

(١٧) أى الذى يحفظ الرهن فيه.

وإن[١] كان فى قيمة الرهن فضل؛ لأن وجوب ذلك[٢] بسبب الحبس، وحق الحبس فى الكل ثابت له، فأما الجعل إنما يلزمه لأجل الضمان[٣]، فيتقدر بقدر المضمون.

ومداواة الجراحة[٤]، ومعالجة القروح[٥]، ومعالجة الأمراض، والفداء من الجناية[٦]، ينقسم على المضمون والأمانة[٧]، والخراج[٨] على الراهن خاصة؛ لأنه[٩] من مؤن[١٠] الملك. والعشر فيما يخرج[١١] مقدم على حق المرتهن؛ لتعلقه بالعين[١٢]، ولا يبطل الرهن فى الباقى[١٣]؛ لأن وجوبه لا ينافى ملكه[١٤]، بخلاف

---

(١) الواو وصلية.

(٢) أى أجرة البيت.

(٣) قوله: إنما يلزمه لأجل الضمان" أى لأجل أن الرهن مضمون على المرتهن مالية، فيتقدر بقدر المضمون؛ لأن جعل الآبق لإعادة اليد، ويده فى قدر الأمانة يد المالك، فكانت مؤنة إعادتها على المالك، فيتقدر الواجب عليه بقدر ما يكون مضمونًا عليه، بخلاف أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن؛ لأن ذلك مؤنة حفظ الرهن بحبسه، وإمساكه عن الأيدى المعترضة، وحبس الجميع وإمساك الجميع حق المرتهن، ولهذا كان له حبس الكل ما بقى جزء من الدين. (ك)

(٤) بالكسر: زخم. (م)

(٥) قرح ويضم: ريش، قرحة يكى قروح جمع. (من)

(٦) قوله: "والفداء من الجناية" وهو الدين الذى يلحق الرهن بالأموال التى يضمنها بالاستهلاك، إذا وجب ذلك فى الرهن، فإن ذلك فى حق كل واحد من الرهن والمرتهن؛ لأن جناية المضمون فى يد الضامن تجرى مجرى جناية الضامن، فيكون من ماله، وأما جناية الأمانة، فإنها كجناية الوديعة، فيكون على الراهن. (غن)

(٧) قوله: "ينقسم إلخ" فما كان من حصته المضمون فهو على المرتهن، وما كان من حصته الأمانة فهو على الراهن، وذلك لأن المرتهن مصلح بذلك حقه، ألا ترى أن ما يفوت من الرهن يذهب من دينه، فإذا عاد سلم له الدين بكماله، وإذا كان فى ذلك إصلاح حقه، كان عليه، وأما حصة الأمانة، فالمرتهن كالمودع فيكون على المالك. (غن)

(٨) أى خراج الأرض المرهونة.

(٩) أى لأن الخراج مؤنة، تلزم المالك لأجل الملك. (غن)

(١٠) بالفتح: مؤنة.

(١١) من الزرع والثمر. (غن)

(١٢) قوله: "لتعلقه إلخ" يعنى بخلاف حق المرتهن، فإن حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية، لا من حيث العين، والعين مقدم على المالية، فكذلك ما يتعلق بالعين مقدم على ما يتعلق بالمالية، فإن قيل: لما كان العشر متعلقا بالعين، كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض، لكون كل واحد منهما عينًا ورد عليه عقد الرهن، فإن وضع المسألة فيما إذا ارتهن أرضا عشرية مع شجر أو زرع فيها، فأخذ العشر والاستحقاق فى جزء من الأرض يبطل الرهن؛ لظهور الشيوع فيه، فكذا فى استحقاق العشر.

أجاب بقوله: ولا يبطل الرهن فى الباقى؛ لأن وجوبه أى وجوب العشر لا ينافى ملكه فى جميع ما رهنه، ألا ترى أنه لو باعه جاز، ولو أدى العشر من موضع آخر جاز، فصح الرهن فى الكل، ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع فى الرهن، لا مقارنا، ولا طارئًا، بخلاف الاستحقاق؛ لأن الاستحقاق ملك الغير، فلم يصح الرهن فيه، وكذا فيما وراءه؛ لأنه مشاع. (عناية)

(١٣) أى تسعة أعشار.

الاستحقاق[١].

وما أداه أحدهما[٢] مما وجب على صاحبه، فهو متطوع[٣]، وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر[٤] القاضي[٥] رجع عليه، كأن صاحبه أمره به[٦]؛ لأن ولاية القاضي عامة.

وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضراً[٧]، وإن[٨] كان[٩] بأمر القاضي، وقال أبو يوسف: يرجع في الوجهين[١٠]، وهي فرع مسألة الحجر[١١]، والله أعلم.

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز[١٢]

قال[١٣]: ولا يجوز رهن[١٤] المشاع[١٥]، وقال الشافعي: يجوز[١٦]. ولنا فيه وجهان: أحدهما: يبتنى على حكم الرهن، فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء[١٧]،

---

(١٤) الراهن.

(١) أي بخلاف ما إذا استحق بعض الرهن شائعًا.

(٢) الراهن والمرتهن.

(٣) قوله: "فهو متطوّع" لأنه قضى دين غيره بغير أمره، وهو غير مضطر فيه؛ لأنه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي، حتى يأمر صاحبه بالأداء أو الإنفاق إن كان حاضراً، أو إن كان غائبًا، يأمر الحافظ بالإنفاق ليرجع عليه. (ك).

(٤) بالإنفاق.

(٥) وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بغير أمر القاضي فهو متطو ع.

(٦) أي بالإنفاق.

(٧) راهنًا أو مرتهنًا.

(٨) الواو وصلية.

(٩) الإنفاق.

(١٠) أي الحضور والغيبة.

(١١) قوله: "وهي فرع مسألة الحجر" فمذهب أبي حنيفة أن القاضي لا يلي على الحاضر، وعندهما يلي عليه، فعندهما لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته، وعند أبي حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضرته يصير محجورا عليه، وهو لا يراه، بخلاف حال غيبته؛ لأن فيها ضرورة. (ع)

(١٢) قوله: "باب مايجوز ارتهانه إلخ" لما ذكر مقدمات مسائل الرهن، ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به، وما لا يجوز، إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال. (نت)

(١٣) أي القدوري في "مختخره". (غن)

(١٤) سواء رهن من شريكه أو غيره.

(١٥) قابلا للقسمة كان أو غيره، كنصف أرض ونصف دار ونصف عبد.

(١٦) قوله: "يجوز" لأن موجب الرهن استحقاق المبيع في الرهن والمشاع يجوز بيعه، فيجوز رهنه. (كف)

(١٧) والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا إلى أن يقضي الراهن دينه. (غن)

وهذا[١] لا يتصور فيما يتناوله العقد[٢]، وهو المشاع، وعنده[٣] المشاع يقبل ما هو الحكم عنده، وهو تعينه[٤] للبيع.

والثانى: أن موجب الرهن[٥] هو الحبس الدائم[٦]؛ لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص[٧]، أو بالنظر إلى المقصود منه، وهو[٨] الاستيثاق من الوجه الذى بيناه[٩]، وكل ذلك يتعلق بالدوام[١٠]، ولا يفضى إليه[١١] إلا استحقاق الحبس، ولو جوزناه فى المشاع يفوت الدوام؛ لأنه لا بد من المهايأة[١٢]، فيصير[١٣] كما إذا

---

(١) قوله: "وهذا" أى يد الاستيفاء فى الجزء الشائع لا يتحقق؛ لأن اليد حقيقة لا يثبت إلا على جزء معين، فإن قيل: كيف يستقيم هذا، والشيوع لا يمنع الاستيفاء حقيقة، فإن من كان له على غيره عشرة فدفع إليه المديون كيسا فيه عشرون درهمًا، ليستوفى حقه منه، يصير مستوفيًا حقه من النصف شائعًا، وإذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء.

قلنا: موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى، والشيوع لا يمنع الملك، وموجب الرهن يد الاستيفاء فقط، وذا لا يتحقق فى الجزء الشائع. (كف)

(٢) قوله: "لا يتصور إلخ" لأن اليد يثبت على معين، والمرهون من المشاع غير معين، والمعين غير مرهون، فيكون اليد ثابتة على غير المرهون، وفيه فوات حكمه. (ع)

(٣) الشافعى.

(٤) المرهون.

(٥) أى موجب حكمه يعنى لا زمه. (عناية)

(٦) قوله: "هوالحبس الدائم" أى من وقت العقد إلى وقت الفكاك؛ لقوله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾، فهذا يقتضى أن لا يكون مرهونًا إلا فى حال يكون مقبوضًا فيه، ولأن المقصود بالرهن صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود وإضجار الراهن؛ ليتسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه، ونعنى به استحقاق دوام اليد لا وجود يد المرتهن حسًا، وبالإعارة من الرهن أو الغصب لا يفوت الاستحقاق، فلهذا لا يبطل به الرهن، وذلك لا يتحقق من الشيوع؛ لأنه يحتاج إلى المهايأة مع المالك فى الإمساك، فينتفع المالك يومًا بحكم الملك، ويحفظه المرتهن يومًا بحكم الرهن، فهو بمنزلة قوله: رهنتك يومًا ويومًا لا. (ك)

(٧) وهو قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾. (ك)

(٨) مقصود.

(٩) وهو صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود وإضجار الراهن؛ ليسارع إلى قضاء الدين. (ك)

(١٠) قوله: "وكل ذلك" أى كل ما مر من قوله:لم يشرع إلا مقبوضًا بالنص، أو بالنظر إلى المقصود متعلق بالدوام، أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود، فظاهر، فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعًا، فيفوت الاستيثاق، وأما بالنظر إلى النص فلأنه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاء؛ لأن ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح. (ع)

(١١) أى إلى دوام الحبس.

(١٢) قوله: "من المهايأة [قسمة المنافع على التعاقب والتناوب]" وهى لغةً مفاعلة من الهيئة، وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشىء، والتهايؤ تفاعل منها، وهى أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، حقيقته أن كلا منهم رضى بهيئة واحدة ويختارها، وشرعًا قسمة المنافع. (درر شرح غرر)

قال: رهنتك[١] يومًا ويومًا لا، ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة[٢]، وما لا يحتملها، بخلاف الهبة، حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة؛ لأن المانع فى الهبة غرامة القسمة[٣]، وهو فيما يقسم[٤].

أما حكم الهبة الملك، والمشاع يقبله[٥]، وههنا[٦] الحكم ثبوت يد الاستيفاء، والمشاع لا يقبله، وإن[٧] كان[٨] لا يحتمل القسمة، ولا يجوز[٩] من شريكه؛ لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول، وعلى الوجه الثانى[١٠] يسكن يومًا[١١] بحكم الملك، ويومًا بحكم الرهن، فيصير كأنه رهن يومًا ويومًا لا، والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن[١٢] فى رواية الأصل[١٣].

وعن أبى يوسف[١٤] أنه[١٥] لا يمنع[١٦]، لأن حكم البقاء أسهل[١٧] من حكم

---

(١٣) أى رهن المشاع.

(١) ولو صرح بذلك لا يصح الرهن، فكذا هذا. (غن)

(٢) قوله: "ولهذا" أى ولأن الدوام يفوت فى المشاع يتساوى مايحتمل القسمة ومالايحتمل القسمة فى الرهن. (ع)

(٣) أى ضرر جبر الواهب على القسمة من غير التزام. (ك)

(٤) أى ذلك مخصوص بما يقبل القسمة. (ك)

(٥) قوله: "والمشاع إلخ" والقبض شرط تمام ذلك العقد فراعى وجوده فى كل محل بحسب الإمكان. (كف)

(٦) أى فى الرهن.

(٧) الواو وصلية.

(٨) المرهون.

(٩) أى لا يجوز رهنه من شريكه على الوجهين. (ع)

(١٠) قوله: "وعلى الوجه الثانى [أى قوله أن موجب الرهن هو الحبس الدائم. ع] إلخ" أى على وجه الثانى أيضًا لا يجوز من شريكه؛ لأنه يفوت دوام الحبس بحكم الرهن، فيصير كأنه رهن يومًا ويومًا لا، وقوله: يسكن يومًا إلخ أراد به الحبس بحكم الرهن لا أنه يسكن؛ لأنه ممنوع عن الانتفاع بالرهن. (ك)

(١١) فيفوت به دوام الحبس. (ع)

(١٢) قوله: "والشيوع الطارئ" بأن رهن جميع العين، ثم تفاسخا العقد فى النصف ورده المرتهن يمنع بقاء الرهن أى فى النصف الثانى فى رواية الأصل، وهو الصحيح، حتى قالوا فى العدل: إذا سلط على بيع الرهن به كيف شاء فباع نصفه، يبطل الرهن فى النصف الباقى للشيوع الطارئ. (ك)

(١٣) مبسوط.

(١٤) فى رواية ابن سماعة.

(١٥) أى أن الشيوع الطارئ. (ك)

(١٦) بقاء الرهن.

(١٧) قوله: "أسهل إلخ" ألا ترى أن صيرورة المرهون دينًا فى ذمة غير المرتهن يمنع ابتداء الرهن، ولا يمنع بقاءه حتى إذا اتلف المرهون إنسان، أو بيع المرهون بثمن، يكون القيمة، أو الثمن رهنًا فى ذمة من عليه، وابتداء عقد الرهن مضافا إلى

الابتداء، فأشبه الهبة[(١)]، وجه الأول[(٢)]: أن الامتناع[(٣)] لعدم المحلية، وما يرجع إليه[(٤)]، فالابتداء والبقاء سواء، كالمحرمية في باب النكاح[(٥)]، بخلاف الهبة؛ لأن المشاع يقبل حكمها، وهو الملك، واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة[(٦)]، على ما بيناه[(٧)]، ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء، ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة[(٨)]، ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن.

قال[(٩)]: ولا رهن ثمرة[(١٠)] على رؤوس النخيل دون النخيل، ولا زرع الأرض دون الأرض، ولا رهن النخيل في الأرض دونها؛ لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة، فكان في معنى الشائع.

وكذا[(١١)] إذا رهن الأرض دون النخيل، أو دون الزرع، أو النخيل دون الثمر؛ لأن الاتصال يقوم بالطرفين، فصار الأصل[(١٢)] أن المرهون إذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز؛ لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده[(١٣)].

وعن أبي حنيفة[(١٤)]: أن رهن الأرض بدون الشجر جائز[(١٥)]؛ لأن الشجر اسم

دين في الذمة لا يجوز. (كفاية)

(١) فإن الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء الهبة.

(٢) أي وجه رواية الأصل.

(٣) أي المشاع ليس بمحل للرهن.

(٤) أي إلى المحل.

(٥) فإنه لا يفرق فيه بين الابتداء والبقاء.

(٦) أي غرامة القسمة. (غن)

(٧) قوله: "على ما بيناه" أي في كتاب الهبة، وهو قوله: وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئًا لم يتبرع به، وهو التسليم. (ك)

(٨) قوله: "ولهذا" أي لأجل أن حكم الهبة لا ينافي المشاع، صح الرجوع في بعض الهبة، بخلاف الرهن، فإن حكمه ملك الحبس الدائم، والإشاعة تنافيه، فلم يصح التفاسخ في بعض الرهن. (غن)

(٩) أي القدوري "في مختصره". (غن)

(١٠) قوله: "ولا رهن إلخ" معطوف على قوله: ولا يجوز رهن المشاع، وعلته علته. (عناية)

(١١) أي لا يجوز

(١٢) أي القاعدة الكلية.

(١٣) لاختلاطه بغيره. (ع)

(١٤) في رواية الحسن بن زياد.

(١٥) قوله: "إن رهن إلخ" يعني أن النخل عبارة عن البدن مع مكانه، والشجر عبارة عن الخشب بموضعه، ألا ترى أنه في غير موضعه جزع، وليس بنخل، فكأنه استثنى النخل مع مكانه من الأرض، فيصير رهنًا لما سواه، وذلك جائز،

للنابت[١]، فيكون استثناء الأشجار بمواضعها[٢]. بخلاف ما إذا رهن الدار[٣] دون البناء؛ لأن البناء اسم للمبنى[٤]، فيصير راهنًا جميع الأرض، وهى مشغولة بملك الراهن[٥].

ولو رهن النخيل بمواضعها جاز[٦]؛ لأن هذه مجاورة، وهى[٧] لا تمنع الصحة. ولو كان فيه تمر يدخل فى الرهن[٨]؛ لأنه تابع لاتصاله به، فيدخل تبعا تصحيحا للعقد، بخلاف البيع؛ لأن بيع النخيل بدون التمر جائز[٩]، ولا ضرورة إلى إدخاله[١٠] من غير ذكره، وبخلاف المتاع فى الدار[١١]، حيث لا يدخل فى رهن الدار[١٢] من غير ذكر؛ لأنه ليس بتابع بوجه ما، وكذا يدخل الزرع والرطبة فى رهن الأرض[١٣]، ولا يدخل فى البيع؛ لما ذكرنا فى الثمرة[١٤].

وليس كذلك إذا استثنى البناء؛ لأن ذلك عبارة عن العمارة دون مكانها، فيدخل مكانها فى الرهن، وهو مشغول بها فلا يصح. وأما إذا رهن الأرض واستثنى النخل بمواضعه جاز فى قولهم جميعًا؛ لأنه رهن ما سواه، وذلك بقعة محوزة مجاورة لمكان النخل، فيصح فيها الرهن. (غن)

(١) على الأرض ولهذا يسمى بعد القطع جذعًا لا شجرًا. (كف)

(٢) قوله: "فيكون استثناء إلخ" أى فيكون استثناء الشجر استثناء للمنبت، فكان رهنًا لما سوى المنبت من الأرض، وذلك جائز، بخلاف رهن الأرض دون البناء، إذ البناء اسم للموضوع على وجه الأرض، فكان ذلك رهنًا بجميع الأرض، وذلك مشغول بملك الرهن. (كفاية)

(٣) فإنه لا يصح.

(٤) بدون الأرض.

(٥) أى البناء.

(٦) ذكرها تفريعًا على مسألة "المختصر". (غن)

(٧) أى المجاورة، لا تمنع الصحة" فلا يكون فى معنى الشائع.

(٨) قوله: "ولو كان [ذكرها تفريعًا أيضًا. غن]" أى لو كان فى النخل الذى رهنه بمواضعه تمر، دخل فى الرهن، لأن العقد لا يصح على النخل دون التمر، ودخوله فى العقد لا يوجب زوال ملك الراهن عنه، وقد قصد إلى عقد صحيح، فدخل فيه ما لا يصح إلا به، وليس كذلك إذا باع النخل؛ لأن بيع النخل دون التمر صحيح، فلم يكن بنا حاجة إلى إدخال التمر بغير تسمية. (غن)

(٩) وفى الرهن ضرورة إلى إدخاله تصحيحًا لعقد الرهن.

(١٠) فى البيع.

(١١) قوله: "وبخلاف المتاع إلخ" يعنى كما أن التمر لا يدخل من غير ذكر فى بيع النخل، فكذلك لا يدخل المتاع فى رهن الدار من غير ذكر. (غن)

(١٢) قوله: "حيث لا يدخل إلخ" يعنى إذا رهن دارًا مشغولة بأمتعة الراهن لم يصح الرهن؛ لأنها لما لم تكن تابعة بالدار بوجه لم تدخل فى رهنها من غير ذكر، فانتفى القبض، ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها، أو منها لم يدخل الأمتعة، بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها، أو منها فإنه يدخل الثمار. (عناية)

(١٣) قوله: "والرطبة" رطبة سپت است تر. (من) وفى "البرهان القاطع": سپت گياهى باشد بغايت نرم وأملس

ويدخل البناء والغرس[١] في رهن الأرض والدار والقرية؛ لما ذكرنا[٢]، ولو رهن الدار بما فيها جاز[٣]، ولو استحق بعضه[٤]، إن كان الباقي يجوز[٥]، ابتداء الرهن عليه وحده، بقي رهناً بحصته[٦]، وإلا بطل كله[٧]؛ لأن الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقي[٨].

ويمنع التسليم كون الراهن[٩]، أو متاعه في الدار المرهونة، وكذا متاعه في الوعاء المرهون[١٠]، ويمنع التسليم[١١] الدابة المرهونة الحمل عليها، فلا يتم[١٢]، حتى يلقى الحمل؛ لأنه شاغل لها[١٣].

که چار پایه را خوردن آن فربه سازد.

(١٤) قوله: "لما ذكرنا في الثمرة" من أن الرهن لا يصح دون ذلك، ودخوله فيه لا يخرجه من ملك الراهن، فلذلك دخل تصحيحاً للعقد. (غن)

(١) درخت.

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه تابع. (غن)

(٣) قوله: "ولو رهن [ذكره تفريعاً] إلخ" أى لو رهنها وما فيها وخلى بينه وبين ذلك، وهو خارج منها، تم الرهن؛ لأن الكل مرهون، فتم القبض في الكل. (كف)

(٤) المرهون.

(٥) قوله: "إن كان الباقي [بعد ورود الاستحقاق بمحله] يجوز إلخ" وهو فيما إذا بقى الباقي شيئاً معيناً غير شائع، بأن كان المستحق موضعاً معيناً، فرهنه ابتداء يجوز، فكذا بقاء. (مل)

(٦) قوله: "بقى رهناً بحصته" أى مضموناً بحصته، كما إذا هلك الباقي يقسم الدين على قيمة الباقي وقيمة المستحق، فما أصاب الباقي يهلك بحصته، وما أصاب المستحق يبقى ديناً في ذمته، وإن كان في قيمة الباقي وفاء بالدين، لا يذهب جميع الدين، بخلاف ما لو رهن الباقي ابتداء، وفيه وفاء بالدين. (ك)

(٧) قوله: "وإلا [أى وإن كان ابتداء الرهن لا يجوز عليه. غن]" أى وإن كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه، بأن استحق جزءً شائعاً، أو ما هو في معنى الشائع، كالثمر ونحوه، بقي الباقي مشاعاً، فبطل الرهن؛ لأن تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلا. (زيلعى)

(٨) قوله: "لأن الرهن [متعلق بقوله بقىَ وبطل] إلخ" أى تبين أن الرهن من الابتداء كان فيما بقي، وهو غير مشاع في الأول، فكان جائزا، ومشاع في الثاني، فلم يجز. (مل)

(٩) قوله: "ويمنع التسليم إلخ" حتى لو أخرج الراهن متاعه، وكان هو مع المرتهن فيها قائلا سلمت إليك لا يكون تسليما، حتى يخرج، ويقول سلمتها إليك. (ك)

(١٠) أى كذا يمنع التسليم كون متاع الراهن في إلخ.

(١١) ذكرها تفريعاً أيضاً.

(١٢) الرهن؛ لأنها مشغولة بالحمل كشغل الدار بالمتاع. (كف)

(١٣) قوله: "لأنه [أى الحمل] شاغل إلخ" فالحاصل أنه لا يتم تسليم المشغول بالراهن أو بملكه، إلا بإزالة الشواغل، بخلاف ما إذا كان الرهن شاغلا لا مشغولا حيث يتم تسليمه، كما إذا رهن الحمل على دابة، أو المتاع في دار، أو وعاء دون الدابة، والدار والوعاء، حيث يتم التسليم قبل إسقاط الحمل، وإخراج المتاع عن الوعاء والدار؛ لأن المرهون فيها شاغل لا مشغول. (كف)

بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها، حيث يكون رهنًا تامًّا[١] إذا دفعها إليه؛ لأن الدابة مشغولة به، فصار كما إذا رهن متاعًا في دار، أو وعاء دون الدار والوعاء.

بخلاف ما إذا رهن سرجًا على دابة، أو لجامًا في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنًا، حتى ينزعه منها، ثم يسلمه إليه؛ لأنه من توابع الدابة[٢]، بمنزلة الثمرة للنخيل، حتى قالوا: يدخل[٣] فيه[٤] من غير ذكر.

قال[٥]: ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعوارى والمضاربات، قال: ومال الشركة؛ لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون[٦]، فلا بد من ضمان ثابت، ليقع القبض مضمونًا، ويتحقق استيفاء الدين منه[٧].

قال: وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها، كالمبيع في يد البائع[٨]؛ لأن الضمان ليس بواجب، فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئًا، لكنه يسقط الثمن، وهو حق البائع[٩]، فلا يصح الرهن[١٠]. فأما الأعيان المضمونة بعينها، وهي أن يكون[١١] مضمونًا بالمثل، أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب، وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها؛ لأن الضمان متقرر، فإنه[١٢] إن كان قائمًا وجب تسليمه، وإن كان هالكا تجب قيمته، فكان رهنًا بما هو مضمون،

(١) في الحمل. غن؛ لأن الرهن ليس مشغول بغيره ولا هو تابع له. (كف)

(٢) فلا يصح إفراده عنها بالرهن. (غن)

(٣) قوله: "حتى قالوا: إلخ" أي قال المشايخ: إذا رهن دابة عليها سرج، أو لجام، دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعًا. (عناية)

(٤) أي في الرهن.

(٥) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٦) قوله: "قبض مضمون" أي قبض يصير به المقبوض مضمونًا على القابض بقدر الدين، فلا بد من ضمان على الراهن، حتى يصير المرهون مضمونًا على المرتهن بقدر ذلك الضمان، وليس في الأمانات ضمان، فأن حق صاحب الأمانة مقصور على العين. (ك)

(٧) مرهون.

(٨) قوله: "كالمبيع" بأن اشترى عينًا، ثم إن المشتري أخذ رهنًا من البائع بالمبيع، فإن الرهن باطل؛ لأن المبيع ليس بمضمون، ألا ترى أنه إذا هلك المبيع لم يضمن إلخ، وإنم سماه مضمونًا بغيره باعتبار سقوط الضمان إن لم يقبض، ورده إذا قبض، وإلا فهو ليس بمضمون؛ لأنه إذا هلك يهلك ملك البائع، فلا يجب عليه شيء، كما إذا هلكت الوديعة. (كفاية)

(٩) لأنه لا اعتبار للباطل. (كف)

(١٠) به فلو هلك يهلك بغير شيء.

(١١) العين.

(١٢) أي فإن كل واحد من المغصوب وغيره.

فيصح[١].

قال[٢]: والرهن بالدرك باطل[٣]، والكفالة بالدرك[٤] جائزة، والفرق[٥] أن الرهن للاستيفاء، ولا استيفاء قبل الوجوب[٦]، وإضافة التمليك[٧] إلى زمان فى المستقبل لا تجوز[٨]، أما الكفالة فلالتزام المطالبة[٩]، والتزام الأفعال يصح مضافًا إلى المآل، كما فى الصوم[١٠] والصلاة[١١]، ولهذا[١٢] تصح الكفالة بما ذاب له[١٣] على فلان، ولا يصح الرهن[١٤]، فلو قبضه قبل الوجوب[١٥]، فهلك عنده[١٦] يهلك أمانة؛ لأنه لا عقد حيث وقع[١٧] باطلا.

بخلاف الرهن[١٨] بالدين الموعود، وهو أن يقول: رهنتك هذا لتقرضنى ألف درهم، وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته[١٩]؛ لأن الموعود

---

(١) الرهن.

(٢) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٣) قوله: "والرهن بالدرك إلخ" صورته: أن يبيع شيئًا ويسلمه إلى المشترى، فيخالف المشترى أن يستحقه أحد، فيأخذ من البائع رهنًا بالثمن، لو استحقه أحد، وهو باطل، حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن إن قبضه قبل الوجوب، استحق المبيع أولا. (عناية)

(٤) هو فى اللغة عبارة عن التبعة فى كل شيء ويراد به ضمان الثمن عند استحقاق المبيع. (غن)

(٥) بين الرهن والكفالة.

(٦) قوله: "ولا استيفاء إلخ "فإن الواجب هو الذى يستوفى، وضما ن الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق. (كف)

(٧) قوله: "وإضافة إلخ" أى لا يصح الرهن مضافًا إلى حال وجود الدين؛ لأن الاستيفاء معاوضة، فلا تحتمل الإضافة، لأن إضافة التمليك إلى زمان فى المستقبل لا تجوز. (كف)

(٨) قوله: "لا تجوز" بيانه أن الرهن فيه معنى التمليك؛ لأن الارتهان استيفاء، والرهن إيفاء، فكان فيه معنى المبادلة، والتمليك لا يصح تعليقه بالأخطار. (عينى)

(٩) لا لالتزام أصل الدين. (ك)

(١٠) بالنذر. (كف)

(١١) فإنها تحتمل التعليق بالخطر والإضافة. (غن)

(١٢) إيضاح لقوله: والتزام المال يصح مضافًا إلى المال. (غن)

(١٣) ثبت وتقرر.

(١٤) بما يذوب له على فلا ن.

(١٥) قوله: "فلو قبضه" أى لو قبض المشترى الرهن بالدرك قبل حلول الدرك، فهلك إلخ. (عينى)

(١٦) المشترى.

(١٧) الرهن.

(١٨) متصل بقوله يهلك أمانة يعنى أنه لا يهلك أمانة، بل يهلك مضمونًا. (غن)

جعل[١] كالموجود[٢] باعتبار الحاجة[٣]، ولأنه مقبوض بجهة الرهن[٤] الذى يصح على اعتبار وجوده[٥]، فيعطى له حكمه، كالمقبوض على سوم الشراء[٦] فيضمنه[٧].

قال[٨]: ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه، وقال زفر: لا يجوز؛ لأن حكمه الاستيفاء[٩]، وهذا[١٠] استبدال لعدم المجانسة، وباب الاستبدال[١١] فيها[١٢] مسدود.

---

(١٩) قوله: "يهلك بما سمّى إلخ" هذا إذا ساوى قيمة الرهن وما سمى له من القرض، أو كانت قيمته أكثر من ذلك، وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن، إذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، ولكن المصنف ذكر ههنا قوله: حيث يهلك بما سمى له من القرض فى صورة الإطلاق جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين، أو أكثر من ذلك. (نت)

(١) قوله: "لأن الموعود جعل إلخ" فإن الرجل يحتاج إلى استخراج شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن، فيجعل الدين الموعود موجوداً احتيالا؛ للجواز دفعاً للحاجة عن المستقرض. (عينى)

(٢) حالة الرهن.

(٣) قوله: "باعتبار الحاجة" فإن قيل: فليجعل المعدوم فى الدرك موجوداً بلا شركة فى الحاجة، أجيب: بأن المعدوم يجعل موجوداً إذا كان على شرف الوجود، والظاهر من حال المسلم إنجاز وعده، والدرك ليس كذلك؛ لأن الظاهر عدم الاستحقاق، فإن المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره. (ع)

(٤) قوله: "ولأنه [المال المرهون] مقبوض إلخ" والمقبوض بجهة الشيء له حكم ذلك الشيء، فيعطى له أى للذى قبض بجهة الرهن حكم الرهن، حتى يهلك بما سمى من المال بمقابلته، فإن قيل: قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح؛ لأن الواجب فيه القيمة، وفيما نحن فيه الموعود.

فالجواب أن التساوى بين المقيس والمقيس عليه فى جميع الوجوه ليس بلازم، واعتباره به من حيث إنه يهلك مضموناً، لا أمانة، وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود، فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين موجوداً فيقدر بقدره، وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد، إذ ليس للبائع على المشترى شيء قبل البيع، فيجعل مضموناً بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمان الغصب. (ع)

(٥) أى الدين.

(٦) قوله: "كالمقبوض على سوم الشراء" فإنه مضمون على القابض؛ لأنه مقبوض بجهة حكم الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقته فى إيجاب الضمان. (ك)

(٧) قوله: "فيضمنه [أى الأقل من قيمة الرهن، ومما سمى. ك]" أى المرتهن القابض على سوم الرهن عن الدين الموعود. (عينى)

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "لأن حكمه [رهن] إلخ" أى لأن الرهن إذا هلك كان المرتهن مستوفياً لدينه من الرهن، واستيفاء غير رأس المال، وبدل الصرف والمسلم فيه لا يجوز؛ لأن استبدال هذه الأشياء من غير جنسه لا يجوز. (غن)

(١٠) أى أخذ الرهن عن هذه الأشياء استبدال، وليس باستيفاء. (ع)

(١١) فإن قبض هذه الأشياء شرط، وبالاستبدال يفوت ذلك.

(١٢) فى هذه المذكورات.

ولنا[١] أن المجانسة ثابتة فى المالية، فيتحقق الاستيفاء من حيث المال، وهو المضمون[٢] على ما مر[٣].

قال: والرهن بالمبيع باطل[٤]؛ لما بينا أنه[٥] غير مضمون بنفسه، فإن هلك[٦] ذهب بغير شيء[٧]؛ لأنه لا اعتبار للباطل، فبقي قبضًا بإذنه[٨]، وإن هلك الرهن[٩] بثمن الصرف، ورأس مال السلم فى مجلس العقد، تم الصرف والسلم، وصار المرتهن مستوفيًا لدينه حكمًا؛ لتحقق القبض حكمًا، وإن افترقا[١٠] قبل هلاك الرهن بطلا؛ لفوات القبض حقيقةً وحكمًا[١١].

وإن هلك[١٢] الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه، ومعناه: أنه[١٣] يصير[١٤] مستوفيًا للمسلم فيه، فلم يبقى السلم، ولو تفاسخا السلم، وبالمسلم[١٥] فيه رهن،

---

(١) قوله: "ولنا أن إلخ" أى لنا أن الرهن للاستيفاء، وكل دين يمكن استيفاءه من الرهن جاز الرهن به، كما فى الرهن بسائر الديون، وهذه الديون يمكن استيفاءها من الرهن، فيصح الرهن بها، والرهن وإن لم يكن من جنس حقه صورة، فهو من جنس حقه معنى، وهو المالية، والمضمون من الرهن معناه لا صورته؛ لأن صورته أمانة، فإذا هلك الرهن تم العقد، وصار مستوفيًا لحقه. (غن)

(٢) قوله: "وهو المضمون" أى المالية هى المضمون فى عقد الرهن؛ لأن العين أمانة فى يده، فإذا كان مضمونًا من حيث المالية، والأموال كلها جنس واحد من حيث المالية، فيتحقق المجانسة. (ك)

(٣) قوله: "ما مر" إشارة إلى ما ذكر فى أوائل كتاب الرهن، والاستيفاء يقع بالمالية، أما العين أمانة. (غن)

(٤) لأنه ليس فى مقابلة حق مضمون بنفسه. (غن)

(٥) مبيع.

(٦) المرهون عند المشترى المرتهن.

(٧) والبيع على حاله. (غن)

(٨) أى البائع الراهن.

(٩) فى يد المرتهن.

(١٠) العاقدان فى الصرف والسلم. (غن)

(١١) قوله: "لفوات القبض [المستحق فى المجلس. غن] حقيقةً وحكمًا" أما حقيقةً فظاهر، وأما حكمًا فلأنه يكون بالهلاك، فلا يثبت قبله. (كف)

(١٢) فى يد رب السلم

(١٣) قوله: "أنه يصير مستوفيًا إلخ" هذا ليس على إطلاقه؛ لأنه إنما يصير مستوفيًا للمسلم فيه، إذا كان فى الرهن وفاء به، أما إذا كان الرهن أقل منه فلا.

ألا ترى إلى ما قال فى باب السلم من شرح الطحاوى: فإن هلك الرهن فى يده صار مستوفيًا للمسلم فيه، وفى الزيادة يكون أمينًا، وإن كان قيمته أقل من المسلم فيه صار مستوفيًا لذلك القدر، ويرجع عليه بالباقى. (غاية البيان)

(١٤) رب السلم.

(١٥) الواو حالية.

يكون ذلك رهنًا برأس المال حتى[١] يحبسه[٢]؛ لأنه بدله[٣]، فصار كالمغصوب إذا هلك[٤]، وبه[٥] رهن، يكون[٦] رهنًا بقيمته.

ولو هلك[٧] الرهن[٨] بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه[٩]؛ لأنه رهن به، وإن[١٠] كان محبوسًا بغيره[١١]، كمن باع عبدًا وسلم المبيع، وأخذ بالثمن رهنًا، ثم تقايلا البيع، له[١٢] أن يحبسه[١٣]؛ لأخذ المبيع[١٤]؛ لأن الثمن بدله[١٥]، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن؛ لما بينا[١٦]، وكذا لو اشترى عبدًا شراء فاسدًا[١٧]، وأدى ثمنه، له أن يحبسه ليستوفى الثمن، ثم لو هلك[١٨] المشترى فى يد المشترى يهلك[١٩]

---

(١) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء. (ع)

(٢) قوله: "حتى يحبسه [أى رب المسلم]" أى لاستيفاء رأس المال، وإن لم يكن رهنًا به؛ لأن فى الرهن بالمسلم فيه استيفاء له من وجه، فصار كما لو استوفاه حقيقة، ولو استوفاه حقيقة، ثم تقايلا كان له أن يحبسه لاستيفاء ما يقابله تحقيقًا للمساواة فى الإقالة التى هو فى معنى العقد، فكذا إذا صار مستوفيًا من وجه. (غن)

(٣) وبدل الشيء يقوم مقامه.

(٤) قوله: "إذا هلك" أى ارتهن بالمغصوب، فهلك له أن يحبس الرهن بقيمته؛ لأن الواجب بالغصب استرداد الغصب عند قيامه، والقيمة عند هلاكه. (ك)

(٥) الواو حالية.

(٦) الرهن.

(٧) فى يد رب السلم.

(٨) بالمسلم فيه.

(٩) قوله: "يهلك بالطعام [حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام. عناية] إلخ" فعلى المرتهن أن يعطى مثل الطعام الذى كان له على المسلم إليه ويأخذ رأس ماله؛ لأنه بقبض المال صارت ماليته مضمونة بطعام السلم، وقد بقى حكم الرهن إلى أن هلك، فصار بهلاك الرهن مستوفيًا طعام السلم، ولو استوفاه حقيقة قبل الإقالة ثم تقايلا يلزمه رد المستوفى لاسترداد رأس المال، فكذلك ههنا؛ لأن الإقالة فى باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها، فهلاك الرهن لا يبطل الإقالة، وإنما جعله هالكًا بالطعام، لا برأس المال؛ لأنه ليس برهن به؛ لكونه محبوس به؛ لما قلنا، ويجوز أن يكون الشيء محبوسًا بالشيء ولا يكون مضمونًا به. (غن)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) وهو رأس المال. (غن)

(١٢) بائع.

(١٣) رهن.

(١٤) من المشترى.

(١٥) مبيع.

(١٦) قوله: "لما بينا" مراده الإشارة إلى قوله: لأنه رهنه به، وإن كان محبوسًا بغيره يعنى أن هلاك المرهون بما هو بالأصل حين انعقاد الرهن، وإن كان المرهون محبوسًا قبل الهلاك بغيره أيضًا؛ لقيامه مقامه. (نت)

(١٧) قوله: "وكذا لو اشترى عبدًا شراء فاسدًا" وأدى ثمنه، ثم أراد فسخه للفساد له أى للمشترى أن يحبس العبد ليستوفى الثمن؛ لأن العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشترى؛ لاستيفاء الثمن من البائع فى البيع الفاسد. (ك)

بقيمته[١] فكذا هذا.

قال[٢]: ولا يجوز رهن الحر والمدبر، والمكاتب وأم الولد؛ لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولا يتحقق[٣] الاستيفاء من هؤلاء؛ لعدم المالية في الحر، وقيام المانع في الباقين[٤].

ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس[٥]، وكذا[٦] بالقصاص في النفس وما دونها، لتعذر الاستيفاء، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ[٧]؛ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن.

ولا يجوز الرهن بالشفعة[٨]؛ لأن المبيع غير مضمون على المشترى[٩]، ولا بالعبد الجاني[١٠] والعبد المديون المأذون؛ لأنه[١١] غير مضمون على المولى[١٢]، فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء[١٣]، ولا بأجرة النائحة والمغنية[١٤]،

---

(١٨) بعد الحبس. (ع)

(١٩) لأنه ليس برهن بالثمن، ولكنه مقابل بالثمن. (غن)

(١) لا بالثمن.

(٢) أى المصنف، وليس فى كثير من النسخ: قال. (عينى)

(٣) لأنه لا يجوز بيعها. (غن)

(٤) قوله: "وقيام المانع" يعنى حق الحرية فى الباقين، ولهذا لو طرئت هذه التصرفات أبطلته، وإذا كان مقارنة منعته. (ع)

(٥) قوله: "ولا يجوز [ذكره بسبيل التفريع . من] إلخ" لمعنيين: أحدهما: أن استيفاء المكفول به واستيفاء القصاص من الرهن غير ممكن،

والثاني: أن المكفول به غير مضمون فى نفسه، فإنه لو هلك لم يجب شيء، وإنما ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص فى النفس وما دونه؛ لأنه لو رهن ببدل الصلح عن دم العمد يصح؛ لأن البدل مضمون بنفسه، وهذا بخلاف ما إذا كان القتل خطأ، فصالحه على عين، ثم رهن به رهنا لم يصح؛ لأنه غير مضمون، فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح، فصار كالمبيع، كذا فى "الإيضاح" فى آخر ما يجوز به الارتهان. (كفاية)

(٦) أى لا يجوز.

(٧) فالرهن بالدية والأرش صحيح.

(٨) قوله: "ولا يجوز [ذكرها على سبيل التفريع. غن] الرهن بالشفعة" صورته: أن يطالب الشفيع، ويقضى القاضي بذلك، فيقول للمشتري: أعطنى رهنا بالدار المشفوعة. (عناية)

(٩) إذ لو هلك لم يلزم المشترى ضمان. (ك)

(١٠) ذكرها أيضا تفريعا. (غن)

(١١) عبد.

(١٢) من طرف رب الجناية وأرباب الديون.

(١٣) قوله: "لا يجب عليه [مولى] شيء" فإن العبد الجانى إذا مات بطل حق المجنى عليه، ولا يلزم المولى شيء من

حتى لو ضاع[١] لم يكن مضمونًا[٢]؛ لأنه لا يقابله شيء مضمون[٣].

ولا يجوز للمسلم[٤] أن يرهن خمرًا[٥]، أو يرتهنه من مسلم، أو ذمي؛ لتعذر الإيفاء والاستيفاء[٦] في حق المسلم، ثم الراهن إذا كان ذميا[٧]، فالخمر مضمون عليه[٨] للذمي[٩]، كما إذا غصبه[١٠]، وإن كان المرتهن ذميا[١١]، لم يضمنها[١٢] للمسلم، كما لا يضمنها[١٣] بالغصب منه[١٤].

بخلاف ما إذا جرى ذلك[١٥] فيما بينهم[١٦]؛ لأنها مال في حقهم، أما الميتة[١٧] فليست بمال عندهم، فلا يجوز[١٨] رهنها وارتهانها فيما بينهم[١٩]، كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال.

ولو اشترى عبدًا، ورهن بثمنه عبدًا، أو خلا[٢٠]، أو شاة مذبوحة، ثم ظهر

ذلك، وكذلك العبد المديون إذا مات لم يجب بموته على أحد شيء. (غن)

(١٤) ذكرها تفريعًا أيضًا. (غن)

(١) أي الرهن في يد النائحة والمغنية. (ك)

(٢) قوله: "لم يكن مضمونًا" لأن الرهن حصل بما ليس بواجب أصلا، ألا ترى أنهما لو ترافعا الأمر إلى القاضي قبل الرهن، فالقاضي لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر، كذا في "الذخيرة". (نهاية)

(٣) فإن أجرتهما ليست بمضمونة.

(٤) ذكرها تفريعًا أيضًا. (غن)

(٥) أو خنزيرًا.

(٦) قوله: "لتعذر الإيفاء والاستيفاء" أي لأن الرهن للإيفاء والاستيفاء، والمسلم لا يملك الإيفاء، إذا كان هو الراهن، ولا يمكن الاستيفاء إذا كان هو المرتهن. (غن)

(٧) والمرتهن مسلمًا.

(٨) لحق الذمي. (غن)

(٩) أي على المرتهن.

(١٠) أي غصب المسلم خمر الذمي، فليه الضمان.

(١١) والراهن مسلمًا.

(١٢) الراهن.

(١٣) الذمي.

(١٤) المسلم.

(١٥) رهن الخمر.

(١٦) أهل الذمة.

(١٧) وكذا الدم.

(١٨) أي يبطل.

(١٩) أهل الذمة.

العبد[1] حرًا، والخل[2] خمرًا، والشاة[3] ميتة، فالرهن مضمون[4]، لأنه رهنه بدين[5] واجب ظاهرًا[6].

وكذا إذا قتل عبدًا[7]، ورهن بقيمته رهنًا، ثم ظهر أنه[8] حر، وهذا كله على ظاهر الرواية. وكذا[9] إذا صالح[10] على إنكار[11]، ورهن بما صالح عليه رهنًا، ثم تصادقا[12] أن لا دين، فالرهن مضمون، وعن أبى يوسف[13] خلافه[14]، وكذا قياسه[15] فيما تقدم من جنسه[16].

قال[17]: ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه[18] عبدًا لابنه[19] الصغير؛ لأنه يملك

(٢٠) أى أو اشترى.

(١) المبيع.

(٢) المبيع.

(٣) المبيعة.

(٤) بأقل من قيمته وقيمة الرهن.

(٥) والأحكام الشرعية تبتنى على الظاهر.

(٦) قوله: "بدين واجب [وهو الثمن] ظاهرًا [وهو كاف؛ لأنه آكد من الدين الموعود. ك]" ألا ترى أن البائع والمشترى لو اختصما إلى القاضى قبل ظهور الحرية والاستحقاق، فالقاضى يقضى بالثمن، ووجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن، ولصيرورته مضمونًا. (ع)

(٧) قوله: "وكذا إذا قتل إلخ" [أى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته وقيمة الرهن. غن] أى ضمن المرتهن الأقل من القيمة، ومن قيمة الرهن وذلك؛ لأنه قبضه على مال مضمون فى الظاهر. (غن)

(٨) أى أن العبد المقتول. (ع)

(٩) ذكرها بسبيل التفريع، وكذا ما تقدمها.

(١٠) المدعى عليه من المدعى من دعواه. (غن)

(١١) قوله: "وكذا إذا صالح إلخ" لأن الارتهان حصل بدين مضمون على الراهن من حيث الظاهر. (غن)

(١٢) أى لم يكن للمدعى على المدعى عليه شىء.

(١٣) فى رواية بشر.

(١٤) قوله: "خلافه [أى خلاف هذا الحكم. غن]" لأنهما لما تصادقا أن لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان، وتصادقهما حجة فى حقهما، والاستيفاء بدون الدين لا يتصور. (عناية)

(١٥) قوله: "وكذا قياسه إلخ" الرواية المحفوظة عن أبى يوسف فى مسألة الصلح عن الإنكار أن المرتهن لا يضمن إذا تصادقا أن لا دين ولم يحفظوا روايته فى مسألة من اشترى عبدًا، ورهن بثمنه، ثم ظهر العبد حرًا وأخواتها، ولكن وجدوا تلك المسائل كمسألة الصلح على الإنكار فقالوا: قياس قول أبى يوسف فى هذه المسائل يقتضى أن لا يكون الرهن مضمونًا؛ لأنه قبضه، وليس هناك ضمان فى الحقيقة. (ك)

(١٦) وهو ما إذا ظهر العبد حرًا والخل خمرًا والمذبوح ميتة.

(١٧) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٨) أى على الأب.

الإيداع(١)، وهذا(٢) أنظر في حق الصبي منه؛ لأن قيام المرتهن بحفظه(٣) أبلغ خيفة الغرامة(٤)، ولو هلك(٥) يهلك مضمونًا والوديعة تهلك أمانة، والوصى(٦) بمنزلة الأب فى هذا الباب؛ لما بينا(٧). وعن أبى يوسف وزفر: أنه لا يجوز ذلك منهما(٨)، وهو القياس اعتبارًا بحقيقة الإيفاء(٩).

ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان، أن فى حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال، وفي هذا(١٠) نصب حافظ لماله(١١) ناجزًا(١٢) مع ملكه، فوضح الفرق، وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيًا دينه لو هلك(١٣) فى يده(١٤)، ويصير الأب أو الوصى موفيًا له، ويضمنه للصبى(١٥)؛ لأنه قضى دينه(١٦) بماله، وكذا لو سلطا المرتهن(١٧) على بيعه(١٨)؛ لأنه(١٩) توكيل بالبيع، وهما(٢٠)

---

(١٩) قوله: "لابنه الصغير" احترازعن الابن الكبير، فإنه لا يجوز للأب أن يرهن عبده بدين نفسه إلا بالإذن. (ع)

(١) قوله: "لأنه [أب] يملك الإيداع" أى على وجه لا يكون مضمونًا على المودع، فلأن يكون بسبيل من الإيداع على وجه يكون مضمونًا على المودع أولى. (كف)

(٢) أى الرهن بدين الأب.

(٣) مرهون.

(٤) من حفظ المودع.

(٥) هذا المرهون.

(٦) هذا قول صاحب "الهداية". (غن)

(٧) قوله: "لما بينا" وهو قوله: لأنه يملك الإيداع، وهذا أنظر فى حق الصبى منه. (ك)

(٨) أى الأب والوصى.

(٩) قوله: "اعتبارًا [لأن الرهن إيفاء حكمًا، فلا يملكانه كالإيفاء حقيقة. زيلعى] إلخ" أى أنه قضى دين نفسه من مال ابنه، وليس له ذلك، بيانه: أن الأب ليس له حقيقة الإيفاء، بأن يوفى دينه من مال الصغير، فليس له أن يؤتى ماله بجهة الإيفاء؛ لأن الرهن محبوس بجهة الاستيفاء. (غن)

(١٠) أى الرهن.

(١١) صغير.

(١٢) ناجز: حاضر وآماده. (من)

(١٣) الرهن.

(١٤) مرتهن.

(١٥) قوله: "ويضمنه [الأب والوصى] للصبى" أى يضمن الأب والوصى للصغير قيمة الرهن، إذا كانت القيمة مثل الدين، وإن كانت القيمة أكثر من الدين، يضمن مقدار الدين، ولا يضمن الزيادة؛ لأن الأب والوصى فيما زاد مودع مال الصغير. (ك)

(١٦) صبى.

(١٧) قوله: "وكذا لو سلطا [الأب والوصى] إلخ" أى كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليهما عبدًا للصغير، كذلك

يملكانه. قالوا: أصل هذه المسألة البيع[١]، فإن الأب أو الوصى إذا باع مال الصبى من غريم[٢] نفسه جاز، وتقع المقاصة[٣] ويضمنه للصبى عندهما، وعند أبى يوسف لا تقع المقاصة[٤]، وكذا[٥] وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان[٦].

وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه[٧]، أو من ابن له صغير[٨]، أو عبد له تاجر[٩]، لا دين عليه[١٠] جاز؛ لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين، وأقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا العقد، كما فى بيعه مال الصغير من نفسه[١١]،

يجوز لهما أن يسلطا المرتهن على بيع ذلك العبد. (نت)

(١٨) مرهون.

(١٩) تسليط.

(٢٠) الأب والوصى.

(١) قوله: "قالوا: إلخ" أى قال المشايخ: أصل مسألة رهن الأب، والوصى بدين نفسه متاع الصغير البيع، فإن إلخ، فإذا ثبت الاختلاف فى البيع، ثبت فى الرهن أيضًا؛ لأن الرهن بعاقبته بالنظر إلى كونه مضمونًا نظير البيع. (غن)

(٢) قرض خواه.

(٣) بين الدين والثمن. (غن)

(٤) قوله: "لا تقع المقاصة" بل يبقى دين الغريم على الأب كما كان، ويصير للصغير الثمن على المشترى. (عناية)

(٥) قوله: "وكذا وكيل البائع إلخ" يعنى إذا كان للمشترى على وكيل البائع دين، كان على هذا الخلاف يقع المقاصة عندهما، خلافا لأبى يوسف. (ك)

(٦) قوله: من حيث وجوب إلخ" أى من حيث إنه يصير قاضيا دينه عند هلاك الرهن ضامنا مثله للصبى، وفى البيع كذلك، فإنه يصير قاضيا دينه من الثمن الواجب للصغير ضامنا له مثله. (ك)

(٧) قوله: "وإذا رهن [هذه المسائل من ههنا إلى قوله: "ويجوز رهن الدراهم والدنانير" من مسائل الأصل ذكرها تفريعًا على مسألة "الجامع الصغير". غن] إلخ" يريد بيان جواز أن يكون الأب راهنا ومرتهنًا بالنسبة إلى مال واحد، وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير، ويأخذ شيئًا رهنًا من متاعه، فيكون راهنًا من جهة ابنه ومرتهنًا لذاته. (ع)

قوله: "وإذا رهن الأب من نفسه" أى متاع الصغير بدين له على الصغير، فكان الأب راهنًا بطريق النيابة عن ابنه الصغير ومرتهنًا أيضًا بالنظر إلى أنه يأخذ متاع ابنه الصغير رهنًا لنفسه بدين له على الصغير. (ك)

(٨) قوله: "أو من ابن له" أى رهن الأب متاع ابنه الصغير من ابن له آخر صغير، بأن يكون لرجل ابنان صغيران، فصار لأحدهما دين على آخر بوجه من الوجوه، فرهن الأب متاع ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الذى هو رب الدين. (ك)

(٩) قوله: "أو عبد له إلخ" أى رهن الأب متاع الصغير من عبد تاجر للأب، ولا دين عليه بأن اشترى الأب متاع عبده التاجر الذى لا دين عليه لأجل ابنه الصغير، فصار للعبد دين على الصغير، فرهن بهذا الدين. (غن)

(١٠) قوله: "لا دين عليه [أى على العبد. ك]" إنما قيد به لأن الشبهة إنما ترد فيما إذا لم يكن على العبد دين؛ لأنه حينئذٍ يكون بمنزلة أن يرهنه من نفسه؛ لأن كسب عبده الذى لا دين عليه له، ولكن غير مانع لما ذكرنا أنه لو رهن متاع ابن الصغير من نفسه يجوز، فكذلك ههنا، وأما إذا كان على العبد دين، فلا شك فى جواز الرهن، حتى أن الوصى يشارك الأب فى جواز الرهن فى هذه الصورة. (ك)

(١١) قوله: "كما فى بيعه [فإنه يجوز] إلخ" أى هذا بناء على أن بيع الأب مال ولده من نفسه جائز، وإن لم يكن

فتولى[١] طرفى العقد[٢].

ولو ارتهنه الوصي من نفسه[٣]، أو من هذين[٤]، أو رهن عينًا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز ؛ لأنه وكيل محض، والواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن، كما لا يتولاهما فى البيع، وهو[٥] قاصر الشفقة[٦]، فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه إلحاقًا له بالأب[٧]، والرهن[٨] من ابنه الصغير وعبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه[٩]، بخلاف ابنه الكبير وأبيه، وعبده الذى عليه دين؛ لأنه لا ولاية له عليهم[١٠]، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع[١١] من هؤلاء[١٢]؛ لأنه متهم[١٣] فيه[١٤]، ولا تهمة في الرهن؛ لأن له حكمًا واحدًا[١٥].

وإن استدان الوصى[١٦] لليتيم فى كسوته وطعامه، فرهن به[١٧] متاعًا لليتيم

فى ذلك منفعة ظاهرة، بأن باع بمثل القيمة من نفسه، فكذا جاز رهنه، وإن كان الرهن يصير مضمونًا بالقيمة، وأما بيع الوصى من نفسه فلا يجوز عندهم جميعًا بمثل قيمته، فكذا رهنه من نفسه. (عناية)

(١) الأب.

(٢) الإيجاب والقبول.

(٣) قوله: "ولو ارتهنه [مال الصغير] إلخ" أى ارتهن الوصى متاع الصغير بدين الموصى على الصغير، أو من هذين، أى ارتهن الوصى متاع الصغير بدين ابنه الصغير على الصغير اليتيم، أو ارتهن الوصى متاع الصغير اليتيم بدين عبد الوصى التاجر الذى لا دين عليه على اليتيم، أو رهن الوصى عينًا للوصى بدين اليتيم على الوصى، وذلك كله لا يجوز. (غن)

(٤) أى من صغير الوصى وعبد الوصى. (كف)

(٥) الوصى. أى ليس الوصى كالأب، فإنه قاصر إلخ.

(٦) والأب كامل الشفعة.

(٧) قلت: قوله: إلحاقًا له بالأب علة للمنفى دون النفى. (نت)

(٨) أى رهن الوصى. (غن)

(٩) فلا يصح كما لو رهن من نفسه. (غن)

(١٠) وهم فى كسبهم بمنزلة الأجنبى.

(١١) حيث لا يجوز. (عينى)

(١٢) أى ابنه الكبير، وأبيه، وعبده المديون.

(١٣) اتهام: تهمت نهادن. (م)

(١٤) أى فى البيع متهم.

(١٥) قوله: "لأن له [أى للرهن] حكمًا واحدًا" وهو أنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبى، فلانتفاء التهمة نفذ تصرفه معهم. (كف)

(١٦) قوله: "وإن الاستدان [استدان دام گرفت. من]" أى اشترى بدين كسوة لليتيم، أو طعامًا. (ك)

(١٧) أى بهذا الدين.

جـ7 25 B

جاز؛ لأن الاستدانة جائزة[١] للحاجة، والرهن يقع إيفاء للحق[٢]، فيجوز[٣]، وكذلك لو اتجر لليتيم[٤]، فارتهن أو رهن؛ لأن الأولى[٥] له التجارة[٦] تثميراً[٧] لمال اليتيم، فلا يجد[٨] بدّاً من الارتهان والرهن؛ لأنه إيفاء واستيفاء.

وإذا رهن الأب متاع الصغير[٩]، فأدرك[١٠] الابن ومات الأب[١١]، ليس للابن أن يرده[١٢] حتى يقضى الدين؛ لوقوعه[١٣] لازما من جانبه، إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه[١٤] مقامه.

ولو كان الأب رهنه[١٥] لنفسه[١٦]، فقضاه الابن[١٧]، رجع[١٨] به[١٩] فى مال

(١) للوصى.

(٢) وللوصى أن يوفى الحق على الصغير من مال الصغير. (غن)

(٣) قوله: "فيجوز" لأن الرهن وثيقة للاستيفاء، فيملكه من يملك حقيقة الاستيفاء. (كافى)

(٤) قوله: "لو اتّجر [الوصى، اتجار بازرگانى كردن. من] إلخ" أى إذا اتجر الوصى لأجل اليتيم، فباع متاعه فأخذ رهنًا، أو اشترى لأجل اليتيم، فرهن متاع اليتيم جاز ذلك. (غاية البيان)

(٥) أى أولى التصرفات.

(٦) أى الأفضل.

(٧) ثمر الرجل ماله: بسيار كرد مال را. (غن)

(٨) الوصى.

(٩) قوله: "وإذا رهن الأب إلخ" أطلق رهن الأب متاع الصغير، فأدرك ولم يذكر أنه رهن لدين الصغير أو لدين نفسه؛ لأن هذا الحكم الذى ذكره لا يختلف بين أن يكون الدين دين الصغير أو دين الأب، وقوله: ومات الأب، قيد اتفاقى، وكذلك ذكر الأب ليس بقيد؛ لأن هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد الصغير قبل أداء الدين إذا بلغ لا يختلف بين أن يكون الراهن أبًا، أو وصيًا للصغير.

ذكر شيخ الإسلام فى "مبسوطه" وإذا رهن الأب مالا لولده، وهو صغير فأدرك، فأراد رد الرهن، ليس له ذلك؛ لأن الوصى لو رهن مال الصغير إما بدينه أو بدين الصغير، ثم بلغ الصغير، فأراد أن يرد ذلك، لم يكن له ذلك، فإذا فعله الأب، وأنه أعم ولاية أولى. (كفاية للسيد جلال الدين)

(١٠) أى بلغ، إدراك: در رسيدن كودک ببلوغ. (م)

(١١) قيد اتفاقى؛ لأنه لو كان حيا كان الحكم كذلك.

(١٢) رهن.

(١٣) رهن.

(١٤) أب.

(١٥) أى مال الصغير، أى رهن مال الصبى من شخص بدين كان له على الأب.

(١٦) أى فى دين نفسه، لا فى دين الصغير. (غن)

(١٧) قوله: "فقضاه [دين الأب] إلخ" أى إذا قضى الابن دين المرتهن، فإن كان الرهن لنفسه فذلك، وإن كان للأب فله أن يرجع فى مال والده، لأنه مضطر فيه. (ع)

(١٨) الابن.

الاب؛ لأنه[١] مضطر فيه[٢] لحاجته إلي إحياء ملكه، فأشبه[٣] معير الرهن.

وكذا[٤] إذا هلك[٥] قبل أن يفتكه[٦]؛ لأن الأب يصير قاضيًا دينه[٧] بماله[٨]، فله[٩] أن يرجع عليه[١٠]، ولو رهنه[١١] بدين على نفسه، وبدين على الصغير جاز؛ لاشتماله[١٢] على أمرين جائزين[١٣]، فإن هلك[١٤] ضمن الأب حصته[١٥] من ذلك[١٦] للولد؛ لإيفاءه[١٧] دينه من ماله[١٨] بهذا المقدار[١٩]، وكذلك الوصى[٢٠]، وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب، أو وصى الأب.

ولو رهن الوصي متاعًا لليتيم في دين استدانه[٢١] عليه وقبض المرتهن، ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم، فضاع[٢٢] فى يد الوصى، فإنه[٢٣] خرج من الرهن

---

(١٩) أى بما قضى.

(١) ابن.

(٢) أى فى الأداء.

(٣) الابن.

(٤) الرهن.

(٥) يعنى له أن يرجع فى مال الأب. (ك)

(٦) الابن.

(٧) أى دين نفسه.

(٨) ابن.

(٩) ابن.

(١٠) الأب.

(١١) الأب أى مال الصغير.

(١٢) قوله: "لاشتماله إلخ" يريد أنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد، ملك بدينهما؛ لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب، جاز أن يثبت للكل، دون العكس. (عناية)

(١٣) أى رهن الأب متاع الصغير بدين نفسه، وبدين الصغير. (غن)

(١٤) المرهون.

(١٥) أى حصة نفسه، أى بمال أخذه لنفسه ولولده الصغير. (غن)

(١٦) أى الرهن.

(١٧) الأب.

(١٨) الصبى.

(١٩) أى بمقدار حصته.

(٢٠) قوله: "وكذلك الوصى" أى إذا رهن متاع الصغير ليس له أن يسترد الرهن حتى يقضى الدين بعد البلوغ. (غن)

(٢١) فى كسوته ولباسه.

(٢٢) الرهن.

وهلك من مال اليتيم ؛ لأن فعل الوصى كفعله بنفسه[١] بعد البلوغ ؛ لأنه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه[٢]، هذا على ما نبينه إن شاء الله تعالى[٣].

والمال دين[٤] على الوصى[٥]، معناه هو المطالب به[٦]، ثم يرجع بذلك على الصبي ؛ لأنه غير معتد[٧] في هذه الاستعارة، إذ هي[٨] لحاجة الصبى، ولو استعاره لحاجة نفسه، ضمنه للصبى[٩] ؛ لأنه متعد، إذ ليس له ولاية الاستعمال[١٠] فى حاجة نفسه.

ولو غصبه[١١] الوصى بعد ما رهنه، فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده[١٢]، فالوصى ضامن لقيمته ؛ لأنه متعدّ فى حق المرتهن بالغصب والاستعمال، وفى حق الصبي بالاستعمال[١٣] في حاجة نفسه، فيقضي به الدين[١٤] إن كان قد حل[١٥]، فإن كانت قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن، ولا يرجع[١٦] على اليتيم ؛ لأنه وجب لليتيم

(٢٣) مرهون.

(١) كفعل اليتيم. (ك)

(٢) قوله: "والحكم فيه هذا" يعنى لو كان اليتيم بالغًا، فرهن متاعه بنفسه، ثم استعاره من المرتهن، فهلك فى يده، لم يسقط الدين؛ لأن عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيًا، ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفيًا دينه باعتبار يد المديون. (كفاية)

قوله: "والحكم فيه "هذا" أى الحكم فى فعل اليتيم بعد البلوغ هذا، وهو أنه يهلك من ماله إذا رهنه، فاستعاره، فهلك فى يده. (غن)

(٣) قوله: "على ما نبينه" أى فى باب التصرف فى الرهن عند قوله: وإذا أعار المرتهن الرهن حيث قال: فإن هلك فى يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون. (غن)

(٤) أى دين المرتهن.

(٥) أى لم يسقط.

(٦) أى رجع المرتهن على الوصى بالدين، كما يرجع به قبل الرهن. (ك)

(٧) فإنه له ولا ية هذه الاستعارة.

(٨) استعارة.

(٩) إذا هلك فى يده.

(١٠) أى استعمال مال الصغير.

(١١) مرهون.

(١٢) المرهون.

(١٣) لا بالأخذ؛ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم.

(١٤) بما فى ذمة الوصى

(١٥) أى وجب لحلول الأجل، حلول -بالضم- رسيدن وعده چيزى. (م)

(١٦) المرتهن.

عليه مثل ما وجب له على اليتيم، فالتقيا قصاصاً[١].

وإن كانت قيمته أقل من الدين أدى قدر القيمة إلى المرتهن، وأدى الزيادة من مال اليتيم؛ لأن المضمون عليه[٢] قدر القيمة لا غير.

وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين[٣]، أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن[٤]، والفضل لليتيم[٥]، وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن[٦]؛ لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم، فتكون[٧] رهنًا عنده[٨]، ثم إذا حل الأجل[٩] كان الجواب على التفصيل الذى فصلناه[١٠].

ولو أنه[١١] غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك فى يده[١٢] يضمنه[١٣] لحق المرتهن، ولا يضمنه[١٤] لحق الصغير؛ لأن استعماله[١٥] لحاجة الصغير ليس بتعدٍّ، وكذا[١٦] الأخذ[١٧]؛ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم، ولهذا قال[١٨] فى كتاب الإقرار:

---

(١) أى المرتهن والوصى.

(٢) أى بغصب الرهن. (غن)

(٣) قوله: "وإن كانت قيمة الرهن" أكثر من الدين أدى قدر الدين إلى المرتهن، وقد وقع فى بعض النسخ أدى قدر القيمة، وذلك ليس بشىء؛ لأن حق المرتهن ليس إلا فى قدر الدين، فكيف يؤدى إليه قدر القيمة، وهى أكثر من الدين. (غن)

(٤) قوله: "أدى [من القيمة. غن] قدر الدين" وهذا هو الصواب، وفى عامة النسخ قدر القيمة إلى المرتهن، وهذا سهو وقع من الكاتب، وهذا ظاهر، لا خفاء فيه لأحد. (ك)

(٥) لأنه بدل ملكه. (غن)

(٦) قوله: "وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن [لقيامها مقام الرهن. كافى]" أى إن كان لم يحل الدين، حتى لو هلك الرهن بعد الغصب يكون القيمة رهنًا عند المرتهن إلى أن يحل الأجل؛ لأنها بدل الرهن، فيكون مقامه. (غاية البيان)

(٧) القيمة.

(٨) مرتهن.

(٩) بعد ذلك.

(١٠) فيما إذا كانت القيمة مثل الدين، أو أقل منه، أو أكثر منه. (غن)

(١١) الوصى.

(١٢) الوصى.

(١٣) قوله: يضمنه إلخ" يعنى أن الوصى يضمنه قدر الدين، وهو حق المرتهن؛ لأنه غصب حقه واستعمله، ولا يضمنه الزيادة على قدر الدين، وهى حق الصغير؛ لأنه لم يوجد التعدى من الوصى فى حق الصغير؛ لأنه استعمل مال الصغير فى حاجة الصغير غاية ما فى الباب أنه أخذ مال اليتيم من يد المرتهن، وله ولاية الأخذ، بدليل ما قال فى كتاب الإقرار: إذا أقر إلخ. (غن)

(١٤) وهو الزيادة على قدر الدين. (ك)

(١٥) الوصى.

(١٦) ليس بتعد.

(١٧) من المرتهن.

(١٨) محمد.

إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء، لأنه لا يتصور غصبه؛ لما أن له ولاية الأخذ، فإذا هلك في يده[١] يضمنه للمرتهن، يأخذه بدينه[٢]، إن كان قد حل[٣]، ويرجع الوصي على الصغير[٤]؛ لأنه ليس بمتعد[٥]، بل هو عامل له، وإن كان[٦] لم يحل يكون[٧] رهنًا عند المرتهن، ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه[٨]، ويرجع الوصي على الصبي بذلك[٩]؛ لما ذكرنا[١٠].

قال[١١]: ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون[١٢]؛ لأنه يتحقق الاستيفاء منه، فكان محلا للرهن. فإن رهنت بجنسها فهلكت[١٣]، هلكت بمثلها[١٤] من الدين، وإن اختلفا في الجودة؛ لأنه لا معتبر بالجودة[١٥] عند المقابلة بجنسها. وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن عنده[١٦] يصير[١٧] مستوفيًا[١٨]، باعتبار الوزن دون القيمة، وعندهما يضمن[١٩] القيمة من خلاف جنسه[٢٠]، وتكون رهنًا مكانه[٢١].

---

(١) الوصي.

(٢) قوله: "يأخذه بدينه" أي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستيناف. (عناية)

(٣) الدين.

(٤) أي بما أخذه المرتهن. (غن)

(٥) قوله: "لأنه ليس متعد" أي لأنه قضى دين الصغير، ولم يوجد منه التعدي في حق الصغير؛ لأن عمله وقع لأجل الصغير. (غن)

(٦) الدين.

(٧) الضمان. أي قيمة الرهن. (غن)

(٨) أي يأخذ المرتهن دينه من القيمة. (غن)

(٩) أي بما أخذ المرتهن على الصغير. (غن)

(١٠) إشارة إلى قوله: لأنه ليس بمتعد بل هو عامل له. (غن)

(١١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٢) قوله: "ويجوز إلخ" قد عرفت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون، والدراهم والدنانير على هذه الصفحة، فيجوز رهنهما. (عناية)

(١٣) عند المرتهن.

(١٤) قدراً.

(١٥) لأن الجودة لا قيمة لها إذا لاقت جنسها فيما يجرى فيه الربا. (غن)

(١٦) أي عند أبي حنيفة.

(١٧) المرتهن.

(١٨) بالهلاك.

(١٩) المرتهن.

(٢٠) أي إن كان درهمًا فبالذهب، وإن كان ديناراً فبالفضة.

وفي "الجامع الصغير"(١): فإن رهن إبريق فضة(٢)، ووزنه عشرة بعشرة فضاع(٣)، فهو بما فيه(٤). قال رضى الله تعالى عنه(٥): معناه أن تكون قيمته مثل وزنه، أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق(٦)؛ لأن الاستيفاء عنده(٧) باعتبار الوزن(٨)، وعندهما(٩) باعتبار القيمة(١٠)، وهي مثل الدين في الأول(١١)، وزيادة عليه في الثاني(١٢)، فيصير(١٣) بقدر الدين مستوفيًا، فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف المذكور(١٤). لهما لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن؛ لما فيه من الضرر بالمرتهن(١٥)، ولا إلى اعتبار القيمة(١٦)؛ لأنه يؤدى إلى الربا(١٧)، فصرنا إلى التضمين بخلاف الجنس؛ لينتقض القبض(١٨)، ويجعل مكانه(١٩) ثم يتملكه(٢٠).

---

(٢١) قوله: "وتكون رهنًا إلخ" لأنه لو صار مستوفيًا يتضرر المرتهن، فالأصل عنده أن حالة الهلاك حالة الاستهلاك والاستيفاء، إنما يكون بالوزن، وعندهما حالة الهلاك حالة الاستيفاء إذا لم يفض إلى الضرر. (كف)

(١) أتى برواية "الجامع الصغير" لاحتياجها إلى تفصيل ذكره. (ع)

(٢) قوله: "إبريق" إبريق: كوزهٔ بالوله با دسته، واين معرب آبريزست، أباريق جمع. (م)

(٣) أى فذلك الرهن ضاع بمقابلة ذلك الدين كله. (ع)

(٤) قوله: "فهو بما فيه" الهاء في فيه راجعة إلى الرهن، أى يهلك الرهن بالدين الذى فى الرهن، وصار كأن الدين فى الرهن من حيث المالية. (حميدية)

(٥) أى المصنف.

(٦) أى ما يكون قيمته مثل وزنه، أو أكثر. (ع)

(٧) الإمام.

(٨) ولا اعتبار للجودة.

(٩) وهو مثل الدين، وقضاء الدين بما هو أجود منه حسن. (غن)

(١٠) قوله "باعتبار" فإن فى قيمته وفاء وزيادة، فبعضه يهلك بالدين، وبعضه أمانة، فلا بد من صحة الاستيفاء. (غن)

(١١) هو ما إذا كانت قيمة الرهن مثل وزن الرهن. (غن)

(١٢) قوله: "فى الثانى" وهو ما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من وزنه. (غن)

(١٣) المرتهن.

(١٤) قوله: "فهو على الخلاف" أى عند أبى حنيفة يصير مستوفيًا بالوزن؛ لأن استيفاء الجيد بالردىء صحيح اتفاقًا، فأما عندهما فإنه يضمن قيمته، وتكون رهنًا مكانه، ويرجع بالدين. (غن)

(١٥) لأنه يبطل حق المرتهن فى الجودة، فيتضرر به. (ك)

(١٦) أى لا وجه إلى الاستيفاء باعتبار إلخ.

(١٧) قوله: "لأنه يؤدى إلى الربا" لأنه لو صار مستوفيًا من دينه ثمانية اعتبارًا للقيمة لصار مستوفيًا ثمانية بعشرة من حيث الوزن، فيكون ربا. (ك)

(١٨) قوله: "لينتقض القبض [أى قبض المرتهن فى الهالك. ك]" لا يقال: بأن القبض قد انتقض لفوات المحل، وهو فعل حسي، فلا يتصور بدون المحل، لأنا نقول: القبض لا ينتقض إلا بالرد أو بالاستيفاء، ولم يوجد أحدهما، فيكون القبض باقيًا حكمًا، وإن فات المحل، فيصار إلى التضمين، بخلاف الجنس؛ ليتم القبض صورة ومعنى، فيكون معنى قوله فى

وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها، واستيفاء الجيد بالرديء جائز[١] كما إذا تجوز به[٢]، وقد حصل الاستيفاء بالإجماع[٣]، ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان، لأنه لا بد له من مطالب ومطالب، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه[٤]، وبتعذر التضمين يتعذر النقض.

وقيل: هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت، ثم علم بالزيافة، وهو معروف[٥]، غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور؛ لأن محمداً فيها[٦] مع أبي حنيفة، وفي هذا[٧] مع أبي يوسف.

والفرق لمحمد[٨] أنه قبض الزيوف ليستوفي من عينها، والزيافة لا تمنع

الكتاب: لينتقض القبض؛ ليكمل ويتم القبض. (ك)

(١٩) قوله: "ويجعل [الضمان] مكانه [القيمة].

(٢٠) قوله: "ثم يتملكه" أي ثم يفتكه الراهن بقضاء الدين فيتملكه، أي ذلك الضمان الذي جعل مكان الأول. (ك)

(١) قوله: "واستيفاء الجيد إلخ" أي استيفاء شخص جيده بواسطة استيفاء الرديء مكانه. (أعظمي)

(٢) قوله: "كما إذا تجوز [في بدل الصرف والسلم. (ن) التجوّز: هو المسامحة في الاستيفاء. غن] به" إنما يستعمل فيما إذا أخذ الرديء مكان الجيد، ووضع المسألة فيما إذا استوفى المرتهن بعشرة قيمة إبريق، هي أقل من العشرة لرداءته. (ن)

قوله: "تجوّز" تجوز في هذا، آسان فرا گرفت آنرا وچشم پوشي كرد، وتجوز الدرهم قبول كرد درمها را بآنكه مشوش بودند. (من)

(٣)قوله: "وقد حصل الاستيفاء إلخ" لما عرف أن بقبض الرهن يثبت الاستيفاء، ولا ينتقض إلا بالرد، والفرض عدمه، ولا يمكن إلخ. (عناية)

قوله: "وقد حصل الاستيفاء إلخ" لأنه من جنس حقه، وقد قبضه على وجه الاستيفاء، ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان؛ لأنه لا بد له من مطالب ومطالب، ولا مطالب ههنا؛ لأنه لو كان إما أن يكون هو الراهن أو المرتهن، ولا يجوز أن يكون الراهن هو المطالب للنقض بعد قضاء دينه بالرديء؛ لأن ذلك يضره ولا ينفعه، ولا يجوز أن يكون هو المرتهن؛ لأن المرتهن مطالب، فلا يصح أن يكون مطالبا للتدافع. (ك)

(٤) قوله: "وكذا الإنسان إلخ" يعني لا يمكن أن يقال أيضاً: إن المرتهن يضمن؛ لأنه صار مستوفيًا بالهلاك، فصار المستوفى ملكًا له، ومن المحال أن يضمن الإنسان ملك نفسه، ولما تعذر التضمين تعذر النقض. (ك)

(٥) قوله: "وهو [أي حكم هذه المسألة المتفرعة عليها] معروف" فإنه يسقط دينه، ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يضمن مثل ما قبض، ويأخذ مثل حقه.

وقول محمد أولا كقول أبي حنيفة، وآخراً كقول أبي يوسف، كذا ذكره عيسى بن أبان، والأصح أن هذه المسألة مبتدأ؛ لأن محمداً مع أبي حنيفة في تلك المسألة في المشهور، ومع أبي يوسف في هذه المسألة. (ك)

(٦) أي في المسألة المتفرعة عليها.

(٧) أي في المتفرع، وهو مسألة الرهن.

(٨) قوله: "والفرق لمحمد" أي على تقدير أن تكون هذه المسألة بناءً على تلك المسألة، وهي مسألة "الجامع"، أنه أي رب الدين قبض الزيوف؛ ليستوفي دينه من عينها أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين، والزيافة لا تمنع الاستيفاء. وقد تم بالهلاك، والمرتهن قبض الرهن؛ ليستوفي دينه من محل آخر، فكان قابلا لرده بالضمان مثل حقه،

الاستيفاء[١]، وقد تم بالهلاك، وقبض الرهن؛ ليستوفى من محل آخر[٢]، فلا بد من نقض القبض، وقد أمكن عنده[٣] بالتضمين[٤].

ولو انكسر الإبريق[٥]، ففى الوجه الأول، وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجبر[٦] على الفكاك[٧]؛ لأنه لا وجه[٨] إلى أن يذهب شيء من الدين[٩]؛ لأنه[١٠] يصير قاضيًا دينه[١١] بالجودة[١٢] على الانفراد، ولا[١٣] إلى أن يفتكّه مع النقصان[١٤]؛ لما فيه[١٥] من الضرر[١٦]، فخيرناه[١٧] إن شاء افتكّه بما فيه[١٨]، وإن شاء ضمنه[١٩] قيمته[٢٠] من جنسه، أو خلاف جنسه، وتكون[٢١]

فينتقض القبض. ووجه البناء ما قيل: إن الزيوف مقبوضة للاستيفاء، فتكون بمنزلة المقبوض بحقيقة الاستيفاء، وهناك المستوفى إذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه، ولا يرجع بشيء عند أبى حنيفة لمكان الجودة، فكذا فى الرهن.

وعندهما هناك يضمن مثل المستوفى، ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه فى الجودة، فكذلك فى الرهن. (ع)

قوله: "والفرق لمحمد" أى على تقدير أن لا تكون هذه المسألة بناءً على تلك المسألة، هو مقتضى الرواية المشهورة فيها، بل كانت مسألة مبتدأة كما هو الأصح على ما ذكره شيخ الإسلام فى "مبسوطه"، ونقل عنه عامة المشايخ ههنا. (نت)

(١) فإن الزيف من جنس الحق. (غن)

(٢) لا من عين الرهن.

(٣) محمد.

(٤) أى بتضمين المرتهن قيمته. (غن)

(٥) قوله: "ولو انكسر الإبريق إلخ" كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن، وههنا من حيث انكساره. (ع)

(٦) الراهن. (عناية)

(٧) قوله: "على الفكاك [أى على فك الرهن بأداء الدين إلى المرتهن. غن]" الفكاك -بالفتح- كسحاب وبكسر: آنچه گرو را بوى، بيرون آرند. (من)

(٨) قوله: "لأنه لا وجه إلخ" أى لأنه لو أجبر عليه، فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين، أو مع كماله، وهو نقصان من جهة الرهن، ولا وجه إلى الأول؛ لأنه أى المرتهن يصير قابضًا دينه بالجودة على الانفراد، فإنه لم ينقص من الدين إلا فى مقابلة ما فات من جودة الإبريق بالكسر، وذلك ربا، ولا إلى الثانى لما فيه من الضرر بالراهن؛ لأن المرتهن قبض الرهن سليمًا عن العيب، وبالانكسار صار معيبًا، فيصل إليه حقه ناقصًا إذا لم يسقط شيء من دينه، وذلك ضرر لا محالة، فخيرناه إلخ . (عناية)

(٩) أى دين المرتهن.

(١٠) أى لأن الراهن.

(١١) مرتهن.

(١٢) أى بالصياغة (ك)، والجودة لا قيمة لها عند الانفراد. (غن)

(١٣) أى لا وجه إلى أن إلخ .

(١٤) أى مع نقصان الإبريق، وبقاء كل الدين.

(١٥) قوله: "لما فيه" أى فى الانفكاك مع النقصان من الضرر بالراهن؛ لأنه يفوت حقه بالجودة. (غن)

(١٦) أى بالراهن. (ك)

(١٧) راهن.

(١٨) قوله: "إن شاء افتكّه [الراهن ناقصًا] بما [أى بالدين الذى فى المكسورة، وهو جميع الدين] فيه" أى افتكّ

رهنًا عند المرتهن، والمكسور للمرتهن بالضمان.

وعند محمد إن شاء افتكّه[1] ناقصًا، وإن شاء جعله بالدين[2] اعتبارًا[3] لحالة الانكسار بحالة الهلاك، وهذا لأنه لما تعذر[4] الفكاك مجانًا[5]، صار[6] بمنزلة الهلاك[7]، وفى الهلاك الحقيقى مضمون بالدين بالإجماع، فكذا فيما هو فى معناه.

قلنا: الاستيفاء عند الهلاك بالمالية[8]، وطريقه[9] أن يكون[10] مضمونًا بالقيمة، ثم تقع المقاصة[11]، وفى جعله بالدين إغلاق الرهن[11]، وهو حكم جاهلى[13]، فكان التضمين بالقيمة[14].

وفى الوجه الثالث[15]: وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية[16]،

الراهن الإبريق المنكسر ناقصًا كما هو بالدين الذى هو مرهون فيه، يعنى بجميع الدين، معناه: أن الراهن يفكّ رهنه أن يخلصه بأداء جميع الدين إلى المرتهن. (غن)

(١٩) مرتهن.

(٢٠) أى قيمة الإبريق المنكسرة. (غن)

(٢١) قيمته.

(١) راهن.

(٢) فيصير ملكًا للمرتهن، ويذهب الدين. (غن)

(٣) أى قياسًا.

(٤) قوله: "لما تعذر" لما تقدم أنه لا وجه إلى أن يذهب شىء من الدين، ولا إلى أن يفتكّه مع النقصان، بقى أن يفتكّه مجانًا، وهو متعذر، فصار بمنزلة إلخ. (ع)

(٥) رائيگان.

(٦) فى تعذرالانفكاك. (ع)

(٧) أى هلاك الراهن.

(٨) أى هلاك الراهن. (عناية)

(٩) قوله: "وطريقه إلخ" أى طريق صيرروته مضمونًا بالدين أن يجعل مضمونًا بالقيمة بقدر الدين؛ لأنه عقد استيفاء، وسقوط الدين فى الاستيفاء الحقيقى باعتبار أن يجعل مضمونًا بالقيمة عليه، ثم يقع المقاصة بين ما له وما عليه، فكذا فى الاستيفاء الحكمى، وجعله مضمونًا بالدين فى حال قيام الرهن يؤدى إلى إغلاق الرهن، وأنه حكم جاهلى مردود فى الشرع، فصرنا إلى التضمين بالقيمة؛ لأنه لا يؤدى إلى الإغلاق لانتقال حكم الرهن إلى مثله. (ك)

(١٠) الرهن لفوات عينه. (ع)

(١١) وهو مشروع، بين الدينين. (عناية)

(١٢) قوله: "إغلاق الرهن [هو أن يبقى فى يد المرتهن، ولم يقدر على تخليصه. غن]" وهو الاحتباس الكلى، بأن يصير الرهن مملوكًا للمرتهن. (عناية)

(١٣) مردود شرعًا.

(١٤) فى عبارته تسامح، والحق فكان التضمين بالقيمة واجبًا، أو صوابًا. (ع)

(١٥) قوله: "وفى الوجه الثالث إلخ" إنما قدم الوجه الثالث على الوجه الثانى لاحتياج الثانى إلى زيادة، فيه طول. (ع)

يضمن[١] قيمته جيدًا من خلاف جنسه[٢]، أو رديئًا من جنسه، وتكون[٣] رهنًا عنده[٤]، وهذا بالاتفاق. أما عندهما فظاهر[٥]، وكذلك عند محمد؛ لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك، والهلاك عنده بالقيمة[٦].

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه[٧] اثنى عشر عند أبي حنيفة يضمن[٨] جميع قيمته، وتكون[٩] رهنًا عنده؛ لأن العبرة[١٠] للوزن عنده[١١] لا للجودة والرداءة، فإن كان باعتبار الوزن كله مضمونًا[١٢]، يُجعل كله مضمونًا، وإن كان بعضه[١٣] فبعضه[١٤]، وهذا لأن الجودة تابعة للذات، ومتى صار الأصل مضمونًا استحال أن يكون التابع أمانة[١٥]. وعند أبي يوسف: يضمن[١٦] خمسة[١٧] أسداس

(١٦) قوله: "أقل من وزنه" بأن يكون الوزن عشرة كالدين، وقيمته ثمانية لوجود غش فيه. (عناية)

(١) مرتهن.

(٢) تحرزًا عن الربا. (كف)

(٣) القيمة.

(٤) مرتهن.

(٥) قوله: "فظاهر [كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار. ع]" لأن حالة الانكسار حالة التضمين بالقيمة بكل حال. (كف)

(٦) قوله: "والهلاك [فيما إذا كانت قيمته أقل من وزنه. ك] عنده [محمد] إلخ" فعنده في هذا الوجه لو هلك يضمن المرتهن قيمته، ولا يصير مستوفيًا لمكان الربا، أو للضرر، فكذا إذا انكسر. (كف)

(٧) بأن كان وزنه عشرة كالدين، وقيمته أكثر من وزنه اثنا عشر لجودة وصناعة فيه. (عناية)

(٨) مرتهن.

(٩) القيمة.

(١٠) في الأموال الربوية.

(١١) إمام.

(١٢) قوله: "فإن كان إلخ" أي فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونًا، كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين، جعل الرهن كله مضمونًا من حيث القيمة. (عناية)

(١٣) قوله: "وإن كان بعضه إلخ" يعني إن كان بعض الرهن مضمونًا، لا الزائد عليه، وهو فيما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين، فحينئذ ينقسم الجودة على المضمون والأمانة، فما كان بمقابلة المضمون يكون مضمونًا، وما كان بمقابلة الأمانة يكون أمانة، وفي مسألتنا: كان كله مضمونًا؛ لأن وزن الرهن مثل وزن الدين، فكان كله مضمونًا؛ لئلا يكون حكم التابع مخالفا لحكم الأصل. (ن)

(١٤) أي فبعضه مضمون، وهو مقدار الدين لا الزائد عليه. (عناية)

(١٥) قوله: "استحال [لأن التابع لا يخالف الأصل. غن] إلخ" والفرق بين حالة الهلاك وحالة الانكسار، إن حالة الهلاك حالة الاستيفاء، فيقع الفضل أمانة، وهذه الحالة ليست كذلك عنده، بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضاء الرهن، فيكون مضمونًا بالقيمة كالمغصوب، لكن بخلاف جنسه. (عناية)

(١٦) قوله: "يضمن [المرتهن] إلخ" يصير خمسة أسداس الإبريق مضمونًا لجودته وصنعته، وسدسه أمانة، فالتغير

قيمته[١]، وتكون خمسةُ أسداس[٢] الإبريق[٣] له[٤] بالضمان وسدسه يفرز[٥]، حتى لا يبقى الرهن شائعًا[٦]، ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنًا، فعنده[٧] تعتبر الجودة والرداءة، وتجعل زيادة[٨] القيمة كزيادة الوزن، كأن وزنه اثنى عشر. وهذا[٩] لأن الجودة[١٠] متقومة فى ذاتها[١١]، حتى تعتبر عند المقابلة، بخلاف جنسها، وفى تصرف المريض[١٢]، وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعًا[١٣]، فأمكن اعتبارها. وفى بيان قول محمد[١٤]: نوع طول[١٥]، يعرف فى موضعه من

بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر، وفيما هو مضمون يعتبر، وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده، فيضمن قيمته خمسة الأسداس من خلاف جنسه. (عناية)

(١٧) أى عشرة.

(١) إبريق.

(٢) قوله: "وتكون خمسة إلخ" طريق معرفة خمسة أسداس الإبريق أن ينقص من الوزن الذى هو عشرة سدسه، وهو درهم وثلثا درهم، فيبقى خمسة أسداسه، وهو ثمانية دراهم وثلث درهم، وذلك العشرة ستة أسداس. (غن)

(٣) المنكسر. (غن)

(٤) مرتهن.

(٥) أى يقطع.

(٦) قوله: "حتى لا يبقى [فإن الطارئ منه كالمقارن كما تقدم. ع] إلخ" لأن الشيوع الطارئ فى ظاهر الرواية كالشيوع المقارن لما مر، وعن أبى يوسف أن الشيوع الطارئ لا يمنع، فلا يحتاج إلى التمييز. (ك)

(٧) أبى يوسف.

(٨) بالجودة. (عناية)

(٩) أى اعتبار الجودة.

(١٠) فالجودة والصناعة كعين مال قائم. (ك)

(١١) فإنه عبارة عن كمال المالية.

(١٢) قوله: "وفى تصرف المريض" فإنه لو باع مائة من الجيد بمائة من الرديء الذى قيمته خمسون لا يعتبر من جميع المال، بل من الثلث، ولو لم يكن للجودة اعتبار لاعتبر من الجميع، كما فى البيع الخالى من المحاباة. (ك)

(١٣) فإن الشارع جعل المساواة فى الذات شرطًا، وأهدر الجودة والرداءة.

(١٤) قوله: "وفى بيان قول محمد إلخ" عند محمد أن النقص بالانكسار إن كان درهمًا أو درهمين، يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين، وإن كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين، وهذا لأن الوزن مضمون، والجودة أمانة للمناسبة؛ لأن الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه، وصفة الأمانة فى المرهون كذلك، فيجعل الأصل فى مقابلة الأصل، والتبع فى مقابلة التبع، وإذا ظهر ذلك، فإن زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان فى المضمون، وهو العشرة بالانكسار، والانكسار عنده كالهلاك، وفى هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيًا دينه، فكذلك عند الانكسار يكون مضمونًا بالدين، ويخير الراهن كما ذكرنا.

وإن لم يزد على الدرهمين، وقع النقصان فى الأمانة، فالرهن المضمون باقٍ على حالة الرهن، فيجبر الراهن على الفكاك، كأنه لم ينقص منه شيء. واعلم أن الدرهم، أو الدرهمين ليس بحد فاصل فى ذلك، وإنما الفاصل النقصان بقدر الصياغة كائنًا ما كان، وإنما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة فى المسألة المفروضة كذلك. (ع)

"المبسوط" و "الزيادات" مع جميع شعبها[١].

قال[٢]: ومن باع عبدًا على أن يرهنه المشترى[٣] شيئًا بعينه جاز استحسانًا[٤]، والقياس أن لا يجوز.

وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئًا على أن يعطيه[٥] كفيلا[٦] معينًا حاضرًا فى المجلس فقبل[٧]، وجه القياس أنه صفقة فى صفقة، وهو منهى عنه*، ولأنه[٨] شرط لا يقتضيه العقد[٩]، وفيه منفعة لأحدهما[١٠]، ومثله يفسد البيع. وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد؛ لأن الكفالة والرهن للاستيثاق[١١]، وإنه يلائم الوجوب[١٢]، فإذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس والرهن معينًا، اعتبرنا فيه المعنى[١٣]، وهو ملائم، فصح العقد، وإذا لم يكن الرهن[١٤]، ولا الكفيل معينًا، أو كان الكفيل غائبًا حتى افترقا، لم يبقَ معنى الكفالة، والرهن

---

(١٥) قوله: "نوع طول إلخ" إنما لم يذكر صاحب "الهداية" بيان قول محمد مع ما ذكر أن فيه طولا، يعرف فى "المبسوط" و"الزيادات" هضما لنفسه، واعترافه بأن كتابه لم يحو جميع البيان، وفوق بيانه بيان آخر، يعرف ذلك فى كتب المتقدمين. (غن)

(١) شعبة شاخ. (من). وشعبها ستة وعشرون فصلا ذكرت مفصلة فى "غاية البيان".

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) بالثمن.

(٤) ولو لم يكن معينًا كان العقد فاسدًا قياسًا واستحسانًا. (ك)

(٥) المشترى.

(٦) بالثمن.

(٧) أى الكفيل الكفالة. (ك)

* انظر فى نصب الراية ج٤ ص٣٢٣ تحت "باب ما يجوز ارتهانه"، وراجع الدراية ج٢ص٢٥٩ تحت، الحديث١٠٠٣. (نعيم)

(٨) أى لأن رهن شىء بعينه، وكذا الكفالة.

(٩) قوله: "لا يقتضيه إلخ" لأن ما يقتضيه العقد يجب بالعقد بدون الشرط، كتسليم المبيع على البائع، أو تسليم الثمن على المشترى. (ك)

(١٠) أى البائع. (ك) عاقدين.

(١١) قوله: "لأن الكفالة إلخ" أى لأن المقصود بالكفالة والرهن التوثيق بالثمن، فاشتراطها فى معنى اشتراط زيادة وصف الجودة فى الثمن. (ك)

(١٢) أى وجوب الثمن.

(١٣) قوله: "اعتبرنا فيه المعنى [أى معنى الشرط]" أى معنى الشرط الذى هو الاستيثاق، وهو أى هذا المعنى الذى هو الاستيثاق ملائم أى ملائمٍ للعقد؛ لكونه مؤكدا موجب العقد، فيصح العقد. (نت)

(١٤) المرهون.

للجهالة[١]، فبقى الاعتبار لعينه[٢] فيفسد[٣]، ولو كان[٤] غائبًا[٥]، فحضر فى المجلس وقبل صح.

ولو امتنع المشترى[٦] عن تسليم الرهن لم يجبر عليه، وقال زفر: يجبر؛ لأن الرهن إذا شرط فى البيع صار حقًا من حقوقه[٧]، كالوكالة المشروطة فى الرهن[٨]، فيلزمه[٩] بلزومه، ونحن نقول: الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه،

ولا جبر على التبرعات[١٠]، ولكن البائع بالخيار، إن شاء رضى بترك الرهن، وإن شاء فسخ البيع؛ لأنه[١١] وصف مرغوب فيه، وما[١٢] رضى[١٣] إلا به[١٤]، فيتخير[١٥] بفواته، إلا أن يدفع المشترى الثمن حالا[١٦]؛ لحصول المقصود[١٧]، أو يدفع

(١) قوله: "للجهالة" أقول: فيه شيء، وهو أن التعليل بقوله: للجهالة لا يفيد تمام المدعى، فإنه إنما يتمشى فيما إذا لم يكن الرهن والكفيل معينًا، لا فيما إذا كان الكفيل غائبًا، إذا الغيبة لا تقتضى الجهالة؛ لجواز أن يكون معلومًا معينًا، ولا يكون حاضراً فى المجلس، فالحق فى تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبًا أن يقال: لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره، ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره وانفهامه من قوله، ولو كان غائبًا فحضر فى المجلس، وقبل صح. (نت)

(٢) قوله: "فبقى الاعتبار لعينه [أى لعين الشرط لا لمعناه]" لأنه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة؛ لأنه لما كان مجهولا، يكون المشترى بسبيل من أن يرهن شيئًا يساوى عشر حقه، أو يعطى كفيلا غير المعين، وليس فيه من التوثيق شيء، فبقيت العبرة لعينه، وإنه إدخال صفقة فى صفقة، فيفسد به العقد. (ك)

(٣) العقد.

(٤) الكفيل.

(٥) وقت العقد.

(٦) بعد الشرط.

(٧) أى الرهن ثبت فى ضمن عقد لازم، وهو البيع، فيصير الوفاء به مستحقًا. (ك)

(٨) قوله: "كالوكالة المشروطة" أى كما إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع المرهون عند حلول الدين، فالوكالة لازمة، ولا يملك الراهن عزله عنها. (ك)

(٩) رهن.

(١٠) قوله: "ولا جبر على التبرعات" وإنما صار حقا من حقوقه إذا وجد، ولم يوجد بعد، والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن؛ ولو رهنه لا يلزم مالم يسلم، فلأن لا يصير لازما بالوعد أولى. (كف)

(١١) رهن.

(١٢) نافية.

(١٣) البائع.

(١٤) رهن.

(١٥) البائع.

(١٦) فحينئذ لا خيار للبائع.

(١٧) وهو استيفاء الحق.

قيمة الرهن رهنًا[١]؛ لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى، وهو القيمة.

قال[٢]: ومن اشترى ثوبًا بدراهم، فقال للبائع: أمسك هذا الثوب[٣] حتى أعطيك الثمن، فالثوب رهن؛ لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن، وهو الحبس إلى وقت الإعطاء، والعبرة فى العقود للمعانى، حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة فى ضد ذلك كفالة[٤]. وقال زفر: لا يكون رهنًا، ومثله عن أبى يوسف؛ لأن قوله: أمسك يحتمل الرهن، ويحتمل الإيداع، والثانى أقلهما[٥]، فيقضى[٦] بثبوته[٧]. بخلاف ما إذا قال[٨]: أمسكه بدينك، أو بمالك؛ لأنه لما قابله بالدين، فقد عين جهة الرهن، قلنا: لما مدّه[٩] إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن.

فصل[١٠]

ومن رهن عبدين بألف[١١]، فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدى باقى الدين، وحصة كل واحد منهما[١٢] ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما، وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين، فيكون[١٣] محبوسًا بكل جزء من أجزاءه[١٤] مبالغة فى حمله[١٥] على قضاء الدين، وصار كالمبيع فى يد البائع[١٦]، فإن سمى لكل

---

(١) قوله: "أو يدفع [المشترى] إلخ" وفى بعض الفوائد، المراد بالقيمة الدراهم والدنانير؛ لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه، وكأنها هو، أما إذا أراد أن يرهن مكانه عينًا آخر، فحينئذ يحتاج إلى رضاء المرتهن. (ك)

(٢) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٣) قوله: "هذا الثوب" لا تفاوت بين أن يشير لقوله هذا الثوب إلى ثوب آخر، أو ثوب اشتراه وقبضه؛ لأن الثوب لما اشتراه، وقبضه، كان هو وسائر الأعيان المملوكة سواء فى صحة الرهن. (ك)

(٤) أى بشرط مطالبة الأصيل. (ك)

(٥) لأنه غير مضمون.

(٦) ما لم يقم الدليل على إرادة الأكثر. (غن)

(٧) الأقل.

(٨) حيث يكون رهنًا بالإجماع. (كف)

(٩) قوله: "لما مده" أى مد إمساك الثوب إلى وقت إعطاء الثمن، علم أن مراده الرهن؛ لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم إلى وقت الفكاك، فإذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن، وذلك؛ لأن التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه، فكأنه قيل: رهنتك بالثمن، ألا ترى أنه لو قال: ملكتك هذا الثوب بعشرة، كان هذا وقوله: بعتك بالعشرة سواء. (ك)

(١٠) قوله: "فصل" لما ذكر حكم رهن الواحد شرع فى بيان الرهن، أو الراهن، أو المرتهن إذا كان اثنين؛ لأن الواحد قبل الاثنين. (غن)

(١١) هذا لفظ القدورى فى "مختصر"ه. (غاية البيان)

(١٢) هذا قول صاحب "الهداية".

(١٣) الرهن.

(١٤) دين.

واحد من أعيان الرهن شيئًا من المال الذى رهنه به[١]، فكذا الجواب فى رواية الأصل[٢]، وفى "الزيادات" له[٣] أن يقبضه[٤] إذا أدى ما سمّى له.

وجه الأول[٥]: أن العقد متحد[٦]، لا يتفرق بتفرق التسمية كما فى المبيع.

وجه الثانى[٧]: أنه لا حاجة إلى الاتحاد[٨]؛ لأن أحد العقدين لا يصير مشروطًا فى الآخر، ألا يرى[٩] أنه لو قبل[١٠] الرهن فى أحدهما جاز.

قال[١١]: فإن رهن عينًا واحدة عند رجلين بدين، لكل واحد منهما عليه جاز، وجميعها رهن[١٢] عند كل واحد منهما؛ لأن الرهن أضيف إلى جميع العين فى صفقة

---

(١٥) قوله: "مبالغة فى حمله [راهن]" فإن قصد المرتهن إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين، فلو تفرد الراهن بالتفريق يأخذ ما يحتاج إليه، ويتكاسل فى قضاء الباقى، فلا يحصل المقصود. (عناية)

(١٦) قوله: "وصار كالمبيع إلخ" أى إذا نقد المشترى بعض الثمن، وأراد أن يأخذ بعض المبيع لا يملك ذلك، فكذا ههنا، والجامع أن كل واحد من المبيع والمرهون محبوس بكل الدين والثمن، فيكون محبوسًا بكل جزء من أجزاءهما؛ ليكون حاملا على قضاءهما. (كف)

(١) قوله: "فإن سمّى إلخ" بأن قال رهنتك هذين العبدين، وكل واحد منهما بخمس مائة، وسلمهما إليه، ثم نقد خمس مائة، وقال أديت عن هذا العبد، وأراد أن يأخذ ذلك العبد، فكذا الجواب فى رواية الأصل، أى لم يكن له ذلك. (ك)

(٢) مبسوط.

(٣) وهو الأصح. (ك)

(٤) أى أحدهما.

(٥) أى رواية الأصل. (غن)

(٦) قوله: "أن العقد متحد" يعنى أنه عقد واحد، وليس بعقدين؛ لاتحاد الإيجاب والقبول، والتفصيل فى الدين لا يجعله فى معنى عقدين كالبيع المضاف إلى المحلين لا يكون بيعين عند تفصيل الثمن، حتى لو أراد المشترى أن يقبل العقد فى أحد هما دون الآخر لم يصح، فكذا فى الرهن؛ لأن الدين فى الرهن كالثمن فى البيع؛ لتعلق الرهن به. (غن)

(٧) أى رواية "الزيادات". (غاية البيان)

(٨) قوله: "لا حاجة إلخ" يعنى أن البيع لا يتفرق بتفرق التسمية عند اتحاد العاقدين، والرهن يتفرق؛ ولهذا لو قبل المشترى البيع فى أحدهما دون الآخر لا يصح، ولو قبل المرتهن العقد فى أحدهما عند تفرق التسمية صح، وإنما افترقا؛ لأن ضم الردىء إلى الجيد متعارف فى البيع، فلو تفرق البيع بتفرق التسمية صح، وكان للمشترى أن يقبل فى أحدهما، فيقبل الجيد، فيتضرر به البائع. ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لا يتضرربه الراهن؛ لأن الحكم لا يتفاوت فى ذلك، إذ هو مضمون بما قابله من الدين، سواء كان وحده أو مع غيره، ولأن فى البيع إذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة يصير الثانية شرطا فى الأول، وهو شرط فاسد، والبيع يفسد به، أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد؛ لأنه تبر ع كالهبة. (كفاية)

(٩) قوله: "ألا يرى إلخ" توضيح لذلك، فإنه لما يتمكن المرتهن من تفريق القبول فى الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض فى الانتهاء. (عناية للشيخ أكمل الدين رحمه الله تعالى)

(١٠) المرتهن.

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٢) قوله: "وجميعها [عين] رهن إلخ" فإن أدى الراهن إلى أحد المرتهنين ماله عليه، وأراد أن يقبض بعض الرهن، فليس له ذلك، وللمرتهن الآخر أن يمسك جميع الرهن، حتى يستوفى ماله عن الراهن. (مختصر كرخى)

واحدة، ولا شيوع فيه[١]، وموجبه صيرورته محتبسًا بالدين، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزئ، فصار[٢] محبوسًا[٣] بكل واحد منهما، وهذا بخلاف الهبة من رجلين[٤]، حيث لا تجوز عند أبي حنيفة[٥].

فإن تهايئا[٦]، فكل واحد منهما في نوبته كالعدل[٧] في حق الآخر، قال[٨]: والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين؛ لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيًا حصته، إذ الاستيفاء مما يتجزأ.

قال[٩]: فإن أعطى[١٠] أحدهما دينه كان كله رهنًا في يد الآخر[١١]؛ لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق، وعلى هذا حبس المبيع[١٢] إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن.

قال: وإن رهن رجلان[١٣] بدين عليهما[١٤] رجلا رهنا واحدًا[١٥]، فهو جائز،

---

(١) أي لا شيوع في المحل باعتبار تعدد المستحق. (كف)

(٢) قوله: "فصار إلخ" أي فصار محبوسًا بدين كل واحد منهما، وكان استحقاق الحبس لهما استحقاقًا واحدًا من غير انقسام بينهما. (ك)

(٣) بالكمال.

(٤) قوله: "وهذا بخلاف الهبة إلخ" لأن موجب الهبة ثبوت الملك، والشيء الواحد يستحيل أن يكون كله مملوكًا لرجلين لكل واحد منهما على الكمال في زمان واحد، فدخل فيه الشيوع ضرورة، فأما حكم الرهن هو الحبس، والعين الواحدة يجوز أن تكون محبوسة بحق كل واحد منهما على الكمال، إذ لا تضايق في استحقاق الحبس لهما استحقاقًا واحدًا من غير انقسام بينهما. ألا ترى أن الرهن الواحد لا ينقسم على أجزاء الدين، بل يكون محبوسًا كله بكله، وبكل جزء منه، فكذا ههنا يكون العين محبوسة بحقهما، وبحق كل واحد منهما، فلا يدخل فيه الشيوع. (ك)

(٥) وقالا: يصح؛ لأن هذه هبة الجملة منهما، إذا التمليك واحد، فلا يتحقق الشيوع. (نت)

(٦) فأمسك هذا يومًا، وآخر يومًا. (غن)

(٧) العدل اسم لمن رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده. (كف)، يشير إلى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن. (ع)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٠) الراهن.

(١١) قوله: "كان كله رهنًا إلخ" قال في الشامل: ولو قضى دين أحدهما، ليس له أخذ شيء منه؛ لما عرف أنه رهن عند كل واحد بتمامه، فإن هلك عنده بعد ما قضى دينه يسترد ما أعطاه، كما لو كان واحدًا. (غن)

(١٢) قوله: "وعلى هذا حبس إلخ" إذا اشترى رجلان من رجل، فأدى أحدهما حصته، لم يكن له أن يقبض شيئًا، فكان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما على الآخر. (ك)

(١٣) قوله: "وإن رهن" هذه المسألة ليست مذكورة في "الجامع الصغير" و "مختصر القدوري"، وإنما ذكرها الكرخي في "مختصره". (غاية البيان)

(١٤) في صفقة واحدة، أو كان على كل واحد منهما دين على حدة. (غن)

7
26
B

والرهن رهن بكل الدين، وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى جميع الدين؛ لأن قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع.

فإن أقام الرجلان[1] كل واحد منهما البينة على رجل، أنه رهنه عبده الذى فى يده[2]، وقبضه، فهو باطل؛ لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد، ولا وجه إلى القضاء؛ لكل واحد منهما بالكل؛ لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنًا لهذا، وكله رهنًا لذلك فى حالة واحدة، ولا إلى القضاء[3] بكله لواحد بعينه؛ لعدم الأولوية، ولا إلى القضاء[4] لكل واحد منهما بالنصف؛ لأنه يؤدى إلى الشيوع، فتعذر العمل بهما[5]، وتعين التهاتر[6]، ولا يقال أنه يكون رهنًا لهما[7]، كأنهما ارتهناه معًا، إذ جهل التاريخ بينهما[8].

وجعل فى كتاب الشهادات[9]، هذا وجه الاستحسان؛ لأنا نقول: هذا[10] عمل على خلاف ما اقتضته الحجة[11]؛ لأن كلا منهما أثبت[12] ببينته حبسا يكون وسيلة إلى مثله فى الاستيفاء، وبهذا[13] القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره

---

(١٥) وهو عبد مثلا.

(١) قوله: "فإن أقام [هذه مسألة "الجامع الصغير". غن] إلخ" صورة المسألة رجل فى يده عبد، فأدعاه رجلان، كل واحد منهما يقول لذى اليد: قد رهنتنى بألف درهم، وقبضته منك، ثم أخذت منى بطريق العارية، أو الغصب، وأقاما البينة على ما ادعيا، فهو باطل. (ك)

(٢)قوله: "الذى فى يده" وجملة الوجوه أن العبد إما أن يكون فى أيديهما، أو فى يد أحدهما، أو لا فى يد أحدهما، فإن كان فى يد أحدهما، فهو أولى به؛ لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده، كما فى الشراء، وقد تقدم، إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأول، فإنه صريح فى السبق، وهو يفوق الدلالة، فإن لم يكن فى يد واحد منهما، فهو المذكور فى الكتاب، وإن كان فى أيديهما، فإن علم الأول منهما، فهو أولى، وإن لم يعلم ففيه التهاتر. (مل)

(٣)أى لا وجه إلى إلخ.

(٤) أى لا وجه إلى إلخ.

(٥)أى ببينتهما.

(٦) قوله: "التهاتر" تهاتر يک ديگر را تكذيب كردن، منه التهاتر للشهادات التى يكذب بعضها بعضاً. (من)

(٧)قوله: "أنه [عبد] يكون رهنًا لهما إلخ "أى أنه يجوز أن يكون الشىء رهنًا عند رجلين، فيكون لكل واحد منهما نصفه بنصف حقه. (غن)

(٨)وأصله الغرقى والحرقى والهدمى. (ك)

(٩) قوله: "وجعل إلخ" قال الفقيه ابو الليث فى "شرح الجامع الصغير": قال فى كتاب الشهادات: إن الرهن فى القياس باطل، وفى الاستحسان جائز، بالقياس نأخذ. (غن)

(١٠) أى كونه رهنًا لهما.

(١١) أى البينة.

(١٢) لنفسه. (ك)

في الاستيفاء، وليس هذا عملا على وفق الحجة، وما ذكرناه وإن[1] كان قياسًا، لكن محمدًا أخذ به[2] لقوته[3]، وإذا وقع[4] باطلا، فلو هلك يهلك أمانة؛ لأن الباطل لا حكم له.

قال[5]: ولو مات الراهن والعبد في أيديهما، فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا[6]، كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنًا يبيعه بحقه استحسانًا، وهو قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي القياس هذا باطل، وهو قول أبي يوسف؛ لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي[7]؛ لعقد الرهن، فيكون القضاء به[8] قضاء بعقد الرهن، وإنه باطل للشيوع، كما في حالة الحياة.

وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته[9]، وإنما يراد لحكمه، وحكمه في حالة الحياة الحبس، والشيوع يضره، وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين، والشيوع لا يضره، وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة[10]، أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة، تهاترت[11] في حالة الحياة، ويقضى[12] بالميراث بينهم بعد

(١٣) قوله: "وبهذا [أي بالقضاء بجعله مرهونًا من اثنين. غن] القضاء إلخ" أي لو جعلناه كالرهن من اثنين، لقضيناه بكل واحد منهما بحبس هو طريق إلى شطره، والحكم بخلاف الحجة باطل. (كف)

(١) الواو وصلية.

(٢) في الأصل.

(٣) قوله: "لقوته" ووجه الاستحسان ضعيف؛ لأن ذلك عمل على خلاف ما قامت به البينة. (ك)

(٤) قوله: "وإذا وقع [الرهن]" هذا إذا كان الرهن في أيدهما فهلك، فالمصنف وإن وضع المسألة فيما إذا كان الرهن في يد الراهن، لكن لما كان حكم ما إذا كان الرهن في أيديهما مثله، ذكر هذا الفرع بناء عليه، هكذا في بعض الحواشي.

(٥) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(٦) أي يكون نصف العبد رهنًا لهذا، ونصفه رهنًا لهذا. (غن)

(٧) مقصود. (غن)

(٨) أي بالحبس للاستيفاء. (غن)

(٩) قوله: "أن العقد [أي عقد الرهن] إلخ" يعني أن المقصود بعد موت الراهن إثبات الاختصاص، وهو كونه أحق به من سائر الغرماء دون الحبس، وكل واحد منهما أثبت لنفسه الاختصاص بالعين، حتى يباع له في دينه، وهذا مما يحتمل الشركة، فيقضى لكل واحد منهما بالنصف، فأما في حالة الحياة، فالمقصود هو الحبس، وذا مما لا يحتمل الشركة في العين، إذ الشائع لا يدوم حبسه. (ك)

(١٠) قوله: "كما إذا ادعى الرجلان إلخ" أي أن الرجلين لو أقام كل واحد منهما على امرأة أنه تزوجها، ولم تكن المرأة في بيت واحد منهما، لا يقبل شهادته، ولو أقاما البينة بعد موتها قبلت بينتهما، وكذلك إذا ادعت أختان، كل واحدة منهما نكاحا من رجل واحد، وأقاما البينة، إن كان في حال الحياة، لا يقضى لهما، وبعد الممات يقبل البينة؛ لأن المقصود في حال الحياة الحل، وهو لا يحتمل الشركة، وبعد الموت المقصود الميراث، وهو مال يحتمل الشركة. (غن)

الممات؛ لأنه[1] يقبل الانقسام، والله أعلم.

باب الرهن[2] الذى يوضع على يد العدل[3]

قال[4]: وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز، وقال مالك: لايجوز[5]، ذكر قوله في بعض النسخ[6]: لأن يد العدل يد المالك، ولهذا[7] يرجع العدل عليه[8] عند الاستحقاق، فانعدم القبض[9].

ولنا أن يده على الصورة يد المالك فى الحفظ[10]؛ إذ العين أمانة[11]، وفى حق المالية يد المرتهن؛ لأن يده يد ضمان[12]، والمضمون هوا لمالية، فنزل منزلة الشخصين تحقيقًا لما قصداه[13] من الرهن، وإنما يرجع العدل على المالك فى الاستحقاق؛ لأنه نائب عنه[14] فى حفظ العين كالمودع[15].

---

(١١) البينات.

(١٢) قوله: "ويقضى" فيقضى لكل واحد من الرجلين بنصف ميراث الزوج، ولكل واحد من الأختين بنصف ميراث النساء. (ك)

(١) الميراث.

(٢) قوله: "باب الرهن إلخ" لما ذكر حكم الرهن إذا كان فى يد المرتهن، ذكر حكمه إذا كان فى يد العدل، وهو الذى يثق الراهن والمرتهن بكون الرهن فى يده، فإنه نائب عن المرتهن، والنائب يقفو المنوب. (غاية البيان)

(٣) قوله: "العدل" وليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه؛ لأنه مأمور بالحفظ فحسب. (حاكم شهيد)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٥) قوله: "لا يجوز" صاحب "الهداية" قال فى أول الكتاب: وقال مالك: يلزم بنفس العقد، فإذا كان كذلك ينبغى أن لا يشترط قبض العدل أصلا، ويجوز أن يكون عن مالك روايتان فى اشتراط القبض فى الرهن. (غاية البيان)

(٦) قوله: "ذكر قوله فى بعض النسخ" الظاهر أن معناه أنه ذكر قول مالك فى بعض نسخ السلف دون البعض، كالمبسوطين وشرح الأقطع، فإنه ذكر فيها ابن أبى ليلى بدل مالك أو معناه، ذكر القدورى قوله فى بعض نسخه. (أعظمى)

قوله: "فى بعض النسخ" إشارة إلى أن فى بعضها ليس كذلك، فإنه ذكر فى "المبسوط"، وشرح الأقطع ابن أبى ليلى بدل مالك. (ع)

(٧) قوله: "ولهذا يرجع العدل إلخ" يعنى إذا هلك الرهن فى يد العدل، ثم استحق وضمن العدل قيمته، يرجع على الراهن بما ضمن، ولو لم يكن يده يد الراهن لم يرجع. (ع)

(٨) أى على الراهن دون المرتهن. (ك)

(٩) أى قبض المرتهن.

(١٠) قوله: "أن يده إلخ" يعنى أن قبض العدل كقبض المرتهن، فيتم به الرهن؛ وهذا لأن اليد فى باب الرهن على الصورة أمانة، وعلى المعنى مضمون، فكانت يده إلخ. (كفاية)

(١١) فى يد العدل.

(١٢) فإن قبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن فى حكم صحته، وضمانه بالدين إذا هلك. (غن)

(١٣) العاقدان.

قال[١] : وليس للمرتهن، ولا للراهن أن يأخذه منه ؛ لتعلق حق الراهن فى الحفظ[٢] بيده وأمانته، وتعلق حق المرتهن به[٣] استيفاء، فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر، فلو هلك فى يده هلك[٤] فى ضمان المرتهن ؛ لأن يده فى حق المالية يد المرتهن، وهى المضمونة[٥].

ولو دفع العدل[٦] إلى الراهن أو المرتهن ضمن[٧] ؛ لأنه مودع الراهن فى حق العين، ومودع المرتهن فى حق المالية، وأحدهما أجنبى عن الآخر، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبى.

وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما[٨]، وقد[٩] استهلكه المدفوع إليه[١٠]، أو هلك فى يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنًا فى يده ؛ لأنه يصير قاضيًا ومقتضيًا[١١]، وبينهما تنافٍ، لكن يتفقان[١٢] على أن يأخذاها[١٣] منه، ويجعلاها[١٤] رهنًا عنده، أو عند غيره.

وإن تعذر اجتماعهما[١٥]، يرفع أحدهما إلى القاضى[١٦] ؛ ليفعل[١٧] كذلك[١٨]،

---

(١٤) قوله: "لأنه نائب عنه [المالك] إلخ" أى العدل فى حق العين نائب عن الراهن، وفى حق المالية نائب عن المرتهن، فكانت العبرة للعين؛ لأن العين هو الأصل، فلذلك رجع بضمان الاستحقاق على الراهن دون المرتهن. (ك)

(١٥) قوله: "كالمودع" إذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق يرجع إلى المودِع؛ لأن يد المودَع يد المودِع. (ع)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) أى فى حفظ الرهن.

(٣) أى بالرهن.

(٤) فكأنه فى يد المرتهن. (غن)

(٥) أى يد المرتهن، بالأقل من قيمة الرهن ومن الدين. (غن)

(٦) وهذه من مسائل الأصل. (غن)

(٧) بالقيمة.

(٨) راهن ومرتهن.

(٩) الواو حالية.

(١٠) أى الراهن أو المرتهن.

(١١) قوله: "لأنه يصير قاضيًا [لما وجب عليه بالضمان. غن إلخ]" أى لأن القيمة وجبت دينًا فى ذمته، ولو جعلها رهنًا فى يده، صار الواحد قاضيًا ومقضيًا ما عليه، وبينهما تناف. (ك)

(١٢) عاقدان.

(١٣) قيمة.

(١٤) قيمة.

(١٥) راهن ومرتهن.

ولو فعل ذلك[١] ثم قضى الراهن بالدين، وقد[٢] ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن[٣]، فالقيمة سالمة له؛ لوصول المرهون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتهن، فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد[٤].

وإن كان[٥] ضمنها[٦] بالدفع[٧] إلى المرتهن[٨]، فالراهن يأخذ القيمة منه[٩]؛ لأن العين لو كانت قائمة في يده يأخذها[١٠] إذا أدى الدين، فكذلك يأخذ[١١] ما قام مقامها[١٢]، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل[١٣].

قال[١٤]: وإذا وكل الراهن المرتهن، أو العدل، أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول

---

(١٦) قوله: "يرفع أحدهما" -برفع الدال- أي يرفع الأمر إلى القاضي أحد هذين المذكورين، وهما الراهن والمرتهن، حتى يأخذ القيمة من العدل، ويضعها رهنًا عنده، وظن بعضهم أن أحدهما منصوب على معنى أن العدل يرفع أحدهما، وذلك ليس بشيء؛ لأن العدل هو الضامن للقيمة، فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضي. (غن)

(١٧) القاضي.

(١٨) أي يأخذ القيمة من يد العدل بالضمان منه، ثم يضعه رهنًا عنده. (غن)

(١) أي جعل القيمة في يد العدل. (عناية)

(٢) الواو حالية.

(٣) أي بدفع المرهون.

(٤) قوله: "فلا يجتمع البدل إلخ" فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد، فإن القيمة بدل الراهن من حيث العين في حق الراهن، وبدله من حيث المالية في حق المرتهن. (عناية)

(٥) العدل.

(٦) القيمة.

(٧) أي بدفع المرهون.

(٨) وقد أدى الراهن الدين إلى المرتهن.

(٩) قوله: "يأخذ إلخ" وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية، أو الوديعة، وهلك في يد المرتهن لا يرجع، وإن استهلك يرجع عليه، فإن العدل بأداء الضمان ملكه، وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه، فإن هلك في يده لم يضمن، وإن استهلك ضمن، وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهنًا، بأن قال: هذا رهنك، خذه بحقك، وأحبسه بدينك، رجع العدل عليه بقيمته، استهلكه المرتهن، أو هلك عنده؛ لأنه دفع على وجه الضمان. (عناية)

(١٠) الراهن.

(١١) الراهن.

(١٢) عين.

(١٣) قوله: "ولا جمع فيه إلخ" بهذا اللفظ تحرز عن المسألة الأولى، وهي ما لو ضمن العدل القيمة بسبب دفع الرهن إلى الراهن، وهناك لو قضى الراهن دينه إلى المرتهن، ثم أراد أخذ القيمة من العدل، كان جامعًا بين البدل والمبدل؛ لأنه وصل إليه عين حقه، وهو الرهن أولا، ثم لو أخذ منه قيمته كان جامعًا بين البدل والمبدل، فلذلك لا يأخذ القيمة هناك، وأما ههنا فلا جمع. (ك)

الدين، فالوكالة جائزة؛ لأنه توكيل ببيع ماله[١].

وإن شرطت[٢] في عقد الرهن، فليس للراهن أن يعزل الوكيل[٣]، وإن عزله لم ينعزل؛ لأنها[٤] لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفًا من أوصافه، وحقًا من حقوقه، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة[٥]، فيلزم[٦] بلزوم أصله[٧]، ولأنه تعلق به حق المرتهن، وفي العزل إتواء[٨] حقه، وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي[٩].

ولو وكله[١٠] بالبيع مطلقًا، حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة، ثم نهاه[١١] عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه؛ لأنه لازم بأصله[١٢]، فكذا بوصفه[١٣]؛ لما ذكرنا[١٤]، وكذا إذا عزله[١٥] المرتهن لا ينعزل؛ لأنه لم يؤكله، وإنما وكله غيره[١٦].

وإن مات الراهن[١٧] لم ينعزل؛ لأن الرهن لا يبطل بموته[١٨]، ولأنه لو بطل إنما

---

(١٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١) قوله: "لأنه توكيل إلخ" وهذا لأن الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء، وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء أوثق، فكان بالجواز أحق، نعم فيه تعليق الوكالة بالشرط، لكنها إسقاط، والإسقاطات تقبل التعليق، وهذا لأنه كان ممنوعًا عن التصرف في هذه العين لحق المالك، فإذا وكله فقد أسقط حقه. (ك)

(٢) الوكالة.

(٣) يعني بدون رضى المرتهن. (عناية)

(٤) الوكالة.

(٥) قوله: "ألا ترى أنه [أي أن عقد الوكالة. غن] لزيادة الوثيقة" أي التوكيل لزيادة الوثيقة، والرهن وثيقة، فيكون التوكيل وصفًا من أوصاف الرهن، فيلزم بلزوم الرهن. (كفاية)

(٦) أي عقد الوكالة. (غن)

(٧) هو الرهن. (غن)

(٨) إتواء –بالكسر– هلاك كردن. (م)

(٩) قوله: "كالوكيل بالخصومة إلخ" إذا وكل المدعى عليه بالخصومة بطلب المدعي، لا يملك عزله بغير محضر من الخصم؛ لأنه تعلق به حق المدعي. (ك)

(١٠) أي المرتهن أو العدل أو غيرهما.

(١١) راهن.

(١٢) قوله: "لأنه لازم إلخ" أي لأن عقد الوكالة صار لازمًا بلزوم أصله؛ لكونه مشروطًا في عقد الرهن، فلزم أصله، فكذا لزم وصفه، وهو الإطلاق حيث لم يتقيد بالنقد بالنهي عن النسيئة. (غن)

(١٣) وهو الإطلاق. (عناية)

(١٤) من أنه صار حقًا من حقوقه.

(١٥) الوكيل.

(١٦) راهن.

(١٧) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (غاية البيان)

يبطل لحق الورثة[١]، وحق المرتهن مقدم[٢].

قال[٣]: وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة[٤]، كما يبيعه في حال حياته[٥] بغير محضر منه[٦]، وإن مات المرتهن، فالوكيل على وكالته؛ لأن العقد[٧] لا يبطل بموتهما، ولا بموت أحدهما، فيبقي بحقوقه وأوصافه[٨].

وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة[٩]، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه؛ لأن الوكالة لا يجرى فيها الإرث، ولأن الموكل رضى برأيه، لا برأى غيره.

وعن أبي يوسف[١٠] أن وصى الوكيل يملك بيعه[١١]؛ لأن الوكالة لازمة[١٢]، فيملكه الوصى كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانًا، يملك وصى المضارب بيعها؛ لما أنه لازم[١٣] بعد ما صار أعيانًا[١٤].

قلنا: التوكيل حق لازم لكن عليه، والإرث يجرى فيما له[١٥]، بخلاف المضاربة، لأنها حق المضارب.

وليس للمرتهن[١٦] أن يبيعه[١٧] إلا برضا الراهن؛ لأنه[١٨] ملكه[١٩]، وما[٢٠]

---

(١٨) راهن.

(١) قوله: "إنما يبطل لحق الورثة" كما في سائر الوكالات تبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك إلى الورثة. (غن)

(٢) على حق الورثة.

(٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٤) أي ورثة الراهن.

(٥) راهن.

(٦) راهن.

(٧) أي عقد الرهن. (ك)

(٨) قوله: "فيبقى [العقد] بحقوقه إلخ" الحقوق الحبس والاستيفاء والوكالة، والأوصاف اللزوم وجبر الوكيل، وحق بيع ولد الرهن، وحق صرف الدراهم بالدنانير. (ك)

(٩) قوله: "انتقضت الوكالة" والرهن باق كما كان؛ لأن الرهن لو كان في يد المرتهن، فمات لم يبطل العقد به، فلأن لا يبطل بموت العدل أولى. (ع)

(١٠) في رواية الحسن بن مالك. (غن)

(١١) أي بيع الرهن عند حلول الدين. (غن)

(١٢) بحيث لا يجوز فسخها. (غن)

(١٣) أي عقد المضاربة.

(١٤) رأس المال.

(١٥) قوله: "فيما له" أي لا فيما عليه، ألا ترى أن الميت إذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاءه، وإن كان له دين على غيره ورثوه. (عناية)

رضى ببيعه، وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن؛ لأن المرتهن أحق بماليته[1] من الراهن، فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع.

قال[2]: فإن حل الأجل، وأبى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه[3]، والراهن غائب أجبر على بيعه[4]؛ لما ذكرنا[5] من الوجهين في لزومه، وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة[6]، وغاب الموكل، فأبى[7] أن يخاصم أجبر على الخصومة؛ للوجه الثانى، وهو أن فيه إتواء الحق، بخلاف الوكيل بالبيع[8]؛ لأن الموكل يبيع بنفسه، فلا يتوى حقه.

أما المدعى لا يقدر على الدعوى، والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه، فلو لم يكن التوكيل مشروطًا فى عقد الرهن، وإنما شرط بعده، قيل: لا يجبر[9] اعتبارًا

---

(١٦) أى إذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه. (غن)

(١٧) قوله: "أن يبيعه [أى الرهن. غن] إلخ" وإن باعه بغير إذنه، توقف على إجازة صاحبه، فإن أجازه جاز، ويكون الثمن رهنًا، وإن لم يخبره لا يجوز البيع، وله أن يبطله ويعيده رهنًا. (غن)

(١٨) رهن.

(١٩) راهن.

(٢٠) نافية.

(١) رهن.

(٢) فى "الجامع الصغير". (غن)

(٣) الرهن.

(٤) قوله: "أجبر [الوكيل] على بيعه" وكيفية الإجبار أن يحبسه القاضى أياما ليبيع، فإن لم يبع بعد الحبس أياما، فالقاضى يبيع عليه، وهذا على أصلهما ظاهر، وأما على أصل أبى حنيفة فكذلك عند البعض؛ لأنه تعين جهة البيع لقضاء الدين ههنا، وقيل: لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين، ولا يفسد البيع بهذا الإجبار؛ لأنه إجبار بحق، فصار كالاختيار. (ك)

(٥) قوله: "لما ذكرنا من الوجهين" أحدهما: أنه لما شرط فى عقد الرهن صار وصفًا من أوصافه.
والثانى: أنه تعلق به حق المرتهن، وفى العزل إتواء حقه، لا يقال: بأنه لا يستقيم الاستدلال على الوجه الأول، فإنه لا يلزم من كون الوكالة وصفًا من أوصاف الرهن، وكونها لازمة أن يكون الجبر مستحقًا عليه؛ لأنه لا تأثير له فيه، لأنا نقول: إنما يثبت وصف اللزوم فى الوكالة حقًا للمرتهن، فلو لم يجبر على البيع، لم تتحقق فائدة اللزوم. (ك)

(٦) قوله: "وكذلك الرجل إلخ" أى رجلان بينهما خصومة، فوكل المدعى عليه رجلا بخصومة بطلب المدعى، فغاب الموكل، وأبى الوكيل أن يخاصمه، فإنه يجبر. (كف)

(٧) الوكيل.

(٨) قوله: "بخلاف الوكيل [أى الوكيل المفرد لا الوكيل ببيع الرهن. ك] بالبيع" فإنه لا يجبر لو امتنع عن البيع؛ لأن الوكيل بالبيع إذا امتنع عن البيع لا يتضرر به الموكل؛ لأنه يتمكن من البيع بنفسه، وأما العدل إذا امتنع عن البيع يتضرر به المرتهن؛ لأنه لا يتمكن من البيع بنفسه. (كف)

(٩) قوله: "لا يجبر [الوكيل] إلخ" ذكر فى "المبسوط" وهو ظاهر الرواية؛ لأن الوكالة إنما تلزم بسراية اللزوم من

للوجه الأول[١]، وقيل: يجبر رجوعًا إلى الوجه الثاني[٢]، وهذا أصح.

وعن أبي يوسف أن الجواب في الفصلين واحد[٣]، ويؤيده إطلاق الجواب في "الجامع الصغير"[٤].

وفي "الأصل"[٥]: وإذا باع العدل الرهن[٦]، فقد خرج من الرهن[٧]، والثمن قائم مقامه، فكان[٨] رهنًا، وإن[٩] لم يقبض بعد؛ لقيامه مقام ما كان مقبوضًا[١٠]، وإذا توى[١١] كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون.

وكذا إذا قتل العبد الرهن[١٢]، وغرم القاتل قيمته؛ لأن المالك يستحقه[١٣] من حيث المالية، وإن كان بدل الدم[١٤]، فأخذ[١٥] حكم ضمان المال في حق المستحق[١٦]،

الرهن إليها، فإذا ثبت قصداً، يعطى له حكم بنفسه، وهي في نفسها إعانة، والمعين لا يجبر على الإعانة، وقيل: يجبر رجوعًا إلى الوجه الثاني، وهو تعلق حق المرتهن، وهذا أصح. وعند أبي يوسف أن الجواب في الفصلين واحد، أي في المشروط في عقد الرهن، وفي المستانف بعد عقد الرهن، يعني يجبر فيهما. (ك)

(١) وهو أنه من حقوق الرهن بالشرطية.

(٢) وهو أن فيه إتواء الحق.

(٣) أي كونه مشروطا في العقد، وكونه غير مشروط به.

(٤) قوله: "إطلاق الجواب في "الجامع" إلخ" حيث قال فيه إذا أبى الوكيل، يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا في العقد أولم يكن، وكذا ذكر في الأصل مطلقًا. (عناية)

(٥) مبسوط.

(٦) ذكرها تفريعًا. (غن)

(٧) لأنه صار ملكًا للمشتري، وملكه لا يكون رهنًا. (ع)

(٨) الثمن.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) فزوال القبض فيه لا يخرجه من أن يكون رهنًا، كما لو استعار الراهن الرهن. (غاية البيان)

(١١) الثمن، عند العدل أو المرتهن.

(١٢) أي المرهون.

(١٣) أي هذا الضمان.

(١٤) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان [هذا الضمان] إلخ" جواب إشكال مقدر، وهو أن يقال: إن قيمة العبد ضمان الدم، بدليل أنه ينقص منه عن دية الحر، فإذا كان ضمان الدم، والدم ليس بمملوك له، ولا يصح رهنه، فكذلك بدله، واستحقاق المالك إياه لا يدل على أنه ضمان المال كالدية، فالجواب أنه وإن كان بدل الدم، فإن المالك يستحقه باعتبار أنه ضمان ماليته، فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق، وهو المولى.

بخلاف الدية؛ لأن الضمان فيه لا يستحق باعتبار المالية، إذا ليس فيه ثبوت المالية، وههنا المالية متحققة، وهي حق المالك، فبالقتل يتلف حقه، فأخذ بهذا الاعتبار حكم ضمان المال، وإن كان بدل الدم. (ك)

(١٥) هذا الضمان.

(١٦) أي الراهن.

فبقي عقد الرهن، وكذلك لو قتله عبد فدفع به؛ لأنه قائم مقام الأول لحمًا ودمًا.

قال[١]: وإن باع العدل الرهن، فأوفى المرتهن الثمن، ثم استحق الرهن، فضمنه العدل، كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه، وليس له أن يضمنه غيره[٢]، وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق، إما أن يكون هالكًا، أو قائمًا.

ففي الوجه الأول[٣] المستحق بالخيار، إن شاء ضمن الراهن قيمته؛ لأنه[٤] غاصب في حقه، وإن شاء ضمن العدل؛ لأنه[٥] متعدٍّ في حقه بالبيع والتسليم.

فإن ضمن الراهن نفذ البيع[٦]، وصح الاقتضاء[٧]؛ لأنه[٨] ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه[٩] أمره ببيع ملك نفسه، وإن ضمن البائع[١٠] ينفذ البيع أيضًا؛ لأنه[١١] ملكه بأداء الضمان. فتبين أنه باع ملك نفسه، وإذا ضمن العدل، فالعدل بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة؛ لأنه وكيل من جهته[١٢] عامل له[١٣]، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة، ونفذ البيع[١٤]، وصح الاقتضاء[١٥]، فلا يرجع المرتهن عليه[١٦] بشيء من دينه. وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن[١٧]؛ لأنه تبين

---

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) قوله: "وليس له" أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أداه إليه. (غن)

(٣) قوله: "ففي الوجه الأول" أي فيما إذا كان المرهون المبيع هالكًا. (غن)

(٤) راهن.

(٥) عدل.

(٦) أي بيع العدل الرهن.

(٧) قوله: "وصح الاقتضاء" أي قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه. (ك)

(٨) راهن.

(٩) راهن.

(١٠) أي العدل. (عناية)

(١١) بائع عدل.

(١٢) راهن.

(١٣) راهن.

(١٤) أي بيع العدل الرهن.

(١٥) قوله: "وصح الاقتضاء" أي استيفاء المرتهن الثمن بدينه. (ك)

(١٦) أي على الراهن. (ك)

(١٧) الذي أعطاه. (غن)

أنه[١] أخذ الثمن بغير حق؛ لأنه ملك العبد بأداء الضمان، ونفذ بيعه عليه، فصار الثمن له، وإنما أداه[٢] إليه[٣] على حِسْبان[٤] أنه ملك الراهن، فإذا تبين أنه ملكه[٥]، لم يكن راضيًا به، فله[٦] أن يرجع به[٧] عليه[٨]، وإذا رجع[٩] بطل الاقتضاء[١٠]، فيرجع[١١] المرتهن على الراهن بدينه.

وفي الوجه الثاني: وهو أن يكون[١٢] قائمًا في يد المشترى، فللمستحق أن يأخذه من يده؛ لأنه وجد عين ماله، ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن؛ لأنه العاقد، فتتعلق به حقوق العقد، وهذا[١٣] من حقوقه[١٤]، حيث وجب بالبيع، وإنما أداه ليسلم له المبيع[١٥] ولم يسلم.

ثم العدل بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة[١٦]؛ لأنه هوا لذى أدخله في العهدة[١٧]، فيجب عليه[١٨] تخليصه، وإذا رجع[١٩] عليه[٢٠]، صح قبض[٢١]

---

(١) مرتهن.

(٢) ثمن.

(٣) مرتهن.

(٤) بالكسر: پنداشتن. (م)

(٥) قوله: "فإذا تبين أنه ملكه" أى ملك العدل لم يكن راضيًا، أى لم يكن العدل راضيًا باداء الثمن إلى المرتهن. (ك)

(٦) قوله: "فله" أى فللعدل أن يرجع بالثمن الذى أداه إلى المرتهن على المرتهن. (غن)

(٧) ثمن.

(٨) مرتهن.

(٩) أى العدل على المرتهن بالثمن.

(١٠) أى اقتضاء المرتهن الثمن بدينه.

(١١) بحقه فى الدين. (غن)

(١٢) المبيع المرهون.

(١٣) الرجوع.

(١٤) عقد.

(١٥) قوله: "وإنّما أداه إلخ" أى إنما أدى المشترى الثمن إلى العدل ليسلم للمشترى المبيع ولم يسلم. (ع)

(١٦) أى بالثمن. (ع)

(١٧) قوله: "لأنه [راهن] هو الذى إلخ" أى لأن الراهن هو الذى أدخله فى يده الورطة، فإذا ضمن بفعل باشره لأجله، كان له أي يرجع عليه بما ضمن. (غاية البيان)

(١٨) راهن.

(١٩) العدل.

(٢٠) راهن.

المرتهن؛ لأن المقبوض[١] سلم له، وإن شاء رجع[٢] على المرتهن؛ لأنه إذا انتقض العقد[٣]، بطل الثمن، وقد قبضه ثمنًا، فيجب نقض قبضه ضرورة، وإذا رجع[٤] عليه وانتقض قبضه، عاد حقه فى الدين كما كان، فيرجع به[٥] على الراهن.

ولو أن المشترى سلم الثمن إلى المرتهن، لم يرجع[٦] على العدل؛ لأنه[٧] فى البيع عامل للراهن، وإنما يرجع عليه[٨] إذا قبض، ولم يقبض فبقى الضمان[٩] على الموكل، ، وإن كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد، فما لحق العدل من العهدة يرجع[١٠] به على الراهن، قبض الثمن المرتهن أم لا؛ لأنه لم يتعلق[١١] بهذا التوكيل[١٢] حق المرتهن، فلا رجوع[١٣]، كما فى الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل، ودفع الثمن إلى من أمره الموكل، ثم لحقه عهدة، لا يرجع به على المقتضى[١٤]. بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد، لأنه تعلق به حق المرتهن، فيكون البيع لحقه[١٥].

(٢١) الثمن.

(١) أى الثمن المقبوض من العدل. (ع)

(٢) العدل، أى بالثمن الذى أداه إليه. (ع)

(٣) أى بيع العدل المرهون.

(٤) العدل.

(٥) أى بالدين.

(٦) المشترى.

(٧) عدل.

(٨) عدل.

(٩) قوله: "فبقى الضمان على الموكل" والمراد بالموكل المرتهن، وسماه موكلا؛ لأن البيع وقع لأجله، وبالضمان الثمن، أو بالموكل الراهن وبالضمان الدين. (ك)

(١٠) العدل.

(١١) قوله: "لأنه لم يتعلق إلخ" أى لأن التوكيل بعد العقد إنما يقع لحق الراهن خاصة دون حق المرتهن، ألا ترى أن المرتهن لا يملك مطالبة هذا الوكيل بالبيع، ولا يمنع الراهن من عزله، وإذا وقعت الوكالة خاصة لحق الراهن، لم يثبت الرجوع على غيره، وصار كمن وكل رجلا ببيع شيء، وأن يقضى عنه دينه، ففعل ثم لزمه ضمان، لم يرجع على المقتضى، وليس كذلك الوكالة المشروطة فى الرهن؛ لأنها لحق المرتهن بدلالة أنه يملك المطالبة بالبيع، ويمنع الراهن من العزل، فإذا وقع البيع فى حقه، وسلم له غرضه، جاز أن يلزمه الضمان، كذا ذكره القدورى فى "شرحه". (غن)

(١٢) الذى بعد العقد (غن)

(١٣) أى على المرتهن.

(١٤) أى القابض. (ك)

(١٥) قوله: "فيكون إلخ" وإذا وقع البيع لحقه، وقد سلم له ذلك، جاز أن يلزمه بالضمان. (كفاية)

قال رضي الله تعالى عنه[١]: هكذا ذكره الكرخي[٢]، وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع[٣].

قال[٤]: وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن، ثم استحقه رجل، فله الخيار، إن شاء ضمن[٥] الراهن، وإن شاء ضمن المرتهن؛ لأن كل واحد منهما متعدٍّ في حقه[٦] بالتسليم أو بالقبض.

فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين[٧]؛ لأنه ملكه[٨] بأداء الضمان، فصح الإيفاء. وإن ضمن[٩] المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من[١٠] القيمة[١١] وبدينه، أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن[١٢]، وأما بالدين فلأنه انتقض[١٣] اقتضاءه[١٤]، فيعود حقه كما كان.

فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه[١٥]، والملك في المضمون، يثبت لمن عليه قرار الضمان، فتبين[١٦] أنه رهن ملك نفسه، فصار كما إذا

(١) أي المصنف.

(٢) في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "وهذا [أي ما ذكر الكرخي. غن] يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع]" أي الوكيل الذي لم يكن وكالته مشروطة في العقد، حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد، وبين الوكالة التي بعد العقد، فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن، يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن، لا على المرتهن؛ لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن. (ع)

(٤) في "الجامع الصغير".

(٥) القيمة.

(٦) قوله: "متعدٍّ في حقه" أي متعدٍّ في حق المستحق، أما الراهن فبتسليم الرهن إلى المرتهن، وأما المرتهن فبالقبض، فصار الراهن كالغاصب، والمرتهن كغاصب الغاصب، فله أن يضمن أيهما شاء. (غن)

(٧) أي ذهب بالدين. (غن)

(٨) مرهون من وقت القبض. (غن)

(٩) بالقيمة.

(١٠) بيان ما.

(١١) التي ضمنه. (غن)

(١٢) قوله: "فلأنه [مرتهن] مغرور [أي الراهن غره حيث رهن ملك الغير، فصار كأنه هو الذي أوجب عليه الضمان. غن] إلخ" والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضمان، كما يرجع المستأجر على المرجر، والمودع على المودع. (ك)

(١٣) قوله: "فلأنه انتقض إلخ" أي أما الرجوع بالدين، فلأن المرتهن لم يصر مستوفيًا لدينه بهلاك الرهن؛ لأن الرهن لم يكن ملك الراهن. (غن)

(١٤) مرتهن أي قبضه. (ع)

(١٥) بضمان القيمة. (كفاية)

ضمن المستحق الراهن ابتداء، قلنا: هذا[١] طعن[٢] أبي خازم[٣] القاضي.

والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور[٤]، والغرور بالتسليم كما ذكرناه[٥]، أو بالانتقال من المرتهن إليه، كأنه[٦] وكيل منه[٧]، والملك بكل ذلك[٨] متأخر عن عقد الرهن[٩].

بخلاف الوجه الأول[١٠]؛ لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن، فيستند الملك إليه، فتبين أنه رهن ملك نفسه، وقد طولنا الكلام في "كفاية المنتهى[١١]"، والله أعلم.

---

(١٦) فينبغي أن يحكم ههنا أيضاً بأنه مات بالدين، ولا يرجع المرتهن على الراهن بدينه.

(١) أي هذا السؤال.

(٢) علي محمد بن الحسن.

(٣) بالخاء المعجمة، وهو عبد الحميد بن عبد العزيز قاضي بغداد القاضي. (ك)

(٤) قوله: "يرجع [مرتهن] عليه [بالضمان. ك] إلخ" أي يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور، والغرور إنما يحصل بالتسليم إلى المرتهن فإنما يملك العين من هذا الوقت، وعقد الرهن سابق عليه، فلا يكون راهناً ملك نفسه، فأما المستحق فإنما يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق لا لتسليمه، فيملكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده، أو بالانتقال من المرتهن إليه كما في الوكيل بالشراء كأنه اشتراه من المستحق ثم باع من الراهن.

وهذا لأن المرتهن غاصب في حق المستحق، فإذا ضمن يملك المضمون ضرورة، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن، ينتقل إليه من جهة المرتهن، والمرتهن يملكه من وقت القبض؛ لأنه بالقبض صار غاصباً، فيملكه الراهن بعده من جهته، فيكون ملك الراهن متأخراً عن عقد الرهن. (ك)

(٥) قوله: "كما ذكرناه" يعني قوله: لأن كل واحد منهما متعدٍّ في حقه بالتسليم. (ع)

(٦) مرتهن.

(٧) قوله: "وكيل منه" من حيث انتقال الملك من المرتهن إلى الراهن كانتقال الملك من الوكيل إلى الموكل. (غن)

(٨) قوله: "والملك بكل إلخ" هي الملك بكل واحد من التسليم والانتقال متأخر من عقد الرهن، أما بالتسليم فظاهر؛ لأن التسليم كان بعد العقد، فتبين أنه رهن غير ملكه، وأما بالانتقال، فلأن المرتهن غاصب في حق المستحق، فإذا ضمن ملك المضمون، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن، انتقل ملكه إليه، فيملكه من جهة المرتهن، والمرتهن ملكه من حين القبض؛ لأنه صار غاصباً به، فيملك الراهن بعد ذلك من جهته، فيكون ملك الراهن متأخراً عن عقد الرهن، فكأنه رهن غير ملكه. (ع)

(٩) قوله: "متأخر [ألا ترى أن التسليم متأخر عن العقد، وكذا الانتقال من المرتهن إليه] إلخ" ولا يشكل أن رأس مال المضاربة إذا استحق، وضمنه المضارب، فإنه يرجع على رب المال، والمضاربة نافذة، وإن كان الملك متأخراً عن عقد المضاربة؛ لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور، والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن إليه، وكل ذلك متأخر عن العقد؛ لأن المضاربة عقد غير لازم، وكل ما هو كذلك، فلدوامه حكم الابتداء، وقد تقدم، فصار كأنه إنشاء العقد بعد الرجوع، فنفذت بخلاف الرهن، فإنه عقد لازم، ليس لدوامه حكم الابتداء. (ع)

(١٠) قوله: "بخلاف الوجه الأول" يعني ما إذا ضمن المستحق الراهن. (عناية)

(١١) قوله "وقد طولنا الكلام إلخ" قيل: مراده مسألة المضاربة، والفرق بينها وبين مسألة الرهن. (عناية)

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره[١]

قال[٢]: وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن[٣]، فالبيع موقوف[٤]؛ لتعلق حق الغير به، وهو المرتهن، فيتوقف على إجازته[٥]، وإن كان الراهن يتصرف فى ملكه[٦]، كمن أوصى بجميع ماله، تقف[٧] على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث؛ لتعلق حقهم به[٨].

فإن أجاز المرتهن جاز؛ لأن التوقف لحقه، وقد رضى بسقوطه، وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضًا؛ لأنه زال المانع من النفوذ[٩]، والمقتضى موجود[١٠]، وهو التصرف الصادر من الأهل[١١] فى المحل[١٢].

وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله[١٣]، هو الصحيح[١٤]؛ لأن

(١) قوله: "باب التصرف إلخ" لما كان التصرف فى الرهن بعد ثبوت الرهن، وكذلك الجناية على الرهن، وجناية الرهن على غيره، ذكره عقيب مسائل الرهن؛ لأن كل ترتيب يجب طبعا، يجب وضعا للمناسبة. (غن)

(٢) القدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) سواء علم بالبيع ولم يأذن، أو لم يعلم به. (ع)

(٤) قوله: "فالبيع موقوف" اختلف لفظ محمد فى بيع المرهون فى بعض المواضع، قال: باطل، وفى بعضها قال: فاسد، ومعناها سيبطله، وسيفسده القاضى إذا طلب المشترى التسليم إلى المرتهن، وفى بعض المواضع قال: موقوف، وهو الصحيح. (غن)

(٥) قوله: "فيتوقف إلخ" وروى عن أبى يوسف فى "الأمالى": أن البيع نافذ، حتى إن المشترى لو أعتقه قبل القبض ينفذ عتقه، وإذا لم يعتقه المشترى بقى رهنًا عند المرتهن، فيستوفى المرتهن دينه، قال: وهذا قول أبى يوسف الأول، وقوله الآخر مثل ما ذكر فى الكتاب، أى فى "الجامع".
ووجه ما روى عن أبى يوسف أن الراهن يتصرف فى خالص ملكه؛ لأن البيع تصرف موضوع لنقل الملك، والملك له، ولهذا لو أعتقه نفذ عتقه، فكان البيع نافذا؛ لأن حق المرتهن يفوت إلى خلف، وهو الثمن. (غن)

(٦) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان إلخ" أقول: فى إتمام هذا القدر من التعليل نظر، فإنه ينتقض بما إذا أعتق الراهن عبد الرهن، فإنه ينفذ عتقه كما سيأتى فى الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك إيضًا، فالوجه فى التعليل ههنا أن يقال: لانعدام قدرة التسليم لتعلق حق الغير به، وهو المرتهن، فيتوقف على إجازته. (نت)

(٧) الوصية.

(٨) أى بما زاد على الثلث.

(٩) أى نفوذ البيع.

(١٠) لنفاذ البيع.

(١١) أى العاقل البالغ.

(١٢) أى المملوك.

(١٣) يعنى يكون بدل المرهون، وهو الثمن رهنًا مكان البيع، وهو المرهون. (غن)

(١٤) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما روى عن أبى يوسف، أن المرتهن إذا اشترط عند الإجازة أن يكون الثمن رهنًا، فهو رهن، وإلا لا يكون رهنًا؛ لأنه إذا أجاز بهذا الشرط، فما رضى ببطلان حقه عن العين، إلا وأن يكون متعلقًا

حقه تعلق بالمالية، والبدل له حكم المبدل، فصار كالعبد المديون إذا بيع برضا الغرماء، ينتقل حقهم إلى البدل؛ لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسًا[١]، فكذا هذا.

وإن لم يجز المرتهن البيع، وفسخه انفسخ[٢] في رواية[٣]، حتى لو افتكّ الراهن[٤] الرهن لا سبيل للمشترى عليه؛ لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك[٥]، فصار كالمالك، له أن يجيز، وله أن يفسخ.

وفى أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه؛ لأنه لو ثبت حق الفسخ له، إنما يثبت ضرورة صيانة حقه.

وحقه فى الحبس لا يبطل[٦] بانعقاد هذا العقد، فبقى[٧] موقوفًا، فإن شاء المشترى صبر حتى يفتكّ الراهن الرهن، إذ العجز[٨] على شرف[٩] الزوال[١٠]، وإن شاء[١١] رفع الأمر إلى القاضى، وللقاضى أن يفسخ؛ لفوات القدرة على التسليم، وولاية الفسخ إلى القاضى لا إليه[١٢]، وصار كما إذا أبق العبد المشترى قبل القبض، فإنه يتخير المشترى[١٣]؛ لما ذكرنا[١٤]، كذلك هذا.

بالبدل، فأما إذا لم يشترط سقط حقه عن المرهون، والثمن ليس بمرهون، فلا يتعلق حقه، ووجه الظاهر أن خروجه بالبيع، والبيع أوجب الزوال إلى بدل، فيتعلق حقه بالبدل، سواء شرط أولا، كما لو استهلكه إنسان، فإنه يتعلق حقه بالقيمة. (كف)

(١) بالكلية.

(٢) البيع.

(٣) وهو رواية ابن سماعة. (ك)

(٤) افتكاك: از گيرو بيرون كردن گروى را. (من)

(٥) قوله: "بمنزلة الملك" لأنه حق قوى، ألا ترى أن الراهن حجر عن التصرف فيه، ويضمن القيمة، أو المثل كالأجنبى، ويضمن العقر لو وطئ الجارية المرهونة، وهى بكر، وهذه إمارات المالكية. (ك)

(٦) بل يحصل بمنع النفاذ.

(٧) العقد.

(٨) أى عجز البائع عن التسليم.

(٩) شرف بر امر بزرگ رسيدن از چيز يا از شر. (من)

(١٠) أى در معرض زوال است. (ترجمه)

(١١) المشترى.

(١٢) قوله: "لا إليه" أى لا إلى المرتهن؛ لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة، وهو إلى القاضى.

(١٣) قوله: "فإنه يتخير" فإن المشترى بالخيار إن شاء صبر حتى يرجع الآبق، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضى؛ ليفسخ بحكم العجز عن التسليم. (كف)

(١٤) أى لفوات القدرة على التسليم. (ع)

جـ7 27 B

ولو باعه الراهن من رجل(١)، ثم باعه بيعًا ثانيًا من غيره(٢)، قبل أن يجيزه(٣) المرتهن.

فالثاني موقوف أيضًا على إجازته(٤)؛ لأن الأول لم ينفذ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني، فلو أجاز المرتهن البيع الثاني(٥)، جاز الثاني(٦).

ولو باع الراهن(٧) ثم آجر، أو وهب(٨)، أو رهن من غيره، وأجاز المرتهن هذه العقود(٩)، جاز البيع الأول(١٠).

والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني؛ لأنه يتعلق(١١) حقه(١٢) ببدله(١٣)، فيصح تعيينه(١٤)؛ لتعلق فائدته به، أما لا حق له في هذه العقود؛ لأنه لا بدل في الهبة والرهن، والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين، وحقه(١٥) في مالية العين لا في المنفعة، فكانت إجازته(١٦) إسقاطًا لحقه، فزال المانع(١٧)، فنفذ البيع الأول،

(١) هذه من مسائل "الجامع الكبير"، ذكرها تفريعًا. (غن)

(٢) رجل.

(٣) بيع أول.

(٤) كالأول. (ع)

(٥) قوله: "والبيع الثاني إلخ" وإنما خص إجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة، فإنه بإجازتها يصح العقد الأول، وهو البيع، ولم تصح هي، وبإجازة البيع الثاني لا يصح البيع الأول وإن كان سابقا، ويصح هو. (ع)

(٦) ولو أجاز الأول جاز الأول.

(٧) هذه من مسائل "الجامع الصغير"، ذكرها تفريعًا. (غن)

(٨) وسكت المصنف عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة؛ اعتمادًا على كونه معلومًا. (ع)

(٩) قوله: "هذه العقود" أي الإجارة أو الرهن أو الهبة دون البيع، والأصل أن تصرف الراهن في الرهن إذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن، وإذا أجاز المرتهن تصرفه ينظر فيه، فإن كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ بإجازة المرتهن التصرف الذي لحقته الإجازة، وإن كان تصرفا لا يصلح حقا للمرتهن، فبالإجازة يبطل حق المرتهن، والنفاذ يكون من جهة الراهن، فينفذ السابق من تصرفات الراهن، وإن كان المرتهن أجاز اللاحق. (ك)

(١٠) قوله: "البيع الأول" سماه أولا، وإن لم يكن بيعان بالنسبة إلى هذه العقود؛ لأن هذه العقود متأخرة عن البيع. (ك)

(١١) قوله: "لأنه يتعلق إلخ" أي لأنه يتحول حقه إلى الثمن، وإن الثمن يصير رهنًا عنده، ويكون المرتهن أخص بثمنه من الغرماء إذا مات الراهن، فيصح تعيينه إلخ. (ك)

(١٢) أي الثمن.

(١٣) مرهون.

(١٤) أي تعيين المرتهن البيع الثاني بالإجازة.

(١٥) مرتهن.

(١٦) مرتهن.

(١٧) من النفاذ. (ك)

فوضح الفرق.

قال[(١)]: ولو أعتق الراهن عبد الرهن[(٢)] نفذ عتقه، وفى بعض أقوال الشافعى: لا ينفذ[(٣)] إذا كان المعتق معسراً[(٤)]؛ لأن فى تنفيذه إبطال حق المرتهن[(٥)]، فأشبه البيع، بخلاف ما إذا كان[(٦)] موسراً[(٧)]، حيث ينفذ على بعض أقواله[(٨)]؛ لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين[(٩)]، وبخلاف إعتاق المستاجر[(١٠)]؛ لأن الإجارة[(١١)] تبقى[(١٢)] مدتَها[(١٣)] إذ الحر يقبلها[(١٤)]، أما لا يقبل[(١٥)] الرهن فلا يبقى[(١٦)].

ولنا أنه مخاطب[(١٧)] أعتق ملك نفسه، فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن، كما إذا أعتق[(١٨)] العبد المشترى قبل القبض، أو أعتق[(١٩)] الآبق[(٢٠)]، أو المغصوب، ولا

---

(١) أى القدورى فى "مختصره". (ك)

(٢) موسراً كان أو معسراً.

(٣) قوله: "وفى بعض أقوال الشافعى [وفى قول: لا ينفذ موسراً كان أو معسراً. غن] إلخ" ذكر أقواله بلفظ الجمع؛ لأن له أقوالا ثلاثة ههنا، واحد أقواله كقولنا، وفى قول آخر: لا ينفذ إلخ. (ك)

(٤) إعسار –بالكسر– درويش شدن. (م)

(٥) قوله: "لأن فى تنفيذه إلخ" أى لأنه تصرف يلاقى حق المرتهن بالإبطال، فكان مردوداً كالبيع، بل أولى، لأن البيع أسرع نفاذا من العتق، حتى نفذ بيع المكاتب دون العتق، وإذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرتهن، فلأن لا ينفذ إعتاقه أولى. (ك)

(٦) المعتق.

(٧) إيسار: تونگر شدن. (م)

(٨) ويضمن قيمته للمرتهن. (ك)

(٩) قوله: "حقه [مرتهن]" أى حق المرتهن، أمكن استدراكه بإيجاب الضمان عليه. (ك)

(١٠) أى أعتق الموجر العبد المستأجر.

(١١) قوله: "الإجارة إلخ" لأن المنافع عنده ملحقة بالأعيان فى حق قبول العقد والضمان، والمولى بالإجارة باع منافع العبد مدة معلومة، ثم أعتقه فيبقى الإجارة، كما إذا باع نصف العبد ثم أعتق الباقى، أما الحر فلا يقبل الرهن، فلا يبقى بعد العتق، فافترقا. (كفاية)

(١٢) بعد العتق. (كف)

(١٣) بالنصب أى يبقى الإجارة فى مدة الإجارة. (غن)

(١٤) إجارة.

(١٥) الحر.

(١٦) الرهن.

(١٧) عاقل بالغ.

(١٨) المشترى.

(١٩) المالك.

خفاء في قيام ملك الرقبة[١] لقيام المقتضى[٢]، وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله[٣]، ثم إذا زال ملكه[٤] في الرقبة بإعتاقه، يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد[٥] المشترك، بل أولى[٦]؛ لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد[٧]، فلما لم يمنع[٨] الأعلى[٩]، لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى[١٠]. وامتناع النفاذ في البيع والهبة[١١] لانعدام القدرة على التسليم[١٢]، وإعتاق الوارث[١٣] العبد الموصى برقبته لا يلغو[١٤]، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة[١٥]، وإذا نفذ الإعتاق[١٦]، بطل

(٢٠) والجامع بين الآبق والمغصوب وبين المرهون فوات يد المالك. (ك)

(١) للراهن.

(٢) قوله: "لقيام المقتضى [وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن]" وهو سبب الملك كالشراء والإرث، ونحوها، فكان الملك ثابتًا للراهن رقبة ويدا، وزوال الملك يدا لضرورة عارض الرهن، والضرورة تندفع بإزالة ملك اليد، فيكون ملك الرقبة باقيًا كما كان، وملك الرقبة كافٍ لصحة الإعتاق، كما في الآبق والمغصوب وغيره.

وقوله: تصرف يلاقي حق المرتهن بالإبطال، قلنا: الثابت للراهن حقيقة الملك، والثابت للمرتهن حق، فقضيته الحقيقة تستدعي النفاذ، وقضيته الحق تستدعي عدم النفاذ، فرجحنا جانب الحقيقة على جانب الحق؛ لأنها أقوى: (ك)

(٣) قوله: "لا ينبئ عن زواله" لأن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا، أو حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم، وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين، فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن، فإذا كان باقيًا على ملكه، وقد أزاله بالإعتاق صح. (عناية)

(٤) راهن.

(٥) فإنه ينفذ، ولا يمنع نفاذه ملك الشريك الآخر.

(٦) أي من إعتاق العبد المشترك.

(٧) قوله: "لأن ملك الرقبة أقوى" أي من حق المرتهن؛ لأن له ملك اليد والرقبة، ولهذا ملك اليد فقط، فإذا لم يمنع الأقوى الإعتاق؛ فلأن لا يمنع الأدنى أولى. (ك)

(٨) عن صحة العتق. (ع)

(٩) وهو حقيقة الملك للشريك. (ع)

(١٠) وهو يد المرتهن. (ع)

(١١) قوله: "وامتناع النفاذ إلخ" دفع دخل، تقريره: أن مجرد تعلق حق المرتهن لم لا يكون مانعا من نفاذ العتق، كما يمنع نفاذ البيع والهبة. (مل)

(١٢) قوله: "لانعدام القدرة إلخ" لأن يده مانعة عن التسليم والبيع، كما يفتقر إلى الملك مفتقر إلى القدرة على التسليم، ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر، والإعتاق لا يفتقر إليها، بدليل نفاذ إعتاق الآبق. (كف)

(١٣) قوله: "وإعتاق [جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع، وادعى أن إعتاقه لغو. عناية] إلخ" جواب سؤال مقدر، بأن يقال إذا أعتق الوارث العبد الموصى برقبته يلغو مع أنه ملكه؛ لتعلق حق الغير به، فقال: لا نسلم أنه يلغو، بل يؤخر ذلك إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة. (غن)

(١٤) قوله: "العبد الموصى إلخ" صورته مريض أوصى برقبة عبده لشخص، ولا مال له غيره، ثم مات، وأعتق الوارث العبد، لم ينفذ لحق الموصى له. (ع)

(١٥) وأما عندهما فلا إشكال؛ لأنه يعتق في الحال. (ع)

الرهن؛ لفوات محله.

ثم بعد ذلك[١] إن كان الراهن[٢] موسرًا، والدين حالا، طولب بأداء الدين؛ لأنه لو طولب بأداء القيمة، تقع المقاصة بقدر الدين، فلا فائدة فيه[٣].

وإن كان الدين مؤجلا[٤]، أخذت منه قيمة العبد، وجعلت رهنًا مكانه، حتى يحل الدين؛ لأن سبب الضمان متحقق، وفي التضمين فائدة[٥]، فإذا حل الدين اقتضاه[٦] بحقه، إذا كان[٧] من جنس حقّه[٨]، وردّ الفضل[٩]. وإن كان معسرًا، سعى العبد في قيمته[١٠]، وقضى به الدين، إلا إذا كان[١١] بخلاف جنس حقه[١٢]؛ لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه[١٣] من جهة المعتق، يرجع[١٤] إلى من ينتفع بعتقه[١٥]، وهو العبد؛ لأن الخَرَاج بالضمان[١٦].

---

(١٦) قوله: "وإذا نفذ إلخ" راجع إلى أول الكلام، يعني إذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع، نفذ الإعتاق، فإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن. (ع)

(١) أي نفاذ الإعتاق. (غن)

(٢) المعتق.

(٣) إلا إذا كان الدين من خلاف جنس القيمة. (كف)

(٤) والراهن موسر.

(٥) أي حصول الاستيثاق.

(٦) المرتهن.

(٧) الضمان.

(٨) مرتهن.

(٩) قوله: "وردّ الفضل" أي على الراهن إن كان في قيمته فضل عن الدين، وإن كانت القيمة أقل من الدين رجع بالفضل. (غن)

(١٠) قوله: "سعى العبد إلخ" أي للمرتهن أن يستسعى العبد، سواء كان دينه حالا أو مؤجلا، وينظر إلى قيمة العبد وقت الرهن، وإلى قيمته وقت العتاق، وإلى الدين الذي رهن به، فيستسعى العبد بالأقل من هذه الأشياء الثلاثة. (غن)

(١١) قوله: "إلا إذا كان إلخ" أي إلا إذا كان ما حصل من سعاية العبد، بخلاف جنس حق المرتهن، فلا يقضى به الدين، بل يطالبه بالدين، حابسا للكسب إلى أن يوفيه الدين. (ك)

(١٢) مرتهن.

(١٣) مرتهن.

(١٤) المرتهن.

(١٥) راهن.

(١٦) قوله: "لأن الخَرَاج [أي الخراج والنفع للعبد، فعليه الضمان، فيرجع عليه.] بالضمان" في "المغرب": الخراج ما يخرج من غلة الأرض، أو الغلام، ومنه الخراج بالضمان، أي الغلة بسبب الضمان، ثم يسمى ما يأخذه السلطان خراجا، فيقال: أدى خراج أرضه، وأدى أهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية، وعبد مخارج قد خارجه سيد، وإذا اتفقا

قال رضى الله تعالى عنه[١] : وتأويله[٢] : إذا كانت القيمة أقل من الدين، أما إذا كان الدين أقل[٣] ، نذكره[٤] إن شاء الله تعالى، ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر[٥] ؛ لأنه قضى دينه[٦] ، وهو[٧] مضطر فيه بحكم الشرع، فيرجع عليه[٨] بما تحمل عنه، بخلاف المستسعى فى الإعتاق[٩] ؛ لأنه يؤدى ضمانًا عليه[١٠] ؛ لأنه إنما يسعى[١١] ؛ لتحصيل العتق عنده[١٢] ، وعندهما لتكميله[١٣] ، وهنا يسعى فى ضمان

على ضريبه يردها عليه عند انقضاء كل شهر. (ك)

قوله: "الخَرَاج بالضمان" حديث صحيح، رواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى واين ماجة وابن حبان رضى الله تعالى عنهم من حديث عائشة رضى الله تعالى عنها، وفى بعض طرقه ذكر السبب، وهو أن رجلا ابتاع عبداً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقوم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبى ﷺ ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله! قد استعمل غلامى، فقال: «الخراج بالضمان».

قال أبو عبيدة الخراج فى هذا الحديث غلة العبيد يشتريه الرجل فيستعمله زمانًا، ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع، فيرده ويأخذ جميع الثمن، ويفوز بغلته كلها؛ لأنه كان فى ضمانه، ولو هلك هلك من ماله، انتهى، وفى "الفائق": كل ما خرج من شيء فهو خراجه، فخراج الشجرة ثمرها، وخراج الحيوان دره ونسله، انتهى. (الأشباه النظائر)

(١) أى المصنف.

(٢) أى تأويل سعى العبد فى قيمته.

(٣) فحينئذ يسعى فى الدين.

(٤) قوله: "نذكره" فى هذا الباب فى مسألة استيلاد الأمة المرهونة، وهو قوله: بخلاف المعتق حيث يسعى فى الأقل من الدين ومن القيمة. (ك)

(٥) المولى، إيسار: توانگر شدن. (م)

(٦) مولى.

(٧) الواو حالية.

(٨) مولى.

(٩) قوله: "بخلاف المستسعى إلخ" يعنى أن المرهون المعتق إذا استسعى، يرجع بما سعى على مولاه، والعبد المشترك بين اثنين، إذا أعتق أحدهما نصيبه، فاستسعاه الساكت لا يرجع بما سعى على المعتق، والفرق أن العبد المرهون يسعى فى رقبته تخلصت، ويقضى دينًا على الراهن، فلهذا يرجع عليه، والمستسعى يسعى فى تخليص رقبته عن الرق، وهو منفعة خالصة، فلهذا لا يرجع. (غاية البيان)

(١٠) لأنه أصل فى الضمان، ولم يأخذ ضمانًا عن غيره. (كف)

(١١) قوله: "إنما يسعى إلخ" عند أبى حنيفة إعتاق البعض، لا يكون إعتاق الكل، فيكون السعاية لتحصيل الباقى، والعبد بما يسعى يملك عوض ما أدى، فلا يرجع به حتى لا يستحق عوضين بإزاء مال واحد، وعندهما إعتاق البعض إعتاق الكل، فيكون السعاية لتكميله، وهذا لأن الكل وإن أعتق على المعتق، وصار ملكًا له، إلا أن الثابت ملك لا قرار له، فيصير ثابتًا فى حق نفاذ العتق، وأما فيما عدا ذلك يعتبر الملك ثابتًا للساكت، ومنتقلا إلى العبد. (ك)

(١٢) أى عند أبى حنيفة . (غن)

(١٣) قوله: "لتكميله" يعنى وإن أعتق عندهما، لكن فى عتقه نقصان؛ لكونه مطلوبا بالسعاية، فإذا أداها كمل العتق. (ع)

على غيره بعد تمام إعتاقه، فصار كمعير الرهن[(١)].

ثم أبو حنيفة أوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار والإعسار، وفى العبد المرهون شرط الإعسار[(٢)]؛ لأن الثابت للمرتهن حق الملك[(٣)]، وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت، فوجبت السعاية هنا فى حالة[(٤)] واحدة؛ إظهاراً لنقصان رتبته. بخلاف المشترى قبل القبض إذا أعتقه المشترى حيث لا يسعى[(٥)] للبائع[(٦)]، إلا رواية عن أبى يوسف[(٧)]، والمرهون يسعى[(٨)]؛ لأن حق البائع فى الحبس أضعف[(٩)]؛ لأن البائع لا يملكه[(١٠)] فى الآخرة[(١١)]، ولا يستوفى من عينه. وكذلك يبطل حقه فى الحبس بالإعارة من المشترى، والمرتهن ينقلب حقه ملكًا[(١٢)]، ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن، حتى يمكنه الاسترداد[(١٣)]، فلو أوجبنا السعاية فيهما[(١٤)]، لَسَوّينا بين الحقين، وذلك لا يجوز.

---

(١) قوله: "فصار كمعير الرهن" يعنى أن الراهن بالاستعارة إذا عجز عن فكاك الرهن فافتكّه المعير، رجع بذلك على الراهن المستعير؛ لأنه قضى دينه مضطراً. (غن)

(٢) أى إعسار الراهن المعتق.

(٣) قوله: "لأن الثابت إلخ" أى الثابت للمرتهن فى الرهن حق الملك لا حقيقة الملك، وذلك بثبوت يد الاستيفاء، والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبساً إلى أن يقضى الراهن دينه، وحق الملك أدنى حالا من حقيقة الملك الذى هو ثابت للشريك الساكت، فلما كان كذلك، أوجب أبو حنيفة السعاية ههنا، أى فى إعتاق الراهن فى حالة واحدة، وهى حالة الإعسار إظهاراً لنقصان مرتبة حق المرتهن عن مرتبة الشريك الساكت، فإن للساكت حقيقة الملك فى العبد، ولذلك وجب السعاية فى الحالين. (غن)

(٤) أى حالة الإعسار وهى حالة الضرورة.

(٥) مع أن للبائع حق الحبس.

(٦) قوله: "حيث لا يسعى إلخ" أى ليس للبائع ولا ية استسعاء العبد بقدر الثمن، وإن كان هو محبوساً عنده قبل التسليم بالثمن، كما أن المرهون محبوس عند المرتهن بالدين. (غن)

(٧) قوله: "إلا رواية عن أبى يوسف إلخ" وعن أبى يوسف أنه يسعى فى قيمته للبائع، ثم يرجع بها على المشترى كالمرهون إذا أعتقه الراهن. (كف)

(٨) فى حالة إعسار الراهن.

(٩) من حق المرتهن.

(١٠) بل له مجرد حق الحبس. (غن)

(١١) أى فى المآل.

(١٢) قوله: "ينقلب حقه إلخ" كما إذا هلك الرهن عند المرتهن يهلك بدينه مضموناً بالأقل من قيمته، ومن الدين، فيكون المرتهن مالكًا لذلك الأقل من مالية الرهن، وأما حق البائع لا يصير ملكًا له من جهة المشترى أصلا. (غن)

(١٣) من الراهن.

(١٤) قوله: "أوجبنا السعاية فيهما" أى فى المبيع المعتق قبل القبض، وفى المرهون المعتق، فسوينا بين الحقين أى بين

ولو أقر[١] المولى[٢] برهن عبده، بأن قال له: رهنتك عند فلان، وكذبه العبد، ثم أعتقه، تجب[٣] السعاية عندنا، خلافًا لزفر، هو يعتبره بإقراره[٤] بعد العتق.

ونحن نقول: أقر بتعلق الحق[٥] في حال يملك التعليق فيه[٦]؛ لقيام ملكه، فيصح[٧]، بخلاف ما بعد العتق؛ لأنه حال انقطاع الولاية[٨].

قال: ولو[٩] دبره[١٠] الراهن صح تدبيره بالاتفاق[١١]، أما عندنا فظاهر[١٢]، وكذا عنده[١٣]؛ لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله[١٤].

ولو كانت[١٥] أمة فاستولدها الراهن، صح الاستيلاد بالاتفاق؛ لأنه يصح بأدنى الحقين، وهو[١٦] ما للأب في جارية الابن، فيصح بالأعلى، وإذا صحا[١٧] خرجا من الرهن[١٨]؛ لبطلان المحلية، إذا لا يصح استيفاء الدين منهما[١٩].

حق البائع، وهو ضعيف، وبين حق المرتهن وهو قوى، والتسوية مع وجود الفارق لا يجوز. (غن)

(١) ذكرها تفريعًا على مسألة "المختصر". (غن)

(٢) وهو معسر.

(٣) للمرتهن.

(٤) بأن العبد رهن، أى أعتقه ثم أقر أنه كان رهنه. (غن)

(٥) قوله: "أقر بتعلق الحق [أى حق المرتهن] إلخ" وهذا لأنه لما ملك إنشاء الرهن قبل العتق، يكون مالكًا تعليق عتقه بأداء السعاية، فيصح إقراره بما يملك إنشاءه، إذ الولاية باعتبار الملك قائم، فلم يعتبر تكذيب العبد. (ك)

(٦) أى حال بقاء الملك.

(٧) الإقرار.

(٨) قوله: "لأنه حال إلخ" أى لأنه أقر عليه فى حال لا يملك رقبته، ولا يملك تعلق الدين بها، فلم ينفذ. (غن)

(٩) ذكره تفريعًا على مسألة المختصر. (غن)

(١٠) العبد المرهون.

(١١) وخرج العبد من الرهن. (غن)

(١٢) قوله: "فظاهر" لأن العتق صحيح، وبالتدبير يحصل حق العتق، فأولى أن يصح. (حميدية)

(١٣) شافعى.

(١٤) فلا ضرر للمرتهن فإنه قادر على بيعه.

(١٥) المرهونة.

(١٦) أو فى الحقين.

(١٧) أى التدبير والاستيلاد. (غن)

(١٨) قوله: "خرجا [أى المدبر وأم الولد. غن] من الرهن" وهذا عندنا، وأما عند الشافعى فالمدبر لا يخرج؛ لأنه قابل لما هو حكم الرهن عنده، وأم الولد تخرج؛ لأنها لا تقبل حكم الرهن، فإنه لا يجوز بيعها بالاتفاق، والفرق له بين الاستيلاد والإعتاق، أن الأمومية إنما تثبت بالنسب، وإنه لا يتوقف عنده على الدعوة، بل يثبت بنفس الوطئ، وأنه ليس بممنوع عنه، فإنه الراهن عنده لا يمنع من الانتفاع بالمرهون، ولا يصح الحجر عن الوطئ لحق المرتهن؛ لأنه عسى أن لا

فإن كان الراهن موسراً، ضمن قيمتهما[١] على التفصيل الذى ذكرناه فى الإعتاق[٢]، وإن كان[٣] معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد فى جميع الدين؛ لأن كسبهما مالُ المولى، بخلاف المعتق[٤] حيث يسعى فى الأقل من الدين ومن القيمة؛ لأن كسبه حقه، والمحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة، فلا يزاد عليه[٥]، وحق المرتهن بقدر الدين، فلا تلزمه الزيادة[٦].

ولا يرجعان[٧] بما يؤديان على المولى بعد يساره؛ لأنهما أدياه من مال المولى، والمعتق يرجع[٨]؛ لأنه أدى ملكه عنه[٩]، وهو[١٠] مضطر على ما مر، وقيل: الدين إذا كان موجلا يسعى المدبر فى قيمته؛ لأنه[١١] عوض الرهن، حتى تحبس مكانه[١٢]، فيتقدر بقدر المعوض[١٣]، بخلاف ما إذا كان[١٤] حالا؛ لأنه يقضى به الدين.

ولو أعتق الراهن المدبر[١٥]، وقد قضى عليه بالسعاية، أو لم يقض لم يسع،

تعلق، فصح الاستيلاد، فلا يتوقف على إذن المرتهن، بخلا ف الإعتاق؛ فإنه يوجب بطلان حق المرتهن لا محالة، فيمنع منه بدون إذنه. (ك)

(١٩) أى المدبر وأم الولد.

(١) مدبر وأم الولد.

(٢) قوله: "على التفصيل الذى ذكرناه إلخ" أى إذا كان الدين حالا، طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلا أخذت القيمة، وجعلت رهناً مكانها، حتى يحل الدين، فإذا حل الدين اقتضاه بحقه، إذا كان جنس حقه، ورد الفضل. (ك)

(٣) راهن.

(٤) قوله: "بخلاف المعتق" هذا هو الذى وعده بقوله: أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى. (ك)

(٥) قيمة.

(٦) على دين المرتهن.

(٧) أى المدبر وأم الولد.

(٨) لأن الاستيفاء يقع من ملك المعتق. (كف)

(٩) أى عن المولى.

(١٠) الواو حالية.

(١١) قيمة.

(١٢) رهن.

(١٣) قوله: "فيتقدر إلخ" لأن الدين المؤجل لا يجب قضاءه، وإنما يجب رد عوض الرهن إلى يد المرتهن، فيتقدر وجوب العوض بقدر ما فوت من المعوض، فأما إذا كان الدين حالا، فالقضاء واجب من مال الراهن، وكسبه ملكه، فيستسعى فى كله. (ك)

(١٤) الدين حالا.

(١٥) ذكره تفريعاً أيضاً. (غن)

إلا بقدر القيمة؛ لأن كسبه بعد العتق ملكه، وما أداه [١] قبل العتق، لا يرجع به على مولاه؛ لأنه أداه من مال المولى.

قال: وكذلك لو استهلك الراهن الرهن [٢]؛ لأنه [٣] حق محترم [٤] مضمون عليه بالإتلاف، والضمان رهن في يد المرتهن؛ لقيامه مقام العين.

فإن استهلكه أجنبى [٥]، فالمرتهن هو الخصم فى تضمينه [٦]، فيأخذ القيمة، وتكون [٧] رهنًا فى يده؛ لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه [٨]، فكذا فى استرداد ما قام مقامه.

والواجب [٩] على هذا المستهلك [١٠] قيمته [١١] يوم [١٢] هلك [١٣]، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمس مائة ويوم رهن ألفًا، غرم خمس مائة، وكانت [١٤] رهنًا، وسقط من الدين [١٥] خمس مائة، فصار الحكم فى الخمس مائة الزيادة، [١٦] كأنها هلكت

---

(١) إلى المرتهن.

(٢) قوله: "وكذلك [هذا لفظ القدورى.عينى] إلخ" أى الجواب فى الاستهلاك كالجواب فى الإعتاق، يعنى إذا كان الراهن موسراً والدين حالا طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلا، أخذت منه قيمة العبد، وجعلت رهنًا مكانه حتى يحل الدين. (نهاية)

قوله: "وكذلك إلخ" معطوف على قوله فيما مر، فإن كان الدين حالا إلخ، وترتيب عبارة "مختصر القدورى" والبداية هكذا" وإن أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه، فإن كان الدين حالا، طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد، وجعلت رهنًا مكانه، حتى يحل الدين، وإن كان الراهن معسراً سعى العبد فى قيمته وقضى الدين، وكذلك لو استهلك الراهن الرهن.انتهى. (نت)

(٣) لأن حق المرتهن.

(٤) احترام: حرمت داشتن. (م)

(٥) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (غن)

(٦) أجنبى.

(٧) قيمة.

(٨) قوله: "حال قيامه إلخ" يعنى أنه لو كانت العين باقية، كان المرتهن هو الخصم فى ردها إلى يده، كذلك هو الخصم فى إعادة ما قام مقام العين إلى يده. (غن)

(٩) من الضمان.

(١٠) قوله: "على هذا المستهلك [يعنى الأجنبى.عناية]" احتراز عن استهلاك المرتهن، فإن عليه قيمة يوم قبض على ما سيجىء، وكذلك فى الهلاك بدون الاستهلاك يعتبر قيمته يوم قبض، لا يوم هلك. (ك)

(١١) رهن.

(١٢) لا يوم قبض الرهن. (غن)

(١٣) أى استهلك. (ك)

(١٤) قيمة.

بآفة[١]، والمعتبر فى ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك[٢]؛ لأن القبض السابق مضمون عليه[٣]؛ لأنه قبض استيفاء، إلا أنه يتقرر عند الهلاك[٤].

ولو استهلكه المرتهن، والدين مؤجل غرم القيمة؛ لأنه أتلف ملك الغير، وكانت[٥] رهنًا في يده حتى يحل الدين؛ لأن الضمان بدل العين، فأخذ حكمه، وإذا حل الدين و[٦] هو[٧] على صفة القيمة[٨]، استوفى المرتهن منها[٩] قدر حقه؛ لأنه جنس حقه.

ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن؛ لأنه بدل ملكه[١٠]، وقد[١١] فرغ عن حق المرتهن، وإذا نقصت[١٢] عن الدين بتراجع السعر[١٣] إلى خمس مائة، وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفًا، وجب بالاستهلاك خمس مائة، وسقط من الدين خمس مائة؛

---

(١٥) أى دين المرتهن.

(١٦) أى الزيادة على ما غرمه لمستهلك، فلا يضمن المستهلك تلك الزيادة. (غن)

(١) قوله: "كأنها هلكت بآفة [بدون الاستهلاك]" أى سماوية، يعنى تكون الزيادة مضمونة على المرتهن. (عناية)

قوله: "كأنها هلكت إلخ" لا يقال أن الرهن لو كان باقيًا كما كان، وقد تراجع السعر، وانتقصت قيمته، فإنه لا يسقط من الدين شيء، قلنا: لأن ثمة العين باقٍ كما كان، وإنما حصل التغير بالتراجع والعين بحال يمكن أن يصير ماليته بالتراجع كما كان يوم القبض، فلم يعتبر التغير، وههنا التغير الحاصل بالتراجع استقر بالهلاك، ولم يبقَ على حال يعود ماليته، فاعتبر التغير. (ك)

(٢) قوله: "والمعتبر [جملة معللة لقوله وسقط من الدين إلخ] إلخ" جملة معللة، والواو قد تدخل عليها تقريرًا لتعليل أن المعتبر فى ضمان الرهن قيمة الرهن يوم القبض لا يوم الفكاك، حتى إذا كان قيمته يوم القبض ألفًا، ويوم الفكاك خمس مائة، سقط من الدين خمس مائة، ويفتكّ الرهن بقيمته يوم الفكاك. (أعظمى)

(٣) أى على المرتهن.

(٤) قوله: "إلا أنه يتقرر [الضمان] إلخ" جواب سؤال، وهو أنه إذا كان مضمونًا بقيمته يوم القبض، فإذا نقصت قيمته بتراجع السعر، ينبغى أن يسقط الدين بقدر نقصان القيمة، وليس كذلك، فأجاب بأن النقصان يتقرر عند الهلاك، فإذا عادت قيمته كاملة قبل الهلاك، لم يعتبر النقصان. (أعظمى)

(٥) قيمة.

(٦) الواو حالية.

(٧) دين.

(٨) جنس.

(٩) قيمت.

(١٠) راهن.

(١١) الواو حالية.

(١٢) قيمته.

(١٣) نرخ.

لأن ما انتقص كالهالك، وسقط الدين بقدره، وتعتبر قيمته يوم القبض، وهو مضمون بالقبض السابق[١]، لا بتراجع السعر[٢]، ووجب عليه[٣] الباقى بالإتلاف، وهو قيمته يوم أتلف.

قال[٤]: وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه[٥]، أو ليعمل له عملا، فقبضه خرج من ضمان المرتهن؛ لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن[٦]، فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء[٧]؛ لفوات القبض المضمون، وللمرتهن أن يسترجعه[٨] إلى يده؛ لأن عقد الرهن باقٍ إلا فى حكم الضمان فى الحال.

ألا ترى[٩] أنه لو هلك[١٠] الراهن قبل أن يرده على المرتهن، كان المرتهن أحق[١١] به[١٢] من سائر الغرماء، وهذا[١٣] لأن يد العارية ليست بلازمة، والضمان

---

(١) قوله: "وهو [رهن] مضمون [على المرتهن] إلخ" جواب إشكال وهو أن يقال: لو سقط الدين بقدر ما انتقص، كان الرهن مضمونًا على المرتهن بتراجع السعر، وليس لتراجع السعر تأثير في إسقاط شيء من الدين، كما إذا رده إلى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر، فأجاب بأنه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر. (ك)

(٢) قوله: "لا بتراجع السعر" إذ لا شك أن القبض السابق مضمون عليه؛ لأنه قبض استيفاء، فبالهلاك يتقرر الضمان، ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض، وقد كانت قيمته يوم القبض ألفًا، انتقصت منها خمس مائة بتراجع السعر، سقط من الدين لا محالة مقدار تمام الألف خمس مائة منه بإتلافه، وخمس مائة منه بقبضه السابق، حيث كانت قيمته وقت القبض ألفًا، أما لا تأثير فى سقوط شيء منه لتراجع السعر أصلا. (نت)

(٣) مرتهن.

(٤) أى القدورى . (عينى)

(٥) قوله: "وإذا أعار" فيه تسامح؛ لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض، والمرتهن لا يملكها، فكيف يملكها غيره، ولكن لما عومل معاملة الإعارة من عدم الضمان، وتمكن الاسترداد، أطلق الإعارة. (ع)

(٦) قوله: "لمنافاة [لأن قبض الرهن يوجب الضمان، وقبض العارية لا يوجب. ع] إلخ" لأن الضمان لو كان باقيًا، إنما يكون باعتبار بقاء يد المرتهن، وبقاء يد المرتهن إنما يتحقق أن لو كان يد الراهن يد المرتهن، وهذا غير ممكن؛ لأن قبض المرتهن قبض مضمون، وقبض الراهن غير مضمون، وبين كونه مضمونًا وغير مضمون منافاة، فلا ينوب غير المضمون عن المضمون. (ك)

(٧) قوله: "بغير شيء [على المرتهن]" لا يقال: بأن يد الراهن بالاستعارة يجعل يد أمانة فى حقه، ويد ضمان فى حق المرتهن، كما فى فصل العدل، فإن يد العدل يد أمانة فى حق نفسه فى المالية، ويد ضمان في حق المرتهن، فكذا هذا، لأنا نقول: لا يمكن ههنا إبقاء ضمان الرهن باعتبار القبض؛ لأن القبض قد انتقض، وإنما يجعل باقيًا حكمًا باعتبار اليد حكمًا إذا أمكن جعل يد الراهن يد المرتهن، وذلك غير ممكن لمنافاة بين اليدين؛ لأن يد المرتهن يد الحبس عن المالك، ويد العارية يد الاستعمال للملك، وبين الحبس عن المالك، وبين ثبوت يد الاستعمال للمالك تناف، ولا يتحقق هذه المنافاة فى فصل العدل؛ لأن يد العدل يد حبس عن المالك، كما أن يد المرتهن يد حبس عن المالك، فلذلك افترقا. (ك)

(٨) من الراهن.

(٩) توضيح لبقاء عقد الرهن.

(١٠) مات.

ليس من لوازم الرهن على كل حال[١].

ألا ترى أن حكم الرهن ثابت فى ولد الرهن، وإن[٢] لم يكن مضمونًا[٣] بالهلاك، وإذا بقى عقد الرهن، فإذا أخذه عاد الضمان؛ لأنه عاد القبض فى عقد الرهن، فيعود بصفته[٤].

وكذلك لو أعاره أحدهما[٥] أجنبيًا بإذن الآخر، سقط حكم الضمان؛ لما قلنا[٦]، ولكل واحد منهما أن يرده رهنًا كما كان؛ لأن لكل واحد حقًا محترمًا فيه، وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة[٧] من أجنبى[٨] إذا باشر أحدهما[٩] بإذن الآخر، حيث يخرج عن الرهن[١٠]، فلا يعود[١١] إلا بعقد مبتدأ.

ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن، يكون المرتهن[١٢] أسوة للغرماء؛ لأنه تعلق بالرهن[١٣] حق لازم بهذه[١٤] التصرفات[١٥]، فيبطل به[١٦] حكم الرهن، أما

---

(١١) فعلم أن الرهن باق.

(١٢) رهن.

(١٣) أى الاسترجاع.

(١) قوله: "والضمان إلخ" دفع دخل، وهو أن عقد الرهن كيف يبقى، وقد ارتفع حكم الضمان عن المرتهن. (مل)

(٢) الواو وصلية.

(٣) على المرتهن.

(٤) وهو الضمان.

(٥) راهن ومرتهن.

(٦) أى من المنافاة بين يد العارية ويد الرهن. (ك)

(٧) قوله: "وهذا [الإعارة] بخلاف الإجارة إلخ" قال الشراح: وحكم الوديعة كحكم العارية، وحكم الرهن كحكم الإجارة، انتهى. (نت)

(٨) قوله: "من أجنبى" قيد بقوله: من أجنبى؛ لأنه لو أعار المرتهن الرهن من الراهن، أو آجره منه، أو أودعه عنده، كان للمرتهن أن يسترده، والإجارة باطلة، كذا فى "فتاوى قاضى خان" وغيره. (ك)

(٩) راهن ومرتهن.

(١٠) والأجرة فى الإجارة للراهن.

(١١) الرهن.

(١٢) أى مرتهن مانند واينان ديگر است. (ترجمه)

(١٣) أى بالمرهون.

(١٤) الباء للسببية.

(١٥) أى الإجارة والبيع والهبة.

(١٦) أى بهذا الحق اللازم.

بالعارية لم يتعلق به[١] حق لازم فافترقا.

وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به، فهلك قبل أن يأخذ فى العمل، هلك على ضمان الرهن؛ لبقاء يد الرهن، وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل؛ لارتفاع يد العارية، ولو هلك فى حالة العمل هلك بغير ضمان؛ لثبوت يد العارية بالاستعمال، وهى مخالفة ليد الرهن[٢]، فانتفى الضمان، وكذا إذا أذن الراهن المرتهن بالاستعمال؛ لما بيناه[٣].

ومن استعار من غيره ثوبًا ليرهنه[٤]، فما رهنه به من قليل أو كثير، فهو جائز[٥]؛ لأنه[٦] متبرع بإثبات ملك اليد[٧]، فيعتبر بالتبرع[٨] بإثبات ملك العين واليد[٩]، وهو قضاء الدين[١٠]، ويجوز أن ينفصل ملك اليد[١١] عن ملك العين ثبوتًا للمرتهن[١٢]، كما ينفصل زوالا فى حق البائع[١٣].

والإطلاق واجب الاعتبار[١٤]، خصوصًا فى الإعارة[١٥]؛ لأن الجهالة فيها لا

---

(١) أى بالمرهون.

(٢) قوله: "وهى [أى يد العارية] مخالفة ليد الرهن" لأن يد العارية غير مضمونة، وقبض الرهن مضمون، فإذا ثبت يد العارية بالاستعمال أنتفى الضمان. (ك)

(٣) قوله: "لما بيناه" يعنى فى صورة العارية، ثم إنهما إن اختلفا فى وقت الهلاك، فالقول للمرتهن، والبينة على الراهن. (٦)

(٤) هذه المسألة إلى قوله وجناية الرهن من مسائل "الأصل"، ذكرها على سبيل التفريع. (عينى)

(٥) عملا بإطلاقه.

(٦) المعير.

(٧) للمرتهن.

(٨) قوله: "فيعتبر إلخ" أى فيقاس إثبات ملك اليد منفردا عن إثبات ملك العين بإثباتها مع إثبات ملك العين قياسًا بعدم الفارق، يعنى بالغا خصوصية الاقتران بإثبات ملك العين، وقوله يجوز أن ينفصل إلخ، بيان للإلغاء. (أعظمى)

(٩) جميعًا. (٦)

(١٠) قوله: "وهوقضاء الدين إلخ" فإنه لو استأذن أن يقضى دينًا عليه بما له كان صحيحا، وكذا إذا تبرع إنسان بقضاء دين غيره، فإذا جاز أن يثبت له ملك اليد والعين بإيفاء غير المديون من ماله بطريق التبرع، يجوز أن يثبت له ملك اليد بالرهن أيضًا. (ك)

(١١) قوله: "ويجوز إلخ" يعنى أن قيل: إن الاعتبار غير صحيح، لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه، فالجواب أن الاقتران غير مانع؛ لعدم استلزام أحدهما للآخر، فإنه يجوز أن ينفصل إلخ. (٦)

(١٢) أى يجوز أن يثبت له ملك اليد دون ملك العين. (٦)

(١٣) قوله: "كما ينفصل إلخ" أى كما يجوز أن يزول ملك اليد عن البائع دون ملك العين، بأن باع بشرط الخيار، وسلم إلى المشترى، فزال يده لا ملكه. (ك)

(١٤) قولهّ: "والإطلاق واجب إلخ" يعنى إذا أطلق الإعارة فى الرهن، ولم يسم ما يرهنه به بعشرة، أو تسعة، أو

تفضى إلى المنازعة[١].

ولو عين[٢] قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه، ولا بأقل منه؛ لأن التقييد مفيد، وهو ينفى الزيادة[٣]؛ لأن غرضه[٤] الاحتباس[٥] بما تيسّر[٦] أداءه[٧]، وينفى النقصان أيضًا؛ لأن غرضه[٨] أن يصير[٩] مستوفيًا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع[١٠] عليه.

وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد؛ لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض[١١]، وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ.

وإذا خالف[١٢] كان ضامنًا، ثم إن شاء المعير ضمن المستعير، ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه رهن ملك نفسه، وإن شاء[١٣] ضمن المرتهن، ويرجع المرتهن بما ضمن، وبالدين على الراهن، وقد بيناه فى الاستحقاق[١٤].

وإن وافق[١٥] بأن رهنه بمقدار ما أمره به، إن كانت قيمته مثل الدين[١٦]، أو

بدراهم، أو بدنانير، أو يرهنه من زيد، أو عمرو، كان للمستعير أن يعمل بموجب الإطلاق. (ك)

(١٥) قوله: "خصوصًا فى الإعارة" لأن مبناها على المسامحة، فلا يجرى فيها المضايقة، والجهالة فيها لا تفضى إلى المنازعة، فإن من استعار دابة، له أن يركب بنفسه، وله أن يركب غيره، وله أن يحمل عليه ما شاء. (ك)

(١) قوله: "إلى المنازعة" يعنى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، فإنها هى المفسدة للعقد. (ع)

(٢) المعير.

(٣) أى تعين المعير بأن يرهن المستعير بقدر من المال. (ك)

(٤) معير.

(٥) أى احتباس الشيء المستعار.

(٦) على المعير، أو على المستعير.

(٧) إن احتاج إلى فكاكه. (ع)

(٨) قوله: "لأن غرضه [معير]إلخ" أى لأنه ربما يرضى المعير، بأن يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيًا للأكثر، ليرجع هو على المستعير بذلك، فإذا رهنه بأقل، فعند الهلاك إنما يرجع المعير على المستعير بذلك القدر، فلم يحصل غرضه. (ك)

(٩) المرتهن.

(١٠) معير.

(١١) قوله: "لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض" يرجع إلى القيد بالجنس، أى قد يتيسر على المعير، أو على المستعير أداء جنس دون جنس، وتفاوت الأشخاص فى الأمانة يرجع إلى التقييد بالمرتهن، وقوله: والحفظ إلى القيد بالبلد. (ك)

(١٢) المستعير.

(١٣) المعير.

(١٤) قوله: "وقد بيناه فى الاستحقاق" أى فى استحقاق الرهن قبل هذا الباب. (ك)

أكثر، فهلك عند المرتهن، يبطل المال عن الراهن[١]؛ لتمام الاستيفاء[٢] بالهلاك، ووجب مثله لرب الثوب على الراهن[٣]؛ لأنه صار قاضيًا دينه بماله[٤] بهذا القدر، وهو[٥] الموجب للرجوع دون القبض[٦] بذاته؛ لأنه[٧] برضاه[٨].

وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه، ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه[٩]، وإن كانت قيمته أقل من الدين، ذهب[١٠] بقدر القيمة وعلى الراهن[١١] بقية دينه للمرتهن؛ لأنه لم يقع الاستيفاء[١٢] بالزيادة على قيمته، وعلى الراهن[١٣] لصاحب الثوب[١٤] ما صار به[١٥] موفيًا[١٦]؛ لما بيناه[١٧].

ولو كانت قيمته مثل الدين، فأراد المعير أن يفتكّه[١٨] جبرًا عن الراهن[١٩]، لم

---

(١٥) المستعير.

(١٦) أى دين المرتهن.

(١) أى سقط دين المرتهن.

(٢) أى استيفاء المرتهن.

(٣) قوله: "ووجب مثله" أى مثل ما سقط عن الراهن بهلاك الثوب. (ك)

قوله: "ووجب مثله" أى مثل ما تم الاستيفاء بالهلاك، وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب إن كان أكثر؛ لأن الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه، وهو ما إذا وافق المستعير المعير، فيما شرط. (عناية)

(٤) معير.

(٥) أى كونه قاضيًا دينه بماله.

(٦) أى قبض المستعير عن المعير.

(٧) قبض.

(٨) معير.

(٩) قوله: "على ما بيناه" أى لأنه صار قاضيًا هذا القدر من الدين بماله، والجزء معتبر بالكل. (كافى)

(١٠) الدين.

(١١) المستعير.

(١٢) أى استيفاء المرتهن.

(١٣) المستعير.

(١٤) أى المعير.

(١٥) أى قدر القيمة.

(١٦) أى دينه.

(١٧) قوله: "لما بيناه" وهو قوله؛ لأنه صار قاضيًا دينه بماله. (ك)

(١٨) قوله: "فأراد المعير إلخ" أى أراد أن يفتكّه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن. (ك)

(١٩) قوله: "جبرًا عن الراهن [بغير رضا الراهن. كف]" قيل: معناه من غير رضاه، وليس بظاهر، وقيل: نيابة، ولعله من الجبران يعنى جبرانًا؛ لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه. (عناية)

يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع ؛ لأنه غير متبرع[١] ، حيث[٢] يخلص ملكه ، ولهذا[٣] يرجع على الراهن بما أدّى المعير[٤] ، فأجبر المرتهن على الدفع.

بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين[٥] ؛ لأنه[٦] متبرع ، إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ، ولا في تفريغ ذمته ، فكان للطالب[٧] أن لا يقبله[٨] .

ولو هلك الثوب العارية عند الراهن[٩] قبل أن يرهنه ، أو بعد ما افتكّه ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لا يصير قاضياً[١٠] بهذا[١١] ، وهو الموجِب[١٢] على ما بيناه[١٣] .

ولو اختلفا في ذلك[١٤] ، فالقول[١٥] للراهن[١٦] ؛ لأنه ينكر[١٧] الإيفاء بدعواه

(١) في الفكاك، بل له حق وملك في المرهون.

(٢) تعليلية.

(٣) أي لكونه غير متبرع.

(٤) قوله: "يرجع على الراهن بما أدّى المعير" وههنا قيد لا زم ذكره، فإن قوله: يرجع إلى الراهن بما أدى غير مجرى على إطلاقه، بل معناه يرجع على الراهن بما أدى، إذا كان ما أداه بقدر الدين لا ما أكثر منه من قيمة الثوب؛ لأنه ذكر في "الإيضاح" و "فتاوى قاضي خان" : فإن عجز الراهن عن الانفكاك، وافتكّه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به، ولا يرجع بأكثر من ذلك. بيانه أنه إذا كانت قيمة الرهن ألفًا، فرهنه بألفين، فافتكّه المالك بألفين، رجع بقدر ما يهلك الدين، وهو الألف، ولا يرجع بأكثر من ألف؛ لأنه لو يهلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك، فكذلك إذا افتكّه كان متبرعًا بالزيادة. فإن قيل: هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإيفاء جميع الدين، فلم يكن متبرعًا، قلنا: الضمان إنما وجب على المعير باعتبار إيفاء الدين عن ملكه، فكان الرجوع إليه بقدر ما يتحقق به الإيفاء. (ن)

(٥) أي دين المرتهن.

(٦) أجنبي.

(٧) أي رب الدين. (ك)

(٨) أي المرتهن.

(٩) المستعير.

(١٠) دينه.

(١١) الثوب.

(١٢) للرجوع والضمان.

(١٣) وهو أنه صار قاضيًا دينه بماله.

(١٤) قوله: "ولو اختلفا [أي المعير والمستعير. ك] في ذلك" أي في كون الهلاك حال الرهن، أو غيره، فقال المعير: هلك حال الرهن، وقال المستعير: هلك قبل الرهن، أو بعد الافتكاك، فالقول قول الراهن؛ لما ذكر، والبينة للمعير؛ لأنه يدعي عليه الضمان، فإن قيل: إذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك، فقد أقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه، ثم ادعى ما ينسخه، وهو الفكاك، فلا بد له من حجة، كما إذا ادعى الغاصب رد المغصوب، أجيب: بأن موجب الضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن، ولم يقر بذلك. (ع)

(١٥) مع يمينه. (ك)

(١٦) المستعير.

الهلاك في هاتين الحالتين[١].

كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به[٢]، فالقول للمعير؛ لأن القول قوله في إنكار أصله[٣]، فكذا في إنكار وصفه.

ولو رهنه المستعير بدين موعود، وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا، فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى[٤]، والقيمة سواء يضمن[٥] قدر الموعود المسمى؛ لما بينا[٦] أنه كالموجود، ويرجع المعير على الراهن بمثله؛ لأن سلامة مالية الرهن[٧] باستيفاءه[٨] من المرتهن، كسلامته ببراءة ذمته[٩] عنه[١٠].

ولو كانت العارية عبداً، فأعتقه المعير[١١]، جاز؛ لقيام ملك الرقبة[١٢]، ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن[١٣]؛ لأنه لم يستوفه.

وإن شاء ضمن المعير قيمته؛ لأن الحق[١٤] قد تعلق برقبته برضاه[١٥]، وقد

---

(١٧) والضمان إنما يجب على المستعير بإيفاء الدين منه. (ك)

(١) أي قبل الرهن وبعد الفكاك.

(٢) قوله: "كما لو اختلفا [المعير والمستعير. ك] إلخ" هكذا وقع في النسخ، ولكن الصواب لو اختلفا في مقدار ما أمره مكان كما؛ لأنه في لفظ كما يختلف الغرض، إذ في الأول القول للراهن، وهو المستعير، وفي الثاني القول قول المعير، فكيف يصح التشبيه، إلا أن يقال: التشبيه في الإنكار من غير نظر إلى كون المنكر معيراً، أو مستعيراً. (ك)

(٣) أي العارية بتأويل عقد العارية. (ك)

(٤) أي القرض المسمى.

(٥) المرتهن للراهن.

(٦) قوله: "لما بينا" إشارة إلى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه بقوله: لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة. (ك)

(٧) قوله: "لأن سلامة إلخ" بيانه أن الدين الموعود كالموجود، فلو كان الدين موجوداً، وهلك الرهن في ضمان المرتهن، يسلم للراهن مالية الرهن بسبب براءة ذمته عن الدين وفي الموعود، إذا هلك الرهن في يد المرتهن يضمن المرتهن للراهن المسمى من الدين، فإذا استوفاه من المرتهن، وهو ومالية الرهن، سواء يصير الراهن مستوفياً مالية الرهن بواسطة الاستيفاء، وفي فصل السلامة بواسطة البراءة يرجع المعير بمثله على الراهن، فكذلك في فصل السلامة بالاستيفاء. (ك)

(٨) راهن.

(٩) راهن.

(١٠) دين.

(١١) فرهنه المستعير.

(١٢) في العبد بعد الرهن. (كف)

(١٣) المستعير.

(١٤) قوله: "لأن الحق إلخ" أي حق المرتهن تعلق بمالية الرهن برضا المعير، وقد استهلكه بالإعتاق، فصار كما استهلكه بالإتلاف، وهو في هذا الحكم كأجنبي آخر، فيضمن قيمته، ثم يرده على المعير؛ لأن استرداد القيمة كاسترداد العين، ولو أخذ المعير الرهن من المرتهن، ثم استرده المرتهن، كان رهناً عنده إلى أن يقبض دينه، فإذا قبض يرده على المعير،

أتلفه[١] بالإعتاق، وتكون[٢] رهنًا عنده إلى أن يقبض دينه، فيردها إلى المعير؛ لأن استرداد القيمة كاسترداد العين[٣].

ولو استعار عبدًا، أو دابة ليرهنه، فاستخدم العبد، أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما، ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما، ثم قضى المال[٤]، فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن، فلا ضمان على الراهن؛ لأنه قد برئ من الضمان حين رهنهما[٥]، فإنه كان أمينًا[٦] خالف[٧]، ثم عاد[٨] إلى الوفاق.

وكذا إذا أفتك الرهن، ثم ركب الدابة، أو استخدم العبد فلم يعطب[٩]، ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن؛ لأنه[١٠] بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير؛ لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك، وقد عاد إلى الوفاق، فيبرأ عن الضمان[١١].

كذا هذا. (كفاية)

(١٥) قوله: "برقبته" أقول: كان الحق في التعليل أن يقال: لأن الحق تعلق بماليته، وقد أتلفها بالإعتاق، إذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التعليل إنما هو حق المرتهن، وحقه متعلق بماليته الرهن دون برقبته. (نت)

(١) المعير.

(٢) القيمة.

(٣) قوله: "لأن استرداد القيمة إلخ" يعني أن المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير، واسترداد القيمة كاسترداد العين، ولو استرد العين، ثم استوفى دينه من الراهن، وجب عليه رد العين، فكذلك رد قيمته. (ع)

(٤) إلى المرتهن.

(٥) قوله: "لأنه قد برئ من الضمان" أي ضمان التعدي بالاستخدام والركوب، لا ضمان قضاء الدين، فإن المعير يرجع على الراهن بضمان قضاء الدين؛ لأن الراهن بعد ما قضى الدين لما ملك الرهن في يد المرتهن، فيرجع بما أدى إليه من الدين؛ لأن الرهن لما هلك في يد المرتهن، يصير مستوفيًا حقه من ماليته الرهن، فيرد إلى الراهن ما اقتضاه من الدين، كيلا يتكرر الاستيفاء، فإذا وقع الاستيفاء بمالية الرهن، يرجع المعير على الراهن بمالية الرهن في قدر ما وقع به الإيفاء. (ك)

(٦) قوله: "فإنه كان أمينًا إلخ" فإن قيل: أليس أن المستعير إذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرأ عن الضمان، ما لم يصل العين إلى المالك، وهذا مستعير قد خالف، فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال إلى صاحبه، قلنا ثمة يد المستعير يد نفسه، فبالعود إلى المكان المشروط لا يصير رادًا للعين على المالك لا حقيقة، ولا حكمًا.

بخلاف المودع؛ لأن يده كيد المالك، فبالعود إلى الوفاق يصير رادًا عليه حكمًا، وما نحن بصدده نظير مسألة الوديعة؛ لأن تسليمه إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير، حتى لو هلك بعد ذلك، يصير دينه مقضيًا، فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله، فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكمًا، فلهذا برئ به من الضمان. (ك)

(٧) بأن أخذ منهما نفعًا غير الرهن.

(٨) بأرهنهما.

(٩) عطوب -بضمتين- هلاک شدن. (م)

(١٠) مستعير.

(١١) قوله: "فيبرأ عن الضمان" لأن الرد إلى نائب المعير، وهو المستعير نفسه قد وجد؛ لأن الراهن الذي هو

وهذا بخلاف المستعير[١]؛ لأن يده يد نفسه[٢]، فلا بد من الوصول إلى يد المالك، أما المستعير فى الرهن، فيحصل مقصود الآمر[٣]، وهو الرجوع عليه عند الهلاك[٤] وتحقق الاستيفاء.

قال[٥]: وجناية الراهن على الرهن مضمونة؛ لأن تفويت حق لازم محترم[٦]، وتعلق مثله بالمال يجعل المالك، كالأجنبى فى حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه[٧] فيما وراء الثلث، والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته؛ ليشترى بها عبداً يقوم مقامه.

قال[٨]: وجناية المرتهن عليه[٩] تسقط من دينه بقدرها[١٠]، ومعناه[١١]: أن يكون الضمان على صفة الدين[١٢]، وهذا لأن العين ملك المالك، وقد تعدى عليه المرتهن، فيضمنه لمالكه.

قال: وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر، وهذا[١٣] عند أبى حنيفة، وقالا: جنايته على المرتهن معتبرة.

والمراد بالجناية على النفس[١٤] ما يوجب المال[١٥]، أما الوفاقية[١٦]؛ فلأنها جناية

المستعير بعد الفكاك مودع، والمودع يبرأ بالرد إلى الوفاق. (عناية)

(١) قوله: "وهذا بخلاف المستعير" أى إذا استعار عيناً لينتفع بها، فخالف، ثم عاد إلى الوفاق، لم يبرأ عن الضمان. (ك)

(٢) لا يد المالك.

(٣) قوله: "فيحصل مقصود الآمر" يعنى بتسليم الرهن إلى المرتهن، فينبغى أن يجعل المستعير فى الرهن بمعنى المودع، ليكون التسليم إلى المرتهن بمنزلة رده إلى صاحبه، فيبرأ عن الضمان، وهو صحيح ظاهر، إذا كان الاستعمال قبل الرهن. (م)

(٤) عند المرتهن.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "حق لازم [أى حق المرتهن] محترم" وعنى باللازم أن لا يقدر على إسقاطه بانفراده، وبالمحترم أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله. (م)

(٧) المريض.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) رهن.

(١٠) جناية.

(١١) أى معنى قول القدورى. (عينى)

(١٢) بأن يكون الدين دراهم ودنانير، أما إذا كان الدين مكيلا فلا يسقط. (ك)

(١٣) أى كونها هدراً.

المملوك على المالك، ألا ترى[١] أنه لو مات[٢]، كان الكفن عليه[٣].

بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه[٤]؛ لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً، حتى يكون الكفن عليه، فكانت جناية على غير المالك[٥] فاعتبرت.

ولهما في الخلافية[٦]، أن الجناية حصلت على غير مالكه[٧]، وفي الاعتبار فائدة[٨]، وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر، ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا

---

(١٤) أي نفس الراهن أو نفس المرتهن.

(١٥) قوله: "ما يوجب المال" وهي ما إذا كانت الجناية خطأ في نفس أو فيما دونها، أما الجناية الموجبة للقصاص فمعتبرة، أما على المرتهن فلا يشكل، وأما على الراهن؛ فلأن المستحق به دمه، والمولى من دمه كأجنبي آخر، ألا ترى أن إقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص لا يصح، وبالجناية الموجبة للمال يصح، وإقراره على نفسه بالجناية الموجبة للقصاص صحيح، وبالموجبة للمال باطل. (ك)

(١٦) قوله: "أما الوفاقية إلخ" يعني أما وجه المسألة التي اتفقوا على حكمها، وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر؛ لأنها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال، بدليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه، وكل ما كان كذلك، فهو هدر؛ لأن لو جنى على غيره، وجب على مولاه من ماله، فإذا وجب عليه شيء، لكان واجباً عليه له، وذلك باطل، ونوقض بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه، فإنها توجب الضمان، وأجاب عنه المصنف بما في الكتاب بقوله: بخلاف إلخ. (عناية)

(١) توضيح لكون العبد مملوكاً وإن كان مرهوناً.

(٢) العبد المرهون.

(٣) راهن.

(٤) قوله: "بخلاف جناية المغصوب" فإنها تعتبر عند أبي حنيفة، مع أن المغصوب مضمون على الغاصب، كما أن المرهون مضمون على المرتهن؛ لأن الملك إلخ. (كف)

(٥) قوله: "فكانت [أي جناية المغصوب على الغاصب] إلخ" أي فتبين أن العبد جنى على غير مالكه فاعتبرت، وأما ضمان الرهن وإن تقرر على المرتهن، فلا يوجب الملك له في العين، ولهذا لو مات كان الكفن على الراهن، فلا يتبين به أن جنايته كانت على غير مالكه، فلهذا كانت هدراً، فالحاصل أن المرهون من حيث إنه مضمون المالية كالمغصوب، ومن حيث إن عينه أمانة كالوديعة، فباعتبار أنه كالأمانة من وجه يجعل جنايته على المالك هدراً، وباعتبار أنه كالمغصوب يجعل جنايته على الضامن هدراً. (ك)

(٦) أي جناية الرهن على المرتهن. (ك)

(٧) قوله: "حصلت على غير مالكه [مرتهن]" إذ المرتهن غير مالك للعين، وحصولها على غير المالك يوجب الضمان، كما إذا حصلت على أجنبي، فإن قيل: ماليته محتبسة بدينه، فلا فائدة في إيجاب الضمان، أجاب عنه بقوله: وفي الاعتبار فائدة، وهو دفع العبد إليه بالجناية، فيعتبر وإن كان يسقط حقه في الدين، فإن أبقاه رهناً، وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين، وربما يكون له غرض صحيح في ملك العين، فيحصل له باعتبار الجناية، وإن لم يكن له غرض في ذلك، يترك لطلب الجناية، ويبقيه رهناً كما كان. (عناية)

(٨) قوله: "فائدة" لأن موجب اعتبار الجناية الدفع إلى المجني عليه، وللمرتهن غرض صحيح في تملك العبد، وإن سقط دينه، فوجب أن يعتبر، وربما يكون بقاء الدين مع التزام الفداء أنفع له، ففي إثبات الخيار له توفير النظر عليه. (ك)

الرهن، ودفعاه بالجناية إلى المرتهن[١]، وإن قال المرتهن: لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله.

وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية[٢]؛ لأنها[٣] حصلت فى ضمانه، فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه، وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء؛ لأنه لا فائدة فى اعتبارها[٤]؛ لأنه لا يتملك العبد، وهو الفائدة[٥].

وإن كانت القيمة[٦] أكثر من الدين[٧]، فعن أبى حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة[٨]؛ لأن الفضل ليس فى ضمانه، فأشبه جناية العبد[٩] الوديعة على المستودع، وعنه أنها لا تعتبر؛ لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه[١٠] ثابت، فصار كالمضمون، وهذا[١١] بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن، أو ابن المرتهن؛ لأن الأملاك[١٢] حقيقة متباينة، فصار كالجناية على الأجنبى.

(١) قوله: "ودفعاه [فإن قبله المرتهن صار عبداً له، وبطل الدين. كف] إلخ" فيه تسامح؛ لأن المرتهن يدفع العبد إلى نفسه، فلعله سماه دافعاً تغليباً. (عناية)

(٢) قوله: "كان عليه إلخ" لأنه مخاطب هو أيضاً بالدفع، أو بالفداء كالراهن، فحينئذٍ كان حكم الدفع أو الفداء له، وعليه فى حق شيء واحد بسبب جناية واحدة، والقول به اشتغال بما لا يفيد، وذلك أن المرتهن فى الرهن إذا كانت قيمته مثل الدين بمنزلة المالك فى حكم جنايته، ألا ترى أنه لو جنى على غيره كان الفداء على المرتهن بمنزلة ما لو كان مالكًا، فكذا فى الجناية عليه نجعل كالمالك، فلا يعتبر جنايته عليه. (كفاية)

(٣) جناية.

(٤) قوله: "لأنه لا فائدة إلخ" أى لا منفعة للمرتهن فى اعتبار تلك الجناية، فإنه لا يستحق بها الملك، ولكن المستحق بالدين مالية العبد يباع فيه، وذلك مستحق له بدينه، فلا فائدة فى اعتبار جنايته على ماله، فلهذا لا يعتبر. (ك)

(٥) أى تملك العبد.

(٦) أى قيمة الرهن.

(٧) أى دين المرتهن.

(٨) قوله: "أنه يعتبر [أى جناية الرهن على مال المرتهن] إلخ" فلو كان قيمته ألفين، والدين ألف، فالنصف منه أمانة ههنا، وجناية الوديعة على المودع معتبرة، فيقال للراهن ادفعه أو أفداه، فإن دفعه وقبل المرتهن، صار عبداً للمرتهن، فيسقط الدين؛ لأنه يكون كالهالك فى يده فى حكم سقوط الدين، كما لو جنى على أجنبى ودفعاه به، وإن فداه كان على الراهن نصف الفداء حصة الأمانة، وعلى المرتهن نصف الفداء حصة المضمون، فتسقط حصته؛ لأنه لا يستوجب على نفسه ديناً، ويستوفى من الراهن حصته من الفداء، ويكون الفداء رهناً على حاله. (رد المحتار)

(٩) فإنها تعتبر.

(١٠) أى فى الفضل.

(١١) أى ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدراً. (ع)

(١٢) بين الأب والابن. (ع)

قال[١] : ومن رهن عبدًا يساوى ألفًا بألف إلى أجل[٢] ، فنقص في السعر[٣] ، فرجعت قيمته إلى مائة ، ثم قتله رجل ، وغرم قيمته مائة ، ثم حل الأجل ، فإن المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ، ولا يرجع على الراهن بشيء .

وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا[٤] ، خلافًا لزفر ، هو يقول : أن المالية قد انتقصت[٥] ، فأشبه انتقاص العين[٦] .

ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس ، وذلك لا يعتبر فى البيع ، حتى لا يثبت به الخيار[٧] ، ولا فى الغصب[٨] حتى لا يجب الضمان ، بخلاف نقصان العين ؛ لأن بفوات جزء منه[٩] يتقرر الاستيفاء[١٠] فيه[١١] ، إذ اليد[١٢] يد الاستيفاء ، .

وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر ، بقى مرهونًا بكل الدين ، فإذا قتله حر ، غرم قيمته مائة ؛ لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف فى ضمان الإتلاف ؛ لأن الجابر بقدر الفائت ، وأخذه المرتهن ؛ لأنه بدل[١٣] المالية[١٤] فى حق المستحق ، وإن[١٥] كان مقابلا بالدم على أصلنا ، حتى[١٦] لا يزداد[١٧] على دية الحر ؛ لأن المولى[١٨] استحقه

---

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) كذا فى "الجامع الصغير".

(٣) نرخ.

(٤) قوله: "لا يوجب إلخ" نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر، فلا يوجب سقوط الدين، ولهذا لو نقص به، وهو باق على حاله، فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن إلى الراهن. (عناية)

(٥) فى يد المرتهن.

(٦) فى يد المرتهن.

(٧) قوله: "لا يثبت به الخيار" يعنى إذا تغير سعر المشترى قبل القبض، لا يثبت الخيار. (كفاية)

(٨) يعنى لا يعتبر نقصان السعر فى الغصب. (كف)

(٩) مرهون.

(١٠) أى استيفاء المرتهن.

(١١) رهن.

(١٢) أى يد المرتهن.

(١٣) أى قيمة العبد المقتول.

(١٤) أى مالية العبد.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) تفريع على كون قيمة العبد المقتول مقابلا بالدم.

(١٧) القيمة.

بسبب المالية، وحق المرتهن متعلق بالمالية، فكذا فيما قام مقامه.

ثم لا يرجع[1] على الراهن بشيء؛ لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء، وبالهلاك يتقرر[2]، وقيمته كانت في الابتداء ألفًا، فيصير[3] مستوفيًا للكل من الابتداء، أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفيًا[4] الألف بمائة؛ لأنه يؤدي إلى الربا[5]، فيصير[6] مستوفيًا المائة، وبقى تسع مائة فى العين، فإذا هلك[7] يصير[8] مستوفيًا تسع مائة بالهلاك، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد؛ لأنه يصير مستوفيًا الكل بالعبد؛ لأنه لا يؤدي إلي الربا.

قال[9]: وإن كان أمره[10] الراهن أن يبيعه[11]، فباعه بمائة، وقبض[12] المائة

(١٨) دليل لقوله لأنه بدل المالية إلخ. (ك)

(١) المرتهن.

(٢) الاستيفاء.

(٣) المرتهن.

(٤) قوله: "أو نقول إلخ "دليل آخر، أي لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيًا للألف الدين بالمائة التى غرمها الحر بقتل الرهن، وجعلت رهنًا مكانه؛ لأنه يؤدى إلى الربا، فيصير مستوفيًا المائة، بقى تسع مائة فى العين، فإذا هلك يصير مستوفيًا تسع مائة بالهلاك، والباقى ظاهر.

واعلم أن صورة المسألة ههنا ثلاث، تراجع قيمة الرهن من ألف إلى مائة مع قيام عينه بحاله، وقتل الحر العبد الذى قيمته مائة بعد التراجع، وضمان قيمته مائة، وقتل عبد العبد المرهون فدفعه رهنًا به، وأقوال العلماء فيها أيضًا: ثلاثة، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فحكم الصورة الأولى والثالثة واحد، وهو أن الراهن يفتكها لجميع الدين بلا خيار. وقول محمد فى الأولى كقولهما: وفى الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالأولى، وبين أن يسلمه إلى المرتهن بماله كالثانية على ما يذكره. وقول زفر: إن حكم الصورة الأولى والثالثة واحد فى أن الراهن يفتكها المائة، ويسقط عنه التسع مائة قياسًا على الصورة الثانية، فإن حكمها أن التسع مائة ساقط عن الراهن بالاتفاق، وللمرتهن تلك المائة التى ضمنها الحر عند حلول الأجل، ووجوه هذه الأقوال مذكورة فى الكتاب. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه يؤدى إلى الربا" لأن المائة يجوز أن يكون بمقابلتها أكثر من مائة، فلذلك لا يتصور استيفاء جميع الدين بمقابلة المائة، فلهذا لو كان القاتل عبدًا قيمته مائة، فدفع مكانه، يكون رهنًا بألف درهم، كالأول عندنا على ما يجيء؛ لأن ذلك يجوز أن يكون بمقابلة ألف درهم شراءً، فكذلك حبسًا بالدين، ويتوهم استيفاء جميع الدين من ماليته، بأن يزداد قيمته، حتى إن الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة دنانير، فإنه يبقى جميع الدين باعتباره؛ لأنه يتوهم استيفاء جميع الدين منه، بأن يغر الدنانير حتى يبلغ قمية هذه الدنانير ألف درهم. (ك)

(٦) المرتهن.

(٧) المرهون.

(٨) المرتهن.

(٩) كذا فى "الجمع الصغير". (عينى)

(١٠) المرتهن.

(١١) أى العبد المرهون الذى تراجع قيمته إلى النقصان.

قضاء من حقه، فيرجع بتسع مائة؛ لأنه[١] لما باعه بإذن الراهن صار[٢] كأن الراهن استرده وباعه بنفسه، ولو كان كذلك يبطل الرهن، ويبقى الدين، إلا بقدر ما استوفى[٣]، كذا هذا.

قال[٤]: وإن قتله عبد[٥] قيمته مائة، فدفع مكانه افتكّه[٦] بجميع الدين، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: هو[٧] بالخيار، إن شاء افتكّه بجميع الدين، وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله[٨].

وقال زفر: يصير رهنًا بمائة، له أن يد الراهن يد استيفاء، وقد تقرر بالهلاك، إلا أنه[٩] أخلف[١٠] بدلا بقدر العشر، فيبقى الدين بقدره.

ولأصحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الأول لحمًا ودمًا[١١]، ولو كان الأول قائمًا وانتقص السعر، لا يسقط شيء من الدين عندنا؛ لما ذكرنا[١٢]،

---

(١٢) مرتهن.

(١) مرتهن.

(٢) فصار المرتهن وكيل الراهن. (ك)

(٣) مرتهن.

(٤) كذا في "الجامع الصغير".

(٥) قوله: "وإن قتله [أي قتل العبد الذى يساوى ألفًا وهو رهن بألف ولم يراجع سعره. ك] إلخ" عطف على قوله: ثم قتله رجل، والظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع إلى ما رجع إليه ضمير قتله في المعطوف عليه، ولا شك أن الضمير في المعطوف عليه راجع إلى العبد المرهون الذى نقص في السعر، فكذ الضمير الذى في المعطوف، كما ذهب إليه أصحاب "النهاية" و"معراج الدراية" و"غاية البيان". وإن أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه إلى ما رجع إليه ضمير المعطوف عليه، فلا أقل من إرجاعه إلى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه، وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف فيما سيأتى بقوله، ولو كان تراجع سعره إلخ، عن شائبة التكرار. وأما إرجاع الضمير في المعطوف إلى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر، فمما لا يساعده العبارة المذكورة قطعا على مقتضى العبرية. (نت)

(٦) الراهن.

(٧) راهن.

(٨) أى بديته، ولا شيء عليه.

(٩) مرتهن.

(١٠) قوله: "أخلف" الإخلاف بدل گرفتن از چيزى، كذا في "تاج البيهقى"، وفي "منتهى الأرب" أخلف فلان لنفسه: رفت از فلان چيزى، پس بجاى آن چيزى ديگر گرفت.

(١١) قوله: "لحمًا ودمًا" يعنى صورةً ومعنًى، أما صورة فظاهر، وأما معنى فلأن القاتل كالمقتول في الآدمية، والشرع يعتبره حرا من حيث الآدمية دون المالية، ألا ترى إلى استواءهما في حق القصاص، فكذا في حق الدفع. (ع)

فكذلك إذا قام المدفوع[(١)] مكانه.

ولمحمد فى الخيار أن المرهون تغير فى ضمان المرتهن، فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض[(٢)]، والمغصوب إذا قتل فى يد الغاصب، يخير المشترى والمغصوب منه، كذا هذا.

ولهما أن التغير لم يظهر فى نفس العبد؛ لقيام الثانى مقام الأول[(٣)] لحمًا ودمًا كما ذكرناه مع زفر، وعين الرهن أمانة[(٤)] عندنا، فلا يجوز تمليكه[(٥)] منه[(٦)] بغير رضاه[(٧)]، ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلى، وإنه منسوخ[(٨)].

بخلاف البيع؛ لأن الخيار فيه[(٩)] حكمه الفسخ، وهو مشروع، وبخلاف الغصب؛ لأن تملكه[(١٠)] بأداء الضمان مشروع، ولو كان العبد تراجع سعره[(١١)]، حتى صار يساوى مائة، ثم قتله عبد يساوى مائة، فدفع به، فهو على هذا الخلاف.

وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ، فضمان الجناية على المرتهن[(١٢)]، وليس له أن يدفع؛ لأنه لا يملك التمليك.

---

(١٢) قوله: "لما ذكرنا" إشارة إلى قوله: ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس إلخ. (ع)

(١) أى الثانى.

(٢) قوله: "كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل فى يد الغاصب" أى قتلهما عبد ودفع مكانهما، وإنما قيد فيهما بالقتل؛لأن سعرهما لو نقص مما كان عليه وقت البيع والغصب لا خيار للمشترى والمغصوب منه، بل يأخذهما من غير خيار، أما لو قتلهما عبد فدفع مكانهما يتخير المشترى بين أن يأخذ المدفوع بكل الثمن، وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع، وفى الغصب يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع، وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب. (ك)

(٣) ولذا افتكّه بجميع الدين لا بالمائة.

(٤) عند المرتهن.

(٥) فلذا لا خيار للراهن.

(٦) أى من المرتهن.

(٧) مرتهن.

(٨) يعنى بقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن».

(٩) أى حكم الخيار فيه الفسخ. (كف)

(١٠) غاصب.

(١١) قوله: "ولو كان إلخ" هذا تكرار لا محالة؛ لأن وضع المسألة فى الفصل الثالث فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة، فقتله عبد قيمته مائة، فدفع به، وقد ذكر الخلاف فيه، فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه، فهو على هذا الخلاف. (نت)

(١٢) قوله: "فضمان الجناية [لأن العبد فى ضمانه، فيقال للمرتهن أفد العبد من الجناية. ك] على المرتهن" يعنى إذا كانت القيمة والدين سواء، أما إذا كانت القيمة أكثر فيأتى، وإنما كانت الجناية عليه؛ لأن العبد فى ضمانه. (ع)

قوله: "على المرتهن" وإنما بدى بالمرتهن؛ لأنا لو خاطبنا الراهن من الجائز أن يختار الدفع، فيمنعه المرتهن من ذلك؛ لأن له أن يقول: أنا أفدى حتى أصلح رهنى. (ك)

ولو فدى طهر المحل[١]، فبقى الدين[٢] على حاله، ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء؛ لأن الجناية حصلت فى ضمانه، فكان عليه إصلاحها.

ولو أبى المرتهن أن يفدى[٣]، قيل للراهن إدفع العبد[٤]، أو أفده بالدية؛ لأن الملك في الرقبة قائم له، وإنما إلى المرتهن الفداء؛ لقيام حقه، فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية، ومن حكمها[٥] التخيير بين الدفع[٦] والفداء.

فإن اختار الدفع، سقط الدين[٧]؛ لأنه[٨] استحق لمعنى[٩] فى ضمان المرتهن، فصار كالهلاك[١٠]، وكذلك إن فدى؛ لأن العبد كالحاصل له[١١] بعوض كان على المرتهن[١٢]، وهو الفداء.

بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنسانًا، أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع[١٣]، أو الفداء فى الابتداء؛ لأنه غير مضمون على المرتهن[١٤]، فإن دفع[١٥] خرج من الرهن، ولم يسقط شيء من الدين، كما لو هلك[١٦] فى الابتداء، وإن فدى فهو رهن[١٧] مع أمه على حالهما[١٨].

(١) مرهون.

(٢) أى دين المرتهن.

(٣) الفداء: سر بها دادن درستن.

(٤) إلى ورثة المقتول.

(٥) جناية.

(٦) أى دفع العبد.

(٧) أى دين المرتهن.

(٨) عبد.

(٩) قتل.

(١٠) قوله: "فصار كالهلاك" والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن فى ضمان المرتهن. (ك)

(١١) فكأنه اشترى من ولى الجناية. (كف)

(١٢) قوله: "بعوض كان على المرتهن" وإذا كان على المرتهن، فقد أداه الراهن، فيجب للراهن على المرتهن مثل ما أدى إلى ولى الجناية، وللمرتهن على الراهن دين، فالتقيا قصاصًا، فيسلم الرهن للراهن، ولا يكون الراهن متبرعًا فى أداء الفداء؛ لأنه يسعى فى تخليص ملكه كمعير الراهن. (ك)

(١٣) أى ذى حق.

(١٤) فإنه ما ورد عليه العقد قصدًا.

(١٥) أى المولى. (كف) ولد الرهن إلى ذى حق.

(١٦) ولد الرهن.

(١٧) ولد الرهن.

ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته، فإن أدى المرتهن الدين الذى لزم العبد، فدينه على حاله، كما فى الفداء[1]، وإن أبى قيل للراهن: بعه فى الدين، إلا أن يختار أن يؤدى عنه، فإن أدى بطل دين المرتهن، كما ذكرنا فى الفداء، وإن لم يؤدِّ، وبيع العبد فيه، يأخذ صاحب دين العبد دينه؛ لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وحق ولي الجناية[2]؛ لتقدمه على حق المولى[3].

فإن فضل شيء[4]، ودين[5] غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر، فالفضل للراهن، وبطل دين المرتهن؛ لأن الرقبة استحقت لمعنى هو فى ضمان المرتهن، فأشبه الهلاك[6]، وإن كان دين العبد أقل[7]، سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد، وما فضل من دين العبد[8]، يبقى رهنًا كما كان.

ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به؛ لأنه من جنس حقه، وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل، وإن كان ثمن العبد لا يفى بدين الغريم أخذ[9] الثمن، ولم يرجع[10] بما بقى على أحد، حتى يعتق العبد؛ لأن الحق فى دين الاستهلاك يتعلق

---

(١٨) كما كانا.

(١) فى باب الجناية. (كف)

(٢) قوله: "وحق ولى الجناية" بالجر عطف على دين المرتهن، يعنى أن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وعلى حق ولى الجناية أيضًا، حتى لو جنى العبد المديون، دفع إلى ولى الجناية، ثم يباع للغرماء على ما يأتى فى الديات، كذا فى "العناية" تبعًا للنهاية، وقال فى "الكفاية" ومقدم على ولى الجناية، لأنه وإن دفع على ولى الجناية أولا، لكن إذا بيع لم يبق للدفع أثر. (مل)

(٣) قوله: "لتقدمه على حق المولى [وهو رقبة العبد]" أى لتقدم دين العبد على حق المولى، فإذا كان مقدمًا على حق المولى كان مقدمًا على حق من يقوم مقامه، وهو المرتهن، وولى الجناية، فإن المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية، وولى الجناية فى ملك العين. (ع)

(٤) قوله: "فإن فضل شيء إلخ" أقول: فيه شيء، وهو أن الظاهر من اسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله: فإن فضل شيء إلخ، من متفرعات المسألة السابقة، وهى قوله: ولو استهلك العبد المرهون مالا إلخ، ولا يذهب على ذى مسكة أن المال المستهلك إذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذى بيع، الهم إلا أن يكون قوله فإن فضل شيء إلخ، مسألة مباينة للمسألة الأولى مقابلة، لا أنها متفرعة عليها، ويكون الفاء فى قوله فإن فضل إلخ لمجرد الترتيب الذكرى، كما تستعمل الفاء فى هذا المعنى أيضًا على ما عرف فى علم الأدب. (مشايخ الأفكار)

(٥) الواو حالية.

(٦) عند المرتهن.

(٧) من دين المرتهن.

(٨) أى بعد أداء دين العبد.

(٩) غريم.

(١٠) غريم.

برقبته، وقد استوفيت[(١)]، فيتأخر[(٢)] إلى ما بعد العتق.

ثم إذا أدّى[(٣)] بعده[(٤)] لا يرجع على أحد؛ لأنه وجب عليه[(٥)] بفعله، وإن كانت قيمة العبد ألفين، وهو رهن بألف، وقد جنى العبد، يقال لهما[(٦)]: افدياه؛ لأن النصف منه مضمون، والنصف أمانة، والفداء في المضمون على المرتهن، وفي الأمانة على الراهن، فإن أجمعا على الدفع دفعاه، وبطل دين المرتهن، والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن[(٧)]؛ لما بيناه[(٨)]، وإنما منه الرضى به[(٩)]، فإن[(١٠)] تشاحّا[(١١)]، فالقول لمن قال: أنا أفدي، راهنًا كان أو مرتهنًا.

أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن[(١٢)]، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن، وكذا في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن: أنا أفدي له ذلك، وإن[(١٣)] كان المالك يختار الدفع؛ لأنه إن لم يكن مضمونًا، فهو محبوس بدينه[(١٤)]، وله في الفداء غرض صحيح[(١٥)]، ولا ضرر على الراهن، فكان له أن يفدي.

---

(١) أي الرقبة؛ فإنها قد بيعت.

(٢) الحق.

(٣) العبد.

(٤) عتق.

(٥) عبد.

(٦) راهن ومرتهن.

(٧) قوله: "والدفع [أي دفع العبد] لا يجوز إلخ" لأن الدفع تمليك، وهو لا يملك التمليك، والمراد به أن الراهن دفع، ورضى به المرتهن. (كف)

(٨) وهو قوله: لأنه لا يملك التمليك.

(٩) دفع.

(١٠)

(١١) قوله: "فإن تشاحا [أي تخالفا]" بأن قال المرتهن: أنا أفدى، وقال الراهن: أنا أدفع، أو على العكس. (ك)
قوله: "تشاحّا" تشاحّا على الأمر از باب تفاعل بخيلى كردند بكارى، يعنى نخواستند كه فوت فوت شود آن أمر، تشاح القوم فى الأمر: بخيلى كردند قوم بعضى از انها بر بعضى از خوف فوت آن كار. (تج)

(١٢) قوله: "فلأنه ليس إلخ" أى لأن الراهن بالدفع يسقط حق المرتهن، والمرتهن لا يسقط حق الراهن، بل يحفظ حق نفسه من غير ضرر بالراهن، فكان اختياره الفداء أولى. (كف)

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) حتى لو مات لا يسقط من دين المرتهن شيء.

(١٥) قوله: "وله في الفداء غرض صحيح" وهو زيادة التوثيق لاستيفاء دينه. (ك)

وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع[١]؛ لما بينا[٢]، فكيف يختاره، ويكون المرتهن فى الفداء متطوعًا فى حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن؛ لأنه يمكنه[٣] أن لا يختاره[٤]، فيخاطب الراهن، فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعًا[٥]، وهذا على ما روى عن أبى حنيفة[٦]، أنه لا يرجع مع الحضور، وسنبين القولين إن شاء الله تعالى[٧].

ولو أبى المرتهن أن يفدى، وفداه الراهن فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه؛ لأن سقوط الدين أمر لازم فدى[٨]، أو دفع، فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعًا، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين، أو أكثر، بطل الدين، وإن كان أقل[٩] سقط من الدين بقدر نصف الفداء، وكان العبد رهنًا بما بقى؛ لأن الفداء

---

(١) قوله: "وأما الراهن إلخ" أى لو قال الراهن أنا أفدى، وقال المرتهن أنا أدفع، فليس الدفع إلى المرتهن، ولا فائدة أيضًا فى اختيار المرتهن الدفع؛ لأنه يسقط دينه بالدفع، كما يسقط بالفداء، وفى الدفع أسقاط حق الراهن فى الرقبة، وله غرض صحيح فى استبقاء الرقبة بالفداء، فكان فى اختيار المرتهن الدفع تفويت غرض الآخر من غير فائدة، فلا يعتبر. (ك)

(٢) من أنه لا يملك التمليك.

(٣) قوله: "لأنه يمكنه إلخ" أى لأنه كان يقدر أن لا يلتزم الفداء، حتى يخاطب الراهن، فلما التزمه والحال هذه صار متبرعًا. (كف)

(٤) فداء.

(٥) أى يمكن أن يخاطب الراهن.

(٦) قوله: "وهذا على ما روى إلخ" فى "المبسوط" أبو حنيفة يقول: المرتهن أحد من يطالب بالفداء فى هذه الحالة، فلا يكون متبرعًا فيه كالراهن، وهذه النقطة تقتضى أن لا يكون متبرعًا حالة الحضور أيضًا، وروى عنه على عكس هذا، أنه لا يصير متبرعًا حالة الحضر، ويكون متبرعًا حالة الغيبة؛ لأن المرتهن لا يخاطب بالدفع حال غيبة الراهن، ولا يمكنهم الأخذ منه، فيكون متبرعًا فى الفداء وحالة الحضرة، فالمجنى عليه يخاطبها بالدفع أو الفداء، فلا يتوصل إلى الحبس إلا بالفداء، فلا يكون متبرعًا كصاحب العلو إذا بنى السفل، ثم بنى العلو عليه لا يكون متبرعًا، فهذا مثله. (ك)

(٧) قوله: "وسنبين القولين" أى قول أبى حنيفة وقول مخالفه، وهو ما ذكر بعد هذا بخطوط فى قوله: ولو كان المرتهن فدى، والراهن حاضر، فهو متطوع، وإن كان غائبا، لم يكن متطوعًا، وهو قول أبى حنيفة إلخ. (ك)

(٨) قوله: "لأن سقوط الدين أمر لا زم [يعنى أن الراهن إذا خوطب فلا بد له من أحدهما، وأيهما كان سقط الدين.عناية]" لأن موجب الجناية الدفع أو الفداء، وعلى التقديرين يسقط الدين على ما ذكر فى الكتاب، أنه إن اختار الدفع سقط الدين؛ لأنه استحق لمعنى فى ضمان المرتهن، فصار كالهلاك، وكذلك إذا فدى؛ لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن، وهو الفداء، فيكون سقوط الدين من اللوازم، فلم يتمكن الراهن من الخروج عن موجب الجناية. إلا وسقوط دين المرتهن يلازمه، فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعًا؛ لأنه قصد به تطهير ملكه عن الجناية، وهو محتاج إلى ذلك، فلا يكون متبرعًا فى نصيب المرتهن، كمعير الرهن إذا قضى الدين، ثم إن رد عليه المرتهن نصف الفداء، بقى مرهونًا، كما لو فدياه، وإن أبى ذلك، ونصف الفداء مثل الدين أو أكثر فقد خرج من الرهن؛ لأن المرتهن حين أبى الفداء رضى بإتواءه، فيجعل فى حقه كأنه هلك. (ك)

(٩) من الدين.

في النصف كان عليه، فإذا أداه الراهن، وهو[١] ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه، فيصير قصاصًا بدينه[٢]، كأنه[٣] أوفي نصفه[٤]، فبقي[٥] العبد رهنًا بما بقي.

ولو كان المرتهن فدى، والراهن حاضر، فهو متطوع، وإن كان غائبًا لم يكن متطوعًا[٦]، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر: المرتهن متطوع في الوجهين؛ لأنه فدى ملك غيره بغير أمره، فأشبه الأجنبي.

وله أنه إذا كان الراهن حاضرًا أمكنه مخاطبته، فإذا فداه المرتهن، فقد تبرع كالاجنبي، فأما إذا كان الراهن غائبًا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون، ولا يمكنه ذلك[٧] إلا بإصلاح الأمانة، فلا يكون متبرعًا.

قال[٨]: وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن، وقضى الدين[٩]؛ لأن الوصي قائم مقامه، ولو تولى الموصي[١٠] حيا بنفسه كان له ولا ية البيع بإذن المرتهن، فكذا لوصيه.

وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيًا، وأمره ببيعه؛ لأن القاضي نصب ناظرًا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم، والنظر في نصب الوصي، ليؤدي[١١] ما عليه لغيره، ويستوفي[١٢] ماله من غيره.

وإن كان علي الميت دين، فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرماءه، لم يجز، وللآخرين أن يردوه؛ لأنه[١٣] آثر[١٤] بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي[١٥]، فأشبه

---

(١) الواو حالية.

(٢) مرتهن.

(٣) مرتهن.

(٤) بعضه. (كف) أي نصف دينه.

(٥) أي نصف دينه.

(٦) قوله: "وإن كان غائبًا لم يكن متطوعًا" ذكر الغيبة مطلقًا، وكذا في "الإيضاح" و "المبسوط"، وشرط في "الأسرار": أن يكون الغيبة منقطعة. (كفاية)

(٧) أي إصلاح المضمون.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) الذي على الراهن.

(١٠) تصرف.

(١١) الوصي.

(١٢) الوصي.

الإيثار(١) بالإيفاء الحقيقي.

فإن قضى(٢) دينهم قبل أن يردوه جاز(٣)؛ لزوال المانع لوصول حقهم إليهم، ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن، اعتباراً بالإيفاء الحقيقي، وبيع في دينه(٤)؛ لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده.

وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز(٥)؛ لأنه(٦) استيفاء، وهو(٧) يملكه.

قال رضي الله تعالى عنه(٨): وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا، إن شاء الله تعالى.

فصل(٩)

قال(١٠): ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة، فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة(١١)، فهو رهن بعشرة(١٢)؛ لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن(١٣)، إذ

(١٣) (وصي)

(١٤) إيثار: بر گزيدن. (م)

(١٥) قوله: "بالإيفاء الحكمي" لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء حكمًا. (ك)

(١) أي إيثار بعض الغرماء.

(٢) الوصي.

(٣) الرهن.

(٤) غريم.

(٥) قوله: "جاز" أي عقد الرهن، وهذا كالراهن إذا با ع لا ينفذ بيعه لحق المرتهن، وإن قضى الراهن دينه، ينفذ البيع. (ك)

(٦) ارتهان.

(٧) الوصي.

(٨) أي المصنف.

(٩) قوله: "فصل" هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب، فلهذا أخره استدراكًا؛ لما فات فيما سبق. (نت)

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) قوله: "ثم صار خلا يساوي عشرة" ولم ينقص مقداره، وإن نقص سقط من الدين بقدره، ولا يعتبر بنقصان القيمة؛ لأن الفائت مجرد الوصف، وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم. (ع)

(١٢) قوله: "فهو رهن بعشرة" ذكر صاحب "المحيط": هذا إذا لم ينقص من الوزن شيء، فأما إذا نقص سقط من الدين بقدر النقصان، ويكون هو رهنًا بما بقي من الدين، وقوله: ثم صار خلا يساوي عشرة، هذا القيد وقع اتفاقًا؛ لأن انتقاص القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين إذا بقي القدر على حاله، كما لو انكسر القلب وبقي الوزن على حاله. (ك)

(١٣) قوله: "يكون محلا إلخ" اعلم أن العصير المرهون إذا تخمر، فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين، أو كافرين، أو يكون الراهن وحده مسلمًا أو بالعكس، فإن كانا كافرين، فالرهن بحاله تخلل، أو لم يتخلل، وفي الأقسام

المحلية بالمالية فيهما، والخمر وإن[١] لم يكن محلا للبيع ابتداء، فهو محل له بقاء[٢]، حتى إن من اشترى عصيراً، فتخمر قبل القبض، يبقى العقد[٣]، إلا أنه[٤] يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب[٥].

ولو رهن شاة، قيمتها عشرة بعشرة فمات، فدبغ[٦] جلدها، فصار يساوى درهمًا، فهو رهن بدرهم[٧]، لأن الرهن يتقرر بالهلاك، فإذا حيِى بعض المحل يعود

الباقية إن تخلل فكذلك، وإليه يلوح إطلاق المصنف، حيث قال: ثم صار خلا أى بنفسه، وإن لم يتخلل بنفسه، فهل للمرتهن أن يخلله أولا ففيه تفصيل، إن كان الراهن مسلمًا جاز تخليله؛ لأن المالية وإن تلفت بالتخمير بحيث لا يضمن، وذلك يسقط الدين، لكن إعادتها ممكنة بالتخليل، فصار كتخليص الراهن من الجناية.

وإذا جاز ذلك للمسلين والخمر ليست بمال بالنسبة إليهم، فلأن يجوز فى المرتهن الكافر أولى؛ لأنها مال بالنسبة إليه، وإذا كان الراهن كافرا، فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله، وليس للمرتهن المسلم تخليلها، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خللها؛ لأنه صار غاصباً بما صنع، كما لو غصب خمر ذمى، فخللها، فالخل له، ويقع المقاصة إن كان دينه من جنس القيمة، ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه. (ع]

(١) الواو وصلية.

(٢) قوله: "فهو محل له إلخ" لقائل أن يقول: ما يرجع إلى المحل، فالابتداء والبقاء فيه سواء، فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل، ويمكن أن يجاب عنه، بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيًا، وههنا يتبدل المحل حكمًا بتبدل الوصف، فلذلك تخلف عن هذا الأصل. (ع)

(٣)قوله: "يبقى العقد إلخ" وذلك لأن الخمر مال، إلا أنه ليس بمتقوم، فبالنظر إلى جهة المالية يقتضى المحلية، والنظر إلى أنه ليس بمتقوم يقتضى انعدام المحلية، فعملنا بالشبهين، فقلنا: بأنه ليس بمحل ابتداء، وأنه محل بقاء، ولم يقل بالعكس؛ لأن ما يكون محلا للابتداء، فهو محل للبقاء، فإن البقاء أسهل من الابتداء، فلا يمكن اعتبار الشبهين. (ك)

(٤) مشترى.

(٥) بعد البيع قبل القبض، فللمشترى الخيار.

(٦) المرتهن.

(٧) قوله: "فهو رهن بدرهم" هذا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمًا، وأما إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمين، كان الجلد رهنًا بدرهمين، وإنما يعرف هذا، فيما إذا نظر إلى قيمة الجلد، وإلى قيمة اللحم يوم الارتهان، فإن كانت قيمة اللحم تسعة، وقيمة الجلد درهمًا، كان الجلد رهنًا بدرهم، وإنما يعرف إذا نظر إلى قيمة الشاة حية وإلى قيمتها مسلوخة، فإن كانت قيمتها حية عشرة، وقيمتها مسلوخة تسعة، علم أن قيمة الجلد درهم يوم الرهن؛ لأنه بإزاء كل درهم من الشاة درهم من الدين، فيسقط من الدين تسعة، ويبقى الجلد رهنًا بدرهم.

وإن كانت قيمتها حية عشرة، وقيمتها مسلوخة ثمانية، علم أن قيمة الجلد درهمان، فيكون الجلد رهنًا بدرهمين، وإنما وجب النظر إلى قيمة الجلد واللحم يوم الارتهان لا يوم الدباغة؛ لأن الأصل أن قيمة الرهن، إنما تعتبر يوم الارتهان، هذا الذى ذكرنا فيما إذا كانت قيمة الشاة مثل الدين، أما إذا كانت قيمة الشاة أكثر من الدين، بأن كانت قيمة الشاة عشرين، وقد دبغ الجلد، فإنه ينظر إلى قيمة الجلد وإلى اللحم يوم الارتهان، فإن كانت قيمته يوم الارتهان درهمًا، بأن كانت قيمتها حية عشرين، ومسلوخة تسعة عشر، علم أن قيمة الجلد كانت درهمًا، فتكون رهنًا بنصف درهم؛ لأن بإزاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين، فيكون الجلد رهنًا بنصف درهم، ويسقط بإزاء اللحم تسعة ونصف.

وإن كانت قيمة الشاة أقل من الدين، بأن كانت قيمتها خمسة، وقد دبغ الجلد، وكانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهمًا، فقد ذهب من الدين أربعة، والجلد رهن بستة؛ لأن الخمسة من الدين كانت باقية، وبمقابلة الخمسة الأخرى كانت

حكمه[١] بقدره، بخلاف ما إذا ماتت[٢] الشاة المبيعة قبل القبض، فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع؛ لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود، أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه، ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع، ويقول: يعود البيع.

قال[٣]: ونماء الرهن للراهن، وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف؛ لأنه متولد من ملكه، ويكون رهنًا[٤] مع الأصل؛ لأنه تبع له، والرهن حق لازم[٥]، فيسرى إليه. فإن هلك يهلك بغير شيء؛ لأن الأتباع لا قسط[٦] لها مما يقابل بالأصل؛ لأنها[٧] لم تدخل[٨] تحت العقد[٩] مقصودًا؛ إذ اللفظ[١٠] لا يتناولها.

وإن هلك الأصل، وبقي النماء افتكّه الراهن بحصته[١١]، يقسم الدين على قيمة

الشاة مرهونة، فلما ماتت الشاة ذهب بما ذهب، وهو الخمسة، وقد عاد من الساقط بقدر مالية الجلد بالدباغة، وهو درهم، وكل جزء من الرهن محبوس بجميع الدين، فلهذا كان الجلد مرهونًا بما بقى من الدين وهو ستة، ولم يعد أربعة؛ لأنها كانت بإزاء اللحم، ولم يزل التوى عن اللحم، وقد كان بقى عليه من الدين خمسة، فكان الباقي من الدين ستة، فصار الجلد رهنًا بستة مضمونًا بإزاء درهم، فإذا هلك الجلد بعد ذلك، هلك بدرهم واحد، فيرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين.ثم هذا الذى ذكره محمد: أن الجلد يصير رهنًا بما يخصه من الدين، لا يشكل إذا حصل دبغ الجلد من المرتهن بشيء لا قيمة له، بأن تربه أو شمسه؛ لأنه فى هذه الحالة لا يستحق بسبب الدباغة على الراهن شيئًا، حتى يستحق حبس الجلد، فأما إذا حصل الدبغ بماله قيمة يثبت للمرتهن حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه، كما لو غصب جلد ميتة، ودبغه بشيء له قيمة. (ك)

(١) راهن.

(٢) عند البائع.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) على معنى أنه يحبس كما يحبس الرهن. ك)

(٥) قوله: "حق لازم [أى متأكد بحيث لا اختيار فيه. ك]" ألا ترى أن الراهن لا يملك إبطاله، بخلاف ولد الجارية الجانية، حيث لا يسرى حكم الجناية إلى الولد، ولا يتبع أمه فيه؛ لأن الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء. (مل)

(٦) بهره.

(٧) أتباع.

(٨) فلا يكون لها قسط مما يقابل بالأصل. (ك)

(٩) أى العقد الوارد على الأصل مقصودًا. (ك)

(١٠) أى لفظ الجارية، أو الشاة. (حميدية)

(١١) قوله: "بحصته" أى بحصة من الدين؛ لأنه صار مقصودًا بالفكاك، والتبع إذا صار مقصودًا يكون له قسط، كولد المبيع لا حصة له من الثمن، ثم إذا صار مقصودًا بالقبض، صار له حصته، حتى إذا هلكت الأم قبل القبض، وبقى الولد كان للمشترى أن يأخذ الولد بحصته من الثمن، ولو هلك قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن. (زيلعي)

الرهن يوم القبض، وقيمة النماء يوم الفكاك؛ لأن الرهن يصير مضمونًا بالقبض والزيادة تصير[١] مقصودة[٢] بالفكاك، إذا بقى إلى وقته، والتبع يقابله شيء[٣]، إذا صار مقصودًا، كولد المبيع[٤]، فما أصاب الأصل يسقط من الدين؛ لأنه يقابله الأصل مقصودًا، وما أصاب النماء افتكّه الراهن؛ لما ذكرنا[٥]، وصور المسائل على هذا الأصل تخرج[٦]، وقد ذكرنا بعضها في "كفاية المنتهى" وتمامه في "الجامع" و "الزيادات"[٧].

ولو رهن شاة بعشرة، وقيمتها عشرة، وقال الراهن للمرتهن: أحلب الشاة، فما حلبت فهو لك حلال، فحلب وشرب، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك.

أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر[٨]؛ لأنها إطلاق، وليس بتمليك[٩]، فتصح مع الخطر، ولا يسقط شيء من الدين؛ لأنه أتلفه بإذن المالك[١٠].

فإن لم يفتكّ الشاة حتى ماتت[١١] في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة، فما أصاب الشاة سقط، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن[١٢]؛ لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن، والفعل حصل بتسليط

---

(١) قوله: "تصير" وذلك لأن الزيادة لا تصير مقصودة إلا بفعل حسي، كما ذكرنا، ولا فعل ههنا سوى الفكاك، فيصير مقصوداً به. (ك)

(٢) لأنه إنما صار مضمونًا به، إذ لو هلك قبله هلك مجانًا. (ع)

(٣) والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك، فيخصه شيء من الدين. (عناية)

(٤) فإنه لا حصة له من الثمن إلا إذا صار مقصوداً بالقبض. (ك)

(٥) قوله: "لما ذكرنا" أي لكونه مقصوداً بالفكاك، وتفسيره إذا كانت قيمة الأصل ألفًا، والولد يساوي ألفًا، فالدين نصفان في الظاهر، فإن مات الولد ذهب بغير شيء، ويبقى الدين بإزاء الأم، وإن ماتت الأم، وبقي الولد، فإن افتكّه افتكّه بنصف الدين، وإن هلك الولد بعد موت الأم ذهب بغير شيء، وذهب كل الدين بموت الأم. (ك)

(٦) يعني قسمة الدين على قيمتها يوم القبض، وقيمته يوم الفكاك. (ع)

(٧) وفيه كثرة وتطويل، أعرض عنه المصنف. (عيني)

(٨) قوله: "فيصح تعليقها بالشرط" يريد بأنه قوله: فما حلبت فإن كلمة ما تضمنت معنى الشرط، ولهذا دخل الفاء في خبرها. (عناية)

(٩) ولو كان تمليكًا لما تعلق بالشرط.

(١٠) قوله: "لأنه أتلفه إلخ" ولو فعل ذلك بغير إذن الراهن وجب عليه الضمان، فيكون رهنًا عند المرتهن ومحبوسًا بالدين مع الشاة، وكذلك لو فعل الراهن ذلك بنفسه بغير إذن المرتهن، ضمن قيمته، ويكون القيمة رهنًا عند المرتهن مع الشاة، ثم التقييد بالشاة إنما يظهر فائدته في جانب الضمان فيما إذا حلبها بغير إذنه، حتى إن المرهون لو كان أمة، فأرضعت صبي المرتهن بغير إذن الراهن، لم يحتسب به، لأن لبن الآدمي لا ثمن له. (ك)

(١١) شاة.

من قبله، فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه، فكان مضمونًا عليه، فيكون له حصته من الدين، فبقى[1] بحصته، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن فى أكله، وكذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس.

قال[2]: وتجوز الزيادة فى الرهن[3]، ولا تجوز فى الدين[4] عند أبى حنيفة ومحمد، ولا يصير الرهن رهنًا بها[5]، وقال أبو يوسف: تجوز الزيادة فى الدين أيضًا.

وقال زفر والشافعى: لا تجوز فيهما[6]، والخلاف معهما فى الرهن[7] والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء[8]، وقد ذكرناه فى البيوع[9].

ولأبى يوسف فى الخلافية[10] الأخرى أن الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع[11]، والرهن كالمثمن، فتجوز الزيادة فيهما[12]، كما فى البيع[13]، والجامع بينهما

---

(١٢) قوله: "أخذه المرتهن إلخ" لأن إتلاف المرتهن انتقل إلى الراهن لما كان بإذنه، وصار الراهن مستردًا؛ لما أتلفه المرتهن. (كافى)

(١) الدين.

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "وتجوز الزيادة إلخ" مثل أن يرهن ثوبًا بعشرة يساوى عشرة، ثم يزيد الراهن ثوبًا آخر ليكون مع الأول رهنًا بعشرة، جاز عند علمائنا. (عناية)

(٤) قوله: "ولا تجوز فى الدين" صورة الزيادة فى الدين هو أن يزيد دينًا على الدين الأول على أن يكون الرهن الأول رهنًا بالدينين، وهو غير جائز. (زيلعى)

(٥) قوله: "ولا يصير الرهن إلخ" يعنى أن المراد بقولهم أن الزيادة فى الدين لا تصح أن الرهن لا يكون رهنًا بالزيادة، بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق، وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة؛ لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعًا. (زيلعى)

(٦) قوله: "لا تجوز فيهما [أى فى الرهن والدين]" لأنه يؤدى إلى الشيوع؛ لأنه لا بد للرهن الثانى من أن يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن الأول بقدره من أن يكون رهنًا أو مضمونًا، وذلك شائع، والشيوع يفسد الرهن. (زيلعى)

(٧) أى فى زيادة الرهن. (ك)

(٨) قوله: "والمنكوحة" أى فى زيادة المنكوحة، بأن زوج المولى أمته من رجل بمهر مقدر، ثم زوج المولى أمة أخرى منه بذلك المهر وقبل الزوج يصح، وينقسم الألف عليهما. (ك)

(٩) أى فى الفصل الذى ذكره فى باب المرابحة والتولية. (ك)

(١٠) وهو قوله: وقال أبو يوسف: يجوز الزيادة فى الدين أيضًا. (ك)

(١١) قوله: "كالثمن إلخ" حتى يكون الرهن محبوسًا بالدين مضمونًا به، كالمبيع بالثمن، ثم الزيادة فى الرهن ملحقة بأصل العقد، فكذا الزيادة فى الدين كالزيادة فى المبيع والثمن. (ك)

(١٢) أى الدين والرهن.

(١٣) فإنه يجوز الزيادة فى الثمن والمثمن.

الالتحاق بأصل العقد للحاجة[١] والإمكان[٢].

ولهما[٣] وهو القياس، أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن[٤]، وهو غير مشروع عندنا، والزيادة فى الرهن توجب الشيوع فى الدين، وهو غير مانع من صحة الرهن.

ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمس مائة من الدين جاز، وإن[٥] كان الدين ألفا، وهذا شيوع فى الدين.

والالتحاق بأصل العقد غير ممكن فى طرف الدين[٦]؛ لأنه غير معقود عليه ولا معقود به، بل وجوبه سابق على الرهن، وكذا يبقى بعد انفساخه[٧]، والالتحاق بأصل العقد فى بدلى العقد[٨] بخلاف البيع؛ لأن الثمن بدل يجب بالعقد.

ثم إذا صحت الزيادة فى الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية[٩]، يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، حتى لو كانت قيمة الزيادة

---

(١) قوله: "الالتحاق إلخ" ففي الثمن إنما يصح بالتحاقها بأصل العقد، فإنه لولا هلك، لما صحت الزيادة ثمنا، فكذا الزيادة في المبيع تصح لهذا الوصف أيضًا، والدين مع الرهن كالثمن مع المبيع، ويجوز الزيادة فى الرهن بالتحاق الزيادة بأصل العقد، فكذا الزيادة في الدين بجامع الاحتياج والإمكان، فإن الحاجة تمس إلى الزيادة فى الدين، كما تمس إلى الزيادة في الرهن، بأن يكون في مالية الرهن فضل على الدين، ويحتاج الراهن إلى مال آخر، فيجعلانه رهنًا بهما.

وأما الإمكان فلأن العقد بعد الالتحاق يتغير من وصف مشروع إلى وصف مشروع، بأن يصير قيمة الرهن مثل الدين أو أقل، وأنه مشروع في الابتداء، فكذا في الانتهاء. (ك)

(٢) أى إمكان الزيادة. (ك)

(٣) طرفين.

(٤) قوله: "توجب الشيوع في الرهن" لأن بعض الرهن يفرغ من الدين الأول؛ ليثبت فيه ضمان الدين الثانى، فبقي حكم الأول في البعض مشاعا، والشيوع في الرهن يمنع صحة الرهن، فأما الزيادة فى الرهن فيؤدى إلى الشيوع فى الدين، لأن بعض الدين يتحول ضمانه من الرهن الأول إلى الثانى، والشيوع فى الدين لا يضر كما لو رهنه بنصف الدين رهنًا. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "والالتحاق [الفساد للجامع الذى ذكره أبو يوسف.ع] إلخ" يعنى أن الالتحاق بأصل العقد فى المعقود عليه، أو المعقود به، والدين ليس بمعقود عليه، وهو ظاهر، ولا معقود به؛ لأن المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبًا قبل عقد الرهن بسببه، ويبقى بعد فسخ الرهن، فلا يمكن إثبات الزيادة فيه ملحقة بأصل العقد، وأما الرهن فمعقود عليه؛ لأنه لم يكن محبوسًا قبل عقد الرهن، ولا يبقى محبوسًا بعد عقد الرهن، فالزيادة فى الرهن زيادة فى المعقود عليه، فيلتحق بأصل العقد، والثمن يجب بالعقد، فيكون معقودًا به، فوضح الفرق. (ك)

(٧) رهن.

(٨) معقود عليه وبه.

(٩) قوله: "وتسمى هذه" أى الزيادة في الرهن زيادة قصدية، بخلاف نماء الرهن، فإن ذلك زيادة فى الرهن، وليست بقصدية، بل هى زيادة ضمنية، ويختلفان حكمًا أيضًا، فإن الدين يقسم على قيمة الزيادة فى الرهن يوم القبض، وقيمة النماء يوم الفكاك. (ك)

يوم قبضها خمس مائة، وقيمة الأول يوم القبض ألفًا، والدين ألفًا، يقسم الدين أثلاثًا فى الزيادة ثلث الدين، وفى الأصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتهما فى وقتى الاعتبار[١].

وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض، فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض، وإذا ولدت المرهونة ولداً[٢]، ثم إن الراهن زاد مع الولد عبداً، وقيمة كل واحد[٣] ألف، فالعبد رهن مع الولد خاصة، يقسم ما فى الولد عليه، وعلى العبد الزيادة؛ لأنه[٤] جعله زيادة مع الولد دون الأم.

ولو كانت الزيادة مع الأم[٥]، يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، فما أصاب الأم، قسم عليها، وعلى ولدها[٦]؛ لأن الزيادة دخلت على الأم.

قال[٧]: فإن رهن عبداً يساوى ألفًا بألف، ثم أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهنًا مكان الأول، فالأول رهن حتى يرده[٨] إلى الراهن، والمرتهن فى الآخر أمين، حتى يجعله[٩] مكان الأول؛ لأن الأول إنما دخل فى ضمانه بالقبض والدين، وهما باقيان، فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقيًا[١٠]، وإذا بقى

---

(١) أى وقتى قبضهما.

(٢) قوله: "وإذا ولدت إلخ" يعنى إذا رهن جاريته بألف تساوى ألفًا، فولدت ولدا يساوى ألفًا، ثم زاد عبداً فقال الراهن: زدتك هذا العبد مع الولد رهنًا، وهو أيضًا يساوى ألفًا جاز العقد، ويكون العبد رهنًا مع الولد دون الأم، فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد، فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك، وقيمة العبد يوم قبضه؛ لأن العبد دخل فى ضمانه يوم القبض، فإن مات الولد بعد الزيادة، بطلت؛ لأنه إذا هلك خرج من العقد، وصار كأن لم يكن، فبطل الحكم فى الزيادة؛ لأنها ملحقة بالولد فى الحكم. (ع)

(٣) من العبد والولد والجارية.

(٤) راهن.

(٥) بأن قال الراهن: زدتك هذا العبد مع الأم. (ع)

(٦) قوله: "قسم عليها إلخ" لأن الزيادة إذا دخلت على الأم، فكأنها كانت فى أصل العقد، فيكون الولد داخلا فى حصة الأم خاصة، فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها، وبقى الولد والزيادة بما فيها؛ لأن بهلاك الأم يتقرر الضمان، فلا يبطل الحكم فى الزيادة، بخلاف الزيادة فى الولد، ولو مات الولد بعد الزيادة، ذهب بغير شيء، فكأن العبد زيد فى الأم ولا ولد معها. (كفاية)

(٧) أى محمد فى "الجامع". (عينى)

(٨) المرتهن.

(٩) مرتهن.

(١٠) قوله: "ما دام الدين باقيًا" هذا احتراز عن الإبراء على ما سيجىء، فإن بالإبراء يرتفع الضمان، وإن لم ينقض

الأول فى ضمانه، لا يدخل الثانى فى ضمانه؛ لأنهما[١] رضيا بدخول أحدهما فيه[٢]، لا بدخولهما، فإذا رد الأول، دخل الثانى فى ضمانه.

ثم قيل: يشترط تجديد[٣] القبض[٤]؛ لأن يد المرتهن على الثانى يد أمانة، ويد المرتهن يد استيفاء وضمان، فلا ينوب[٥] عنه[٦]، كمن له على آخر جياد، فاستوفى زيوفًا ظنها جيادًا، ثم علم بالزيافة، وطالبه بالجياد وأخذها، فإن الجياد أمانة فى يده ما لم يرد الزيوف[٧]، ويجدد القبض[٨]، وقيل: لا يشترط؛ لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل[٩].

وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة، ولأن الرهن عينه أمانة، والقبض يرد على العين، فينوب قبض الأمانة عن قبض العين، ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، أو وهبه منه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانًا.

خلافًا لزفر[١٠]؛ لأن الرهن مضمون بالدين[١١]، أو بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود[١٢]، ولم يبقَ الدين بالإبراء، أو الهبة، ولا جهته[١٣]

القبض بالرد إلى الراهن حتى لو هلك يهلك بغير شيء. (ك)

(١) راهن ومرتهن.

(٢) أى فى الضمان.

(٣) أى بعد ر د الأول.

(٤) للثانى.

(٥) يد الأمانة.

(٦) أى عن يد الضمان.

(٧) قوله: "فإن الجياد أمانة فى يده إلخ" لا يقال: بأن حقه فى الجياد دون الزيوف، فينبغى أن يكون الزيوف أمانة، دون الجياد؛ لأنا نقول: لما قبض الزيوف أولا، وقع الاستيفاء لأصل حقه، ولكن فات الوصف، ولهذا لو تجوز به يتم الاستيفاء، فإذا حصل بقبض الزيوف أصل الاستيفاء يكون الجياد أمانة ضرورة، كيلا يتكرر الاستيفاء. (ك)

(٨) فى الجياد.

(٩) قوله: "على ما بيناه من قبل" يعنى فى صدر كتاب الرهن فى تعليل أن تمام الرهن بالقبض. (عناية)

(١٠) قوله: "خلافًا لزفر" قال زفر: إن الضمان فى باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض، وهو قائم، فكان بعد الإبراء وقبله سواء، ولهذا كان مضمونًا بعد الاستيفاء وإن لم يبقَ الدين بعده. (عناية)

(١١) قوله: "لأن الرهن [دليل لنا] إلخ" هذا تعليل جواب الاستحسان، وبيان هذا أن ضمان الرهن ثبت باعتبار القبض والدين جميعًا؛ لأنه ضمان استيفاء، فلا يتحقق ذلك إلا باعتبار بقاء الدين، وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين، وهو الدين، والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما، ألا ترى أنه لو رد، سقط الضمان؛ لانعدام القبض مع بقاء الدين، فكذلك إذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان؛ لانعدام الدين مع بقاء القبض، ولما لم يبقَ الدين بالإبراء أو الهبة، ولا جهة الدين، لم يبقَ الضمان. (كفاية)

(١٢) على ما مر صو رته.

لسقوطه، إلا إذا أحدث[١] منعًا[٢]؛ لأنه يصير به[٣] غاصبًا إذ لم تبقَ له ولاية المنع.

وكذا إذا ارتهنت[٤] المرأة رهنا بالصداق[٥] فأبرأته، أو وهبته، أو ارتدت -والعياذ بالله- قبل الدخول، أو اختلعت منه على صداقها، ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله، ولم تضمن شيئًا؛ لسقوط الدين كما في الإبراء.

ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن، أو بإيفاء متطوع، ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين، ويجب عليه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه، وهو من عليه، أو المتطوع بخلاف الإبراء، ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين أصلا، كما ذكرنا[٦]، وبالاستيفاء لا يسقط؛ لقيام الموجب[٧]، إلا أنه يتعذر الاستيفاء[٨] لعدم الفائدة؛ لأنه[٩] يعقب[١٠] مطالبة[١١] مثله، فأما هو في نفسه[١٢] فقائم، فإذا هلك[١٣] يتقرر الاستيفاء الأول[١٤]، فانتقض الاستيفاء الثاني[١٥].

وكذا[١٦] إذا اشترى[١٧] بالدين عينًا أو صالح عنه على عين؛ لأنه[١٨] استيفاء،

(١٣) أى ولا يبقى جهة الدين.

(١) قوله: "إلا إذا أحدث [فحينئذٍ لو هلك هلك مضمونًا] إلخ" يعني فإن قيل: سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان، فإنه إذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء، فإنه يضمن، وقد سقط الدين، أجاب عنه بقوله: إلا إذا أحدث إلخ. (ع)

(٢) ى عن قبض الراهن.

(٣) بالمنع.

(٤) من الزوج.

(٥) كابين زن. (ص)

(٦) آنفًا.

(٧) قوله: "لقيام الموجب [وهو العقد الذى لزم الدين به. (عناية) وهو إما القرض أو المداينة أو الإجارة وغير ذلك. (ك)]" وهو للاستدانة أو غيرها، أما فى الإبراء لا ينعدم الموجب أيضًا، ولكن وجد المنافى، وهو الإبراء، وفى الإيفاء وإن بقى الموجب، لكن لم يوجد المنافى؛ لأن الديون تقضى بأمثالها؛ لأن الدين بعد أداءه باق على ذمة المديون، ولهذا لو أبرأ رب الدين المديون عن الدين بعد الأداء، يتمكن من استرداد، أو ما أدى من الدين، كذا فى "مبسوط خواهر زاده". (حميديه)

(٨) من الراهن المديون.

(٩) [استيفاء.

(١٠) فيفضى إلى الدور. (ع)

(١١) من المرتهن المستوفى.

(١٢) هذا تكرير للتوكيد. (ع)

(١٣) الرهن.

(١٤) قوله: "الاستيفاء [أى الاستيفاء الحكمى. ك]" أى الاستيفاء الذى كان ثبت للمرتهن بقبض المرهون. (نت)

(١٥) أى الاستيفاء الحقيقى، ولا يتكرر الاستيفاء. (ك)

(١٦) معطوف على قوله: ولو استوفى المرتهن الدين إلخ.

وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره، ثم هلك الرهن بطلت الحوالة[١]، ويهلك بالدين[٢]؛ لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء[٣]؛ لأنه يزول[٤] به[٥] عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه، أو ما يرجع عليه به[٦]، إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين؛ لأنه بمنزلة الوكيل[٧].

وكذا لو تصادقا[٨] على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين[٩]؛ لتوهم وجوب الدين[١٠] بالتصادق على قيامه[١١]، فتكون الجهة باقية، بخلاف الإبراء[١٢]، والله أعلم.

---

(١٧) المرتهن.

(١٨) قوله: "لأنه [أي الشراء، أو الصلح]" أي لأن كل واحد من الشرى والصلح على عين استيفاء، فيجب عليه رد الرهن إن كان باقيًا، أو قيمته إن هلك في يده قبل الرد. (ع)

(١) لأنه لم يبقَ المطالبة بهلاك الرهن لتقرر الاستيفاء. (ك)

(٢) قوله: "ويهلك بالدين" لأنه بالحوالة لا يسقط الدين، ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل، ولهذا يعود إلى ذمة المحيل إذا مات المحتال عليه مفلسا. (كف)

(٣) قوله: "لأنه في معنى إلخ" إشارة إلى الجواب عما يقال: ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عليه، فكان ينبغي أن يكون بمعنى الإبراء، فيهلك أمانة، ووجه ذلك ما أشار إليه من أن الحوالة وإن كانت إبراء، لكنها بطريق الأداء دون الإسقاط، فإنه يزول به إلخ . (ع)

(٤) إن كان للمحيل على المحتال عليه دين.

(٥) أي بعقد الحوالة.

(٦) قوله: "أو ما يرجع إلخ" معطوف على قوله: ما كان له إلخ، أي يزول بعقد الحوالة عن ملك المحيل مثل ما يرجع المحتال عليه على المحيل. (مل)

(٧) قوله: "لأنه بمنزلة إلخ" تعليل لقوله يرجع عليه، أي المحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين عن المحيل. (ك)

(٨) راهن ومرتهن.

(٩) قوله: "يهلك بالدين [هذا اختيار بعض المشايخ، ومنهم المصنف. ع]" وذكر شمس الأئمة السرخسي في "المبسوط"، وإذا تصادقا على أن لا دين، بقي ضمان الرهن، إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن؛ لأن الدين كان واجباً ظاهراً حين هلك الرهن، ووجوب الدين ظاهراً يكفي لضمان الرهن، فصار مستوفيًا، فأما إذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم، ثم هلك الرهن، فإن هناك يهلك أمانة؛ لأن بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل، وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين. (ك)

(١٠) قوله: "لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه" يعني بعد التصادق على عدمه؛ لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفاءه، فيكون الجهة باقية، وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب. (ع)

(١١) في الآتي.

(١٢) راجع إلى قوله: فتكون الجهة باقية، فإنه لم يبقَ الدين في الإبراء، و لا جهته.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الجنايات [(١)]

قال[(٢)]: القتل على خمسة أوجه[(٣)]: عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما أجرى مجرى الخطأ، والقتل بسبب، والمرادُ بيان قتل[(٤)] تتعلق به الأحكام[(٥)].

قال[(٦)]: فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح[(٧)] أو ما أجرى مجرى السلاح[(٨)] كالمحدد من الخشب، وليطة[(٩)] القصب والمروة المحددة[(١٠)] والنار[(١١)]؛ لأن العمد هو القصد[(١٢)]، ولا يوقف عليه إلا بدليله، وهو استعمال الآلة القاتلة، فكان متعمداً فيه عند ذلك. وموجب ذلك المأثم؛ لقوله تعالى: ﴿ومن يقتل[(١٣)] مؤمنًا متعمدًا فجزاؤه جهنم[(١٤)]﴾ الآية، وقد نطق به[(١٥)] غير واحد[(١٦)] من السنة*، وعليه انعقد إجماع

(١) قوله: "كتاب الجنايات" ذكر الجنايات عقيب الرهن؛ لأن الرهن لصيانة المال، وحكم الجناية لصيانة الأنفس، والمال وسيلة النفس، فكان مقدماً عليها، والجناية في اللغة اسم لما يجنيه أى يكتسبه من الشر، تسمية للمصدر من جنى عليه شراً، وهو عام، إلا أنه في الشرع خص بفعل يحرم شرعًا، حل بالنفوس والأطراف، والأول: يسمى قتلا، وهو فعل من العباد يزول [illegible] الحياة، والثاني: يسمى قطعًا، وجرحًا، وسببها سبب الحدود، وشرطها كون المحل حيوانًا. (ع)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) حصراً استقرائيًا.

(٤) قوله: "والمراد إلخ" الظاهر أن شيئًا من أنواع القتل لا يخرج من الأوجه الخمسة المذكورة في الكتاب، والأنواع المباحة من القتل، كقتل الحربى، والقتل قصاصاً، والقتل صلبا لقطع الطريق خارجة من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة لا من نفس الأوجه الخمسة. فمراد المصنف، بقوله: والمراد بيان إلخ، هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في تلك الجنايات إنما هو أحوال القتل بغير حق، إذ هو الذى يكون من الجنايات، ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل، وإن كان الأوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك. (نت)

(٥) من قصاص ودية وكفارة وحرمان الميراث. (ع)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) متخذ من الحديد نحو السيف والسكين.

(٨) أى في البضع وتفريق الأجزاء. (ك)

(٩) قشر. پوست نى. (ص)

(١٠) هى حجرة بيضاء براقة. (ص)

(١١) قوله: "والنار" فإنها تعمل عمل الحديد في الذكاة، حتى إنها إذا وضعت في المذبح، فقطعت ما يجب قطعه في الذكاة، وسال بها الدم حل، فإن انحسم ولم يسل الدم لا يحل. (ك)

(١٢) قوله: "لأن العمد إلخ" أى أما اشتراط السلاح أو ما يجرى مجرى السلاح، فلأن العمد هو القصد، وهو فعل القلب لا يوقف عليه، إذ هو أمر مبطن، فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالبًا مقامه تيسيرا، كما أقيم السفر مقام المشقة. (ت)

(١٣) قوله: "ومن يقتل إلخ" الآية المذكورة وإن أفادت المأثم في قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها، إلا أنها تفيد المأثم في قتل الذمى عمداً أيضاً، بدلالتها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذمى نظراً إلى التكليف، أو الدية. (نت)

(١٤) خالدًا فيها أى ماكثًا فيها مكثًا طويلا.

الأمة. قال: والقود[1] لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى[2]﴾ إلا أنه[3] تقيد بوصف العمدية؛ لقوله عليه السلام: «العمد[4] قَوَد[5]»* أى موجبه، ولأن الجناية بها تتكامل، وحكمة الزجر[6] عليها تتوفر، والعقوبة[7] المتناهية لا شرع لها دون ذلك.

قال[8]: إلا أن يعفوا الأولياء، أو يصالحوا؛ لأن الحق لهم، ثم هو[9] واجب عينًا، وليس للولى أخذ الدية إلا برضا القاتل، وهو أحد قولى الشافعى[10]، إلا أن له حق العدول[11] إلى المال من غير مرضاة القاتل؛ لأنه تعين مدفعًا للهلاك[12]، فيجوز

(١٥) أى بالإثم فى القتل العمد. (ت)

(١٦) أى كثير من السنة. (ن)

* انظرفى نصب الراية ج٤ ص٣٢٣ تحت "كتاب الجنايات"، و فى الدراية ج٢ص٢٥٩، الحديث١٠٠٤. (نعيم)

(١) قوله: "والقود" يعنى القصاص معطوف على قوله المأثم، أى موجب القتل العمد الإثم فى الآخرة والقصاص فى الدنيا؛ لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطأ، لكنه تقيد بوصف العمدية؛ لقوله عليه السلام ... إلخ (ع)

(٢) جمع قتيل.

(٣) أى قوله تعالى.

(٤) قوله: "العمد [وهذا يدل على نفى ما عداه؛ لأنه وقع فى مقام البيان]" قلت: روى من حديث ابن عباس، رواه ابن أبى شيبة. (ت)

(٥) هذا الحديث مشهور.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢٧، والدراية ج٢ص٢٦٠، الحديث١٠٠٥. (نعيم)

(٦) إضافة بيانية.

(٧) قوله: "والعقوبة [القصاص] المتناهية لا شرع لها دون ذلك" من تتمة ما قبله، والمجموع حجة واحدة، ولفظ ذلك فى قوله دون ذلك إشارة إلى تكامل الجناية كما ذهب إليه كثير من الشراح، أو إلى تعرف حكمة الزجر، كما هو الأظهر والأقرب، فيفيد مجموع المقدمات أن العقوبة التى هو عقوبة متناهية لا يجب فى غير العمد.

ثم أقول: بقى فى كلام المصنف شيء، وهو أن قول المصنف، ولأن الجناية تتكامل إلخ، راجع إلى القياس، وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لإطلاق الكتاب بالقياس، وهو غير جائز، كما عرف فى علم الأصول. (نت)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى القود.

(١٠) قوله: "وهو [أى تعين القود] أحد قولى الشافعى إلخ" فعلى هذا إذا عفى الولى عن القصاص يسقط حق الولى، وكذا إذا مات القاتل يسقط حق الولى، وفى قوله الآخر: الواجب أحدهما لا بعينه، ويتعين باختياره، فعلى هذا لو عفا الولى عن القصاص كان له المطالبة بالدية، وكذلك إذا مات كان له حق استيفاء الدية؛ لكونها موجبًا أصليًا. (ك)

(١١) عند الشافعى.

(١٢) قوله: "للهلاك" كمن أصابته مخمصة، فبذل له إنسان طعامًا بثمن المثل لزمه الشراء؛ لأنه ملك ما يجيء به نفسه بعوض يعد له. (ك)

بدون رضاه[١]، وفى قول الواجب أحدهما[٢] لا بعينه، ويتعين باختياره؛ لأن حق العبد شرع جابراً[٣]، وفى كل واحد نوع جبر[٤]، فيتخير.

ولنا ما تلونا[٥] من الكتاب وروينا من السنة، و لأن المال لا يصلح موجبًا لعدم المماثلة[٦]، والقصاص يصلح للتماثل، وفيه مصلحة الأحياء زجرًا وجبراً[٧] فيتعين. وفى الخطأ[٨] وجوب المال[٩] ضرورة صون الدم عن الإهدار، ولا يتيقن[١٠] بعدم قصد الولى بعد أخذ المال[١١]، فلا يتعين مدفعًا للهلاك، ولا كفارة فيه عندنا[١٢].

---

(١) لأن إحياء النفس فرض على الإنسان ما أمكن.

(٢) القود والدية.

(٣) لحاجة العبد إلى الجبر حين تحقق نقصان فى حقه. (ك)

(٤) قوله: "نوع جبر" أى لحق المقتول فيما فات عليه، فإن المقتول منتفع بالدية من حيث قضاء ديونه، وتنفيذ وصاياه وتجهيزه وتكفينه أو لحق الولى؛ لأنه ينتفع به الولى الذى قام مقامه، وفى القصاص نو ع جبر أيضًا على ما سيأتى. (مل)

(٥) قوله: "ولنا ما تلونا" من قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾، ووجه التمسك أن الله تعالى ذكر فى الخطأ الدية، فتعين أن يكون القصاص المذكور فيما هو ضد الخطأ، وهو العمد متعينًا للعمد، لا يعدل عنه لئلا يلزم الزيادة على النص بالرائ. ووجه التمسك بالسنة أن اللام فى قوله: العمد للجنس، إذ لا معهود ينصرف إليه، ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك، فمن عدل عنه إلى غيره زاد على النص. (عناية)

(٦) قوله: "ولأن المال لا يصلح" هذا لأنه لا مماثلة بين الآدمى والمال لا صورةً، ولا معنًى، فالآدمى خلق لتحمل أمانة الله تعالى والاشتغال بعبادته، والمال خلق لإقامة مصالحه هو مملوك الأدمى، والآدمى مالكه، فأنى يتشابهان، وإنما التماثل فى القصاص فالنفس بالنفس والقتل بالقتل. (كفاية)

(٧) قوله: "زجرًا [للغيرعن وقوعه فيه] وجبرًا [للورثة]" فأما زجرا فإن من قصد قتل عدوه، فإذا تفكر فى عاقبة أمره أنه إذا قتل قتل به انزجر عن قتله، فكان حياة لهما، أى إبقاء لهما على الحياة، وأما جبرًا فلأنه إذا قتل به سلم حياة الأولياء، فإن القاتل يصير حربًا على أولياء القتيل خوفًا على نفسه منهم، فهو يقصد أفناءهم لإزالة الخوف عن نفسه، فالشرع مكنهم من قتله قصاصًا دفعًا لشره عن أنفسهم، وإحياء الحى فى دفع سبب الهلاك عنه، ولما كان فيه حياة من الوجه الذى قلنا صلح جابرًا؛ لأن الفائت بالقتل حياة، والحاصل بالقصاص حياة مثل الأول. (ك)

(٨) قوله: "وفى الخطأ إلخ" أى إنما وجبت الدية فى الخطأ، بخلاف القياس؛ لأن القتل أعظم العقوبات، والخاطئ معذور، فيتعذر إيجاب المال عليه، ونفس المقتول محرمة لا يسقط حرمتها بعذر الخطأ، فوجب المال صيانة للدم عن الهدر منه على القاتل، بأن سلمت له نفسه، وللقتيل بأن لم يهدر دمه، وشرع المال عند عدم الإمكان لا يدل على شرعه عند الإمكان. (ك)

(٩) أى الدية.

(١٠) قوله: "ولا يتيقن إلخ" جواب عن قول الشافعى؛ لأنه تعين مدفعًا للهلاك، يعنى لا يتيقن بأن لا يقصد الولى قتل القاتل بعد ما أخذ الدية، يعنى يجوز أن يإخذ الولى المال من القاتل بدون رضاه، ثم يقتله. قيل: هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا، وقد جاز، وأجيب: بأن فى الصلح المراضاة، والقتل بعد ه ظاهر العدم. (مل)

(١١) الدية.

(١٢) أى فى العمد سواء كان عمدًا يجب فيه القصاص أو لا يجب كالأب إذا قتل ابنه. (ع)

وعند الشافعي تجب؛ لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس[١] منها[٢] إليه[٣] في الخطأ، فكان[٤] أدعى إلى إيجابها[٥]. ولنا أنه كبيرة محضة[٦]، وفي الكفارة معنى العبادة، فلا تناط[٧] بمثلها[٨]، ولأن الكفارة[٩] من المقادير[١٠]، وتعينها في الشرع لدفع الأدنى[١١] لا يعينها لدفع الأعلى[١٢]، ومن حكمه حرمان الميراث؛ لقوله عليه السلام[١٣]: «لا ميراث لقاتل»*.

قال[١٤]: وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب[١٥] بما ليس بسلاح[١٦]،

(١) قوله: "أمس" وذلك لأن الكفارة شرعت ماحية للإثم، والإثم في العمد أكبر، فكان أدعى إلى إيجاب الكفارة. (ك)

(٢) حاجة.

(٣) أي إلى التكفير.

(٤) العمد.

(٥) الكفارة.

(٦) قوله: "ولنا أنه [العمد] كبيرة محضة [أي حرام ليس فيه شبهة الإباحة]" وما هو كذلك لا يكون سببًا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك. (ع)

(٧) قوله: "فلا تناط [الكفارة، نوط بالفتح: درآويختن. م] إلخ" لأن الحكم نتيجة السبب، فيراعى التناسب بينهما، فلا يجب إلا بسبب دائر بين الحظر والإباحة كالخطاء، فإنه بالنظر إلى أصل الفعل مباح. وبالنظر إلى المحل الذي أصابه محظور، والكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة، فتجب بمثله، ولا تجب بالقتل العمد لأنه محظور محض كما لا تجب بالمباح المحض، وهو القتل بحق كالقصاص، وإنما يجب بسبب دائر بين العبادة والعقوبة لتنسب العقوبة إلى جانب الحظر والعبادة إلى جانب الإباحة. (ك)

(٨) أي بمثل هذه الكبيرة.

(٩) قوله: "ولأن الكفارة إلخ" جواب عن قياس الشافعي حيث قاس وجوب الكفارة في العمد علي وجوب الكفارة في الخطأ. (ن)

(١٠) أي مقادير الشرع.

(١١) في الخطاء، أي الذنب الأدنى.

(١٢) أي الذنب الأعلى، في العمد.

(١٣) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: أخرجه الترمذي في الفرائض عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «القاتل لا يرث».

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٢٨، والدراية ج٢ص٢٦٠، الحديث١٠٠٦. (نعيم)

(١٤) أي القدوري. (عيني)

(١٥) قوله: "وشبه العمد" سمّي به؛ لأن في هذا الفعل معنيين معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب، وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه، ومعنى الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر إلى الآلة التي استعملها، إذ هي آلة الضرب للتأديب دون القتل، وإنما يقصد إلى كل فعل بآلته، فكان ذلك خطأ يشبه العمد صورة من حيث إنه كان قاصدًا إلى الضرب، وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه. (ك)

(١٦) قوله: "بما ليس بسلاح [أي بما ليس بموضوع للقتل كحجر الرحى ومثله. ك] إلخ" سواء كان الهلاك به

ولا ما أجرى مجرى السلاح(١).

وقال أبو يوسف ومحمد، وهو قول الشافعي: إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة، فهو عمد، وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبًا(٢)؛ لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبًا؛ لما أنه يقصد بها(٣) غيره(٤) كالتأديب ونحوه، فكان(٥) شبه العمد، ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث؛ لأنه لا يقصد به(٦) إلا القتل كالسيف، فكان(٧) عمدًا موجبًا للقود

وله قوله عليه السلام(٨): «ألا إن قتيل(٩) خطأ(١٠) العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل»*، ولأن الآلة غير موضوعة للقتل(١١)، ولا مستعملة فيه(١٢)، إذ لا يمكن(١٣) استعمالها على غرة(١٤) من المقصود(١٥) قتله، وبه يحصل القتل

غالبًا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقه القصار، أو لم يكن كالعصا الصغير. (ع)

(١) فى تفريق الأجزاء.

(٢) قوله: "بما لا يقتل به غالبًا" كالعصا الصغيرة، إذا لم يوال فى الضربات، فأما إذا والى فهو عمد. (ع)

(٣) أى بالآلة الصغيرة.

(٤) قتل.

(٥) أى القتل بالآلة الصغيرة.

(٦) أى باستعمال آلة لا تلبث.

(٧) أى القتل بآلة لا تلبث.

(٨) قوله: "وله قوله عليه السلام: «ألا إن...» إلخ" رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" فى الديات عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «قتيل السوط والعصا شبه عمد فيه مائة من الإبل». (ت)

(٩) قوله: "ألا إن قتيل إلخ" وجه الاستدلال أنه عليه السلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقًا شبه عمد، فتخصيصه بالصغيرة إبطال الإطلاق، وهو لا يجوز. (عناية)

(١٠) شبه العمد.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٣١، والدراية ج٢ ص٢٦١، الحديث ١٠٠٧. (نعيم)

(١١) قوله: "ولأن الآلة إلخ" أى لأن العصا الصغيرة والكبيرة تساويا فى كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له، إذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاستعمال على غرته يحصل القتل غالبًا، وإذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة. (عناية)

(١٢) لأن خزائن أسلحة الملوك إنما يكون من الحديد. (كافى)

(١٣) قوله: "لا يمكن" يعنى أن استعمال آلة القتل غالبًا إنما يكون إذا كان المقتول غافلا عن أنه يقتل كاستعمال السكين والسيف، وههنا لا يمكن استعمال هذه الآلة على غفلة من المقتول؛ لاحتياج القتل ههنا إلى توالى الضربات، فلم يكن هذا الاستعمال استعمالا فى القتل.

(١٤) غفلت، غرة –بالكسر وتشديد راء– فريفتگى. (م)

(١٥) أى من الذى قصد قتله.

غالبًا[١]، فقصرت العمدية نظرًا إلى الآلة، فكان شبه العمد[٢] كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة.

قال[٣]: وموجب ذلك[٤] على القولين[٥] الإثم؛ لأنه قتل وهو[٦] قاصد في الضرب. والكفارة؛ لشبهه بالخطاء[٧]، والدية مغلظة على العاقلة، والأصل[٨] أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى[٩] يحدث من بعد[١٠]، فهي على العاقلة اعتبارًا بالخطأ، وتجب[١١] في ثلاث سنين؛ لقضية عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه[١٢]، وتجب[١٣] مغلظة، وسنبين[١٤] صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى.

ويتعلق به[١٥] حرمان الميراث؛ لأنه جزاء القتل[١٦]، والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث، ومالك وإن أنكر معرفة شبه العمد[١٧]، فالحجة عليه ما أسلفناه[١٨].

---

(١) قوله: "وبه يحصل القتل غالبًا" أي بالاستعمال على غرة من المقصود بالقتل، يحصل القتل غالبًا، ولا يحصل ذلك إلا بآلة موضوعة للقتل كالسيف والسكين. (ك)

(٢) أي القتل بالحجر العظيم والخشبة العظيمة.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أي شبه العمد.

(٥) يعني قول أبي حنيفة وقولهما.

(٦) الواو حالية.

(٧) قوله: "لشبهه بالخطأ" أي نظرًا للآلة، فدخل تحت قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنًا خطأً﴾ الآية. (ك)

(٨) أي الأمر الكلي.

(٩) قوله: "ابتداء لا بمعنى إلخ" احترز بقوله ابتداء عن دية وجبت بالصلح في القتل العمد وعن دية وجبت على الوالد بقتل ولده عمدًا؛ لأنه لم تجب ابتداء؛ لأن الواجب فيه ابتداء القصاص، إلا أنه يسقط بعلة الأبوة، فوجبت الدية صيانة للدم عن الهدر. (ك)

(١٠) أي من بعد القتل.

(١١) الدية.

(١٢) قوله: "لقضية عمر بن الخطاب [رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه". ت]" فإنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، والمروي عنه كالمروي عنه ﷺ؛ لأنه مما لا يعرف بالرأي. (ع)

(١٣) الدية.

(١٤) في كتاب الديات.

(١٥) أي بشبه العمد.

(١٦) إذا كان القتل مباشرة وقد وجد.

(١٧) قوله: "ومالك وإن [الواو وصلية] أنكر إلخ" قال مالك: لا أدري ما شبه العمد، وإنما القتل نوعان: عمد وخطأ، إذ لا واسطة بينهما في سائر الأفعال، كذا في هذا الفعل. (ك)

قال(١): والخطأ على نوعين(٢): خطأ في القصد(٣): وهو أن يرمي شخصًا يظنه صيدًا، فإذا هو آدمي، أو يظنه حربيًا، فإذا هو مسلم، وخطأ في الفعل(٤): وهو أن يرمي غرضًا(٥)، فيصيب آدميًا، وموجب ذلك(٦) الكفارة والدية على العاقلة؛ لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ الآية، وهي(٧) على عاقلته في ثلاث سنين؛ لما بيناه(٨). ولا إثم فيه(٩)، يعني في الوجهين(١٠)، قالوا: المراد إثم القتل(١١)، فأما في نفسه، فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت(١٢) في حال الرمي، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى(١٣).

ويحرم عن الميراث؛ لأن فيه(١٤) إثمًا، فيصح(١٥) تعليق الحرمان به، بخلاف ما إذا تعمد الضرب موضعًا من جسده(١٦) فأخطأ، فأصاب موضعًا آخر(١٧)، فمات

---

(١٨) قوله: "فالحجة عليه ما أسلفناه" قيل: أراد قوله عليه السلام: «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا» الحديث، ولكن المعهود من المصنف في مثله أنه يقول ما روينا، والحق أن يقال: إنما قال: ما أسلفنا نظرًا إلى الحديث والمعنى المعقول. (عناية)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "والخطأ على نوعين" إنما انحصر على هذين النوعين؛ لأن رميه السهم إلى شيء معين بالقصد إليه مشتمل على فعلين، فعل القلب، وهو القصد، وفعل الجارحة، وهو الرمي، فلو اتصل بالخطأ بالفعل الأول كان هو النوع الأول، ولو اتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني، فلما انحصر فعل الرمي على هذين الفعلين، انحصر الخطأ المتصل بفعل الرمي أيضًا على هذين النوعين ضرورة. (ك)

(٣) أي في قصد الفاعل وظنه.

(٤) أي في نفس الفعل لا في ظنه.

(٥) قوله: "غرضا [نشانه]" بمعجمتين بينهما راء متحركة: وهو الهدف الذي يرمى إليه. (رد المحتار)

(٦) الخطأ.

(٧) دية.

(٨) أي من قضية عمر رضي الله تعالى عنه. (ك)

(٩) لقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان». (ع)

(١٠) أي في النوعين. (ع)

(١١) قوله: "المراد إثم القتل" أي إثم قصد القتل، فإما في نفسه، أي فأما القتل في نفسه، فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت، وهذا الإثم إثم القتل؛ لأن نفس ترك المبالغة في التثبت ليس بإثم، وإنما يصير به إثمًا إذا اتصل به القتل، فيصير الكفارة لذنب القتل، وإن لم يكن فيه إثم قصد القتل. (ك)

(١٢) احتياط.

(١٣) أي ترك العزيمة إلخ.

(١٤) أي في الخطأ.

(١٥) فإن الحرمان تجب من أنواع القتل فيما هو جناية على المورث، بدليل وجوب الكفارة. (ع)

(١٦) قوله: "بخلاف ما إذا تعمد إلخ" متصل بقوله، وموجب ذلك الكفارة والدية، وصورة ذلك: رجل تعمد أن

حيث يجب القصاص؛ لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه، وجميع البدن كالمحل الواحد.

قال[١]: وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل[٢] فيقتله[٣]، فحكمه حكم الخطأ في الشرع[٤]، وأما القتل بسبب كحافر البير وواضع الحجر فى غير ملكه، وموجبه[٥] إذا تلف فيه آدمى الدية على العاقلة؛ لأنه سبب التلف، وهو[٦] متعدٍّ فيه، فأنزل موقعًا[٧] دافعًا[٨]، فوجبت الدية.

ولا كفارة فيه[٩]، ولا يتعلق به حرمان الميراث، وقال الشافعى: يلحق[١٠] بالخطأ فى أحكامه؛ لأن الشرع أنزله قاتلا[١١]. ولنا أن القتل معدوم منه حقيقةً[١٢]، فألحق[١٣] به فى حق الضمان، فبقى فى حق غيره على الأصل[١٤]، وهو إن كان يأثم بالحفر[١٥] فى غير ملكه، لا يأثم بالموت[١٦] على ما قالوا، وهذه[١٧] كفارة ذنب

يضرب يد رجل فأخطأ، فأصاب عنقه فقتله، فهو عمد فيه القود، ولوأراد يد رجل، فأصاب عنق غيره وأبانه، فهو خطأ.(ع)

(١٧) من ذلك الرجل، لا من غيره.

(١) أى القدورى . (عينى)

(٢) قوله: "مثل النائم إلخ" لأن هذا ليس بخطأ حقيقة؛ لعدم قصد النائم إلى شىء حتى يصير مخطئًا لمقصوده، ولما وجد فعله حقيقةً وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل، فيجعل كالخطأ؛ لأنه معذور كالمخطئ. (زيلعى)

(٣) بثقله.

(٤) قوله: "فحكمه حكم الخطأ فى الشرع" لكنه دون الخطأ حقيقةً، فإنه ليس من أهل القصد أصلا، وإنما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه فى موضع يتوهم أن يصير قاتلا، والكفارة فى قتل الخطأ إنما يجب لترك التحرز أيضًا، وحرمان الميراث لمباشرته القتل، ويتوهم أن يكون متناوما، ولم يكن نائما قصداً منه إلى استعجال الإرث. (ك)

(٥) أي موجب القتل بسبب.

(٦) أى الحافر والواضع.

(٧) هذا بالنسبة إلى حافر البير.

(٨) هذا بالنسبة إلى واضع الحجر.

(٩) لعدم الإثم ههنا.

(١٠) أى القتل بالسبب.

(١١) أى جعل المسبب كالمباشر فى حق الضمان، فكذا فى الكفارة والحرمان.

(١٢) قوله: "معدوم منه حقيقةً" لأن مباشرة القتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول، ولم يوجد، وإنما اتصل فعله بالأرض. (ك)

(١٣) التسبيب، صيانةً للدم عن الهدر.

(١٤) أى فى حق الكفارة وحرمان الميراث.

(١٥) قوله: "وهو [سبب] إن كان إلخ" يعنى فإن قيل: الحافر فى غير ملكه يأثم من القتل، فيصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم فى الخطأ، أجاب بقوله: وهو إن كان يأثم إلخ، يعنى إن الإثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به، وما

القتل، وكذا الحرمان بسببه.

وما يكون شبه عمد في النفس، فهو عمد فيما سواها[١]؛ لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة[٢] وما دونها[٣] لا يختص إتلافه بآلة دون آلة[٤]، والله أعلم.

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه[٥]

قال[٦]: القصاص واجب بقتل كل محقون الدم[٧] على التأبيد[٨] إذا قتل عمداً، أما العمدية فلما بيناه[٩].

وأما حقن الدم على التأبيد، فلتنتفي[١٠] شبهة الإباحة[١١]، وتتحقق المساواة[١٢]، قال[١٣]: ويقتل الحر بالحر، والحر بالعبد للعمومات[١٤].

ذكرتم ليس كذلك، فإن إثمه إثم الحفر، لا الموت. (ع)

(١٦) أي بموت الرجل.

(١٧) أي كفارة القتل.

(١) قوله: "فهو عمد فيما سواها [فيوجب القصاص]" يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد، إنما هو عمد، أو خطأ. (ع)

(٢) قوله: "يختلف [فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح أو ما أجرى مجراها. ع] إلخ" وذلك لأن القتل إزهاق الروح، وهي غير محسوسة، ليقصد أخذها، فيستدل عليه بالآلة، فيختلف باختلاف الآلة، فأما ما دون النفس، فإتلافه بالجرح، وهو فعل محسوس، فلا يحتاج في تحققه إلى الاستدلال بالآلة، فلا يختلف باختلاف الآلة. (ك)

(٣) نفس.

(٤) ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة. (ع)

(٥) قوله: "باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه" لما فرغ من بيان أقسام القتل، وكان من جملتها العمد، وهو قد يوجب القصاص، وقد لا يوجبه، احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة. (ع)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) محفوظ، ذمي أو مسلم.

(٨) قوله: "على التأبيد" احتراز عن المستأمن، فإن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبئ عنها القصاص. (ع)

(٩) أي من الكتاب ومن السنة والمعقول في مبدأ كتاب الجنايات. (ك)

(١٠) قوله: "فلتنتفي إلخ" فإن عدم التأبيد يورث شبهة الإباحة، كما في الحربي المستأمن، ولا يقال: بأن من أسلم في دار الحرب، فقد صار محقون الدم على التأبيد، ومع هذا لا يقتص من قاتله؛ لأن كمال الحقن لم يوجد في حقه؛ لأن كماله بالعصمة المقومة والمؤثمة، وبالإسلام حصلت له المؤثمة دون المقومة؛ إذ المقومة تحصل بدار الإسلام. (ك)

(١١) أي إباحة الدم.

(١٢) قوله: "وتتحقق المساواة" يعني يجب أن يكون الذي قتل أولا محقون الدم على التأبيد، حتى يقتل بمقابلته القاتل الذي هو محقون الدم على التأبيد؛ ليتحقق المساواة. (نهاية)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "للعمومات" يريد به مثل قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾، وقوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾، وقوله عليه السلام: «القود العمد».

وقال الشافعي: لا يقتل الحر بالعبد؛ لقوله تعالى: ﴿الحر بالحر والعبد بالعبد﴾، ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد[١]؛ ولأن مبنى القصاص على المساواة[٢]، وهي منتفية بين المالك[٣] والمملوك[٤]، ولهذا[٥] لا يقطع طرف الحر بطرفه[٦]، بخلاف العبد بالعبد؛ لأنهما يستويان، وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر[٧]؛ لأنه تفاوت[٨] إلى نقصان.

ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة[٩]، وهي بالدين[١٠]، أو بالدار[١١]، ويستويان[١٢] فيهما[١٣]، وجريان القصاص[١٤] بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة[١٥]، والنص تخصيص بالذكر[١٦]، فلا ينفي ما عداه[١٧].

---

(١) قوله: "أن لا يقتل إلخ" لأن قوله الحر بالحر وقع تفسيرا لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ والمعتبر هو التفسير؛ ولأن هذا يقتضي مقابلة جنس الأحرار بجنس الأحرار في حكم القصاص، فمن قال بقتل الحر بالعبد، لا يكون جنس الأحرار مقابلا بجنس الأحرار قصاصًا، بل يكون بعضهم مقابلا بالبعض. (ك)

(٢) قوله: "ولأن مبنى إلخ" يعني أن القصاص يعتمد المساواة، ولا مساواة بين الحر والعبد؛ لأن العبد مملوك، والحر مالك، والمالكية أمارة القدرة، والمملوكية سمة العجز، ولا مساواة بين القادر والعاجز. (ك)

(٣) الحر.

(٤) العبد.

(٥) أي لعدم المساواة.

(٦) قوله: "لا يقطع إلخ" أي لا يقطع طرف الحر بطرف العبد مع أن حرمةالطرف دون حرمة النفس، والأطراف تابعة للنفوس، فلأن لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس أولى. (كفاية)

(٧) قوله: "حيث يقتل [بدلالة قوله الحر بالحر؛ لأنه لما اقتص الكامل بالكامل يقتص القاصر بالكامل بالطريق الأولى]" أي العبد بالحر؛ لأن ذلك إنما يثبت بدلالة نص قوله تعالى: ﴿والعبد بالعبد﴾ فإن العبد إذا قتل بالعبد، فأولى أن يقتل بالحر؛ لأن الحر أقوى حالا، وأعلى رتبةً من العبد. (ك)

(٨) من المساواة.

(٩) أي عصمة الدم، أي لا غير، ولهذا يقتل العاقل بالمجنون والعالم بالجاهل. (ك)

(١٠) يعني عنده.

(١١) أي عندنا.

(١٢) الحر والعبد، فيجري القصاص بينهما. (عناية)

(١٣) أي في الدين والدار.

(١٤) قوله: "وجريان القصاص إلخ" فإن قيل: جاز أن يكون شبهة الإباحة مانعة، وهي ثابتة؛ لأن الرق أثر الكفر، وحقيقة الكفر تمنع من القصاص، كما بين المسلم والمستأمن، فكذا أثره، أجاب بقوله: وجريان القصاص، ومعناه أنه لا يصلح ذلك مانعًا؛ إذ لو صلح لما جرى بين العبدين، كما لا يجري بين المستأمنين، وليس كذلك. (عناية)

(١٥) أي إباحة الدم.

(١٦) قوله: "والنص [جواب عما استدل به من المقابلة في الآية] تخصيص إلخ" يعني أنه ليس في مقابلة الحر بالحر نفي مقابلة الحر بالعبد؛ لأن فيه ذكر بعض ما يشمله العموم على موافقة حكمه، فلا يوجب تخصيص ما بقي. (كفاية)

قال[١]: والمسلم بالذمى، خلافًا للشافعى، له قوله عليه السلام[٢]: «لا يقتل مؤمن بكافر»*، ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية[٣]، وكذا الكفر مبيح[٤]، فيورث الشبهة[٥]. ولنا ما روى[٦] أن النبى عليه الصلاة والسلام قتل مسلمًا بذمى**، ولأن المساواة فى العصمة ثابتة[٧] نظرًا إلى التكليف أو الدار، والمبيح كفر المحارب[٨] دون المسالم[٩]، والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة[١٠]، والمراد بما روى[١١] الحربى لسياقه[١٢]، ولا ذو عهد فى عهده، والعطف للمغايرة[١٣].

قال: ولا يقتل[١٤] بالمستأمن؛ لأنه غير محقون الدم على التأبيد، وكذلك كفره

(١٧) قوله: "فلا ينفى ما عداه" ولم يذكر الجواب عن الأطراف، وقد أجيب: بأن القصاص فى الأطراف يعتمد المساواة فى الجزء المبان، فإنه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء، ولا مساواة بينهما فى ذلك؛ لأن الرق ثابت فى أجزاء الجسم، بخلاف النفوس فإن القصاص فيها يعتمدها فى العصمة، وقد تساويا فيها على ما مر. (ع)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) أخرجه أبو داود عن على. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٣٤، والدراية ج٢ ص٢٦٢، الحديث١٠٠٨. (نعيم)

(٣) قوله: "لأنه لا مساواة إلخ" يعنى أن القصاص يعتمد المساواة فى وقت الجناية، ولا مساواة بينهما فيه، وإنما قيد بوقت الجناية؛ لأن القاتل إذا كان ذميا وقت القتل، ثم أسلم، فإنه يقتص منه بالإجماع. (ع)

(٤) قوله: "وكذا الكفر مبيح" أى لدمه؛ لقوله تعالى: ﴿قاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾ أى فتنة الكفر. (عناية)

(٥) أى شبهة عدم المساواة.

(٦) أخرجه الدار قطنى فى "سننه" عن ابن عمر. (ت)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٣٥، والدراية ج٢ ص٢٦٢، الحديث١٠٠٩. (نعيم)

(٧) قوله: "ولأن المساواة إلخ" يعنى أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة، وهى ثابتة نظرًا إلى التكليف يعنى عنده، أو الدار يعنى عندنا. (عناية)

(٨) قوله: "والمبيح إلخ" جواب عن قوله: وكذا الكفر مبيح، وتقريره: إنا لا نسلم أن مطلق الكفر مبيح، بل المبيح كفر المحارب، قال الله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى قوله: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾. (عناية)

(٩) الذمى.

(١٠) قوله: "والقتل بمثله" أى قتل الذمى بالذمى دليل على أن كفر الذمى لا يورث شبهة إباحة القتل، إذ لو أورث شبهة، لما جرى القصاص بين الذميين، كما لا يجرى بين الحربيين. (كفاية)

(١١) قوله: "والمراد بما روى [الشافعى] إلخ" أى قوله عليه السلام: «لا يقتل المؤمن بكافر» المراد منه الكافر الحربى المستأمن، بدليل قوله ولا ذو عهد فى عهده، وهذا معطوف على المسلم، أى ولا يقتل ذو عهد بكافر، وإنما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربى، فلو كان المراد به الذمى، لما صح عدم جريان القصاص بين الذميين، فإن قيل: جاز أن يراد بذى العهد المسلم، قلنا: العطف يقتضى المغايرة. (ك)

(١٢) حديث.

(١٣) لأن المعطوف تكون مغايرا للمعطوف عليه.

(١٤) المسلم.

باعث على الحراب؛ لأنه على قصد الرجوع[١] ولا يقتل الذمى بالمستأمن؛ لما بينا[٢].
ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً للمساواة، ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح[٣]، ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن[٤] وبناقص الأطراف وبالمجنون للعمومات، ولأن فى اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة[٥] امتناع القصاص[٦]، وظهور التقاتل والتفاني.

قال[٧]: ولا يقتل الرجل بابنه[٨]؛ لقوله عليه السلام[٩]: «لا يقاد الوالد بولده»*، وهو بإطلاقه حجة على مالك فى قوله: يقاد إذا ذبحه ذبحاً[١٠]، ولأنه[١١] سبب لإحيائه[١٢]، فمن المحال أن يستحق له[١٣] إفناءه[١٤]، ولهذا لا يجوز له[١٥] قتله[١٦]، وإن[١٧] وجده[١٨] فى صف الأعداء مقاتلا أو زانياً[١٩]، وهو[٢٠]

---

(١) إلى داره.

(٢) إشارة إلى أنه ليس بمحقون الدم على التأبيد. (ع)

(٣) أى كفر المحارب.

(٤) هو من طال مرضه زمانًا. (رد المحتار)

(٥) أى عصمة الدم.

(٦) فإنه لا بد بين كل اثنين من تفاوت، فلا يتحقق التساوى.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) وإذا زنى ببنته، وهو محصن فإنه يرجم؛ لأن الرجم حق الله تعالى على الخلوص، بخلاف القصاص. (ع)

(٩) قوله: "لقوله عليه السلام: «لا يقاد...» [أخرجه الترمذى وابن ماجة فى الديات عن عمر ابن الخطاب. شرح نقاية] إلخ" خص به عموم الكتاب؛ لأن الكتاب مخصوص بالإجماع، فإن المولى لا يقتص بعبده، ولا بعبد ولده، فيخص به أيضاً، وذكر الإمام البزدوى أن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول، فيصلح مخصصا أو ناسخا لحكم الكتاب. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٣٩، والدراية ج٢ص٢٦٤، الحديث ١٠١٠. (نعيم)

(١٠) قوله: "يقاد [الرجل بابنه] إذا ذبحه [ابن] ذبحًا" لانتفاء شبهة الخطأ من كل وجه، بخلاف ما إذا رماه بسيف أو سكين، فإن فيه توهم التأديب؛ لأن شفقة الأبوة تمنعه عن ذلك، فتمكنت فيه نوع شبهة. (ع)

(١١) أب.

(١٢) ابن.

(١٣) ابن.

(١٤) أب.

(١٥) ابن.

(١٦) أب.

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) أب.

محصن. والقصاص يستحقه[١] المقتول، ثم يخلفه وارثه، والجد من قبل الرجال أو النساء، وإن[٢] علا في هذا بمنزلة الأب، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب، أو الأم، قربت أم بعدت؛ لما بينا[٣]، ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط[٤].

قال: ولا يقتل الرجل بعبده، ولا مدبره ولا مكاتبه، ولا بعبد ولده؛ لأنه لا يستوجب[٥] لنفسه على نفسه القصاص، ولا ولده[٦] عليه، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه؛ لأن القصاص لا يتجزأ[٧].

قال[٨]: ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط[٩]؛ لحرمة الأبوة، قال: ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف[١٠]. وقال الشافعي: يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعاً[١١]، فإن مات[١٢] وإلا تحز[١٣] رقبته؛ لأن مبنى القصاص على المساواة.

ولنا قوله عليه السلام[١٤]: «لا قود إلا بالسيف[١٥]»*، والمراد به

---

(١٩) أو وجده زانياً.

(٢٠) أب، والواو حالية.

(١) قوله: "والقصاص إلخ" هذا جواب سوال من أن القصاص لو استوفى منه لا يكون هذا استيفاء من الوالد للولد، بل لوارث الولد، فقال: إنه يجب للمقتول أولا، ولهذا يصح عفو المجروح. (شاهان)

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله لأنه سبب إلخ، فإنهم أسباب لإحياءه، فلا يجوز أن يكون سبباً لإفناءهم. (ع)

(٤) فإن الولد ما كان سبباً لإحياء الوالد.

(٥) أي لا يستحق.

(٦) قوله: "ولا ولده" عطف على الضمير المستكن في يستوجب، وجاز لفاصل أي لا يستوجب ولد على ابنه إذا قتل أبو ه عبد ولده. (ن)

(٧) فإذا سقط في البعض سقط في الكل.

(٨) [illegible]. (عيني)

(٩) قوله: "ومن ورث قصاصاً إلخ" بأن قتل الأب أم ابنه مثلا، وورث الابن قصاص أمه على أبيه. (ك)

(١٠) يعني إذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى إلا بالسيف. (ع)

(١١) قوله: "إن كان فعلا مشروعاً" كما إذا قطع يد إنسان عمداً، فمات منه يقطع يد القاتل، ويمهل مثل تلك المدة، فإن مات، وإلا فيحز رقبته، وإن حصل بطريق غير مشروع بأن سقاه خمرا حتى مات، أو وطئ صغيرة، أو لاط بصبي، فمات من ذلك. اختلف أصحاب الشافعي فيه، قال بعضهم: يحز رقبته، ولا يفعل به مثل ما فعل، وقال بعضهم: يتخذ آلة من خشب مثل آلة الرجل، فيفعل به مثل ما فعل، وفي الخمر يوجر الماء حتى يموت تحقيقا للمساواة. (ك)

(١٢) بذلك الفعل المشروع. (ك)

(١٣) حز -بالفتح وتشديد زاء- بريدن. (م)

(١٤) قوله: "ولنا قوله" أخرجه ابن ماجة في "سننه" عن أبي بكر عن النبي ﷺ. (شرح نقاية)

(١٥) أي لا قود يستوفى إلا بالسيف. (ك)

السلاح[١]، ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة[٢] لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز[٣]، فيجب التحرز عنه[٤]، كما في كسر العظم[٥].

قال[٦]: وإذا قتل المكاتب عمداً، وليس له وارث إلا المولى، وترك وفاءً، فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا أرى في هذا قصاصًا؛ لأنه اشتبه سبب الاستيفاء[٧]، فإنه الولاء إن مات حرًا، والملك إن مات عبدًا، وصار كمن قال لغيره: بعتنى هذه الجارية بكذا، وقال المولى: زوجتها منك لا يحل له وطئها لاختلاف السبب كذا هذا.

ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين[٨]، وهو[٩] معلوم، والحكم متحد[١٠]، واختلاف السبب لا يفضى إلى المنازعة، ولا إلى اختلاف حكم، فلا يبالى به[١١]، بخلاف تلك المسألة[١٢]؛ لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح[١٣].

---

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٤١، والدراية ج٢ص٢٦٥، الحديث ١٠١١. (نعيم)

(١) هكذا فهمت الصحابة. (ك)

(٢) قوله: "ولأن فيما ذهب [الشافعي] إليه إلخ" دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله: لأن مبنى القصاص على المساواة، ووجه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه؛ لأن فيما إلخ. (عناية٩

(٣) الرقبة.

(٤) زيادة.

(٥) قوله: "كما في كسر العظم" أى عمدًا، فإنه لا يجب القصاص أصلا إلا في السن لتوهم الزيادة، فلأن يسقط البعض منه أولى. (ك)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) أى استيفاء القصاص، واختلاف السبب فيما لا يثبت بالشبهات بمنزلة اختلاف المستحق.

(٨) أى الموت حرًا والموت عبدًا.

(٩) مولى.

(١٠) وهو استيفاء القصاص. (ك)

(١١) قوله: "فلا يبالى به [أى باختلاف السبب]" كما إذا قال المقر: لك على ألف من ثمن بيع، وقال المقر له: لا، بل قرض يجب الألف على المقر. (ك)

(١٢) أى المستشهد بها. (ك)

(١٣) قوله: "يغاير حكم النكاح" لأن حكم ملك اليمين كون الرقبة مملوكة، وحل الاستمتاع تبع، والتبع بمنزلة المعدوم والنكاح يثبت الحل مقصودًا، فلم يكن الاتفاق فيما هو المقصود، والحكم بالحل من غير تعين السبب يفضى إلى المنازعة؛ لأن الحل بملك اليمين يستلزم غرامة الثمن، والحل بالنكاح يستلزم غرامة المهر، ولا كذلك ههنا؛ لأن استيفاء القصاص على التقديرين واحد. (ك)

ولو ترك وفاءً، وله وارث غير المولى فلا قصاص، وإن(١) اجتمعوا(٢) مع المولى؛ لأنه اشتبه من له الحق(٣)؛ لأنه المولى إن مات عبدًا والوارث إن مات حرًا، إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم فى موته(٤) على نعت الحرية أو الرق، بخلاف الأولى(٥)؛ لأن المولى متعين فيها.

وإن لم يترك وفاءً، وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعًا؛ لأنه مات عبدًا بلا ريب لانفساخ الكتابة(٦)، بخلاف معتَق البعض(٧)، إذا مات(٨) ولم يترك وفاءً؛ لأن العتق في البعض لا ينفسخ(٩) بالعجز(١٠).

وإذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن؛ لأن المرتهن لا ملك له، فلا يليه، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين، فيشترط اجتماعهما؛ ليسقط حق المرتهن برضاه(١١). قال(١٢): وإذا قتل ولى المعتوه(١٣)، فلأبيه أن يقتل؛ لأنه(١٤) من الولاية على النفس(١٥)، شرع لأمر راجع

---

(١) الواو وصلية.

(٢) فى الدعوى.

(٣) أى حق الاستيفاء.

(٤) قوله: "إذ ظهر الاختلاف إلخ" فإن على قول على وعبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنهم: يموت حرًا، إذا أديت كتابته، فيكون استيفاء القصاص لورثته، وعلى قول زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه: يموت عبدًا، واستيفاء القصاص للمولى. (ك)

(٥) أى فيما ليس له وارث إلا المولى.

(٦) بالموت عاجزًا.

(٧) قوله: "بخلاف معتَق [يعنى لا يجب القصاص. ع] البعض" حيث لا قصاص؛ لأن بعجز المكاتب ينفسخ الكتابة، وموت المعتق لا يوجب انفساخ عتقه، فلم يثبت الملك للمولى فى الكل بموته عاجزًا. (ك)

(٨) أى عاجزًا.

(٩) فملك المولى لا يعود بموته (ع)

(١٠) أى بموته عاجزًا. (زيلعى)

(١١) قوله: "ليسقط حق المرتهن برضاه" فيه نوع إشكال، وهو أن الاستيفاء قد تم بالهلاك، فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه؟ والجواب عنه: أن الاستيفاء وإن تم بالهلاك، لكنه غير مقرر لاحتمال العود إما بالصلح، أو بدعوى الشبهة فى القتل، فيصير خطأ. (ك)

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٣) قوله: "وإذا قتل ولى [قريبه. ك] المعتوه [هو من اختلط عقله] إلخ" إذا قتل ابن المعتوه، فلأب المعتوه، وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص، وولاية الصلح. (ك)

(١٤) أى لأن استيفاء القصاص. (ك)

(١٥) أى نفس من له القصاص.

إليها[١]، وهو تشفي الصدر، فيليه كالإنكاح[٢].

وله أن يصالح[٣]؛ لأنه[٤] أنظر في حق المعتوه، وليس له[٥] أن يعفو؛ لأن فيه[٦] إبطال حقه[٧]، وكذلك[٨] إن قطعت يد المعتوه عمداً؛ لما ذكرنا[٩].

والوصى بمنزلة الأب فى جميع ذلك إلا أنه لا يقتل[١٠]؛ لأنه ليس له ولاية على نفسه[١١]، وهذا من قبيله[١٢]، ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس[١٣] واستيفاء القصاص فى الطرف، فإنه لم يستثن[١٤] إلا القتل.

وفى كتاب الصلح أن الوصى لا يملك الصلح[١٥]؛ لأنه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه، فينزل منزلة الاستيفاء[١٦].

ووجه المذكور ههنا[١٧] أن المقصود من الصلح المال، وأنه[١٨] يجب بعقده[١٩]،

---

(١) نفس.

(٢) قوله: "فيليه كالإنكاح" ولكن كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإن الأخ يملك الإنكاح، ولا يملك استيفاء القصاص، وذلك لأن القصاص شرع لتشفى الصدر، وللأب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه، فلذلك جعل التشفى الحاصل للأب كالحاصل للابن، بخلاف الأخ. (ك)

(٣) قوله: "وله [أب] أن يصالح" لكن هذا فيما إذا صالح على قدر الدية، أما إذا صالح على أقل من الدية، لم يجز الحط وإن قل، ويجب كمال الدية. (ك)

(٤) أب.

(٥) أب.

(٦) عفو.

(٧) معتوه.

(٨) أى الأمر إلى أبيه.

(٩) قوله: "لما ذكرنا" أراد به قوله؛لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها، وهو تشفى الصدر. (ك)

(١٠) أى القاتل.

(١١) معتوه.

(١٢) قوله: "وهذا من قبيله" أى استيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس. (ك)

(١٣) قوله: "تحت هذا الإطلاق" يريد به قوله والوصى بمنزلة الأب فى جميع ذلك. (عناية)

(١٤) محمد فى "الجامع الصغير".

(١٥) قوله: "أن الوصى لا يملك الصلح" أى عن النفس على المال، أما يملك الوصى الصلح عما دون النفس على المال؛ لأنه يملك استيفاءه، فيملك صلحه على المال. (ك)

(١٦) أى استيفاء القصاص.

(١٧) أى فى "الجامع الصغير".

(١٨) أى أن المال.

(١٩) الوصى.

كما يجب بعقد الأب، بخلاف القصاص؛ لأن المقصود التشفى، وهو مختص بالأب، ولا يملك العفو؛ لأن الأب لا يملكه[١]؛ لما فيه من الإبطال[٢]، فهو أولى.

وقالوا: القياس أن لا يملك الوصى الاستيفاء فى الطرف، كما لا يملكه فى النفس؛ لأن المقصود متحد، وهو التشفى.

وفى الاستحسان يملكه[٣]؛ لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، فانها[٤] خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف، فكان استيفاءه[٥] بمنزلة التصرف فى المال، والصبى بمنزلة المعتوه فى هذا[٦]، والقاضى بمنزلة الأب فى الصحيح، ألا ترى أن من قتل ولا ولى له، يستوفيه[٧] السلطان، والقاضى بمنزلته[٨] فيه[٩].

قال[١٠]: ومن قُتل وله أولياء صغار وكبار[١١]، فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبى حنيفة. وقالا: ليس لهم ذلك حتى يدرك[١٢] الصغار؛ لأن القصاص مشترك بينهم[١٣]، ولا يمكن استيفاء البعض[١٤]؛ لعدم التجزئ[١٥]، وفى استيفاءهم الكل[١٦] إبطال حق الصغار، فيؤخر إلى إدراكهم، كما إذا كان[١٧] بين الكبيرين وأحدهما

---

(١) عفو.

(٢) قوله: "لما فيه [عفو] من الإبطال" أى إبطال حق المعتوه من القصاص والمال. (ك)

(٣) أى الاستيفاء فى الطرف.

(٤) أطراف.

(٥) أى استيفاء القصاص فى الأطراف.

(٦) قوله: "بمنزلة [أى للأب أن يستوفى القصاص الواجب للصغير فى النفس أو ما دونها] المعتوه" أى إذا قتل قريب الصغير فلأبيه أن يقتص، وله أن يصالح، وليس للوصى أن يقتص، وذكر الإمام التمرتاشى ولو قتل عبد اليتيم لم يكن للوصى أن يقتص، ولو كان الأب حيًا، له أن يقتص وله أن يصالح. (ك)

(٧) قصاص.

(٨) سلطان.

(٩) أى فى استيفاء القصاص.

(١٠) أى محمد فى "الجامع الصغير".

(١١) قوله: "وله أولياء صغار وكبار" بأن كان للمقتول أخوان: أحدهما صغير، والآخر كبير. (كفاية)

(١٢) يبلغ.

(١٣) أى بين الكبار والصغار.

(١٤) أى بعض القصاص.

(١٥) قوله: "لعدم التجزئ" وذلك لأنه تصرف فى الروح، وذا لا يقبل الوصف بالتجزئ. (ك)

(١٦) أى كل القصاص.

(١٧) فينتظر.

غائب، أو كان بين المولين[١]. وله أنه حق[٢] لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ، وهو القرابة، واحتمال العفو من الصغير منقطع[٣]، فيثبت لكل واحد كملا فى ولاية الإنكاح[٤]، بخلاف الكبيرين؛ لأن احتمال العفو من الغائب ثابت[٥]، ومسألة المولين ممنوعة[٦].

قال[٧]: ومن ضرب رجلا بمر[٨] فقتله، فإن أصابه بالحديد قتل به، وإن أصابه بالعود[٩]، فعليه الدية قال رضى الله تعالى عنه[١٠]: وهذا إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح، فكمل السبب، وإن أصابه بظهر الحديد[١١]، فعندهما يجب[١٢]، وهو رواية عن أبى حنيفة اعتباراً منه للآلة[١٣]، وهو الحديد[١٤]. وعنه إنما يجب إذا جرح[١٥]، وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى، وعلى هذا الضرب[١٦]

---

(١) قوله: "أو كان بين المولين" صورتها فيما إذا كان العبد مشتركًا بين الكبير والصغير، فقتل العبد، ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق. (نهاية)

(٢) أى أن حق القصاص.

(٣) قوله: "منقطع" أى فى حال استيفاء القصاص؛ لأن الصغير ليس من أهل العفو، وإنما يتوهم عفوه بعد بلوغه وشبهة عفوه بتوهم أعراضه لا يمنع استيفاء القصاص. بخلاف الكبيرين، وأحدهما غائب؛ لأن هناك شبهة العفو موجودة؛ لجواز أن يكون الغائب عفا، والحاضر لا يشعر به، وعفو الغائب صحيح. (مل)

(٤) فإن لكل واحد كملا.

(٥) فلو استوفى لكان استيفاء منه مع الشبهة، وذا لا يجوز.

(٦) قوله: "ممنوعة" فى فوائد مولانا حميد الدين عبد بين مولين، وأحدهما صغير، قتل عمداً، قال بعض مشايخنا: عند أبى حنيفة له ولاية استيفاء القصاص. (ك)

(٧) أى محمد فى "الجامع". (عينى)

(٨) قوله: "بمر [كلند وبيل. من]" فى "الدر المختار": المر -بفتح الميم- ما يعمل به فى الطين، وقال العينى: المر -بفتح الميم وتشديد الراء- وهو خشبة طويلة فى رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة، يضع الرجل رجله عليها، ويحفر بها الأرض. (مل)

(٩) دسته كلند.

(١٠) أى المصنف.

(١١) أى ولم يجرح. (ن)

(١٢) القصاص.

(١٣) قوله: "اعتباراً منه للآلة وهو الحديد" لأن الحديد معدّ لذلك فى الدنيا والآخرة، قال الله تعالى: ﴿وأنزلنا الحديد فيه باس شديد﴾، وهو القتل، وقوله تعالى: ﴿ولهم مقامع من حديد﴾. (ك)

(١٤) لأن الحديد سلاح كله.

(١٥) قوله: "إنما يجب إذا جرح" لأن بدون الجرح لا يتكامل إفساد الظاهر، فلا يستدعى العقوبة المتناهية. (مل)

(١٦) أى على هذا الخلاف.

بسنجات[١] الميزان[٢]، وأما إذا ضربه بالعود[٣]، فإنما تجب الدية؛ لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص، حتى لا يهدر الدم.

ثم قيل: هو بمنزلة العصا الكبيرة، فيكون قتلا بالمثقل[٤]، وفيه خلاف أبى حنيفة على ما نبين، وقيل: هو بمنزلة السوط، وفيه خلاف الشافعى، وهى مسألة الموالاة[٥]. له[٦] أن الموالاة فى الضربات إلى أن مات دليل العمدية، فيتحقق الموجب[٧].

ولنا ما روينا[٨]، «ألا إن قتيل خطأ العمد»*، ويروى: «شبه العمد» الحديث، ولأن فيه[٩] شبهة عدم العمدية؛ لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه[١٠] القصد[١١] فى خلال الضربات، فيعرى أول الفعل[١٢] عنه، وعساه أصاب المقتل[١٣] والشبهة دارئة للقود، فوجبت الدية.

قال[١٤]: ومن غرّق صبيًا، أو بالغًا فى البحر[١٥]، فلا قصاص عند أبى حنيفة.

---

(١) سنجة الميزان: سنگ ترازو. (من)

(٢) من الحديد. (كافى)

(٣) بعود المر.

(٤) يكون شبه عمد. (رد المحتار]

(٥) قوله: "وهى إلخ" إذا تعمد الضرب بما لم يكن الهلاك منه غالبًا كالسوط الصغير، فإن لم يوال فى الضربات، فهو شبه العمد عندهما بلا خلاف، وإن كان والى فى الضربات، فقد اختلف المشايخ فيه على قولهما، بعضهم قالوا: إنه عمد محض، وبعضهم قالوا: شبه العمد. (نهاية)

قوله: "وهى [أى المسألة الخلافية] مسألة الموالاة" قلت: هو مرفوع، رواه البيهقى فى "سننه"، وفى "المعرفة" من حديث البراء بن عازب رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال: «من أغرض غرضناه ومن حرق حرقناه ومن غرق غرقناه» قال صاحب "التنقيح": فى هذا الإسناد من يجهل حاله. (عينى)

(٦) أى للشافعى.

(٧) للقصاص.

(٨) قوله: "ولنا ما روينا [فى أول كتاب الجنايات]: «ألا إن...» إلخ" لا يقال: إنه محمول على عدم الموالاة؛ لأنا نقول: إن إجراءه على إطلاقه أولى؛ إذ فيه درء القصاص، وهو مندوب إليه. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٣، وانظر فى الدراية ج٢ ص٢٦٦ تحت الحديث ١٠١١. (نعيم)

(٩) أى فى الموالاة.

(١٠) أى عرضه.

(١١) أى قصد القتل.

(١٢) أى أول الضرب.

(١٣) قوله: "وعساه أصاب [بغير قصد] المقتل" أى زمان القتل، أى الموت، وإن لم يكن قاصدًا للقتل. (أعظمى)

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير".

وقالا: يقتصّ منه، وهو قول الشافعى، غير أن عندهما يستوفى[١] حزاً[٢]، وعنده[٣] يغرق[٤]، كما بيناه من قبل[٥]، لهم قوله عليه السلام[٦]: «من غرّق غرقناه[٧]»*، ولأن الآلة[٨] قاتلة، فاستعمالها أمارة العمدية؛ ولا مراء[٩] فى العصمة[١٠].

وله قوله عليه السلام[١١]: «ألا إن قتيل خطأ العمد[١٢] قتيل السوط والعصا[١٣]»**، وفيه[١٤] وفى كل خطأ أرش[١٥]، ولأن الآلة غير معدة للقتل، ولا مستعملة فيه؛ لتعذر استعماله، فتمكنت شبهة عدم العمدية؛ ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة، ومنه يقال: اقتصّ[١٦] إثره[١٧]، ومنه المقصة للجلمين[١٨]، ولا تماثل بين

---

(١٥) قوله: "ومن غرّق إلخ" ذكر محمد التغريق بالماء مطلقًا، وهو على ثلاثة أوجه، إن كان الماء قليلا، لا يقتل به غالبًا لا يجب القصاص بالاتفاق، وإن كان الماء كثيرا إلا أنه يمكنه النجاة بالسباحة، فهو شبه العمد عندنا، وإن كان الماء كثيراً، ولا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر، فهذا مسألة الكتاب، كذا فى بعض الفوائد. (ك)

(١) القصاص.

(٢) حز -بالفتح وتشديد زاء- بريدن. (م)

(٣) شافعى.

(٤) اعتباراً للمماثلة.

(٥) قوله: "كما بيناه [فى أوائل هذا الباب]" إشارة إلى قوله: يفعل به كما فعل إن كان فعلا مشروعًا. (ع)

(٦) قوله: "لهم قوله إلخ" أى للشافعى ولهما، لكن للشافعى الاستدلال بالحديث، ولهما الاستدلال بالمعقول، أو للشافعى الاستدلال بالحديث فى وجوب القصاص والاستيفاء. ولهما الاستدلال بهذا الحديث فى وجوب القصاص، وفى الاستيفاء لم يعملا بهذا الحديث؛ لقوله عليه السلام: «لا قود إلا بالسيف». (كفاية)

(٧) قوله: "من غرّق" قوله عليه السلام: «من حرّق حرقناه ومن غرق غرقناه» لم يثبت مرفوعًا، وإنما هو من كلام زياد. (كافى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٣، والدراية ج٢ص٢٦٦، الحديث ١٠١٢. (نعيم)

(٨) أى ماء البحر.

(٩) شك، مراء -بالكسر- جدال أى لا جدال فى العصمة، فإنه ثابت بلا مناز ع.

(١٠) أي عصمة المقتول.

(١١) أخرج معناه ابن حبان فى "صحيحه".

(١٢) أى شبه العمد.

(١٣) وهذا فى معناه؛ لأن الماء غير جارح كالسوط والعصا.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٤، والدراية ج٢ص٢٦٦، الحديث ١٠١٣. (نعيم)

(١٤) أى فى الحديث: «وفى كل خطأ أرش»، وهذا من تتمة الحديث، وبعده فيه مائة من الإبل.

(١٥) وهذا المذكور من شبه العمد.

(١٦) أى أتبع وذهب، كما ذهب هو.

الجرح والدق[١] لقصور الثانى عن تخريب الظاهر، وكذا لا يتماثلان فى حكمة الزجر؛ لأن القتل بالسلاح غالب، وبالمثقل نادر[٢].

وما رواه[٣] غير مرفوع[٤]، أو هو محمول على السياسة، وقد أومت إليه[٥] إضافته إلى نفسه فيه[٦]، وإذا امتنع القصاص، وجبت الدية، وهى على العاقلة، وقد ذكرناه[٧]، واختلاف الروايتين[٨] فى الكفارة[٩].

قال[١٠]: ومن جرح رجلا عمداً، فلم يزل[١١] صاحب فراش، حتى مات فعليه القصاص؛ لوجود السبب[١٢] وعدم ما يبطل حكمه فى الظاهر، فأضيف[١٣] إليه.

قال[١٤]: وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين، فقتل مسلم مسلماً، ظن أنه مشرك، فلا قود عليه، وعليه الكفارة؛ لأن هذا أحد نوعى الخطأ[١٥] على ما بيناه[١٦]، والخطأ بنوعيه لا يوجب القود، ويوجب الكفارة، وكذا[١٧] الدية على ما

---

(١٧) إثر -بالكسر- نشان.

(١٨) الجلم الذى يجز به، وهما جلمان، جلم -بفتحتين- مقراض كه بدان چيزها بردند. (م)

(١) وكذا الغرق.

(٢) والغرق ملحق بالمثقل.

(٣) الشافعى وهو: «من غرق غرقناه».

(٤) قوله: "غير مرفوع [أى غير متصل إليه عليه السلام]" فلا يكون حجة عنده؛ لأنه لا يرى العمل بالموقوف. (أعظمى)

(٥) قوله: "وقد أومت [أشارت] إليه" أى إلى الحمل على السياسة، إضافة النبى عليه السلام فعل التغريق إلى نفسه، حيث قال: غرقناه، ولم يقل من غرق يغرق. (ك)

(٦) أى فى الحديث.

(٧) فى أول كتاب الجنايات.

(٨) قوله: "واختلاف [مبتدأ] الروايتين" أى عن أبى حنيفة إنما كان فى الكفارة، فإنه روى أن لا كفارة فى شبه العمد، وروى الطحاوى أن فيه الكفارة عنده، وأما الدية، فإنها واجبة عنده من غير تردد. (عناية)

(٩) خبر، لا فى الدية.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) أى صار.

(١٢) جرح.

(١٣) الحكم.

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٥) وهو الخطأ فى القصد. (ك)

(١٦) قبيل باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب.

(١٧) أى كذا يوجب الدية.

نطق به نص الكتاب[١].

ولما اختلف سيوف المسلمين[٢] على اليمان[٣] أبي حذيفة قضى رسول الله عليه والصلاة والسلام بالدية[٤]*، قالوا: إنما تجب الدية إذا كانوا[٥] مختلطين، فإن كان في صف المشركين[٦]، لا تجب[٧] لسقوط عصمته بتكثير سوادهم، قال عليه السلام[٨]: «من كثر سواد[٩] قوم فهو منهم»**.

قال[١٠]: ومن شج نفسه[١١]، وشجه رجل وعقره أسد[١٢]، وأصابته حية، فمات من ذلك كله، فعلى الأجنبي ثلث الدية؛ لأن فعل الأسد والحية جنس واحد؛ لكونه هدراً في الدينا والآخرة، وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة، حتى يؤثم عليه[١٣].

وفي "النوادر"[١٤]: أن عند أبي حنيفة ومحمد يغسل، ويصلى عليه، وعند أبي

---

(١) قوله: "على ما نطق به نص الكتاب" وهو قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾. (ك)

(٢) قوله: "ولما اختلفت [في حرب أحد] سيوف المسلمين" أي توالت، روى أن سيوف المسلمين توالت على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة خندق، فقتلوه على ظن أنه مشرك، فقضى رسول الله ﷺ بالدية، فوهبها لهم حذيفة. (ع)

(٣) وظنه المسلمون حربيًا. (ك)

(٤) رواه الشافعي في "مسنده" عن عروة. (شرح نهاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٤، والدراية ج٢ص٢٦٦، الحديث١٠١٤. (نعيم)

(٥) كفار ومسلمين.

(٦) قوله: "فإن كان إلخ" أي فإن لم يكونوا مختلطين، بل كانوا مسلمين في صف المشركين، وإن لم يكن قصدهم تقوية الكفار، لا تجب الدية. (أعظمي)

(٧) الدية.

(٨) أسنده أبو يعلى الموصلي في "مسنده" عن عمر بن الحارث عن ابن مسعود.

(٩) جماعة.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٦، والدراية ج٢ص٢٦٧، الحديث١٠١٥. (نعيم)

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) شج -بالفتح وتشديد جيم- سر شكستن. (م)

(١٢) عقر -بالفتح- خسته كردن، ومنه في الشتم جدعًا له وعقراً. (من)

(١٣) إجماعًا، تأثيم: گناه نسبت كردن. (م)

(١٤) قوله: "وفي "النوادر": أن عند أبي حنيفة الخ" هذا أثر كون فعله غير معتبر؛ لأنه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرضه من غير فعله على نفسه عندهما. أما عند أبي يوسف فجنايته على نفسه معتبرة حتى لا يصلى عليه، وصار بمنزلة الباغي، ولو كان فعله هدراً أصلا كنهش الحية، ولم يكن جناية مع كونه مقتولا حقيقة، لكان

يوسف يغسل، ولا يصلى عليه[١].

وفى "شرح السير الكبير": ذكر فى الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه فى "كتاب التجنيس والمزيد"، فلم يكن هدراً مطلقاً[٢]، وكان جنساً آخر[٣]، وفعل الأجنبى معتبر فى الدنيا والآخرة، فصارت ثلاثة أجناس، فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال، فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه، فيجب عليه ثلث الدية، والله أعلم.

فصل[٤]

قال[٥]: ومن شهر على المسلمين[٦] سيفاً، فعليهم أن يقتلوه؛ لقوله عليه السلام: «من شهر[٧] على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه[٨]»*، ولأنه باغ، فتسقط عصمته ببغيه، ولأنه[٩] تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه، فله قتله.

وقوله: فعليهم[١٠]، وقول محمد فى "الجامع الصغير": فحق على المسلمين أن يقتلوه، إشارة إلى الوجوب، والمعنى وجوب دفع الضرر[١١].

شهيدا، ويسقط غسله، فلم يكن فعله هدراً مطلقاً، فكان جنساً آخر، وفعل الأسد والحية هدر فى الدنيا والآخرة، وفعل الأجنبى معتبرة فى الدنيا والآخرة، فيكون التألف بفعل كل واحد ثلثه، فيجب عليه ثلث الدية. (ك)

(١) إهانة له كالباغى.

(٢) متعلق بقوله هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة. (٦) أى فعله بنفسه.

(٣) من حيث إنه هدر من وجه دون وجه.

(٤) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان المسائل التى توجب القصاص ألحق بها فصلا، يشتمل على المسائل التى لها عرضة إيجاب القصاص. (عناية)

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير".

(٦) ليلا أو نهاراً فى مصر أو غيره. (در مختار) شهر -بالفتح- شمشير بر كشيدن از نيام. (م)

(٧) قوله: "من شهر" رواه النسائى من حديث ابن أبى الزبير والحاكم فى المسند عن معمر مرفوعاً من شهر سيفه، فدمه هدر. (شرح نقاية)

(٨) قوله: "فقد أطلّ [أى أهدر] دمه" فإن قيل قوله فى الحديث، فقد أطل دمه يدل على الإباحة فقط، فكيف يتمسك به على الوجوب، قلنا: لما أهدر دمه صار ملحقاً بالكافر الحربى المحارب، فيكون قتله واجباً، لكن لا لعين القتل، بل لدفع الضرر، حتى لو أمكن دفعه بغير القتل لا يجوز قتله، والدليل على أن قتله واجب أن المباح ما استوى طرفاه، ولا يأثم التارك بتركه، وههنا لو ترك المشهور عليه قتل الشاهر مع إمكانه يكون آثماً، فدل على أنه واجب. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٧، والدراية ج٢ص٢٦٧، الحديث١٠١٦. (نعيم)

(٩) قتل.

(١٠) قوله: "وقوله: فعليهم" قال الكاكى: أى قول صاحب "المختصر"، قلت: إن أراد صاحب "مختصر القدورى"، فهذه المسألة لم يذكر فيها، وإنما هى فى "الجامع الصغير". والصواب ما ذكره تاج الشريعة، أى قول محمد فى "المبسوط": فعليهم، وقول محمد فى "الجامع الصغير": فحق على المسلمين أن يقتلوه. (عينى)

(١١) قوله: "والمعنى [أى إنما وجب القتل، لأن دفع الضرر واجب. ك] أى معنى الوجوب دفع الضرر؛ لأن

وفي سرقة "الجامع الصغير"[١]: ومن شهر على رجل سلاحًا ليلا، أو نهارًا، أو شهر عليه عصا ليلا في مصر، أو نهارًا في طريق في غير مصر، فقتله المشهور عليه عمدًا، فلا شيء عليه؛ لما بينا[٢].

وهذا لأن السلاح لا يلبث، فيحتاج[٣] إلى دفعه بالقتل، والعصا الصغيرة وإن[٤] كان يلبث، ولكن في الليل لا يلحقه الغوث[٥]، فيضطر[٦] إلى دفعه بالقتل، وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث، فإذا قتله[٧] كان دمه هدرًا، قالوا: فإن كان عصا لا تلبث[٨] يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما[٩].

قال[١٠]: وإن شهر المجنون على غيره سلاحًا، فقتله المشهور عليه عمدًا، فعليه الدية في ماله. وقال الشافعي: لا شيء عليه، وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة[١١].

وعن أبي يوسف: أنه يجب الضمان[١٢] في الدابة، ولا يجب في الصبي والمجنون. للشافعي أنه قتله دافعًا عن نفسه، فيعتبر[١٣] بالبالغ[١٤] الشاهر، ولأنه يصير محمولا على قتله بفعله، فأشبه المكرَه[١٥].

الواجب هو دفع الشر على أي وجه كان لا عين القتل. (ع)

(١) قوله: "وفي سرقة الجامع الصغير" وإنما ذكر هذه لزيادة بيان فيها ما ليس في قوله: ومن شهر على المسلمين سيفا، فعليهم أن يقتلوه، وهو قوله: فلا شيء عليه، وإنما ذكر هذه لفائدة، وهو أن من الجائز أن يجوز قتله، وعليه الضمان، كما في قتل الجمل الصائل، وأكل مال الغير حال المخمصة، فقال: فلا شيء عليه لدفع هذا الوهم. (ك)

(٢) إشارة إلى ما ذكر من الحديث والمعقول. (ك)

(٣) المشهور عليه.

(٤) الواو وصلية.

(٥) بالفتح: فرياد رس. (م)

(٦) المشهور عليه.

(٧) الشاهر.

(٨) بسبب العظم.

(٩) أي يستوى فيه أن يشهر ليلا أو نهارًا في مصر أو غير مصر.

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١١) قوله: "وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة" يعني إذا صالا على إنسان، فقتله المصول عليه عمدًا يضمن الدية والقيمة. (عناية)

(١٢) أي القيمة.

(١٣) الصبي والمجنون والدابة.

(١٤) العاقل.

وَلأبى يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلا، حتى لو تحقق[١] لا يوجب الضمان[٢]. أما فعلهما معتبر فى الجملة، حتى لو حققاه[٣] يجب عليهما الضمان، وكذا عصمتهما لحقهما، وعصمة الدابة لحق مالكها، فكان فعلهما مسقطًا للعصمة[٤] دون فعل الدابة.

ولنا أنه قتل شخصًا معصومًا[٥]، أو أتلف مالا[٦] معصومًا حقًا للمالك، وفعل الدابة لا يصلح مسقطًا[٧]، وكذا فعلهما[٨]، وإن[٩] كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح، ولهذا لا يجب القصاص[١٠] بتحقق الفعل منهما.

بخلاف العاقل البالغ[١١]؛ لأن له اختيارًا صحيحًا، وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح، وهو دفع الشر، فتجب الدية.

قال[١٢]: ومن شهر على غيره سلاحًا فى المصر، فضربه[١٣]، ثم قتله الآخر[١٤]،

---

(١٥) قوله: "فأشبه المكرَه" صورته أن رجلا أكره غيره بالسلاح على أن يقتله، وتحقق عند المكره أنه لو لم يقتله لقتله هو فقتله، فلا شيء عليه، ولا يقال: بأن عند الشافعى يجب القصاص على المكره، فكيف يصح الاستدلال به؛ لأنا نقول: إنما يجب القصاص عنده على المكره، إذا كان المقتول غير المكره، فأما إذا أكرهه المكره على قتل المكره، فقتله فلا رواية فيه، ويحتمل أن لا يجب القصاص عنده ههنا؛ لأن المكره أسقط عصمة نفسه بالإكراه، فلا يجب القصاص بقتله، بخلاف ما إذا كان المقتول غير المكره؛ لأن المقتول ثمة معصوم فافترقا. (ك)

(١) أى فعل الدابة.

(٢) على الدابة.

(٣) أى فعلهما.

(٤) أى لعصمتهما.

(٥) وهو الصبى والمجنون.

(٦) دابة.

(٧) أى للعصمة.

(٨) أى فعل الصبى والمجنون لا يصلح مسقطًا للعصمة.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) قوله: "ولهذا [أى لعدم الاختيار الصحيح] لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما" أى على الشاهر، وهو الصبى والمجنون. (ك)

(١١) الشاهر.

(١٢) أى محمد. (عينى)

(١٣) قوله: "فضربه" فضربه الشاهر، فانصرف، ثم قتله المشهور عليه، فعلى القاتل القصاص، هذا إذا ضربه الأول، وكف عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانيًا؛ لأنه لما شهر حل دمه، دفعًا لشره، فلما لم يقتله، وكف عنه اندفع شره، وعادت عصمته، فإذا قتله، فقد قتل شخصا معصومًا من غير دفع ضرر، فلزمه القصاص. (ك)

(١٤) أى المشهور عليه، أو غيره. (در مختار)

فعلى القاتل القصاص، معناه إذا ضربه فانصرف؛ لأنه خرج من أن يكون محاربًا بالانصراف، فعادت عصمته.

قال[١]: ومن دخل عليه غيره ليلا، وأخرج السرقة، فاتبعه[٢] وقتله، فلا شيء عليه[٣]؛ لقوله عليه الصلاة و السلام: «قاتل دون مالك[٤]»*، ولأنه يباح له القتل دفعًا في الابتداء، فكذا استردادًا في الانتهاء[٥]، وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد[٦] إلا بالقتل، والله أعلم.

باب[٧] القصاص فيما دون النفس

قال[٨]: ومن قطع يد غيره عمدًا من المفصل، قطعت يده، وإن[٩] كانت يده أكبر من اليد المقطوعة؛ لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص[١٠]﴾، وهو ينبئ عن المماثلة، فكل ما أمكن رعايتها فيه، يجب فيه القصاص، وما لا فلا، وقد أمكن[١١] في القطع من المفصل فاعتبر، ولا معتبر بكبر اليد وصغرها؛ لأن منفعة اليد[١٢] لا تختلف بذلك، وكذلك الرجل، ومارن[١٣] الأنف، والأذن؛ لإمكان رعاية المماثلة.

قال[١٤]: ومن ضرب عين رجل، فقلعها[١٥] لا قصاص عليه؛ لامتناع المماثلة

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) المسروق منه.

(٣) أي القاتل المسروق منه.

(٤) قوله: "قاتل دون مالك [أي لأجل مالك. ع]" رواه في مسند إسحاق بن راهويه عن فانوس بن أبي المخارق عن أبيه. (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٤٨، والدراية ج٢ص٢٦٨، الحديث١٠١٧. (نعيم)

(٥) لأنه أسهل من الابتداء. (ع)

(٦) قوله: "إذا كان لا يتمكن" أما إذا أمكنه بطريق آخر كالتهديد والصياح عليه، يكون القتل مضمونًا. (ك)

(٧) قوله: "باب" لما فرغ من بيان القصاص في النفس، أتبعه بما هو بمنزلة التبع، وهو القصاص في الطرف. (ع)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) الواو وصلية.

(١٠) قوله: "والجروح قصاص" أي ذات قصاص، في شرح الأقطع، فاقتضت الآية ثبوت القصاص فيما دون النفس، وفي الإيضاح فصار القصاص فيما دون النفس مشروعًا بهذه الآية، والمماثلة معتبرة من حيث سلامة الأجزاء، ولفظ القصاص ينبئ عن هذا. (كفاية)

(١١) رعاية المماثلة.

(١٢) وهو البطش.

(١٣) نرمه بيني، وهو ما لان من الأنف، واحترز به عن القصبة. (رد المحتار)

(١٤) أي القدوري. (عيني)

في القلع[١]، وإن كانت[٢] قائمة[٣]، فذهب ضوءها، فعليه القصاص؛ لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب[٤]: تحمى له المرآة[٥]، ويجعل[٦] على وجهه قطن رطب، وتقابل عينه بالمرآة، فيذهب ضوءها، وهو مأثور* عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم[٧].

قال[٨]: وفي السن القصاص؛ لقوله تعالى: ﴿والسن بالسن﴾، وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر؛ لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر.

قال[٩]: وفي كل شجة[١٠] تتحقق فيها المماثلة[١١] القصاص؛ لما تلوناه[١٢].

قال[١٣]: ولا قصاص في عظم[١٤] إلا في السن[١٥]، وهذا اللفظ مروى عن عمر

---

(١٥) قلعه قلعًا –بالفتح– از بيخ بركند آن را. (من)

(١) قوله: "لامتناع المماثلة في القلع" لأنها إذا قورت، فقد تعذر اعتبار المماثلة؛ لأنه ليس له حد معلوم، ومن الجائز أن يكون الثاني زائدًا. (ك)

(٢) العين.

(٣) ثابتة.

(٤) يعني القدوري .

(٥) قوله: "تحمى له المرآة" بكسر الميم ومد الهمزة: آلة الرؤية، ورأيت بخط بعض العلماء، أن المراد بها ههنا فولاد صقيل يرى به الوجه، لا المرآة المعروفة من الزجاج. (رد المحتار)

(٦) ويشد عينه الأخرى. (زيلعي)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٠ تحت "باب القصاص فيما دون النفس، والدراية ج٢ ص٢٦٨، تحت الحديث١٠١٧ في باب القصاص فيما دون النفس. (نعيم)

(٧) قوله: "وهو مأثور إلخ" كانت هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله تعالى عنه، فشاور الصحابة، فقال علي رضي الله تعالى عنه: يجب القصاص، فبين إمكانه بالطريق الذي ذكرناه. (زيلعي)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) قوله: "وفي كل شجة [بالفتح وتشديد جيم: جراحت وشكستگى]" تختص الشجة بما يكون بالوجه والرأس لغةً، وما يكون بغيرهما فجراحة. (درمختار)

(١١) كما في الموضحة، كما سيجيء في فصل الشجاج.

(١٢) قوله: "لما تلوناه" إشارة إلى قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ وفي بعض النسخ لما ذكرنا، وهو إشارة إلى قوله ينبئ عن المماثلة. (عناية)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "ولا قصاص" قال عمر: إنا لا نقيد من العظام، وقال ابن عباس: ليس في العظام قصاص، ونحوه عن الشعبي والحسن، رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه". (شرح نقاية)

رضى الله تعالى عنه وابن مسعود رضى الله تعالى عنه، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا قصاص فى العظم»*، والمراد غير السن(٢).

ولأن اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر؛ لاحتمال الزيادة والنقصان، بخلاف السن؛ لأنه يبرد بالمبرد، (٣) ولو قلع من أصله يقلع الثاني (٤)، فيتماثلان.

قال(٥): وليس فيما دون النفس شبه عمد(٦)، إنما هو عمد، أو خطأ؛ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة، والقتل هو الذى يختلف باختلافها دون ما دون النفس(٧)؛ لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة، فلم يبقَ إلا العمد والخطأ.

ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس، ولا بين الحر والعبد(٨)، ولا بين العبدين؛ خلافًا للشافعى(٩) فى جميع ذلك إلا فى الحر(١٠) يقطع طرف العبد، ويعتبر الأطراف بالأنفس؛ لكونها تابعة لها(١١).

---

(١٥) قوله: "إلا فى السن" فإن كان السن عظما، فالاستثناء متصل، ولا بد من فرق بينها و بين غيرها من العظام، وهو إمكان القصاص فيها، بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها، أو إلى أصلها إن قلعها، ولا يقلع؛ لتعذر المماثلة، فربما يفسد به الثانية، كذا فى "المبسوط"، وإن كان غير عظم، فالاستثناء منقطع.

وقد اختلف الأطباء في ذلك، فمنهم من قال: هو طرف عصب يابس؛ لأنه يحدث، وينمو بعد تمام الخلقة، ومنهم من قال هو طرف عظم، وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم، حتى قال: والمراد منه غير السن. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٥٠، والدراية ج٢ ص٢٦٩ تحت الحديث ١٠١٧ فى "باب القصاص فيما دون النفس". (نعيم)

(٢) قوله: "والمراد غير السن" بدليل قوله تعالى: ﴿والسن بالسن﴾ يؤخذ الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس بالضرس والأعلى بالأعلى والأسفل بالأسفل؛ لما فى خلاف ذلك من الإخلال بالمماثلة. (ك)

(٣) برد -بالفتح- بسوهان سائيدن. (م)

(٤) قوله: "يقلع [وقيل: يبرد إلى موضع أصل السن. در مختار] الثانى" ويخالفه ما قال فى الكفاية، إذا قلع السن، فإنه لا يقلع سنه قصاصاً؛ لتعذر اعتبار المماثلة فيه، فربما يفسد به الثانية، ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أسفل السن. (مل)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "وليس فيما دون إلخ" قد ذكره مرة، لكنه ذكر هناك أنه عمد، وههنا أنه عمد أو خطأ، فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص، وذلك لأن شبه العمد إن حصل فيما دون النفس، وأمكن القصاص جعل عمداً، روى أن الربيع عمة أنس بن مالك كسرت ثنية جارية من الأنصار باللطمة، فأمر النبى عليه السلام بالقصاص واللطمة إن كانت على النفس، لا توجب القود، وإن لم يكن القصاص جعل خطأ، ووجب الأرش. (ع)

(٧) قوله: "والقتل هو الذى يختلف إلخ" لأنه عبارة عن إزهاق الروح، وهو غير محسوس، فأقيمت الآلة الصالحة لتفريق الأجزاء مقام الإزهاق، بخلاف الأطراف؛ لأنها محسوسة، فلا حاجة إلى ذلك. (مل)

(٨) أى فيما دون النفس. (ك)

(٩) فإن عنده يقتص.

(١٠) يعنى لا يجب القصاص فيه عنده أيضاً. (ع)

ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال[١]، فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة[٢]، وهو معلوم قطعًا[٣] بتقويم الشرع، فأمكن اعتباره.
بخلاف التفاوت[٤] فى البطش[٥]؛ لأنه لا ضابط له، فاعتبر أصله، وبخلاف الأنفس؛ لأن المتلف إزهاق الروح[٦] ولا تفاوت فيه، ويجب القصاص فى الأطراف بين المسلم والكافر؛ للتساوى بينهما فى الأرش.
قال[٧]: ومن قطع يد رجل من نصف الساعد[٨] أو جرحه جائفة[٩]، فبرأ منها[١٠]، فلا قصاص عليه؛ لأنه لا يمكن[١١] اعتبار المماثلة فيه، إذ الأول كسر العظم ولا ضابطة فيه[١٢]، وكذا البرء نادر، فيفضى الثانى إلى الهلاك ظاهرًا.
قال[١٣]: وإذا كانت يد المقطوع صحيحة، ويد القاطع شلاء[١٤]، أو ناقصة

---

(١١) قوله: "لكونها [أطراف] تابعةً لها [أنفس]" يعنى أن الأطراف تابعة للنفوس، فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء فى النفوس، فكذلك فى الأطراف؛ لكونها تابعة لها. (ع)

(١) قوله: "يسلك بها مسلك الأموال" لأن الأطراف خلقت وقاية للإنس كالمال، فإن قيل: قوله تعالى: ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن﴾ مطلق، يتناول مواضع النزاع، فيكون حجة عليكم.
قلنا: قد خص منه الحربى والمستأمن، والنص العام إذا خص منه شيء، يجوز تخصيص الباقى بخبر الواحد، فخصصناه بما روينا. (ك)

(٢) قوله: "فينعدم التماثل بالتفاوت [فإن قيمة يد الرجل خمس مائة دينار، وقيمة يد المرأة نصفها] إلخ" الأصل فى جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة فى الفعل والمحل المأخوذ بالفعل؛ لأن المماثلة فى ضمان العدوان منصوص عليه، فيجب اعتبارها، فإن قيل: يشكل بما إذا قطع عبد يد عبد، وقيمتهما سواء، ومع ذلك لا يجرى القصاص عندكم، قلنا: لأن طريق معرفة القيمة بالحزر، والظن والمماثلة المشروطة لا يثبت بطريق الظن والحزر. (ك)

(٣) قوله: "وهو معلوم قطعًا بتقويم الشرع إلخ" فإن الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمس مائة دينار قطعا ويقينا، ولا يبلغ قيمة العبد إلى ذلك، ولو بلغت إنما تبلغ بالحزر والظن، فلا تكون مساوية ليد الحر يقينا، فينعدم التماثل. (ك)

(٤) فى الكبير والصغير، أى إذا كان يد كبيرة ويد صغيرة.

(٥) بالفتح: سخت گرفتن.

(٦) هلاک كردن. (م)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) بازوے مردم. (م)

(٩) قوله: "أو جرحه جائفة" الجائفة: هى التى تصل إلى الجوف من الصدر، أو الظهر، أو البطن، فلا قصاص؛ لانتفاء شرطه بل يجب ثلث الدية، ولا تكون الجائفة فى الرقبة والحلق واليدين والرجلين، ولو فى الأنثيين والدبر، فهى جائفة اتفاقى. (رد المحتار)

(١٠) قوله: "فبرأ منها [أى من الجائفة]" فلو لم تبرأ، فإن سارية يقتص، وإلا ينتظر البرء، أو السراية. (ابن كمال)

(١١) قوله: "لا يمكن" لأنه ليس له حد معلوم، ومن الجائز أن يكون الثانى زائدًا. (ك)

(١٢) فإنه لا ينكسر من الموضع الذى يراد كسره.

(١٣) أى القدورى. (عينى)

الأصابع، فالمقطوع بالخيار إن شاءَ قطع اليد المعيبة، ولا شيء له غيرها[١]، وإن شاء أخذ الأرش كاملا؛ لأن استيفاء الحق كملا متعذر، فله أن يتجوز[٢] بدون حقه[٣]، وله أن يعدل إلى العوض[٤] كالمثلى[٥] إذا انصرم[٦] عن أيدى الناس بعد الإتلاف[٧]، ثم إذا استوفاها ناقصًا، فقد رضى به[٨]، فيسقط حقه كما إذا رضى بالرديء مكان الجيد.

ولو سقطت المؤوفة[٩] قبل اختيار المجنى عليه، أو قطعت ظلمًا، فلا شيء له عندنا[١٠]؛ لأن حقه متعين فى القصاص،[١١] وإنما ينتقل إلى المال باختياره، فيسقط[١٢] بفواته.

بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه[١٣] من قصاص، أو سرقة حيث يجب عليه الأرش؛ لأنه أوفي به حقًا مستحقًا، فصارت سالمة له معنًى[١٤].

قال[١٥]: ومن شج رجلا، فاستوعبت الشجة[١٦] ما بين قرنيه، وهى[١٧] لا

(١٤) بالفتح وتشديد لام: دست خشک شده. (م)

(١) أى غير اليد المعيبة.

(٢) تجوز: عفو كردن. (م)

(٣) أى بما هو دون حقه، وهو قطع اليد الشلاء.

(٤) أرش.

(٥) قوله: "كالمثلى" يعنى لم يبقَ منه إلا ناقص الصفة، كان المالك بالخيار، إن شاء أخذه ناقصا، وإن شاء عدل إلى القيمة، كذا ههنا، فيسقط حقه، كما إذا رضى بالرديء مكان الجيد. (ك)

(٦) انقطع.

(٧) أى أتلف المثلى ثم انصرم هو.

(٨) قوله: "فقد رضى به" يعنى أنه رضى باستيفاء الحق ناقصًا، والفائت كالوصف، والوصف منفرد عن الأصل غير مضمون، فسقط حقه فى الوصف. (ك)

(٩) أى اليد الشلاء.

(١٠) قوله: "عندنا" وعند الشافعى: له الأرش؛ لأن عنده المال ضمان أصلى كالقود، فإذا تعذر استيفاء القود، تعين الآخر. (ك)

(١١) فإنه لو زال الشلل قبل أخذ الأرش يكون له القصاص.

(١٢) قصاص؛ لأن اختياره حين وجود المعيبة.

(١٣) من آخر.

(١٤) قوله: "فصارت [يده المعيبة] سالمة له معنًى" فإن قيل: يشكل بما إذا قطع القاطع يد نفسه بنفسه، فلا يسقط حق المقطوع، وإن لم يسلم يد القاطع له معنى. قلنا: إنما لم يسقط ثمه، وإن لم يوجد السلامة لمعنى آخر، وهو أنه اتلف محلا تعلق به حق الغير، فصار ضامنا، كما فى العبد الرهن إذا أتلفه الراهن، ونصاب الزكاة إذا أتلفه المالك بعد وجوب الزكاة، فلا يكون قادحا، لما ذكرنا من المعنى. (ك)

تستوعب ما بين قرني الشاج[١]، فالمشجوج بالخيار، إن شاء اقتص[٢] بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء، وإن شاء أخذ الأرش؛ لأن الشجة موجبة[٣]؛ لكونها مشينة[٤] فقط، فيزداد الشين[٥] بزيادتها، وفي استيفاءه[٦] ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل[٧].

ولا يلحقه[٨] من[٩] الشين باستيفاءه[١٠] قدر حقه ما يلحق المشجوج، فينتقص[١١] فيخيّر[١٢]، كما في الشلاء[١٣] والصحيحة، وفي عكسه يخير أيضًا[١٤]؛ لأنه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى إلى غير حقه[١٥]، وكذا[١٦] إذا كانت الشجة في

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) لصغر رأسه.

(١٧) شجة.

(١) قوله: " وهي لا تستوعب [لكبر رأسه] ما بين قرني الشاج" لكون رأس الشاج أكبر من رأس المشجوج، فإذا شج ما بين قرني الشاج مقدار شجة، يبقى قطعة مما بين قرنيه لا شجة فيه. (ك)

(٢) في المساحة.

(٣) للقصاص.

(٤) شينًا: عيب كرد او را. (من)

(٥) عيب.

(٦) مشجوج.

(٧) الشاج.

(٨) شاج.

(٩) بيان ما.

(١٠) مشجوج، أي إن اقتص بمقدار شجته.

(١١) حق المشجوج.

(١٢) قوله: "فيخير [المشجوج]" وحكى الطحاوي عن محمد بن العباس الدارمي، أن له أن يستوفى ما بين قرني الشاج، وإن كان أوسع اعتبارًا باليد، فإن الكبير تقطع بالصغيرة.
والجواب أن القصاص في الشجة إنما يثبت لأجل الشين الذي يتعلق بها، لا لأجل المنفعة، ولهذا لو برأت وعادت كما كان سقط الضمان، والشين يزداد بزيادة الشجة، والقصاص في اليد؛ لتفويت المنفعة، والصغيرة كالكبيرة. (ك)

(١٣) شلت يده شلا -بالفتح- وشللا محركة تباه شد دست او وشكست گرديد. (من)

(١٤) قوله: "وفي عكسه" لو كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج يخيرأيضًا؛ لأنه لو استوفى المشجوج مثل حقه في المساحة مما بين قرني الشاج، كان هذا أزيد في الشين من الأول؛ لأن تلك المساحة لم تأخذ ما بين قرني المشجوج لكبر رأسه، وهي تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأسه، فيزداد في الشين، وإن اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين، وكان دون حقه في المساحة، فيخير إن شاء، أخذ الأرش، وإن شاء اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين، وإن كان دونه في المساحة. (ك)

(١٥) قوله: "للتعدّى إلى غير حقه [مشجوج]" أي في مقدار الشين لا في قدر الشجة. (كفاية)

طول الرأس، وهى[١] تأخذ من جبهته إلى قفاه، ولا تبلغ[٢] إلى قفا الشاج، فهو بالخيار؛ لأن المعنى[٣] لا يختلف.

قال[٤]: ولا قصاص فى اللسان ولا فى الذكر، وعن أبى يوسف[٥] أنه إذا قطع[٦] من أصله يجب[٧]؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة.

ولنا أنه ينقبض وينبسط[٨]، فلا يمكن اعتبار المساواة، إلا أن تقطع الحشفة؛ لأن موضع القطع معلوم كالمفصل. ولو قطع بعض الحشفة، أو بعض الذكر، فلا قصاص فيه؛ لأن البعض لا يعلم مقداره، بخلاف الأذن إذا قطع كله، أو بعضه؛ لأنه لا ينقبض، ولا ينبسط، وله حد يعرف، فيمكن اعتبار المساواة، والشفة إذا استقصاها[٩] بالقطع يجب القصاص؛ لإمكان اعتبار المساواة، بخلاف ما إذا قطع بعضها؛ لأنه يتعذر اعتبارها[١٠].

فصل[١١]

قال[١٢]: وإذا اصطلح القاتل[١٣]، وأولياء القتيل على مال، سقط القصاص، ووجب المال[١٤]، قليلا كان أو كثيرا[١٥]؛ لقوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه

---

(١٦) أى المشجوج بالخيار.

(١) الشجة.

(٢) الشجة.

(٣) وجه.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "وعن أبى يوسف أنه إلخ" قاضى خان حكى فى شرحه على "الجامع الصغير" رواية أبى يوسف فى الذكر اللسان. (ردّ المحتار)

(٦) أى اللسان أو الذكر.

(٧) قصاص.

(٨) أى أن اللسان أو الذكر.

(٩) استقصاء: تمام كردن ونهايت چيزے رسيدن. (م) أى بلغ أقصاها أى نهايتها.

(١٠) مساواة.

(١١) قوله: "فصل" لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية، وموجبها أتبعه ذلك فى فصل على حدة. (ع)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) عن القصاص. (عناية)

(١٤) المسمى.

(١٥) أزيد على مقدار الدية. (ع)

شيء﴾ الآية، على ما قيل: نزلت الآية في الصلح[١]، وقوله عليه الصلاة والسلام[٢]: «من قتل له قتيل»* الحديث[٣]، والمراد[٤] -والله أعلم- الأخذ بالرضا[٥]، على ما بيناه[٦]، وهو[٧] الصلح بعينه.

ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الإسقاط عفواً، فكذا تعويضاً لاشتماله[٨] على إحسان الأولياء وإحياء القاتل، فيجوز بالتراضى، والقليل والكثير[٩] فيه سواء؛ لأنه ليس فيه نص مقدر، فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره[١٠]، وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلا، فهو حال؛ لأنه مال واجب بالعقد[١١]، والأصل فى أمثاله الحلول[١٢] نحو المهر والثمن، بخلاف الدية[١٣]؛ لأنها ما وجبت[١٤] بالعقد.

---

(١) قوله: "نزلت الآية إلخ" تقدير الآية على قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد رضى الله تعالى عنهم، فمن أعطى له على سهولة، وأريد به ولى القتيل يقال: خذ ما أتاك عفواً، أى سهلا من أخيه أى من جهة أخيه المقتول شيء، أى شيء من المال بطريق الصلح ويكره؛ لأنه مجهول القدر، فإنه مقدر بما تراضيا عليه، فاتباع بالمعروف، أى فله اتباع أى فلو لى القتيل اتباع المصالح بالمعروف أى مطالبته ببدل الصلح على حسن معاملة، وأداء إليه باحسان، أى وعلى المصالح أداء إلى ولى القتيل بإحسان فى الأداء.

وقال جماعة: وهو مروى عن عمرو بن عباس وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم الآية فى عفو بعض الأولياء، ويدل عليه قوله شيء، فإنه يراد به البعض، وتقديره: فمن عفى له وهو القاتل من أخيه فى الدين، وهو المقتول شيء من القصاص، بأن كان للقتيل أولياء، فعفا بعضهم، فقد صار نصيب الباقين مالا، وهو الدية على حصصهم من الميراث، فاتباع أى فاليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف، أى بقدر حقوقهم من غير زيادة، وأداء إليه باحسان أى وليؤد القاتل إلى غير العافى حقه وافياً، غير ناقص، وأريد بالمصدر فى قوله فاتباع وأداء إليه الأمر بهذا الفعل، كما فى قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾. (ك)

(٢) رواه ابو داود والترمذى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٠، والدراية ج٢ص٢٦٩، الحديث١٠١٨. (نعيم)

(٣) قوله: "الحديث" تمامه فأهله بين خيرتين إن شاءوا أقادوا، وإن شاءوا أخذوا الدية، كذا فى "الأسرار". (ك)

(٤) قوله: "والمراد [فى الحديث] والله أعلم إلخ" إنما يحتاج إلى قوله، والمراد لأن ظاهر الحديث يشهد للشافعى فى أحد قوليه لولى القتيل الاختيار بين أن يقتل، وبين أن يأخذ المال بغير رضاه. (مل)

(٥) أى رضى القاتل.

(٦) قوله: "على ما بيناه" من أنه ليس لولى القتيل العدول عن القصاص إلا برضاء القاتل. (كفاية)

(٧) الأخذ بالرضا.

(٨) تعويض.

(٩) من المال.

(١٠) يعنى كالإعتاق على مال.

(١١) بالتراضى.

(١٢) أى الواجب بالعقد.

(١٣) فإنها تكون مؤجلة.

قال[١] : وإن كان القاتل حراً وعبداً، فأمر الحر ومولى العبد رجلا، بأن يصالح عن دمهما[٢] على ألف درهم، ففعل، فالألف على الحر، والمولى نصفان ؛ لأن عقد الصلح أضيف إليهما[٣] .

وإذا عفا أحد الشركاء من الدم، أو صالح من نصيبه على عوض، سقط حق الباقين عن القصاص، وكان لهم نصيبهم من الدية .

وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة، وكذا الدية، خلافًا لمالك والشافعى فى الزوجين[٤] . لهما أن الوراثة خلافة[٥] ، وهى بالنسب دون السبب؛ لانقطاعه بالموت، ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أمر* بتوريث امرأة أشيم الضبابى[٦] من

(١٤) الدية.

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) أى عن دم عليهما.

(٣) قوله: "أضيف [لأن ذلك الرجل سفير محض لاحتياجه إلى الإضافة عليهما] إليهما" لأن الواجب بدل عن القصاص، والقصاص عليهما على السواء، فيقسم البدل عليهما على السواء، كرجلين اشتريا عبداً كان الثمن عليهما على السواء؛ لأن الثمن بدل العبد، وقد ملكاه على السواء، فبدله كذلك.

فإن قيل: يجب أن يكون الألف عليهما على قدر قيمتهما؛ لأنه بالصلح اشترى كل واحد منهما دمه المستحق لولى القتيل، كمن خالع امرأتيه على ألف درهم، يقسم الألف عليهما على قدر قيمة بضعهما، قلنا: الألف بدل دم المقتول، وهما فى إتلافه على السواء، والجامع بدل بضعهما، فيقسم على قيمة بضعهما. (ك)

(٤) قوله: "خلافًا إلخ" هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق فى القصاص والدية جميعًا عندهما، وفى "المبسوط" ولكل وارث فى دم العمد نصيب بميراثه عندنا.

وقال مالك: لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئًا، وكذا فى عامة الكتب التخصيص بالدية، ثم قال فى "المبسوط": وكذلك ثبت حق الزوج والزوجة فى القصاص عندنا.

وعلى قول ابن أبى ليلى: لا يثبت حقهما فى القصاص، والتخصيص يقول ابن أبى ليلى فى الخلاف: يؤذن بأن لا خلاف لمالك فى القصاص، وفى بعض الفوائد: التنصيص على خلاف مالك فى الدية لا ينافى خلافه فى القصاص، بل ينبغى أن يكون له فيه خلاف بالطريق الأولى ؛ لأن الدية مال، والمال مما لا خلاف فيه أن الزوج والزوجة يرثان، فلما لم ير مالك فيه الإرث، فلأن لا يرى فى القصاص لهما بالطريق الأولى. (ك)

(٥) قوله: "لهما أن الوراثة [من المورث، يعنى أن وجوبهما بعد الموت بطريق الخلافة، فيثبت بالنسب دون الزوجية؛ لأنها تنقطع بالسبب]إلخ" هذا يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيئًا، وهو باطل، ولكن يحمل على أن معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة، وهى بالنسب دون السبب؛ لانقطاعه بالموت، والقصاص والدية إنما يجبان بعد الموت. وقلنا: إنه فاسد بالنقل والعقل، أما الأول فحديث امرأة أشيم، وأما الثانى فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق، فيجب أن يكون فى حق الزوجين كذلك، لأن وجوبهما أولا للميت، ثم يثبت للورثة، ولا يقع للميت الإبان يسند الوجوب إلى سببه، وهو الجرح، فكان كسائر الأموال فى ثبوتهما قبل الموت، ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله، دخلت ديته فيها ويقتص منه ديونه. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٢، والدراية ج٢ ص٢٦٩، الحديث١٠١٩. (نعيم)

(٦) بكسر الضاد المعجمة. (ك ضباب: قومى است از عرب. (من)

عقل[١]، زوجها أشيم[٢]، ولأنه[٣] حق يجرى فيه الإرث، حتى إن من قتل وله ابنان، فمات أحدهما عن ابن، كان القصاص بين الصلبى وابن الابن، فيثبت[٤] لسائر الورثة، والزوجية تبقى بعد الموت حكمًا فى حق الإرث، أو يثبت[٥] بعد الموت مستندًا إلى سببه[٦]، وهو الجرح.

وإذا ثبت[٧] للجميع، فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفواً وصلحًا، ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه؛ لأنه لا يتجزأ، بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا[٨] أحد الوليين[٩]؛ لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة؛ لاختلاف القتل والمقتول، وههنا[١٠] واحد لاتحادهما.

وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا؛ لأنه امتنع بمعنًى راجع إلى القاتل[١١]، وليس للعافى شىء من المال؛ لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه، ثم يجب ما يجب من المال فى ثلاث سنين. وقال زفر: يجب[١٢] فى سنتين فيما إذا كان[١٣] بين الشريكين، وعفا أحدهما؛ لأن الواجب نصف الدية[١٤]، فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ. ولنا أن هذا[١٥] بعض بدل الدم[١٦]، وكله[١٧] مؤجل إلى ثلاث سنين، فكذلك

---

(١) دية.

(٢) قال السيد السند ناقلا عن الزهرى: إن قتل أشيم كان خطأ. (قمر الأقمار)

(٣) قصاص ودية.

(٤) القصاص والدية.

(٥) القصاص والدية.

(٦) والزوجية فى تلك الحالة ثابتة.

(٧) أى حق القصاص.

(٨) فللآخر القصاص.

(٩) للمقتولين.

(١٠) أى فيما نحن فيه.

(١١) قوله: "بمعنًى [هو مراعاة الحرمة لبعض نفسه] راجع إلى القاتل" وهو ثبوت العصمة للقاتل بعفو البعض من القصاص، فيجب المال كما فى الخطأ، فإن العجز عن القصاص ثمة لمعنى فى القاتل، وهو كونه خاطئًا. (ك)

(١٢) الثلث فى سنة والسدس فى سنة. (ك)

(١٣) قصاص.

(١٤) قوله: "لأن الواجب نصف الدية" يعنى بالعفو، فيكون فى السنة الأولى الثلث، وفى الثانية السدس، كما إذا قطع يد إنسان خطأ. (عناية)

(١٥) نصف.

(١٦) دية.

بعضه[١]، والواجب[٢] فى اليد[٣] كل بدل[٤] الطرف، وهو[٥] فى سنتين فى الشرع[٦]، ويجب[٧] في ماله[٨]؛ لأنه عمد.

قال[٩]: وإذا قتل جماعة واحدا عمداً[١٠]، اقتص من جميعهم[١١]؛ لقول عمر رضى الله تعالى عنه فيه[١٢]: " لو تمالأ عليه[١٣] أهل صنعاء[١٤] لقتلتهم"، ولأن القتل بطريق التغالب غالب[١٥]، والقصاص مزجرة للسفهاء[١٦]، فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء. وإذا قتل واحد جماعة، فحضر أولياء المقتولين، قتل لجماعتهم، ولا شىء لهم غير ذلك، فإن حضر واحد منهم قتل له، وسقط حق الباقين.

وقال الشافعى رحمه الله: يقتل بالأول منهم[١٧]، ويجب للباقين المال، وإن

---

(١٧) أى كل بدل الدم.

(١) قوله: "فكذلك بعضه" هذا كالألف إذا كانت مؤجلة إلى ثلث سنين، كان كل درهم منها مؤجلا إلى ثلاث سنين. (ك)

(٢) جواب عن اعتبار زفر.

(٣) المقطوعة خطأ.

(٤) لا بعضه، فلا يقاس عليه.

(٥) أى ما هو الواجب فى اليد المقطوعة خطأ.

(٦) قوله: "فى سنتين إلخ" إذا كان الواجب ثلث الدية، أو أقل منه، يجب فى سنة واحدة، وإذا كان أكثر من الثلث إلى تمام الثلثين يجب فى سنتين، وإذا كان أكثر من الثلثين إلى تمام الدية، يجب فى ثلاث سنين. (شرح نقاية)

(٧) أى ما يجب من المال.

(٨) أى فى مال القاتل، لا على عاقلته.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) المسألة فيما إذا جرح كل وحد منهم جرحًا مزهقًا للروح. (ك)

(١١) قوله: "اقتص من جميعهم" والقياس لا يقتضيه؛ لانتفاء المساواة، لكنه ترك بما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا، فقضى عمر رضى الله تعالى عنه بالقصاص عليهم، وقال: "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم"، والتمالؤ: التعاون. (عناية)

(١٢) قوله: "لقول عمر رضى الله تعالى عنه إلخ" روى محمد بن الحسن فى "موطئه"، والشافعى فى "مسنده"، وكلاهما عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل نفرًا خمسة، أو سبعة برجل قتلوه غلية، أى خفية، وقالا: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم. (شرح نقاية)

(١٣) تعاون. (ك)، تمالأ: فراهم آمدن وانبوهى كردن، يقال: تمالأ عليه. (من)

(١٤) من اليمن.

(١٥) قوله: "ولأن القتل بطريق التغالب غالب" فإن القتل بغير حق لا يتحقق غالبًا إلا باجتماع؛ لأن الواحد يقادم الواحد، وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة، فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الإحياء، فإنه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله، ويقتل لعلمه أن لا قصاص، فيؤدى إلى سد باب القصاص. (عناية)

(١٦) زجره زجراً: باز داشتن او را. (من)

اجتمعوا ولم يعرف الأول، قتل لهم وقسمت الديات بينهم، وقيل: يقرع بينهم، فيقتل لمن خرجت قرعته.

له[١] أن الموجود من الواحد قتلات، والذى تحقق فى حقه قتل واحد، فلا تماثل، وهو القياس فى الفصل الأول[٢]، إلا أنه عرف بالشرع[٣].

ولنا أن كل واحد منهم[٤] قاتل[٥] بوصف الكمال، فجاء التماثل أصله[٦] الفصل الأول، إذ لو لم يكن كذلك[٧] لما وجب القصاص، ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح[٨]؛ للإزهاق، فيضاف[٩] إلى كل واحد منهم، إذ هو لا يتجزأ؛ ولأن القصاص شرع[١٠] مع المنافى[١١]؛ لتحقيق الإحياء، وقد حصل بقتله[١٢]، فاكتفى به[١٣].

قال[١٤]: ومن وجب عليه القصاص إذا مات، سقط القصاص[١٥]؛ لفوات

---

(١٧) قوله: "يقتل بالأول منهم" يعنى أن قتلهم على التعاقب، وأن قتلهم جملة، أو جهل الأول قتل لهم، وقسم الديات بينهم، أو يقرع. (عناية)

(١) شافعى.

(٢) هو ما إذا قتل جماعة واحداً. (ع)

(٣) يريد قضية عمر رضى الله تعالى عنه. (ع)

(٤) من أولياء القتيل. (ك)

(٥) أى قصاصاً. (ك)

(٦) قوله: "أصله" أى أصل ثبوت التماثل الفصل الأول، وهو ما إذا قتل جماعة واحداً، فالجماعة يقتلون بالواحد إجماعاً، يعنى أن الجماعة إذا قتلوا واحداً اعتبر كل واحد منهم قاتلا على الكمال، ولو لا هذا لما وجب القصاص، فكذا إذا وقع القتل جزاء، جعل كل واحد منهم مستوفياً حقه على الكمال. (ك)

(٧) قوله: "إذ لو لم يكن كذلك" أى لو لم يكن بين الجمع والواحد مماثلة لما جاز ذلك، وإذا كانت الجماعة مثل الواحد كان العكس كذلك؛ لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون من الجانبين. (ع)

(٨) قوله: "وجد من كل واحد منهم جرح" أى من كل واحد من الأولياء، وذلك؛ لأنهم لما حضروا وقضى القاضى، إما أن يستوفوا بأنفسهم جميعاً، أو يوكل بعضهم بعضاً فى حقه، أو يوكلوا غيرهم، فيكون فعل الوكيل كفعل الموكل، فيكون الجرح الصالح للانزهاق موجوداً من كل واحد. (ك)

(٩) الانزهاق، بحيث إنه لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بوصف الكمال. (عناية)

(١٠) لقوله عليه السلام: «الآدمى بنيان الرب ملعون من هدمها». (ع)

(١١) وهو الحرمة.

(١٢) القاتل.

(١٣) ولا شىء لهم غير ذلك. (عناية)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) ولا يجب للولى شىء من التركة. (جامع الرموز)

محل الاستيفاء، فأشبه موت العبد الجانى، ويتأتى فيه خلاف الشافعى؛ إذ الواجب أحدهما عنده[١].

قال[٢]: وإذا قطع رجلان يد رجل واحد، فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية.

وقال الشافعى: يقطع يداهما، والمفروض[٣] إذا أخذا سكّينًا، وأمراه على يده حتى انقطعت[٤]، له الاعتبار بالأنفس[٥]، والأيدى تابعة لها[٦]، فأخذت حكمها، أو يجمع بينهما بجامع الزجر[٧].

ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد[٨]؛ لأن الانقطاع حصل باعتماديهما[٩]، والمحل متجزّئ[١٠]، فيضاف إلى كل واحد منهما البعض، فلا مماثلة بخلاف النفس؛ لأن الانزهاق لا يتجزأ، ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار

(١) أى القصاص، أو الدية.

(٢) أى القدورى (عينى)

(٣) قوله: "والمفروض [أى محل فرض المسألة]" أى صورة المسألة المختلف فيها بيننا وبين الشافعى فيما إذا أخذا سكّينًا واحدًا، ووضعاه في جانب واحد من يده، وأمراه على مفصل يده حتى أبانا يده، أما لو وضع أحدهما السكّين من جانب، والآخر من جانب آخر، وأمرا حتى التقى السكّينان، لا يجب القصاص عنده أيضاً؛ لأن كلا منهما لم يقطع إلا بعض يده، فلا يقطع به كل يده. وهذا بخلاف النفس، فإنه إذا وضع أحدهما السكّين على حلقه، والآخر على قفاه، وأمرا حتى التقى السكّينان يجب القصاص عليهما؛ لأن القتل إزهاق للحياة، وهو لا يحتمل الوصف بالتجزئ، فيضاف إلى كل واحد منهما كملا. (ك)

(٤) اليد.

(٥) قوله: "الاعتبار بالأنفس" أى اعتبارًا بالأنفس، إما لكونها تابعة لها أوأن يجمع بينهما بجامع الزجر. (ع)

(٦) فإن الأطراف تابعة للنفوس.

(٧) أى بين الأيدى والأنفس.

(٨) قوله: "قاطع بعض اليد" لأن القطع هو الفصل بين المتصلين، ونحن نتيقن أن الفصل ههنا بقوة كل واحد منهما، وأن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر، ولا معتبر بإمرار كل واحد منهما السكين على جميع العضو؛ لأن إمرار السكين من غير قطع به وجوده كعدمه، فيكون كل واحد منهما قاطعًا بعض اليد، فلا يقطع جميع يده بقطعه بعض اليد لاشتراط التماثل، والقياس فى النفس هكذا، وإنما تركناه بالأثر والإجماع. وهذا ليس فى معناها، حتى يلحق بها؛ لأن الفعل فى النفس لا يوصف بالتجزى؛ لأنه تصرف فى الروح، ولا يتصور انزهاق بعضه دون البعض، فأضيف إلى كل واحد كملا ضرورة عدم التجزئ، أما الفعل فى الطرف فيوصف بالتجزئ، ألا ترى أنه يتحقق أن يقطع بعض اليد ويترك ما بقى، فيجعل كل واحد منهما قاطعًا للبعض. (ك)

(٩) وثقلهما.

(١٠) قوله: "والمحل [اليد] متجزّئ" فإن قطع بعض وترك بعض متصور، فلا يمكن أن يجعل كل واحد قاتلا كملا. (عناية)

الغوث[١]، والاجتماع على قطع اليد من المفصل فى حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة[٢]، فيلحقه الغوث[٣].

قال: وعليهما نصف الدية؛ لأنه دية اليد الواحدة، وهما قطعاها، وإن قطع واحد يمينى رجلين[٤] فحضرا، فلهما أن يقطعا يده[٥]، ويأخذا منه نصف الدية، يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معًا، أو على التعاقب.

وقال الشافعى: فى التعاقب يقطع بالأول[٦]، وفى القران يقرع؛ لان اليد[٧] استحقها الأول، فلا يثبت الاستحقاق فيها[٨] للثانى كالرهن بعد الرهن[٩]، وفى القران اليد الواحدة لا تفى بالحقين، فترجح بالقرعة.

ولنا أنهما استويا فى سبب الاستحقاق[١٠]، فيستويان فى حكمه[١١] كالغريمين فى التركة[١٢]، والقصاص ملك الفعل[١٣] يثبت مع المنافى[١٤]، فلا يظهر إلا فى حق

---

(١) فرياد رس، والغوث فيه نادر لسرعة وقوعه.

(٢) كشد اليد وإمرار السكين.

(٣) فلا نفع فى الاجتماع.

(٤) قوله: "وإن قطع واحد يمينى رجلين" قيد بذلك؛ لأنه لو قطع يمين أحدهما ويسار الآخر، قطعت يداه، ولا يقال: ينتفى المماثلة حينئذ؛ لأنه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة، وهما فوتاه عليه؛ لأن المعتبر فى حق كل واحد ما استوفاه، وليس فى ذلك تفويت جنس المنفعة، ولا زيادة على حقه. (ع)

(٥) اليمنى.

(٦) يد القاطع، والثانى يأخذ الدية.

(٧) أى يد القاطع.

(٨) أى استحقاق القطع.

(٩) قوله: "كالرهن بعد الرهن" رهن شيئًا من إنسان، وسلمه إليه، ثم رهنه من آخر لم يصح الثانى. (ك)

(١٠) قوله: "ولنا أنهما استويا فى سبب [قطع] الاستحقاق" وهو القطع المحسوس، وكونه مشغولا بحق الأول لا يمنع تقرر السبب فى حق الثانى، فلا يمنع ثبوت حكمه، ألا ترى أن ملك المولى فى عبده لا يمنع وجوب القصاص عليه، إذا تقرر سببه، والحق دون الملك. (ك)

(١١) سبب.

(١٢) فإنهما متساويان.

(١٣) قوله: "والقصاص [جواب عن قوله لأن اليد استحقها الأول] ملك الفعل إلخ" يعنى أن القصاص عبارة عن إطلاق الفعل والإطلاق فى الفعل، لا يقتضى حقًا فى المحل، كما فى الاصطياد والاحتشاش، فإن الفعل مملوك، والمحل خلو عنه، فلا يمنع ثبوت الثانى، بخلاف الرهن؛ لأنه لثبوت يد الاستيفاء حكمًا، فإذا ثبت للأول استحال ثبوته للثانى، كما فى الاستيفاء الحقيقى. (ك)

الاستيفاء، أما المحل فخِلو[١] عنه، فلا يمنع ثبوت الثانى بخلاف الرهن؛ لأن الحق ثابت فى المحل[٢]، وصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب، فتستحق رقبته لهما[٣].

وإن حضر واحد منهما، فقطع يده، فللآخر عليه نصف الدية؛ لأن للحاضر أن يستوفى؛ لثبوت حقه[٤]، وتردد حق الغائب وإذا استوفى[٥] لم يبق محل الاستيفاء، فيتعين حق الآخر فى الدية؛ لأنه أوفى به حقًا مستحقًا[٦].

قال[٧]: وإذا أقر العبد بقتل العمد[٨] لزمه القود، وقال زفر: لا يصح إقراره؛ لأنه يلاقى حق المولى بالابطال، فصار كما[٩] إذا أقر[١٠] بالمال.

ولنا أنه غير متهم فيه؛ لأنه مضر به[١١]، فيقبل، ولأن العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية، حتى لا يصح[١٢] إقرار المولى عليه بالحدود

---

(١٤) وهو حرمة النفس.

(١) بالكسر: خالى. (م)

(٢) أى حق الاستيفاء للمرتهن.

(٣) أى للمقطوعين يداهما.

(٤) قوله: "لثبوت حقه وتردد حق إلخ" يعنى أن حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الآخر، له فى الاستيفاء موهومة، عسى أن يعفو أو لا يحضر، فلا يؤخر المعلوم للموهوم كأحد الشفيعين إذا ادعى الشفعة، والآخر غائب يقضى بالجميع له لذلك. (عناية)

(٥) الحاضر.

(٦) قوله: "لأنه [جانى] أوفى به إلخ" يعنى أنه قضى بجميع طرفه حقًا مستحقًا عليه، فيقضى للآخر بالأرش، بخلاف النفس، فإن هناك لو استوفى أحدهما القصاص ثم حضر الآخر، لا يقضى له بشيء، لأن حقه فى الاستيفاء فات بغيبته، فإنهما إذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفيًا على الكمال، فلا يجب معه الدية، وليس فى الطرف الواحد وفاء بحقهما، فإنما تعذر على الثانى الاستيفاء بقضاءه بطرفه حقًا مستحقًا عليه. (ك)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "بقتل العمد" إنما قيد بالعمد؛ لأنه لو أقر بالخطأ لا يجوز سواء كان مأذونًا أو محجورًا، أما المحجور فظاهر، وأما المأذون فلأنه ليس من التجارة. (عناية)

(٩) فلا يصح.

(١٠) العبد.

(١١) فإن المستحق بالقصاص دمه. (ك)

(١٢) قوله: "حتى لا يصح إقرار إلخ" توضيح لبقاءه على الحرية، وكل ما لا يصح إقرار المولى عليه على العبد فيه بمنزلة الحر، ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالإيقاع، وإذا أقر بسبب يوجب الحد يؤخذ فيه. (ع)

والقصاص، وبطلان حق المولي[١] بطريق الضمن، فلا يبالي به.

ومن رمى رجلا عمدًا، فنفذ السهم منه إلى آخر، فماتا، فعليه القصاص للأول، والدية للثاني على عاقلته؛ لأن الأول عمد، والثاني أحد نوعى الخطأ، كأنه رمى إلى صيد[٢]، فأصاب آدميًا، والفعل يتعدد بتعدد الأثر[٣].

فصل[٤]

ومن قطع يد رجل خطأ[٥]، ثم قتله عمدًا قبل أن تبرأ يده، أو قطع يده عمدًا، ثم قتله خطأ[٦]، أو قطع يده خطأ، فبرأت يده، ثم قتله خطأ، أو قطع يده عمدًا، فبرأت ثم قتله عمدًا، فإنه يؤخذ بالأمرين جميعًا، والأصل فيه[٧] أن الجمع بين الجراحات واجب[٨] ما أمكن تتميمًا للأول؛ لأن القتل فى الأعم[٩] يقع بضربات متعاقبة.

---

(١) جواب عن قول زفر.

(٢) يظن صيدًا.

(٣) قوله: "والفعل يتعدد بتعدد الأثر" لأن الرمى الواحد جاز أن يتعدد بتعدد آثاره، فإن الإنسان إذا أرسل سهمًا يسمي رميًا، وإذا مزق جلد حيوان ولم يمت يسمي جرحًا، وإذا أصاب ومات يسمي قتلا، وإذا أصاب كوزًا، وفرق تركيبه، يسمي كسرًا، وإذا نفذ السهم إلى غير المرمى إليه، صار بمنزلة فعل آخر، وهو فيه مخطئ، فيجب الدية. (ك)

(٤) قوله: "فصل" ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد فى فصل على حدة اعتبارًا للتناسب. ع)

(٥) قوله: "ومن قطع يد رجل إلخ" اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أولا، فإن تخلل بينهما برء، يعتبر كل فعل، ويؤخذ بموجب الفعلين؛ لأن موجب الأول قد تقرر بالبرء، فلا يدخل أحدهما فى الآخر، حتى لو كانا عمدين، فللولى القطع والقتل، وإن كانا خطأين يجب دية ونصف دية، وإن كان أحدهما عمدًا والآخر خطأ، فإن كان القطع عمدًا، والقتل خطأ، يجب فى اليد القود، وفى النفس الدية، وإن كان القطع خطأ والقتل عمدًا، يجب فى اليد نصف الدية، وفى النفس القود.

وإن لم يتخلل بينهما برء، فإن كان أحدهما عمدًا والآخر خطأ، يعتبر كل فعل على حدة، فيجب فى الخطأ الدية، وفى العمد القود، وإن كانا خطأين، يعتبر الكل جناية واحدة اتفاقًا، فيجب دية واحدة اتفاقًا، وإن كانا عمدين، فعند أبى يوسف ومحمد يقتل، ولا تقطع.

وعند أبى حنيفة للولى الخيار إن شاء قطع وقتل، وإن شاء قتل ولا يعتبر اتحاد المجلس، وهو الظاهر، وروى عن نضر بن سلام أنه كان يقول: الخلاف فيما إذا قطع يده فى مجلس وقتله فى مجلس آخر، أما إذا وجدا فى مجلس واحد، يقتل ولا تقطع يده عندهم، ويجعل الجنايتان بسبب اتحاد المجلس جناية واحدة. (كفاية)

(٦) بعد البرء، أو قبله.

(٧) أى القاعدة الكلية.

(٨) يعنى الاكتفاء بموجب أحد الجراحات. (عناية)

(٩) أى فى غالب الأوقات. (عناية)

وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج[١]، إلا أن لا يمكن الجمع، فيعطى كل واحد حكم نفسه، وقد تعذر الجمع فى هذه الفصول فى الأولين لاختلاف حكم الفعلين، وفى الآخرين لتخلل البرء، وهو قاطع للسراية[٢]، حتى لو لم يتخلل[٣]، وقد تجانسا[٤] بأن كانا خطأين، يجمع بالإجماع لإمكان الجمع[٥]، واكتفى بدية واحدة. وإن كان قطع يده عمداً، ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده، فإن شاء الإمام قال: اقطعوه[٦]، ثم اقتلوه، وإن شاء قال: اقتلوه، وهذا عند أبى حنيفة.

وقالا: يقتل، ولا تقطع يده؛ لأن الجمع ممكن؛ لتجانس الفعلين[٧] وعدم تخلل البرء، فيجمع بينهما. وله أن الجمع متعذر، أما للاختلاف بين الفعلين هذين[٨]؛ لأن الموجب القود[٩]، وهو يعتمد المساواة فى الفعل، وذلك بأن يكون القتل بالقتل، والقطع بالقطع، وهو متعذر[١٠]، أو لأن الحز[١١] يقطع إضافة السراية إلى القطع[١٢] حتى لو صدر[١٣] من شخصين يجب القود على الحاز[١٤]، فصار

---

(١) قوله: "بعض الحرج" فيجعل الثانى متمّمًا للأول، ويجعل الكل واحداً، إلا أن لا يمكن الجمع إما باختلاف الفعلين وصفا أو موجباً أو تخلل البرء، فحينئذٍ يعطى كل واحد منهما حكم نفسه. (ع)

(٢) قوله: "وهو قاطع للسراية" فلا جمع أصلا؛ لأن الفعل الأول قد انتهى، فيكون القتل بعده ابتداء، فلا بد من اعتبار كل واحد منهما. (عناية)

(٣) البرء.

(٤) فعلان.

(٥) قوله: "لإمكان الجمع" بانتفاع المانع، وهو تخلل البر والاختلاف. (عناية)

(٦) قوله: "فإن شاء الإمام إلخ" قال شمس الأئمة السرخسى: يشير إلى أن الخيار للإمام عند أبى حنيفة، وليس كذلك، بل الخيار للمولى، فعلى هذا يكون قوله: فإن شاء الإمام معناه بين لهم، أن لهم الخيار.(ع)

(٧) فإنهما عمدان.

(٨) إذ الطرف يسلك به مسلك الأموال، بخلاف النفس (ك) فإن أحدهما قتل والآخر قطع.

(٩) أى للقطع عمداً، أو القتل عمداً.

(١٠) قوله: "وهو متعذر [أى حصول المساواة متعذر فى الجمع لخلو القطع، إذ ذاك عن الجزاء. مل]" زيرا چه در تداخل كشته مى شود، وقطع يد خالى مى ماند از جزاء. (ترجمه)

(١١) قوله: أو لأن الحز" أى حزّ الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء، حتى لو صدرا من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص، فكذا إذا كانا من شخص واحد، فيقطع الأولياء يده، ثم يقتلونه إن شاءوا، وإن شاءوا قتلوه من غير قطع؛ لأن القصاص يعتمد المساواة فى الفعل، وذلك بأن يكون القتل بالقتل، والقطع بالقطع، واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقةً وحكمًا، ولأن المماثلة صورة ومعنى يكون لاستيفاءهما، وبالاكتفاء بالقتل لم يوجد المماثلة إلا معنى، فلا يصار إليه مع القدرة على المماثلة صورة، فيخير الولى. (زيلعى)

(١٢) قوله: "يقطع إضافة السراية إلخ" لأن المحل يفوت به، ولا يتصور السراية بعد فوت المحل، حتى لو

كتخلل البرء[١]، بخلاف ما إذا قطع[٢] وسرى؛ لأن الفعل واحد.

وبخلاف[٣] ما إذا كانا[٤] خطأين؛ لأن الموجب[٥] الدية، وهى بدل النفس من غير اعتبار المساواة[٦]، ولأن أرش اليد[٧] إنما يجب عند استحكام أثر الفعل[٨]، وذلك بالحز[٩] القاطع للسراية، فيجتمع ضمان الكل، وضمان الجزء فى حالة واحدة، ولا يجتمعان، أما القطع والقتل قصاصًا يجتمعان[١٠].

قال[١١]: ومن ضرب[١٢] رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين[١٣]، ومات من

صدر القطع والحز من شخصين، يجب القود على الحاز دون القاطع، ولو لم يكن الحز قاطعًا لسراية القطع، لوجب القود عليهما، فصار كتخلل البرءة. (كفاية)

(١٣) أى القطع والقتل عمدين.

(١٤) ولو كان يعتبر لسراية الطع لما يجب القود على الحاز.

(١) قوله: "فصار إلخ" أى إذا انقطع إضافة السراية إليه صار كتخلل البرء، ولا جمع فيه بالاتفاق. (ع)

(٢) حيث يكتفى بالقتل.

(٣) حيث يجمع إجماعًا.

(٤) قطع وقتل.

(٥) للخطأ.

(٦) قوله: "من غير اعتبار المساواة" بدليل أن عشرة لو قتلوا رجلا خطأ، يجب عليهم دية واحدة، وإن تعدد الفعل لاتحاد المحل، وإن قتلوارجلا عمدًا قتلواجميعًا به؛ لأن القصاص جزاء الفعل، فيتعدد بتعدد الفعل. (ك)

(٧) قوله: "ولأن أرش إلخ" أرش الجناية لا يتقرر إلا عند تقرر حالها بالبرء، وههنا إنما يتقرر حال القطع بالحز؛ لأنه قاطع بالسراية، وعند الحز لو وجب دية العبد يجتمع ضمان الكل والجزء فى حالة واحدة، ولا يجتمعان إجماعًا فى حالة واحدة. (ك)

(٨) قوله: "إنما يجب إلخ" وتقريره: أن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل، يعنى القطع بانقطاع توهم السراية، وذلك إنما يكون بالحز القاطع للسراية، فأرش اليد إنما يجب بالحز القاطع للسراية، وبه يجب ضمان الكل، فيجتمع ضمان الكل، وضمان الجزء فى حالة واحدة، وهى حالة الحز، وفى ذلك تكرار دية اليد؛ لأن ضمان الكل يشملها، والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان. (عناية)

(٩) أى فيما نحن فيه.

(١٠) قوله: "أما القطع [أى فى العمدين] والقتل إلخ" يعنى فإن قيل: قصاص اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل، وذلك بالحز القاطع، فيجتمع قصاص الكل والجزء فى حالة واحدة، فلا يجتمعان، قلنا: بل يجتمعان لأن مبنى القصاص المساواة، وهى إنما تتحق باجتماعهما. (عناية)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) بغير حق.

(١٣) قوله: "فبرأ من إلخ" معناه ضربه تسعين فى موضع، وعشرة فى موضع آخر، فبرأ موضع التسعين، وسرى العشرة. (ك)

عشرة، ففيه دية واحدة[١]، لأنه لما برئ منها[٢] لا تبقى معتبرة في حق الأرش، وإن[٣] بقيت معتبرة في حق التعزير، فبقي الاعتبار للعشرة، وكذلك كل جراحة اندملت[٤]، ولم يبقَ لها أثر على أصل أبي حنيفة.

وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل[٥]، وعن محمد أنه تجب أجرة الطبيب.

وإن ضرب رجلا مائة سوط[٦]، وجرحته، وبقي له أثر تجب حكومة العدل[٧]؛ لبقاء الأثر والأرش[٨] إنما يجب باعتبار الأثر في النفس.

قال[٩]: ومن قطع[١٠] يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك[١١]، فعلى القاطع الدية في ماله، وإن عفا عن القطع[١٢]، وما يحدث منه، ثم مات من ذلك، فهو عفو عن النفس، ثم إن كان[١٣] خطأ، فهو[١٤] من الثلث، وإن كان[١٥] عمدًا، فهو من جميع المال، وهذا عند أبي حنيفة[١٦].

---

(١) قوله: "ففيه دية واحدة" قالوا: هذا إذا برأ من تسعين، ولم يبقَ لها أثر أصلا، فإن بقي لها أثر، ينبغي أن يجب عليه حكومة العدل للأسواط، ودية للقتل. (ك)

(٢) تسعين.

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "وكذلك كل جراحة إلخ" يعني مثل إن كانت شجة، فالتحمت ونبت الشعر، فإنها لا تبقى معتبرة لا في حق الأرش ولا في حق حكومة عدل، وإنما تبقى في حق التعزير. (ع)

(٥) قوله: "حكومة عدل" تفسير حكومة العدل أنه لو كان عبدًا مجروحًا يقوم كم قيمته، وبدون الجراحة كم قيمته، فيضمن التفاوت الذي بينهما في الحر من الدية، وفي العبد من القيمة. (ك)

(٦) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

(٧) قوله: "تجب حكومة العدل دون الأرش" لأن حكومة العدل إنما تكون لبقاء الأثر، وهو موجود، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس، بأن لم يبرأ، وليس بموجود، وهذا يشير إلى أنه إن لم يكن يجرح في الابتداء، لا يجب شيء بالاتفاق، وإن جرح واندمل، ولم يبقَ لها أثر، فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة، لأنه لم يكن إلا مجرد الألم، وهو لا يوجب شيئًا، كما لو ضرب ضربًا مؤلمًا. (ع)

(٨) جواب سوال.

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) عمدًا أو خطأ.

(١١) قطع.

(١٢) المقطوعة يده.

(١٣) قطع.

(١٤) عفو.

وقالا: إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضًا، وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة[١]، ثم سرى إلى النفس ومات.

لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه[٢]، وموجبه القطع لو اقتصر، والقتل إذا سرى فكان العفو عنه عفوًا عن أحد موجبيه أيهما كان، ولأن اسم القطع يتناول السارى[٣]، والمقتصر، فيكون العفو عن القطع عفوًا عن نوعيه[٤]، وصار كما إذا عفا عن الجناية، فإنه يتناول الجناية السارية، والمقتصرة كذا هذا.

وله أن سبب الضمان قد تحقق[٥]، وهو قتل نفس معصومة متقومة، والعفو لم يتناوله[٦] بصريحه؛ لأنه عفا عن القطع، وهو غير القتل، وبالسراية تبين أن الواقع قتل، وحقه فيه[٧]، ونحن نوجب ضمانه، وكان ينبغى أن يجب القصاص، وهو القصاص؛ لأنه[٨] هو الموجب للعمد، إلا أن فى الاستحسان تجب الدية؛ لأن صورة العفو أورثت شبهة، وهى[٩] دارئة للقود.

---

(١٥) قطع.

(١٦) قوله: "وهذا [التفصيل]عند أبى حنيفة" اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو مما يحدث منه عند أبى حنيفة، خلافًا لهما. (ع)

(١) فهو عفو عن الشجة لا عن النفس عنده، وأما عندهما هو عفو عن النفس أيضًا.

(٢) قوله: "عفو [لأن الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه. ع]عن موجبه" لأن نفس الفعل لا يحتمل العفو؛ لأنه عرض كما وجد يتلاشى: فيكون المراد موجبه، وموجبه نوعان، القطع إذا اقتصر، والقتل إذا سرى، فيكون عفوًا عنهما، كما لو قال: أبرأتك عن الغصب يكون ذلك إبراء عن الضمان الواجب، وهو رد العين عند قيامه، ورد القيمة بعد هلاكه، وكذلك المشترى إذا أبرأ البائع عن العيب يكون إبراء عن موجبه، وهو الرد عند الإمكان والرجوع بالنقصان عند التعذر. (ك)

(٣) قوله: "يتناول السارى والمقتصر" ألا ترى أن الإذن بالقطع إذن به، وبما يحدث منه، حتى إن من قال لآخر: اقطع يدى فقطعها، ثم سرى إلى النفس لم يضمن، فإذا جعل الإذن بالقطع إذنا له، وبما يحدث منه، فكذا العفو عن القطع؛ لأن العفو فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء. (ك)

(٤) السارى والمقتصر.

(٥) والمانع منتف.

(٦) كما لو قال: لا قطع لى قبل فلان، فإنه لا يوجب البراءة عن النفس. (ك)

(٧) قوله: "وحقه فيه [قتل]" فما هو حقه لم يعفُ عنه، وما عفى عنه، فليس بحقه، فلا يكون معتبرًا، ألا ترى أن الولى لو قال بعد السراية: عفوتك عن اليد، لم يكن عفوًا، أو قال المجنى عليه: عفوتك عن القتل، واقتصر القطع لم يكن عفوًا، فكذا إذا عفا عن اليد، ثم سرى، وإذا لم يكن العفو معتبرًا أوجب الضمان. (ع)

(٨) قصاص.

(٩) شبهة.

ولا نسلم[١] أن السارى نوع من القطع، وأن السراية صفة له، بل السارى[٢] قتل من الابتداء[٣]، وكذا لا موجب له[٤] من حيث[٥] كونه قطعًا، فلا يتناوله العفو، بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس[٦]، وبخلاف العفو[٧] عن الشجة وما يحدث منها؛ لأنه صريح فى العفو عن السراية والقتل.

ولو كان القطع خطأ، فقد أجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقًا[٨] وخلافًا، آذن[٩] بذلك إطلاقه[١٠]، إلا أنه إن كان[١١] خطأ، فهو من الثلث، وإن كان عمدًا، فهو من جميع المال[١٢]؛ لأن موجب العمد القود، ولم يتعلق به حق الورثة[١٣]؛ لما أنه ليس بمال[١٤]، فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه[١٥]، أما الخطأ

(١) قوله: "ولا نسلم إلخ" جواب عن قولهما: فيكون العفو عفواً عن نوعيه، وفيه نظر؛ لأنه منع كون السراية صفة له، ويقال: سرى القطع، وقطع سار، فكيف يصح منه منع ذلك. والجواب أن المراد صفة منوعة، وهى ليست كذلك، بل هى مخرجة عن حقيقتها، كما يقال: عصير مسكر. (عناية)

(٢) إضراب عن قوله: نوع من القطع. (ع)

(٣) قوله: "قتل من الابتداء" وذلك لأن القتل فعل مزهق للروح، ولما انزهق الروح، عرفنا أنه كان قتلا. (ع)

(٤) قوله: "وكذا لا موجب له إلخ" جواب عن قوله: والقتل إذا سرى، يريد أن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعًا؛ لأنه إذا سرى ومات، تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا، إنما الثابت موجب القتل، وهو الدية، فكان العفو المضاف إلى القطع مضافًا إلى غير محله، فلا يصح، وإذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفواً عن القتل، وهو معنى قوله: فلا يتناوله العفو. (عناية)

(٥) بل له موجب من حيث الاقتصار، أو من حيث السراية.

(٦) فيتناول السارية والمقتصرة.

(٧) فإنه يصح.

(٨) قوله: "وفاقًا" أى إذا قال: عفوت عن الجناية، أو عن القطع، وما يحدث منه، وخلافًا إذا قال: عفوت عن القطع. (ك)

(٩) أعلم.

(١٠) قوله: "إطلاقه" أى إطلاق لفظ "الجامع الصغير"، وهو قوله ومن قطع يد رجل، فعفا المقطوعة يده إلخ، غير متعرض للعمد والخطأ، ومنع الإطلاق بأن قوله: فعلى القاطع الدية فى ماله يدل على أنه فى العمد؛ لأن الدية فى الخطأ على العاقلة، وأجيب بأن الوضع مطلق لا محالة، والجواب إنما هو لأحد نوعيه، وتقديره: فعلى القاتل الدية فى ماله إن كان القطع عمداً. (ع)

(١١) قطع.

(١٢) قوله: "فهو من جميع المال" أى يسقطه القصاص من جميع المال فى العمد حتى لو كانت الدية زائدة على الثلث لا ينقلب شىء من القصاص مالاً؛ لأن المنحصر فى الثلث التبرع بالمال، والقصاص ليس بمال. (ك)

(١٣) قوله: "ولم يتعلق به [قبيل الموت] إلخ" لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل، والقياس فى المال أيضاً أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث، لكن ثبت

فموجبه المال، وحق الورثة يتعلق به، فيعتبر من الثلث[(١)].

قال[(٢)]: وإذا قطعت المرأة يد رجل، فتزوجها على يده[(٣)]، ثم مات[(٤)]، فلها مهر مثلها، وعلى عاقلتها الدية إن كان[(٥)] خطأ، وإن كان عمدًا، ففي مالها، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوًا عما يحدث منه[(٦)] عنده[(٧)]، فالتزوج على اليد لا يكون تزوجًا على ما يحدث منه.

ثم القطع إذا كان عمدًا يكون هذا تزوجًا على القصاص في الطرف[(٨)]، وهو ليس بمال[(٩)]، فلا يصلح مهرًا لا سيما على تقدير السقوط[(١٠)]، فيجب مهر المثل،

ذلك شرعًا؛ لقوله عليه السلام: «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»، وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى، وهو المال، فلو لم يتعلق به لتصرف فيه، ويتركهم عالة يتكففون الناس، والقصاص ليس بمال، فلا يتعلق به لكنه موروث لأن الإرث خلافة. (ع)

(١٤) قوله: "لما أنه ليس بمال" لأنه ليس إلا بمجرد انتقام، وتشفي صدور، فلا يتعلق حقهم به. (ك)

(١٥) قوله: "كما إذا أوصى [أي تبرع. ع] بإعارة أرضه [كان ذلك من جميع المال؛ لأن المنافع ليست بأموال. ع]" كما إذا أوصى بإعارة أرضه، أي كما لو أعار أرضه في مرض موته، وانتفع بها المستعير، ثم مات المعير كان ذلك من كل المال، ولا يصح إرادة حقيقة الوصية بإعارة أرضه؛ لأن الرواية محفوظة أنه إذا أوصى بإعارة أرضه، ولم يخرج من الثلث، فالحكم فيها التهايؤ، يسكن الموصى له يومًا، والورثة يومين، وإن كان قابلا للقسمة يقسم ويسكن الموصى له في الثلث والورثة في الثلثين. (ك)

(١) قوله: "فيعتبر من الثلث" فإن قيل: القاتل واحد من العاقلة، فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا، حتى صح في نصيب القاتل أيضًا مع أن الوصية لا تصح للقاتل، قلنا: إنما جوز ذلك؛ لأن المجروح لم يقل أو صيت لك بثلث الدية، وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعًا مبتدأ، وذلك جائز للقاتل، ألا ترى أنه لو وهب له شيئًا، وسلم جاز، وقال بعضهم: لا يسقط قدر نصيب القاتل. (ك)

(٢) أي محمد. (عيني)

(٣) أي على موجب يده. (ك)

(٤) قوله: "ثم مات" قيد بالموت في وجوب مهر المثل؛ لأنه لو لم يمت، فتزوجها على اليد، صحت التسمية، ويصير أرش ذلك، وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالإجماع، سواء كان القطع عمدًا أو خطأ، تزوجها على القطع أو على القطع، وما يحدث عنه، أو على الجناية؛ لأنه لما برأ، تبين أن موجبها الأرش دون القصاص؛ لأن القصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة، والأرش يصلح صداقًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان والمحبوبي. (ك)

(٥) قطع.

(٦) عن موجب قطع اليد.

(٧) إمام.

(٨) قوله: "يكون هذا [تزوج] تزوجًا إلخ" فإن قيل: القصاص لايجري في الطرف بين الرجل والمرأة، فكيف يكون تزوجا على القصاص في الطرف، قلنا: القصاص هو الواجب الأصلي نظرًا إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ إلا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع، وهو التفاوت بين طرفيها. (ك)

وعليها الدية في مالها؛ لأن التزوج وإن[١] كان يتضمن العفو على ما نبين[٢] إن شاء الله تعالى، لكن عن القصاص[٣] في الطرف في هذه الصورة[٤]، وإذا سرى[٥] تبين أنه قتل النفس[٦]، ولم يتناوله العفو، فتجب الدية، وتجب في مالها؛ لأنه عمد[٧]، والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه[٨].

وإذا وجب لها مهر المثل، وعليها الدية، تقع المقاصة[٩] إن كانا على السواء، وإن كان في الدية فضل، ترده[١٠] على الورثة[١١]، وإن كان[١٢] في المهر فضل ترده الورثة عليها[١٣]، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا[١٤] تزوجًا على أرش اليد، وإذا سرى[١٥] إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد، وأن المسمى معدوم، فيجب مهر المثل كما

---

(٩) قوله: "وهو ليس بمال إلخ" فإن قيل: القصاص متقوم في حق من عليه، ولهذا لو صالح القاتل في مرض موته يصح من جميع المال، فيصلح مهرًا كالمنافع، فإنها غير متقومة في ذاتها، ولكنها لما تقومت عند ورود العقد عليها، صلحت مهرا، قلنا: القصاص ليس بمتقوم في حق من له، والمهر لا بد أن يتقوم في حق الرجل على الإطلاق، قال الله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ (كفاية)

(١٠) قوله: "لا سيما على تقدير السقوط [أي سقوط القصاص]" فإنه إن لم يصلح مهرًا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بالطريق الأولى، والقصاص يسقط ههنا، إما بقبولها التزوج؛ لأن سقوطه متعلق بالقبول، فلما قبلت سقط، وأما باعتبار تعذر الاستيفاء، فإنه لما جعل مهرًا كأنه استوفى. (عناية)

(١) الواو وصلية.

(٢) عن قريب ذيل بيان القول الآتي من أن القصاص لما جعل مهرًا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر.

(٣) أي لكنه عفو إلخ.

(٤) أي العمد.

(٥) القطع.

(٦) لا قطع اليد.

(٧) فلا يتحمله العاقلة.

(٨) من أنه هوالموجب للعمد. (ع)

(٩) قوله: "تقع المقاصة [بين دية الزوج ومهر المرأة]" أي إذا حلت الدية لا في الحال؛ لتأجيل الدية، وحلول مهر المثل. (ك)

(١٠) المرأة

(١١) ورثة الزوج.

(١٢) فضل.

(١٣) مرأة.

(١٤) تزوج.

(١٥) قطع.

إذا تزوجها[١] على ما في اليد، ولا شيء فيها، ولا يتقاصان ؛ لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ[٢]، والمهر لها[٣].

قال[٤]: ولو تزوجها على اليد، وما يحدث منها، أو على الجناية، ثم مات من ذلك، والقطع[٥] عمد، فلها مهر مثلها؛ لأن هذا تزوج على القصاص، وهو لا يصلح مهراً، فيجب مهر المثل على ما بيناه[٦]، وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير، ولا شيء له عليها[٧]؛ لأنه لما جعل القصاص مهراً، فقد رضي بسقوطه بجهة المهر، فيسقط أصلا، كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا[٨]، فإنه يسقط أصلا.

وإن كان[٩] خطأ[١٠]، يرفع[١١] عن العاقلة مهر مثلها[١٢]، ولهم ثلث ما ترك[١٣]

---

(١) فيجب مهر المثل.

(٢) قوله: "تجب على العاقلة" لا يقال: بأن الصحيح أنه تجب على القاتل، ثم يتحمل العاقلة، فيكون أصل الوجوب على القاتل، واعتبار هذا يوجب جواز المقاصة، لأنا نقول: عند بعض المشايخ تجب على العاقلة ابتداء، وعند بعضهم يتحمل العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة، والحوالة توجب البراءة، فلا تقع المقاصة. (ك)

(٣) فاختلف ذمة من له وذمة من عليه، وشرط القصاص اتحادهما. (ع)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) الواو حالية.

(٦) من أنه ليس بمال.

(٧) أي لا دية، ولا قصاص.

(٨) قوله: "كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا" بأن قال: أسقطت عنك القصاص بشرط أن يصير مالا، فإنه يسقط أصلا. (ك)

(٩) قطع.

(١٠) فيجب الدية له على عاقلتها.

(١١) أي يسقط.

(١٢) أي قدر مهر المثل .

(١٣) قوله: "ولهم ثلث [أي ثلث ما زاد، أو إلى تمام الدية يكون وصيته. ع] ما ترك" أي وللعاقلة الزيادة على مهر المثل إذا خرج من الثلث، وتتبرأ العاقلة عن ذلك، وإن كانت الزيادة على مهر المثل إلى تمام الدية لا يخرج من ثلث ماله، فبقدر ما يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة، ويعتبر ذلك وصيته لهم، ويؤدون الباقي إلى ورثة الزوج، وفي الأصح هذا الجواب فيما إذا كانت تخرج من الثلث صحيح على قول من لا يجعل المرأة واحدة من العاقلة. وأما على قول من يجعلها واحدة من العاقلة، قال بعضهم: يجب أن لا يصح؛ لأنه لا بد، أن يبطل الوصية في قدر حصتها إذ لا وصية للقاتل، والصحيح أنه يصح؛ لأنه لو لم يصح الوصية في قدر حصتها لها، يصح في الكل لغيرها، كما إذا أوصى بثلث ماله لحي وميت، يصح الوصية بكل الثلث للحي، فكان إسقاط

وصية[١]؛ لأن هذا[٢] تزوج على الدية[٣]، وهى تصلح مهراً[٤]، إلا أنه[٥] يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال؛ لأنه مريض مرض الموت، والتزوج من الحوائج الأصلية، ولا يصح[٦] فى حق الزيادة على مهر المثل؛ لأنه محاباة[٧]، فتكون وصية، ويرفع[٨] عن العاقلة؛ لأنهم يتحملون عنها[٩]، فمن المحال أن ترجع[١٠] عليهم بموجب جنايتها. وهذه الزيادة وصية لهم[١١]؛ لأنهم من أهل الوصية؛ لما أنهم ليسوا بقتلة، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط[١٢]، وإن لم تخرج يسقط ثلثه.

وقال أبو يوسف ومحمد: كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد؛ لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما، فاتفق جوابهما فى الفصلين[١٣].

قال[١٤]: ومن قطعت يده[١٥]، فاقتص له من اليد، ثم مات[١٦] فإنه يقتل المقتص

كل الدية لا زما، وإن بطلت الوصية فى حصتها فلا معنى للإبطال. (ك)

(١) قوله: "وصية" يعنى أن الزائد على مهر مثلها يكون وصية فى حق العاقلة، فينظر بعد إسقاط مهر المثل، إن كان للميت، وهو الزوج مال سوى الزائد على مهر المثل، والزائد يخرج من الثلث يكون للعاقلة، وإن لم يكن مال يأخذ العاقلة ثلث الزائد على مهر المثل، والثلثان لورثة الزوج. (حميدية)

(٢) تزوج.

(٣) وهو يتضمن العفو، وهو فى مرض الموت وصيته.

(٤) لأنها مال.

(٥) عفو.

(٦) عفو.

(٧) محاباة: فروگذاشت كردن. (من)

(٨) مهر المثل.

(٩) قوله: "لأنهم يتحملون عنها [امرأة]" بسبب جنايتها، فإذا صار ذلك ملكًا لها، سقط عنه، فلا يغرمون لها. (زيلعى)

(١٠) المرأة.

(١١) قوله: "وهذه الزيادة إلخ" ذكر التمرتاشى وإن كان مهر مثلها مثل الدية، أو أكثر، فلا شىء على العاقلة؛ لأنهم إنما يتحملون عنها بسبب جنايتها، فلا يغرمون لها. (ك)

(١٢) قوله: "فإن كانت تخرج إلخ" أى تخرج لهم حال كونه من ثلث ماله، وإن قرئ الثلث بالمصدر فمن متعلق بتخرج. (أعظمى)

(١٣) قوله: "فى الفصلين" يعنى التزوج على اليد إذا كان القطع خطأ، وفى التزوج على اليد، وما يحدث منها، أو على الجناية، وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق، وإلا فالفصول ثلاثة. (عناية)

(١٤) أى محمد. (عينى)

(١٥) عمداً.

منه[١]؛ لأنه تبين[٢] أن الجناية كانت قتل عمد، وحق المقتص له القود، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود، كمن له القود[٣] إذا استوفى طرف من عليه القصاص.وعن أبى يوسف أنه يسقط حقه فى القصاص؛ لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه[٤] عما وراءه[٥].

ونحن نقول: إنما أقدم على القطع ظنًا منه أن حقه فيه[٦]، وبعد السراية تبين أنه[٧] فى القود، فلم يكن مبرئًا عنه[٨] بدون العلم به، قال[٩]: ومن قتل وليه عمدًا، فقطع[١٠] يد قاتله، ثم عفا[١١]، وقد قضى له بالقصاص[١٢] أو لم يقض، فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبى حنيفة، وقالا: لا شىء عليه؛ لأنه استوفى حقه فلا يضمنه. وهذا[١٣] لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزاءها، ولهذا لو لم يعفُ[١٤] لا يضمنه، وكذا[١٥] إذا سرى[١٦] وما برأ[١٧] أو ما عفا وما

---

(١٦) بالسراية.

(١) قوله: "فإنه يقتل إلخ" ولم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع، وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبى حنيفة، وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى لا شىء عليه، على ما سيجىء. (ع)

(٢) بالموت بالسراية.

(٣) فلا يسقط القود.

(٤) أى المقتص منه.

(٥) أى عما وراء القطع، وهو القتل.

(٦) أى فى القطع.

(٧) أى أن حقه.

(٨) أى عن القود.

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) عمدًا.

(١١) أى أبرأ القاطع القائل عن القصاص.

(١٢) قوله: "وقد [الواو حالية] قضى له بالقصاص إلخ" وترديد القضاء، وغير القضاء مقدم على العفو. (ك)

(١٣) أى استيفاء الحق.

(١٤) قوله: "ولهذا لو لم يعفُ [وسرى]" هذه المسألة على أربعة أوجه، قطع ثم عفا وبرأ، ولم يسر، أو لم يعف وسرى، أو عفا وسرى أولم يعف ولم يسر، والمختلف هو الأول، وكذا الثالث أيضًا على الخلاف فى الصحيح من الرواية. (ك)

(١٥) أى قطع اليد.

(١٦) وعفا.

سرى[١]، أو قطع ثم حز[٢] رقبته قبل البرء أو بعده، وصار كما إذا كان له قصاص فى الطرف فقطع أصابعه، ثم عفا لا يضمن الأصابع، وله أنه استوفى غير حقه[٣]؛ لأن حقه فى القتل، وهذا قطع وإبانة، وكان القياس أن يجب[٤] القصاص[٥]، إلا أنه سقط للشبهة، فإن له أن يتلفه تبعا[٦]، وإذا سقط[٧] وجب المال.

وإنما لا يجب فى الحال؛[٨] لأنه يحتمل أن يصير[٩] قتلا بالسراية، فيكون مستوفيا حقه، وملك القصاص فى النفس[١٠] ضرورى[١١] لا يظهر إلا عند الاستيفاء، أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه[١٢]، فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة[١٣]، بخلاف ما إذا سرى[١٤]؛ لأنه استيفاء، وأما إذا لم يعف[١٥]، وما

---

(١٧) تأكيد لقوله: سرى. (ك)

(١) القطع، أى لم يظهر حاله بعد.

(٢) حز -بالفتح وتشديد راء- بريدن. (م)

(٣) قوله: "وله أنه استوفى غير حقه" لأن استيفاء الطرف قطع، وقد بينا أن حقه فى القتل، والقطع غير القتل، وقد استوفاه من نفس متقومة، فإن نفس من عليه القصاص متقومة فى حق سائر الناس، فكذلك فى حق من له القصاص. (ك)

(٤) على القاطع.

(٥) لأن القطع عمد.

(٦) أى بتبعية إتلاف النفس.

(٧) القصاص.

(٨) قوله: "وإنما لا يجب [المال] فى الحال [بل عند البرء]" جواب إشكال، وهو أن يقال: إذا كان القطع غير حقه، وقد استوفاه، وأنه مضمون عليه، فلم لا يجب عليه الضمان فى الحال. (ك)

(٩) القطع.

(١٠) قوله: "وملك القصاص إلخ" جواب عن قولهما: إنه استوفى حقه، يعنى لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوته مع المنافى، وهو الحرية، كما مر بحيث لايظهر إلا فى هذه الأحوال الثلث، وهى استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض، لا يصح التصرف فى القاتل بغيرها، والقطع مقصوداً غيرها، فيكون تصرفا فيه فى غير موضع الضرورة، ولا حق له فيه، فيجب الضمان. (ع)

(١١) قوله: "ضرورى" لأنه ثابت على منافاة الدليل؛ لأن القاتل حر، والحرية تنافى المملوكية، ولكن يثبت لصيانة الدم المعصوم، وحصول الزجر المقصود بشرعيته، فيقدر بقدر ما تدفع به الضرورة، والضرورة تدفع بظهوره عند الاستيفاء، أو العفو، أو الاعتياض بالصلح؛ لأن هذه الأشياء تصرف فيه، أى فى القاتل أو فى القصاص، أما كون الاستيفاء تصرفا فيه فظاهر، وكذلك العفو؛ لأنه إسقاط، وإسقاط الشيء تصرف فيه، وكذا الاعتياض، فأما قبل الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض فلا ضرورة، فلا يظهر الملك، فيجب الضمان بإتلافه. (ك)

(١٢) أى أن كل واحد من الاستيفاء، والعفو، والاعتياض.

سرى.

قلنا: إنما يتبين كونه قطعًا بغير حق بالبرء، حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف[١]، وإذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء، فهو استيفاء، ولو حز بعد البرء، فهو على هذا الخلاف[٢]، هو الصحيح، والأصابع[٣] وإن[٤] كانت تابعة قيامًا بالكف[٥]، فالكف تابعة لها غرضًا[٦]، بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه.

قال[٧]: ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه، ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يضمن، لأنه استوفى حقه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة؛ لما فيه من سد باب القصاص، إذ الاحترازعن السراية ليس في وسعه، فصار كالإمام[٨] والبزاغ[٩] والحجام[١٠] والمأمور بقطع اليد.

---

(١٣) قوله: "فأما قبل ذلك" يعني قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة، يريد به القطع، فلم يظهر يعني ملك القصاص لعدم الضرورة. (ع)

(١٤) جواب عن قولهما: وكذا إذا سرى، وما برأ.

(١٥) قوله: "وأما إذا لم يعفُ [جواب عن قولهما: أو ما عفا، وما سرى. ع] إلخ" أى وقتيكه عفو نكند وبه شدن زخم ظاهر نشود ديت واجب نمى شود بجهت آنكه احتمال ست كه سرايت نمايد ومستوفى حق خود گردد.

(١) يعني فلا يكون مستشهداً به، وكذلك قوله هو الصحيح. (ع)

(٢) فلا يكون مستشهداً به.

(٣) قوله: "والأصابع إلخ" جواب عن قولهما وصار كما إذاكان له قصاص في الطرف، فقطع أصابعه، ثم عفا، وهو أن الأصابع وإن كانت تابعة للكف قياماً به، فالكف تابعة لها غرضا؛ لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع، وأنها أصل في الضمان أيضاً، ولكل إصبع أرش مقدر، بخلاف الكف، فلما صارت أصلا كان للمقطوع حق الاستيفاء قصداً، ويكون استيفاءها كاستيفاءها الكف، بخلاف الطرف؛ لأنها تابعة للنفس من كل وجه. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) تحصيلا.

(٦) وهو البطش.

(٧) لم يقع ههنا قال: موقعه (عيني)، أى في "الأصل"، ذكره تفريعًا وليست بمذكورة في البداية.(ب)

(٨) قوله: "فصار كالإمام" أى إذا قطع يد السارق فسرى، ومات لا شيء عليه، والبزاغ والحجام إذا فعلا فعلا معتاداً، والمأمور بقطع اليد، كما إذا قال لرجل: اقطع يدي، فقطع يده فمات المقطوع من القطع، لا شيء عليه، وهذا لأن السراية تبع لابتداء الجناية، فلم يجز أن يكون ابتداء الجناية مباحاً، وسرايتها مضمونة. (ك)

وله أنه قتل بغير حق ؛ لأن حقه فى القطع ، وهذا وقع قتلا ، ولهذا لو وقع ظلمًا[١] كان قتلا ، ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة فى مجرى العادة[٢] ، وهو مسمى القتل[٣] ، إلا أن القصاص سقط للشبهة ، فوجب المال .

بخلاف ما إذا استشهدا به من المسائل ؛ لأنه[٤] مكلف فيها بالفعل ، إما تقلُّدًا كالإمام أو عقدًا كما فى غيره منها[٥] ، والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة[٦] كالرمى[٧] إلى الحربى ، وفيما نحن فيه لا التزام[٨] ولا وجوب ، إذ هو مندوب إلى العفو ، فيكون من باب الإطلاق ، فأشبه الاصطياد[٩] .

باب الشهادة فى القتل[١٠]

قال[١١] : ومن قتل[١٢] ، وله ابنان حاضر وغائب ، فأقام الحاضر البينة على القتل ، ثم قدم الغائب[١٣] ، فإنه يعيد البينة عند أبى حنيفة .

---

(٩) بزوغ: نشتر زدن.

(١٠) خون كشنده. (م)

(١) أى قطع اليد ثم السراية.

(٢) يعنى أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة. (ك)

(٣) أى الجرح المفضى إلى فوات الحياة فى مجرى العادة.

(٤) أى لأن الفاعل.

(٥) قوله: "كما فى غيره [فيه أنه ليس فى المأمور بقطع اليد عقد] منها" أى من المسائل، يعنى البزاغ والحجام، فإن الفعل يجب عليهما بعقد الإجارة والواجبات إلخ . (ع)

(٦) لئلا يكون تكليف ما ليس فى الوسع. (كافى)

(٧) قوله: "كالرمى" أى أنه ما قصد قتله، وإنما قصد استيفاء حقه، فيكون كما لو رمى إلى صيد فأصاب إنسانًا، أو إلى حربى فأصاب مسلما، فيكون بمنزلة الخطأ. (تاج الشريعة)

(٨) قوله: "لا التزام ولا وجوب" لأن العفو مندوب إليه، قال الله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ فيكون من باب الإطلاق، أى الإباحة، فأشبه الاصطياد، ولو رمى إلى الصيد فأصاب إنسانًا ضمن، كذا ههنا.(ع)

(٩) أى فى الإباحة، والإباحة تتقيد بوصف السلامة. (ك)

(١٠) قوله: "باب الشهادة إلخ" لما كان القتل بعد تحققه ربما يجحد، فيحتاج من له القصاص إلى إثباته بالبينة، فبين الشهادة فيه فى باب على حدة. (ع)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) عمدًا.

(١٣) قوله: "ثم قدم الغائب إلخ" واجمعوا على أن القاتل يحبس إلى أن يحضر الغائب؛ لأنه صار متهمًا بالقتل، والمتهم يحبس، وأجمعوا على أنه لا يقضى بالقصاص لم يحضر الغائب؛ لأن المقصود من القضاء الاستيفاء، والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالإجماع. (ك)

وقالا: لا يعيد، وإن كان[١] خطأ لم يعدها بالإجماع، وكذلك الدين[٢] يكون لأبيهما على آخر.

لهما فى الخلافية أن القصاص[٣] طريقه طريق الوراثة[٤] كالدين، وهذا لأنه عوض عن نفسه[٥]، فيكون الملك فيه لمن له الملك[٦] فى المعوض[٧]، كما فى الدية، ولهذا لو انقلب مالا يكون[٨] للميت.

ولهذا يسقط بعفوه[٩] بعد الجرح قبل الموت، فينتصب أحد الورثة[١٠] خصما عن الباقين، وله أن القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة[١١].

ألا ترى أن ملك القصاص[١٢] يثبت بعد الموت، والميت ليس من أهله، بخلاف الدين والدية[١٣]؛ لأنه من أهل الملك فى الأموال[١٤]، كما إذا نصب شبكة[١٥]،

---

(١) القتل.

(٢) أى لم يعد البينة بالإجماع. (كافى)

(٣) قوله: "أن القصاص إلخ" الحاصل أن استيفاء القصاص حق الوارث عنده، وحق المورث عندهما، وليس لأبى حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانًا، كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانًا للتدافع، والقياس عدم الجواز، أما من جهة المورث فلأن القتل لم يوجد بعد، وأما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه. ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصح من كل منهما، وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك، كان حكمه حكم الدين، وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصمًا عن الباقين واستدلا على أن طريقه طريق الوراثة بقوله، وهذا لأنه عوض نفسه قال الله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾، فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوض كما فى الدية، ولهذا لو انقلب ما لا يكون للميت يقضى به ديونه، وينفذ منه وصاياه. (ع)

(٤) بأن يثبت الملك للمورث ثم للوارث. (حميدية)

(٥) مقتول.

(٦) هو المورث.

(٧) وهو النفس.

(٨) المال.

(٩) الميت.

(١٠) مرتبط بقوله: طريقه طريق الوراثة.

(١١) قوله: "وله" أى لأبى حنيفة أن طريقه طريق الخلافة، وهو أن يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد إذا قبل الهبة، فإنه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة؛ لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص، لكونه ملك الفعل، ولا يتصور الفعل من الميت، والوراثة هو أن يثبت الملك للمورث ابتداء، ثم للورثة. (عناية)

(١٢) وهو ملك الفعل. (ك)

(١٣) جواب عن قولهما: كالدين، وكما فى الدية.

(١٤) ولهذا يكفن من ماله، ويقضى ديونه من ماله. (ك)

(١٥) أى للاصطياد. (ك)

وتعقل[١] بها صيد بعد موته، فإنه يملكه[٢]، وإذا كان طريقه[٣] الإثبات ابتداء[٤] لا ينتصب إحدهم خصما عن الباقين، فيعيد البينة[٥] بعد حضوره.

فإن كان أقام القاتل البينة، أن الغائب قد عفا، فالشاهد[٦] خصم[٧]، ويسقط القصاص؛ لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص إلى مال، ولا يمكنه إثباته[٨] إلا بإثبات العفو من الغائب، فينتصب الحاضر خصما عن الغائب، وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدًا، وأحد الرجلين غائب، فهو على هذا؛ لما بيناه[٩].

قال[١٠]: فإن كانت الأولياء ثلاثة، فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا[١١]، فشهادتهما باطلة، وهو عفو منهما[١٢]؛ لأنهما يجران[١٣] بشهادتهما إلى أنفسهما مغنمًا[١٤]، وهو انقلاب القود مالا، فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثًا، معناه إذا صدقهما وحده[١٥]؛ لأنه لما صدقهما، فقد أقر بثلثى الدية لهما، فصح إقراره إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه، وهو ينكر[١٦]، فلا يصدق ويغرم نصيبه[١٧]، وإن كذبهما[١٨] فلا شىء لهما، وللآخر ثلث الدية.

---

(١) أى نشب وعلق مصنو ۶ غير مسمو ۶. (مغرب)

(٢) صيد.

(٣) قصاص.

(٤) للورثة.

(٥) الغائب.

(٦) أى الحاضر.

(٧) فيقبل بينة القاتل بحضور الشاهد.

(٨) دعوى.

(٩) أى على هذا الخلاف.

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) عن القصاص.

(١٢) قوله: "وهو عفو منهما" لأنهما بالشهادة زعما أن القود قد سقط، وزعمهما يعتبر فى حقهما. (ك)

(١٣) تعليل لقوله: فشهادتهما باطلة. (۶)

(١٤) نفعًا.

(١٥) قوله: "إذا صدقهما وحده" أى صدقهما القاتل وحده وكذبهما المشهود عليه فى شهادتهما بعفو الثالث، وإنما قيد بهذا لأنه إذا صدقهما القاتل، والمشهود عليه يضمن القاتل ثلثى الدية للشاهدين لا غير؛ لأنهما ادعيا على القاتل المال، وصدقهما القاتل فيه، ولا يضمن للمشهود عليه شيئًا؛ لأنه أقر بالعفو حيث صدق الشاهدين. (ك)

(١٦) أى المشهود عليه.

(١٧) أى نصيب المشهود عليه.

معناه إذا كذبهما القاتل أيضًا[1]، وهذا لأنهما أقرّا على أنفسهما بسقوط القصاص، فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا، فلا يقبل إلا بحجة، وينقلب نصيب المشهود عليه مالا؛ لأن دعواهما العفو عليه[2]، وهو منكر[3] بمنزلة ابتداء العفو منهما[4] في حق المشهود عليه؛ لأن سقوط القود مضاف إليهما، وإن صدقهما المشهود عليه وحده[5]، غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه[6] لإقراره له بذلك[7].

قال[8]: وإذا شهد الشهود أنه ضربه، فلم يزل صاحب فراش، حتى مات فعليه القود، إذا كان عمدًا[9]؛ لأن الثابت بالشهادة[10] كالثابت معاينة[11]، وفي ذلك[12] القصاص على[13] ما بيناه، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه؛ لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش، حتى مات،

---

(١٨) قوله: "وإن كذبهما" أي المشهود عليه، معناه إذا كذبهما القاتل أيضًا، وإنما قيد بهذا؛ لأنه إذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهما أثلاثًا، وذلك لأنهما بالشهادة أقرا بسقوط القصاص وانقلاب نصيبهما ما لا، وقد أقر القاتل بذلك على تقدير تصديق القاتل، فلزمه ثلثا الدية لهما، وثلث الدية للمشهود عليه؛ لأنه ما أقر بسقوط القصاص وإنما سقط القصاص بإقراره غيره. (ك)

(١) أي لا وحده، بل مع المشهود عليه. (أعظمي)

(٢) أي على المشهود عليه.

(٣) خبر، والواو حالية.

(٤) قوله: "وإن صدقهما [بأن قال: عفوت عليه والقاتل يقول: ما عفا عني. حميدية] المشهود عليه وحده" يعني وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لإقراره بذلك، وفي بعض النسخ ولكن يصرف ذلك إلى الشاهدين، وهذا استحسان، والقياس أن لا يلزمه شيء؛ لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره، وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه، وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه للشاهدين، أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا. والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا، فصار مقرًا لهما بما أقر به، له القاتل فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل بألف درهم، وقال المقر له: هذه الألف ليست لي، ولكنها لفلان جاز، وصارت لفلان كذا هذا. (عناية)

(٥) قوله: "غرم القاتل إلخ" لأنه أنكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهادة صاحبه. (ك)

(٦) قاتل.

(٧) أي للمشهود عليه.

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) احترز به عن الخطأ.

(١٠) أي لأن العمد الثابت بالشهادة كالعمد الثابت معاينة.

(١١) في تحقق اليقين.

(١٢) عمد.

(١٣) في أوائل كتاب الجنايات.

وتأويله إذا شهدوا[١] أنه ضربه بشيء جارح[٢].

قال[٣]: وإذا اختلف شاهدا القتل فى الأيام[٤]، أو فى البلد[٥]، أو فى الذى كان به القتل[٦]، فهو باطل؛ لأن القتل لا يعاد، ولا يكرر، والقتل فى زمان، أو فى مكان غير القتل فى زمان، أو مكان آخر، والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح؛ لأن الثانى عمد والأول شبه العمد، ويختلف أحكامهما، فكان على كل قتل شهادة فرد.

وكذا إذا قال أحدهما: قتله بعصًا، وقال الآخر: لا أدرى بأى شىء قتله، فهو باطل؛ لأن المطلق يغاير المقيد[٧].

قال[٨]: وإن شهدا أنه قتله، وقالا: لا ندرى بأى شىء قتله، ففيه الدية استحسانًا، والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به.

وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق، والمطلق ليس بمجمل[٩]، فيجب أقل موجبيه، وهو الدية، ولأنه يحمل إجمالهم فى الشهادة[١٠] على إجمالهم

(١) قوله: "وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح" لأنه إذا لم يكن كذلك، لا يجب القود عند أبى حنيفة كما تقدم، قيل: الشهود وإن شهدوا على الضرب بشيء جارح، ولكن قد يكون خطأ، فكيف يثبت القود.
وأجيب: بأنهم لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه؛ لأنه لو كان مخطئًا لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه، وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه، وأقول: هذا ليس بوارد على صاحب "الهداية"؛ لأنه أشار إليه بقوله إذا كان عمداً، نعم! يرد على عبارة "الجامع الصغير"، ولهذا احترز عنه المصنف. (عناية)

(٢) كالسيف وما يجرى مجراه، وإنما أول بالجارح؛ ليكون المسألة مجمعًا عليها. (ك)

(٣) أى محمد. (عينى)

(٤) قوله: "فى الأيام" بأن شهد أحدهما أن القتل كان فى يوم الخميس، وشهد الآخر أنه كان فى يوم الجمعة. (ك)

(٥) قوله: "أو فى البلد" بأن شهد أحدهما أن القتل فى بلد كذا، وشهد الآخر أنه كان فى بلد آخر. (ك)

(٦) أى فى الآلة. (ك)

(٧) قوله: "يغاير المقيد [فإن المطلق يوجب الدية فى ماله، والمقيد بالعصا على العاقلة. ع]" لأنه يحتمل أن يكون عمدًا، ويحتمل أن يكون شبه عمد، ويحتمل أن يكون خطأ، والقتل بالعصا شبه عمد، فلم يثبت الاتفاق فى المشهود به، والاتفاق شرط. (ك)

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) قوله: "والمطلق ليس بمجمل [فإن المطلق ما يدل على ذات مبهمة، والمجمل ما ازدحمت فيه المعانى]" فإن المطلق ممكن العمل، ألا ترى أن الله تعالى أوجب الكفارة بتحرير رقبة مطلقة، ووجب العمل به، ولو كان مجملا لما وجب العمل به، كذا ذكره الإمام الكسائى. (ك)

(١٠) قوله: "ولأنه يحمل إجمالهم [شهود] إلخ" فيه صنعة التجنيس التام، فإن الأول بمعنى الإبهام، والثانى بمعنى الصنع، وهو الإحسان، وهو فى الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان، وهو أن يقال الشهود فى قولهم: لا ندرى بأى شىء قتله، أما صادقون، أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب، وعلى كلا التقديرين يجب أن لا يقبل

بالمشهود عليه[١] سترا عليه، وأوّلوا كذبهم فى نفى العلم[٢] بظاهر ما ورد* بإطلاقه[٣] فى إصلاح ذات البين[٤]، وهذا فى معناه[٥]، فلا يثبت الاختلاف بالشك[٦]، وتجب الدية فى ماله؛ لأن الأصل فى الفعل العمد، فلا يلزم[٧] العاقلة.

قال[٨]: وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانًا، فقال الولي: قتلتماه جميعًا[٩]، فله أن يقتلهما. وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلانًا وشهد آخرون على آخر بقتله، وقال الولي: قتلتماه جميعًا، بطل ذلك كله والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل[١٠]، ووجوب القصاص، وقد حصل التكذيب فى الأول من المقر له[١١]. وفى الثانى من المشهود له[١٢]، غير أن تكذيب المقَر له المقِر فى بعض ما أقر به[١٣] لا يبطل إقراره فى الباقى[١٤]، وتكذيب المشهود له

شهادتهم؛ لأنهم إن صدقوا يمتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا، وإن كذبوا فكذلك؛ لأنهم صاروا فسقة، ووجه ذلك أنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف، ويحمل إجمالهم إلخ . (ع)

(١) أي إحسانهم فى حقه بالستر عليه. (ك)

(٢) قوله: "وأولوا [فلا يكونون فسقة] إلخ" أى الشهود أولوا قولهم: لا ندرى، مع أنهم يعلمون بظاهر ما ورد من الحديث بإطلاق الكذب بإطلاقه، أى بتجويز الكذب فى إصلاح ذات البين، وهو قوله عليه السلام: «ليس بكذاب من يصلح بين اثنين». (كفاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٤، والدراية ج٢ ص٢٧٠ تحت الحديث١٠١٩. (نعيم)

(٣) قوله: "بإطلاقه [أى بإباحته]" يحتمل أن يرجع الضمير إلى ما هو الحديث الوارد فى حل الكذب فى إصلاح ذات البين، والأصح أن يرجع إلى الكذب. (حميدية)

(٤) قوله: "فى إصلاح إلخ" ذات الشيء نفسه وحقيقته، والمراد ما أضيف إليه، ومنه إصلاح ذات البين أى إصلاح أحوال بينكم، حتى لا تكون أحوال ألفة ومحبة. (من)

(٥) قوله: "وهذا فى معناه" أى ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل فى معنى إصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب ههنا، كما أن الإصلاح مندوب هناك، فكان ورود الإطلاق والتجويز هناك ورودًا ههنا. (كفاية)

(٦) قوله: "فلا يثبت الاختلاف [أى اختلاف الفعل والآلة] إلخ" يعنى إذا احتمل أن يكونوا عالمين، وأجملوا، واحتمل أن لا يكونوا كذلك، وقع الشك، والاختلاف لا يثبت بالشك. (عناية)

(٧) العمد.

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) قوله: "فقال الولي: قتلتماه إلخ" ولو قال الولي: صدقتما بدل قوله: قتلتماه، لم يكن له أن يقتل واحدًا منهما؛ لأن معنى قوله صدقتما تصديق كل واحد بانفراده، وفيه تكذيب الآخر فى الجميع، فهو تكذيب لهما. (مل)

(١٠) من كل منهما.

(١١) أى الولي.

(١٢) أى الولي.

(١٣) قوله: "فى بعض ما أقرّ به" قيد بالبعض؛ لأن تكذيب المقر له فى كل ما أقر به رد لإقراره، فيبطل به. (ك)

الشاهد فى بعض ما شهد[١] به، يبطل شهادته أصلا؛ لأن التكذيب تفسيق، وفسق الشاهد يمنع القبول[٢]، أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار[٣].

باب[٤] فى اعتبار حالة القتل

قال[٥]: ومن رمى مسلمًا، فارتد المرمى إليه -والعياذ بالله- ثم وقع به السهم[٦]، فعلى الرامي الدية[٧] عند أبى حنيفة.

وقالا: لا شيء عليه؛ لأنه بالارتداد سقط تقوم نفسه، فيكون مبرئًا[٨] للرامى عن موجبه[٩]، كما إذا أبرأه[١٠] بعد الجرح قبل الموت.

وله أن الضمان يجب بفعله[١١]، وهوا الرمى إذ لا فعل منه[١٢] بعده[١٣]، فيعتبر حالة الرمى والمرمى إليه فيها[١٤] متقوّم[١٥]، ولهذا[١٦] يعتبر حالة الرمى فى حق الحل[١٧]، حتى لا يحرم[١٨] بردة الرامى بعد الرمى، وكذا فى حق التكفير[١٩]، حتى

(١٤) قوله: "لا يبطل إقراره فى الباقى" فإن من أقر بألف درهم، وصدقه المقر له فى النصف، صح الإقرار فيما صدقه. (ع)

(١) الشاهد.

(٢) فلا يقبل شهادتهما.

(٣) فيصح إقرارهما.

(٤) قوله: "باب" لما كانت الأحوال صفات لذواتها، ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به. (ع)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) بعد الارتداد.

(٧) لورثة المرتد. (ع)

(٨) قوله: "فيكون مبرئًا إلخ" لأن من له الحق متى أخرج المتقوم عن التقوم يصير مبرئًا للضامن عن الضمان، كالمغصوب منه إذا أعتق المغصوب يصير مبرئًا للغاصب عن الضمان. (ك)

(٩) رمى.

(١٠) قوله: "كما إذا أبرأه [فيحصل البراءة]" أى ابرأ الرامى عن الجناية أو حقه بعد الجرح أى انعقاد سببه، وهو الرمى. (ع)

(١١) رامى.

(١٢) رامى.

(١٣) رمى.

(١٤) أى فى حالة الرمى.

(١٥) لإسلامه.

(١٦) إيضاح لاعتبار وقت الرمى.

جاز بعد الجرح قبل الموت.

والفعل[١] وإن[٢] كان عمدًا، فالقود سقط للشبهة[٣]، ووجب الدية[٤]، ولو رمى إليه، وهو[٥] مرتد، فأسلم ثم وقع به السهم، فلا شيء عليه في قولهم جميعًا.

وكذا إذا رمى حربيًا[٦]، فأسلم[٧]؛ لأن الرمي ما انعقد موجبًا للضمان لعدم تقوم المحل، فلا ينقلب موجبًا لصيرورته متقومًا بعد ذلك.

قال[٨]: وإن رمى عبدًا، فأعتقه مولاه، ثم وقع[٩] السهم به، فعليه قيمته[١٠] للمولى عند أبي حنيفة. وقال محمد: عليه فضل[١١] ما بين قيمته[١٢] مرميًا إلى غير مرمي، وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة.

له[١٣] أن العتق قاطع للسراية[١٤]، وإذا انقطعت[١٥] بقي مجرد الرمي، وهو[١٦]

---

(١٧) قوله: "يعتبر حالة الرمي إلخ" أي إذا رمى صيدًا، ثم ارتد-والعياذ بالله- ثم أصاب، فإن ردته بعد الرمي لا تحرم؛ لأن فعله ذكاة شرعًا، وقد تم موجبًا للحل بشرط، وهو التسمية. (ع)

(١٨) الصيد.

(١٩) قوله: "وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت" والجرح سبب الموت، فصار كأنه قتله حين جرحه، والرمي سبب الجرح، فيصح التكفير قبل الإصابة أيضًا. وفي "الجامع الصغير" لقاضي خان: فيصير قاتلا من وقت الرمي، ولهذا لو كانت الجناية خطأً، فكفر بعد الرمي قبل الإصابة، صح تكفيره. (ك)

قوله: "وكذا في حق إلخ" أي إذا كانت الجناية خطأً، فكفر بعد الرمي قبل الإصابة، فإنه صحيح، وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف: حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لإمكان اعتبار وقت الإصابة هناك. (ع)

(١) قوله: "والفعل إلخ" أي فإن قيل: إن كان ما ذكرتم صحيحًا بجميع مقدماته، والفعل عمد، فالواجب القصاص، أجاب بقوله: والفعل وإن كان إلخ. (ع)

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "للشبهة" أي الشبهة الثابتة من اعتبار حالة الإصابة. (عناية)

(٤) في ماله.

(٥) الواو حالية.

(٦) قوله: "وكذا [أي لا شيء عليه] إذا رمى إلخ" ونوقض بما إذا رمى إلى صيد في الحل، فدخل الحرم، ثم أصابه السهم، فمات وجب الجزاء على الرامي، وأجيب: بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل، ولهذا يجب بدلالة المحرم وإشارته، وهذا لا يكون أقل من ذلك. (عناية)

(٧) ثم وقع به السهم.

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) فمات.

(١٠) عبد.

(١١) قوله: "عليه فضل إلخ" حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم، وبعده ثمان مائة لزمه مأتان. (ت)

(١٢) عبد.

جناية ينتقص بها قيمة المرمى إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمى، فيجب ذلك[١].

ولهما أنه[٢] يصير قاتلا من وقت الرمى[٣]؛ لأن فعله الرمى، وهو[٤] مملوك[٥] فى تلك الحالة[٦]، فتجب قيمته[٧].

بخلاف القطع والجرح[٨]؛ لأنه إتلاف بعض المحل[٩]، وأنه يوجب الضمان للمولى[١٠]، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد، فتصير النهاية مخالفة

---

(١٣) قوله: "له" أى لمحمد أن العتق قاطع إلخ، كما إذا قطع يد عبد، أو جرحه ثم أعتقه المولى، ثم سرى، فالعتق يقطع السراية حتى لا يجب بالسراية بعد العتق شيء، أى لا يضمن دية ولا قيمة، وإنما يضمن النقصان فكذلك ههنا، وهذا لأن توجه السهم عليه أوجب إشرافه على الهلاك، فصار ذلك كالجرح الواقع به. (ك)

(١٤) قوله: "قاطع للسراية" لاشتباه من له الحق؛ لأن المستحق حالة ابتداء الجناية المولى، وحال الإصابة العبد لحريته، فصار العتق بمنزلة البرء. (ع)

(١٥) السراية. (ع)

(١٦) رمى.

(١) فضل.

(٢) رامى.

(٣) قوله: "يصير قاتلا إلخ" وهو ظاهر على مذهب أبى حنيفة، فإنه يعتبر وقت الرمى، وأما أبو يوسف فيحتاج إلى الفرق بين هذه وبين ما إذا رمى مسلمًا، فارتد -والعياذ بالله- قبل الإصابة حيث اعتبر هناك حالة الإصابة، وههناك حالة الرمى، وهو أن المرمى إليه خرج بالارتداد عن أن يكون معصومًا، والضمان يعتمد صفة العصمة، فلا يجب الضمان بالمنافى، وأما الإعتاق فإنه لا ينافى العصمة، فيجب عليه ضمان قيمته للمولى، ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمى، إلا فى صورة الارتداد. (ع)

(٤) عبد.

(٥) فيعتبر قيمته يومئذ. (ك)

(٦) أى حالة الرمى.

(٧) قوله: "فتجب قيمته [عبد]" لأن الفعل انعقد من الابتداء موجبًا للقيمة، فلا تتغير باعتراض الحرية. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف القطع والجرح إلخ" جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهادًا على قطع السراية، وتحقيقه أن العتق فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها، فإن ذلك بمنزلة تبدل المحل، ولا نسلم تحققه فى المتنازع فيه؛ لأن الرمى قبل الإصابة إلخ. (ع)

(٩) قوله: "لأنه إتلاف إلخ" لأنه اتصل الفعل بالمحل، وتأثر به المحل، وأنه يوجب الضمان للمولى،وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد، فيلزم مخالفة نهاية الفعل بدايته، فلا بد من أن يجعل العتق قاطعًا للسراية بهذه الضرورة، ولا ضرورة فى الرمى؛ لأنه لا أثر له فى المحل قبل الوصول، وإنما يقل الرغبات فيه، فلا يجب به ضمان، فلا يلزم المخالفة فى البداية والنهاية فى استحقاق الضمان، فيجب القيمة للمولى.

ومحمد يحتاج إلى الفرق أيضًا، فإنه لم يعتبر ههنا، لا حالة الرمى، ولا حالة الإصابة، وفيما تقدم مع أبى يوسف. ولمحمد أن نهاية الجناية مخالفة لابتداءها، فلا يمكن اعتبارهما معًا؛ لأن ذلك يوجب أن يكون الواجب مشتركًا بين المولى والعبد، والفعل لم ينعقد موجبًا لهذا، ولا اعتبار أحدهما دون الآخر، فيصار إلى ما ذكر من اعتبار الفصل، بخلاف الأول، فإنه بالارتداد يكون مبرئًا، فيسقط الضمان. (ك)

للبداية. أما الرمى قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء ؛ لأنه لا أثر له[١] في المحل، وإنما قلت الرغبات فيه[٢]، فلا يجب به ضمان، فلا تتخالف النهاية والبداية، فيجب قيمته[٣] للمولى، وزفر وإن[٤] كان يخالفنا في وجوب القيمة[٥] نظرًا إلى حالة الإصابة[٦]، فالحجة عليه ما حققناه[٧].

قال[٨]: ومن قضي عليه بالرجم، فرماه رجل، ثم رجع أحد الشهود، ثم وقع به السهم، فلا شيء على الرامي[٩]؛ لأن المعتبر حالة الرمي، وهو مباح الدم فيها.

وإذا رمي المجوسي صيدًا، ثم أسلم، ثم وقعت الرمية بالصيد، لم يؤكل، وإن رماه وهو[١٠] مسلم، ثم تمجس[١١] -والعياذ بالله- أكل؛ لأن المعتبر حال الرمى في حق الحل والحرمة؛ إذ الرمي هو الذكاة، فتعتبر الأهلية، وانسلابها عنده[١٢].

ولو رمي المحرم صيدًا، ثم حل[١٣] فوقعت الرمية بالصيد، فعليه الجزاء، وإن رمى حلال[١٤] صيدًا، ثم أحرم، فلا شيء عليه؛ لأن الضمان إنما يجب بالتعدى، وهو رميه فى حالة الإحرام، وفى الأول هو محرم وقت الرمى، وفى الثانى حلال، فلهذا افترقا، والله أعلم بالصواب.

---

(١٠) لأنه ورد على محل مملوك له. (زيلعى)

(١) رمى.

(٢) عبد.

(٣) عبد.

(٤) الواو وصلية.

(٥) أى يجب الدية عنده نظرًا إلى حالة الإصابة. (ك)

(٦) فإنه حر فى حالة الإصابة.

(٧) آنفًا من أنه يصير قاتلا من وقت الرمى.

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) قوله: "فلا شيء على الرامى" ففى هذه المسائل كلها يعتبر حالة الرمى بالإجماع، فظهر من هذا أن المعتبر حالة الرمى عندهما أيضًا، إلا أن المرمى إليه فيما إذا رمى مسلمًا فارتد، ثم أصابه صار مبرئًا للرامى عن ضمان الجناية، فلم يجب شيء، بخلاف هذه المسائل. (ك)

(١٠) الواو حالية.

(١١) أى صار مجوسيًا.

(١٢) أى عند الرمى.

(١٣) أى خرج من الإحرام.

(١٤) غير محرم.

كتاب الدِّيات[١]

قال[٢] : وفى شبه العمد دِيَةٌ[٣] مغلّظة على العاقلة ، وكفارةٌ على القاتل ، وقد بيّناه فى أول الجنايات[٤] .

قال[٥] : وكفارته[٦] عتق رقبة مؤمنة ؛ لقوله تعالى : ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾[٧] الآيـة ، فإن لـم يجـد فصيـام شهرين متتابعين بهذا النص ، ولا يجزئ فيه الإطعام ؛ لأنه لم يرد به نص ، والمقادير تعرف بالتوقيف[٨] ، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء[٩] ؛ أو لكونه كل المذكور على ما عرف[١٠] .

ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم ؛ لأنه مسلم به[١١] ، والظاهر سلامة أطرافه ، ولا يجزئ ما فى البطن ؛ لأنه لم تعرف حياته[١٢] وسلامته[١٣] .

قال[١٤] : وهو الكفارة[١٥] فى الخطأ ؛ لـما تلونـاه[١٦] ، وديته[١٧] عند أبى حنيفة

---

(١) قوله: "كتاب الديات" قدم القصاص لأنه الأصل، وصيانة الحياة والأنفس فيه أقوى، والدية كالخلف له، ولهذا تجب بالعوارض كالخطأ، وما فى معناه. (رد المحتار)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "دِيَةٌ" الدية لغةً: مصدرٌ من ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس، ثم قيل للمال الذى هو بدل النفس: الدية تسمية بالمصدر، والأرش اسم للواجب على ما دون النفس. (ك)

(٤) أى بينا شبه العمد. (ك)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) شبه عمد.

(٧) ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾.

(٨) أى بتوقيف الشارع.

(٩) قوله: "ولأنه جعل المذكور" استدلال من الآية بوجهين: أحدهما: بالنظر إلى الفاء، وذلك لأن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء، إذ لو لم يكن كذلك لالتبس، فلا يعلم أنه هو الجزاء، أو بقى شيء، ومثله مخل، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، وفى نيته أن يقول: وعبده حر، ولكنه لم يقل: لا يكون الجزاء إلا المذكور؛ لئلا يختل الفهم، والآخر بالنظر إل المذكور يعنى لو كان الغير مرادًا لذكره؛ لأنه موضع الحاجة إلى البيان. (ع)

(١٠) فى أصول الفقه. (ع)

(١١) قوله: "لأنه مسلم به [أى بأحد أبويه]" أى لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام، وسلامة الأطراف، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين، والثانى بالظهور، إذ الظاهر سلامة أطرافه. (ع)

قوله: "لأنه مسلم به" لا يقال: بأن الإيمان منصوص عليه، فيعتبر الكمال، كما قلنا فى قبض الهبة، لأنا نقول: ذلك فعل حسى، وهذا وصف. (ك)

(١٢) نفسًا.

(١٣) أطرافًا.

(١٤) أى المصنف. (عينى)

وأبي يوسف مـائة من الإبل أرباعًا خمس وعشرون بنت مخاص[١]، وخمس وعشرون بنت لبون[٢] وخمس وعشرون حقة[٣] وخمس وعشرون جذعة[٤]، وقال محمد والشافعي: أثلاثًا، ثلاثون جذعةً وثلاثون حقةً وأربعون ثنيةً[٥] كلها[٦] خَلِفَاتٌ[٧] في بطونها[٨] أولادها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا إن[٩] قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها»*، وعن عمر وزيد رضي الله تعالى عنهما[١٠] ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، ولأن دية شبه العمد أغلظ[١١]، وذلك فيما قلنا.

ولهما قوله عليه الصلاة والسلام[١٢]: «في نفس المؤمن مائة من

---

(١٥) قوله: "وهو الكفارة" أي عتق رقبة مؤمنة الذي ذكرناه في شبه العمد، هو الكفارة في الخطأ. (ك)

(١٦) يعني قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾.

(١٧) دية شبه العمد. (ع)

(١) قوله: "بنت مخاض" إنما سميت بها لمعنى في أمها؛ لأن أمها صارت مخاضًا بأخرى، أي حاملا، وهي التي استكملت سنة، ودخلت في الثانية . (چلپي)

(٢) قوله: "بنت لبون" سميت بنت لبون لمعنى في أمها، فإنها لبون لولادة أخرى، وهي التي دخلت في السنة الثالثة. (چلپي)

(٣) قوله: "حقة" سميت حقة -بكسر الحاء المهملة والقاف المشددة- لمعنى فيها، وهو أنه حق لها أن يركب، ويحمل عليها، وهي التي دخلت في السنة الرابعة. (چلپي)

(٤) قوله: "جذعة" سميت جذعة -بفتحتي الجيم، والذال المعجمة- وهي التي دخلت في السنة الخامسة لمعنى في أسنانها معروف عند أرباب الإبل، وهي على الأسنان التي تؤخذ في الزكاة. (چلپي)

(٥) هي التي دخلت في السنة السادسة.

(٦) أي كل الثنية.

(٧) الخلفة الحامل من النوق. (ك)، خلفت الناقة: آبستن گشت شتر ماده . (من)

(٨) صفة كاشفة.

(٩) قوله: "ألا إن" أخرج ابن حبان في "صحيحه" من حديث عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها». (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٦، والدراية ج٢ ص٢٧١، الحديث ١٠٢٠. (نعيم)

(١٠) ابن ثابت. (كافي)

(١١) قوله: "أغلظ [أشد]" يعني من دية الخطأ المحض، فإن الإبل فيه يجب أخماسًا، وذلك أي كونه أغلظ فيما قلنا؛ لأنا نقول: أثلاثًا، وأنتم تقولون: أرباعًا. (عناية)

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام" وجه الاستدلال أن الثابت منه عليه السلام هذا، وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ، ولا بد منه بالإجماع، وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم في صفة التغليظ، فإن عمر وزيدًا وغيرهما قالوا: مثل ما قال محمد والشافعي. وقال: علي يجب أثلاثًا، ثلاثة وثلاثون حقة، وثلاث وثلاثون جذعة، وأربعة وثلاثون خلفة، وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه: مثل ما قلنا، ولم تجر المحاجة بما روى محمد والشافعي بينهم،

الإبل»*، وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة فى صفة التغليظ، وابن مسعود قال: بالتغليظ أرباعًا[٢]، كما ذكرنا، وهو كالمرفوع[٣]، فيعارض به.

قال[٤]: ولا يثبت التغليظ إلا فى الإبل خاصة[٥]؛ لأن التوقيف فيه[٦]، فإن قضى بالدية فى غير الإبل لم يتغلظ؛ لما قلنا[٧].

قال[٨]: وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة، والكفارة على العاقلة؛ لما بينا من قبل[٩]. قال[١٠]: والدية فى الخطأ مائة من الإبل أخماسًا[١١]، عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة، وهذا قول ابن مسعود[١٢]، وإنما أخذنا نحن، والشافعى به لروايته أن النبى ﷺ قضى

ولو كان ما رويا صحيحا، لجرت. وأوقع الاتفاق بينهم، فعلم أن ما روياه غير ثابت، وابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال بالتغليظ مثل ما قلنا، ولا مدخل للرأى فى تقديرات الشرع، فلا بد من أن يكون ما قال ابن مسعود مسموعًا له، فصار ما قال ابن مسعود: كالمرفوع، فيعارض ما رواه محمد والشافعيرح لقول ابن مسعود، وإذا تعارض الخبران كان الأخذ بالمتيقن أولى وهو الأدنى، وهو ما قلنا، فتدبر. (مل)

قوله: "قوله عليه السلام" أخرج ابن حبان فى "صحيحه" فى كتابه ﷺ إلى عمرو بن حزم أن فى نفس المؤمن مائة من الإبل. (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٧، والدراية ج٢ ص٢٧١ تحت الحديث ١٠٢٠. (نعيم)

(٢) قوله: "قال إلخ" أخرج أبو داود وسكت عنه، ثم المنذرى بعده عن علقمة والأسود، قالا: قال عبد الله فى شبه العمد: خمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون بنات لبون، وخمس وعشرون بنت مخاض. (شرح نقاية)

(٣) وإن كان موقوفًا، لأن المقادير لا تعرف بالرأى. (شرح نقاية)

(٤) أى القدورىّ. (عينى)

(٥) قوله: "إلا فى الإبل خاصةً" يعنى لا يزاد فى الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم أو ألف دينار، وقال سفيان الثورى: يغلظ فى النوعين الآخيرين أى الدراهم والدنانير، بأن ينظر إلى قيمة أسنان الإبل فى دية الخطأ، وإلى قيمة أسنان الإبل فى شبه العمد، فما زاد على أسنان الإبل من دية الخطأ، يزاد على عشرة آلاف درهم، إن كان الرجل من أهل الورق، ويزاد على ألف دينار إن كان من أهل الذهب؛ لأن التغليظ فى شبه العمد شرع فى الإبل لزيادة جناية وجدت فيه، ولم توجد فى الخطأ، وهذا المعنى موجود فى الحجرين، فيجب التغليظ فيهما. (ع)

(٦) قوله: "لأن التوقيف [من الشارع] فيه [إبل]" يعنى أن التغليظ فى الإبل ثبت توقيفا، فلا يثبت فى غيره قياسًا؛ كى لا يبطل القدر الثابت بصريح النص بالدلالة. (ع)

(٧) إشارة إلى قوله: لأن التوقيف فيه. (ع)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) يعنى فى أول كتاب الجنايات. (ع)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قيل: منصوب بإضمار كان. (ع)

(١٢) قوله: "وهذا قول ابن مسعود" وأخرج أصحاب السنن الأربعة عن عبد الله مسعود قال: قال رسول الله ﷺ:

فى قتيل قتل خطأ أخماساً* على نحو ما قال(٢).

ولأن ما قلناه أخف، فكان أليق بحالة الخطأ؛ لأن الخاطئ معذور، غير أن عند الشافعى(٣) يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض، والحجة عليه ما رويناه(٤).

قال(٥): ومن العين(٦) ألف دينار، ومن الورق(٧) عشرة آلاف درهم(٨).

وقال الشافعى: من الورق اثنا عشر ألفًا لما روى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما(٩) أن النبى صلّى الله عليه وآله وسلّم قضى بذلك(١٠)**.

ولنا ما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه(١١): «أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية فى قتيل(١٢) بعشرة آلاف درهم»***، وتأويل ما روى(١٣) أنه

«فى دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض ذكور» قال الترمذى: لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه، وقد روى عن عبد الله موقوفًا. (نفاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٥٧، والدراية ج٢ ص٢٧١، الحديث١٠٢١. (نعيم)

(٢) قوله: "على نحو ما قال" أى ابن مسعود، وعن على رضى الله تعالى عنه أنه أوجب أرباعًا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرين بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة، والمقادير لا تعرف إلا سماعًا، لكن ما قلنا أخف، فكان أولى بحالة إلخ. (عناية)

(٣) مرتبط بقوله: وإنما أخذنا نحن والشافعى إلخ.

(٤) قوله: "والحجة عليه ما رويناه" وهو رواية ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى ﷺ قضى فى قتيل قتل خطأ أخماسًا على نحو ما قال بإقامة ابن مخاض مكان ابن لبون. (ك)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) يعنى الذهب. (ع)

(٧) أى الفضة.

(٨) يعنى وزن سبعة.

(٩) أخرج أصحاب السنن الأربع، كذا فى "شرح النقاية لعلى القارى".

(١٠) فى رجل من بنى عدى قتل.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦١، والدراية ج٢ ص٢٧٢، الحديث١٠٢٢. (نعيم)

(١١) قوله: "ولنا ما روى" روى البيهقى من طريق الشافعى قال: قال محمد بن الحسن: بلغنا عن عمر أنه فرض على أهل الذهب فى الدية ألف دينار، ومن الورق عشرة آلاف درهم.

قال محمد بن الحسن: وأخبرنى الثورى عن مغيرة الضبى عن إبراهيم قال: كانت الدية الإبل، فجعلت الإبل كل بعير بمائة وعشرين درهمًا وزن ستة، فكذلك عشرة آلاف درهم. (شرح نقاية لعلى القارى)

(١٢) قوله: "قضى بالدية إلخ" فتعارضا فيحتاج إلى تأويل، وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة، وقد كانت الدراهم، كذلك إلى عهد عمر رضى الله عنه، فأبطل عمر ذلك الوزن. (عناية)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٢، والدراية ج٢ ص٢٧٣، الحديث١٠٢٣. (نعيم)

(١٣) ابن عباس.

قضى من دراهم[١] كان وزنها وزن ستة[٢]، وقد كانت كذلك[٣].

قال[٤]: ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة[٥] عند أبي حنيفة.

وقالا: منها ومن البقر مائتا بقرة[٦]، ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة، كل حلة ثوبان[٧]؛ لأن عمر رضي الله تعالى عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها[٨]*. وله[٩] أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية، وهذه الأشياء مجهولة المالية[١٠]، ولهذا لا يقدر بها ضمان[١١]، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة، عدمناها في غيرها[١٢]، وذكر في المعاقل[١٣] أنه لو صالح على الزيادة على

---

(١) قوله: "أنه قضى من دراهم إلخ" فإن قيل: اثنا عشر بوزن ستة يكون أكثر من عشرة آلاف أيضًا، فكيف يفيد هذا التأويل، قلنا: قال الشيخ الإمام المعروف بـ"خواهر زاده": يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئًا، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة بما كان قريبًا منه، كما يقال فلان: يملك مائتي درهم إذا كان يملك قريبًا من ذلك. (ك)

(٢) أي عشرة دراهم تساوي ستة مثاقيل لا وزن سبعة.

(٣) قوله: "وقد كانت كذلك" فيه بحث، وهو أنه قال: روى عمر أن النبي ﷺ قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال: وقد كانت الدراهم كذلك، يعني إلى عهد عمر رضي الله تعالى عنه فأبطل عمر ذلك الوزن، وذلك تناقض، والجواب أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله ﷺ، وكان يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضًا، ولا تناقض حينئذ. (م)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) يعني الإبل والذهب والفضة.

(٦) قوله: "وقالا: منها ومن البقر إلخ" قيل في تفسير ذلك: قيمة كل بقرة خمسون درهمًا، وقيمة كل شاة خمسة دراهم، قيمة كل حلة خمسون درهمًا، وفائدة هذا الاختلاف إنما يظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقر، فعنده يجوز وعلى قولهما: لا يجوز، كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل. (م)

(٧) قوله: "كل حلة ثوبان" إزار ورداء، وهو المختار، وفي "النهاية": قيل: في زماننا قميص وسراويل. (ت)

(٨) قوله: "هكذا جعل [كذا رواه محمد بن الحسن في "الآثار"] إلخ" قال أبو يوسف: حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني أنه وضع عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلة مائتي حلة. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٢ تحت الحديث الخامس، والدراية ج٢ ص٢٧٣، الحديث ١٠٢٤. (نعيم)

(٩) أي لأبي حنيفة.

(١٠) البقر والغنم والحلة.

(١١) قوله: "ولهذا لا يقدر بها [أي بهذه الأشياء] ضمان" أي ضمان شيء مما وجب ضمانه بإتلاف، أو غيره، فإن قيل فالإبل كذلك أجاب بقوله: والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة كما رويناها، وعدمناها في غيرها، فإن قيل: فليلحق بها دلالة، قلنا: حتى يثبت أنها في معناها من كل وجه. (م)

(١٢) إبل.

(١٣) قوله: "وذكر [أي محمد] في المعاقل" أي في كتاب المعاقل من "المبسوط": أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة إلى قوله: لا يجوز، أورد هذا على طريق الشبهة على قول أبي حنيفة، أي ما ذكر في كتاب المعاقل دليل على أن هذه الأصناف في الدية أصول مقدرة عنده، كما هي عندهما، إذ لو كان بدلا، لجاز الصلح كما لو صالح على بدل

مائتى حلة، أو مائتى بقرة لا يجوز، وهذا آية التقدير بذلك[١]، ثم قيل: هو قول الكل[٢]، فيرتفع الخلاف، وقيل: هو قولهما.

قال[٣]: ودية المرأة على النصف[٤] من دية الرجل، وقد ورد هذا اللفظ موقوفًا[٥] على على رضى الله تعالى عنه، ومرفوعًا إلى النبى عليه الصلاة والسلام*. وقال الشافعى: ما دون الثلث[٦] لا يتنصف، وأمامه فيه زيد ابن ثابت رضى الله تعالى عنه[٧]، والحجة عليه ما رويناه بعمومه، ولأن حالها[٨] أنقص من حال الرجل[٩]، ومنفعتها أقل[١٠]، وقد ظهر أثر النقصان فى التنصيف فى النفس، فكذا فى أطرافها[١١]، وأجزاءها اعتبارًا بها، وبالثلث وما فوقه.

قال[١٢]: ودية المسلم والذمى[١٣] سواء[١٤]، وقال الشافعى: دية اليهودى

آخر، فأجاب عن الشبهة بوجهين: أحدهما: أنه صحيح رواية كتاب المعاقل، وقال: لا خلاف بينهم، وإن هذه الأصناف من الأصول المقدرة عنده أيضًا. والثانى: أنه لم يصحح الشبهة، وقال: الخلاف فيها ثابت كما هو المذكور فى الكتاب، وما ذكر فى المعاقل محمول على قولهما. والجواب عن قضاء عمر رضى الله تعالى عنه أنه يحتمل أن عمر رضى الله تعالى عنه إنما قضى بذلك بطريق الصلح بعد ما قضى بالدراهم أو الدنانير؛ إذ الصلح من الدية على مال آخر جائز. (ك)

(١) فإن ما هو المقدر شرعًا لا يصح الصلح على الزيادة عليه.

(٢) أى عدم الجواز.

(٣) أى محمد فى "الأصل" لا فى "الجامع". (عينى)

(٤) فى النفس وفيما دون النفس. (ع)

(٥) قوله: "وقد ورد هذا اللفظ موقوفًا [والموقوف فى مثله كالمرفوع إلا مدخل للرأى فى التقدير. ع]" أخرج البيهقى عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله ﷺ: «دية المرأة على النصف من دية الرجل»، وأخرج إبراهيم عن على رضى الله تعالى أنه قال: "عقل المرأة على النصف من عقل الرجل". (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٣، والدراية ج٢ ص٢٧٣، الحديث٥٠١٠. (نعيم)

(٦) قوله: "ما دون الثلث [أى ما دون ثلث دية الرجل. (ك) وللشافعى فى الثلث روايتان. ك] إلخ" فمن قطع إصبع امرأة عليه عشرة من الإبل، ومن قطع إصبعين عليه عشرون من الإبل، ومن قطع ثلاثة أصابع عليه ثلاثون من الإبل، ومن قطع أربعة أصابع عليه أربعون من الإبل. (مل)

(٧) قوله: "زيد بن ثابت" وكان زيد بن ثابت يقول: إنها تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها، يعنى إذا كان الأرش بقدر ثلث الدية، أو دون ذلك، فالرجل والمرأة فيه سواء، فإن زاد على الثلث، فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجال. (ك)

(٨) امرأة.

(٩) قال الله تعالى: ﴿وللرجال عليهن درجة﴾. (ع)

(١٠) فإنها لا تتمكن من التزوج بأكثر من زوج. (ع)

(١١) أى ينتقص؛ لئلا يلزم مخالفة التبع الأصل. (ع)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) والمستأمن. (كافى)

(١٤) قوله: "سواء" رجالهم كرجالهم، ونساءهم كنساءهم فى النفس وما دونها. (عناية)

والنصرانى أربعة آلاف درهم، ودية المجوسى ثمان مائة درهم.

وقال مالك: دية اليهودي والنصرانى ستة آلاف درهم؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «عَقْل[1] الكافر[2] نصف عقل[3] المسلم»*، والكل عنده اثنا عشر ألفًا، وللشافعى ما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام[4] جعل دية النصرانى واليهودى أربعة آلاف درهم**، ودية المجوسى ثمان مائة درهم[5].

ولنا قوله عليه عليه الصلاة والسلام[6]: «دية كل ذى عهد في عهده ألف دينار»***، وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما[7]، وما رواه الشافعى لم يعرف راويه، ولم يذكر فى كتب الحديث، وما رويناه أشهر مما رواه مالك، فإنه ظهر به عمل الصحابة رضى الله تعالى عنهم[8].

فصل فيما دون النفس[9]

قال[10]: وفى النفس الدية[11]، وقد ذكرناه[12]، قال[13]: وفى المارن[14] الدية،

---

(١) دية.

(٢) هذا لفظ الترمذى رواه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، كذا فى "شرح النقاية"].

(٣) دية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٤، والدراية ج٢ ص٢٧٤، الحديث١٠٢٦. (نعيم)

(٤) قوله: "ما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام" روى عبد الرزاق فى "مصنفه" فى كتاب العقول عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب: «أن رسول الله ﷺ فرض على كل مسلم قتل رجلا من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم». (شرح نقاية)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٥، والدراية ج٢ ص٢٧٤، الحديث١٠٢٧. (نعيم)

(٥) قوله: "ثمان مائة درهم" روى الشافعى فى "مسنده" عن فضيل بن عياض عن منصور عن ثابت عن سعيد ابن المسيب عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم، وفى المجوسى ثمانمائة درهم. (على قارى)

(٦) أخرجه أبو داود فى "مراسيله" عن سعيد بن المسيب. (شرح نقاية)

*** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٦، والدراية ج٢ ص٢٧٥، الحديث١٠٢٨. (نعيم)

(٧) أورده محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار".

(٨) قوله: "فإنه ظهر به عمل الصحابة" وهو ما روى عكرمة عن ابن عباس أن النبى ﷺ ودى العاهدين الذين كان لهما عهد من رسول الله ﷺ، وقتلهما عمرو بن أمية بمائة من الإبل. وعن الزهرى أن أبا بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما كانا يجعلان دية الذمى مثل دية المسلم، وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه دية الذمى مثل دية المسلم. وعن الزهرى أيضًا كانت دية الذمى مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر، وعمر، وعثمان رضى الله تعالى عنهم، فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف، وعن على رضى الله تعالى عنه، إنما بذلوا الجزية؛ ليكون دماءهم كدماءنا، وأموالهم كأموالنا، وما يروى بخلاف هذا من الصحابة لا يعارض هذه المشاهير من الآثار. (ك)

(٩) عقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها، وهو ما دونها. (ع)

(١٠) أى القدورى. (عنى)

وفى اللسان الدية[١]، وفى الذكر الدية.

والأصل[٢] فيه ما روى سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه[٣] أن النبى عليه الصلاة والسلام قال: «فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية»*، وهكذا[٤] هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه.

والأصل فى الأطراف[٥] أنه إذا فوت جنس منفعته على الكمال[٦]، أو أزال جمالا مقصودًا فى الآدمى على الكمال، يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه، وهو[٧] ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيمًا للآدمى أصله[٨] قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالدية كلها فى اللسان والأنف، وعلى هذا ينسحب[٩] فروع

(١١) قوله: "فى النفس الدية [أى بسبب إتلافها. (ع) " إنما ذكر هذا تبركا بالابتداء بالحديث، وهذا لفظ الحديث. ك]" أعاد ذكر النفس فى فصل ما دون النفس تمهيدًا لما يذكر ما بعده. (عناية)

(١٢) أى فى أوائل الجنايات. (ك)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) المارن ما لان من الأنف، والقصبة ما صلب منه. (ك) نرمهٔ بينى. (م)

(١) قوله: "وفى اللسان إلخ" فالحاصل أن ما لا ثانى له فى البدن من أعضاء أو معانى مقصودة فبإتلافها يجب كمال الدية. (ك)

(٢) دليل.

(٣) قوله: "ما روى سعيد بن المسيب" هو من التابعين، وما روى عن رسول الله ﷺ فهو مرسل، وهو حجة بالإجماع. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٦٩، والدراية ج٢ ص٢٧٦، الحديث١٠٢٩. (نعيم)

(٤) قوله: "وهكذا" فى سنن النسائى، ومراسيل أبى داود عن سليمان بن أرقم عن الزهرى عن أبى بكر ابن محمد بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتابًا إلى أهل اليمن فيه الفرائض، والسنن والديات، وبعث به مع عمرو بن حزم، فقرئ على أهل اليمن، وفيه أن فى النفس الدية مائة من الإبل وفى الأنف إذا استوعب مارنه الدية، وفى اللسان الدية. (شرح نقاية)

(٥) أى القاعدة الكلية.

(٦) قوله: "على الكمال" قيد المنفعة والجمال بالكمال؛ لأن غير الكمال لا يجب فيه كل الدية، وإن كان فيه تفويت عضو مقصود، كما إذا قطع لسان الأخرس، أو آلة الخصى، أو العنين، أو اليد الشلاء، أو الرجل العرجاء، أو العين العوراء، أو السن السوداء لا يجب القصاص فى العمد، ولا الدية فى الخطأ؛ لأنه لم يفوت جنس منفعته، ولا فوت جمالا على الكمال، وإنما فيه حكومة عدل. (عناية)

(٧) أى إتلاف النفس من وجه.

(٨) دليل.

(٩) انسحاب: كشيده شدن. (من)

كثيرة، فنقول: فى الأنف الدية؛ لأنه أزال الجمال على الكمال[١]، وهو مقصود.
وكذا إذا قطع المارن[٢] أو الأرنبة[٣]؛ لما ذكرنا[٤].
ولو قطع المارن[٥] مع القصبة[٦] لا يزاد على دية واحدة؛ لأنه عضو واحد، وكذا اللسان[٧] لفوات منفعة مقصودة، وهو النطق، وكذا فى قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة، وإن كانت الآلة قائمة.
ولو قدر على التكلم ببعض الحروف، قيل يقسم على عدد الحروف[٨]، وقيل: على عدد حروف تتعلق باللسان[٩]، فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل: إن قدر على أداء أكثرها[١٠]، يجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال، وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية؛ لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام. وكذا الذكر؛ لأنه يفوت به منفعة الوطئ والإيلاد واستمساك البول والرمى[١١] به، ودفق الماء[١٢]، والإيلاج الذى هو طريق الإعلاق عادة[١٣]، وكذا فى الحشفة الدية كاملة؛ لأن الحشفة أصل فى منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له[١٤].

---

(١) قوله: "لأنه أزال الجمال إلخ" يعنى أن فى قطع الأنف تفويت جمال كامل، ثم كما يجب الدية بقطع جميع الأنف يجب بقطع المارن؛ لأن تفويت الجمال به يحصل. (ك)
(٢) نرمهٔ بينى.
(٣) طرف بينى. (من)
(٤) من إزالة الجمال.
(٥) المارن: ما لان من الأنف، والقصبة: ما صلب منه. (ك)
(٦) وهى عظمة واحدة. (شرح نقاية)
(٧) قوله: "وكذا اللسان" لأنه أزال بقطع الأرنبة، وهى طرف الأنف جمالا على الكمال مقصوداً، وبقطع المارن منفعة مقصودة؛ لأن منفعة الأنف أن يجتمع الروائح فى قصبة؛ لتعلو إلى الدماغ، وذلك يفوت بقطع المارن. (شرح نقاية)
(٨) أى جملة الحروف تتعلق باللسان أولا. (ع)
(٩) قوله: "على عدد حروف تتعلق باللسان إلخ" الحروف التى تتعلق بالسان، هى الألف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون، فما لم يمكنه إتيان حرف منها يلزمه بحصته من الدية، فأما الهوائية والحلقية والشفوية، فلا تدخل فى القسمة، فالشفوية الميم والباء، والحلقية الحاء والخاء والعين والغين والقاف، والأصل فى هذا ما روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل فى زمان على رضى الله تعالى عنه، فأمره من أن يقرأ ا ب ت ث، فكل ما قرأ حرفا أسقط من ديته بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحساب ذلك، هذا ما فى الكفاية، وفى العناية أن فى كون الألف من ذلك نظراً؛ لأنه من أقصى الحلق. (مل)
(١٠) حروف.
(١١) أى رمى البول.
(١٢) المنى.
(١٣) قوله: "عادةً" وإنما قيد بالعادة؛ لأنه يتصور الإعلاق بالسحق، إلا أنه فى العادة إنما يتحقق بالإيلاج. (ك)
(١٤) أى للحشفة.

قال[(١)] : وفى العقل إذا ذهب بالضرب الدية؛ لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه فى معاشه[(٢)] ومعاده[(٣)]، وكذا إذا ذهب سمعه، أو بصره، أو شمه، أو ذوقه[(٤)]؛ لأن كل واحد منها منفعة مقصودة[(٥)]. وقد روى[(٦)] أن عمر رضى الله تعالى عنه قضى[(٧)] بأربع ديات فى ضربة واحدة، ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر.

قال[(٨)] : وفى اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية[(٩)]؛ لأنه يفوت به منفعة الجمال، قال[(١٠)] : وفى شعر الرأس الدية[(١١)]؛ لما قلنا[(١٢)].

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) أى دنياه.

(٣) أى آخرته.

(٤) قوله: "وكذا إذا ذهب إلخ" أى يجب الدية بمقابلة فوات كل وحدة من هذه المنافع، فإن قيل: بما ذا يعرف فوات هذه المعانى، فإن قول المجنى عليه لا يقبل، قلنا: إذا صدقه الجانى أو استحلف، فنكل تثبت فواتها، وذكر فى "الذخيرة" طريق معرفة ذهاب السمع أن يتغافل فينادى، فإن أجاب لذلك علم أن سمعه لم يذهب، وأما طريق معرفة ذهاب البصر، فقال محمد بن مقاتل الرازى: طريقه أن يستقبل الشمس مفتوح العين، فإن دمعت عينه علم أن الضوء باق، وإن لم يدمع علم أن الضوء ذاهب، وذكر الطحاوى أنه يلقى بين يديه حية، فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره. وفى" المبسوط": أنه ينظر إليه رجلان عدلان من الأطباء، ويكون قولهما فى ذلك حجة، وإن لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والإنكار، والقول قول الجانى مع يمينه على البتات، أما اليمين فلأن المجنى عليه يدعى موجب الجناية، والجانى ينكره، وأما على البتات؛ فلأن هذا اليمين على فعل نفسه، وهو إذهاب بصر غيره، وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة، فإن تنفر عن ذلك عرف أنه لم يذهب شمه. (مل)

(٥) قوله: "منفعة مقصودة" أى ليس فيها استتباع كل منها للأخرى، بخلاف قتل النفس حيث لا يجب إلا دية واحدة؛ لأن الأطراف تبع للنفس إما الطرف، فليس بتبع للطرف الآخر، فيعتبر كل واحدة منها بنفسها. (ك)

(٦) قوله: "وقد روى" روى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن أبى خالد عن عوف الأعرابى أن رجلا رمى رجلا بحجر فى رأسه فى زمان عمر بن الخطاب، فذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره، فلم يقرب النساء، فقضى عمر فيها بأربع ديات، وهو حى. (شرح نقاية)

(٧) قوله: "قضى" روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات، بضربة واحدة على الرأس، ذهب بها عقله، وسمعه، وبصره، ومنفعة ذوقه. (كافى)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "الدية"ويؤجل سنةً، فإن مات فيها برئ. (در مختار)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "وفى شعر الرأس الدية" وذكر الإمام التمرتاشى قالوا: لو حلق رأس إنسان ولم ينبت، تجب الدية، الرجل والمرأة، والصغير والكبير فيه سواء، ولا يطالب بالدية حال الحلق، بل يؤجل سنة لتصور النبات، وكذا حلق اللحية، فإن مات المحلوق رأسه، أو لحيته قبل مضى السنة، ولم ينبت لا شيء فيه، وقالا: حكومة عدل. (ك)

(١٢) من أنه يفوت به الجمال.

وقال مالك وهو قول الشافعي : تجب فيهما حكومة عدل ؛ لأن ذلك[١] زيادة في الآدمي ، ولهذا يحلق شعر الرأس كله ، واللحية بعضها في بعض البلاد ، وصار كشعر الصدر والساق ، ولهذا يجب في شعر العبد[٢] نقصان القيمة .

ولنا أن اللحية في وقتها جمال[٣] ، وفي حلقها تفويته على الكمال ، فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصين[٤] ، وكذا شعر الرأس جمال ، ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره[٥] ، بخلاف شعر الصدر والساق ؛ لأنه لا يتعلق به جمال .

وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة[٦] أنه يجب فيها كمال القيمة ، والتخريج على الظاهر[٧] أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال[٨] دون الجمال بخلاف الحر .

قال :[٩] وفي الشارب حكومة عدل ، وهو الأصح[١٠] ؛ لأنه[١١] تابع للّحية ، فصار كبعض أطرافها[١٢] ، ولحية الكوسج إن كان على ذقنه[١٣] شعرات معدودة ، فلا شيء في حلقه ؛ لأن وجوده يشينه[١٤] ولا يزينه .

وإن كان أكثر من ذلك ، وكان[١٥] على الخد والذقن جميعًا[١٦] ، لكنه غير متصل

---

(١) أي شعر الرأس واللحية.

(٢) كلحية العبد، ولو كان في الشعر جمال للزم في شعر العبد كمال القيمة.

(٣) قوله: "ولنا أن اللحية في وقتها جمال" والدليل على أنه جمال قوله عليه السلام: «إن لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحاء والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق»؛ لأنه لا يتعلق به الجمال. (ت)

(٤) أي المرتفعين وصفهما لدفع إرادة السمع. (ع)

(٥) رأس.

(٦) قوله: "فعن أبي حنيفة أنه إلخ" وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتباراً بالدية في الحر لفوات الجمال. (ع)

(٧) أي الوجه على ظاهر الرواية، وهو أنه يجب نقصان القيمة.

(٨) أي الاستخدام.

(٩) أي المصنف. (عيني)

(١٠) قوله: "وهو الأصح" احتراز عما قال بعض مشايخنا: إنه يجب فيه كمال الدية؛ لأنه عضو على حدة، ويفوت به الجمال. (عناية)

(١١) شاربه

(١٢) لحية.

(١٣) ذقن -بالتحريك- زنخ. (من)

(١٤) شين -بالفتح- عيب كردن ضد زين.

(١٥) شعر.

(١٦) خد -بالفتح- رخسار وآن دو باشد. (من)

به، ففيه حكومة عدل؛ لأن فيه بعض الجمال.

وإن كان متصلا، ففيه كمال الدية؛ لأنه ليس بكوسج، وفيه معنى الجمال، وهذا كله إذا فسد المنبت، فإن نبتت[١] حتى استوفى كما كان لا يجب شيء؛ لأنه لم يبق أثر الجناية، ويؤدب[٢] على ارتكابه ما لا يحل، وإن نبتت[٣] بيضاء.

فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحر؛ لأنه يزيده جمالا، وفي العبد تجب حكومة عدل؛ لأنه ينقص قميته، وعندهما تجب[٤] حكومة عدل؛ لأنه[٥] في غير أوانه يشينه، ولا يزينه، ويستوى العمد والخطأ[٦] على هذا الجمهور.

وفي الحاجبين[٧] الدية، وفي أحدهما نصف الدية، وعند مالك والشافعي رحمهما الله تعالى تجب[٨] حكومة عدل، وقد مر الكلام فيه في اللحية[٩].

قال[١٠]: وفي العينين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الأنثيين[١١] الدية، كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام*.

قال[١٢]: وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية، وفيما كتبه النبي عليه

---

(١) لحيته.

(٢) الحالق.

(٣) اللحية بعد الحلق.

(٤) في الحر.

(٥) بياض.

(٦) قوله: "ويستوى إلخ" أي كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ، فكذا إذا حلقهما عمداً، تجب الدية لا القصاص؛ لأن القصاص لا يجب في شيء من الشعور؛ لأنه عقوبة، فلا يثبت قياساً، وإنما يثبت نصاً أو دلالةً، والنص إنما ورد في الجراحات قال الله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾، وهذا ليس في معناها؛ لأنه لا يحتاج في حلقها إلى إيلام ولا يتوهم فيه السراية كما في الجراحات، ثم قيل: صورة حلقها خطأ، هي أن يظنه مباح الدم، فحلق الوالي لحيته، ثم ظهر أنه غير مباح الدم. (كفاية للسيد جلال الدين)

(٧) ابرو.

(٨) في الحاجبين.

(٩) أي دليلنا ودليل الشافعي.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) أي الخصيتين.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٧١، والدراية ج٢ ص٢٧٧، الحديث ١٠٣٠. (نعيم)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

الصلاة والسلام[١] لعمرو بن حزم: «وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية»*، ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة، أو كمال الجمال، فيجب كل الدية، وفي تفويت إحداهما تفويت النصف، فيجب نصف الدية.

قال[٢]: وفي ثديي المرأة الدية؛ لما فيه من تفويت جنس المنفعة، وفي إحداهما نصف دية المرأة؛ لما بينا[٣].

بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل؛ لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال، وفي حلمتي[٤] المرأة الدية كاملة؛ لفوات[٥] جنس منفعة الإرضاع، وإمساك اللبن، وفي إحداهما نصفها؛ لما بيناه[٦].

قال[٧]: وفي أشفار[٨] العينين الدية[٩]، وفي إحداهما ربع الدية، قال رضي الله تعالى عنه[١٠]: يحتمل أن مراده[١١] الأهداب[١٢] مجازًا، كما ذكر محمد في "الأصل"[١٣] للمجاورة[١٤]، كالراوية للقربة[١٥]، وهي حقيقة في البعير، وهذا لأنه

---

(١) قوله: "وفيما كتبه النبي إلخ" أخرج النسائي في "سننه" وأبو داود في "مراسيله" عن أبي بكر ابن محمد ابن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتابًا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات، وبعث به مع عمرو ابن حزم، فكان فيه وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي العينين الدية، وفي العين الواحدة نصف الدية، وفي اليد الواحدة نصف الدية، وفي الرجل الواحدة نصف الدية. (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٢، والدراية ج٢ ص٢٧٧ تحت الحديث ١٠٣١. (نعيم)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) من أن فيه تفويت نصف جنس المنفعة.

(٤) حلمة –بفتحتين– سر پستان. (م)

(٥) قوله: "لفوات" لأنه إذا لم يكن لها حلمة يتعذر على الصبي الالتقام عند الارتضاع. (زيلعي)

(٦) من أن فيه تفويت نصف جنس المنفعة.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "أشفار" جمع شفر –بالضم– محل برآمدن موی مژه. (م)

(٩) إذا قلعها ولم ينبت. (زيلعي)

(١٠) أي المصنف.

(١١) قوله: "يحتمل أن مراده إلخ" هذا دفع لتخطئة من خطأ محمد في إطلاق الأشفار على الأهداب، قالوا: الأشفار منابت الشعر، وهي حروف العينين وأطرافها والشعور التي عليها تسمى الهدب، فقال المصنف: يحتمل أن المراد الأهداب، فيكون مجازًا للمجاورة ذكرا للمحل، وإرادة للحال. (ع)

(١٢) جمع هدب بالضم، وبضمتين: موی مژه.

(١٣) قوله: "كما ذكر محمد في الأصل" قال محمد: في أشفار العينين الدية كاملة إذا لم ينبت، فأراد به الشعر؛

يفوت به الجمال على الكمال، وجنس المنفعة، وهى منفعة دفع الأذى[١] والقذى[٢] عن العين، إذ هو يندفع بالهدب.

وإذا كان الواجب فى الكل[٣] كل الدية، وهى أربعة كان فى إحداها ربع الدية، وفى ثلاثة منها ثلاثة أرباعها، ويحتمل أن يكون مراده[٤] منبت الشعر، والحكم فيه هكذا[٥]، ولو قطع الجفون[٦] بأهدابها، ففيه دية واحدة؛ لأن الكل كشىء واحد، وصار كالمارن[٧] مع القصبة.

قال[٨]: وفى كل إصبع من أصابع اليدين، والرجلين عشر الدية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام[٩]: «فى كل إصبع عشر من الإبل»*؛ ولأن فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة، وفيه دية كاملة، وهى[١٠] عشر[١١]، فتنقسم الدية عليها.

لأن الشعر هو الذى ينبت دون الجلد. (زيلعى)

(١٤) قوله: "للمجاورة" ذكر فى "مبسوط شيخ الإسلام" جعل محمد الأشفار أسماء للشعور التى تنبت على حروف العين وأطرافها، وقد خطأه أهل اللغة فى هذا، وقالوا الأشفار منابت الشعر، وهى حروف العينين وأطرافهما والشعور التى عليها تسمى الهدب، قالوا: وكأنه أخذ من شفر الوادى، وهو جانبه وحده، فسميت منابت الشعور أشفاراً؛ لأنها حدود الأجفان، ولكن مشايخنا قالوا: بأن الأمر كما قالوا: إن الأشفار اسم لمنابت الشعور واسم الشعور الهدب، إلا أنه كنى بالأشفار عن الهدب، لاتصال ومجاورة بينهما، كما سموا القربة راوية، وهى البعير الذى يستقى عليه الماء لاتصال بين القربة والبعير كما قيل للمطر: سماء. (كفاية)

(١٥) قربة بالكسر: مشک. (م)

(١) چیزی که آزار دهد. (م)

(٢) خاشاک.

(٣) أى فى كل الأشفار.

(٤) على الحقيقة.

(٥) قوله: "والحكم فيه هكذا" أى تجب فى الكل الدية، وتجب فى كل شفر ربع الدية، ويستوى أن ينتف الأهداب وأفسد المنبت، أو قطع الجفون كلها بالأهداب. (ك)

(٦) جفن –بالفتح– پلک چشم. (م)

(٧) المارن: ما لان من الأنف، والقصبة: ما صلب منه. (ك)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" أخرج الترمذى وقال: حسن صحيح، وابن حبان فى "صحيحه"، وقال ابن القطان فى "كتابه": رجال إسناده كلهم ثقات عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «دية أصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الإبل لكل إصبع». (شرح نقاية لملا على القارى رحمه الله تعالى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٢، والدراية ج٢ ص٢٧٧، الحديث ١٠٣١. (نعيم)

(١٠) أصابع.

(١١) ففى كل عشر الدية.

قال[١]: والأصابع كلها سواء؛ لإطلاق الحديث[٢]، ولأنها سواء فى أصل المنفعة، فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال[٣]، وكذا أصابع الرجلين؛ لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشى، فتجب الدية كاملة، ثم فيهما عشر أصابع، فتنقسم الدية عليها[٤] أعشارًا.

قال[٥]: وفى كل إصبع فيها ثلاثة مفاصل، ففى أحدها ثلث دية الإصبع[٦]، وما فيها[٧] مفصلان، ففى أحدهما نصف دية الإصبع، وهو[٨] نظير انقسام دية اليد على الأصابع.

قال: وفى كل سن خمس من الإبل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله تعالى عنه[٩]: «وفى كل سن خمس من الإبل»*، والأسنان والأضراس سواء[١٠]؛ لإطلاق ما روينا[١١]؛ ولما روى فى بعض الروايات[١٢]: «والأسنان كلها سواء[١٣]»؛ ولأن كلها[١٤] فى أصل المنفعة

---

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الذى مر آنفًا.

(٣) فإن اليمين مساو فى الدية مع الشمال.

(٤) أى على الأصابع العشر.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "ففى أحدها إلخ" يعنى أن عشر الدية الواجب بإزاء كل إصبع، إنما هو بمقابلة مفاصلها، فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل واحد منها ثلثه، وما فيه مفصلان، كان لكل منهما نصفه. (ع)

(٧) كالإبهام. (زيلعى)

(٨) أى هذا الانقسام.

(٩) رواه بهذا اللفظ أبو داود.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٣، والدراية ج٢ ص٢٧٨، الحديث ١٠٣٢. (نعيم)

(١٠) قوله: "والأسنان والأضراس إلخ" قالوا: فيه نظر، والصواب أن يقال: والأسنان كلها سواء، أو يقال: والأنياب والأضراس كلها سواء؛ لأن السن اسم الجنس يدخل تحته اثنان وثلاثون: أربع منها ثنايا، وهى الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل، ومثلها رباعيات، وهى ما يلى الثنايا، ومثلها أنياب تلى الرباعيات، ومثلها ضواحك تلى الأنياب واثنا عشرة أسنان طواحن، وأربع نواجذ، وتسمى ضرس الحلم؛ لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل، فلا يصح أن يقال: الأسنان والأضراس سواء؛ لعوده إلى معنى الأسنان، وبعضها سواء. (ع)

(١١) آنفًا.

(١٢) رواه أبو داود عن ابن عباس مرفوعًا.

(١٣) قوله: "والأسنان كلها سواء" وإذا قلع جميع أسنانه، فعليه ستة عشر ألفًا من الدراهم؛ لأن الأسنان اثنان وثلاثون، فإذا وجب فى كل سن نصف عشر الدية، وهى خمس مائة بلغت الجملة ستة عشر ألفًا، وليس فى البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان، وإذا قلع جميع أسنان الكوسج، فعليه أربعة عشر ألفًا؛ لأن

سواء، فلا يعتبر التفاضل[(١)] كالأيدي والأصابع[(٢)]، وهذا إذا كان[(٣)] خطأ. فإن كان عمدًا ففيه القصاص، وقد مر في الجنايات[(٤)].

قال[(٥)]: ومن ضرب عضوًا، فأذهب منفعته، ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت[(٦)]، والعين إذا ذهب ضوءها؛ لأن المتعلق[(٧)] تفويت جنس المنفعة، لا فوات الصورة[(٨)].

ومن ضرب صلب[(٩)] غيره، فانقطع ماءه[(١٠)] يجب الدية؛ لتفويت جنس المنفعة[(١١)]، وكذا لو أحدبه[(١٢)]؛ لأنه فوت جمالا على الكمال، وهو استواء القامة[(١٣)]، فلو زالت الحدوبة[(١٤)]، لا شيء عليه لزوالها، لا عن أثر.

أسنانه تكون ثمانية وعشرين؛ لما حكى أن امرأة قالت لزوجها: يا كوسج! فقال: إن كنت كوسجًا، فأنت طالق، فسئل أبو حنيفة عن ذلك، فقال: يعد أسنانه، فإن كانت لثنتين وثلثين، فليس بكوسج، وإن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج. (ك)

(١٤) أسنان.

(١) قوله: "فلا يعتبر التفاضل" ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك؛ لما فيه من زيادة المنفعة، وهو خلاف النص. (عناية)

(٢) فإن حكمها سواء، وإن كانت بعض الأيدي والأصابع أكبر من بعض.

(٣) قلع.

(٤) في باب القصاص فيما دون النفس.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) شلل: تباه وخشك شدن دست. (م)

(٧) أي الذي يتعلق به وجوب كل الدية. (ك)

(٨) قوله: "لا فوات الصورة" فإن قلت: لا نسلم أن فوات الصورة ليس يتعلق به وجوب كل الدية، بل الجمال أيضًا مقصود، كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية، وليس أحدهما أولى باتباعه للآخر، فيكون الحصر في غير موقعه، قلت: أن الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة، وأما إذا كان فالجمال تابع، ألا ترى أنه إذا قطع اليد الشلاء، يجب حكومة عدل لا الدية؛ لأن المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال، فإن اجتمعا جعل الجمال تابعًا أيضًا، لأنه إذا كان تابعًا عند الانفراد، فلأن يكون تابعًا عند الاجتماع أولى. (عناية)

(٩) بالضم: استخوان پشت. (م)

(١٠) منيه.

(١١) أي منفعة النسل. (ع)

(١٢) كوزه پشت گردانيدن.

(١٣) قوله: "وهو استواء القامة" قيل في تفسير قوله تعالى: ﴿لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم﴾ أي منتصب القامة، وهي تزول بالحدوبة. (ع)

(١٤) كوزه پشتي.

فصل[١] في الشّجاج[٢]

قال[٣] : الشجاج عشرة: الحارصة[٤] : وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه[٥]، ولا تخرج الدم.

والدامعة: وهى التى تظهر الدم، ولا تسيله[٦] كالدمع[٧] فى العين، والدامية: وهي التى تسيل الدم، والباضعة[٨] : وهى التى تبضع الجلد[٩] أى تقطعه، والمتلاحمة[١٠] : وهى التى تأخذ فى اللحم.

والسِّمحاق: وهي التى تصل إلى السمحاق[١١] ، وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس، والموضحة: وهى التى توضح العظم أى تبينه، والهاشمة: وهي التي تكسر العظم[١٢] . والمنقلة[١٣] : وهى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله، والآمة[١٤]: وهى التى تصل إلى أم الرأس[١٥] ، وهو الذى فيه الدماغ.

(١) قوله: "فصل فى الشجاج "هى جمع شجة، ولما كانت نوعًا من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله، ذكره فى فصل على حدة. (منح، رد المحتار)

(٢) قوله: "في الشجاج "وتختص الشجة بما يكون بالوجه والرأس لغة، وما يكون بغيرهما فجراحة. (در مختار)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "الحارصة "مأخوذ من حرص القصار الثوب أى شقه من الدق. (زيلعى)

(٥) قوله: "تخدشه [خدش –بالفتح– خراشيدن وپوست باز كردن ومانند آن. (م) من باب ضرب. مختار]" قال ابن الشحنة عن قاضى خان: هى التى تخدش البشرة ولا يخرج منها دم، وتسمى خادشة. (رد المحتار)

(٦) إسالة: روان كردن . (م)

(٧) سرشک. (م)

(٨) بضع –بالفتح– بريدن. (م)

(٩) قوله: "وهى التى إلخ" رده الطورى بأن الزيلعى صرح بتحقق قطع الجلد فى الأنواع العشرة، فالظاهر فى تفسيرها ما فى "المحيط" و "البدائع": أنها التى تبضع اللحم، ومثله فى كتب اللغة، وعلى هذا فيزاد فى المتلاحمة قيد آخر، فيقال كما فى "البدائع" وغيرها: هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة. (رد المحتار)

(١٠) قوله: "والمتلاحمة" فى المغرب هى الشجة التى تشق اللحم دون العظم، ثم يتلاحم بعد شقها أى يتلاءم ويتلاصق، قال الأزهرى: الأوجه أن يقال: اللاحمة أى القاطعة للحم، وإنما سميت بذلك على ما يؤول إليه، أو على التفاؤل. (كفاية)

(١١) سمحاق كقرطاس: پوست تنک سر. (من)

(١٢) كسر –بالفتح– شكستن. (م)

(١٣) بتشديد القاف مفتوحة، أو مكسورة. (شرح وهبانية ، رد المحتار)

(١٤) قوله: "الآمة" هى العاشرة، ولم يذكر ما بعدها، وهى الدامغة بالغين المعجمة، وهى التى تخرج الدماغ؛ لأن النفس لا تبقى بعدها عادة، فكان ذلك قتلا، لا شجة. (عناية)

(١٥) قوله: "وهى التى تصل" أى تبلغ إلى أم الدماغ، حتى يبقى بينها، وبين الدماغ جلد رقيق، وأم الدماغ

قال: ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً؛ لما روى*: «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص[٢] في الموضحة»، ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم، فيتساويان، فيتحقق القصاص.

قال[٣]: ولا قصاص في بقية الشجاج؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساوات فيها؛ لأنه لا حد ينتهي السكين إليه[٤]، ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم[٥]، ولا قصاص فيه، وهذه رواية عن أبي حنيفة. وقال محمد في "الأصل"[٦]: وهو ظاهر الرواية، يجب القصاص فيما قبل الموضحة[٧]؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه، إذ ليس فيه كسر العظم، ولا خوف هلاك غالب، فيسبر[٨] غورها[٩] بمسبار[١٠]، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك، فيقطع بها[١١] مقدار ما قطع، فيتحقق استيفاء القصاص.

قال[١٢]: وفيما دون الموضحة[١٣] حكومة العدل[١٤]؛ لأنه ليس فيها أرش مقدر[١٥]، ولا يمكن إهداره، فوجب اعتباره بحكم العدل، وهو مأثور[١٦] عن

الجلد التي تجمع الدماغ، كذا في "الصحاح".

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٤، والدراية ج٢ ص٢٧٨، الحديث١٠٣٣. (نعيم)

(٢) قوله: "قضى بالقصاص" أخرج البيهقي مرسلا عن طاوس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا طلاق قبل ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات». (شرح نقاية لملا علي القاري رحمه الله تعالى)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أي إلى ذلك الحد.

(٥) قوله: "ولأن فيما فوق الموضحة" أي فيما هو أكثر شجة من الموضحة، وهو ما ذكره بعد الموضحة، وهو ثلاثة: الهاشمة والمنقلة والآمة. (ك)

(٦) أي المبسوط.

(٧) قوله: "فيما قبل الموضحة" أي قبلها ذكراً، ودونها أثراً وشجاً، وهي ستة من الحارصة إلى السمحاق. (نهاية)

(٨) سبر -بالفتح- ميل بجراحت وجز آن فرو بردن تا غور آن معلوم شود وآزمودن. (منتخب)

(٩) غور -بالفتح- قعر وتنگ هر چيزى. (م)

(١٠) مسبار -بالكسر- ميلى كه بجراحت فرو برند تا غور آن معلوم شود. (م)

(١١) أي بتلك الحديدة.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "وفيما دون الموضحة" أي دونها أثرا وشجا، ولكن قبلها من حيث الذكر، وهو الحارصة إلى السمحاق، فلذلك ذكر مرة بما قبل الموضحة، ومرة بما دون الموضحة. (نهاية)

(١٤) قوله: "حكومة العدل" وجوب حكومة عدل فيها إنما هو على رواية غير الأصل، وأما على رواية، فقد قال: يجب القصاص فيما قبل الموضحة. (ن)

(١٥) من الشارع.

النخعي [١] وعمر بن عبد العزيز.

قال[٢] : وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية، وفي الهاشمة عشر الدية، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية، وفي الآمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية[٣] ، فإن نفذت[٤] فهما جائفتان، ففيهما ثلثا الدية؛ لما روى[٥] في كتاب عمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام قال: «وفى الموضحة خمس من الإبل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمسة عشر وفى الآمة، ويروى المأمومة ثلث الدية»*، وقال عليه الصلاة والسلام[٦] : «فى الجائفة ثلث الدية»**.

وعن أبى بكر رضى الله تعالى عنه[٧] أنه حكم فى جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثى الدية، ولأنها[٨] إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين، أحدهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر، وفى كل جائفة ثلث الدية، فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية.

وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة، وقال: هى التى يتلاحم[٩] فيها

---

(١٦) كذا قال العينى فى "شرح الكنز".

(١) إبراهيم.

(٢) أى القدورى (عينى)

(٣) إلى الجانب الآخر.

(٤) قوله: "وفى الجائفة" قال فى "الإيضاح": الجائفة ما يصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه، قال فى "النهاية": فعلى هذا ذكر الجائفة هناك فى مسائل الشجاج حينئذٍ وقع اتفاقًا، وذلك لأن الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن. (ع)

(٥) قوله: "لما روى" أى لقوله عليه السلام فى كتاب عمرو بن حزم الذى أخرجه النسائى وابو داود: وفى المأمومة ثلث الدية، وفى الجائفة ثلث الدية، وفى المنقلة خمس عشر من الإبل، وفى الموضحة خمس من الإبل، وليس فيه ذكر الهاشمة، لكن أخرج عبد الرزاق فى "مصنفه" عن زيد بن ثابت قال: فى الموضحة خمس، وفى الهاشمة عشر، وفى المنقلة خمس عشرة، وفى المأمومة ثلث الدية. (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٧٤، والدراية ج٢ ص٢٧٨، الحديث ١٠٣٤. (نعيم)

(٦) فى ذلك الكتاب.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٥، والدراية ج٢ ص٢٧٩ تحت الحديث ١٠٣٤. (نعيم)

(٧) قوله: "وعن أبى بكر" رواه عبد الرزاق فى "مصنفه" عن الثورى عن محمد بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن ابن المسيب. (شرح نقاية)

(٨) جائفة.

(٩) قوله: "يتلاحم [باهم پيوسته شود، ولا تبضع اللحم. مغرب]" قال الزيلعى: المتلاحمة مأخوذة من قولهم:

الدم، ويسود[١]، وما ذكرناه بَدْءً[٢]، مروى عن أبى يوسف، وهذا اختلاف عبارة[٣] لا يعود[٤] إلى معنى وحكم، وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة[٥]، وهى التى تصل إلى الدماغ، وإنما لم يذكرها[٦]؛ لأنها تقع قتلا فى الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة.

ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغةً، وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة، والحكم مرتب على الحقيقة[٧] فى الصحيح، حتى لو تحققت[٨] فى غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير[٩] بالتوقيف[١٠]، وهو إنما ورد فيما يختص بهما.

ولأنه إنما ورد الحكم فيها[١١] لمعنى الشين[١٢] الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها فى الغالب، وهو العضوان هذان[١٣]، لا سواهما.

وأما اللحيان[١٤] فقد قيل: ليسا من الوجه[١٥]، وهو قول مالك: حتى لو وجد

التحم الشيئان، إذا التصق أحدهما بالآخر، فالمتلاحمة ما يظهر اللحم، ولا يقطعه، والباضعة بعدها؛ لأنها تقطعه، وفى "منتهى الأرب": التحام كفشير گرفتن جراحت وسر استوار كردن آن.

(١) الدم.

(٢) أولا.

(٣) قوله: "وهذا اختلاف [أى اختلاف فى مأخذ الكلمة. ك] عبارة" يعنى يرجع إلى مأخذ الاشتقاق، فمحمد ذهب إلى أن المتلاحمة مشتقة من التحم الساقان إذا اتصل أحدهما بالآخر، فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع، والباضعة بعدها؛ لأنها تقطعه. (عناية)

(٤) قوله: "لا يعود" أى لا يعود إلى معنى موثر يبتنى عليه الاختلاف فى الأحكام. (كفاية)

(٥) قوله: "وبعد هذا" أى بعد الآمة شجة تسمى الدامغة، بالغين المعجمة، وهى التى تصل إلى الدماغ، ولم يذكرها محمد؛ لأن النفس لا تبقى بعدها عادةً، فيكون قتلا، ولا يكون من الشجاج، والكلام فى الشجاج، وكذا لم يذكر الحارصة؛ لأنه لا يبقى لها أثر فى الغالب. (تخريج زيلعى)

(٦) محمد.

(٧) اللغوية.

(٨) الشجة.

(٩) أى تقدير الأرش.

(١٠) بالسماع.

(١١) أى فى الشجاج.

(١٢) عيب كردن.

(١٣) أى الوجه والرأس.

(١٤) قوله: "وأما اللحيان [لحى –بالفتح– جاى ريش از مردم وجز آن وهما لحيان. (من) يريد به العظم الذى تحت الذقن. ع]" اللحى العظم الذى عليه الأسنان، ومنه رماه بلحى جمل. (مغرب)

فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر.

وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة، ولا مواجهة للناظر فيهما، إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به[١] من غير فاصلة، وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضًا.

وقالوا[٢]: الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس، أو جوف البطن، وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى: أن يقوم مملوكًا[٣] بدون هذا الأثر، ويقوم وبه[٤] هذا الأثر.

ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان ربع عشر، فربع عشر.

وقال الكرخى: ينظركم مقدار هذه الشجة من الموضحة[٥]، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية؛ لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه.

فصل[٦]

قال: وفى[٧] أصابع اليد[٨] نصف الدية؛ لأن فى كل إصبع عشر الدية على ما

---

(١٥) قوله: "فقد قيل إلخ" وفى الذخيرة والذقن من الوجه بلاخلاف، والعظم الذى تحت الذقن، وهو اللحيان، فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلث فى اللحيين كان لها أرش مقدر عندنا، خلافًا لمالك، وفى "مبسوط شيخ الإسلام" ويجب أن يفرض غسل اللحيين فى الطهارة؛ لأنهما من الوجه على الحقيقة، إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع، ولا إجماع ههنا، فبقيت العبرة للحقيقة. (ك)

(١) أى بالوجه.

(٢) قوله: "وقالوا: الجائفة إلخ" وعليه فذكرها مع الشجاج له وجه من حيث إنها قد تكون فى الرأس؛ لكن نظر فيه الاتقانى بما فى مختصر الكرخى من أنها لا تكون فى الرقبة ولا فى الحلق، ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر، والظهر والبطن والجنبين، وبما ذكره فى الأصل من أنها لا تكون فوق الذقن ولا تحت العانة إلخ، قال العينى: ولا تدخل الجائفة فى العشرة إذ لا يطلق عليها الشجة، وإنما ذكرت مع الآمة لاستواءهما فى الحكم. (رد المحتار)

(٣) قوله: "أن يقوم إلخ" فإن كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفًا ومع الجراحة تبلغ قيمته تسع مائة، علمت أن الجراحة أو جبت نقصان عشر قيمته، فأوجبت عشر الدية؛ لأن قيمة الحر ديته، وبه أخذ شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى "فتاوى قاضى خان" الفتوى على هذا. (كفاية)

(٤) الواو للحال.

(٥) قوله: "ينظركم إلخ" بيان هذا أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا، فإنه ينظركم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة، وجب ثلث أرش الموضحة، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة، قال شيخ الإسلام: هذا هو الأصح، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(٦) قوله: "فصل" لما كانت الأطراف دون الرأس، ولها حكم على حدة، ذكرها فى فصل على حدة. (ع)

(٧) هذا قول القدورى. (عينى)

(٨) أى اليد الواحدة. (زيلعى)

روينا(١)، فكان في الخمس نصف الدية، ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش(٢)، وهو الموجب(٣) على ما مر(٤).

فإن قطعها مع الكف، ففيه أيضًا نصف الدية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «وفي اليدين الدية وفي إحداهما(٥) نصف الدية»*، ولأن الكف تبع للأصابع؛ لأن البطش بها(٦)، وإن قطعها مع نصف الساعد(٧)، ففي الأصابع والكف نصف الدية، وفي الزيادة حكومة عدل، وهو(٨) رواية عن أبي يوسف.

وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل، فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ(٩)؛ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية، واليد اسم(١٠) لهذه الجارحة(١١) إلى المنكب(١٢)، فلا يزاد على تقدير الشرع.

ولهما(١٣) أن اليد آلة باطشة، والبطش يتعلق بالكف، والأصابع دون الذراع، فلم يجعل الذراع تبعًا في حق التضمين، ولأنه لا وجه إلى أن يكون(١٤) تبعًا للأصابع؛ لأن بينهما(١٥) عضوًا(١٦) كاملا(١٧)، ولا إلى أن يكون تبعًا للكف(١٨)؛ لأنه

---

(١) قوله: "على ما روينا" وهو ما ذكر في فصل ما دون النفس، قوله عليه السلام: «في كل إصبع عشر من الإبل». (ك)

(٢) سخت گرفتن.

(٣) للدية.

(٤) قوله: "على ما مر" وهو قوله: ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة إلخ. (ك)

(٥) قوله: "وفي إحداهما" قال علي القاري في "شرح النقاية": إن النبي ﷺ قضى على قاطع اليد بنصف الدية، وكتب النبي ﷺ كتابًا إلى اليمن، وفيه وفي اليد الواحدة نصف الدية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٦، والدراية ج٢ ص٢٧٩ تحت الحديث١٠٣٤. (نعيم)

(٦) أي بالأصابع.

(٧) هو من اليد ما بين المرفق والكف. (مغرب)

(٨) وهو مختار الطرفين.

(٩) لف ونشر مرتب.

(١٠) قوله: "واليد إلخ" وأجيب من قوله: واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع، فإن اليد إذا ذكرت في موضع القطع، فالمراد به من مفصل الزند، كما في آية السرقة. (ع)

(١١) من رؤوس الأصابع إلى الإبط. (ك)

(١٢) دوش آدمي. (م)

(١٣) أي للطرفين.

(١٤) الساعد.

(١٥) أي بين الساعد والأصابع.

تابع[١]، ولا تبع للتبع.

قال[٢]: وإن قطع الكف من المفصل وفيها إصبع واحدة، ففيه عشر الدية، وإن كان إصبعان فالخمس، ولا شىء فى الكف، وهذا عند أبى حنيفة.

وقالا: ينظر إلى أرش الكف والإصبع[٣]، فيكون عليه الأكثر، ويدخل القليل فى الكثير؛ لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين[٤]؛ لأن الكل شىء واحد[٥]، ولا[٦] إلى إهدار أحدهما؛ لأن كل واحد منهما أصل من وجه[٧]، فرجحنا بالكثرة.

وله أن الأصابع أصل، والكف تابع حقيقةً وشرعًا[٨]؛ لأن البطش يقوم بها، وأوجب الشرع فى إصبع واحدة عشراً من الإبل، والترجيح من حيث الذات[٩]،

---

(١٦) أى الكف.

(١٧) كما لم يجعل إحدى اليدين تابعة للأخرى. (ك)

(١٨) قوله: "ولا إلى أن يكون إلخ" أى لا وجه إلى أن يكون تبعًا للكف؛ لأن الكف تابع للأصابع، ولا تبع للتبع؛ لأنه من حيث التبع لا يجب للكف شيء، ومن حيث إنه أصل الساعد وجب أن يجب له شىء، فيؤدى إلى الجمع بين الوجوب وعدمه، ولما لم يكن الساعد تبعًا لا إلى الأصابع، ولا إلى الكف، وجب اعتباره أصلا، إذ لا وجه إلى إهداره، ولم يرد من الشارع ٤ فيه شىء مقدر، فتجب فيه حكومة عدل. (ك)

(١) للأصابع.

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٣) قوله: "ينظر إلى أرش الكف [أى حكومة العدل]" اعلم أنه إذا قطع الكف، ولا أصابع فيها قال أبو يوسف: فيها حكومة عدل لا يبلغ بها أرش إصبع؛ لأن الإصبع الواحدة يتبعها الكف على قول أبى حنيفة، فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع، كذا فى "الإيضاح". (ك)

(٤) أى أرش الأصابع وأرش الكف. (ن)

(٥) قوله: "لأن الكل شىء واحد" فإن ضمان الكف هو عين ضمان الأصابع، وضمان الأصابع هو عين ضمان الكف، فهو شىء واحد، فوجب الترجيح بالكثرة كما قلنا: فيمن شج رأسه، وتناثر بعض شعره حيث يدخل هنالك الأقل فى الأكثر، كذا ههنا. (ن)

(٦) أى لا وجه.

(٧) قوله: "أصل من وجه" أما الكف فلأن الأصابع قائمة به، وأما الأصابع فلأنها أصل فى منفعة البطش. (ت)

(٨) قوله: "تابع حقيقةً وشرعًا" إما من حيث الحقيقة، فلأن البطش بالأصابع، وإما من حيث الحكم فلأن الإصبع له أرش مقدر، والكف ليس له أرش مقدر، وما ثبت فيه التقدير شرعًا، فهو ثابت بالنص، وما لا تقدير فيه من الشارع، فهو ثابت بالرأى، والرأى لا يعارض النص، فكان ما ثبت فيه التقدير بالنص أولى، وهذا لأن المصير إلى الرأى للضرورة، وهذه الضرورة لا تتحقق عند إمكان إيجاب المقدر بالنص. (ك)

(٩) قوله: "والترجيح من حيث الذات [أى من حيث الحقيقة والشرع] والحكم" أى من حيث الحقيقة، والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب؛ لأن المصير إلى الترجيح بالكثرة عند المساواة فى القوة، ولا مساواة بين الرأى والنص، فلا يصار إلى الترجيح، هذا إذا بقى إصبع واحدة، وأما إذا لم يبق من الإصبع إلا مفصل واحد، ففى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة يجب فيه أرش ذلك المفصل، ويجعل الكف تبعًا له؛ لأن أرش ذلك المفصل مقدر، وما بقى شىء

والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب[(١)]، ولو كان فى الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع، ولا شىء فى الكف بالإجماع؛ لأن الأصابع أصول فى التقوم وللأكثر حكم الكل، فاستتبعت الكف، كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها[(٢)]. قال: وفى الإصبع الزائدة حكومة عدل[(٣)] تشريفًا للأدمى؛ لأنه جزء من يده[(٤)]؛ لكن لا منفعة فيه ولا زينة، وكذلك السن الشاغية[(٥)]؛ لما قلنا[(٦)].

وفى عين الصبى[(٧)] وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل، وقال الشافعى: تجب فيه دية كاملة؛ لأن الغالب فيه الصحة، فأشبه قطع المارن[(٨)] والإذن[(٩)]. ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء[(١٠)] المنفعة، فإذا لم تعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك، والظاهر لا يصلح حجة للإلزام[(١١)]، بخلاف المارن[(١٢)]، والأذن الشاخصة[(١٣)]؛ لأن المقصود هو الجمال، وقد فوته على

من الأصل وإن قل، فلا حكم للتبع، كما إذا بقى واحد من أصحاب الخطة فى المحلة، لا يعتبر السكان، وروى الحسن عن أبى حنيفة إذا كان الباقى دون إصبع، فإنه يعتبر فيه الأقل والأكثر، فيدخل الأقل فى الأكثر؛ لأن أرش الإصبع منصوص عليه، فأما أرش كل مفصل غير منصوص عليه، وإنما اعتبرنا ذلك المنصوص بنوع رأى، وكونه أصلا باعتبار النص، فإذا لم يرد النص فى أرش مفصل واحد، اعتبرنا فيه الأقل والأكثر، ولكن الأول أصح، كذا فى "المبسوط". (كفاية)

(١) كثرة وقلة.

(٢) فتكون الكف تابعة.

(٣) قوله: "حكومة عدل" أى سواء كان فى العمد أو فى الخطأ، وسواء فيما إذا كان للقاطع إصبع زائدة أم لا، هكذا ذكر فى الذخيرة، ولا يقال: بأن قوله عليه السلام: «فى كل إصبع كذا» مطلق، وهذا إصبع؛ لأنا نقول: إنما يفهم من خطابات الشرع ما هو معروف ومتفاهم عند الناس، والإصبع الزائدة ليست بهذه المثابة، فلا يتناوله النص. (ك)

(٤) قوله: "لأنه [إصبع زائد] جزء من يده" قيل عليه: إنه منقوض بما إذا كان فى ذقن رجل شعرات معدودة، وأزالها رجل، ولم ينبت مثلها، فإنه لم يجب فيه حكومة عدل، وقد كان الشعر جزءً من الآدمى، بدليل أنه لا يحل الانتفاع به، وأجيب: بأن الوجوب إذا بقى من أثره ما يشينه، كما فى قطع الأصبع الزائدة، وإزالة الشعرات برأسه، لا تشينه فلا يوجبها، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه. (عناية)

(٥) قوله: "الشاغية [أى الزائدة، أى التى يخالف، نبتها نبت غيرها من الأسنان]" الشاغية شغانًا هموارى دندان، ونا هموار بر آمدن آن، يقال: شغت أسنانه شغواً وشغًا أى اختلفت فى نبتها بالطول والقصر والدخول والخروج، سن شاغية دندان زائد. (من)

(٦) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله لأنه جزء من يده، والسن الشاغية أيضًا جزء من فمه. (ك)

(٧) هذا لفظ القدورى .

(٨) هو ما لان من الأنف، أى مارن الصبى وأذنه.

(٩) الشاخصة.

(١٠) أى العين والذكر واللسان.

(١١) لا الزينة.

(١٢) قوله: "لا يصلح حجة للإلزام" إنما قيد بالإلزام؛ لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام، حتى إنه لو

الكمال.

وكذلك لو استهل الصبى[١]؛ لأنه[٢] ليس بكلام، وإنما هو مجرد صوت، ومعرفة الصحة فيه[٣] بالكلام، وفى الذكر بالحركة[٤]، وفى العين بما يستدل به على النظر، فيكون بعد ذلك[٥] حكمه حكم البالغ فى العمد والخطأ.

قال[٦]: ومن شج[٧] رجلا، فذهب عقله أوشعر رأسه، دخل أرش الموضحة فى الدية؛ لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء[٨]، فصار كما إذا أوضحه[٩] فمات، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، حتى لو نبت[١٠] يسقط، والدية[١١] بفوات كل الشعر، وقد تعلّقا[١٢] بسبب واحد[١٣]، فدخل الجزء فى الجملة[١٤]، كما إذا قطع إصبع رجل فشلّت[١٥] يده.

أعتق صغيراً لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقيناً، يخرج عن عهدة الكفارة؛ لأن الغالب هو السلامة، وقد تقدم من قبل فى قوله: يجزئه رضيع. (عناية)

(١٣) بلند.

(١) استهلال: بانگ كردن كودك در وقت زادن. (م)

(٢) استهلال.

(٣) أى فى اللسان.

(٤) قوله: "بالحركة" أى بالحركة عند البول، كذا فى "الذخيرة". (حميدية)

(٥) معرفة.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) أى موضحة. (ك)

(٨) فيدخل الجزء فى الكل.

(٩) قوله: "فصار كما إذا أوضحه [أى شجه موضحة] فمات" يعنى من حيث إن إذهاب العقل فى معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم أو من حيث إن العقل ليس فى موضع يشار إليه، فصار كالروح. (عناية)

(١٠) والتأمت الشجة. (ك)

(١١) تجب.

(١٢) قوله: "وقد تعلّقا" يعنى أرش الموضحة والدية بسبب واحد، هو فوات الشعر، لكن الموضحة للبعض، وسبب الدية الكل، فيدخل الجزء فى الجملة. (عناية)

(١٣) وهو فوات الشعر بالشج.

(١٤) قوله: "فدخل الجزء في الجملة [أى في الكل]" يعنى أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر، وكذلك وجوب الدية أيضاً بفوات الشعر كله، فعلم بهذا أن سببهما شيء واحد، وهو فوات الشعر، ولما كان كذلك، فيدخل الأقل فى الأكثر، كما إذا قطع الكف مع الأصابع حيث يدخل موجب الكف، وهو حكومة العدل فى أرش الأصابع. (ك)

(١٥) شلل: تباه وخشك شدن دست. (م) يجب أرش اليد ويدخل أرش الإصبع فيه.

وقال زفر: لا يدخل[١]؛ لأن كل واحد[٢] جناية فيما دون النفس، فلا يتداخلان كسائر الجنايات، وجوابه ما ذكرنا[٣].

قال: وإن ذهب[٤] سمعه، أو بصره، أو كلامه، فعليه أرش الموضحة مع الدية، [٥] قالوا[٦]: هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى[٧].

وعن أبى يوسف[٨] أن الشجة تدخل فى دية السمع والكلام، ولا تدخل فى دية البصر. وجه الأول[٩]: أن كلا منها[١٠] جناية فيما دون النفس، والمنفعة[١١] مختصة به، فأشبه الأعضاء المختلفة[١٢]، بخلاف العقل؛ لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء، على ما بينا[١٣]. وجه الثانى[١٤]: أن السمع[١٥] والكلام مبطن[١٦]، فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر[١٧]، فلا يلحق به[١٨].

---

(١) أرش الموضحة فى الدية.

(٢) من الموضحة، وذهاب العقل، أو شعر الرأس.

(٣) قوله: "ما ذكرنا" قيل: يعنى به قوله: لأن بفوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء، وقيل: قوله: وقد تعلقا بسبب واحد، وهو أشمل من الأول. (عناية)

(٤) بسبب الشجة الموضحة.

(٥) أى لا تدخل أرش الموضحة فى دية السمع والبصر والكلام. (زيلعى)

(٦) المشايخ.

(٧) قوله: "وأبى يوسف" ذكر أبى يوسف مع أبى حنيفة وقع سهواً مخالف للكتب المتداولة، والأصح ذكر محمد مع أبى حنيفة. (ن)

(٨) قوله: "وعن أبى يوسف إلخ" هذا الذى ذكره إذا كان خطأ، أما إذا كان عمداً يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبى حنيفة، وعندهما يجب القصاص فى الشجة والدية فى السمع والبصر والكلام. (عناية)

(٩) قوله: "وجه الأول" وهو أن أرش الموضحة لا يدخل فى الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام. (ع)

(١٠) أى من الموضحة وذهاب السمع والبصر والكلام.

(١١) أى منفعة كلى.

(١٢) والجناية متى وقعت على الأعضاء لا يدخل أرش واحد فى الآخر.

(١٣) قوله: "على ما بينا" يعنى قوله: لأن بفوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء. (ع)

(١٤) يعنى قوله: وعن أبى يوسف إلخ.

(١٥) قوله: "أن السمع والكلام إلخ" قيل: يراد به الكلام النفسى بحيث لا يرتسم فيها المعانى، ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسيراً جداً، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات، ففى جعله مبطناً نظر. (ع)

(١٦) قوله: "مبطن" يعنى قوة السمع والكلام لا يعرف بالحس غالبًا، حتى لا يفرق بين الأصم والسميع والمتكلم والأخرس فى بادى الرأى غالبًا، كما لا يعرف بين العاقل وغيره فى بادى الرأى، بخلاف الأعمى والبصر. (أعظمى)

(١٧) قوله: "فيعتبر بالعقل" فيدخل أرش الشجة الموضحة فى دية السمع والكلام، كما تدخل فى دية العقل.. (مل)

قال: وفي "الجامع الصغير": ومن شج رجلا موضحة، فذهبت عيناه، فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة، قالوا: وينبغي أن تجب الدية فيهما[١].

وقالا: في الموضحة القصاص، قالوا[٢]: وينبغي أن تجب الدية[٣] في العينين.

قال[٤]: وإن قطع إصبع رجل من المفصل الأعلى، فشل[٥] ما بقى من الإصبع أو اليد كلها، لا قصاص عليه في شيء من ذلك.

وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى، وفيما بقى[٦] حكومة عدل، وكذلك[٧] لو كسر بعض سن رجل، فاسودّ ما بقى، ولم يحكِ[٨] خلافًا، وينبغي أن تجب الدية في السن كله.

ولو قال[٩]: اقطع المفصل[١٠]، واترك ما يبس، واكسر القدر المكسور، واترك الباقي لم يكن له ذلك؛ لأن الفعل في نفسه ما وقع موجبًا للقود[١١]، فصار كما لو شجه منقلة، فقال: أشجه موضحة[١٢] وأترك الزيادة.

لهما في الخلافية[١٣] أن الفعل في محلين، فيكون جنايتين مبتدأتين، فالشبهة في

(١٨) قوله: "فلا يلحق به" أي بذهاب العقل، فلذلك لا يدخل أرش الشجة في دية البصر، وقال في "الإيضاح": وهذا الفرق لا يتضح، وذكر في "المبسوط" بعد ما ذكر تعليل أبي يوسف، ولكنا نقول: محل السمع غير محل الشجة، وكذلك محل البصر، وبتفويتهما لا يتبدل النفس، وإنما يجب الدية لتفويت منفعة مقصودة، فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة. (ك)

(١) قوله: "قالوا: وينبغي إلخ" أي قال المشايخ: على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجب الدية في العينين، والأرش في الموضحة. (ك)

(٢) مشايخ.

(٣) قوله: "ينبغي أن تجب إلخ" أي قال المشايخ: على قول أبي يوسف ومحمد يجب القصاص في الموضحة، والدية في العينين. (ك)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) تباه وخشك گرديد.

(٦) قوله: وفي ما بقى" أي من الإصبع حكومة عدل لا كل اليد، فإن فيها تجب الدية، كما مر في قوله: كما إذا قطع إصبع رجل فشلت يده. (مل)

(٧) أي لا قصاص.

(٨) محمد في "الجامع الصغير".

(٩) المظلوم.

(١٠) الأعلى.

(١١) فليس له استيفاء القود.

(١٢) فلا يسمع إلى قوله: لأن الشجة المنقلة لا يوجب القود في نفسها.

(١٣) قوله: "لهما في الخلافية" أي فيما إذا شج رجلا موضحة، فذهبت عيناه، قالا: في الموضحة القصاص، والدية

أحدهما[١] لا تتعدى إلى الآخرى[٢]، كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه، ونفذ منه إلى غيره فقتله، يجب القود فى الأول[٣]، والدية فى الثانى.

وله أن الجراحة الأولى سارية[٤]، والجزاء بالمثل، وليس فى وسعه السارى[٥] فيجب المال.

ولأن الفعل واحد حقيقة، وهو الحركة القائمة[٦]، وكذا المحل[٧] متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر، فأورثت نهايته شبهة الخطأ فى البداية[٨]، بخلاف النفسين[٩]؛ لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه، وبخلاف ما إذا وقع السكين على الإصبع[١٠]؛ لأنه[١١] ليس فعلا مقصوداً.

قال[١٢]: وإن قطع إصبعاً، فشلت[١٣] إلى جنبها أخرى، فلا قصاص فى شىء

فى العينين. (ك)

(١) أى فى ذهاب العينين.

(٢) فالقصاص فى الشجة والدية فى العينين..

(٣) لا فى الثانى للشبهة.

(٤) قوله: "وله أن الجراحة إلخ" أبو حنيفة يقول: هذه جناية وسرايتها، وقد تعذر إيجاب القصاص باعتبار سرايتها، فلا يجب القصاص باعتبار أصلها، كما إذا قطع إصبعًا، فشلت الإصبع، وهذا لأن السراية أثر الجناية، وهى مع أصل الجناية فى حكم فعل واحد. (ك)

(٥) قوله: "وليس فى وسعه السارى" أى الجراحة التى تعمل قصاصًا، قد لا تكون سارية، إذ ليس فى وسعه فعل ذلك، فلا يكون مثلا للأولى، ولا قصاص بدون المما ثلة. (ع)

(٦) أى الثابتة وقت الشج.

(٧) أى محل الجنايتين. (ع)

(٨) قوله: "فأورثت نهايته إلخ" أى نهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق، فيورث الشبهة فى البداية نظرًا إلى اتحادهما، فإذا صار لا يوجب القود بعاقبة أثر ذلك فى البداية. (مل)

(٩) قوله: "بخلاف النفسين" جواب عن قولهما، كمن رمى إلى رجل عمدًا، فأصابه إلخ، ووجه ذلك إنا جعلنا الفعل واحدا من حيث إن الثانى حصل من سراية الأول، وههنا ليس كذلك، فإن السراية إنما تكون تبعًا، وهو إنما يتحقق فى شخص واحد، فالفعل فى النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الأولى، إذ لا يتصور السراية من نفس إلى نفس، فلا بد من أن يجعل ذلك فى حكم فعل على حدة، وهو خطأ. (مل)

(١٠) قوله: "بخلاف ما إذا وقع إلخ" جواب عما يقال: إذا قطع إصبع رجل عمدًا، فاضطرب السكين، ووقع على إصبع أخرى، فقطعها خطأ يقتص للأولى دون الثانية، فما بال مسألتنا لم يكن كذلك. (ع)

(١١) قوله: "لأنه" أى لأن قطع الإصبع الأخرى ليس فعلا مقصودًا، أى من الأول، أى ليس قطع الأخرى من أثر الفعل الأول، فإن الخطأ لا يقصد من العمد، فلا يمكن أن يجعل الثانى تتمة للأول، ونهاية له، فلا يورث الشبهة فى الأول؛ لكونهما فعلين متغايرين، منفصلا أحدهما عن الآخر من كل وجه، فينفرد الثانى بحكمه، بخلاف السراية، فإنها قد تقصد من الأول، فيمكن أن تجعل تتمة للأول ونهاية له، فيورث السراية شبهة فى أولها. (مل)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

من ذلك عند أبى حنيفة. وقالا[١] وزفر والحسن: يقتص من الأولى وفى الثانية أرشها، والوجه من الجانبين قد ذكرناه[٢].

وروى ابن سماعة عن محمد فى المسألة الأولى، وهو ما إذا شج موضحة، فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما[٣]؛ لأن الحاصل بالسراية مباشرة، كما فى النفس[٤]. والبصر يجرى فيه القصاص، بخلاف الخلافية الأخيرة[٥]؛ لأن الشلل لا قصاص فيه، فصار الأصل[٦] عند محمد على هذه الرواية[٧] أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص، كما لو آلت[٨] إلى النفس، وقد[٩] وقع الأول ظلماً[١٠].

ووجه المشهور[١١] أن ذهاب البصر بطريق التسبيب، ألا ترى أن الشجة بقيت[١٢] موجبة فى نفسها[١٣]، ولا قود فى التسبيب، بخلاف السراية إلى النفس؛ لأنه لا تبقى الأولى، فانقلبت الثانية مباشرةً.

---

(١٣) أى فشلت أخرى منضمة إلى جنبها.

(١) قوله: "وقالا وزفر إلخ" هذا التركيب غير جائز، ولو قال: وقالا هما وزفر كان صوابًا. (عناية)

(٢) قوله: " قد ذكرناه آنفًا" فى قوله: ومن شج رجلا موضحة، فذهبت عيناه إلخ . (ك)

(٣) قوله: "قوله: أنه يجب القصاص فيهما [أى فى الشجة وذهاب البصر]" وفرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من شجة وبين ذهاب السمع منها، فأوجب القصاص فيها فى الأول دون الثانى؛ لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه، حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص؛ لتعذر اعتبار المساواة، بخلاف البصر، فإن ذهابه إن كان بفعل مقصود يجب القصاص، فكذلك بسراية الموضحة. (ع)

(٤) فإن قتلها بالسراية مباشرة.

(٥) يعنى قوله: وإن قطع إصبعًا فشلت إلى جنبها أخرى. (ع)

(٦) أى القاعدة الكلية.

(٧) أى رواية ابن سماعة.

(٨) قوله: "كما لو آلت" أى آلت الجراحة وسرت إلى النفس، أى قطع إصبع رجل عمدًا، فسرى ومات يجب القصاص. (ك)

(٩) الواو حالية.

(١٠) أى عمدًا. (ك)

(١١) أى الرواية المشهورة عن محمد.

(١٢) قوله: "ألا ترى إلخ" إيضاح لما أن ذهاب العينين بالسراية بطريق التسبيب لا بطريق المباشرة، إذ لو كان بطريق المباشرة، لكان المعتبر ذهاب العينين فى إثبات موجبه، دون الشجة، كما إذا سرى الموضحة إلى النفس، لا يبقى الموضحة معتبرة، حتى لا يجب موجبها، بل المعتبر هو الجناية على النفس. (ك)

(١٣) قوله: "بقيت موجبة فى نفسها" حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبى حنيفة، والقصاص فى الموضحة والأرش فى العينين عندهما. (ع)

قال(١) : ولو كسر بعض السن(٢)، فسقطت(٣)، فلا قصاص(٤) إلا على رواية ابن سماعة(٥)، ولو أوضحه موضحتين فتَأَكَّلَتَا(٦)، فهو على الروايتين هاتين(٧).

قال(٨) : ولو قلع سن رجل(٩)، فنبتت مكانها أخرى، سقط الأرش فى قول أبى حنيفة. وقالا : عليه الأرش كاملا ؛ لأن الجناية قد تحققت، والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى(١٠). وله أن الجناية انعدمت معنًى(١١)، فصار كما إذا قلع سن صبى فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع؛ لأنه لم يفت عليه منفعة، ولا زينة، وعن أبى يوسف أنه تجب حكومة عدل(١٢)؛ لمكان الألم الحاصل.

ولو قلع سن غيره، فردها صاحبها فى مكانها، ونبت عليه اللحم، فعلى القالع الأرش بكماله(١٣)؛ لأن هذا(١٤) مما لا يعتد به؛ إذ العروق لا تعود، وكذا(١٥) إذا

---

(١) أى المصنف. (عينى)

(٢) قوله: "ولو كسر" ولو كسر سن إنسان من الأصل عمدًا، أو نزعه من الأصل، يجب القصاص، قال بعض العلماء: يؤخذ سنه بالمبرد إلى أن ينتهى إلى اللحم، ويسقط ما سواه، وإن كسر بعض السن، ولم يسود الباقى، يجب القصاص بقطع قدر ما كسر بالمبرد. (قاضى خان)

(٣) السن.

(٤) على الجانى.

(٥) عن محمد.

(٦) أى صارتا واحدةً بالأكل. (ع)

(٧) قوله: "فهو [أى حكم هذه المسألة] على الروايتين هاتين" أى الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد، يعنى لا قصاص على المشهورة، وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة. (ع)

(٨) أى القدورى (عينى)

(٩) بالغ.

(١٠) فإن نبات سن البالغ ثانيًا نادر .

(١١) بالنبات.

(١٢) قوله: "أنه تجب إلخ" أى فيما إذا قلع سن رجل ثم نبت مكانها أخرى، تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل، أى يقوم، وليس به هذا الألم، ويقوم، وبه هذا الألم، فيجب ما انتقص منه بسبب الألم من القيمة، كذا نقل عن ركن الأئمة الصناعى. (ك)

(١٣) قوله: "فعلى القالع إلخ" قال شيخ الإسلام: وهذا إذا لم يعد إلى حالها الأولى بعد النبات فى المنفعة، والجمال والغالب أن لا يعود إلى تلك الحالة؛ لأن المقلوع لا يلزق بالعصب والعروق فى الغالب، فيكون وجود هذا النبات والعدم بمنزلة، وأما لو تصور عود الجمال، والمنفعة بالإنبات لم يكن على القالع شيء، كما لو نبت السن المقلوعة، كما فى "الذخيرة". (ك)

(١٤) أى النبات.

(١٥) أى ثبوت الأرش.

قطع إذنه، فألصقها[١] فَالْتَحمت[٢]؛ لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه.

ومن[٣] نزع سن رجل[٤]، فانتزع المنزوعة سنه سن النازع، فنبتت سن الأول[٥]، فعلى الأول لصاحبه[٦] خمس مائة درهم؛ لأنه تبين أنه استوفى بغير حق؛ لأن الموجب فساد المنبت، ولم يفسد حيث نبتت مكانها[٧] أخرى، فانعدمت الجناية، ولهذا يستانى حولا بالإجماع[٨].

وكان ينبغى أن ينتظر الياس فى ذلك[٩] للقصاص، إلا أن فى اعتبار ذلك تضييع الحقوق، فاكتفينا بالحول؛ لأنه تنبت[١٠] فيه ظاهرًا، فإذا مضى الحول ولم تنبت[١١] قضينا بالقصاص، وإذا نبتت[١٢] تبين أنا أخطأنا فيه[١٣]، والاستيفاء كان بغير حق إلا أنه لا يجب القصاص؛ للشبهة[١٤] فيجب المال.

قال[١٥]: ولو ضرب إنسان سن إنسان، فتحركت يستانى[١٦] حولا؛ ليظهر أثر

---

(١) صاحبها.

(٢) التحام به شدن جراحت. (م)

(٣) زيد.

(٤) عمرو.

(٥) قوله: "فنبتت سنّ [أى المنزوع الأول وهو عمرو] الأول [عمرو]" يعنى بغير اعوجاج، وإن نبت معوجًا يجب حكومة عدل. (ع)

(٦) زيد.

(٧) سن منزوعه.

(٨) قوله: "ولهذا يستأنى [استأنى: درنگ كرد] حولا" أى يؤجل سنة بالإجماع، ثم هذه الرواية تخالف رواية التتمة، وفيها أن فى سن البالغ إذا سقط ينتظر، حتى يبرأ موضع السن لا الحول، وهو الصحيح؛ لأن نبات سن البالغ نادر، فلا يفيد التأجيل، إلا أنه قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرش؛ لأنه لا يدرى عاقبته. وفى "الذخيرة": وبعض مشايخنا قالوا: الاستئناء حولا فى فصل البالغ، والصغير جميعًا؛ لقوله عليه السلام: «فى الجراحات كلها يستأنى حولا»، وفى المجرد عن أبى حنيفة أنه إذا نزع سن إنسان، ينبغى للقاضى أن يأخذ ضمينًا من القالع، ثم يؤجله سنة من يوم النزع، فإذا مضت السنة، ولم ينبت، اقتص منه، قال هشام: قلت لمحمد: فى من ضرب سن رجل، فسقط أينتظر بها حولا، لعلها نبتت، قال: لا، فقلت: أقال واحد من إخوانك ينتظر، قال: لا، إنما ذلك إذا تحركت. (كفاية)

(٩) أى فى البرء.

(١٠) السن.

(١١) السن.

(١٢) السن.

(١٣) أى فى النزع.

(١٤) فإنه نزع ظانا أنه بدل للنزع السابق.

(١٥) أى المصنف، وهذا كله إلى قوله: ومن شج من مسائل "الأصل". (عينى)

فعله، فلو أجله القاضي سنة، ثم جاء المضروب، وقد[١] سقطت سنه، فاختلفا قبل السنة[٢] فيما سقط بضربه، فالقول للمضروب؛ ليكون التأجيل[٣] مفيداً.

وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة، فجاء، وقد[٤] صارت[٥] منقلة، فاختلفا[٦]، حيث يكون القول قول الضارب؛ لأن الموضحة لا تورث المنقلة[٧]، أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا.

وإن اختلفا[٨] في ذلك[٩] بعد السنة، فالقول للضارب؛ لأنه ينكر[١٠]، أثر فعله، وقد مضى الأجل الذى وقته القاضي؛ لظهور الأثر، فكان القول للمنكر، ولو لم تسقط[١١]، لا شيء على الضارب. وعن أبى يوسف أنه تجب حكومة الألم[١٢]، وسنبين الوجهين[١٣] بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولو لم تسقط، ولكنها اسودت، يجب الأرش فى الخطأ على العاقلة[١٤]، وفى

---

(١٦) أى يؤجل.

(١) الواو حالية.

(٢) قوله: "فاختلفا قبل إلخ" أى قال المضروب سقطت سنى من ضربك، فقال الضارب: لا، بل من ضرب رجل آخر، فالقول للمضروب؛ ليكون التأجيل مفيداً؛ لأن التأجيل ما كان إلا ليظهر أثر فعله فى تلك المدة، فكان من ضرورة اعتبار الأجل أن يعتبر قول المضروب، إذ لو لم يعتبر، لم يكن مفيداً، وأما بعد مضى الحول فقد انتهى وقت ظهور الأثر، فالمضروب يدعى على الضارب أن السقوط من أثر فعله، وهو مضمون عليه، وهو ينكر، فكان القول قوله. (ك)

(٣) قوله: "التأجيل "يعنى أن التأجيل إنما كان ليظهر عاقبة الأمر، فلو لم يقبل قوله، كان التأجيل وعدمه سواء. (ع)

(٤) الواو حالية.

(٥) الشجة.

(٦) قوله: "فاختلفا حيث إلخ" فقال المشجوج: إن الموضحة صارت منقلة، وقال الشاج: لا، بل هذه المنقلة شجة رجل آخر.

(٧) فالظاهر شاهد للضارب.

(٨) الضارب والمضروب.

(٩) أى فى سقوط السن. (ع)

(١٠) والمضروب يدعى على الضارب أن السقوط من أثر فعله.

(١١) بعد التأجيل.

(١٢) وهو حكومة العدل. (زيلعى)

(١٣) قوله: "وسنبين الوجهين" أى وجه قوله: لا شيء على الضارب ووجه حكومة الألم، والموعود بعد هذا هو قوله: سقط الأرش عند أبى حنيفة؛ لزوال الشين الموجب، وقال أبو يوسف: أرش الألم؛ لأن الشين وإن زال، فالألم الحاصل ما زال. (ك)

(١٤) قوله: "يجب الأرش" وفى "الذخيرة": ثم إن محمداً أوجب كمال الأرش باسوداد السن، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التى لا ترى أو من الأسنان التى ترى، قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل

العمد فى ماله، ولا يجب القصاص؛ لأنه لا يمكنه[١] أن يضربه ضربًا تسود[٢] منه، وكذا إذا كسر بعضه[٣]، واسود الباقى لا قصاص[٤]؛ لما ذكرنا[٥]، وكذا لو أحمر، أو أخضر[٦]، ولو اصفر فيه روايتان.

قال[٧]: ومن شج رجلا فالتحمت[٨]، ولم يبقَ لها أثر، ونبت الشعر سقط الأرش، عند أبى حنيفة؛ لزوال الشين[٩] الموجب.

وقال أبو يوسف: يجب عليه أرش الألم، وهو حكومة عدل؛ لأن الشين إن زال، فالألم الحاصل ما زال، فيجب تقويمه[١٠]. وقال محمد: عليه أجرة الطبيب وثمن الدواء؛ لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله[١١]، فصار[١٢] كأنه[١٣] أخذ ذلك[١٤] من ماله. إلا أن أبا حنيفة يقول[١٥]: إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا

إن كان السن من الأضراس التى لا ترى، فإن فات منفعة المضغ بالاسوداد، يجب الأرش كاملا، وإن لم يفت منفعة المضغ، يجب فيه حكومة العدل؛ لأن منفعته قائمة، وجماله ليس بظاهر، فيجب فيه حكومة عدل، وإن كان من الأسنان التى ترى يجب كمال الأرش، وإن لم يفت منفعته؛ لأنه فوت جمالا ظاهراً على الكمال. (كفاية)

(١) مضروب.

(٢) السن.

(٣) سن.

(٤) قوله: "لا قصاص" بل كل دية السن إذا فات منفعة المضغ، وإلا فلو مما يرى حال التكلم، فالدية أيضًا، وإلا فحكومة عدل. (زيلعى)

(٥) قوله: "لما ذكرنا" وهو قوله: لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربًا يسود منه. (ك)

(٦) قوله: "وكذا لوأحمر إلخ" أى لا قصاص بل يجب الأرش فى الخطأ على العاقلة وفى العمد فى ماله، ولم يذكر الاصفرار، وهو كالاسوداد، وعند بعض المشايخ: يجب كمال الأرش، وعند آخرين حكومة عدل؛ لأنه لم يفت جنس منفعة السن، ولا فوت الجمال على الكمال؛ لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان فى بعض الإنسان، وإنما يكون فيه نوع نقص، فيجب الحكومة، بخلاف الحمرة والخضرة والسواد؛ لأنها لا تكون لون الأسنان بحال، فكان مفوتا للجمال على الكمال، إذا كانت بادية. (مل)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) التحام به شدن جراحت. (م)

(٩) عيب.

(١٠) قوله: "فيجب تقويمه" أى تقويم الفائت بالألم، وهو الصحة، وهو ما زال؛ لأن زوال الفائت بحصول البدل، ولم يحصل، لكن حصل صحة أخرى فى زمان آخر غير قائمة مقام الفائت. (أعظمى)

(١١) شاج.

(١٢) فيرجع عليه. (ك)

(١٣) شاج.

(١٤) الأجرة والثمن.

(١٥) قوله: "إلا أن أباحنيفة إلخ" جواب عن قول أبى يوسف، فالألم الحاصل ما زال، وعن قول محمد: إنما لزمه

بعقد، أو بشبهة[١]، ولم يوجد[٢] في حق الجاني، فلا يغرم شيئًا[٣].

قال[٤]: ومن ضرب رجلا مائة سوط، فجرحه[٥] فبرأ منها، فعليه أرش الضرب، معناه إذا بقى أثر الضرب، فأما إذا لم يبقَ أثره، فهو على اختلاف[٦] قد مضى فى الشجة الملتحمة.

قال[٧]: ومن قطع يد رجل خطأ، ثم قتله[٨] قبل البرء، فعليه الدية وسقط أرش اليد؛ لأن الجناية من جنس واحد[٩]، والموجب واحد، وهو الدية، وإنها بدل النفس بجميع أجزاءها، فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء.

قال[١٠]: ومن جرح رجلا جراحة، لم يقتص[١١] منه حتى يبرأ، وقال الشافعى: يقتص منه فى الحال اعتباراً بالقصاص فى النفس، وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «يستأنى فى الجراحات سنة»*، ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها؛ لأن حكمها فى الحال غير معلوم، فلعلها تسرى إلى النفس، فيظهر أنه قتل، وإنما يستقر الأمر بالبرء.

قال[١٢]: وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة[١٣]، فالدية فى مال القاتل[١٤]،

أجرة الطبيب، ووجهه أن تحمل الألم من المنافع والمعالجة كذلك، والمنافع على أصلنا لا تتقوم. (ع)

(١) قوله: "إلا بعقد" كالإجارة الصحيحة، والمضاربة الصحيحة، أو بشبهة كالإجارة الفاسدة، والمضاربة الفاسدة. (ع)

(٢) أى العقد، أو شبهته.

(٣) قوله: "فلا يغرم [الجانى] شيئًا" ولا قيمة لمجرد الألم، ألا ترى أنه لو ضربه ضربة تألم بها، ولم يؤثر فيه لا يجب شيء، أرأيت لو شتمه شتمة لكان عليه أرش باعتبار إيلام حل بقلبه. (ك)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) وإن لم يجرحه، فلا شيء عليه بالاتفاق. (ع)

(٦) قوله: "فهو على اختلاف قد مضى إلخ" هو سقوط الأرش عند أبى حنيفة، ووجوب أرش الألم عند أبى يوسف، ووجوب أجرة الطبيب عند محمد. (ع)

(٧) أى القدورى (عينى)

(٨) أى خطأ. (ك)

(٩) قوله: "لأن الجناية من جنس واحد" لكون كل واحد منهما خطأ، وقد تقدم أقسام هذه المسألة. (ع)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) فى الحال.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٦، والدراية ج٢ ص٢٧٩، الحديث١٠٣٥. (نعيم)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

وكل أرش وجب بالصلح، فهو فى مال القاتل[١]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام[٢]: «لا تعقل العواقل عمداً» * الحديث[٣]، وهذا عمد غير أن الأول يجب فى ثلاث سنين؛ لأنه مال وجب بالقتل ابتداء[٤]، فأشبه شبه العمد، والثانى: يجب حالا؛ لأنه مال وجب بالعقد[٥]، فأشبه الثمن في البيع.

قال[٦]: وإذا قتل الأب ابنه عمداً[٧]، فالدية فى ماله فى ثلاث سنين[٨].

وقال الشافعى: تجب حالة؛ لأن الأصل[٩] أن ما يجب بالإتلاف يجب حالا، والتأجيل للتخفيف فى الخاطئ[١٠]، وهذا عامد فلا يستحقه، ولأن المال وجب جبراً لحقه[١١]، وحقّه[١٢] فى نفسه[١٣] حال، فلا ينجبر بالمؤجل[١٤].

---

(١٣) كقتل الأب ابنه عمداً. (زيلعى)

(١٤) لا على العاقلة.

(١) قوله: "فهو فى مال القاتل" فإن الذى يجب بالصلح إنما وجب بعقد، والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد، وإنما تتحمل ما وجب بالقتل. (زيلعى)

(٢) رواه البيهقى عن الشعبى، كذا فى "شرح النقاية".

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٧٩، والدراية ج٢ص٢٨٠، الحديث١٠٣٦. (نعيم)

(٣)قوله: "الحديث" ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً، ولا ما دون أرش الموضحة، وقوله: ولا عبداً أى ولا تعقل عاقلة الإنسان ما جنى على عبد فيما دون النفس؛ لأن أطراف العبد يسلك بها مسلك الأموال، والعاقلة لا تقبل الجنايات المالية، حتى لو قتل عبد إنسان خطأ، فالقيمة على العاقلة؛ لأنها بدل الدم، ودم العبد لا يسلك بها مسلك الأموال، وقد قيل: إن المراد منه أن العبد إذا جنى جناية، فالمولى هو الذى يلزمه الدفع، أو الفداء دون عاقلة المولى، كذا فى الأوضح . (ك)

(٤) أى لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح على مال. (ع)

(٥) أى بعقد الصلح.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "وإذا قتل الأب إلخ" كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية، لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى. (ع)

(٨) قوله: "فالدية فى ماله" فإن قيل: لما وجب المال يجب غسله؛ لأن وجوب المال يمنع الشهادة، قيل: وجب القصاص ههنا؛ لأنه عمد إلا أنه تعذر استيفاءه لشرف الأبوة، فوجب البدل كيلا يهدر الدم وللبدل حكم المبدل، وقال القاضى الإمام أبو زيد: يجب القصاص على الصبى، كما يجب عليه أرش الجنايات وضمان المتلفات، إلا أنه سقط لكونه مظنة للمرحمة. (ك)

(٩)أى القاعدة الكلية.

(١٠) فإنه معذور.

(١١) ابن.

(١٢) ابن.

(١٣) ابن.

(١٤) أى الحق فى النفس.

ولنا أنه مال واجب بالقتل، فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد، وهذا لأن القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال؛ لعدم التماثل[١]، والتقويم ثبت بالشرع، وقد ورد[٢] به مؤجلا لا معجلا، فلا يعدل عنه[٣]، لا سيما إلى زيادة[٤]، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية[٥] قدرًا لا يجوز وصفًا.

وكل جناية اعترف بها الجاني، فهي في ماله، ولا يصدق على عاقلته؛ لما روينا[٦]، ولأن الإقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره، فلا يظهر[٧] في حق العاقلة.

قال:[٨] وعمد الصبي والمجنون خطأ، وفيه الدية على العاقلة، وكذلك[٩] كل جناية موجبها[١٠] خمس مائة فصاعدًا، والمعتوه[١١] كالمجنون.

وقال الشافعي: عمده[١٢] عمد، حتى تجب الدية في ماله؛ لأنه عمد حقيقة، إذ العمد هو القصد[١٣]، غير أنه تخلف عنه أحد حكميه، وهو القصاص، فينسحب[١٤]

---

(١) قوله: "لعدم التماثل [بين المال والآدمي]" لأن الآدمي مالك مبتذل، والمال مملوك مبتذل، فلا يتماثلان. (ك)

(٢) الشرع.

(٣) أي عن الشرع.

(٤) قوله: "لا سيما إلى زيادة" فإن المعجل زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية، ألا ترى أن في العرف يشترى الشيء بالنسيئة أكثر مما يشترى بالنقد، فإيجاب المال بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع معنى، كذا في "المبسوط". (ك)

(٥) قوله: "ولما لم يجز إلخ" أي لم يجز الزيادة على عشرة آلاف درهم لا يجوز وصفًا؛ لأن الوصف تبع للقدر. (ك)

(٦) يعني قوله عليه السلام: «لا تعقل العواقل عمدًا ولا اعترافًا». (ع)

(٧) الإقرار.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) أي فهو على العاقلة.

(١٠) وما موجبه الأقل فهو في ماله؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال.

(١١) أي مختلط الكلام.

(١٢) أي عمد كل واحد منهم. (ك)

(١٣) قوله: "إذ العمد هو القصد" فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد، ولهذا يؤدب ويعزر، والتعزير إنما يكون على فعل يتع عمدًا لا خطأ، إلا أنه يبتنى على هذا القصد حكما أن القود والدية في ماله حالا، والصبي ليس من أهل أحد الحكمين، وهو العقوبة؛ لأنها تبتنى على الخطاب، وهو غير مخاطب، وهو من أهل الحكم الآخر، وهو وجوب الضمان في ماله، كما في غرمات الأموال، فيلزمه، وذلك بمنزلة السرقة، فإنه يتعلق به حكمان القطع وهو عقوبة، وهو ليس من أهله، والضمان وهو من أهله، فيلزمه ذلك. (كافي)

(١٤) انسحاب: كشيده شدن.

عليه حكمه الآخر، وهو الوجوب في ماله، ولهذا[١] تجب الكفارة به[٢]، ويحرم عن الميراث على أصله[٣]؛ لأنهما يتعلقان بالقتل.

ولنا ما روى عن علي رضي الله تعالى عنه[٤] أنه جعل عقل[٥] المجنون على عاقلته، وقال[٦]: عمده وخطأه سواء، ولأن الصبي مظنة المرحمة، والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف، حتى وجبت الدية على العاقلة، فالصبي وهو أعذر[٧] أولى بهذا التخفيف.

ولا نسلم تحقق العمدية، فإنها تترتب على العلم، والعلم بالعقل، والمجنون عديم العقل، والصبي قاصر العقل، فأنى[٨] يتحقق منهما القصد، وصار[٩] كالنائم[١٠]، وحرمان الميراث عقوبة، وهما[١١] ليسا من أهل العقوبة، والكفارة كاسمها ستارة[١٢]، ولا ذنب تستره؛ لأنهما[١٣] مرفوعًا القلم.

فصل في الجنين[١٤]

قال[١٥]: وإذا ضرب بطن امرأة[١٦]، فألقت جنينًا ميتًا، ففيه غرة[١٧]، وهي

(١) أي لكونه عمداً.

(٢) أي بهذا القتل. (ك)

(٣) قوله: "على أصله" أي ثبت الحكمان، وهما وجوب الكفارة، وحرمان الميراث على أصل الشافعي؛ لأنهما يتعلقان بالقتل. (ك)

(٤) قوله: "ما روى" أن مجنونًا سعى على رجل بالسيف، فضربه، فرفع ذلك إلى علي رضي الله تعالى عنه، فجعل عقله على عاقلته. (كافي)

(٥) دية.

(٦) قوله: "وقال" أخرج البيهقي عن علي رضي الله تعالى عنه أن عمد الصبي والمجنون خطأ، ولكن قال في "المعرفة": إسناده ضعيف. (علي قاري)

(٧) من العاقل الخاطئ.

(٨) صبي ومجنون.

(٩) كل واحد.

(١٠) فإنه عديم القصد حال النوم.

(١١) الصبي والمجنون.

(١٢) قوله: "والكفارة إلخ" أي حكم الكفارة مثل مدلول اسمها، فإن الكفر الستر. (مل)

(١٣) الصبي والمجنون.

(١٤) قوله: "فصل في الجنين" لما أنهى الكلام على أحكام الأجزاء الحقيقية، عقبه بأحكام الجزء الحكمي، وهو الجنين؛ لكونه في حكم الجزء من الأم، وهو فعيل بمعنى مفعول من جنه إذا ستره من باب طلب، وهو الولد ما دام في الرحم، ملخصاً، ويكفي استبانة بعض خلقه كظفر وشعر. (رد المحتار)

(١٥) أي القدوري. (عيني)

نصف عشر الدية، قال رضى الله تعالى عنه[١]: معناه[٢] دية الرجل، وهذا[٣] فى الذكر، وفى الأنثى عشر دية المرأة، وكل منهما خمس مائة درهم[٤].

والقياس أن لا يجب شىء؛ لأنه لم يتيقن بحياته[٥]، والظاهر[٦] لا يصلح حجة للاستحقاق.

وجه الاستحسان ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام[٧] أنه قال: «فى الجنين غرة عبد[٨] أو أمة قيمته خمس مائة[٩]»*، ويروى: «أو خمس مائة»، فتركنا القياس بالأثر[١٠]، وهو[١١] حجة على من قدرها[١٢] بست مائة نحو مالك

---

(١٦) قوله: "وإذا ضرب بطن امرأة" وكذا لو ضرب ظهرها، أو جنبها، أو رأسها، أو عضواً من أعضاءها، فتأمل رملى ونحوه فى أبى السعود عن النحريرى. (رد المحتار)

(١٧) قوله: "ففيه غرة" غرة المال خياره كالفرس والبعير والبخت والعبد والأمة الفارهة، كذا فى "المغرب"، وفى "مبسوط شيخ الإسلام": سمى بدل الجنين غرة؛ لأن الواجب عبد، والعبد يسمى غرة، وقيل: لأنه أول مقدار ظهر فى باب الدية وغرة الشىء أوله، كما سمى أول الشهر غرة، وسمى وجه الإنسان غرة؛ لأن أول شىء يظهر منه الوجه. (ك)

(١) أى المصنف. (عينى)

(٢) أى معنى قوله نصف عشر الدية. (ع)

(٣) أى نصف العشر.

(٤) قوله: "وكل منهما خمس مائة درهم [أى من عشر دية المرأة ونصف عشر دية الرجل]" لأن نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف. (ع)

(٥) فى البطن.

(٦) دفع دخل، أى الظاهر أن يكون حيًا.

(٧) قوله: "ما روى عن النبى عليه السلام" فى "الصحيحين": عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قضى فى جنين امرأة من بنى لحيان بغرة عبداً أو أمة، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن إسماعيل بن عياش عن زيد ابن أسلم أن عمر بن الخطاب قوم الغرة خمسين ديناراً، وكل دينار بعشرة دراهم، وأخرج البزار فى "مسنده" عن عبد الله بن بريدة عن أبيه أن امرأة حذفت امرأة، فقضى رسول الله ﷺ فى ولدها بخمس مائة، ونهى عن الحذف، وأخرج أبو داود فى "سننه" عن إبراهيم النخعى قال: الغرة خمس مائة يعنى درهمًا. (شرح نقاية)

(٨) بدل من غرة.

(٩) قوله: "قيمته خمس مائة" قيل: وإنما بين الشارع القيمة إشارة إلى أن الحيوان لا يثبت فى الذمة ثبوتًا صحيحًا، إلا من حيث اعتبار صفة المالية. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٨١، والدراية ج٢ ص ٢٨٠، الحديث ١٠٣٧. (نعيم)

(١٠) قوله: "فتركنا القياس بالأثر" روى الإمام المحبوبى أن زفر سئل عن هذه المسألة فقال: فيه غرة عبد، أو أمة، فقال السائل: ولم؟ والحال لا يخلو من أنه مات بضربة، أو لم ينفخ فيه الروح، فإن مات بضربة يجب دية كاملة، وإن لم ينفخ فيه الروح، لا يجب شىء، فسكت زفر، فقال له السائل اعتقتك سائبة، فجاء زفر إلى أبى يوسف، فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر، فحاجه بمثل ما حاجه السائل، فقال: التعبد التعبد أى ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل. (ع)

(١١) أى هذا الحديث.

والشافعي.

وهى على العاقلة عندنا إذا كانت خمس مائة درهم(١)، وقال مالك: فى ماله(٢)؛ لأنه بدل الجزء(٣). ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة(٤)*، ولأنه بدل النفس(٥)، ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية، حيث قال(٦): «دُوْه وقالوا أَنَدِى من لا صاح ولا استهل»** الحديث، إلا أن العواقل(٧) لا تعقل(٨) ما دون خمس مائة.

وتجب فى سنة، وقال الشافعي: فى ثلاث سنين؛ لأنه بدل النفس، ولهذا

---

(١٢) غرة.

(١) قوله: "إذا كانت خمس مائة إلخ" هذا ليس فى محله، فإن الغرة هى نصف عشر دية الرجل، وهو خمس مائة، فلا معنى للشرط، واضطربوا فى تأويل هذه العبارة، فقيل: إنه وقع سهوا من قلم الناسخ، وكان فى "الأصل": إذا كان خمس مائة تعليلا؛ لكونها على العاقلة، وقيل: إن معناه لما كانت خمس مائة درهم، وقيل: إن هذا احتراز عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمس مائة درهم، ورد بأن ما يجب فى جنين الأمة هو فى مال الضارب مطلقًا من غير تقييد بالبلوغ إلى خمس مائة درهم، كذا فى "الإيضاح"، فلا يفيد القيد حينئذ هذه الفائدة،، وقال الأعظمى: إن هذا احتراز عما إذا كانت الغرة عبداً، أو أمة قيمته أقل من خمس مائة؛ لأن القيمة تعرف بالتخمين، فلا يعلم بلوغها خمس مائة، فلا يجب على العاقلة، بخلاف ما إذا كانت خمس مائة درهم، بأن حكم القاضى بها، فيجب على العاقلة. (مولانا محمد عبد الحكيم أدخله الله دار النعيم)

(٢) أى فى مال الضارب. (ع)

(٣) قوله: "لأنه بدل الجزء [والعاقلة لا تتحمل إلا بدل النفس، فصار كقطع إصبع من أصابعه. ع]" أى جزء الأم، ولهذا لا يصلى عليه، ولا يسمى ولا يرث. (كفاية)

(٤) رواه أبو داود فى "سننه" عن المغيرة بن شعبة. (على القارى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٢، والدراية ج٢ ص٢٨١، الحديث١٠٣٨. (نعيم)

(٥) أى نفس الجنين.

(٦) قوله: "حيث قال [فيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة. ع]: دوه [رواه الطبرانى فى "معجمه" (على القارى)]" أى أدوا ديته، أمر مخاطب من الودى سمى الواجب فى بدله دية، وهو اسم لبدل النفس، وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء والميم المفتوحين، قال كنت بين جاريتين لى، فضربت أحدهما بطن صاحبتها بعود فسطاط، أو بمسطح خيمة، فألقت جنينًا ميتًا، فاختصم أولياءها إلى رسول الله ﷺ فقال عليه السلام لأولياء: «الضاربة دوه» فقال أخوها: أندى من لا صاح ولا استهل ولاشرب ولا أكل، ودم مثله يطل، فقال عليه السلام: «السجع سجع الكهان قوموا فدوه»، كذا فى "العناية" وغيرها. (مل)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٢، والدراية ج٢ ص٢٨١، الحديث١٠٣٩. (نعيم)

(٧) قوله: "أن العواقل إلخ" يعنى أنه عليه السلام لما سماها دية، وهى بدل النفس، كان ينبغى أن يتحملها العاقلة، وإن كان دون خمس مائة، لأن بدل النفس يتحمله العاقلة أقل، أو أكثر، إلا أن العزة بدل الجزء من وجه، فلهذا لم يتحمله العاقلة إذا لم يبلغ خمس مائة. (ك)

(٨) عقل القتيل: ديت داد كشته را. (من)

يكون موروثًا بين ورثته[١]، ولنا ما روى عن محمد بن الحسن[٢] أنه قال: بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعل[٣] على العاقلة في سنة*. ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه[٤] نفس على حدة، فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم، فعملنا بالشبه الأول[٥] في حق التوريث، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة؛ لأن بدل العضو إذا كان ثلثَ الدية[٦] أو أقلَّ أكثرَ من نصف العشر[٧]، يجب في سنة، بخلاف أجزاء الدية؛ لأن كل جزء منها على من وجب[٨] يجب في ثلاث سنين.

ويستوى فيه الذكر والأنثى[٩]؛ لإطلاق ما روينا[١٠]، ولأن في الحيين[١١] إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية[١٢]، ولا تفاوت في الجنين، فيقدر[١٣] بمقدار واحد، وهو خمس مائة، فإن ألقت حيًا، ثم مات، ففيه دية كاملة؛ لأنه[١٤] أتلف حيًا

---

(١) جنين، لا ورثة المرأة. (أعظمي)

(٢) أورده على القارى في "شرح النقاية".

(٣) الغرة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٣، والدراية ج٢ ص٢٨٢ تحت الحديث١٠٣٩. (نعيم)

(٤) جنين.

(٥) أى اعتبرنا الشبه الأول.

(٦) قوله: "لأن بدل العضو إلخ" التقريب إنما يتأتي أن لو كان نصف العشر واجبًا في سنة؛ لأن الغرة مقدرة بنصف العشر، ولم يتعرض له، إلا أنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا سنة، فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها. (ك)

(٧) قوله: "أو أقل أكثرَ [بالنصب على البدل من أقل. ع] من نصف العشر" هو الصحيح من النسخ، وفي بعضها: أو أكثر، وفي بعضها: و أكثر، قال الشارحون: كلاهما غير صحيح؛ لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر، وهو إنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل، أو بدلا منه، ولعل العطف بالواو، يفيد ذلك أيضًا، وفي بعض الشروح: أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد؛ لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك. (ع)

(٨) قوله: "لأن كل جزء إلخ" كما لو اشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ، يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين. (ك)

(٩) قوله: "ويستوى فيه" أى في وجوب قدر الغرة بأنه عبد، أو أمة قيمته خمس مائة درهم. (ع)

(١٠) قوله: "لإطلاق ما روينا" وهو قوله عليه السلام في الجنين: غرة عبد، أو أمة، قيمته خمس مائة درهم. (ع)

(١١) قوله: "ولأن في الحيين إلخ" دليل معقول على التساوى بين الذكر والأنثى، وأراد بالحيين تثنية الحي الولدين المنفصلين الذكر والأنثى، ومعناه إنما ظهر التفاوت بين الذكر والأنثى في الولدين المنفصلين في الدية؛ لتفاوت معاني الآدمية في المالكية، فإن الذكر مالك مالا ونكاحًا، والأنثى مالكة مالا لا نكاحًا، فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية، وهو معدوم في الجنين، فيقدر بمقدار واحد، وهو خمس مائة. (عناية)

(١٢) أى في المالكية. (ك)

(١٣) ديته.

(١٤) ضارب.

بالضرب السابق[١]، وإن ألقت[٢] ميتًا ثم ماتت الأم، فعليه دية بقتل الأم، وغرة بإلقاءها، وقد صح[٣] أنه عليه الصلاة والسلام قضى في هذا[٤] بالدية والغرة*.

وإن ماتت الأم من الضربة[٥]، ثم خرج الجنين بعد ذلك حيًا، ثم مات، فعليه دية في الأم ودية في الجنين؛ لأنه قاتل شخصين، وإن ماتت[٦] ثم ألقت ميتًا، فعليه دية فى الأم، ولا شىء فى الجنين.

وقال الشافعى: تجب الغرة فى الجنين؛ لأن الظاهر موته بالضرب، فصار كما إذا ألقته ميتًا، وهى[٧] حية.

ولنا أن موت الأم أحد سببى موته؛ لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها، فلا يجب الضمان بالشك[٨].

قال[٩]: وما يجب في الجنين موروث عنه؛ لأنه بدل نفسه، فيرثه ورثته، ولا يرثه الضارب، حتي لو ضرب بطن امرأته، فألقت ابنه[١٠] ميتًا، فعلى عاقلة الأب غرة، ولا يرث[١١] منها؛ لأنه قاتل بغير حق مباشرة، ولا ميراث للقاتل.

قال[١٢]: وفى جنين الأمة[١٣] إذا كان ذكرًا نصف عشر قيمته[١٤]، لو كان

---

(١) على الأم.

(٢) وهي حية.

(٣) رواه الطبراني فى "معجمه"، كذا قال على القارى.

(٤) أي في هذه الصورة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٣، والدراية ج٢ ص٢٨٢، الحديث ١٠٤٠. (نعيم)

(٥) هذا من مسائل القدورى. (عينى)

(٦) الأم.

(٧) الواو حالية.

(٨) قوله: "فلا يجب الضمان بالشك" اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا القت جنينًا ميتًا؛ لاحتمال أن يكون الموت من الضرب، واحتمال أن لم ينفخ فيه الروح، ومع ذلك وجب الضمان، وهو أول ما ذكره في هذا الفصل. وأجيب: بأن الغرة فى تلك الصورة تثبت بالنص على خلاف القياس، كما ذكرنا، وليس ما نحن فيه في معناه؛ لأن فيه الاحتمال من وجه واحد، وفيما نحن فيه من وجوه، وهى احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم، فلا يلحق بذلك، لا قياسًا ولا دلالةً، فيبقى على أصل القياس، وهو عدم وجوب الضمان. (عناية)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) ضارب.

(١١) الأب.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "وفى جنين الأمة" أى الذى لا تحمله من مولاها، ولا من المغرور؛ لأن الحمل من أحدهما حر فتجب

حيًا[١]، وعشر قيمته لو كان أنثى.

وقال الشافعى: فيه عشر قمية الأم؛ لأنه جزء[٢] من وجه، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل.

ولنا أنه بدل نفسه[٣]؛ لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان من الأصل[٤]، ولا معتبر به فى ضمان الجنين[٥]، فكان[٦] بدل نفسه، فيقدر بها[٧].

وقال أبو يوسف: يجب ضمان النقصان[٨] لو انتقصت الأم، اعتباراً بجنين البهائم[٩]، وهذا لأن الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عنده[١٠]، على ما نذكر إن شاء الله تعالى[١١]، فصح الاعتبار على أصله[١٢].

الغرة، ذكراً كان أو أنثى. (ك)

(١٤) قوله: "نصف عشر إلخ" بيان هذا أنه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتًا على لونه، وهيئاته لو كان حيًا، فينظر كم قيمته بهذا المكان، فإذا ظهر قيمة الكل بعد هذا إن كان ذكرا، فوجب نصف عشر قيمته، وإن كان أنثى يجب عشر قيمته، ولو ضاع الجنين ولم يكن تقويمه باعتبار لونه وهيئاته على تقدير أنه حى، ووقع التنازع فى قيمته بين الضارب، وبين مولى الأمة المضروبة، كان القول قول الضارب؛ لإنكاره الزيادة، فإن قيل: ربما لايمكن الوقوف على ذكورة الجنين وأنوثته، فما ذا يجب، قلنا: نأخذ بالمتيقن، كمن قتل عبداً خطأ، والمقتول خنثى مشكل، فإنه يجب المتيقن، كذا هنا، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(١) قوله: "لو كان حيًا" راجع إلى قيمته، أى قيمته لو فرض. (رد المحتار)

(٢) من الأم.

(٣) جنين.

(٤) قوله: "لا يجب إلا عند إلخ" حتى إنه لو لم يظهر فيه النقصان لا يجب، كما لو قلع سنًا فنبت مكانه آخر، لم يجب شيء، وهنا يجب بدل الجنين، وإن لم يكن فى الأم نقصان، فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية. (ك)

(٥) قوله: "ولا معتبر به" أى بظهور النقصان فى ضمان الجنين، بدليل أنه يجب ضمان الجنين، وإن لم يظهر فى الأم نقصان. (ك)

(٦) ضمان الجنين.

(٧) أي بنفس الجنين. أى بقيمة نفس الجنين، لا بقيمة الأم. (ع)

(٨) قوله: "يجب [هذا غير ظاهر الرواية.ع] ضمان إلخ" أى لا يجب إلا ضمان نقصان الأم إن تمكن فيه نقص، فإن لم يتمكن لا يجب شيء، كما في جنين البهيمة؛ لأن الضمان فى قتل الرقيق عنده ضمان مال، حتى يجب قيمته بالغة ما بلغت. (ك)

(٩) قوله: "اعتباراً بجنين البهائم" ويجب فى جنين البهيمة ما نقصت الأم إن نقصت، وإن لم تنقص الأم لا يجب فيه شيء. (سراجية، رد المحتار)

(١٠) أبى يوسف.

(١١) فى فصل أحكام الجناية على العبد.

(١٢) أبى يوسف.

قال[١]: فإن ضربت، فأعتق المولي ما في بطنها، ثم ألقته حيًا، ثم مات ففيه قيمته[٢] حيًا[٣]، ولا تجب الدية، وإن[٤] مات بعد العتق؛ لأنه قتله بالضرب السابق[٥]، وقد[٦] كان في حالة الرق، فلهذا تجب القيمة دون الدية، وتجب قيمته حيًا؛ لأنه صار قاتلا إياه، وهو[٧] حي، فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف[٨]، وقيل: هذا عندهما. وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبًا[٩] إلى كونه غير مضروب؛ لأن الإعتاق قاطع للسراية[١٠] على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى[١١].

قال[١٢]: ولا كفارة في الجنين[١٣]، وعند الشافعي تجب[١٤]؛ لأنه نفس من وجه، فتجب الكفارة احتياطًا.

ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة[١٥]، وقد عرفت في النفوس المطلقة[١٦]، فلا

---

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) ولد.

(٣) أي قيمته لو فرض حيًا.

(٤) الواو وصلية.

(٥) على العتق.

(٦) الواو حالية.

(٧) الواو حالية.

(٨) قوله: "فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف" يعني أوجبنا القيمة دون الدية اعتبارًا بحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حيًا لا مشكوكا في حياته اعتبارًا بحالة التلف، ولا يقال: إن هذا اعتبار بحالة الضرب فقط؛ لأن الواجب في تلك الحالة قيمته حيًا أيضًا، لأنا نقول: جاز أن لا يكون حيًا، فلا تجب قيمته حيًا هناك، بل تجب الغرة. (ك)

(٩) قوله: "ما بين كونه إلخ" يعني تفاوت ما بينهما، حتى لو كانت قيمة غير المضروب ألف درهم، وقيمته مضروبًا ثمانمائة درهم، يجب على الضارب مائتا درهم. (عناية)

(١٠) أي لسراية الضرب السابق، فلا تجب قيمته، بل يجب التفاوت.

(١١) قوله: "على ما يأتيك من بعد" يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسألة، ومن قطع يد عبد، فأعتقه المولي، ثم مات من ذلك. (عناية)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) على الضارب.

(١٤) الكفارة.

(١٥) قوله: "فيها معنى العقوبة" لأنها شرعت زاجرة، والزجر إنما يكون بشيء فيه عقوبة، حتى إنها تتأدى بالمال، والمال شقيق الروح، فكان إزالة المال منه بمنزلة الروح، ومن وجه عبادة لتأديته بالصوم. (ك)

(١٦) قوله: "وقد عرفت في النفوس المطلقة" أي الكاملة بالنص، فلا يتعداها إلى غير المطلقة، وهو الجنين؛ لأن القياس لا يجري في العقوبات، وليس غير المطلقة نظير المطلقة، حتى يلحق بها دلالة، ألا ترى أنه لم يجب كل البدل. (ع)

تتعداها، ولهذا لم يجب[١] كل البدل؛ قالوا: إلا أن يشاء[٢] ذلك؛ لأنه[٣] ارتكب محظورًا[٤]، فإذا تقرب[٥] إلي الله تعالى كان أفضل له، ويستغفر مما صنع.

والجنين الذى قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام فى جميع هذه الأحكام[٦]؛ لإطلاق ما روينا[٧]؛ ولأنه ولد فى حق أمومية الولد وانقضاء العدة[٨] والنفاس وغير ذلك، فكذا فى حق هذا الحكم[٩]؛ ولأن بهذا القدر[١٠] يتميز عن العلقة[١١] والدم، فكان نفسًا، والله أعلم.

باب ما يحدثه الرجل في الطريق[١٢]

قال[١٣]: ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفًا[١٤]، أو ميزابًا[١٥]، أو جرصنًا[١٦]، أو بنى دكانًا، فلرجل[١٧] من عرض الناس[١٨] أن ينزعه[١٩]؛ لأن كل

---

(١) أى لعدم كمال النفس، بل يجب الغرة.

(٢) الضارب.

(٣) ضارب.

(٤) ممنوعًا.

(٥) بالكفارة.

(٦) قوله: "بمنزلة الجنين التام" والمرأة إذا ضربت بطن نفسها أو شربت دواء؛ لتطرح الولد، متعمدة، أو عالجت فرجها حتى أسقطت الولد، ضمن عاقلتها الغرة إن فعلت بغير إذن الزوج، وإن فعلت بإذنه لا يجب شيء، كذا فى الصغرى. (ك)

(٧) وهو قوله عليه السلام: «فى الجنين غرة عبد أو أمة».

(٨) للأم.

(٩) وهو وجوب الغرة. (ك)

(١٠) من الخلق.

(١١) پاره أز خون بسته. العلق الدم الجامد الغليظ لتعلق بعضه بعضا، والقطعة منه علقة. (مغرب)

(١٢) قوله: "باب ما يحدثه الرجل إلخ" لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة، ذكر أحكام القتل تسببيًا، والأول أولى بالتقدم، إما لأنه قتل بلا واسطة، وإما لكثرة وقوعه. (ع)

(١٣) أى محمد. (عينى)

(١٤) الكنيف المستراح هو بيت الخلاء. (در مختار)

(١٥) أى مجرى الماء. (على القارى)

(١٦) قوله: "أو جرصنا" هو دخيل، أى ليس بعربى أصلى، فقد اختلف فيه، فقيل: البرج، وقيل: مجرى ماء يركب فى الحائط، وعن الإمام البزدوى جذع يخرجه الإنسان من الحائط؛ ليبنى عليه. (مغرب).

قال العينى: وقيل: هو الممر على العلو، وهو مثل الرف، وقيل: هو الخشبة الموضوعة على جدارى السطحين، ليتمكن من المرور، وقيل: هو الذى يعمل قدام الطاقة؛ لتوضع عليه كيزان ونحوها. (رد المحتار)

(١٧) مسلمًا كان أو ذميًا. (ع)

واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه، فكان له حق النقض، كما فى الملك المشترك، فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه(١) شيئًا، فكذا فى الحق المشترك. قال: ويسع للذى عمله أن ينتفع به(٢) ما لم يضر بالمسلمين؛ لأن له حق المرور، ولا ضرر فيه، فيلحق ما فى معناه به؛ إذ المانع متعنت(٣)، فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك(٤)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام(٥): «لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام»(٦)*.

قال: وليس لأحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ(٧) أن يشرع(٨) كنيفًا ولا ميزابًا إلا بإذنهم(٩)؛ لأنها مملوكة لهم(١٠)، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال(١١)، فلا يجوز التصرف أضر بهم، أو لم يضر إلا بإذنهم.

---

(١٨) قوله: "من عرض الناس" العرض -بالضم- الجانب، وفلان من عرض العشيرة أى من شقها لا من ضميمها، ومراد الفقهاء بعد العصبات، وقيل: المراد بالعرض ههنا ابعد الناس منزلة، أى أضعفهم وأرذلهم. (ك)

(١٩) قوله: "أن ينزعه" أى يكلفه الرفع بعد الوضع، وأن يمنعه من الوضع، سواء كان فيه ضرر أو لم يكن، إذا وضع بغير إذن الإمام؛ لأن التدبير فيما يكون حقا للعامة إلى الإمام لتسكين الفتنة، فالذى يضع بغير إذن الإمام يفتات على رأى الإمام فيه، فلكل واحد أن ينكره عليه، وهذا إذا بنى على طريق العامة بناء لنفسه، فإن بنى شيئًا للعامة كالمسجد ونحوه، ولا يضر بالمسلمين لا ينقض، كذا روى عن محمد. (ك)

(١) أى فى الملك المشترك.

(٢) أى بما عمله.

(٣) المتعنت هو الذى يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه، ولا لغيره. (ك)

(٤) عمل ونفع.

(٥) رواه الطبرانى فى "معجمه الأوسط". (على القارى)

(٦) قوله: "لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام" أى لا يضر الرجل أخاه ابتداء، ولا جزاء؛ لأن الضرر يكون بمعنى الضر، وهو يكون من واحد، والضرار من اثنين بمعنى المضارة، وهو أن تضر من ضرك، كذا فى "المغرب"، والضرر فى الجزاء، هو أن يتعدى المجازى على قدر حقه فى القصاص، أو غيره..(ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٤ فى بدء "باب ما يحدثه الرجل فى الطريق"، وانظر فى الدراية ج ٢ ص٢٨٢، الحديث١٠٤١. (نعيم)

(٧) قوله: "من أهل الدرب" الدرب الباب الواسع على السكة، والمراد به السكة ههنا. (عناية)

(٨) أى أظهر يقال: شرع لهم شرعًا پيدا كرد براى ايشان راه را.

(٩) أى بإذن أصحاب ذلك الدرب.

(١٠) قوله: "لأنها مملوكة لهم" أى الغالب أنها مملوكة، وذكر فخر الإسلام المراد بغير النافذة المملوكة، وليس ذلك بعلة الملك، فقد ينفذ وهى مملوكة، وقد يسد منفذها، وهى للعامة، ولكن ذلك دليل على الملك غالبًا، فأقيم مقامه، ووجب العمل به، حتى يدل الدليل على خلافه. (ك)

(١١) أى قريبًا بالدار المبيعة، أو بعيدًا.

وفى الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر؛ لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل، فجعل فى حق كل واحد، كأنه هو المالك وحده حكمًا، كى لا يتعطل عليه طريق الانتفاع، ولا كذلك غير النافذ؛ لأن الوصول إلى إرضاءهم ممكن[١]، فبقى على الشركة حقيقةً وحكمًا.

قال[٢]: وإذا أشرع[٣] فى الطريق روشنًا[٤]، أو ميزابًا، أو نحوه، فسقط على إنسان فعطب[٥]، فالدية على عاقلته[٦]؛ لأنه[٧] مسبب لتلفه متعدٍّ بشغله هواء الطريق، وهذا من أسباب الضمان، وهو الأصل[٨]، وكذلك إذا سقط شىء[٩] مما ذكرنا[١٠] فى أول الباب.

وكذا إذا تعثّر[١١] بنقضه[١٢] إنسان[١٣] أو عطبت به[١٤] دابة، وإن عثر بذلك رجل[١٥]، فوقع على آخر فماتا، فالضمان على الذى أحدثه فيهما[١٦]؛ لأنه يصير كالدافع إياه عليه.

وإن سقط الميزاب نظر، فإن أصاب ما كان منه فى الحائط رجلا، فقتله، فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعدٍّ فيه؛ لما أنه وضعه فى ملكه.

---

(١) أى إرضاء أصحاب الغير النافذ.

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) أى أخرج. (مجمع الأنهر) أشرع بابًا إلى الطريق: كشاد در را بسوى راه. (من)

(٤) قوله: "روشنًا" الروشن: الممر على العلو وهو مثل الرف، كذا فى "المغرب"، وقيل: الروشن الخشبة الموضوعة على جدارى السطحين ليتمكن من المرور. (ك)

(٥) هلك الإنسان.

(٦) مشر ع.

(٧) مشر ع.

(٨) أى القاعدة الكلية.

(٩) أى الدية على عاقلته.

(١٠) يعنى الكنيف والميزاب والجرصن. (عناية)

(١١) عثر عثرًا: شكوخيد وبسرور افتاد. (من)

(١٢) نقض -بالضم- بناء شكسته باز گرديد.

(١٣) أى فعطب. (ك)

(١٤) أى بالنقض.

(١٥) أى بالنقض. (ك)

(١٦) قوله: "فالضمان [أى فضمانهما على من أشرع الروشن أو غيره. ك] إلخ" يعنى ضمانهما على المحدث، ولا ضمان على الذى عثر به؛ لأنه مدفوع فى هذه الحالة، والمدفوع كالآلة. (عناية)

وإن أصابه ما كان خارجًا من الحائط، فالضمان على الذى وضعه؛ لكونه متعدّيًا فيه، ولا ضرورة؛ لأنه يمكنه أن يركّبه فى الحائط، ولا كفارة عليه، ولا يحرم عن الميراث؛ لأنه ليس بقاتل حقيقة[١].

ولو أصابه الطرفان جميعًا[٢]، وعلم ذلك وجب النصف[٣]، وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان، ولو لم يعلم أىّ طرف أصابه، يضمن النصف؛ اعتبارًا للأحوال[٤].

ولو أشرع جناحًا إلى الطريق[٥]، ثم باع الدار، فأصاب الجناح رجلا فقتله، أو وضع خشبة في الطريق، ثم باع الخشبة، وبرئ إليه منها[٦]، فتركها المشترى حتى عطب بها إنسان، فالضمان على البائع؛ لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ[٧] بزوال ملكه، وهو[٨] الموجب.

ولو وضع في الطريق جمرًا[٩]، فأحرق شيئًا يضمنه؛ لأنه متعدٍّ فيه، ولو حرّكته[١٠] الريح إلى موضع آخر، ثم أحرق شيئًا لم يضمنه؛ لفسخ الريح فعله.

(١) قوله: "لأنه ليس بقاتل حقيقةً [بل حكمًا]" يعنى أن الكفارة وحرمان الميراث إنما يجبان بالقتل حقيقةً، وهذا ليس بقتل حقيقةً، قيل: إن كان قتلا حقيقةً، فالقياس شمول الوجوب فى الضمان والكفارة والحرمان، وإن لم يكن فالقياس عدمه فيها. والجواب أن الضمان يعتمد الإتلاف بطريق التعدى؛ صيانة للدماء عن الهدر، وقد يتحقق بإحداثه فى الطريق ما ليس له ذلك، وأما الكفارة والحرمان فيعتمد أن القتل عمدًا، أو خطأ، ولم يوجد شىء منهما. (ع)

(٢) أى الخارج والداخل.

(٣) أى نصف الدية.

(٤) قوله: "اعتبارًا للأحوال" يعنى يعلم بيقين أنه قتيل الجراحة، ولا يعلم أنه بأى الطرفين إن كان بالطرف الداخل، فلا ضمان، وإن كان بالخارج فعليه ضمان، فيجعل كأنه حصل بالطرفين. (ع)

(٥) قوله: "ولو أشرع جناحًا [قال صاحب القاموس: الجناح الروشن، ثم قال: الروشن الكوة. مجمع الأنهر]" آن بنائيست كه بر سر چوبهائيكه از ديوار بر آمده باشند بنا مى كنند. (ترجمه)

(٦) قوله: "وبرئ إليه [أى إلى المشترى] منها" أى برئ مما يحدث منه، وهذا التبرى لا ينفعه؛ لأنه يبرأ من ضمان يجب عليه، وتبرء الإنسان عن ضمان يجب عليه للغير باطل، وإن كان بعد سبب الوجوب. (ك)

(٧) قوله: "لم ينفسخ" وكذلك فى الجناح وجدت الجناية من البائع لشغل هواء المسلمين بالجناح، وبالبيع لم يزل هذا الشغل، فبقيت جناية على حالها، فإن قيل: المشترى جان أيضًا بالامتناع من الرفع مع تمكنه منه شرعًا.

قلنا: المشترى غير مباشرة، ولا مسبب لانعدام الفعل، وإنما صار تاركا معروفًا، فلا يضمن كمن رأى أعمى يقع فى البئر، فلم يمنعه من الوقوع حتى مات. (ك)

(٨) أى فعله.

(٩) جمر -بالفتح- اخگرهاى آتش جمرة واحد. (م)

(١٠) قوله: "ولو حرّكته" أى لو حركت الريح عين الجمر، وإنما قيد به؛ لأن عند بعض أصحابنا أن الريح إذا ذهبت بشررها، فأحرقت شيئًا، فالضمان عليه فى ذلك؛ لأن الريح إنما ذهبت بشرارها، ولم يذهب بعينها، فالعين باق فى مكانه،

وقيل: إذا كان اليوم ريّحا[1] يضمنه[2]؛ لأنه فعله مع علمه بعاقبته، وقد أفضى إليها[3]، فجعل[4] كمباشرته.

ولو استأجر رب الدار العملة لإخراج الجناح[5]، أو الظلة[6]، فوقع، فقتل إنسانًا قبل أن يفرغوا من العمل، فالضمان عليهم؛ لأن التلف بفعلهم وما لم يفرغوا، لم يكن العمل مسلّمًا إلى رب الدار، وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلا، حتى وجبت عليهم الكفارة، والقتل غير داخل فى عقده[7]، فلم ينتقل فعلهم إليه، فاقتصر عليهم.

وإن سقط بعد فراغهم، فالضمان على رب الدار استحسانًا[8]؛ لأنه صح الاستئجار[9]، حتى استحقوا الأجر، ووقع فعلهم عمارةً وإصلاحًا، فانتقل فعلهم إليه، فكأنه فعل بنفسه[10]، فلهذا يضمنه.

وكذا إذا صب الماء[11] فى الطريق، فعطب به إنسان أو دابة، وكذا إذا رش[12] الماء، أو توضأ؛ لأنه متعدٍّ فيه بالحاق الضرر بالمارة. بخلاف[13] ما إذا فعل ذلك[14]

فكانت الجناية باقية، فكان ضمان ذلك عليه. (ك)

(١) أى صاحب الريح.

(٢) قوله: "يضمنه" هذا اختيار الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى، وكان شمس الأئمة الحلوانى لا يقول: بالضمان من غير تفصيل. (ك)

(٣) قوله: "وقد أفضى [أى فعله] إليها" أى إلى عاقبته، وهو الحرق بواسطة الريح، فلا ينفسخ حكم فعله بالانتقال من موضع إلى موضع؛ لأنه كان عالمًا به بمنزلة الدابة التى جالت فى رباطها، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٤) الإفضاء.

(٥) قوله: "لإخراج الجناح" أى قال المستأجر: للإجراء أشرعوا لى جناحًا على فناء دارى، واخبرهم بأنه ليس له حق إشراع الجناح، أو لم يخبرهم، حتى بنوا جناحًا بأمره، ثم سقط فقتل إنسانًا. إلخ.

(٦) ظلة -بالضم- سايه پوش وسايبان تنگ غير فراخ. (من)

(٧) أى فى عقد من استأجر.

(٨) قوله: "استحسانًا" وفي القياس هذا كالأول؛ لأنهم باشروا إحداث ذلك فى الطريق، وصاحب الدار ممنوع من إحداثه، وإنما يعتبر أمره فيما له أن يفعل بنفسه. (ك)

(٩) قوله: "لأنه صح الاستئجار" يعنى بالنظر إلى أنه ينتفع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، فبالنظر إلى هذا كان أمره معتبرا. (مل)

(١٠) قوله: "فكأنه فعل بنفسه" وفعله بنفسه مقيد بشرط السلامة؛ لكونه غير مملوك له، فكذا الأمر به. (ع)

(١١) أى يجب الضمان.

(١٢) فى الطريق، رش -بالفتح وتشديد شين- أب زدن چيزى را. (م)

(١٣) أى لا يضمن.

(١٤) يعنى الصب والرش والوضوء. (ع)

فى سكة غير نافذة، وهو من أهلها، أو قعد، أو وضع متاعه[١]؛ لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها؛ لكونه من ضرورات السكنى، كما فى الدار المشتركة[٢].

قالوا[٣]: هذا[٤] إذا رش ماءً كثيراً بحيث يزلق[٥] به عادة، أما إذا رش ماءً قليلا، كما هو المعتاد، والظاهر أنه لا يزلق به عادةً لا يضمن.

ولو تعمد المرور فى موضع صب الماء، فسقط[٦] لا يضمن الراش؛ لأنه صاحب علة[٧]، وقيل: هذا[٨] إذا رش بعض الطريق؛ لأنه[٩] يجد موضعًا للمرور، ولا[١٠] أثر للماء فيه، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك، لم يكن على الراش شىء، وإن رش جميع الطريق يضمن[١١]؛ لأنه[١٢] مضطر فى المرور.

وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة فى الطريق فى أخذها جميعه، أو بعضه، ولو رش فناء حانوت[١٣] بإذن صاحبه، فضمان ما عطب على الآمر استحسانًا.

وإذا استأجر أجيرًا ليبني له فى فناء حانوته، فتعقل به إنسان[١٤] بعد فراغه من العمل، فمات يجب الضمان على الآمر استحسانًا[١٥]، ولو كان أمره[١٦] بالبناء فى

---

(١) فعطب به إنسان. (ك)

(٢) قوله: "كما فى الدار المشتركة" يعنى أن له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى، وهو اعتبار لحق الملك الحقيقى. (عناية)

(٣) مشايخ.

(٤) أى الضمان.

(٥) زلق -بفتحتين- لغزيدن. (م)

(٦) المار.

(٧) قوله: "لأنه [أى لأن المار] صاحب علة" والعلة إذا صلحت لإضافة الحكم إليها بطل غيرها. (عناية)

(٨) أى عدم الضمان.

(٩) أى لأن المار.

(١٠) الواو حالية.

(١١) الراش.

(١٢) أى لأن المار.

(١٣) قوله: "فناء حانوت [دكان شراب فروش وهر دكان كه باشد. م]" الفناء سعة أمام البيوت، وقيل: ما امتد من جوانبها، كذا فى "المغرب"، وذكر الإمام التمرتاشى: الفناء ما أعد لحوائج الدار، كربط الدابة وكسر الحطب. (ك)
قوله: "فناء" بالكسر: پيش خانه كه فراخ وكشاده باشد وگردا گرد خانه. (م)

(١٤) أى نشب وتعلق بالبناء. (ع)

(١٥) قوله: يجب الضمان على الآمر استحسانًا" هذا إذا لم يكن الفناء مملوكًا للمستأجر. (ك)

وسط الطريق، فالضمان على الأجير؛ لفساد الأمر[١].

قال[٢]: ومن حفر بئرًا في طريق المسلمين[٣]، أو وضع حجرًا، فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته، وإن تلفت بهيمة، فضمانها في ماله؛ لأنه متعدٍّ فيه، فيضمن ما يتولد منه[٤]، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال، فكان ضمان البهيمة في ماله، وإلقاء التراب، واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة؛ لما ذكرنا[٥]. بخلاف ما إذا كنس[٦] الطريق فعطب[٧] بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن؛ لأنه ليس بمتعدٍّ، فإنه ما أحدث شيئًا فيه[٨]، إنما قصد دفع الأذى عن الطريق، حتى لو جمع الكناسة[٩] في الطريق وتعقل به إنسان كان ضامنًا؛ لتعديه بشغله[١٠].

ولو وضع حجرًا فنحّاه غيره[١١] عن موضعه، فعطب به إنسان، فالضمان على الذي نحاه؛ لأن حكم فعله قد انتسخ[١٢]؛ لفراغ ما شغله، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر.

وفي "الجامع الصغير"[١٣]: في البالوعة[١٤] يحفرها الرجل في الطريق، فإن

---

(١٦) أجير.

(١) قوله: "فالضمان على الأجير لفساد الأمر" بخلاف الفناء؛ لأنه مباح له فيما بينه وبين ربه إحداث مثل ذلك في فنائه إذا كان لا يتضرر به غيره، وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين، فاعتبر أمره في ذلك؛ ولكن لما كان الفناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة. (كفاية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "في طريق المسلمين" المراد بالطريق في الكتب الطريق في الأمصار دون الفيافي والصحاري؛ لأنه لا يمكن العدول عنه في الأمصار غالبًا دون الصحاري. (در مختار)

(٤) أي من تعديه.

(٥) من أنه متعدٍّ فيه.

(٦) كنس -بالفتح- خانه روفتن. (م)

(٧) هلك.

(٨) أي في الطريق.

(٩) كناسة -بالضم- آنچه بجاروب روفته باشند. (م) ما يحصل من الكنس.

(١٠) طريق.

(١١) قوله: "فنحّاه [تنحية بحاء مهملة: دور كردن. م] غيره" أي حوله عن موضعه إلى موضع آخر. (رد المختار)

(١٢) أي فعل الواضع الأول.

(١٣) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لاشتمالها على بيان إذن الإمام. (عناية)

(١٤) قوله: "في البالوعة [البالوعة ثقب في وسط البيت، وكذلك البلوعة، ذكرها في "الصحاح"] بالوعة: چاه

أمره السلطان بذلك، أو أجبره عليه لم يضمن؛ لأنه غير متعدٍّ حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة.

وإن كان بغير أمره، فهو متعدٍّ، إما بالتصرف[١] في حق غيره، أو بالافتيات[٢] على رأي الإمام، أو هو مباح مقيد[٣] بشرط السلامة، وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل[٤] في طريق العامة مما ذكرناه[٥] وغيره[٦]؛ لأن المعنى لا يختلف.

وكذا إن حفر في ملكه لم يضمن[٧]؛ لأنه غير متعدٍّ، وكذا[٨] إذا حفر في فناء داره[٩]؛ لأن له ذلك[١٠] لمصلحة داره، والفناء في تصرفه، وقيل: هذا[١١] إذا كان الفناء مملوكًا له، أو كان له حق الحفر فيه[١٢]؛ لأنه غير متعدٍّ، أما إذا كان لجماعة المسلين أو مشتركًا، بأن كان في سكة غير نافذة، فإنه يضمنه؛ لأنه مسبب متعدٍّ، وهذا[١٣] صحيح.

سر تنگ در خانه كه دران آب باران وجز آن جمع شود، وجاى دست درد شستن. (من)

(١) فإن الطريق مشترك.

(٢) الافتيات الاستبداد بالرأي افتعال من الفوت بمعنى السبق. (ك) افتيات: بى فرمانده كردن كارى را. (من)

(٣) قوله: "أو هو مباح إلخ" لأن الانتفاع بطريق العامة إنما يباح بشرط السلامة، وفي "شرح الأقطع"، وقد قالوا: لو قعد في الطريق ليستريح، أو لمرض أضعفه، فعثر به إنسان ضمن؛ لأن المشي في الطريق مباح بشرط السلامة، كما أن الله تعالى أباح الرمي إلى الصيد، ولو رمى إلى صيد، فأصاب آدميا، أو شاة ضمن، فاعتبر فيه السلامة، فكذلك ههنا. (ك)

(٤) قوله: "على هذا التفصيل" يعني أنه لو فعل بأمر من له الولاية في الأمر، لم يضمن، ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه. (م)

(٥) قوله: "مما ذكرناه" يعني من أول الباب إلى ههنا من إخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان وإشراع الروشن وحفر البير. (عناية)

(٦) قوله: "وغيره" يعني ما لم يذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع. (عناية)

(٧) قوله: "وكذا إن حفر [بئرًا] إلخ" يعني كما إذا أمره الإمام، فحفر في طريق المسلمين، لم يضمن ما تلف به كذلك إذا حفره في ملكه، وإن لم يأذن له الإمام. (م)

(٨) أي لا يضمن.

(٩) يعني وإن لم يكن الفناء مملوكًا له. (م)

(١٠) حفر.

(١١) أي عدم الضمان.

(١٢) قوله: "أو كان له حق الحفر" بأن أذن له الإمام، أو كان لا يضر بأحد. (زيلعي)

(١٣) قوله: "وهذا" أي هذا الجواب صحيح، وهو أن تضمينه إذا كان الفناء لجماعة المسلمين، أو كان مشتركًا كما إذا كان في سكة غير نافذة. (م)

ولو حفر[١] فى الطريق، ومات الواقع فيه جوعًا، أو غمًا[٢]، لا ضمان على الحافر عند أبى حنيفة؛ لأنه مات لمعنى فى نفسه[٣]، فلا يضاف إلى الحفر، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع. وقال أبو يوسف: إن مات جوعًا فكذلك[٤]، وإن مات غمًا فالحافر ضامن له؛ لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع[٥]، أما الجوع لا يختص بالبئر. وقال محمد: هو ضامن فى الوجوه[٦] كلها؛ لإنه إنما حدث[٧] بسبب الوقوع[٨]، إذ لولاه لكان الطعام قريبًا منه.

قال[٩]: وإن استأجر أجراء[١٠]، فحفروها له[١١] فى غير فناءه، فذلك[١٢] على المستأجر، ولا شىء على الأجراء إن لم يعلموا أنها فى غير فناءه؛ لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا، فنقل[١٣] فعلهم إليه؛ لأنهم[١٤] كانوا مغرورين[١٥]، فصار[١٦] كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها، ثم ظهر[١٧] أن الشاة لغيره.

---

(١) بئرًا.

(٢) أى اختناقًا بالعفونة، قال فى الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر. (ع)

(٣) قوله: "لأنه مات لمعنى إلخ" أى صار كأنه مات حتف أنفه لا بسبب الوقوع فى البير، وفى "المبسوط" وأبو حنيفة يقول: إنما يصير هلاكه مضافًا إلى الحفر إذا هلك بسبب الوقوع؛ ليجعل الحافر كالدافع، فأما إذا طرأ عليه سبب آخر، هو سبب لهلاكه كالجوع الذى هاج من طبعه، أو الغم الذى أثر فى قلبه، فإنما يكون هلاكه مضافًا إلى هذا السبب، ولا صنع للحافر فيه. (ك)

(٤) أى لا ضمان على الحافر.

(٥) قوله: "لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع" لأنه أثر جعل الأرض عميقًا، وهو من آثار حفره، فإن البير ينبعث منها العفونة، فلا يكون للغم سبب سوى الوقوع فى البير، وأما الجوع فإنه سبب آخر سوى الوقوع، وهو بعد الطعام عنه، واحتراق معدته حين لم يبق فيها من مواد الطعام. (ك)

(٦) أى مات جوعًا أو غمًا.

(٧) الجوع.

(٨) والحافر متعدٍّ فى ذلك السبب. (ك)

(٩) أى المصنف، وليس فى غالب النسخ ههنا قال. (عينى)

(١٠) أجير ككريم: مزدور. (من)

(١١) قوله: "فحفروها [بئر] له فى غير فناءه" يعنى بأن كان الفناء للغير، أو طريقًا للعامة لكنه غير مشهور. (عناية)

(١٢) ضمان.

(١٣) هذا دليل كون الضمان على المستأجر. (عناية)

(١٤) هذا دليل قوله: ولا شىء على الأجراء.

(١٥) من المستأجر.

(١٦) قوله: "فصار" أى صار ههنا الأمر فى صحته ظاهرًا، وكون المأمور مغرورًا كالأمر بذبح. (ع)

إلا أن هناك(١) يضمن المأمور(٢)، ويرجع على الآمر؛ لأن الذابح مباشر، والآمر مسبّب، والترجيح للمباشرة(٣)، فيضمن(٤) المأمور ويرجع(٥) للغرور، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء؛ لأن كل واحد منهما(٦) مسبّب(٧)، والأجير غير متعدٍّ، والمستأجر متعدٍّ، فترجح جانبه.

وإن علموا ذلك، فالضمان على الأجراء؛ لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له(٨)، ولا غرور(٩)، فبقي الفعل مضافًا إليهم.

وإن قال لهم(١٠): هذا فنائي، وليس لى فيه حق الحفر، فحفروا فمات فيه إنسان، فالضمان على الأجراء قياسًا؛ لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم.

وفى الاستحسان الضمان على المستأجر؛ لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكًا له؛ لانطلاق(١١) يده فى التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب، وربط الدابة والركوب، وبناء الدكان، فكان الأمر بالحفر فى ملكه(١٢) ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا، فكفى ذلك؛ لنقل الفعل إليه(١٣).

---

(١٧) فالضمان يتقرر على الآمر.

(١) أى فى مسألة الذبح.

(٢) المغرور، الذابح.

(٣) وفى نسخة: للمباشر.

(٤) الذابح.

(٥) على الآمر.

(٦) أى من المستأجر والأجير.

(٧) لا مباشر.

(٨) قوله: "لأنه لم يصح أمره [فلا ينتقل فعلهم إليه] بما ليس إلخ" وفى عبارته تسامح؛ لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا يحتاج إلى كون المأمور به فى ملكه، حتى يصح التعليل بقوله؛ لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، بل المناسب أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا، وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين الأمر بإشراع الجناح، فلأن الإجراء هناك إذا لم يعلموا ضمنوا، ورجعوا على الأمر، وههنا لم يضمنوا أصلا، والجواب ما أشار إليه المصنف فى ذبح شاة غيره، أن الذابح مباشر، والآمر مسبب، وقد تقدم أن إشراع الجناح كذبح الشاة إذا ظهر استحقاقها. (عناية)

(٩) لعلمهم.

(١٠) للأجراء.

(١١) رفتن.

(١٢) قوله: "فكان الأمر بالحفر فى ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا" يعنى قوله: لانطلاق يده فى التصرف فيه إلخ، فإن قيل: قوله ليس لى فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر، وهو صريح، فلا يعتبر الدلالة بمقابلته.
أجيب: بأن قوله ليس لى فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لى ذلك فى القديم، وهكذا لفظ "المبسوط"، فيكون الصريح مشتركة الدلالة، فلا يعارض الدلالة. (عناية)

(١٣) من الأجراء.

قال[١]: ومن جعل قنطرة[٢] بغير إذن الإمام، فتعمد رجل المرور عليها فعطب، فلا ضمان على الذى جعل قنطرة، وكذلك إن وضع خشبة فى الطريق فتعمد رجل المرور عليها؛ لأن الأول تعدٍّ[٣] هو تسبيب. والثانى تعدٍّ[٤] هو مباشرة، فكانت الإضافة إلى المباشر أولى، ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة[٥]، كما فى الحافر مع الملقى[٦].

قال[٧]: ومن حمل[٨] شيئًا فى الطريق فسقط على إنسان، فعطب به إنسان[٩]، فهو ضامن[١٠]، وكذا إذا سقط فتعثر[١١] به إنسان[١٢]، وإن كان رداء[١٣] قد لبسه[١٤]، فسقط[١٥] فعطب به إنسان لم يضمن، وهذا اللفظ يشمل الوجهين[١٦].

---

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) قوله: "قنطرة [پل]" القنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر، ويكون موضوعًا ثابتًا لا مرفوعًا.

(٣) قوله: "لأن الأول [أى جعل القنطرة ووضع الخشبة بغير إذن الإمام] تعدٍّ" إنما سمى بناء القنطرة تعديًا؛ لأن الذى جعل القنطرة فوت حقًا على غيره، فإن التدبير فى موضع القناطر على الإنهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للإمام، فكأنه جناية بهذا الاعتبار، والجناية تعد، كذا فى "مبسوط شيخ الإسلام". (ك)

(٤) قوله: "والثانى [أى المرور بالتعمد] تعدٍّ" هو مباشرة؛ لأنه إذا تعمد المرور بأن كان يصير أو يجد موضعًا آخر للمرور، صار متعديًا، فينسب التلف إليه دون المسبب، وصار كأنه أتلف نفسه، فأما إذا لم يتعمد بأن كان أعمى، أو مر ليلا يضمن، إذا وضعه بغير إذن الإمام، فأما إذا وضعه بإذن الإمام فلا يضمن. (ك)

(٥) إلى السبب.

(٦) فالنسبة إلى الملقى.

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) اى مى برد.

(٩) بسقوطه عليه.

(١٠) قوله: "فهو ضامن" لأن حمل المتاع فى الطريق على رأسه، أو على ظهره مباح؛ لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى إلى الهدف، أو الصيد. (زيلعى، رد المحتار)

(١١) قوله: "فتعثر [أى پابند شد]" عثر عثرا شكوخيد وبسر درافتاد. (من)

(١٢) ومات.

(١٣) قوله: "وإن كان رداء" قيد باللبس؛ لأنه إن كان حاملا له، فسقط على إنسان، فعطب به، أو سقط، فتعثر به إنسان، ضمن. (درر الأحكام)

(١٤) غرر الأحكام.

(١٥) على إنسان.

(١٦) قوله: "وهذا اللفظ" يعنى قوله: فعطب به، فهو ضامن يشتمل الوجهين، وهما تلف الإنسان بوقوع الشىء المحمول عليه، وتلفه بالتعثر به، وفى بعض الشروح جعل قوله: وهذا اللفظ إشارة إلى قوله، فعطب به إنسان لم يضمن، وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد؛ لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور. (ع)

والفرق[١] أن حامل الشيء قاصد حفظه، فلا حرج[٢] فى التقييد[٣] بوصف السلامة، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه، فيحرج بالتقييد[٤] بما ذكرناه، فجعلناه[٥] مباحًا مطلقًا[٦].

وعن محمد: أنه إذا لبس ما لا يلبس[٧]، فهو كالحامل[٨]؛ لأن الحاجة لاتدعوا لى لبسه.

قال[٩]: وإذا كان المسجد للعشيرة[١٠]، فعلق رجل منهم فيه قنديلا، أو جعل فيه بوارى أو حصّاه[١١]، فعطب به رجل، لم يضمن، وإن كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن[١٢]، قالوا: هذا عند أبى حنيفة.

وقالا[١٣]: لا يضمن فى الوجهين[١٤]؛ لأن هذه[١٥] من القرب، وكل أحد مأذون فى إقامتها، فلا يتقيد بشرط السلامة، كما إذا فعله[١٦] بإذن واحد من أهل المسجد. ولأبى حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولى، وفتح بابه، وإغلاقه، وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها

(١) أى بين المحمول والملبوس.

(٢) تنگى.

(٣) فإذا انتفى السلامة بأن عطب به إنسان لزم الضمان.

(٤) حرج تنگ شدن يقال: حرج صدره. (من)

(٥) لبس.

(٦) أى غير مقيد بوصف السلامة.

(٧) قوله: "إذا لبس ما لا يلبس" أى عادة، يعنى مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب فى غير موضع الحرب. (ع)

(٨) قوله: "فهو كالحامل [أى عليه الضمان]" أى لبس ثوبًا زيادة على قدر الحاجة يضمن إذا سقط منه، وعطب به إنسان؛ لأنه لا يعم به البلوى. (ك)

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) يعنى أهل المسجد. (ع) عشيرة أى قبيله، وتبار خويشان. (م)

(١١) قوله: "أو حصّاه" الظاهر أنه حصاه فعل ماضٍ مشدد الصاد، معطوف على جعل، ويدل على ذلك تفسير ابن كمال وأما جعله مفردًا بتاء الوحدة، فبعيد، وكذا إرادة الظرف أبعد، وفى منهوات ابن كمال، ومن وهم أن المراد الظرف الذى فيه الحصاة، فقد وهم. (رد المحتار)

(١٢) إذا فعل ذلك بغير إذن أحد من العشيرة. (ع)

(١٣) وقال الحلوانى: أكثر المشايخ أخذوا بقولهما: وعليه الفتوى. (زيلعى)

(١٤) أى فعله رجل منهم أو غيرهم.

(١٥) الأفعال.

(١٦) أى من هو غير العشيرة.

غير أهله[١]، فكان فعلهم مباحًا مطلقًا غير مقيد بشرط السلامة، وفعل غيرهم تعدّيًا، أو مباحًا مقيدًا بشرط السلامة، وقصد القربة[٢] لا ينافى الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزناء[٣]، والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله[٤].

قال[٥]: وإن جلس فيه[٦] رجل منهم[٧]، فعطب[٨] به رجل، لم يضمن إن كان فى الصلاة[٩]، وإن كان فى غير الصلاة ضمن[١٠]، وهذا عند أبى حنيفة.

وقالا: لا يضمن على كل حال، ولو كان جالسًا لقراءة القرآن، أو للتعليم[١١]، أو للصلاة[١٢]، أو نام فيه[١٣] أثناء الصلاة، أو نام فى غير الصلاة أو مر فيه مار أو قعد فيه لحديث[١٤]، فهو[١٥] على هذا الاختلاف.

---

(١) قوله: "إذا سبقهم بها غير أهله [مسجد]" فحينئذٍ لهم تكرار الجماعة، بخلاف ما إذا سبقوا بها؛ لأنه ليس لغيرهم أن يكرر الجماعة. (٦)

(٢) جواب عن قولهما: لأن هذه من القرب.

(٣) قوله: "كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا" فأن شهادته من حيث إنه شهادة فى حقوق الله تعالى قربة، ولكن من شرط قبول الشهادة فى الزنا أن يكون الشهود أربعة ممن يسمع شهادته، فإذا نقصت تلك الشهادة من ذلك العدد انقلبت الشهادة قذفا، فيجب حد القذف على الشاهد. (ك)

(٤) مسجد.

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) مسجد.

(٧) أى من العشيرة.

(٨) بأن عثر به.

(٩) فرضًا كانت أو نفلا. (٦)

(١٠) أى إن لم يكن فى الصلاة، بل كان قاعدًا لغيرها. (٦)

(١١) أى تعليم الفقه والحديث.

(١٢) قوله: "أو للصلاة [أى ينتظر إليها. ع]" وذكر شمس الأئمة السرخسى فى "الجامع الصغير"، والصحيح من الجواب على قول أبى حنيفة: إنه إذا كان الجالس منتظراً للصلاة، فإنه لا يكون ضامناً؛ لما يعطب به لقوله عليه السلام: «المنتظر للصلاة فى الصلاة ما دام ينتظرها»، وإنما الخلاف فيما إذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه، أو الحديث، أو قراءة القرآن. (ك)

(١٣) مسجد.

(١٤) قوله: "أو قعد فيه لحديث" وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد فى "الجامع الصغير": إن جلس للحديث فعطب به رجل ضمن بالإجماع؛ لأنه غير مباح، وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه فى الصلاة، فتعقل به إنسان لا يضمن فى الصحيح؛ لأن المساجد أعدت لصلاة العامة من غير خصوص، فكان لكل واحد أن يصلى فيه وحده، وإنما المفوض إلى أهل المسجد أمر الصلاة بالجماعة. (ك)

(١٥) أى إذا عثر به إنسان فمات.

وأما المعتكف فقد قيل: على هذا الاختلاف[١]، وقيل: لا يضمن بالاتفاق، لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر[٢]، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها، فكان الجلوس فيه[٣] مباحًا؛ لأنه من ضرورات الصلاة، أو لأن المنتظر للصلاة فى الصلاة حكمًا بالحديث، فلا يضمن كما إذا كان فى الصلاة.

وله أن المسجد بنى للصلاة[٤]، وهذه الأشياء ملحقة بها، فلا بد من إظهار التفاوت[٥]، فجعلنا الجلوس للأصل[٦] مباحًا مطلقًا، والجلوس لما يلحق به مباحًا مقيدًا بشرط السلامة، ولا غَرْوَ[٧] أن يكون الفعل مباحًا، أو مندوبًا إليه، وهو[٨] مقيد بشرط السلامة كالرمى إلى الكافر، أو إلى الصيد، والمشى فى الطريق، والمشى فى المسجد إذا وطئ[٩] غيره، والنوم فيه إذا انقلب على غيره.

وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة، فتعقل به[١٠] إنسان ينبغى أن لا يضمن؛ لأن المسجد بنى للصلاة، وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضا إلى أهل المسجد، فلكل واحد من المسلمين أن يصلى[١١] فيه وحده.

---

(١) قوله: "فهو على هذا الاختلاف [بين الإمام وصاحبيه]" ولقائل أن يقول: فى عبارة الكتاب تكرار؛ لأنه قال وإن كان فى غير الصلاة ضمن، وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله، والجواب أن قوله: وإن كان فى غير الصلاة ضمن لفظ "الجامع الصغير" وقوله: ولو كان جالسًا لقراءة إلخ، من لفظ المصنف بيان لذلك. (عناية)

(٢) قوله: "إنما بنى للصلاة والذكر" قال الله تعالى: ﴿فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال﴾ وقوله: ﴿وأنتم عاكفون فى المساجد﴾. (ع)

(٣) أى فى المسجد.

(٤) قوله: "وله أن المسجد إلخ" يعنى أن المسجد بنى للصلاة وغيرها من العبادة تبع لها بدليل أن المسجد إذا ضاق على المصلى كان له أن يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلى فيه، وإن كان القاعد مشتغلا بذكر الله تعالى وبقراءة القرآن أو التدريس أو معتكفًا، وليس لأحد أن يزعج المصلى عن مكانه الذى سبق إليه؛ لما أنه بنى لها، واسمه يدل عليه؛ لأن المسجد اسم لموضع السجود، وفى العبادة أيضًا لا يعرف بناء المسجد إلا للصلاة، فإذا كان كذلك فلا بد من إظهار التفاوت بينهما، فكان الكون فيه فى حق الصلاة مباحًا مطلقًا من غير تقييد بشرط السلامة، وفى حق غيرها مقيدًا بشرط السلامة؛ ليظهر التفاوت بين الأصل والتبع. (زيلعى)

(٥) بين الملحق به والملحق.، بين الموضوع الأصلى وما لحق به. (ع)

(٦) أى الصلاة.

(٧) أى لا عجب. (من)

(٨) الواو حالية.

(٩) وطئه وطءً -بالفتح- سپرد آن را زير پاى. (من)

(١٠) أى نشب وعلق مصنوع غير مسموع. (مغرب)

(١١) فهو غير متعدٍّ.

فصل في الحائط المائل[(١)]

قال[(٢)]: وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين، فطولب صاحبه بنقضه[(٣)]، وأشهد عليه[(٤)]، فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط[(٥)]، ضمن ما تلف به من نفس، أو مال.

والقياس أن لا يضمن[(٦)]؛ لأنه[(٧)] لا صنع منه مباشرة، ولا مباشرة شرط هو متعد فيه؛ لأن أصل البناء كان في ملكه، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله، فصار كما قبل الإشهاد.

وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق، فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه، ورفعه[(٨)] في يده، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه، يجب عليه[(٩)]، فإذا امتنع[(١٠)] صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره، يصير متعدّيًا بالامتناع[(١١)] عن التسليم إذا طولب به، كذا هذا.

بخلاف ما قبل الإشهاد؛ لأنه بمنزلة هلاك الثوب[(١٢)] قبل الطلب، ولأنا لو لم

---

(١) قوله: "فصل في الحائط المائل" لما كان الحائط المائل يناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها، ألحق مسائله بها في فصل على حدة. (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "فطولب إلخ" صورة الطلب أن يقول: إن حائطك هذا مائل، فاهدمه، وفي "المنتقى": رجل له حائط مائل، فقال له آخر: اهدم هذا الحائط؛ فإنه مائل، فهذا إشهاد عليه، ولو قال له: ينبغي لكسان تهدمه، فهذا ليس بإشهاد عليه بل هو مشورة، ويشترط لصحة التقدم والطب أن يكون التقدم والطلب إلى من له ولاية التفريغ؛ لأن الفعل إنما يطلب من القادر حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة، أو إعارة، فلم ينقض الحائط، حتى سقط على إنسان، لا ضمان على أحد. أما على السكان، فلأن التقدم إليهم لم يصح، وأما على المالك فإنه لم يتقدم إليه، وكذلك يشترط أن يكون التقدم والطلب من صاحب الحق، والحق في طريق العامة للعامة، فيكتفي بطلب واحد من العامة، وفي السكة الخاصة الحق لأصحاب السكة، فيكتفي بطلب واحد منهم أيضًا، وفي الدار شرط طلب المالك، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه، وبعد صحة الطلب يشترط لوجوب الضمان دوام القدرة على التفريغ إلى وقت السقوط. (كفاية)

(٤) قوله: "وأشهد عليه [أي على الطلب]" لا حاجة إلى الإشهاد، وذكره في الكتب؛ ليتمكن في الإثبات عند الإنكار. (درر الحكام)

(٥) جدار.

(٦) وبه أخذ الشافعي . (ع)

(٧) قوله: "لأنه" أي لأنه لم يباشر التلف ولم يباشر ما هو شرط التلف، وهو متعدٍّ فيه. (ك)

(٨) أي رفع الشغل.

(٩) أي التفريغ.

(١٠) عن التفريغ.

(١١) حتى يضمن إذا هلك في يده.

توجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ، فينقطع المارة حذرا على أنفسهم، فيتضررون به، ودفع الضرر العام من الواجب، وله(١) تعلق بالحائط فيتعين(٢) لدفع هذا الضرر، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه(٣).

ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية، وتتحملها العاقلة(٤)؛ لأنه في كونه جناية دون الخطأ، فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى(٥) كيلا يؤدّى إلى استئصاله(٦) والإجحاف به(٧)، وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله؛ لأن العواقل لا تعقل المال(٨)، والشرط التقدم إليه(٩)، وطلب النقض منه دون الإشهاد.

وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره، فكان من باب الاحتياط(١٠)، وصورة الإشهاد أن يقول الرجل: أشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا، ولا يصح الإشهاد قبل أن يَهِي(١١) الحائط لانعدام التعدّي(١٢).

قال: ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا: يضمن ما تلف بسقوطه من غير

(١٢) الواقع في حجره.

(١) قوله: "وله تعلق إلخ" هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: الهواء حق العامة، وقد اشتغل بهذا الحائط، فينبغي أن يكون تفريغه عليهم، فأجاب بأن له تعلقا بالحائط نقضا، فكان النقض إليه. (شاهان)

(٢) أي رب الحائط.

(٣) قوله: "يتحمل إلخ" كما في الرمي إلى الكفار وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى، وقطع العضو للآكلة عند خوف هلاك النفس. (ك)

(٤) قوله: "وتتحملها العاقلة" قال محمد: إن العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء، على التقدم إليه في النقض، وعلى أنه مات من السقوط عليه وعلى أن الدار له؛ لأن كون الدار في يده ظاهر، والظاهر لا يستحق به على الغيره. (ع)

(٥) قوله: "بالطريق الأولى" أي هو أحق بذلك؛ لأن الجناية دون الخطأ، فيكون أدعى إلى التخفيف. (ت)

(٦) استئصال: از بيخ بركندن.

(٧) إجحاف: كار بر كسى تنگ كردن يعنى بإتلاف ماله بأداء الدية.

(٨) بل تعقل دية النفس.

(٩) قوله: "والشرط التقدم إليه [أي إلى صاحب الحائط]" وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط: إن حائطك هذا مخوف، أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط، ولا يتلف شيئًا، ولو قال: ينبغي أن تهدمه، فذلك مشورة، ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق مسلمًا كان أو ذميًا، أو صبيًا أو امرأة. (عناية)

(١٠) قوله: "فكان من باب الاحتياط" حتى لو اعترف صاحب الحائط أنه طولب بنقضه، وجب عليه الضمان، وإن لم يشهد عليه. (ع)

(١١) وهى نزديك گرديدن ديوار بافتادن. (من)

(١٢) ابتداء وانتهاء.

إشهاد؛ لأن البناء تعد ابتداء كما في إشراع[١] الجناح[٢].

قال: وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم؛ لأن هذه ليست بشهادة على القتل[٣]، وشرط[٤] الترك فى مدة يقدر على نقضه فيها؛ لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانيًا، ويستوى أن يطالبه بنقضه[٥] مسلم أو ذمى؛ لأن الناس كلهم شركاء فى المرور، فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم، رجلا كان أو امرأةً، حرًا كان أو مكاتبًا، ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره؛ لأنه مطالبة بالتفريع، فيتفرد كل صاحب حق به.

وإن مال إلى دار رجل[٦]، فالمطالبة إلى مالك الدار خاصّةً؛ لأن الحق له على الخصوص، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه؛ لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار، فكذا بإزالة ما شغل هواءها.

ولو أجله صاحب الدار، أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها، فذلك جائز، ولا ضمان عليه[٧] فيما تلف بالحائط؛ لأن الحق لهم.

بخلاف ما إذا مال إلى الطريق، فأجله القاضى، أو من شهد عليه[٨] حيث لا يصح[٩]؛ لأن الحق لجماعة المسلمين، وليس إليهما[١٠] إبطال حقهم.

---

(١) إخراج فإنه تعد بشغله هواء الطريق.

(٢) بنائى ست كه بر سر چوبهائيكه از ديوار بر آمده باشند بنا كنند.

(٣) قوله: "ليست [حتى يشترط الذكور] بشهادة إلخ" لأن الثابت بهذا التقدم ما لا يسقط بالشبهة، وهو المال لا القتل. (كفاية)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "ويستوى أن يطالبه إلخ" وفى "شرح الأقطع": وكذلك لو طالبت به امرأة أو صبى أو رجل غريب من بلد آخر؛ لأن جميع هؤلاء لهم حق المرور فى الطريق فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم.
وفي "شرح الطحاوى": لو كان الحائط مائلا إلى الطريق العام، فإن خصومة إلى الناس مسلمًا كان أو ذميًا بعد أن كان حرًا بالغًا عاقلا كان أو صغيرًا، أذ ن له وليه بالخصومة فيه، أو كان عبدًا أذن له مولاه فى الخصومة فيه. (ك)

(٦) ههنا فى نسخة العينى وجد قال أى القدورى.

(٧) أى على صاحب الحائط.

(٨) أى على صاحب الحائط.

(٩) قوله: "حيث لا يصح" فإن قيل فى الطريق ينبغى أن يصح التأجيل، والإسقاط من واحد فى حقه، حتى إذا سقط الحائط على هذا المؤجل أو ولى له أو مال له كان ينبغى أن لا يجب الضمان؛ لأنه له ولاية إسقاط حق نفسه، قلنا حقه فى الطريق الأعظم غير معلوم، ولا يحتمل الإسقاط، وهو لا يحتمل الوصف بالتجزئ، حتى يسقط فى حق البعض دون البعض، وحقه فى الطريق المرور فيه، وهو لا يحتمل الإسقاط، حتى لو قال: أسقطت حقى، فلا أمر فى هذا الطريق بعد هذا لا يعمل إسقاطه، ولأن هذه شركة عامة ولا عبرة بها فى نفاذ التصرف، ألا ترى أن تصرف واحد من المسلمين

ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه، وقبضها المشترى برئ[1] من ضمانه؛ لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه، قد زال تمكنه بالبيع بخلاف إشراع[2] الجناح؛ لأنه[3] كان جانيا بالوضع، ولم ينفسخ بالبيع، فلا يبرأ على ما ذكرنا[4].

ولا ضمان على المشترى؛ لأنه لم يشهد عليه، ولو اشهد عليه بعد شراءه، فهو ضامن؛ لتركه التفريغ مع تمكّنه بعد ما طولب به، والأصل[5] أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء، ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه، كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار.

ويصح التقدم إلى الراهن؛ لقدرته على ذلك[6] بواسطة الفكاك، وإلى الوصى وإلى أب اليتيم[7]، أو أمه فى حائط الصبى؛ لقيام الولاية، وذكر الإمام فى "الزيادات": والضمان فى مال اليتيم[8]؛ لأن فعل هؤلاء كفعله[9]، وإلى المكاتب؛ لأن الولاية له، وإلى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن؛ لأن ولاية النقض له. ثم التالف بالسقوط[10] إن كان مالا، فهو فى عنق العبد[11]، وإن كان نفسًا، فهو

فى مال بيت المال، لا ينفذ فى حقه، ولا فى حق غيره؛ لكون الشركة عامة كذا ههنا، وإنما يصح من الواحد طلب التفريغ والإشهاد باعتبار أن الواحد يقوم مقام جميع المسلمين فيما لهم فيه منفعة، ولهم فى الإشهاد منفعة، إما فى التأخير ضرر، فلا يقوم الواحد فيه مقامهم. (كفاية)

(١٠) أى إلى القاضى ومن أشهد.

(١) البائع.

(٢) أى أشرع جناحًا إلى الطريق، ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله.

(٣) أى لأن مالك الدار.

(٤) فى باب ما يحدث الرجل فى الطريق.

(٥) أى القاعدة الكلية.

(٦) أى نقض الحائط.

(٧) أى جده لأن اليتيم لا أب له.

(٨) قوله: "والضمان فى مال اليتيم" فإن قيل الوصى إذا ترك النقض بعد التقدم إليه الحق ضررًا بمال اليتيم، فكان الواجب أن يكون الضمان عليه، أجيب: بأن فى ترك النقض دفع مضرة متحققة، وهى مضرة مؤونة النقض، وفى النقض دفع مضرة موهومة؛ لجواز أن لا يسقط، ولا يهلك به شيء، فكان تركه أنظر للصبى، فلا يلزم الموصى ضمان. (ع)

(٩) قوله: "لأن فعل هؤلاء كفعله" أى فعل الوصى والأب والأم كفعل الصبى، وفى "المبسوط": إذا تقدم إلى أب الصبى، أو الوصى فى نقض الحائط، فلم ينقضه حتى سقط، فأصاب شيئًا، فضمانه على الصبى؛ لأن الأب والوصى يقومان مقامه، ويملكان هدم الحائط، فصح التقدم إليهما فيه، ويكون ذلك كالتقدم إلى الصبى بعد بلوغه، ثم هما فى ترك الهدم يعملان للصبى، وينظران له، فلهذا كان الضمان عليه دونهما، كذا فى "المبسوط". (ك)

(١٠) فيما إذا تقدم إلى العبد.

(١١) قوله: "فهو فى عنق العبد [أى فى رقبته]" حتى يباع العبد فيه، كما يباع فى ديون تجارته، وكان القياس أن

على عاقلة المولى؛ لأن الإشهاد من وجه على المولى[١]، وضمان المال أليق بالعبد، وضمان النفس بالمولى، ويصح التقدم إلى أحد الورثة[٢] في نصيبه، وإن[٣] كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده؛ لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقه[٤]، وهو[٥] المرافعة إلى القاضي. ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله، فتعثر[٦] بالقتيل غيره، فعطب لا يضمنه[٧]؛ لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه[٨]، وإن عطب بالنقض[٩] ضمنه؛ لأن التفريغ إليه، إذ النقض ملكه، والإشهاد على الحائط إشهاد على النقض؛ لأن المقصود امتناع الشغل.

يكون ذلك على المولى كضمان النفس، ولكن استحسنا الفرق بينهما، فقلنا: العبد في ضمان التزام المال كالحر، فإنه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك، وفي التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه؛ لأن فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك، فكان الضمان على عاقلة المولى، كذا في "المبسوط". (ك)

(١) قوله: "لأن الإشهاد من وجه" أما إذا لم يكن على العبد دين، فظاهر؛ لأن الملك في الدار للمولى رقبةً وتصرفًا، والعبد خصم من جهته، ألا ترى أنه لو ادعى إنسان حقًا في دار بيد مأذون له، ينتصب خصمًا، فكان الإشهاد عليه إشهادًا على المولى من وجه، وأما إذا كان عليه دين، فظاهر عندهما، وأما عند أبي حنيفة فللمولى أن يستخلصه بقضاء الدين، فكان هذا تقدما إلى المولى من وجه،وتقدما إلى العبد من وجه، فاعتبر في ضمان الأنفس تقدما إلى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالإذن لم يتناول، وفي ضمان الأموال تقدمًا إلى العبد؛ لأنه كالحر فيه كما مر. (ع)

(٢) قوله: "ويصح التقدم إلخ" يعني لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك، ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه. (ع)

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "لتمكنه من إلخ" هذا جواب الاستحسان، وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن واحد من الورثة، أما الذي تقدم إليه، فلعدم تمكنه من النقض، فلم يفد التقدم فائدة في حقه، فإن واحدًا منهم، كما لا يتمكن من بنائه لا يتمكن من النقض أيضًا، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم، فلم يكن واحد منهم متعديا في ترك التفريغ.
فأما جواب الاستحسان، فإنه يضمن هذا الذي أشهد عليه بحصته فيما أصابه؛ لأنه كان متمكنًا من أن يطلب شركاءه؛ ليجمعوا على هدمه، وهذا لأن الإشهاد على جماعتهم متعذر عادة، فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه أدى إلى الضرر، والضرر مدفوع، كذا في "المبسوط". (ك)

(٥) إصلاح.

(٦) تعثر: شكوخيدن وبسر درآمدن. (من)

(٧) أي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني. (ع)

(٨) قوله: "لأن التفريغ عنه" أي عن القتيل الأول برفعه مفوض إلى أولياءه؛ لأنهم الذين يتولون رفعه، وطولب بالفرق بينها وبين ما إذا وقع الجناح في الطريق، وتعثر إنسان بنقضه، ومات، ثم تعثر رجل من القتيل ومات، فإن دية القتيلين جميعًا على صاحب الجناح، وأجيب: بأن إشراع الجناح في نفسه جناية، وهو فعله، فصار كأنه ألقاه بيده عليه، فكان حصول القتيل في الطريق مضافًا إلى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق، ومن ألقى شيئًا في الطريق كان ضامنًا؛ لما عطب به، ولم يملك تفريغ الطريق عنه، بخلاف مسألة الحائط، فإن نفس البناء ليس بجناية، وبعد ذلك لم يوجد منه فعل، يصير به جانيًا؛ لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع الضرورة على التفريغ، والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل، فلذلك جعل فاعلا في حق القتيل الأول، لا في حق القتيل الثاني. (ع)

(٩) قوله: بالنقض ضمنه [بناء شكسته باز گرديده]. (من)

ولو عطب بجرة[١] كانت على الحائط، فسقطت[٢] بسقوطه[٣]، وهي ملكه ضمنه[٤] لأن التفريغ إليه، وإن كان ملك غيره لا يضمنه؛ لأن التفريغ إلى مالكها.

قال[٥]: وإذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم، فقتل إنسانًا ضمن خمس الدية[٦]، ويكون ذلك على عاقلته، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر، فحفر أحدهم فيها بئرًا، والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطًا فعطب به إنسان، فعليه ثلثا الدية على عاقلته[٧]، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين[٨]، لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر[٩]، وبنصيب من لم يشهد عليه هدر، فكانا قسمين، فانقسم[١٠] نصفين، كما مر[١١] في عقر[١٢] الأسد، ونهس[١٣] الحية وجرح الرجل.

---

(١) سبو. (من)

(٢) قوله: "فسقطت إلخ" يشير إلى أنه لو وقعت الجرة وحدها، فأصابت إنسانًا فلا ضمان عليه؛ لأنه وضعها على ملكه، وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه، سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل، كذا في "المبسوط". (عيني)

(٣) الحائط.

(٤) قوله: "ضمنه" حائط مائل أشهد عليه، فوضع صاحب الحائط أو غيره عليه جرة، فسقط الحائط، ورمى بالجرة على إنسان فقتله، فالضمان على صاحب الحائط، ولو عثر بالجرة أو بنقضها أحد إن كانت الجرة لغير صاحب الحائط فلا يضمن أحد، أما صاحب الحائط، فلأن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهادًا على الجرة، وأما صاحب الجرة فلأنه لم يوجد الإشهاد عليه، حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لقدرته على رفعها. (ك)

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) قوله: "ضمن خمس الدية" ألاترى أنه لو أشهد عليهم جميعًا، ثم سقط على إنسان كان على كل واحد منهم خمس الدية، فترك الإشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من أشهد عليه. (ع)

(٧) قوله: "فعليه ثلثا الدية [أي على كل واحد من حافر البير وباني الحائط. ع]" لكونه ظالما في ثلثي نصيب شريكيه، فيضمن ثلثي الدية، ولا يلزم ثلث الدية في نصيبه لكونه غير متعد فيه. (أعظمي)

(٨) قوله: "في الفصلين" أي فصل الحائط المائل المشترك بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة نفر، وقيل: جواب أبي حنيفة فيما إذا مات القتيل بثقل الحائط وأبو يوسف ومحمد لا يخالفانه في ذلك، وجوابهما فيما إذا مات بسبب الجرح، بأن جرحه الحائط، وأبو حنيفة يوافقهما في ذلك. (ك)

(٩) قوله: "أن التلف إلخ" وبمثله يقال في مسألة البئر: إنه اجتمع في حقه معنيان: أحدهما: موجب للضمان، وهو التعدي بالحفر في ملك غيره، والآخر: مانع عنه، وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه، فيجعل المعتبر جنسًا، والهدر جنسًا، فيلزمه نصف الضمان. (عناية)

(١٠) الضمان.

(١١) في باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه، فالواجب انقسم على ذي العقل وغيره.

(١٢) عقر -بالفتح- خسته كردن. (من)

(١٣) نهس: گزيدن مار. (م)

وله أن الموت حصل بعلة واحدة، وهو الثقل المقدر[١] والعمق المقدر[٢]؛ لأن أصل ذلك ليس بعلة[٣]، وهو القليل، حتى يعتبر كل جزء علة، فيجتمع العلل، وإذا كان كذلك[٤] يضاف[٥] إلى العلة الواحدة، ثم تقسم على أرباعها بقدر الملك.

بخلاف الجراحات، فإن كل جراحة[٦] علة التلف بنفسها، صغرت أو كبرت على ما عرف، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولية.

باب جناية البهيمة والجناية عليها[٧]

قال[٨]: الراكب ضامن[٩]؛ لما أوطأت[١٠] الدابة ما أصابت بيدها[١١]، أو

---

(١) أى فى الحائط. (ع)

(٢) أى فى البئر. (ع)

(٣) قوله: "لأن أصل [أى أصل الثقل والعمق. ع] ذلك ليس بعلة" أى القليل من الثقل والعمق لا يوجب التلف بحال، حتى يعتبر كل جزء علة، فيعتبر الكل علة واحدة، فيضاف الحكم إليها، ثم يقسم على أربابها بقدر الملك، بخلاف الجراحات، فإن كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت أو كبرت إلا عند المزاحمة، أضيف إلى الكل؛ لعدم رجحان البعض على بعضها، فلما أضيف التلف إلى الكل، وبعض الجراحات معتبر فى إضافة الضمان إليه، وبعضها غير معتبر، فجعل الذى هو غير معتبر شيئًا واحدًا، وإن تعدد، فلذلك صار الضمان نصفين، فاعتبر أحد النصفين وأهدر الآخر، وهذا لأنه إذا لم يصلح البعض لإضافة الحكم إليه، وصلح لقطع النسبة من المزاحمة، ظهرت المزاحمة فى قطع النسبة، وإن لم يظهر فى حق استحقاق الحكم. (ك)

(٤) أى إذا ثبت أن العلة واحدة.

(٥) الموت.

(٦) أى جراحة عقر الأسد ونهس الحية وجرح الرجل.

(٧) قوله: "باب جناية إلخ" ذكره عقيب جناية الإنسان والجناية عليه، ومما لا يحتاج إلى بيان ذلك، ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل، ذكره بعد ما يحدثه الرجل فى الطريق قبل جناية الرقيق، ونسبة الجناية إليها لمشاكلة الجناية عليها. (رد المحتار)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) قوله: "الراكب ضامن لما أوطأت الدابة" الصحيح وطئت؛ لأنك تقول: أو طأت فلانًا الدابة، فوطئت، والكدم: العض بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار، والخبط: الضرب باليد والصدم: هو أن تضرب الشيء بجسدك، ومنه اصطدم الفارسان إذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه، يقال: نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحد حافرها، كذا فى "الصحاح" و"المغرب".

وقوله: الراكب ضامن إلى قوله: أو كدمت أو خبطت، وكذا إذا صدمت يريد به إذا كان الراكب يسير فى طريق المسلمين؛ لأنه إذا كان يسير في ملكه إن وطئت بيدها، أو برجلها يضمن، وإن كدمت أو نفحت بيدها، أو برجلها، أو ضربت بيدها، فلاضمان؛ لأن فى الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف، فكأنهما وطئاه جميعًا، ولهذا يجب على الراكب الكفارة إذا وطئت الدابة برجلها أو بيدها، ويحرم عن الميراث، والمباشر ضامن، سواء كان متعديًا أو لا. (ك)

(١٠) وطئ –بالفتح– پايمال كردن. (م)

رجلها، أو رأسها، أو كدمت[١]، أو خبطت، وكذا إذا صدمت[٢]، ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها[٣].

والأصل[٤] أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه[٥]، وفي حق غيره من وجه؛ لكونه مشتركًا بين كل الناس، فقلنا: بالإباحة[٦] مقيدا بما ذكرنا[٧]، ليعتدل النظر من الجانبين.

ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه؛ لما فيه من المنع[٨] عن التصرف وسدّ بابه[٩]، وهو مفتوح، والاحتراز عن الإيطاء، وما يضاهيه[١٠] ممكن[١١]، فإنه ليس من ضرورات التسيير، فقيدناه[١٢] بشرط السلامة عنه، والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة[١٣]، فلم يتقيد به[١٤].

---

(١١) بدل من قوله: ما أوطأت الدابة. (ع)

(١) كدم –بالفتح– گزيدن. (م)

(٢) صدم –بالفتح– كوفتن. (م)

(٣) قوله: "مانفحت [لت زد]" نفح: پاى زدن ناقه وجز آن، يقال: نفحت الدابة إذا رمت بحافرها. (من)

(٤) أي الأمر الكلي.

(٥) قوله: "لأنه يتصرف إلخ" جواب لسؤال ذكره في "الذخيرة" وغيره مع هذا الجواب، وهو فإن قيل: هو غير متعد في هذا التسبيب، فإن له أن يمر في طريق المسلمين، كما في ملكه، ولو مر عليها في ملكه فأتلف شيئًا بهذه الوجوه، لم يضمن بها، فيجب أن لا يضمن ههنا أيضًا، قلنا: الطريق يشبه ملكه من حيث إن المرور مباح له فيه، ويشبه ملك الغير من حيث إنه ليس له في طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف، فوفرنا على الشبهين حظهما. (ك)

(٦) قوله: "فقلنا بالإباحة إلخ" أي فالنظر إلى حقه يستدعي الإباحة مطلقًا، والنظر إلى غيره يستدعي الحجر مطلقًا، فقلنا إلخ. (عناية)

(٧) أي بالسلامة.

(٨) قوله: "لما فيه [أي في التقييد بشرط السلامة فيما لا يمكن التحرز عنه] إلخ" يعني إنا لو شرطنا عليه السلامة فيما لا يمكن التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه؛ لأنه يمتنع من المشي والسير على الدابة مخافة أن يبتلى بما لا يمكن التحرز عنه، فأما ما يستطاع الامتناع منه لو شرط عليه صفة السلامة من ذلك، لايمنع عليه استيفاء حقه، وإنما يلزمه به نوع احتياط في الاستيفاء، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(٩) تصرف.

(١٠) من الكدم والخبط وغيرهما.

(١١) لأن ذلك يكون بين عينيه. (ك)

(١٢) تسيير.

(١٣) لأن ذلك يكون وراء الراكب. (ك)

(١٤) أي بالسلامة عن النفحة بالرجل والذنب.

فإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضًا ؛ لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف، وإن[١] لم يمكنه عن النفحة، فصار متعديًا في الإيقاف، وشغل الطريق به[٢]، فيضمنه.

قال[٣] : وإن أصابت بيدها، أو برجلها حصاة[٤]، أو نواة[٥]، أو ثارت[٦] غبارًا، أو حجرًا صغيرًا، ففقأ[٧] عين إنسان، أو أفسد ثوبه، لم يضمن، وإن كان حجرًا كبيرًا ضمن ؛ لأنه في الوجه الأول ؛ لا يمكن التحرز عنه، إذ سير الدواب لا يعرى عنه. وفي الثاني ممكن ؛ لأنه ينفك عن السير عادة، إنما ذلك بتعنيف[٨] الراكب والمرتدف[٩] فيما ذكرنا[١٠] كالراكب ؛ لأن المعنى[١١] لا يختلف.

قال[١٢] : فإن راثت[١٣] أو بالت في الطريق، وهي تسير فعطب[١٤] به[١٥] إنسان، لم يضمن ؛ لأنه من ضرورات السير، فلا يمكنه الاحتراز عنه، وكذا إذا أوقفها لذلك[١٦] ؛ لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف، وإن أوقفها لغير ذلك[١٧] فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن[١٨] ؛ لأنه متعدٍّ في هذا الإيقاف ؛ لأنه ليس من

(١) الواو وصلية.
(٢) أي بالإيقاف.
(٣) أي محمد. (عيني)
(٤) سنگريزه. (من)
(٥) بالفتح: دانه خرما. (من)
(٦) إثارة –بالكسر– گرد برانگيختن وبرخيزانيدن. (م)
(٧) فقأ: كور كردن. (من)
(٨) تعنيف: سرزنش كردن ودرشتي نمودن. (م)
(٩) ارتداف: در پس كسى سوار شدن. (م)
(١٠) أي في موجب الجناية.
(١١) قوله: "لأن المعنى" أي المعنى الموجب، وهو المباشرة، والتصرف في الدابة في التسيير على ما أراد لا يختلف؛ لأنها في أيديهما وتحت تصرفهما. (عناية)
(١٢) أي القدوري. (عيني)
(١٣) روث –بالفتح– سرگين انداختن.
(١٤) هلك.
(١٥) أي بروثها، أو بولها.
(١٦) أي للروث والبول.
(١٧) روث وبول.
(١٨) قوله: "ضمن" قال الرحمتي: فلو أوقفها للازدحام، أو لضرورة أخرى، ينبغي أنه إن أمكنه العود أو التخلص

ضرورات السير ؛ ثم هو أكثر ضرراً بالمارة من السير[١] ؛ لما أنه[٢] أدوم منه[٣] ، فلا يلحق به .

والسائق[٤] ضامن[٥] ؛ لما أصابت بيدها أو رجلها ، والقائد[٦] ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها ، والمراد[٧] النفحة ، قال رضى الله تعالى عنه[٨] : هكذا ذكره القدورى فى "مختصره" ، وإليه مال بعض المشايخ[٩].

وجهه أن النفحة بمرأى عين السائق ، فيمكنه الاحتراز عنه[١٠] ، وغائب عن بصر القائد ، فلا يمكنه التحرز عنه .

وقال أكثر المشايخ[١١] : إن السائق لا يضمن النفحة أيضًا[١٢] ، وإن[١٣] كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به[١٤] ، فلا يمكنه التحرز عنه ، بخلاف الكدم ؛ لامكانه كبحها[١٥] بلجامها ، وبهذا ينطق أكثر النسخ ، وهو الأصح .

وقال الشافعى : يضمنون[١٦] النفحة كلهم ؛ لأن فعلها مضاف إليهم ، والحجة

يضمن وإلا لا. (رد المحتار)

(١) قوله: "ثم هو إلخ" جواب عما يقال: سلمنا أن الإيقاف ليس من ضرورات السير، لكنه مثله فى كونه تصرفا فى الدابة، فيلحق به، ووجه أنه أضر منه؛ لما أن الإيقاف أدوم من السير، فلا يلحق به. (ع)

(٢) قوله: "لما أنه" أى لأن الإيقاف أدوم من التسيير، وربما يكون مانعا لغيره من المرور، فيكون فوق المرور، فلا يلحق به بدلالة النص. (ك)

(٣)قوله: "أدوم منه" يعنى إذا أوقفها فراثت، يقع الروث فى محل، فيكون أدوم من الروث عند السير؛ لأنه فى محال، ففى كل محل محل أقل.

(٤) سوق: راندن.

(٥) قوله: "والسائق إلخ" لما فرغ عن بيان أحكام الراكب، بين أحكام السائق والقائد. (ع)

(٦)قود –بالفتح– از پيش كشيدن ستور وجز آن. (م)

(٧) قوله: "والمراد" أى من قوله: لما أصابت بيدها أو برجلها، وإنما قيد التفسير بهذا؛ لأنه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصاب بيدها، أو رجلها الوطئ، ولا خلاف لأحد أنه يضمن فيه، السائق والقائد، وإنما الاختلاف فى النفحة، ولو لم يفسره بهذا لكان للمؤول أن يؤول ذلك بالوطئ، ويثبت الاختلاف فيه، وليست الرواية كذلك. (ك)

(٨) أى المصنف.

(٩) أى مشايخ العراق. (ك)

(١٠) قوله: "فيمكنه الاحتراز عنه" أى بإبعاد الدابة عن المتلف، أو بإبعاده عن الدابة. (ع)

(١١) يريد مشايخ ما وراء النهر. (ع)

(١٢) وهو الصحيح.

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) أقول: ليس على يدها أيضًا ما يمنعها.

(١٥) كبح: عنان باز كشيدن ستور را تا از رفتن بازيستد وباز گردانيدن كسى را از كارى. (م)

عليه ما ذكرناه[١].

وقوله عليه السلام: «الرجل جبار[٢]»*، معناه النفحة بالرجل[٣] وانتقال الفعل[٤] بتخويف القتل[٥]، كما في المكره، وهذا تخويف بالضرب.

قال: وفي "الجامع الصغير"[٦]: وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد؛ لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف، وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية، فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب، إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها، أو برجلها، ولا كفارة عليهما[٧]، ولا على الراكب[٨] فيما وراء الإيطاء؛ لأن الراكب مباشر[٩] فيه[١٠]؛ لأن التلف بثقله.

وثقل الدابة تبع له؛ لأن سير الدابة مضاف إليه، وهي[١١] آلة له، وهما مسببان[١٢]؛ لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء[١٣]، وكذا الراكب[١٤] في غير

---

(١٦) السائق والقائد والراكب.

(١) قوله: "ما ذكرناه" وهو قوله: وغائب عن بصر القائد، فلا يمكنه التحرز عنه. (ك)

(٢) أي هدر.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٧، والدراية ج٢ ص٢٨٣، الحديث ١٠٤٣. (نعيم)

(٣) لأن الوطء مضمون بالإجماع. (ع)

(٤) قوله: "وانتقال الفعل إلخ" جواب عن قول الشافعي؛ لأن فعلها مضاف إليهم، يعني أن ذلك لا يكون إلا بالقياس على الإكراه، ولا يصح؛ لأن هناك الانتقال بتخويف القتل، وههنا تخويف بالضرب، فلا يلحق به، قيل وفيه ضعف؛ لأنه لم يقل بذلك قياسا على الإكراه، وإنما قال: بناء على أصل آخر، وهو أن سير الدابة مضاف إلى راكبها، ولا كلام فيه، وإنما الكلام في النفحة، ومع ذلك لا يخلو عن ضعف، والجواب القوي ما ذكره بقوله: والحجة عليه ما ذكرنا، وقوله عليه السلام: «الرجل جبار». (ع)

(٥) قوله: "بتخويف القتل" يعني أن الإضافة والانتقال إنما يكون في الإكراه الكامل، وهو التخويف بالقتل أو القطع لا في الإكراه القاصر، وهو التخويف بالضرب، وهذا الإكراه قاصر، فلا ينتقل إليهم. (ك)

(٦) أي برواية الجامع لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة. (ع)

(٧) أي مطلقًا.

(٨) وأما في الإيطاء فعلى الراكب كفارة لا عليهما.

(٩) قوله: "لأن الراكب مباشر" والدليل على أنه مباشر من حيث حكم الشرع أن من سار على دابة في ملكه، فأوطأت إنسانًا بيدها أو رجلها، فقتله فعليه الدية والكفارة؛ لأن الراكب مباشر للقتل فيما أوطأت دابته، والمباشرة في ملكه وغير ملكه سواء في إيجاب الضمان عليه كالرمي، فإن من رمى في ملكه، فأصاب إنسانًا كان عليه ضمانه، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(١٠) أي في الإيطار.

(١١) دابة.

(١٢) أي السائق والقائد.

الإيطاء، والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب، وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد؛ لأنه يختص بالمباشرة.

ولو كان راكب وسائق، قيل: لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة؛ لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا[١]، والسائق مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى، وقيل: الضمان عليهما؛ لأن كل ذلك[٢] سبب الضمان[٣].

قال[٤]: وإذا اصطدم فارسان[٥]، فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما[٦] دية الآخر[٧].

وقال زفر والشافعي: يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر؛ لما روى عن على رضى الله تعالى عنه*، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه؛ لأنه بصدمته آلم[٨] نفسه وصاحبه، فيهدر نصفه ويعتبر نصفه، كما إذا كان الاصطدام عمداً[٩]، أو جرح كل واحد[١٠] منهما نفسه وصاحبه جراحة، أو حفراً

---

(١٣) أى محل الجناية.

(١٤) أى مسبب.

(١) إشارة إلى قوله: لأن التلف بثقله. (ع)

(٢) قوله: "لأن كل ذلك إلخ" ذكر محمد في الأصل أن الراكب إذا أمر آخر بنخس الدابة، فأوطأت إنساناً، كان الضمان عليهما، وعلل فقال: لأن الناخس سائق، والآمر راكبه، فقد تبين ما ذكر أن الراكب والسائق فى ضمان ما وطأت الدابة يشتركان، ولا يختص به الراكب. (ك)

(٣) قوله: "سبب الضمان" لأن كل واحد منهما بانفراده عامل بالإتلاف، فإن السوق لو انفرد عن الركوب أو جب ضمان ما أتلف بالوطئ، وكذلك الركوب، فلم يجز أن يضاف عمل السوق فى الإتلاف إلى الركوب، بل كان التلف مضافاً إليهما نصفين، والمسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان سبباً لا يعمل فى التلف عند انفراده كالحفر، فإنه لا يوجب التلف منفرداً عن الدفع الذى هو مباشرة. (عناية)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "وإذا اصطدم [باهم صدمه خوردند، أى تصادما بالجسد. رد المحتار] فارسان [أو ماشيان وهما حران خطأ. (على قارى)" اصطدام: باهم كوفتن، وبرهم زدن، تقول: اصطدم الفحلان إذا صدم بعضها بعضاً. (من)

(٦) قوله: "فعلى عاقلة [لو كان الاصطدام خطأ، كذا فى "الغرر"] إلخ" وهذا ليس على إطلاقه، بل محمول على ما إذا تقابلا لما فى الاختيار سار رجل على دابة، فجاء راكب من خلفه، فصدمه، فعطب المؤخر لا ضمان على المقدم، وإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر، وكذا فى سفينتين. (ط عن أبى السعود)

(٧) قوله: "دية الآخر" وذكر الفارس ليس بقيد، فالحكم فى اصطدام الماشيين وموتهما به كذلك ذكره فى "المبسوط". (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٦ تحت "باب جناية البهيمة والجناية عليها"، والدراية ج٢ ص٢٨٢ تحت الحديث١٠٤١. (نعيم)

(٨) والم سبب موت ست.

على قارعة الطريق بيرا، فانهار[١] عليهما، يجب على كل واحد منهما النصف، فكذا هذا.

ولنا أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه؛ لأن فعله فى نفسه مباح، وهو المشى فى الطريق، فلا يصلح[٢] مستندًا للإضافة فى حق الضمان كالماشى إذا لم يعلم بالبئر[٣]، ووقع فيها، لا يهدر شيء من دمه و فعل صاحبه، وإن[٤] كان مباحًا لكن الفعل المباح فى غيره[٥] سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره.

وروى[٦] عن على رضى الله تعالى عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية، فتعارضت روايتاه، فرجّحنا[٧] بما ذكرنا[٨].

وفيما ذكر من المسائل[٩] الفعلان محظوران، فوضح الفرق، هذا الذى

---

(٩) قوله: "كما إذا كان الاصطدام [أى هر واحد صدمه زند ديگرى را عمدًا. (ترجمه)] إلخ" لو كان الاصطدام عمدًا، فالواجب نصف الدية اتفاقا؛ لأن كلا منهما مات بفعله، وفعل الآخر، فيعتبر نصف الدية، ويهدر النصف، كما إذا جرح كل منهما صاحبه، ولم يذكر فى "الهداية" و "الكافى"، صورة العمد صريحًا، بل فى ضمن دليل الخصم، ولهذا قال فى "الكفاية": أى يجب نصف الدية فى العمد على عاقلة كل واحد، وفى الخطأ تجب الدية الكاملة على ما ذكر فى الكتب، خلا أنه ذكر الخطأ فى وضع المسألة، والعمد فى بيان قول الخصم. (در شرح غرر)

(١٠) وماتا.

(١) انهار: فرو دريد بنا. (من)

(٢) أى فعله فى نفسه.

(٣) قوله: "كالماشى إلخ" يعنى إذا مات بالوقوع فى البير مع أن البير بنفسها فى قارعة الطريق ليست بسبب لموته، بل البير مع المشى إليها سبب للموت، والمعنى فيه أيضًا هو أن كل واحد منهما مدفوع بصاحبه، فكأنه أوقعه من الدابة بيده، وهذا لأن دفع صاحبه إياه علة معتبرة لإتلافه فى الحكم، فأما قوة المصدوم، فلا يصلح أن يكون علة معارضة لدفع الصادم، فهو بمنزلة من وقع فى بير حفرها رجل فى الطريق، يجب الضمان على الحافر، وإن كان لولا مشيه وثقله فى نفسه، لما هوى فى البير. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أى الآخر.

(٦) قوله: "وروى" وروى عن عبد الرزاق فى مصنفه فى القسامة عن أشعث عن الحكيم عن على أن رجلين صدم أحدهما صاحبه، فضمن كل واحد منهما لصاحبه الدية. (شرح نقاية)

(٧) قوله: "فرجّحنا إلخ" فإن قيل: القياس لا يصلح مرجحا؛ لأنه علة يثبت به الحكم، والترجيح إنما يكون بما ليس بعلة، قلنا: معناه فتعارضت روايتاه فتساقطت، فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل، أو نقول: القياس إنما يكون علة عند عدم النص، فأما عند وجود النص، فلا يصير علة، وههنا النص موجود، فإذا لم يصر علة يصح الترجيح به، أو نقول: ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما فى العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضًا. (ك)

(٨) أى لأن فعله مباح، وهو المشى فى الطريق. (ع)

(٩) قوله: "وفيما ذكر إلخ" جواب عن المسائل المذكورة فى جهتهما، وذلك لأن الفعل لما كان محظورًا كان

ذكرنا[١] إذا كانا حرين فى العمد والخطأ، ولو كانا عبدين يهدر الدم فى الخطأ[٢]؛ لأن الجناية تعلقت برقبته[٣] دفعًا[٤] وفداء، وقد فاتت[٥] لا إلى خلف من غير فعل المولى، فهدر ضرورة، وكذا فى العمد[٦]؛ لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى، ولم يخلف بدلا.

ولو كان أحدهما حرًا والآخر عبدًا، ففى الخطأ تجب على عاقلة الحر[٧] المقتول قيمة العبد، فيأخذها[٨] ورثة المقتول الحر، ويبطل حق الحر المقتول فى الدية فيما زاد على القيمة[٩]؛ لأن على أصل أبى حنيفة ومحمد تجب القيمة[١٠] على العاقلة[١١]؛ لأنه ضمان الآدمى[١٢]، فقد أخلف[١٣] بدلا بهذا القدر[١٤]، فيأخذه ورثة الحر المقتول، ويبطل[١٥] ما زاد عليه؛ لعدم الخلف.

وفى العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد؛ لأن المضمون هو النصف

موجبا للضمان، ولكن لم يظهر فى حق نفسه؛ لعدم الفائدة، فسقط إيجاب الضمان فى حق نفسه، واعتبر فى حق غيره، فذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية، وأما فيما نحن فيه، فالمشى مباح محض، فلم ينعقد موجبا للضمان فى حق نفسه أصلا، فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة أحد له فى قتله، فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر، كمن مشى حتى سقط فى البير ضمن الحافر، وإن كان السقوط بالحفر والمشى جميعًا، لكن لما كان المشى مباحًا لم يعتبر. (ك)

(١) قوله: "هذا الذى ذكرنا" أى وجوب نصف الدية فى العمد على عاقلة كل واحد منهما، وفى الخطأ الدية الكاملة. (عناية)

(٢) أى فى الاصطدام خطأ.

(٣) أى برقبة العبد.

(٤) أى أما أن يدفع العبد إلى ولى الجناية أو يفدى عنه له مولاه.

(٥) الرقبة.

(٦) لأن العمد ههنا بمنزلة الخطأ. (ك)

(٧) قوله: "تجب [باعتبار كون الحر قاتلا. ك] على إلخ " لأن كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه، فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد، ثم قد تلف العبد الجانى، وأخلف بدلا فيكون بدله لورثة المجنى عليه، وهو الحر؛ لأن القيمة التى دفعها عاقلة الحر صار بدلا عن العبد، فيأخذها ورثة الحر بجهة كونه مقتولا، لا بجهة كون الحر قاتلا. (ك)

(٨) بجهة كون الحر مقتولا. (ك) أى قيمة العبد. (ع)

(٩) أى قيمة العبد.

(١٠) أى قيمة العبد.

(١١) أى عاقلة الحر.

(١٢) وهو على العاقلة.

(١٣) العبد.

(١٤) أى قدر القيمة.

(١٥) من حق الحر المقتول.

في العمد، وهذا القدر يأخذه ولي المقتول[١]، وما على العبد في رقبته، وهو نصف دية الحر، يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل، وهو نصف القيمة.

قال[٢]: ومن ساق دابة، فوقع السرج[٣] على رجل، فقتله ضمن، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه، وكذا ما يحمل عليها؛ لأنه[٤] متعدٍّ في هذا التسبيب؛ لأن الوقوع بتقصير منه، وهو ترك الشد، أو الأحكام فيه.

بخلاف الرداء[٥]؛ لأنه لا يشد في العادة، ولأنه قاصد[٦] لحفظ هذه الأشياء[٧]، كما في المحمول على عاتقه[٨] دون اللباس على ما مر من قبل[٩]، فيقيد بشرط السلامة.

قال[١٠]: ومن قاد[١١] قطاراً[١٢]، فهو ضامن لما أوطأ، فإن وطئ بعير إنسانًا ضمن به القائد، والدية على العاقلة؛ لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق، وقد أمكنه ذلك[١٣]، وقد صار متعدّيًا بالتقصير فيه، والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان، إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه[١٤]، وضمان المال في ماله.

وإن كان معه سائق، فالضمان عليهما؛ لأن قائد الواحد قائد للكل، وكذا سائقه[١٥] لاتصال اللازمة، وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل[١٦]، أما إذا كان

---

(١) العبد.

(٢) أي محمد. (عيني)

(٣) سرج -بالفتح- زين. (م)

(٤) سائق.

(٥) قوله: "بخلاف الرداء" يعني إذا كان لابسًا رداء، فسقط عنه، وعطب به إنسان أو غيره؛ لا ضمان عليه؛ لأن الإنسان لا يقصد حفظ اللباس، ولا يمكنه أن يمشي عريانًا وما لا يستطاع الامتناع عنه يجعل عفواً. (ك)

(٦) قوله: "ولأنه قاصد إلخ" ولأن اللباس تبع للابس، وهو لو وقع في الطريق، وعثر به إنسان لا يلزمه الضمان، فكذا إذا عثر بلباسه. (زيلعي)

(٧) يعني السرج وسائر أدواته. (ع)

(٨) قوله: "كما في المحمول على عاتقه [عاتق دوش. م]" فإنه إذا وقع على شيء، فأتلفه، فإنه يجب الضمان، بخلاف اللباس، فإنه لا يقصد حفظه. (ع)

(٩) أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق. (ع)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) كشيد.

(١٢) بالكسر: قطار الإبل تقطر على نسق واحد، والجمع قطر ككتب، كذا في "المغرب".

(١٣) أي حفظ القطار.

(١٤) أي التسبيب.

توسطها[١]، وأخذ بزمام[٢] واحد، يضمن ما عطب بما هو خلفه، ويضمنان[٣] ما تلف بما بين يديه؛ لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام[٤] الزمام، والسائق يسوق ما يكون قدامه.

وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار والقائد لا يعلم[٥]، فوطئ المربوط إنساناً، فقتله، فعلى عاقلة القائد الدية؛ لأنه يمكنه[٦] صيانة القطار عن ربط غيره، فإذا ترك الصيانة صار متعدّيًا، وفي التسبيب الدية على العاقلة، كما في القتل الخطأ[٧].

ثم يرجعون بها[٨] على عاقلة الرابط؛ لأنه[٩] هو الذى أوقعهم فى هذه العهدة، وإنما لا يجب الضمان عليهما فى الابتداء[١٠]، وكل[١١] منهما مسبب؛ لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط.

قالوا[١٢]: هذا إذا ربط[١٣] والقطار تسير؛ لأنه[١٤] أمر بالقود دلالةً، فإذا لم

---

(١٥) أى سائق الواحد سائق الكل.

(١٦) أى يمشى فى جانب من القطار لا يتقدم ولا يتأخر، ولا يأخذ بزمام بعير. (ك)

(١) قوله: "أما إذا كان [سائق] توسطها [قطار] إلخ" قيد التوسط بأخذ الزمام؛ لأنه إذا لم يأخذ الزمام، فهو سائق للكل أو قائد؛ لأنه إن كان يكون أحيانًا وسطها، وأحيانًا يتقدم وأحيانًا يتأخر، ولو كان رجل راكبًا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئًا، لم يضمن فيما يصيب الإبل التى بين يديه؛ لأنه ليس بسائق لما بين يديه، ولكن هو معهم فى الضمان فيما أصاب البعير الذى هو عليه وما خلفه، أما فى البعير الذى هو عليه؛ لأنه راكب، وأما فيما خلفه فلأنه قائد لما خلفه، لأن زمام ما خلفه مربوط ببعيره.

وقال بعض المتأخرين: هذا إذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده، وأما إذا كان هو نائمًا على بعيره، أو قاعدًا لا يفعل شيئًا، يكون به قائدًا لما خلفه، فلا ضمان عليه فى ذلك، وهو فى حق ماخلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعير، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٢) قوله: "بزمام" زمام -بالكسر- رسنى ومهار كه در چوب بينى شتر كنند. (م)

(٣) السائق والقائد.

(٤) بريده شدن. (م)

(٥) قوله: "والقائد لا يعلم [بالربط]" قيد به ليبتنى عليه قوله، ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط؛ لأنه إذا علم لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط. (ك)

(٦) قائد.

(٧) فإن الدية فيه على العاقلة.

(٨) أى بالدية.

(٩) رابط.

(١٠) قوله: "وإنما لا يجب الضمان عليهما فى الابتداء" أى القائد والرابط بطريق الشركة، وكل منهما مسبب أى مع أن كلا منهما مسبب، وهذا يوجب الاشتراك فى الضمان. (ك)

(١١) الواو حالية.

يعلم[1] به[2]، لا يمكنه التحفظ من ذلك، فيكون قرار الضمان على الرابط، أما إذا ربط، والإبل قيام، ثم قادها ضمنها[3] القائد؛ لأنه[4] قاد بغير غيره بغير إذنه لا صريحًا، ولا دلالة، فلا يرجع[5] بما لحقه عليه[6].

قال[7]: ومن أرسل بهيمة[8]، وكان لها سائقًا[9]، فأصابت في فورها يضمنه؛ لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق، قال[10]: ولو أرسل طيرًا[11] وساقه، فأصاب في فوره[12]، لم يضمن[13].

والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق، فاعتبر سوقه، والطير لا يحتمل السوق، فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة[14]، وكذا لو أرسل كلبًا، ولم يكن له سائقًا لم يضمن[15]، ولو أرسله إلى صيد، ولم يكن له سائقًا، فأخذ الصيد وقتله حل.

---

(١٢) قوله: "قالوا: هذا إلخ" يعني أن لفظ "الجامع الصغير" غير متعرض للسير والوقوف، والمشايخ قالوا: هذا أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط إلخ. (ع)

(١٣) الجمل.

(١٤) رابط.

(١) قائد.

(٢) ربط.

(٣) قوله: "ضمنها [بلا رجوع على أحد. ع] إلخ" لأن ربط الجمل بالقطار جناية، وإنها واقفة في الطريق، وحين سار بها القائد فقد زالت هذه الجناية بقود القائد، فبرأ عن موجبها، كمن وضع حجرًا على قارعة الطريق، ثم جاء إنسان، وحول الحجر من ذلك الموضع إلى موضع آخر، لم يكن على الواضع الأول شيء، أن تعقل به إنسان؛ لأن وضعه الحجر جناية، ولكن لما حوله غيره عن مكانه زالت جنايته بفعل الواضع الثاني، فبرأ الأول. (ك)

(٤) قائد.

(٥) قائد.

(٦) رابط.

(٧) أي محمد. (عيني)

(٨) قوله: "ومن أرسل بهيمة" يريد كلبا لقوله بعده، وكذا لو أرسل كلبا. (عناية)

(٩) والمراد بالسوق أن يمشي خلفه. (زيلعي)

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) أي بازيًا. (ع)

(١٢) بأن قتل صيدًا مملوكًا. (ع)

(١٣) أي المرسل السائق. (ع)

(١٤) قوله: "بمنزلة" ومن ثمه قالوا: لو أرسل بازيا في الحرم فقتل صيد الحرم، لا يضمن المرسل. (زيلعي)

(١٥) قوله: "لم يضمن [لعدم وجود السوق]" يعني وإن أصاب الكلب شيئًا في فور الإرسال لا يضمن المرسل. (ك)

ووجه الفرق أن البهيمة مختارة فى فعلها[١]، ولا تصلح نائبة عن المرسل، فلا يضاف فعلها إلى غيرها، هذا هو الحقيقة، إلا أن الحاجة مست فى الاصطياد، فأضيف إلى المرسل؛ لأن الاصطياد مشروع، ولا طريق له سواه، ولا حاجة[٢] فى حق الضمان العدوان.

وعن أبى يوسف أنه أوجب الضمان فى هذا كله احتياطًا؛ صيانة لأموال الناس.

قال رضى الله تعالى عنه[٣]: وذكر فى "المبسوط" إذا أرسل دابة[٤] فى طريق المسلمين، فأصابت[٥] فى فورها، فالمرسل ضامن[٦]؛ لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها[٧]، ولو انعطفت[٨] يمنة أو يسرة انقطع حكم الارسال، إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه[٩]، وكذا[١٠] إذا وقفت[١١]، ثم سارت.

بخلاف ما إذا وقفت[١٢] بعد الإرسال فى الاصطياد، ثم سارت، فأخذت الصيد[١٣]؛ لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل[١٤]؛ لأنه لتمكنه من الصيد،

---

(١) قوله: "مختارة إلخ" الأصل أن الفعل الاختيارى يضاف إلى فاعله، ولا يجوز إضافته إلى غيره، إلا أنا تركنا ذلك فى فعل البهيمة إذا وجد منه السوق، بخلاف ما إذا أرسل الكلب إلى صيد، حيث يؤكل ما أصابه، وإن لم يكن سائقا؛ لأن الحاجة مست إلى الاصطياد، فأضيف إلى المرسل ما دام الكلب فى تلك الجهة. (زيلعى)

(٢) أى إلى إضافة فعل البهيمة سوى الاصطياد إلى المرسل.

(٣) أى المصنف.

(٤) فرسًا أو بعيرًا، أو أمثالها.

(٥) شيئًا.

(٦) قوله: "فالمرسل ضامن" قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى، وفى "النهاية": وإن كان أصاب الكلب شيئًا فى فور الإرسال، لا يضمن المرسل، بخلاف الدابة حتى قالوا: إذا أرسل كلبا، أو دابة، فأصاب فى فوره شيئًا، يضمن فى الدابة دون الكلب والطير. (ك)

(٧) سنن: روش وطريق. (م)

(٨) انعطاف: خم گرفتن وبرگرديدن. (م)

(٩) قوله: "إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه" أى سوى طريق اليمنة أو اليسرة، بأن كان على الجادة ماء أو وحل، فحينئذ لا ينقطع حكم الإرسال أيضًا، كما لو لم ينعطف يمنة أو يسرة. (ك)

(١٠) أى ينقطع حكم الإرسال

(١١) أى الدابة.

(١٢) أى الكلب المعلم وأمثاله. (ك)

(١٣) فلا ينقطع الإرسال، بل يحل الصيد.

(١٤) قوله: "لأن تلك الوقفة إلخ" يعنى أن هناك بوقوفه لا ينقطع حكم الإرسال، حتى حل ما قتله من الصيود، ولو انقطع حكم الإرسال لما حل، كما لو قتله هو بنفسه من غير إرسال، فلما كانت وقفة الكلب تحقق مقصود المرسل

وهذه[١] تنافي مقصود المرسل، وهو السير، فينقطع حكم الإرسال، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد[٢]، فأصاب نفسًا أو ما لا في فوره، لا يضمنه من أرسله، وفي الإرسال في الطريق يضمنه؛ لأن شغل الطريق تعد، فيضمن ما تولد منه، أما الإرسال للاصطياد فمباح، ولا تسبيب إلا بوصف التعدّي.

قال[٣]: ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعًا على فوره[٤]، ضمن المرسل، وإن مالت يمينًا أو شمالا، وله طريق آخر لا يضمن؛ لما مر[٥]، ولو انفلتت[٦] الدابة، فأصابت مالا، أو آدميًا ليلا أو نهارًا، لا ضمان على صاحبها؛ لقوله عليه السلام: «جرح العجماء جبار[٧]»*.

وقال محمد: هي المنفلتة[٨]، ولأن الفعل غير مضاف إليه، لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته[٩].

قال: شاة لقصاب[١٠] فقئت عينها[١١]، ففيها ما نقصها؛ لأن المقصود منها هو

الذي هو أخذ الصيد كان لهذه الوقفة حكم السير، فلم ينقطع حكم الإرسال كذلك. (ك)

(١) قوله: "وهذه" أي هذه الوقفة التي هي وقفة الدابة، والمراد بها الفرس، أو البعير وأمثالهما ينافي مقصود المرسل الذي هو السير. (ك)

(٢) قوله: "وبخلاف إلخ" معطوف على قوله: بخلاف ما إذا وقفت؛ لأن حكمها مخالف لحكم أصل المسألة، ثم في قوله وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد إلى آخره، ذكر الفرق بين الإرسالين، كما أنه في قوله، بخلاف ما إذا وقفت ذكر الفرق بين الوقفتين. (ك)

(٣) أي المصنف. (عيني) ليس في أكثر النسخ: قال. (عيني)

(٤) أي على فور الإرسال، وهو أن لا يميل يمينًا وشمالا. (ك)

(٥) إشارة إلى قوله: انقطع حكم الإرسال. (ع)

(٦) قوله: "انفلتت" فلت -بالتحريك- رهائي، يقال: ما لك منه فلت، أي لا تنفلت منه. (من)

(٧) قوله: "جرح العجماء إلخ" روى البخاري عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «العجماء جرحها جبار» العجماء بفتح العين المهملة وسكون الجيم بالمد: مؤنث أعجم، هو الذي لا يقدر على الكلام، والمراد ههنا البهيمة، والجبار -بضم الجيم وتخفيف الباء الموحدة- الهدر، أي لا شيء فيه. (قمر الأقمار)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٧، والدراية ج٢ ص٢٨٣، الحديث١٠٤٢. (نعيم)

(٨) قوله: "هي المنفلتة" أي العجماء التي أهدر النبي عليه السلام فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلت، فإن إفسادها إذا كان في فور الإرسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفًا، فكان تفسيرًا احترازًا عن الإجراء على عمومه. (عناية)

(٩) يعني السوق والقود والركوب. (ع)

(١٠) قوله: "شاة لقصاب إلخ" هذا هو الحكم في كل شاة، والقصاب ليس بقيد، وكذلك الجزار أيضًا ليس بقيد، والحكم في كل بقرة وبعير كالحكم في بقرة الجزار وجزوره، وإنما وضع المسألة في بقرة الجزار، وجزوره لئلا يتوهم إنهما معدان للحم، فيكون حكمها حكم الشاة. (ك)

(١١) فقأ: كور كردن. (من)

اللحم، فلا يعتبر إلا النقصان[١]، وفي عين بقرة الجزار وجزوره[٢] ربع القيمة، وكذا في عين الحمار[٣] والبغل والفرس، وقال الشافعي: فيه النقصان أيضًا اعتبارًا بالشاة. ولنا ما روى[٤] أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة*، وهكذا[٥] قضى عمر رضي الله تعالى عنه**، ولأن فيها[٦] مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل، فمن هذا الوجه تشبه الآدمي، وقد تمسك للأكل، فمن هذا الوجه تشبه المالوكات، فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في إيجاب الربع[٧]، وبالشبه الآخر في نفي النصف.

ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها[٨] بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل، فكأنها ذات أعين أربعة، فيجب الربع بفوات أحدهما.

قال[٩]: ومن سار على دابة في الطريق، فضربها رجل، أو نخسها[١٠]، فنفخت[١١] رجلا، أو ضربته بيدها، أو نفرت فصدمته[١٢] فقتلته، كان

(١) أي نقصان المالية.

(٢) قوله: "وجزوره [الجزور ما أعد من الإبل للنحر يقع على الذكر والأنثى. ع]" جزر: شتر كشتن وپوست باز كردن از وى، يقال: جزرت الجزور وبريدن. (من)

(٣) وكذا كل ما يؤكل لحمه.

(٤) رواه الطبراني في "معجمه" عن زيد بن ثابت. (علي قاري)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٨، والدراية ج٢ ص٢٨٣، الحديث ١٠٤٤. (نعيم)

(٥) كذا أورده العيني في "شرح الكنز".

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٨، والدراية ج٢ ص٢٨٣ تحت الحديث ١٠٤٤. (نعيم)

(٦) قوله: "ولأن فيها [أي في البقر والجزور والفرس وغيرها] إلخ" دليل معقول، وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة، فإن المقصود فيها اللحم، وفقأ العين لا يفوته، بل هو عيب، فيلزمه نقصان المالية. (ع)

(٧) قوله: "فبشبه الآدمي في إيجاب الربع" من حيث إنا أوجبنا المقدار من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي النصف، فوجب نصف التقدير الواجب عملا بهما، وذكر الإمام التمرتاشي، وقيل: لو فقأ الأخرى أو فقأهما معًا، يجب القيمة إن سلم الجثة، وفي "جامع أبي بكر" فقأ عيني الدابة فصاحبها بالخيار إن شاء تركها على الفاقي وضمنه القيمة، وإن شاء امسكها وضمن النقصان، وهذا لأن المعمول به في هذا الباب النص، والنص ورد في عين واحدة، فيقتصر عليه. (ك)

(٨) قوله: "ولأنه إنما يمكن إلخ" دليل آخر لكن الاعتماد على الأول، ألا يرى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة، كذا قاله فخر الإسلام. (عناية)

(٩) قوله: "قال" أي المصنف، وإنما قلنا: كذلك؛ لأن هذه المسألة وما بعدها ليست مذكورة في "البداية"، بل هي من مسائل "الأصل". (عيني)

(١٠) قوله: "أو نخسها [يعني بغير إذن الراكب والنخس، هو الطعن، ولو نخس وهو مأذون كان سائقًا]" نخس – بالفتح– سر چوب يا سر انگشت بكسى زدن. (م)

ذلك على الناخس دون الراكب[١]، هو المروى عن عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما*.

ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس، فأضيف فعل الدابة إليه، كأنه فعله بيده، ولأن الناخس متعدٍّ فى تسبيبه، والراكب فى فعله غير متعدٍّ[٢]، فيترجح جانبه فى التغريم للتعدّى[٣]، حتى لو كان واقفًا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب، والناخس نصفين؛ لأنه متعدٍّ فى الإيقاف أيضًا.

قال: وإن نفحت الناخس كان دمه هدرًا؛ لأنه بمنزلة الجانى على نفسه، وإن ألقت[٤] الراكب فقتلته، كان ديته على عاقلة الناخس؛ لأنه متعدٍّ فى تسبيبه، وفيه الدية على العاقلة.

قال: ولو وثبت[٥] بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته، كان ذلك على الناخس دون الراكب؛ لما بيناه[٦]، والواقف فى ملكه والذى يسير فى ذلك سواء[٧].

وعن أبى يوسف[٨] أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين؛ لأن

---

(١١) قوله: "فنفحت" يقال: نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحد حافرها، كذا نقل فى "الكفاية"، وفى "منتهى الأرب": نفح پاى زدن ناقه وجز آن، يقال: نفحت الدابة إذا رمت بحافرها.

(١٢) الصدم أن تضرب الشيء بجسده. (ك)

(١) قوله: "دون الراكب" فإن قيل: القياس يقتضى أن يكون الضمان على الراكب؛ لكونه مباشرًا، وإن لم يكن متعديا؛ لأن التعدى ليس من شرطه، فإن لم يختص به، فلا أقل من الشركة، فالجواب أن القياس ترك بالأثر، وفيه أثر عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما، وقد أشار المصنف أيضًا إلى الجواب بقوله: ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس، والمدفوع إلى الشيء وإن كان مباشرًا لا يعتبر مباشرًا، كما فى الإكراه الكامل، فلا يجب عليه جزاء المباشرة، إن فرض مباشرًا، ولا التسبيب أيضًا؛ لأنه يعتمد التعدّى، وهو مفقود. (ع)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٨، والدراية ج٢ ص٢٨٣ تحت الحديث١٠٤٤. (نعيم)

(٢) قوله: "والراكب فى فعله إلخ" يعنى أن الراكب مباشر فيما إذا أتلفت بالوطئ؛ لأنه يحصل التلف بالثقل كما تقدم، وليس الكلام ههنا فى ذلك، وإنما هو فى النفح بالرجل، والضرب باليد والصدمة، فكانا سببين، وترجح الناخس فى التغريم للتعدى. (ع)

(٣) أى فاعتبرنا مرجّحًا فى التغريم؛ لأن الترجيح بسبب الاعتبار. (ع)

(٤) بالنخس.

(٥) وثوب: بر جستن. (م)

(٦) قوله: "لما بيناه" إشارة إلى قوله: لأن الراكب والمركوب مدفوعان، وفى "النهاية": هو قوله؛ لأنه متعدٍّ فى تسبيبه، وليس بشيء، فتأمل. (عناية)

(٧) قوله: "سواء" أى يجب الضمان على الناخس فى كل حال؛ لأن الوقوف فى ملكه ليس بتعدٍّ كالسير فيه، بخلاف الوقوف فى الطريق، فإنه تعد، ولهذا يكون الضمان على الراكب، والناخس نصفين؛ لأنه متعدٍّ فى الإيقاف أيضًا. (ك)

(٨) فى رواية ابن سماعة.

التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة، والثانى[١] مضاف إلى الناخس، فيجب الضمان عليهما.

وإن نخسها بإذن الراكب، كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها، ولا ضمان[٢] عليه فى نفحتها؛ لأنه أمره بما يملكه، إذ النخس فى معنى السوق، فصح أمره به وانتقل إليه لمعنى الأمر.

قال: ولو وطئت رجلا في سيرها، وقد نخسها الناخس بإذن الراكب، فالدية عليهما نصفين جميعًا إذا كانت فى فورها الذى نخسها؛ لأن سيرها فى تلك الحالة مضاف إليهما[٣]، والإذن يتناول فعله السوق، ولا يتناوله من حيث إنه إتلاف[٤]، فمن هذا الوجه يقتصر عليه[٥].

والركوب وإن كان علة للوطئ[٦]، فالنخس ليس بشرط لهذه العلة، بل هو شرط أو علة للسير، والسير علة للوطئ، وبهذا لا يترجح صاحب العلة، كمن جرح إنسانًا، فوقع فى بئر حفرها غيره على قارعة الطريق، ومات فالدية عليهما[٧]؛ لما أن الحفر شرط علة أخرى[٨]، دون علة الجرح، كذا هذا.

ثم قيل: يرجع الناخس على الراكب بما ضمن فى الإيطاء؛ لأنه[٩] فعل بأمره[١٠]، وقيل: لا يرجع وهو الأصح فيما أراه؛ لأنه[١١] لم يأمره بالإيطاء،

(١) قوله: "والثانى" أى الوطئ مضاف إلى الناخس؛ لأنه كالسائق مع الراكب، فيضمنان ما وطئته الدابة. (عناية)

(٢) أى فى صورة الإذن.

(٣) أى إلى الراكب والناخس. (ع)

(٤) قوله: "ولا يتناوله من حيث إنه إتلاف" لوجود انفصال السوق عن الإتلاف، فليس عينه، ولا من ضروراته، فمن هذا الوجه يقتصر عليه أى على الناخس؛ لأن الراكب إذن له بالسوق لا بالإيطاء. (عناية)

(٥) أى من وجه الإتلاف يقتصر على الناخس لا يتعدى إلى الآمر، بأن يقال: إنه أمره، فكأنه أتلفه فيبرأ الناخس.

(٦)قوله: "والركوب إلخ" جواب سؤال، تقريره: أن الراكب صاحب علة للوطئ على معنى أنه يستعمل رجل الدابة فى الوضع والدفع، فكان ذلك بمنزلة فعل رجل حقيقةً، ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس، فإنه صاحب شرط فى حق فعل الوطئ، والإضافة إلى العلة أولى، ووجهه أن الركوب وإن كان علة للوطئ، ولكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب، بل هو شرط، أو علة للسير، والسير علة للوطئ، فكان الوطئ ثابتا بعلتين، فيجب الضمان عليهما. (عناية)

(٧) أى على الجارح والحافر.

(٨) وقو ع.

(٩) ناخس.

(١٠) راكب.

(١١) راكب.

والنخس ينفصل عنه[١]، وصار كما إذا أمر صبيًا يستمسك على الدابة بتسييرها[٢]، فوطئت إنسانًا ومات حتى ضمن عاقلة الصبى، فإنهم لا يرجعون على الآمر؛ لأنه أمره[٣] بالتسيير، والإيطاء ينفصل عنه[٤]، وكذا إذا ناوله[٥] سلاحًا، فقتل به آخر، حتى ضمن لا يرجع على الآمر.

ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الإيطاء فى فور النخس، حتى يكون السوق مضافًا إليه[٦]، وإذا لم يكن[٧] فى فور ذلك[٨]، فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس، فبقي السوق مضافًا إلى الراكب على الكمال.

ومن قاد دابةً فنخسها رجل، فانفلتت من يد القائد، فأصابت فى فورها، فهو على الناخس، وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره؛ لأنه مضاف إليه[٩]، والناخس إذا كان عبدًا[١٠] فالضمان فى رقبته، وإن كان صبيًا ففى ماله[١١]؛ لأنهما[١٢] مؤاخذان بأفعالهما.

ولو نخسها شيء منصوب فى الطريق، فنفحت إنسانًا فقتلته، فالضمان على من نصب ذلك الشيء؛ لأنه متعدٍّ بشغل الطريق، فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله، والله أعلم.

---

(١) فإن الإيطاء لا يلزم النخس.

(٢) قوله: "صبيًا يستمسك [صفة صبيًا] إلخ" إنما قيد بذلك؛ لأنه إذا لم يستمسك فلا ضمان على أحد، أما على الصبى فلأن مثله بمنزلة الحمل على الدابة، فلا يضاف السير إليه، وأما على الرجل، فلأنه لم يسيرها، وإذا لم يضف سيرها إلى أحد، كانت منفلتة، وفعلها جبار. (ع)
قوله: "يستمسك" أى يقدر على الركوب على الدابة، وفى "التاج": الاستمساك چنگ در زدن.

(٣) صبى.

(٤) أى عن التيسير.

(٥) صبى.

(٦) ناخس.

(٧) إيطاء.

(٨) نخس.

(٩) أى لأن فعل الدابة حينئذ مضاف إلى الناخس.

(١٠) قوله: "والناخس إذا كان عبدًا" يعنى ونخس بغير إذن الراكب، فالضمان فى رقبته يدفع بها، أو يفدى. (ع)

(١١) قوله: "وإن كان صبيًا ففى ماله" قال العلامة النسفى فى "الكافى": يحتمل أن يراد به إذا كانت الجناية على المال، أو فيما دون أرش الموضحة، قلت: ويحتمل أن يراد به أن الصبى إذا كان من العجم؛ لأنه لا عاقلة للعجم. (ك)

(١٢) أى العبد والصبى.

جـ8 10 B

باب جناية المملوك والجناية عليه[١]

قال[٢]: وإذا جنى العبد جنايةً خطأ[٣]، قيل لمولاه: إما أن تدفعه بها، أو تفديه*.

وقال الشافعي: جنايته في رقبته، يباع فيها، إلا أن يقضي المولى الأرش، وفائدة الاختلاف في اتّباع الجاني[٤] بعد العتق، والمسألة مختلفة[٥] بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم.

له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف؛ لأنه هو الجاني، إلا أن العاقلة تتحمل عنه، ولا عاقلة للعبد؛ لأن العقل عندي[٦] بالقرابة، ولا قرابة بين العبد ومولاه، فتجب في ذمّته[٧]، كما في الدين[٨]، ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال.

ولنا أن الأصل في الجناية[٩] على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني تحرزًا عن استئصاله[١٠]، والإجحاف[١١] به، إذ هو معذور فيه[١٢]، حيث لم يتعمد الجناية،

---

(١) قوله: "باب جناية المملوك إلخ" لما فرغ عن بيان أحكام جناية المالك، وهو الحر، شرع في بيان أحكام جناية المملوك، وهو العبد، وأخره لانحطاط رقبته لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة، فكيف أخر باب جناية المملوك عن باب جناية البهيمة؛ لأن جنايته كانت باعتبار الراكب، أو السائق، أو القائد، وهم ملاك. (ع)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "جنايةً خطأً" خطأ التقييد بالخطأ ههنا إنما يفيد في النفس؛ لأن بعمده يقتص، وأما فيما دونها فلا يفيد لاستواء خطئه وعمده فيما دونها، ثم إنما يثبت الخطأ بالبينة أو إقرار مولاه أو علم القاضي لا بإقراره أصلا. (بدائع) قلت: لكن قوله: أو علم القاضي غير المفتى به، فإنه لا يعمل بعلم القاضي في زماننا. (شرنبلالية عن الأشباه، در مختار)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٩، والدراية ج٢ ص٢٨٣ تحت الحديث١٠٤٤. (نعيم)

(٤) قوله: "في اتّباع الجاني" فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق، وعندنا الوجوب على المولى دون العبد، فلا يتبعه بعد العتق؛ لأنه بالعتق صار مختارًا للفداء. (ع)

(٥) فعن ابن عباس رضي الله تعالى عنه مثل مذهبنا، وعن عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما مثل مذهبه. (ك)

(٦) وفي نسخة: عنده أي عند الشافعي.

(٧) قوله: "فتجب [دية] في ذمته" أي في ذمة العبد؛ لأن ضمان الجناية في حق من لا عاقلة له بمنزلة ضمان المال، فيكون واجبًا في ذمته، ثم الدين في ذمة العبد يكون شاغلا لمالية رقبته، فيباع فيه إلا أن يقضي المولى دينه. (ك)

(٨) قوله: "كما في الدين" يعني إذا قتل الذمي رجلا خطأ، يجب ديته في رقبته لا على عاقلته، كما في إتلاف المال. (ع)

(٩) قوله: "ولنا أن الأصل إلخ" فيه بحث، وهو أن الحكم في المسألة مختلف، فإن حكمها عندنا الوجوب على المولى، وعنده الوجوب على العبد، كما ذكرنا، وبناءه عل أصل، ونحن على أصل، فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر؟ ويمكن أن يقال: أن قوله: الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف باطل، فإن الأصل ذلك في موجب جناية العمد، أو الخطأ الأول مسلم، ولا يفيد إذ الكلام في الخطأ، والثاني عين النزاع. (مل)

وتجب عل عاقلة الجانى، إذا كان له عاقلة، والمولى عاقلته[١]؛ لأن العبد يستنصر به[٢].

والأصل فى العاقلة عندنا النصرة حتى تجب[٣] على أهل الديوان[٤]، بخلاف الذمى لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم، فلا عاقلة، فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر، وبخلاف الجناية على المال؛ لأن العواقل لا تعقل المال، إلا أنه يخيّر[٥] بين الدفع[٦] والفداء؛ لأنه[٧] واحد.

وفى إثبات الخيرة نوع تخفيف فى حقه؛ كيلا يستأصل غير أن الواجب الأصلى هو الدفع[٨] فى الصحيح[٩]، ولهذا يسقط الموجب[١٠] بموت العبد لفوات محل الواجب، وإن[١١] كان[١٢] له حق النقل إلى الفداء، كما فى مال الزكاة[١٣]، بخلاف

---

(١٠) استئصال: از بن بر كندن. (م)

(١١) إحجاف: كار بركسى تنگ گرفتن. (م)

(١٢) لكون الخطأ مرفوعًا شرعًا. (زيلعى)

(١) عبد.

(٢) المولى.

(٣) دية.

(٤) قوله: "الديوان" ديوان كتاب كه در آن لشكر يان واهل عطيه مكتوب باشند، وأول من وضعه فى الإسلام عمر رضى الله عنه. (من)

(٥) قوله: "إلا أنه [أى أن المولى] يخيّر إلخ" استثناء من قوله: والمولى عاقلته، جواب عما يقال: لو كان المولى عاقلته، لما كان مخيرًا، كما فى سائر العواقل، ووجه ذلك مذكور فى الكتاب، وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف، ولما كان فى سائر العواقل كثرة ظهر التخفيف فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الإحجاف، وأما ههنا فالمولى واحد، فأظهرناه فيه بإثبات الخيار. (ع)

قوله: "يخيّر" أى فى أصل المسألة، وهو ما إذا جنى العبد جناية خطأ. (ك)

(٦) إلى ولى الجناية.

(٧) مولى

(٨) قوله: "غير أن إلخ" جواب عما يقال: لو وجب الجناية فى ذمة المولى حتى وجب التخيير، لما سقط بموت العبد، كما فى الجانى الحر إذا مات، فإن العقل لا يسقط عن عاقلته. (ع)

(٩) قوله: "فى الصحيح" احتراز عن رواية أخرى، ذكرها التمرتاشى أن الدية هو الأصل، لكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجانى، وإنما كان ذلك صحيحًا؛ لما ذكر فى "الإسرار": أن مشايخنا ذكروا أن الواجب الأصلى هو الأرش على المولى، والمخلص بالدفع، ثم قال: والرواية بخلاف هذا فى غير موضع، وقد نص محمد بن الحسن أن الواجب هو العبد. (عناية)

(١٠) قوله: "ولهذا يسقط إلخ" أى لكون الموجب الأصلى هو الدفع. (ع)

قوله: "ولهذا يسقط إلخ" أى إذا هلك العبد قبل الاختيار برئ المولى من مطالبة المجنى عليه حقه من الدفع أو الفداء، وهذا يدل على أن الموجب الأصلى هو الدفع. (ك)

موت الجانى الحر[١]؛ لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء، فصار كالعبد فى صدقة الفطر[٢].

قال[٣]: فإن دفعه[٤] ملكه ولى الجناية، وإن فداه فداه بأرشها[٥]، وكل ذلك يلزمه[٦] حالا، أما الدفع فلأن التاجيل فى الأعيان باطل[٧]، وعند اختياره[٨] الواجب عين، وأما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد فى الشرع[٩]، وإن[١٠] كان مقدراً بالمتلف، ولهذا سمى فداء، فيقوم مقامه[١١]، ويأخذ حكمه[١٢]، فلهذا وجب حالا كالمبدل.

وأيهما اختاره[١٣] وفعله لا شىء لولى الجناية غيره[١٤]، أما الدفع فلأن حقه

(١١) الواو وصلية.

(١٢) مولى.

(١٣) قوله: "كما فى مال الزكاة" فإن موجب مال الزكاة هو إيتاء جزء من النصاب يسقط بهلاك النصاب بعد الحول؛ لأن الواجب جزء من النصاب، فيسقط بهلاكه، وإن كان لصاحبه حق، نقل أداء الزكاة من مال إلى آخر، بخلاف جناية الحر، حيث لا يتعلق الواجب بذمته استيفاء؛ لأنه ليس بمال، فلم يسقط بموت الجانى كالعبد فى صدقة الفطر، لما لم يتعلق صدقة الفطر برقبة العبد استيفاء لا يسقط صدقة الفطر بموته. (ك)

(١) جواب عما يذكر ههنا مستشهداً به، كما ذكرنا آنفًا. (م)

(٢) فإنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد. (م)

(٣) أي القدورى. (عينى)

(٤) أى المولى العبد الجانى. (م)

(٥) جناية.

(٦) مولى.

(٧) لأن التأجيل شرع للتحصيل ترفيهًا، وتحصيل الحاصل باطل.

(٨) أى عند اختيار المولى الدفع.

(٩) قوله: "فلأنه جعل بدلا إلخ" قيل: كون الشىء بدلا عن شىء لا يستلزم الاتحاد فى الحكم، ألا ترى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص، ولم يتحدا فى الحكم، فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له، وإذا صار مالا تعلق به، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء، والنية من شرطه دون الأصل، ويجوز أن يقال: الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل، إلا بأمور ضرورية، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك، وهو أن القصاص غير صالح، فإن تعلق حق الموصى له بالمال، فلا يتعلق حقه به، والتراب غير مطهر بطبعه، فلم يكن بد من إلحاق النية به؛ ليكون مطهراً شرعًا، بخلاف الماء، وفيما نحن فيه ليس أمر ضرورى يمنعه عن الحلول الذى هو أصل الحكم، فيكون ملحقًا به. (عناية)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) عبد.

(١٢) عبد.

(١٣) المولى.

(١٤) وفى نسخة: سواء.

متعلق به[١]، فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط[٢].

وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش، فإذا أوفاه حقه، سلم العبد له، فإن لم يختر[٣] شيئًا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه؛ لفوات محل حقه على ما بيناه[٤]، وإن مات[٥] بعد ما اختار[٦] الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى.

قال[٧]: فإن عاد[٨] فجنى[٩]، كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى[١٠]، معناه بعد الفداء[١١]؛ لأنه[١٢] لما طهر عن الجناية بالفداء، جعل كأن لم تكن[١٣]، وهذا ابتداء جناية.

قال[١٤]: وإن جنى جنايتين، قيل للمولى: إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما، وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما؛ لأن تعلق الأولى[١٥] برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها[١٦] كالديون المتلاحقة.

---

(١) العبد.

(٢) حق المطالبة.

(٣) المولى.

(٤) إشارة إلى قوله: غير أن الواجب الأصلي هو الدفع. (ع)

(٥) العبد.

(٦) المولى قولا أو فعلا. (ع)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) العبد.

(٩) ثانيًا.

(١٠) قوله: "كحكم الجناية الأولى" أي يقال للمولى: ادفعه بالجناية الثانية أو افده، كما هو الحكم في الجناية الأولى. (كفاية)

(١١) قوله: "معناه بعد الفداء" إنما فسر المسألة بهذا؛ لأنه إذا لم يفده عن الجناية الأولى، ثم جنى أخرى، كان المسألة عين المسألة الثانية، وهو قوله: وإن جنى جنايتين قيل للمولى: إما أن تدفعه إلخ. (كفاية)

(١٢) العبد.

(١٣) الجناية .

(١٤) أي القدوري . (عيني)

(١٥) الجناية الأولى.

(١٦) قوله: "لا يمنع إلخ" وهذا بخلاف الرهن، فإن تعلق حق المرتهن بالرهن يمنع تعلق حق الثاني به، حتى إن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون، لحقته قبل الرهن، أو بعده، لا يتعلق سائر الديون به؛ لأن الرهن إيفاء حكمًا، والارتهان استيفاء حكمًا، فيعتبران بالإيفاء والاستيفاء الحقيقيين، ففي الحقيقي لا يبقى تعلق، فكذا في الحكمي. (ك)

ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية[١]، فحق المجنى عليه الأول أولى أن لا يمنع، ومعنى قوله: على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما[٢].

وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم، وإن فداه فداه بجميع أروشهم؛ لما ذكرنا[٣]، ولو قتل واحداً وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثاً؛ لأن أرش العين[٤] على النصف من أرش النفس، وعلى هذا حكم الشجّات[٥].

وللمولى أن يفدى من بعضهم، ويدفع[٦] إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد؛ لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها[٧]، وهى الجنايات المختلفة، بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليّان، لم يكن له[٨] أن يفدى من أحدهما، ويدفع إلى الآخر؛ لأن الحق متحد لاتحاد سببه، وهى الجناية المتحدة، والحق يجب للمقتول[٩]، ثم للوارث خلافةً عنه[١٠]، فلا يملك[١١] التفريق فى موجبها.

قال[١٢]: فإن أعتقه المولى[١٣]، وهو لا يعلم بالجناية، ضمن الأقل من قيمته ومن

---

(١) الأولى.

(٢) قوله: "على قدر أرش جنايتيهما" لأن المستحق إنما يستحقه عوضاً عما فات عليه، فلا بد من أن تقسم على قدر المعوض، كذا فى "الإيضاح". (كفاية)

(٣) يعنى قوله: لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانى به. (ع)

(٤) أى العين الواحدة. (ك)

(٥) قوله: "وعلى هذا حكم الشجات" يعنى لو شج رجلا موضحة، وآخر هاشمة، وآخر منقلة، ثم اختار المولى الدفع، يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد؛ لأن له خمس مائة، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه؛ لأن له ألفاً، وإلى صاحب المنقلة نصفه؛ لأن له ألفاً وخمس مائة، فيقتسمون الرقبة هكذا. (عناية)

(٦) العبد.

(٧) قوله: "لأن الحقوق مختلفة" يعنى فجاز أن يختار فى أحدهم خلاف ما يختار فى حق الآخر، كما لو انفرد كل واحد منهم. (عناية)

(٨) مولى.

(٩) قوله: "والحق يجب إلخ" هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: الحق وإن كان متّحداً بالنظر إلى السبب، فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين، فينبغى أن يتمكن المولى من أن يفدى من أحدهما، وأن يدفع إلى الآخر كما فى الجنايات المختلفة. (ك)

(١٠) قوله: "ثم للوارث خلافةً عنه" لا يقال: الملك يثبت للوارث حقيقةً وحكماً، وللميت حكماً فقط؛ لأنه ليس من أهل الملك حقيقةً، وجب ترجيح جانب الوارث؛ لأن ملك الميت أصل، وملك الوارث متفرع عليه، واعتبار الأصل أولى. (عناية)

(١١) المولى.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "فإن أعتقه إلخ" الأصل فى جنس هذه المسائل، أن المولى متى أحدث فى العبد تصرفاً يعجزه عن الدفع،

أرشها[١]، وإن أعتقه بعد العلم بالجناية، وجب عليه الأرش؛ لأن فى الأول فوت حقه، فيضمنه، وحقه فى أقلهما[٢]، ولا يصير مختاراً للفداء؛ لأنه لا اختيار بدون العلم.

وفى الثانى صار مختاراً[٣]؛ لأن الإعتاق يمنعه من الدفع، فالإقدام عليه[٤] اختيار منه للآخر[٥].

وعلى هذين الوجهين[٦] البيع والهبة والتدبير والاستيلاد؛ لأن كل ذلك مما يمنع الدفع؛ لزوال الملك به[٧]، بخلاف الإقرار[٨] على رواية الأصل[٩]؛ لأنه لا يسقط به حق ولى الجناية، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه، وليس فيه نقل الملك؛ لجواز أن يكون الأمر، كما قاله المقر"[١٠].

وألحقه الكرخى بالبيع[١١] وأخواته؛ لأنه[١٢] ملكه[١٣] فى الظاهر، فيستحقه المقرله بإقراره، فأشبه البيع[١٤]، وإطلاق الجواب[١٥] فى الكتاب[١٦] ينتظم النفس وما

وهو عالم بالجناية، يصير مختاراً للفداء، وإذا أحدث تصرفا لا يعجزه عن الدفع، لا يصير مختاراً، وإن كان عالما بالجناية . (ك)

(١) جناية.

(٢) قوله: "وحقه فى أقلهما [إذ لا فائدة فى التخيير بين الأقل والأكثر]" الدليل على أن حقه فى أقلهما أنه ليس له ولاية المطالبة بالأكثر. (ك)

(٣) بالعتق.

(٤) أى على العتق.

(٥) أى الفداء.

(٦) يعنى قبل العلم أو بعده. (ع)

(٧) حقيقةً كما فى البيع والهبة، أو حكمًا، كما فى التدبير والاستيلاد.

(٨) قوله: "بخلاف الإقرار إلخ" يعنى إذا جنى العبد جناية، فقال وليها: هو عبدك، فادفعه أو افده، فقال: هو لفلان الغائب وديعة عندى، أو عارية، أو إجارة، أو رهن، لا يصير مختاراً للفداء؛ لما ذكر فى الكتاب، ولا يندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة، فإن أقامها، أخر الأمر إلى قدوم الغائب، وإن لم يقمها خوطب بالدفع، أو الفداء، ولا يصير مختاراً بالدية مع تمكنه من الدفع. (ع)

(٩) مبسوط.

(١٠) قوله: "لجواز أن يكون الأمر، كما قاله المقر" أى لجواز أن يكون العبد عبد المقر له، فيخاطب المقر له بالدفع إلى ولى الجناية. (كفاية)

(١١) قوله: "وألحقه [فى صيرورته مختاراً. ع] الكرخى إلخ" وفى "الإيضاح": وقد أطلق أبو الحسن أنه يصير مختاراً، وهورواية خارجة عن الأصول. (ك)

(١٢) المقر.

(١٣) العبد.

(١٤) فى نقل الملك.

دونها، وكذا المعنى[(١)] لا يختلف[(٢)].

وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى[(٣)]؛ لأنه يزيل الملك[(٤)]، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه.

وبخلاف العرض على البيع؛ لأن الملك ما زال[(٥)]، ولو باعه بيعًا فاسدًا لم يصر مختاراً حتى يسلمه؛ لأن الزوال به[(٦)]، بخلاف الكتابة الفاسدة[(٧)]؛ لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل، فيصير بنفسها مختاراً.

ولو باعه مولاه من المجنى عليه، فهو[(٨)] مختار، بخلاف ما إذا وهبه منه؛ لأن المستحق له أخذه[(٩)] بغير عوض، وهو متحقق فى الهبة دون البيع، وإعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه[(١٠)]؛ لأن فعل المأمور مضاف إليه[(١١)].

ولو ضربه فنقصه[(١٢)]، فهو مختار إذا كان عالمًا بالجناية؛ لأنه حبس جزء

---

(١٥) قوله: "وإطلاق الجواب" يريد به قوله: ضمن الأقل من قيمته، ومن أرشها، وقيل: يريد به قوله: فى أول الباب، وإذا جنى العبد جناية خطأ، فإنه ينتظم النفس وما دونه. (م)

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١) أى الوجه.

(٢) لأن كل واحد مال. (م)

(٣) قوله: "ينتظم إلخ" يعنى إذا باع مولى العبد الجانى العبد بشرط الخيار للمشترى، كان ذلك اختياراً منه للفداء، وفى "الإيضاح": أما على قولهما فلأن الملك يثبت للمشترى، وأما على قول أبى حنيفة: فملك البائع يزول، وإن لم يثبت للمشترى، وفوات الدفع يكون بزوال ملك البائع. (ك)

(٤) من البائع.

(٥) أى بخيار البائع، وبالعرض على البيع، فلا يصير المولى مختاراً بهما.

(٦) قوله: "الزوال به" أى زوال الملك فى البيع الفاسد بالتسليم.

(٧) قوله: "بخلاف الكتابة الفاسدة" أى يصير مختاراً للفداء بمجرد عقد الكتابة الفاسدة، بخلاف البيع الفاسد، فإن هناك لا يكون مختاراً للفداء قبل التسليم إلى المشترى، وفى "الإيضاح": أن موجب عقد الكتابة الفاسدة يثبت بنفس العقد، وهو تعليق العتق بالأداء، فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض. (ك)

قوله: "الفاسدة" بأن كاتب المسلم عبده الجانى على خمر وخنزير، فإنه يصير مختاراً للفداء. (م)

(٨) أى المولى مختاراً للفداء.

(٩) عبد.

(١٠) قيل: يعنى فى اختياره الفداء، وقيل: فى العلم بالجناية وعدمه. (م)

(١١) [illegible].

(١٢) قوله: "ولو ضربه فنقصه" بأن أثر فيه حتى صار مهزولا، وقلت: قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالـمًا بالجناية؛ لأنه حبس جزء منه، وأما إذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرش، إلا أن يرضى ولى الدم أن يأخذه ناقصًا، ولا ضمان على المولى؛ لأنه لما رضى به ناقصًا، صار كان النقصان حصل بآفة سماوية. (م)

منه[١]، وكذا[٢] إذا كانت بكرًا، فوطئها، وإن لم يكن مُعلقًا[٣]؛ لما قلنا[٤].

بخلاف التزويج[٥]؛ لأنه عيب من حيث[٦] الحكم[٧]، وبخلاف وطئ الثيّب[٨] على ظاهر الرواية[٩]؛ لأنه لا ينقص من غير إعلاق.

وبخلاف الاستخدام[١٠]؛ لأنه لا يختص بالملك، ولهذا لا يسقط[١١] به خيار الشرط، ولا يصير[١٢] مختارًا بالإجارة والرهن في الأظهر[١٣] من الروايات، وكذا[١٤] بالإذن في التجارة، وإن[١٥] ركبه دين؛ لأن الإذن لا يفوت الدفع، ولا

---

(١) قوله: "لأنه حبس [فهوعيب حقيقةً] إلخ" ولو ضرب المولى عينه، فأبيضت وهو عالم به، ثم ذهب البياض قبل أن يخاصم فيه، لا يكون مختاراً للفداء، بل يدفع أو يفدى؛ لأن النقصان لما زال جعل كأن لم يكن، ولو خوصم في حالة البياض، فضمنه القاضي الدية، ثم زال البياض، فالقضاء نافذ لا يرد؛ لأن الخيار قد استحكم بانضمام القضاء إليه. (ك)

(٢) يعني يصير مختاراً للفداء. (ع)

(٣) قوله: "وإن لم يكن مُعلقًا" وإنما قيد به لاثبات الفرق بين وطئ البكر والثيب؛ لأن بوطئ الثيب لا يكون مختاراً للفداء مالم يكن الوطئ معلقا في ظاهر الرواية، وروى عن أبي يوسف أن مطلق الوطئ يكون اختياراً؛ لأن الحل يختص بالملك، فيكون دليلا على إمساك العين. (ك)

(٤) إشارة إلى قوله: لأنه حبس جزء منه. (ك)

(٥) قوله: "بخلاف التزويج" أى لا يصير به مختاراً للفداء؛ لأنه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع، وعلل المصنف بقوله؛ لأنه عيب من حيث الحكم، وذلك لا يثبت به اختيار الفداء، كما لو أقر عليها بالسرقة عالماً بالجناية، فإن بهذا الإقرار يدخلها نوع عيب، ولكن لما كان حكمًا، لم يثبت به اختيار الفداء. (ع)

(٦) لا حقيقةً.

(٧) الشرعى.

(٨) فإنه لا يصير المولى مختاراً للفداء ما لم يكن معلقًا.

(٩) قوله: "على ظاهر الرواية" فإن قيل: ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار، فإن الوطئ هناك فسخ للبيع، وإن لم يكن معلقًا، وههنا لا يكون اختياراً، إلا إذا كان معلقًا. أجيب: بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع، وقع الوطئ حراما؛ لأنه إذا اختار الفداء بعد ذلك، ملكها المشترى من حين العقد، ولهذا يستحق زوائدها، فتبين أن الوطئ حصل في غير ملكه، فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخًا، وههنا إذا دفعها بالجناية لا يملكها ولى الجناية إلا من وقت الدفع، ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها، فلا يتبين أن الوطئ كان في غير ملكه. (عناية)

(١٠) قوله: "وبخلاف الاستخدام إلخ" يعنى لو استخدم العبد الجانى بعد العلم بالجناية، لا يكون مختاراً للفداء، حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه؛ لأن الاستخدام لا يختص بالملك، فلم يدل على الاختيار. (عناية)

(١١) أى إذا اشترى عبداً بالخيار واستخدمه.

(١٢) المولى.

(١٣) قوله: "في الأظهر" هذا احتراز عما ذكر في بعض نسخ الأصل أنه يكون مختاراً للفداء بالرهن والإجارة، لأنه أثبت عليهما يداً مستحقة، فصار كالبيع، ووجه ظاهر الرواية أن الإجارة ينقض بالعذر، فيكون حق ولى الجناية فيها عذرا في نقض الإجارة، والراهن يتمكن من قضاء الدين، واسترداد الرهن متى شاء، فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين، فلا يجعل ذلك اختياراً. (ك)

ينقص الرقبة، إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله؛ لأن الدين لحقه من جهة المولى[١]، فيلزم المولى قيمتُه.

قال[٢]: ومن قال لعبده: إن قتلت فلانًا، أو رميته، أو شججته، فأنت حر، فهو مختار للفداء[٣] إن فعل[٤] ذلك.

وقال زفر: لا يصير مختارًا للفداء[٥]؛ لأن وقت تكلمه لا جناية، ولا علم له بوجوده، وبعدالجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارًا.

ألا ترى أنه لو علق الطلاق، أو العتاق بالشرط، ثم حلف أن لا يطلق، أو لا يعتق، ثم وجد الشرط، وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك[٦]، كذا هذا.

ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية، والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية.

ألا يرى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار فو الله لا أقربك، يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول، وكذا إذا قال لها: إذا مرضت، فأنت طالق ثلاثًا، فمرض حتى طلقت، ومات من ذلك المرض، يصير فارًا؛ لأنه يصير مطلقًا بعد وجود المرض.

بخلاف ما أورد؛ لأن غرضه[٧] طلاق، أو عتق يمكنه الامتناع عنه؛ إذ اليمين للمنع، فلا يدخل تحته[٨] ما لا يمكنه الامتناع عنه[٩]، ولأنه حرضه[١٠] على مباشرة

---

(١٤) يعني لا يكون به مختارًا للفداء. (ع)

(١٥) الواو وصلية.

(١) قوله: "لأن الدين لحقه من جهة المولى" ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان للعبد؛ لأن الغرماء يتبعون ولي الجناية إذا دفع العبد إليه، فيتبعونه بديونهم؛ لكن ذلك بسبب من جهة المولى، وهو الإذن، فكان له أن يمتنع من قبوله ناقصًا. (ك)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) قوله: "فهو مختار إلخ" وفي "المبسوط": فإن كانت جناية العبد مما يتعلق به القصاص، فلا شيء على المولى؛ لأن الواجب هو القصاص على العبد، وذلك لا يختلف بالرق والحرية، فلا يصير المولى بالعتق مفوتًا حق ولي الجناية، فلذلك لا يلزمه شيء. (ك)

(٤) العبد. (ك)

(٥) وعليه قيمة العبد. (ك)

(٦) لعدم وجود فعل يخالف يمينه.

(٧) أي غرض الحالف.

الشـرط بتـعليق أقـوى الدواعى إليـه[١]، والظاهر أنه يفـعله[٢]، فـهـذا دلالة الاختيار[٣].

قال[٤]: وإذا قطع العبد يد رجل عمدا، فدفع إليه بقضاء، أو بغير قضاء، فأعتقـه، ثم مات من قطع اليـد، فـالعبـد صلح[٥] بالجنـاية[٦]، وإن لم يعتـقه، رد[٧] على المولى، وقيل للأولياء: اقتلوه، أو اعفوا عنه.

ووجه ذلك[٨] وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى[٩]، تبين أن الصلح وقع باطلا[١٠]؛ لأن الصلح كـان عن المال؛ لأن أطراف العبد لا يجرى القـصاص بينها وبين أطراف الحر.

فإذا سرى[١١] تبين أن المال غير واجب، وإنما الواجب هو القود، فكان الصلح واقعًا بغير بدل[١٢]، فبطل، والباطل لا يورث الشبهة[١٣]، كما إذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه[١٤]، فوجب القصاص.

---

(٨) أى تحت الحلف.

(٩) وهو المعلق قبل الحلف.

(١٠) قوله: "ولأنه حرضه إلخ" معناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط، وهو القتل والرمى والشج بتعليق إلخ. (ع)

(١) وهو الحرية. (ع)

(٢) رغبة منه فى الحرية. (ع)

(٣) أى اختيار الفداء.

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) أى بدل الصلح.

(٦) وما يحدث منها.

(٧) العبد.

(٨) قوله: "ووجه ذلك إلخ" يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق. (ع)

(٩) القطع.

(١٠) قوله: "تبين أن الصلح" أى الدفع، وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ من أن الموجب الأصلى هو الفداء، فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية. (ع)

(١١) القطع.

(١٢) قوله: "فكان الصلح واقعًا بغير بدل" يعنى المصالح عنه؛ لأن الذى كان الصلح وقع عنه، وهو المال قد زال والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل. (ع)

(١٣) حتى يسقط القود.

(١٤) قوله: "كما إذا وطئ إلخ" أى كما إذا طلق امرأته ثلاثًا، ثم وطئها فى العدة مع العلم بحرمتها عليه، فإنه لا يصير شبهة لدرأ الحد. (ع)

بخلاف ما إذا أعتقه؛ لأن أقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح؛ لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه، ولا صحة له، إلا وأن يجعل صلحًا عن الجناية [١]، وما يحدث منها.

ولهذا لو نص[٢] عليه[٣] رضى المولى به يصح، وقد رضى[٤] المولى به؛ لأنه لما رضى بكون العبد عوضًا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضًا عن الكثير، فإذا أعتق يصح الصلح[٥] فى ضمن الإعتاق ابتداء[٦]، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء[٧]، والصلح الأول وقع باطلا، فيرد العبد إلى المولى، والأولياء على خيرتهم فى العفو والقتل.

وذكر فى بعض النسخ [٨]: رجل قطع يد رجل عمدًا، فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد، ودفعه[٩] إليه، فأعتقه المقطوعة يده، ثم مات من ذلك.

قال[١٠]: العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية[١١]، وهذا الوضع يرد إشكالا[١٢] فيما إذا عفا عن اليد، ثم سرى إلى النفس ومات، حيث لا يجب القصاص هنالك[١٣]، وههنا قال: يجب[١٤].

---

(١) قوله: "إلا وأن يجعل صلحًا إلخ" فيجعل مصالحًا عن ذلك مقتضى للإقدام على الإعتاق، ويجعل المولى أيضًا كذلك دلالة، وشرط صحة الاقتضاء وهو إمكان المقتضى موجود، ولهذا لو نص إلخ. (ع)

(٢) حين دفع العبد.

(٣) أى على كون الصلح صلحًا عن الجناية وما يحدث منها.

(٤) أى ههنا.

(٥) لوجود الدلالة.

(٦) جديدًا.

(٧) لأنه لم يوجد دلالة.

(٨) قوله: "وذكر فى بعض النسخ" قال فخر الإسلام: وذكر فى بعض نسخ هذا الكتاب، أى كتاب "الجامع الصغير" هذه المسألة على خلاف هذا الوضع، وساق الكلام مثل ما ذكر فى "الهداية"، وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة، وعن الثانية بغير المعروفة. (عناية)

(٩) العبد.

(١٠) محمد.

(١١) قوله: "إلى آخر ما ذكرنا" يعنى وإن لم يعتقه رد على المولى ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو. (ع)

(١٢) قوله: "وهذا الوضع" أى الوضع الثانى، وإنما خص هذا النوع بوروده إشكالا؛ لأن دفع العبد فى هذا الموضع بطريق الصلح، والصلح متضمن للعفو؛ لأنه ينبئ عن الحطيطة، فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول؛ لأن الدفع ثمه ليس بطريق الصلح؛ لأنه ليس فيه حط شىء، بل العبد موجب جنايته بتمامه، وإذا لم يكن الدفع بطريق الصلح لا يكون فيه معنى العفو، فلا يرد إشكالا على مسألة العفو. (ك)

قيل: ما ذكر ههنا جواب القياس[(١)]، فيكون الوضعان[(٢)] جميعًا على القياس والاستحسان، وقيل: بينهما فرق.

ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرًا؛ لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر، فيصح[(٣)] العفو ظاهرًا، فبعد ذلك وإن بطل[(٤)] حكمًا، يبقى موجودًا حقيقة، فكفى ذلك[(٥)] لمنع وجوب القصاص، أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية[(٦)]، بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، هذا[(٧)] إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه[(٨)] من قبل.

قال[(٩)]: وإذا جني العبد المأذون له جنايةً[(١٠)]، وعليه ألف درهم، فأعتقه المولي، ولم يعلم بالجناية[(١١)]، فعليه قيمتان[(١٢)]، قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجناية؛ لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع

---

(١٣) أي في مسألة العفو عن اليد.

(١٤) قوله: "وههنا [أي مسألة الصلح] قال [محمد]: يجب"، فإنه قال: وقيل للأولياء: اقتلوه. (ك)

(١) قوله: "قيل: ما ذكر إلخ" يعني اختلف المشايخ في الجواب عن ذلك، قال بعضهم: ما ذكر ههنا من وجوب القصاص جواب القياس، فيكون الوضعان جميعًا على القياس والاستحسان، يعني وجب القصاص في هذه المسألة على النسختين جواب القياس، وفي الاستحسان يجب الدية، وفي مسألة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان، وفي القياس يجب القصاص، فكان الوضع في هذه [illegible] على القياس والاستحسان، فاندفع التدافع وحصل التوافق. (عناية)

(٢) أي العفو والصلح.

(٣) ويبطل الجناية.

(٤) أي العفو بالسراية.

(٥) عفو.

(٦) قوله: "لا يبطل الجناية" لأن الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى؛ لاستيفاء بدلها، وإذا بقيت الجناية يتوفر عليها عقوبتها، وهو القصاص. (زيلعي)

(٧) أي عدم امتناع العقوبة.

(٨) قوله: "ما ذكرناه" وهو قوله: لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصد تصحيح الصلح إلخ. (ك)

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) قوله: "وإذا جنى إلخ" أي الأصل أنه إذا جنى، وعليه دين خير المولى بين الدفع إلى ولي الجناية والفداء، وإذا اختار الدفع إلى ولي الجناية ثم بيع في الدين، فإن فضل شيء فهو لولي الجناية، لأنه بدل ملكه، وإلا فلا شيء له، وإنما بدأ بالدفع جمعًا بين الحقين؛ لأنه أمكن بيعه بعد الدفع، ولو بدأ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية؛ لأنه لم يوجد في يد المشتري جناية. (زيلعي)

(١١) قوله: "ولم يعلم بالجناية" قيد به ليبني عليه قوله فعليه قيمتان؛ لأنه لو أعتقه وهو أعلم بجنايته كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأولياء الجناية، وقيمة العبد لصاحب الدين. (ك)

(١٢) يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش. (ع)

للأولياء، والبيع للغرماء، فكذا عند الاجتماع.

ويمكن الجمع بين الحقين[١] إيفاء من الرقبة الواحدة، بأن يدفع إلى ولى الجناية، ثم يباع للغرماء[٢]، فيضمنهما بالإتلاف[٣].

بخلاف ما إذا أتلفه أجنبى، حيث تجب[٤] قيمة واحدة للمولى، ويدفعها المولى إلى الغرماء؛ لأن الأجنبى إنما يضمن للمولى بحكم الملك، فلا يظهر فى مقابلته الحق[٥]؛ لأنه[٦] دونه، وههنا يجب لكل واحد منهما[٧] بإتلاف الحق فلا ترجيح، فيظهران[٨] فيضمنهما.

قال[٩]: وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها، ثم ولدت، فإنه يباع الولد معها فى الدين[١٠]، وإن جنت[١١] جناية لم يدفع الولد معها.

---

(١) قوله: "يمكن إلخ" جواب عما يقال: لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع، لجواز أن يكونا متنافيين، فلا يجتمعان. (ع)

(٢) قوله: "بأن يدفع إلى ولى الجناية، ثم يباع للغرماء" وفائدة الدفع أن يثبت له حق الاستخلاص بالفداء، فإن للناس أغراضاً فى الأعيان، وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية؛ لأن موجب الجناية صيرورته حراً، فإذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا، ثم إذ بيع، وفضل من ثمنه شيء، صرف إلى أولياء الجناية؛ لأنه بيع على ملكهم، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية، كما لو بيع على ملك المولى. (ك)

(٣) لأن الإتلاف وارد عليهما.

(٤) على الأجنبى.

(٥) قوله: "فلا يظهر فى مقابلة [الملك] الحقّ" أى حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك؛ لأنه دون الملك، فصار كأنه ليس فيه حق، ثم الغريم أحق بتلك القيمة؛ لأن القيمة مالية العبد، والغريم مقدم على المولى فيها؛ لأن الواجب أن يدفع إليه، ثم يباع له، فكان مقدماً معنى، والقيمة هى المعنى، فيسلم إليه، وفى الفصل الأول التعارض بين الحقين، والحقان مستويان، فيظهران فيضمنهما. (ك)

(٦) أى لأن الحق دون الملك، فيكون الحق مع الملك مرجوحًا. (ع)

(٧) أى من ولى الجناية والغرماء.

(٨) الحقان.

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) قوله: فإنه يباع الولد معها" هذا إذا ولدت بعد الاستدانة، أما إذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرماءها بولدها، وأما الأموال التى حصلت لها بطريق الهبة، أو الصدقة، أو التجارة، فهى أحق بها من مولاها فى أداء دينها بها، ويستوى فى ذلك إن كانت اكتسبت قبل لحوق الدين أو بعده؛ لأن يدها فى الكسب يد معتبرة، حتى لو نازعها فيه إنسان كانت خصمًا له، فباعتبار بقاء يدها يبقى حاجتها فيه مقدمًا، بخلاف ما إذا أخذ المولى منها قبل أن يلحقها الدين، وهذا بخلاف ما إذا ولدت قبل أن يلحقها الدين؛ لأن ولدها ليس من كسبها؛ لكنه جزء متولد من عينها، فكما أن نفسها لا يكون من كسبها، فكذلك ولدها إلا أن نفسها يباع فى الدين لالتزام المولى ذلك بالإذن لها فى التجارة، وذلك لا يوجد فى حق الولد، ولو تعلق به حق الغرماء، إنما يكون بطريق السراية، ولا سراية بعد الانفصال؛ لأن الولد بعد الانفصال نفس على حدة. (كفاية)

والفرقُ أن الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها استيفاء[١]، فيسرى إلى الولد كولد المرهونة[٢]، بخلاف الجناية؛ لأن وجوب الدفع[٣] فى ذمة المولى لا فى ذمتها[٤]، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى[٥]، وهو الدفع والسراية فى الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقة[٦].

قال[٧]: وإذا كان العبد لرجل زعم[٨] رجل آخر أن مولاه أعتقه، فقتل العبد وليًا لذلك الرجل[٩] خطأ، فلا شىء له؛ لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه، فقد ادعى الدية على العاقلة، وأبرأ العبد والمولى[١٠]، إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة.

قال[١١]: وإذا أعتق العبد[١٢]، فقال لرجل: قتلت أخاك خطأ، وأنا عبد، وقال الآخر[١٣]: قتلته وأنت حر، فالقول قول العبد[١٤]؛ لأنه[١٥] منكر للضمان لما أنه أسنده[١٦] إلى حالة معهودة منافية للضمان، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه، والوجوب

---

(١١) ثم ولدت.

(١) قوله: "متعلق برقبتها" حتى صار المولى ممنوعًا من التصرف فى رقبتها ببيع، أو هبة، أو غيرهما. (عناية)

(٢) فإن رهن الأم المرهونة يسرى إلى ولدها الذى تولد بعد الرهن.

(٣) بالجناية.

(٤) قوله: "لا فى ذمتها" حتى لا يصير المولى ممنوعًا من التصرف فى رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما. (ع)

(٥) الحسى.

(٦) قوله: "دون الأوصاف الحقيقية" بناء على أن الوصف الحقيقى فى محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره، وأما الوصف الشرعى فهو اعتبارى يتحول بتحوله. (عناية)

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) قال.

(٩) الزاعم.

(١٠) قوله: "وأبرأ العبد" أى من كل الدية لا من قسطه فى الدية والمولى؛ لأنه لم يدع على المولى بعد الجناية إعتاقا حتى يصير المولى به مختاراً للفداء، مستهلكًا حق المجنى عليه بالإعتاق. (ك)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) أى العبد المعروف بالرق.

(١٣) أى ذلك الرجل.

(١٤) قوله: "فالقول قول العبد" فإن قلت: إن العبد قد ادعى تاريخًا سابقًا فى إقراره، والمقر له منكر لذلك التاريخ، فينبغى أن يكون القول قوله.
أجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل إقراره، وههنا هو منكر الأصل، فصار كمن يقول العبد: أعتقتك قبل أن تخلق، أو أخلق. (ع)

(١٥) عبد.

في جناية العبد على المولى دفعًا، أو فداءً.

وصار كما إذا قال البالغ[١] العاقل: طلقت امرأتي وأنا صبي، أو بعت داري وأنا صبي، أو قال: طلقت امرأتي وأنا مجنون، أو بعدت داري وأنا مجنون، وقد[٢] كان جنونه معروفًا، كان القول قوله[٣]؛ لما ذكرنا[٤].

قال[٥]: ومن أعتق جارية[٦]، ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي، وقالت: قطعتها وأنا حرة، فالقول قولها، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلّة[٧] استحسانًا، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى.

وقال محمد: لا يضمن[٨] شيئًا قائمًا بعينه[٩]، يؤمر برده عليها؛ لأنه[١٠] منكر وجوب الضمان؛ لإسناده الفعل إلى حالة معهودة[١١] منافية له[١٢]، كما في المسألة الأولى[١٣]، وكما في الوطئ والغلة.

وفي الشيء القائم أقر[١٤] بيدها حيث اعترف بالأخذ منها، ثم ادعى التملك عليها، وهي منكرة، والقول قول المنكر، فلهذا يؤمر[١٥] بالرد إليها.

---

(١٦) أي القتل.

(١) فإن الصبّا حالة معهودة في كل أحد. (ك)

(٢) الواو للحال.

(٣) يعني مع يمينه.

(٤) أراد به قوله: لأنه منكر للضمان. (ك)

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) قوله: "ومن أعتق إلخ" هذه المسألة أيضًا بناءها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان. (ك)

(٧) قوله: "إلا الجماع والغلة" بأن قال: جامعتك وأنت أمتي، أو أخذت منك غلة وأنت أمتي، فقالت: بل كان ذلك بعد العتق، فإن القول قول المولى. (ك)

قوله: "والغلة [الغلة: كل ما يحصل من ربع أرض، أو كراءها، أو أجرة غلام، أو نحو ذلك. مغرب]" غلة -بالفتح- در آمد هر چيزى از حبوب ونقود وجز آن وآمد كرايه مكان ومزد غلام. (من)

(٨) المولى.

(٩) قوله: "الأشياء إلخ" يعني لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه، والماخوذ قائم بيده، واختلفا فيه على هذا الوجه، فإن الرد مجمع عليه، بنى هذه المسألة محمدح على الأصل المذكور، وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه، بأنه أقر بيدها إلخ. (ع)

(١٠) المولى.

(١١) أي الرق.

(١٢) ضمان.

(١٣) مرت آنفًا.

(١٤) المولى.

ولهما أنه أقر[١] بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه[٢]، فلا يكون القول قوله، كما إذا قال لغيره[٣]: فقأت عينك اليمنى[٤]، وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقأت[٥]، وقال المقر له: لا، بل فقأتها، وعينك اليمنى مفقوءة، فإن القول قول المقر له[٦]. وهذا لأنه ما أسنده[٧] إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن يدها لو قطعها، وهي مديونة، وكذا يضمن[٨] مال الحربي إذا أخذه[٩]، وهو مستأمن.

بخلاف الوطء والغلة[١٠]؛ لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر[١١]، وكذا أخذه من غلتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه، فحصل الإسناد

---

(١٥) المولى.

(١) المولى.

(٢) من الضمان.

(٣) قوله: "كما إذا قال إلخ" أي قال لغيره فقأت عينك اليمنى، وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقأت يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصاً وأرشاً، فقال المقر له: بل فقأتها، وعينك اليمنى مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية عليه، وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إذا كان صحيحاً حال الإتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا أن موجب العمد القود على سبيل التعيين، وله العدول إلى المال، فقبل العدول إذا فات المحل بطل الحق. (عناية)

(٤) قوله: "فقأت" ليس المراد من الفقأ القلع؛ لأنه لا قصاص في القلع، ولكن المراد منه اذهاب الضوء مع بقاد العين، وفيه القصاص. (ك)

(٥) قوله: "ثم فُقئت" أي ذهبت عيني اليمنى وسقط القود. (كافي)

(٦) قوله: "فإن القول قول المقر له" أي واجب مي شود بر كور كننده چشم ارش چشم مقر له زيرانكه مقر اقرار كرده است بسبب ضمان كه كور كردن چشم راست. (ترجمه)

(٧) فإن محض الرق ليس حالة متنافية للضمان.

(٨) قوله: "وكذا يضمن" لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن مال الحربي إذا كان مستأمناً. (حميدية)

(٩) قوله: "إذا أخذه إلخ" صورته مسلم دخل دار الحرب بأمان، وأخذ مال حربي، ثم أسلم الحربي، ثم خرج إلينا، فقال المسلم: أخذت منك مالا وأنت حربي، فقال: بل أخذت مني، وأنا مسلم. (عناية)

(١٠) قوله: "بخلاف الوطء والغلة" والحاصل أن هذه المسألة على ثلاثة أوجه: في وجه يكون القول قول المولى، وهو ما إذا أخذ الغلة، أو وطئها، وفي وجه يكون القول قول الجارية، وهو ما إذا أقر المولى أنه أخذ منها مالا، وهو قائم في يده، وفي وجه اختلفوا وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها، وقد اتفقوا على أصلين، أحدهما أن الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان، يوجب سقوط المقر به، والآخر أن من أقر بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه، لا يسمع منه إلا بحجة، فالوجه الأول مخرج على الأصل الأول.

والوجه الثاني مخرج على الأصل الثاني بالاتفاق، والوجه الثالث أخرجه محمد على الأول، وهما على الثاني. (ع)

(١١) قوله: "لا يوجب العقر [وهو صداق المرأة إذا وطئت بشبهة. مغرب]" لأن حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها؛ لأنها ليست بمال، وكذا خذ الغلة، فإن المولى إذا ضرب على عبده غلة، وهو مديون يصح، ولو أخذ لا يكون مضموناً على المولى، فكان منكراً لا مقراً، كذا ذكره الإمام الكسائي. (ك)

إلى حالة معهودة منافية للضمان.

قال[١]: وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيًا حرًا بقتل رجل[٢]، فقتله، فعلى عاقلة الصبي الدية؛ لأنه هو القاتل حقيقة، وعمده وخطأه سواء على ما بينا من قبل[٣]، ولا شيء على الآمر، وكذا إذا كان الآمر صبيًا؛ لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما؛ لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع، وما اعتبر قولهما، ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى الآمر أبدًا، ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق؛ لأن عدم الاعتبار لحق المولى، وقد زال لا لنقصان أهلية العبد، بخلاف الصبى؛ لأنه قاصر الأهلية.

قال[٤]: وكذلك إن أمر عبدًا، معناه أن يكون الآمر عبدًا، والمأمور عبدًا محجورًا عليهما، يُخاطب مولى القاتل بالدفع، أو الفداء[٥]؛ ولا رجوع له على الأول في الحال، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد؛ لأنه غير مضطر[٦] في دفع الزيادة.

وهذا إذا كان القتل خطأ، وكذا إذا كان عمدًا، والعبد[٧] القاتل صغيرًا؛ لأن عمده[٨] خطأ أما إذا كان[٩] كبيرًا يجب القصاص؛ لجريانه بين الحر والعبد.

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) قوله: "وإذا أمر العبد إلخ" قيد بالعبد؛ لأنه لو كان الآمر حرًا بالغًا يرجع عاقلة الصبى على عاقلة الآمر، وقيد بالمحجور عليه؛ لأنه لو كان مكاتبًا بالغًا يرجع عاقلة الصبى عليه بأقل من قيمته، ومن الدية، بخلاف ما إذا كان الآمر عبدًا مأذونًا، حيث لا يرجعون عليه إلا بعد العتق، وقوله: صبيًا حرًا، قيد بالحر لأنه لو كان عبدًا لا يجب الدية، بل يدفع أو يفدى. (كفاية)

(٣) إشارة إلى ما ذكر قبيل فصل الجنين.

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) قوله: "يخاطب إلخ" هذا الحكم لا يقتضى أن يكون الآمر والمأمور كلاهما محجورًا عليهما لا محالة، بل يكتفى بأن يكون الآمر محجورًا عليه؛ لأنه إذا أمر العبد المحجور العبد المأذون، وباقى المسألة بحالها، فالحكم كذلك، أما لو كان الآمر عبدًا مأذونًا، والمأمور عبدًا محجورًا أو مأذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع والفداء على رقبة العبد الآمر فى الحال بقيمة عبده؛ لأن الآمر بأمره صار غاصبًا للمأمور، فصار كإقراره بالغصب، والعبد المأذون لو أقر بالغصب يؤاخذ به فى حال رقه، بخلاف المحجور على ما ذكرنا. (كفاية)

(٦) قوله: "لأنه غير مضطرّ إلخ" فإن القيمة إذا كانت أقل من الفداء فالمولى غير مضطر إلى إعطاء الزيادة على القيمة، بل يدفع العبد. (شرح وقاية)

قوله: "غير مضطر" أى لا ضرورة له فى إعطاء الزيادة؛ لأنه يتخلص عن عهدة الضمان بإعطاء الأقل من الفداء وقيمة العبد. (عناية للشيخ أكمل الدين رحمه الله تعالى)

(٧) الواو حالية.

(٨) صغير.

قال(١): وإذا قتل العبد رجلين عمداً، ولكل واحد منهما وليان، فعفا أحد وليي كل واحد منهما، فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين، أو يفديه بعشرة آلاف درهم؛ لأنه لما عفا أحد وليّي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا، فصار كما لو وجب المال من الابتداء، وهذا لأن حقّهم(٢) في الرقبة، أو في عشرين ألفًا، وقد سقط نصيب العافين، وهو النصف وبقي النصف.

فإن كان قتل(٣) أحدَهما عمداً، والآخر خطأ، فعفا أحد وليي العمد، فإن فداه المولى، فداه بخمسة عشر ألفًا خمسة آلاف للذى لم يعفُ من وليى العمد وعشرة آلاف لوليى الخطأ؛ لأنه لما انقلب(٤) العمد مالا، كان حق وليّي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف، وحق أحد وليّي العمد(٥) في نصفها خمسة آلاف، ولا تضايق في الفداء، فتجب خمسة عشر ألفًا.

وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثًا ثلثاه لوليّي الخطأ، وثلثه لغير العافي من وليى العمد عند أبي حنيفة.

وقالا: يدفعه أرباعًا ثلاثة أرباعه لولى الخطأ، وربعه لولى العمد، فالقسمة عندهما بطريق المنازعة(٦)، فيسلم النصف لولى الخطأ بلا منازعةٍ، واستوت منازعةُ

(٩) العبد القاتل.

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) أولياء.

(٣) العبد.

(٤) بعفو الولى.

(٥) أى إلى وليى الخطأ، وولى العمد.

(٦) قوله: "في القسمة عندهما إلخ" أصل هذا ما اتفقوا عليه، أن قسمة العين، إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها، كانت القسمة بطريق العول والمضاربة؛ لعدم التضايق في الذمة، فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال، فيضرب بجميع حقه، أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء، لا بسبب دين في الذمة كمسألة بيع الفضولي، وهي أن فضوليا لو باع عبد إنسان كله، وفضوليا آخر باع نصفه، وأجاز المولى البيعين، كان العبدين المشتريين أرباعًا، فكانت القسمة بطريق المنازعة؛ لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال، وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد: في هذه المسألة ثلاثة أرباع: العبد المدفوع لولى الخطأ، وربعه للساكت من ولى العمد؛ لأن حق ولى العمد كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه، وفرغ النصف، فيتعلق حق ولى الخطأ بهذا النصف بلا منازعة، وبقى النصف الآخر، واستوت منازعة ولى الخطأ، والساكت من ولى العمد في هذا النصف، فصار هذا النصف بينهما نصفين، فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعًا، كما في مسألة الفضوليين، ولأبي حنيفة أن أصل حقهما ليس في عين العبد، بل في الأرش الذى هو بدل المتلف، والقسمة بينهما في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة، وهذا لأن حق ولى الخطأ في عشرة آلاف، وحق شريك العافي في خمسة، ويضرب كل واحد منهما بحصته، كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم، ألفان لرجل وألف لآخر، مات وترك ألف درهم، كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثًا بطريق العول والمضاربة،

الفريقين[١] فى النصف الآخر فيتنصف[٢]، فلهذا يقسم أرباعًا، وعنده يقسم بطريق العول[٣]، والمضاربة أثلاثًا؛ لأن الحق تعلق بالرقبة، أصله التركة المستغرقة بالديون، فيضرب[٤] هذا بالكل، وذلك بالنصف، ولهذه المسألة نظائر وأضداد، ذكرناها فى "الزيادات"[٥].

قال[٦]: وإذا كان عبد بين رجلين، فقتل مولًى لهما أى قريبًا لهما[٧]، فعفا أحدهما بطل الجميع[٨] عند أبي حنيفة[٩]. وقالا[١٠]: يدفع الذى عفا نصف نصيبه إلى الآخر، أو يفديه بربع الدية، وذكر فى بعض النسخ قتل وليًا لهما، والمراد[١١] القريب أيضًا.

وذكر فى بعض النسخ[١٢] قول محمد مع أبى حنيفة[١٣]، وذكر فى "الزيادات" عبد قتل مولاه، وله ابنان، فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبى حنيفة ومحمد،

ثلثاها لصاحب الألفين، وثلثها لصاحب الألف، كذا هذا بخلاف بيع الفضولى؛ لأن الملك يثبت للمشترى ابتداء. (ع)

(١) أى ولىي الخطأ، وأحد وليى العمد.

(٢) النصف الآخر.

(٣) قوله: "العول" أصل العول هو زيادة سهام الورثة إذا كثرت الفروض على مخرج سهام المفروضة الذى يقال له أصل المسألة.

(٤) قوله: "فيضرب" قال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث أى يأخذ منه شيئًا بحكم ماله من الثلث. (مغرب)

(٥) قوله: "فى الزيادات" لصاحب "المحيط" والقاضى خان أيضًا ولأبى القاسم أحمد بن محمد بن عمر العتابى ولأبى عبد الله محمد بن عيسى الضرير وللتاج ولصاحب "الهداية"، ونقل الأكمل فى "العناية" منها فى باب الاستثناء. (كشف الظنون)

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) كأبيهما وأخيهما. (زيلعى)

(٨) أى بطل حق الآخر فى النفس والمال جميعًا. (ع)

(٩) قوله: "عند أبى حنيفة إلخ" له أن القصاص وجب حقا لهما، أى لكل واحد منهما فى النصف من غير تعيين، فاحتمل أنه وجب لكل منهما فى كل العبد أو فى النصف مترددا بين نصفه ونصف صاحبه، أو فيهما شائعًا، وكل ذلك لا يمنع وجوب القود؛ لأن أجزاء العبد فى حق القود ليس بعضها أولى من بعض، والعافى لما عفا سقط نصيبه، وانقلب نصيب الآخر مالا، وذلك النصيب هو النصف، فاحتمل وجوب هذا المال كله من كل وجه، بأن يعتبر متعلقًا بنصيب صاحبه، واحتمل السقوط من كل وجه، بأن يعتبر معلقًا بنصيب نفسه، واحتمل وجوب النصف، بأن يعتبر متعلقًا بهما شائعًا، فوقع الشك، والمال لا يجب بالشك. (مل)

(١٠) قوله: "وقالا: يدفع إلخ" يعنى أن نصيب من لم يعف لما انقلب مالا بعفو صاحبه، صار نصفه فى ملكه، ونصفه فى ملك صاحبه، فما أصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع، وما أصاب ملك نفسه سقط. (كفاية)

(١١) بالولى.

(١٢) أى نسخ "الجامع الصغير".

(١٣) والأشهر أنه مع أبى يوسف. (ع)

وعند أبى يوسف الجواب فيه كالجواب فى مسألة الكتاب، ولم يذكر اختلاف الرواية لأبى يوسف، أن حق القصاص ثبت فى العبد على سبيل الشيوع[١].

لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له، فإذا عفا أحدهما، انقلب نصيب الآخر، وهو النصف مالا، غير أنه شائع فى الكل[٢]، فيكون نصفه فى نصيبه[٣]، والنصف فى نصيب[٤] صاحبه[٥]، فما يكون فى نصيبه، سقط ضرورة، أن المولى لا يستوجب على عبده مالا[٦]، وما[٧] كان فى نصيب صاحبه[٨] بقى، ونصف النصف هو الربع، فلهذا يقال[٩]: ادفع[١٠] نصف نصيبك، أو افتده بربع الدية. ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول؛ لأنه بدلُ دمه[١١]، ولهذا تقضى منه ديونه[١٢]، وتنفذ به وصاياه[١٣]، ثم الورثة يخلفونه[١٤] فيه عند الفراغ من حاجته، المولى لا يستوجب على عبده دينًا، فلا تخلفه الورثة فيه.

فصل[١٥]

ومن قتل عبدًا خطأ، فعليه قيمته، لا تزاد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت

---

(١) قوله: "ثبت فى العبد إلخ" يعنى أن حق واحد من المولين فى نصف القصاص شائعًا؛ لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له؛ لأن العبد فى حق الدم بقى على أصل الحرية، والمولى من دمه كأجنبى، فيستحق دمه بالقصاص، فإذا وجب، وجب لكل منهما نصف القود شائعًا، نصفه فى ملكه، ونصفه فى ملك صاحبه، فإذا انقلب نصيب أحدهما مالا بعفوالآخر، انقلب شائعًا، فما صادف ملكه سقط، وبقى ما صادف ملك صاحبه، وهوالربع. (ملخصات الحواشى)

(٢) لعدم الانقسام.

(٣) آخر.

(٤) آخر.

(٥) العافى.

(٦) ودينًا.

(٧) وهو نصف النصف.

(٨) العافى.

(٩) للعافى.

(١٠) إلى الآخر.

(١١) مقتول.

(١٢) مقتول.

(١٣) مقتول.

(١٤) مقتول.

(١٥) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد، شرع فى بيان أحكام الجناية على العبد، فقدم الأول ترجيحًا لجانب الفاعلية. (ع)

قيمته عشرة آلاف درهم، أو أكثر، قضي له بعشرة آلاف إلا عشرة*، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة(٢)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى(٣): تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو غصب عبدًا قيمته عشرون ألفًا، فهلك في يده، تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع.

لهما أن الضمان بدل المالية، ولهذا يجب للمولى(٤)، وهو(٥) لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد(٦)، وبقاءه(٧) ببقاء المالية أصلا(٨)، أو بدلا(٩)، وصار كقليل القيمة(١٠) وكالغصب(١١).

ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى: ﴿ودية مسلّمة إلى أهله﴾ أوجبها(١٢) مطلقًا(١٣)، وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٩، والدراية ج٢ ص٢٨٣ تحت الحديث١٠٤٤. (نعيم)

(٢) قوله: "خمسة آلاف إلا عشرة" هذا أظهر الروايتين، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب خمسة آلاف درهم إلا خمسة. (ك)

(٣) قوله: "وقال أبو يوسف والشافعي: إلخ" هذا القول من أبي يوسف قوله الآخر، وكان يقول أولا: مثل قولهما، وهذا الاختلاف بناء على أن الواجب بقتل العبد خطأ ضمان المال، أم ضمان النفس.

فأبو يوسف والشافعي رجحا جانب المالية؛ لأن ضمان المال بالمال أصل، وضمان ما ليس بمال بالمال، بخلاف الأصل، ومهما أمكن إيجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار إلى إيجابه، بخلاف القياس. (ك)

(٤) قوله: "ولهذا يجب [الضمان] للمولى إلخ" يعني لو كان بدل الدم لكان للعبد؛ إذ هو في حق الدية مبقى على أصل الحرية، ولهذا لا ينفذ إقرار المولى بالقصاص على عبده، فإن قيل: وجوب الدية للمولى لا يدل على كونه بدل المالية، ألا ترى أن القصاص يجب للمولى لو قتل عبده عمدا، وهو ليس بمقابلة المالية بالاتفاق، قلنا: استيفاء القصاص مبني على الولاية، قال عليه السلام: «السلطان ولي من لا ولي له»، والمولى ولي العبد، فيجب القصاص له، فأما استحقاق المال لا يبتنى على الولاية، بل على الإرث إذا وجد سببه، ولا يجري الإرث بين المولى وعبده، فعلم أنه إنما يستحقه ليجبر فوات ملكه، كما في سائر الأموال، وكما في الغصب. (ك)

(٥) مولى.

(٦) قوله: "يبقى العقد" أي لو لم يكن الضمان بدل المالية لما بقي العقد باعتباره؛ لأن البيع يتناول المالية. (ك)

(٧) عقد.

(٨) إن بقي العين.

(٩) إن هلكت العين.

(١٠) أي كالعبد الذي قتل، وقيمته أقل من عشرة آلاف درهم تجب قيمته أية كانت، فكذا هذا.

(١١) فإنه يجب قيمة المغصوب بالغة ما بلغت.

(١٢) في الخطأ.

(١٣) من غير تفصيل بين الحر والعبد.

مكلّفًا[١]، وفيه معنى المالية[٢]، والادمية أعلاهما، فيجب اعتبارها بأهدار الأدنى[٣] عند تعذر الجمع بينهما[٤].

وضمان الغصب[٥] بمقابلة المالية؛ إذ الغصب لا يرد إلا على المال[٦]، وبقاء العقد يتبع الفائدةَ[٧]، حتى يبقى[٨] بعد قتله[٩] عمدًا، وإن[١٠] لم يكن القصاص بدلا عن المالية، فكذلك أمر الدية، وفى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية[١١]، إلا أنه لا سمع فيه، فقدرناه بقيمته رأيًا.

بخلاف كثير القيمة؛ لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم، ونقصنا منها فى العبد إظهارًا لانحطاط رتبته، وتعين العشرة بأثر[١٢] عبد الله بن عباس رضى الله تعالى عنهما.

قال[١٣]: وفى يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف[١٤] إلا خمسة؛

---

(١) بلا خلاف. (ع)

(٢) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف. (ع)

(٣) هى المالية. (زيلعى)

(٤) قوله: "عند تعذر الجمع بينهما" ودليل التعذر أنه لا يضمن الدية مع كمال القيمة فى الخطأ، ولا يستوفى القصاص مع كمال القيمة فى العمد. (كفاية)

(٥) جواب عن قولهما: وكالغصب. (ع)

(٦) قوله: "لا يرد إلا على المال" وليس القتل بمنزلة استهلاك سائر الأموال؛ لأن ضمان الأموال يشبه ضمان التجارة، ألا ترى أن العبد المأذون لو أقر بقتل دابة إنسان جاز إقراره، وبقتل عبده لم يجز إقراره، وكذا تجب الكفارة بقتل العبد دون قتل الدابة على أن ضمان قتل العبد ضمان الجناية، فيكون سبيله سبيل الجنايات دون سبيل ضمان الأموال. (ك)

(٧) قوله: "وبقاء العقد إلخ" هذا جواب عما قالا: إن العقد باقٍ بعد ما قتل المبيع فى يد البائع، وبقاءه بقاء المالية أصلا، أو بدلا، فأجاب أن بقاء العقد فى تلك الصورة لاشتمال البقاء على الفائدة، لا بكون القيمة بدلا عن المالية بدليل أن القتل لو كان عمدًا يبقى العقد أيضًا لاشتمال البقاء على فائدة التخيير بين فسخ البيع، واستيفاء القصاص، فكما أن القصاص ليس ببدل المالية إجماعًا، فكذا أمر الدية. (ك)

(٨) العقد.

(٩) عبد.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "وفى قليل القيمة إلخ" جواب عن قولهما: وصار كقليل القيمة. (ع)

(١٢) قوله: "بأثر عبد الله بن عباس" وفى عامة الكتب بأثر عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم، وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر، وينقص منه عشرة دراهم، رواه القدورى فى "شرح مختصر الكرخى"، وبه قال النخعى والشعبى. ورواه عبد الرزاق وابن أبى شيبة، كذا قال على القارى: وهذا كالمروى عن رسول الله ﷺ؛ لأن المقادير لا تعرف بالقياس، وإنما طريق معرفتها بالسماع من صاحب الوحى. (مل)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

لأن اليد من الآدمى نصفه، فتعتبر بكله، وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته[١]، وكل ما يقدر من دية الحر، فهو مقدّر من قيمة العبد[٢]؛ لأن القيمة فى العبد كالدية فى الحر، إذ هو[٣] بدل الدم على ما قررنا[٤]، وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفًا، فماتت فى يده، فعليه تمام قيمتها؛ لما بينا، أن ضمان الغصب ضمان المالية.

قال[٥]: ومن قطع يد عبد، فأعتقه المولى، ثم مات[٦] من ذلك، فإن كان له ورثة غير المولى، فلا قصاص فيه، وإلا اقتص منه، وهذا عند أبى حنيفة، وأبى يوسف.

وقال محمد: لا قصاص فى ذلك، وعلى القاطع أرش اليد، وما نقصه ذلك إلى أن أعتقه، ويبطل الفضل.

وإنما لم يجب القصاصُ فى الوجه الأول[٧] لاشتباه من له الحق[٨]؛ لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى[٩]، وعلى اعتبار الحالة الثانية[١٠] يكون[١١] للورثة[١٢]، فتحقق

---

(١٤) قوله: "لا يزاد [على هذا المقدار. ع] إلخ" هذا الذى ذكره خلاف ظاهر الرواية، وفى "المبسوط": يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت فى الصحيح من الجواب إلا فى رواية عن محمد أنه يجب فى قطع يده خمسة آلاف إلا خمسة، وهذا لأن العبد فى حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال، ولهذا لا يجب القصاص بحال، ولا يتحملها العاقلة.

إلا أن محمداً قال فى بعض الروايات: القول بهذا يؤدى إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله، كما لو قطع يد عبد، والعبد يساوى ثلاثين ألفًا، ضمن خمسة عشر ألفًا. (ك)

(١) عبد.

(٢) قوله: "فهو مقدّر إلخ" يعنى يجب فى موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد؛ لأنه يجب فى الحر نصف عشر الدية. (ع)

(٣) أى الدية.

(٤) قوله: "على ما قررنا" إشارة إلى قوله: ولأبى حنيفةومحمد قوله تعالى: ﴿ودية مسلّمة إلى أهله﴾. (ع)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) العبد.

(٧) يعنى فيما إذا كان له ورثة غير المولى. (ع)

(٨) يعنى المستوفى وجهالته تمنع القصاص. (ع)

(٩) لأنه عبد فى تلك الحالة.

(١٠) أى الموت.

(١١) الحق.

(١٢) لأنه حر عند الموت.

الاشتباه، وتعذر الاستيفاء، فلا يجب على وجه يستوفي، وفيه الكلام[١].

واجتماعُهما لا يزيل الاشتباه[٢]؛ لأن الملكين في الحالين، بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل؛ لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت، فإذا اجتمعا زال الاشتباه.

ولمحمد في الخلافية، وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى، أن سبب الولاية قد اختلف؛ لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين[٣]، والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى[٤]، فَنُزِّل[٥] منزلة اختلاف المستحِق[٦] فيما يحتاط فيه[٧]، كما إذا قال لآخر: بعتني هذه الجارية بكذا، فقال المولى: زوجتها منك، لا يحل[٨] له وطئها.

ولأن الإعتاق[٩] قاطعٌ للسراية[١٠]، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سرايةٍ[١١]، والسراية بلا قطع، فيمتنع القصاص[١٢].

---

(١) قوله: "وفيه الكلام" أي في وجوب على وجه يستوفى، ولا كلام في أصل الوجوب؛ لأن الوجوب لإفادة الاستيفاء، فإذا فات المطلوب منه، سقط اعتباره. (ك)

(٢) قوله: "واجتماعهما إلخ" جواب عما يقال: سلمنا أن من له الحق مشتبها لكن يزول باجتماعهما، ووجهه أن اجتماعهما لا يزيله؛ لأن الملك في الحالين مختلف، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت، وللورثة بالعكس، وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام، فلا يكون الاجتماع مفيداً، بخلاف العبد الموصى لخدمته لرجل، وبرقبته لآخر، فإن كل واحد منهما لم ينفرد للقصاص؛ لأن الموصى له بالخدمة، لا ملك له في الرقبة، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة؛ لأن الرقبة فاتت، لا إلى بدل، فلا يملك إبطال حقه عليه، ولكن إذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه، فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه. (عناية)

(٣) أي حالة الجرح قبل العتق. (م)

(٤) أي حالة الموت بعد العتق. (م)

(٥) أي اختلاف الأسباب.

(٦) أي الدماء والفروج. (م)

(٧) قوله: "فيما يحتاط فيه" أي فيما لا يثبت بالشبهات، احترز بهذا عمن قال لآخر: لك علي ألف درهم من قرض، فقال المقر له: لا، بل من ثمن مبيع، فإنه يقضى بالمال، وإن اختلف السبب؛ لأن ذلك من الأموال، ويجرى البذل والإباحة فيها، ولا يبالى باختلاف السبب. (ك)

(٨) لاختلاف السبب.

(٩) ألا ترى أن من جرح عبد إنسان، ثم أعتقه مولاه، ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص، ولا القيمة.

(١٠) وذلك لأن الإعتاق يعتبر النهاية مخالفًا للبداية. (م)

(١١) قوله: "يبقى الجرح بلا سراية" فإن قيل: ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية، أجيب بأنه لا يجب نظرا إلى حقيقة الجناية، وهو القتل؛ لأنه إذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع. (م)

(١٢) كأنه تلف بآفة سماوية. (م)

ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية[١] للمولى، فيستوفيه[٢]، وهذا لأن المقضى له[٣] معلوم، والحكم[٤] متحدٌ، فوجب القول بالاستيفاء.

بخلاف الفصل الأول[٥]؛ لأن المقضىّ له مجهول[٦]، ولا معتبر باختلاف السبب ههنا[٧]؛ لأن الحكم لا يختلف، بخلاف تلك المسألة[٨]؛ لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكمًا.

والإعتاق[٩] لا يقطع السراية لذاته، بل لاشتباه من له الحق، وذلك فى الخطأ[١٠] دون العمد؛ لأن العبد لا يصلح مالكًا للمال، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى[١١]، و على اعتبار حالة الموت يكون للميت؛ لحريته، فيقضى منه ديونه، وينفذ وصاياه، فجاء الاشتباه. أما العمد فموجبه القصاص، والعبد مُبقى على أصل الحرية فيه[١٢]، وعلى اعتبار أن يكون الحق له[١٣]، فالمولى هو الذى يتولاه[١٤]، إذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فى من له الحق، وإذا امتنع القصاص فى

(١) قوله: "بثبوت الولاية" أى ثبوت ولاية استيفاء القصاص فى العمد للمولى. (كفاية)

(٢) القصاص.

(٣) هو المولى. (ع)

(٤) وهو استيفاء القصاص. (ع)

(٥) قوله: "الفصل الأول" يعنى ما إذا كان له ورثة غير المولى حيث لا يجب القصاص بالاتفاق؛ لأن المقضى له مجهول. (عناية)

(٦) قوله: "لأن المقضىّ له مجهول" لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح، فالمقضى له المولى، ولو اعتبرنا حالة الموت، فالمقضى له الورثة. (ك)

(٧) قوله: "ولا معتبر باختلاف السبب ههنا" أى فى الفصل الثانى، وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المالك فى العمد، واختلاف السبب هو أنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان السبب هو الملك، ولو اعتبرنا حالة الموت كان السبب هو الولاء، ولا اعتبار له؛ لأن المقصود، وهو الحكم الذى هو استيفاء القصاص متحد. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف تلك المسألة [أى مسألة الجارية]" يعنى المستشهد بها بقوله: كما إذا قال لآخر: بعنى هذه الجارية إلخ، فإن الحكم فيهما مختلف؛ لأن ملك العين يغاير ملك النكاح حكمًا؛ لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصودًا، وملك اليمين قد لا يثبته مقصودًا، فاختلف السبب. (عناية)

(٩) جواب عن قوله: لأن الإعتاق قاطع للسراية. (ع)

(١٠) قوله: "وذلك فى الخطأ" حتى إن من جرح عبد إنسان خطأ، ثم أعتقه مولاه، ثم مات من تلك الجراحة ينقطع السراية، فلا يلزمه الدية، ولا القيمة. (ك)

(١١) لكونه قبل العتق. (ع)

(١٢) قصاص.

(١٣) عبد.

(١٤) بطريق الخلافة عنه. (ع)

الفصلين عند محمد يجب ارش اليد، وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا[١]؛ لأنه حصل على ملكه[٢]، ويبطل الفضل، وعندهما الجواب فى الفصل الأول[٣] كالجواب عند محمد فى الثانى[٤].

قال[٥]: ومن قال لعبديه: أحدكما حر، ثم شُجّا، فأوقع العتق[٦] على أحدهما، فأرشهما للمولى؛ لأن العتق غير نازل فى المعيّن[٧]، والشجة تصادف المعين، فبقيا[٨] مملوكين فى حق الشجة.

ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبدٍ[٩]، والفرق أن البيان إنشاءٌ من وجه[١٠]، وإظهارٌ من وجهٍ[١١] على ما عُرِف[١٢]، وبعد الشجة بقى محلا للبيان[١٣]، فاعتبر إنشاء فى حقهما، وبعد الموت لم يبق محلا للبيان، فاعتبرناه إظهارًا محضًا

---

(١) عن قريب.

(٢) مولى.

(٣) هو ما إذا كان له وارث غير المولى. (ك)

(٤) هو ما إذا لم يكن له وارث. (ك)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) قوله: "فأوقع العتق" أى بين ذلك المبهم بالتعين فى أحدهما، وإنما ذكر بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما فى حق الأرش معينًا، وإن كان وقوع العتق على أحدهما فى بعض الصور كما فى الموت والقتل، فإنه إذا قال: أحدكما حر، فمات أحدهما، أو قتل تعين العتق فى الآخر. (عناية)

(٧) للإبهام.

(٨) فيكون أرشهما للمالك. (ع)

(٩) قوله: "تجب دية حرّ، وقيمة عبدٍ" هذا إذا كان القاتل واحدًا، وقتلهما معًا، واستوت قميتهما أما إذا كان القاتل اثنين فيجيء بعده.

وأما إذا قتلهما الواحد على التعاقب، فعليه قيمة الأول للمولى، ودية الآخر لورثته؛ لأن بقتل أحدهما تعين الآخر للعتق، فتبين أنه قتله، وهو حر، وأما لو قتلهما معًا كان عليه قيمة، ودية حر إن استوت القيمتان.

وإن اختلف فعليه نصف قيمة كل واحد منهما، ودية حر؛ لأنا نتيقن أنه قتل عبدا وحرا، وقتل الحر يوجب الدية، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما، ونصف دية كل واحد منهما، ولأن البيان فات حين قتلا، وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما. (ك)

(١٠) قوله: "إنشاء [للعتق] من وجه" حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء، فلو مات أحدهما، فبين العتق فيه لا يصح. (ع)

(١١) قوله: "وإظهار من وجه" حتي يجبر عليه، ولو كان إنشاء من كل وجه؛ لما أجبر عليه؛ لأنه لا يجبر على إنشاء العتق. (ع)

(١٢) فى أصول الفقه.

(١٣) قوله: "لم يبقَ محلا للبيان" أى البيان الذى هو إنشاء من وجه؛ لأنه ليس محلا للإنشاء، فلا يكون محلا لهذا البيان، وأما البيان المحض الذى هو الإظهار فقط: فالميت محل له. (أعظمى)

وأحدهما حر بيقين، فتجب قيمة عبد ودية حر.

بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكَين[١]؛ لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرًا، وكل منهما ينكر ذلك.

ولأن القياس[٢] يأبى ثبوت العتق في المجهول؛ لأنه لا يفيد فائدةً[٣]، وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف، وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم[٤]، فيتقدر بقدر الضرورة، وهي في النفس[٥] دون الأطراف[٦]، فبقي مملوكًا في حقهما[٧].

قال[٨]: ومن فقأ عيني عبد، فإن شاء المولى دفع عبده، وأخذ قيمته، وإن شاء أمسكه، ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة.

وقالا: إن شاء أمسك العبد، وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمتَه.

وقال الشافعي: يضمّنه[٩] كلَّ القيمة ويُمسِك[١٠] الجُثَّة؛ لأنه يجعل الضمان مقابلا بالفائت، فبقي الباقي على ملكه، كما إذا قطع إحدى يديه[١١]، أو فقأ إحدى عينيه.

ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات، وهي معتبرة في حق الأطراف؛ لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرًا عليه[١٢]، وإذا كانت[١٣] معتبرةً[١٤]، وقد وجد

---

(١) قوله: "حيث تجب قيمة المملوكَين" هذا إذا قتلهما معًا، ولا يدرى أيهما قتل أولا، أما إذا قتلهما رجلان، فإن كان قتلهما على التعاقب، فعلى القاتل الأول قيمة الأول لمولاه، وعلى القاتل الثاني دية لورثته؛ لأن العتق تعين، وأما لو قتلاهما معًا، فعلى كل واحد منها قيمة عبد؛ لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه، والعتق في حق المعين، كأنه غير نازل، فكان كل واحد منهما مملوكًا عينًا، وإنما نزل العتق في المنكر، ولا نتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر، وإنما يجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به، وهو القيمة. (ك)

(٢) فرق آخر بين الشجة والقتل.

(٣) قوله: "لأنه لا يفيد فائدةً [وفي نسخة: فائدته]" أي فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة، وما هو كذلك، فلا يعتبر به في الشرع. (عناية)

(٤) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه. (ع)

(٥) لأنها محل العتق. (ع)

(٦) لأنها انحلها حل تبعا.

(٧) أي فبقي العبد مملوكًا في حق الأطراف على أصل القياس. (ع)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) المولى

(١٠) المولى.

(١١) وكما إذا قطع يدي حر أو مدبر.

إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة، والضمان يتقدر بقيمة الكل، فوجب أن يتملك[١] الجثةَ؛ دفعًا للضر، ورعايةً للمماثلة.

بخلاف ما إذا فقأ عيني حر؛ لأنه ليس فيه معنى المالية، وبخلاف عيني المدبر؛ لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وفي قطع إحدى اليدين، وفقأ إحدى العينين[٢] لم يوجد تفويت جنس المنفعة.

ولهما[٣] أن معنى المالية لما كان معتبرًا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى قلناه[٤]، كما فى سائر الأموال، فإن من خرق ثوب غيره خرقًا فاحشًا إن شاء المالك دفع الثوب إليه، وضمنه قيمته، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان.

وله أن المالية وإن[٥] كانت معتبرةً في الذات، فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الأطراف أيضًا، ألا ترى أن عبدًا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء، وهذا من أحكام الآدمية؛ لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها، ثم من أحكام الأولى[٦] أن لا ينقسم[٧] على الأجزاء[٨]، ولا يتملك[٩] الجثةَ، ومن

---

(١٢) قوله: "لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرًا عليه [أى على الذات]" أى لأن اعتبار المالية فى حق الذات، قصرًا عليه ساقط أى لم يقتصر اعتبار المالية فى حق الذات فحسب، بل اعتبرت فى حق الأطراف أيضًا. (ك)

(١٣) قوله: "وإذا كانت إلخ" أى أن اعتبارها فى حق الذات أى جميع البدن وحده مقتصرًا عليه ساقط بالإجماع، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف، ولأنها أولى باعتبار المالية فيها؛ لأنها تسلك مسلك الأموال، وإذا كانت معتبرة فى الأطراف كان قيامها كقيامها فى الذات وفواتها كفواتها فى الذات، وكان إتلاف الأطراف كإتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة، وقد وجد الإتلاف من وجه بتفويت جنس المنفعة، فيجب الضمان، والضمان يتقدر بقيمة الكل، وأداء قيمة الكل يقتضى تملك الجثة؛ دفعا للضرر ورعاية للمماثلة. (ع)

(١٤) فى الأطراف.

(١) أى من فقأ.

(٢) حتى يصير بمنزلة إتلاف الجنس. (ع)

(٣) أى لأبى يوسف ومحمد. (ع)

(٤) قوله: "على الوجه الذى قلنا" أى إن شاء أمسك العبد، وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد، وأخذ قيمته. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) أى الآدمية. (ع)

(٧) قوله: "أن لا ينقسم [موجب الجناية، وهو الضمان، أى لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس، والطرف الفائت. ك] إلخ" ولهذا لا يتوزع كمال الدية على الفائت والباقى، بل يكون كله بإزاء الفائت، بأن فقأ عينى حر يجب كمال الدية، ولا يسقط من الفاقئ شىء لحصة الجثة. (حميدية)

(٨) الجثة. (ع)

(٩) الفاقئ.

أحكام الثانية[١] أن ينقسم[٢] ويتملك[٣] الجثة، فوفَّرنا على الشبهين حظَّهما من الحكم.

فصل في جناية المدبر وأم الولد[٤]

قال[٥]: وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى[٦] الأقل من قيمته[٧]، و من أرشها؛ لما روى عن أبى عبيدة رضى الله تعالى عنه[٨] أنه قضى بجناية المدبر على مولاه*؛ ولأنه صار مانعًا عن تسليمه فى الجناية بالتدبير، أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية[٩]، وهو لا يعلم.

وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش؛ لأنه لا حق لولى الجناية فى أكثر من الأرش، ولا منع من المولى فى أكثر من القيمة[١٠]، ولا تخيير بين الأقل والأكثر؛ لأنه

---

(١) أى المالية. (ك)

(٢) قوله: "أن ينقسم إلخ" كما إذا خرق ثوب غيره خرقا فاحشا، وضمنه المالك قيمة الثوب، فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم، فقلنا: بحكم أنه.وجب بجناية على الآدمى لا يجب موزعا، وبحكم أنه بدل مال لم يكن له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك العين، بل قيل له: من شرط استيفاءك هذا الضمان أن تزيل الجثة عن ملكك؛ ليكون قولا بالشبهين، وفيما قالا: إلغاء لجانب الآدمية أصلا، واعتبار لجانب المالية؛ لأن من حكم المال أن المالك بالخيار إن شاء، سلم النفس، وأخذ كمال القيمة، وإن شاء أمسكها، ورجع بالنقصان، كما فى تخريق الثوب، وفيما قال الشافعى: إلغاء لجانب المالية أصلا، واعتبار لجانب الآدمية لا غير، والقول الوسط الأعدل ما قاله أبو حنيفة؛ لأن فيما تحاذى الشبهان كان القول بتوفير الشبهين أولى. (ك)

(٣) الفاقئ.

(٤) قوله: "فصل فى جناية إلخ" لما ذكر باب جناية المملوك، والجناية عليه قدم من هو أكمل فى استحقاق اسم المملوكية، وهو العبد، ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة فى اسم المملوكية، وهو المدبر وأم الولد غير أن أم الولد أحط رتبة أيضًا من المدبر فى ذلك الاسم حتى إن القاضى لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ، بخلاف المدبر وهى أنثى أيضًا، فالأنوثة والانحطاط فى اسم أوجبا تأخير ذكرها عن المدبر. (عناية)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) جناية المدبر على سيده فى ماله دون عاقلته. (ع)

(٧) أى قيمة كل منهما.

(٨) قوله: "لما روى [أخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه"، كذا فى "شرح النقاية"] عن أبى عبيدة" ابن الجراح رضى الله عنه، وكان أميرًا بالشام، وقضاياه تظهر بين الصحابة، وكان حكمه بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد، فحل محل الإجماع. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٩، والدراية ج٢ ص٢٨٤ تحت الحديث١٠٤٤. (نعيم)

(٩) قوله: "فصار كما إذا فعل ذلك إلخ" أى قد عرفنا فى صورة عدم العلم بالجناية أن التدبير مانع التسليم فى حال وجود سبب وجوب التسليم، وهو الجناية، ولا دخل لوجود السبب فى كون المانع، فيكون هذا المانع مانعا قبل وجود السبب أيضًا لاشتراكهما فى كونهما مانعين من غير اختيار الفداء، فيجب الأقل من الأرش والقيمة، كما فى وجود التدبير بعد السبب مع عدم العلم به. (أعظمى)

لا يفيد في جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة، بخلاف القن؛ لأن الرغبات صادقة(١) في الأعيان، فيفيد التخيير(٢) بين الدفع والفداء.

وجنايات المدبر وإن(٣) توالت لا توجب إلا قيمة واحدة؛ لأنه لا منع منه(٤) إلا في رقبة واحدة؛ ولأن دفع القيمة كدفع العبد، وذلك لا يتكرر، فهذا كذلك، ويتضاربون(٥) بالحصص فيها(٦)، وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه؛ لأن المنع في هذا الوقت يتحقق.

قال(٧): فإن جنى جناية أخرى وقد(٨) دفع المولى القيمة إلى ولي الأولى بقضاء، فلا شيء عليه(٩)؛ لأنه مجبور على الدفع.

قال(١٠): وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي(١١) بالخيار إن شاء أتبع المولى(١٢)، وإن شاء أتبع ولي الجناية، وهذا عند أبي حنيفة.

---

(١٠) قوله: "ولا منع من المولى في أكثر من القيمة" إذا كان الأرش أكثر من القيمة. (أعظمي)

(١) كاملة.

(٢) لاختلاف الجنس.

(٣) الواو وصلية.

(٤) مولى.

(٥) قوله: "ويتضاربون" قال الفقهاء: فلان يضرب فيه بالثلث أي يأخذ شيئًا بحكم ماله من الثلث. (مغرب) قوله: "يتضاربون بالحصص إلخ" حتى لو قتل إنسانًا خطأ، وقيمته ألف درهم، فزادت قيمته حتى صارت ألفين، وقتل آخر بعد ذلك خطأ، ثم أصابه عيب، فرجعت قيمته إلى خمس مائة، ثم قتل آخر خطأ، فعلى مولاه ألفا درهم؛ لأنه جنى على الثاني، وقيمته ألفان، ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامنًا قيمة ألفين، ثم ألف من هذين الألفين لولي القتيل الأوسط خاصة؛ لأن ولي الأول إنما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه، وهي ألف درهم، ولا حق له في الألف الثانية، فيسلم ذلك لولي القتيل الأوسط خاصة، وخمس مائة من الألف الأولى بين ولي القتيل الأول وبين الأوسط؛ لأنه لا حق في هذه الخمس مائة لولي القتيل الثالث، وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه، فيقسم هذه الخمس مائة بين الأوسط، والأول يضرب فيها للأول بعشرة آلاف، وللأوسط بتسعة آلاف؛ لأنه وصل إليه من حقه ألف، الخمس مائة الباقية بينهم جميعًا يضرب فيها للآخر بعشرة آلاف؛ لأنه ما وصل إليه شيء من حقه، وتضرب فيها للأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ؛ لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ، وكذلك الأوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين، وإنما يضرب بما بقي من حقه، فيقسم الخمس مائة بينهم على ذلك. (ك)

(٦) أي في القيمة.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) والواو للحال.

(٩) قوله: "فلا شيء عليه [مولى]" أي على المولى؛ لأنه ما التزم أكثر من قيمة واحدة بجنايات، وهو مجبور على الدفع، فلم يبق عليه شيء. (ع)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) أي ولي الجناية الثانية. (ع)

وقالا: لا شيء على المولى؛ لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة، فقد دفع كل الحق إلى مستحقه، وصار كما إذا دفع بالقضاء[١].

ولأبي حنيفة أن المولى جانٍ بدفع[٢] حق ولي الجناية الثانية طوعًا، وولي الأولى ضامن بقبض حقه ظلمًا، فيتخير.

وهذا لأن الثانية مقارنة[٣] حكمًا من وجه، ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى، ومتأخرة[٤] حكمًا من حيث إنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها، فجُعلت كالمقارِنة في حق التضمين لابطاله[٥] ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين[٦].

وإذا أعتق المولى المدبر وقد[٧] جنى جنايات، لم تلزمه إلا قيمة واحدة؛ لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع[٨]، فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة، وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا؛ لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير.

وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره، ولا يلزمه به شيء عتق، أو لم يعتق؛ لأن موجب جناية الخطأ على سيده، وإقراره به[٩] لا ينفذ على السيد، والله أعلم.

---

(١٢) قوله: "إن شاء اتبع المولى" أي بنصف القيمة في ذمته، ثم رجع المولى على الأول؛ لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه. (عناية)

(١) لأن الدفع فعل نفسه، فصار القضاء وغير القضاء فيه سواءً. (ع)

(٢) إلى ولي الجناية الأولى.

(٣) مع الأولى.

(٤) عن الأولى.

(٥) قوله: "لإبطاله إلخ" دليل وجوب الضمان على اعتبار المقارنة، فإنه إذا كان مقارنًا يكون مبطلا حق ولي الجناية الثانية بالدفع إلى الأول. (ك)

(٦) قوله: "عملا بالشبهين" يعني لما عملنا بشبه التأخير في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها، وجب أن يعمل بشبهه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع.

وقيل: جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا دفع بغير قضاء؛ لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني، ولم يجعل كالمقارنة في حق التضمين إذا دفع بقضاء؛ لأنه مجبور بالدفع بقضاء عملا بشبهي المقارنة والتأخر. (عناية)

(٧) الواو للحال.

(٨) بسبب التدبر.

(٩) المدبر.

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك[١]

قال[٢]: ومن قطع يد عبده، ثم غصبه رجلٌ، ومات في يده من القطع، فعليه قيمتُه أقطع، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب، فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه. والفرقُ أن الغصب قاطعٌ للسراية[٣]؛ لأنه سبب الملك[٤] كالبيع[٥]، فيصير كأنّه هلك[٦] بآفة سماوية، فتجب قيمته أقطع، ولم يوجد القاطع[٧] في الفصل الثاني، فكانت السراية مضافةً إلى البداية، فصار المولى متلِفًا، فيصير مستردّا[٨] كيف؟ وأنه[٩] استولى عليه[١٠]، وهو[١١] استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان.

---

(١) قوله: "باب غصب العبد والمدبر والصبي، والجناية في ذلك" لما ذكر حكم المدبر في الجناية، ذكر في هذا الباب ما يرد عليه، وما يرد منه، وذكر حكم من يلحق به. (ع)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) قوله: "أن الغصب إلخ" يعني أن الغصب من أسباب الملك لما عرف من مذهبنا أن المضمونات تملك عند أداء الضمان، فإذا تخلل الغصب بين الجناية والسراية ينقطع السراية، كما لو تخلل بينهما بيع، وإذا نقطعت السراية، صار كأنه غصب عبداً أقطع، ومات عنده، لا من القطع، وأما إذا قطع المولى يده عند الغاصب صار مستردا للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند القطع. ألا ترى أن المشترى لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضاً، وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية، فيبرأ الغاصب عن الضمان. (كفاية)

(٤) قوله: "لأنه سبب الملك إلخ" يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء، أو رضاء؛ لأن السراية إنما ينقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب، أما قبله فلا نص عليه في آخر رهن "الجامع"، والباب الثاني من جناياته. إلا أنه إنما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد أقطع؛ لأن السراية، وإن لم ينقطع، فالغصب ورد على مال متقوم، فانعقد سبب الضمان، فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب، ولم يرتفع؛ لأن الشيء إنما يرتفع بما فوقه، أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة، ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكمًا، لا حقيقة؛ لأن بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكمًا دون الثابت حقيقة وحكمًا، ولم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى، فتقرر الضمان، بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب. (ك)

(٥) قوله: "كالبيع" والبيع قاطع للسراية لما ذكرنا في العتق أن بداية الجناية مخالفة لنهايتها، فاعتبار بداية الجناية يوجب أن يكون الأرش للبائع، واعتبار نهايتها يوجب أن يكون للمشتري، فيصير المستحق مجهولا، فلهذا قلنا: بأن البيع قاطع للسراية، والغصب سبب الملك كالبيع، ويتأتى فيه ما ذكرنا من الجهالة، فإن العبد لما مات في يد الغاصب، ووجب عليه الضمان صار العبد ملكا له من وقت الغصب، فيكون ابتداء الجناية في ملك المغصوب منه، وانتهاءها في ملك الغاصب. (ك)

(٦) العبد.

(٧) للسراية. (ن)

(٨) من الغاصب.

(٩) مولى.

(١٠) عبد.

(١١) أي الاستيلاء.

قال[١] : وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه ، فمات في يده ، فهو ضامن ؛ لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله[٢] .

قال[٣] : ومن غصب مدبّراً ، فجنى[٤] عنده جنايةً ، ثم ردّه[٥] على المولى ، فجنى عنده[٦] جناية أخرى ، فعلى المولى قيمته بينهما[٧] نصفان ؛ لأن المولى بالتدبير السابق أعْجز نَفْسَه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء[٨] ، فيصير[٩] مُبطِلا حقَّ أولياء الجناية ؛ إذ حقُّهم فيه ، ولم يمنع[١٠] إلا رقبةً واحدةً ، فلا يزاد على قيمتها ، وتكون[١١] بين وليّي الجنايتين نصفين لاستواءهما في الموجِب .

قال[١٢] : ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب ؛ لأنه استُحِقّ نصفُ البدل بسببٍ[١٣] كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استُحِقَّ نصف العبد بهذا السبب[١٤] .

قال[١٥] : ويدفعه[١٦] إلى وليّ الجناية الأولى ، ثم يرجع بذلك[١٧] على الغاصب ، وهذا[١٨] عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

---

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) قوله: "مؤاخذ بأفعاله" وإن كان غير مؤاخذ بأقواله، وأعني بالأقوال التي توجب المال، لا التي توجب القصاص والحدود، فإن العبد فيها بمنزلة الحر. (نهاية)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) المدبر.

(٥) الغاصب.

(٦) مولى.

(٧) أي بين وليي الجنايتين. (كافي)

(٨) قوله: "من غير أن يصير إلخ" فإن المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل، فصار هذا بمنزلة إعتاق العبد الجاني من غير علم الجناية، فإن فيه الأقل من قيمته، ومن الأرش، فكذا هذا. (عناية)

(٩) المولى.

(١٠) المولى.

(١١) قيمة.

(١٢) أي محمد. (عيني)

(١٣) قوله: "بسبب إلخ" فصار كأنه لم يرد نصف العبد؛ لأن رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب كلا رد. (ت)

(١٤) أي بسبب كان في يد الغاصب.

(١٥) أي محمد. (عيني)

(١٦) مولى، أي النصف المأخوذ من الغاصب. (ع)

(١٧) أي بالمدفوع إلى ولي الجناية الأولى. (ع)

(١٨) أي هذا الدفع الثاني، والرجوع الثاني. (ع)

وقال محمد: يرجع[١] بنصف قيمته فَيَسْلم له[٢]؛ لأن الذى يرجع به المولى على الغاصب عوضَ ما سَلّم[٣] لولى الجناية الأولى، فلا يدفعه[٤] إليه كى لا يؤدى إلى اجتماع البدل، والمبدل فى ملكِ رجلٍ واحدٍ وكى لا يتكرر الاستحقاق[٥].

ولهما[٦] أن حقَّ الأوّل فى جميع القيمةً[٧]؛ لأنه حين جَنى فى حقّه لا يزاحمه أحدٌ، وإنما انتقص[٨] باعتبار مزاحمة الثانى، فإذا وجد شيئًا من بدل العبد فى يد المالك[٩] فارغًا[١٠] يأخذه ليتمّ حقُّه، فإذا أخذه منه[١١]، يرجع المولى بما أخذه على الغاصب؛ لأنه استُحقّ من يده[١٢] بسبب كان فى يد الغاصب.

قال: وإن كان[١٣] جني[١٤] عند المولي، فغضبه رجلٌ، فجني عنده جناية أخرى، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان، ويرجع بنصف القيمة على الغاصب؛ لما بينا[١٥] فى الفصل الأول غير أن استحقاقَ النصف[١٦] حصل بالجناية الثانية؛ إذ كانت[١٧] هى فى

---

(١) المولى على الغاصب.

(٢) قوله: "فيسلم له [أى لا يدفع إلى ولى الجناية الأولى. ع]" أى للمولى فلما سلم للمولى نصف القيمة الذى أخذه من الغاصب فى المرة الأولى لا يرجع ثانياً على الغاصب. (ن)

(٣) المولى.

(٤) المولى.

(٥) أى استحقاق ولى الجناية الأولى على المولى.

(٦) قوله: "ولهما أن إلخ" والجواب عن قول محمد: إن المولى ملك ما قبضه من الغاصب، ودفعه إلى ولى الجناية الأولى عوضاً عما أخذه، ولى الجناية الثانية دون الأولى، فلا يجتمع البدل، والمبدل فى ملك شخص واحد. (ع)

(٧) قوله: "فى جميع القيمة" واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى، فكيف يكون حق الأولى فى جميع القيمة، والجواب أن المقارنة جعلت حكماً فى حق التضمين لا غير، والأولى متقدمة حقيقةً، وقد انعقدت موجبةً لكل القيمة من غير مزاحم، وما أمكن توفير موجبها، فلا يمنع بلا مانع. (عناية)

(٨) حق الأول.

(٩) المولى.

(١٠) عن الحق. (زيلعى) من مزاحمة ولى الجناية الثانية. (ن)

(١١) مولى.

(١٢) مولى.

(١٣) هذه المسألة عكس المسألة السابقة من حيث الوضع. (ع)

(١٤) المدبر.

(١٥) من أن استحق عليه بسبب كان فى يد الغاصب.

(١٦) قوله: "غير أن إلخ" ذكر هذا لبيان الفرق، فإنه يدفع هذا النصف الذى أخذه من الغاصب إلى ولى الجناية الأولى بالاتفاق، وكان لا يدفعه إليه عند محمد فى المسألة الأولى لأداءه إلى الجمع بين البدل والمبدل، وأما ههنا لو دفع إلى ولى الجناية الأولى لا يؤدى إلى الجمع بين البدل والمبدل؛ لأنه لما كانت الجناية الأولى عند المولى، كان ما أخذه المولى،

يد الغاصب، فيدفعه إلى وليّ الجناية الأولى، ولا يرجع به على الغاصب، وهذا بالإجماع[١].

ثم وضع[٢] المسألة في العبد، فقال[٣]: ومن غصب عبداً، فجني في يده، ثم ردّه، فجني جناية أخرى، فإن المولى يدفعه إلى وليّ الجنايتين، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة، فيدفعه إلى الأول، ويرجع به[٤] على الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يرجع بنصف القيمة، فيسلم له[٥]، وإن جنى عند المولى، ثم غصبه، فجني في يده دفعه المولى نصفين، ويرجع بنصف قيمته[٦]، فيدفعه إلى الأول، ولا يرجع به[٧]، والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا[٨] إلا أن في هذه الفصل يدفع المولى العبد، وفي الأول يدفع القيمة.

قال[٩]: ومن غصب مدبراً، فجني عنده جناية، ثم ردّه على المولى، ثم غصبه، ثم جنى عنده جنايةً، فعلي المولى قيمتُه بينهما نصفان؛ لأنه منع رقبةً واحدة بالتدبير، فتجب عليه قيمةٌ واحدة. ثم يرجع بقيمته[١٠] على الغاصب؛ لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب، فيدفع نصفها[١١] إلى الأول؛ لأنه استحقّ[١٢] كلّ القيمة؛ لأن عند وجود

من الغاصب بدلا عما دفع إلى ولى الجناية الثانية؛ لأن الموجود عند الغاصب الجناية الثانية دون الأولى، فلو دفع ذلك إلى ولى الجناية الأولى لا يؤدى إلى الجمع بين البدل والمبدل، فيدفع؛ لأن حق ولى الجناية الأولى كان فى كل قيمة المدبر؛ لأن المدبر كان فارغًا وقت الجناية الأولى عن مزاحمة الثانية. (ك)

(١٧) أى الجناية الثانية.

(١) قوله: "وهذا بالإجماع" أما عندهما فظاهر لما بينا، وأما عند محمد فلأنه امتنع الدفع إلى ولى الجناية الأولى فى المسألة الأولى كى لا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد على ما بينا، وههنا لا يلزم ذلك؛ لأن ما أخذه من الغاصب عوض ما دفع إلى ولى الجناية الثانية، فإذا دفعه إلى الأولى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد. وفى الأول يجتمع؛ لأنه عوض ما أخذه هو بنفسه، ثم إذا دفعه إلى ولى الأولى لا يرجع به على الغاصب بالإجماع. (زيلعى)

(٢) ثم وضع" أى محمد هذه المسألة فى "الجامع الصغير" فى العبد بعد ما وضعها فى حق المدبر؛ لأن كلتا المسألتين مذكورتان فى "الجامع الصغير". (كافى)

(٣) محمد. (عينى)

(٤) قوله: "ويرجع [ثانيًا] به" أى بذلك النصف الذى أعطى إلى ولى الجناية الأولى. (ن)

(٥) أى لا يرجع ثانيًا.

(٦) على الغاصب.

(٧) ثانيًا.

(٨) آنفًا.

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) لا بنصف قيمته.

(١١) قوله: "فيدفع نصفها [قيمته]" أى يدفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيًا إلى ولى الجناية الأولى. (ت)

الجناية عليه[١] لا حق لغيره، وإنما انتقص[٢] بحكم المزاحمة من بعد.

قال[٣]: ويرجع به[٤] على الغاصب؛ لأن الاستحقاق[٥] بسبب كان في يده[٦]، ويسلم له[٧]، ولا يدفعه[٨] إلى ولى الجناية الأولى، ولا إلى ولى الجناية الثانية؛ لأنه لا حقّ له إلا فى النصف لسبق حق الأول، وقد وصل ذلك[٩] إليه، ثم قيل[١٠]: هذه المسألة[١١] على الاختلاف كالأولى[١٢]، وقيل: على الاتفاق.

والفرق لمحمد أن فى الأولى الذى يرجع به[١٣] عوض عما سلم لولىّ الجناية الأولى؛ لأن الجناية الثانية كانت فى يد المالك، فلو دفع إليه ثانيًا يتكرر الاستحقاق.

أما فى هذه المسألة، فيمكن أن يجعل[١٤] عوضًا عن الجناية الثانية لحصولها[١٥] فى

---

(١٢) أول.

(١) الأول.

(٢) حق الأول.

(٣) أى محمد. (عينى)

(٤) قوله: "ويرجع به [أى بالنصف]" أى بالنصف الذى دفعه ثانيًا إلى ولى الجناية الأولى. (زيلعى)

(٥) قوله: "لأن الاستحقاق" إذ استحقاق الأول هذا النصف ثانيًا بسبب كان فى يد الغاصب.(ت)

(٦) الغاصب.

(٧) المولى.

(٨) أى ما يؤخذ من الغاصب ثانيًا.

(٩) النصف.

(١٠) قوله: "ثم قيل: إلخ" يعنى قال بعض المشايخ فى هذه المسألة: خلاف محمد أيضًا، كما فى المسألة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب، ولا يؤخذ ولى الجناية الأولى ما بقى من حقه، وقيل على الاتفاق: ويأخذ ولى الجناية الأولى تمام حقه، وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب، قيل: هذا هو الصحيح؛ لأن محمداً ذكر هذه المسألة فى "الجامع الصغير" بلا خلاف، كذا ذكره فخر الإسلام فى "شرح الجامع الصغير"، فعلى هذا يحتاج محمد إلى الفرق بين المسألتين، وقد ذكره فى الكتاب، لكن فى قوله: وأما فى هذه المسألة، فيمكن إلخ نظرًا، فإن الجناية الثانية، وإن حصلت فى يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة، ولم يبقَ لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيًا فى مقابلة ما أخذه. (ع)

(١١) أى الدفع إلى ولى الجناية الأولى. (ك)

(١٢) أى كالمسألة الأولى.

(١٣) المولى على الغاصب.

(١٤) قوله: "فيمكن أن يجعل إلخ" يعنى ما يدفع المولى ثانيًا إلى ولى الجناية الأولى من النصف الذى يرجع به المولى ثانيًا على الغاصب يمكن أن يجعل عوضًا عما سلم ولى الجناية الثانية، وما بقى فى يده من ذلك عوض ما سلم لولى الجناية الأولى، فلا يلزم اجتماع البدل والمبدل فى ملك واحد، كذا فى "الكفاية"، فحق ولى الجناية الثانية فى النصف، وأخذه هو من المولى، وهو أخذه عوضًا من الغاصب، وحق ولى الجناية الأولى كل القيمة، وأخذه هو من المولى، وأخذه المولى من الغاصب. (مل)

يد الغاصب، فلا يؤدى إلى ما ذكرناه[١].

قال[٢]: ومن غصب[٣] صبيًا[٤] حرًا، فمات في يده فجأة، أو بحمّى، فليس عليه شيء، وإن مات من صاعقة[٥]، أو نهسة[٦] حيّة، فعلى عاقلة الغاصب الدية، وهذا استحسان. والقياس أن لا يضمن فى الوجهين، وهو قول زفر والشافعى؛ لأن الغصب فى الحرّ لا يتحقق.

ألا يرى أنه لو كان مكاتبًا صغيرًا لا يضمن مع أنه حُرّ يدًا، فإذا كان الصغير حرًا رقبةً ويدًا أولى[٧].

وجه الاستحسان أنه لا يُضمن بالغصب، ولكن يُضمن بالإتلاف، وهذا إتلاف تسبيبًا؛ لأنه[٨] نقله إلى أرض مسبعة، أو إلى مكان الصواعق، وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون فى كل مكان[٩]، فإذا نقله إليه، وهو[١٠] متعدٍّ فيه[١١]، وقد أزال حفظ الولى[١٢]، فيضاف إليه[١٣]؛ لأن شرطَ العلة ينزل منزلة العلة إذا كان[١٤]

---

(١٥) أى الجناية الثانية.

(١) قوله: "فلا يؤدى إلخ" أى إذا أمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية، فلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد؛ لأن عوض الجناية الثانية غير عوض عن الجناية الأولى، فلا يؤدى إلى الاجتماع، فافترقا من هذا الوجه؛ لأن الجنايتين ههنا، وجدتا فى يد الغاصب، وفى المسألة الأولى وجدت الجناية الأولى فى يد المالك، فلا يمكن أن يجعل عوضًا عن الجناية الثانية. (ن)

(٢) أى محمد. (عينى)

(٣) قوله: "ومن غصب صبيًا" فذكر الغصب فى حق الحر وقع مجازًا؛ لأن الغصب إنما يتحقق فى الأموال، لا فى الأحرار، وأراد به إذهاب الصبى بغير إذن وليه. (نهاية)

(٤) قوله: "صبيًا" يريد به صبيًا لا يعبر به عن نفسه؛ لأنه إذا كان يعبر عن نفسه يعارضه بلسانه، فلا يثبت يده حكمًا، وههنا قد صار فى يده، فلا يعارضه بيده ولسانه، كذا فى "الأسرار". (كفاية)

(٥) آتشى كه آسمان مى افتد. (م)

(٦) نهس بالفتح گزيدن را. (م)

(٧) بأن لا يضمن.

(٨) الغاصب.

(٩) فأمكن حفظه عنه. (زيلعى)

(١٠) غاصب ناقل.

(١١) النقل.

(١٢) قوله: "وقد [الواو للحال] أزال حفظ إلخ" إشارة إلى الجواب عن المكاتب الصغير، فإن الكتابة إذا صحت تثبت للمكاتب يد، فيكون فى يد نفسه، صغيرًا كان أو كبيرًا، بخلاف الصغير الحر، فإنه فى يد الولى. ألا ترى أن المكاتب الصغير لايزوجه أحد، والصغير الحر يزوجه وليه، فعرفنا أن المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير، وفيه لا يضمن، فكذا ههنا، وأما حكم الحر الكبير، فإنه إذا غصبه إنسان، ونقله إلى مكان، فأصابه شيء من هذه العوارض ينظر إن قيده

تعدّيا كالحفر فى الطريق[1].

بخلاف الموت فُجأةً، أو بحُمّى؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحُمّى والأمراضُ نقول: بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة؛ لكونه قتلا تسببيًا[2].

قال[3]: وإذا أودع صبى عبداً فقتله، فعلى عاقلته الدية[4]، وإن أودع طعامًا فأكله لم يضمن، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعى: يضمن فى الوجهين جميعًا، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا، فاستهلكه[5] لا يؤاخذ بالضمان فى الحال عند أبى حنيفة ومحمد، ويؤاخذ به[6] بعد العتق.

وعند أبى يوسف والشافعى: يؤاخذ به فى الحال، وعلى هذا الخلاف[7] الإقراض[8]، والإعارة فى العبد والصبى.

وقال محمد فى أصل "الجامع الصغير": صبى قد عقل، وفى "الجامع الكبير": وَضَعَ[9] المسألة فى صبىّ ابن اثنى عشرة سنةً، وهذا يدل على أن غير العاقل يَضْمن بالاتفاق[10]؛ لأن التسليط[11] غير معتبر، وفعله[12] معتبر.

الغاصب حتى أصابه، ولم يمكن التحرز عنه يضمن؛ لأن المغصوب حجر عن حفظ نفسه بما صنع فيه، فيجب الضمان على الغاصب، وإن لم يمنعه عن حفظ نفسه لا يضمن؛ لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافًا إلى تقصيره، لا إلى الغاصب، فلا يضمن كالماشى إذا علم بالبئر، ومشى كذلك حتى وقع فى البئر لم يضمن الحافر شيئًا، بخلاف الصغير، فإنه عاجز عن حفظ نفسه عن أسباب التلف كالماشى على البئر إذا لم يعلم البير، كذا ذكره الإمام المحبوبى. (ك)

(١٣) للغاصب.

(١٤) الشرط.

(١) يضاف سقوط رجل فيه إلى الحافر، وإن كان علة السقوط ثقله؛ لأن الحفر فى الطريق شرط وتعد.

(٢) لا مباشرة.

(٣) أى محمد. (عينى)

(٤) قوله: "فعلى عاقلته الدية [أراد به القيمة]" أراد القيمة، وإنما آثر لفظ الدية؛ لأنها بإزاء الآدمية والقيمة بإزاء المالية، والواجب فى العبد بإزاء الآدمية عند أبى حنيفة وأبى يوسف. (كافى)

(٥) العبد.

(٦) أى بالضمان.

(٧) أى بين الطرفين وأبى يوسف.

(٨) أى إقراض المال، وإعارته للعبد والصبى، أى الإقراض والإعارة كالإيداع فيهما أى فى العبد والصبى. (مجمع الأنهر)

(٩) محمد.

(١٠) قوله: "يضمن بالاتفاق" ساعده فيه فخر الإسلام حيث ذكره فى "شرح الجامع الصغير" هكذا، وأما فى غيره من "شرح الجامع الصغير" لصدر الإسلام، وقاضى خان والتمرتاشى، فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا: هذا

لهما أنه أتلف مالا متقوّمًا معصومًا حقًّا لمالكه، فيجب عليه الضمان، كما إذا كانت الوديعة[١] عبدًا، وكما إذا أتلفه غير الصبىّ فى يد الصبى المودع[٢].

ولأبى حنيفة ومحمد: أنه أتلف مالا غير معصوم، فلا يجب الضمان، كما إذا أتلفه بإذنه[٣]، ورضاه، وهذا[٤] لأن العصمة تثبت حقًّا له[٥]، وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال[٦] فى يدٍ مانعة[٧]، فلا يبقى[٨] مستحقًّا للنظر[٩] إلا[١٠] إذا أقام[١١] غيره مقام نفسه فى الحفظ، ولا إقامة ههنا؛ لأنه لا ولاية له[١٢] على الصبى، ولا للصبى[١٣] على نفسه، بخلاف البالغ والمأذون له[١٤]؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، وبخلاف[١٥] ما إذا كانت الوديعة عبدًا؛ لأن عصمته[١٦] لحقه[١٧]؛ إذ

الخلاف فيما إذا كان الصبى عاقلا، وإن لم يكن عاقلا، فلا يضمن فى قولهم جميعًا. (ع)

(١١) من المودِع.

(١٢) الصبى.

(١) عند الصبى.

(٢) قوله: "وكما إذا أتلفه إلخ" يعنى أنه يضمن المتلف، ولو كان التسليط على الاستهلاك ثابتًا فى حق الصبى المودع، ويثبت فى حق غيره أيضًا؛ لأن المال الذى سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح، وكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه، ومعنى التسليط تحويل يده فى المال إليه. (عناية)

(٣) أى بإذن صاحب المال.

(٤) أى كونه غير معصوم.

(٥) قوله: "تثبت حقًّا له [أى للمالك]" يعنى أن المال غير العبد ليس بمعصوم لنفسه، بل معصوم لحق المالك، وقد فوت العصمة على نفسه حيث وضع ماله فى يد الصبى، بخلاف العبد، فإن عصمته لحق نفسه؛ إذ هو مبقى على أصل الحرية فى حق الدم، فلهذا قلنا: بضمان العاقلة قيمة العبد. (مجمع الأنهر)

(٦) قوله: "حيث وضع المال إلخ" وعادة الصبيان إتلاف المال لقلة نظرهم فى عواقب الأمور، فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله، صار كالإذن له فى الإتلاف. (كافى)

(٧) أى من الإيداع والإعارة. (ك)

(٨) المالك.

(٩) الشفقة.

(١٠) لكن.

(١١) مالك.

(١٢) حتى يلزمه. (زيلعى)

(١٣) حتى يلتزمه. (زيلعى)

(١٤) قوله: "بخلاف البالغ والمأذون له [أى العبد المأذون له فى التجارة]" يعنى لو أتلفا يضمنان بالإجماع؛ لأن لهما ولاية على أنفسها، فيصح الإيداع عندهما، وبعد صحة الإيداع لو أتلف المودع الوديعة يضمن. (ك)

(١٥) حيث يضمن الصبى المودع. (ك)

(١٦) فإثبات اليد على دمه باطل. (كافى)

هو مُبقى على أصل الحرية فى حق الدم.

وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبى فى يد الصبى؛ لأنه سقطت العصمة بالإضافة[١] إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره.

قال[٢]: وإن استهلك[٣] مالا ضمن يريد به من غير إيداع؛ لأن الصبى يُؤاخذ بأفعاله، وصحة القصد[٤] لا معتبر بها في حقوق العباد، والله أعلم بالصواب.

باب القَسامَة[٥]

قال[٦]: وإذا وجد القتيل في محلة، ولا يُعلم من قتله، أُسْتحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم[٧] الولى بالله ما قتلناه[٨]، ولا علمنا له قاتلا.

---

(١٧) قوله: "لحقه" أى لحق العبد، لا باعتبار أن المالك يعصمه؛ لأن عصمة المالك إنما يعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط، وليست للمولى ولاية استهلاك عبده، فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك، فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك، سواء كان المستهلك صغيرًا أو كبيرًا، بخلاف سائر الأموال، فإن للمالك أن يستهلكها، فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط. (ك)

(١) قوله: "لأنه سقطت العصمة [أى عصمة المال] إلخ" أى المالك بالإيداع عند الصبى إنما سقط عصمة ماله عن الصبى، لا عن غيره، وماله معصوم فى حق غيره، كما كان؛ لأن التسليط إنما وجد فى حق الصبى، لا فى حق غيره، فصار مال الوديعة ههنا بمنزلة من وجب عليه القصاص فى حق دمه، فإنه غير معصوم الدم فى حق من له القصاص، ومعصوم الدم فى حق غيره كما كان، فإن قيل: لو كان الإيداع من الصبى تسليطًا له على الإتلاف يضمن الأب مال الوديعة بتسليمه إلى ابنه الصغير؛ ليحفظها؛ لأن التسليم إليه تضييع على هذا التقدير، والمودع يضمن بالتضييع، ومع ذلك لا يضمن ههنا، فعرفنا أنه ليس بتسليط على الإتلاف، وكذا الأب إذا دفع مال الصبى إليه لا يضمن إذا تلف فى يده، ولو كان تضييعًا لذلك بالتسليط يضمن، قلنا: إنما لم يضمن الأب فيهما؛ لأن يد من فى عيال المودع إذا كان أهلا لحفظ الوديعة كيد المودع، ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيد مثله، فكذلك يحفظ مال غيره بيده، فكانت يد الصبى كيد الأب من هذا الوجه. (ك)

(٢) أى محمد. (عينى)

(٣) صبى.

(٤) دفع دخل وهو أن الصبى ليس له قصد صحيح.

(٥) قوله: "باب القسامة" لما كان أمر القتيل فى بعض الأحوال يؤول إلى القسامة، ذكره فى آخر الديات فى باب على حدة، وهى فى اللغة: اسم وضع موضع الأقسام، وفى الشرع: أيمان تقسم بها أهل محلة، أو دار وجد فيها قتيل به جراحة، أو أثر ضرب، أو خنق، ولا يعلم من قتله، يقسم خمسون رجلا من أهل المحلة، يقول كل واحد منهم: بالله ما قتلته، ولا علمت له قاتلا، وسببها: وجود القتيل كما ذكرنا، وركنها: إجراء اليمين على لسان كل واحد من الخمسين بالله ما قتلته، ولا علمت له قاتلا، كما سيجىء، وشرطها: بلوغ المقسم، وعقله، وحريته، وإن يكون الميت الموجود على الكيفية المذكورة، وتكميل اليمين خمسين، فإن لم يبلغ المقسمون هذا العدد يكرر عليهم اليمين حتى يبلغ الخمسين، وحكمها: القضاء بوجوب الدية بعد الحلف، والحبس إلى الحلف إن أبوا إذا ادعى الولى العمد، والحكم بالدية عند النكول إن ادعى الولى الخطأ، ومن محاسنها خطر الدماء، وصيانتها عن الإهدار، و خلاص من يتهم بالقتل عن القصاص، وتعيين الخمسين ثبت بالأحاديث المشهورة. (مجمع الأنهر)

(٦) أى القدورى. (عينى)

وقال الشافعي: إذا كان هناك لوث[١] استحلف[٢] الأولياء[٣] خمسين يمينًا، ويُقضى لهم بالدية على المدعى عليه[٤]، عمدًا كانت الدعوى أو خطأ.

وقال مالك: يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد، وهو أحد قولي الشافعي.

واللوثُ عندهما أن يكون هناك علامة[٥] القتل[٦] على واحد بعينه، أو ظاهرٌ يشهد[٧] للمدعى من عداوةٍ ظاهرة، أو شهادة عدل، أو جماعة غير عدول أن اهل المحلة قتلوه، وإن لم يكن الظاهر شاهدًا له[٨]، فمذهبُه[٩] مثل مذهبنا[١٠] غير أنه لا يُكرِّر اليمين، بل يردّها على الولي.

فإن حلفوا[١١] لا ديةَ عليهم للشافعي في البداية بيمين الولي[١٢]، قوله عليه

---

(٧) أي يختار من القوم من يحلفهم. (ع)

(٨) قوله: "بالله ما قتلناه إلخ" هذا على طريق الحكاية عن الجمع، وأما عند الحلف: فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت، ولا يحلف بالله ما قتلنا؛ لجواز أن يكون باشر القتل بنفسه، فيجرى على يمينه بالله ما قتلنا، فإن قيل: يجوز أنه قتل مع غيره، فيجرى على يمينه بالله ما قتلت، كما في عكسه، قلنا: لا، كذلك؛ لأنه إذا حلف بالله ما قتلت، وكان قتل مع غيره كان كاذبًا في يمينه، فإن الجماعة متى قتلوا واحدًا يكون كل واحد منهم قاتلا، ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم في العمد، والكفارة في الخطأ. (كفاية)

(١) من لوث الماء كدره.

(٢) هو قرينة حال توقع في القلب صدق المدعى.

(٣) أي أولياء المقتول.

(٤) أي إن حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه. (كافي)

(٥) كالدم.

(٦) كه شمشير آن خود آلوده باشد. (ترجمة)

(٧) قوله: "أو ظاهر يشهد إلخ" أي ظاهر حال شاهد باشد مدعى را باين طور كه عداوت ظاهر باشد درميان مقتول واهل محله. (ترجمة)

(٨) للمدعى.

(٩) أي مذهب الشافعي.

(١٠) قوله: "مذهبنا" أي في بداية يمين المدعى عليه غير أنه إن لم يكمل أهل المحلة خمسين لا يكرر اليمين عليهم، بل يرد على الأولياء، كما في النكول عنده، فالاختلاف في موضعين في تحليف المدعى أولا، وفي براءة أهل المحلة باليمين، فالحاصل أنه إذا وجد ظاهر يشهد للمدعى عند الشافعي يحلف المدعى، فإن حلف أنهم قتلوه خطأ، فله الدية، وإن حلف أنهم قتلوه عمدًا، فعليهم القصاص في قول، والدية في قول، فإن نكل المدعى عن اليمين حلف المدعى عليهم، فإن حلفوا برئوا، ولا شيء عليهم، وإن نكلوا، فعليهم القصاص في قول، والدية في قول، وإن لم يكن الظاهر شاهدًا للمدعى حلف أهل المحلة على ما قلنا. (كفاية)

(١١) أهل محلة.

(١٢) إذا كان الظاهر شاهدًا له.

السلام[١] : «للأولياء[٢] فيُقسِم منكم خمسون أنهم قتلوه»[٣]*، ولأن اليمين تجب[٤] على من يشهده له الظاهر، ولهذا تجب على صاحب اليد، فإذا كان الظاهر شاهدًا للولىّ يبدأ بيمينه، وردُّ اليمين على المدعى أصل له[٥]، كما فى النكول غير أن هذه[٦] دلالة فيها نوع شبهة، والقصاص لا يجامعها، والمال يجب معها، فلهذا وجبت الدية[٧].

ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم[٨]: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»**، وفى رواية: «على المدعى عليه».

وروى سعيد بن المسيب***: «أن النبى عليه السلام بدأ[٩] باليهود[١٠] بالقسامة وجعل الدية عليهم»[١١]؛ لوجود القتيل بين أظهرهم[١٢]، ولأن اليمين حجة للدفع

---

(١) قوله: "قوله عليه السلام: إلخ" أصله ما روى أنه وجد قتيل من المسلمين فى قليب من قلب خيبر، فرفع إلى النبى عليه السلام، فقضى استحلاف خمسين من أهل القلب، فلم يرضَ الأولياء بأيمانهم بسبب كفرهم، فقال لهم رسول الله عليه السلام: «يقسم منكم خمسون أنهم قتلوه»، فقالوا: كيف نقسم على ما لا علم لنا قطعًا، فودى النبى عليه السلام من ماله، فأول الحديث حجتنا، وتأويل قوله: «يقسم منكم» أى أيقسم منكم استفهامًا على سبيل الإنكار، وكأنه عليه السلام رأى منهم الرغبة فى حكم الجاهلية حين أبوا أيمان اليهود، وبقولهم: "لا نرضى يمين قوم كفار" فقال: ذلك على سبيل الزجر، فلما عرفوا كراهية رسول الله ﷺ بذلك رغبوا عنه بقولهم: "كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد". (ك)

(٢) أى أولياء المقتول.

(٣) كذا فى الكتب الستة.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٨٩، والدراية ج٢ ص٢٨٤، الحديث ١٠٤٥. (نعيم)

(٤) قوله: "تجب" كما فى سائر الدعاوى، فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه؛ لأن الأصل براءة ذمة، فأما فى القسامة، فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث، فيكون اليمين حجة له. (ع)

(٥) أى للشافعى.

(٦) اليمين.

(٧) دون القصاص.

(٨) قوله: "صلى الله عليه وآله وسلم" روى الترمذى فى "سننه" أن النبى ﷺ قال فى خطبته: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه». (على قارى)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٠، والدراية ج٢ ص٢٨٤، الحديث ١٠٤٦. (نعيم)

** رابع نصب الراية ج٤ ص٣٩١، والدراية ج٢ ص٢٨٤، الحديث ١٠٤٧. (نعيم)

(٩) وكلفهم قسامة خمسين. (على القارى)

(١٠) وهم أهل القليب.

(١١) أورده فى "مسند البزار". (على قارى)

(١٢) لفظ أظهرهم مقحم، والمقصود بينهم.

دون الاستحقاق، وحاجة الولى إلى الاستحقاق.

ولهذا لا يستحق بيمينه[١] المال المبتذل، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة[٢].

وقوله: "يتخيرهم الولى" إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولىّ؛ لأن اليمين حقّه. والظاهر أنه يختار من يتّهمه بالقتل، أو صالحى أهل المحلة؛ لما أن تحرّزُهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز، فيظهر القاتل.

وفائدة اليمين النكول، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون[٣] يُفيد يمينُ الصالح على العلم[٤] بأبلغ مما يفيد يمين الطالح[٥]، ولو اختاروا[٦] أعمى، أو محدوداً فى قذف جاز؛ لأنه يمين، وليس بشهادة[٧].

قال[٨]: فإذا حلفوا قضى على أهل المحلة[٩] بالدية، ولا يُستحلف الولىّ.

وقال الشافعى: لا تجب الدية[١٠]؛ لقوله عليه السلام فى حديث عبد الله بن سَهْل رضى الله عنه[١١]: «تُبرِئُكم اليهود[١٢] بأيمانها»[١٣]*، ولأن اليمين عُهِدت فى

---

(١) المدعى.

(٢) قوله: "فأولى أن لا يستحق إلخ" جواب عن أحد قولى الشافعى، وهو قول مالك: إنه يجب القصاص بيمينه، وكذلك على قوله الآخر؛ فإنه يقول: يستحق بيمينه النفس إلا أن القصاص يسقط باعتبار الشبهة، فيصار إلى الدية بدلا عن القصاص. (ك)

(٣) القاتل.

(٤) قوله: "يفيد يمين الصالح على العلم" لأن صالحى أهل المحلة إذا علموا القاتل منهم أظهروه ولم يحلفوا. (ك)

(٥) طالح بدكار خلاف صالح. (م)

(٦) أولياء.

(٧) قوله: "لأنه يمين، وليس بشهادة" يحترز بهذا التعليل عن اللعان؛ لأنه شهادة، والأعمى والمحدود فى القذف ليسا من أهل الشهادة. (ك)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "على أهل المحلة" أى على عاقلة أهل المحلة، وفى "المبسوط": إنما يقضى بالدية على عاقلة أهل المحلة فى ثلاث سنين؛ لأن حالهم هذا دون حال من باشر القتل خطأ، وإذا كانت الدية هناك على عاقلته فى ثلاث سنين، فههنا أولى. (ن)

(١٠) بعد الحلف.

(١١) قوله: "فى حديث عبد الله إلخ" قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا فى التجارة إلى خيبر، وتفرقوا بحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب من قلب خيبر يتشحط فى دمه، فجاءوا إلى رسول الله ﷺ ليخبروا، فأراد عبد الرحمن وهو أخ القتيل أن يتكلم، فقال عليه السلام: «الكبير الكبير» فتكلم أحد عميه حويصة ومحيصة، وهو الأكبر منهما، وأخبره بذلك.

الشرع مبرئًا للمدعى عليه، لا ملزمًا، كما فى سائر الدعاوى.

ولنا أن النبى عليه السلام جمع بين الدية والقسامة(١) فى حديث سَهْل(٢)، وفى حديث زياد ابن أبى مريم(٣)*، وكذا جمع عمر رضى الله عنه(٤) بينهما على وادعة(٥). وقوله عليه السلام: «تبرئكم اليهود» محمول على الإبراء عن القصاص والحبس، وكذا اليمين مبرئة عما(٦) وجب له اليمين.

والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا، بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة، فيُقرُّوا بالقتل، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص، ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرًا لوجود القتيل بين أظهرهم، لا بنكولهم، أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة، كما في القتل الخطأ(٧).

ومن أبى منهم(٨) اليمين حبس حتى يحلف؛ لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها

قال عليه السلام: «ومن قتله»، قالوا: ومن يقتله سوى اليهود؟ قال عليه السلام: «تبرئكم اليهود بأيمانهم»، فقالوا: لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه، قال عليه السلام: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم»، فقالوا: كيف نحلف على ما لم نعاين ولم نشاهد؟ فكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه، فواده بمائة من إبل الصدقة. (ع)

(١٢) قوله: "تبرئكم اليهود" أى جعلكم اليهود بريئا بأيمانهم كأنهم إذا حلفوا حصل لهم البراءة منكم، فكأنهم جعلوكم قائلين: برئت إليكم. (أعظمى)

(١٣) رواه البيهقى. (على قارى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٣، والدراية ج٢ ص٢٨٥، الحديث١٠٤٨. (نعيم)

(١) رواه ابن أبى شيبة. (على قارى)

(٢) قوله: "فى حديث سهل [فى حديث سهل أى فى حديث رواه سهل بن أبى حثمة فى قصة قتل عبد الله بن سهل، كذا أورد العلى القارئ فى "شرح النقاية"]" فحديث سهل ما ذكر، وأما حديث ابن زياد فما روى خصيف عن زياد ابن أبى مريم أنه قال: جاء رجل إلى النبى عليه السلام، وقال: إنى وجدت أخى قتيلا فى بنى فلان، فقال: اختر من شيوخهم خمسين رجلا، فيحلفون بالله ما علمنا له قاتلا، ولا قتلنا، فقال الرجل: وليس لى من أخى إلا هذا، قال: نعم، ومائة من الإبل. (كفاية)

(٣) كذا أورد الذيلى فى تخريجه.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٣، والدراية ج٢ ص٢٨٥، الحديث١٠٤٩. (نعيم)

(٤) قوله: "وكذا جمع عمر" روى أن قتيلا وجد بين وادعة وأرحب، وكان إلى وادعة أقرب، فقضى عليهم عمر بالقسامة والدية، فقال: وادعى يا أمير المؤمنين! لا أيماننا يدفع عن أموالنا، ولا أموالنا تدفع عن أيماننا، فقال: إنما حقنتم دماءكم بأيمانكم، وإنما أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم. (كفاية)

(٥) اسم قبيلة همدان.

(٦) وهو القصاص.

(٧) فإنه يجب الدية فى القتل خطأ بالتقصير فى المحافظة.

(٨) أى من أهل المحلة.

تعظيمًا لأمر الدم، ولهذا يجمع بينه وبين الدية.

بخلاف النكول في الأموال[١]؛ لأن اليمين بدلٌ عن أصل حقه، ولهذا يسقط[٢] ببذل المدعى، وفيما[٣] نحن فيه لا يسقط[٤] ببذل الدية هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلّة. وكذا إذا ادعى على البعض، لا بأعيانهم، والدعوى في العمد، أو الخطأ؛ لأنهم لا يتميزون عن الباقي.

ولو ادعى على البعض بأعيانهم[٥] أنه قتل وليه عمدًا، أو خطأً، فكذلك الجواب يدلّ عليه إطلاق الجواب في الكتاب[٦]، وهكذا الجواب في "المبسوط"[٧].

وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول أن في القياس تسقط القسامة، والدية عن الباقين من أهل المحلّة، ويقال للوليّ: ألك بيّنة، فإن قال: لا، يستحلف المدعى عليه على قتله يمينًا واحدة.

ووجهه[٨] أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم، وإنما عرف بالنص[٩] فيما إذا كان[١٠] في مكان ينسب إلى المدعى عليهم، والمدعى يدّعى القتل عليهم، وفيما وراءه بقي على أصل القياس، وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم.

وفي الاستحسان: تجب القسامة، والدية على أهل المحلة؛ لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوًى ودعوًى، فتوجبه بالنصّ، لا بالقياس.

---

(١) حيث لا يحبس فيها.

(٢) اليمين.

(٣) أي في القتيل الذي وجد في المحلة.

(٤) اليمين.

(٥) قوله: "ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه" إلى آخر قوله: فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى، هكذا في بعض النسخ، واختاره صاحب "العناية"، وفي بعض النسخ: ولو ادعى على البعض بأعيانهم سنذكره من بعد إن شاء الله تعالى، انتهى. واختاره صاحب "الكفاية"، وقال: إن هذه نسخة متفقة، ولكن يرد عليه أنه وعد بيانه ههنا، ثم في الموضع الذي وعد بيانه فيه، قال: وقد ذكرنا فيه القياس، والاستحسان، فتدبر. (مل)

(٦) قوله: "يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب" أي في كتاب القدوري إشارة إلى ما ذكره بقوله: وإذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله، استحلف خمسون رجلا منهم إلى آخره. (عناية)

(٧) قوله: "وهكذا الجواب في "المبسوط": يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه. (ع)

(٨) أي وجه أن القسامة والدية تسقط عن أهل المحلة.

(٩) أي القسامة والدية.

(١٠) القتيل.

بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم؛ لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس، وهو ممتنع، ثم حكم ذلك أن يُثْبِتَ ما ادعاه إذا كان له بينة، وإن لم تكن استحلفه يمينًا واحدة؛ لأنه ليس بقسامة؛ لانعدام النص، وامتناع القياس.

ثم إن حلف برئ، وإن نكل والدعوى في المال ثبت به[١]، وإن كان[٢] في القصاص، فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى[٣].

قال[٤]: وإن لم تكمل أهل المحلة كُرِّرت الأيمان عليهم[٥] حتى يتم خمسين؛ لما روى[٦] أن عمر رضى الله عنه لما قضى في القسامة[٧] وافى إليه تسعة وأربعون رجلا، فكرّر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين، ثم قضى بالدية.

وعن شريح والنخعى رضى الله عنهما مثل ذلك[٨]، ولأن الخمسين واجب بالسنة، فيجب إتمامها ما أمكن، ولا يُطلَب فيه[٩] الوقوفُ على الفائدة لثبوتها بالسنة، ثم فيه استعظام أمر الدم[١٠]، فإن كان العدد كاملا، فأراد الوليّ أن يكرّر[١١]

---

(١) المال.

(٢) الدعوى.

(٣) قوله: "فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى" بين أبي حنيفة وصاحبيه حيث قال: ومن ادعى قصاصا على غيره، فجحد، استحلف بالإجماع إلى آخره. (ع)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "كررت الأيمان عليهم" لأن تكرار اليمين مشروع، كما في كلمات اللعان. (ك)

(٦) قوله: "لما روى أن عمر إلخ" روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن أبي مليح أن عمر بن الخطاب رد عليهم "الأيمان حتى وفوا"، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب استحلف امرأة خمسين يمينًا على مولى لها أصيب، ثم جعل عليها دية. (ت)

(٧) قوله: "لما قضى في القسامة" أى لما أراد القضاء في القسامة وافى اليمين إليه تسعة وأربعون رجلا، قوله: وافى جواب لما من الموافاة بمعنى الوفاء، وجعله معطوفا على قضى، وجعل أفى من الفيء بمعنى الرجوع يستلزم دخول الفاء في جواب لما، وهو غير صحيح. (أعظمى)

(٨) قوله: "وعن شريح والنخعى إلخ" قلت: حديث شريح رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه": حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن ابن سيرين بلغ عن شريح قال: جاءت قسامة، فلم يوافوا خمسين، فرد عليهم القسامة حتى أوفوا، انتهى، وحديث النخعى رواه عبد الرزاق في "مصنفه": أخبرنا الثورى عن مغيرة عن إبراهيم قال: إذا لم يبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يمينًا. (ف)

(٩) أى لا يشتغل بطلب الفائدة في التكرار.

(١٠) قوله: "ثم فيه استعظام إلخ" وإن سلم لزوم بيان الفائدة في التكرار، فالفائدة في التكرار، فالفائدة فيه استعظام أمر الدم. (أعظمى)

(١١) اليمين.

على أحدهم، فليس له ذلك؛ لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال.

قال[١]: ولا قسامة على صبيّ، ولا مجنون؛ لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح، واليمين قول صحيح.

قال[٢]: ولا امرأة، ولا عبد؛ لأنهما ليسا من أهل النصرة، واليمين على أهلها.

قال: وإن وجد ميتًا لا أثر به، فلا قسامة، ولا دية؛ لأنه ليس بقتيل؛ إذ القتيلُ في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حيّ، وهذا ميت حتف أنفه[٣]، والغرامةُ تتبع فعلَ العبد، والقسامةُ تتبع احتمال القتل. ثم يجب عليهم القسم، فلا بد من أن يكون به أثرٌ يُسْتدل به على كونه قتيلا، وذلك بأن يكون به جراحةٌ، أو أثر ضربٍ، أو خنق. وكذا كإن خرج الدم من عينه[٤]، أو أذنه؛ لأنه لا يخرج منهما إلا بفعلٍ من جهة الحيّ عادة. بخلاف ما إذا خرج من فيه، أو دبره، أو ذكره[٥]؛ لأن الدم يخرج من هذه المخارق[٦] عادةً بغير فعل أحدٍ، وقد ذكرناه في الشهيد[٧].

ولو وجد بدن القتيل، أو أكثر من نصف البدن، أو النصف، ومعه الرأس في محلة، فعلى أهلها القسامة والدية. وإن وجد نصفه مشقوقًا بالطول، أو وجد أقلّ من النصف[٨]، ومعه الرأس، أو وجد يده، أو رجله، أو رأسه، فلا شيء عليهم؛ لأن هذا[٩] حكم عرفناه بالنصّ، وقد ورد به في البدن، إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيمًا للآدمي.

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "حتف أنفه" حتف بالفتح مرگ، ومات فلان حتف أنفه مرد بر فراش بدون قتل، وضرب، وغرق، وحرق. (من)

(٤) قوله: "من عينه" قال الإنزاري: صاحب "الهداية" لم يذكر الأنف، والغالب أنه سبق قلم؛ لأنه ذكر في البداية، كما ذكر القدوري، قلت: لا سهو هناك؛ لأن الدم يخرج من الأنف غالبا من الرعاف، وخروج الدم من موضع يخرج منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل، كما إذا خرج من فمه، أو أنفه. (عيني)

(٥) قوله: "أو دبره، أو ذكره" لم يذكر الأنف، وحكمه حكم دبره، وذكره، وذكر الفم مطلقًا، وقد قيل: إذا صعد من جوفه إلى فيه، فهو دليل، وأما إن نزل من رأسه إلى فيه، فليس يصلح دليلا على القتل، ذكره فخر الإسلام في "الزيادات". (عناية)

(٦) أي هذه المنافذ.

(٧) من أن خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها دليل القتل.

(٨) أي إذا ولو كان الأقل معه الرأس. (مجمع الأنهر)

(٩) أي القسامة.

بخلاف الأقل؛ لأنه ليس ببدن، ولا ملحق به، فلا تجرى فيه القسامة، ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان[١] بمقابلة نفس واحدة، ولا تتواليان.

والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقى تجرى[٢] فيه القسامة لا تجب فيه، وإن كان بحال لو وجد الباقى، لا تجرى فيه[٣] القسامة تجب[٤]، والمعنى[٥] ما أشرنا إليه، وصلاة الجنازة فى هذا تنسحب[٦] على هذا الأصل؛ لأنها لا تتكرر.

ولو وجد فيهم جنين، أو سَقْط[٧] ليس به أثر الضرب، فلا شىء على أهل المحلة؛ لأنه لا يفوق[٨] الكبير حالا.

وإن كان به أثر الضرب، وهو تام الخلق وجبتَ القسامة والدية عليهم؛ لأن الظاهر[٩] أن تامّ الخلق ينفصل حيًا، وإن كان ناقص الخلق، فلا شىء عليهم؛ لأنه ينفصل ميتًا، لا حيًا.

قال[١٠]: وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجلٌ، فالدية على عاقلته[١١] دون أهل المحلة؛ لأنه فى يده[١٢]، فصار كما إذا كان[١٣] فى داره[١٤]، وكذا إذا كان

---

(١) قوله: "تتكرر القسامتان والديتان [وذلك لا يجوز. ع]" قيل: كان ينبغى أن يقول: تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية؛ لأن غرضه ثبوت القسامة مكرراً، أو ثبوت الدية مكرراً، وعبارة الشارح تستلزم أن تكون أكثر من القسامتين والديتين، ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين تتكرران فى خمسين نفساً. (ع)

(٢) لكونه أكثر.

(٣) لكونه أقل.

(٤) القسامة فى الأول.

(٥) قوله: "والمعنى ما أشرنا إليه" وهو أن تكرار القسامة والدية فى قتيل واحد غير مشروع. (ك)

(٦) تنفرع، انسحاب: كشيده شدن. (من)

(٧) مثلثة: بچه نا تمام اوفتاده. (من)

(٨) أى لأن الجنين أو السقط، فإذا وجد الكبير ميتًا، لا أثر به، فلا شىء فيه، كذا هذا.

(٩) قوله: "لأن الظاهر أن إلخ" إن قيل: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، ولهذا قلنا: فى عين الصبى ولسانه، وذكره إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا، وإن كان الظاهر سلامتها، قلنا: اعتبار الظاهر ههنا؛ لأنه نفس من وجه، ولا كذلك الأطراف؛ لأنها يسلك بها مسلك الأموال، ولا يجب القصاص والدية فيها ما لم يعلم سلامتها، وأما الجنين: فنفس من وجه، وعضو من وجه، فإذا انفصل تام الخلق، وبه أثر الضرب، فالظاهر أنه ينفصل حيًا اعتبرنا جهة النفس كالقتيل الموجود فى المحلة، وبه أثر الجراحة يحكم أنه مقتول، وتجب القسامة والدية اعتباراً للظاهر، وإن كان يحتمل أنه مات حتف أنفه تعظيماً للدم، وإذا انفصل ناقصاً اعتبرنا فيه جهة العضو، ولم توجب الدية التى لها خطر؛ إذ لا يتيقن بانفصاله حيًا، ولا ظاهر يشهد بذلك. (ك)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "على عاقلته" أى عاقلة السائق، سواء كان السائق مالكا للدابة، أو غير ذلك. (ن)

قائدها، أو راكبها، فإن اجتمعوا[١] فعليهم؛ لأن القتيل فى أيديهم، فصار كما إذا وجد فى دارهم.

قال[٢]: وإن مرّت دابة بين قريتين، وعليها قتيلٌ، فهو على أقربهما[٣]؛ لما روى: «أن النبى عليه السلام[٤] أتى بقتيل وُجد بين قريتين فأمر أن يذرع»*. وعن عمر رضى الله عنه[٥] أنه لما كتب إليه[٦] فى القتيل الذى وجد بين وادعة وأرحب[٧]، كتب بأن يقيس بين قريتين، فوجد القتيل إلى وادعة أقرب، فقضى عليهم بالقسامة**. قيل: هذا[٨] محمول على ما إذا كان[٩] بحيث يبلغ أهله الصوت[١٠]؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه[١١] الغوث، فتمكنهم النصرة، وقد قصّروا.

قال[١٢]: وإن وجد القتيل فى دار إنسان، فالقسامة عليه[١٣]؛ لأن الدار فى

---

(١٢) قوله: "لأنه فى يده" وعن أبى يوسف فى غير رواية الأصول أنه كان يفصل الجواب، ويقول: إن هذا إذا كان السائق يسوق الدابة محتشماً مختفياً سراً؛ لأن الظاهر أنه هو القاتل. فأما إذا كان يسوقها غير محتشم نهاراً جهاراً، فلا شيء عليه؛ لأن الإنسان قد يحمل أباه أو ابنه، أو جده، أو أحداً من أقرباءه ميتاً، وينقله إلى بلده. (ن)

(١٣) القتيل.

(١٤) أى فى دار رجل.

(١) أى القائد، والراكب، والسائق.

(٢) أى محمد. (عينى)

(٣) أى ديته على أهل أقربهما.

(٤) قوله: "لما روى إلخ" قلت: رواه أبو داود الطيالسى وإسحاق بن راهويه والبزار فى "مسانيدهم"، والبيهقى فى "سننه".

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٦، والدراية ج٢ ص٢٨٦، الحديث ١٠٥٠. (نعيم)

(٥) قوله: "وعن عمر إلخ" قلت: رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (ت)

(٦) والكاتب هو عامل عمر رضى الله عنه.

(٧) قبيلتان من همدان.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٧، والدراية ج٢ ص٢٨٧ تحت الحديث ١٠٥٠. (نعيم)

(٨) أى القضاء على أقربهما. (ك)

(٩) القتيل.

(١٠) أى أهل الأقرب.

(١١) ميّت.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "فالقسامة عليه" لأن الدار فى يده، فصار صاحب الدار مع أهل المحلة بمنزلة أهل المحلة مع أهل المصر، فلما لم يدخل أهل المصر مع أهل المحلة، كذلك لا يدخل أهل المحلة مع صاحب الدار فى القسامة، كذا فى "شرح الأقطع". (ك)

يده[١]، والدية على عاقلته؛ لأن نصرته منهم، وقوته بهم.

قال[٢]: ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك[٣] عند أبي حنيفة، وهو قول محمد. وقال أبو يوسف[٤]: هو عليهم[٥] جميعًا؛ لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك، تكون بالسكنى. ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة[٦]، والدية على اليهود، وإن[٧] كانوا سكّانًا بخيبر*. ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان[٨]؛ لأن سكنى الملاك ألزم، وقرارهم أدومُ، فكانت ولاية التدبير إليهم، فيتحقق التقصير منهم. وأما أهل خيبر فالنبى عليه السلام أقرهم[٩] على أملاكهم، وكان يأخذ منهم على وجه الخراج[١٠]**.

قال[١١]: وهو[١٢] على أهل الخطّة[١٣] دون المشتريين[١٤]، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: الكلُّ مشتركون؛ لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن

(١) قوله: "لأن الدار في يده" وهذا إذا كان العاقلة غيبًا توفيقًا بينه وبين ما يجيء من قوله: فالقسامة على رب الدار، وعلى قومه إلى آخره، أو هذا جواب القياس، وذلك جواب الاستحسان. (حميدية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "ولا تدخل السكان [بإجارة، أو بإعارة] في القسامة مع الملاك" يعني إذا كان في المحلة سكان وملاك. (ك)

(٤) قوله: "وقال أبو يوسف" وهذا قوله الآخر، وكان قوله الأول كقولهما، ثم رجع إلى هذا القول، وهو قول ابن أبي ليلى. (ن)

(٥) أي على السكان والملاك.

(٦) قوله: "جعل" روى في "المبسوط" عن أبي أيوب مولى أبي قلا· عن أبي قلابة أنه قضى رسول الله ﷺ بالقسامة والدية على أهل خيبر في قتيل وجد بين أظهرهم، كذا قال علي القاري في "شرح النقاية".

(٧) الواو وصلية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٧، والدراية ج٢ ص٢٨٧ تحت الحديث ١٠٥٠. (نعيم)

(٨) قوله: "دون السكان" لأن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك. (ن)

(٩) فهم كانوا ملاكًا.

(١٠) أي خراج المقاسمة.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٧، والدراية ج٢ ص٢٨٧، الحديث ١٠٥١. (نعيم)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "وهو [أي وجوب القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم. ع] على أهل الخطة" أي أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة، وقسمها بين الغانمين بخط خط ليتميز أنصباءهم. (ك)

(١٣) قوله: "الخطة [خطه زمين كه دران فرود آيند وپيش ازان كسى فرود نيامده باشد. من]" هو المكان المختط لبناء دار وغير ذلك من العمارات. (ن)

(١٤) من أهل الخطة.

له ولاية الحفظ، وبهذا الطريق يُجْعل جانيًا مقصرًا، والولاية[١] باعتبار الملك، وقد استووا فيه[٢].

ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف[٣]، ولأنه أصيلٌ، والمشترى دخيلٌ، وولايةُ التدبير إلى الأصيل، وقيل: أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة[٤].

قال[٥]: وإن بقي واحد منهم فكذلك، يعني من أهل الخطة؛ لما بينا[٦]، وإن لم يبقَ واحد منهم بأن باعوا كلهم، فهو على المشترين؛ لأن الولاية انتقلت إليهم[٧]، أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم، أو يزاحمهم.

وإذا وجد[٨] قتيل في دار، فالقسامة على رب الدار، وعلى قومه[٩]، وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً، وإن كانوا غُيَّبًا، فالقسامة على ربّ الدار يكرر عليه الأيمان، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا قسامة على العاقلة؛ لأن رب الدار أخص به من غيره، فلا

---

(١) أى ولاية الحفظ. (ك)

(٢) أى أهل الخطة والمشترون.

(٣) قوله: "هو المتعارف" فإن قلت: ما الفرق لهما بين المحلة والدار، لو كان مشتريًا، وصاحب خط، ووجد القتيل فيها، فهما متساويان فى القسامة والدية، ولا فرق بينهما بالإجماع، وفى حق المحلة فرق بينهما.

قلت: الفارق بينهما العرف، فإن فى العرف أن المشترين قلما يزاحمون أصحاب الخطة فى التدبير، والقيام بحفظ المحلة، وليس حق الدار كذلك. (ن)

(٤) قوله: "على ما شاهد بالكوفة" أى شاهد من عادة أهل الكوفة فى زمانه، وهو أن أصحاب الخطة فى كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة، ولا يشاركهم المشترون فى ذلك، فبنى الجواب على ما شاهد. (ن)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: صاحب الخطة هو المختص، أو هو قوله: لأنه أصيل، والمشترى دخيل. (ع)

(٧) قوله: "لأن الولاية انتقلت إليهم" أى على قول أبى حنيفة ومحمد؛ لزوال من يتقدمهم، أو خلصت لهم أى على قول أبى يوسف؛ لما أن الولاية عنده كانت لصاحب الخطة وللمشترين، فالآن خلصت للمشترين لزوال من يزاحمهم. (ك)

(٨) قوله: "وإذا وجد إلخ" يعنى إذا وجد القتيل فى دار، فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات، وفى القسامة روايتان، ففى إحداهما تجب على صاحب الدار، وفى الأخرى على عاقلته، وبهذا يندفع ما يتراءى من التدافع بين قوله: قبل هذا، وإن وجد القتيل فى دار إنسان، فالقسامة عليه، وبين قوله: ههنا، فالقسامة على رب الدار، وعلى قومه، فيحمل هذا على رواية، وذلك على رواية أخرى، وحكى عن الكرخى أنه كان يوفق بينهما، ويقول: الرواية التى توجبها على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان قومه غيبًا، والرواية التى توجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضوراً، كذا فى "الذخيرة"، والمذكور فى الكتاب يدل على أنها عليهما جميعاً إذا كانوا حضورا، ويوافقه رواية فتاوى العتابى. (ع)

(٩) أى العاقلة.

يشاركه غيرُه فيها[١] كأهل المحلة لا يشاركهم فيها[٢] عواقلهم.

ولهما أن الحضور لزمتهم نصرةُ البقعة، كما تلزم[٣] صاحب الدار، فيشاركونه[٤] في القسامة.

قال: فإن وجد القتيل في دار مشتركةٍ نصفها لرجل، وعشرها لرجل، ولآخر ما بقي، فهو على رؤوس الرجال؛ لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير، فكانوا سواء في الحفظ والتقصير، فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة[٥].

قال[٦]: ومن اشترى داراً، ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل، فهو على عاقلة البائع، وإن كان في البيع خيار لأحدهما، فهو[٧] على عاقلة الذي في يده، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا[٨]: إن لم يكن فيه خيار، فهو على عاقلة المشتري[٩]، وإن كان فيه خيار، فهو على عاقلة الذي تصير له؛ لأنه إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ، ولا يجب إلا على من له ولايةُ الحفظ، والولاية[١٠] تستفاد بالملك، ولهذا كانت الدية[١١] على عاقلة صاحب الدار دون المودع.

والملك للمشتري قبل القبض في البيع الباتّ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار

(١) القسامة.

(٢) قسامة.

(٣) النصرة.

(٤) عواقل حاضرين.

(٥) قوله: "بمنزلة الشفعة" فإنها على عدد الرؤوس، لا على قدر الأنصباء عندنا. (ك)

(٦) أي محمد. (عيني)

(٧) أي المذكور هو الدية.

(٨) قوله: "وقالا: إلخ" حاصل الاختلاف أن أبا حنيفة اعتبر اليد، وهما اعتبرا الملك، وهذا الاختلاف بيننا وبينهم بعد ما أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل بولاية الحفظ؛ لأنه ضمان ترك الحفظ، فبعد ذلك قال أبو يوسف ومحمد: ولاية الحفظ تستفاد بالملك، فيعتبر الملك، وأبو حنيفة يقول: حقيقة القدرة تثبت باليد إلا أن الملك سبب اليد، فإذا كان الملك لأحدهما، واليد لآخر كان اعتبار اليد أولى. (ن)

(٩) قوله: "فهو على إلخ" الحاصل أن أبا حنيفة اعتبر اليد، وهما اعتبرا الملك إن وجد، وإلا فيتوقف على قرار الملك. (ك)

(١٠) أي ولاية الحفظ.

(١١) قوله: "ولهذا كانت الدية" أي لكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه، وإن كان له يد. (ع)

الملك، كما فى صدقة الفطر[١]، وله أن القدرة[٢] على الحفظ باليد[٣]، لا بالملك.

ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك، ولا يقتدر بالملك بدون اليد، وفى الباتّ اليد[٤] للبائع قبل القبض، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض؛ لأنه دون الباتّ، ولو كان المبيع فى يد المشترى، والخيار[٥] له، فهو أخص الناس به تصرفًا، ولو كان الخيار للبائع[٦]، فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب، فتعتبر يده؛ إذ بها يقدر على الحفظ.

قال[٧]: ومن كان في يده دار، فوجد فيها قتيلٌ لم تعقله العاقلة[٨] حتى تشهد الشهود[٩] أنها[١٠] للذى فى يده؛ لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه، واليد وإن[١١] كانت دليلا على الملك، ولكنها محتملة، فلا تكفى لإيجاب الدية على العاقلة، كما لا تكفى[١٢] لاستحقاق الشفعة به فى الدار المشفوعة، فلا بد من إقامة البينة.

قال[١٣]: وإن وجد قتيل فى سفينة، فالقسامة على من فيها من الرّكاب

---

(١) قوله: "كما فى صدقة الفطر" بأن باع العبد بالخيار، فصدقة الفطر على من تقرر له الملك. (مل)

(٢) قوله: "وله أن القدرة إلخ" ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد بها؛ لأنه قد اندرج فى دليله، وذلك لأنه قال: إن القدرة على الحفظ باليد أطلق اليد، والمطلق ينصرف إلى الكامل فى اليد أى أصالة، ويد المودع ليست كذلك، وكذلك المستعير والمستأجر، قيل: ما الفرق لأبى حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر، فإنه يعتبر فيه الملك فى الثانية دون الأولى، فالجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك، فكانت على المالك، والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ، والحفظ إنما يتحقق باليد؛ لما ذكر من الدليل. (عناية)

(٣) أى بملك اليد، لا بمجرد اليد احترازًا عن المودع.

(٤) أى أصالة؛ لأنه لم يخرج عن ملك البائع يدًا، بخلاف المودع، فإن يده يد نيابة.

(٥) الواو حالية.

(٦) والمبيع فى يد المشترى.

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) أى عاقلة الذى هى فى يده.

(٩) قوله: "حتى تشهد الشهود إلخ" يعنى إذا أنكرت العاقلة أن يكون الدار له، وقالوا: هى وديعة فى يده، وهذا لما عرف أن الظاهر حجة للدفع، لا للاستحقاق، وقد احتجنا إلى الاستحقاق ههنا، فوجب إثباته بالبينة، ولا يلزم أن أبا حنيفة يعتبر اليد فى استحقاق الدية، كما ذكرنا آنفًا؛ لأنه يعتبر يد الملك، لا مجرد اليد، ولم يثبت ههنا يد الملك إلا بالبينة. (ك)

(١٠) دار.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "كما لا تكفى [اليد] إلخ" أى كمن طلب شفعة بالجوار فى دار بيعت، فأنكر المشترى أن تكون الدار التى فى يد الشفيع ملكًا له، فإنه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك. (كفاية)

والملاحين؛ لأنها[١] في أيديهم، واللفظ يشمل أربابها[٢] حتى تجب على الأرباب الذين فيها، وعلى السكان[٣].

وكذا على من يمدها والمالك في ذلك، وغير المالك سواء، وكذا العجلة[٤]، وهذا[٥] على ما روى عن أبي يوسف ظاهر[٦].

والفرق لهما أن السفينة تُنقل وتحول، فيُعتبر فيها اليد دون الملك[٧]، كما في الدابة، بخلاف المحلّة والدار؛ لأنها لا تُنقل.

قال[٨]: وإن وجد[٩] في مسجد محلة، فالقسامة على أهلها[١٠]؛ لأن التدبير فيه[١١] إليهم، وإن وجد في المسجد الجامع، أو الشارع الأعظم[١٢]، فلا قسامة[١٣] فيه، والدية على بيت المال؛ لأنه[١٤] للعامة لا يختص به واحدٌ منهم، وكذا الجسور[١٥] للعامة، ومال بيت المال مال عامة المسلمين.

---

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١) سفينة.

(٢) قوله: "يشمل أربابها [أي لفظ القدوري، وهو من فيها]" أي يشمل ملاكها وغير ملاكها. (نهاية)

(٣) قوله: "وعلى السكان" وذكر شيخ الإسلام قال بعض المشايخ: إنما يجب على الركاب إذا لم يكن للسفينة مالك معروف، فإن كان فالقسامة عليه. (ك)

(٤) ارابه، گردون كه بدان بار كننده.

(٥) قوله: "وهذا" أي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روى عن أبي يوسف أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك ظاهر، وأما على قول أبي حنيفة ومحمد، فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب. (ع)

(٦) قوله: "ظاهر" لأنه يجعل السكان والملاك في القتيل الموجود في المحلة سواء، فكذا في القتيل الموجود في السفينة، وأما عندهما ففي المحلة السكان لا يشاركون الملاك؛ لأن التدبير في المحلة إلى الملاك دون السكان، وفي السفينة أنهم في تدبيرها سواء إذا حدثهم أمر. (كافي)

(٧) قوله: "فيعتبر فيها اليد دون الملك" فإنها مركب كالدابة، فكما أن المعتبر في القتيل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك، فكذا في القتيل الموجود في السفينة، وهم في اليد عليها سواء. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قتيل.

(١٠) محلة.

(١١) المسجد.

(١٢) قوله: "أو الشارع الأعظم [شارع راه بزرگ. م]" في "المغرب": الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة على الإسناد المجازي، أو هو من قولهم: شرع الطريق أي تبين. (ك)

(١٣) قوله: "فلا قسامة" لأن المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل، وذلك لا يتحقق في حق جماعة المسلمين. (ك)

(١٤) أي لأن المسجد الجامع، أو الشارع الأعظم.

(١٥) قوله: "الجسور [پل]" الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والألواح. (ك)

ولو وجد في السوق إن كان مملوكًا، فعند أبي يوسف تجب على السكان[١]، وعندهما على المالك، وإن لم يكن مملوكًا كالشوارع العامة التى بنيت[٢] فيها، فعلى بيت المال[٣]؛ لأنه[٤] لجماعة المسلمين.

ولو وجد في السجن، فالدية على بيت المال، وعلى قول أبي يوسف: الدية والقسامة على أهل السجن؛ لأنهم سكّان، وولاية التدبير إليهم، والظاهر أن القتل حصل منهم. وهما يقولان: إن أهل السجن مقهورون، فلا يتناصرون، فلا يتعلّق بهم ما يجب[٥] لأجل النصرة[٦]، ولأنه[٧] بني لاستيفاء حقوق المسلمين، فإذا كان غنمه[٨] يعود إليهم، فغرمه يرجع عليهم[٩]، قالوا: وهذه فُرَيعة المالك والساكن، وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال[١٠]: وإن وجد[١١] في بريّة ليس بقربها عمارة، فهو هدر، وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت؛ لأنه[١٢] إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغَوث من غيره، فلا يوصف أحدٌ بالتقصير، وهذا إذا لم تكن[١٣] مملوكة لأحد، أما إذا كانت[١٤]، فالديةُ

---

(١) سواء كان السكان ملاكًا أو غير ملاك. (ع)

(٢) السوق.

(٣) قوله: "فعلى بيت المال" قال في "النهاية": وإنما أراد به أن يكون نائبا عن المحال، أما الأسواق التى تكون في المحال، فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة، فيكون القسامة والدية على أهل المحلة.
وكذا في السوق النائي إذا كان من يسكنها في الليالي، أو كان لأحد فيها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه؛ إذ يلزمه صيانة ذلك الموضع، فيوصف بالتقصير، فيجب عليه موجب التقصير. (ع)

(٤) السوق.

(٥) أي الدية والقسامة.

(٦) أي لأجل ترك النصرة.

(٧) أي لأن السجن.

(٨) السجن.

(٩) فيكون من بيت المال.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قتيل.

(١٢) القتيل.

(١٣) قوله: "إذا لم تكن" ولا يكون لأحد يد فيها، وأما إذا كانت تلك البرية في أيدي المسلمين، بأن كان مثلا فيها منفعة المسلمين بالاحتطاب والاحتشاش وغيرهما، كذا في "محيط السرخسي"، فالدية حينئذٍ في بيت المال، قال قاضي خان: إن وجد القتيل في موضع مباح نحو الفلاة إلا أنه في أيدي المسلمين، كانت الدية في بيت المال، انتهى. (مل)

(١٤) مملوكة لأحد.

والقسامة على عاقلته[١].

وإن وجد[٢] بين قريتين كان على أقربهما، وقد بيناه[٣]، وإن وُجد في وسط الفرات[٤] يمر به الماء، فهو هدر؛ لأنه[٥] ليس في يد أحد، ولا في ملكه.

وإن كان محتبسًا بالشاطئ[٦]، فهو على أقرب القرى[٧] من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم[٨]؛ لأنه أخص بنصرة هذا الموضع، فهو[٩] كالموضوع على الشط، والشطر في يد مَنْ هو بقربٍ منه. ألا ترى أنهم[١٠] يستقون منه الماء، ويوردون بهائمهم فيها، بخلاف النهر الذي يستحق[١١] به الشفعة لاختصاص أهلها به[١٢] لقيام يدهم عليه[١٣]، فتكون القسامة والدية عليهم.

قال[١٤]: وإن ادّعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة

---

(١) المالك.

(٢) قتيل.

(٣) قوله: "وقد بيناه" يعني في مسألة وإن مرت دابة بين قريتين، وعليها قتيل. (عناية)

(٤) قوله: "في وسط الفرات [نهر الكوفة]" يريد به الفرات، وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك، وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص، بل الماء ما دام جاريًا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط، قالوا: هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب؛ لأنه إذا كان كذلك، فقد يكون هذا قتيل دار الشرك، وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام، فيجب الدية في بيت المال؛ لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين، فسواء كان قتيل مكان الانبعاث، أو مكان آخر دون ذلك، فهو قتيل المسلمين، فيجب الدية في بيت المال. (ع)

(٥) الفرات.

(٦) شاطئ -بكسر طاء وهمزه در آخر- كنار دريا ووجوى. (م)

(٧) قوله: "فهو على أقرب القرى" وهذا إذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع، ونادى بأعلى صوته، وإن كانوا لا يسمعون ذلك لا شيء عليهم فيه، هكذا فسره الكرخي، وفي "الذخيرة": وأما إذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت، لا يجب عليهم الشيء، وإنما يجب في بيت المال؛ لأنه تحت يد عامة المسلمين. (كفاية)

(٨) قوله: "على التفسير الذي تقدم" أراد به قوله: قيل: هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت. (ع)

(٩) قتيل.

(١٠) أهل أقرب القرى.

(١١) قوله: "يستحق" استحقاق الشفعة يكون في الشركة في الشرب الخاص، والشرب الخاص أن يكون نهر لا تجري فيه السفن، وما تجري فيه، فهو عام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وعن أبي يوسف: أن الشرب الخاص أن يكون نهرًا يستقي منه قراحان، أو ثلاثة، وما زاد على ذلك، فهو عام، كذا قال المصنف في كتاب الشفعة.

(١٢) نهر.

(١٣) نهر.

(١٤) أي القدوري. (عيني)

عنهم[١] وقد ذكرناه، وذكرنا فيه القياس والاستحسان[٢].

قال: وإن ادّعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم[٣]، ووجه الفرق قد بيناه من قبلُ[٤]، وهو أن وجوب القسامة عليهم دليلٌ على أن القاتل منهم، فتعيينُه واحدًا منهم لا ينافي[٥] ابتداء الأمر؛ لأنه منهم.

بخلاف ما إذا عيّن من غيرهم؛ لأن ذلك[٦] بيان أن القاتل ليس منهم، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم؛ لكونهم قتلةً تقديرًا حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم[٧]، وسقط[٨] لفقد شرطه[٩].

قال[١٠]: وإذا التقى قوم بالسيوف، فأجلوا[١١] عن قتيل، فهو على أهل المحلة[١٢]؛ لأن القتيل[١٣] بين أظهرهم[١٤]، والحفظ عليهم.

---

(١) ولا الدية عن عواقلهم. (ع)

(٢) قوله: "وقد ذكرناه، وذكرنا فيه القياس إلخ" هذا هو الموضع الذي وعد بيانه فيه بقوله: وسنذكره من بعدُ إن شاء الله تعالى، وههنا قال: وقد ذكرناه، فلعله رحمه الله تعالى توهم أنه ذكره، وقيل: في بعض النسخ ذكره، ثم فعلى هذا يستقيم قوله: وقد ذكرناه. (ك)

(٣) قوله: "سقطت عنهم" أي سقط القسامة والدية، ويحلف المدعى عليه يمينًا واحدًا. (ن)

(٤) قوله: "قد بيناه من قبلُ" يريد به قوله: هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة. (ع)

(٥) قوله: "لا ينافي إلخ" فإن الشارع أوجب القسامة ابتداء على أهل المحلة، فتعيينه واحدًا منهم لا ينافي ما شرعه الشارع ابتداء، وفي "المبسوط": وإن ادعى أهل القتيل على بعض أهل المحلة الذين وجد القتيل بين أظهرهم، فقالوا: قتله فلان عمدًا، أو خطأ لم يبطل بهذا حقه، وفيه القسامة والدية، لأنهم ذكروا ما كان معلومًا، لنا بطريق الظاهر، وهو أن القاتل واحد من أهل المحلة لكنا لا نعلم ذلك حقيقةً، وبدعوى الولي على واحد منهم بعينه لا يصير معلومًا، لنا حقيقة أنه هو القاتل، فإذا لم يسقط بهذه الدعوى شيئًا لا يتغير الحكم به، فبقيت القسامة والدية على أهل المحلة. (ك)

(٦) تعيين غير.

(٧) قوله: "امتنع دعواه عليهم" للتناقض؛ لأنه لما ادعى على غير أهل المحلة، فقد أبرأ أهل المحلة من ذلك حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك على أهل المحلة للتناقض، كذا في "المبسوط". (ك)

(٨) الغرامة.

(٩) دعوى الولي.

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) أي انكشفوا عنه وانفرجوا.

(١٢) قوله: "فهو على أهل المحلة" قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله في "كشف الغوامض": وهذا إذا كان الفريقان مسلمين اقتتلوا غضبة، فإن كانوا مشركين، أو خوارج، فلا شيء فيه، ويجعل ذلك من إصابة العدد. (ك)

(١٣) قوله: "لأن القتيل إلخ" فإن قيل: إن الظاهر أن قاتله غير أهل المحلة، فإنه من خصماءه، وأجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة، فيتعلق بالسبب الظاهر، وهو وجود قتيل في محلتهم. (ع)

إلا أن يدعي الأولياء على أولئك، أو على رجل منهم بعينه، فلم يكن على أهل المحلة شيء؛ لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة.

قال[١]: ولا على أولئك حتى يقيموا البينة؛ لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق[٢] للحديث الذي رويناه[٣]، أما يسقط به الحقّ عن أهل المحلة[٤]؛ لأن قوله[٥] حجة على نفسه.

ولو وجد قتيل في معسكر[٦] أقاموا بفلاة[٧] من الأرض، لا ملك لأحد فيها، فإن وُجد في خباء[٨]، أو فسطاط[٩]، فعلى من يسكنها الدية والقسامة، وإن كان[١٠] خارجًا من الفُسطاط، فعلى أقرب الأخبية[١١]؛ اعتبارًا لليد عند انعدام الملك.

وإن كان القوم[١٢] لقوا قتالا[١٣]، ووجد قتيلٌ بين أظهرهم، فلا قسامة، ولا دية؛ لأن الظاهر أن العدوَّ قتله[١٤]، فكان هدرًا، وإن لم يلقوا عدوًّا، فعلى ما بيناه[١٥]،

---

(١٤) قوله: "بين أظهرهم [يعني بينهم. ع]" الأظهر والظهر يجيئان مقحمين، كما في قوله ﷺ: «لا صدقة إلا عن ظهر غنى» أي صادرة عن غنى. (ف)

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) أي الاستحقاق عند إنكار المدعى عليه. (ن)

(٣) قوله: "للحديث الذي رويناه" أي في أوائل باب القسامة وأوله قوله عليه السلام: «لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، لايقال: الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق. (ف)

(٤) أي بالدعوى على أولئك، أو على رجل منهم.

(٥) المدعي.

(٦) لشكر گاه.

(٧) بالفتح: بيابان خالى از آب گياه كذا صحراء فراخ. (ف)

(٨) بالكسر ومد همزة: الخيمة من الصوف. (ف)

(٩) قوله: "أو فسطاط [الخيمة العظيمة، فكان أعظم من الخباء. ع]" فسطاط خيمه وخرگاه بزرگ وسرا پرده جماعهٔ انبوه از اهل شهر. (م)

(١٠) قتيل.

(١١) قوله: "فعلى أقرب الأخبية" قيل: هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين، أما إذا نزلوا مختلطين، فالدية والقسامة عليهم. (ف)

(١٢) العسكر.

(١٣) مع العدو، يجوز أن يكون مفعولا مطلقا؛ لأن لقوا في معنى المقاتلة، وأن يكون حالا أي القتال. (عناية)

(١٤) قوله: "لأن الظاهر أن العدو قتله" ولهذا كان شهيدا؛ إذ الظاهر أن الإنسان بعد الالتقاء إنما يقتل من يعاديه، لا من يؤازره، وإنما أوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة باعتبار نوع من الظاهر، وقد عدم ههنا. بخلاف ما إذا اقتتل الفريقان من المسلمين غضبة كالكلاباذي والدرواز كے ببخارا إذ ليس في إضافة القتل إلى العدو حمل أمر المسلمين على الصلاح؛ إذ الفريقان مسلمان، فبقي حال القتيل مشكلا، فيجب القسامة والدية على أهل المكان،

وإن كان للأرض[١] مالك، فالعسكر كالسكّان، فيجب على المالك عند أبى حنيفة، خلافًا لأبى يوسف، وقد ذكرناه[٢].

قال[٣]: وإذا قال المستحلف: قتله فلانٌ أُستُحلِف بالله ما قتلتُ، ولا عرفت له قاتلا غير فلان؛ لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه[٤] بقوله[٥]، فلا يقبل[٦]، فيحلّف على ما ذكرنا؛ لأنه لما أقر بالقتل على واحد صارت مستثنى عن اليمين[٧]، فبقى حكم من سواه، فيحلف عليه[٨].

قال[٩]: وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه[١٠] قتل لم تقبل شهادتهما، وهذا عند أبى حنيفة. وقالا: تُقبل؛ لأنهم كانوا بعُرضة[١١] أن يَصيروا خُصَماء، وقد بطلت العرضة بدعوى الولى القتل على غيرهم، فتقبل شهادتهم كالوكيل[١٢] بالخصومة إذا عُزل قبل الخصومة. وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم، فلا تقبل شهادتهم وإن[١٣] خرجوا من جملة الخصوم كالوصى إذا خرج[١٤] من الوصاية بعد ما قبلها، ثم شهد[١٥] قال رضى الله عنه[١٦]: وعلى

كذا فى "المبسوط". (كفاية)

(١٥) قوله: "فعلى ما بيناه" يعنى إذا لم يقاتلوا عدوًا، فإن وجد فى خباء، أو فسطاط، فعلى من يسكنها، وإن كان خارجًا، فعلى أقرب الأخبية؛ لأن ذلك الموضع فى يد أقرب أهل أخبية. (ك)

(١) التى أقام فيها العسكر.

(٢) قوله: "وقد ذكرناه" إشارة إلى ما ذكر عند قوله: ولا يدخل السكان مع الملاك فى القسامة عند أبى حنيفة، وهو قول محمد، فقال أبو يوسف: هو عليهم. (عناية)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) يعنى لا يسقط اليمين عنه بقوله: قتله فلان. (م)

(٥) يعنى قتله فلان.

(٦) قوله.

(٧) قوله: "صار إلخ" أى غاية ما فى الباب أنه صار مستثنى عن يمينه حيث قال: قتله فلان، فيحلف على أنه ما قتله، ولا أعرف له قاتلا غير فلان. (م)

(٨) مستحلف.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) الرجل.

(١١) قوله: "بعرضة" جعلته عرضة لكذا يعنى آماده وبرپا كردم آن را براى كارى، وجاء العرضة بمعنى الاعتراض فى الخير والشر، كذا فى "منتهى الأرب".

(١٢) فتقبل شهادته فى تلك الحادثة.

(١٣) الواو وصلية.

الأصلين[١] هذين يتخرج كثيرٌ من المسائل من هذا الجنس[٢].

قال: ولو ادّعى[٣] على واحد من أهل المحلة بعينه، فشهد شاهدان من أهلها[٤] عليه لم تقبل الشهادة؛ لأن الخصومة قائمة مع الكلّ على ما بيناه[٥]، والشاهد يقطعها عن نفسه، فكان متَّهمًا.

وعن أبي يوسف أن الشهود يُحَلّفون بالله[٦] ما قتلناه، ولا يزدادون على ذلك[٧]؛ لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل.

قال: ومن جُرح[٨] في قبيلة، فنقل إلى أهله، فمات من تلك الجراحة، فإن كان صاحبَ فراش[٩] حتى مات، فالقسامة والدية على القبيلة، وهذا قول أبي حنيفة.

---

(١٤) بأن بلغ الغلام، أو عزله القاضي. (ك)

(١٥) لا تقبل شهادته.

(١٦) أي المصنف.

(١) قوله: "وعلي الأصلين" يعني الأصلين المجمع عليهما، أحدهما: إن كل من انتصب خصمًا في حادثة، ثم خرج من كونه خصمًا لم يقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع كالوكيل إذا خاصم، ثم عزل، والثاني: إذا كانت لرجل عرضة أن يصير خصمًا، ثم بطلت تلك العرضة، فشهد، قبلت شهادته بالإجماع، وأبو حنيفة جعل ما نحن فيه من الأصل الأول؛ لأنهم صاروا خصماء في هذه الحادثة؛ لوجود القتيل بين أظهرهم، فإنه السبب الموجب للقسامة والدية، وبدعوى الولي القتيل على غير أهل المحلة لما تبين أن هذا السبب لم يكن، لكن خرجوا بذلك عن كونهم خصمًا، وهما جعلاه من الأصل الثاني؛ لأنهم إنما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم، فإذا ادعى على غيرهم زالت العرضة، فتقبل شهادتهم. (ع)

(٢) قوله: "يتخرج إلخ" أما على الأصل الأول: فمسألة الوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم، ثم عزل، كما مر، والوصي في حقوق اليتيم خاصم، أو لم يخاصم.

وأما على الثاني: فمسألة الشفيعين إذا شهدا على المشتري بالشراء، وهما لا يطلبان الشفعة تقبل؛ لأنهما ما صارا خصمين، بل صارا بعرضة ذلك، ولا تقبل شهادتهما بعد الطلب بصيرورتهما خصمين. (مل)

(٣) الولي.

(٤) محلة.

(٥) قوله: "على ما بيناه" إشارة إلى ما ذكر في مسألة، وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه في بيان الفرق بقوله: وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم، فتعيينه واحدًا منهم لا ينافي ابتداء الأمر. (عناية)

(٦) بحلف القسامة.

(٧) بأن يقولوا: ما عرفنا له قاتل.

(٨) قوله: "ومن جرح" يعني ولم يعلم الجارح؛ لأنه لو علم سقط القسامة، بل فيه القصاص على الجارح إن كان عمدًا، والدية على العاقلة إذا كان خطأ. (ع)

(٩) قوله: "فإن كان صاحب إلخ" أي لو كان المجروح صاحب فراش حتى جرح في تلك القبيلة، ثم نقل إلى أهله، فمات، وإنما قيد به؛ لأنه لو كان صحيحًا يجيء ويذهب حين جرح، ثم مات في أهله، فلا شيء فيه، كذا في "المبسوط". (كفاية)

وقال أبو يوسف: لا قسامة، ولا دية؛ لأن الذى حصل فى القبيلة، أو المحلة ما دون النفس، ولا قسامة فيه، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش.

وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا، ولهذا وجب القصاص، فإن كان صاحب فراش أضيف[١] إليه، وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح، فلا يلزم بالشك[٢].

ولو أن رجلا معه جرحٌ به رَمَقٌ[٣] حمله إنسان إلى أهله، فمكث يوماً، أو يومين، ثم مات لم يضمن الذى حمله إلى أهله فى قول أبى يوسف، وفى قياس قول أبى حنيفة: يضمن؛ لأن يدَه بمنزلة المحلة، فوجودُه جريحًا فى يده كوجوده فيها، وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله مِنْ مسألة القبيلة[٤].

ولو وُجد الرجل قتيلا في دار نفسه، فديته على عاقلته لورثته[٥] عند أبى حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد وزفر: لا شىء فيه؛ لأن الدار فى يده حين وجد الجرح، فيجعل كأنه قتل نفسه، فيكون هدراً.

وله أن القسامة[٦] إنما تجب بناء على ظهور القتل، ولهذا لا يدخل فى الدية من

(١) القتل.

(٢) القسامة والدية.

(٣) بقيئه جان.

(٤) قوله: "فيما قبله من مسألة القبيلة" وهو ومن جرح فى قبيلة، وفى "المبسوط": بعد ما ذكر مسألة القبيلة، وعلى هذا التخريج إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته، فمات بعد يوم أو يومين، فإن كان صاحب فراش حتى مات، فهو على الذى يحمله، كما لو مات على ظهره، وإن كان يذهب ويجىء، فلا شىء على من حمله، وفى قول أبى يوسف: لا شىء فى الوجهين. (ك)

(٥) قوله: "فديته على عاقلته لورثته" اعلم أن المصنف قال: فديته على عاقلته لورثته عند أبى حنيفة، ثم قال فى دليله: وحال ظهور القتل الدار للورثة، فيجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر، ومخالفة بين الدليل والمدلول، ودفع ذلك بأن يقال: عاقلة الميت، أما أن تكون عاقلة الورثة، أو غيرهم، فإن كان الأول كان الدية على عاقلة الميت، وهم عاقلة الورثة، فلا تنافى بينهم، وإن كان الثانى: كان الدية علي عاقلة الورثة، ولما كان كل واحد منهما ممكنًا أشار إلى الأول فى حكم المسألة، وإلى الثانى فى دليلها، وعلى التقدير الثانى يقدر فى قوله: فديته على عاقلته مضاف أى على عاقلة ورثته. (ع)

قوله: "لورثته" فإن قيل: إذا قلتم: إن الدية تجب على عاقلة الورثة، فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم، قلنا: إن الدية تجب للمقتول حتى يقضى منه ديونه، وينفذ وصاياه، ثم يخلف الوارث فيه، وهو نظير الصبى والمعتوه، إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته، ويكون ميراثًا له. (ن)

(٦) قوله: "وله أن القسامة إلخ" اعلم أنه رحمه الله وضع قبل ذلك الدية فى الحكم والقسامة فى دليل أبى حنيفة إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية، وهو اختيار بعض المشايخ، فإن القسامة لم تذكر فى الأصل، واختلف المشايخ فى وجوبها على العاقلة على قول أبى حنيفة، فمنهم من قال: لا تجب؛ لأنها تختص بمن يعلم بحال القتيل،

مات[١] قبل ذلك، وحال ظهور القتل الدار للورثة، فتجب[٢] على عاقلتهم[٣].
بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه؛ لأن حال ظهور قتله بقيت[٤] الدار على حكم ملكه، فيصير كأنه قتل نفسه، فيهدر دمه.

ولو أن رجلين كانا في بيت، وليس معهما ثالث، فوجد أحدهما مذبوحًا، قال أبو يوسف: يضمن الآخر الدية. وقال محمد: لا يضمنه؛ لأنه يحتمل أنه قَتَلَ نفسَه، ويحتمل أنه قتله الآخر، فلا يضمنه[٥] بالشك. ولأبي يوسف: أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسَه، فكان التوهم ساقطًا، كما إذا وُجِد قتيلٌ في محلّة[٦].

ولو وجد قتيلٌ في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرّر[٧] عليها الأيمانُ، والديةُ على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب. وقال أبو يوسف: القسامة على العاقلة أيضًا[٨]؛ لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة، والمرأة ليست من أهلها[٩]، فأشبهت الصبيّ.

ولهما أن القسامة لنفي التهمة، وتهمة القتل من المرأة متحققة[١٠]، قال المتأخرون[١١]: إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل[١٢] في هذه المسألة؛ لأنا أنزلناها قاتلةً[١٣]، والقاتل يشارك العاقلة[١٤].

وليس ههنا من يعلمه، فلا يلزم القسامة، ومنهم من قال: تجب؛ لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله، فقتلوه في داره، فيكون ثمه من يعلم بحاله، واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية؛ لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية. (ع)

(١) من العاقلة.

(٢) الدية.

(٣) ورثة.

(٤) فبقاء عقد الكتابة بعد ما وجد، هو قتيلا فيه. (كافى)

(٥) الآخر.

(٦) قوله: "كما إذا وجد قتيل في محلة" يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود، ولم يعتبر ههنا، فكذلك ههنا. (ع)

(٧) هذا إذا لم يكن من عشيرة المرأة أحد أما إذا كانت عشيرتها حضوراً يدخل معها في القسامة. (ك)

(٨) أي كالدية. (مجمع الأنهر)

(٩) النصرة.

(١٠) وملكها في القرية أيضًا متحققة.

(١١) أي من مشايخنا. (ع)

(١٢) أي في تحمل الدية.

(١٣) قوله: "لأنا أنزلناها إلخ" أي أنها نزلت قاتلة تقديراً حيث دخلت في القسامة، فكما دخلت فيها دخلت في الدية أيضًا، بخلاف غيرها من الصور، فإنها لا تدخل في القسامة، بل تجب على الرجال، فلا تدخل في العقل أيضًا. (ع)

(١٤) قوله: "يشارك العاقلة" لأنه حيث وجبت الدية على غير المباشر أولى أن يجب جزء منها. (مجمع الأنهر)

ولو وُجد رجل قتيلا في أرض رجل، إلى جانب قرية[١]، ليس صاحب الأرض[٢] من أهلها قال[٣]: هو على صاحب الأرض؛ لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية[٤].

كتاب المعاقل[٥]

المعاقل جمع معقلة[٦]، وهى الدية، وتسمى الدية عقلا؛ لأنها[٧] تعقل الدماء من أن تُسفك[٨] أى تُمْسك[٩].

قال[١٠]: والديةُ في شبه العمد والخطأ، وكلّ دية[١١] تجب بنفس القتل[١٢] على العاقلة[١٣]، والعاقلة الذين يعقلون يعنى يؤدُّون العقل[١٤]، وهو الدية، وقد ذكرناه فى الديات[١٥]. والأصل فى وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام فى حديث[١٦]

---

(١) صفة أرض.

(٢) صفة قرية.

(٣) محمد.

(٤) قوله: "لأنه أحق إلخ" لأن الحفظ والتدبير فى الأرض إلى صاحب الأرض، لا إلى أهل القرية.(ع)

(٥) قوله: "كتاب المعاقل" المعاقل جمع معقلة كالمفاخر جمع مفخرة من عقل يعقل عقلا وعقولا، ولماكان موجب القتل الخطأوما فى معناه الدية على العاقلة فلم يكن بد من معرفتهاوبيان أحكامها فى هذاالكتاب.(مجمع الأنهر)

قوله: "المعاقل" ما مركان بيانًا للديات، وهذا بيان لمن تجب عليه الديات بأنواعهم وأحكامهم، وهم العواقل، كذا فى "الشرنبلالية"، فالكلام ههنا على حذف المضاف، والتقدير كتاب أهل المعاقل،وهم العواقل وهذه المسامحة قد ابتلى بها الأكثرون.

(٦) بفتح الميم وضم الكاف.

(٧) الدية.

(٨) ريخته شوند.

(٩) تفسير تعقل.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) مبتدأ.

(١٢) قوله: "تجب بنفس القتل" أى ابتداء، وقولنا: ابتداء احتراز عما يجب الدية على القاتل فى القتل العمد بسبب الصلح، وبسبب الأبوة، فهى فى مال القاتل، لا على العاقلة. (ن)

(١٣) خبر. (ع)

(١٤) قوله: "يعنى يؤدون العقل" يقال: عقلت القتيل أى أعطيت ديته، وعقلت عن القاتل أى اديت عنه ما لزمه من الدية. (زيلعى)

(١٥) يعنى الدية بتأويل العقل. (ع)

(١٦) قوله: "فى حديث [رواه الطبرانى فى "معجمه". على قارى] حمل إلخ" كانت له ضرتان، فضربت أحدهما الأخرى بمسطح خيمة، فألقت جنينًا ميتًا، قال النبى عليه السلام لأولياء الضاربة: «قوموا فدوه»، فقال أخوها عمران بن عويم الأسلمى أندى من لا صاح، ولا استهل، ولا شرب، ولا أكل، ومثل دمه يطل، فقال عليه السلام: «اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه». (ك)

حمل بن مالك رضي الله عنه للأولياء[(١)]: «قوموا فدوه»*، ولأن النفس محترمةٌ، لا وجه إلى الإهدار، والخاطئ معذور. وكذا الذي تولّى شبهَ العمد[(٢)]؛ نظرًا إلى الآلة[(٣)]، فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه[(٤)]، وفي إيجاب مالٍ عظيم إجحافه[(٥)] واستئصاله[(٦)]، فيصير عقوبةً، فضمَّ إليه العاقلة تحقيقًا للتخفيف، وإنما خُصّوا بالضم؛ لأنه إنما قصَّر[(٧)] لقوة فيه[(٨)]، وتلك بأنصاره، وهم العاقلة، فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبتَه، فخصّوا به[(٩)].

قال[(١٠)]: والعاقلة أهل الديوان[(١١)] إن كان القاتل من أهل الديوان[(١٢)] يؤخذ من عطاياهم[(١٣)] في ثلاث سنين، وأهل الديوان أهل الرايات[(١٤)]، وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: الدية على أهل العشيرة[(١٥)]؛ لأنه كان كذلك[(١٦)] على عهد

---

(١) أي الأولياء الجاني.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٨، وانظر في الدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث ١٠٥١ في "كتاب المعاقل". (نعيم)

(٢) قوله: "وكذا [أي معذور] الذي تولى شبه العمد" وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله. (ع)

(٣) قوله: "نظرًا إلى الآلة" أي باعتبار أن الآلة للتأديب لم يكن فعله محظورًا. (كافي)

(٤) أي على كل واحد من الخاطئ، والقاتل بشبهة العمد.

(٥) إجحاف: كار بر كسى تنگ كردن.

(٦) استئصال: از بيخ بركندن.

(٧) قوله: "لأنه إنما قصّر [أي في التحرز عن مثل هذا التعدّي والظلم] إلخ" لأن مثل هذا الفعل لا يكون إلا بقلة مبالاة، وتقصير في التحرز، وذا إنما يكون بقوة يجدها المرء في نفسه بكثرة أعوانه وأنصاره، وإنما ينصره عاقلته، فخصّوا به. (ك)

(٨) قوله: "لقوة فيه [قاتل]" أي قصر الضارب في ترك التثبت والتوقف باعتبار أنه يتعزز بالعاقلة، فلأجل ذلك ترك المبالغة في النظر وقت الرمي، فيجب على العاقلة. (حميدية)

(٩) الضم.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "أهل الديوان إلخ" الديوان الجريدة من دون الكتب إذا جمعها؛ لأنها قطع من القراطيس مجموعة، ويروى أن عمر أول من دون الدواوين أي رتب الجرائد للولاة والقضاة، ويقال: فلان من أهل الديوان أي ممن أثبت اسمه في الجريدة. (ع)

(١٢) بالكسر: مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه أهل العطية والجيش، كذا في القاموس.

(١٣) قوله: "من عطاياهم [أي من ثلث عطاياهم]" العطاء: اسم ما يعطى، والجمع أعطية، والعطايا جمع عطية، وهو بمعنى العطاء. (عناية)

(١٤) راية: علم. (من)

جـ8 14 B

رســـــول الله ﷺ*، ولا نسخ بعـــده(٢)، ولأنه(٣) صلةٌ(٤)، والأولى بهـــا(٥) الأقارب(٦).

ولنا قضية عمر رضى الله عنه، فإنه لما دوّن الدواوين(٧) جعل العقل على أهل الديوان، وكان ذلك بمحضرٍ من الصحابة من غير نكير منهم، وليس ذلك بنسخ(٨)، بل هو تقريرٌ معنًى(٩)؛ لأن العقل كان على أهل النصرة، وقد كانت بأنواع القرابة، والحِلفِ(١٠)، والولاءِ(١١)، والعدِّ(١٢). وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان، فجعلها على أهله اتباعًا للمعنى، ولهذا قالوا: لو كان اليوم قومٌ تناصرهم بالحرف، فعاقلتهم أهل الحرفة(١٣)، وإن كان(١٤) بالحلف فأهله(١٥).

---

(١٥) قبيلة.

(١٦) قوله: "لأنه كان كذلك إلخ" حدثنا وكيع حدثنا ابن أبى ليلى عن الشعبى قال: «جعل رسول الله ﷺ عقل قريش على قريش وعقل الأنصار على الأنصار»، انتهى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٨، والدراية ج٢ ص٢٨٨، الحديث ١٠٥٢. (نعيم)

(٢) لأنه يكون على لسان نبى، ولا نبى بعده. (مجمع الأنهر)

(٣) الدية.

(٤) الصلة عبارة عن مال يجب ابتداء، لا بمقابلة العوض، صلة: عطا دادن. (م)

(٥) صلة.

(٦) قبيله وتبار خويشان (م)

(٧) قوله: "فإنه لما دون إلخ" حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن الشعبى، وعن الحكم عن إبراهيم قال: أول من فرض العطاء عمر بن الخطاب، وفرض فيه الدية كاملة فى ثلاث سنين، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن عمر: أنه جعل الدية فى الأعطية فى ثلاث سنين، وفى لفظ: أنه قضى بالدية فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلث على أهل الديوان فى عطياتهم. (ت)

(٨) جواب عن قوله: ولا نسخ بعده.

(٩) قوله: "بل هو تقرير معنًى [وإن كان نسخًا صورةً]" فإن قيل: كيف يظن بهم الإجماع على خلاف ما قضى به رسول الله ﷺ، قلنا: هذا إجماع على وفاق ما قضى به رسول الله ﷺ معنى، فإنهم علموا أن رسول الله ﷺ قضى على العشيرة باعتبار النصرة، فقد كان قوة المرء ونصرته يومئذٍ بعشيرته، فلما دوّن عمر الدواوين، صارت القوة والنصرة بالديوان، فلهذا قضوا بالدية على أهل الديوان. (ك)

(١٠) قوله: "والحلف" بكسر الحاء: العهد بين القوم، ومن قولهم: تحالفوا على التناصر، والمراد به ولاء الموالاة. (ع)

(١١) أى ولاء العتاقة. (ك)

(١٢) قوله: "والعدّ" وهو أن يعد فيهم يقال: فلان عديد بنى فلان أى يعد منهم، كمن سكن فى دار قوم يعد فيهم، وإن لم يكن له قرابة فيهم كإبليس اللعين كان يشتغل بالعبادة فيما بين الملائكة يعد منهم، وإن لم يكن من جنسهم. (ك)

(١٣) پيشه. (م)

(١٤) التناصر.

والدية صلةٌ كما قال[١]، لكن إيجابها فيما هو صلة، وهو العطاء أولى منه[٢] في أصول أموالهم، والتقدير بثلاث سنين مرويّ عن النبي عليه السلام[٣]، ومحكى عن عمر رضي الله عنه*، ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف[٤]، والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة.

فإن خرجت العطايا في أكثر[٥] من ثلاثة، أو أقلّ، أخذ منها؛ لحصول المقصود[٦]، وتأويله[٧] إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء، حتى لو اجتمعت[٨] في السنين الماضية قبل القضاء، ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ[٩] منها؛ لأن الوجوب بالقضاء[١٠] على ما نبين إن شاء الله تعالى[١١].

ولو خرج[١٢] للقاتل[١٣] ثلاث عطايا في سنة واحدة، معناه في المستقبل[١٤]

---

(١٥) أي فأهل الحلف.

(١) الشافعي.

(٢) أي من إيجابها.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه"، كذا قال الزيلعي.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث١٠٥٢. (نعيم)

(٤) قوله: "ولأن الأخذ إلخ" تفسيره أن الدية فرضت في عطية في كل عطية يخرج له ثلث الدية، فيكون جميع الدية مفروضها في ثلث عطيات مؤجلا بثلاث سنين، فتأجلت الدية بثلاث سنين ضرورة. (مل)

(٥) قوله: "في أكثر" مثل أن يخرج عطاياهم الثلاث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية. (ع)

(٦) قوله: "لحصول المقصود [وهو التفريق على العطيات. ك]" يعني أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم، سواء كانت في أكثر من ثلاث سنين، أو في أقل منها. (ع)

(٧) قوله: "وتأويله" أي تأويل كلام القدوري، فإنه أطلق ذكر السنين، وإنما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء، فيكون المراد ثلاث سنين بعد القضاء في المستقبل، فلا بد من التأويل. (ع)

(٨) الدية.

(٩) الدية.

(١٠) قوله: "لأن الوجوب بالقضاء" لأن من عليه غير معلوم؛ لأن في العاقلة كلاماً، فلا يتعين إلا بالقضاء، فلهذا لم يؤخذ من العطايا للسنين الماضية قبل القضاء، وإن خرجت بعد القضاء. (ك)

(١١) قوله: "على ما نبين إن شاء الله تعالى" إشارة إلى قوله: وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية؛ لأن الواجب الأصلي المثل، والتحويل إلى القيمة بالقضاء، فيعتبر ابتداءها من وقته. (ك)

(١٢) قوله: "ولو خرج إلخ" حاصله أنه إذا خرجت للعاقلة ثلث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منهما كل الدية لوجود محل أداء الدية، فلا فائدة في التأخير، وإذا خرجت في ست سنين، يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية؛ إذ المقصود أن يكون المأخوذ من الأعطية، لا من أصول أموالهم، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم في ثلاث سنين، أو أقل منها، أو أكثر. (مجمع الأنهر)

(١٣) أي مع عواقله، لا للقاتل فقط.

يؤخذ منها كل الدية[1]؛ لما ذكرنا[2]، وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين؛ فكلُّ ثُلث منها في سنةٍ. وإن كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس، أو أقل[3] كان في سنة واحدة، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية، وما زاد على ذلك[4] إلى تمام الدية في السنة الثالثة، وما[5] وجب على العاقلة من الدية، أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً، فهو في ماله[6] في ثلاث سنين[7].

وقال الشافعي: ما وجب على القاتل في ماله، فهو حالّ؛ لأن التأجيل للتخفيف؛ لتحمّل العاقلة، فلا يلحق به العمد المحض.

ولنا أن القياس يأباه[8]، والشرع ورد به مؤجلا؛ فلا يتعدّاه، ولو قتل عشرةٌ رجلا خطأ، فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين؛ اعتباراً للجزء بالكل؛ إذ هو بدل النفس، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية[9]؛ لأن الواجب الأصلي المثل[10]، والتحول إلى القيمة بالقضاء، فيعتبر ابتداءها[11] من وقته، كما في

---

(١٤) أي بعد القضاء.

(١) إشارة إلى قوله: لحصول المقصود. (نتائج)

(٢) إشارة إلى قوله: لأن الوجوب بالقضاء. (ع)

(٣) من ثلث دية النفس.

(٤) الثلثين.

(٥) مبتدأ.

(٦) خبر أي الدية.

(٧) قوله: "في ثلاث إلخ" أي الواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب في ثلاث سنين، وذلك مثل الأب إذا قتله ابنه عمداً، أو انقلب القصاص بالشبهة مالا. (زيلعي)

(٨) قوله: "أن القياس يأباه" أي القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه؛ لأن القياس من حجج الشرع، وهي لا تتناقض، والشرع ورد به أي بإيجاب المال مؤجلا في الخطأ، فلا يتعداه، فإن قيل: هذا ليس في معنى الخطأ، فلا يلحق به، قلنا: هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء، والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة، وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها. (ع)

(٩) لا من وقت القتل.

(١٠) قوله: "لأن الواجب الأصلي المثل" لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص، ومثل النفس نفس إلا أنه إذا رفع إلى القاضي، وتحقق العجز عن استيفاء النفس؛ لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق إلى القيمة بالقضاء، فيعتبر ابتداءها من وقته أي من وقت القضاء كما في ولد المغرور، فإن قيمته إنما تجب بقضاء القاضي.

وإن كان رد عينه قبل القضاء متعذراً، لكن في الحكم جعل الواجب رد العين، وتحول إلى القيمة بالقضاء؛ لما تحقق العجز عن رد العين، ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئاً، وهذا هو الموعود من قبل بقوله: لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين. (عناية)

(١١) دية.

ولد المغرور :

قال[١] : ومن لم يكن من أهل الديوان، فعاقلته قبيلته ؛ لأن نصرته بهم، وهي[٢] المعتبرة في التعاقل.

قال[٣] : وتقسم عليهم[٤] في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة، وينقص منها، قال رضي الله عنه[٥] : كذا ذكره القدوري في "مختصره"، وهذا[٦] إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية، وقد نصّ محمد على أنه لا يزاد على كلّ واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة، أو أربعة[٧]، فلا يؤخذ من كلّ واحد في كلّ سنة إلا درهمًا، أو درهمًا، وثلث درهم، وهو الأصح.

قال[٨] : وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضُمَّ إليهم أقربُ القبائل[٩]، معناه نسبًا كلّ ذلك لمعنى التخفيف، ويضمّ الأقرب، فالأقرب على ترتيب العصبات الإخوة، ثم بنوهم، ثم الأعمام، ثم بنوهم[١٠]. وأما الآباء[١١] والأبناء، فقيل : يدخلون لقربهم، وقيل : لا يدخلون ؛ لأن الضمّ لنفي الحرج حتى لا يصيب كلَّ واحد أكثر من ثلاثة، أو أربعة.

---

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) النصرة.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قبيلة.

(٥) أي المصنف.

(٦) قوله: "وهذا" أي قول القدوري: لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة، وينقص منها إشارة إلى أنه يجوز أن يزاد على أربعة من جميع الدية، فإذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة، أو أربعة دراهم، كان من جميع الدية تسعة، أو اثنى عشر، وليس كذلك، فإن محمداً نص على أنه إلخ. (ع)

(٧) دراهم.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ضم إليهم إلخ" ثم إنهم قالوا: إن هذا الجواب إنما يستقيم في حق العرب المحفوظ أنسابهم، فأمكن إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب، وأما العجم فلا يستقيم هذا الجواب فيهم؛ لتضييعهم أنسابهم، فلا يمكن إيجاب الدية على أقرب القبائل إليهم نسبا، وإذا لم يمكن، فقد اختلفوا في هذه المسألة، فقال بعضهم: يعتبر المحال، والقرى الأقرب فالأقرب، وقال بعضهم: يجب الباقي في مال الجاني. (مجمع الأنهر)

(١٠) قوله: "ثم بنوهم" صورته: إذا جنى واحد من أولاد حسين مثلا يكون موجب الجناية عليهم وإن لم تتسع هذه القبيلة لذلك ضم إليها قبيلة الحسن، ثم بنوهم، فإن لم تتسع هاتان القبيلتان لذلك تضم إليهما قبيلة عقيل، ثم بنوهم. (ك)

(١١) أي آباء القبائل وأبناءه.

وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة، والآباء والأبناء لا يكثرون[١]، وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقربُ الرايات يعنى أقربهم نُصْرةً؛ إذ حَزَبهم[٢] أمر الأقرب فالأقرب، ويفوّض ذلك إلى الإمام؛ لأنه هو العالم به، ثم هذا كله عندنا.

وعند الشافعي يجب على كل واحدٍ نصف دينار[٣]، فيسوى بين الكل[٤]؛ لأنه صلةٌ[٥]، فيعتبر بالزكاة[٦]، وأدناها ذلك[٧]؛ إذ خمسة دراهم[٨] عندهم[٩] نصف دينار، ولكنا نقول[١٠]: هي[١١] أحط رتبةً منها[١٢]، ألا ترى أنه لا تؤخذ[١٣] من أصل المال، فينتقص منها تحقيقًا لزيادة التخفيف.

ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق[١٤] يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنةٍ الثلث؛ لأن الرزق في حقّهم بمنزلة العطاء قائم مقامه؛ إذ كلّ منهما[١٥] صلة من بيت المال، ثم ينظر إن كان أرزاقهم تخرج في كل سنة، فكما

---

(١) قوله: "والأبناء لا يكثرون [أي بالنسبة إلى الأقارب والقبائل الإخوة ونظائرهم]" أقول: فيه كلام، وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم، وأما عدم كثرة الأبناء ككثرة الإخوة، فممنوع كيف؟ وإخوته أبناء أبيه، فإذا جاز أن يكثر أبناء أبيه، فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه. (نت)

(٢) حزب -بالفتح- رسيدن چيزى بكسى وسخت دشوار چيزى بر كسى. (م)

(٣) قوله: "يجب على كل واحد إلخ" أى عند الشافعي ما يقضى به على كل واحد منهم لا يكون أقل من نصف دينار، أو خمسة دراهم؛ لأنها صلة واجبة شرعا، فيعتبر بالزكاة، وأدنى ما يجب في الزكاة نصف دينار، أو خمسة دراهم. (ك)

(٤) قوله: "فيسوى بين الكل" يعنى الآباء والأبناء وغيرهم؛ لأنه صلة؛ لأن يجب على العاقلة على سبيل المؤاساة. (ع)

(٥) وهي ما يجب من غير عوض.

(٦) فإن الزكاة صلة.

(٧) نصف دينار.

(٨) وهي تجب في مائتي درهم.

(٩) الصحابة. (حميدية)

(١٠) قوله: "ولكنا نقول إلخ" أى لنا أن الإيجاب عليهم للتخفيف على القاتل، وذا في القليل دون الكثير، وهذه صلة واجبة، أمروا بأداءها على وجه التبرع، فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكاة، بل ينقص من ذلك، ألا ترى أنها لا تجب في أصول أموالهم، وإنما تجب فيما هو صلة، وهو العطاء تحقيقًا للتخفيف. (ك)

(١١) الدية.

(١٢) الزكاة.

(١٣) الدية.

(١٤) قوله: "أصحاب الرزق إلخ" قيل: الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتل، والرزق يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة. (عناية)

يخرج رزق[١] يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء، وإن كان[٢] يخرج في كل ستة أشهر، وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية، وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ[٣] من كل رزقٍ بحصته[٤] من الشهر حتى يكون المُستوفى في كل سنة مقدار الثلث.

وإن خرج[٥] بعد القضاء بيوم، أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر[٦]، وإن كانت لهم أرزاقٌ في كل شهر، وأعطيةٌ[٧] في كل سنة فُرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق؛ لأنه أيسر، أما لأن الأعطية أكثر[٨]، أو لأن الرزق لكفاية الوقت[٩]، فيتعسر الأداء منه، والعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة، فيتيسّر عليهم.

قال[١٠]: وأدخل القاتل مع العاقلة[١١]، فيكون[١٢] فيما يؤدّي كأحدهم؛ لأنه هو الفاعل، فلا معنى لإخراجه، ومؤاخذة غيره.

وقال الشافعي: لا يجب على القاتل شيء من الدية؛ اعتباراً للجزء بالكل[١٣] في النفي عنه، والجامع كونه معذوراً.

قلنا: إيجاب الكل[١٤] إحجافٌ به، ولا كذلك إيجاب الجزء، ولو كان الخاطئ

(١٥) أي من الرزق والعطاء.

(١) عطاء.

(٢) الرزق.

(٣) أي يؤخذ الدية بحصتها من الشهر من كل رزق.

(٤) أي سدس من السدس. (ك)

(٥) الرزق.

(٦) أي بحصة يوم، أو أكثر من الشهر.

(٧) قوله: "وأعطية" العطاء ما فرض لإنسان في بيت المال كل سنة، لا بقدر الحاجة، بل بصبره وعناءه، والرزق ما يفرض في بيت المال بقدر الحاجة، والكفاية مشاهرة أو مياومة، كذا في "الدر المختار" وغيره، وفي "نتائج الأفكار" ناقلا من "المغرب" أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة، أو مرتين، والرزق ما يخرج له كل شهر.

(٨) من الأرزاق.

(٩) والأخذ منه يؤدي إلى الإضرار بهم.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "وأدخل القاتل إلخ" أي إذا كان من أهل العطاء في الديوان، وأما إذا لم يكن من أهل العطاء، فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضًا. (ك)

(١٢) القاتل.

(١٣) قوله: "اعتباراً [قياسًا] للجزء بالكل" لأن الكل لا يجب عليه، فكذا البعض؛ إذ الجزء لا يخالف البعض. (زيلعي)

معذوراً، فالبرىء عنه[1] أولى[2]، قال الله تعالى: ﴿ولا تزرُ وازرة وِزر أخرى﴾[3].

وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل[4]؛ لقول عمر رض: "لا يعقل مع العاقلة صبى*، ولا امرأة"[5]، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء، ولهذا لا يوضع عليهم[6] ما هو خلف عن النصرة، وهو الجزية، وعلى هذا لو كان القاتل صبيًا، أو امرأةً لا شىء عليهما من الدية[7].

بخلاف الرجل[8]؛ لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل؛ لأنه ينصر نفسه، وهذا لا يوجد فيهما، والفرض لهما من العطاء[9] للمعونة[10]، لا للنصرة كفرض أزواج النبى عليه السلام ورضى الله عنهن.

ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر، يريد به أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوانٌ على حدة؛ لأن التناصر بالديوان عند وجوده، ولو كان باعتبار القرب فى السكنى، فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر.

ويعقل أهل كل مصرٍ من أهل سوادهم[11]؛ لأنهم أتباع لأهل المصر، فإنهم إذا

---

(١٤) على القاتل.

(١) يعنى العاقلة.

(٢) بأن يكون معذوراً.

(٣) أى لا تحمل نفس حاملة حمل أخرى، وقال الأخفش: أى لا تأثم آثمة بإثم أخرى. (من)

(٤) دية.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث١٠٥٢. (نعيم)

(٥) قلت: غريب.

(٦) أى على الصبيان والنساء.

(٧) قوله: "لا شىء عليهما" هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية، وإنما هو اختيار بعض المتأخرين، وما ذكر ههنا هو اختيار الطحاوى، وهو الأصح، وهو أصل رواية محمد. (ك)

(٨) القاتل، فإنه شريك للعاقلة فى الدية.

(٩) قوله: "والفرض لهما إلخ" جواب عما يقال: فرض الإمام لنساء الغزاة، وذرياتهم من العطاء، والعطاء إنما يدفع لنصرة أهل الإسلام، كما فى حق الغزاة، ثم الغزاة عواقل لغيرهم، فكذا النساء. (عناية)

(١٠) قوله: "للمعونة إلخ" أى العطاء إنما يدفع للنساء والصبيان فى الديوان باعتبار المعونة، لا باعتبار النصرة أى باعتبار معونة الإمام للصبى والمرأة. (ك)

قوله: "للمعونة إلخ" أى معونة الإمام لهما، لا باعتبار نصرتهما غيرهما.

حزبهم[١] أمر استنصروا بهم، فيعقلهم أهل المصر، باعتبار معنى القرب والنصرة.

ومن كان منزله بالبصرة، وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة؛ لأنه يستنصر بأهل ديوانه، لا بجيرانه.

والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر، فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة، والنسب، والولاء، وقرب السكنى وغيره[٢]، وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه[٣]، وعلى هذا يخرّج كثير من صور مسائل المعاقل.

ومن جني جناية من أهل المصر، وليس له في الديوان عطاءٌ، وأهل البادية أقرب[٤] إليه، ومسكنه المصر، عقل عنه أهل الديوان من[٥] ذلك المصر، ولم يشترط[٦] أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة، قيل[٧]: هو صحيح؛ لأن الذين يذبون[٨] عن أهل المصر، ويقومون بنصرتهم، ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر[٩]، ولا يخصون به[١٠] أهل العطاء.

وقيل: تأويله[١١] إذا كان قريبا[١٢] لهم[١٣]، وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال: وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر، وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة، وأهل المصر أقرب منهم[١٤] مكانًا، فكانت القدرة على النصرة لهم، وصار نظير

---

(١١) قريبها.

(١) أي نابهم.

(٢) وهو العد والحلف. (ك)

(٣) بقوله: ويضم الأقرب فالأقرب.

(٤) أي نسبًا. (ك)

(٥) بيانية.

(٦) محمد.

(٧) قوله: "وقيل: هو صحيح" الضمير راجع إلى قوله: لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة. (ع)

(٨) أي يدفعون الخلل، ذب: دور كردن وباز داشتن. (م)

(٩) قوله: "من أهل المصر" بيان لقوله: أهل الديوان أي أهل الديوان الذين هم من أهل النصرة. (ع)

(١٠) قوله: "ولا يخصون به [أي بالدفع] إلخ" أي لا يخصون بالنصرة أهل العطاء فقط، بل ينصرون أهل المصر كلهم، وقيل: إذا لم يكن ذا قريبا لهم لا يعقلونه، وإنما يعقلونه إذا كان قريبا لهم. (زيلعي)

(١١) أي تأويل قوله: عقل عنه أهل إلخ.

(١٢) ذا قرابة. (ك)

(١٣) أي لأهل الديوان.

(١٤) أي من أهل البادية.

مسألة الغيبة المنقطعة[١].

ولو كان البدوى نازلا فى المصر، لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر؛ لأن أهل العطاء[٢] لا ينصرون من لا مسكن له فيه، كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم[٣]؛ لأنه لا يستنصر بهم.

وإن كان لأهل الذمة عواقلُ معروفة يتعاقلون بها، فقتل أحدهم[٤] قتيلا، فديته على عاقلته بمنزلة المسلم؛ لأنهم[٥] التزموا أحكام الإسلام فى المعاملات لا سيّما فى المعانى العاصمة عن الإضرار[٦]، ومعنى التناصر موجود فى حقهم.

وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة، فالدية فى ماله[٧] فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها[٨] عليه، كما فى حق المسلم[٩]؛ لما بينا أن الوجوب على القاتل.

وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت[١٠]، فإذا لم توجد بقيت[١١] عليه فى ماله بمنزلة تاجرين مسلمين فى دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه[١٢] فى ماله؛ لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه، وتمكنه من هذا القتل ليس[١٣]

---

(١) قوله: "صار نظير إلخ" أى صار كصغيرة لها وليان، أحدهما أقرب، وهو غائب غيبة منقطعة، فإن ولاية الإنكاح إلى الأبعد الحاضر؛ لأنه أقدر على إقامة مصالحها، وههنا أهل المصر أقرب مكانًا، فكانوا أقدر على النصرة من أهل البادية، وإن كانوا أقرب نسبا. (عناية)

(٢) من أهل المصر.

(٣) أى فى أهل البادية.

(٤) أى أحد من أهل الذمة.

(٥) أهل الذمة.

(٦) قوله: "لا سيّما فى المعانى العاصمة عن الإضرار" كحد السرقة، والقذف، والقصاص، ووجوب الدية. (نهاية)

(٧) قوله: "فالدية فى ماله" أى لا على بيت المال؛ لأن النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمى والمسلمين؛ لانقطاع الولاية بينهما، بخلاف المسلم، فإن ديته على بيت المال إن لم يوجد عاقلة. (عناية)

(٨) دية.

(٩) قوله: "كما فى حق المسلم" أى تجب الدية فى مال المسلم إذا لم يكن له عاقلة، وهذه رواية عن أبى حنيفة، وفى ظاهر الرواية تجب فى بيت المال، وفى "المبسوط": فرق بين المسلم والذمى، فإن الجانى إذا كان مسلما، ولا عاقلة له، فعقله فى بيت المال فى ظاهر الرواية، ولا يجب فى مال الجانى، والفرق أن القتل إنما يجب على غير الجانى باعتبار النصرة، ومتى لم يكن للمسلم ديوان، ولا قرابة بأن كان لقيطا، فجماعة المسلمين أهل نصرته، فأمكننا إيجاب عقله فى بيت مال المسلمين باعتبار النصرة، بخلاف الذمى، فإن جماعة المسلمين ليس من أهل نصرته، فالولاية بيننا وبينهم منقطعة، فتعذر إيجاب العقل فى بيت المال باعتبار النصرة، فوجب فى ماله. (ك)

(١٠) العاقلة.

(١١) الدية.

(١٢) أى على القاتل.

بنصرتهم[١].

ولا يعقل كافر عن مسلم، ولا مسلم عن كافر؛ لعدم التناصر، والكفار يتعاقلون فيما بينهم[٢] وإن[٣] اختلفت مللهم؛ لأن الكفر كلّه ملة واحدة[٤]، قالوا: هذا[٥] إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة. أما إذا كانت[٦] ظاهرة كاليهود والنصارى[٧] ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض.

وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر[٨]، ولو كان القاتل من أهل الكوفة، وله بها[٩] عطاء[١٠]، فحول[١١] ديوانه إلى البصرة، ثم رفع[١٢] إلى القاضي، فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة.

وقال زفر: يقضى على عاقلته من أهل الكوفة، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن الموجب هو الجنايةُ، وقد تحققت، وعاقلته أهل الكوفة[١٣]، وصار كما إذا حول[١٤] بعد القضاء.

ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء؛ لما ذكرنا أن الواجب هو المثل، وبالقضاء ينتقل إلى المال، وكذا الوجوب على القاتل[١٥]، وتتحمّل عنه[١٦] عاقلته، وإذا كان

---

(١٣) أي ليس بسبب نصرتهم إياه. (ع)

(١) أي بنصرة أهل دار الإسلام.

(٢) هذا بيان الجواز أي يجوز أن يقع التعاقل فيما بينهم.

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "لأن الكفر كله ملة واحدة" أي في أنه إعراض عن الحق واتباع الرسول، وهذا إذا كان من ديانتهم أن العاقلة يتحملون عن القاتل، أما إذا لم يدينوا بذلك يكون في مال القاتل. (كفاية)

(٥) أي تعاقل الكفار فيما بينهم.

(٦) المعاداة بينهم.

(٧) فإن العداوة فيهما ظاهرة. (مجمع الأنهر)

(٨) قوله: "لانقطاع التناصر" لأن التعاقل يبتنى على الموالاة، وذلك ينعدم عند اختلاف الملة. (عناية)

(٩) أي بالكوفة.

(١٠) في الديوان.

(١١) أي بعد القتل. (ك)

(١٢) أمر القتل.

(١٣) قوله: "وقد تحققت، وعاقلته [الواو للحال] أهل الكوفة" أي في هذه الحالة. (كفاية)

(١٤) ديوانه إلى البصرة، فديته على عاقلته من أهل الكوفة، لا من أهل البصرة.

(١٥) قوله: "وكذا الوجوب على القاتل" النكتة الأولى إنما هي من حيث النظر إلى الواجب، والثانية باعتبار النظر إلى محل الوجوب، والحاصل أن النظر إلى الوجوب، أو إلى محل الوجوب يقتضي أن يكون المتحمل عنهم هم

كذلك يتحمّل عنه من[١] يكون عاقلته عند القضاء.

بخلاف ما بعد القضاء؛ لأن الواجب قد تقرر[٢] بالقضاء، فلا ينتقل[٣] بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ[٤] من عطاءه بالبصرة؛ لأنها تؤخذ من العطاء، وعطاءه بالبصرة. بخلاف ما إذا قلّت العاقلة بعد القضاء عليهم[٥]، حيث يُضم إليهم أقرب القبائل في النسب؛ لأن في النقل إبطال حكم الأول، فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحمّلين؛ لما قضى به عليهم، فكان فيه[٦] تقرير الحكم الأول، لا إبطاله، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة، وليس له عطاء[٧]، فلم يُقْضَ عليه حتى استوطن البصرة، قضى بالدية على أهل البصرة، ولو كان قضى بها[٨] على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم[٩].

وكذا البدوي إذا ألْحِقَ بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم[١٠].

وهذا[١١] بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية، قُضِي بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين، ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في عطيّاتهم وإن[١٢] كان قُضِيَ بها أول مرّة في أموالهم؛ لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول؛ لأنه قضى بها

العاقلة الثانية. (ك)

(١٦) أي عن القاتل.

(١) هم من أهل البصرة.

(٢) على أهل الكوفة.

(٣) إلى أهل البصرة.

(٤) يعني وإن كان بعد القضاء. (ع)

(٥) قوله: "بخلاف ما إذا قلّت [بأن مات بعضهم. ك] إلخ" يتعلق بقوله: بخلاف ما بعد القضاء أي لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة، إذا كان القاضي قضي بديته على عاقلته من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قلت العاقلة حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب، وإن كان بعد القضاء مع أنه فيه نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل، فأجاب عنه بقوله: إن في ضم أقرب القبائل إليهم تقريراً للحكم الأول، لا إبطالا له. (نهاية)

(٦) أي في الضم.

(٧) في ديوان الكوفة.

(٨) دية.

(٩) إلى أهل البصرة.

(١٠) أي عن عاقلته بالبادية.

(١١) أي عدم التحول.

(١٢) الواو وصلية.

فى أموالهم وعطياتهم أموالُهم غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء، والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه، بأن كان القضاء بالإبل، والعطاء دراهم، فحينئذ لا تتحوّل إلى الدراهم أبدًا؛ لما فيه من إبطال القضاء الأول، لكن يقضي ذلك[1] من مال العطاء؛ لأنه أيسر.

قال[2]: وعاقلة المعتق قبيلة مولاه؛ لأن النصرة بهم، ويؤيد ذلك قوله عليه السلام[3]: «مولى[4] القوم منهم»*.

قال[5]: ومولى الموالاة[6] يعقل عنه مولاه وقبيلته؛ لأنه ولاءٌ يتناصر به، فأشبه ولاء العتاقة، وفيه خلاف الشافعي، وقد مر في الولاء[7].

قال[8]: ولا تعقل العاقلة[9] أقلّ من نصف عشر الدية[10]، وتتحمّل نصف العشر فصاعدًا. والأصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنه موقوفًا عليه، ومرفوعًا[11] إلى رسول الله ﷺ: «لا تعقل العواقل عمدًا[12] ولا عبدًا[13] ولا صلحًا

---

(١) قوله: "لكن يقضى ذلك" أى الإبل من مال العطاء، بأن يشترى الإبل من مال العطاء. (ك)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "قوله عليه السلام" رواه أبو داود والترمذى والنسائى عن ابن أبى رافع مولى رسول الله ﷺ قال: «مولى القوم من أنفسهم». (على قارى)

(٤) معتق.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث ١٠٥٢. (نعيم)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "ومولى الموالاة إلخ" ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته، ومولى الموالاة هو الحليف، فيعقل عنه مولاه الذى عاقده وعاقلته، وهو المراد بقوله: وقبيلته أى وقبيلة مولاه الذى عاقده؛ لأن العرب يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة.

(٧) من أن الشافعى يقول: إن الموالاة ليس بشيء؛ لأن فيه إبطال حق بيت المال.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "ولا تعقل العاقلة إلخ" فيه إشكال، وهو أن من قتل عبد غيره خطأ، وقيمته أقل من أرش الموضحة، فإن العاقلة تتحمل إلا أن الجواب عنه أن المراد منه فيما دون النفس، فأما فى النفس، فالنص ورد بوجوب الدية على العاقلة، وهذا دية؛ لأن القيمة فى العبد قائمة مقام الدية فى الحر. (كفاية)

(١٠) قوله: "أقل إلخ" لأن القصاص لا يجب فى عمده، ولا يتقدر أرشه، فصار كضمان الأموال. (ع)

(١١) قوله: "موقوفًا عليه ومرفوعًا" فالموقوف من رواية محمد بن الحسن، والمرفوع غريب، وليس فى الحديث أرش الموضحة، ولكن أخرج ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن النخعى قال: «لا تعقل العاقلة ما دون الموضحة ولا تعقل العمد ولا الصلح ولا الاعتراف»، انتهى. (ت)

(١٢) كما إذا قتل الأب ابنه عمدًا، فالدية فى ماله.

(١٣) قوله: "ولا عبدًا" اختلفوا فى تأويل قوله عليه السلام: «لا تعقل العواقل عمدًا ولا عبدًا»، فقال محمد ابن

ولا اعترافًا ولا ما دون أرش الموضحة»*، وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس، ولأن التحمل[٢] للتحرّز عن الإجحاف، ولا إجحاف[٣] في القليل، وإنما هو في الكثير، والتقدير الفاصل[٤] عرف بالسمع.

قال[٥]: وما نقص من ذلك[٦] يكون في مال الجاني، والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير، فيجب الكلّ على العاقلة، كما ذهب إليه الشافعي، أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء إلا أن أنا تركناه بما رويناه[٧]، وبما روى[٨] أنه عليه السلام أوجب أرش الجنين على العاقلة[٩]**، وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مرّ في الديات، فما دونه[١٠] يُسلك به مسلك الأموال؛ لأنه يجب بالتحكيم[١١]، كما يجب ضمان المال بالتقويم، فلهذا كان في مال الجاني أخذًا بالقياس.

قال[١٢]: ولا تعقل العاقلة جناية العبد، لا ما لزم بالصلح، أو باعتراف الجاني؛ لما رويناه[١٣]، ولأنه لا تناصر بالعبد، والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة[١٤]؛ لقصور

الحسن: إنما معناه يقتل العبد حرًا، فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده، إنما جنايته في رقبته أي بدفعه إلى المجني عليه، أو يفديه، ثم قال: هذا قول أبي حنيفة، وقال ابن أبي ليلى: إنما معناه أن يكون العبد مجنيًا عليه بقتله حر، فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة، وصوبه الأصمعي، وقال: لو كان المعنى على ما قال أبو حنيفة، لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد، ولم يكن ولا تعقل عبدًا، وقيل: إن ما قال أبو حنيفة: مناسب لسباق الحديث، وهو قوله: «عمدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا»، فإن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف تدبر. (مل)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث١٠٥٢. (نعيم)

(٢) أي تحمل العاقلة.

(٣) إجحاف: كار بر كسى تنگ كردن. (م)

(٤) بين القليل والكثير.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) أي نصف عشر الدية.

(٧) آنفًا.

(٨) أخرجه الأئمة الستة. (ت)

(٩) أي غرة عبد أو أمة قيمته خمس مائة درهم.

** راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٨ تحت الحديث١٠٥٢. (نعيم)

(١٠) أي فما دون نصف عشر الدية.

(١١) أي تحكيم العدل.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) من قوله عليه السلام: «لا تعقل العواقل» إلخ.

(١٤) قوله: "لا يلزمان العاقلة إلخ" إلا أن في الإقرار تجب الدية في ثلاث سنين، وفي الصلح عن العمد يجب المال

الولاية عنهم.

قال[١]: إلا أن يصدقوه[٢]؛ لأنه ثبت بتصادقهم، والامتناع كان لحقهم، ولهم ولاية على أنفسهم.

ومن أقرّ بقتل خطأ، ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين، قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى؛ لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيّنة، ففي الثابت بالإقرار أولى[٣].

ولو تصادق القاتلُ ووليّ الجناية على أن قاضي بلد كذا، قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبيّنة، وكذّبهما[٤] العاقلة، فلا شيء على العاقلة؛ لأن تصادقَهما ليس بحجة عليهم. ولم يكن عليه شيء[٥] في ماله؛ لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء، وتصادقهما حجة في حقّهما[٦]، بخلاف الأول[٧].

إلا أن يكون له[٨] عطاء معهم[٩]، فحينئذٍ يلزمه بقدر حصته؛ لأنه في حقّ حصته مقرّ على نفسه، وفي حقّ العاقلة مقرّ عليهم.

قال[١٠]: وإذا جنى الحر على العبد، فقتله خطأ، كان على عاقلته قيمته؛ لأنه

حالا، إلا إذا شرط الأجل في الصلح، فيكون مؤجلا. (عناية)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) العاقلة في الإقرار.

(٣) قوله: "أولى" يريد أن الثابت بالبينة أقوى منه بالإقرار؛ لأن الثابت بها كالثابت معاينة، وفي القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضي، فهذا أولى. (عناية)

(٤) أي القاتل وولي الجناية.

(٥) قوله: "ولم يكن عليه شيء" فإن قيل: لما كان أصل الوجوب عليه، وقد تحول بزعمه إلى العاقلة بقضاء القاضي، فإذا توى على العاقلة بجحودهم، عاد الدين إلى ذمة المحيل، أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله دينًا لدفع التوى عن مال المسلم، وهذا ليس كذلك، فإنه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر، فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول عنه بحال، سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف. (عناية)

(٦) قوله: "حجة في حقهما" لأن أحد المتصادقين ولي القتيل، ومن زعمه أن الدية إنما وجبت، لا على المقر، فإقراره حجة على نفسه. (ع)

(٧) قوله: "بخلاف الأول" أراد به قوله: والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة، فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار في مال المقر، وإنما وجب الدية هناك في مال المقر؛ لأن هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة، فيجب في مال المقر ضرورة، وفي "المبسوط" في قوله: ولم يكن عليه شيء أي على المقر شيء في ماله؛ لأنهما تصادقا أن الواجب بقضاء القاضي، تقرر على العاقلة، وبعد ما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه، وتصادقهما حجة في حقهما، بخلاف الأول فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة، وهو قضاء القاضي لم يوجد أصلا، فيقضى بها في مال المقر. (ك)

(٨) قوله: "إلا أن يكون إلخ" وبهذا تبين أن القاتل إنما يكون أحد العواقل عندنا إذا كان له عطاء في الديوان. (ك)

(٩) العاقلة.

بدل النفس على ما عُرف من أصلنا[١].

وفى أحد قولى الشافعى: تجب[٢] فى ماله[٣]؛ لأنه بدل المال عنده، ولهذا يوجب[٤] قيمتَه بالغةً ما بلغت[٥].

وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة؛ لأنه يُسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف[٦]، وفى أحد قوليه[٧] تتحمّله العاقلة، كما فى الحرّ، وقد مرّ[٨] من قبلُ[٩].

قال أصحابنا: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلةٌ، فالدية فى بيت المال[١٠]؛ لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته، وليس بعضُهم أخصّ من بعض بذلك[١١]، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال، فكذا ما يلزمه من الغرامة، يلزم بيت المال.

وعن أبى حنيفة روايةً شاذة أن الدية فى ماله[١٢]، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل؛ لأنه بدل مُتْلَف، والإتلاف منه إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقًا للتخفيف على ما مر[١٣]، فإذا لم يكن عاقلة، عاد الحكم إلى الأصل.

وابن الملاعنة[١٤] تعقله عاقلة أمه؛ لأن نَسبَه ثابت منها دون الأب، فإن عقلوا

---

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١) فى فصل أحكام الجناية على العبد.

(٢) القيمة.

(٣) حر.

(٤) الشافعى.

(٥) وعندنا ينقص من دية الحر عشرة دراهم.

(٦) فى باب القصاص فيما دون النفس، كذا فى "العناية".

(٧) الشافعى.

(٨) قوله: "وقد مر" قال صاحب "العناية": أى فى أول فصل بعد باب جناية المملوك، أقول: إن هذه الحوالة غير صحيحة، فإنه لم يذكر فى هذا الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس، ولا تحملها دية النفس، لا عند الشافعى، ولا عندنا، كذا فى "نتائج الأفكار".

(٩) أى فى أول فصل بعد باب جناية المملوك. (ع)

(١٠) قوله: "فى بيت المال" هنا إذا كان القاتل مسلمًا، أما إذا كان ذميًا، ولا عاقلة له، فالدية فى ماله، لا فى بيت المال. (ك)

(١١) نصرة.

(١٢) قوله: "أن الدية فى ماله" وفى "فتاوى قاضى خان" روى محمد عن أبى يوسف: أن من لا عاقلة له إذا قتل رجلا خطأ، فإن دية القتيل تكون فى مال الجانى. (ك)

(١٣) فى كتاب المعاقل.

عنه، ثم ادعاه الأب، رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب؛ لأنه تبيّن أن الدية واجبة عليهم؛ لأن عند الإكذاب(١) ظهر أن النسب لم يزل(٢)، كان ثابتًا من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب، ومتى ظهر من الأصل(٣)، فقوم الأم تحمّلوا ما كان واجبًا على قوم الأب، فيرجعون عليهم؛ لأنهم مضطرون في ذلك(٤).

وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء(٥)، وله ولد حر(٦)، فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه، وعقل عنه(٧) قوم أمه، ثم أدّيت الكتابة(٨)؛ لأنه عند الأداء يتحوّل ولاءه(٩) إلى قوم أبيه من وقت حرّية الأب، وهو(١٠) آخر جزء من أجزاء حياته، فتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم(١١)، فيرجعون(١٢) عليهم(١٣).

وكذلك رجلٌ أمر صبيًا بقتل رجل فقتله(١٤)، فضمنت عاقلة الصبى الدية، رجعت(١٥) بها(١٦) على عاقلة الآمر(١٧) إن كان الأمر ثبت بالبيّنة، وفى مال الآمر إن

---

(١٤) أى إذا قتل هو رجلا، فالدية على عاقلة الأم.

(١) أى إكذاب الأب نفسه. (ك)، فإنه نفى الولد عن نفسه أولا حتى تحقق اللعان بينهما، ثم أكذب نفسه، وقال: إن هذا الولد منى.

(٢) قوله: "ظهر أن النسب إلخ" لأن النسب يثبت منه وقت العلوق، لا من وقت الدعوة، فتبين به أن عقل جنايته كان على عاقلة أبيه، وأن قوم الأم تحملوا عن قوم الأب مضطرين فى ذلك بإلزام القاضى، فيرجعون عليهم، فصار حالهم مع عاقلة الأب كحال ولى الجناية، وقد مر أن التأجيل ثمه من وقت القضاء، لا من وقت الجناية، فكذا هذا، وإنما يرجعون فى ثلاث سنين؛ لأنهم أدوا هكذا. (ك)

(٣) قوله: "ومتى ظهر من الأصل" أى متى ظهر أن النسب كان ثابتًا منه من الأصل. (زيلعى)

(٤) قوله: "لأنهم مضطرون فى ذلك" حيث تحملوا بإلزام القاضى، وهذا نفى لجهة التبرع. (كفاية)

(٥) أى بترك مال واف، لأداء بدل الكتابة.

(٦) من امرأة حرة. (ع)

(٧) أى عن ذلك الابن الجانى.

(٨) أى فإنه ح يرجع قوم الأم على قوم الأب. (ع)

(٩) أى ولاء عبد المكاتب.

(١٠) أى ذلك الوقت.

(١١) أى عن قوم الأب.

(١٢) قوله: "فيرجعون" أى أن عاقلة الأم يرجعون بما أدوا على عاقلة الأب؛ لأن عتق المكاتب عند أداء البدل يستند إلى حال حياته، فتبين أنه كان للولد الولاء من جانب الأب حين جنى، وإن موجب جنايته على موالى أبيه، فلذلك يرجعون على موالى الأب. (ع)

(١٣) أى قوم الأم.

(١٤) الصبى.

(١٥) عاقلة الصبى.

كان ثبت[١] بإقراره[٢] في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي على الآمر، أو على عاقلته؛ لأن الديات تجب مؤجلة[٣] بطريق التيسير.

قال رضى الله عنه[٤]: ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة، والأصل الذى تخرج عليه أن يقال: حال القاتل إذا تبدل حكمًا، فانتقل ولاءه[٥] إلى ولاءٍ بسبب أمرٍ حادث[٦] لم تنتقل جنايته عن الأولى قضى بها، أو لم يُقضَ، وإن ظهرت[٧] حالةٌ خفيةٌ مثل دعوة ولد الملاعنة حوِّلت الجناية[٨] إلى الأخرى وقع القضاء بها، أو لم يقع، ولو لم يختلف حال الجانى، ولكن العاقلة[٩] تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء، فإن كان قضى بها[١٠] على الأولى لم تنتقل[١١] إلى الثانية، وإن لم يكن قُضى بها على الأولى، فإنه يُقضى بها على الثانية، وإذا كانت العاقلة واحدة، فلحقها[١٢] زيادةٌ[١٣]، أو نقصان[١٤] اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده، إلا

---

(١٦) الدية.

(١٧) دية.

(١) الأمر.

(٢) الآمر.

(٣) في ثلاث سنين.

(٤) أي المصنف.

(٥) قوله: "فانتقل [بيان التبدل] إلخ" صورته إذا تزوج عبد بمعتقة قوم، فولدت منه أولاد، يكون ولاء الأولاد لموالي الأم، فإذا جنى الولد، فالجناية على عاقلة الأم، فإذا تحملوا عنه، ثم عتق الأب جر ولاء الولد إلى نفسه بسبب حادث، وهو العتق، فلا ينتقل جنايته. (ك)

(٦) كعتق الأب.

(٧) أي وإن لم يتبدل حال القاتل بسبب حادث، بل ظهرت إلخ.

(٨) قوله: "حولت الجناية إلخ" يعني إذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ، فعقلت عنه عاقلة الأم، ثم ادعاه الأب يثبت منه نسبه، ورجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب. (ك)

(٩) قوله: "ولكن العاقلة إلخ" نظيره ما إذا كان القاتل من أهل الكوفة، وله بها عطاء، ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه إلى البصرة، فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة، وعلى قول زفر: يقضى على عاقلته من أهل الكوفة، وهو رواية عن أبي يوسف أيضًا. (كفاية)

(١٠) دية.

(١١) الدية.

(١٢) قوله: "فلحقها إلخ" نظير الزيادة ما حول ديوانه إلى العاقلة بعد القضاء عليهم يشاركهم المضموم إليهم، فيما يؤدون بعد التحويل، ونظير النقصان ما إذا قلت العاقلة حتى يصيب الرجل في خطئه ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، وقد كان يصيبه قبل النقصان أقل من ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، وإن قلت العاقلة حتى يصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، ضم إليهم أقرب القبائل في النسب حتى يصيبه في عطاءه ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، وهذا في إيجاب الزيادة عليهم إجحافًا بهم، ولأنه متى حزبهم أمر، ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بأنفسهم، فإنما يستعينون بأقرب

فيما سبق أداءه[١]، فمن أحكم هذا الأصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد، والله أعلم بالصّواب.

كتاب الوصايا[٢]

باب في صفة الوصية[٣] ما يجوز من ذلك وما يستحب منه، وما يكون رجوعًا عنه

قال[٤]: الوصية غير واجبة[٥]، وهي مستحبة، والقياس يأبى جوازها؛ لأنه تمليك[٦] مضاف إلى حال زوال مالكيّته[٧].

القبائل إليهم، فكانوا في بعض الأحوال يستنصرون بهم عند الحاجة، فلذلك يضمنون إليهم في تحمل العقل عند الحاجة. (ك)

(١٣) كما إذا بلغ صبي من العاقلة.

(١٤) كما إذا مات بعضهم.

(١) قوله: "إلا فيما سبق أداءه" استثناء من قوله: اشتركوا يعني لا يشتركون فيه، بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل إليهم. (ع)

(٢) قوله: "كتاب الوصايا" لا يخفى ظهور مناسبة إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب؛ لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت، وله اختصاص بكتاب الجنايات والديات؛ إذ الجناية قد تفضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية. (مجمع الأنهر)

قوله: "الوصايا [وسببها أن يذكر بالخير في الدنيا، ونيل الدرجات العلى بالعقبى. مجمع الأنهر]" الوصية اسم بمعنى المصدر، ثم سمي الموصى به وصية، وهي في الشريعة: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. (ع)

(٣) قوله: "باب في صفة الوصية" وشرائطها كون الموصي أهلا للتبرع، وأن لا يكون مديونًا، وكون الموصى له حيًا وقت الوصية، وإن لم يولد، وأجنبيًا عن الميراث، وأن لا يكون قاتلا، وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئًا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي، سواء كان موجودًا في الحال، أو معدومًا، وأن يكون بمقدار الثلث، وركنها أن يقول: أوصيت بكذا لفلان، وما يجري مجراه عن الألفاظ المستعملة فيها، وأما حكم الوصية، ففي حق الموصى له أن يكون الموصى به ملكًا جديدًا، كما بالهبة، وفي حق الموصي إقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث. (ع)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "غير واجبة إلخ" إنما ذكر قوله: وهي مستحبة بعد قوله: غير واجبة لنفي قول بعض الناس: الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، وعند بعضهم الوصية واجبة على كل واحد ممن له ثروة ويسار، واستدلوا بظاهر قوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرن الوصية للوالدين والأقربين﴾، والمكتوب علينا يكون فرضًا، وقال عليه السلام: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه»، ولنا أنها مشروعة لنا لا علينا، وما شرع لنا يكون مندوبا، وهي تبرع بعد الوفاة، فيعتبر بالتبرع في حال الحياة، وما تلوه منسوخ بآية المواريث، وما رووا، فهو شاذ فيما يعم به البلوى، والوجوب لا يثبت بمثله. (ك)

(٦) قوله: "لأنه إلخ" ولأنها لو جازت، فأما أن يزول عن ملك الموصي، ويدخل في ملك الموصى له قبل القبول كالإرث، وهو باطل؛ لأنه لا قدرة له على إزالة ملكه إلى غيره إلا برضاه، أو يزول عن ملك الموصي، ولا يدخل في ملك الموصى له ما لم يقبل، وفيه جعل كونه مملوكًا بلا مالك، أو لا يزول عن ملك الموصي، بل يبقى على حكم ملكه إلى أن يقبل، وهو باطل أيضًا؛ لأن الميت ليس بأهل للملك. (ك)

(٧) الموصي.

ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل: ملّكتُك غداً كان باطلا، فهذا أولى، إلا أنا استحسناه[١] لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله[٢] مقصر فى عمله، فإذا عرض له المرض، وخاف البيات[٣] يَحتاج إلى تلافى[٤] بعض ما فرط[٥] منه من التفريط[٦] بماله على وجه لو مضى[٧] فيه[٨] يتحقق مقصده المآلى، ولو أنهضه[٩] البرء يَصرفه[١٠] إلى مطلبه الحالىّ، وفى شرع الوصيّة ذلك[١١] فشرعناه، ومثله فى الإجارة بيناه[١٢].

وقد تبقى المالكية[١٣] بعد الموت باعتبار الحاجة، كما فى قدر التجهيز والدين، وقد نطق به الكتاب، وهو قول الله تعالى: ﴿من بعد وصيّة يُوصى بها أو دين﴾.

والسنة وهو قول النبى عليه السلام[١٤]: «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم تضعونها حيث شئتم»*، أو قال: «حيث أحببتم»، وعليه إجماع الأمة.

ثم تصح[١٥] للأجنبى فى الثلث من غير إجازة الورثة؛ لما روينا[١٦]، وسنبين ما

---

(١) قوله: "استحسناه" بالكتاب: وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾، والسنة: وهو قوله عليه السلام: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم» الحديث، وإجماع الأمة ولحاجة الناس إليها. (ك)

(٢) أمل: اميد داشتن، واميد. (م)

(٣) قوله: "وخاف البيات [الموت]" أراد بالبيات الهلاك والموت، والبيات اسم بمعنى التبييت، وهو أن يأتى العدو ليلا. (عن)

(٤) تدارك: دريافتن چيزى يقال: تلافيته إذا تداركته. (من)

(٥) سبق.

(٦) تقصير.

(٧) ومات.

(٨) أى التلافى.

(٩) الإنهاض: برخيزانيدن. (م)

(١٠) مال.

(١١) أى حصول المقصد المآلى أو الحالى.

(١٢) قوله: "ومثله فى الإجارة بيناه" يعنى كما أن الوصية لا تجوز فى القياس، وتجوز فى الاستحسان، وكذلك الإجارة لا تجوز فى القياس؛ لأنها تمليك منفعة معدومة، ولكنها جوزت استحسانًا دفعًا لحاجة الناس. (عن)

(١٣) جواب عن وجه القياس. (ع)

(١٤) قوله: "وهو قول النبى إلخ" أخرج ابن ماجة فى "سننه" عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم». (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٣٩٩، والدراية ج٢ ص٢٨٩، الحديث١٠٥٣. (نعيم)

هو الأفضل فيه[(١)]، إن شاء الله تعالى.

قال[(٢)]: ولا تجوز بما زاد على الثلث؛ لقول النبى عليه السلام[(٣)] فى حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه: «الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيّته بالكلّ والنصف»*، ولأنه[(٤)] حق الورثة، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال[(٥)] إليهم، وهو استغناءه[(٦)] عن المال، فأوجب تعلّق حقهم به إلا أن الشرع لم يُظهره فى حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك[(٧)] تقصيره على ما بيناه[(٨)].

وأظهره[(٩)] فى حق الورثة؛ لأن الظاهر أنه لا يتصدق به[(١٠)] عليهم تحرزاً[(١١)] عما يتفق[(١٢)] من الإيثار على ما نبيّنه[(١٣)]، وقد جاء فى الحديث[(١٤)]: «الحيف[(١٥)] فى

---

(١٥) الوصية.

(١٦) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «بثلث أموالكم من غير تقييد بإجازة». (عناية)

(١) قوله: "وسنبين ما هو الأفضل [أى على جواز الوصية] فيه" أى فى الوصية، أو فى قدر الوصية، وأشار بذلك إلى ما بعد ورقة بقوله، ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث. (عن)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٣) قوله: "لقول النبى ﷺ إلخ" روى محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار" قال: أخبرنا أبو حنيفة، قال: حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبى وقاص، قال: "دخل النبى ﷺ يعودنى قال: فقلت: يا رسول الله! أوصى بمالى كله، قال: لا، فقلت: فبالنصف، قال: لا، فقلت: فبالثلث، قال: الثلث والثلث كثير لا تدع أهلك يتكففون الناس"، وفى رواية "صحيح البخارى": «إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»، والعالة جمع عائل، وهو الفقير تكفف السائل، واستكف إذا بسط كفيه للسؤال، وسأل الناس كفًا من طعام، أو ما يكف الجوعة، كذا فى "الفائق". (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠١، والدراية ج٢ ص٢٨٩، الحديث ١٠٥٤. (نعيم)

(٤) مال.

(٥) أى زوال الملك عن الموصى إليهم.

(٦) الموصى.

(٧) الموصى.

(٨) آنفًا.

(٩) فلم يصح إيصاءه له أصلا.

(١٠) الثلث.

(١١) قوله: "تحرزاً إلخ" أى تحرزاً عما يتفق من إيثار الموصى بعض الورثة على البعض فى الوصية؛ لأنه حينئذ يتأذى البعض الآخر، فيفضى ذلك إلى قطع الرحم، وهو حرام بالنص. (عن)

(١٢) أى عما يقع اتفاقًا. (عن)

(١٣) قوله: "على ما نبينه" يعنى عند قوله: بعد هذا، ولا يجوز لوارثه. (ف)

(١٤) قوله: "وقد جاء فى الحديث إلخ" أخرج الدارقطنى فى "سننه" عن عمر ابن المغيرة عن داود ابن أبى هند عن عكرمة عن ابن عباس عن النبى ﷺ قال: «الإضرار فى الوصية من الكبائر»، انتهى.

الوصية من أكبر الكبائر وفسّروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث»*.

قال[٢]: إلا أن يجيزها الورثة بعد موته[٣]، وهم[٤] كبار؛ لأن الامتناع لحقهم، وهم أسقطوه، ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته؛ لأنها[٥] قبل ثبوت الحقّ؛ إذ الحق يثبت[٦] عند الموت، فكان لهم[٧] أن يردوه[٨] بعد وفاته.

بخلاف ما بعد الموت؛ لأنه بعد ثبوت الحق، فليس لهم أن يرجعوا عنه؛ لأن الساقط[٩] متلاشٍ غاية الأمر[١٠] أنه يستند[١١] عند الإجازة، لكن الاستناد يظهر في حق القائم.

ورواه ابن مردويه في تفسيره بلفظ الحيف في الوصية من الكبائر، ورواه العقيلي في ضعفاءه بلفظ الدارقطني، وقال: لا نعرف أحدا رفعه غير عمر بن المغيرة المصيصي، انتهى، وأخرجه النسائي في التفسير عن علي بن مسهر عن داود ابن أبي هند موقوفًا. (ت)

(١٥) قوله: "الحيف" روى بالحاء المهملة وسكون الياء، وهو الظلم، وروى الجنف بالجيم والنون المفتوحين، وهو الميل. (عناية)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٤٠١، والدراية ج٢ ص٢٨٩، الحديث ١٠٥٥. (نعيم)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (عن)

(٣) قوله: "إلا أن يجيزها إلخ" قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في "شرح الكافي": ولو أوصى بأكثر من الثلث لم يجز الفضل على الثلث إلا أن يجيز الورثة بعد موته، وهم كبار. (عن)

(٤) الواو حالية.

(٥) إجازة حال الحياة.

(٦) قوله: "يثبت" لأنه إنما يحكم بكون المرض مرض الموت عند الموت. (غن)

(٧) قوله: "فكان لهم" أي للورثة أن يردوا ما أجازوا من الوصية الزائدة على الثلث بعد موت الموصي إن كانت إجازتهم في حياته، بخلاف ما إذا كانت الإجازة بعد الموت حيث لا يكون لهم الرد بعد ذلك؛ لأنهم أسقطوا حقهم بعد ثبوته. (غن)

(٨) بعد الإجازة في حياته.

(٩) قوله: "لأن الساقط إلخ" متعلق بقوله: فكان لهم أن يردوه يعني إنما كان للورثة رد ما أجازوه في حال حياة الموصي؛ لأن إجازتهم كانت ساقطة حينئذٍ لعدم مصادفتها محلها؛ لأن الحق لم يثبت لهم إلا عند الموت، فلما كانت تلك الإجازة ساقطة كان لهم ردها؛ لأنها لم تكن معتبرة. (غن)

(١٠) قوله: "غاية الأمر إلخ" يعني فإن قيل: لا نسلم عدم مصادفة المحل، فإن حق الورثة يثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين، فلما مات ظهر أنها صادفت محلها، فصارت كإجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد، أجاب بقوله: غاية الأمر يعني أن حقهم، وإن استند إلى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة إذا لحقها الإجازة كثبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان، فإن الملك يثبت فيها مستندا إلى أول العقد والغصب، وهذا يعني ما نحن فيه من الإجازة قد مضى وتلاشى حين وقع إذا لم يصادف محله، فلا يلحقه الاستناد. (عناية)

(١١) أي يثبت حقهم عند الإجازة استناداً.

وهذا[١] قد مضى وتلاشى، ولأن الحقيقة تثبت عند الموت[٢]، وقبله[٣] يثبت مجرّد الحق، فلو استند من كل وجه[٤] ينقلب[٥] حقيقةً قبله[٦]، والرضا ببطلان الحق[٧] لا يكون رضا ببطلان الحقيقة، وكذلك إن كانت الوصية للوارث، وأجازت البقية، فحكمه ما ذكرناه[٨].

وكل ما جاز بإجازة الوارث[٩] يتملّكه المجاز له من قبل الموصى عندنا، وعند الشافعي[١٠] من قبل الوارث.

والصحيح قولنا؛ لأن السبب[١١] صدر من الموصى، والإجازة رفع المانع[١٢]، وليس من شرطه القبض[١٣]، وصار كالمرتهن[١٤] إذا أجاز بيع الراهن.

(١) أى الإجازة قبل الموت. (تاج الشريعة)

(٢) قوله: "ولأن الحقيقة إلخ" دليل آخر، وتقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت، لا قبله، وإنما يثبت قبله مجرد حق الملك، فلو استند ملكه إلى أول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة، وذلك باطل؛ لوقوع الحكم قبل السبب، وهو مرض الموت. (ع)

(٣) الموت.

(٤) قوله: "من كل وجه" إنما قيد بقوله: من كل وجه دفعا لوهم من يقول: حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث فى الثلثين، فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق فى حق إسقاطهم بالإجازة أيضًا، ووجه ذلك أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق فى ذلك أيضًا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه، وهو لا يجوز؛ لما مر (ع)

(٥) الحق.

(٦) الموت.

(٧) قوله: "والرضا إلخ" جواب عما يقال: إن الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضا، فصار كسائر الإسقاطات، وفيها لا رجوع، فكذلك فيه، ووجهه أنه قد عرف أن ثمه حقًا وحقيقةً، وإنما رضى ببطلان الحق، لا ببطلان الحقيقة؛ لأن الرضا ببطلانها تستلزم وجودها، ولا وجود لها قبل السبب. (عناية)

(٨) أى تعتبر الإجازة بعد الموت، لا قبله. (ك)

(٩) قوله: "وكل ما جاز إلخ" ذكره تفريعًا قال فى "مختصر الأسرار": إذا وصى بجميع ماله، فإجازة الورثة كان تمليكًا من الميت، وكذلك الوصية للوارث واحد قولى الشافعى: إنه يكون هبة من الورثة إن قبضت صحت، وإلا بطلت، وفائدة تملك المجاز له، وهو الموصى له من قبل الموصى صحة الإجازة فى المشاع، وكونه ملكًا له قبل التسليم، وكون الوارث مجبوراً بالتسليم بعد الإجازة، ولو كانت هبة مبتدأة من الوارث، انعكست الأحكام، فعلى ما قال الشافعى: لا جبر على التسليم، ولا ملك قبل التسليم. (غن)

(١٠) قوله: "وعند الشافعى" وجه قول الشافعى: إن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكًا للوارث، فيثبت الملك للوارث بغير قبوله، ولا يرتد برده، فإجازته يكون إخراجًا عن ملكه بغير عوض، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض، ولنا أن الموصى صدر منه السبب، وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك، وكل ذلك ظاهر، فالموصى له يتملك من الموصى. (ع)

(١١) أى سبب ملك الموصى له.

(١٢) قوله: "والإجازة رفع المانع" جواب عن جعل الإجازة إخراجًا عن الملك يعنى أن الإجازة ليست سبب الخروج عن الملك، وإنما هو رفع المانع. (ع)

قال(١): ولا تجوز(٢) للقاتل(٣)، عامداً كان أو خاطئًا بعد أن كان مباشراً(٤)؛ لقوله عليه السلام*: «لا وصية للقاتل»(٥)، ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى، فيحرم الوصيّة كما يُحرم الميراث(٦). وقال الشافعي: تجوز للقاتل(٧)، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل، ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصيّة عندنا، وعنده لا تبطل، والحجة عليه في الفصلين(٨) ما قلناه.

ولو(٩) أجازتها(١٠) الورثة جاز عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا تجوز؛ لأن جنايته باقية، والامتناع(١١) لأجلها.

---

(١٣) قوله: "وليس من شرطه القبض" كأنه يقول: لو كان هبة لكان القبض شرطًا، وهو ممنوع. (ع)

(١٤) قوله: "وصار كالمرتهن إلخ" أى صار ما نحن فيه كالمرتهن إن أجاز بيع الراهن فى كون السبب صدر من الراهن، والملك للمشترى يثبت من قبله، فإجازة المرتهن رفع المانع. (عناية)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٢) الوصية.

(٣) أى لمن جرح، فأوصى له، ثم مات الموصى من ذلك الجرح.

(٤) قوله: "بعد أن كان مباشراً [لا سبباً]" وإنما قيد بالمباشر؛ لأنه إذا لم يكن مباشراً لا يتعلق به حرمان الميراث، وبطلان الوصية، كما فى حافر البئر، وواضع الحجر فى غير ملكه. (عن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠٢، والدراية ج٢ص٢٩٠، الحديث١٠٥٦. (نعيم)

(٥) قوله: "لا وصية للقاتل" قلت: أخرجه الدارقطنى فى الأقضية عن مبشر بن عبيد عن الحجاج ابن أرطاة عن الحكم بن عيينة عن عبد الرحمن ابن أبى ليلى عن على ابن أبى طالب قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس لقاتل وصية» انتهى، قال الدارقطنى: "مبشر متروك، يضع الحديث"، انتهى. (ت)

(٦) قوله: "كما يحرم الميراث" ورد بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية، كما فى الرق، واختلاف الدين، وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم فى تركته، والموصى له يشاركه فى هذا المعنى، فجاز القياس عليه، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم. (عناية)

(٧) لأنه أجنبى منه، فصحت له كما صحت لغيره. (عناية)

(٨) قوله: "والحجة عليه [الشافعى] فى الفصلين" يعنى فيما إذا كان القتل قبل الوصية، أو بعدها ما بيناه يعنى من الحديث، فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية، وتأخره عنها، ومن المعقول الذى ذكره، اعترض عليه بأن ذلك صحيح، إذا كان القتل بعد الوصية، وأما إذا كان الجرح قبلها، فلا استعجال ثمه، وأجيب بجعل الجارح مستعجلا، وإن تقدم جرحه على الوصية؛ لما ذكر شيخ الإسلام أن المعتبر فى كون الموصى له قاتلا، أو غير قاتل لجواز الوصية، وفسادها يوم الموت، لا يوم الوصية، فبالنظر إلى وقت الموت، كان القتل مؤخراً عن الوصية، واعترض بنقض إجمالى، بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر، إذا قتل مولاه؛ لأن التدبير وصية، وهو لا يصح للقاتل، وأجيب بأن عتقه من حيث إن موته جعل شرطا لعتقه، وقد وجد، ولكن يسعى المدبر فى جميع قيمته؛ لأنه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذى لا يقبل الرد، فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية. (ع)

(٩) ذكره على سبيل التفريع.

(١٠) الوصية للقاتل.

(١١) أى حرمانه كان بطريق العقوبة. (ك)

ولهما أن الامتناع لحق الورثة؛ لأن نفع بطلانها[١] يعود إليهم كنفع بطلان الميراث[٢]، ولأنهم[٣] لا يرضونها[٤] للقاتل، كما لا يرضونها لأحدهم[٥].

قال[٦]: ولا تجوز لوارثه[٧]؛ لقوله عليه السلام*: «إن الله تعالى أعطى كل ذى حقّ حقّه ألا لا وصية للوارث»[٨]، ولأنه يتأذّى البعض[٩] بإيثار البعض، ففى تجويزه قطيعة[١٠] الرحم[١١]، ولأنه حَيفٌ بالحديث الذى رويناه[١٢].

ويعتبر كونه وارثًا، أو غير وارث وقت الموت، لا وقت الوصية[١٣]؛ لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت[١٤]، وحكمه يثبت بعد الموت، والهبة من المريض[١٥] للوارث فى هذا[١٦] نظير الوصية؛ لأنها وصيّة حكمًا، حتى تنفذ من الثلث[١٧]،

---

(١) الوصية.

(٢) قوله: "كنفع [التشبيه من حيث مجرد النفع العائد إليهم عند بطلانها لا غير. ك] بطلان الميراث" أى ميراث القاتل إلا أن الوصية لو لحقها الإجازة تصح، والميراث لا يصح، وإن أجازوا؛ لأن إجازة العبد ورده إنما تعمل فيما إذا كان من جهة العبد كالوصية، فإنه تبرع وتمليك من جهته، ولا كذلك الميراث؛ لأنه من جهة الشرع، لا صنع للعبد فيه. (مل)

(٣) قوله: "ولأنهم إلخ" هذا التعليل لبيان امتناع وصية القائل لحق الورثة باعتبار أنهم لا يرضونها للقاتل، كما لا يرضونها لأحدهم، والورثة لو رضوا بالوصية لأحدهم يجوز، فكذا للقاتل، وما قاله أبو يوسف: إن حرمانه كان بطريق العقوبة، قلنا: لا نسلم ألا ترى أنه يستوى فيه الخاطئ والعامد، والخاطئ لا يستحق العقوبة. (مل)

(٤) الوصية.

(٥) الورثة.

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٧) الموصى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠٣، والدراية ج٢ ص٢٩٠، الحديث١٠٥٧. (نعيم)

(٨) رواه ابن ماجة فى "سننه" عن أنس. (ت)

(٩) الذى حرم الوصية. (غن)

(١٠) جدائى، وقطع الرحم حرام، فكذا ما كان سببًا لحصوله. (غن)

(١١) خويشى.

(١٢) قوله: "بالحديث الذى رويناه" إشارة إلى ما تقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده فى العطية. (ع)

(١٣) قوله: "لا وقت الوصية" حتى لو أوصى لأخيه، وهو وارث، ثم ولد له ابن، صحت الوصية للأخ، وعكسه لو أوصى لأخيه، وله ابن، ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للأخ. (زيلعى)

(١٤) فيعتبر زمان التمليك، لا قبله. (ع)

(١٥) مرض الموت. (غن)

(١٦) أى فى اعتبار كونه وارثًا وقت الموت.

(١٧) أى بدليل أنها تنفذ من الثلث إذا كانت للأجنبى كالوصية للأجنبى تنفذ من الثلث. (غن)

وإقرار المريض للوارث على عكسه[١]؛ لأنه تصرف فى الحال، فيعتبر ذلك وقت الإقرار.

قال[٢]: إلا[٣] أن يجيزها الورثة، ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه[٤]، ولأن الامتناع لحقّهم[٥]، فتجوز بإجازتهم، ولو أجاز بعضٌ ورد بعضٌ تجوز على المجيز بقدر حصته؛ لولايته عليه، وبطل في حق الرادّ.

قال[٦]: ويجوز[٧] أن يوصى المسلم للكافر[٨]، والكافر للمسلم، فالأول؛ لقوله تعالى: ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين﴾[٩] الآية.

والثانى؛ لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات، ولهذا جاز التبرّع من الجانبين[١٠] في حالة الحياة، فكذا بعد الممات.

وفى "الجامع الصغير"[١١]: الوصية لأهل الحرب باطلة؛ لقوله تعالى: ﴿لا

(١) قوله: "وإقرار المريض للوارث على عكسه" أى على عكس الحكم فى الهبة حتى يعتبر كونه وارثًا عند الإقرار، لا عند الموت؛ لأن الإقرار تمليك، وتصرف فى الحال من غير نظر إلى ما بعد الموت، ولهذا لو أقر فى مرض الموت لأجنبى بدين صح من جميع المال، وفائدة هذا أنه إذا لم يكن وارثًا عند الإقرار، ثم صار وارثًا، فمات المقر لا يبطل إقراره، ولكن هذا إذا صار وارثًا بسبب حادث؛ لأن الاستحقاق مضاف إلى السبب الحادث، لا إلى القرابة.

فأما إذا صار وارثًا بسبب القرابة لكن امتنع عملها لمانع عمل السبب عمله من ذلك الوقت، ولهذا لو أقر لأجنبى، ثم قال: هو ابنى ثبت نسبه منه، وبطل إقراره، فإن أقر لأجنبية، ثم تزوجها لم يبطل إقراره. (غن)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) استثناء من قوله: ولا تجوز لوارثه.

(٤) قوله: "ويروى إلخ" أخرج الدارقطنى فى "سننه" فى الفرائض عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال: لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشار الورثة، انتهى.

(٥) قوله: "ولأن الامتناع لحقهم" أى لحقهم الذى هو تأذيهم بإيثار البعض دون البعض، وبالتقييد على هذا الوجه يندفع ما قيل: لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا، أو لم يجيزوا؛ لأنه لا حق لهم فى الثلث، كما فى الوصية لأجنبى. (عناية)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "ويجوز إلخ" وافترق الوصية والإرث حيث لا يجرى التوارث بين المسلم والذمى، ويجرى الوصية بينهما، وذلك لأن الإرث ولاية بطريق الخلافة؛ لأن ما كان للمورث كان للوارث، ولا ولاية مع اختلاف الدين، وأما الوصية، فملك مبتدأ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يصير مغرورًا مما اشتراه الموصى، بخلاف الوارث. (غن)

(٨) الذمى. (خ)

(٩) ﴿ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم﴾.

(١٠) المسلم والكافر الذمى.

(١١) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" قالوا فى شروح "الجامع الصغير": وفى "السير الكبير": ما يدل على الجواز، فوجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغى أن يفعل، وإن فعل جاز؛ لأنه أهل للتملك، أما وصية الحربى لمسلم، أو ذمى بماله كله، فذلك جائز. (غن)

ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾[١] الآية.

قال[٢]: وقبول الوصية بعد الموت[٣]، فإن قبلها الموصى له في حال حياته[٤]، أو ردها، فذلك باطل؛ لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به[٥]، فلا يعتبر[٦] قبله، كما لا يعتبر قبل العقد[٧].

قال[٨]: ويستحب[٩] أن يوصى الإنسان بدون الثلث، سواء كانت الورثة أغنياء، أو فقراء؛ لأن في التنقيص[١٠] صلة[١١] القريب بترك ماله عليهم.

بخلاف استكمال الثلث؛ لأنه استيفاء تمام حقه[١٢]، فلا صلة، ولا منّة، ثم الوصية بأقلّ من الثلث أولى، أم تركها قالوا: إن كانت الورثة فقراء، ولا يستغنون بما يرثون[١٣]، فالترك أولى؛ لما فيه من الصدقة على القريب، وقد قال عليه السلام[١٤]: «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح[١٥]»*، ولأن فيه رعاية حقّ الفقراء[١٦]،

---

(١) ﴿وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم﴾.

(٢) أي القدوري في "مختصره".

(٣) قوله: "وقبول إلخ" القبول ليس بشرط لصحة الوصية، وإنما هو شرط لثبوت الملك للموصى له، وللوصية شبه بالميراث من حيث إنها تملك بالموت، وشبه بالهبة من حيث إنها تمليك الغير، فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له، فقلنا: لا يملك قبل القبول، واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول، فقلنا: إنه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الإمكان، وإن مات الموصى له من غير رد وقبول، فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياساً، ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا، أو قبلوا في الاستحسان. (عناية)

(٤) الموصى.

(٥) لأن الوصية تمليك يتعلق بالموت. (غن)

(٦) القبول أو الرد.

(٧) أي عقد الوصية.

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "ويستحب إلخ" روى عن أبي بكر وعمر أنهما قالا: لأن يوصى بالخمس أحب إلينا من أن يوصى بالربع، ولأن يوصى بالربع أحب إلينا من أن يوصى بالثلث. (ك)

(١٠) من الثلث.

(١١) إحسان.

(١٢) الموصى.

(١٣) من نصيبهم.

(١٤) رواه أحمد في "مسنده" عن أبي أيوب الأنصاري. (ت)

(١٥) قوله: "على ذي الرحم الكاشح" هو العدو الذي أعرض كشحه، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع، وقيل: الكاشح العدو الذي أضمر العداوة في كشحه، وإنما جعل هذا التصرف أفضل؛ لأن التصدق على المحب الصديق مما يميل إليه النفس لمحبته وصداقته، وفي القريب الكاشح المنظور إليه هو معنى القرابة لا غير مع مخالفة نفسه؛ لأن نفسه

والقرابة جميعًا، وإن كانوا أغنياء، أو يستغنون بنصيبهم.

فالوصية أولى[١]؛ لأنه يكون صدقةً على الأجنبى، والتركُ هبةٌ من القريب، والأولى[٢] أولى؛ لأنه يُبتغى بها وجه الله تعالى، وقيل: فى هذا الوجه يُخيَّر[٣]؛ لاشتمال كل منهما على فضيلة، وهو الصدقة، أو الصلة، فيخيّر بين الخَيْرَيْن.

قال[٤]: والموصى به يُملك بالقبول[٥]، خلافًا لزفر، وهو أحد قولى الشافعى هو يقول: الوصية أخت الميراث؛ إذ كلّ منهما خلافة لما أنه[٦] انتقال، ثم الإرثُ يثبت من غير قبول[٧]، فكذلك الوصية.

ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد[٨]، ولهذا لا يُردّ الموصى له بالعيب[٩]، ولا يردّ عليه بالعيب، ولا يملك[١٠] أحدٌ إثبات الملك لغيره إلا بقبوله، أما الوراثة خلافة حتّى يثبت فيها هذه الأحكام[١١]، فيثبت[١٢] جبرًا من الشرع من غير قبول.

لا تدعوه إلى التصدق عليه، فكان ترجيح معنى القرابة فى الإحسان أولى من ترجيح جانب المحبة خصوصًا ما إذا كان ذلك متضمنًا مخالفة النفس وقهرها، فكان هو أولى لا محالة. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠٥، والدراية ج٢ ص٢٩٠، الحديث ١٠٥٨. (نعيم)

(١٦) وذلك لأن الوارث فقيرًا أيضًا. (غن)

(١) قوله: "فالوصية أولى" لأنه يحصل له تدارك ما قصر فى حياته، والتدارك إنما يقع بالصدقة، ومعنى الصدقة بالوضع عند الأجانب أكمل. (غن)

(٢) الصدقة على الأجنبى.

(٣) الموصى.

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٥) قوله: "يملك بالقبول" أى بالقبول بعد موت الموصى، وبعد القبول يلزمه، ولا يصح رده على ورثته بلا رضاءهم؛ لأنه بالرد مملك لهم. (ك)

(٦) أى انتقال الملك من المورث.

(٧) من الوارث.

(٨) لا بطريق الخلافة.

(٩) قوله: "لا يرد إلخ" صورته أن يشترى المريض شيئًا يوصى به لرجل، ثم الموصى له يجده معيبا، فإنه لا يرده على بائعه.

وقوله: ولا يرد عليه بالعيب، صورته: أن يوصى بجميع ماله لإنسان، ثم باع شيئًا من التركة، ووجد المشترى عيبًا لا يرده على الموصى له، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد فى الصورتين. (عناية)

(١٠) قوله: "ولا يملك إلخ" لئلا يعود على موضوعه بالنقض، وذلك لأن تنفيذ الوصية منفعة للموصى له، ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر، فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب نفقته بلا منفعة تعود إليه، وأمثال ذلك كثيرة. (ع)

(١١) من رد المعيب إلى بائع المورث، ورد المشترى على الوارث.

(١٢) الملك للوارث.

قال[١]: إلا في مسألة واحدة[٢]، وهو أن يموت الموصى، ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصى به فى ملك ورثته استحسانًا.

والقياس أن تبطل الوصيّة[٣]؛ لما بيّنا أن الملك موقوف، فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد إيجاب البائع، وجه الاستحسان أن الوصيّة من جانب الموصى قد تمت بموته تمامًا لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصى له[٤]، فإذا مات دخل[٥] فى ملكه، كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى إذا مات[٦] قبل الإجازة.

قال[٧]: ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية؛ لأن الدين مقدم على الوصيّة[٨]؛ لأنه أهم الحاجتين، فإنه فرض، والوصيّة تبرّعٌ، وأبدًا يبدأ بالأهم، فالأهم إلا أن تبرئه[٩] الغرماء؛ لأنه لم يبقَ الدين، فتنفذ الوصيّة على الحد المشروع[١٠] لحاجته[١١] إليها.

قال[١٢]: ولا تصح وصيته الصبى[١٣]، وقال الشافعى: تصح إذا كان فى وجوه

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) قوله: "إلا فى إلخ" استثناء من قوله: والموصى به يملك بالقبول يعنى فى المسألة المستثناة يملك بدون القبول. (غن)

(٣) قوله: "والقياس أن تبطل إلخ" وفى بعض المواضع القياس أن يكون ورثته بمنزلته فى الرد والقبول، وفى الاستحسان يلزمهم ذلك ردوا أو قبلوا.

(٤) إن شاء، وإن شاء وأجاز.

(٥) الموصى به.

(٦) المشترى فى الثلث، فيتم البيع، ويكون المبيع لورثة المشترى.

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "لأن الدين مقدم على الوصية" بالإجماع، وإن كانت الوصية مقدمة عليه فى الذكر فى قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾، فإن قلت: لم قدمت الوصية على الدين، والدين مقدم عليها فى الشرعية، قلت: لما كان الوصية شبيهة للميراث فى كونها مأخوذةً من غير عوض، كان إخراجها مما يشق على الورثة، ويتعاظمهم ولا تطيب أنفسهم، فكان أداءها مظنة للتفريط، بخلاف الدين فإن نفوسهم مطمئنة إلى أداءه، فلذلك قدمت على الدين بعثًا على وجوبها، والمسارعة على إخراجها مع الدين، فلذلك جيء بكلمة أو للتسوية بينهما فى الوجوب. (غاية البيان)

(٩) الموصى من الدين. (عن)

(١٠) قوله: "على الحد المشروع" أى فى الثلث، أو فى أكثر منه على تقدير إجازة الورثة، أو عدمهم لعدم المانع، وهو الدين. (غن)

(١١) الموصى.

(١٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٣) سواء مات قبل الإدراك، أو بعده. (ك)

الخير؛ لأن عمر رضى الله عنه أجاز وصية يَفَاع أو يافع[١]، وهو[٢] الذى راهق الحلم[٣]، ولأنه[٤] نظرٌ له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى[٥]، ولو لم تنفذ[٦]، يبقى[٧] على غيره. ولنا أنه[٨] تبرع، والصبىّ ليس من أهله[٩]، ولأن قوله غير ملزم، وفى تصحيح وصيّته قول بإلزام قوله.

والأثر محمولٌ[١٠] على أنه[١١] كان قريب العهد[١٢] بالحُلم مجازاً[١٣]، أو كانت وصيّته فى تجهيزه، وأمر دفنه، وذلك[١٤] جائز عندنا، وهو يُحرز الثواب[١٥] بالترك

(١) قوله: "وصية [لابنة عم لـه، وكان وارثه بالشام، كذا فى "الموطأ"] يفاع أو يافع" هذا تشكيك الراوى، وهو عمرو بن سليم شك أن شيخه ذكر يفاع أو يافع. (حميدية)

قوله: "يفاع" يفاع -بفتح التحتية والفاء- مراهق، كذا فى "المحلى"، وفى "الموطأ" أنه كان ذلك الصبى ابن عشر سنين، أو اثنتا عشرة سنة.

(٢) ويفاع.

(٣) أى قارب البلوغ، مراهقة: نزديک ببلوغ رسيدن زن يا مرد.

(٤) صحة وصية الصبى.

(٥) أى القرب عند الله تعالى.

(٦) قوله: "ولو لم تنفذ إلخ" يعنى إذا نفذت الوصية كان ماله باقيًا على نفسه، فإنه يحصل لها بسببها نيل الزلفى، والدرجة العليا، ولم لم تنفذ يبقى ماله على غيره، فكانت الوصية أولى. (عناية)

(٧) الوصية.

(٨) الوصية.

(٩) قوله: "ليس من أهله [التبرع]" ولهذا لا يملك التبرع بماله فى حال الحياة بالإجماع بالهبة، أو الصدقة، فكذا لا يملك بطريق الوصية أيضاً. (غن)

(١٠) قوله: "والأثر إلخ" جواب عن تمسك الخصم بالحديث بجوابين فيهما نظر عندى؛ لأنه صرح الراوى أنه أوصي لابنة عم له بمال، فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه؟ وكيف يقال: يحتمل أنه كان أدرك لكن يسمى غلاماً مجازاً؛ لأنه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم؟ والجواب الصحيح أن من أدرك عصر الصحابة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن والشعبى والنخعى يعتد، بخلافه فى إجماع الصحابة حتى لا يتم إجماعهم مع خلافه، كذا ذكر شمس الأئمة السرخسى، ثم روى أصحابنا فى كتبهم عن الشعبى والنخعى والحسن أنهم قالوا: لا يجوز وصية المراهق، فبطل الاحتجاج بالإجماع؛ لأنه لا إجماع للصحابة مع اختلافهم، فبقى تقليد الصحابى، وهو ليس بواجب عند الخصم، فكيف يحتج به على غيرهم، وعندنا لا يجوز تقليده فيما يدرك بالقياس على ما ذهب إليه الشيخ أبو الحسن الكرخى، وما نحن فيه يدرك بالقياس، فلا نقلده، والله أعلم. (غن)

(١١) أى أن ذلك الصبى.

(١٢) قوله: "كان قريب العهد إلخ" يعنى كان هو يافعا لكن لم يمض على بلوغه زمان كثير، ومثله يسمى غلاماً مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه. (ن)

(١٣) أى سمى ذلك الصبى يفاعًا مجازًا، وما كان يفاعًا حقيقة.

(١٤) الوصية فى تجهيزه، وأمر دفنه.

(١٥) قوله: "وهو يحرز الثواب إلخ" جواب عن قوله: ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى عندنا.

على ورثته، كما بيناه[١].

والمعتبر في النفع والضرر[٢]، النظر[٣] إلى أوضاع التصرفات، لا إلى ما يتفق بحكم الحال اِعتَبِرْه بالطلاق، فإنه لا يملكه، ولا وصية، وإن[٤] كان يتفق نافعًا في بعض الأحوال[٥]، وكذا إذا أوصى[٦]، ثم مات بعد الإدراك[٧]؛ لعدم الأهلية وقت المباشرة[٨].

وكذا[٩] إذا قال: إذا أدركت، فثلث مالي لفلان وصية؛ لقصور أهليته، فلا يملكه تنجيزا وتعليقا، كما في الطلاق والعتاق[١٠].

بخلاف العبد والمكاتب[١١]؛ لأن أهليتهما مستَتَمّة[١٢]، والمانع حقّ المولى، فتصح إضافته إلى حال سقوطه.

قال[١٣]: ولا تصح وصية المكاتب[١٤]، وإن[١٥] ترك وفاءً؛ لأن ماله لا يقبل التبرع[١٦]، وقيل على قول أبي حنيفة: لا تصح.

---

(١) إشارة إلى قوله: فالترك أولى؛ لما فيه من الصدقة على القريب.

(٢) قوله: "والمعتبر في النفع والضرر إلخ" تنزل في الجواب كأنه يقول: سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها، لكن المعتبر في النفع والضرر أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة، ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه، وإن أمكن أن يكون نافعًا بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء، ويتزوجها بأختها الموسرة الحسناء؛ لكون ذلك من العوارض، والوصية في الأصل تبرع، والصبي ليس من أهله. (عناية)

(٣) قوله: "والنظر إلخ" يعني أن الوصية في وضعها ضرر لزوال الملك عن الموصي، وما كان في وضعه ضرر ليس بمشروع في حق الصبي، ألا ترى أن الطلاق والعتاق لا يصحان من الصبي؛ لأنه ضرر لزوال الملك، وإن كانا قد يقعان بحسب اتفاق الحال. (غن)

(٤) الواو متصلة.

(٥) بأن يطلق زوجته المعسرة، وينكح مع أختها الموسرة.

(٦) أي لا يصح وصيته.

(٧) بلوغ.

(٨) أي مباشرة عقد الوصية.

(٩) أي لا يصح.

(١٠) فإن الصبي لا يملكها لا تنجيزًا، ولا تعليقًا.

(١١) يعني إذا قال: العبد والمكاتب إذا أعتقت فثلث مالي وصية تصح.

(١٢) استتمه: تمام كردآن را. (من)

(١٣) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٤) يعني تنجيزًا؛ لأن الإضافة إلى العتق صحيحة، كما مر آنفًا. (عناية)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) قوله: "لأن ماله لا يقبل التبرع" ولهذا لا يصح عتقه وهبته، فإذا لم يحتمل ماله التبرع لم يصح وصيته؛ لأنها

وعندهما تصح رَدًّا لها[(١)] إلى مكاتب يقول: كل مملوك أملكه فيما استقبل[(٢)]، فهو حرّ، ثم عتق فملك، والخلاف فيها معروف، عرف فى موضعه[(٣)].

قال[(٤)]: وتجوز الوصية للحمل[(٥)]، وبالحمل[(٦)] إذا وضع[(٧)] لأقل[(٨)] من ستة أشهر من وقت الوصية.

أما الأول[(٩)]: فلأن الوصيّة استخلاف[(١٠)] من وجه؛ لأنه يجعله[(١١)] خليفة فى بعض ماله، والجنين صلح خليفةً فى الإرث، فكذا فى الوصية؛ إذ هى أخته[(١٢)] إلا أنه يرتد بالرد؛ لما فيه[(١٣)] من معنى التمليك.

بخلاف الهبة[(١٤)]؛ لأنها تمليك محض، ولا ولاية لأحدٍ عليه ليُمَلِّكه شيئًا.

تبرع لزوال الملك بلا عوض. (غن)

(١) قوله: "ردًّا لها إلى مكاتب إلخ" يعنى كما يصح إعتاق المكاتب عندهما فى تلك المسألة تصح وصية المكاتب أيضًا عندهما، إذا ترك وفاء؛ لأنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته، وعند أبى حنيفة لا يعتق ما ملكه بعد العتق فى تلك المسألة، فكذلك ههنا لا ينفذ وصيته، وإن ترك وفاء. (غن)

(٢) مثل أن يقول: أوصيت بثلث مالى عما فى بطن فلانة. (خ)

(٣) قوله: "عرف فى موضعه" يعنى فى باب الحنث فى ملك المكاتب والمأذون من أيمان "الجامع الكبير"، وما عرف ثمة هو أن المكاتب، إذا قال: كل مملوك أملكه فيما استقبل، فهو حر، فعتق، فملك لم يعتق عند أبى حنيفة، وعتق عندهما، لهما أن ذكر الملك ينصرف إلى ملك قابل للإعتاق، وهو ما بعد الحرية، ولأبى حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك: أحدهما: ظاهر، وهو ما قبل الإعتاق، والثانى: غير ظاهر، وهو ما بعد الإعتاق، فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر. (عناية)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٥) قوله: "للحمل [مثل أن يقول: أوصيت بثلث مالى؛ لما فى بطن فلانة. ع]" فإن قيل: الوصية تحتاج إلى القبول، وهو ليس من أهل القبول، قلنا: الوصية تشبه الميراث، وتشبه الهبة؛ لما بينا، فلشبهها بالهبة إذا حصلت لمن يتصور القبول منه يشترط القبول، ولشبهها بالإرث، لا يشترط القبول؛ إذا حصلت لمن لا يتصور منه القبول عملا بالشبهين. (ك)

(٦) كما إذا أوصى بما فى بطن جاريته، ولم يكن من المولى.

(٧) قوله: "إذا وضع إلخ" أى إذا علم أنه ثابت موجود فى البطن وقت الوصية له، أو به، ومعرفة ذلك إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوى، ومن وقت موت الموصى على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث. (م)

(٨) قوله: "لأقل" أما إذا ولدت لستة أشهر، أو لأكثر، فلا وصية لاحتمال الوجود، والعدم حينئذ. (غن)

(٩) وهو الوصية للحمل.

(١٠) لا أنه يملكه فى الحال. (م)

(١١) الموصى.

(١٢) قوله: "إذ هى أخته" فإن قيل: لو كانا أختين لما جاز ردها، كما لم يجز رده، أجاب بقوله: إلا أنه إلخ. (م)

(١٣) دون الميراث لعدم ذلك فيه. (م)

وأما الثانى[١]: فلأنه بعرض الوجود[٢]؛ إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية، وبابها أوسع[٣] لحاجة الميت وعجزه، ولهذا تصح[٤] فى غير الموجود كالثمرة[٥]، فلأن تصح في الموجود أولى.

قال[٦]: ومن أوصى بجارية[٧] إلا حملها صحت الوصيّة والاستثناء[٨]؛ لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظًا، ولكنه يستحق بالإطلاق[٩] تبعًا، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها، ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية، فجاز استثناءه، وهذا هو الأصل أن[١٠] ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناءه منه؛ إذ لا فرق بينهما[١١]، وما لا

---

(١٤) قوله: "بخلاف الهبة" متصل بقوله: تجوز الوصية للحمل يعنى أن الهبة لا تصح؛ لأنه تمليك محض، والجنين ليس بصالح لذلك؛ لأن الملك بالهبة إنما يثبت بالقبض، ولا قدرة لأحد عليه ليملكه شيئًا يحصل الملك فيه للقبض. (ع)

(١) وهو الوصية.

(٢) قوله: "فلأنه بعرض [پيش آمدن] إلخ" ولقائل أن يقول: إن فى كلام المصنف تناقضًا ظاهرًا لأنه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يصير موجودًا، وإذا كان موجودًا، لا يكون بعرض الوجود، والجواب أن معنى قوله: بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه، ومعنى قوله: إذا علم وجوده تحققه، وكونه فى بطن الأم، فاندفع التناقض. (عناية)

(٣) وصية.

(٤) الوصية.

(٥) قوله: "كالثمرة" رجل أوصى له بثمرة بستان، وهو يخرج من ثلثه، ثم مات، فإن أبا حنيفة قال: فى ذلك إن كان فيه ثمرة، فليس له إلا تلك الثمرة، وإن لم يكن، فله ثمرته أبدًا من الثلث. (مخ)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "ومن أوصى إلخ" يعنى قال: أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها صحت الوصية، والاستثناء جميعًا؛ لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظًا؛ لأنه ليس بموضوع له، ولا هو داخل فى الموضوع له، وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه من الجارية كقميصها، أو سراويلها مما يلبس بها، فإن قيل: كيف صح الاستثناء، وهو تصرف لفظى لا يرد على ما لا يتناوله، فالجواب أن صحته باعتبار تقرير الملك للموصى له، كما كان قبل الوصية، كما لو قال: أوصيت لفلان ألف درهم إلا فرسا، فإن الوصية فى الألف صحيحة، والاستثناء أيضًا صحيح فى تقرير ملكه فى الفرس باعتبار خروجه من المستثنى منه، فإن قيل: لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل، فإنه لو لم يستثن استحقه الموصى له، ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أمواله، أجاب بقوله: ولكنه يستحق إلخ يعنى أنه لم يتناوله بالعموم، بل يستحق إذا أطلق الموصى عن قيد الإفراد، فإذا أفرد الأم لم يستثن مطلقًا، بل تقيدت الأم بالإفراد، فصحت الوصية بها مفردة. (ع)

(٨) فالجارية للموصى له بها، والحمل للورثة. (غن)

(٩) أى إذا أطلق اسم الجارية، ولم يستثن.

(١٠) بيان أصل.

(١١) قوله: "إذ لا فرق بينهما [أى بين إفراد العقد، وصحة الاستثناء. حميدية]" إذ يعتمد كل واحد منهما على أن يكون المحل معلومًا، فكما لا يصح إيراد العقد على المجهول لا يصح استثناء المجهول منه، وهذا لأن الاستثناء هو المنع، فما يصح إثبات الحكم فيه على الانفراد يصح منع الحكم عنه، والاستثناء ههنا موجود؛ لأن باب الوصية أوسع، فالحمل وإن

يصح إفراده بالعقد، لا يصح استثناؤه منه، وقد مر[١] في البيوع[٢].

قال[٣]: ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية؛ لأنه تبرّع لم يتم[٤]، فجاز الرجوع عنه كالهبة، وقد حقّقناه فى كتاب الهبة، ولأن القبول[٥] يتوقف[٦] على الموت[٧]، والإيجابُ يصح إبطاله قبل القبول، كما في البيع[٨].

قال[٩]: وإذا صرح بالرجوع، أو فعل ما يدل على الرجوع، كان رجوعًا، أما الصريح[١٠]: فظاهر[١١]، وكذا الدلالة؛ لأنها تعمل عمل الصريح، فقام مقام قوله قد أبطلت، وصار كالبيع بشرط الخيار[١٢]، فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة[١٣]، ثم كل فعل لو فعله الإنسان فى ملك الغير، ينقطع به حقُّ المالك[١٤]، فإذا فعله الموصى[١٥] كان رجوعًا[١٦]، وقد عددنا هذه الأفاعيل فى كتاب الغصب.

كان يدخل فى الجارية بطريق التبعية يجعله بمنزلة ما تناوله اللفظ فى حق صحة الاستثناء لتوسع باب الوصية، كما يجعل المعدوم فيه موجودًا لهذا المعنى. (ك)

(١) هذا الأصل.

(٢) فى باب البيع الفاسد. (غن)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "لأنه تبرع إلخ" يعنى أن الوصية تبرع، فيجوز الرجوع فيه كما فى الهبة، بل بالطريق الأولى؛ لأن الهبة تمت بالقبض، والوصية لا تتم إلا بالقبول بعد موت الموصى، فإذا جاز الرجوع فى الهبة مع تمامها؛ لكونها تبرعا، فلأن يجوز الرجوع فى الوصية قبل تمامها بالطريق الأولى؛ لأنه لا إلزام فيه على المتبرع. (عن)

(٥) قوله: "ولأن القبول [أى قبول الموصى له الوصية]" يمكن أن يقرر هذا الدليل بأن الملك موقوف على القبول، والقبول موقوف على الموت، فالملك موقوف على الموت، فقبل الموت لا يحصل الملك، فيصح للموصى الرجوع عن الوصية، وقوله: والإيجاب إلخ دفع دخل مقدر، تقريره أن الموصى أوجب الوصية، فكيف يرجع؟ فإن فيه إبطال الإيجاب.

(٦) فقبل الموت ما تحقق القبول، فبقى الإيجاب الصرف والإيجاب إلخ.

(٧) أى موت الموصى.

(٨) قوله: "كما فى البيع" أى الإيجاب المفرد يجوز إبطاله فى المعاوضات، كما فى البيع، ففى التبرع أولى. (ع)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(١٠) وهو أن يقول: رجعت عما أوصيت به لفلان.

(١١) قوله: "فظاهر" لما قلنا: إن الوصية تبرع، والقبول فيها موقوف على الموت. (غن)

(١٢) للمشترى.

(١٣) أى إذا فعل المشترى ما يدل على إبطال خياره.

(١٤) كمن غصب حنطةً فطحنها، أو حديدًا فاتخذه سيفًا، أو صفرًا فعمله آنية. (ك)

(١٥) فى الموصى به بعد الوصية.

(١٦) قوله: "كان رجوعًا" حتى إن من أوصى لإنسان بثوب، فقطعه وخاطه قيمصًا، أو أوصى بقطن، فغزله، أو بغزلة، فنسجه، أو أوصى بحديدة فاتخذه سيفًا، فهذه التصرفات دلالة الرجوع؛ لأنها استهلاك العين حكمًا، ألا ترى أنه

وكلّ فعل[١] يوجب زيادة في الموصى به، ولا يمكن تسليم العين إلا بها، فهو رجوع إذا فعله[٢] مثل السويق يلتّه[٣] بالسمن، والدار يبنى فيها الموصى، والقطن[٤] يحشو به[٥]، والبطانة يُبطّن[٦] بها، والظهارة[٧] يظهر بها؛ لأنه لا يمكنه[٨] تسليمُه بدون الزيادة، ولا يمكن نقضها؛ لأنه حصل في ملك الموصى من جهته.

بخلاف تجصيص[٩] الدار الموصى بها، وهدم بناءها؛ لأنه تصرف في التابع، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى، فهو رجوع، كما إذا باع العين الموصى به، ثم اشتراه، أو وهبه، ثم رجع فيه؛ لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه، فإذا أزاله كان رجوعًا، وذبح الشاة الموصى بها رجوع[١٠]؛ لأنه للصرف إلى حاجته عادة، فصار هذا[١١] المعنى أصلا[١٢] أيضًا، وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعًا؛ لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله[١٣] عادة، فكان[١٤] تقريرًا[١٥].

ينقطع ملك المغصوب منه بهذه التصرفات. (ك)

(١) قوله: "وكل فعل إلخ" أى كل فعل يوجب زيادة في الموصى به بحيث لا يمكن تمييزها، أو لا يستحق عليه نقضها، كان رجوعًا؛ لأنه لا يمكن تسليم العين الموصى به إلا بتسليم تلك الزيادة، ولا يجب ذلك عليه، فيدل على الرجوع، كما إذا لت السويق الموصى به بسمن، أو بنى بناء في الدار الموصى بها، وكذا إذا أوصى بقطن، ثم حشا بها، أو بثوب، فجعله ظهارة، أو بطانة؛ لأنه لا يجب عليه نقض ذلك؛ لكونه تصرفًا في ملكه، وهذا بخلاف تجصيص الدار، وهدم بناءها، حيث لا يكون رجوعًا؛ لأن البناء تبع، والتجصيص زينة. (غن)

(٢) الموصى.

(٣) أى يخلطه.

(٤) پنبه.

(٥) قوله: "يحشو به" حشو -بالفتح- آگندن وچيزيكه بالش وجز آن بدان آگنده كنند. (م)

(٦) تبطين: -جامه را استر كردن.

(٧) ابره وردى جامه. (م)

(٨) الموصى.

(٩) جصص البناء گچ اندود آن را. (من)

(١٠) قوله: "رجوع" وكان ينبغي أن لا يبطل الوصية؛ لأنه نقصان كما إذا قطع ثوبه، ولم يخطه، أو هدم بناء دار، ولكن نقول: يبطل الوصية؛ لأن الذبح دليل على استبقاءه على ملكه، فكان دليل الرجوع؛ لأنه تصرف لا يبقيه عادة إلى وقت الموت؛ لأن اللحم قلما يبقى عادة إلى وقت الموت، فصار من هذا الوجه دلالة للرجوع. (غن)

(١١) أى الصرف إلى حاجته.

(١٢) أى قاعدة كلية.

(١٣) لإزالة الوسخ.

(١٤) الغسل.

(١٥) للوصية. (غن)

قال[١]: وإن جحد الوصية[٢] لم يكن رجوعًا، كذا ذكره محمد[٣]، وقال أبو يوسف: يكون رجوعًا؛ لأن الرجوع نفى[٤] فى الحال، والجحود نفى فى الماضى والحال، فأولى أن يكون رجوعًا[٥].

ولمحمد أن الجحود نفى فى الماضى[٦]، والانتفاء فى الحال ضرورة[٧] ذلك[٨]، وإذا كان ثابتًا فى الحال[٩]، كان الجحود لغواً، أو لأن الرجوع[١٠] إثباتٌ فى الماضى، ونفىٌ فى الحال، والجحود نفى فى الماضى والحال، فلا يكون رجوعًا حقيقةً، ولهذا لا يكون[١١] جحود النكاح فرقة.

ولو قال[١٢]: كل وصية أوصيتُ بها لفلان، فهو حرام، وربا لا يكون رجوعًا؛ لأن الوصف[١٣] يستدعى بقاء الأصل، بخلاف ما إذا قال: فهى[١٤] باطلة؛ لأنه

---

(١) أى القدورى فى "مختصره". (من)

(٢) بأن قال: لم أوص لفلان، أو ما أوصيت له. (ع)

(٣) قوله: "كذا ذكره محمد" أى فى "الجامع الكبير" وذكر فى "المبسوط" أنه رجوع، قيل: ما ذكره فى "الجامع الكبير" محمول على أن الجحود كان عند غيبة الموصى له، وهذا لا يكون رجوعًا على الروايات كلها، وما ذكر فى "المبسوط" محمول على أن الجحود كان عند حضرة الموصى له، وعند حضرته يكون رجوعًا، وقيل: فى المسألة روايتان، وقيل: ما ذكر فى "الجامع" قول محمد، وما ذكر فى "المبسوط" قول أبى يوسف، وهو الأصح. (ك)

(٤) أى نفى الوصية. (ك)

(٥) قوله: "فأولى [ألا ترى أن جحود التوكيل عزل، وجحود المتبايعين إقالة. ك] إلخ" فإنه لما كان نفى الحال وحده رجوعًا، فنفى الماضى والحال أولى أن يكون رجوعًا. (ع)

(٦) قوله: "أن الجحود إلخ" أى لأن جحود الوصية نفى لها فيما مضى على معنى أن الوصية لم تكن واجبة، وانتفاء الوصية فى الحال لزم من ضرورة نفيها فى الماضى ضمنا، وما ثبت فى ضمن شيء إنما يصح إذا ثبت المتضمن، ولا يثبت المتضمن؛ لأنه كذب، فلا يثبت ما فى ضمنه أيضًا، وهو الانتفاء فى الحال؛ لأنه بناء على ذلك، فكانت الوصية ثابتة فى الحال؛ فلغا الجحود. (غن)

(٧) يعنى ضرورة النفى فى الماضى.

(٨) لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير. (ع)

(٩) قوله: "وإذا كان ثابتًا إلخ" أى إذا كان الكذب ثابتًا فى الحال؛ لكونه كاذبًا فى جحوده؛ إذ الغرض أنه أوصى، ثم جحد كان النفى فى الماضى باطلا، فبطل ما هو من ضروراته، وهو الانتفاء فى الحال، فكان الجحود لغواً. (ع)

(١٠) قوله: "أو لأن إلخ" أى أن الرجوع عن الوصية عبارة عن إثباتها فى الماضى، وإبطالها فى الحال، والجحود عبارة عن نفيها فى الماضى والحال جميعًا، فلما كان الرجوع إثباتًا فى الماضى، والجحود نفيًا فى الماضى لا يكون الجحود رجوعًا للمنافاة بين الإثبات والنفى. (عن)

(١١) قوله: "ولهذا لا يكون إلخ" فلا يستعار للطلاق؛ لأن الجحود يقتضى عدم النكاح فى الماضى، والطلاق يقتضى وجوده، فكانا متقابلين، فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر. (عناية)

(١٢) قوله: "ولو قال: كل وصية إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل "الجامع الكبير" إلا مسألة تأخير الوصية، وكلها مذكورة فى "مختصر الكرخى"، وقد ذكرناها صاحب "الهداية" ههنا على سبيل التفريع. (غن)

الذاهب المتلاشي.

ولو قال: أخرتها[١] لا يكون رجوعًا؛ لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين[٢]، بخلاف ما إذا قال: تركت؛ لأنه إسقاط.

ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان، فهو لفلان، كان رجوعًا؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة[٣]، بخلاف ما إذا أوصى به لرجل[٤]، ثم أوصى به لآخر؛ لأن المحل[٥] يحتمل الشركة، واللفظ صالح لها[٦].

وكذا إذا قال[٧]: فهو لفلان وارثي يكون رجوعًا عن الأول؛ لما بينا، ويكون وصية للوارث، وقد ذكرنا حكمه[٨].

ولو كان[٩] فلان الآخر ميتًا حين أوصى، فالوصية الأولى على حالها؛ لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني، ولم يتحقق، فبقي[١٠] للأول، ولو كان فلانٌ[١١] حين قال ذلك حيًا، ثم مات قبل موت الموصي، فهي للورثة[١٢]؛

---

(١٣) قوله: "لأن الوصف إلخ" يعني أن وصف الوصية بأنها حرام، أو ربا يقتضي كون أصل الوصية باقيًا، فإنه لا وجود لصفة بدون قيامها بالموصوف، فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم يكن الوصف بالحرمة، أو الربا دليل الرجوع، بخلاف قوله: فهي باطلة؛ لأن الباطل هو المضمحل المتلاشي، فكان قوله: فهي باطلة دليل الرجوع. (غن)

(١٤) أي كل وصية أوصيت بها لفلان، فهي باطلة. (غن)

(١) وصية.

(٢) قوله: "كتأخير الدين" ألا ترى أنك لو قلت لرجل: لك عليه دين قد تركت عليك ديني، كان تركًا، ولو قال: قد أخرت عنك لم يكن تركًا. (كرخي)

(٣) قوله: "يدل على قطع إلخ" قيل: لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره. (عناية)

قوله: "يدل على قطع الشركة" لأن هذا اللفظ يقطع شركة الأول عن الأول؛ لأن العبد الواحد لا يكون بتمامه موصى به مع كونه بتمامه لفلان. (مل)

(٤) فالعبد بين الموصى لهما نصفين. (غن)

(٥) عبد.

(٦) قوله: "واللفظ صالح لها" لأن هذا اللفظ لا يقتضي قطع الشركة، ولهذا لو جمع بينهما، بأن قال: هو لفلان، ولفلان لا يقطع شركة الأول. (كفاية)

(٧) أي قال: كل وصية أوصيت بها لفلان، فهو لفلان وارثي. (غن)

(٨) قوله: "وقد ذكرنا حكمه" وهو أن الورثة بالخيار إن شاءوا أجازوا، وإن شاءوا ردوا. (كفاية)

(٩) قوله: "ولو كان إلخ" يعني لو قال: كل وصية أوصيت بها، فهي لفلان الآخر، وكان فلان الآخر حين أوصى له ميتًا لم يصح الرجوع، فإنه لم يصح النقل عن الوصية الأولى؛ لأن الوصية للميت باطلة، فصار كأنه لم يوص لأحد بعد الوصية الأولى. (غن)

(١٠) الوصية.

لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع، والثانية بالموت، والله أعلم.

باب الوصيّة بثلث المال[١]

قال[٢]: ومن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بثلث ماله، ولم تجز الورثة[٣]، فالثلث بينهما؛ لأنه يَضيق الثلث عن حقهما؛ إذ لا تزاد[٤] عليه عند عدم الإجازة على ما تقدّم[٥]، وقد تساويا في سبب الاستحقاق، فيستويان في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة، فيكون بينهما.

وإن أوصى لأحدهما بالثلث[٦]، والآخر بالسدس، فالثلث بينهما أثلاثًا؛ لأن كلّ واحد منهما يُدْلى[٧] بسببٍ صحيح[٨]، وضاق الثلث[٩] عن حقيهما، فيقسمانه على قدر حقيهما، كما في أصحاب الديون[١٠]، فيجعل الأقلّ سهمًا، والأكثر سهمين، فصار ثلاثة أسهم، سهم لصاحب الأقل[١١]، وسهمان لصاحب الأكثر[١٢].

---

(١١) قوله: "ولو كان فلان إلخ" يعني إذا كان الفلان الآخر حيًا حين أوصى له يصح النقل عن الوصية الأولى، ثم إذا مات الموصى له الثاني قبل موت الموصى يبطل الوصية الثانية أيضًا بموته قبل الموصى، فبطلت الوصيتان جميعًا الأولى برجوع الموصى عنها، والثانية بموت الموصى له الثاني قبل موت الموصى. (غاية البيان)

(١٢) أي لورثة الموصى، لا لفلان ولا لورثته. (ك)

(١) قوله: "باب الوصية إلخ" لما كان أقصى ما يدل عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال، ذكر المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الباب. (عناية)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "ولم تجز الورثة" إنما قيد بقوله: ولم تجز الورثة؛ لأنه إذا أجاز الورثة يضرب كل واحد من الموصى لهما بوصيته، فيكون لهما الثلثان، والثلث للورثة، فإذا انعدمت الإجازة كان الثلث بينهما نصفين، والثلثان للورثة؛ لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق؛ لأنه ليس واحد منهما أحق بثلث المال من الآخر، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق؛ لأن ثبوت الحكم بقدر ثبوت العلة، فيكون ثلث المال بينهما نصفين؛ لأنه هو محل الوصية، وهو قابل للشركة. (غن)

(٤) الوصية.

(٥) أي في أول كتاب الوصايا.

(٦) هذا أيضًا لفظ القدوري. (غن)

(٧) إدلاء بالكسر: كشيدن. (م)

(٨) قوله: "بسبب صحيح" الفرق بين السبب الصحيح، وغير الصحيح على قول أبي حنيفة: إن كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه، فهو سبب صحيح، وما لا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنى ينضم إليه ليس بصحيح، ألا ترى أن الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنى آخر، أما إقرار، أو بينة، أو حكم حاكم. (غن)

(٩) لأن حقهما يزيد على الثلث بسدس. (غن)

(١٠) أي غرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه. (غن)

(١١) سدس.

وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله[١]، ولآخر بثلث ماله، ولم تُجزِ الورثة[٢]، فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما[٣].

وقال أبو حنيفة: الثلث بينهما نصفان، ولا يضرب أبو حنيفة[٤] للموصى له بما زاد على الثلث إلا فى المحاباة[٥]، والسعاية[٦] والدراهم المرسلة[٧].

لهما فى الخلافية[٨] أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق[٩] والتفضيل[١٠]،

(١٢) ثلث.

(١) هذا أيضًا لفظ القدورى فى "مختصره".

(٢) قوله: "ولم تجز الورثة" إنما قيد بعدم إجازة الورثة؛ لأنه إذا أجاز الورثة يكون لصاحب الجميع خمسة، ولصاحب الثلث سهم واحد عند أبى حنيفة، وفى قول أبى يوسف ومحمد: لصاحب الجميع ثلث أرباعه، ولصاحب الثلث ربعه. (غن)

(٣) سه حصه موصى له بجميع المال را ويک حصه موصى له بثلث را. (ترجمه)

(٤) قوله: "ولا يضرب [أى لا يعطى أبو حنيفة له شيئًا زائدًا] إلخ" يقال: ضرب له فى ماله سهمًا أى جعل، فعلى هذا يكون ما فى "المختصر" على حذف المفعول أى لا يجعل له شيئًا فيه، ولا يعطيه، كذا فى "المغرب"، وذكر فيه أيضًا ضرب فى الجزور بسهم إذا شرك فيها، وأخذ منها نصيبًا، وقال الفقهاء: فلان يضرب فيه بالثلث أى يأخذ منه شيئًا بحكم ماله من الثلث. (غن)

(٥) قوله: "إلا فى المحاباة" صورة المحابة أن يكون له عبدان قيمة أحدهما مائة وألف، وقيمة الآخر ست مائة، وأوصى بأن يباع أحدهما بفلان بمائة، والآخر بفلان آخر بمائة، فحصل المحاباة ههنا لأحدهما بالألف، والآخر بخمس مائة، وذلك كله وصيته؛ لأنه فى حال المرض، فإن لم يكن له مال غير هذين العبدين، ولم تجز الورثة، جازت المحاباة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثًا يضرب الموصى له بألف بحسب وصيته، وهى الألف، والموصى له الآخر بحسب وصيته هى خمس مائة، فماله محاباة الألف يأخذ ثلثى الثلث، وماله محاباة خمس مائة يأخذ ثلث الثلث، فإن الألف ثلثان من ألف وخمس مائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبى حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث. (مل)

(٦) قوله: "والسعاية" صورة السعاية أن يوصى بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان، ولا مال له غيرهما، إن أجازت الورثة يعتقان جميعًا، وإن لم يجيزوا يعتقان من الثلث، وثلث ماله ألف، فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذى قيمته ألفان، ويسعى فى الباقى، والثلث للذى قيمته ألف، ويسعى فى الباقى. (ع)

(٧) قوله: "والدراهم المرسلة [أى المطلقة، وهى ما كانت وصيته بشىء غير عينه، ولم ينسب إلى جزء من المال. ك]" صورة الدراهم المرسلة هى أن يوصى لرجل بألفين، ولآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم، ولم تجز الورثة، فإنه يكون بينهما أثلاثًا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته؛ لأن الوصية فى مخرجها صحيحة؛ لجواز أن يكون له مال آخر، فيخرج هذا القدر من الثلث، ولا كذلك فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصف ماله، أو بجميع ماله؛ لأن اللفظ فى مخرجه لم يصح؛ لأن ماله لو كثر، أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية، ولا يخرج من الثلث. (ع)

(٨) وهو ما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله، والآخر بثلثه.

(٩) قوله: "قصد إلخ" أى قصد بوصيته بجميع ماله أن يكون الموصى له مستحقا لجميع ماله، وأن يكون سهمه فاضلا عن سهم الموصى له بالثلث، وامتنع الأول لتعلق حق الورثة بما زاد على الثلث، ويثبت الباقى لعدم المانع، فيضرب الموصى له بالكل بجميع وصيته، فيكون الثلث بينهما أرباعًا، ويكون سهم الموصى له بالكل فاضلا عن سهم الموصى له بالثلث، فيحصل مقصود الميت بقدر الإمكان. (مل)

(١٠) أى تفضيل بعض أهل الوصايا على البعض. (ع)

وامتنع الاستحقاق لحقّ الورثة، ولا مانع من التفضيل، فيثبت كما فى المحاباة وأختيها[١].

وله أن الوصيّة[٢] وقعت بغير المشروع[٣] عند عدم الإجازة من الورثة؛ إذ لا نفاذَ لها[٤] بحال، فبطل أصلا.

والتفضيلُ يثبت فى ضمن الاستحقاق، فبطل ببطلانه[٥] كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع[٦].

بخلاف مواضع الإجماع[٧]؛ لأن لها نفاذًا فى الجملة[٨] بدون إجازة الورثة، بأن كان فى المال سعةٌ، فتعتبر فى التفاضل؛ لكونه مشروعًا فى الجملة، بخلاف ما نحن فيه. وهذا[٩] بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته، وقيمتُه تزيد على الثلث، فإنه[١٠] يضرب بالثلث، وإن[١١] احتمل أن يزيد المال، فيخرج من الثلث؛ لأن هناك

---

(١) أى السعاية والدراهم المرسلة.

(٢) قوله: "أن الوصية إلخ" يعنى أن وصية الموصى بما زاد على الثلث وصيته بغير المشروع؛ لأنه لا يملك ذلك إذا لم تجز الورثة، فإذا لم يثبت الاستحقاق فى الزائد على الثلث لا يثبت بالفضل أيضًا؛ لأنه بناء على الاستحقاق، وثابت فى ضمنه، فإذا انتفى المتضمن انتفى ما فى ضمنه. (غن)

(٣) أى الزيادة على الثلث.

(٤) أأى لهذه لوصية.

(٥) والزيادة لما بطلت بقى كل منهما موصى بالثلث، وفى ذلك يتساويان، فكذلك ههنا. (ك)

(٦) أى يبطل المحاباة ببطلان البيع، ويصح بصحته. (ك)

(٧) أى المسائل الثلاث المذكورة، يعنى المحابة وأختيها.

(٨) قوله: "لأن لها [أى للوصية فى هذه المواضع] نفاذًا إلخ" أى لأن الوصية ثمه صحيحة فى مخرجها؛ لأن لها نفاذا فى الجملة من غير إجازة الورثة؛ لأنه يجوز أن يكتسب مالا قبل الموت، فيخرج الوصايا من الثلث، وليس كذلك إذا أوصى بجميع المال لواحد، ولآخر بالثلث؛ لأن ماله، وإن كثر لا يخرج ذلك من الثلث، فعلم أن الوصية لم تصح فى مخرجه. (غن)

(٩) قوله: "وهذا [أى الوصية بالدراهم المرسلة] بخلاف إلخ" أى لا يقال: يرد على ما قلتم فى الوصية المرسلة الوصية بعين من التركة مثل عبد، أو فرس مثلا قيمته تزيد على الثلث حيث لا يضرب فيه الموصى له بأكثر من الثلث، وإن كان يحتمل أن يخرج من الثلث أيضًا بأن يتسع ماله بالاكتساب؛ لأن ثمه تعلق حق الورثة بعين التركة؛ لأنه لما مات استحق عليه الورثة فيما زاد على الثلث من ذلك العين، فكانت الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة ظاهرًا قبل أن يظهر زيادة فى المال، فلم يصح، ولهذا لم يضرب إلا فى الثلث.

ألا ترى أن ذلك العين إذا هلكت بطلت الوصية، وفى الدراهم المرسلة ونحوها لم تلاقِ الوصية حق الورثة ظاهرًا؛ لأنه وقع بمال مرسل، لا بمحل بعينه، ولهذا إذا هلكت، ينفذ الوصية فيما يستفاد بعد ذلك، فلم يكن الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة، فكانت الوصية فى مخرجها صحيحة. (غاية البيان)

(١٠) أى فإن الموصى به بذلك العين.

(١١) الواو وصلية.

الحق[١] تعلق[٢] بعين التركة بدليل أنه لو هلك[٣]، واستفاد مالا آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد، فلم يكن[٤] متعلّقًا بعين ما تعلّق به حق الورثة.

قال[٥]: وإذا أوصى بنصيب ابنه[٦]، فالوصية باطلة، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز[٧]؛ لأن الأول وصيّةٌ بمال الغير[٨]؛ لأن نصيب الابن ما يصيبه[٩] بعد الموت، والثاني[١٠] وصيّةٌ بمثل نصيب الابن، ومثل الشيء غيره، وإن كان يتقدّر به فيجوز.

وقال زفر: تجوز في الأول[١١] أيضًا، فنظر[١٢] إلى الحال[١٣]، والكلُّ[١٤] ماله[١٥] فيه، وجوابُه ما قلنا[١٦].

قال[١٧]: ومن أوصى بسهم من ماله، فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس، فيُتَمّ له[١٨] السدس، ولا يزاد عليه، وهذا عند أبي حنيفة[١٩].

---

(١) أي حق الموصى له. (ك)

(٢) قوله: "تعلق" وحق الورثة متعلق بعين التركة أيضًا فيما زاد على الثلث، فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين. (كفاية)

(٣) العين.

(٤) الحق.

(٥) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٦) والابن موجود، وإن لم يكن الابن موجودًا، صحت الوصية، كذا في "العناية".

(٧) قوله: "جاز [كان له ابن أو لم يكن. ع]" ويكون ذلك وصية بنصف المال إذا كان له ابن واحد، فإن أجازه جاز، وإلا كان له الثلث. (غن)

(٨) والوصية بمال الغير لا تجوز. (ع)

(٩) بنص الكتاب. (ع)

(١٠) وذكر نصيب الابن للتقدير. (ك)

(١١) أي إذا أوصى بنصيب ابنه.

(١٢) أي زفر. (ك)

(١٣) لا المآل.

(١٤) أي كل المال.

(١٥) أي مال الميت في الحال، فلم يكن وصيته بمال الغير. (غن)

(١٦) وهو قوله: لأن الأول وصية بمال الغير. (ع)

(١٧) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٨) أي للموصى له.

وقالا: له مثل[١] نصيب[٢] أحد الورثة، ولا يزاد على الثلث إلا أن تجيز الورثة؛ لأن السهم[٣] يراد به أحد سهام الورثة عرفًا لا سيّما في الوصية[٤]، والأقلّ متيقّن به، فيُصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث، فيرد عليه[٥]؛ لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة.

وله أن السهم هو السدس هو المرويّ عن ابن مسعود رضى الله عنه[٦]، وقد رفعه[٧] إلى النبى عليه السلام فيما يروى*، ولأنه[٨] يذكر، ويراد به السدس، فإن إياسًا[٩] قال: السهم فى اللغة عبارة عن السدس، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة، فيُعْطى ما ذكرنا[١٠]، قالوا[١١]: هذا كان فى عرفهم[١٢]، وفى عرفنا

(١٩) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة" فهذه الرواية تفيد أنه لا ينقص عن السدس، ولا يزاد عليه، وفى "المبسوط": إذا أوصى لرجل بسهم من ماله، فله مثل أخس سهام ورثته إلا أن يكون أخس سهام الورثة أكثر من السدس، فلا يزاد عليه فى قول أبى حنيفة، وقال فى "الجامع الصغير": له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس، فحينئذٍ يعطى له السدس، فعلى رواية الأصل جوز أبو جنيفة النقصان عن السدس، ولم يجوز الزيادة على السدس، وعلى رواية "الجامع الصغير" جوز الزيادة على السدس، ولم يجور النقصان عن السدس، ورواية "الهداية" تخالفهما حيث لم يجوز الزيادة، ولا النقصان، وقيل: عن هذا الحق بهذا الموضع الإمام جلال الدين ابن المصنف قوله: وفى رواية إلا أن يزيد على السدس، فيكون له السدس. (كفاية)

(١) قوله: "له مثل إلخ" أى له أقل الأنصباء لكن ذلك الأقل لو زاد على السدس يزاد عندهما، ولكن لا يزاد على الثلث صورة هذه المسألة إذا أوصت المرأة بسهم من مالها، ثم ماتت وتركت زوجًا وبنتًا، يعطى له السدس فى قول أبى حنيفة، وعندهما يعطى له الربع. (كفاية)

(٢) الذى له أقل الأنصباء.

(٣) قوله: "لأن السهم إلخ" أى الوصية أخت الميراث، ثم الميراث مخصوص بسهام المواريث، فكذا الوصية تنصرف إلى السهم المعروف فى الميراث، لكن الأقل يتيقن مرادًا لكونه يقينًا إلا أن يزيد أقل الأنصباء على الثلث مثل رجل هلك، وترك أختًا وعمًّا، ومثل امرأة تركت زوجًا وأختًا، وأوصى أحدهما لرجل بسهم من ماله، فيكون موصيا بالنصف، فلا يسلم الفضل على الثلث إلا بالإجازة. (غن)

(٤) لأنها أخت الميراث.

(٥) الثلث.

(٦) قوله: "هو المروى إلخ" روى محمد فى "الأصل" عن عبد الله بن مسعود أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله، فقال: له السدس. (عن)

(٧) قوله: "وقد رفعه إلخ" قلت: أخرجه البزار فى "مسنده" عن ابن مسعود أن رجلا أوصى لرجل بسهم من ماله، فجعل له النبى ﷺ السدس، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠٧، والدراية ج٢ ص٢٩١، الحديث ١٠٥٩. (نعيم)

(٨) السهم.

(٩) ابن معاوية بن قرة، قاضى بصرة.

(١٠) قوله: "فيعطى [أى قوله: فله أخس سهام إلخ] ما ذكرنا" أى الأقل من سهام الورثة، ومن السدس للتيقن به،

السهم كالجزء.

قال(١): ولو أوصى بجزء من ماله(٢)، قيل للورثة: أعطوه ما شئتم؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصيّة(٣)، والورثة قائمون مقام الموصي، فإليهم البيان.

قال: ومَنْ قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس، أو في مجلس أخر: له ثلث مالي، وأجازت الورثة، فله ثلث المال(٤)، ويدخل السدس(٥) فيه، ومَنْ قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس، أو في غيره: سدس مالي لفلان(٦)، فله سدسٌ واحدٌ(٧)؛ لأن السدس ذكر معرّفاً بالإضافة إلى المال، والمعرفة إذا عيدت يراد بالثاني عين الأول هو المعهود في اللغة(٨).

قال(٩): ومَن أوصى بثلث دراهمه(١٠)، أو بثلث غنمه، فهلك ثلثا ذلك(١١)،

أو الأكثر منهما كي لا ينقص من السدس على حسب اختلاف الروايتين، ورواية هذا الكتاب إلا أن ينقص عن السدس، فيتم له السدس، ولا يزاد عليه لا يوافقها قوله: فيعطى ما ذكرنا على هذا التفسير. (كفاية)

(١١) أي مشايخنا. (ع)

(١٢) أهل كوفة.

(١) أي القدوري في "مختصره".

(٢) ولو أوصى ببعض من ماله، أو بطائفة، أو بنصيب، أو بشيء، فالحكم كذلك.

(٣) لأن باب الوصية أوسع.

(٤) معناه أن حقه الثلث، وإن أجازت الورثة. (ع)

(٥) قوله: "ويدخل السدس" من حيث إنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب الثلث على السدس، فيجعل السدس داخلا في الثلث؛ لأنه متيقن، وحملا للكلام على ما يمكه، وهو الإيصاء بالثلث. (عناية)

(٦) ذلك لفلان.

(٧) قوله: "فله سدس واحد" وهذا لا يشكل إذا قال: في مجلس واحد؛ لأن الكلام الثاني خرج مخرج التكرار، فأما إذا أقر بالسدس في مجلسين مختلفين لا يكون إلا سدس واحد؛ لأن الوصية وجوبها بعد الموت، ألا ترى أن قبول الوصية وردها لا يعتبر حال حياة الموصى، وإنما يعتبران بعد الموت، وإذا ثبت أن وجوب الوصية بعد الموت يستوى فيه المجلس وغير المجلس. (غن)

(٨) قوله: "هو المعهود في اللغة" أي الأعم الأغلب، أما إذا دل الدليل على أنه أريد بالثاني غير الأول لم يكن عينه إذًا، كما في قوله تعالى: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقًا لما بين يديه من الكتاب﴾. (ك)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٠) قوله: "ومن أوصى إلخ" قال محمد في "الجامع": محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يوصى لرجل بثلث ثلاثة دراهم، فهلك درهمان من تلك الدراهم، وبقي درهم، وذلك يخرج من الثلث يكون له الدرهم كله، و كذلك إذا أوصى بثلث ثياب له من صنف واحد، فهلك ثلثاها، فله الثلث الباقي كله، وإن أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه، فهلك اثنان، وبقي واحد لم يكن له إلا ثلثه، و كذلك الدور المختلفة، إلى ههنا لفظ أصل "الجامع الصغير"، وقال زفر: للموصى

وبقى ثلثه، وهو يخرج[١] من ثلث ما بقى من ماله[٢]، فله[٣] جميع ما بقى[٤].

وقال زفر: له ثلث ما بقى[٥]؛ لأن كل واحد[٦] منها مشترك بينهم[٧]، والمالُ المشترك يتوى[٨] ما توى[٩] منه على الشركة، ويبقى ما بقى عليها، وصار كما إذا كانت التركة أجناسًا مختلفةً[١٠].

ولنا أن فى الجنس الواحد يمكن جمع حقّ أحدهم[١١] فى الواحد، ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة[١٢]، وفيه[١٣] جمعٌ[١٤]، والوصية مقدمةٌ، فجمعناها فى الواحد الباقى[١٥]، وصارت الدراهم كالدرهم[١٦]، بخلاف الأجناس المختلفة[١٧]؛

له ثلث الدرهم الباقى لا غير، وعلى هذا الخلاف كل ما كان من جنس واحد، كما لو كان ثلاثة أثواب من جنس واحد، فأوصى لرجل بثلث هذه الأثواب الثلاثة، أو كان له شياه، فأوصى بثلثها لرجل، فهلك اثنان، وبقى واحد، فعندنا للموصى له جميع الثوب الباقى، وجميع الشاة الباقية، وعنده له ثلث الثوب الباقى، وثلث الشاة الباقية، وكذلك المكيل، وكذلك الموزون. (غن)

(١١) أى الدراهم أو الغنم.

(١) قوله: "وهو يخرج" أى الثلث الباقى بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصى. (غن)

(٢) سوى الدراهم، أو الغنم.

(٣) أى للموصى له.

(٤) أى جميع الثلث الباقى من الدراهم، أو الغنم.

(٥) من الدراهم أو الغنم.

(٦) أى من الهالك والباقى. (ع)

(٧) أى بين الورثة والموصى له. (ع)

(٨) أى يهلك.

(٩) كذلك ههنا الذى هلك هلك أثلاثًا، والذى بقى بقى أثلاثًا. (غن)

(١٠) قوله: "أجناسًا مختلفةً" بأن كان له إبل وبقر وغنم، فأوصى بثلث هذه الأصناف لرجل، فهلك صنفان، وبقى صنف واحد أعنى بقى الإبل، أو بقى البقر، أو بقى الغنم، فللموصى له ثلث الباقى فى قولهم جميعًا. (غن)

(١١) قوله: "يمكن جمع إلخ" أى يمكن جمع حق شائع لكل واحد فى فرد واحد، ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع، وإذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقى تقديمًا للوصية على الإرث؛ لأن الموصى له جعل حاجته فى هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به، فكان حق الورثة كالتبع، وحق الموصى له كالأصل، والأصل فى مال اشتمل على أصل، وتبع؛ إذ هلك شيء منه أن يجعل الهالك من التبع دون الأصل كمال المضاربة إذا كان فيه ربح، وهلك بعضه يصرف الهلاك إلى الربح، لا إلى رأس المال. (ع)

(١٢) إذا كانت الأشياء المشتركة من جنس واحد طلب واحد من الشركاء القسمة.

(١٣) الواو حالية.

(١٤) أى جمع حق شائع لكل واحد فى فرد واحد.

(١٥) من الثلث.

(١٦) قوله: "وصارت الدراهم إلخ" أى صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد، ولو أوصى

لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً[١]، فكذا تقديمًا.

قال[٢]: ولو أوصى بثلث ثيابه، فهلك ثلثاها، وبقى ثلثها، وهو[٣] يخرج من ثلث ما بقى من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقى من الثياب.

قالوا[٤]: هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة، ولو كانت من جنس واحد، فهو بمنزلة الدراهم[٥]، وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها[٦]؛ لأنه يجرى فيه[٧] الجمع جبرًا بالقسمة.

ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه، فمات اثنان لم يكن له[٨] إلا ثلث الباقى، وكذا الدور المختلفة.

وقيل[٩]: هذا على قول أبى حنيفة[١٠] وحده؛ لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها[١١]، وقيل: هو قول الكل؛ لأن عندهما للقاضى أن يجتهد[١٢]، ويجمع، وبدون ذلك[١٣] يتعذر الجمع[١٤]، والأول أشبه[١٥] للفقه المذكور.

بدرهم، وله ثلاثة دراهم، فهلك درهمان، وبقى درهم، وهو يخرج من الثلث، كان له الدرهم، فكذا هذا. (عناية)

(١٧) قوله: "بخلاف الأجناس إلخ" جواب عن قول زفر: كما إذا كانت التركة أجناسًا، ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن، فإنه إذا تركها، وطلب بعض الورثة القسمة، وأبى الباقون، فإن القاضى لا يجبرهم على القسمة؛ لأن الغرض من القسمة الانتفاع، فلا بد من المعادلة، وهى فيها متعذرة، وإذا تعذر الجمع تعذر التقديم؛ لأن فيه الجمع، فبقى الكل مشتركًا بين الورثة، والموصى له أثلاثًا، فما هلك هلك على الشركة، وما بقى بقى عليها أثلاثًا. (ع)

(١) على القسمة.

(٢) أى القدورى فى "مختصره".

(٣) أى الثلث الباقى.

(٤) المشايخ.

(٥) أى له الثوب الباقى إذا كان يخرج من الثلث كالدراهم الباقى. (غن)

(٦) فيكون له جميع الباقى. (غن)

(٧) أى فى المكيل والموزون.

(٨) أى للموصى له لكثرة التفاوت.

(٩) قوله: "وقيل: هذا" أى هذا الجواب فى الرقيق والدور المختلفة إذا بقى واحد لا يكون له إلا ثلث الباقى هو قول أبى حنيفة وحده، وعندهما جميع الباقى، وقيل: هو قولهم جميعًا. (غن)

(١٠) قوله: "على قول أبى حنيفة" أما على قولهما: فالدور جنس واحد، وكذلك الرقيق، فيكون للموصى له العبد الباقى، والدار الباقية؛ لأنه يجوز للقاضى أن يقسم قسمة واحدة، فيجمع نصيب كل واحد منهم فى عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس، وإلى هذا مال الفقيه أبو الليث، والإمام فخر الإسلام. (ع)

(١١) أى فى الدور المختلفة والعبيد.

(١٢) أى يجوز للقاضى أن يجتهد إلخ، إذا مصلحة فى ذلك ولا يجب.

(١٣) قوله: "وبدون ذلك" أى بدون اجتهاد القاضى يتعذر جمع نصيب أحدهما فى العبد الواحد، والدار

قال[(١)]: ومن أوصى لرجل بألف درهم، وله مالٌ عينٌ[(٢)]، ودينٌ[(٣)]، فإن خرج[(٤)] الألف من ثلث العين دُفع[(٥)] إلى الموصى له؛ لأنه أمكن إيفاء كلّ ذى حقّ حقّه من غير بخس[(٦)]، فيصار إليه، وإن لم يخرج[(٧)] دفع إليه ثلث العين.

وكل ما خرج شىء من الدين، أخذ ثلثه[(٨)] حتى يستوفى[(٩)] الألف؛ لأن الموصى له شريك الوارث، وفى تخصيصه[(١٠)] بالعين بخسٌ فى حقّ الورثة؛ لأن للعين فضلا على الدين، ولأن الدين[(١١)] ليس بمال فى مطلق الحال، وإنما يصير[(١٢)] مالا عند الاستيفاء، فإنما يعتدل النظر[(١٣)] بما ذكرناه.

الواحدة، فكان المال على الشركة ما بقى وما هلك. (مل)

(١٤) قوله: "يتعذر الجمع" يعنى الجمع إنما يتحقق بقضاء القاضى عن اجتهاد عندهما، فلا يتحقق الجمع بدونه، بل يتعذر، ولا قضاء فيما نحن فيه، فلم يتحقق الجمع إجماعًا، ولكن الأول أشبه للفقه المذكور، وهو ما سبق أنه متى أمكن الجمع جبراً أمكن جمعه تقديمًا. (ك)

(١٥) قوله: "والأول [وهو أن يكون فى المسألة خلاف] أشبه" أى الذى قيل: إن هذا قول أبى حنيفة وحده أشبه بمذهب أبى حنيفة، فيكون عنده للموصى له ثلث الباقى، وعندهما له جميع الباقى؛ لأنهما يجعلان جنساً واحداً. (غن)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) أى نقد غير دين.

(٣) على الآخر.

(٤) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقداً. (ع)

(٥) الألف من العين.

(٦) كم كردن حق كسى را. (م)

(٧) الألف من ثلث العين، بأن كان له ألفًا درهم نقداً.

(٨) قوله: "أخذ [الموصى] ثلثه إلخ" فإن قيل: الموصى به ألف من المال، والدين ليس بمال، فإن من حلف أنه لا مال له لم يحنث بمديون له ديون على الناس سلمناه، ولكن لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقًا، فإن من أوصى لرجل بشىء معين هو يخرج من الثلث، فهلك، فلا ضمان على الوارث، ولو كان شريكا له يوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقى من المال، والجواب عن الأول: أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا فى الحال، أو فى المال؛ لأن الوصية متعلقة بالتركة، وكلاهما تركة، وعن الثانى: بأنه شريك الوارث إذا كانت فى غير معين، وأما فى المعين، فإن الوارث كالمودع لا يضمن إذا لم يتعد. (ع)

(٩) الموصى له.

(١٠) الموصى له.

(١١) قوله: "ولأن الدين إلخ" أى الدين ليس بمال فى الحال إنما يصير مالا فى المال عند الاستيفاء، والعين مال مطلقًا فى جميع الأحوال. (كفاية)

(١٢) الدين.

(١٣) قوله: "فإنما يعتدل النظر [إلى الورثة والموصى له] إلخ" أى النظر فى حق الموصى له، والورثة بإيفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فى حق الآخر، وهو أن لا يتخصص الموصى له بالعين، إذالم يخرج الثلث من العين. (غن)

قال[١]: ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله، فإذا عمروٌ ميت[٢]، فالثلث كله لزيد؛ لأن الميّت ليس بأهل للوصيّة، فلا يزاحم الحي الذى هو من أهلها، كما إذا أوصى لزيد وجدار.

وعن أبى يوسف أنه إذا لم يعلم بموته[٣]، فله[٤] نصف الثلث؛ لأن الوصيّة عنده[٥] صحيحة لعمرو، فلم يرضَ للحى إلا نصف الثلث.

بخلاف ما إذا علم[٦] بموته، لأن الوصية للميّت لغوٌ، فكان[٧] راضيًا بكل الثلث للحى، وإن قال: ثلث مالى بين زيد وعمرو، وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث؛ لأن قضيّة هذا اللفظ[٨] أن يكون لكلّ واحد منهما نصف الثلث، بخلاف ما تقدم[٩].

ألا ترى أن من قال: ثلث مالى لزيد، وسكت كان له كل الثلث، ولو قال: ثلث مالى بين فلان، وسكت لم يستحق الثلث.

قال[١٠]: ومن أوصي بثلث ماله، ولا مال له، واكتسب مالا، استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت؛ لأن الوصية[١١] عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت، ويثبت حكمه بعده، فيشترط وجود المال عند الموت، لا قبله، وكذلك[١٢] إذا كان له مال، فهلك، ثم اكتسب مالا؛ لما بينا[١٣].

---

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) قوله: "فإذا عمروٌ ميت" أى وقت الوصية أما إذا كان حيًا، ثم مات، فلزيد نصف الثلث، والنصف الآخر لورثة الموصى إن مات عمرو قبل الموصى، وإن مات بعده، فنصيبه من الثلث لورثته. (كفاية)

(٣) قوله: "أنه إذا لم يعلم [الموصى] إلخ" ولم يفرق بين علم الموصى بحياته، وعدمه فى ظاهر الرواية؛ لأن استحقاق الحى منهما لجميع الثلث؛ لعدم المزاحمة عند إيجاب الموصى، وفى هذا لا فرق بين العلم وعدمه. (ع)

(٤) زيد.

(٥) الموصى.

(٦) الموصى.

(٧) الموصى.

(٨) أى بين إلخ.

(٩) أى ثلث مالى لزيد وعمرو. (م)

(١٠) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١١) قوله: "لأن الوصية إلخ" أى لأن الوصية عقد مضاف إلى ما بعد الموت؛ لأنه تمليك بعد الموت، ولهذا يعتبر القبول والرد بعد الموت، وكان وجود المال عند الموت شرطا، لا قبله، والمضاف إلى الشرط كالموجود عنده، فصار كأنه قال: عند الموت ثلث مالى لفلان يستحق ثلث ما يملكه فى ملك الحال، ولا يعتبر ما قبله. (عن)

(١٢) أى استحق الثلث.

ولو أوصى[١] له بثلث غنمه، فهلك الغنم قبل موته[٢]، أو لم يكن له[٣] غنم في الأصل، فالوصية باطلة؛ لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت، فيُعتبر قيامُه[٤] حينئذٍ، وهذه الوصيّة تعلّقت بالعين، فتبطل[٥] بفواتها عند الموت، وإن لم يكن له[٦] غنم فاستفاده، ثم مات.

فالصحيح أن الوصيّة تصح[٧]؛ لأنها لو كانت بلفظ المال تصح[٨]، فكذا إذا كانت باسم نوعه[٩]، وهذا لأن وجوده[١٠] قبل الموت فضل، والمعتبر قيامه عند الموت، ولو[١١] قال[١٢] له: شاة من مالي، وليس له غنم يعطى قيمة شاة؛ لأنه[١٣] لما أضافه[١٤] إلى المال، علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة[١٥]؛ إذ ماليّتُها توجد في مطلق المال.

ولو أوصى بشاة، ولم يضفه إلى ماله، ولا غنم له، قيل: لا يصح؛ لأن المصحح إضافته إلى المال، وبدونها[١٦] تعتبر صورة الشاة، ومعناه، وقيل: تصح؛

---

(١٣) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن الوصية استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت. (غن)

(١) هذه من مسائل "الأصل" ذكرنا تفريعاً على مسألة "مختصره". (غن)

(٢) الموصي.

(٣) أي للموصي.

(٤) أي قيام ماأوصى به حين الموت.

(٥) العين.

(٦) الموصي.

(٧) قوله: "فالصحيح أن إلخ" احتراز عن قول بعض المشايخ: إن الوصية باطلة؛ لأنه أضاف إلى مال خاص، فصار بمنزلة العين، كما لو أوصى بهذه الشاة، ولم تكن في ملكه، ثم ملك فإنها غير صحيحة، قال الفقيه أبو الليث: هذا القول ليس بصحيح عندنا؛ لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين، فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال. (ع)

(٨) قوله: "لأنها إلخ" يعني لو أوصى بثلث ماله لرجل، فهلك ذلك المال، واكتسب مالا آخر كان ثلث ما اكتسبه للموصى له، والمال اسم الجنس، والغنم اسم النوع، ففيما ذكر باسم الجنس يعتبر الموجود وقت الموت، فكذا فيما ذكر باسم النوع؛ لأن الوصية وجوبها وقت الموت. (غن)

(٩) المال، غنم.

(١٠) أي وجود ما أوصى به.

(١١) ذكره تفريعاً.

(١٢) الموصي.

(١٣) الموصي.

(١٤) أي أضاف ما أوصى به، وعينه لا توجد في المال. (غن)

(١٥) لا بعين الشاة.

(١٦) الإضافة.

لأنه لما ذكر الشاة، وليس فى ملكه شاةٌ، علم أن مراده الماليّةُ(١).

ولو قال(٢): شاة من غنمى، ولا غنم له، فالوصية باطلة؛ لأنه لما أضافه إلى الغنم، علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءً من الغنم(٣)، بخلاف ما إذا أضافها(٤) إلى المال، وعلى هذا يُخَرّج كثير من المسائل(٥).

قال(٦): ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده، وهن(٧) ثلاث، وللفقراء والمساكين، فلهن(٨) ثلاثة أسهم من خمسة أسهم، قال رضى الله عنه(٩): وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف.

وعن محمد(١٠): أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة، ولكل فريق(١١) سهمان.

وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة(١٢)، والفقراء والمساكين جنسان، وفسّرناهما فى الزكاة(١٣).

---

(١) فيعطى له قيمة الشاة.

(٢) هذه من مسائل "الأصل"، ذكرها تفريعًا أيضًا. (غن)

(٣) قوله: "حيث جعلها [شاة] جزءً من الغنم" وإنه يصلح جزء من الغنم بصورته، ومعناه: فصارت الوصية بشىء معدوم، ولا وجود له عند الموت أيضًا، فلا يصح. (غن)

(٤) الشاة.

(٥) قوله: "كثير من المسائل" منها ما ذكر فى "المبسوط": لو قال: بقفيز حنطة من مالى، أو بثوب من مالى، فإنه يصح الإيجاب، وإن لم يكن ذلك فى ملكه، بخلاف ما إذا قال: من حنطتى، أو من ثيابى، فإنه إذا لم يوجد ذلك فى ماله، أو هلك قبل موته، فلا شىء للموصى له. (ك)

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (غن)

(٧) الواو حالية.

(٨) أى لأمهات أولاده ثلاثة أسهم، وللفقراء سهم، وللمساكين سهم.

(٩) أى المصنف.

(١٠) أى روى عن محمد فى غير الجامع الصغير.

(١١) من الفقراء والمساكين.

(١٢) قوله: "جائزة" وهذا استحسان، وكان القياس أن لا تصح الوصية لأم الولد؛ لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها، والعتق يحلها، وهى أمة، فتستحق الوصية، وهى أمة أيضًا، فيكون وصيته للأمة، وهى باطلة، ووجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها، لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى؛ لأن الظاهر من حال الموصى أنه يقصد بالإيصاء وصية صحيحة، لا باطلة، والوصية إنما تصح إن لو كانت مضافة إلى ما بعد عتقها، وكذا المدبرة إلا أنه ينظر إن خرجت الوصية، ورقبتها من الثلث كان لها ذلك، وإلا يصرف الوصية إلى الرقبة، فإن فضل الثلث عنها يكمل لها الثلث، والوصية لعبده بعين لم تجز؛ لأنه وصية لمولاه، وهو وارث، وبثلث ماله يصح، ويكون وصيته بالعتق. (ك)

8ـج
17
B

لمحمد أن المذكور لفظ الجمع[١]، وأدناه في الميراث[٢] اثنان نجد ذلك في القرآن[٣]، فكان من كل فريق[٤] اثنان، وأمهات الأولاد[٥] ثلاث، فلهذا يقسم على سبعة.

ولهما أن الجمع[٦] المحلّى بالألف واللام يراد به الجنس[٧]، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكلّ لا سيّما عند تعذر صرفه إلى الكل[٨]، فيعتبر من كل فريق[٩] واحدٌ، فبلغ الحساب خمسة، والثلاثة[١٠] للثلاث[١١].

قال[١٢]: ولو أوصى بثلثه[١٣] لفلان وللمساكين، فنصفه لفلان، ونصفه للمساكين عندهما، وعند محمد ثلثه[١٤] لفلان، وثلثاه للمساكين، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما، وعنده[١٥] لا يصرف إلا إلى مسكينين

(١٣) قوله: "في الزكاة" أي في كتاب الزكاة في باب من يجوز دفع الصدقة إليه، ومن لا يجوز حيث قال: هناك الفقير من له أدنى شيء، والمسكين من لا شيء له، وهذا مروى عن أبي حنيفة، وقد قيل: على العكس.

(١) قوله: "أن المذكور لفظ الجمع [أي لفظ الفقراء والمساكين] إلخ" فإن قيل: الجمع المحلّى بالألف واللام يبطل فيه معنى الجمع، ويصير للجنس، قيل له: تخلف الحكم عن ذلك الأصل، ههنا لمعنى آخر، وهو أن الوصية أخت الميراث، وأقل الجمع في باب الإرث اثنان، فكذا في أخته، فإن قيل: إنما يتأتى هذا الجواب أن لو بقي جمعا، قيل له: إنما تبطل الجمعية لئلا يلزم التنكير، والنكارة والجهالة في الوصية متحملة. (ك)

(٢) قوله: "وأدناه في الميراث" قيد بذلك احترازاً عن فصل الزكاة، فإن لفظ الجمع هناك منصرف إلى الواحد بإجماع بين أصحابنا، ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفًا إلى اثنين، والوصية في معناه من حيث إن كلا منهما تمليك المال بعد الموت، كان الجمع هناك أيضاً منصرفا إلى اثنين. (ع)

(٣) قوله: "نجد ذلك في القرآن" يريد به قوله تعالى: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾، والمراد بها الاثنان فصاعداً، وقد عرف في موضعه. (ع)

(٤) من الفقراء والمساكين.

(٥) فيعتبر فيهن عدد رؤوسهن، فإن عددهن محصور. (غن)

(٦) أي الفقراء والمساكين.

(٧) إذا لم يكن ثمة معهود. (غن)

(٨) ألا ترى أن من حلف لا يتزوج النساء، حنث بنكاح امرأة واحدة.

(٩) من الفقراء والمساكين.

(١٠) والاثنان للاثنين.

(١١) أي لأمهات الأولاد الثلث.

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) أي بثلث ماله.

(١٤) قوله: "ثلثه [أي ثلث الثلث] إلخ" بناء على ما قلنا في المسألة المتقدمة: وهو أن الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين، فيكون للمساكين ثلثا المال عند محمد، وثلث الثلث لفلان، وعندهما للام للجنس لعدم العهد، وأدناها الواحد، فيكون النصف من الثلث للمساكين. (غن)

على ما بيناه[(١)].

قال[(٢)]: ومن أوصى لرجل بمائة درهم، ولآخر بمائة، ثم قال لآخر[(٣)]: قد أشركتك معهما[(٤)]، فله ثلث كل مائة؛ لأن الشركة[(٥)] للمساواة لغةً، وقد أمكن إثباته[(٦)] بين الكلّ بما قلناه[(٧)] لاتحاد المال؛ لأنه يصيب كلّ واحد منهم ثلثا مائة.

بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربع مائة، ولآخر بمائتين، ثم كان الإشراك[(٨)]؛ لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكلّ لتفاوت المالين، فحملناه على مساواته[(٩)] كلّ واحد[(١٠)] بتنصيف نصيبه عملا باللفظ[(١١)] بقدر الإمكان.

قال[(١٢)]: ومن قال: لفلان على دين فصدّقوه[(١٣)]، معناه قال: ذلك لورثته، فإن يُصَدّق إلى الثلث[(١٤)]، وهذا استحسان.

وفي القياس لا يصدّق؛ لأن الإقرار بالمجهول، وإن[(١٥)] كان صحيحًا لكنه لا يحكم به[(١٦)] إلا بالبيان[(١٧)].

---

(١٥) محمد.

(١) آنفًا في القول السابق.

(٢) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٣) أي الثالث.

(٤) فيما أوصيت لهما به.

(٥) قوله: "لأن الشركة إلخ" أن الشركة تقتضي المساواة؛ لقوله تعالى: ﴿وإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾، فيستوي في الثلث الذكور والإناث جميعًا، فكذا ههنا لما أضاف الشركة إليهما وجب أن يساوي كل واحد منهما، وذلك لا يكون إلا بأن يجعل له ثلث ما في يد كل واحد منهما؛ ليصير له مثل ما بقي لكل واحد منهما. (غن)

(٦) المساواة.

(٧) أي الثلاثة.

(٨) قوله: "ثم كان الإشراك [أي وجد الإشراك]" أي ثم قال لآخر: أشركتك معهما، وإن له نصف ما لكل منهما؛ لأن تحقيق المساواة بينهم، ليس بممكن لتفاوت المالين، ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك، فحملناه على مساواته لكل واحد منهما، كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الإمكان. (عناية)

(٩) أي مساواة الثالث.

(١٠) من الأولين.

(١١) أي بقوله: أشركتك. (عن)

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) فيما قال. (غن)

(١٤) أي يصدق فيما بينه وبين الثلث أي ثلث مال الموصي.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أي بالإقرار المجهول.

وقوله: فصدقوه صدر مخالفًا للشرع[١]؛ لأن المدعى[٢] لا يصدّق إلا بحجةٍ، فتعذّر إثباته[٣] إقرارا مطلقًا[٤]، فلا يعتبر.

وجه الاستحسان: أنّا نعلم[٥] أن من قصده تقديمه على الورثة، وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية، وقد يحتاج إليه[٦] مَنْ يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته، فيجعلها وصيّةً جعل التقدير[٧] فيها إلى الموصى له، كأنه قال[٨]: إذا جاءكم فلان، وادعى[٩] شيئًا، فأعطوه من مالى ما شاء، وهذه معتبرة من الثلث، فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة.

قال[١٠]: وإن أوصى بوصايا غير ذلك[١١] يعزل الثلث لأصحاب الوصايا، والثلثان للورثة؛ لأن ميراثهم معلوم[١٢]، وكذا الوصايا معلومة، وهذا[١٣] مجهول،

---

(١٧) وهو مفقود؛ لأنه مات.

(١) فلا يصلح بيانًا لإقراره.

(٢) فالأمر بتصديق المدعى من غير حجة مخالف للشرع.

(٣) أى إثبات هذا الإقرار.

(٤) يعنى من جميع الوجوه.

(٥) قوله: "أنّا نعلم إلخ" يعنى أنا نعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة، وهو مالك لذلك فى الثلث، وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فتنفذ، فإن قيل: لو كان قصده الوصية يصرح بها، أجاب بقوله: وقد يحتاج أى المقر إلى مثل هذا الكلام بعلمه بأصل الحق عليه دون مقداره سعيًا منه فى تفريغ ذمته، فيجعلها أى هذه الوصية وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له، كأنه قال إلخ (غ)

(٦) أى إلى هذا الإقرار.

(٧) يقدر بما شاء لكن لا خيار له فوق الثلث.

(٨) قوله: "كأنه قال إلخ" فيصح هذا الكلام، ويكون إنفاذه من الثلث لا غير، فكذا هذا؛ لأنه وصية، ولا وصية جوازها فوق الثلث. (غن)

(٩) من مالى.

(١٠) فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) أى غير هذا الإقرار المجهول.

(١٢) قوله: "لأن ميراثهم إلخ" يعنى أن حق أصحاب الوصايا معلوم، وهو الثلث، وحق الورثة أيضًا معلوم، وهو الثلثان، فأما حق هذا الرجل، فليس له دين معلوم، ولا وصية معلومة، لكنه دين فى حق المستحق، وصية فى حق التنفيذ، فإذا أفرزنا الثلث والثلثين، قلنا: إن فى التركة دينًا شائعًا فى النصيبين فى نصيب الموصى له، وفى نصيب الورثة، فيؤمر كل فريق بالبيان، ثم يؤخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروه؛ لأن ما يأخذه الرجل وصيته فى حقهم، وما فضل من الثلث يكون لهم، ويؤخذ الورثة بثلثى ما أقروا، وما فضل من الثلثين يكون للورثة؛ لأن الدين المقر به صار مقضيًا، فلم يبقَ للمقر له حق فى الوصية والميراث. (غن)

(١٣) أى قوله: على دين فصدقوه.

فلا يزاحم المعلوم، فيقدم عزل المعلوم.

وفي الإفراز[١] فائدة أخرى، وهو أن أحد الفريقين[٢] قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق[٣]، وأبصر به، والآخر ألد[٤] خصامًا[٥]، وعساهم يختلفون في الفضل، إذا ادعاه الخصم[٦]، وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة، وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا: صدقوه[٧] فيما شئتم، ويقال للورثة: صدقوه فيما شئتم؛ لأن هذا دين[٨] في حق المستحق وصيّة في حق التنفيذ.

فإذا أقر كل فريق[٩] بشيء ظهر أن في التركة دينًا شائعًا في النصيبين[١٠]، فيؤخذ أصحاب الثلث[١١] بثلث ما أقروا، والورثة بثلثي ما أقرّوا؛ تنفيذًا لإقرار كل فريق في قدر حقه، وعلى كل فريق منهما[١٢] اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك؛ لأنه يُحلف[١٣] على ما جرى بينه[١٤]، وبين غيره[١٥].

---

(١) جدا كردن.

(٢) أي الورثة والموصى لهم.

(٣) أي الذي أقر به الموصى.

(٤) مرد سخت خصومت. (م)

(٥) جدل كردن.

(٦) أي صاحب الدين.

(٧) أي المقر له.

(٨) قوله: "لأن هذا إلخ" حاصله أنه يشبه الإقرار لفظًا، ويشبه الوصية تنفيذًا، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعًا في الأثلاث، ولا يخصص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين. (عناية)

(٩) من الورثة والموصى لهم.

(١٠) قوله: "دينًا شائعًا إلخ" وهذا لأنه دين في حق المستحق، فكان شائعًا في النصيبين باعتباره، ووصية في حق التنفيذ؛ لأنا صححناه بجعل ذلك منه وصية، وباعتبار الوصية ينفذ في ثلث التركة، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا؛ لأن ثلث التركة في أيديهم، والورثة بثلثي ما أقروا لكون الثلثين في أيديهم تنفيذًا لإقرار كل فريق في حقه، فإن أقر المريض مع ذلك بدين مسمى، فالمسمى أولى؛ لأنه أثبت الإقرار. (ك)

(١١) قوله: "فيؤخذ [أي الموصى لهم] إلخ" حتى إذا قال الموصى له: إن الدين مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلث المائة مما في يد الموصى له، فإن فضل شيء يكون له، وإلا فلا، وإن قال الورثة: الدين ثلث مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلثا ذلك، وهو مائتان مما في أيدي الورثة، فإن فضل شيء يكون لهم، وإلا فلا. (غن)

اللهم اغفر لكاتبه، ولمن سعى فيه ولوالديهم أجمعين برحمتك يا أرحم الراحمين

(١٢) أي من الورثة، والموصى لهم.

(١٣) فلهذا يحلف على العلم، لا على البتات.

(١٤) لا على فعل نفسه. (غن)

قال(١): ومن أوصى لأجنبى ولوارثه، فللأجنبى نصف الوصية، وتبطل وصية الوارث؛ لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به، وبما لا يملك، فصح فى الأول، وبطل فى الثانى.

بخلاف(٢) ما إذا أوصى لحىّ وميّت؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية(٣)، فلا يصلح مزاحمًا(٤)، فيكون الكلّ للحىّ، والوارث(٥) من أهلها(٦)، ولهذا تصح(٧) بإجازة الورثة فافترقا.

وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبى(٨)، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ بعين(٩)، أو دين لوارثه، وللأجنبى حيث لا يصح(١٠) فى حق الأجنبى أيضًا(١١)؛ لأن الوصيّة(١٢) إنشاء(١٣) تصرف، والشركة(١٤) تثبت حكمًا له، فتصح فى حق من يستحقه منهما(١٥).

---

(١٥) الميت.

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير".

(٢) حيث يكون كل الوصية للحى.

(٣) لأنه لا يصلح مالكًا. (غن)

(٤) للحى.

(٥) حيث يكون كل الوصية للحى.

(٦) الوصية.

(٧) أى الوصية للوارث.

(٨) فللأجنبى نصف الوصية، وتبطل الوصية للقاتل.

(٩) قوله: "وهذا بخلاف ما إذا أقر [المريض. غن] إلخ" أى الإيصاء لوارثه والأجنبى يخالف الإقرار لهما، هذا إذا تصادقا، أما إذا أنكر الأجنبى شركة الوارث، أو الوارث شركة الأجنبى، فالإقرار باطل أيضًا، وقال محمد: يصح فى حصة الأجنبى؛ لأن الوارث مقر ببطلان حقه ببطلان حق شريكه، فيبطل فى نصيبه، ويثبت فى نصيب الآخر، ولهما أن حق الوارث لم يفرز من حق الأجنبى، وإنما أوجبه مشتركًا بينهما، فلا يمكن إثباته بدون هذا الوصف. (ك)

(١٠) هذا الإقرار.

(١١) أى كما لا يصح فى حق الوارث.

(١٢) قوله: "لأن الوصية إلخ" أى لأن الوصية إنشاء تصرف أى إثبات أمر لم يكن، والشركة تثبت حكم له، وحكم الشيء هو الأثر الثابت به، فالشركة تثبت بواسطة صحة تصرفه، ولم يصح تصرفه فى حق الورثة، فلم توجد علة ثبوت الشركة، فإذا لم تثبت الشركة، صح تصرفه فى حق من يستحقه، وهو الأجنبى، وبطل فى حق الوارث. (ك)

(١٣) وابتداء إيجاب.

(١٤) بين الموصى لهما أى الأجنبى والوارث.

(١٥) قوله: "فتصح فى حق من يستحقه [أى الأجنبى] منهما [أى من الوارث والأجنبى]" ولا يبطل حق أحدهما ببطلان حق الآخر؛ لأن الشركة بينهما من حكم الإيجاب، وقد تعذر الإيجاب فى حق أحدهما، فلا يلزم من ذلك

وأما الإقرار فإخبار عن كائن[١]، وقد أخبر[٢] بوصف الشركة[٣] في الماضي، ولا وجه إلى إثباته[٤] بدون هذا الوصف[٥]؛ لأنه خلاف ما أخبر[٦] به، ولا إلى إثبات الوصف[٧]؛ لأنه يصير الوارث فيه شريكًا، ولأنه لو قبض الأجنبي[٨] شيئًا، كان للوارث[٩] أن يشاركه[١٠]، فيبطل[١١] في ذلك القدر، ثم لا يزال يقبض، ويشاركه الوارث حتى يبطل الكلّ، فلا يكون مفيدًا، وفي الإنشاء حصّة أحدهما ممتازة عن حصّة الأخرى بقاءً[١٢] وبطلانًا[١٣].

قال[١٤]: ومن كان له ثلاثة أثواب: جيّد ووسط ورديء، فأوصى[١٥] بكلّ واحد

أن يتعذر الإيجاب في حق الآخر؛ لأنه ابتداء تصرف. (غن)

(١) قوله: "أما الإقرار فإخبار إلخ" يعني أن الوصية إنشاء تصرف أي ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها، والشركة إنما تثبت حكمًا له عقيبه، فحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحًا لا يثبت حكمه، وهو الشركة، وكان نصيب كل منهما مفرزًا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها، وأما في الإقرار، فسبب الشركة غيره، وهو ما كان سببًا قبل الإقرار، فإن الإقرار يقتضي سبق المخبر به، وهو المال المشترك بينهما، وفي ذلك أي في الإقرار بالمال المشترك إقرار للوارث، وهو لا يجوز. (ع)

(٢) المقر.

(٣) بين الأجنبي والوارث في العين، أو الدين.

(٤) أي إثبات هذا الإقرار في حق الأجنبي.

(٥) أي الشركة.

(٦) المقر.

(٧) أي الاشتراك.

(٨) قوله: "ولأنه لو قبض [بحكم الشركة السابقة] إلخ" أي لأن الصحة في حق الأجنبي يؤدي إلى الفساد؛ لأنه لو صح في حق الأجنبي لشاركه الوارث، فتبطل حصته، فلا يزال هكذا إلى أن يبطل كله.
وأما في الإيصاء، وهو الإنشاء لا يتأتى هذا؛ لأن حصة أحدهما ممتازة عن الآخر بقاء وبطلانًا أعني يبقى الوصية صحيحة في حق الأجنبي، وتبطل في حق الوارث. (غن)

(٩) قوله: "كان للوارث إلخ" لأن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها، ففي كل جزء فرضته يشتركان. (ع)

(١٠) فيه.

(١١) قوله: "فيبطل [قبضه]" هذا الدليل مأخوذ من "شرح الجامع الصغير" لقاضي خان، وتوضيحه: أنه لو صح إقرار المقر لأجنبي، وقبض الأجنبي شيئًا بحسب هذا الإقرار، فيثبت به المخبر به، وما هو إلا الدين المشترك، وإقراره كان إقرارًا بعقد سابق بينهما، فلو لغا بعضه لغا باقيه ضرورة، فبالضرورة يثبت كملا على وصف الشركة، فما من شيء يأخذه الأجنبي إلا كان للوارث أن يشاركه، فيبطل قبضه في هذا القدر.
ثم لا يزال يقبض لصحة الإقرار له، ويشاركه الوارث للضرورة المذكورة حتى يبطل قبض الكل بالنسبة إلى الأجنبي، فلا يكون صحة الإقرار للأجنبي مفيدًا، بل يلزم أن يصير إقرارا للوارث، أما الوصية: فتمليك مبتدأ لهما، فبطلان التمليك لأحدهما لا يبطل التمليك الآخر، وهكذا قال الزيلعي.

(١٢) أي في حق الأجنبي.

(١٣) أي في حق الورثة.

لرجل[١]، فضاع ثوبٌ، ولا يدرى أيها هو[٢]، والورثة تجحد ذلك، فالوصية باطلة، ومعنى جحودهم أن يقول الوارث[٣] لكلّ واحد منهم[٤] بعينه: الثوبُ الذى هو حقّك[٥] قد هلك، فكان المستحق[٦] مجهولا[٧]، وجهالته تمنع صحة القضاء، وتحصيل المقصود[٨] فبطل.

قال[٩]: إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين، فإن سلّموا أزال المانع، وهو الجحود، فيكون لصاحب الجيد ثُلثا الثوب الأجود[١٠]، ولصاحب الأوسط ثُلثُ الجيد وثُلثُ الأدون[١١]، ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون[١٢]؛ لأن صاحب الجيّد لا حقّ له فى الردىء[١٣] بيقين[١٤]؛ لأنه إما أن يكون[١٥] وسطًا، أو رديئًا. ولا حق له فيهما[١٦]، وصاحب الردىء لا حقّ له فى الجيد الباقى[١٧] بيقين[١٨]؛

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٥) قوله: "فأوصى إلخ" فقال: لفلان هذا الثوب الجيد، ولفلان رجل آخر هذا الثوب الوسط، ولفلان رجل آخر هذا الثوب الردىء، ثم مات الموصى، ثم هلك أحد الأثواب الثلاثة، ولا يدرى أيهما هلك. (جامع صغير)

(١) أى لرجل رجل.

(٢) ضائع.

(٣) قوله: "أن يقول الوارث إلخ" يريد بهذا أن الورثة يجحدون بقاء حق كل واحد منهم بعينه، ويقولون: حق واحد منكم باطل، ولا ندرى من بطل حقه، ومن بقى حقه، فلا نسلم إليكم شيئًا، فالوصية باطلة؛ لأنه إذا لم يعلم بقاء حق واحد منهم بعينه، لا فائدة فى بقاءها فبطل، كذا ذكره الصدر الشهيد. (ك)

(٤) أى من الموصى لهم.

(٥) أى لعل الثوب الذى هو حقك، قد هلك.

(٦) أى الموصى له.

(٧) كوصيته لأحد هذين الرجلين. (در مختار)

(٨) أى مقصود الموصى، وهو إتمام غرضه. (عن)

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٠) من الثوبين.

(١١) من الثوبين.

(١٢) من الثوبين.

(١٣) الموجود.

(١٤) فله ثلثا الجيد.

(١٥) فى الواقع. (غن)

(١٦) أى فى الوسط والردىء.

(١٧) الموجود.

(١٨) فله ثلثا الردىء.

لأنه إما أن يكون جيّدًا، أو وسطًا، ولا حق له فيهما[١].

ويحتمل أن يكون الرديء[٢] هو الرديء الأصلي، فيعطى من محل الاحتمال[٣]، وإذا ذهب ثلثا الجيد[٤]، و ثلثا الأدون لم يبقَ إلا ثلث الجيد وثلث الرديء، فيتعين حق صاحب الوسط[٥] فيه بعينه ضرورة.

قال[٦]: وإذا كانت الدار بين رجلين، فأوصى أحدهما[٧] ببيت بعينه لرجل، فإنها[٨] تقسم، فإن وقع البيت في نصيب الموصي، فهو[٩] للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد نصفه[١٠] للموصى له.

وإن وقع[١١] في نصيب الآخر، فللموصى له مثل ذرع البيت، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: مثل ذرع نصف البيت.

له أنه أوصى بملكه[١٢]، وبملك غيره؛ لأن الدار بجميع أجزاءها مشتركة، فنفذ الأول، وتوقّف الثاني[١٣]، وهو[١٤] إن ملكه[١٥] بعد ذلك[١٦] بالقسمة التي هي[١٧]

---

(١) أي في الجيد والوسط.

(٢) الموجود.

(٣) أي الرديء الموجود.

(٤) قوله: "وإذا ذهب إلخ" هذا واضح إذا ابتدئ بتعليل جانب صاحب الجيد، وصاحب الرديء، وإن ابتدئ بتعليل جانب صاحب الوسط، فله وجه آخر، وهو أن يقال: الهالك إن كان أرفع من الباقيين، فحق صاحب الوسط في الجيد منهما، وإن كان الهالك أردأ من الباقيين، فحق الوسط في الرديء منهما، فحقه يتعلق بهذا مرة، وبذلك أخرى، وإن كان الهالك هو الوسط، فلا حق له في الباقيين، فإذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال، ولا يتعلق في حالين، فيأخذ ثلث كل واحد، فبقي صاحب الجيد والرديء، فصاحب الجيد يدعي الجيد، ولا يدعي الرديء؛ لأنه لا حق له فيه قطعًا، وصاحب الرديء يدعي الرديء دون الجيد، فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد، وثلثا الرديء لصاحب الرديء. (ع)

(٥) أي في ثلث الجيد، وثلث الرديء.

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٧) ثم مات. (غن)

(٨) دار.

(٩) البيت.

(١٠) البيت.

(١١) البيت.

(١٢) قوله: "أنه [الموصي] أوصى إلخ" أي أنه أوصى بما يملكه، وبما لا يملكه، لأن البيت مشترك بينه، وبين صاحبه، فتنفذ الوصية فيما يملكه، وهو نصيبه، ولا ينفذ فيما لا يملكه، وهو نصيب صاحبه غاية ما في الباب أنه يملك البيت بعد القسمة، إذا وقع البيت في ملكه، ولكن القسمة مبادلة؛ لأنه أخذ البيت مبادلة عن نصيبه مما في يد صاحبه، فلا ينفذ الوصية السابقة بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى به، كما إذا أوصى بملك الغير، ثم ملكه يوجه من الوجوه حيث لا يصح الوصية، فكذلك ههنا. (عن)

مبادلة لا تنفذ الوصيّة السالفة، كما إذا أوصى[١] بملك الغير، ثم اشتراه، ثم إذا اقتسموها[٢]، ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصيّة فى عين الموصى به، وهو نصف البيت.

وإن وقع[٣] فى نصيب صاحبه له[٤] مثل ذرع نصف البيت تنفيذًا للوصية فى بدل الموصى به عند فواته[٥] كالجارية الموصى بها، إذا قُتلت خطأً تنفذ الوصية فى بدلها[٦].

بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه؛ لأن الوصية تبطل بالإقدام[٧] على البيع على ما بيّناه[٨]، ولا تبطل[٩] بالقسمة.

ولهما أنه أوصى[١٠] بما يستقر ملكه فيه بالقسمة؛ لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء

---

(١٣) على إجازة صاحبه. (زيلعى)

(١٤) قوله: "وهو [أى الموصى]" دفع دخل مقدر، تقريره الدخل من جانب الشيخين: أنه بعد القسمة لو وقع البيت فى نصيبه وملكه، فلم لا تنفذ الوصية السابقة، والدفع منشأه توصيف القسمة.

وحاصله: أنه وإن ملكه بعد الوصية بالقسمة لا تنفذ الوصية السابقة، فإن القسمة موصوفة بكونها مبادلة، فصار كأنه اشترى بعض البيت بعد الوصية، فكيف تنفذ الوصية السابقة فى كل البيت؟

(١٥) بيت.

(١٦) وصية.

(١٧) فصار كأنه اشترى بعض البيت بعد الوصية.

(١) حيث لا يصح الوصية. (غن)

(٢) الدار.

(٣) البيت.

(٤) أى للموصى له.

(٥) أى فوات الموصى به.

(٦) جارية.

(٧) لأن البيع دليل الرجوع. (غن)

(٨) قوله: "على ما بيناه [فى مسائل الرجوع عن الوصية]" إشارة إلى ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله: وإذا صرح بالرجوع، أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعًا. (غن)

(٩) لأن القسمة ليس بدليل الرجوع. (غن)

(١٠) قوله: "أنه أوصى إلخ" يعنى أن إيجاب الوصية فى البيت يتناول ملك الموصى على الاحتمال؛ لأن الحال متردد وقت الإيصاء بين أن يقع هذا البيت فى نصيبه، وبين أن يقع فى نصيب شريكه، فيتوقف حكم الوصية على القسمة، فيكون ذلك وصيته بما يستقر ملكه بالقسمة؛ لأن ملك الموصى على اعتبار القسمة هو الملك التام الكامل المنتفع به؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، والظاهر أن الموصى قصد الإيصاء بالملك الكامل انتفاعه، فصار كان الموصى، قال: هذا البيت لفلان إن وقع فى قسمى، فإن لم يقع فى قسمى، فله مثل ذلك، ولو أنه أفصح بذلك، فله مثل ذلك إذا لم يقع فى قسمته، فكذا ههنا. (غن)

بملكٍ منتفع به من كلّ وجه، وذلك[١] يكون بالقسمة؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، وقد استقرّ ملكه فى جميع البيت، إذا وقع[٢] فى نصيبه، فتنفذ الوصية فيه، ومعنى المبادلة[٣] فى هذه القسمة تابع.

وإنما المقصود[٤] الإفراز تكميلا للمنفعة، ولهذا يجبر على القسمة فيه[٥]، وعلى اعتبار الإفراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء، وإن وقع[٦] فى نصيب الآخر تنفذ[٧] فى قدر ذرعان جميعه[٨] مما وقع فى نصيبه[٩].

إما لأنه عوضه[١٠] كما ذكرناه[١١]، أو لأن مراد الموصى[١٢] من ذكر البيت التقدير

(١) أى الانتفاع بكل وجه.

(٢) جميع البيت.

(٣) قوله: "ومعنى المبادلة إلخ" قيد بقوله فى هذه القسمة: لأن الدار جنس واحد، فيكون الإفراز فى قسمة الدار الواحدة راجحا، ولهذا لا يجرى الجبر فيها بالإجماع، أو لأن معنى المبادلة، وإن كان راجحًا فى العقار إلا أن فى هذه القسمة معنى المعاوضة تابع تصحيحًا لتصرف الموصى، وباب الوصية أوسع، ولهذا يصح بالمعدوم على خطر الوجود كالثمر والغلة. (ك)

(٤) قوله: "وإنما المقصود الإفراز إلخ" وفيه بحث، وهو أنه قال فى كتاب القسمة: والإفراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات، ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض، وما نحن فيه من العروض، فكيف كانت المبادلة فيه تابعة، وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله: ومعنى المبادلة ظاهر فى العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء، وما نحن فيه كذلك، فكان معنى المبادلة فيه تابعًا؛ لما ذكرنا ههنا؛ لأن الجبر لا يجرى فى المبادلة، ويكون معنى قوله هناك: ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض إذا لم تكن عن جنس واحد، وإلى هذا أشار بقوله: وإنما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة، ولهذا يجبر على القسمة، والباقى ظاهر. (ع)

(٥) قوله: "ولهذا يجبر إلخ" ولا يبطل الوصية إذا وقع البيت كله فى نصيب شريكه، ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصى له. (زيلعى)

(٦) البيت.

(٧) الوصية.

(٨) البيت.

(٩) الموصى.

(١٠) قوله: "عوضه [البيت]" هذا الدليل مخدوش؛ لأنه أقر ههنا بالعوضية والمبادلة، وقال سابقًا: إن معنى المبادلة فى هذه القسمة تابعة، فإن قلت: إنه لا منافاة؛ لأنه ما قال سابقًا: يشعر بوجود المبادلة، وإن كانت بالتبعية، وما قال ههنا: إقرار بوجودها، قلت: إن منظور نظر الشارع، ومقصوده إن كان مبادلة، فما قال سابقًا: لا يستقيم، وإلا فما قال ههنا: لا يستقيم، فتدبر.

(١١) يعنى فى الجارية الموصى بها. (ع) إشارة إلى قوله: تنفذ الوصية فى بدلها. (غن)

(١٢) قوله: "أو لأن مراد إلخ" أى لأن مراد الموصى من الوصية بالبيت المشترك بينه وبين صاحبه التقدير بذرعانه على أن يكون للموصى له من ملكه ذلك القدر تحصيلا للمقصود، وهو تنفيذ الوصية؛ لأن مقصوده لا يحصل إذا أريد به التمليك بعينه؛ لأنه ربما يقع بعد القسمة فى نصيب صاحبه، ولكن إذا وقع البيت فى نصيب الموصى يتعين البيت لتنفيذ الوصية لوجود معنى التقدير والتمليك بعينه. (غن)

به[١] تحصيلا لمقصوده[٢] ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعًا بين الجهتين التقدير والتمليك[٣]، وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير.

أو لأنه أراد[٤] التقدير على اعتبار أحد الوجهين[٥]، والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر[٦]، كما إذا علّق[٧] عتقَ[٨] الولد[٩]، وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمتُه[١٠].

فالمرادُ في جزاء الطلاق مطلق الولد، وفي العتق ولدٌ حيّ، ثم إذا وقع البيت[١١] في نصيب غير الموصى، والدار مائة ذراع، والبيت عشرة أذرع يقسمُ نصيبه[١٢] بين الموصى له، وبين الورثة على عشرة أسهم تسعةٌ منها للورثة، وسهم للموصى له، وهذا عند محمد[١٣]، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصفِ البيت، وهم[١٤] بنصف الدار سوى البيت، وهو خمسة وأربعون[١٥]، فيجعل كل خمسة[١٦] سهمًا، فيصير عشرة.

وعندهما يقسم على أحد عشر سهمًا[١٧]؛ لأن الموصى له يضرب بالعشرة،

---

(١) البيت.

(٢) الموصى.

(٣) بعينه.

(٤) بذكر البيت. (غن)

(٥) يعني في وقوع البيت في نصيب الشريك. (ع)

(٦) يعني في وقوعه في نصيبه. (ع)

(٧) قوله: "كما إذا علّق إلخ" فقال: إذا ولدت أمتي أول ولد، فهو حر، وأنت طالق، يكون المراد في جزاء الطلاق مطلق الولد، حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حيًا أو ميتًا؟ لأن مطلق الولد يصلح جزاء للطلاق، وفي جزاء العتق يكون المراد ولدًا حيًا؛ لأن الميت ليس محلا للعتق. (غن)

(٨) الموصى.

(٩) المولود.

(١٠) الموصى.

(١١) أي إذا قسم ووقع إلخ.

(١٢) وهو خمسون ذراعًا. (غن)

(١٣) قال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئًا بحكم ماله من الثلث. (مغرب)

(١٤) أي الورثة.

(١٥) ذراعًا.

(١٦) أذرع.

(١٧) قوله: "يقسم [نصيب الموصى] على أحد عشر إلخ" فإن قيل: ينبغي أن يقسم نصيب الموصى بين الورثة،

وهم[١] بخمسة وأربعين، فتصير السهام[٢] أحد عشر للموصى لهَ سهمان، ولهم تسعة، ولو كان مكان الوصيّة إقرار[٣]، قيل: هو على الخلاف، وقيل[٤]: لا خلاف فيه لمحمد[٥].

والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقرّ بملك الغير لغيره، ثم ملكه[٦] يؤمر بالتسليم إلى المقر له، والوصيّة[٧] بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه[٨] بوجه من الوجوه، ثم مات لا تصح وصيته، ولا تنفذ.

قال[٩]: ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه، فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى[١٠]، فإن دفعه[١١]، فهو جائز[١٢].

وله[١٣] أن يمنع[١٤]؛ لأن هذا تبرع بمال الغير، فيتوقف[١٥] على إجازته[١٦]، وإذا

الموصى له على خمسة أسهم، سهم للموصى له، وأربعة للورثة؛ لأنه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين، قلنا: زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين، وحق الموصى له في خمسة تمسكًا بمذهب محمد، وزعم الموصى له أن حقه في عشرة، وحق الورثة في أربعين، فيعتبر زعم كل فريق في حصته، فجعلنا كل خمسة سهمًا، فصار الكل أحد عشر. (ك)

(١) ورثة.

(٢) قوله: "فتصير السهام إلخ" بيانه أن الإيجاب لما صح، وهو متناول للبيت، وهو عشرة أذرع من الدار، فإذا رفعت العشرة من المائة، بقي تسعون بين الشريكين لكل واحد منهما خمسة وأربعون، فيكون خمسة وأربعون لورثة الموصي، وعشرة للموصى له إذا ضمت إلى خمسة وأربعين يصير خمسة وخمسون، فيجعل كل خمسة سهما، فيصير أحد عشر سهمًا. (عن)

(٣) قوله: "ولو كان مكان الوصية إلخ" أي إقرار البيت من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله إن وقع البيت في نصيب المقر عندهما، وإن وقع البيت في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله، وعند محمد يؤمر بتسليم النصف، أو قدر النصف، وقيل: محمد معهما في الإقرار، والفرق له على هذه الرواية أن الإقرار بملك الغير إلخ. (ت)

(٤) وهو الأصح. (غن)

(٥) بل قول محمد كقولهما في الوصية. (ع)

(٦) بوجه من الوجوه.

(٧) لرجل.

(٨) الموصى به.

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير".

(١٠) وإن لم يجز بطلت.

(١١) أي إلى الموصى له. (ع) أي سلمه الغير.

(١٢) قوله: "فهو جائز" وذلك لأن العقد الموقوف إذا لحقه الإجازة صار مضافا إلى المجيز، فإذا أضيف إليه صار ذلك هبة منه، والهبة لا تتم إلا بالتسليم، فإن منعه بعد الإجازة، كان له ذلك؛ لأنه تبرع. (ع)

(١٣) غير.

(١٤) أي له أن يمنع من التسليم بعد الإجازة. (زيلعي)

أجاز[١] يكون[٢] تبرّعًا منه أيضًا، فله أن يمتنع من التسليم.

بخلاف[٣] ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث، وأجازت الورثة؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه، والامتناع[٤] لحق الورثة، فإذا أجازوها سقط حقهم، فنفذ[٥] من جهة الموصي.

قال[٦]: وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفًا، ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله، فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده، وهذا استحسان.

والقياس أن يعطيه نصف ما في يده، وهو قول زفر؛ لأن إقراره بالثلث[٧] له[٨] تضمن إقراره بمساواته[٩] إياه، والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف.

وجه الاستحسان أنه أقرّ بثلثٍ شائع في التركة[١٠]، وهي في أيديهما، فيكون مقرًا بثلث ما في يده.

بخلاف[١١] ما إذا أقرّ أحدهما بدينٍ لغيره؛ لأن الدين مقدم على الميراث، فيكون مقرًا بتقدمه[١٢]، فيقدم عليه[١٣].

---

(١٥) هذا التبرع.

(١٦) غير.

(١) الغير.

(٢) هذه الإجازة.

(٣) حيث يجوز بغير التسليم. (غن)

(٤) أي امتناع النفاذ في الزيادة على الثلث. (غن)

(٥) إن نفذت وصيته في ماله. (غن)

(٦) في "الجامع الصغير". (غن)

(٧) قوله: "لأن إقراره إلخ" يعني أن في زعم المقر أن المال يقسم أثلاثًا، ونصيب الموصى له، ونصيب كل واحد من الابنين سواء، فلما أنكر أحدهما، أو غاب، جعل كان نصيبه لم يكن، فيقسم الباقي عليهما نصفين؛ لأن نصيبهما سواء. (غاية البيان)

(٨) أي للموصى له.

(٩) أي بمساواة الموصى له.

(١٠) أي نصفه فيما في يده، ونصفه فيما في يد الآخر. (غن)

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" أي بخلاف ما لو أقر أحد الابنين بدين، فإنه يقضى للمقر له بكل الدين من نصيب المقر؛ لأن الدين ليس بجزء شائع، بل مقدم على الميراث، ألا ترى أن نصيب الغائب يجعل كالهالك، ولو كان هالكًا، كان حق الموصى له في ثلث الباقي، وحق الغريم في كله، فكذلك في مسألتنا. (غاية البيان)

(١٢) قوله: "فيكون مقرًا إلخ" فإن كان الدين مستغرقًا جميع نصيبه، دفعه إليه. (عناية)

(١٣) الميراث.

أما الموصى له بالثلث شريك الوارث، فلا يسلم له[١] شيء إلا أن يَسْلم للورثة ثلثاه، ولأنه[٢] لو أخذ[٣] منه نصف ما في يده، فربما[٤] يقرّ الابن الآخر به أيضًا، فيأخذ نصف ما في يده[٥]، فيصير نصف التركة، فيزاد على الثلث.

قال[٦]: ومن أوصى لرجل بجارية، فولدت[٧] بعد موت الموصى ولدًا، وكلاهما[٨] يخرجان من الثلث، فهما للموصى له؛ لأن الأم دخلت في الوصيّة أصالة[٩]، والولد تبعًا حين كان[١٠] متصلا بالأم[١١]، فإذا ولدت قبل القسمة، والتركة قبلها[١٢] مُبقاةٌ على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل[١٣] في الوصية، فيكونان للموصى له وإن لم يخرجا[١٤] من الثلث ضرب بالثلث[١٥]، وأخذ[١٦] ما يخصّه منهما[١٧] جميعًا في قول أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: يأخذ[١٨] ذلك[١٩] من الأم، فإن فضل[٢٠] شيء أخذه[٢١] من

(١) أى للموصى له.

(٢) الموصى له.

(٣) من المقر.

(٤) أى ربما أقر الابن الآخر لرجل بمثل هذا. (غن)

(٥) آخر.

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٧) أى قبل القبول وقبل القسمة. (ك)

(٨) أى الجارية والولد.

(٩) قوله: "لأن الأم إلخ" أى إنما كان الولد والأم جميعًا للموصى له إذا خرجا من الثلث؛ لأن ما يحدث من النماء قبل القسمة، يحدث على حكم ملك الميت بدليل أنه يقضى منه ديونه، وينفذ وصاياه، فينفذ الوصية بالثلث فيهما جميعًا فى الأم أصالة، وفى الولد تبعًا لاتصاله بالأم. (غن)

(١٠) ولد.

(١١) الولد.

(١٢) القسمة.

(١٣) الولد.

(١٤) أى الجارية والولد.

(١٥) الموصى له.

(١٦) الموصى له.

(١٧) من كل واحد منهما نصف الثلث. (غن)

(١٨) الموصى له.

(١٩) الثلث.

(٢٠) من الثلث. (عن)

الولد.

وفى "الجامع الصغير: عيّن صورة، وقال رجل: له ست مائة درهم، وأمة تساوى ثلث مائة درهم، فأوصى بالجارية لرجل، ثم مات فولدت ولداً يساوى ثلث مائة درهم قبل القسمة[١]، فللموصى له الأمّ، وثلث الولد عنده، وعندهما له ثلثا كل واحد[٢] منهما[٣].

لهما ما ذكرنا أن الولد دخل فى الوصيّة[٤] تبعًا حالة الاتّصال[٥]، فلا يخرج[٦] عنها[٧] بالانفصال، كما فى البيع[٨]، والعتق، فتنفذ الوصيّة[٩] فيهما على السواء من غير تقديم الأم.

وله أن الأم أصل[١٠]، والولد تبع فيه[١١]، والتبع لا يزاحم الأصل، فلو نفّذنا الوصيّة فيهما جميعًا تنتقض الوصيّة فى بعض الأصل، وذلك لا يجوز[١٢].

بخلاف البيع[١٣]؛ لأن تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدى إلى نقضه[١٤] فى الأصل،

---

(٢١) موصى له.

(١) قوله: "قبل القسمة" وإن كانوا اقتسموا، وأخذ الورثة ست مائة، والموصى له الجارية، ثم ولدت ولدا، فالولد للموصى له. (جامع صغير)

(٢) أى للموصى له.

(٣) أى من الجارية والولد.

(٤) لأن الوصية تسرى إلى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالإجماع.

(٥) بالأم.

(٦) الولد.

(٧) الوصية.

(٨) قوله: "كما فى البيع إلخ" يعنى تسرى الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة، كما يسرى البيع إلى الولد الحادث قبل القبض، وإذا أعتق جارية حاملة عتق ولدها تبعًا، فإذا ولدت يبقى الولد، كذلك عتيقًا، أو نقول: إذا أوصى بعتق جارية فولدت قبل القسمة، فإن العتق ينفذ فيهما، وإن لم يخرجا من الثلث يوزع بينهما. (ك)

(٩) لأن الوصية تسرى إلى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالإجماع. (غن)

(١٠) قوله: "أن الأم أصل [أى فى الوصية. ع] إلخ" وإنما كانت وصية الأم أصلا؛ لأن الإيجاب يتناولها، ثم يسرى حكم الإيجاب إلى الولد، ولا مساواة بين الأصل والتبع، فتنفذ الوصية بالأم، ثم يكون له من الولد قدر ما بقى من الثلث، وتنفذ الوصية فى جميع الأم كان مستحقا قبل الولادة، فلا يتغير بزيادة المال؛ لأنه يؤدى إلى نقضها فى الأصل. (ع)

(١١) أى فى الوصية على تأويل الإيصاء. (غ)

(١٢) قوله: "وذلك لا يجوز [لأن فيه إبطال الأصل بالتبع. ع]" أى لا يجوز انتقاض الوصية فى بعض الأصل لمزاحمة التبع. (غن)

(١٣) قوله: "بخلاف البيع" أى ليس كذلك البيع؛ لأن القول بالشركة لا ينقض شيئًا من الأصل؛ لأن البيع نافذ فى الأم كما كان، وإنما انحط بعض الثمن عن الأصل، والثمن فى البيع تابع، فصار بمنزلة حط بعض الثمن، بخلاف الوصية،

بل يبقى[(١)] تامًّا صحيحًا فيه إلا أنه لا يقابله بعض الثمن[(٢)] ضرورة مقابلته بالولد، إذا اتصل به[(٣)] القبض[(٤)]، ولكن الثمن تابعٌ في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن[(٥)] كان فاسدًا[(٦)]، هذا إذا ولدت قبل القسمة[(٧)]، فإن ولدت بعد القسمة، فهو[(٨)] للموصى له؛ لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة.

فصل في اعتبار حالة الوصيّة[(٩)]

قال[(١٠)]: وإذا أقر المريضُ لامرأة بدين، أو أوصى لها بشيء، أو وهب لها، ثم تزوجها، ثم مات جاز الإقرار[(١١)]، وبطلت الوصية والهبة؛ لأن الإقرار ملزم

فإنهما عند مزاحمة الولد يخرج بعض الأصل عن الوصية، فلا يبقى الوصية في الأم، كما كانت، فلا يجوز أن يكون التبع ناقصًا للأصل. (غن)

(١٤) البيع.

(١) البيع.

(٢) قوله: "إلا أنه لا يقابله [أي لا يقابل الأصل بعض الثمن لأجل ضرورة مقابلة ذلك البعض بالولد. غن] إلخ" جواب عما يقال: لا، نسلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل، فإن بعض الثمن لا يقابله في ذلك، وفيه نقض له بحصته، ووجهه أنه إنما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض، فإن العوض الواحد لا يقابل بعوضين، لكن لا يوجب ذلك النقض في البيع؛ لأن الثمن تابع. (ع)

(٣) أي بالولد.

(٤) قوله: "إذا اتصل به القبض" إنما قيد بذلك؛ لأن مقابلة بعض الثمن بالولد، إنما يكون أن لو كان مقبوضا بالأصل حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن، بل يأخذ الأم بجميع الثمن. (ع)

(٥) الواو وصلية.

(٦) هذا البيع.

(٧) قوله: "قبل القسمة" أي قبل القبول أيضًا، فإن ولدت بعد القبول وبعد القسمة، فهو للموصى له؛ لأن التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت، فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له، وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة، ذكر القدوري أنه لا يصير موصى به، ولا يعتبر خروجه من الثلث، وكان للموصى له من جميع المال، كما لو ولدت بعد القسمة، ومشايخنا قالوا: يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث، كما لو ولدت قبل القبول، وإن ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية، وبقي على حكم ملك الميت؛ لأنه لم يدخل تحت الوصية قصدًا، ولا سراية، والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا. (ك)

(٨) ولد.

(٩) قوله: "فصل في اعتبار إلخ" لما ذكر حكم الوصية في أنها تصح من ثلث المال، لا غير عند عدم الإجازة، ذكر في هذا الفصل أن الوصية بشيء تعتبر حال إيجاب الوصية أم حال الموت، فشرع في بيان ذلك، وأخر هذا الفصل ذكرًا؛ لأن حال الوصية وصف لها يتبع الموصوف لا محالة. (غن)

(١٠) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(١١) قوله: "جاز الإقرار إلخ" مبناه أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثًا، وغير وارث يوم الموت، لا يوم الوصية، والمعتبر في فساد الإقرار، وجوازه كون المقر له وارثًا في الحال، فإن الإقرار تمليك في الحال. (ع)

بنفسه(١)، وهى(٢) أجنبية عند صدوره، ولهذا يعتبر من جميع المال.

ولا يبطل بالدين(٣) إذا كان فى حالة الصحة، أو فى حالة المرض، إلا أن الثانى يؤخر عنه، بخلاف الوصية؛ لأنها إيجاب عند الموت(٤)، وهى(٥) وارثة عند ذلك(٦)، ولا وصية للوارث(٧) والهبة، وإن كانت مُنَجَّزَةً صورةً، فهى كالمضاف(٨) إلى ما بعد الموت حكمًا؛ لأن حكمها يتقرّر عند الموت، ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق(٩)، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث.

قال(١٠): وإذا أقرّ المريض لابنه بدين، وابنه نصرانى، أو وهب له(١١)، أو أوصى له، فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله.

أما الهبة والوصيةُ، فلما قلنا(١٢): إنه(١٣) وارث عند الموت(١٤)، وهما إيجابان

(١) قوله: "ملزم بنفسه" فيه تلويح إلى رد قول زفر، وهو أن الإقرار أيضًا باطل؛ لأن إقرار المريض بمنزلة التمليك، ولهذا لا يصح للوارث، ووجه ذلك أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت فى باب الوصية. (ع)

(٢) امرأة.

(٣) قوله: "ولا يبطل بالدين" أى لا يبطل الإقرار بسبب الدين يعنى أن الدين لا يمنع صحة الإقرار، سواء كان الإقرار فى الصحة، أو فى المرض إلا أن الثانى، وهو الإقرار الواقع فى المرض مؤخر عندنا عن الإقرار الواقع فى الصحة حتى إن المال يصرف إلى ما أقر به فى حالة الصحة، فإن فضل منه شيء يصرف إلى ما أقر به فى حالة المرض، وإلا فلا، وعند أبى ليلى الإقراران يستويان، وهو مذهب الشافعى. (غن)

(٤) فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت. (غن)

(٥) امرأة.

(٦) الموت.

(٧) بالحديث. (غن)

(٨) قوله: "فهى كالمضاف إلخ" فإن قيل: يشكل بها إذا وهب المريض فى مرض موته جاريته لرجل، فإنه يحل للموهوب له وطئها، ولا يحل للموصى له ذلك، قلنا: حل الوطئ مبنى على الملك، والملك يثبت للموهوب له بالقبض، ولكن على عرضة الانتقاض لظهور الدين عند الموت، وذلك لا يمنع حل الوطئ، كما فى الاستحقاق، والرد بالعيب. (ك)

(٩) قوله: "ألا ترى أنها تبطل إلخ" فإن من وهب عبدا فى مرض موته لأجنبى، وهو جميع ماله، وسلمه له صح ذلك، وصار ملكًا للموهوب له، ثم إذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ فى الثلثين حقًا للورثة فى الكل حقًا للغرماء، وصارت الهبة كالمتعلق بالموت، فصار حكمها حكم الوصية. (عن)

(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) فقبضه. (غن)

(١٢) فى المسألة الأولى.

(١٣) ابن.

(١٤) لإسلامه.

عنده[١]، أو بعده[٢]، والإقرارُ وإن[٣] كان ملزمًا بنفسه، ولكن سبب الإرث، وهو البنوة قائم وقت الإقرار، فيعتبر فى إيراث تهمة الإيثار[٤]. بخلاف ما تقدم[٥]؛ لأن سبب الإرث الزوجية، وهى طارئة[٦] حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار[٧]، وهى[٨] نصرانية، ثم أسلمت قبل موته[٩] لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره[١٠]، وكذا لو كان الابن عبدًا[١١]، أو مكاتبًا فأعتق؛ لما ذكرنا[١٢].

وذكر فى كتاب الإقرار[١٣] إن لم يكن عليه[١٤] دين يصح[١٥]؛ لأنه[١٦] أقر لمولاه وهو[١٧] أجنبى، وإن كان عليه دين[١٨] لا يصح؛ لأنه إقرار له، وهو ابنه، والوصية

---

(١) قوله: "وهما إيجابان عنده [موت]" هذا بالنظر إلى أن الإيصاء تمليك مضاف إلى زمان زوال الأهلية، وهو زمان الموت على ما روى عن الشافعى، أو بعده هذا بالنظر إلى أن التركة مبقاة على ملك الميت بعد الموت، فالإيصاء تمليك على سبيل الاستخلاف، فلا بد من بطلان أهلية الأصل، كما هو مذهبنا. (مل)

(٢) موت.

(٣) الواو وصلية.

(٤) أى إيثار هذا الابن على الورثة الآخر.

(٥) أى ما إذا أقر لأجنبية، ثم تزوجها حيث لا يبطل الإقرار. (غن)

(٦) لم تكن وقت الإقرار.

(٧) أى إقرار المريض لها بدين.

(٨) الواو حالية.

(٩) المقر.

(١٠) أى صدور الإقرار.

(١١) قوله: "وكذا لو كان الابن إلخ" أى يبطل الإقرار والوصية والهبة، كما لو كان نصرانيًا، فأسلم قبل موت الأب. (ك)

(١٢) قوله: "لما ذكرنا" مراد المصنف بقوله: وكذا لو كان الابن عبدًا، أو مكاتبًا، فأعتق؛ لما ذكرنا هو أنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها فى هذه المسائل أيضًا لدليل ذكرنا فى المسألة السابقة، ومراد بقوله: وذكر فى كتاب الإقرار إلى قوله: قال: والمقعد إلخ بيان أن فى صورة الإقرار رواية للصحة أيضًا، وكذا فى صورة الهبة، وأما فى صورة الوصية، فلا رواية للصحة أصلا. (نتائج الأفكار)

(١٣) من "المبسوط".

(١٤) العبد.

(١٥) الإقرار.

(١٦) المقر.

(١٧) المولى.

(١٨) قوله: "وإن كان عليه [العبد] إلخ" أى إن كان على العبد دين لم يصح الإقرار؛ لأن الإقرار يكون للعبد، وهو ابنه، فلا يصح الإقرار؛ لأن المولى لا يملك ما فى يده، وإن لم يكن على العبد دين يصح الإقرار؛ لأن الإقرار يكون لمولاه، ومولاه أجنبى، فيصح الإقرار له، وهذا لأن المولى ملك ما فى يده. (غن)

باطلة؛ لما ذكرنا[١] أن المعتبر فيها وقت الموت.

وأما الهبة، فيروى أنها تصح؛ لأنها تمليك فى الحال، وهو رقيق[٢]، وفى عامة الروايات هى فى مرض الموت بمنزلة الوصية، فلا تصح.

قال[٣]: والـمُقْعَد[٤] والمفلوج[٥] والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك[٦]، ولم يخف منه الموت[٧]، فهبته من جميع المال؛ لأنه إذا تقادم العهد صار طبعًا من طباعه[٨]، ولهذا لا يشتغل بالتداوى، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك، فهو[٩] كمرض حادث.

وإن وهب عند ما أصابه ذلك، ومات[١٠] من أيامه، فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش[١١]؛ لأنه يخاف منه الموت، ولهذا يتداوى، فيكون مرض الموت، والله أعلم.

---

(١) قوله: "لما ذكرنا أن إلخ" فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والابن ح، وارث، ولا وصية للوارث. (ع)

(٢) فى الحال، أى فى وقت الهبة.

(٣) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٤) قوله: "والمقعد [هو من لا يقدر على القيام. غن]" مقعد قعاد زده وبر جائى مانده وقعاد بيماريست كه صاحب خود را فروشاند. (من)

(٥) قوله: "والمفلوج إلخ" الفالج ذهاب الحس والحركة من أحد شقى البدن، وسلامة الشق الآخر، والشلل فساد فى اليد يقال: شلت يده فشل، ورجل أشل، والسل عبارة عن اجتماع المرة فى الصدر ونفثها، كذا ذكروا فى كتب الطب، وتفسير المطرزى أن المسلول الذى سُلّت أنثياه أى نزعت خصيتاه، لا يناسب هذا الموضع؛ لأن الكلام فيما إذا تطاول المرض، ولم يخف منه الموت، والذى نزعت خصيتاه بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضًا أصلا. (غن)

(٦) قوله: "إذا تطاول ذلك إلخ" ومدة التطاول مقدرة بالسنة، والمراد من الخوف الغالب منه، لا نفس الخوف. (ك)

(٧) أى صار بحال لا يخاف منه الموت.

(٨) قوله: "صار [يعنى خرج من أن يكون مرض الموت] طبعًا [فحكمه حكم الأصحاء، فيعتبر تصرفه من ثلث المال، ولا يصح إقراره للوارث. غن] إلخ" لأن المغير لحكم التصرف مرض الموت، وهو ما يكون سببًا للموت غالبًا، وإنما يكون كذلك إذا كان بحال يزداد حالا فحالا إلى أن يكون آخره الموت، فأما إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد، ولا يخاف منه الموت، فلا يكون سببًا للموت كالعمى ونحوه، وإنما يكون فى حكم المرض فى أول ما أصابه ذلك إذا صار صاحب فراش، وصاحب الدق والسل قبل أن يصير صاحب فراش لا يكون فى حكم المريض؛ لأن الإنسان قلما يخلو عن قليل مرض، فما دام يخرج فى حوائجه بنفسه، ولم يصر صاحب فراش لا يعد مريضًا عند الناس، كذا ذكره الإمام قاضى خان. (ك)

(٩) فيعتبر تصرفه لثلث. (ع)

(١٠) أى الفالج والسل وأمثالهما.

(١١) قوله: "إذا صار إلخ" أى إن صار صاحب فراش فى أول ما حدثت تلك العلة، ومات فى أيامه ذلك، فحكمه حكم المريض يعتبر تصرفه فى ثلث المال، ولا يصح إقراره للوارث. (غن)

باب العتق في مرض الموت[١]

قال[٢]: ومن أعتق في مرضه عبداً، أو باع، وحابى، أو ذهب، فذلك كله جائز، وهو معتبر من الثلث، ويضرب به مع أصحاب الوصايا[٣].

وفى بعض النسخ[٤]: فهو وصية مكان قوله: جائز، والمرادُ الاعتبار من الثلث[٥]، والضرب مع أصحاب الوصايا، لا حقيقة الوصية؛ لأنها إيجاب[٦] بعد الموت، وهذا منجّز غير مضاف[٧]، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة[٨].

وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان[٩]، والكفالة في حكم الوصية[١٠]؛ لأنه يتّهم فيه[١١] كما فى الهبة، وكل ما أوجبه[١٢] بعد الموت، فهو من الثلث[١٣] وإن[١٤] أوجبه[١٥] فى حال صحته؛ اعتباراً بحالة الإضافة دون حالة العقد،

---

(١) قوله: "باب العتق إلخ" لما كان الإعتاق فى المرض فى معنى الوصية؛ لوقوعه تبرعًا فى زمان تعلق حق الورثة، ذكره فى كتاب الوصايا، ولكن أخر ذكره عما هو صريح فى الوصية؛ لكون الصريح، هو الأصل فى الدلالة. (غن)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "ويضرب به إلخ" أى يضرب بالثلث كل واحد من هؤلاء الثلاثة، وهو العبد المعتق فى مرض الموت، والمشترى من المريض الذى باع بالمحاباة، والموهوب له مع أصحاب الوصايا، والمراد من ضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا يستحقون الثلث لا غير، وليس المراد أنهم يتساوون أصحاب الوصايا؛ لأن العتق المنفذ فى المرض مقدم على الوصية بالمال فى الثلث. (غن)

(٤) أى نسخ "مختصر القدورى".

(٥) قوله: "والمراد إلخ" أى المراد من قوله: وصية اعتباراً للعتق الواقع فى المرض، أو بيع المحاباة الواقع فيه، أو الهبة الواقعة فيه من الثلث كاعتبار الوصية من الثلث، وليس مراده أن كل واحد من الأشياء المذكورة وقع وصية حقيقة؛ لأن حقيقة الوصية إيجاب تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وليس كل واحد منها بهذه المثابة، بل وقع منجزا، ولكن لما كان حكم كل واحد منها حكم الوصية باعتبار الثلث سماه وصية. (غن)

(٦) تطوعًا.

(٧) إلى الموت.

(٨) بالمال.

(٩) قوله: "كالضمان والكفالة" غاير بينهما بعطف؛ لأن الضمان أعم من الكفالة، فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لأجنبى: خالع امرأتك على ألف على أنى ضامن، وكذلك لو قال: بع هذا العبد بألف على أنى ضامن لك بخمس مائة من الثمن سوى الألف، فإن بدل الخلع يكون على الأجنبى، لا على المرأة، والخمس مائة على الضامن دون المشترى. (ع)

(١٠) فيعتبر من الثلث. (غن)

(١١) قوله: "لأنه يتّهم فيه" أى لأنه متهم فى إيجابه على نفسه فى ذمته، كما بينهم فى الهبة. (غن)

(١٢) أى أضافه إلى الموت.

(١٣) قوله: "فهو من الثلث" لأنه علقه بحال تعلق الورثة فيه بالمال، فكان المعتبر فيه حال الإضافة، لا حال الإيجاب. (غن)

وما نَفّذه من التصرف[1].

فالمعتبر فيه حالة العقد[2]، فإن كان صحيحًا[3]، فهو من جميع المال[4] وإن[5] كان مريضًا، فمن الثلث، وكل مرض[6] صح منه، فهو كحال الصحة؛ لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله.

قال[7]: وإن حابى[8]، ثم أعتق، وضاق الثلث عنهما، فالمحاباة أولى[9] عند أبي حنيفة، وإن أعتق، ثم حابى، فهما[10] سواء، وقالا[11]: العتق أولى في المسألتين.

والأصل[12] فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث[13]، فكل من

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) أي وإن كان الإيجاب واقعا في الصحة. (عن)

(١) كالإعتاق والهبة، أي لم يضفه إلى بعد الموت (غن)

(٢) أي حالة عقد التصرف. (غن)

(٣) حال العقد.

(٤) أي يعتبر تصرفه من جميع المال.

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "وكل مرض إلخ" أي كل مرض صح منه، وقد تصرف فيه كان تصرفه تصرف الأصحاء؛ لأنه لما برئ من مرضه تبين أنه لم يكن مرضه سبب الحجر عن تصرفه حيث لم يكن حق أحد متعلقا بماله. (غن)

(٧) القدوري في "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "وإن حابى [أي باع بغبن فاحش] إلخ" صورته رجل باع في مرضه عبدًا يساوي ألفين من رجل بألف، وأعتق عبدًا يساوي ألفًا، ولا مال له سواهما، فالمحاباة أولى، وإن ابتدأ بالعتق تحاصّا فيه عند أبي حنيفة، ففي الأول يسلم العبد للمشتري بألف، ولم يبقَ من الثلث شيء إلا أن العتق لا يمكن رده، فيسعى العبد في قيمته للورثة، وفي الثانية: يتحاصان في مقدار الثلث، وقالا: العتق أولى سواء قدم المحاباة أو أخره، فيعتق العبد مجانا؛ لأن قيمته بقدر الثلث، ويخير المشتري إن شاء نقض البيع، ورد العبد؛ لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه، وإن شاء أمضى العقد، وأدى كمال قيمة العبد ألفي درهم. (ع)

(٩) قوله: "فالمحاباة أولى إلخ" إن كانت المحاباة قبل العتق بدئ بالمحاباة قبل العتق، وإن كان العتق قبل المحاباة تحاصا جميعًا صاحب المحاباة والعتق، فإن لم يبقَ شيء بعدهما بطل ما بقي من الوصايا، وإن بقي من الثلث شيء فضاربوا فيه على قدر وصاياهم. (مختصر كرخي)

(١٠) أي تحاصا. (عن)

(١١) قوله: "وقالا: إلخ" قال أبو يوسف ومحمد: يبدأ بالعتق قبل المحاباة، قدم العتق أو أخر، فإن لم يبقَ شيء من الثلث، بطلت الوصية الباقية، وإن بقي من الثلث شيء تضارب أهل الوصايا الباقية على قدر وصاياهم، وكان لكل منهم قدر ما يخص وصية من ذلك. (غن)

(١٢) أي الأمر الكلي.

(١٣) مثل أن يوصي بالربع والسدس. (غن)

أصحابها يضرب بجميع وصيته[(١)] في الثلث[(٢)] لا يقدم البعض على البعض إلا العتق[(٣)] الموقع في المرض[(٤)]، والعتق المعلّق بموت الموصى[(٥)] كالتدبير الصحيح[(٦)]. والمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض؛ لأن الوصايا قد تساوت، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق.

وإنما قدم العتق الذى ذكرناه آنفا[(٧)]؛ لأنه أقوى، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى، وغيره يلحقه[(٨)]، وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى.

وإذا قدم ذلك[(٩)]، فما بقى من الثلث بعد ذلك يستوى فيه[(١٠)] من سواهما[(١١)] من أهل الوصايا، ولا يقدم البعض على البعض.

لهما في الخلافية[(١٢)] أن العتق أقوى[(١٣)]؛ لأنه لا يلحقه الفسخ، والمحاباة

---

(١) أى بقدر نصيبه.

(٢) فيكون الثلث بينهم. (غن)

(٣) قوله: "إلا [مستثنى من قوله: لا يقدم. ع] العتق [أى العتق المنفذ. ك] إلخ" فإنه يبدأ بكل ذلك قبل كل وصية، ثم يتضارب أهل الوصايا بعد ذلك، فما بقى من الثلث يكون بينهم على قدر وصاياهم. (غن)

(٤) قوله: "الموقع في المرض" أى المنجز لا المفوض إلى إعتاق الورثة مثل أن يقول: أعتقوا، ويوصى بعتقه بعد موته. (ع)

(٥) قوله: "والعتق المعلّق إلخ" والوجه فيه أن ما يكون منفذاً عقيب الموت من غير حاجة إلى التنفيذ، فهو فى المعنى أسبق مما يحتاج إلى التنفيذ، والترجيح يقع بالسبق، وتوضيحه أن العتق المنفذ بالموت يستحق استحقاق الديون، فإن صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه إذا ظفر بجنس حقه، وههنا بنفس الموت يصير مستوفيًا حقه، والدين مقدم، فكذا ما فى معناه. (ك)

(٦) قوله: "كالتدبير الصحيح" إنما قيد التدبير بالصحيح؛ لأنه إذا لم يكن صحيحا كما إذا قال مثلا: هو حر بعد موتى بيوم، أو شهر لا يكون مقدما على سائر الوصايا، بل هو، وسائر الوصايا سواء، والتدبير الصحيح مثل أن يقول الرجل لمملوكه: أنت حر بعد موتى، أو أنت حر إذا مت، أو إن مت، أو إن حدث بى حدث، فهذا كله واحد، وهو مدبر. (غن)

(٧) أى العتق الموقع فى المرض، والعتق المعلق بموت الموصى.

(٨) قوله: "وغيره يلحقه" أى غير العتق الذى ذكرناه يلحقه الفسخ، والذى ذكره هو العتق الموقع فى المرض، والعتق المعلق بموت الموصى، وهو التدبير الصحيح، وأراد بغير ذلك سائر الوصايا بمال. (غن)

(٩) أى العتق المذكور والمحاباة.

(١٠) أى فى ما بقى من الثلث. (عن)

(١١) أى من سوى العتق المذكور، والذى حابى له. (عن)

(١٢) قوله: "فى الخلافية [وهى الذى قدم فيه المحاباة على العتق. ع]" قال صاحب "العناية" فى بيان الخلافية: وهى التى قدم فيها المحاباة على العتق، وتبعه العينى، أقول: هذا شرح فاسد، فإن الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى كلتا المسألتين المذكورتين، والدليل المذكور من قبلهما، والدليل المذكور من قبله متمشيان فى تينك المسألتين، فالصواب فى بيانها أن يقال: وهى التى اجتمع فيها العتق، والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة، أو قدمت المحاباة على العتق. (نتائج)

يلحقها[١]، ولا معتبر[٢] بالتقديم فى الذكر؛ لأنه[٣] لا يوجب التقدم فى الثبوت[٤].

وله أن المحاباة أقوى[٥]؛ لأنها تثبت فى ضمن عقد[٦] المعاوضة[٧]، فكان تبرعا بمعناه، لا بصيغته[٨]، والإعتاق تبرع[٩] صيغة ومعنًى، فإذا وجدت المحاباة[١٠] أولا دفع الأضعف[١١]، وإذا وجد العتق أولا وثبت، وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة[١٢].

وعلى هذا[١٣] قال أبو حنيفة: إذا حابى، ثم أعتق، ثم حابى قسم الثلث[١٤] بين المحاباتين نصفين لتساويهما[١٥]، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة[١٦] قسم بينها وبين

(١٣) من المحاباة.

(١) الفسخ من جهة المشترى.

(٢) أى لا يكون المحاباة أولى بالتقديم فى الذكر. (غن)

(٣) أى لأن التقديم فى الذكر.

(٤) قوله: "لأنه لا يوجب التقدم إلخ" لأن زمان التقرر بعد الموت، والكل يتقرر معا. (كف)
قوله: "لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت" ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثًا وصل أو فصل، ولا عبرة للبداية، فكذلك ههنا. (ع)

(٥) من العتق، فكان بالتقديم أولى. (غن)

(٦) بيع.

(٧) وبالحجر لا يلحقه الحجر عن المعاوضة. (ع)

(٨) قوله: "لا بصيغته إلخ" يعنى أن صيغة عقد البيع بالمحاباة معاوضة لا تبرع، ولكن التبرع حصل من حيث المعنى من حيث إيثار بعض المال حيث باع بغبن فاحش، بخلاف الإعتاق، فإنه تبرع صيغة ومعنى؛ لأنه إيثار محض ليس فى مقابلته إيثار المال، فكان المحاباة أقوى. (غن)

(٩) لأنه لم يثبت فى ضمن المعاوضة، وبالمرض يلحقه الحجر عنه. (ع)

(١٠) قوله: "فإذا وجدت إلخ" فإن قيل: العتق لا يلحقه الفسخ، والمحاباة يلحقها الفسخ، فكان العتق أولى، قيل: المحاباة لا يصح فسخها من جهة الميت، ومن جهة الورثة، فلا يكون لهم سبيل إلى فسخها، وإنما يصح فسخها من جهة المشترى، فيستدل بانقطاع حقهم فى الفسخ على تأكدها، فأما وقوع الفسخ من جهة المشترى، فلا اعتبار؛ لأن المحاباة ما وقعت عن قبل المشترى، وهو المواصلة، بل من قبل الموصى، وليس له الفسخ. (غن)

(١١) أى العتق.

(١٢) فهما سواء.

(١٣) أى على الأصل الذى ذكر من جهة أبى حنيفة.

(١٤) قوله: "قسم الثلث إلخ" فإن قيل: ينبغى أن يكون تمام الثلث للمحاباة الأولى عنده؛ لأن المحاباة الثانية مساوية للعتق، والمحاباة الأولى راجحة على العتق، والمساوى للمرجوح مرجوع، وكذا فى المسألة الثانية ينبغى أن لا يشارك العتق الثانى العتق الأول عنده؛ لأن العتق الأول يساوى المحاباة، وهى راجحة على العتق الثانى، والمساوى للراجح راجح، ترجح العتق على العتق، والمحاباة على المحاباة لا يجوز بالإجماع إذا لم يكن الغير متخللا، وكذا إذا تخلل الغير. (ك)

العتق[١]؛ لأن العتق مقدم عليها فيستويان، ولو أعتق، ثم حابى، ثم أعتق قسم الثلث[٢] بين العتق الأول والمحاباة نصفين، وما أصاب[٣] العتق[٤] قسم بينه وبين العتق الثانى[٥]، وعندهما العتق أولى بكل حالٍ.

قال[٦]: ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة[٧] عبد، فهلك منها درهم لم يعتق[٨] عنه بما بقي عند أبي حنيفة، وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقى من حيث يبلغ، وإن لم يهلك منها[٩]، وبقى[١٠] شىء من الحجة يرد على الورثة[١١].

وقالا: يعتق عنه بما بقى؛ لأنه وصية بنوع قربةٍ[١٢]، فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارًا بالوصيّة[١٣] بالحج.

وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة، وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه[١٤] تنفيذ

---

(١٥) فى وقوعهما فى ضمن عقد المعاوضة. (ع)

(١٦) قوله: "ثم ما أصاب إلخ" أى ما أصاب المحاباة الأخيرة من نصف الثلث، قسم بينها وبين العتق المتقدم عليها؛ لأنه حصل له الاستواء مع المحاباة لتقدمه عليها. (غاية البيان)

(١) قوله: "قسم بينها إلخ" فيه بحث، وهو أن يقال: المحاباة مساوية للمحاباة، المحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عنها، فالمحاباة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها، وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبى حنيفة، والجواب أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك على ما عرف فى موضعه. (ع)

(٢) قوله: "قسم الثلث [أى نصفين؛ لأن العتق لما تقدمها زاحمها. عن] إلخ" فإن قلت: لم لم يقسم بين العتق والعتق، ثم ما أصاب العتق الثانى يقسم بين العتق الثانى والمحاباة.

قلت: لا؛ لأن المحاباة متقدمة على العتق الثانى، فلا يكون مساويًا لها، والعتق الأول مقدم على المحاباة، فيزاحمها فى الثلث، ثم ما أصاب العتق الأول يشاركه فيه العتق الآخر للمجانسة، والمساواة بينهما. (عناية)

(٣) أى نصف الثلث. (غن)

(٤) الأول.

(٥) لتجانسهما. (غن)

(٦) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(٧) قوله: "بهذه المائة [أى يشترى بهذه المائة عبد، ويعتق ذلك العبد عن الموصى]" وكان المائة ثلث المال، أو أقل من الثلث، وأما إذا كان ثلث ماله أقل من مائة، فإنه لا يشترى، وبطلت الوصية فى قول أبى حنيفة، وفى قولهما: يشترى عبد بثلث ماله ويعتق. (مل)

(٨) العبد.

(٩) مائة.

(١٠) أى فضل شىء.

(١١) قوله: "يرد [الباقى أى الفضل] على الورثة" إلا أن يكون الموصى جعل الفضل للذى حج عنه، فيكون له. (ع)

(١٢) أى التقرب إلى الله تعالى.

(١٣) قوله: "بالوصية" أى ما إذا أوصى بأن يحج عنه بهذه المائة، فهلك درهم يحج عنه بما بقى. (غن)

لغير الموصى له[١]، وذلك لا يجوز.

بخلاف الوصية بالحج؛ لأنها قربة محضة هى حق الله تعالى، والمستحق لم يتبدل، وصار[٢] كما إذا أوصى لرجل بمائة، فهلك بعضها يدفع الباقى إليه.

وقيل[٣]: هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه، وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى، فلم يتبدل المستحق[٤].

وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى، فاختلف المستحق، وهذا أشبه[٥].

قال[٦]: ومن ترك ابنين ومائة درهم، وعبداً قيمته مائة درهم، وقد كان أعتقه فى مرضه، فأجاز الوارثان ذلك لم يسع فى شيء؛ لأن العتق[٧] فى مرض الموت وإن[٨] كان فى حكم الوصية، وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها[٩] تجوز بإجازة الورثة؛ لأن الامتناع لحقهم، وقد أسقطوه.

قال[١٠]: ومن أوصى بعتق عبده، ثم مات، فجنى جناية[١١]، ودفع بها[١٢]

---

(١٤) أى من المائة.

(١) قوله: "لغير الموصى [فتبدل المستحق] له [وفى نسخة: به]" أى لغير من أوصى له الموصى، فإن من قيمته دون المائة غير من قيمته مائة. (غن)

(٢) أى الوصية بالحج.

(٣) القائل فخر الإسلام البزدوى فى "شرح الجامع الصغير".

(٤) فلم يكن العبد موصىً له، بل الموصى له صاحب الشرع وهو لم يتبدل. (غن)

(٥) قوله: "وهذا أشبه" يعني إلى الصواب؛ لأنه يثبت بالدليل أنه حق العبد عنده، فيختلف المستحق إذا هلك منه شيء، ويبطل الوصية، ويرد المائة إلى الورثة. (عناية)

قوله: "وهذا أشبه" أى كون هذا الخلاف فى عتق النسمة بناء على أن العتق حق الله تعالى، أو حق المملوك هو أشبه بالصواب. (غن)

(٦) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٧) أى الإعتاق.

(٨) الواو وصلية.

(٩) أى أن الوصية بأكثر من الثلث.

(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) قوله: "فجنى جناية" اعلم أن العبد إذا جنى جناية خطأ، فحكمه الدفع أو الفداء، ثم هذا العبد الموصى له بعتقه إذا جنى جناية بعد موت الموصى كانت الورثة بالخيار إن شاءوا دفعوه بالجناية، وإ شاءوا فدوه، فإن ودفعوا بطلت الوصية؛ لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حيًّا، فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته، وهو الموصى له. (غاية البيان)

(١٢) أى بالجناية.

بطلت الوصية ؛ لأن الدفع قد صح لما أن حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى، فكذلك[١] على حق الموصى له ؛ لأنه يتلقى الملك من جهته[٢] إلا[٣] أن ملكه[٤] فيه باقٍ.

وإنما يزول[٥] بالدفع، فإذا خرج به[٦] عن ملكه بطلت الوصية، كما إذا باعه الموصى، أو وارثه[٧] بعد موته، فإن فداه الورثة كان الفداء فى مالهم[٨] ؛ لأنهم هم[٩] الذين التزموه، وجازت الوصية ؛ لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن، فتنفذ الوصية.

قال[١٠] : ومن أوصى بثلث ماله لآخر، فأقر الموصى له، والوارث أن الميت أعتق هذا العبد، فقال الموصى له : أعتقه في الصحة[١١]، وقال الوارث : أعتقه في المرض[١٢]، فالقول قول الوارث، ولا شيء[١٣] للموصى له إلا أن يفضل من الثلث[١٤] شيء[١٥]، أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة ؛ لأن الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق ؛ لأن العتق فى الصحة ليس بوصية.

---

(١) فيكون ولى الجناية مقدماً عليه أيضاً.

(٢) الموصى.

(٣) قوله: "إلا" استثناء من قوله: لما أن حق ولى الجناية مقدم. (غن)

قوله: "إلا أن ملكه" أى ملك الموصى فيه باقٍ لحاجته حتى لو كانَ العبد ذا رحم محرم من الورثة لا يعتق؛ لما بينا أن ملك الميت في لحاجته، وهذا لأن ملك الورثة ملك خلافة، فلا يثبت ما لم يستغن الأصل منه، وهذا جواب إشكال، وهو أن يقال: لما كان حق ولى الجناية مقدما على حق الموصى، والموصى له ينبغى أن تبطل الوصية قبل الدفع، والجواب عنه أن ملك الموصى فيه باق ما لم يدفع به، وبقاء الوصية باعتبار بقاء ملك الموصى، فإذا دفع زال ملكه، فيبطل الوصية. (ك)

(٤) الموصى.

(٥) الملك.

(٦) أى بالدفع. (م)

(٧) أى بسبب الدين. (م)

(٨) أى فى مال الورثة.

(٩) أى كانوا متبرعين فيما فدوا به. (م)

(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(١١) فلنا ثلث ما بقى من التركة بعد العتق.

(١٢) فنفاذ العتق مقدم على وصيتك.

(١٣) بثلث المال.

(١٤) أى على قيمة العبد.

(١٥) فللموصى له الفاضل.

ولهذا ينفذ[١] من جميع المال، والوارث ينكره؛ لأن مدعاه العتق فى المرض، وهو وصية، والعتق فى المرض مقدم على الوصية بثلث المال[٢]، فكان منكرا[٣]، والقول قول المنكر مع اليمين[٤]، ولأن العتق حادث، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات[٥] للتيقن بها، فكان الظاهر شاهداً للوارث، فيكون القول قوله مع اليمين.

إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد؛ لأنه لا مزاحم له فيه[٦]، أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة[٧]؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة، وهو خصم[٨] فى إقامتها لإثبات حقه.

قال[٩]: ومن ترك عبداً، فقال للوارث: أعتقني أبوك فى الصحة، وقال رجل: لي على أبيك ألف درهم، فقال[١٠]: صدقتما، فإن العبد يَسعى فى قيمته عند أبي حنيفة.

وقالا: يعتق ولا يسعى فى شيء؛ لأن الدين، والعتق فى الصحة ظهرا[١١] معاً بتصديق الوارث فى كلام واحد[١٢]، فصارا[١٣] كأنهما كانا معاً، والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية[١٤] وإن[١٥] كان على المعتق دين.

(١) أى العتق فى الصحة.

(٢) لقوته؛ لأنه لا يتحمل الرد والنقض. (غن)

(٣) فغرضه أن لا شيء للموصى له. (غن)

(٤) قوله: "والقول قول إلخ" فإذا كان القول قول الورثة، كان الثلث مستحقاً بالعتق، فإن فضل شيء منه إلى تمام الثلث، فهو للموصى له، وإن لم يفضل، فلا شيء للموصى له. (غن)

(٥) قوله: "والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات" إذا جهل التاريخ، وأقرب الأوقات حال المرض، فيضاف العتق الحادث إليه لتيقن الأقرب ما لم يتبين أنه من قبل. (غن)

(٦) أى فى الفاضل.

(٧) قوله: "أن العتق فى الصحة" أى لم يكن وصية، فحينئذ ثلث المال للموصى له. (غن)

(٨) قوله: "وهو خصم إلخ" جواب عن إشكال على قول أبى حنيفة، فإن العتق عنده حق العبد، فلا بد من الخصومة والدعوى حتى يقبل البينة، ولم يوجد الدعوى من العبد، فينبغى أن لا تقبل البينة على العتق، والجواب عنه أن البينة إنما وجدت من الخصم، فإن الموصى له بهذه البينة يثبت لنفسه حقاً، فيكون خصماً، والبينة مقبولة من الخصم. (ك)

(٩) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(١٠) الوارث.

(١١) فاستويا. (غن)

(١٢) أى قول الوارث: صدقتما. (ع)

(١٣) أى العتق فى الصحة والدين.

(١٤) قوله: "لا يوجب السعاية إلخ" لأن من أعتق عبداً فى صحته، ثم مات، وعليه دين لم يسع العبد له فى شيء،

وله أن الإقرار[١] بالدين أقوى؛ لأنه يعتبر من جميع المال، والإقرار بالعتق فى المرض يعتبر من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى، فقضيته[٢] أن يبطل العتق أصلا إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان، فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية.

ولأن الدين أسبق؛ لأنه لا مانع له من الإسناد، فيسند إلى حالة الصحة[٣]، ولا يمكن إسناد العتق[٤] إلى تلك الحالة[٥]؛ لأن الدين يمنع العتق فى حالة المرض مجانًا، فتجب السعاية.

وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل، وترك ألف درهم، فقال رجل: لى على الميت ألف درهم دين، وقال الآخر: كان لى عنده ألف درهم وديعة[٦]، فعنده[٧] الوديعة أقوى[٨]، وعندهما[٩] هما سواء[١٠].

فهذا مثله، وهذا لأن الإقرار بهذين الأمرين فى حالة المرض إنما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخرًا عن الآخر، فيمنع المتقدم المتأخر، وههنا لما حصلا معًا بتصديق واحد يجعل كان الأمرين كانا ثبتا بالبينة، فيثبتان معًا كذلك. (ك)

(١٥) الواو وصلية.

(١) قوله: "وله أن إلخ" أى لأبى حنيفة وجهان: أحدهما: أن الإقرار بالدين أقوى من الإقرار بالعتق، فدفع الأقوى الأضعف، والدليل على ذلك أن إقرار الدين يصح من رأس المال، لا من الثلث فحسب، وإنه لا يعتبر وصية من المريض، والإقرار بالعتق من المريض يصح من الثلث لا غير، وإسناد الإقرار بالعتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يكن المانع من الإسناد، وقد وجد المانع، وهو شغل الدين، فإنه منع الإسناد إلى حال الصحة، فاقتصر العتق إلى حالة المرض، فعلى هذا كان ينبغى أن يبطل العتق أصلا إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ، فيفسخ من حيث المعني بإيجاب السعاية على العبد، ويقضى به الدين، ولا يفسخ من حيث الصورة، ولأن الدين أسبق؛ لأنه لا مانع من إسناد الدين إلى حالة الصحة؛ لأن الإقرار يصح من رأس المال من الصحيح والمريض جميعًا، وإسناد العتق إلى حالة الصحة لا يمكن؛ لأن الدين يمنع أن يقع العتق مجانا، فلا جرم وجبت السعاية عليه، وإقرار الوارث بمنزلة إقرار المريض، ولو أن المريض أقر فى مرضه أنه أعتق هذا العبد فى صحته، وأقر بدين كان الدين أولى، فكذا إذا أقر الوارث. (غن)

(٢) الدفع.

(٣) قوله: "فيسند إلخ" فلذلك يثبت الدين من كل وجه، ويثبت العتق من حيث الصورة، لا من حيث المعنى، وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت، ولو قال العبد لمولاه المريض: أعتقنى فى صحتك، وقال رجل آخر: لى عليك ألف درهم دين، فقال المريض: صدقتما، عتق العبد، ويسعى فى قيمته للغريم، كذلك ههنا. (ع)

(٤) قوله: "ولا يمكن إسناد إلخ" وهذا لأن العتق لم يظهر إلا ومعه الدين، وأنه يمنع ظهور العتق مجانًا فى المرض، وإسناد العتق إلى حالة الصحة يكون بعد ثبوته، فصار الدين مانعًا إسناد العتق إلى الصحة، فبقى العتق مقصورًا. (ك)

(٥) أى حالة الصحة.

(٦) فقال الوارث: صدقتما.

(٧) قوله: "فعنده إلخ" هذا من المسامحات، فإن الكبار القدماء ذكروا الخلاف على العكس، فالحاكم فى "مختصر الكافى"، والفقيه أبو الليث السمرقندى فى "كتاب مختلف الرواية"، والقدورى فى "كتاب التقريب"، وفخر الإسلام فى "شرح الجامع الصغير"، والصدر الشهيد فى "شرح الجامع الصغير"، والإمام نجم الدين أبو جعفر عمر النسفى فى "كتاب الحصر" وغيرهم قالوا: إن عندهما الوديعة أقوى، وعنده هما سواء، والتفصيل فى "غاية البيان". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

فصل[١]

قال[٢]: ومن أوصى[٣] بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض[٤] منها قدمها الموصى، أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات؛ لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه[٥] البداية بما هو الأهم.

فإن تساوت فى القوة بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث؛ لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم.

وذكر الطحاوى أنه يبتدئ بالزكاة، ويقدمها على الحج، وهو إحدى الروايتين عن أبى يوسف.

وفى روايةٍ عنه أنه يقدم الحج[٦]، وهو قول محمد[٧] وجه الأولى أنهما[٨] وإن[٩] استويا فى الفرضية، فالزكاة تعلق بها حق العباد[١٠]، فكان أولى.

---

(٨) قوله: "أقوى" فإن صاحب الدين يدعى حقًا فى الذمة انتقل إلى العين، وصاحب الوديعة يدعى العين، فإذا قال: صدقتما، فقد سبق حق صاحب الوديعة إلى العين قبل ثبوت حق صاحب الدين فيه، فكان أولى به. (غن)

(٩) فالألف بينهما نصفان. (غن)

(١٠) قوله: "هما [وديعة ودين] سواء" فإن صاحب الدين لما ادعى الدين، فقد ادعى حقًا فى الذمة منقولا إلى العين، وصار مدعيا للعين، وصاحب الوديعة يدعى العين أيضًا، فإذا كان كذلك، فكل واحد منهما يدعى العين، وصدقهما الوارث فيه، فصارا مستويين فى الحق فى ذلك العين، فكان بينهما. (غن)

(١) قوله: "فصل" قيل: قدم باب العتق فى المرض على هذا الفصل لقوته؛ لأن العتق لا يلحقه الفسخ. (غن)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "ومن أوصى إلخ" اعلم أن من مات وعليه حق الله تعالى من صلاة، أو صيام، أو زكاة، أو حج، أو كفارة، أو نذر، أو صدقة فطر، فإما أن يوصى بها، أو لا، فإن كان الثانى لم يؤخذ من تركته، ويخير الورثة على إخراجها لكن لهم أن يتبرعوا بذلك، وإن كان الأول ينفذ من ثلث ماله عندنا. (ع)

(٤) قوله: "قدمت الفرائض إلخ" الوصايا لا تخلو إما أن يكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد، وما كان لله تعالى، فلا يخلو إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة، أو كله واجبات كالكفارات والنذر وصدقة الفطر، أو كله تطوعا كالوصية بحج التطوع، والصدقة على الفقراء وما أشبهها، فإن جمع بين هذه الوصايا كلها، فإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ما أوصى به، فإنه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله، وإن كان ثلث ماله لا يحتمل ذلك إن أجازت الورثة الوصية، فكذلك وإن لم تجز الورثة، فإنه ينظر إن كان كلها فرائض، فإنه يبدأ بما بدأ به الميت، وإن كان بعضها فرائض، وبعضها واجبات، وبعضها تطوعات، فإنه يبدأ بالفرائض، أو لا، وإن أخرها، ثم بالواجبات، ثم بالتطوع. (ك)

(٥) الموصى.

(٦) على الزكاة.

(٧) قوله: "وهو قول محمد" لعل المصنف وجد رواية، وإلا فالقدورى فى "شرح مختصر الكرخى"، وشمس الأئمة السرخسى فى "شرح الكافى"، وشمس الأئمة البيهقى فى "الكفاية"، وصاحب "التحفة"، والشيخ أبو نصر فى "شرح الأقطع" جعلوا قول محمد تقديم الزكاة على الحج، كذا فى "غاية البيان". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٨) الزكاة والحج.

وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس، والزكاة[١] بالمال قصرًا عليه، فكان الحج أقوى، ثم تقدّم الزكاة والحج على الكفّارات لمزيتهما عليها فى القوة؛ إذ قد جاء فيهما من الوعيد[٢] ما لم يأتِ فى الكفارة*، والكفارة فى القتل[٣] والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر؛ لأنه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر[٤]، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها، والاختلاف فى الأضحية[٥]، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض[٦].

قال: وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى[٧]؛ لما بينا[٨]، وصار كما إذا صرح بذلك[٩]، قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا[١٠] ما كان لله تعالى، وما

---

(٩) الواو وصلية.

(١٠) فإن الفقير حقه فى القبض ثابت، فكان ممتزجًا بحقين.

(١) تقام.

(٢) قوله: "من الوعيد إلخ" كقوله تعالى: ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم يوم يحمى عليها فى نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون﴾، وقال الله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ومن كفر فإن الله غنى عن العالمين﴾ أى من لم يحج، وروى عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «من مات ولم يحج فيمت يهوديًا أو نصرانيًا». (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤٠٨، والدراية ج٢ ص٢٩١ تحت الحديث١٠٥٩. (نعيم)

(٣) خطأ.

(٤) فإن وجوبها بالسنة.

(٥) فإنها واجبة على قول أبى حنيفة، وسنة على قولهما والشافعى.

(٦) قوله: "يقدم بعض إلخ" فمن ذلك أن صدقة الفطر مقدمة على النذر؛ لأن صدقة الفطر وجبت بإيجاب الله تعالى، فيقدم على الواجب بإيجاب العبد، والنذر والكفارات كلها مقدمة على الأضحية؛ لأن الأضحية اختلفوا فى وجوبها، ولم يختلفوا فى وجوب النذر، والأضحية مقدمة على النوافل، ثم كفارة القتل مقدمة على غيرها؛ لأن كفارة القتل أقوى، ألا ترى أن الإسلام شرط فى ذلك، ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار؛ لأن كفارة اليمين وجبت بهتك حرمة اسم الله تعالى، وكفارة الظهار وجبت بإيجاب حرمة على نفسه، فكانت كفارة اليمين أقوى. (ك)

(٧) قوله: "قدم منه إلخ" بأن أوصى بأن يحج عنه تطوعًا، أو أوصى بأن يعتق عنه نسمة تطوعًا، ولم يعينها، وأوصى بأن يتصدق عنه بمائة على الفقراء، لا بأعيانهم، فإنه يبدأ بما بدا به الميت، وإنما كان كذلك؛ لأن الموصى له فى هذه الصورة واحد، وهو الله تعالى؛ لأن الوصية بالحج صحت، وكذلك الوصية بعتق نسمة لا بعينها صحت لله تعالى، لا للعبد؛ لأن العبد إذا لم يكن بعينه كان مجهولا، والوصية للمجهول لا تصح، فثبت أن الموصى له واحد، والمقصود واحد، وهو التقرب إلى الله تعالى. (ك)

(٨) إشارة إلى قوله: لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم.

(٩) قوله: "كما إذا صرح بذلك [أى بالتقديم. غن]" وهو أن يقول: ابدأوا بما بدأت، هذا هو ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل، فالأفضل يبدأ بالصدقة، ثم بالحج، ثم بالعتق، سواء بدأ بالصدقة أم أخرها. (ك)

كان للعبد، فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذى ذكرناه[١]، ويقسم على عدد القرب[٢]، ولا يجعل الجميع كوصية واحدة؛ لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى، فكل واحد فى نفسها مقصود، فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين[٣].

قال[٤]: ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبًا؛ لأن الواجب[٥] لله تعالى الحج من بلده، ولهذا يعتبر[٦] فيه[٧] من المال ما يكفيه من بلده، والوصية لأداء ما هو الواجب عليه، وإنما قال: راكبًا؛ لأنه لا يلزمه[٨] أن يحج ماشيًا، فانصرف إليه على الوجه الذى وجب عليه، قال[٩]: فإن لم تبلغ الوصيّة النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ[١٠].

وفى القياس لا يحج عنه؛ لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه؛ لأنا نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية[١١]، فيجب تنفيذها ما أمكن، والممكن فيه ما ذكرناه[١٢]، وهو أولى من إبطالها[١٣] رأسًا، وقد فرقنا[١٤] بين هذا،

---

(١٠) قوله: "يقسم إلخ" أى إذا مع الوصايا الثابتة لحق الله تعالى حق الآدمى، فالموصى له يضرب مع الوصايا فى القرب. (غن)

(١) آنفًا.

(٢) قوله: "ويقسم على إلخ" فيجعل كل جهة من جهات القربة مفردة، ولا يجعل جهة واحدة نحو أن يقول: ثلث مالى فى الحج، والزكاة، والكفارات، ولزيد يقسم على أربعة أسهم؛ لأن كل جهة من هذه غير أخرى، والمقصود وإن كان متحداً، وهو القرابة، ولكن تعتبر الجهة المسماة؛ لأن الجهة هى المنصوص عليها، وهو كما إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل، يصرف لكل جهة سهم وإن كان المقصود من الجميع القربة. (ك)

(٣) قوله: "كما ينفرد وصايا إلخ" فإن الجميع منها، وإن كان المقصود به القربة إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل، لكن يجعل لكل واحد سهم على حدة، فكذا هذا. (ع)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن).

(٥) على الموصى.

(٦) لأنه يشترط من الزاد والراحلة ما يكفية من بلده.

(٧) أى فى وجوب الحج.

(٨) إنما وجب عليه إذا قدر على الراحلة. (غن)

(٩) أى القدورى فى "مختصره".

(١٠) الوصية.

(١١) للثواب.

(١٢) أى من حيث تبلغ النفقة.

(١٣) الوصية.

وبين الوصية بالعتق من قبل.

قال[(١)]: ومن خرج من بلده حاجًا[(٢)]، فمات فى الطريق، وأوصى أن يحج عنه[(٣)] يحج عنه من بلده عند أبى حنيفة، وهو قول زفر.

وقال أبو يوسف ومحمد[(٤)]: يحج عنه من حيث[(٥)] بلغ استحسانًا، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره فى الطريق.

لهما أن السفر[(٦)] بنية الحج وقع قربة، وسقط فرض قطع المسافة بقدره[(٧)]، وقد وقع أجره على الله، فيبتدأ من ذلك المكان[(٨)] كأنه من أهله، بخلاف سفر التجارة[(٩)]؛ لأنه لم يقع قربةً، فيحج عنه من بلده.

وله أن الوصيّة تنصرف إلى الحج[(١٠)] من بلده على ما قررناه[(١١)] أداءً للواجب

---

(١٤) قوله: "وقد فرقنا بين هذا إلخ" والفرق وقع على قول أبى حنيفة، وهو ما ذكر قبل هذا الفصل فى قوله: له أنه وصية بعتق عبد يشترى بمائة، وتنفيذها فى من يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له إلى آخره. (ك)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) قيد بقوله: حاجًا؛ لأنه لو خرج للتجارة، فإنه يحج عنه من بلده بالاتفاق.

(٣) قياسًا.

(٤) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" قيل: هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن، فأما إذا لم يكن له وطن، فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق. (م)

(٥) أى من مكان بلغ فيه، ومات هناك.

(٦) قوله: "لهما أن السفر إلخ" مدفوع بقوله عليه السلام: كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا بثلاثة، فإن الخروج ليس منه، ورد بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين، ومات فأوصى وجب الإكمال بما بقى بالاتفاق، ولم ينقطع ما أطعمه بالموت، ذكره فى "الأسرار"، فما جواب أبى حنيفة عن ذلك، فهو جوابنا عن الحج، وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ فى حق الآمر بدليل أن الأول لو بدا له فى أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى فى بعض الطريق، وفوض الأمر إلى غيره برضا الموصى لم يجز، ولزمه رد ما أنفقه، وأما الإطعام، فإنه يقبل التجزئ حتى إن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض، ثم ترك، وأمر به غيره، فإنه يجزيه، كذا فى "الأسرار"، وهذا ليس بدافع؛ لأن الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره فى الانقطاع إلا أن يقال: التجزئ فى الإطعام مستند إلى الكتاب، فإنه لم يشترط فيه التتابع أصلا، والكتاب أقوى، وإن كان دلالة، فعمل به، والحج لم يكن فيه دليل أقوى. (م)

(٧) أى بقدر سفره.

(٨) أى من مكان مات.

(٩) بيان لفائدة قيد حاجًا.

(١٠) قوله: "تنصرف إلخ" فإنه لما مات قبل إتمام العمل، صار خروجه بغير الحج، ولو أنه خرج لغير الحج كما إذا خرج تاجرا، فمات فى بعض الطريق، يحج من منزله، فكذلك ههنا، وهذا لأن الخروج بعد الموت قبل أداء الحج انقطع، فالفسخ بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا عن ثلاث علم ينتفع به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية بعد موته»، والخروج للحج ليس من الثلاث. (غن)

(١١) قوله: "ما قررناه" أراد به قوله قبل هذا: ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبًا؛

ج8 19 B

على الوجه الذى وجب، والله أعلم.

باب الوصيّة للأقارب وغيرهم[١]

قال[٢]: ومن أوصى لجيرانه[٣]، فهم الملاصقون[٤] عند أبي حنيفة، وقالا: هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى، ويجمعهم مسجد المحلة.

وهذا استحسان، وقوله: قياس؛ لأن الجار من المجاورة، وهى الملاصقة حقيقة، ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار، ولأنه لما تعذر صرفه[٥] إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص، وهو الملاصق.

وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم[٦] يسمون جيرانًا عرفًا، وقد تأيد بقوله ﷺ*: «لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد»[٧]، وفسره بكل من سمع النداء[٨]، ولأن المقصد[٩] بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره، إلا أنه لا بد من الاختلاط، وذلك عند اتحاد المسجد[١٠].

وما قاله الشافعى: الجوار إلى أربعين دارًا[١١] بعيدٌ، وما يُروى فيه[١٢]

لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده إلخ. (ك)

(١) قوله: "باب الوصية إلخ" لما كان هذا الباب مشتملا على الوصايا بالقوم المخصوصين، أخره ذكرًا عن الأبواب المقدمة لقلة فائدته؛ لأن ما تقدم لا يختص قومًا دون قوم، فكان لعموم فائدة تقديمه ذكرا أولى. (غاية البيان)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٣) قوله: "ومن أوصى لجيرانه إلخ" كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظرًا إلى ترجمة الباب، ويجوز أن يقال: الواو لا تدل على الترتيب. (عناية)

(٤) من داره (عن)، قربت الأبواب أو بعدت. (غن)

(٥) قوله: "لما تعذر صرفه إلخ" يعنى لعدم دخول جار المحلة، وجار القربة، وجار الأرض صرف إلى أخص الخصوص، وهو الملاصق. (ع)

(٦) قوله: "أن هؤلاء [أى من يجمعهم المسجد] إلخ" يعنى أن الموصى قصد به من يخالطه ويقرب منه، وفى هذا المعنى يستوى الملاصق وغيره؛ لأن كل واحد ممن جمعهم مسجد واحد يسمى صاحبه جارًا عرفًا، فوجب حمل الاسم عليه. (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٢، والدراية ج٢ ص٢٩٣، الحديث ١٠٦٠. (نعيم)

(٧) رواه الدارقطنى عن أبى هريرة. (ت)

(٨) قوله: "وفسره إلخ" [أى على رضى الله عنه. تاج الشريعة] روى البيهقى فى "المعرفة" عن على أنه قال: "لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد، قيل: ومن جار المسجد قال: من أسمعه المنادى". (ت)

(٩) أى مقصد الموصى من الوصية لهم.

(١٠) قوله: "عند اتحاد المسجد" قيل: حتى لو كان فى المحلة مسجدان صغيران متقاربان، فالجميع جيران. (ع)

(١١) من الجوانب الأربع.

ضعيف[1]*.

قالوا: ويستوى فيه[2] الساكن والمالك، والذكور والأنثى، والمسلم والذمى[3]؛ لأن اسم الجار يتناولهم، ويدخل فيه[4] العبد الساكن عنده[5] لإطلاقه[6]، ولا يدخل عندهما[7]؛ لأن الوصية له وصية لمولاه، وهو[8] غير ساكن.

قال[9]: ومن أوصى لأصهاره، فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته؛ لما روى أن النبى عليه السلام لما تزوج صفية[10] أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها إكرامًا لها، وكانوا يُسمّون أصهار النبى عليه السلام[11]**، وهذا التفسير[12]

(١٢) قوله: "وما يروى فيه إلخ" أخرج البيهقى عن عائشة عن النبى ﷺ قال: «أوصانى جبرئيل عليه السلام بالجار إلى أربعين دارًا عشرة من ههنا وعشرة من ههنا وعشرة من ههنا وعشرة من ههنا» انتهى، وقال: فى إسناده ضعف. (ت)

(١) قد طعن فى روايته.

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٣، والدراية ج٢ ص٢٩٣ تحت الحديث ١٠٦٠. (نعيم)

(٢) الجار.

(٣) قوله: "والذمى" أقول: ينبغى على قول محمد: أن لا يدخل الذمى؛ لأن المسجد لا يجمعه إلا إذا أريد باتحاد المسجد سماع الأذان. (م)

(٤) أى فى الجار.

(٥) الإمام.

(٦) قوله: "لإطلاقه [الجار]" أى لإطلاق اسم الجار على المملوك وغيره. (غن)

(٧) قوله: "ولا يدخل عندهما إلخ" وفى "الزيادات" و "المحيط": ولا يدخل فيه العبيد، والإماء، والمدبرون، وأمهات الأولاد؛ لأنهم لا جوار لهم؛ لأنهم أتباع فى السكنى من غير ذكر خلاف، والأرملة تدخل؛ لأن سكناها مضاف إليها، والتى هى ذات بعل لا تدخل؛ لأن سكناها غير مضاف إليها، فلم تكن جارًا حقيقة. (ك)

(٨) المولى.

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) قوله: "لما تزوج صفية إلخ" هذا من مسامحات صاحب "الهداية"، والصواب جويرية، وكان اسمها برة، فسماها عليه السلام جويرية؛ لأنه يكره أن يقال: خرج من بيت برة، وقصتها إن جويرة بنت الحارث من بنى المصطلق وقعت فى سهم ثابت بن قيس، فكاتبها على ما لا طاقة لها به، فأدى رسول الله ﷺ لما جاءت سائلة فى كتابتها، وتزوجها فتسامع الناس أنه ﷺ قد تزوج جويرية، فأرسلوا ما بأيديهم يعنى من السبى، فأعتقوهم، وقالوا: أصهار رسول الله، قالت عائشة: فما رأينا امرأة كانت أعظم بركة على قومها من جويرية أعتق فى سببها مائة أهل بيت من بنى المصطلق، كذا رواه أبو داود فى "سننه" عن عائشة وغيره. (مولانا محمد عبد الحليم نوره الله مرقده)

(١١) قوله: "وكانوا يُسمّون إلخ" قال فى "الصحاح": الأصهار أهل بيت المرأة، وقال فى "مجمل اللغة": قال الخليل: لا يقال: لأهل بيت المرأة إلا الأصهار، وقال فخر الإسلام البزدوى فى "شرح الزيادات": أما الصهر فقد يطلق على الختن، لكن الغالب ما ذكره محمد. (غن)

** راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٤، والدراية ج٢ ص٢٩٤، الحديث ١٠٦١. (نعيم)

اختيار محمد وأبي عبيدة.

وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه، وزوجة ابنه، وزوجة كل ذى رحم محرم منه؛ لأن الكل أصهار.

ولو مات الموصى[1] والمرأة فى نكاحه، أو فى عدته من طلاق رجعى، فالصهر يستحق الوصية، وإن كانت فى عدة من طلاق بائن لا يستحقها[2]؛ لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح، وهو شرط عند الموت.

قال[3]: ومن أوصى لأختانه، فالوصية[4] لزوج كل ذات رحم محرم منه[5]، وكذا محارم الأزواج؛ لأن الكل يسمى ختنًا.

قيل: هذا فى عرفهم[6]، وفى عرفنا لا يتناول إلا أزواج المحارم[7]، ويستوى فيه الحر والعبد، والأقرب والأبعد؛ لأن اللفظ يتناول الكل.

قال[8]: ومن أوصى لأقاربه[9]، فهى للأقرب، فالأقرب[10] من كل ذى رحم

---

(١٢) قوله: "وهذا التفسير إلخ" إنما قيد بهذا التفسير؛ لأن الصهر يجيء فى اللغة بمعنى الختن أيضًا، وقول محمد حجة فى اللغة المستشهد بقوله: أبو عبيد القاسم بن سلام -بتشديد اللام- فى "غريب الحديث". (غن)

(١) قوله: "ولو مات الموصى إلخ" قال فخر الإسلام: ومن شرط بقاء هذا الاسم أن يموت الموصى، وهن نساءه، أو فى عدة منه من طلاق رجعى، فأما بعد البينونة، فينقطع المصاهرة، وإنما يعتبر يوم الموت يعنى أن المرأة إذا كانت معتدة منه من طلاق رجعى يستحق أقرباء المرأة الوصية باسم الصهر، وإذا كانت مبانة يوم موته لا يستحقونها لانقطاع المصاهرة بالإبانة، وعدم الانقطاع فيما لم تكن مبانة. (غن)

(٢) مهر، الوصية يعنى وإن ورثت منه بأن يكون الطلاق فى المرض. (ع)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "فالوصية لزوج إلخ" يعنى أن الأختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والأخت والعمة والخالة، وعلى غيرها، وعلى محارم الأزواج، فيكون كل ذى رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والأنثى، ومحارم الأزواج كلهم فى قسمة الثلث بينهم سواء. (ع)

(٥) قوله: "كل ذات إلخ" كل امرأة ذات رحم محرم للموصى، فزوجها من أختانه، وكل ذى رحم محرم من زوجها من ذكر، أو أنثى، فهو أيضًا من أختانه، وقال محمد فى "إملاءه": إذا قال: قد أوصيت لأختانى بثلث مالى، فأختانه أزواج كل ذات رحم محرم منه، وكل ذى رحم محرم من الزوج، فهؤلاء أختانه، فإن كانت له بنت، وبنت أخت، وخالة، ولكل واحد منهن زوج، ولزوج كل واحدة منهن أرحام، فكلهم جميعًا أختانه. (مختصر كرخى)

(٦) أهل الكوفة.

(٧) لا محارم الأزواج.

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "ومن أوصى إلخ" حاصله أن عند أبى حنيفة فى هذه المسألة ستة أشياء: أحدهما: أن يكون المستحق بهذا اللفظ ذا رحم من الموصى، والثانى: أن ذلك لا يتفاوت من قبل الآباء والأمهات، والثالث: يجب أن يكون ممن لا يرثه، والرابع: أن يقدم الأقرب فالأقرب، والخامس: أن يكون المستحق اثنين فصاعدًا، والسادس: أن لا يدخل فيه الوالد

محرم منه، ولا يدخل فيه الولدان والولد(١)، ويكون ذلك للاثنين(٢) فصاعدًا، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: الوصية لكل من ينسب(٣) إلى أقصى أبٍ له في الإسلام، وهو أول أب أسلم، أو أول أبٍ أدرك الإسلام، وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ.

وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب(٤)، فإنه أدرك الإسلام، ولم يسلم.

لهما أن القريب مشتق من القرابة، فيكون(٥) اسمًا لمن قامت به، فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف(٦).

وله أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يعتبر(٧) الأقرب فالأقرب، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان، فكذا في الوصية، والمقصد من هذه الوصية(٨) تلافي ما فرط(٩) في إقامة واجب الصلة، وهو يختص بذي الرحم المحرم منه.

ولا يدخل فيه قرابة الولاد(١٠)، فإنهم لا يسمون أقرباء، ومن سمّى والده(١١)

والولد، ويدخل فيه الجد وولد الولد في ظاهر الرواية، روى الحسن عن أبي حنيفة وهلال عن أبي يوسف أنه لا يدخل. (ك)

(١٠) من جهة الأب أو الأم. (ع)

(١) ذكر أو أنثى. (غن)

(٢) والذكر والأنثى سواء.

(٣) قوله: "لكل من ينسب إلخ" أي لجميع أهل قرابته من قبل الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام من الطرفين جميعًا يشتركون في الثلث الأقرب منهم، والأبعد والذكر والأنثى فيه سواء. (غن)

(٤) قوله: "تظهر في أولاد إلخ" يعني أن الموصي إذا كان علويا، فعلى القول الأول: أقصى الأب علي رضي الله عنه، فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر، وعلى القول الثاني: أقصى الأب أبو طالب؛ لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم، فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر. (ع)

(٥) القريب.

(٦) أي غير ذوي المحارم، وهي ذو الرحم غير المحرم والرحم الأبعد. (غن)

(٧) كما في العصبات وذوي الأرحام. (غن)

(٨) قوله: "والمقصد من إلخ" وإنما اعتبر أبو حنيفةرح كل ذي رحم محرم؛ لأن الله تعالى أمر بصلة الرحم، ونهى عن قطعية الرحم، وألحق الوعيد الشديد لمن سعى في قطعيته، وهو قوله تعالى: ﴿إن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم الله﴾، فإذا كان مأمورا بصلة الرحم، فالظاهر أنه قصد بالوصية صلة الرحم، فانصرفت الوصية إلى من وجب عليه صلتهم، وإنما يجب عليه صلة الرحم المحرم، ولا يجب عليه صلة غيرهم، ألا ترى أنه لا يجب نفقتهم إذا كانوا معسرين، ويجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم، قلت: إن الوصية انصرفت إليهم. (غن)

(٩) أي قصر.

(١٠) قوله: "ولا يدخل فيه إلخ" قال محمد: قال الله تعالى: ﴿الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقًا على

قريبًا كان[١] منه عقوقًا، وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره، وتقرب الوالد، والولد بنفسه لا بغيره، ولا معتبر بظاهر اللفظ[٢] بعد انعقاد الإجماع على تركه، فعنده يقيد بما ذكرناه، وعندهما بأقصى الأب في الإسلام[٣]، وعند الشافعي بالأب الأدنى.

قال[٤]: وإذا أوصى لأقاربه، وله عمان وخالان، فالوصية لعميه عنده اعتبارًا للأقرب كما في الإرث، وعندهما بينهم[٥] أرباعًا؛ إذ هما لا يعتبران الأقرب.

ولو ترك عمًا وخالين[٦]، فللعم نصف الوصية، والنصف للخالين[٧]؛ لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع[٨]، وهو الاثنان في الوصية، كما في الميراث.

المتقين﴾، فأخرج الوالدين من القرابة، فكما يخرج الوالدان بين القرابة، فكذلك يخرج الولد من قرابة الوالد، فلا يسمى قريبًا. (غن)

(١١) قوله: "سمّى إلخ" فإذا لم يكن الوالد قريبًا لا يكون الولد قريبًا أيضًا؛ لأنه يلزم من قرب أحدهما إلى الآخر قرب الآخر إليه. (غن)

(١) أي هذه التسمية.

(٢) قوله: "ولا معتبر إلخ" جواب إشكال على قولهما: وهو أن يقال: إنهم تساووا في سبب الاستحقاق، وهو اسم القرابة، فوجب التساوي في الاستحقاق أصله إذا أوصى لبني فلان، فأجاب أنه لا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه، فعند أبي حنيفة يقيد بالأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه، وعندهما بأقصى الأب في الإسلام، وعند الشافعي بالأب الأدنى أي يدخل من قرابة الموصى من قبل أبيه وأمه من يجمعه إلى أدنى أب منسوب إليه، ولا يدخل ما وراء الأدنى من قرابته عنده. (ك)

(٣) قوله: "وعندهما بأقصى إلخ" وفي "المبسوط" كان هذا في زمن محمد؛ لأن في زمنه ما كان في أقرباء الإنسان الذين ينسبون إلى أقصى أب له كثرة، وأما في زماننا ففيهم كثرة، ولا يمكن إحصاءهم، فتصرف الوصية إلى أولاد ابنه وجده، وجد أبيه وأولاد أمه وجدته وجدة أمه، ولا يصرف إلى أكثر من ذلك. (ك)

(٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٥) عمين وخالين.

(٦) في قولهما: الثلث بينهم أثلاثًا. (ع)

(٧) قوله: "والنصف للخالين" لأن اللفظ جمع فلا بد من اعتبار الجمع فيه، وهو الاثنان في الوصية على ما عرف، فيضم إلى العم الخالان ليصير جمعا، فيأخذ النصف؛ لأنه أقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليه. (زيلعي)

(٨) قوله: "لأنه لا بد إلخ" يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف، وكذا إذا انفرد كان له النصف، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر كان له النصف أيضًا، واعترض بأن في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل: إذا كان معه عم آخر كان له النصف، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر كان له النصف، فكان للقائل أن يقول: إذا كان عم واحد كان له الثلث؛ لأنه إذا كان معه عمان كان له الثلث، فكذا إذا لم يكن معه غيره، وعلى هذا يقال: يجب له الربع، أو الخمس عند انفراده قياسًا على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام، أو أربعة أعمام آخر، وأجيب بأن ذلك غير لازم؛ لأن اعتبار الجمع كلها ساقطة لتعذره، فتعين أدنى ما يستعمل فيه، وهو الاثنان لتيقنه، والعم الواحد نصف الاثنين،

بخلاف ما إذا أوصى لذى قرابته[١] حيث يكون للعم كل الوصية؛ لأن اللفظ للفرد، فيُحرز الواحد كلها؛ إذ هو الأقرب، ولو كان[٢] له عم واحد، فله نصف الثلث[٣]؛ لما بيناه[٤].

ولو ترك[٥] عمًا وعمةً، وخالا وخالةً، فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما، وهي أقوى[٦].

والعمة[٧] وإن[٨] لم تكن وارثة، فهي مستحقة للوصية، كما كان القريب رقيقا أو كافرًا.

وكذا إذا أوصى لذوى قرابته، أو لأقربائه، أو لأنسبائه[٩] في جميع ما ذكرنا[١٠]؛ لأن كل ذلك لفظ جمع، ولو انعدم المحرم[١١] بطلت الوصية؛ لأنها مقيدة بهذا الوصف[١٢].

قال[١٣]: ومن أوصى لأهل فلان، فهي على زوجته عند أبي حنيفة، وقالا:

فيكون له نصف مالهما، فإذا أخذ العم النصف صار كان لم يكن، فيكون الباقي من الثلث للخالين. (عناية)

(١) وكان عم وخالان.

(٢) أي فيما إذا أوصى لأقاربه.

(٣) قوله: "فله نصف الثلث" ويرد النصف إلى الورثة لعدم من يستحقه؛ لأن اللفظ جمع، وأدناه في الوصية اثنان، فيكون لكل واحد منهما النصف، فلهذا يعطى له النصف، والنصف الآخر يرد إلى الورثة. (زيلعي)

(٤) إنه لا بد من اعتبار معنى الجمع.

(٥) فيما إذا أوصى لأقاربه.

(٦) من قرابة الخال والخالة. (ع)

(٧) قوله: "والعمة إلخ" جواب عما يقال: العمة لا تستحق العصوبة، فلم تكن قرابتها أقرب، ووجهه أنها مستحقة للوصية، ومساواتها للعم لا تستحق العصوبة، وعدم استحقاقها العصوبة بوصف قام بها، وهي الأنوثة لا يخرجها عن مساواتها للعم في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق؛ أو الكافر لما أن حرمان الميراث بوصف قام بها، لا يضعف القرابة. (مل)

(٨) الواو وصلية.

(٩) أي أقرباءه، جمع النسيب كالأنصباء جمع النصيب. (غن)

(١٠) قوله: "في جميع ما ذكرنا" يعني يشترط فيه شرائط عند أبي حنيفة، وقد مر ذلك، وعندهما لا يشترط الرحم المحرم، ولا الأقرب فالأقرب. (ع)

(١١) قوله: "ولوانعدم المحرم إلخ" يعني إن لم يكن للموصى ذو الرحم المحرم في هذه المسائل، فالوصية باطلة عند أبي حنيفة؛ لأن عنده لذى الرحم المحرم، فإذا لم يكن للموصى ذو الرحم المحرم كانت الوصية للمعدوم، والوصية للمعدوم باطلة. (تاج الشريعة)

(١٢) قوله: "لأنها مقيدة بهذا الوصف" لأن غرضه الصلة لأقرباءه، وما كان بطريق الصلة يختص بذى الرحم المحرم كالنفقة. (ك)

يتناول كل من[1] يعولهم[2]، وتضمهم نفقته اعتباراً للعرف، وهو مؤيد بالنص، قال الله تعالى[3]: ﴿وأتونى بأهلكم أجمعين﴾.

وله أن اسم الأهل حقيقة[4] فى الزوجة يشهد بذلك[5] قوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾، ومنه قولهم: تأهّل[6] ببلدة كذا، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة.

ولو أوصى لآل فلان، فهو لأهل بيته؛ لأن الآل القبيلة[7] التى ينسب إليها، ولو أوصى لأهل بيت فلان، يدخل فيه أبوه وجده[8]؛ لأن الأب أصل البيت.

ولو أوصى لأهل نسبه، أو لجنسه، فالنسب عبارة عمن ينسب إليه، والنسب

---

(١٣) قوله: "قال [أى المصنف. عينى]" هذا لم يقع مناسبا؛ لأن عادة المصنف أن يذكر لفظ قال، إذا كان المسألة مسألة القدورى، أو الجامع الصغير، أو كانت مذكورة فى "البداية"، وهذه مع ما بعدها إلى قوله: ومن أوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة، وكل هذه المسائل مذكورة فى "مختصر الكرخى". (عن)

(١) قوله: "يتناول [لكن لا يدخل تحت هذه الوصية مماليكه، وإن كان يضمهم بنفقته] كل من [من الأحرار. غن] إلخ" الزوجة واليتيم فى حجره، والولد إذا كان يعوله، وأما إذا كان كبيراً، وقد اعتزل عنه، أو كانت بنتا قد تزوجت، فليس من أهله إنما أهله ممن ضمتهم نفقة، وهى فى عياله إلا أن المماليك لا يدخلون؛ لأنهم خدام الأهل تبع لهم، ولا يقال: للمماليك أهل المولى أيضاً، ولو كان له أهل ببلدتين دخلوا جميعاً. (غن)

(٢) عول: نفقة دادن عيال را. (م)

(٣) قوله: "قال الله تعالى" أى فى قصة يوسف ﴿وأتونى بأهلكم أجمعين﴾، ولم يرد الزوجة خاصة، فيحمل على الكل. (غاية البيان)

(٤) فلا يصار إلى غيرها مع إمكان العمل بها. (ع)

(٥) قوله: "يشهد بذلك إلخ" فيه نظر؛ لأنه لم يرد فى الآية الزوجة خاصة؛ لأنه تعالى قال: ﴿فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور ناراً﴾ ﴿قال لأهله امكثوا﴾، ألا ترى أنه خاطبهم بخطاب الجمع، والآية فى سورة القصص، وكذلك خطبه فى سورة طه، فقال: ﴿هل أتاك حديث موسى إذ رأى ناراً فقال لأهله امكثوا﴾ الآية، والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقرباءه وأقاربها ممن يضمهم نفقته على أن الحقائق لا يستدل عليها؛ لأن طريق معرفتها السماع، كما عرف فى الأصول، وإنما استشهد بالآية تبرعاً، فإن ثبت أن ما فى الآية ليس على معنى الحقيقة، فلا ينافى مطلوبه، كذا فى "العناية" وغيرها. (مل)

(٦) أى تزوج. (غن)

(٧) قوله: "لأن الآل القبيلة إلخ" فيدخل فيه كل من ينسب إليه من أبيه إلى أقصى أب له فى الإسلام الأقرب والأبعد، والذكر والأنثى، والمسلم والذمى، والصغير والكبير فيه سواء، ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات، ولا أحد من قرابة أمه؛ لأنهم لا ينسبون إلى أمهم، وإنما ينسبون إلى آباءهم، فكانوا من جنس آخر من أهل بيت آخر؛ لأن البيت يعتبر من الآباء. (زيلعى)

(٨) قوله: "يدخل فيه إلخ" قال شمس الأئمة السرخسى فى "شرح الكافى": إذا أوصى لأهل بيته، فإن كان الموصى من أولاد العباس، فكل من كانت نسبته إلى العباس من قبل الأب دخل فيه، سواء كان ذكرا أو أنثى بعد أن يكونوا منسوبين إليه من قبل الآباء، ومن كانت نسبته من قبل الأم لا يدخل فيه؛ لأنه لا يسمى من أهل بيته، وإنما يسمى من أهل بيت آخرين، وكذا الوصية لجنس فلان، أو لمحتاجى جنسه؛ لأن الجنس وأهل البيت سواء، قال فخر الإسلام فى "شرح الزيادات": وكذلك المرأة توصى بجنسها، وأهل بيتها لم يدخل فيه ولدها إلا أن يكونوا من بنى أعمامها. (غن)

يكون من جهة الآباء، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه؛ لأن الإنسان يتجنس بأبيه[١]، بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الأم والأب.

ولو أوصى لأيتام بني فلان[٢]، أو لعميانهم، أو لزمناهم، أو لأراملهم[٣] إن كانوا قومًا يحصون[٤]، دخل في الوصية فقراءهم[٥] وأغنياءهم، ذكورهم وإناثهم؛ لأنه أمكن تحقيق التمليك في حقهم.

والوصية تمليك وإن كانوا لا يحصون، فالوصية في الفقراء منهم؛ لأن المقصود من الوصية القربة، وهي في سد الخلة[٦]، وردّ الجوعة، وهذه الأسامي تشعر بتحقق الحاجة[٧]، فجاز حمله على الفقراء.

بخلاف ما إذا أوصى لشبّان بني فلان[٨] وهم لا يحصون، أو لأيامى بني فلان[٩] وهم لا يُحصون[١٠] حيث تبطل الوصية؛ لأنه ليس في اللفظ ما ينبئ عن

---

(١) قوله: "لأن الإنسان يتجنس بأبيه" لأن الجنس عبارة عن النسب، والنسب إلي الآباء، ألا ترى أن إبراهيم ابن النبي ﷺ كان هاشميا وإن كان ولد من مارية، وكذلك الخلفاء ولدوا من الإماء جميعاً، إلا ما شذ، وكانوا عباسيين صالحين للخلافة. (غن)

(٢) قوله: "لأيتام إلخ" اليتيم اسم لصغير مات أبوه لقول النبي عليه السلام: «لا يتم بعد الحلم»، ولأن اليتيم عبارة عن الانفراد، يقال: درة يتيمة أي لا نظير لها منفردة، فمن انفرد عمن يربيه في حال حاجته إلى التربية كان يتيما، وبعد البلوغ قد استغنى عمن يربيه لقدرته على القيام بمصالح فيه، فلا يسمى يتيما. (ك)

(٣) قوله: "أو لأراملهم" في "التهذيب": يقال: للفقير الذي لا يقدر على شيء من رجل، أو امرأة أرمل، ولا يقال للتي لا زوج لها وهي موسرة: أرملة، وقال الشعبي: الأنوثة ليست بشرط، بل يدخل فيه الذكر والأنثى إلا أن الصحيح ما فسره محمد أن الأرملة هي المرأة البالغة التي كان لها زوج فارقها، أو مات عنها، دخل معها، أو لم يدخل، وقوله: حجة في اللغة، وقال بعضهم: الأرملة التي لا زوج لها، ولا يشترط أنه كان لها زوج. (ك)

(٤) قوله: "إن كانوا قومًا يحصون إلخ" تفسيره عند أبي يوسف أن يحصوا بغير كتاب وحساب، وقال محمد: إذا كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون، وقال بعضهم: مفوض إلى رأى القاضي، وعليه الفتوى، والأيسر ما قاله محمد، كذا في "فتاوى قاضي خان". (ك)

(٥) فالثلث بينهم بالسوية. (عن)

(٦) حاجت. (م)

(٧) قوله: "تشعر بتحقق إلخ" أما اليتيم والعمى والزمانة فظاهر، وكذا الأرامل؛ لأنها جمع أرملة، وهي المرأة التي مات زوجها، أو فارقها وهي فقيرة. (ك)

(٨) قوله: "لشبان [جمع شاب. م] إلخ" في "الكفاية" ناقلا عن "الإيضاح" أن الشبان من خمسة عشر إلى خمسين سنة، والكهل من ثلاثين سنة إلى آخر عمره، والشيخ ما زاد على خمسين، وفي "العناية" قال محمد: الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك، والكهل إذا بلغ أربعين، فزاد عليه، وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب يكون شيخا. (مل)

(٩) قوله: "أو لأيامى" الأيم التي لا زوج لها، بكرا كانت أو ثيبًا، ورجل أيم أيضًا، والفقر فيه ليس بلازم، فلذلك صار اسم الأيامى بمنزلة اسم الشبان في أنه لا ينبئ عن الحاجة، وفي "الجامع الكبير": والأيم اسم لكل امرأة جومعت

الحاجة، فلا يمكن صرفه إلى الفقراء، ولا يمكن تصحيحه تمليكًا في حق الكل للجهالة المتفاحشة، وتعذرِ الصرف إليهم.

وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارًا لمعنى الجمع، وأقلّه اثنان في الوصايا على ما مر[١].

ولو أوصى لبني فلان يدخل فيه الإناث[٢] في قول أبي حنيفة أولُ قوله، وهو قولهما؛ لأن جمع الذكور يتناول الإناث، ثم رجع، وقال: يتناول الذكور خاصة؛ لأن حقيقة الاسم للذكور، وانتظامه للإناث تجوز، والكلام لحقيقته.

بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسمَ قبيلةٍ، أو فخذٍ[٣] حيث يتناول الذكور والإناث[٤]؛ لأنه ليس يراد بها أعيانهم؛ إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم، ولهذا يدخل فيه[٥] مولى العتاقة والمؤالات وحلفاءهم.

قال[٦]: ومن أوصى لولد فلان، فالوصية بينهم، والذكور والأنثى فيه

بنكاح جائز، أو فاسد، أو لعجوز لا زوج لها، غنية كانت أو فقيرة، صغيرة كانت أو بالغة، كذا فسره محمد، وقيل: إن الأنوثة ليست بشرط، والجماع ليس بشرط، والصحيح ما فسره محمد، كما ذكرنا. (ك)

(١٠) قوله: "وهم لا يحصون إلخ" فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون، كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير، هل يدخل الذكر والأنثى في الأيامى دخوله في الأرامل أم لا؟ قال الكرخي: يدخل؛ لأن الأيم هي التي لا زوج لها، بكرا كانت أو ثيبًا، ويقال: رجل أيم أيضًا، وقال محمد: الأيم هي البنت خاصة، وقول المصنف: محتمل، والظاهر دخوله؛ لأنه ترك اعتمادا على ما ذكره في الأرامل. (ع)

(١) عن قريب في هذا الباب.

(٢) قوله: "يدخل [الذكر والأنثى فيه سواء. غن] فيه إلخ" وإنما يدخل الإناث تحت هذه الوصية فيما إذا اختلط الذكور والإناث، وأما إذا انفرد الإناث، فلا شيء لهن بالاتفاق. (ك)

(٣) قوله: "أو فخذ [فخذ گروه برادران وتبار مرد كه كم از بطن باشد. عن]" الفخذ من العشائر أقل من البطن، وبيانه فيما قال صاحب "الكشاف": الشعب الطبقة الأولى من الطبقات الست التي عليها العرب، وهي الشعب، والقبيلة، والعمارة، والبطن، والفخذ، والفصيلة، فالشعب يجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمارة، والعمارة تجمع البطون، والبطن تجمع الأفخاذ، والفخذ يجمع الفصائل خزيمة شعب، كنانة قبيلة، قريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة، وسميت الشعوب؛ لأن القبائل تشعب منها. (غن)

(٤) قوله: "حيث يتناول إلخ" هذا إذا كانوا يحصون، أما إذا كانوا لا يحصون، فالوصية باطلة، كذا في "المبسوط". (ك)

(٥) قوله: "ولهذا يدخل فيه إلخ" ذكر في "الجامع الكبير" شمس الأئمة: وإن كان في بني فلان موالي عتاقة، وموالي أسلموا على أيديهم، ووالوهم وفقراء موالي موالٍ وحليف لهم وعديدهم يدخلون جميعًا في الوصية يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقراءهم، والحليف اسم من يأتي قبيلة، فيحلف لهم ويحلفون لهم على التناصر، والعديد من يعد نفسه منهم، وهم عدوا ذلك له من غير حلف، وإنما دخل الكل، لكن الإيجاب ههنا تعلق بالنسبة إلى القبيلة، وهم في هذه النسبة سواء للتناصر بينهم بهذه الأسباب. (كفاية)

(٦) أي القدوري في "مختصره".

سواء(١)؛ لأن اسم الولد ينتظم الكل(٢) انتظامًا واحدًا(٣).

ومن أوصى لورثة فلان(٤)، فالوصية(٥) بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه لما نصّ على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل، كما في الميراث.

ومن أوصى(٦) لمواليه(٧)، وله موالٍ أعتقهم، وموالٍ أعتقوه، فالوصية باطلة(٨).

وقال الشافعي في بعض كتبه: إن الوصيّة لهم جميعًا، وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى تصالحوا(٩).

---

(١) قوله: "سواء" أي في القسمة والاستحقاق حتى لو كانوا ذكورا أو إناثًا يقسم بينهم بالسوية، ولو كان الكل إناثًا دخلن تحت الوصية؛ لأن الوصية حصلت باسم الولد، واسم الولد يطلق على الإناث حالة الانفراد، كما يطلق على الذكور، ثم في مسألتنا إن لم يكن لفلان إلا ولد واحد، كان الثلث كله له، بخلاف ما لو أوصى لأولاد فلان، وله ولد واحد، فإنه يستحق النصف، ووجه الفرق بينهما أن الأولاد جمع، وأقل الجمع في باب الوصية والميراث اثنان، فكان للواحد النصف، كما لو أوصى لأقرباءه، ولو عم واحد كان له النصف، وأما الولد، فليس باسم جمع، وإنما هو اسم جنس، ومطلق اسم الجنس يطلق على أدنى ما يطلق عليه الاسم، كما لو حلف لا يشرب الماء، ولا يتزوج النساء حيث يحنث بشرب قطرة، ونكاح واحدة، وإذا أوصى لأولاد فلان، وليس لفلان أولاد صلبية، يدخل في الوصية أولاد البنين، وهل يدخل أولاد البنات فيه روايتان. (كفاية)

(٢) أي كل واحد من الذكر والأنثى. (غن)

(٣) أي بطريق الحقيقة. (ع)

(٤) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٥) قوله: "فالوصية بينهم للذكر إلخ" هذا إذا مات الموصى لورثته، ثم مات الموصى، أما إذا مات الموصى قبل أن يموت الموصى لورثته، فالوصية باطلة. (ك)

(٦) هذه من مسائل "الجامع الكبير" ذكرها تفريعًا على مسألة القدوري. (غن)

(٧) أي لموالي نفسه.

(٨) قوله: "فالوصية باطلة [حتى يبين لأي الفريقين أوصى، ولو مات قبل البيان لا ينفذ وصيته. عن]" وقال الشافعي: مبناه على جواز عموم المشترك، وعدم جوازه، والشافعي يجوز ذلك، فأجاز هذا، وأصحابنا ما جوزوه، فكذلك ههنا، فإن قيل: سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف، فلم قال: الوصية باطلة، أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصى قبل البيان، والتوقف في مثله لا يفيد، فإن قيل: الترجيح من جهة أخرى ممكن، وهو أن يصرف الوصية إلى المولى الذي أعتقه؛ لأن شكر المنعم واجب، وأما فضل الإنعام في حق المنعم عليه، فمندوب، والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب، كما هو المروي عن أبي يوسف لهذا المعنى، أجيب بأنها معارضته بجهة أخرى، وهو أن العرف جار بوصيته ثلث المال للفقراء، والغالب في المولى الأسفل الفقر، وفي الأعلى الغناء، والمعروف كالمشروط شرعًا. (ع)

(٩) قوله: "حتى تصالحوا" أي حتى يصطلحوا على أن الثلث بينهما، فإذا اصطلحا على ذلك جازت الوصية، وكان الثلث بين الفريقين، فإن بطلان الوصية قبل الاصطلاح لمكان الجهالة؛ إذ لا يدرى من المستحق للثلث، فقد زالت الجهالة بالاصطلاح؛ لأن بعضه يصل إلى المستحق، وبعضه إلى غير المستحق برضاء المستحق، فيصح الوصية، وجوابه أن الإيصاء ابتداء تمليك من المجهول، فيلغو، فلا يصير ملكا لأحد الفريقين، فيبقى الملك على ملك الموصى، وانتقل بموته إلى ورثته، فلا يكون للموالي عليه سبيل وإن اصطلحوا. (غن)

له أن الاسم يتناولهم؛ لأن كلا منهم يسمى مولى، فصار كالإخوة[١].

ولنا أن الجهة مختلفة[٢]؛ لأن أحدهما[٣] يسمى مولى النعمة، والآخر[٤] منعم عليه، فصار[٥] مشتركًا[٦]، فلا ينتظمهما[٧] لفظ واحدٌ في موضع الإثبات[٨]، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان، حيث يتناول الأعلى[٩] والأسفل[١٠]؛ لأنه مقام النفي[١١]، ولا تنافي فيه.

ويدخل في هذه الوصية[١٢] من أعتقه في الصحة والمرض، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده؛ لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت[١٣]، والوصية تضاف إلى حالة الموت، فلا بد من تحقق الاسم قبله[١٤].

وعن أبي يوسف[١٥] أنهم يدخلون[١٦]؛ لأن سبب[١٧] الاستحقاق[١٨] لازم[١٩]،

---

(١) قوله: "فصار كالإخوة" يعني إذا أوصى لإخوة فلان، فإنه يصح، ويدخل فيه الأخ لأب وأم، والأخ لأم والأخ لأب؛ لأن الكل يسمى أخا لفلان، فكذا ينبغي أن يدخل ههنا المولى الأعلى والمولى الأسفل؛ لأن كلا منهما يسمى مولى، وهذه رواية عن أبي حنيفة. (ك)

(٢) قوله: "أن الجهة مختلفة" لأن المولى الأعلى منعم، والمولى الأسفل منعم عليه، بخلاف الإخوة لأن اسم الأخ يطلق على كل واحد بمعنى واحد، وهو المتفرع من أصله، فصار الاسم عاما، لا مشتركا. (ك)

(٣) أي المعتق.

(٤) المعتَق.

(٥) لفظ المولى.

(٦) إذ لا عموم للمشترك.

(٧) ولا ترجيح للبعض على البعض، فبقي مجهول المراد لا يدرى أن المراد أيهما. (غن)

(٨) وأما في موضع النفي، فللمشترك عموم.

(٩) المعتق.

(١٠) المعتق.

(١١) وللمشترك عموم في موضع النفي. (عن)

(١٢) أي فيما إذا أوصى لمواليه. (غن)

(١٣) قوله: "لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت" لأن المتوقف على الشيء يعقبه وجودا، والوصية تضاف إلى حالة الموت؛ لأنها أخت الميراث، والميراث كذلك، فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت، ولم يوجد فيهما. (ع)

(١٤) الموت.

(١٥) قوله: "وعن أبي يوسف إلخ" والأصح الأول؛ لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق، بل بالإحياء الحاصل بالعتق، وذلك إنما يكون بعد الموت. (ع)

(١٦) أي المدبرون وأمهات الأولاد.

(١٧) أي التدبير والاستيلاد.

(١٨) أي استحقاق العتق.

ويدخل[١] فيه[٢] عبد، قال له مولاه: إن لم أضربك، فأنت حر[٣]؛ لأن العتق يثبت قبيل الموت[٤] عند تحقق عجزه[٥]، ولو كان له موالٍ، وأولاد موالٍ، وموالي موالاةٍ[٦] يدخل فيها معتقوه وأولادهم[٧] دون موالي الموالاة.

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضًا، والكلّ شركاء؛ لأن الاسم[٨] يتناولهم على السواء.

ومحمد يقول: الجهة مختلفة في المعتق الإنعام، وفي الموالي عقد الالتزام، والإعتاق لازم[٩]، فكان الاسم له أحق، ولا يدخل فيهم موالي الموالي[١٠]؛ لأنهم موالي غيره حقيقة، بخلاف مواليه[١١] وأولادهم[١٢]؛ لأنهم[١٣] ينسبون إليه[١٤]

---

(١٩) أي ثابت مستقر.

(١) بالإجماع.

(٢) أي في الإيصاء لمواليه. (غن)

(٣) فمات قبل أن يضربه عتق قبل موته. (غن)

(٤) أي في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق عدم الضرب.

(٥) من الضرب.

(٦) أسلموا على يديه ووالوه. (غن)

(٧) قوله: "وأولادهم" وإنما دخلت أولاد الموالي في الوصية؛ لأنهم مواليه أيضًا بطريق الحقيقة؛ لأن ولاءهم يثبت بإعتاق الموصي إياهم، فكانوا مواليه حقيقة، وولاء أولاد الموالي يثبت أيضًا بعين ذلك الإعتاق، لا بسبب آخر، فكانوا مواليه أيضًا حقيقة، ولهذا لا يجوز نفي أولاد الموالي، ولا يصح أن يقال: ليس هؤلاء موالي له، بخلاف ما إذا أوصى لبني فلان، ولفلان بنون، وأولادهم تكون الوصية لهم دون أولادهم؛ لأنهم أولاد بطريق المجاز، ولهذا يصح النفي، بأن يقال: ليس هؤلاء ولده. (غن)

(٨) أي المولى.

(٩) قوله: "والإعتاق لازم" هذا جواب إشكال مقدر بأن يقال: لما كان الجهة مختلفة في العتق، ومولى الموالاة في أحدهما الإنعام، وفي الآخر عقد التزام كان ينبغي أن يبطل الوصية، فأجاب عنه بذلك يعني إنما يبطل الوصية إذا لم يوجد الترجيح لأحد الجهتين، وقد وجد؛ لأن الإعتاق لازم لا يحتمل الفسخ، وولاء المولاة يحتمل الفسخ، فكان اسم المولى للمعتق أولى من مولى الموالاة. (غن)

(١٠) قوله: "ولا يدخل فيهم إلخ" أي لا يدخل موالي الموالي في الوصية للموالي؛ لأن موالي الموالي ليسوا موالي الموصي حقيقة، وهو الذي باشر إعتاقه، وإنما أضيفوا إليه بطريق التسبيب مجازًا؛ لأنه باشر سبب ما هو سبب ولاءهم، وهو إعتاقه للموالي الأولين، ولهذا يصح نفي الاسم عنهم بأن يقال: هؤلاء ليسوا بمواليه، وإنما هم موالي مواليه، واللفظ إذا عمل بحقيقته لا ينصرف إلى المجاز. (غن)

(١١) الموصي.

(١٢) الموالي.

(١٣) أي لأن موالي الموصي وأولادهم.

(١٤) أي إلى الموصي.

بإعتاق وجد منه.

وبخلاف ما إذا لم يكن(١) له موالٍ(٢)، ولا أولاد الموالى(٣)؛ لأن اللفظ(٤) لهم(٥) مجاز، فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة، ولو كان له معتق واحد(٦) وموالى الموالى، فالنصف لمعتقه، والباقى للورثة(٧) لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز.

ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم ابنه، أو أبوه(٨)؛ لأنهم ليسوا بمواليه(٩)، لا حقيقة ولا مجاز، وإنما يحرز ميراثهم(١٠) بالعصوبة، بخلاف(١١) معتق العبض؛ لأنه ينسب إليه بالولاء، والله أعلم بالصواب.

---

(١) فتكون الوصية لموالى الموالى.

(٢) أى مولى العتاقة. (ك)

(٣) أى أولاد موالى العتاقة.

(٤) أى لفظ المولى.

(٥) أى لمولى الموالى.

(٦) فيما إذا أوصى لمواليه.

(٧) لا لموالى الموالى.

(٨) قوله: "ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم ابنه، أو أبوه" هكذا وجدت فى بعض النسخ الصحاح التى يعتمد عليها، ووجد صاحب "غاية البيان" هكذا: ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم ابنه؛ لأنهم إلخ، وأما صاحب "العناية" و "الكفاية"، فلم يجدا هذه النسخة، ولا تلك، بل وجدا هكذا: ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم؛ لأنهم ليسوا إلخ، ثم تعقباه، وقال: هكذا وقع فى النسخ، ولكن الصواب: أعتقهم أبوه، أو ابنه، فإن التعليل يطابق ذلك دون المذكور فى الكتاب، كما لا يخفى، فتدبر. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقده)

(٩) قوله: "لأنهم إلخ" أى لأن موالى الأب أو الابن لا ينسبون إليه بطريق الحقيقة، ولا بطريق المجاز؛ لأنه لا يباشر ولاءهم، ولا سبب لذلك؛ لأنه لم يعتق من أعتقهم، فلم يكونوا موالى له، لا حقيقةً ولا مجازًا، فلم يدخلوا تحت اللفظ. (غن)

(١٠) قوله: "وإنما يحرز إلخ" جواب إشكال، وهو أن يقال: الموصى يرث من موالى أبيه، أو ابنه، والإرث بحكم الولاء، وإليه أشار الحديث: «الولاء لحمة كلحمة النسب»، فأجاب بقوله: وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة، لا لانتقال الولاء إليه. (تاج الشريعة)

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" يرتبط بقوله: ولا يدخل فيه موالٍ قد أعتقهم ابنه يعنى أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالى؛ لأنه مولاه حقيقة، بخلاف موالى الابن؛ لأنهم ليسوا مواليه أصلا، ولكن ينبغى أن يكون هذا على مذهبهما؛ لأن معتق البعض عند أبى حنيفة كالمكاتب، والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للموالى، فكذا معتق البعض، فعن هذا غير بعضهم لفظ الكتاب، وقال: بخلاف معتق المعتق يعنى أن معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالى إذا لم يكن للموالى ولاء أولادهم؛ لأن ولاء المعتق ينسب إلى الموصى مجازًا، بخلاف معتق الابن، فإنه لا ينسب إليه لا حقيقة، ولا مجازًا. (غن)

قوله: "بخلاف" هكذا وقع فى النسخ، لكن ليس هو بصواب إنما الصواب أن يقال: بخلاف معتق المعتق؛ لأنه ينسب إليه بالولاء. (ك)

باب الوصية بالسكنى[١] والخدمةِ والثمرةِ

قال[٢]: وتجوز الوصية[٣] بخدمةِ عبده، وسكنى داره سنين معلومة، وتجوز بذلك أبدًا؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل[٤]، وغير بدلٍ[٥]، فكذا بعد الممات لحاجته[٦]، كما في الأعيان.

ويكون[٧] محبوسًا على ملكه في حق المنفعة[٨]، حتى يتملكها الموصى له على ملكه، كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، وتجوز[٩] موقتًا ومؤبدًا، كما في العارية، فإنها[١٠] تمليك على أصلنا.

بخلاف الميراث؛ لأنه خلافة[١١] فيما يتملكه المورث، وذلك في عين تبقى[١٢]، والمنفعة عرض لا يبقى، وكذا الوصية[١٣] بغلة[١٤] العبد والدار؛ لأنه بدل المنفعة،

---

(١) قوله: "باب الوصية إلخ" لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان، شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع، وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجودا، فأخرها عنها وضعا. (ع)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "وتجوز الوصية إلخ" وعند ابن أبي ليلى لا يجوز شيء من ذلك موقتا، ولا غير موقت؛ لأن المنافع الحاصلة بعد موته ليست بمملوكة، فلا يصح تمليكها لغيره، ولكنا نقول: إن المنافع تحتمل التمليك ببدل كما في الإجارة، وبغير بدل كما في الإعارة في حالة الحياة، فكذا بعد الممات لحاجته، كما في الأعيان، فإن الأعيان يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل، وبغير بدل كالبيع والهبة، فكذا بعد الممات يصح تمليكها ببدل، بأن أوصى بأن يباع عبده، أو بغير بدل بأن أوصى بعبده لفلان، وهذا لأن الموصي يبقي العين على ملكه حيث يجعله مشغولا بتصرفه موقوفًا على حاجته، فإنما يحدث المنفعة على ملكه، كما يستوفي الموقوف عليه منفعة الوقف على حكم ملك الواقف. (ك)

(٤) كما في الإجارة.

(٥) كما في العارية.

(٦) الموصي.

(٧) العبد أو الدار.

(٨) لا في حق الرقبة، فإنها ملك الورثة.

(٩) هذه الوصية.

(١٠) قوله: "فإنها" أي العارية تمليك المنافع على أصلنا، وعند الشافعي أباحة المنافع. (ك)

(١١) قوله: "لأنه خلافة إلخ" فالإرث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة؛ لأن الوراثة خلافة، وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكًا للمورث، وهذا يتصور فيما يبقى بوقتين، والمنفعة لا تبقى وقتين، فأما الوصية، فإيجاب ملك بالعقد كالإجارة والإعارة. (ك)

(١٢) قوله: "وذلك إلخ" أي الخلافة تتصور في عين تبقى، بخلاف إيجاب الملك وإحداثه، فإنه يتصور فيما لا يبقى. (أعظمي)

(١٣) أي تجوز.

(١٤) قوله: "بغلة [محاصل]" الغلة كل ما يجعل من ريع الأرض، أو كراءها، أو أجرة غلام، أو نحو ذلك. (مغرب)

فأخذ حكمها، والمعنى[١] يشملهما[٢].

قال[٣]: فإن خرجت[٤] رقبة العبد من الثلث يسلم إليه[٥] ليخدمه؛ لأن حق الموصي له في الثلث لا تزاحمه الورثة.

وإن كان لا مالَ له[٦] غيره خدم الورثة يومين[٧]، والموصى له يومًا؛ لأن حقه في الثلث، وحقهم في الثلثين، كما في الوصية في العين، ولا تمكن قسمة العبد أجزاءً؛ لأنه لا يتجزأ، فصرنا إلى المهايأة[٨] إيفاء للحقين.

بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث[٩] حيث تقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء، وهو أعدل للتسوية[١٠] بينهما زمانًا وذاتًا، وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانا.

ولو اقتسموا[١١] الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضًا؛ لأن[١٢] الحق لهم إلا

---

(١) وهي حاجة الموصي.

(٢) أي المنفعة والغلة. (ع)

(٣) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "فإن خرجت [أو لم تخرج، ولكن أجازت الورثة] رقبة إلخ" في "الإيضاح": ينظر إلى الأعيان التي أوصى بها، فإن كان رقابها مقدار الثلث جاز، ولا يعتبر قيمة الخدمة والثمرة والغلة والسكنى، وإنما اعتبر الأعيان دون المنافع؛ لأن المقصود من الأعيان منافعها، فإذا صارت المنافع مستحقة من غير توقيت، وبقي العين على ملك الوارث صار بمنزلة العين التي لا منفعة لها، فلهذا يعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بالرقبة. (ك)

(٥) أي إلى الموصى له.

(٦) أي للموصي.

(٧) قوله: "خدم الورثة يومين إلخ" أي ابدأ إذا كانت الوصية بخدمة العبد مطلقة غير موقتة، وأما إذا أوصى بخدمة عبده سنين من غير تعيين السنة، وليس له مال غير العبد، ولم تجز الورثة، فإن العبد يخدم الموصى له يومًا، والورثة يومين إلى ثلاث سنين، فإذا مضى ثلاث سنين، تم وصية الموصى له بالخدمة، وإن كان الوصية بخدمة سنة بعينها، ومات قبل دخول تلك السنة إن كان العبد يخرج من ثلث ماله، أو لا يخرج، ولكن أجازت الورثة، فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفي وصيته، وإن كان لا يخرج، ولم تجز الورثة، فإن العبد يخدم الموصى له يوما، والورثة يومين حتى مضى السنة التي عليها، فإذا مضت يسلم العبد للورثة. (ك)

(٨) أي المناوبة من حيث الزمان.

(٩) بأن لا مال له غيرها.

(١٠) قوله: "وهو أعدل إلخ" أي هذا النوع من القسمة أقرب إلى المعادلة؛ لأنه يحصل التسوية بين الموصى له والورثة زمانًا وذاتًا، وفي المهايأة يلزم تقدم أحدهما على الآخر زمانًا، فلا يصار إليها إلا عند تعذر القسمة بالأجزاء، ولكن مع هذا لو تهايئوا في القسمة من حيث الزمان تجوز أيضًا إلخ. (غن)

(١١) أي الورثة والموصى له.

(١٢) أي لأن المعادلة في الزمان حقهم، فإذا أسقطوها جاز. (غن)

أن الأول[١]، وهو الأعدل أولى، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من[٢] ثلثي الدار، وعن أبي يوسف أن لهم ذلك[٣]؛ لأنه[٤] خالص ملكهم[٥].

وجه الظاهر أن حق الموصى له[٦] ثابت في سكنى جميع الدار، بأن ظهر للميت مال آخر، وتخرج الدار من الثلث، وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم[٧] إذا خرب ما في يده، والبيع يتضمن إبطال ذلك[٨]، فَمُنِعُوا[٩] عنه[١٠].

قال[١١]: فإن كان مات الموصى له[١٢]، عاد[١٣] إلى الورثة؛ لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه[١٤]، فلو انتقل[١٥] إلى وارث الموصى له استحقها[١٦] ابتداءً[١٧] من ذلك الموصى من غير مرضاته، وذلك[١٨] لا يجوز.

ولو مات الموصى له في حياة الموصى بطلت؛ لأن إيجابها[١٩] تعلق بالموت على

---

(١) أي قسمة الدار أجزاء. (غن)

(٢) بيان ما.

(٣) البيع.

(٤) أي لأن ما في أيديهم.

(٥) فينفذ بيعهم فيه. (غن)

(٦) بالسكنى. (غن)

(٧) الورثة.

(٨) الحق.

(٩) ورثة.

(١٠) بيع.

(١١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٢) بعد موت الموصى. (غن)

(١٣) قوله: "عاد" أي الموصى به، وهو خدمة العبد وغلته، وسكنى الدار وغلتها إلى ورثة الموصى، لا إلى ورثة الموصى له. (غن)

(١٤) الموصى.

(١٥) الحق.

(١٦) المنافع.

(١٧) لما تقدم أن الميراث خلافة. (ع)

(١٨) أي استحقاق الملك من غير مرضاة المالك.

(١٩) قوله: "لأن إيجابها إلخ" أي لأن إيجاب الوصية يكون بعد الموت؛ لأنه متعلق بوجود الموت، فإذا مات الموصى له لم يصح الإيجاب، كما لا يصح إيجاب البائع للمشتري بعد موته. (غن)

ما بيناه من قبل[١].

ولو أوصى بغلة عبده[٢]، أو داره، فاستخدمه[٣] بنفسه، أو سكنها[٤] بنفسه، قيل[٥]: يجوز ذلك؛ لأن قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود[٦].

والأصح أنه لا يجوز؛ لأن الغلة دراهم أو دنانير، وقد وجبت الوصية بها[٧]، وهذا[٨] استيفاء المنافع، وهما[٩] متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة، فإنه لو ظهر[١٠] دين[١١] يمكنهم أداءه من الغلة بالاسترداد منه[١٢] بعد استغلالها، ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفاءها[١٣] بعينها، وليس للموصى له بالخدمة، والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار.

وقال الشافعى: له ذلك؛ لأنه بالوصية مَلَك المنفعة، فيملك تمليكها من غيره ببدل[١٤]، أو غير بدل؛ لأنها كالأعيان عنده[١٥]، بخلاف العارية؛ لأنها إباحة على أصله[١٦]، وليس بتمليك[١٧].

---

(١) قوله: "على ما بيناه من قبل" أى فى فصل اعتبار حالة الوصية فى بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بقوله: بخلاف الوصية؛ لأنها إيجاب عند الموت. (ع)

(٢) قوله: "ولو أوصى إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها إلى قوله: قال: ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ذكرت تفريعاً على مسألة "المختصر". (غن)

(٣) الموصى له.

(٤) دار.

(٥) القائل: أبو بكر الإسكاف. (غن)

(٦) وهو الانتفاع بالعبد، أو الدار. (ك)

(٧) أى بالدراهم والدنانير.

(٨) أى الاستخدام والسكنى.

(٩) أى الغلة والاستخدام.

(١٠) قوله: "فإنه لو ظهر إلخ" أى لو ظهر على الميت دين يقضى الدين من تلك الغلة، ولو سكن هو بنفسه لا يمكن أن يقضى من السكنى. (غن)

(١١) على الميت.

(١٢) أى من الموصى له.

(١٣) المنافع.

(١٤) كما فى الإجارة.

(١٥) الشافعى.

(١٦) الشافعى.

(١٧) قوله: "وليس بتمليك" ولهذا لا يملك المستعير الإعارة عنده، ولهذا لا يتعلق بالإعارة اللزوم، والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم. (ك)

ولنا أن الوصيّة تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت، فلا يملك تمليكه ببدل[١] اعتباراً بالإعارة، فإنها تمليكٌ بغير بدل[٢] فى حالة الحياة على أصلنا.

ولا يملك المستعير الإجارة؛ لأنها[٣] تمليك ببدل كذا هذا، وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم[٤]، وبغير بدلٍ[٥] غير لازم، ولا يملك الأقوى بالأضعف، والأكثر بالأقل، والوصية تبرع[٦] غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع[٧]، لا لغيره، والمتبرع[٨] بعد الموت لا يمكنه الرجوع، فلهذا انقطع.

أمّا هو[٩] فى وضعه، فغير لازم، ولأن[١٠] المنفعة ليست بمال على أصلنا، وفى تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقًا للمساواة[١١] فى عقد المعاوضة، فإنما تثبت هذه الولاية[١٢] لمن يملكها تبعًا لملك الرقبة، أو لمن يملكها[١٣] بعقد المعاوضة[١٤] حتى يكون مملِكًا لها بالصفة التى تملكها.

أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض[١٥]، ثم ملكها بعوض، كان مملِكًا أكثر مما تملكه معنى، وهذا لا يجوز[١٦]، وليس للموصى له[١٧] أن يخرج العبد من الكوفة إلا

(١) كما فى الإجارة.

(٢) قوله: "فإنها تمليك إلخ" قد تقدم فى بيان العارية، وفى الحقيقة هذا المعنى راجع إلى الأصل المقرر، وهو أن الشيء لا يتضمن ما فوقه. (ع)

(٣) الإجارة.

(٤) حتى لا ينفسخ إلا بعذر. (غن)

(٥) كالعارية.

(٦) فلا يملك الموصى له الإجارة.

(٧) قوله: "إلا أن الرجوع إلخ" جواب عما يقال: الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع ح، ووجه ذلك أن الاعتبار للموضوعات الأصلية، والوصية فى وضعها غير لازمة، وانقطاع الرجوع بموت الموصى من العوارض، فلا يعتبر به. (ع)

(٨) أى الموصى.

(٩) أى الإيصاء.

(١٠) دليل آخر. (ع)

(١١) قوله: "تحقيقًا للمساواة" لأن الأجرة مال، وقوبل بالمنافع، فحدثت فى المنافع صفة المالية تحقيقًا للمساواة. (ك)

(١٢) أى ولاية إحداث صفة المالية فيها. (غن)

(١٣) فإنه يجوز للمستأجر أن يؤاجر العين. (غن)

(١٤) كالإجارة. (غن)

(١٥) أى لا فى ضمن شيء آخر. (غن)

(١٦) قوله: "وهذا لا يجوز" يعنى بناء على ما قال: ولا يملك الأقوى بالأضعف، وهو ظاهر، واعترض عليه بإجارة

أن يكون الموصى له، وأهله فى غير الكوفة، فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث[١]؛ لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف[٢] من مقصود الموصى، فإذا كانوا[٣] فى مصره.

فمقصوده أن يمكنه[٤] من خدمته فيه[٥] بدون أن يلزمه[٦] مشقة السفر، وإذا كانوا فى غيره[٧]، فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم.

ولو أوصى[٨] بغلّة[٩] عبده، أو بغلّة داره يجوز أيضًا[١٠]؛ لأنه[١١] بدل المنفعة، فأخذ حكم المنفعة فى جواز الوصية به كيف وأنه عينٌ حقيقةً؛ لأنه دراهم أو دنانير، فكان بالجواز[١٢] أولى[١٣].

ولو لم يكن له[١٤] مالٌ غيره[١٥] كان له[١٦] ثلث غلة تلك السنة؛ لأنه[١٧] عين

الحر نفسه، فإنه لا يملك منفعته تبعًا لملك رقبته، ولا بعقد المعاوضة، ويجوز له أن يملكها ببدل، وأجيب بأن كلام المصنف فى الوصية، فمراده بالمنفعة منفعة يجوز الوصية بها، ومنفعة الحر ليست كذلك، فلا تكون، واردا عليه. (ع)

(١٧) قوله: "وليس للموصى له إلخ" يعنى إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلا، فليس لزيد أن يخرج العبد من الكوفة إلى موضع آخر ليستخدمه فيه إلا أن يكون الموصى له، وأهله فى غير الكوفة، فح يكون له أن يخرجه إلى غير الكوفة. (غن)

(١) قوله: "إذا كان يخرج من الثلث" احتراز عما إذا لم يخرج، فإنه ليس الإخراج إلى أهله إلا بإجازة الورثة. (ع)

(٢) عادة.

(٣) أى أهل الموصى له.

(٤) الموصى له.

(٥) أى فى مصره.

(٦) العبد.

(٧) أى فى غير مصر الموصى.

(٨) قوله: "ولو أوصى إلخ" قد علم جوازه فيما تقدم، ولعله ذكر تمهيدا لقوله: ولو لم يكن له مال غيره، كان له ثلث غلة تلك السنة يعنى إذا لم يجز الورثة، وكان الوصية بغلة عبده سنة، وتذكيراً لضمائر، أما بتأويل المال، أو نظراً إلى الخبر. (عناية)

(٩) محاصل.

(١٠) أى كما يجوز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار. (غن)

(١١) الغلة.

(١٢) قوله: "فكان بالجواز إلخ" أى كان الإيصاء بالغلة أقرب إلى الجواز من الإيصاء بالخدمة؛ لأن الخدمة منفعة محضة ليست فيها شائبة العينية، ولهذا لم يجز ذلك على قول ابن أبى ليلى، فإذا جاز الإيصاء بها جاز الإيصاء بالغلة بالطريق الأولى؛ لأنها عبارة عن مال عين، وهو الدراهم أو الدنانير. (غن)

(١٣) من المنفعة.

(١٤) الموصى.

مال[١] يحتمل القسمةَ بالأجزاء[٢]، فلو أراد[٣] الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة؛ ليكون هو الذى يستغل ثلثها[٤] لم يكن له ذلك.

إلا فى رواية عن أبى يوسف، فإنه يقول: الموصى له شريك الوارث، وللشريك ذلك[٥]، فكذلك للموصى له إلا أنا نقول: المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة؛ إذ هو المطالب، ولا حق له فى عين الدار، وإنما حقه فى الغلة، فلا يملك المطالبة بقسمة الدار.

ولو أوصى له بخدمة عبده، ولآخر برقبة[٦]، وهو[٧] يخرج من الثلث، فالرقبة لصاحب الرقبة، والخدمة[٨] عليها[٩] لصاحب الخدمة؛ لأنه[١٠] أوجب[١١] لكل واحد منهما شيئًا معلومًا عطفًا[١٢] منه لأحدهما على الآخر، فتعتبر هذه الحالة[١٣] بحالة الانفراد[١٤]، ثم لما صحت الوصية[١٥] لصاحب الخدمة، فلو لم يوص

(١٥) أى غير هذا العبد، أو غير هذه الدار.

(١٦) أى للموصى له.

(١٧) الغلة.

(١) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه إن لم يخرج من الثلث. (ع)

(٢) قوله: "يحتمل القسمة إلخ" هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد، فإن هناك لما لم يحتمل نفس العبد القسمة بالأجزاء صرنا إلى قسمة الخدمة بطريق المهايأة. (ك)

(٣) بغلة الدار.

(٤) دار.

(٥) أى قسمة الدار.

(٦) موصولا، أو مفصولا.

(٧) العبد.

(٨) قوله: "والخدمة إلخ" وفى "المبسوط": ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة؛ لأنه إنما يتمكن من استخدامه إذا أنفق عليه، فإن العبد لا يقوى على الخدمة إلا بذلك، وهو أحق بخدمته، فيلزمه نفقته كالمستعير، فإنه ينفق على المستعار، وينتفع به، وإن أبى أن ينفق رده على صاحبه، فهذا كذلك أيضًا، وإن كان أوصى بخدمة عبد صغير لإنسان، وبرقبته لآخر، وهو يخرج من الثلث، فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة، فإذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة. (كفاية)

(٩) أى على رقبة العبد. (غن)

(١٠) الموصى.

(١١) لأحدهما الخدمة، ولآخر الرقبة. (عن)

(١٢) قوله: "عطفًا [والعطف لا يقتضى المشاركة فيما أوصى به لكل واحد منهما. ك] إلخ" ومعنى ذلك أنه عطف قوله: ولآخر برقبته بالواو على قوله: أوصى له بخدمة عبده. (ع)

(١٣) أى حالة العبد. (ع)

فى الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له.

فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر؛ إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك يثبت فيهما بعد الموت، ولها[1] نظائر[2]، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل[3]، وبما فى بطنها لآخر، وهى تخرج من الثلث.

أو أوصى لرجل بخاتم، ولآخر بفصّه، أو قال: هذه القوصرة[4] لفلان، وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى[5]، ولا شيء لصاحب[6] الظرف[7] فى المظروف[8] فى هذه المسائل كلّها.

أما إذا فصل[9] أحد الإيجابين عن الآخر فيها، فكذلك الجواب عند أبى يوسف، وعلى قول محمد: الأمة للموصى له بها[10]، والولد بينهما نصفان، وكذلك فى أخواتها[11] لأبى يوسف[12] أن بإيجابه[13] فى الكلام الثانى تبيّن أن مراده

---

(١٤) أى انفراد إحدى الوصيتين عن الآخر. (٤)

(١٥) قوله: "ثم لما صحت إلخ" لما للبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعنى لو كانت الوصية لصاحب الخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثًا للورثة، والخدمة للموصى له من غير اشتراك، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر، يكون الرقبة له، والخدمة للموصى له بها؛ إذ الوصية أخت الميراث. (٤)

(١) أى لهذه المسألة. (٤)

(٢) من حيث إن الموصى له بالظرف لا يشارك الموصى له بالمظروف. (ك)

(٣) قوله: "إذا أوصى إلخ" قال الإمام الإسبيجابى فى "شرح الطحاوى": لو أوصى بالجارية لإنسان، وبما فى بطنها لآخر، فإنه يجوز إلا إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر بعد موت الموصى، أو بستة أشهر، فح لا يجوز الوصية فى الولد، وكلاهما يكون للموصى له بالجارية. (غاية البيان)

(٤) بالتخفيف والتشديد: وعاء التمر يتخذ من قصب. (ك)

(٥) سواء كان الكلام متصلا، أو منقطعًا.

(٦) قوله: "لصاحب" أى للموصى له بالأمة والخاتم والقوصرة. (ك)

(٧) عند أبى يوسف. (غن)

(٨) أى فى الولد والفص والتمر. (ك)

(٩) قوله: "أما إذا فصل إلخ" [والمراد بالفصل أن يكون الإيجابان بدفعين. عن] يعنى أما إذا كان أحد الإيجابين موصولا بالآخر فبالاتفاق، وأما إذا كان أحدهما مفصولا عن الآخر، فكذلك عند أبى يوسف، خلافًا لمحمد. (٤)

(١٠) أمة.

(١١) قوله: "وكذلك فى أخواتها" أى أخوات مسألة الوصية بالأمة لرجل، وبما فى بطنها لرجل آخر، وأراد بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص، ومسألة القوصرة مع التمر، ومسألة الشاة مع الصوف، ومسألة الدار مع البناء، ومسألة السيف والحلية، ومسألة البستان والثمر، ومثل ذلك. (غن)

(١٢) قوله: "لأبى يوسف إلخ" الاختلاف ذكر فى أكثر شروح "الزيادات"، ولم يذكره فخر الإسلام فى "شرح زياداته"، ولا فى أصوله؛ لأن أبا يوسف لم يثبت خلافه فى ظاهر الرواية، وإنما علم خلافه من رواية "الإملاء"، كذا ذكر

من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد، وهذا البيان منه[١] صحيح وإن[٢] كان مفصولا؛ لأن الوصية لا تلزِم شيئًا فى حال حياة الموصى، فكان البيان المفصول فيه، والموصولُ سواء كما فى وصية الرقبة والخدمة[٣].

ولمحمد[٤] أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفصّ، وكذلك اسم الجارية يتناولها، وما فى بطنها، واسم القوصرة كذلك.

ومن أصلنا أن العامّ الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص[٥]، فقد اجتمع فى الفص وصيتان، وكل منهما وصيّة بإيجاب على حدة، فيجعل النصّ بينهما نصفين، ولا يكون إيجاب الوصيّة فيه للثانى رجوعًا عن الأول، كما إذا أوصى للثانى بالخاتم[٦].

بخلاف الخدمة مع الرقبة[٧]؛ لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة، وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه[٨] حق.

بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا؛ لأن ذلك دليل التخصيص[٩] والاستثناء، فتبيّن أنه[١٠] أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفصّ.

الكرخى فى "مختصر الزيادات". (غن)

(١٣) الموصى.

(١) الموصى.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "كما فى وصية الرقبة والخدمة" فإن المفصول والموصول فيهما فى الحكم، سواء لعدم كون الثانى بيان تغيير حتى يشترط الوصل لعدم كون الوصية ملزمة فى حال حياة الموصى. (عظمى)

(٤) قوله: "ولمحمد إلخ" تأخير تعليل محمد، والجواب عما استدل به أبو يوسف فى الكتاب دليل على أن المعول عليه قول محمد. (عناية)

(٥) أى قطعًا.

(٦) لا يكون ذلك رجوع عن الأول، بل يكون الخاتم بينهما. (غن)

(٧) قوله: "بخلاف الخدمة مع الرقبة" يعنى لو أوصى برقبة العبد لإنسان، وبخدمته لآخر، كان كما أوصى وإن كان فى كلام منفصول، ولا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شيء، وإنما كان هكذا؛ لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة، بخلاف ما نحن فيه، فإن الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعًا، واسم الجارية يتناولها، وما فى بطنها، واسم القوصرة كذلك. (كفاية)

(٨) أى فى الخدمة.

(٩) وذلك بيان مغير، فيصح بشرط الوصل. (غن)

(١٠) الموصى.

قال[١]: ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه، ثم مات[٢]، وفيه ثمرة[٣]، فله هذه الثمرة وحدها، وإن قال: له ثمرة بستاني أبدًا، فله هذه الثمرة، وثمرته فيما يستقبل ما[٤] عاش[٥]، وإن أوصى له بغلة بستانه[٦]، فله الغلة القائمة، وغلته فيما يستقبل.

والفرق[٧] أن الثمرة اسم للموجود عرفا، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدومُ مذكور، وإن لم يكن شيئا.

أما الغلة تنتظم الموجود، وما يكون بعرض[٨] الموجود مرة بعد أخرى عرفا يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه وداره، فإذا أطلقت[٩] تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة أخرى.

أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود، فلهذا يفتقر الانصراف[١٠] إلى دليل زائد[١١].

قال[١٢]: ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدًا، أو بأولادها، أو بلبنها، ثم مات[١٣]، فله ما في بطونها من الولد، وما في ضروعها من اللبن، وما على

---

(١) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) الموصي.

(٣) قوله: "وفيه ثمرة" إنما قيد به؛ لأنه إذا لم يكن للبستان ثمرة، والمسألة بحالها، فمسألة الثمرة كمسألة الغلة في أنه يتناول الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له، كما في مسألة الغلة. (نهاية)

(٤) أي مدةً عاش.

(٥) الموصى له.

(٦) قوله: "وإن أوصى له بغلة بستانه إلخ" ثم في البستان السقي والخراج، وما فيه صلاحه على صاحب الغلة؛ لأنه هو المنتفع بالبستان، فهي كالنفقة في فصل الخدمة. (كفاية)

(٧) قوله: "والفرق" أي بين الغلة والثمرة في أن الغلة تتناول الموجود والحادث جميعًا سواء، ذكر لفظ الأبد، أو لم يذكر، والثمرة تتناول الموجود لا الحادث إلا إذا ذكر الأبد، فحينئذ تتناول الحادث أيضًا هو أن الثمرة إلخ. (غن)

(٨) پيش آمدن.

(٩) الغلة.

(١٠) إلى الأبد.

(١١) كقوله: أبدًا وما عاش.

(١٢) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) الموصي.

ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى[١] سواءٌ قال: أبدًا، أو لم يقل؛ لأنه[٢] إيجابٌ عند الموت، فيعتبر قيام هذه[٣] الأشياء يومئذ، وهذا بخلاف ما تقدم[٤].

والفرق[٥] أن القياس يأبى تمليك المعدوم؛ لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة، والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة[٦] والإجارة[٧]، فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى؛ لأن بابها أوسع.

أما الولد المعدوم وأختاه[٨]، فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلا، ولا تستحق بعقد ما، فكذلك لا يدخل تحت الوصية.

بخلاف الموجود منها؛ لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعًا[٩]، وبعقد الخلع[١٠] مقصودًا، فكذا بالوصية، والله أعلم بالصواب.

بابُ وصيّة الذمي[١١]

قال[١٢]: وإذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة[١٣]، أو كنيسة[١٤] فى صحته، ثم

(١) ولا يستحق ما يحدث بعده.

(٢) الوصية.

(٣) أى الولد واللبن والصوف.

(٤) أى من الثمرة والغلة. (ك)

(٥) قوله: "والفرق إلخ" أى الفرق بين هذه المسألة حيث لا تتناول الحادث، وإن ذكر الأبد، وبين ما تقدم من الوصية بثمرة بستانه، فإذا ذكر الأبد يقع على الحادث أيضًا، وكذا الوصية بالغلة تقع على الحادث أيضًا، ذكر الأبد ولم يذكر، هو أن القياس إلخ. (غن)

(٦) أى المساقاة، وقد مرت بابها.

(٧) لف ونشر مرتب.

(٨) أى الصوف واللبن المعدومان.

(٩) قوله: "بعقد البيع تبعًا" أى يدخل ما على ظهر الغنم من الصوف فى بيع الغنم تبعًا للغنم، ويجوز الخلع على ما فى ظهر غنمها من الصوف. (ك)

(١٠) قوله: "وبعقد الخلع" صورته: أن تقول المرأة لزوجها: خالعنى على ما فى بطن جاريتى وغنمى صح، وله ما فى بطنها، وإن لم يكن فى البطن شىء، فلا شىء له، وما حدث بعد ذلك للمرأة؛ لأن ما فى البطن قد يكون متقومًا، وقد لا يكون، ولم تفسره حتى لو قالت: على حمل جاريتى، وليس بها حمل يرد المهر. (ع)

(١١) قوله: "باب وصية الذمى" ذكر وصية الذمى بعد ذكر وصية المسلم؛ لأن الكفار ملحقون بالمسلمين فى أحكام المعاملات بطريق التبعية. (غن)

(١٢) أى فى "الجامع الصغير".

(١٣) بالكسر: كليساى ترسايان. (غن)

(١٤) كنيسه كليساى ترسايان يا جهودان يا كليساى ديگر كفار. (غن)

مات، فهو ميراث[١]؛ لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة، والوقف[٢] عنده يورث ولا يلزم، فكذا هذا، وأما عندهما فلأن هذه معصية، فلا تصح عندهما.

قال[٣]: ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث[٤]، معناه إذا أوصى أن تبنى[٥] داره بيعةً، أو كنيسةً، فهو جائز من الثلث؛ لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف، ومعنى التمليك، وله[٦] ولاية ذلك، فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين[٧].

قال[٨]: وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمّين[٩]، جازت الوصية عند أبي حنيفة.

وقالا[١٠]: الوصية باطلة؛ لأن هذه معصية حقيقةً وإن[١١] كان في معتقدهم قربة، والوصية بالمعصية باطلة؛ لما في تنفيذها من تقرير المعصية.

ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم[١٢]، وما يدينون[١٣] فتجوز بناءً على اعتقادهم.

---

(١) قوله: "فهو ميراث" أي بالاتفاق على اختلاف التخريج أما عند أبي حنيفة لعدم لزوم الوقف، وعندهما لكون ذلك الفعل معصية لا يقال: البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا، والمسلم إذا جعل داره مسجداً في صحته، وسلم لا يورث، فينبغي أن يكون البيعة كذلك؛ لأنا نقول: المسجد تحرز عن حقوق العباد، وصار لله تعالى خالصاً فلا يورث، ولا كذلك البيعة؛ لأن البيعة عندهم لمنافع الخلق، فإنها تسكن فيها أساقفهم، ويدفن فيها أمواتهم. (كفاية)

(٢) فإن مسلماً لو وقف أرضا في حياته، ثم مات صار ميراثًا. (غن)

(٣) أي في "الجامع الصغير". (عن)

(٤) بالاتفاق. (غن)

(٥) أي أوصى أن يعمل بيعة، أو كنيسة لقوم معين.

(٦) أي للذمي.

(٧) قوله: "على اعتبار المعنيين" معنى الاستخلاف والتمليك، فجعلناه من الثلث نظراً إلى الا ستخلاف، وجوزنا ذلك نظراً إلى التمليك، وإذا صار ملكًا للمسلمين صنعوا ما شاءوا. (عناية)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) غير محصورين.

(١٠) قوله: "وقالا إلخ" قال مشايخنا: هذا الاختلاف فيما إذا أوصى ببناء بيعة، أو كنيسة في القرى، فأما في المصر، فلا تجوز بالاتفاق؛ لأنهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الأمصار، كذا في "الجامع الصغير" للبرهاني. (ك)

(١١) الواو وصلية.

(١٢) وله: "نتركهم" كما في الخمر والخنزير حيث يجوز بيعهم فيما بينهم؛ لأنهم يدينون جواز ذلك، وهم يدينون جواز الإيصاء ببناء البيعة والكنيسة، فيجوز ذلك بناء على اعتقادهم. (غن)

(١٣) أي مع ما يدينون، وفي نسخة أخرى: وما يعتقدون.

ألا يرى أنه لو أوصى[(١)] بما هو قربة حقيقةً، معصية فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم، فكذا عكسه[(٢)].

ثم الفرق لأبى حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة[(٣)]، وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى، وإنما يزول ملكه بأن يصير محرزاً خالصًا لله تعالى، كما فى مساجد المسلمين، والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة[(٤)]، فتبقى ملكًا للبانى، فتورث عنه، ولأنهم[(٥)] يبنون فيها الحجرات، ويسكنونها، فلم يتحرز لتعلق حق العباد به، وفى هذه الصورة يورث المسجد[(٦)] أيضًا لعدم تحرزه.

بخلاف الوصية[(٧)]؛ لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه[(٨)] فى غيرما هو قربة عندهم، فبقى فيما[(٩)] هو قربة على مقتضاه، فيزول ملكه، فلا يورث.

ثم الحاصل أن وصايا الذمى على أربعة أقسام: منها: أن تكون قربة فى معتقدهم، ولا تكون قُربة فى حقنا، وهو ما ذكرناه[(١٠)].

ومـا إذا أوصى الذمى بأن تذبح خنازيره، وتطعم المشركين، وهذه على الخلاف[(١١)] إذا كان لقوم[(١٢)] غير مسمين، كما ذكرناه[(١٣)]، والوجه ما

---

(١) قوله: "لو أوصى بما هو قربة إلخ" وهو كما إذا أوصى بحج، أو بأن يبنى مسجداً للمسلمين، أو بأن يسرج فى مساجد المسلمين، فهذه الوصية منه باطلة بالإجماع. (ك)

(٢) قوله: "فكذا عكسه" أى تجوز الوصية بداره كنيسة لقوم غير مسلمين اعتباراً لاعتقادهم. (ك)

(٣) قوله: "بين بناء إلخ" فإن الذمى إذا بنى ذلك، ثم مات يورث، وإذا أوصى بذلك، ومات لا يورث. (عن)

(٤) قوله: "لم تصر محرزة لله تعالى حقيقةً" بل محرزة على معتقدهم، فبقى للبانى، فيورث عنه. (ع)

(٥) دليل آخر على عدم التحرز لله تعالى. (ع)

(٦) كما إذا جعل داره مسجداً، وتحته سرداب، وفوقه بيت. (غن)

(٧) قوله: "بخلاف الوصية إلخ" متصل بقوله: إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى، والضمير فى قوله: لأنه وضع، وفى قوله: لثبوت مقتضاه، وفى قوله: على مقتضاه كلها راجعة إلى الوصية بتأويل الإيصاء. (ع)

(٨) قوله: "امتنع ثبوت مقتضاه" وهو زوال الملك فى غير ما هو قربة عندهم، فبقى أى الإيصاء فيما هو قربة على مقتضاه، وهو زوال الملك، فلذلك لا يورث، ثم أورد محمد على نفسه سؤالا، فقال: كيف يكون هذا قربة من الذمى، فإنه لا يثاب على ذلك، قلنا: الأحكام فى حقهم إنما تبتنى على ما يظهرون، لا على الحقيقة، ألا ترى أنه إذا ذبح، وسمى اسم الله يحل ذبيحته، وإن كان ما يعتقده آلهاً ليس بإله على الحقيقة، ولو ذبح باسم المسيح لا يحل ذبيحة على ما قال عمر رضى الله عنه: "إذا سمعتموهم سموا بغير الله، فلا تأكلوا". (ك)

(٩) أى إذا لاقت فيما هو قربة عندهم عملت علمها. (ع)

(١٠) قوله: "وهو ما ذكرناه" يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة. (ع)

بيناه[١].

ومنها: إذا أوصى بما يكون قربة فى حقنا، ولا يكون قربة فى معتقدهم، كما إذا أوصى بالحج، أو بأن يُبنى مسجد للمسلمين، أو بأن يسرج فى مساجد المسلمين، وهذه الوصية باطلة بالإجماع؛ اعتباراً لاعتقادهم، إلا إذا كان لقوم[٢] بأعيانهم لوقوعه تمليكا[٣]؛ لأنهم معلومون، والجهةُ مَشْوِرَةٌ[٤].

ومنها: إذا أوصى بما يكون قربة فى حقنا، وفى حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج فى بيت المقدس، أو يغزى الترك[٥]، وهو من الروم[٦]، وهذا جائز، سواء كان القوم بأعيانهم، أو بغير أعيانهم؛ لأنه وصية بما هو قربة حقيقةً، وفى معتقدهم أيضًا.

ومنها: إذا أوصى بما لا يكون قربة، لا فى حقنا، ولا فى حقهم، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات، فإن هذا غير جائز؛ لأنه معصية فى حقنا، وفى حقهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم[٧]، فيصح تمليكا واستخلافًا.

وصاحب الهوى[٨] إن كان لا يكفر، فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلمين؛ لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر، وإن كان يكفر، فهو بمنزلة المرتد، فيكون على الخلاف المعروف[٩] فى تصرفاته بين أبى حنيفة وصاحبيه، وفى المرتدة الأصح[١٠] أنه

---

(١١) فيجوز الوصية عند أبى حنيفة خلافًا لهما. (غن)

(١٢) فإن كانت لقوم بأعيانهم صحت بالإجماع. (غن)

(١٣) يعنى من الخلاف فى الوصية بناء البيعة والكنيسة. (عناية)

(١) قوله: "والوجه ما بيناه" أى من الجانبين، وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم، وعندهما أنها وصية بالمعصية. (ع)

(٢) قوله: "إلا إذا كان إلخ" وإن كانوا لا يحصون لا يصح الوصية؛ لأنه لا يمكن تصحيحها تمليكًا فتبطل؛ لأنها ليست بطاعة عندهم؛ لأنهم لا يتقربون بمثل هذا فيما بينهم، بل يعدون ذلك فيما بينهم استهزاء، فوقعت وصية حينئذ على سبيل الهزل، والوصية يبطلها الهزل. (غن)

(٣) قوله: "لوقوعه [وصية] تمليكًا" فيبطل الجهة التى عينها إن شاءوا فعلوا ذلك، وإن شاءوا تركوا، وإن كانوا لا يحصون لا يصح؛ لأنه لا يمكن تصحيحه تمليكا، وأنها ليست بقربة فى اعتقادهم حتى يكون تمليكا من الله تعالى فى اعتقادهم، فلا يصح. (ك)

(٤) قوله: "والجهة مَشْوِرَة [هى مفعلة لا مفعولة. من]" أى صرف هذا المال الموصى به إلى الحج، وبناء المساجد والأسراج فيه خرج على طريق المشورة. (ك)

(٥) بالضم: گروهى ست از اولاد يافث بن نوح. (عن)

(٦) قوله: "من الروم" روم بالضم: گروهى است از اولاد روم بن عيصو رومى منسوبست بآن. (من)

(٧) قوله: "إلا أن يكون إلخ" وإن كانت لقوم لا يحصون بطلت؛ لأن التمليك من المجهول لا يصح، ولا يمكن تصحيحه قربة؛ لأنه معصية عند الكل. (غن)

(٨) أى البدعة، ذكره تفريعًا على مسألة "الجامع الصغير". (غن)

تصح وصاياها؛ لأنها تبقى[(١)] على الردة بخلاف المرتد؛ لأنه يقتل، أو يسلم.

قال[(٢)]: وإذا دخل الحربى دارنا[(٣)] بأمان، فأوصى لمسلم، أو ذمى بماله كله جاز[(٤)]؛ لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة، ولهذا ينفذ[(٥)] بإجازتهم، وليس لورثته[(٦)] حق مرعى؛ لكونهم فى دار الحرب؛ إذ هم أموات فى حقنا، ولأن حرمة ماله[(٧)] باعتبار الأمان، والأمان كان لحقه[(٨)]، لا لحق ورثته، ولو كان أوصى[(٩)] بأقل من ذلك أخذت الوصية، ويرد الباقى على ورثته، وذلك[(١٠)] من حق المستأمن[(١١)] أيضًا.

ولو أعتق[(١٢)] عبده عند الموت، أو دبر عبده فى دار الإسلام، فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث؛ لما بينا[(١٣)].

وكذلك، لو أوصى له[(١٤)] مسلم، أو ذمى بوصية جاز؛ لأنه ما دام فى دار

---

(٩) قوله: "على الخلاف المعروف إلخ" يعنى أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبى حنيفة، فإن أسلم نفذ كسائر تصرفاته، وإلا فلا. (ع)

(١٠) قوله: "الأصح أنه إلخ" ذكر صاحب الكتاب فى "الزيادات" على خلاف هذا، فقال: قال بعضهم: لا يكون بمنزلة الذمية، وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها، وأما المرتدة، فلا تقر على اعتقادها، كذا فى "النهاية". (ك)

(١) فصارت كالذمية فى صحة الوصية. (غن)

(٢) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٣) أى دار الإسلام.

(٤) قوله: "جاز" قيل: هذا إذا لم يكن ورثته معه فى دار الإسلام، أما إذا كانت ورثته معه يتوقف على إجازتهم، وأشار فى الكتاب إلى هذا بقوله: وليس لورثتهم حق إلخ. (ك)

(٥) الوصية بكل المال.

(٦) الحربى المستأمن.

(٧) مستأمن.

(٨) ومن حقه تنفيذ وصيته. (غن)

(٩) قوله: "ولو كان أوصى إلخ" جواب عما يرد على قوله: ويرد الباقى على الورثة، وهو أن يقال: قد قلت: ليس لورثته حق مرعى لكونهم فى دار الحرب، فكيف يرد عليهم الباقى؟ ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضًا مراعاة لحق المستأمن؛ لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ عن حاجته، والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك. (ع)

قوله: "ولو كان" هذه المسألة مع ما بعدها إلى آخر الباب ذكرت على سبيل التفريع، وإنما هى من مسألة الأصل. (ع)

(١٠) أى الرد.

(١١) لا لحق ورثته. (غن)

(١٢) الحربى المستأمن.

(١٣) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة إلخ. (ع)

الإسلام، فهو فى المعلاملات بمنزلة الذمى، ولهذا تصح عقود التمليكات منه[١] فى حال حياته، ويصح تبرعه فى حياته، فكذا بعد مماته[٢].

وعن أبى حنيفة وأبى يوسف: أنه لا يجوز[٣]؛ لأنه مستأمن من أهل الحرب[٤]؛ إذ هو على قصد الرجوع، ويمكن منه، ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية.

ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث، أو لبعض ورثته لا يجوز؛ اعتبارًا بالمسلمين؛ لأنهم[٥] التزموا[٦] أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات.

ولو أوصى لخلاف ملته جاز؛ اعتبارًا بالإرث؛ إذ الكفر كله ملة واحدة، ولو أوصى لحربى فى دار الإسلام[٧] لا يجوز؛ لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين، والوصية أخته، والله أعلم.

باب الوصي[٨] وَمَا يملكه

قال[٩]: ومن أوصى[١٠] إلى رجل، فقبل الوصى فى وجه الموصى[١١]، وردها فى غير وجهه[١٢]، فليس برد؛ لأن الميت مضى[١٣] لسبيله معتمدًا عليه، فلو صح

---

(١٤) أى للحربى المستأمن.

(١) أى من الحربى المستأمن.

(٢) قوله: "فكذا بعد مماته" فالوصية تبرع بالتمليك بعد الموت، فيعتبر بالتبرع فى حالة الحياة كالهبة والصدقة، وذلك صحيح من المسلم للمستأمن، فكذا هذا. (غن)

(٣) أى الوصية من المسلم والذمى للمستأمن. (من)

(٤) قوله: "من أهل الحرب" فوصيته من هو من أهل دار الإسلام لمن هو من دار الحرب باطل؛ لأن لتباين الدارين تأثيرًا فى قطع العصمة والموالاة. (غاية البيان)

(٥) أهل الذمة.

(٦) قوله: "التزموا إلخ" فكما أن الوصية فيما زاد على الثلث، والوصية لبعض الورثة لا يجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته، فكذلك لا يجوز من الذمى. (غن)

(٧) قوله: "فى دار الإسلام" يتعلق بقوله: أوصى الحربى أى لو أوصى الذمى فى دار الإسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين بينهما حقيقة وحكمًا، وكذا لفظ "المبسوط"، ولأن الذمى لو أوصى لحربى فى دار الإسلام يجوز على ما ذكر قبل هذا، وهو قوله: وكذا لو أوصى له أى للمستأمن مسلم، أو ذمى بوصية جاز (ك)

(٨) قوله: "باب الوصى إلخ" لما فرغ من بيان الموصى له، شرع فى بيان أحكام الموصى إليه، وهو الوصى؛ لما أن كتاب الوصايا تشبهه، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها، وكثرة وقوعها، فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس. (عناية)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(١٠) يقال: أوصى إلى رجل أى جعله وصيًا. (غن)

(١١) أى بعلمه. (غن)

رده[1] في غير وجهه في حياته، أو بعد مماته صار مغروراً من جهته[2]، فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه[3]، أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه[4]؛ لأنه لا ضرر هناك لأنه[5] حي قادر على التصرف بنفسه.

فإن ردّها في وجهه فهو ردّ[6]؛ لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه؛ لأنه يمكنه أن ينيب غيره، وإن لم يقبل[7] ولم يردّ حتى مات الموصى، فهو بالخيار[8] إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل؛ لأن الموصى ليس له ولاية الإلزام، فبقي مخيراً[9]، فلو أنه باع شيئًا من تركته[10]، فقد لزمته[11]؛ لأن ذلك[12] دلالة الالتزام والقبول، وهو معتبرٌ بعد الموت، وينفذ البيع لصدوره من الوصى، وسواء علم بالوصاية، أو لم يعلم.

بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل، فباع حيث لا ينفذ[13]؛ لأن الوصاية خلافة؛ لأنه يختص بحال انقطاع[14] ولاية الميت، فتنتقل الولاية إليه، وإذا كانت[15]

---

(١٢) أي بغير علم الموصى. (غن)

(١٣) أي مات.

(١) الوصى.

(٢) وهو إضرار لا يجوز. (عناية)

(٣) قوله: "بغير عينه" احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه حيث لا يملك عزل نفسه ثمه أيضًا بغير علم الموكل، كما في الوصي؛ لأنه يؤدى إلى تضرير الموكل؛ لأنه يعزل الوكيل نفسه، ويشترى ذلك المعين لنفسه، وفيه ضرر للموكل، ولا يلزم هذا الضرر في غير المعين، كذا في "غاية البيان". (مل)

(٤) الموكل.

(٥) الموكل.

(٦) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٧) ذكره على سبيل التفريع.

(٨) لأنه متبرع بالتصرف في حق الغير، فلا يلزم ذلك بدون قوله: كالوكالة. (غن)

(٩) قوله: "فبقى مخيراً" قيل: كان يجب أن لا يكون مخيراً؛ لأنه لما بلغه الإيصاء، ولم يرده اعتمد عليه الموصى، ولم يوص إلى غيره؛ وفي ذلك ضرر به، والضرر مدفوع، وأجيب بأن الموصى مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول، فلا يبطل الاختيار. (ع)

(١٠) قوله: "فلو أنه باع إلخ" بيان أن القبول يجوز أن يكون دلالة، فإنها تعمل عمل الصريح، إذا لم يوجد صريح يخالفه، لكنه يعتبر ذلك بعد الموت. (عناية)

(١١) قوله: "فقد لزمته" يعني لو أن الموصى مات، ولم يقبل الوصى حتى باع شيئًا من تركته كان ذلك قبولا منه للوصاية؛ لأن القبول مرة يكون بالدلالة، ومرة يكون بالإيضاح، وهذا بطريق الدلالة. (غن)

(١٢) أي بيع الوصى شيئًا من التركة. (غن)

(١٣) بيعه.

خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة.

أما التوكيل إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب، فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء[١]، وقد بيناه طريق العلم[٢]، وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب[٣].

وإن لم يقبل[٤] حتي مات الموصي، فقال: لا أقبل، ثم قال: اقبل، فله ذلك[٥] إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال: لا أقبل؛ لأن بمجرد قوله: لا أقبل لا يبطل الإيصاء؛ لأن في إبطاله[٦] ضررًا بالميت[٧]، وضرر الوصي[٨] في الإبقاء[٩] مجبور بالثواب، ودفع الأول[١٠] وهو[١١] أعلى أولى[١٢] إلا أن القاضي[١٣] إذا أخرجه[١٤] عن الوصاية يصح ذلك[١٥]؛ لأنه مجتهد فيه[١٦]؛ إذ للقاضي ولاية دفع

---

(١٤) أي حال الموت.

(١٥) قوله: "وإذا كانت [الوصاية] إلخ" يعني لما كانت خلافة كالإرث صح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث، وإذا صح البيع صار لازمًا حكمًا لنفاذ البيع، فلا يملك رده بعد ذلك. (ك)

(١) لا يصح من غير علم.

(٢) قوله: "وقد بيناه إلخ" يعني أن العلم بالوكالة يثبت بخبر الواحد، حرًا كان أو عبدًا، عدلا كان أو فاسقًا، رجلا كان أو امرأةً، صبيًا كان أو بالغًا، وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقًا، وعند أبي حنيفة يشترط العدد أو العدالة حتى لا يثبت العزل عنده إلا بخبر الاثنين، أو بخبر الواحد العدل. (غن)

(٣) أي في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي.

(٤) قوله: "وإن لم يقبل إلخ" يعني أن الوصي إذا سكت في حياة الموصي، ثم بعد مماته قال: لا أقبل، فهو وصي إن لم يخرجه القاضي حين، قال: لا أقبل. (عناية)

(٥) قوله: "فله ذلك" وفي قول زفر: لا يجوز قبوله بعد ما رد؛ لأنه لما رد فقد بطل التفويض، وإذا بطل التفويض لا يجوز قبوله بعد ذلك. (غن)

(٦) بمجرد قول الوصي: لا أقبل. (غن)

(٧) لأنه مات معتمداً عليه. (عن)

(٨) قوله: "وضرر الوصي إلخ" هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال: كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الوصية بقوله: لا أقبل، يلزم الضرر بالوصي في بقاء الإيصاء ولزومه؛ لأنه يعجز عن القيام بذلك. (غاية البيان)

(٩) أي إبقاء الإيصاء.

(١٠) أي دفع الضررين، وهو ضرر الميت.

(١١) الواو حالية.

(١٢) لأن ضرر الميت ليس بمجبور. (غن)

(١٣) قوله: "إلا أن القاضي إلخ" استثناء من قوله: فله ذلك. (ك)

(١٤) حين قال: لا أقبل. (غن)

(١٥) إخراج.

الضرر[١]، وربما يعجز[٢] عن ذلك[٣]، فيتضرر ببقاء الوصاياة. فيدفع[٤] القاضى الضرر عنه[٥]، وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه، فيندفع الضرر من الجانبين[٦]، فلهذا ينفذ إخراجه[٧]، فلو قال: بعد إخراج القاضى إياه[٨] اقبل لم يلتفت إليه؛ لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي.

قال[٩]: ومن أوصى إلى عبد[١٠]، أو كافر[١١]، أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصاية، ونصب غيرهم، وهذا اللفظ[١٢] يشير إلى صحة الوصية؛ لأن الإخراج يكون بعدها.

وذكر محمد فى "الأصل"[١٣] أن الوصية باطلة، قيل[١٤]: معناه فى جميع هذه الصور[١٥] أن الوصية ستبطل[١٦].

وقيل: فى العبد معناه باطل[١٧] حقيقةً لعدم ولايته[١٨]، واستبداده[١٩]، وفى

(١٦) قوله: "لأنه [أى لأن الموضع موضع الاجتهاد؛ إذ الرد صحيح عند زفر. ك] مجتهد فيه" أى لأن قضاء القاضى صح لوقوعه فى لمجتهد فيه، فلما صح القضاء بطلت الوصية، فقبوله بعد ذلك يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح. (غاية البيان)

(١) عن الناس. (ك)

(٢) الوصى.

(٣) أى عن انصرام حكم الوصاية.

(٤) قوله: "فيدفع" فينفذ قضاءه، وبطل الإيجاب، فلا يعتبر القبول بعده. (ك)

(٥) الوصى.

(٦) الوصى والميت.

(٧) القاضى.

(٨) الوصى.

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) قوله: "إلى عبد" أى إلى عبد غيره لقوله: بعده لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى. (ك)

(١١) ذمى، أو مستأمن، أو حربى. (ع)

(١٢) أى لفظ القدورى. (ع)

(١٣) مبسوط.

(١٤) القائل: الفقيه أبو الليث فى "شرحه للجامع الصغير". (غن)

(١٥) الثلاث.

(١٦) قوله: "ستبطل [بإخراجه القاضى عنها. ع]" يدل عليه ما ذكر فى "الإيضاح"، ولو تصرف العبد قبل أن يخرجه القاضى، نفذ تصرفه؛ لأنه أهل التصرف لكن يخرجه القاضى للمعنى الذى ذكرناه، وهو أن منافع بدنه مستحقة للمولى، فلا يجوز الصرف إلى ورثة الموصى، وقبل الإخراج الوصاية باقية، فنفذ تصرفه. (كفاية)

(١٧) وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسى فى "شرح الكافى". (غن)

غيره معناه ستبطل.

وقيل: في الكافر باطل أيضًا لعدم ولايته على المسلم، ووجه الصحة، ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد(١) حقيقةً، وولاية الفاسق(٢) على أصلنا(٣)، وولاية الكافر في الجملة(٤)، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى، وتمكنه من الحجر بعدها(٥)، والمُعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم، واتهام الفاسق بالخيانة، فيخرجه القاضي(٦) من الوصاية، ويقيم غيره مقامه إتمامًا للنظر، وشرط في "الأصل"(٧) أن يكون الفاسق مخوفًا عليه(٨) في المال، وهذا يصلح(٩) عذرًا في إخراجه، وتبديله بغيره

قال(١٠): ومن أوصى إلى عبد نفسه، وفي الورثة كبار لم تصح الوصية؛ لأن للكبير(١١) أن يمنعه(١٢)، أو يبيع نصيبه(١٣)، فيمنعه المشتري(١٤)، فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية، فلا يفيد(١٥) فائدته، وإن كانوا(١٦) صغارًا كلهم، فالوصية إليه جائزة عند

(١٨) قوله: "لعدم ولايته" إشارة إلى ما قبل الإجازة واستبداده إلى ما بعدها. (عناية)

(١٩) قوله: "واستبداده" أي ولعدم استبداده بنفسه؛ لأن منافعه لمولاه، فالظاهر أنه يمنعه من التبرع بها على غيره، فكذلك بعد إجازة المولى لا يصح وصايته أيضًا؛ لأن هذا بمنزلة الإعارة منه للعبد، فلا يتعلق به اللزوم. (ك)

(١) فإن العبد أهل التصرف، ولهذا جاز توكيلا. (ع)

(٢) فإنه يجوز شهادته وقضاءه.

(٣) أي الحنفية.

(٤) قوله: "ولاية الكافر" أي على المسلم في الجملة، وهو ما إذا اشترى عبدًا مسلمًا، فإنه يصح شراءه، ويثبت له الملك فيه، والولاية عليه إلا أنه يجبر على البيع، والجبر على البيع لا يشعر بعدم الولاية. (ك)

(٥) الإجازة.

(٦) أي فيخرج كل واحد منهم.

(٧) المبسوط.

(٨) يقال: طريق مخوف راه بيم ناك بيم. (من)

(٩) قوله: "وهذا إلخ" أي كون الفاسق بحيث يخاف عليه في المال لخيانته يصلح عذرًا في إخراج الفاسق عن الوصاية، وجعل غيره وصيًا مكانه؛ لأن الميت إنما أوصى إليه لينظر في ماله، وأولاده بعده بالحفظ والصيانة، وبالخيانة يرتفع الصيانة، فلا يحصل الغرض من الصيانة. (غن)

(١٠) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١١) فإن الوارث الكبير يلي على العبد. (عن)

(١٢) عن انصرام مقتضى الوصاية.

(١٣) من العبد.

(١٤) من انصرام مقتضى الوصاية.

(١٥) الوصاية.

أبي حنيفة، ولا تجوز عندهما، وهو القياس.

وقيل: قول محمد مضطرب[١] فيه يروى مرةً مع أبي حنيفة، وتارةً مع أبي يوسف، وجه القياس أن الولاية منعدمة[٢]؛ لما أن الرق ينافيها، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك[٣] على المالك[٤]، وهذا قلب المشروع، ولأن الولاية الصادرة من الأب[٥] لا تتجزأ، وفي اعتبار هذه[٦] تجزئتها؛ لأنه[٧] لا يملك بيع رقبته، وهذا نقض الموضوع[٨].

وله أنه مخاطب[٩] مستبد[١٠] بالتصرف، فيكون أهلا للوصاية، وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغار وإن[١١] كانوا ملاكًا[١٢] ليس لهم ولاية المنع، فلا منافاة، وإيصاء المولى إليه يؤذن[١٣] بكونه ناظرًا لهم، وصار[١٤] كالمكاتب، والوصاية[١٥] قد

---

(١٦) الورثة.

(١) قوله: "مضطرب" ولنا في هذا الفصل نظر؛ لأن الكبار الثقات المتقدمين على صاحب "الهداية" كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف رحمه الله بلا اضطراب كالطحاوي في "مختصره"، والكرخي في "مختصره"، والحاكم الشهيد في "مختصره"، وأبي الليث في "كتاب نكت الوصايا"، والقدوري في "التقريب"، وشمس الأئمة السرخسي في "شرح الكافي"، وصاحب "المنظومة" فيها، وفي شرحها. (غن).

(٢) في عبد نفسه.

(٣) أي العبد، والمملوك لا يلي على مولاه. (غن)

(٤) أي الورثة.

(٥) فكل ما تولاه الأب تولاه الوصي.

(٦) أي هذه الوصية، وهي وصية عبده على الورثة الصغار. (ع)

(٧) العبد.

(٨) قوله: "وهذا نقض الموضوع" لأن الوصي إنما يملك الولاية من الموصي، وولايته لا تتجزأ؛ إذ لا يقال: إن ولايته في بعض دون بعض، فلو ثبت التجزئ في ولاية الموصي، ثبت في ولاية الموصي، لكنه غير متجزئ، فكان عائدًا على موضوعه بالنقض. (عناية)

(٩) احتراز عن الصبي والمجنون، فإن الإيصال إليهما لا يجوز لعدم الخطاب. (غن)

(١٠) قوله: "مستبد" احتراز عن الإيصاء إلى عبد الغير، فإنه لا استبداد له في التصرف، وعن الإيصاء إلى عبد نفسه، وفي الورثة كبير؛ لأن للكبير أن يبيع نصيبه منه، فلا يبقى حينئذ للعبد الاستبداد بنفسه، وأما فيما نحن فيه، فلا يملك بيعه أحد، فكان مستبدًا بالتصرف، وفي "الأسرار": فإن قيل: للقاضي ولاية البيع في هذه المسألة، قلنا: إذا ثبت الإيصاء للعبد لم يبق للقاضي ولاية البيع.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) جمع مالك.

(١٣) لأن العاقل يختار الأمين الشفيق على ما خلفه.

(١٤) قوله: "وصار" أي الإيصاء إلى العبد القن كالإيصاء إلى المكاتب، فذلك يجوز، فكذا هذا. (غن)

تتجزأ على ما هو المروى عن أبى حنيفة، أو نقول: يصار إليه كى لا يؤدى إلى إبطال أصله[١]، وتغييرُ الوصف[٢] لتصحيح الأصل أولى.

قال[٣]: ومن يعجز عن القيام بالوصية، ضمّ إليه القاضى غيره؛ رعاية لحق الموصى والورثة[٤]، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته[٥]، ونقص كفايته، فيتم النظر بإعانة غيره.

ولو[٦] شكا[٧] إليه الوصى ذلك[٨] لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة؛ لأن الشاكى قد يكون كاذبًا تخفيفًا على نفسه، وإذا ظهر عند القاضى عجزه[٩] أصلا[١٠] استبدل به[١١] رعاية للنظر من الجانبين.

ولو كان[١٢] قادرا على التصرف أمينًا فيه ليس للقاضى أن يخرجه[١٣]؛ لأنه لو اختار غيره، كان[١٤] دونه؛ لما أنه كان مختار الميت ومرضيه، فإبقاءه أولى، ولهذا[١٥]

---

(١٥) قوله: "والوصاية إلخ" جواب سؤال بسبيل المنع عن قولهما: وفى اعتبار هذه تجزئتها بأن يقال: لا، نسلم إن الوصاية لا تتجزأ، ولهذا روى الحسن عن أبى حنيفة فيما إذا أوصى إلى رجلين، أحدهما فى العين، والآخر فى تقاضى الدين يكون كل واحد منهما وصيًا فيما أوصى إليه خاصة، ولئن سلمنا أن الوصاية لا تتجزأ على ما هو الظاهر عن أبى حنيفة حيث يكون كل واحد منهما وصيًا فى العين والدين جميعًا، فنقول: إنما صرنا إلى تتجزئ الإيصاء كى لا يبطل أصل الإيصاء؛ لأنا لو لم نجوز التجزئ يبطل الإيصاء أصلا، وفيه إلغاء كلام العاقل، فلا يجوز الإلغاء ما أمكن، وتغيير وصف الإيصاء أولى من تغيير أصل الإيصاء، فكان تغيير الوصف أحق. (عن)

(١) أى أصل التصرف، وهو نصف عبده وصيًا على الصغار. (ع)

(٢) قوله: "وتغييرُ الوصف إلخ" يعنى فإن قيل: يفضى إلى تغيير وصفه، وهو جعله متجزئًا بعد أن لم يكن، قلنا: تغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى من هدره بالكلية. (ع)

(٣) أى القدورى فى "مختصره".

(٤) قوله: "رعاية إلخ" فرعاية حق الموصى فى إبقاء الأول وصيًا لتصرف الموصى، ورعاية حق الورثة فى ضم الآخر إليه. (ك)

(٥) وعدم خيانة.

(٦) ذكره تفريعًا على مسألة المختصر. (غن)

(٧) أى إذا لم يظهر ذلك عنده، لكن شكى إليه إلخ.

(٨) أى عجزه عن التصرف.

(٩) عن القيام عن الوصية.

(١٠) قطعا.

(١١) قوله: "استبدل به" فلو ظهر عند الموصى فى حياته عجزه استبدل به، فكذلك من قام مقامه فى النظر، وهو القاضى. (عن)

(١٢) الوصى.

(١٣) الوصى.

قدم على أب الميت مع وفور شفقته، فأولى أن يقدم على غيره.

وكذا[١] إذا شكا الورثة، أو بعضهم الوصي إلى القاضي، فإنه لا ينبغي له[٢] أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة؛ لأنه[٣] استفاد الولاية[٤] من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة، فالميت إنما نصبه وصيا لأمانته، وقد فاتت، ولو كان[٥] في الإحياء لأخرجه[٦] منها[٧]، فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له.

قال[٨]: ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه إلا في أشياء معدودة[٩] نبينها إن شاء الله تعالى.

وقال أبو يوسف[١٠]: يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء؛ لأن الوصاية سبيلها الولاية[١١]، وهي وصف شرعي لا تتجزأ، فيثبت لكل منهما كملا

---

(١٤) الغير.

(١٥) قوله: "ولهذا" أي ولأجل أن وصي الميت مختار الميت، قدم على أب الميت في التصرف، فبالطريق الأولى أن يقدم الوصي على وصي القاضي الذي هو غير الميت. (عن)

(١) هذه أيضاً ذكرت تفريعاً. (غن)

(٢) أي للقاضي من الوصي.

(٣) الوصي.

(٤) والشاكي قد يكون ظالماً في شكواه. (غن)

(٥) الموصي.

(٦) الوصي.

(٧) وصاية.

(٨) أي القدوري في "مختصره".

(٩) قوله: "إلا في أشياء معدودة" وإنما قال: إلا في أشياء معدودة لاختلاف العلماء فيها، فذكر في "الأسرار" ستة من تجهيز الميت، وقضاء الدين بجنس حقه، وشراء ما لا بد منه للصغير، وبيع ما يسرع إليه الفساد، ورد الغصب والوديعة والخصومة، وذكر في "الجامع الصغير" لقاضي خان ثمانية: وهي الستة المذكورة في "الأسرار"، وتنفيذ الوصية، وقبول الهبة، وذكر فيه أيضاً جمع الأموال الضائعة، ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس الأموال الضائعة، فيعدان واحداً لئلا يزيد على ما نص عليه من الثمانية، والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك. (ع)

(١٠) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" روى عن أبي القاسم الصفار أن هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً معاً بعقد واحد، فأما إذا أوصى الميت إلى كل واحد منهما بعقد على حدة، فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف، قال الفقيه أبو الليث: هذا أصح، وبه أخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد منهما على الانفراد، وحكى عن أبي بكر الإسكاف أن الخلاف فيهما جميعاً سواء أوصى إليهما جميعاً، أو متفرقاً، وجعل في "المبسوط"، هذا أصح؛ لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت، وعنده يثبت الوصية لهما معاً، فلا فرق بين الافتراق والاجتماع، بخلاف الوكالة. (عناية)

(١١) قوله: "لأن الوصاية إلخ" أي الوصاية إنما تثبت بطريق الولاية بانتقال ولاية الموصي إلى الوصي، لا بطريق الإنابة بدليل أن الإيصاء يتم بقوله: أوصيت مطلقاً، ولو كان بطريق الإنابة لم يصح إلا بالتنصيص على ما هو المقصود

كولاية الإنكاح للأخوين، وهذا لأن الوصاية خلافة.

وإنما تتحقق[١] إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذى كان ثابتًا للموصى، وقد كان[٢] بوصف الكمال، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة[٣]، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما.

ولهما أن الولاية[٤] تثبت بالتفويض، فيراعى وصف التفويض، وهو وصف الاجتماع؛ إذ هو شرط مفيد، وما رضى الموصى إلا بالمثنى، وليس الواحد كالمثنى.

بخلاف الأخوين فى الإنكاح؛ لأن السبب هنالك القرابة[٥]، وقد قامت[٦] بكل منهما كَمَلا، ولأن الإنكاح حق مستحق لها[٧] على الولى حتى لو طالبته بإنكاحها من كُفْء يخطبها يجب عليه، وههنا حق التصرف للوصى، ولهذا يبقى[٨] مخيرًا فى التصرف، ففى الأول أوفى[٩] حقًا على صاحبه فصح، وفى الثانى استوفى[١٠] حقًا لصاحبه، فلا يصح أصله الدين الذى[١١] عليهما[١٢]، ولهما

كالوكيل، فإنه لو قال: وكلتك، لا يملك التصرف ما لم يذكر ما ذا فوض إليه من التصرف، وكذا لو قال: جعلتك حاكمًا، لا يملك تنفيذا لقضاء ما لم يبين له ذلك، وههنا لما صح الإيصاء إليه مطلقًا، عرفنا أنه إثبات الولاية بطريق الخلافة، والدليل عليه أن أوان ولايته بعد زوال ولاية الموصى، والولاية إذا ثبت لاثنين شرعًا، ثبت لكل واحد منهما كملا على الانفراد كالأخوين فى ولاية الإنكاح، فكذا إذا ثبت شرطًا، وهذا لأن الولاية لا تحتمل التجزئ؛ لأنها عبارة عن القدرة الشرعية، والقدرة لا تتجزأ، بخلاف التوكيل والتقليد فى الحكومة. (ك)

(١) الخلافة.

(٢) للموصى.

(٣) على الورثة.

(٤) أى ولاية تصرف الوصى.

(٥) الأخوة.

(٦) القرابة.

(٧) المرأة.

(٨) الوصى.

(٩) قوله: "ففى الأول [أى الإنكاح] أوفى [أى أو فى أحد الأخوين حقًا واجبًا على صاحبه. عن] إلخ" يعنى در صورت تزويج صغيره اگر يكى از دو برادر صغيره تزويج آن نمايد ادا مى كند حقى را كه بر ذمه' برادر ديگر ست پس صحيح خواهد شد. (ترجمه)

(١٠) قوله: "وفى الثانى [أى الإيصاء] استوفى [استوفى أحد الوصيين حقًا لصاحبه. غن] إلخ" أى در صورت وصيت مذكوره اگر تصرف كند يكى از دو وصى لازم آيد كه استيفا نمايد حق وصى ديگر را پس صحيح نخواهد شد. (ترجمه)

(١١) قوله: "أصله الدين الذى إلخ" اگر دين يک كس بر ذمه' دو كس باشد وادا كند يكى ازانها نصيب ديگرى را صحيح مى شود واگر دين دو كس بر ذمه' يک كس باشد ويكى ازانها استيفا نمايد نصيب ديگرى را صحيح نمى

بخلاف الأشياء المعدودة؛ لأنها من باب الضرورة، لا من باب الولاية، ومواضع الضرورة مستثناة أبدًا، وهي ما استثناه في الكتاب[١] وأخواتها، فقال: إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه؛ لأن في التأخير فساد الميت، ولهذا[٢] يملكه الجيران[٣] عند ذلك[٤]، وطعام الصغار وكسوتهم؛ لأنه يخاف موتهم[٥] جوعًا وعريانًا[٦]. ورد الوديعة بعينها[٧]، ورد المغصوب، والمشترى شراء فاسدًا، وحفظ الأموال، وقضاء الديون[٨]؛ لأنها ليست من باب الولاية[٩]، فإنه يملكه[١٠] المالك[١١]، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه، وحفظ المال يملكه من يقع في يده، فكان[١٢] من باب الإعانة، ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي، وتنفيذ وصية بعينها[١٣]، وعتق عبد بعينه؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي.

شود. (ترجمه)

(١٢) قوله: "عليهما ولهما" أي الدين إذا كان على رجلين، فأدى أحدهما ما على الآخر صح، وإن كان الدين لرجلين، فاستوفى أحدهما نصيب الآخر لا يصح. (عن)

(١) أي القدوري.

(٢) قوله: "ولهذا يملكه إلخ" أي لأجل أن في تأخير الكفن فساد الميت يملك الجيران التكفين. (عن)

(٣) وإن لم يكن لهم ولاية. (عن)

(٤) التأخير.

(٥) فيكون من باب الضرورة. (غز)

(٦) بالضم: برهنه.

(٧) احتراز عن الوديعة اختلطت بماله بغير صنعه كالمكيل والموزون.

(٨) أي بجنس حقه. (ك)

(٩) قوله: "لأنها [أي هذه الأمور] ليست من باب الولاية" أي الولاية المستفادة من الموصى؛ لتحققها من غير من أوصى إليه. (ع)

(١٠) قوله: "فإنه يملكه إلخ" أي أن من له الدين يملك أخذه، فليس التسليم من الولاية في شيء، وكذلك تسليم الوديعة، وكذلك رد المغصوب؛ لأن من له الحق يملك أيضًا. (عن)

(١١) قوله: "المالك" أي مالك الوديعة والمشترى والمغصوب إذا ظفر يأخذ من غير رضاه. (مل)

(١٢) هذا الحفظ.

(١٣) قوله: "وتنفيذ وصية إلخ" أي كذلك تنفيذ الوصية بشيء بعينه، إذا كان يخرج من الثلث، فللموصى له أن يأخذه، وكذلك لأحدهما أن يعينه على ذلك بالتسليم.

قال في "شرح الطحاوي": وكذلك لأحدهما أن ينفذ الوصايا المعينة، أو ينفذ الوصية من جنس ذلك المال الذي أوصى به نحو ما إذا أوصى بدراهم الرجل، فأدى أحدهما تلك الوصية من الدراهم، أو كان ثيابًا، فأدى من جنس تلك الثياب من حيث إنه لا يحتاج إلى التصرف، فإنه يجوز أداءه، فأما إذا احتاج إلى بيع شيء حتى يؤدى من ثمنه الوصية، فإن ذلك البيع لا يجوز إلا بإذن صاحبه، كذا ذكره الإمام الإسبيجابي. (غاية البيان)

والخُصومة فى حق الميت[١]؛ لأن الاجتماع[٢] فيها[٣] متعذر، ولهذا يتفرد بها أحد الوكيلين.

وقبول الهبة؛ لأن فى التأخير خيفة الفوات، ولأنه يملكه الأم، والذى فى حجره، فلم يكن من باب الولاية، وبيع ما يخشى عليه التوى[٤] والتلف؛ لأن فيه ضرورة لا تخفى، وجمع الأموال الضائعة[٥]؛ لأن فى التأخير خشية الفوات، ولأنه يملكه كل من وقع فى يده، فلم يكن من باب الولاية[٦].

وفى "الجامع الصغير"[٧]: وليس لأحد الوصيين أن يبيع، أو يتقاضى، والمراد بالتقاضى الاقتضاء[٨]، كذا كان المراد منه فى عرفهم، وهذا لأنه[٩] رضى بأمانتهما جميعًا فى القبض، ولأنه فى معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف، فكان من باب الولاية.

ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد[١٠]، قيل[١١]: يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين؛ إذا وكل كل واحد على الانفراد، وهذا لأنه لما أفرد، فقد رضى برأى الواحد.

وقيل[١٢]: الخلاف فى الفصلين واحد؛ لأن وجوب الوصية[١٣] عند الموت،

(١) على رجل.

(٢) قوله: "لأن الاجتماع إلخ" كأحد الوكيلين بالخصومة يتفرد بها أحدهما، فأحد الوصيين أولى، فإن ولاية الوصى أعم، ولهذا كان للوصى أن يوصى إلى غيره، بخلاف الوكيل ليس له أن يوكل غيره. (عن)

(٣) للشغب فى مجلس القضاء.

(٤) هلاك.

(٥) المتفرقة.

(٦) ألا ترى أن الجيران يفعلون كذلك. (غن)

(٧) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لبيان أن اقتضاء الدين أى قبضه ليس كقضاءه، بل هو على الاختلاف. (عناية)

(٨) قوله: "والمراد بالتقاضى الاقتضاء [أى القبض. غن]" أى القبض فى عرفهم، فيكون على الخلاف، وفى عرفنا يراد به الطلب، فيملكه كل واحد منهما. (ك)

(٩) الموصى.

(١٠) أى بعقد على حدة، ذكرناه فى مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما. (م)

(١١) القائل: أبو القاسم الصفار، وإليه ذهب الفقيه أبو الليث.

(١٢) القائل: أبو بكر الإسكاف. (عن)

(١٣) قوله: "لأن وجوب إلخ" لأن وجوب الوصية يكون عند الموت، فتثبت الوصية لهما جميعًا، بخلاف الوكالة، وقد يوصى الإنسان إلى غيره على ظن أنه يتمكن من إتمام مقصوده وحده، ثم يتبين له عجزه عن ذلك، فيضم

بخلاف الوكيلين؛ لأن الوكالة تتعاقب، فإن مات[1] أحدهما[2] جعل القاضى مكانه وصيًا آخر.

أما عندهما، فلأن الباقى عاجز عن التفرد بالتصرف[3]، فيضم القاضى إليه وصيًا آخر؛ نظرًا للميت عند عجزه.

وعند أبى يوسف الحى منهما وإن[4] كان يقدر على التصرف، فالموصى قصد أن يخلفه متصرفًا فى حقوقه، وذلك[5] ممكن التحقق ينصب وصى آخر مكان الميت.

ولو أن الميت[6] منهما[7] أوصى إلى الحى، فللحى أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر، ولا يحتاج القاضى إلى نصب وصى آخر؛ لأن رأى الميت باقٍ[8] -حكمًا برأى من يخلفه.

وعن أبى حنيفة[9] أنه[10] لا ينفرد[11] بالتصرف؛ لأن الموصى ما رضى بتصرفه وحده، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره؛ لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى، كما رضيه المتوفى[12].

إليه غيره، فكان بمنزلة الوصية إليهما معًا، بخلاف الوكيلين، فإن رأي الموكل قائم هنالك، وإذا عجز الوكيل يتمكن الموكل من المباشر بنفسه، فلم يكن قصده إلى ضم الثانى إلى الأول، وإنما كان قصده إنابة كل واحد منهما منابه بالانفراد. (ك)

(١) قوله: "فإن مات [ذكره بسبيل التفريع على مسألة المختصر. غ] إلخ" هذا متصل بأول الكلام. (ع)

(٢) أي أحد الوصيين. (غ)

(٣) لأن أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف. (غ)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أى مقصود الموصى.

(٦) ذكره بسبيل التفريع أيضًا. (غ)

(٧) أى من الوصيين.

(٨) قوله: "لأن رأى الميت باقٍ إلخ" فالميت لما أوصى إلى صاحبه، فقد رضي بتصرفه، فصار فعله كفعلهما جميعًا، ألا ترى أنهما لو كانا حيين، فإذن أحدهما لصاحبه أن يبيع ويشترى، ففعل جاز فعله في قولهم جميعًا، فكذلك ههنا. (غ)

(٩) برواية الحسن.

(١٠) أي الحي.

(١١) قوله: "أنه لا ينفرد" يعني أن الميت رضي برأي الاثنين، ولم يرضَ برأى أحدهما، وفي اجتماع رأيهما منفعة؛ لأن الميت قصد أن يكون ماله بتدبير الاثنين؛ لكي يكون كل واحد منهما رقيبا على صاحبه، فإذا مات أحدهما، فقد فات ذلك المعنى، فلا يجوز أن يكون ماله بتدبير إنسان واحد. (ع)

(١٢) الموصى.

وإذا مات الوصى[١]، وأوصى إلى آخر، فهو وصيه فى تركته[٢]، وتركة الميت الأول عندنا.

وقال الشافعى: لا يكون وصيّاً[٣] فى تركة الميت الأول؛ اعتباراً بالتوكيل[٤] فى حالة الحياة، والجامع[٥] بينهما أنه[٦] رضى برأيه، لا برأى غيره.

ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة[٧] إليه، فيملك[٨] الإيصاء إلى غيره كالجد.

ألا يرى أن الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصى فى المال، وإلى الجد فى النفس[٩]، ثم الجد قائم مقام الأب[١٠] فيما انتقل إليه.

فكذا الوصى[١١]، وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له[١٢] ولايته، وعند الموت[١٣] كانت له[١٤] ولاية في التركتين، فينزل الثانى منزلته[١٥] فيهما؛ ولأنه[١٦] لما

---

(١) ذكره بسبيل التفريع أيضًا. (عن)

(٢) قوله: "فهو وصيه في تركته إلخ" هذا إذا أطلق، أما إذا قال: جعلته وصى ما أتركه صار وصيًا فى تركته، وتركة موصيه فى ظاهر الرواية؛ لأن تركة موصيه تركته أيضًا، وعند أبي يوسف ومحمد يصير وصيًا فى تركة الموصى فقط؛ لأنه نص عليه. (ك)

(٣) قوله: "لا يكون وصيًا" لأن الميت فوض إليه التصرف، ولم يفوض إليه الإيصاء إلى غيره فلا يملك. (ت)

(٤) قوله: "بالتوكيل" ثم التوكيل لا يجوز له أن يوكل غيره، فكذا الوصى لا يجوز له أن يوصى إلى غيره. (غن)

(٥) أي بين التوكيل والإيصاء.

(٦) أي أن الميت الأول.

(٧) من الميت بطريق الخلافة. (غن)

(٨) الوصي.

(٩) قوله: "وإلى الجد في النفس" يعني إذا مات الأب كان ولاية تزويج الصغار، واستيفاء القصاص للجد، فكذا الوصي فيما انتقل إليه؛ لأنه خلف عن الأول، وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائما حكمًا، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل. (عناية)

(١٠) قوله: "قائم مقام الأب [لأنه خلف عنه. عن] إلخ" الأب كان له ولاية الإنكاح بنفسه، وبإقامة غيره مقامه، فكذلك الجد له ولاية الإنكاح بنفسه، وبإقامة غيره مقامه، وكذلك الموصي كان له ولاية التصرف في ماله بنفسه، وبإقامة غيره مقامه، فكذلك الوصي لقيامه مقامه. (كفاية)

(١١) لأنه خلف عن الميت. (غن)

(١٢) أي للوصي.

(١٣) قوله: "وعند الموت إلخ" أي عند موت الموصي كان للوصي ولاية في التركتين أي تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤول إليه، وتركة موصيه، أما في تركة موصيه، فباعتبار الوصاية إليه، فينزل الثاني منزلته فيهما. (عناية)

(١٤) أي للموصي.

(١٥) أي منزلة الوصي الأول.

استعان به(١) في ذلك(٢) مع علمه(٣) أنه قد تعتريه المنية(٤) قبل تتميم مقصوده بنفسه، وهو تلافي ما فرط منه(٥)، صار(٦) راضيًا بإيصاءه(٧) إلى غيره.

بخلاف الوكيل؛ لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه، فلا يرضى بتوكيل غيره(٨)، والإيصاء إليه(٩).

قال(١٠): ومقاسمة الوصي(١١) الموصى له عن الورثة(١٢) جائزة، ومقاسمته الورثة عن الموصى له(١٣) باطلة؛ لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب(١٤)، ويرد عليه(١٥) به(١٦)، ويصير مغرورًا بشراء المورث(١٧)، والوصي خليفة الميت أيضًا،

---

(١٦) قوله: "ولأنه [الموصى]" أي لا نسلم أنه لم يرضَ برأي من أوصى إليه الوصي؛ لأنه إلخ.

(١) أي بالوصي.

(٢) أي في تدارك ما فرط منه.

(٣) الموصي.

(٤) الموت.

(٥) قوله: "تلافي ما فرط منه" أي تدارك ما سبق من الميت من القصور، ولو قال: ما فرط فيه بالتشديد كان أولى أي ما قصر فيه. (عن)

(٦) الموصي.

(٧) الوصي.

(٨) أي غير الوكيل الأول.

(٩) أي إيصاء الوكيل الأول إلى الغير عند موته. (عن)

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) قوله: "ومقاسمة إلخ" رجل أوصى إلى رجل، وأوصى لرجل آخر بثلث ماله، وله ورثة صغار، أو كبار غيب، فقاسم الوصي الموصى له نائبًا عن الورثة، وأعطاه الثلث، وأمسك الثلثين للورثة، فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار إن كانوا صغارًا، وفي المنقول إن كانوا كبارًا حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء، وأما إذا كان الوارث كبيرًا حاضرًا، وصاحب الوصية غائبًا، فقاسم الوصي مع الوارث عن الموصى له، فأعطى الورثة حقهم، وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له، صغيرًا كان أو كبيرًا، حاضرًا كان أو غائبًا في المنقول والعقار جميعًا حتى لو هلك في يد الموصي ما أفرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم، والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة إذا كانوا صغارًا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعًا، أما إذا كانوا كبارًا، فليس له بيع العقار عليهم، وله ولاية بيع المنقول، فكذا القسمة؛ لأنها نوع بيع، ووجه المسألة ما ذكره في الكتاب، وحاصله أن الورثة، والوصي كلاهما خلف عن الميت، فيجوز أن يكون الوصي خصمًا عنهم وقائم مقامهم، وأما الموصي له، فليس بخليفة عن الميت من كل وجه، فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصمًا عنه وقائما مقامه في نفوذ القسمة عليه. (ف)

(١٢) أي نيابة عن الورثة. (ك)

(١٣) أي نيابة عنه. (ك)

(١٤) أي فيما اشتراه المورث.

فيكون[١] خصما عن الوارث[٢] إذا كان[٣] غائبًا، فصحت[٤] قسمته عليه[٥] حتى لو حضر[٦]، وقد[٧] هلك ما في يد الوصي ليس له[٨] أن يشارك الموصى له.

أما الموصى له، فليس بخليفة عن الميت من كل وجه؛ لأنه[٩] ملكه بسبب جديد[١٠]، ولهذا لا يرد بالعيب[١١]، ولا يرد عليه[١٢]، ولا يصير مغروراً بشراء الموصى[١٣]، فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي؛ لأن القسمة[١٤] لم تنفذ[١٥] عليه غير أن الوصي لا يضمن[١٦]؛ لأنه أمين فيه.

---

(١٥) أي فيما إذا باعه المورث. (ك)

(١٦) أي بالعيب.

(١٧) قوله: "ويصير مغروراً [حتى يصير الولد حراً بالقيمة] بشراء إلخ" فإنه إذا اشترى جارية فمات، ثم استولدها الوارث، ثم استحقت الجارية، فإنه يرجع على بائع الميت، ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها الوارث من آخر، والمسألة بحالها، فإن المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه؛ لأنه ليس بخليفة عن بائعه، حتى يكون غروره كغروره. (م)

(١) الوصي.

(٢) قوله: "عن الوارث" لأن من كان خليفة لأحد كان خليفة لمن قام مقامه، فصار تصرفه كتصرفه إذا كان غائبًا. (ك)

(٣) الوارث.

(٤) قوله: "فصحت قسمته إلخ" لأن ولايته نافذة على الصغار، وعلى حفظ مال الكبار، والموصى له خصم، والقسمة بين الخصمين نفذت. (ك)

(٥) أي على الوارث.

(٦) أي الوارث. (عن)

(٧) الواو للحال.

(٨) أي الوارث.

(٩) موصى له.

(١٠) أي الوصية.

(١١) فيما اشتراه الموصي.

(١٢) فيما باعه الموصي.

(١٣) قوله: "ولا يصير [حتى لا يصير الولد حراً بالقيمة] مغروراً إلخ" حتى لو كان الموصى به جارية، فاستولدها الموصى له، ثم استحقت، أخذها المستحق وولدها، ولا يصير الولد حراً بالقيمة بحكم الغرور، بخلاف الوارث. (ك)

(١٤) أي قسمة الوصي. (عن)

(١٥) لأنه لا ولاية للموصي عليه. (ك)

(١٦) قوله: "غير أن الوصي إلخ" جواب سؤال، تقريره إذا كانت القسمة غير صحيحة، كان تصرفه غير مشروع، فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه. (م)

وله ولاية الحفظ (١) في التركة، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة، فيكون له ثلث الباقي؛ لأن الموصى له شريك الوارث، فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة، ويبقى ما بقي على الشركة.

قال: فإن قاسم الورثة (٢) وأخذ نصيب الموصى له، فضاع (٣) رجع الموصى له بثلث ما بقي؛ لما بينا (٤).

قال (٥): وإن كان الميت (٦) أوصى بحجة، فقاسم الورثة (٧)، فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي (٨)، وكذلك إن دفعه (٩) إلى رجل ليحج عنه (١٠)، فضاع (١١) في يده. وقال أبو يوسف: إن كان (١٢) مستغرقًا للثلث لم يرجع بشيء، وإلا يرجع بتمام الثلث (١٣).

وقال محمد: لا يرجع بشيء (١٤)؛ لأن القسمة حق الموصى، ولو أفرز الموصى بنفسه مالا؛ ليحج عنه، فهلك لا يلزمه شيء، وبطلت الوصية، فكذا إذا أفرزه وصيّه الذي قام مقامه.

(١) قوله: "وله ولاية الحفظ إلخ" فيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه، إذا كان ما أفرزه للورثة في يده لما أن الحفظ إنما يتصور في ذلك، أما لو سلمه إليهم، فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع. (ع)

(٢) قوله: "فإن قاسم [الوصي] الورثة إلخ" كان معلومًا مما سبق من كلامه، ولكن ذكره لكونه لفظ "الجامع الصغير". (عناية)

(٣) ذلك النصيب.

(٤) إشارة إلى قوله: لأن القسمة لم تنفذ عليه. (عناية)

(٥) أي في "الجامع الصغير".

(٦) قوله: "وإن كان إلخ" رجل مات وترك أربعة آلاف درهم، وأوصى أن يحج عنه، وكان مقدار الحج ألف درهم، فأخذ الوصي ألفا، ودفعها إلى الذي يحج عنه، فسرقت في الطريق، قال أبو حنيفة: يؤخذ ثلث ما بقي من التركة، وهو ألف درهم، فإن سرقت ثانيًا، يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى وهكذا، وقال أبو يوسف: يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال، وذلك ثلاث مائة وثلاثة وثلاثون، وثلث درهم، فإن سرقت ثانيًا لا يؤخذ مرة أخرى، وقال محمد: إذا سرقت الألف الأولى بطلت الوصية، فلا يؤخذ منه مرة أخرى. (عناية)

(٧) وهو الثلث المفرز. (عن)

(٨) من ماله.

(٩) الثلث. (عن)

(١٠) أي عن الميت. (عن)

(١١) قوله: "فضاع" أي فضاع في يد الرجل الذي دفع إليه الثلث ليحج عن الميت. (عن)

(١٢) أي الهالك أي قد يحصل الحج. (عن)

(١٣) أي وإن لم يكن الهالك مستغرقًا للثلث. (عن)

(١٤) أي لا يعطى مرة أخرى. (عن)

ولأبي يوسف أن محل الوصيّة الثلث، فيجب تنفيذها ما بقي محلّها، وإذا لم يبقَ بطلت لفوات محلّها.

ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاتها، بل لمقصودها، وهي تأدية الحج، فلم تعتبر دونه[١]، وصار كما إذا هلك قبل القسمة، فيُحجّ بثلث ما بقي، ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة؛ إذ لا قابض لها، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم، فصار كهلاكه قبلها.

قال[٢]: ومن أوصى بثلث ألف درهم، فدفعها[٣] الورثةُ إلى القاضي، فقسمها[٤]، والموصى له غائب، فقسمته جائزة[٥]؛ لأن الوصية صحيحة[٦]، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثًا لورثته[٧]، والقاضي نصب ناظرًا[٨] لا سيما في حق الموتى[٩] والغُيّب[١٠]، ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضُه، فنفذ ذلك[١١]، وصح حتى لو حضر الغائب وقد[١٢] هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيلٌ.

قال[١٣]: وإذا باع الوصي عبدًا من التركة بغير محضر من الغرماء، فهو جائز؛

---

(١) أي دون أداء الحج.

(٢) أي في "الجامع الصغير".

(٣) ألف.

(٤) القاضي ألفًا.

(٥) قوله: "فقسمته جائزة" ذكر الإمام المحبوبي بأن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن؛ لأن القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفذ أحد الشريكين بأخذ نصيبه من غير قضاء، ولا رضاء، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن، فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز؛ لأن القسمة فيه معنى المبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز، فكذا قسمته قلت وضع المسألة في الدراهم، وهي مما توزن. (ع)

(٦) قوله: "لأن الوصية صحيحة" قال الفقيه العتابي في "شرحه للجامع الصغير": والوصية للغائب صحيحة؛ لأن قبوله ليس بشرط. (عن)

(٧) الموصى له.

(٨) لأمور المسلمين.

(٩) لعجزهم عن التصرف بأنفسهم. (عن)

(١٠) جمع غائب.

(١١) قوله: "فنفذ ذلك" والفرق بين القاضي حيث جازت مقاسمته على الموصى له، وبين الوصي حيث لم يجز مقاسمته على الموصى له أن للقاضي ولاية على الغائب فيما ينفعه، ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التلف، فكان قسمته كقسمة الموصى له، والوصي لا يملك بيع شيء من مال الموصى له، فلم يكن له ولاية عليه أصلا، فلم ينفذ قسمته. (عن)

(١٢) الواو حالية.

لأن الوصى قائم مقام الموصى، ولو تولّى[١] حيًا بنفسه يجوز بيعه[٢] بغير محضر من الغرماء وإن[٣] كان فى مرض موته، فكذا إذا تولاه[٤] من قام مقامه، وهذا لأن حقّ الغرماء متعلّق بالمالية، لا بالصورة، والبيعُ لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف، وهو الثمن، بخلاف العبد المديون[٥]؛ لأن للغرماء حقّ الاستسعاء أما ههنا فبخلافه.

قال[٦]: ومن أوصى بأن يُباع عبدُه، ويُتصدق بثمنه على المساكين، فباعه الوصى، وقبض الثمن، فضاع فى يده، فاستحقّ العبد ضمن الوصى[٧]؛ لأنه هو العاقد، فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة؛ لأن المشترى منه ما رضى ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع، ولم يسلم فقد أخذ الوصىّ البائع مال الغير بغير رضاه[٨]، فيجب عليه ردّه.

ويرجع[٩] فيما ترك الميت؛ لأنه عاملٌ له[١٠]، فيرجع عليه كالوكيل[١١]، وكان أبو حنيفة يقول أولا: لا يرجع[١٢]؛ لأنه ضمن بقبضه، ثم رجع[١٣] إلى ما ذكرنا[١٤]، ويرجع فى جميع التركة.

وعن محمد أنه يرجع فى الثلث؛ لأن الرجوع بحكم الوصية[١٥]، فأخذ

---

(١٣) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(١) البيع.

(٢) يعنى إذا باع بمثل قيمته.

(٣) الواو وصلية.

(٤) البيع.

(٥) قوله: "بخلاف العبد إلخ" أى بخلاف العبد المأذون المديون حيث لا يبيعه مولاه، أو وصيّه بغير محضر من الغرماء؛ لأن لهم حق الاستسعاء حتى يأخذوا كسبه، فيكون البيع مبطلا لحقهم، فلهم أن يبطلوا البيع، وههنا حق الغرماء فى الثمن لا غير، فيكون البيع محققا لحقهم لا مبطلا، فكان بيع الوصى بمحضر من الغرماء، وغير محضر منهم سواء. (عن)

(٦) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(٧) أى الثمن للمشترى. (عن)

(٨) قوله: "بغير رضاه" لأن رضا المشترى بأخذ الوصى الثمن إنما كان عند سلامة المبيع ولم يسلم. (ك)

(٩) بما ضمن.

(١٠) للميت.

(١١) يرجع على الموكل بما ضمن.

(١٢) قوله: "لا يرجع [فى مال الميّت بشىء. عن]" أى لا يرجع الوصى على أحد؛ لأنه ضمن بقبضه أى لأنه تبين بطلان الوصية باستحقاق الغلام، ولم يكن عاملا للورثة، فلا يرجع عليهم بشىء. (كفاية)

(١٣) الإمام.

(١٤) أى أنه يرجع.

حكمها، ومحلّ الوصية الثلث، وجه الظاهر أنه يرجع عليه[1] بحكم الغرور، وذلك دين عليه[2]، والدين يقضى من جميع التركة.

بخلاف القاضى أو أمينه[3]، إذا تولّى البيع حيث لا عهدة عليه؛ لأن فى إلزامها[4] القاضى تعطيل القضاء؛ إذ يتحامى[5] عن تقلّد هذه الأمانة[6]؛ حذرا عن لزوم الغَرَامة[7]، فتتعطل مصلحةُ العامة، وأمينه[8] سفير عنه كالرسول، ولا كذلك الوصى؛ لأنه بمنزلة الوكيل، وقد مر[9] فى كتاب القضاء، فإن كانت التركة قد هلكت، أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء[10]، كما إذا كان على الميت دين آخر.

قال[11]: وإن قسم الوصي الميراث، فأصاب صغيراً من الورثة عبدٌ فباعه، وقبض الثمن فهلك[12]، واستحق العبد رجع فى مال الصغير[13]؛ لأنه عامل له، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه.

قال[14]: وإذا احتال[15] الوصى بمال اليتيم[16]، فإن كان خيراً لليتيم جاز، وهو

---

(١٥) قوله: "لأن الرجوع بحكم الوصية" لأن البيع كان لتنفيذ الوصية، فكان حكمه حكم الوصية، والوصية تنفذ من الثلث عليه. (كفاية)

(١) قوله: "أنه يرجع إلخ" أى أن الوصى يرجع على الميت على تركته بحكم أن الميت غره بقوله: إن هذا ملكى؛ لأنه لما أمره ببيع عبده، وتصدق ثمنه على المساكين كان قائلا: إن هذا العبد ملكى، فكان الوصى مغروراً من جهته، وكان ذلك الضمان ديناً على الميت، والدين يقضى من جميع التركة، كذا ذكره الإمام قاضى خان. (ك)

(٢) أى على الميت.

(٣) قوله: "بخلاف القاضى أو أمينه" إذا تولى البيع، فاستحق العبد، أو مات، وقد ضاع الثمن فى يده حيث لا يرجع المشترى على القاضى أو أمينه؛ لأنه لا عهدة عليهما. (غاية البيان)

(٤) العهدة.

(٥) تحامى: خود را نگاه داشتن. (م)

(٦) أى القضاء.

(٧) بالفتح: تاوان زده شدن وآنچه اداى آن لازم باشد. (م)

(٨) القاضى.

(٩) قوله: "وقد مر" أى فى آخر فصل القضاء بالمواريث من فصول كتاب أدب القاضى. (ك)

(١٠) قوله: "لم يرجع بشيء" أى لا على الورثة، ولا على المساكين إن كان تصدق عليهم؛ لأن البيع لم يقع إلا للميت، فصار كما إذا كان على الميت دين آخر، وذكر فى "الذخيرة" محالا إلى "المنتقى": أن الوصى يرجع على المساكين، والقياس هكذا؛ لأن غنم تصرف الوصى عاد إليهم، فالغرم يجب أن يكون عليهم، وهذه الرواية تخالف رواية "الجامع الصغير"، ووجه رواية "الجامع الصغير" أن الميت أصل فى غنم هذا التصرف، وهو الصواب، والفقير تبع له. (ع)

(١١) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٢) الثمن بيده.

(١٣) بما ضمن للمشترى.

أن يكون[١] أملأ[٢]؛ إذ الولاية نظرية، وإن كان الأول[٣] أملأ لا يجوز؛ لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه[٤].

قال[٥]: ولا يجوز بيع الوصى، ولا شراءه إلا بما يتغابن الناس فى مثله؛ لأنه لا نظر فى الغبن الفاحش[٦]، بخلاف اليسير؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه، ففى اعتباره[٧] انسداد بابه[٨].

والصبى المأذونُ والعبد المأذونُ والمكاتب يجوز بيعهم، وشراءهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة؛ لأنهم يتصرفون بحكم المالكية[٩]، والإذن فك الحجر. بخلاف الوصى؛ لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرًا، فيتقيد بموضع النظر[١٠]، وعندهما لا يملكونه؛ لأن التصرف بالفاحش منه تبرع، لا ضرورة فيه، وهم ليسوا من أهله[١١]، وإذا كتب كتاب الشراء على وصى كتب كتاب الوصية على حدة، وكتاب الشراء على حدة؛ لأن ذلك أحوط[١٢].

ولو كتب[١٣] جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادتَه فى آخره من غير تفصيل،

---

(١٤) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٥) حواله قبول كرد.

(١٦) أى بدين اليتيم على رجل.

(١) المحتال عليه.

(٢) قوله: "أملأ [أى أقدر على الأداء من المحيل المديون]" مَلُؤَ الرجل مَلاءة: توانگر ومالدار ونيكو معامله گرديد. (من)

(٣) قوله: "وإن كان الأول [المديون] إلخ" وإن كانا سواء ذكر أنه لا يجوز، كذا ذكره الإمام المحبوبى، وفى "الذخيرة" وإن كان الثانى مثل الأول فى الملاء، فقد اختلف المشايخ فيه، وأشار فى الكتاب إلى أنه لا يجوز. (ك)

(٤) قوله: "على بعض الوجوه" وهو أنه إذا لم يكن مَليئًا يتأخر الأداء، والتأخير إتلاف من وجه. (ك)

(٥) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٦) قوله: "الفاحش" وأصح ما قيل: فى الفرق بين الغبن الفاحش واليسير أن ما يدخل تحت تقويم المقومين، فهو غبن يسير، وما لا يدخل، فهو فاحش. (نهاية)

(٧) أى اعتبار التحرز عن اليسير.

(٨) أى باب الوصاية.

(٩) قوله: "لأنهم يتصرفون [فصاروا كالحر البالغ فى تصرفهم. غن] إلخ" أى يتصرفون بأهليتهم، لا بأمر المولى؛ لأن الإذن فك الحجر، فلم يكن تصرفهم نيابةً عن أحد، بخلاف الوصى.

(١٠) ولا نظر فى إتلاف المال. (غن)

(١١) تبرع.

(١٢) قوله: "لأن ذلك أحوط" أنه لو كتب كتابًا واحدًا، أو جمع بين الوصية والشرى، ويشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية، فعند أداء الشهادة عسى أن يشهد بجميع ذلك، فيكون شاهد زور. (ك)

جـ8 22 B

فيصير ذلك حملا[١] له على الكذب، ثم قيل: يكتب[٢] اشترى من فلان ابن فلان، ولا يكتب من فلان وصى فلان؛ لما بينا[٣]، وقيل: لا بأس بذلك؛ لأن الوصاية تعلم ظاهراً.

قال[٤]: وبيع الوصى على الكبير الغائب[٥] جائز فى كل شىء إلا فى العقار[٦]؛ لأن الأب يلى ما سواه[٧]، ولا يليه[٨]، فكذا[٩] وصيه فيه، وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضًا؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير[١٠] إلا أنا استحسناه؛ لما أنه[١١] حفظٌ لتسارع الفساد[١٢] إليه، وحفظ الثمن أيسر، وهو[١٣] يملك الحفظ، أما العقار، فمحصَنٌ[١٤] بنفسه، قال: ولا يتجر[١٥] فى المال؛ لأن المفوّض

(١٣) قوله: "ولو كتب جملة" بأن كتب اشترى من فلان وصي فلان، وأشهد عليه قوما، وفيهم من لم يشهد على الإيصاء، فربما يشهد بالكل، فيكون حملا له على الكذب، وهذا لأنه قلما يتفق أن يكون الشهود على الأمرين فريقًا واحداً. (كافى)

(١) أى باعثا له.

(٢) أى القاضى أو المشترى. (غن)

(٣) إشارة إلى قوله: لأن ذلك أحوط. (م)

(٤) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(٥) قوله: "الغائب" قيد بالغيبة؛ لأنهم إذا كانوا حضوراً ليس للوصى التصرف فى التركة أصلا، لكن يتقاضى ديون الميت، ويقبض حقوقه، ويدفع إلى الورثة إلا إذا كان على الميت دين، أو أوصى بوصيته، ولم يقض الورثة الدين، ولم ينفذوا الوصية من مالهم، فإنه يبيع التركة. (عناية)

(٦) قوله: "إلا فى العقار" استثنى العقار فى حق الكبير الغائب، أما فى حق الصغير يملك بيع العقار أيضًا، وهذا جواب السلف، وأما جواب المتأخرين أنه إنما يجوز بأحد شروط ثلاثة، أما أن يرغب المشترى فيه بضعف القيمة، أو للصغير حاجة إلى ثمنها، أو بأن يكون على الميت دين، ولا وفاء له إلا به، قال الصدر الشهيد: وبه يفتى. (ك)

(٧) أى ما سوى بيع العقار.

(٨) أى بيع العقار على ولده الكبير.

(٩) لأنه يقوم مقامه. (زيلعى)

(١٠) قوله: "لأنه لا يملكه الأب إلخ" فيه صورة التناقض لقوله: لأن الأب يلى ما سواه، ويقضى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية، ويملكه بجهة الحفظ والنظر. (ك)

(١١) أى بيع غير العقار.

(١٢) لأن المنقول مما يخشى عليه التلف. (غن)

(١٣) الوصى.

(١٤) قوله: "فمحصَن [أى محفوظ، لا يخشى عليه التلف. عن]" فلا حاجة فيه إلى البيع، ولو كان عليه دين يبيع العقار، ثم إن كان الدين مستغرقًا باع كله بالإجماع، وإن لم يكن مستغرقًا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة إلى أكثر من ذلك، وعند أبى حنيفة جاز له بيع كله؛ لأنه يبيعه بحكم الولاية، فإذا ثبت فى البعض ثبت فى الكل؛ لأنها لا تتجزأ، ولو خيف هلاكه يملك بيعه؛ لأنه تعين حفظه كالمنقول، والأصح أنه لا يملك؛ لأنه نادر. (زيلعى)

إليه الحفظ دون التجارة.

وقال أبو يوسف ومحمد[١]: وصى الأخ فى الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصى الأب فى الكبير الغائب[٢]، وكذا وصى الأم ووصى العم، وهذا الجواب فى تركة هؤلاء[٣]؛ لأن وصيهم قائم مقامهم، وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ، فكذا وصيّهم، قال[٤]: والوصيّ[٥] أحق بمال الصغير من الجدّ.

وقال الشافعى: الجدّ أحقّ؛ لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث، فيقدم على وصيّه.

ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه[٦]، فكانت ولايتُه قائمةً معنى، فيقدم[٧] عليه[٨] كالأب نفسه[٩]، وهذا لأن اختياره الوصيَّ مع علمه بقيام الجدّ يدلّ على أن تصرفه[١٠] انظر لبنيه من تصرف أبيه. فإن لم يوصِ الأبُ، فالجدّ بمنزلة الأب؛ لأنه أقرب الناس إليه، وأشفقهم عليه حتى ملك الإنكاح دون الوصى غير أنه يقدم عليه وصى الأب فى التصرف؛ لما بيناه[١١].

---

(١٥) الوصى.

(١) لا خلاف فى هذه المسألة، وإنما خص ذكرهما فى "الجامع الصغير". (من)

(٢) يعنى أن وصيه يملك بيع العروض، ولا يملك بيع العقار. (عن)

(٣) قوله: "وهذا الجواب فى تركة هؤلاء" وقيد به؛ لأن الوصى كالموصى وهم لا يملكون إلا الحفظ، فكذا وصيهم، فإن كان للصغير مال، لا من تركتهم لا يملك وصيهم حفظه؛ لأن ولاية الحفظ مقصورة على تركة الموصى. (ك)
قوله: "فى تركة هؤلاء" يعنى الأخ والأم والعم، وإنما قيد بتركة هؤلاء؛ لأن وصى هؤلاء فيما ترك الأب ليس كوصى الأب فى الكبير الغائب، فإن وصى الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار، والمنقول فى ذلك سواء؛ لأنه قائم مقام الأم، فإنها فى حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير، فكذلك وصيها، وأما ما ورثه الصغير من الأم، فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار؛ لأن له ولاية الحفظ، وبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على التركة دين أو وصية، أما إذا كان، فإن كان مستغرقًا، فله بيع الكل، ودخل بيع العقار تحت ولايته؛ لأن بيع العقار طريق قضاء الدين، وقضاء الدين دخل تحت ولايته، وإن لم يكن مستغرقًا بيع بقدر الدين، وأما بيع الزيادة على قدر الدين، فعلى الاختلاف المار، وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصى الأخ والعم؛ لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير فى المال كذلك لا ولاية للأخ، والعم عليه. (عناية)

(٤) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٥) أى وصى الأب.

(٦) الوصى.

(٧) الوصى.

(٨) الجد.

(٩) يقدم على الجد.

(١٠) الوصى.

فصل في الشهادة[١]

قال[٢]: وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما، فالشهادة باطلة[٣]؛ لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معينًا لأنفسهما.

قال[٤]: إلا أن يدعيها[٥] المشهود له، وهذا[٦] استحسان، وهو في القياس[٧] كالأوّل؛ لما بينا من التهمة.

وجه الاستحسان أن للقاضي[٨] ولاية نصب الوصي ابتداء، أو ضمّ آخر إليهما برضاءه بدون شهادتهما، فتسقط بشهادتهما مؤُنة[٩] التعيين عنه[١٠]، أما الوصاية تثبت بنصب القاضي.

قال[١١]: وكذلك[١٢] الابنان، معناه إذا شهدا[١٣] أن الميت أوصى إلى رجل، وهو[١٤] ينكر؛ لأنهما[١٥] يجرّان إلى أنفسهما نفعًا بنصب حافظٍ للتركة.

---

(١١) إشارة إلى قوله: إن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه. (عن)

(١) قوله: "فصل في الشهادة" إنما أخر ذكر الشهادة في الوصية؛ لكونها عارضية فيها غير أصلية؛ لأن الأصل عدم العارض. (عن)

(٢) في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) أي أنكر فلان الوصاية.

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) الوصاية.

(٦) أي قبول الشهادة عند دعوى المشهود له الوصاية. (ك)

(٧) قوله: "وهو في القياس إلخ" أي قبول شهادتهما لآخر أنه وصي معهما إذا ادعى المشهود له، وذلك استحسان، وفي القياس لا تقبل الشهادة، كما إذا أنكر المشهود له ذلك، وهذا معنى قوله: كالأول. (غن)

(٨) قوله: "أن للقاضي إلخ" فإن قيل: إذا كان للميت وصيّان، فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيًا آخر، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة، فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت الشبهة فيه، قلنا: القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الوصيين، والموصى لهما والوارثان متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث، فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمه وصي، وهناك تقبل الشهادة، فكذا ههنا. (كفاية)

(٩) مشقة.

(١٠) أي عن القاضي.

(١١) أي محمد. (عيني)

(١٢) قوله: "وكذلك [أي باطلة]" معطوف على المستثنى منه، وهو قوله: فالشهادة باطلة. (عناية)

(١٣) أي الابنان.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) ابنين.

ولو شهدا يعني الوصيين لوارثٍ صغيرٍ بشيء من مال الميت، أو غيره[١]، فشهادتهما باطلة؛ لأنهما يُظهِران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به[٢].

قال[٣]: وإن شهدا لوارثٍ كبير في مال الميت لم يجز، وإن كان في غير مال الميت جاز، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: إن شهدا لوارثٍ كبير تجوز[٤] في الوجهين؛ لأنه لا يثبت[٥] لهما ولايةُ التصرف في التركة، إذا كانت الورثة كبارًا، فعريت[٦] عن التهمة.

وله أنه يثبت، لهما ولاية الحفظ[٧]، وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث، فتحققت التهمة.

بخلاف شهادتهما[٨] في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه؛ لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته، لا في غيرها[٩].

قال[١٠]: وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم، وشهد الآخران[١١] للأولين[١٢] بمثل ذلك جازت شهادتهما، وإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم[١٣] لم تجز، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو

---

(١) أي غير مال الميت.

(٢) قوله: "لأنهما يُظهِران إلخ" أي أنهما شهدا لأنفسهما بحق التصرف، فبطلت الشهادة، كما أن الرجلين يشهدان أن لنا، ولهذا المدعى على هذا ألف درهم، فالشهادة باطلة؛ لأن شهادة المتهم لا يقبل، وشهادة الخصم لا يقبل، فكذلك ههنا. (عن)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) قوله: "تجوز" أي تجوز شهادة الوصيين لوارث كبير في مال الميت، وفي غير مال الميت. (عن)

(٥) بهذه الشهادة.

(٦) الشهادة.

(٧) لأن حفظ مال الميت إليهما في حق الكبير إذا غاب. (عن)

(٨) قوله: "بخلاف شهادتهما [الوصيين] إلخ" لأن الوصي إنما صار خصمًا بقبول الوصاية فيما هو من جملة الميراث، وأما فيما هو للوارث الكبير على الأجنبي، لا بطريق الإرث هو كأجنبي آخر. (ك)

(٩) أي لا في غير تركته.

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) المشهود لهما.

(١٢) الشاهدين.

(١٣) مرسلة.

يوسف: لا تقبل[١] فى الدين أيضًا.

وأبو حنيفة فيما ذكر الخصّاف[٢] مع أبى يوسف[٣]، وعن أبى يوسف مثل[٤] قول محمد. وجه القبول أن الدين[٥] يجب فى الذمة[٦]، وهى قابلة لحقوق شتى، فلا شركة[٧]، ولهذا لو تبرّع أجنبى بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حقُّ المشاركة.

وجه الرد[٨] أن الدين بالموت يتعلّق بالتركة[٩]؛ إذ الذمة خربت بالموت، ولهذا لو استوفى أحدهما[١٠] حقَّه من التركة يشاركه الآخر فيه، فكانت الشهادة مثبتةً حق الشركة[١١]، فتحقّقت التهمة[١٢].

بخلاف حال حياة المديون؛ لأنه فى الذمة لبقاءها[١٣]، لا فى المال، فلا يتحقق الشركة.

---

(١) الشهادة.

(٢) فى آداب القاضى. (غن)

(٣) قوله: "مع أبى يوسف [يعنى لا تقبل شهادة عند أبى حنيفة فى الدين أيضًا، كما قال أبو يوسف]" أى لا يجوز شهادة كل فريق من الشاهدين فى حق الآخر، لا فى حق الدين، ولا فى الوصية بألف درهم.

وقوله: وعن أبى يوسف مثل قول محمد أى تجوز شهادة كل فريق من الشاهدين فى حق الآخر فى حق الدين، ولا يجوز فى حق الوصية بألف درهم، فصار عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان، وعن أبى يوسف كذلك، وعن محمد رواية واحدة. (ك)

(٤) قوله: "مثل" يعنى لا تقبل الشهادة عند أبى حنيفة فى الدين أيضًا، كما قال أبو يوسف (عن)

(٥) قوله: "أن الدين" فكل فريق إنما يشهد للفريق الآخر بالدين فى ذمة الميت، ولو شهدا بذلك فى حياته كانت الشهادة مقبولة، فكذا إذا شهدا به بعد موته، وهذا لأن الدين بالموت لا يتحول من الذمة إلى التركة، ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط شىء من الدين. (عن)

(٦) قوله: "يجب فى الذمة إلخ" بخلاف الوصية؛ لأن الحق بالوصية لا يثبت فى الذمة، وإنما يثبت فى العين، فصار المال مشتركا بينهم. (عن)

(٧) فوقعت الشهادة لغير الشاهد. (عن)

(٨) أى رد الشهادة.

(٩) فصار بمنزلة الوصايا المشتركة. (عن)

(١٠) فريقين.

(١١) قوله: "مثبتة إلخ" فشهادة كل فريق يلاقى محلا مشتركا، فهو نظير مسألة الوصية بالثلث، وهذا لأن المقصود من إثبات الدين بعد الموت الاستيفاء من التركة، وباعتبار المقصود يتحقق الشركة بينهم فيه. (عن)

(١٢) قوله: "فتحققت التهمة" لا يقال: إن لهما فى هذه الشهادة مضرة، وهو أن لا تسع التركة حق الفريقين، فينتقص حقهما بالشركة؛ لأنا نقول: هذا توهم عسى يتحقق، وعسى لا يتحقق، ومنفعة ثبوت حق المشاركة فيما يستوفيه الآخر متحققة، فيرد الشهادة لهذا. (ك)

(١٣) ذمة.

قال[١] : ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته، وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق؛ لأنه لا شركة[٢]، فلا تهمة[٣]. ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله، وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله، فالشهادة باطلة[٤]. وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بالعبد، وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله، فهي باطلة؛ لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة[٥] للشركة.

كتاب الخنثى[٦]

فصل في بيانه[٧]

قال[٨] : وإذا كان[٩] للمولود فرج وذكر، فهو خنثى، فإن كان يبول من الذكر، فهو غلام، وإن كان يبول من الفرج، فهو أنثى؛ لأن النبي عليه السلام سئل عنه[١٠] كيف يورث، فقال*: «من حيث يبول»[١١]، وعن علي رضي الله عنه مثله[١٢]**، ولأن البول من أيّ عضو كان، فهو دلالة على أنه هو العضو

---

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) في المشهود به.

(٣) قوله: "لأنه لا شركة إلخ" لأن كل واحد من الفريقين يثبت الحق للمشهود لهما في محل لا شركة لهما في ذلك المحل. (عن) اللهم اغفر لكاتبه، ولمن سعى فيه والديهم أجمعين آمين ثم آمين يا ربّ العالمين

(٤) قوله: "فالشهادة باطلة" وهذا لأن الثلث مشترك بين الموصى لهم، فشهادة كل فريق، لاقت محلا مشتركًا بين المشهود له والشاهد. (عن)

قوله: "باطلة" لأنهما أوجبا شركة لأنفسهما فيما شهدا به للآخرين، وكذلك أي شهدا للآخرين بألف مرسلة أيضًا. (ك)

(٥) لأنهم يشتركون في ثلث العبد. (غن)

(٦) قوله: "كتاب الخنثى" أخر كتاب الخنثى لوقوع الخنثى نادرًا؛ لأن الأصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة، أما آلة المرأة، واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة، لكن قد يقع ذلك، فيحتاج إلى بيان حكمه، فلأجل هذا أخره عن سائر الكتب.

(٧) قوله: "فصل في بيانه [أي بيان الخنثى. عن]" فإن قيل: الفصل إنما يذكر لقطع شيء من آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما، وههنا لم يتقدم شيء، فما وجه ذكر الفصل؟

قلت: كلامه في قوة أن يقال: هذا الكتاب فيه فصلان، فصل في بيان الخنثى، وفصل في أحكامه. (ع)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (عن)

(٩) الظاهر أن الواو الواقع في أول الكلام للاستئناف. (عناية)

(١٠) أي عن مولود له قبل وذكر. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٧، والدراية ج٢ ص٢٩٥، الحديث ١٠٦٢. (نعيم)

(١١) رواه ابن عدي في "الكامل" عن ابن عباس. (ت)

(١٢) قلت: رواه عبد الرزاق في "مصنفه" في الفرائض. (ت)

الأصلي الصحيح[(١)]، والآخر بمنزلة العيب، وإن بال منهما، فالحكم للأسبق[(٢)]؛ لأن ذلك دلالة أخرى[(٣)] على أنه هو العضو الأصلي.

وإن كانا في السبق على السواء، فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة، وقالا: ينسب إلى أكثرهما بولا؛ لأنه[(٤)] علامة قوة ذلك العضو، وكونه عضوا أصليا، ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع، فيترجح بالكثرة. وله أن كثرة الخروج ليس تدل على القوة؛ لأنه قد يكون[(٥)] للاتساع[(٦)] في أحدهما، وضيقٍ في الآخر، وإن كان يخرج منها[(٧)] على السواء، فهو مشكل بالاتفاق؛ لأنه لا مرجح.

قال[(٨)]: وإذا بلغ الخنثى، وخرجت لحيته، أو وصل إلى النساء، فهو رجل، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل، أو كان له ثدي مستو؛ لأنّ هذه من علامات الذُكران[(٩)]. ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة، أو نزل له لبن في ثديه، أو حاض، أو حبل، أو أمكن الوصول إليه من الفرج، فهو امرأة؛ لأن هذه من علامات النساء، وإن لم يظهر[(١٠)] إحدى هذه العلامات، فهو خنثى مشكل، وكذا إذا تعارضت هذه المعالم[(١١)].

** راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٧، والدراية ج٢ ص٢٩٥ تحت الحديث ١٠٦٢. (نعيم)

(١) قوله: "على أنه هو العضو إلخ" وذلك لأن ما يقع به الفصل بين الذكر والأنثى عند الولادة الآلة، وذلك في الآدمي، وفي سائر الحيوانات، وعند انفصال الولد من الأم منفعة تلك الآلة خروج البول منها، وما سواه من المنافع يحدث بعد ذلك، فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالا، فإذا كان يبول من مبال الرجل عرفنا أن الآلة هذه، والآخر زيادة بمنزلة الخرق في البدن، وإن كان يبول من مبال النساء عرفنا أن الآلة هذه، وإن الآخر بمنزلة ثؤلول في البدن. (ك)

(٢) قوله: "فالحكم للأسبق" لأن السبق من أسباب الترجيح، فدل السبق على أنه هو المجرى الأصلي، وخروجه بعد ذلك من موضع آخر انصراف عن المجرى لعلة، أو عارض، فلا يلتفت إليه. (عن)

(٣) قوله: "دلالة أخرى" والفقه فيه أنه حين وجد الأول لم يكن له معارض، فأخذ اسم المبال قبل أن يأخذ الآخر ذلك الاسم، والثاني يعارضه الأول حين وجوده، فترجح السابق. (ع)

(٤) أي كثرة البول.

(٥) الكثرة.

(٦) فإن مخرج بول النساء أوسع من مخرج بول الرجال. (عن)

(٧) قوله: "وإن كان إلخ" أي إذا كان بوله في الخروج، والكثرة على السواء، كان مشكلا بالاتفاق، وفي "شرح الطحاوي": وقال أبو يوسف ومحمد: يعتبر الأكثر منهما، فإن استويا في الكثرة، قالوا جميعًا: لا علم لنا به. (ك)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (عن)

(٩) قوله: "لأن هذه من علامات الذُكران [جمع ذكر محركة: مرد خلاف زن]" وقوله في ذلك: مقبول؛ لأنه أمر في باطنه لا يعلمه غيره، وقول الإنسان: مقبول فيما يخبر عما في باطنه عما لا يعلمه غيره. (عن)

(١٠) بعد البلوغ. (غن)

(١١) بأن ظهر فيه علامة الرجل وعلامة المرأة. (ك)

فصل فى أحكامه[(١)]

قال رضى الله عنه: الأصلُ فى الخنثى[(٢)] المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق فى أمور الدين، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك فى ثبوته.

قال[(٣)]: وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء[(٤)]؛ لاحتمال أنه امرأة، فلا يتخلل الرجال كى لا تفسد صلاتهم، ولا النساء[(٥)] لاحتمال أنه رجل، فيفسد صلاته.

فإن قام فى صف النساء، فأحبّ إليّ أن يعيد صلاته[(٦)]؛ لاحتمال أنه رجل، وإن قام فى صف الرجال، فصلاته تامة، ويُعيد الذى عن يمينه[(٧)]، وعن يساره، والذى خلف بحذاءه صلاتهم احتياطًا؛ لاحتمال أنه امرأة.

---

(١) قوله: "فصل فى أحكامه" لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل؛ لأن غير المشكل: إما أن يكون رجلا أو امرأة، وحكم كل واحد منها معلوم، ذكر فى هذا الفصل أحكامه، فقال: الأصل فى الخنثى المشكل، ولم يقل: المشكلة؛ لأنه لم يعلم تذكيره وتأنيثه، والأصل هو الذكر؛ لأن حواء خلقت من ضلع آدم. (ع)

قوله: "فى أحكامه" أى أحكام الخنثى المشكل، وهو الذى لم يظهر فيه إحدى علامات، أو تعارضت العلامات، تذكير الضمير الراجع إلى الخنثى لتغليب الذكر على الأنثى؛ لأن فيه جهة الذكورة وجهة الأنوثة. (غن)

(٢) قوله: "فى الخنثى" فإن قلت: يستنبط من قوله تعالى: ﴿يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور﴾ إن الله تعالى قسم الحيوانات على هذين القسمين، فمن أين الخنثى المشكل، قلت: الخنثى المشكل ليس بذكر، ولا أنثى عندنا، وأما عند الله تعالى فهو داخل فى أحدهما، قال الإمام الرازى فى تفسيره فى تفسير سورة والليل: التقسيم بالذكر والأنثى يشمل جميع ذوى الأرواح الذين هم أشرف المخلوقات، وأما الخنثى، فهو بنفسه لابد أن يكون إما ذكرًا أو أنثى، بدليل أنه لو حلف بالطلاق أنه لم يلقَ فى هذا اليوم لا ذكر، أو لا أنثى، وكان قد بقى خنثى، فإنه يحنث فى يمينه، انتهى كلامه، وقال الجلال المحلى فى تفسيره: الخنثى المشكل عندنا ذكر أو أنثى عند الله، فيحنث بتكليمه من حلف لا يكلم ذكرًا، ولا أنثى، وفى حواشى سليمان الجمل عليه؛ لأن الله لم يخلق من ذى الأرواح إلا ذكرًا أو أنثى، والخنثى إنما هو مشكل عندنا خلافًا لأبى الفضل الهمدانى فى ما حكاه وجها أنه ثالث النوعين. (مولوى محمد عبد الحى دام فيضه)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٤) أى خلف صف الرجال، وأمام صف النساء. (عن)

(٥) أى لا يتخلل النساء.

(٦) قوله: "فأحب إلخ" إنما قال: استحباب إعادة الصلاة دون الوجوب؛ لأن المسقط، وهو الأداء معلوم، والمفسد ومحاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم، فللتوهم أحب له أن يعيد الصلاة، كذا فى "المبسوط" وذكر فى "الذخيرة"، فإن قام فى صف النساء، فصلى، قال: أحب إلى أن يعيد صلاته؛ لأنه صبى أو صبية، فإن كانت صبية يجزئها صلاتها، ويحتمل أن يكون صبيا، فيفسد صلاته، فيؤمر بالإعادة تخلقًا واحتياطًا، فإن لم يعد، فلا شيء عليه إن كان مراهقًا، وإن كان بالغًا، وكان مشكلا حاله يلزمه الإعادة حتما، وإيجابًا؛ لأنه ذكر أو أنثى، فإن كان أنثى لا تلزمها الإعادة، وإن كان ذكرًا كان عليه الإعادة، فيجب عليه الإعادة احتياطًا. (ك)

(٧) قوله: "ويعيد الذى إلخ" وفى "المبسوط": والمراد بالإعادة الإعادة على طريق الاستحباب؛ لما بينا أن محاذاة المرأة الرجل فى حقهم موهوم، ومبنى العبادة على الاحتياط، فيستحب لهم أن يعيدوا صلاتهم لهذا. (ك)

قال[١] : وأحب إلينا[٢] أن يصلي بقناع[٣] ؛ لأنه يحتمل أنه امرأة[٤] ، ويجلس في صلاته جلوسَ المرأة ؛ لأنه إن كان رجلا ، فقد ترك سنة ، وهو جائز في الجملة ، وإن كان امرأة ، فقد ارتكب مكروهًا ؛ لأن الستر على النساء واجب ما أمكن.

وإن صلى بغير قناع إمرته أن يعيد ؛ لاحتمال أنه امرأة ، وهو على الاستحباب[٥] ، وإن لم يعد أجزأه. وتُبتاع[٦] له أمة تختنه إن كان له مال ؛ لأنه يباح لمملوكته[٧] النظرُ إليه ، رجلا كان أو امرأة ، ويكره أن يختنه رجلٌ ؛ لأنه عساه أنثى ، أو تختنه امرأةٌ ؛ لأنه لعله رجل ، فكان الاحتياط فيما قلنا.

وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمةً من بيت المال ؛ لأنه أعد لنوائب[٨] المسلمين ، فإذا ختنته باعها ورَد ثمنها في بيت المال ؛ لوقوع الاستغناء عنها .

ويكره له في حياته[٩] لبس الحليّ والحرير ، وأن يتكشف قدّام الرجال[١٠] ، أو

(١) قوله: "قال إلخ" لفظ "قال" لم يقع في موقعه؛ لأنه إنما يقول: بلفظ "قال" إذا كانت المسألة مذكورة في البداية مسنداً للفعل إما إلى محمد، وإما إلى القدوري، وهذه لم يذكر في "البداية"، وإنما هي من مسائل "الأصل". (غن)

(٢) يعني إذا كان مراهقًا، وأما إذا بلغ بالسن، فذلك واجب.

(٣) قوله: "بقناع" قناع -بالكسر- پرده پوشش كه بر بالاى مقنعه باشد، كذا في "المنتخب"، ومقنعه -بكسر الدال- بر سر افگندن زنان، كذا في "منتهى الأرب"، وفي "مؤيد الفضلاء": قناع -بالكسر- شامه بزرگ أى دامنى.

(٤) فتؤمر بالتقنع في صلاتها، وإن كان رجلا، فالتقنع لا يمنع جواز صلاته. (عن)

(٥) قوله: "وهو على الاستحباب" أي الأمر بإعادة الصلاة إذا صلى بغير قناع على الاستحباب؛ لأن الفساد موهوم، والمسقط، وهو الأداء معلوم. (ك)

قوله: "الاستحباب [لأن فساد الصلاة بلا قناع موهوم، فللتوهم استحب له أن يعيد الصلاة. عن]" يعني إذا كان غير بالغ، وأما إذا بلغ بالسن، ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء، فالإعادة واجبة. (ع)

(٦) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (غن)

(٧) قوله: "لأنه يباح إلخ" هذا التعليل وإن كان صحيحاً في حق الرجل، فاسد في حق المرأة؛ لأن الأمة في النظر إلى سيدتها كالأجنبيات، والأولى في التعليل ما ذكر في "الذخيرة" لأنه متى اشترى الولي جارية للخنثى ، فإنه يملكها الخنثى، ثم إن كان الخنثى ذكراً، فهذا نظراً لمملوكة إلى مالكها، وإن كان الخنثى أنثى، فإنه نظراً لجنس إلى الجنس، وإنه مباح حالة العذر. (ك)

(٨) حوائج.

(٩) قوله: "ويكره له [ذكره على سبيل التفريع، وهي من مسائل "الأصل". عن] إلخ" وقوله: في حياته لا يفيد زيادة فائدة؛ لأن الحياة تستفاد من ذكر اللبس، ومن ذكر اختصاص الكراهة، وبعد الموت الإلباس، والكراهة للملبس إلا أنه اتبع لفظ "المبسوط"، وإنما وقع في لفظ "المبسوط" ذلك، وذلك لأن لبس الحلي والحرير لا يحل للرجال، ويباح للمرأة، فكان الاحتياط في ترك لبسه كي لا يكون واقعاً في الحرام إن كان رجلا. (ك)

(١٠) قوله: "وأن ينكشف قدام الرجال [ذكرها على سبيل التفريع أصلا. غن]" لاحتمال أنه امرأة، أو قدام النساء لاحتمال أنه رجل، وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه، لا كنظر الرجل إلى الرجل؛ لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء، فإنه ليس المراد من التكشف إبداء

قدّام النساء، وأن يخلو به(١) غير محرم من رجل، أو امرأة، أو يسافر من غير محرم(٢) من الرجال توقّيًا(٣) عن احتمال المحرّم.

وإن أحرم(٤) وقد راهق قال أبو يوسف: لا علم لي في لباسه؛ لأنه إن كان ذكرًا يكره له لبس المخيط، وإن كان أنثى يكره له تركه(٥). وقال محمد: يلبس لباس المرأة؛ لأن ترك لبس المخيط وهي(٦) امرأة أفحش من لبسه(٧) وهو(٨) رجل، ولا شيء عليه؛ لأنه لم يبلغ، ومن حلف(٩) بطلاق، أو عتاق، إن كان أوّلُ ولد تلدينه(١٠) غلامًا، فولدت خنثى لم يقع(١١) حتى يستبين أمر الخنثى؛ لأن الحنث لا يثبت بالشك(١٢). ولو قال: كل عبدٍ لي حرّ، أو قال: كل أمةٍ لي حرّة، وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره؛ لما قلنا(١٣). وإن قال القولين جميعًا(١٤): عتق(١٥)

العورة؛ لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضًا، ولكن المراد أن يكون فى إزار واحد، وفى نظر المرأة إلى المرأة روايتان. (ك)

(١) قوله: "وإن يخلو به [ذكرها على سبيل التفريع. عن] إلخ" وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان»، فإذا خلا الخنثى برجل، فمن الجائز أنه امرأة، فيكون هذا خلوة رجل بامرأة أجنبية، وإن خلا بامرأة، فمن الجائز أنه ذكر خلا بأجنبية، والمراهقة فى المنع من هذه الخلوة كالبالغة؛ لأن المنع لخوف الفتنة. (عن)

(٢) قوله: "أو يسافر[ثلاثة أيام فصاعدا. عن] إلخ" قيد بقوله: من الرجال؛ لأنه يكره أن يسافر معه امرأة، محرما كان أو غير محرم؛ لأنه من الجائز أنه أنثى، فيكون هذا مسافرة امرأتين بغير محرم لهما، وذلك حرام. (كفاية)

(٣) توقّي: پرهيز كردن وخود را نگاه داشتن از چيزى.

(٤) ذكرها على سبيل التفريع، وهى من مسائل "الأصل". (عن)

(٥) قوله: "يكره له إلخ" فإن المرأة فى إحرامها يلزمها لبس المخيط، ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الإزار والرداء، فلما استوى الجانبان لا يمكن ترجيح أحدهما بغير حجة، فتوقف فيه، وقال: لا علم لى به. (كفاية)

(٦) الواو حالية.

(٧) قوله: "أفحش إلخ" لأن لبس المخيط للرجل فى إحرامه جائز عند العذر، واشتباه أمره من أبلغ الأعذار، وأما ترك الستر للمرأة، فغير جائز فى حال من الأحوال، ولبس المخيط أقرب إلى الستر، ومبنى حال المرأة على الستر، كما فى غير حالة الإحرام. (كفاية)

(٨) الواو حالية.

(٩) ذكرها على سبيل التفريع.

(١٠) الخطاب إلى الزوجة أو إلى الأمة.

(١١) أى الطلاق، أو العتاق.

(١٢) قوله: "لأن الحنث إلخ" وذلك لأن المعلق بالشرط لا ينزل ما لم يوجد الشرط حقيقة، ومع الإشكال لا يتيقن بوجود الشرط، وهذا نظير ما لو قال: إن لم أدخل دار فلان، فعبده حر، ثم مات، ولم يعلم أدخل، أو لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى، فكذلك ههنا. (عن)

(١٣) يعنى أن الحنث لا يثبت بالشك.

(١٤) قوله: "وإن قال القولين إلخ" يعنى إذا قال: كل عبد لى حر، وكل أمة لى حرة، يعتق المملوك الخنثى؛ لأنه إما

للتيقن بأحد الوصفين؛ لأنه ليس بمهمل[١]، وإن قال الخنثى[٢]: أنا رجل، أو امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلا؛ لأنه دعوى يخالف قضية الدليل[٣].

وإن لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله[٤]؛ لأنه أعلم[٥] بحاله من غيره، وإن مات[٦] قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل[٧]، ولا امرأة؛ لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء[٨]، فيتوقى لاحتمال الحرمة، ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل[٩]. ولا يحضر إن كان مراهقًا غسل رجل، ولا امرأة لاحتمال أنه ذكر، أو أنثى، وإن سجّي[١٠] قبره، فهو أحب؛ لأنه إن كان أنثى نقيم واجبًا، وإن كان ذكرًا، فالتسجية لا تضره[١١]. وإذا مات[١٢]، فصلي عليه، وعلى رجل وامرأة وُضع الرجل[١٣] مما يلي الإمام، والخنثى خلفه. والمرأة خلف الخنثى، فيؤخر عن الرجل؛ لاحتمال أنه امرأة،

أن يكون ذكرًا في الواقع، أو أنثى، فأيًا ما كان يعتق بأحد اليمينين. (عن)

(١٥) المملوك الخنثى.

(١) أي ليس في الواقع خاليًا عن أحد الأمرين. (ع)

(٢) ذكره على سبيل التفريع.

(٣) لأن الدليل يقتضي بقاء الإشكال. (ع)

(٤) قوله: "ينبغي [أي إن لم يظهر تعارض العلامات. ك] إلخ" إنما قال: بلفظ ينبغي؛ لأن حكمه غير مذكور، فلم يتيقن به. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه أعلم إلخ" فالإنسان أمين في حقه نفسه، والقول قول الأمين ما لم يعرف خلاف ما قال. (ك)

(٦) ذكره على سبيل التفريع. (عن)

(٧) قوله: "لم يغسله إلخ" لا يقال: كيف لا يشترى جارية تغسله، كما تشترى لختانه جارية؛ لأنا نقول: لا فائدة في شراء الجارية بعد الموت؛ لأنها لا تدخل في ملكه؛ لأن الموت ينافي المالكية، فتبقى الجارية المشتراة أجنبية عنه، بخلاف الجارية المشتراة في حالة الحياة؛ لأنها تدخل في ملكه، فحصل الفرق. (عن)

(٨) قوله: "غير ثابت إلخ" أي غسل الرجل المرأة، وغسل المرأة الرجل غير ثابت، وذلك لأن النظر إلى العورة حرام، وبالموت لا ينكشف هذه الحرمة، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف، ولأجل الضرورة أبيح النظر للجنس عند الغسل، والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته، فإذا كان مشكلا لا يوجد له جنس؛ إذ لا يعرف جنسه أنه من جنس الرجال أو النساء، فيتعذر غسله لانعدام من يغسله، وهو نظير امرأة تموت بين الرجال، ليس معهم امرأة، فإنها تيمم بالصعيد. (ك)

(٩) قوله: "ويتيمم بالصعيد إلخ" مع الخرقة إن تيمم الأجنبي، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت، وينظر المتيمم على وجهه، ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة. (ع)

(١٠) تسجية: پوشيدن عام.

(١١) قوله: "لا تضره" لأنه لا بأس بأن يسجى قبره عند العذر كالحر والبرد والمطر، واشتباه حاله أبلغ من ذلك. (عن)

(١٢) ذكره تفريعًا أيضًا. (عن)

(١٣) قوله: "وضع إلخ" وإنما يفعل كذلك اعتبارًا بحالة الحياة؛ لأنه يقوم في الصلاة بين صف الرجال والنساء، فكذلك في الممات. (غاية البيان)

ويقدم على المرأة؛ لاحتمال أنه رجل.

ولو دفن[١] مع رجل في قبر واحد من عذر، جعل الخنثى[٢] خلف الرجل؛ لاحتمال أنه امرأة، ويُجعل بينهما حاجزٌ من صعيد[٣]، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى؛ لاحتمال أنه رجل. وإن كان يجعل[٤] على السرير نَعشُ المرأة[٥]، فهو أحب إليّ؛ لاحتمال أنه عورة[٦]. ويكفّن[٧] كما تكفّن الجارية، وهو أحبّ إليّ يعني يكفّن في خمسة أثواب؛ لأنه إذا كان أنثى، فقد أقيمت سنة، وإن كان ذكرًا، فقد زادوا على الثلاث، ولا بأس بذلك[٨].

ولو مات أبوه، وخلف ابنا، فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثًا للابن سهمان، وللخنثى سهم، وهو أنثى[٩] عنده[١٠] في الميراث إلا أن يتبيّن[١١] غير ذلك[١٢]. وقالا[١٣]: للخنثى نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى، وهو قول الشعبي، واختلفوا في قياس قوله[١٤].

---

(١) ذكره أيضًا تفريعًا. (عن)

(٢) قوله: "جعل إلخ" يعني يقدم الرجال إلى جانب القبلة؛ لأن جهتها أشرف، فالرجل بالتقريب إليه أولى، وقد جاء في الحديث أنه عليه السلام أمر بتقديم أكثرهم أخذا للقرآن إلى جانب القبلة. (ع)

(٣) ليصير ذلك في حكم قبرين.

(٤) ذكره تفريعًا. (عن)

(٥) قوله: "نعش المرأة" النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة، إذا وضعت على الجنازة، وقد تقدم في الصلاة في حديث فاطمة رضي الله عنها سجّي قبرها بثوب، ونعش على جنازتها أي اتخذ لها نعش. (مغرب)

(٦) عورة -بالفتح- هر چه از نمردن وديدن آن شرم آيد. (من)

(٧) ذكرت على سبيل التفريع. (عن)

(٨) قوله: "ولا بأس بذلك" لأن عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة، فالزيادة على الثلاث في الكفن للرجل لا يضره، كما في حال الحياة؛ فإن للرجل أن يلبس حال حياته الزيادة على الثلاث، وأما إذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاث ترك السنة، فإن السنة في كفن المرأة أن تكون خمسة أثواب، فكان أحوط الوجهين ما ذكرنا. (ك)

(٩) وعليه الفتوى. (ك)

(١٠) إمام أعظم.

(١١) قوله: "إلا أن يتبين إلخ" استثناء من قوله: وهو أنثى عنده في الميراث يعني أن الخنثى يعتبر أنثى في الميراث عند أبي حنيفةرحمه الله إلا إذا تبين غير كونه أنثى، بأن يظهر فيه إحدى علامات المذكورة بلا تعارض، فحينئذ يعتبر ذكرًا. (عن)

(١٢) أي غير كونه أنثى، وهو كونه ابنا. (ك)

(١٣) قوله: "وقالا: للخنثى إلخ" هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب؛ لأن محمد مع أبي حنيفة في عامة الروايات، ويحتمل أن يراد أنهما، قالا: على قياس قول الشعبي: للخنثى نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى. (ك)

(١٤) قوله: "واختلفوا إلخ" ثم التفاوت بين تخريجهما أن على تخريج قول أبي يوسف ما كان يصيب الخنثى أكثر مما يصيبه على قول محمد، فإن ثلاثة من سبعة أكثر من خمسة من اثنى عشر؛ لأنا لو زدنا نصف سبع على ثلاثة أسباع

قال محمد: المال بينهما على اثنى عشر سهمًا للابن سبعة، وللخنثى خمسة.

وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة للابن أربعة، وللخنثى ثلاثة؛ لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد(١)، والخنثى ثلاثة الأرباع(٢)، فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقّيهما هذا(٣) يضرب(٤) بثلاثة، وذلك(٥) يضرب بأربعة، فيكون سبعة. ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما(٦) نصفين، وإن كان أنثى يكون(٧) المال بينهما أثلاثًا، احتجنا(٨) إلى حساب له نصف وثلث، وأقلّ ذلك ستة. ففى حالٍ المالُ يكون بينهما نصفين لكلّ واحد منهما ثلاثة، وفى حالٍ أثلاثًا للخنثى سهمان، وللابن أربعة، فسهمان للخنثى ثابتان بيقين، ووقع الشك فى السهم الزائد فينصّف، فيكون له سهمان ونصف فانكسر، فأضعف ليزول الكسر، فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة، وللابن سبعة.

ولأبى حنيفة أن الحاجة هنا إلى إثبات المال ابتداءً(٩)، والأقلّ وهو ميراث الأنثى متيقن به، وفيما زاد عليه شك، فأثبتنا المتيقن به قصرًا عليه؛ لأن المال لا يجب بالشك. وصار كما إذا كان الشك فى وجوب المال بسببٍ آخر، فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن به، كذا هذا إلا(١٠) أن يكون نصيبه(١١) الأقل لو قدرناه(١٢) ذكرا، فحينئذٍ

يصير نصف المال، والخمسة لا يصير نصف المال إلا بزيادة سهم من أثنى عشر، وهو نصف السدس أكثر من نصف السبع، فثبت أن ما قاله أبو يوسف: أنفع للخنثى. (كفاية)

(١) عن وارث آخر.

(٢) قوله: "والخنثى [يستحق] ثلاثة الأرباع" الخنثى فى حال ابن، وفى حال بنت، وللبنت فى الميراث نصف الابن، فيجعل له نصف كل الحال، فيكون له ثلاثة أرباع نصيب الابن، فيضرب مخرج الربع، وهو أربعه فى سهم، وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة، فللخنثى ثلاثة، وللابن أربعة. (ع)

(٣) أى الخنثى.

(٤) يأخذ.

(٥) أى الابن.

(٦) أى الخنثى والابن.

(٧) وللخنثى الثلث.

(٨) لأنه يكون له النصف والثلث.

(٩) قوله: "أن الحاجة هنا إلخ" لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة، والأنوثة فإنه ليس الكلام فى استحقاق أصل الميراث، فإن سببه القرابة، وهو معلوم، وإنما الكلام فى استحقاق المقدار، وسببه الذكورة والأنوثة؛ ولا شيء منهما بمتيقن فيه، وإثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع، فلا بد من البناء على المتيقن، والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن، فأوجبناه، كما إذا كان إثباته بطريق آخر، فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك إلا أن يقوم الدليل على الزائد، فإن من قال: لفلان على دراهم يحكم بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد؛ لكون الأول متيقنًا به دون الزائد. (ع)

(١٠) استثناء من قوله: وهو ميراث الأنثى. (عناية)

يعطى[١] نصيب الابن في تلك الصورة؛ لكونه متيقنا به، وهو أن يكون الورثة زوجًا[٢] وأمًا وأختًا لأب وأم هي خنثى، أو امرأة[٣] وأخوين لأم، وأختًا لأب وأم هي خنثى، فعندنا في الأولى للزوج النصف، وللأم الثلث، والباقي للخنثى، وفي الثانية للمرأة الربع، وللأخوين لأم الثلث، والباقي للخنثى؛ لأنه أقلّ النصيبين فيهما، والله أعلم بالصواب.

مسائل شتى[٤]

قال[٥]: وإذا قرئ على الأخرس كتابُ وصيته، فقيل له: أنشهد عليك بما في هذا الكتاب، فأومئ برأسه، أي نعم، أو كتب، فإذا جاء من ذلك[٦] ما يعرف أنه إقرار، فهو جائز، ولا يجوز ذلك في الذي يُعتَقَل لسانه[٧].

وقال الشافعي: يجوز في الوجهين[٨]؛ لأن المجوّز إنما هو العَجز، وقد شمل الفصلين، ولا فرق بين الأصلي[٩] والعارضي[١٠] كالوحشي والمتوحش من

---

(١١) خنثى.

(١٢) الخنثى.

(١) قوله: "فحينئذٍ إلخ" ولو ماتت امرأة، وتركت زوجا وأختا لأب وأم، وخنثى لأب، فللزوج النصف، وللأخت لأب وأم النصف، ولا شيء للخنثى؛ لأن أسوأ حاله أن يكون ذكرًا؛ لأنه لو جعل ذكرًا لا يصيبه شيء، ولو جعل أنثى لكان له سدس، وتعول المسألة، فيجعل ذكرًا. (ك)

(٢) قوله: "وهو أن يكون الورثة زوجا إلخ" فللزوج النصف، وللأم الثلث، فلو قدرنا الخنثى أنثى يكون لها النصف، فتعول المسألة إلى ثمانية، ولو قدرناه ذكرا يكون له الباقي من الستة، وهو السدس، فيعطى السدس؛ لأنه أقل من النصف. (عن)

(٣) قوله: "أو امرأة وأخوين إلخ" أصل المسألة من اثنى عشر، فللمرأة الربع، وللأخوين لأم الثلث، فلو قدرنا الخنثى ذكرًا، يكون له الباقي، وهو الخمسة، ولو قدرناه أنثى يكون لها النصف، وهو ستة، فتعول المسألة إلى ثلاثة عشر، فيعطى الخمسة؛ لأنها أقل من الستة. (غاية البيان)

(٤) قوله: "مسائل شتى" أو مسائل منفرقة هذا من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه. (ف)

(٥) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٦) قوله: "فإذا جاء من ذلك" أي إذا جاء من الإيماء والكتابة ما يعرف أنه إقرار، فهو يكون وصية، وإنما قيد بقوله: ما يعرف أنه إقرار؛ لأنه ما يجيء من الأخرس، ومعتقل اللسان على نوعين: أحدهما: ما يكون ذلك منه دلالة الإنكار، كما إذا حرك رأسه عرضًا مثلا.

والثاني: ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار، كما إذا حرك رأسه طولا، إذا كان ذلك معهودًا منه في نعم. (ك)

(٧) قوله: "يعتقل [اعتقال بند كردن كسى را. تاج المصادر] لسانه" على بناء المجهول يقال: اعتقل لسانه بضم التاء إذا احتبست عن الكلام، وقد يقدر عليه. (عناية)

(٨) أي في الأخرس، ومعتقل اللسان.

(٩) كما في الأخرس.

الأهلى[١] فى حق الذكاة.

والفرق[٢] لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومةً، وذلك فى الأخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد[٣] ذلك[٤]، وصارت له إشارات معلومة. قالوا: هو بمنزلة الأخرس، ولأن التفريط[٥] جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت، أما الأخرس، فلا تفريط منه، ولأن العارضى على شَرَف الزوال دون الأصلي، فلا ينقاسان، وفي الآبدة[٦] عرفناه بالنص.

قال[٧]: وإذا كان الأخرس يكتب كتابًا، أو يومئ إيماءً يعرف به، فإنه يجوز نكاحه، وطلاقه، وعتاقه، وبيعه، وشراءه، ويقتص له، ومنه ولا يحدّ[٨]، ولا يحدّ له. أما الكتابة، فلأنها ممن نأى[٩] بمنزلة الخطاب ممن دنا، ألا ترى أن النبى عليه السلام أدّى واجب التبليغ مرة بالعبارة، وتارةً بالكتابة إلى الغُيَّبِ*، والمُجوِّز

---

(١٠) كما فى معتقل اللسان.

(١) قوله: "كالوحشي والمتوحش من الأهلى" أى ما توحش من النعم، فذكاته العقر والجرح كالوحشى الأصلى، ولم يفصل بين الأصلى والعارضى، فكذا ههنا. (كفاية)

(٢) بين الأخرس ومعتقل اللسان.

(٣) قوله: "حتي لو امتد إلخ" وحد الامتداد سنة، كذا ذكره الإمام التمرتاشي، وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبى حنيفة أنه قال: إن دامت العقلة إلى وقت الموت، يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه؛ لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله، فكان كالأخرس، قالوا: وعليه الفتوى، كذا ذكره الإمام المحبوبى. (ك)

(٤) أى اعتقال اللسان.

(٥) قوله: "ولأن التفريط [تقصير] إلخ" أقول: لا يذهب عليك أن هذا التعليق يقتضى أن لا يجوز إشارة معتقل اللسان، ولو امتد اعتقاله؛ لأن تأخير الوصية قد جاء من قبله هناك أيضًا مع أنهم قالوا: إن هذا بمنزلة الأخرس فى الحكم، كما صرح به المصنف فيما قبل. (نت)

(٦) قوله: "وفي الآبدة [وحشى] إلخ" جواب عن قول الشافعي: كالوحشي والمتوحش الأهلي، وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيراً من أهل الصدقات ند، فرماه رجل بسهم وسمى فقتله، فقال عليه الصلاة والسلام: «إن لها أوابد كأوابد الوحش فإن فعلت شيئًا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه»، كذا ذكره فى صيد "المبسوط". (ك)

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير".

(٨) قوله: "ولا يحدّ [أى حد القذف خاصة إذا كان مقذوفًا]" أى حد كان فيتناول جميع الأنواع أى لا يحد الأخرس إذا كان قاذفًا بالإشارة، أو الكتابة، وكذا إذا أقر بالزنا، أو السرقة، أو الشرب؛ لأن المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح لا يستوجب العقوبة. (ك)

(٩) قوله: "فلأنها ممن نأى [أى بعد] إلخ" أقول: فيه شيء، فإن المدعى أن كتاب الأخرس حجة فيما سوى الحدود، وهذا الدليل يدل على أنه حجة فى الحدود أيضًا، فإنه إذا كان بمنزلة النطق فى حق الحاضر لم يكن حجة ضرورية، فينبغى أن يكون حجة فى الحدود أيضًا، كما كان النطق حجة فيها أيضًا. (نت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص٤١٧، والدراية ج٢ ص٢٩٥ تحت الحديث ١٠٦٢. (نعيم)

فى حق الغائب العجز، وهو فى الأخرس أظهر وألزم[١].

ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين[٢] مرسوم[٣]، وهو بمنزلة النطق فى الغائب، والحاضر على ما قالوا، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار، وأوراق الأشجار، وينوى[٤] فيه؛ لأنه بمنزلة[٥] صريح الكناية[٦]، فلا بد من النية، وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع، فلا يثبت به الحكم. وأما الإشارة، فجعلت حجة فى حق الأخرس فى حق هذه الأحكام[٧] للحاجة إلى ذلك؛ لأنها من حقوق العباد[٨]، ولا تختص بلفظ دون لفظ[٩]، وقد تثبت بدون اللفظ[١٠]. والقصاص حق العبد أيضًا، ولا حاجة إلى الحدود؛ لأنها حق الله تعالى، ولأنها تندرئ بالشبهات، ولعله[١١] كان مصدقا للقاذف، فلا يحد للشبهة، ولا يحد أيضًا بالإشارة فى القذف؛ لانعدام القذف صريحًا، وهو الشرط[١٢]. ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيانٍ فيه شبهة، ألا ترى

---

(١) قوله: "أظهر وألزم" وذلك لأن الظاهر من حال الغائب أنه يحضر، وأما الأخرس، فالظاهر من حاله أنه لا يزول خرسه، فلما قبل الكتابة من الغائب فى ثبوت الأحكام مع رجاء النطق بالحضور، فلأن تقبل فى حق الأخرس أولى. (ك)

(٢) قوله: "مستبين" احتراز عن غير المستبين، وهو الكتابة على الهواء والماء مرسوم أى معنون أى مصدر بالعنوان، وهو أن يكتب فى صدره من فلان إلى فلان. (ك)

(٣) أى معهود كالكتابة المعهودة فى زماننا على القراطيس.

(٤) أى يطلب منه النية، تنويه سپردن كارى بر نيت ديگرى. (من)

(٥) قوله: "لأنه بمنزلة إلخ" أى بمنزلة كناية قولية، أما لكتابة، فهي ليست بصريح الكناية، لأنها فعل، والكناية فى الحقيقة إنما يكون فى القول، وذكر الإمام التمرتاشى، وإذا كتب مستبينًا لكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار، أو على التراب، أو على الكاغذ، لاعلى وجه الرسم، كان لغوا؛ لأنه لا عرف فى إظهار الأمر بهذا، فلا يكون حجة إلا بالبينة والبيان. (ك)

(٦) أى الكناية القولية كقوله: أنت بائن وأمثاله. (عناية)

(٧) أى النكاح وغيره.

(٨) قوله: "لأنها [أى هذه الأحكام] من حقوق إلخ" أقول: لقائل أن يقول من هذه الأحكام: الطلاق على ما صرح به فى موضع المسألة، وهو من حقوق الله تعالى؛ لأن فيه تحريم الفرج، وهو حق الله تعالى، ولهذا لم يشترط الدعوى فى الشهادة عليه بالاتفاق، ولا بد فى كون الإشارة حجة من أن يكون الحكم فى حقوق العباد فقط، أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله كالقصاص، لا مما غلب فيه حق الله على حق العبد كحد القذف، وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع. (نت)

(٩) قوله: "ولا تختص إلخ" فإنه كما يثبت بالعربى يثبت بغيره. (عناية)

(١٠) قوله: "وقد تثبت بدون اللفظ [أى بفعل يدل على القول كالتعاطى]" كما فى بيع التعاطى، ونكاح الفضولى مع القدرة على التكلم، فلأن يثبت ههنا، والعجز متحقق أولى. (كفاية)

(١١) الأخرس.

(١٢) أى القذف صريحًا.

لو شهدوا بالوطئ الحرام، أو أقرّ بالوطئ الحرام لا يجب[١] الحد[٢].

ولو شهدوا بالقتل المطلق، أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وإن[٣] لم يوجد[٤] لفظ التعمد، وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية؛ لأنه شرع جابراً، فجاز[٥] أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد. أمّا الحدود الخالصة لله تعالى[٦] شرعت زواجر، وليس فيها معنى العوضية، فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة. وذكر فى كتاب الإقرار[٧] أن الكتاب من الغائب ليس بحجة فى قصاص يجب عليه، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك[٨]، فيكون فيهما[٩] روايتان. ويحتمل أن يكون[١٠] مفارقًا لذلك[١١]؛ لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب فى الجملة؛ لقيام أهلية النطق، ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة، ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرةٌ وإن[١٢] كان[١٣] قادراً على الكتابة.

بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة؛ لأنه حجة ضرورية، ولا ضرورة[١٤]؛ لأنه جمع ههنا بينهما[١٥]، فقال: أشار أو

---

(١) مع أن الوطئ الحرام مطلقًا إنما هو الزناء. (ك)

(٢) للشبهة.

(٣) الواو وصلية.

(٤) أى فى الشهادة والإقرار.

(٥) قوله: "فجاز أن يثبت إلخ" أقول: إنه مخالف لما صرح به فيما مر فى عدة مواضع من هذا الكتاب من أن القصاص أيضاً تندرئ بالشبهة، كما قد مر فى كتاب الشهادة، وكتاب الكفالة وكتاب الدعوى، فتأمل. (عبد الحليم)

(٦) قوله: "أمّا الحدود الخالصة إلخ" قيد الخالصة مخل هناك، فإن حد القذف غير خالص لله تعالى، بل فيه حق الله تعالى، وحق العبد كما صرحوا مع أنه أيضاً زاجر لا يثبت بالشبهة لا يكون إشارة الأخرس حجة فيه أيضاً، كما صرح به فيما مر، فلا يتم التقريب بالنظر إليه. (نت)

(٧) من "المبسوط".

(٨) قوله: "كذلك" أى لا يكون الكتابة حجة فى حق الأخرس. (ك)

(٩) قوله: "فيهما" أى فى الأخرس والغائب غير الأخرس. (ك)

(١٠) الأخرس.

(١١) الغائب.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) الأخرس.

(١٤) أى مع القدرة على الكتابة.

(١٥) قوله: "لأنه [محمد] جمع ههنا [أى بين بكلمة الاستواء فى "الجامع الصغير"] بينهما [أى بين الإشارة والكتابة]" يتعلق بقوله: بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا، فيكون دليل كونه مخالفًا لما توهمه البعض. (ك)

كتب، وإنما استويا[١]؛ لأن كل واحد منهما حجة ضرورية، وفى الكتابة زيادة بيان[٢] لم يوجد فى الإشارة، وفى الإشارة زيادة أمر لم يوجد فى الكتابة؛ لما أنه أقرب إلى النطق[٣] من آثار الأقلام فاستويا.

وكذلك الذى صمت يومًا أو يومين بعارض[٤]؛ لما بينا فى المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل: هذا[٥] تفسير لمعتقل اللسان. قال[٦]: وإذا كان الغنم مذبوحة، وفيها ميتة، فإن كانت المذبوحة أكثر تحرّى فيها وأكل[٧]، وإن كانت الميتة أكثر، أو كانا نصفين لم يؤكل، وهذا إذا كانت الحالة[٨] حالة الاختيار. وأما فى حالة الضرورة يحل له التناول فى جميع ذلك[٩]؛ لأن الميتة المتيقنة تحل له فى حالة الضرورة، فالتى تحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى؛ لأنه[١٠] طريق يوصله إلى الذكية فى الجملة، فلا يتركه[١١] من غير ضرورة. وقال الشافعى: لا يجوز الأكل فى حالة الاختيار وإن[١٢] كانت المذبوحة أكثر؛ لأن التحرى دليل ضرورى، فلا يصار إليه من غير ضرورة، ولا ضرورة؛ لأن الحالة حالة الاختيار. ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى إفادة الإباحة، ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب، ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب، وهذا لأن

---

(١) أى الإشارة والكتابة.

(٢) قوله: "زيادة بيان" لأنه يفهم منه المقصود بلا شبهة، بخلاف الإشارة، فإن فيها نوع إبهام. (عناية)

(٣) قوله: "لما أنه أقرب إلخ" أى الإشارة أقرب إلى الكلام من الكتابة؛ لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار الأقلام، وهى منفصلة عن المتكلم، وأما العلم الحاصل بالإشارة حاصل بما هو متصل بالمتكلم، وهو إشارة بيده، أو برأسه، فكان المتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل منه، فكان الاعتبار لما هو أقرب إلى الموضوع للبيان أولى. (ك)

(٤) قوله: "وكذلك الذى صمت يومًا أو يومين بعارض" أى لا يجوز إقراره، بأن أومئ برأسه أى نعم، أو كتب، وهو معطوف على قوله: ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه. (ك)

(٥) أى الذى صمت يوما أو يومين.

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) قوله: "تحرى فيها وأكل" وهذا بخلاف الثياب، فإنه يتحرى فيها بكل حال، سواء كانت الغلبة للطاهر، أو للنجس، أو استويا، وهذا لأن حكم الثياب أخف، ولهذا لو لم يكن معه إلا ثوب واحد، وربعه طاهر، يصلى فيه بالإجماع، وإن كانت ثلاثة أرباعه نجسًا، وأما إذا كان الطاهر أقل من الربع، فكذلك عند محمد، وعند أبى حنيفة وأبى يوسف يتخير بين أن يصلى عريانا قاعدا بالإيماء، فلما جازت الصلاة فى ثوب نجس حالة الضرورة، فلأن يجوز بالتحرى حالة الاشتباه أولى. (كفاية)

(٨) أى بأن يجد ذكية بيقين.

(٩) أى الكثرة والقلة والمساواة.

(١٠) التحرى.

(١١) تحرى.

(١٢) الواو وصلية.

القليل لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يستطاع الامتناع عنه، فسقط اعتباره؛ دفعًا للحرج كقليل النجاسة، وقليل الانكشاف، بخلاف ما إذا كانا نصفين، أو كانت الميتة أغلب؛ لأنه لا ضرورة فيه[١].

والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

* * * * * * *

خاتمة الطّبع

حمدا لمن منه الهداية، وصلاة على من هو لعطشان الهداية سقاية، وعلى آله وصحبه أرباب الدراية، أما بعد: فيقول المفتقر إلى رحمة ربه القوى أبو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوى: إن "الهداية شرح البداية" كتاب يهتدى به الطلبة، ويعتمد على رواياته الكملة لم يأتِ فقيه بعد مصنفه إلا اعتمد عليه، ولم يجئ نبيه بعده إلا استند إليه، ومن ثم تراهم يتداولونها بأيديهم خصوصًا النصف الأخير منه، ويتدارسونه فيما بينهم.

ولما رأى الوالد العلام والأستاذ القمقام مولانا محمد عبد الحليم[٢] أدخله الله دار السلام أن الناس فى تحصيله كالحبارى فى الصحارى، تراهم فى درسه وتدريسه؛ لكونه مشتملا على جواهر نفيسة تحت عباراته، ودقائق لطيفة تحا إشاراته سكارى، وما هم بسكارى توجه إلى تصحيحه وتحشيته فصحح، أو لا نسخة بمقابلة سبعة من النسخ المطبوعة والمكتوبة عمدتها نسخة لم تزل مهبطًا لأنظار العلماء، ومنظراً لأبصار الفضلاء منهم مولانا المرحوم الشيخ عبد الحليم الأنصارى اللكنوى، ومنهم ابنه أبو[٣] جد جد[٤] جد[٥] أبى أستاذ الأساتذة مولانا قطب الدين[٦]، ومنهم ابنه سند الكاملين مولانا نظام الدين[٧]، ومنهم أبو جد[٨] جدى مولانا المرحوم

---

(١) لا حقيقةً؛ لأن الحالة حالة الاختيار، ولا حكمًا لعدم غلبة الذكية.

(٢) كانت ولادته سنة تسع وثلاثين بعد الألف والاثنين من الهجرة فى الوطن الأصلى المعروف بلكنو، ووفاته فى حيدرآباد من بلاد الذكن فى تاريخ تسع وعشرين من شعبان يوم الاثنين سنة خمس وثمانين، كان جامع للعوم العقلية والنقلية، وحاويا للفنون الفرعية والأصلية، ولم يزل فى عمره مشتغلا بالتدريس والتصنيف، وقد بسطت الكلام فى ترجمته من مبدأ عمره إلى منتهاه فى رسالته سميتها "حسرة العالم بوفاة مرجع العالم". (منه سلمه)

(٣) أى مولانا أحمد سعيد.

(٤) أى مولانا محمد أكبر.

(٥) أى مولانا محمد يعقوب.

(٦) كان له تصانيف: منها: حاشية شرح العقائد العضدية، ومنها: حاشية التلويح، وحاشية شرح عقائد النسفي، وحاشية المطول، ورسالة فى تحقيق دار الحرب أكثرها أحرقت فى فتنة قتله، كذا فى "البحر الزخار"، و"عمدة الوسائل" وغيرهما. (منه)

(٧) هو عالم خبير وفاضل نحرير ختم تحصيله فى حوزة درس الشيخ غلام نقشبند، وانتهت إليه رياسة العلم فى الفورب، ولبس الخرقة عن السيد عبد الرزاق البانسوى المتوفى سنة ست وثلاثين ومائة وألف، وأخذ الفيوض الكثيرة عين

المفتي محمد ولي، ومنهم ابنه مولانا محمد ظهور الله رحمهما الله[١]، ومنهم حفيده جدي مولانا محمد أمين الله[٢]. ثم زينها بالحواشي المفيدة، والتعليقات اللطيفة، والتي استمد بها في التحشية بين الحواشي والشروح "النهاية"[٣] ورمزها ن، و "الكفاية"[٤] وزمرها ك، و "الحميدي"[٥] ورمزها حميدية، و "معراج الدراية"[٦] "نهاية الكفاية"[٧] و "غاية البيان"[٨] ورمزها غن، و "العناية"[٩] ورمزها ع، و "البناية"[١٠] ورمزها عيني، و "فتح القدير"[١١] ورمزها ف، و "نتائج الأفكار"[١٢] ورمزها نت، وربما يكتب نتائج، و "نصب الراية لأحاديث الهداية"[١٣] ورمزها ت، وربما يكتب زيلعي[١٤]، وحاشية الشيخ عبد السلام[١٥] ورمزها أعظمي، وحاشية السيد مير جان الحيدرآبادي[١٦] ورمزها س، وترجمة الهداية باللغة الفارسية ورمزها ترجمة وغيرها.

السيد إسماعيل البلگرامي المتوفى سنة أربع وستين، وأنا دخلت لكنو في سنة ثمان وأربعين، واجتمعت به فوجدته على طريقة السلف، توفي في التاسع من جمادى الأولى سنة إحدى وستين ومائة وألف، ومن تأليفاته: حاشية على شرح هداية الحكمة للصدر، أو شرح المسلم وغيره. (سبحة المرجان)

(٨) المراد أبو الأم وهو مولانا محمد ظهور الله.

(١) توفي في سنة ست وخمسين بعد الألف والمائتين.

(٢) توفي سنة ثلاث وخمسين بعد الألف والمائتين.

(٣) مولانا حسام الدين بن علي السغناقي المتوفى سنة عشرة وسبع مائة. (كشف الظنون)

(٤) للسيد جلال الدين الخوارزمي على الصحيح، وقيل: هو لصاحب الوقاية، ولا صحة له.

(٥) قيل: أول من شرح الهداية حميد الدين علي بن محمد الضرير البخاري المتوفى ٦٦٧ في جزءين يسمى بـ"الفوائد" (كشف)

(٦) شيخ قوام الدين محمد بن محمد البخاري الكاكي المتوفى ,٧٤٩ (كشف)

(٧) للشيخ تاج الشريعة عمر بن صدر الشريعة الأول عبيد الله المحبوبي. (كشف)

(٨) للشيخ قوام الدين الاتقاني أسير كاتب بن أمير المتوفى ,٧٥٠ (كشف)

(٩) للشيخ أكمل الدين البابرتي محمد بن المحمود المتوفى ,٧٨٦ (كشف)

(١٠) للقاضي بدر الدين محمود بن أحمد العيني المتوفى ,٨٥٥

(١١) للشيخ الإمام كمال الدين محمد عبد الواحد السيواسي المعروف بـ"ابن الهمام" المتوفى ,٨٦١ (كشف)

(١٢) لزين الدين محمد آفندي المتوفى ,٩١٣ (كشف)

(١٣) للشيخ جمال الدين بن يوسف الزيلعي المتوفى ٧٦٢، كذا بخط السخاوي، ولخصه الشيخ ابن حجر العسقلاني، وسماه الدراية. (كشف)

(١٤) هذا ليس الزيلعي شارح "الكنز"، كما يتوهم من اتحاد النسبة، بل هو غيره.

(١٥) هو من أحفاد الشيخ أحمد بن أعظم زائر البيت الحرام الملقب بـ"الأعظم الثاني"، كان فاضلا جيدا له تصانيف، منها: حاشية التلويح، وحاشية الخيالي، وشرح المنار، وحاشية البيضاوي، وحاشية التحقيق، وشرح التهذيب، وحواشي شرح الصحائف وغيرها، وكانت وفاته في ,١٠٤٢ (من)

(١٦) هو تلميذ السيد غلام نور من أفاضل الدكن المتوفى ١١٨٩، له حاشيتان على شرح الجغميني، وحاشية على الحاشية الزاهدية للرسالة القطبية أيضا وغيرها.

ومن التفاسير "معالم التنزيل"[١] و "الجلالين"[٢] وغيرهما.

ومن الكتب الفقهية الأخر "شرح الوقاية"[٣] و "ذخيرة العقبى"[٤] ورمزها چلپى[٥]، و "شرح النفاية" لعلى القارئ[٦]، و "جامع الرموز"[٧] و "مجمع الأنهار"[٨] و "الدر المختار"[٩] و "رد المحتار" و "الدرر"[١٠] و "الكافى"[١١] ورمزها كف، و "مختصر الطحاوى، وشرح للإمام الإسبيجابى"[١٢]، و "مختصر الكرخى" ورمزها مخ، و "تبيين الحقائق"[١٣] و "ترجمة شرح الوقاية" ورمزها تر، و "المصفى"[١٤] و "الفصول الحمادية"[١٥] و "فتاوى قاضى خان"[١٦] و "العالمگيرية" و

(١) قوله: "للإمام محى الدين أبى محمد حسين بن مسعود والبغوى الشافعى المتوفى ,٥١٦ (كشف)

(٢) قال فى "كشف الظنون": هو العلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلى الشافعى المتوفى ٨٦٤ من أوله إلى آخر سورة الإسراء، ولما مات كمله الشيخ جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى ٩١١، كتب تتمة على نمطه، وكان المحلى لم يفسر الفاتحة، وفسر السيوطى تفسيراً مناسباً، وقال بعض العلماء من أهل اليمن: عددت حروف القرآن وتفسير الجلالين، فوجدتها متساويين إلى سورة المزمل، ومن سورة المدثر التفسير زائد، انتهى كلامه، أقول: هذا خطأ فاحش صدر عن صاحب "كشف الظنون"، فإنه ظن أن المحلى فسر من الأول إلى سورة الإسراء، وأكمله السيوطى، وليس كذلك، فإن السيوطى فى تفسير النصف الأول ينقل عن تفسير الآخر للمحلى، وينسبه إليه بقوله: ذكره الشيخ فى تفسير سورة فاتحة، وهو نص فى أن تفسير الآخر للمحلى، لا الأول، كيف لا؟ والسيوطى تلميذ للمحلى كما صرح هو فى كتابه عن المحاضرة، لا أن المحلى تلميذ السيوطى، والذى أوقعه فى الخطأ هو قول السيوطى فى تفسيره بعد الحمد والصلاة، وبعد: فهذا ما اشتدت إليه حاجة الراغبين فى تكملة تفسير القرآن الذى ألف الإمام العلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلى، وتتميم ما فاز، وهو من أول سورة البقر إلى آخر سورة الإسراء إلخ، فظن صاحب "كشف الظنون" أن ضمير هو راجع إلى تفسير المحلى، وليس كذلك، بل هو راجع إلى ما اشتدت. (من)

(٣) للإمام صدر الشريعة الثانى عبد الله بن مسعود المحبوبى الحنفى المتوفى ٧٤٨ هجرى. (كشف)

(٤) للمولى يوسف بن جنيد المعروف بـ"أخى الچلپى" بدأ فيها فى ٨٩١ هجرى. (كشف)

(٥) هو من تلامذة ملا خسرو صاحب "الدرر".

(٦) المتوفى ١٠١٤,

(٧) للمولى شمس الدين محمد الخراسانى القهستانى نزيل بخارا بالمتوفى فى حدود ٩٦٢، وقال المولى عصام الدين فى حقه: إنه لم يكن من تلامذة شيخ الإسلام، وإنما كان دلال الكتب فى زمانه، ولا كان يعرف الفقه، ولا غيره، ويؤيده أنه يجمع فى شرحه هذا بين الغث والسمين، والصحيح والضعيف من غير تحقيق. (كشف)

(٨) شيخى زاده قاضى القضاة بالروم عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المتوفى ١٠٨٧ هجرى. (كشف)

(٩) للشيخ علاء الدين محمد بن على بن محمد بن على بن عبد الرحمن بن محمد جمال الدين ابن حسن الدمشقى المعروف بـ"الحصكفى" المتوفى ١٠٨٨هـ. (خلاصة الأثر فى أعيان القرن الحادى عشر)

(١٠) للفاضل محمد بن فراموز الشهير بـ"ملا خسرو" المتوفى ٥٨٥ هو شرح لمتنه "الغرر". (كشف)

(١١) قوله: هو شرح للوافى كلاهما لأبى البركات عبد الله بن أحمد حافظ عماد الدين النسفى المتوفى ٧١٠هـ. (كشف)

(١٢) المتوفى ,٤٠ ٢ (كشف)

(١٣) لفخر الدين الزيلعى أبو محمد عثمان بن على المتوفى ٧٤٣ هجرى. (كشف)

(١٤) وقد يسمى بالمنافع، كصاحب الكافى والوافى كما فى "كشف الظنون".

(١٥) لجمال الدين بن عماد الدين، وقيل: هو أبو الفتح عبد الرحيم بن أبى بكر عبد الجليل المرغينانى السمرقندى، كما ذكره فى آخر كتابه، وقال: نخبر فى أواخر شعبان ٦٥١ هجرى. (كشف)

"مجمع البركات" و "منح الغفار"(١) وغيرها.

ومن كتب الأصول "قمر الأقمار" وغيره.

ومن كتب اللغات "المغرب"(٢) و "اصطلاحات السيد الشريف" و "البرهان القاطع" و "تاج اللغات" ورمزه تج، و "غياث اللغات" ورمزه غث، و "تاج المصادر"(٣) ورمزه تاج، و "القاموس"(٤) ورمزه ق، و "منتهى الأرب" ورمزه من، وقلم كتب مب و "المنتخب" ورمزه م، و "الصحاح"(٥) ورمزه ص، و "كنز اللغات" ورمزه ك، وقلما كتب كن، وغيرها.

ثم نسخت منها نسخة، وطبعت فى "المطبع العلوى" مرة أولى ١٢٨٢هـ، ثم مرة ثانية فى المطبع المصطفائى. ثم أراد المولوى محمد خادم حسين حفظه الله عن موجبات الشين أن تنطبع مرة ثالثة أحسن من المرتين الأولين مع البراءة عن كل شين، فنظرت أصلها نظرة واحدة، وزدت على ما كان زيادة لا تخلو عن فائدتة، ثم نسخت منها نسخة، وطبعت فى المطبع الذى لا يوجد فى العالم له نظير هو بين المطابع كالبدر المنير المعروف بـ"المطبع المصطفائى"، ثم طبع فيه مرة رابعة، ولما لم تبقَ نسخة منه عند التجار، والناس مشتاقون إليه، أراد المولوى محمد خادم حسين حفظه الله عن الشين أن تنطبع مرة خامسة، فطبعت فى المطبع المصطفائى، وكان ذلك فى سنة اثنتين بعد الألف وثلاث مائة من الهجرة النبوية.

***

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العلمين والصلوة والسلام على سيد المرسلين وعلى وآله وأصحابه أجمعين أما بعد: فيقول العبد الأضعف نعيم أشرف نورأحمد وفقنا الله سبحانه وتعالى بفضله لإعادة طبع هذا الكتاب العظيم وخدمته سنة ١٤١٧هـ فأخرجنا هذه الطبعة استمدادا من أحدث أجهزة الكمبيوترفي ثوب جديد بعد أن بالغنا في الجهد لتصحيح نصوص الكتاب وحواشيه وتصميمه وتنسيقه، فجاء بحمد الله كما ترى، فالله المسؤول أن ينفع به الأمة الإسلامية وأن يتقبل منا هذا العمل ويجعله في حسناتنا وحسنات والدنا العالم المجاهد الشيخ نور أحمد رحمه الله مؤسس إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي باكستان آمين يارب العلمين. نعيم اشرف ١٣/ ٩/ ١٤١٧هـ

---

(١٦) هو الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوجندى الفرغانى المتوفى ٥٩٢ هجرى. (كشف)

(١) للشيخ شمس الدين محمد التمرتاشى المتوفى ١٠٠٤، وهو من أنفع كتبه فى المذهب. (خلاصة الأثر)

(٢) الإمام أبى الفتح ناصر الدين بن عبد السيد المطرزى المتوفى ٦١٠ هجرى. (كشف)

(٣) لأبى جعفر أحمد بن على المعروف بجعفرك المقرئ البيهقى المتوفى ٥٤٤ هجرى. (كشف الظنون)

(٤) للإمام مجد الدين الشيرازى المتوفى ٨١٧ هجرى. (كشف)

(٥) قيل: اسمه صحاح -بالكسر- جمع صحيح، وقيل: -بالفتح- مصدر، كذا قال الجلبى فى "حواشى المطول"، للإمام أبى نصر إسماعيل بن جماد الجوهرى الفارابى المتوفى ٧٨١ هجرى. (كشف)

فهارس الهداية

فهرس موضوعات الجزء الأول

كتاب الطهارة

كتاب الصلاة

فهرس موضوعات الجزء الثانى

كتاب الزكاة

فهرس موضوعات الجزء الثالث

فهرس موضوعات الجزء الرابع

فهرس موضوعات الجزء الخامس

فهرس موضوعات الجزء السادس

فهرس موضوعات الجزء السابع